

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRKİYE VE AZERBAYCAN AÇISINDAN KAMU TÜZEL
KİŞİLİĞİ KAVRAMININ İNCELENMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

Tabriz JAFAROV

154234001037

Tez Danışmanı

Yrd. Doç.Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK

Konya - 2017



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu

| | | | | |
|------------|---|---|---------|--------------------------|
| Öğrencinin | Adı Soyadı: | Tabriz Jafarov | | |
| | Numarası | 154234001037 | | |
| | Ana Bilim / Bilim Dalı | Kamu Hukuku | | |
| | Programı | Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> | Doktora | <input type="checkbox"/> |
| | Tez Danışmanı | Yrd.Doç.Dr. Ayşegül Çoban Atik | | |
| | Tezin Adı: Türkiye ve Azerbaycan Açısından Kamu Tüzel Kişiliği Kavramının İncelenmesi | | | |

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Türkiye ve Azerbaycan Açısından Kamu Tüzel Kişiliği Kavramının İncelenmesi başlıklı bu çalışma 17/08/2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

| Ünvanı, Adı Soyadı | Danışman ve Üyeler | İmza |
|--------------------------------|--------------------|------|
| Prof.Dr. Reyhan Sunay | Üye | |
| Doç.Dr. Ümit Süleyman Üstün | Üye | |
| Yrd.Doç.Dr. Ayşegül Çoban Atik | Danışman | |



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin

Adı Soyadı:
Tabriz Jafarov

Numarası: 154234001037

Ana Bilim / Bilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı

Tezli Yüksek Lisans



Doktora



Tezin Adı: Türkiye ve Azerbaycan
Açısından Kamu Tüzel Kişiliği
Kavramının İncelenmesi

Bu tezin proje sayfasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Tabriz Jafarov

İmza:

ÖNSÖZ

“Türkiye ve Azerbaycan açısından Kamu Tüzel Kişiliği Kavramının İncelenmesi” isimli tez mevzusunda araştırmaya başlama sebebimiz 29 Aralık 2015 yılında Azerbaycan Parlamentosu tarafından kabul edilen 97 sayılı Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanunun Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak yürürlüğe girmesi olmuştur. O nedenle ki adı geçen kanun Azerbaycan idari teşkilatında var olan karmakarışık yapılanmanı düzene salmak, devletin ve yerinden yönetim kuruluşlarının hukuki şahsiyetinin belirsizliğini ortadan kaldırmak dursun bir yana mevcut sorunları daha da arttırdı. Nitekim Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanun “kamu tüzel kişilerine” münasebette kullandığı tanımla ne devleti ne de belediyeleri kapsamına dahil etmedi. Kanunun 2.2. maddesinde kamu tüzel kişileri “*devlet ve belediye veya kamu tüzel kişisi tarafından, umumdevlet ve kamusal önem taşıyan faaliyetle meşgul olan, devlet veya belediye organı olmayan teşkilatdır.*” şeklinde hükme bağlanarak devletin ve belediyenin statüsü ile ilgili “suskunluk” resmi mevzuatla da onanılmış oldu. Zira Türkiye’de Yüksek Lisans eğitimime başladıktan sonra yukarıda ifade ettiğim sorunların Türkiye idari sisteminde ve mevzuatında çözüldüğünü, İdari Hukuk doktrininde ismi geçen konuyla ilgili fazlasıyla kaynakların bulunduğunu ve konunun güncelliğini esas alarak böyle bir incelemeye başlamak için karar aldım. Aldığım karardan sonra çok da kolay geçmeyen aylar içinde yalnız Türkiye ve Azerbaycan mevzuatı ve doktrininde değil, Avrupa Birliği üye devletleri, özellikle Fransa ve Rusya edebiyatlarında da araştırmalar yapmaya başladım ve toplamda yüzü aşkın bilimsel kaynağa erişme fırsatını yakaladım. Kendi üzerime düşenin daha da üstünde bir inceleme ortaya koymağı hedefleyerek çıktığım bu yolda her ne kadar zevkle araştırma yapmış olsam da geçirdiğim uykusuz gecelerin sayısı o kadar da az olmadı. Umarım ki yaptığım bu araştırmada üzerime düşen görevi layığıyla yerine getirmişimdir. Benim bu çalışmayı yapmakta en temel amacım Azerbaycan İdari Hukuk doktrininde ismi geçen konuda var olan boşluğun ortadan kaldırılmasına bir nebze de olsa katkıda bulunmaktır.

ÖZET

Gerçek kişiler denildiğinde insanlar anlaşılır. Beşer tarihinin türlü dönemlerinde fertler arasında tartışmalar, mücadele ve hatta müharebeler olmuştur. İnsanlar arasında ayırımların mevcut olması, bir kesim şahıslara hak ehliyetinin tanınmaması o kabilden olan insanların kendi hakları uğrunda savaşa kalkışına v.s neden olmuştur. Sonuç olarak artık günümüzde yukarıda ifade ettiğimiz ayırımlar ortadan kalkmıştır. Kadim Romada ve diğer kadim devr ve orta asır devletlerinde mevcut olan kölelik ve bu takımdan olan insanlıkdışı kavramlar uluslararası sözleşmelerle yasaklanmıştır. Hem Azerbaycan hem de Türk Hukuk düzeni söz ettiğimiz uluslararası antlaşmalara taraf olarak onların hükümlerini geçerli kılmaktadırlar.

Tüzel kişiler ise belli bir amacın gerçekleştirilmesi için bir araya gelen şahıs veya bir amaç için tahsis edilen malvarlığı topluluklarıdır. Onların bünyelerinden, oluşum ve işleyiş esaslarından, amaçlarından kaynaklanan türleri bulunmaktadır. Tezimizde de önemle üzerinde duracağımız gibi tüzel kişiler oluşum, işleyiş esaslarına ve tâbi oldukları hukuk kurallarına göre Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişilerine ayrılmaktadır. Özel Hukuk tüzel kişileri gerçek veya tüzel kişilerin serbest iradesi ile, Kamu Hukuku tüzel kişileri ise kanunla veya kanunun açıkca verdiği yetkiye dayanılarak bir idari işlemle kurulmaktadır.

Azerbaycan idari mevzuatında devletin ve belediyelerin tüzel kişiliği konusu açık tutulmuş ve yeni kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanunu'nda kamu tüzel kişilerinin tanımı belirlenirken devlet ve belediye devre dışında kalmıştır. İsmi geçen kanun ancak kamu kurumlarını kamu tüzel kişileri olarak görmektedir. Buna karşılık Türk Anayasası'nın türlü maddelerinde "devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden" bahsedilmekle devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin dairesi genellikle belirlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişilik, Tüzel Kişilik, Özel Hukuk Tüzel Kişiliği, Kamu Tüzel Kişiliği, Azerbaycan İdari Sistemi, Türkiye Anayasası.

SUMMARY

Human beings is understood while saying “Physical person”. In the different periods of human history there has been conflicts, fights and also war among individuals. Having discrimination among human beings, not recognizing of legal capacity to some people has been reason these people to start fight for their rights. Finally discrimination we expressed up was already eliminated in nowadays. Slavery had in the Rome and other ancient period and middle century states and inhuman concepts like these have been prohibited by the international treaties. As parties of the international treaties we scored both Azerbaijan and Turkey law accepts their provisions.

Legal entities is person community coming together for realizing determined goal or property community established for a aim. There are types of them caused from their structure, formation and operation principles, aims. As we emphasized strongly in our thesis legal entity separates private legal entity and public legal entity for their formation and operation principles and their depending norms. Private legal entities are established by independent will of physiquess person or legal entities, public legal entities are established by the law or an administirative process that stand to authority giving by the law.

Legal entity of state and municipalites in the Azerbaijan Administrative act have been kept open and they have been remained out of order in the new “Public Legal Entity” law while determing definition of the public legal entities. The law passed name sees only public establishments as a public legal entity. In response to this the generally frame of state and other public legal entities have been determined by mentioned “state and other public legal entities” in the different articles of Turkish Constitution.

Keywords: Personility, Legal Entity, Private Legal Entity, Public Legal Entity, Azerbaijan Administrative System, Turkish Constitution.

İÇİNDEKİLER.

| | |
|--|------------|
| ONAY SAYFASI | ii |
| BİLİMSEL ETİK | iii |
| ÖNSÖZ | iv |
| ÖZET | v |
| SUMMARY | vi |
| KISALTMALAR | x |
| GİRİŞ | 1 |
| BİRİNCİ BÖLÜM | 3 |
| Kişilik, Tüzel Kişilik: Nedir, Ortaya Çıkış Nedenleri | 3 |
| I. Hukuki anlamda kişilik nedir? | 3 |
| A. Kişi ve kişilik kavramı | 3 |
| B. Kişi çeşitleri | 8 |
| 1. Gerçek kişiler | 9 |
| a. “Gerçek kişi” kavramının tarihi gelişimi | 10 |
| aa. Kölelik | 10 |
| bb. Medeni ölüm | 11 |
| cc. Yerli-yabancı farkı | 11 |
| b. Gerçek kişi kavramını tanımlayan terimler | 11 |
| aa. Tabii şahıs terimi | 12 |
| bb. Hakiki şahıs terimi | 12 |
| cc. Ferdi şahıs terimi | 13 |
| dd. Fiziki şahıs terimi | 13 |
| c. Gerçek şahsiyetin başlangıcı | 14 |
| aa. Tam doğum | 14 |
| bb. Sağ doğum | 16 |
| cc. Tam ve sağ doğum dışında koşul aranması | 17 |
| aaa. Yaşama yeteneği | 17 |
| bbb. İnsan yapı ve biçimi | 18 |
| d. Gerçek şahsiyetin sonu | 18 |

| | | |
|------|--|----|
| e. | Gerçek şahısların ehliyeti | 19 |
| aa. | Hak ehliyeti..... | 19 |
| aaa. | Kavram olarak | 19 |
| bbb. | Hak ehliyeti terimi | 19 |
| ccc. | Hak ehliyetinin içeriği | 21 |
| ddd. | Hak ehliyetinin nitelikleri | 23 |
| bb. | Fiil ehliyeti | 24 |
| 2. | Hükmi şahıslar..... | 24 |
| a. | Ortaya çıkış nedenleri | 25 |
| b. | Hükmi şahıs terimi | 28 |
| c. | Hükmi şahıs kavramı | 29 |
| d. | Tarihsel gelişimi | 30 |
| aa. | Sosyal düşüncelerin etkisi..... | 31 |
| bb. | Siyasal düşünceler | 31 |
| aaa. | Romada..... | 32 |
| bbb. | Cermenlerde..... | 36 |
| ccc. | İslam hukukunda ve Osmanlıda | 37 |
| e. | Hükmi şahısların mahiyetini açıklayan teoriler | 41 |
| aa. | Varsayım teorisi..... | 42 |
| bb. | Malvarlığı teorisi | 44 |
| cc. | Gerçeklik teorisi..... | 46 |
| f. | Hükmi şahısların çeşitleri | 46 |
| aa. | Bünye kriteri | 47 |
| aaa. | Şahıs toplulukları. | 47 |
| bbb. | Malvarlığı toplulukları..... | 47 |
| bb. | Hukuk kuralı kriteri | 48 |
| aaa. | Kamu hükmi şahısları..... | 48 |
| bbb. | Özel hukuk hükmi şahısları. | 49 |
| g. | Hükmi şahısların kurulması ve sonra ermesi..... | 50 |
| aa. | Kurulması | 50 |

| | |
|--|-----------|
| aaa. İzin sistemi | 50 |
| bbb. Normatif sistem | 51 |
| ccc. Serbest kuruluş sistemi | 51 |
| bb. Sona ermesi | 52 |
| İKİNCİ BÖLÜM | 53 |
| Kamu Tüzel Kişiliği kavramı, Kamu Tüzel Kişileri, Ortaya Çıkış Nedenleri ve Diğer Tüzel Kişilerden Farklılıkları..... | 53 |
| I. Kamu Tüzel Kişiliği..... | 53 |
| A. Kamu tüzel kişiliğinin tanımı | 54 |
| B. Kamu Tüzel Kişilerinin Kurulması ve kaldırılması..... | 61 |
| 1. Kurulması..... | 61 |
| 2. Kaldırılması..... | 63 |
| C. Kamu Tüzel Kişilerinin belirlenmesinin ölçütleri | 64 |
| 1. Anayasa ve Kanunla nitelendirme..... | 64 |
| a. Anayasayla nitelendirme | 65 |
| b. Kanunla nitelendirme | 66 |
| 2. Anayasa ve kanunla belirlenme yoksa | 68 |
| a. Kamu tüzel kişileri tarafından kurulma | 69 |
| aa. Kamu Tüzel kişinin Kanunla kurulması | 70 |
| bb. Kanunun açıkça verdiği yetkiyle..... | 71 |
| aaa. Devlet tarafından kurulma..... | 72 |
| bbb. Diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulma..... | 73 |
| b. Tüzel kişi kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olmalıdır | 73 |
| aa. Kamu Gücü ayrıcalığı nedir?..... | 74 |
| II. Kamu tüzel kişileri | 76 |
| A. Devlet..... | 77 |
| 1. Devletin unsurları..... | 77 |
| 2. Devlete olan ihtiyaç ve onun ortaya çıkışı | 79 |
| a. Devletin menşeyini ailede bulan görüşler | 82 |
| b. Kuvvet ve mücadele teorisi | 83 |

| | |
|---|------------|
| c. Biyolojik teori..... | 84 |
| d. Ekonomik teori | 84 |
| e. Sosyal sözleşme teorisi..... | 86 |
| 3. Devletin şahsiyeti | 88 |
| B. Diğer kamu tüzel kişileri..... | 88 |
| 1. Belediyeler | 89 |
| a. Belediyelerin ortaya çıkış nedenleri | 89 |
| aa. Siyasal nedenler | 90 |
| bb. Ekonomik nedenler | 90 |
| 2. Kamu kurumları | 91 |
| 3. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları..... | 91 |
| ÜÇÜNCÜ BÖLÜM..... | 93 |
| Azərbaycan İdarı Teşkilatında Var Olan Kamu Tüzel Kişileri ve Onların Türk Hukuku ile Karşılıklı İncelenmesi | 93 |
| I. Kamu İdareleri..... | 97 |
| A. Devlet Tüzel Kişiliği..... | 98 |
| B. Belediye tüzel kişiliği | 110 |
| II. Kamu kurumları..... | 119 |
| A. İdari Kamu Kurumları | 120 |
| 1. “Azerotoyol” ASC ve Karayolları Genel Müdürlüğü | 121 |
| 2. “Azersu” ASC ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü..... | 123 |
| B. İktisadi Kamu kurumları | 124 |
| 1.SOCAR..... | 125 |
| a. SOCAR ın hukuki statüsü | 126 |
| b. SOCAR birer kamu kurumudur..... | 127 |
| 2. Azərbaycan Devlet Demiryolları Halka Kapalı Anonim Şirketi ve TCDD.. | 127 |
| C. Teknik , Kültürel ve Bilimsel kamu kurumları..... | 130 |
| D. Bağımsız İdari Otoriteler | 131 |
| SONUÇ | 133 |
| KAYNAKÇA..... | 135 |

KISALTMALAR

- A.C.** : Azerbaycan Cumhuriyeti
- A.M.M** : Azerbaycan Milli Meclisi.
- A.Ş.** : Anonim Şirket.
- B.** : Baskı
- bkz.** : Bakınız
- DSİ.** : Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü
- İDT.** : İktisadi Devlet Teşekkülü
- E.** : Esas No
- e.t.** : Erişim Tarihi
- DEÜHFD** : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- GÜHFD.** : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- SDÜİİBFD** : Süleyman Demirel Üniv. İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
- EÜİİBFD.** : Erciyes Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
- HAAŞ.** : Halka Açık Anonim Şirket.
- K.** : Karar No
- R.G.** : Resmi Gazete
- s.** : Sayfa
- S.** : Sayı
- T.C.** : Türkiye Cumhuriyeti
- TBMM.** : Türkiye Büyük Millet Meclisi

- vs.** : ve sair
- AİHS.** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- AMKD.** : Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
- AMM.** : Azerbaycan Mülki Mecellesi.
- AÜHFD.** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- AY.** : T.C. 1982 Anayasası
- C.** : Cilt



GİRİŞ

“Kişi” (şahıs) haklara ve borçlara sahip olan varlıktır. Haklara ve borçlara sahip olmak ise hukukta hak ehliyeti olarak tanımlanmaktadır. Şahıs derken aklımıza insanların gelmesine rağmen haklara ve borçlara sahip, yani hak ehliyeti mevcut olan şahıslar yalnız insanlar değildir. İnsanlarla beraber var olan ve hukuk düzenine uygun bir şekilde kurulan tüzel kişiler de hak ehliyetine sahiptir. Nitekim fiziki varlık olan, dokunabilirlik, görülebilirlik nitelikleri taşıyan insanlarla beraber, dokunulmaz, gözle görülemeyen ama günlük sosyal hayatımızda bizlerle beraber hukuki münasebetlerin süjesi rolünde tüzel kişilerin (hükmi şahıslar) katılımcılığı da artık bir realitedir. Zira çağdaş hukuk düzenlerinin büyük çoğunluğunda gerçek (fiziki) ve tüzel (hükmi, hukuki) olmak üzere iki sınıf varlık şahıs olarak kabul edilmektedir.

Gerçek kişilerin insanları kapsadığına karşın tüzel kişiler şahıs topluluğu veya malvarlığı topluluğu şeklinde belli bir amaca haiz oluşturulan “şahıslar” olarak tanımlanmaktadır. Onların ortaya çıkışı ortak gereksinim ve çıkarları olan insanların bu gereksinimlerin giderilmesi ve çıkarların karşılanması veya daha rahat ve kolay bir şekilde halledilmesi amacı, teklikte sınırlı güce, sınırlı maddi ve manevi potansiyele sahip olan insanların iktisadi ve manevi açıdan büyük işleri başarmak ve daha kısa veya olumlu sürede sonlandırmak hedefi ile bir araya toplanmak zorunluluğu, ömür belirsizliği, insanın doğal yaşamının sınırlı olması sebebinden uzun vadeli işlerin, hedeflerin gerçeğe dönüştürülmesi maksadı gibi sebeplerden kaynaklanmaktadır. Tüzel kişiler bünyesi, oluşum ve işleyiş esasları ve aynı zamanda tâbi olduğu hukuk kuralları kriterlerinden dolayı “Özel Hukuk tüzel kişileri” ve “Kamu Hukuku tüzel kişileri” şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

Özel Hukuk tüzel kişileri kendisine kamu otoritesi tanınmayan, Özel Hukuk kurallarına tâbi, gerçek kişiler, devlet ve diğer hükmi şahıslar tarafından oluşturulabilen tüzel kişilerdir.

Kamu tüzel kişileri ise devlet tarafından kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş ve kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olan tüzel kişiler kategorisini teşkil etmektedir.

Tezimiz açısından esas hedef noktası olan kamu tüzel kişileri kamu idari teşkilatının hemen hemen temeli ve esası ile bağdaşmaktadır. İdare Hukukunun en esas hak süjesi olan ve idari teşkilatın yapısal oluşumunda önemli rol alan kamu tüzel kişileri Türk mevzuatında oturmuş olmasına ve doktrininde ise geniş biçimde ele alınmasına rağmen Azerbaycan mevzuatında karışık şekilde düzenlenmiş ve doktrininde fazla değinilmemiş mevzudur. İşte bu sebepten üzerinde uzun bir zaman çalıştığımız bu tezle Azerbaycan'da var olan kamu tüzel kişiliği kavramının Türk Hukuku ile karşılaştırmasını yapmakla hem Azerbaycan mevzuatında hem de Azerbaycan Hukuk doktrinindeki sorunları bilimsel açıdan gidermeye gayret göstereceğiz.

Kullandığımız tüm kavramların her iki ülkenin hukuk literatürü ile bağdaşmasını sağlamakla yürüttüğümüz tez çalışmamız üç bölümden ibaret olmakla Türk ve Azerbaycan Hukuku açısından ele alınacaktır.

Birinci bölümde, genel olarak kişi, kişilik kavramının Türkiye ve Azerbaycan mevzuatında nasıl ifade edildiği, hukuki anlamda kişiliğin ne zaman kazanılmaya başladığı, tüzel kişilik, onun ortaya çıkış nedenleri başlıkları altında türlü akademik atıflarda bulunmak şartı ile kendi düşüncelerimizi sizlerle paylaşacağız. Türkiye ve Azerbaycanla beraber diğer ülkelerin de mevzuatlarında gerçek ve tüzel kişi terimlerinin nasıl içerildiği konusunu da dikkate alacağız.

İkinci bölümde ise tezimiz açısından esas hedef noktası olan kamu tüzel kişiliği konusunu ele alacağız. Kamu tüzel kişiliğinin tanımı, Türk ve Azerbaycan Hukukunda var olan kamu tüzel kişileri gibi başlıklar altında incelemelerde bulunacağız. Aynı zamanda kamu tüzel kişilerinin farklı kriterlerden dolayı olarak ayırımı, onların birbirinden farkı gibi mevzulara da değineceğiz.

Üçüncü bölümde ise Azerbaycan idari teşkilatında mevcut olan kamu tüzel kişilerini ele alarak onları Türkiyedeki benzerleri ile karşılaştıracacağız. Nitekim bu bölümü, Türkiye ve Azerbaycan İdari Hukuk düzeninin karşılıklı incelenmesi bakımından en önemli bölüm olarak görmekteyiz. Azerbaycan ve Türkiye idari sistemlerinde Devletin tüzel kişiliği, yerinden yönetim kuruluşlarının tüzel kişiliği gibi konular karşımızda duran en önemli başlıklar olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

Kişilik, Tüzel Kişilik: Nedir, Ortaya Çıkış Nedenleri

I. Hukuki anlamda kişilik nedir?

Öncelikle onu ifade edelim ki kişilik farklı bilim alanlarında farklı yaklaşımlarla tarif edilen kavramdır. Tabii ki bu yalnız kişiliğe haiz olan bir nitelik de sayılmaz. Keza bir kavrama sosyolojide farklı, biyolojide tamamen farklı, hukuktaysa onların hiç birinde olmayan bir şekilde anlam verilmesi doğaldır. Örneğin biyolojide insandan başka hiç bir şeye “kişi” denilmez. Halbuki hukukta insan olmayan bazı varlıklara da “kişi” denilmesi gayet doğal ve hukukidir. Hakkında önümüzdeki bölümlerde daha geniş biçimde bahsedeceğimiz tüzel kişiler azönceki cümlemizin kanıtıdır. Belki de biyolojinin etkisidir ki günlük hayatımızda da “kişi” derken yalnız insanları kastediyoruz. Şahısları aklımızda tutarak “kişi” ifadesini kullanıyoruz. Kişi denince ilk olarak insan aklımıza geliyor¹.

Hukuki anlamda kişiliğe daha dolgun bir şekilde değinmek için hukuk doktrinlerinde de gördüğümüz üzere araştırmamızı “kişi” ve “kişilik” üzerinden devam ettirmemizin daha faydalı olabileceği kanaatindeyim. Her ne kadar “kişi” ve “kişilik” birbirine benzer kavramlar olarak gözükse de aralarında farklılıklar da vardır. Onu da ilave edelim ki doktrinde “kişi” ve “kişilik” kavramlarının birbirinden ayrı mı tutulması yoksa birlikte mi ele alınması mevzuu yazarlar arasında tartışılmaktadır. Şimdi o nedenle altbaşlıklar şeklinde bu farklılıkların neler olduğunu ortaya çıkaralım.

A. Kişi ve kişilik kavramı

Türk Medeni Kanunu’nun 8’ci maddesine de dayanarak söylersek “kişi” (şahıs) haklara ve borçlara sahip olan (hak ehliyeti) varlıktır. Haklara ve borçlara sahip olmak ise hukukta “hak ehliyeti” olarak tanımlanmaktadır². Yukarıdaki “Kişilik nedir” başlığında da değindiğim gibi günlük dilimizde şahıs derken aklımıza insanlar gelmesine rağmen haklara ve borçlara sahip olan, yani hak ehliyeti mevcut olan varlıklar yalnız insanlar değildir. İnsanlarla beraber var olan ve hukuk düzenine uygun

¹ Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Hukuk , Turhan Kitap evi, Ankara, 2013, s. 125.

² Aytakin Atay, Medeni Hukuk Genel Teorisi, Ders yayınları, 4. Basım, İstanbul, 1995, s. 253.

bir şekilde kurulan tüzel kişiler de “hak ehliyetine” sahiptir³. Tüzel kişileri ayrıca başlık olarak inceleyeceğimizden dolayı bu başlığımızda tüzel kişiliğin içeriğine girmeksizin, gerçek kişilerle bazı karşılıklı incelemeler düzeyinde “kişilik” kavramına aydınlık kazandırmaya çalışacağız.

Tezimizin adından da belli olduğu üzere aydınlığa kavuşturmak istediğimiz mevzuyu Türkiye ve Azerbaycan açısından ele almak niyetindeyiz. Bu nedenle çalışmamızda kullandığımız tüm kavramların her iki ülkenin hukuk literatürü ile bağdaşması ve yanlış anlaşmanın ortaya çıkmaması bizden öte çok önem arz ediyordur. Keza “kişi” sözcüğü Azerbaycandan farklı olarak Türkiye hukuk literatüründe ve günlük kullanımında “şahıs” anlamında kullanılmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun farklı maddelerinde (TMK mad 8 ve 45) ve Türkiye günlük hayatında istifade edilen “kişi” kelimesinin manası söylediklerimizin kanıtıdır. Örneğin bir Türke “ailenizde kaç kişi var veya aileniz kaç kişiden ibarettir” diye sorsanız size ailesinde olan toplam insanların ne kadar olduğunu söyler. Baba, anne, iki kız kardeşi ve bir erkek kardeşi olan Batuhan az önceki sorunuza cevap olarak kendisini de dahil etmek üzere 6 kişilik aile olduklarını ifade eder. Buna karşılık Azerbaycanda ister hukuk literatüründe isterse de günlük hayatta kullanılan “kişi” sözcüğü erkek cinsiyetini içermektedir. Yani kadınlar erkek cinsinden olanları kastetmek için kullanılan “kişi” sözcüğünün kapsamına girmezler. Daha açık bir şekilde konuşsak siz bir kaç satır yukarıda örnek olarak ifade ettiğimiz soruyla virgülüne noktasına dokunmaksızın Azerbaycan vatandaşı olan Bahadıra yaklaşırsanız alacağınız cevaptan pek şaşırılmış olabilirsiniz. Batuhan’a sorduğumuz sorunun aynısını Bahadırdan sormuş olursak, Bahadır size ailelerinde kendi de dahil olmak üzere 3 kişinin olduğunu söyleyecektir. Çünkü yukarıda ifade ettiğimiz gibi Azerbaycanda “kişi” kelimesi erkek cinsiyetinden olanları ifade eder ve asla kadınları kapsamaz. Bu mevzuyu burda bitirerek konuya “şahıs” ve “kişi” kelimelerinin birlikteliği üzerinden devam etmek için girdiğimizi dikkatinize sunmak isteriz. Sebepse az önce vurguladığımız “kişi” sözcüğünden kaynaklanan farklılıktır. “Kişi” sözcüğünden farklı olarak “şahıs” sözcüğü hem Türk hem de Azerbaycan hukuk literatürüne ve günlük hayatına yabancı kelimeler olmamakla beraber her iki ülkede aynı anlamı içermektedir. Gerçi “şahıs” sözcüğünün Arapçadan geldiğini de altını çizerek söylememizde fayda vardır. Sizlerin de gördüğü üzere Türk hukukunda “şahıs” ve “kişi” kelimeleri arasında hiç bir fark yoktur. Sadece Azerbaycanda bu iki kelime

³ Kılıçoğlu, age, s. 125.

farklı anlamlar ifade ettiğinden mevzumuzda “şahıs” üzerinden devam etmeyi doğru bulsak da mevzuatta yerleşmiş olduğunu esas alarak tezimiz boyunca hem “kişi” hem de “şahıs” kelimelerini eş anlamda kullanacağımızı önceden belirtiyoruz.

Şimdi “şahıs” sözcüğü (kelimesi) üzerinden devam ederek “kişi” kavramının incelenmesini sona erdirelim. Bunun için öncelikle “şahıs” sözcüğünün kökünün nereden geldiğine bakalım. Bu kelime arap kökenli bir kelimedir. Anlamı ise “uzaktan sezilen karaltı” demektir⁴.

“Bir çok yabancı dillerde ise “şahıs” (kişi) sözcüğünün karşılığı latincedeki “persona” sözcüğünden oluşan kelimelerle (fransızcada: personne; almanca: person; italyancada: persona;) belirtilmektedir. Latince “persona” sözcüğü maske anlamına gelmektedir. Romada aktörler sahneye çıktıkları zaman yüzlerine temsil ettikleri tiplerin maskelerini geçirirlerdi. Bu maskeler her rol için değişmez bir şekilde saptanmıştı. Sonrular bu sözcük bu günkü dilde “şahıs” anlamını kazanmıştır”⁵.

Yukarıdaki örnekteki kelime anlamına dikkat ettiyseniz “şahıs” uzaktan görülen karaltı manasını vermektedir. Bu anlamda “şahıs” hukuksal manada şahısı değil, daha çok biyoloji varlığı ifade etmiş gibi gözüküyor. Tabii ki bu yorum üzerine de tartışmalar olabilir de, ama biz kelimenin oluşum koşullarına veya ortamına değinmeden (bilmemiz zor, gerek de yok, hukukun değil, daha çok filolojinin alanına girer) genel olarak ifade ettiği manayı ele aldığımızda biyoloji varlığa (cisme) atfen söylenilmiş kelime olduğunu tahmin ediyoruz. “Şahıs” sözcüğünün günümüzde anlaşılan manasının diğer dillerde karşılığına baktığımız zaman ise görüyoruz ki menşeyini Latince almış “persona” sözcüğü daha fazla kullanılıyor. Personanın Latince tercümede “maske” anlamını verdiğini artık önceki cümlelerimizde söylemişiz. Sanki biyoloji varlık olan insan o “maskeyi” takarak hukuki anlamda “şahsiyet” kazanmış olmaktadır. Elbette ki bizim Latinlerin öyle düşündüklerini ifade etmemiz her ne kadar doğru olmazsa bile bir o kadar da “persona” kelimesinin şimdi Türkiye ve Azerbaycanda kullanılan “şahıs” sözcüğünün anlamıyla bağdaştığı yaklaşımının doğruluğu ortadadır.

“Şahıs” ve “Şahsiyet” (“kişi” ve “kişilik”) kavramlarının birbiri ile aynı ya da farklı olmasına dair doktrindeki tartışmalara girmezden önce söyleyelim ki çağdaş hukuk sistemleri bütün insanları “şahıs” (kişi) olarak kabul etmektedir⁶. Eski Romada bazı şahıslara hak ehliyetinin tanınmaması, onların köle şeklinde kullanılması, adeta hak

⁴ Esat Arsebük, Medeni hukuk, I Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Ankara, 1938, s. 171.

⁵ AYTEKİN ATAAY, age, s. 254 ; HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU, Türk Medeni Hukuku I, cilt 2, Şahsın Hukuku, 6. bası, İstanbul, 1963, s. 19.

⁶ KILIÇOĞLU, age, s. 125.

konusuna çevrilmesi muasır hukuk sistemlerinde kabul edilmemekle beraber uluslararası sözleşmeler ve bildirimlerle yasaklanmıştır⁷.

Şimdi ise hukuk doktrininde bazı yazarların tartışmalı şekilde müzakere ettiği “kişi” kavramı “kişilik” kavramı ile aynı mıdır?” sorusunu çözmeye gayret gösterelim. Öncelikle bu konuda düşünceleri birbirinden farklı olan yazarların görüşlerini hiç değiştirmeden aşağıda ifade edelim. Daha sonra ise atıfları da esas alarak genellemekle kendi düşüncelerimizi dile getirelim.

Aytekin Ataay yazıyor ki *“Hukuk dilinde “kişi sözcüğü genel olarak haklara sahip olma, yani hak ehliyetine sahip bulunan varlık olarak bulunmaktadır. Ancak kişi denilince akla sadece hak sahibi olma ehliyeti gelmez. Bu sözcüğün ayrıca Medeni Kanununun 23. ve 24. maddelerinde içerilen varlıklardan (şeref, itibar, hürriyet vs) meydana gelen bir bütünü ifade eder”*⁸.

Daha sonra Ataay Velidedeoğlu ve Saymen’e atıf yaparak devam ediyor:

*“Bununla beraber , bu sonuncu varlıklar bakımından “kişi” (şahıs) genel olarak “kişilik” (şahsiyet) sözcüğü ile belirtilmektedir. Fakat, aslında “kişi” ve “kişilik” kavramları aynı şeylerdir”*⁹.

Aytekin Ataay’a karşılık olarak Ferit Hakkı Saymen düşünüyor ki *“Türk Medeni Kanununun ruhuna göre “kişi”(şahıs) kavramı karşısında “kişilik” (şahsiyet) çok daha geniş bir kavramdır. Ona göre “şahsiyet” hak sahibinin bütün hukuki hal ve şartlarını ifade eder, onun “şahıs” olmak itibari ile haiz bulunduğu hak ve salahiyetlerin heyeti umumiyyesini bildirir. Bu itibarla “şahsiyet” bir şahsın medeni haklardan istifade ve medeni hakları kullanma ehliyetlerinden, ismi, şerefî, esrarı, vekar ve itibarı, hürriyeti, iktisadi ve fikri faaliyeti, hayatı ve sıhhati, velhasıldan (hak ve fiil ehliyeti) başka TMK 23. ve 24. maddelerinin içine aldığı bütün varlıkları ve bunların üzerindeki hakları ifade etmektedir”*¹⁰.

Bir diğer hukukçu Ahmet Kılıçoğlu ise kişilik kavramını iki anlama bölerek “kişilik”in dar anlamda “kişi” ile beraber tutulması gerektiğini, geniş anlamda ise “kişi”den farklı özelliklere sahip olduğu düşüncesini ileri sürüyor:

“Dar anlamda kişilik hak ve borçlara sahip olmağı ifade eder ve bu anlamda “kişilik” (şahsiyet) “kişi” (şahıs) kavramıyla aynı anlama geliyor. Geniş anlamda “kişilik” ise sadece hak ehliyetini değil , fiil ehliyeti de dahil olmakla “kişinin” kişisel

⁷ İnsan Hakları Bildirisi ve AİHS.

⁸ Ataay, age, s. 254.

⁹ Ataay, age, s. 254.

¹⁰ Ferit Hakkı Saymen, Türk Medeni Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1960, s. 14.

hallerini (yaşı, cinsiyeti, evli-bekar-dul olması vs) ve “kişilik” haklarını da içine alıyor. Bu anlamda “kişilik” kavramı “kişi” kavramından çok daha geniş bir kapsama sahiptir”¹¹.

“Şahıs” ve “Şahsiyet” kavramları ile ilgili diğer Medeni Hukuk yazarlarının görüşleri de bulunmaktadır. Fakat hemen hemen tüm düşünce ve görüşlerin yukarıda ifade edilen üç esas hatt üzere bölündüğünü dikkate aldığımızdan ilave atıflara gerek bulmadık. Keza olayı bir genelleyerek neticeye bağlarsak Aytekin Atay’ın dahil olduğu birinci grup yazarlar “şahıs” ve “şahsiyet” kavramları arasında anlam veya içerik olarak hiçbir farklılığın olmadığı ve bu ifadelerin birbirini bağladığını düşünmektedirler. Kanımızca bu yaklaşımın doğru olarak kabul edilmesi isabetli olmaz. O açıdan ki tüm “şahıslara” “şahsiyet” dememiz mümkün değildir. Her ne kadar “şahsiyet” kavramının mutlak olmadığını kabul etsek de bu ifadenin kullanılmasında belli kriterlerin olduğunu da unutamayız. Örneğin yeni doğmuş çocuğun “şahıs” (kişi) olması tartışılmaz olduğu taktirde onun “şahsiyet” olmasıyla ilgili düşünce ortaya koymamız muhtemelen tartışmalara neden olmuş olur. Çünkü yeni doğmuş çocuk zamanla oluşmuş olan “itibar, inam, dürüstlük” ve bu listeden olan diğer özellikleri kazanmamıştır. Daha doğrusu onun öyle bir şansı bulunmamıştır. Nitekim “şahsiyet” “şahsın” zamanla kazandığı manevi değerdir. Düşünüyoruz ki çocuk doğduğu andan hak ve borçlara sahip olma ehliyetini taşıdığından “kişi” olarak kabul edilir ama o hak ve ehliyetleri kullanamadığından ona geniş anlamda “şahsiyet” dememiz yanlıştır.

Ferit Hakkı Saymenin katılmış olduğu ikinci grup yazarlara göre ise “şahıs” ve “şahsiyet” birbirinden tamamen farklı kavramlardır. “Tamamen” kelimesinin burada bazı sorunlar içerdiğini söyleyebiliriz. Her ne kadar “şahıs” ve “şahsiyet” birbiri ile aynı kavramlar olmasa bile farklılıkları da o kadar da büyük değildir. Bazı istisnaları çıkmak şartıyla çoğunlukla her şahsın bir şahsiyeti vardır ve her şahsiyet de bir şahsa mensuptur.

Ahmet Kılıçoğlu’nun ortaya koyduğu “dar” ve “geniş” anlamda “kişi” ve “kişilik” yaklaşımını hukuksal açıdan daha uygun buluyoruz. Dar anlamda hemen hemen “kişi” (şahıs) ve “kişilik” (şahsiyet) aynı manaya, yani haklara ve borçlara sahip olan varlık anlamına gelse de geniş açıdan bu iki kavram arasında farklı boyutların olduğu kanaatindeyiz.

¹¹ Kılıçoğlu, age, s. 126.

B. Kişi çeşitleri

Önceki bölümlerde söylediğimiz gibi “şahıs” kendisine haklara ve borçlara sahip olma iktidarı tanınmış olan varlıklardır. Hak sahibi olma iktidarını tanıyan ise hukuk düzeni olduğundan hangi varlıkların şahıs olarak tanınacağını belirlemek de yine hukuk düzenine kalmış bir sorundur¹². Gerçi onu da ifade edelim ki hukuk düzeninin prensip olarak belirleyiciliği ancak şahıslarla ilgili konulara haiz olan bir kaide değildir. Hukuku devletin iradesi ile oluşan kurallar sistemi olarak kabul edersek kurulan veya var olan tüm hukuki kavramların modern demokrasilerde kanun koyucunun iradesine bağlı olduğunu ifade etmeliyiz. Hemen pozitif hukukun benimsediği yaklaşımı içermiş olan bu fikirlere karşılık olarak tabii hukuk nazariyelerinin var olduğunu dikkate sunalım. Ama bununla beraber bizler varsayımlar üzerinden değil rasyonel mantık, realiteler açısından bilimsel yaklaşım ortaya koymanın faydalı olması kanaatindeyiz. Nitekim muasır hukuk düzenlerinin büyük çoğunluğunda hukuk düzeni tarafından iki kategori varlık şahıs olarak kabul edilmektedir¹³:

- 1) Gerçek kişiler (hakiki şahıslar) , yani insanlar.
- 2) Hükmi şahıslar (Tüzel, hukuki kişiler)

Her iki hak ehliyeti tanınan varlıkları aşağıda alt başlıklar şeklinde incelemeyizden önce aklımızda oluşabilecek “bunlardan başka kişi yok mu ya hayvanlar ya bitkiler” tipli sorulara hemen yanıt vererek devam edelim. Modern hukuk düzenleri yukarıdaki iki şahıs türünden başka yerde kalan herhangi varlığa, yaratığa şahıs niteliği tanımış değildir¹⁴. “Ama hayvanlarla ilgili olarak türlü ülkelerin mevzuatlarında bir takım kurallar, kaideler vardır” diye sorsanız onu ilave ederim ki doğrudur Türkiye ve Azerbaycan Ceza Kanunları başta olmak üzere farklı farklı ülkelerin kanunlarında hayvanların korunmasına yönelik maddeler bulunmaktadır. Fakat bu türlü kaideler, daha net hayvanları korumak amacıyla onları öldürenlerin veya onlara eziyet edenlerin cezalandırılması, ceza ile tehdit edilmesi hayvanlara kişilik kazandırmaz. Çünkü o kanunlarda ifade edilen suçun hak süjesi hayvanlar değil insanlardır. İnsana bir takım yükümlülükler yüklenmiştir¹⁵. Sonuç olarak onu söyleyelim ki hayvana herhangi haklara sahip olma veya yükümlülüklere girme ehliyeti tanınmaz. O nedenle ki eğer bir

¹² Eugen Huber, Exposé des motifs de l'avant-projet, Bern, 1901, s. 37.

¹³ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Şahsın Hukuku, Sevinç matbaası, Ankara, 1996, s. 3.

¹⁴ Akipek, Akıntürk, age, s. 3.

¹⁵ Akipek, Akıntürk, age, s. 3.

hak bir şekilde istenemiyorsa onun tanınıp tanınmamasının bir anlamı yoktur. (Havlamak irade beyanında bulunmak anlamına gelemez.)

1. Gerçek kişiler

“Hukuki anlamda gerçek (fiziksel, doğal) kişi, hukuk ilişkilerine taraf olabilen, yani hak sahibi ve yükümlü (alacaklı ve borçlu) olabilen (haklara ehil) hak ve hukuk öznesidir. Kadını, erkeği, küçüğü, büyüğü, gayri mümeyyizi, mümeyyizi (kimilerine göre "cenin" bile) bu anlamda haklara ehil "hukuki kişi" sayılır”¹⁶.

Gerçek kişiler denildiğinde insanlar anlaşılır.

Bilge Öztan *“İnsan denen varlık toplumda akli nedeniyle ve işin mahiyeti icabı hak süjesi olma özelliğini çok önceden hissettirmiş ve bu özelliğin kendine tanınmasını sağlamıştır.”* diye demektedir¹⁷. Bu konuda Öztan’ın düşüncelerine katılarak onu söylememiz gerekiyor ki beşer tarihinin türlü dönemlerinde fertler arasında tartışmalar, mücadele ve hatta müharebeler olmuştur. İnsanlar arasında ayırımların mevcut olması, bir kesim şahıslara hak ehliyetinin tanınmaması o kabilden olan insanların kendi hakları uğrunda savaşa kalkışına neden olmuştur. Sonuç olarak artık günümüzde yukarıda ifade ettiğimiz ayırımlar ortadan kalkmıştır. Önceki başlıklarda da söylediğimiz üzere Romada mevcut olan kölelik ve bu takımdan olan insanlıkdışı kavramlar uluslararası sözleşmelerle yasaklanmıştır¹⁸.

“Gerçek kişiler” kavramı hukuk literatüründe “hakiki şahıslar”, “ferdi şahıslar”, “fiziki şahıslar” terimleri ile de tanımlanabilmektedir. Bu konuda yabancı hukuk düzenlerine baktığımız zaman görebiliyoruz ki Alman hukukunda “tabii şahıslar” (Natürliche personen), Fransız hukukunda “fiziki şahıslar” (Les Personnes physiques) denmiştir. Aslında bu tür terimlerde de anlatılmak istenen varlık insanlardır¹⁹. “Gerçek kişi” kavramının farklı terimleriyle ilgili ayrıca başlık altında araştırma yapacağımızdan Azerbaycan Medeni Kanununda “fiziki şahıslar”, Türkiye Medeni Kanununda ise “gerçek kişiler” terimlerinin kullandığını söyleyerek cümlemizi sonlandıralım.

¹⁶ Rona Serozan, Tüzel Kişiler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 13.

¹⁷ Bilge Öztan, Medeni Hukuk, Ankara, 1995, s. 207.

¹⁸ Öztan, age, s. 207.

¹⁹ Zahir İmre, Medeni Hukuka Giriş , Yenilenmiş 3. Bası , Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 350.

Beşeriyette bulunan bütün insanların hak ehliyetine sahip olduğu, hukuken şahıs olarak kabul edildiği 10 Aralık 1948 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi” ile Birleşmiş Milletler tarafından da açıkça ifade edilmiştir (Madde 1,2, 4, 6)²⁰.

a. “Gerçek kişi” kavramının tarihi gelişimi

Önceki ifadelerimizde de yer verdiğimiz gibi beşer tarihi boyunca insanlar arasındaki münasebetler sabit olarak kalmamıştır. Sürekli değişikliklere maruz kalmış, eşitlik sağlanana kadar kavgalar, savaşlar baş vermiştir. O nedendir ki bütün insanların yaratılıştan, cinsiyetten, yaştan, yerli veya yabancı olmasından ve hatta toplum içerisindeki sosyal yerleşkesinden bağımsız olarak eşit kabul edilmesi yaklaşımının tarihi o kadar da uzaklara gitmemektedir²¹. Ondan dolayı olarak şimdiki günümüze kadar insanların hukuk eşitliği uğrunda geçtiği yola yer verelim ve aşağıdaki şekilde inceleyelim.

aa. Kölelik

Dünyanın türlü coğrafi alanlarında var olan sosyal kurallar “kölelik” kavramını kabullenmiş ve uzun yıllar kullanmıştır. Tez konumuz olan kamu tüzel kişiliği kavramı ile bağlantısı o kadar da olmadığından bu mevzuya Roma Hukuku üzerinden bazı atıflar yaparak son vermek istiyoruz. Zira Romada insanlar “hür” ve “köle” olarak ikiye ayrılmıştı²². Kölelerin hak ehliyeti var olmadığı için onlar haklara ve borçlara sahip olamazdı. Bundan ortaya çıkan netice odur ki köleler kadim Romada, şahıs değil “eşya” olarak görülmekteydi. İnsanların böyle bir insanlık dışı biçimde “hür” ve “kölelere” ayrımı orta çağlara kadar devam etmiştir²³. Kölelik orta çağlardan sonra esirlik mahiyetini alarak Fransız ihtilaline kadar varlığını sürdürmüştür²⁴. Örneğin Osmanlıda esir ticareti 1898 tarihli “Üserayi Zencüye Ticaretinin Menine Dair Kanunname” ile kaldırılmıştır²⁵.

²⁰ Jale Akipek, Turgut Akıntürk , Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt, Beta yayın evi, 3. Bası, İstanbul, 1998, s. 235 ; Ataay, age, s. 257.

²¹ Akipek, Akıntürk, age, s. 236.

²² Aydın Zevkliler, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, s. 180 ; Akipek, Akıntürk, age, s. 236.

²³ Akipek, Akıntürk, age, s. 237

²⁴ Akipek, Akıntürk, age, s. 237.

²⁵ <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/67/199609257-c6.pdf?sequence=12&isAllowed=y> e.t: 12.07.2017.

bb. Medeni ölüm

Medeni ölüm yaşamakta olan bir insanın bazı sebepler nedeniyle hukuken şahıs olma niteliğini kaybetmesi demektir²⁶. Günümüzün modern hukuk sistemleri tarafından reddedilen bu kavrama göre şahıs fiziken yaşamasına rağmen haklara ve borçlara sahip olma hakkından, yani hak ehliyetinden yoksun bırakılıyordu. Örneğin Fransada 1950 yılına kadar ruhban²⁷ sınıfına katılanlar hakkında uygulanmaktaydı²⁸.

cc. Yerli-yabancı farkı

Şahıs olma bakımından yerli ve yabancılar arasında farklılıkların olması da kendini Roma Hukukunda göstermekteydi²⁹. Ama günümüzde ister Azerbaycan isterse de Türk Medeni Kanunları kendi vatandaşlarıyla beraber vatandaşlığı olmayan ve yabancıları da “ şahıs” olarak kabul etmektedir. Tabii ki bu prensip Türkiye ve Azerbaycana da haiz olan bir kural değildir. Genellikle tüm modern hukuk düzenlerinde kabul edilmiştir. Buna karşılık olarak onu da söyleyelim ki ülkenin kendi vatandaşlarına daha geniş haklar tanınması diğer ülke vatandaşlarına ve vatandaşlığı olmayanlara karşı ayırım olarak kabul edilmemelidir veya onların “şahıs” olarak kabul edilmemesi şeklinde yorumlanamaz.

b. Gerçek kişi kavramını tanımlayan terimler

Önceki tespitlerimizden de gördüğümüz üzere “kişi” ve “şahıs” kelimeleri Türk Hukukunda anlam itibarıyla aynıdır. Azerbaycanda “kişi” sözcüğünün farklı manaya geldiğini ise artık anlatmış durumdayız. Şimdi ise “şahıs” ve “kişi” karşılaştırmasından değil onların önünde kullanılan “gerçek”, “hakiki”, “tabii”, “fiziki” kelimelerinin birbiri ile mevcut olan bağlarının neden ibaret olduğunu, hangisinin kullanılmasının daha uygun ve yerindelik taşıdığını ortaya çıkaracağız.

²⁶ Akipek, Akıntürk, age, s. 237.

²⁷ Başta Hristyanlık olmak üzere belirli bir din bünyesinde din adamlığını resmi olarak icra eden: https://tr.wikipedia.org/wiki/Ruhban_s%C4%B1n%C4%B1f%C4%B1. e.t: 12.07.2017

²⁸ Kemaleddin Birsen, Medeni Hukuk, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1963, s 104; Akipek, Akıntürk, age , s. 237.

²⁹ Akipek, Akıntürk, age2, s. 237.

aa. Tabii şahıs terimi

Hak ehliyetine sahip olan insanlar hukukta bazen “tabii şahıs” olarak tanımlanıyordur. Prof.Dr. Jale Akipek ve Turgut Akıntürk’e göre “*Bu terim günümüzün modern hukuk anlayışı karşısında yerinde bir terim olarak kabul edilemez*”³⁰. Yazarlar “neden kabul edilemez?” sorusuna ise böyle yanıt veriyor:

*“Zira bundan, insanların bizzat insan olmalarından dolayı şahıs oldukları, hükmi şahısların ise şahıs olma iktidarının hukuk düzeni tarafından verilmiş olduğu anlamı çıkar. Oysa ki tarihçe kısmındaki açıklama hükmi şahıslarda olduğu kadar insanlara da şahıs olma iktidarının hukuk düzeni tarafından verilmiş olduğunu göstermektedir”*³¹.

Düşünüyoruz ki yukarıda Akipek ve Akıntürk’e mahsus olan ifadeler yeteri kadar mantıklı ve yerinde kullanılmıştır. Gerçek kişilerin tarihi başlığında inceleyip ortaya çıkardığımız gibi kadim Romada hiç de her doğan insan hukuken şahıs olarak kabul edilmemiştir. Halbuki “tabii şahıs” mantığı ile yaklaşım sergilesek onların “şahıs” olması gerekiyordu. Yani devletin hukuk düzeninin hiçbir etkisi olmaksızın Romada “köle” olarak nitelendirilenler “kişi” (şahıs) olarak kabul edilmeliydi veya hukuki anlamda “kişi” olurdular. Ama realite ve tarihi kaynaklar bunun öyle olmadığını göstermektedir. Nitekim “şahıs” kavramı, kimin “şahıs” olup, neyin “şahıs” olarak kabul edilmesi bir nevi hukuk politikasının, kanun koyucunun iradesinin mahsulüdür³². Sonuç olarak dikkatinize sunalım ki yukarıda ifade edilenlere dayanarak “tabii şahıs” teriminin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Her ne kadar bazı ülkelerin mevzuatlarında yer almış olsa da bu terimin mahiyeti tartışılır niteliktedir ve kanımızca hukuki yerindelik bakımından sorunlar içeriyordur.

bb. Hakiki şahıs terimi

Hakiki şahıs terimine ise Akipek ve Akıntürk’ün birlikte yazdığı kitapta böyle yanıt verilerek eleştiriliyor:

“Hukuk süjesi olan insanları göstermek üzere kullanılan “hakiki şahıs” terimine de aynı itiraz yöneltilebilir. Bu terimden insanların gerçekten var olan şahıslar, hükmi şahısların ise gerçekten var olmayan varsayımsal (farazi, fiktif) şahıslar olduğu gibi

³⁰ Akipek, Akıntürk, age, s. 238.

³¹ Akipek, Akıntürk, age, s. 238.

³² Akipek, Akıntürk, age, s. 238.

yanlış bir kaniya varılabilir. Oysa ki hükmi şahıslar özellikle Medeni Kanun anlamında hakiki şahıslar, yani insanlar kadar gerçek olan varlıklardır”³³.

Yukarıda tırnaklar içinde ifade edilen fikirlere tamamen katılarak onu söyleye biliriz ki “hakiki” şahıslarla hükmi şahısların “hakikilik” veya “gerçeklik” konusunda tek farkı insanların dokunulabilir, biyolojik, hükmi şahısların ise elle dokunulmaz , ama hukuki varlığı tartışılmaz sosyal varlık olmasıdır. Son cümle olarak onu da ifade edelim ki biz tez boyunca “Türk Medeni Kanunu” ve “Azerbaycan Mülki Mecellesi” gereği ile “fiziki şahıslar” veya “gerçek kişiler” terimlerini istifade kullanacağız. Ama hukukilik bakımından “fiziki şahıs” teriminin daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

cc. Ferdi şahıs terimi

Bu terim daha çok Alman hukuk literatüründe kendine yer bulmuştur. Zira Alman hukukunda bu terime karşılık olarak “hükmi şahıslara” da “kollektif şahıslar” denilmektedir. (Verbandsperson, personne – association ve ya personne collective)³⁴ Azerbaycan hukuk dilinde ferdi ve kollektif şahıslar terimlerinin kullanılabilceğini ve eski Sovyetler hukuk sisteminden dolayı olarak yabancılığın hissedilmeyeceğini söyleyebildiğimiz halde, aynı düşünceyi Türk Medeni Hukukuna uygulayamıyoruz. Türk Hukukunda bu ifadeler daha yabancı, özellikle “kollektif” kelimesi kabul edilmemektedir. Sonuç itibarı ile “tabii şahıs”, “hakiki şahıs” terimlerinden farklı olarak “ferdi şahıs” teriminin hak ehliyetine sahip olan insanlara hitaben kullanılmasını daha olumlu buluyoruz.

dd. Fiziki şahıs terimi

Fransa Medeni Kanunu’nun da kullandığı bu terim Azerbaycan Mülki Mecellesinde de kendi içeriğini bulmuştur. Aslında işin mantığına baktığımızda fiziki şahıs teriminin gerçek ve tüzel kişilere münasebette kullanılması gereken en isabetli terimlerden olarak görüyoruz. Kanımızca fiziki varlık olan insanı tüzel kişilerle hukuki anlamda ayırt edecek en yerinde terimlerden biri fiziki şahıs terimidir.

³³ Akipek, Akıntürk, age, s. 238.

³⁴ Akipek, Akıntürk, age , s. 238.

c. Gerçek şahsiyetin başlangıcı

Bir kimsenin hak ehliyetine sahip ola bilmesi, yani gerçek kişilik kazanabilmesi için Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesi gereğince tam ve sağ doğması şarttır. Hukuk doktrininde yukarıda ifade ettiğimiz fikrin hemen hemen aynısı ile karşılaşmaktayız. Zahit İmre'ye göre “*Hakiki şahısların yani insanların şahsiyetinin doğumla başlayacağı hukuk nizamı tarafından tanzim olunmuştur. Medeni kanunun 28. maddesi gereğince, şahsiyet çocuk sağ olarak tamamiyle doğduğu anda başlar*”³⁵.

Bilge Öztan da konuya münasebetde aşağı yukarı aynı cümleleri kullanmaktadır: “*Bir kimsenin hak süjesi ola bilmesi için, yani MK'nun 8. maddesinde düzenlenen hak ehliyetine sahip ola bilmesi için tam ve sağ doğması şarttır*”³⁶.

Aydın Zevkliler ise “*Medeni Kanunumuz gerçek kişiliğin başlamış sayıla bilmesi için çocuğun tam ve sağ doğmuş olmasını ön görmektedir*” diye diğer hukukçuların kanun maddesine dayanarak söylediklerine katılmaktadır³⁷.

Kendilerine atıf yaptığımız yazarların hepsi fiziki şahıslarda kişilik kazanılmasının çocuğun sağ ve tam doğmasından kaynaklandığını yazmaktadır. Türk Medeni Kanununun 28. maddesine atfen yazılan tüm bu fikirlere katılmakla beraber onu da ifade etmek istiyorum ki bazı ülkelerin mevzuatlarında tam ve sağ doğumdan ziyade ilave şartlar da aranmaktadır. Bu konuya önümüzdeki başlıklarda daha geniş bir biçimde değineceğimizi belirterek burda son vermek istiyoruz. Şimdi TMK'da kullanılan tam ve sağ doğum kavramlarını aydınlatarak mevzumuzda devam edelim. Soru işaretine yer bırakmaksızın ilave edelim ki Azerbaycan Mülki Mecellesi'nin (Medeni Kanun) 25.2. maddesinde doğumdan bahsedilse de sağ ve tam doğum kavramları mevzubahis değildir.

aa. Tam doğum.

Tam doğum çocuğun ana rahminden tamamiyle ayrılarak bağımsız bir varlık haline gelmiş olması demektir. Tam doğumla ilgili doktrinde bir birini tamamlayan ama bazı farklılıklarla da içerilmiş görüşler bulunmaktadır. Jale Akipek ve Turgut Akıntürke göre “*Doğumun hangi anda ve tam olarak gerçekleşmiş olduğunu belirleme*

³⁵ İmre, age, s. 352.

³⁶ Öztan, age, s. 209.

³⁷ Zevkliler, age, s. 187.

fizyolojik bir sorundur. Bu itibardır ki doğum anını ve tam olarak gerçekleşmiş olup olmadığını saptamak işi tıp bilimine aittir ve doğaldır ki bu konuda herhangi bir anlaşılabilirlik ortaya çıktığı zaman bütün bu konularda bilirkişi olarak tıp ilgililerinin dinlenmesi gerekiyor”³⁸. Bu yaklaşımın doğruluğuna herhangi bir kuşku olmadığını belirterek diğer yazarların mevkilerine geçelim.

Akıntürk ve Akipek’den farklı olarak Bilge Öztan doğumun tamlığıyla ilgili bazı kriterleri kendi kitabında ifade etmiştir:

“Sadece bazı organların ana rahminden ayrılmasıyla tam doğumdan söz edilemez. Bir çocuğun tam doğulduğunun kabulü için onun bir insanda bulunması zorunlu olan organlara sahip olması gerekir. Beyin olmadan veya başsız doğum halinde tam doğumdan söz edilemez”³⁹.

Akipek ve Akıntürk’ün doğumun tamlığıyla ilgili net karar yetkisinin tıp uzmanlarında olduğu düşüncesine katılarak söyleyelim ki Bilge Öztan’ın başsız ve beyinsiz doğum tam doğum sayılamaz fikrinin de doğru olduğunu düşünmekteyiz. Keza beyin veya başsız olarak ana rahminden ayrılan varlığın yaşamasını iddia etmek veya ona şahıs niteliği tanımak tartışılır. Her ne kadar bir tıbbi karara ihtiyaç duyulsa bile veya karara bağlansabile.

Aydın Zevkliler ise tam doğumla ilgili görüşlerine yer verdiğimiz tüm yazarlara katılarak bir kaç ilavede de bulunuyor:

“Bir çocuğun doğmuş olduğunu belirlemek tıp biliminin uğraş alanına girdiği halde hukuçular tarafından genellikle kabul edildiği üzere çocuğun tam doğmuş sayılabilmesi için ana bedeninden tümüyle ayrılmış ve bağımsız bir varlık kazanmış olması yeterli olup göbek bağının kesilmiş bulunması zorunlu değildir. Ayrıca bu doğumun doğal yolla olması veya hekim müdahalesiyle – gezeryon – olması arasında da bir fark olmadığı gibi, çocuk eşi – plasentanın da ayrıca ana bedeninden ayrılması zorunlu değildir”⁴⁰.

Sonuçta tüm yazarların fikirlerini toparlayarak söyleye biliriz ki tam doğum çocuğun ana rahminden doğal veya hekim müdahalesiyle farketmeksizin, göbeğin

³⁸ Akipek, Akıntürk, age , s. 246.

³⁹ Öztan, age, s. 209.

⁴⁰ Zevkliler, age , s. 187.

kesilmesine gerek kalmaksızın tamamıyla ayrılması veya ayrı bir varlık haline gelmesidir.

bb. Sağ doğum

Sağ doğum çocuğun ana bedeninden yaşayarak ayrılması ve daha sonrasında bir an bile olsa yaşamış olmasıdır⁴¹. Çocuğun ne zaman sağ doğmuş sayılacağını tıp biliminin uzmanlık alanı olarak kabul etmekle beraber bazı kriterlerin de ileri sunulduğunu söyleyebiliriz. Örneğin çocuğun nefes alması veya bir reflekste bulunması veya kalbinin çalışması ifade ettiğimiz kriterlerden olabilir⁴².

Onu da ilave edelim ki çocuğun sağ doğmuş sayılması için yaşama yeteneğine sahip olması veya belirli süre yaşamış olması Türkiye ve Azerbaycan Medeni Kanunlarında şart olarak aranan prensiplerden değildir⁴³. Hatta buna karşılık tıbbi yollarla sonradan hayat verilen çocuklar da sağ doğmuş olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Tüm bu söylenenlere rağmen Aydın Zevkliler çocuğun sağ doğmuş sayıla bilmesi için “kalbinin bir kez de olsa çarpmış olması”, “gözlerini bir kez açmış olması”, “bir kez de olsa ses çıkarması”, “bir kez bile nefes alması”, “midebağırsağın çalışmış olması” kriterlerinin var olduğunu, farklı yazarlar tarafından kabuledilebilirliğini ifade ederek tüm farklılıkların karşısında tıp biliminin durduğunu vurgulamaktadır:

“Bu ölçülerden birine ve ya bir kaçına kesin değer vermek doğru olmaz. Çünkü bu ölçülere bağlı kılınarak kişiliğin başladığını ya da başlamadığını ileri sürebileceğimiz çoğu durumlarda tıp bilimi bunun tersini saptaya bilir”⁴⁵.

En sonda onu söyleyelim ki çocuğun sağ mı yoksa ölü mü doğduğunu saptamak tıp bilimine aittir. Anlaşılmazlık halinde hakimin tayin edeceği bilirkişi hekimlerin yardımıyla anlaşılma çözülür. Bununla birlikte genellikle çocukların akciğeri su dolu bir kaba konulur. Eğer akciğer suyun yüzünde kalırsa çocuk sağ doğmuş demektir, suyun dibine inerse aksi anlaşılmaktadır⁴⁶.

⁴¹ Zevkliler, age , s. 188.

⁴² Öztan, age, s. 209.

⁴³ Ataay, age, s. 270.

⁴⁴ Öztan, age, s. 209.

⁴⁵ Zevkliler, age , s 188-189.

⁴⁶ Akıpek, Akıntürk, age, s 241.

cc. Tam ve sağ doğum dışında koşul aranması

İsviçre-Türk Medeni Kanunlarında şahsiyetin başlangıcı için önemli olan tek şart çocuğun sağ olarak anasının vücudundan tamamiyle ayrılmasıdır. Hatta çocuk anasının vücudundan ayrıldıktan hemen sonra ölmüş olsa bile hukuk düzeni bu kısa sürede ona şahsiyet tanır ve bu süre kesiminde o hak ve borçlara sahip olur⁴⁷. Bu kısa sürede hak ehliyeti kazanmak ise miras hukuku bakımından çok önemlidir. Bununla birlikte TMK ve Azerbaycan Mülki Mecellesi aramasa bile bazı ülkelerin mevzuatı tam ve sağ doğum şartlarına ilaveten bazı koşullar aramaktadırlar. Nitekim bu konuyu aşağıdaki şekilde incelemiş olursak daha dolgun olur.

aaa. Yaşama yeteneği

Bu görüşe göre çocuk sağ ve tam doğmasına rağmen yaşama yeteneğine sahip değilse kişilik kazanamaz⁴⁸. Bazı ülkelerin Medeni Kanunları da bu görüşü baz alarak düzenlemelerde bulunmuştur. Örneğin Fransız Medeni Kanun'u doğan insanın kişi sayılması için yaşama yeteneğine de sahip olması gerektiğini kendi bünyesinde bulundurmaktadır⁴⁹. Bununla beraber onu da ilave edelim ki Fransız Medeni Kanunu doğan kişinin “yaşama yeteneğine sahip olma” kuralına uyması için ne kadar süre yaşaması gerektiğini belirtmiyor⁵⁰. Buna karşılık aynı şartı arayan İspanyol Medeni Kanunu “en az 24 saat yaşamış” olması ibaresini kural olarak belirlemiřtir⁵¹.

Kanımcı özellikle bir kişinin “yaşama yeteneği” şartıyla “kişilik” sınavına çekilmesi doğru değildir. Günlük hayatımızda bile kimin ne zaman hayattan gideceğini belirlemekte gücümüz zor bulunurken böyle bir mantıkla hareket etmek asla kabul edilemezdir. Hatta kiminin tahminen bir kaç gün sonra öleceğini söyleyen tıp uzmanlarının görüşünü esas almaksızın o kişilerin “kişiliğini” sona erdirmiyorsak yeni doğmuş çocuklar hakkında “yaşama yeteneği” şartı aranmasını doğru bulmamaktayız.

⁴⁷ Akipek, Akıntürk, age , s. 240.

⁴⁸ Zevkliler, age , s. 190.

⁴⁹ Deynet, Die Rechstellung des Nasciturus und der noch nicht erzeugten person im deutschen, fransöcschen, englischen unda schottischen bürgerlichen Recht, Frankfurt a Berlin, 1960, s. 850; Akataran: Zevkliler, age, s. 190.

⁵⁰ Zevkliler, age, s. 190.

⁵¹ Ataay, age , s. 271 ; Le Pelley, Code Civile Espanyol, Paris, 1932, s. 22-23.

bbb. İnsan yapı ve biçimi

Bu görüş yandaşlarının düşüncelerine göre insan soyundan gelmiş olmak şahıs kabul edilebilmek için yeterli değildir. Nitekim, doğan çocuğun insan yapısına ve biçimine sahip olması da gerekir⁵². Zevkliler'e göre "*Örneğin elleri, ayakları olmayan, göz, kulak ve ağız bulunmayan, kuyruğu ve kanada benzer organları bulunan, olağan sayıdan çok kol ve ayakları bulunan ya da yapışık doğan yaratıklar kişilik kazanamaz*"⁵³. Kanımca Zevkliler'in bu düşüncesine net olarak doğruluk kazandırmak bir hukukçunun karara bağlayacağı kadar kolay değildir. O nedenle bana göre doğumu gerçekleştirilen hangi varlığın insan, hangi varlığın insan olmaması tıp biliminin hall etmesi gereken bir meseledir. Zaten çok az sayıda ülkelerin kabul ettiği bu kural (Örneğin İspanya) TMK ve Azerbaycan Mülki Mecellesi'nde bulunmamaktadır. Nitekim bu konuda İsviçre, Türk ve Azerbaycan Medeni Kanunları'nı baz alarak herhangi bir insandan tam ve sağ doğan bir varlığın şahıs olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Argümanımı bir daha kuvvetlendirmek amacıyla onu da söyleyelim ki Alman Medeni Kanunu "insan yapı ve biçiminde olma" koşulunun reddine dair yaklaşımın gerekçesinde "insandan üreyen ve doğan her varlık insandır", "insandan insan biçiminde olmayan bir yaratığın doğumundan söz edilemez" yaklaşımlarını esas almıştır⁵⁴. Zira benim de görüşümle aynı olmak birlikteliği ile Alman Medeni Kanunu insandan bir canavarın veya insan olmayan başka bir yaratığın doğabileceğini kabul etmiyor.

d. Gerçek şahsiyetin sonu

Şahsiyet, yani kişilik ölüm olayının tespiti ile kendiliğinden sona erer. Çünkü ölüm insanın fiziki varlığı ile beraber hukuki şahsiyetini de ortadan kaldırır⁵⁵. Nitekim ölümün hukuken doğurduğu en önemli sonuç kişiliğin son bulmasıdır. Ölüm anından itibaren kişi haklara ve borçlara sahip olmak yetkisini kaybediyor. Kendisine ait, hayattayken edindiği haklar ve borçlar mirascısına intikal edecektir⁵⁶. Onu da belirtelim ki bir kişinin tam ve sağ doğumunun tespitinde olduğu gibi onun ölümünün tesbitinde de tıp biliminin verileri kullanılır. Bu konuda önem arz eden ve bazen tartışmalı durum

⁵² Zevkliler, age, s. 190.

⁵³ Zevkliler, age, s. 190.

⁵⁴ Zevkliler, age, s. 191.

⁵⁵ Akipek, Akıntürk, age, s. 244.

⁵⁶ Kılıçoğlu, age, s. 128.

yaratan nokta ölüm anı noktasıdır. Çünkü ölüm anının tespiti miras münasebetlerinde halledicilik rolü oynayabiliyordur. Bu üzerinde durduklarım tez konumuzun esas hedefleri ile o kadar da bağlantılı olmadığından çok uzatmaksızın cümlelerimi “kişiliği sona erdiren en tabii sebebin ölüm olduğunu” ifade ederek bitirmek istiyorum.

e. Gerçek şahısların ehliyeti

İster Azerbaycan isterse de Türk Medeni Kanunlarına dayanarak söyleye biliriz ki “kişinin ehliyetleri” derken onun hak ve fiil ehliyetleri kast ediliyor. Bunlardan birisi önceki bölümlerde “şahıs kavramı” çerçevesinde ifade ettiğim üzere şahsiyetin hak sahibi olabilme iktidarı, yani hak ehliyeti, diğeri ise hak sahibinin sahip olduğu hakları bizzat kullanabilme iktidarı, yani fiil ehliyetidir⁵⁷. Bu iki kavramı aşağıda ayrıca başlıklar altında analiz edelim.

aa. Hak ehliyeti

aaa. Kavram olarak

Hak ehliyeti haklara ve borçlara sahip olma ehliyetidir⁵⁸. Haklara ehil olmak ise hak sahibi olma ve yükümlülükler altına girmeyi kapsar⁵⁹. Modern hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinde hak ehliyeti herkese tanınan bir ehliyet olarak kabul edilir. Kişinin yaşı, fikri ve diğeri bu tipten olan unsurları hak ehliyetinin varlığı açısından kriter değildir⁶⁰. İster Türkiye ister Azerbaycan isterse de diğeri ülkelerin Medeni Kanunlarında yaştan, cinsten veya bu tipte diğeri unsurlardan doğan bazı hakların bazen doktrinde “hak ehliyetinin herkese tanınmadığı” şeklinde anlatılması doğru değildir. Bu konuya hak ehliyetinin eşitlik ilkesi başlığında geniş değineceğimden şimdilik son vermeyi uygun buluyorum.

bbb. Hak ehliyeti terimi

Haklara ve borçlara sahip olma bilme iktidarını gösteren hak ehliyetini ifade etmek üzere Türk Hukuk doktrininde genellikle (eski Medeni Kanuna dayanarak) “medeni

⁵⁷ Akipek, Akıntürk, age, s. 267.

⁵⁸ Ataay, age, s. 280; Akipek, Akıntürk, age, s. 267; Zevkliler, age, s. 201.

⁵⁹ Öztan, age, s. 192.

⁶⁰ Öztan, age, s. 193.

hukuklardan istifade ehliyeti” terimi kullanılmaktadır⁶¹. Hukuk doktrinde kullanılan bu terimin eski (2001’e kadar) Türk medeni mevzuatında da aynı ile içerildiği görülmektedir. Keza Türk Medeni Kanunu’nun eski metninin 8’ci maddesinin başlığı “medeni haklardan istifade olarak” yazılmıştır. Bu konuyla ilgili Aydın Zevkliler kendi düşüncelerini Türk Medeni Kanununun 8. maddesinin eleştirisi üzerine kurarak şöyle ifade etmiştir:

“Bu düzenlemede (8. maddeyi kastediyor) hak ehliyeti açık biçimde tanımlanmış değildir. Fakat düzenlemenin içerisinde yer alan haklara ve borçlara ehil olmak deyiminden hak ehliyetinin tanımı çıkarılabilir. Böyle olunca, hak ehliyeti, bir bakıma kişi terimini karşılayan bir içerik taşımaktadır”⁶².

Zevkliler’in yukarıdaki fikirlerini ele aldığımızda kabul etmemiz gerekiyor ki eski Türk Medeni Kanunu’nun 8. maddesinin içeriğinde yer alan “her şahıs medeni haklardan istifade eder” ve maddenin başlığının “Medeni haklardan istifade” konulması doğru değildir. O nedenle ki her ne kadar tüm şahısların haklara ve borçlara sahip olması kuşkusuz olarak kabul edilse de onların hepsinin kendilerine verilen veya tanınan haklardan istifade etmesi düşüncesinin ileri sürülmesi de bir o kadar kabul edilemezdir. Bir gerçeği de bilgi ve karşılaştırma amacıyla dikkatinize sunalım ki eski Türk Medeni Kanunu’nun 8. maddesinin başlığında yer alan yanlış deyimden esinlenen bazı yazarlar “hak ehliyetini” “medeni haklardan istifade ehliyeti” olarak ifade etmişler⁶³. Görüldüğü gibi “Medeni haklardan istifade ehliyeti” deyimini haklara ve borçlara sahip olma iktidarı olan “hak ehliyetini” ifade etmekte uygun değildir. İstifade sözcüğü yukarıdaki cümlede sanki haklardan yararlanmak veya hakları kullanmak zorunluluğunu “hak ehliyetinin” kapsamına dahil etmiş gibi oluyor. Oysa ki “hak ehliyeti” haklardan yararlanmağı değil, haklara ve borçlara sahip olmayı belirleyen bir kavramdır⁶⁴. Zevkliler eski Türk Medeni Kanunu’nun 8’ci maddesinde kanımca uygun olmaksızın kullanılan “Medeni haklardan istifade” deyiminin nedenini de aydınlığa kavuşturmuştur:

⁶¹ Akipek, Akıntürk, age, s. 269.

⁶² Zevkliler, age, s. 201.

⁶³ Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku, Ankara, 1958, s. 240 ; Aktaran: Zevkliler, age, s. 201. ; Berki Şakir, Medeni Hukuk Umumi Esaslar, Şahıs ve Sile Hukuku, Ankara, 1961, s. 51.

⁶⁴ Zevkliler, age, s. 201.

“Madde başlığında yer alan “Medeni haklardan istifade deyimi İsviçre Medeni Kanununun Fransızca metninden alınmıştır. Bu başlığın İsviçre Medeni Kanununun Almanca metninde olduğu gibi “hak ehliyeti” (Rechtsfähigkeit) biçiminde yazılması daha doğru olurdu”⁶⁵.

Sonda hak ehliyeti terimine Akipek ve Akıntürk’ün kitabına atf yaparak bir kaç kelimeyle son vermek istiyorum. Onların kanısına göre *“Gerçekten “medeni haklardan istifade” terimi hiç de isabetli değildir. Bu terim anlam itibarıyla doğru olmadığı gibi genellikle fiil ehliyetini göstermek için kullanılan “medeni hakları istimal” terimiyle de karışıklığa sebep olacak mahiyettedir”⁶⁶. Düşünüyorum ki ister Zevkliler isterse de Akipek ve Akıntürk’ün ortaya koyduğu argümanlar fazlasıyla mantıklı ve kabul edilebilirdir. TMK’da “hak ehliyetine” kasten kullanılan “medeni haklardan istifade” deyimi isabetli değildir ve “hak ehliyeti” kelimesinin kullanılması gerekmektedir.*

Ve en sonda Aytekin Ataay’ın bu konuyla ilgili cümlesine de yer vermem çok faydalı olmuş olur. Ataay ifade ediyor ki *“Fakirliği dolayısı ile mülki haklardan fiilen yararlanmayan kişi söz konusu haktan fiilen yararlanmak imkanından mahrum olsa da bu hakka sahip olma ehliyetine haizdir. Haklardan fiilen yararlanmada genellik prensipi mevcut değildir. Bunun kesinlikle gerçekleşmesini karşısına amaç eden siyasal rejimlerde de sözden ileri gidilmemiş ve daha açık adaletsizliklerin doğumuna yol açmıştır”⁶⁷.*

ccc. Hak ehliyetinin içeriği

Hak ehliyeti şahısların haklara ve borçlara sahip olma iktidarındır⁶⁸. Keza hak ehliyetinin içeriğini haklara sahip olmak ve borç altına girebilmek (borçlara sahip olmak) kavramları oluşturmaktadır. Son cümlemizden böyle anlaşılıyor ki hak ehliyetinin içeriğini oluşturan kavramlar iki yönlüdür⁶⁹. Nitekim hak ehliyetinin olumsuz (pasif) yönünü oluşturan borç altına girebilmek, olumlu (aktif) yönünü oluştursansa haklara sahip olmaktır⁷⁰. Altını çizerek onu söyleyelim ki ne haklara sahip

⁶⁵ Zevkliler, age, s. 201.

⁶⁶ Akipek, Akıntürk, age, s. 269.

⁶⁷ Ataay, age, s. 281.

⁶⁸ Akipek, Akıntürk, age, s. 269.

⁶⁹ Zevkliler, age, s. 203.

⁷⁰ Akipek, Akıntürk, s. 268.

olmak (olumlu yön) sahip olduğun hakların hepsini kullanmak anlamına gelir ne de borçlara sahip olmak (olumsuz yön) şahsın kendi fiil ve işlemleriyle bizzat kendi aleyhine borçlar yarata bileceği anlamında kabul edilir. (Çünkü bunlar fiil ehliyetidir.)

Bir başka önemli husus hak ehliyetinin içeriğini oluşturan haklar ve borçlar sadece özel hukukun kapsamına dahil ettiği haklar ve borçlardır⁷¹. Keza ünlü Roma hukuçusu Savigny “*hak ehliyeti kişilerin özel hukuk ilişkilerine katıla bilmek için sahip olmaları gereken yetenektir*”⁷² diye bu konuda düşüncelerini dile getirmiştir. Savigni’nin “sahip olmaları gereken yetenektir” ifadesinin Romada herkese hak ehliyetinin tanınmadığından kaynaklandığını ve şimdiki modern hukuk düzeni tarafından kabul edilmediğini belirtmekle beraber onun hak ehliyetinin özel hukuk ilişkilerine katılmak için gerektiğini söylemesine katıldığımızı vurgulamak istiyoruz. İster Azerbaycan ister Türk Medeni Kanunlarında yer alan ifadeler de her iki kanun koyucunun hak ehliyetine yaklaşımının özel hukuktan geçtiğini göstermektedir. Ama tüm bunlara rağmen hak ehliyetinin yalnız özel hukuktan doğan haklara ve borçlara sahip olma iktidarı olması konusunda çok sert bir ayırım ortaya koymamamız gerekiyor. O nedenle ki özel hukuk ve kamu hukuku dallarının her ikisi ile de ilgili olan ve ikisi arasında yer alan Medeni Yargılama Hukukunun konusu içinde yer alan “davada taraf olmak” ehliyeti de hak ehliyetinin içeriğine girer⁷³. Taraf olma ehliyeti şahsın özel hukuktan doğan haklarının korunmasını sağlamak için mahkemelerde dava açmak (davacı olarak baş vurmak) ve kendisine karşı açılan davalarda “davacı olarak bulunabilme” iktidarır⁷⁴. Bu itibarla özel hukuktan doğan hakların dışında kalan haklara ve borçlara sahip ola bilmenin hak ehliyeti ile ilgisi yoktur⁷⁵. Bu ilgisizliğe “mahkemede taraf olma” ehliyeti bir istisna katmaktadır. Daha da açığı “davada taraf olmak” özel hukukun içeriğine girmese de yargılama hukukuna ait olsa da hak ehliyetinin içeriğine dahildir. Sonuca bağlarsak bir insanın şahıs olması, kamu hukukundan doğan haklara sahip olması için yeterli değildir⁷⁶. Türlü ülkelerin mevzuatlarında bazı farklı yaklaşımlara rağmen genellikle kamu hukukundan doğan haklara, özellikle siyasi haklara sahip olmak için vatandaşlık, yabancı olmamak, belli

⁷¹ Akipek, Akıntürk, age, s. 269.

⁷² Ataay, age, s. 281.

⁷³ Zevkliler, age, s. 203.

⁷⁴ Akipek, Akıntürk, age, s. 270.

⁷⁵ Akipek, Akıntürk, age, s. 270.

⁷⁶ Akipek, Akıntürk, age, s. 270.

bir yaş olgunluğuna erişmiş olmak gibi şartlar aranmaktadır⁷⁷. Buna karşılık Jale Akipek ve Turgut Akıntürk bütun insanların yerli-yabancı farkı gözetmeksizin her yerde asgari bir takım kamu haklarından yaralanmaları imkanını sağlamak gayretinin gösterildiğini yazıyor: “*Bu haklara insan hakları denile bilir*”⁷⁸.

ddd. Hak ehliyetinin nitelikleri

Türk Medeni Kanunu’nun 8. maddesindeki düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı gibi hak ehliyetinin başlıca iki temel ilkesi vardır. Bunlar “genellik” ve “eşitlik” ilkeleridir⁷⁹. Kanunun 8. maddesine dikkat ettiğimiz zaman “her insan” deyimiyile genelliğin, “bütun insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler” deyimiyile ise eşitliğin kastedilmek istendiğini görmekteyiz. şimdi ayrı ayrı bu ilkeleri ele alalım ve içeriklerinin neden ibaret olduğuna bakalım.

Genellik

“*Bugün bize tabii görünen bu prensip uzun bir mücadeleden sonra elde edilmiştir*” diye Zahit İmre genellik ilkesinin önemini somut bir şekilde dikkatimize sunuyor⁸⁰. İmre’nin de söylediği üzere ve önceki bölümlerde dikkatinize sunduğumuz gibi insanların hepsinin hukuken hak ehliyetine sahipliği uzun yıllar boyunca mümkün olmamış ve savaşlarla müşahide olunmuştur. Ama tüm bu insanlık dışı olaylar geride kalmış ve bütun modern hukuk düzenlerinde olduğu gibi Azerbaycan ve Türk Hukukunda da hak ehliyeti hiç bir fark gözetmeksizin tüm insanlara tanınmıştır. Nitekim genellik derken hak ehliyetinin sağ ve tam doğan tüm insanlara (fiziki şahıslara) tanınması anlaşılmalıdır.

Eşitlik.

Modern hukuk düzenlerinde haklara ve borçlara herkes sahip olmakla beraber tüm şahıslar haklara ve borçlara sahip olma kapsamında eşittir. Kural olarak bir kimse bir kimseden daha farklı veya daha çok haklara ve borçalara haiz deđildir⁸¹. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Türkiye ve Azerbaycan Anayasaları ve her iki ülkenin

⁷⁷ Akipek, Akıntürk, age, s. 270.

⁷⁸ Akipek, Akıntürk, age, s. 270.

⁷⁹ Zevkliler, age, s. 203.

⁸⁰ İmre, age, s. 358.

⁸¹ Akipek, Akıntürk, age, s. 272.

medeni kanunları söylediklerimizi tasdiklemektedir⁸². Aslında bu kural pozitif bir hukuk kuralıdır ve 1789 Fransız İhtilalinin koymuş olduğu eşitlik esasına dayanmaktadır⁸³. Fakat altını çizerek ifade edeyim ki eşitlik ilkesini kuraldan ziyade hukuki anlamda anlamamız gerekmektedir. Yani eşitlik bir kuraldır. Mutlaka ki kurallara münasebette bazı istisnai düzenlemeler var olabilir. Aynı zamanda eşitlik tarafımızdan hukuki açıdan kullanılmıştır. Gerek fiziki, gerek düşünme, toplu olarak kastetsek tabiatın insanlar eşit değildirler ve bu gayet doğaldır, yaratılışın mahiyetinden ileri gelmektedir⁸⁴. Söylediklerime ilave edeyim ki hukuki eşitlik kuralı bir özel hukuk kaidesidir. Zira genel olarak kamu hukukundan doğan haklar açısından insanların eşitliğinden söz edemeyiz⁸⁵.

bb. Fiil ehliyeti

Fiil ehliyeti *“bir kimsenin kendi fiil ve hareketleriyle, kendi isteği ile hak iktisap etmesi, bu hakları değiştirmesi, ortadan kaldırması, borç altına girmesi onları değiştirmesi, ortadan kaldırması; kısaca kendi fiilleriyle hak kazanması ve borç altına girebilmesidir”*⁸⁶.

Fiil ehliyeti hak ehliyetinden farklı olarak çocuğun doğduğu andan değil temyiz kudretine sahiplenmeye başladıktan sonra kazanılmaktadır. Hak ehliyeti pasif bir hak fiil ehliyeti ise aktif haklar sırasındadır. Dolayısı ile şahısların hareketleri ile bağdaştığından fiil ehliyeti kişilere münasebetde eşitlik içermemektedir.

2. Hükmi şahıslar

Hak süjesi olmak, yani haklara ve borçlara sahip olmak yetkisi sadece insanlara tanınmış bir yetki değildir. İnsanların yanı sıra “şahıs” olarak kabul edilen bir takım mal ve şahıs toplulukları da vardır⁸⁷. Belli bir amaca haiz yaratılan bu “şahıslar” tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır⁸⁸. İfade ettiğim hukuk süjelerinin farklı başlıklar altında incelenmesine geçmezden önce kavram karışıklığını önlemek için ilave edeyim ki Türkiye mevzuatında “tüzel kişi” olarak geçen “hükmi şahıslar” Azerbaycan

⁸² Zevkliler, age, s. 204.

⁸³ İmre, age, s. 359.

⁸⁴ İmre, age, s. 359.

⁸⁵ İmre, age, s. 360.

⁸⁶ Öztan, age, s. 239

⁸⁷ Akipek, Akıntürk, age, s. 485.

⁸⁸ Ataay, age, s. 257.

mevzuatında “hukuki şahıslar” adı altında kendisini yansıtmaktadır. “Hükmi şahıs”, “Hukuki şahıs”, “tüzel kişi”, terimlerinin anlam olarak aynılığını vurgulayarak üç farklı kelimeyle ifade ettiğim bu kavramın (hukuk süjesinin) incelenmesine geçelim.

a. Ortaya çıkış nedenleri

Konumuzun bilimsel incelenmesini daha ilmi kaynaklara dayanıklı biçimde yapılması maksadıyla önce “hükmi şahısların” ortaya çıkış nedenleri ile ilgili doktrinde mevcut olan görüşleri ele alalım.

Bülent Köprülüye göre “*Genellikle bir taraftan bireyin, (ferdin) yani kişinin tek başına başaramayacağı işlerin görülmesini; diğer taraftan insanların ancak belirli bir yaşama gücüne sahip bulunmaları veya kişinin mal varlığı ile çalışmalarını benzerlerinininkine katması sonucu meydana gelecek daha üstün kudret, güç ve olanaklar karşısında daha uzun ömürlü, başka bir deyişle sürekli olması çeşitli faaliyetlerin yürütülmesini sağlamak amacıyla birlikler kurulması gerekmiştir*”⁸⁹.

“*Devletin varlığını korumak için ölüm tehlikesine göğüs gererek harp eden hür insanlar, başka milletlere köle olmamak, aile ve çocuklarını yabancılara çığnetmemek için dövüşüyorlar mıydı*” diyerek Hıfzı Veldet Velidedeoğlu belki de ilk hükmi şahıs olan devletin oluşumunun nedenlerini açıklayarak hükmi şahısları ortaya çıkaran zorunluluklardan söz ediyor⁹⁰. O hükmi şahısları ortaya çıkaran zorunluluklar arasında insan ömrünün devamsızlığı konusunu da işaret etmektedir: “*Hükmi şahısların hayatı hakiki şahıslarinkine nazaran daha devamlıdır. Bir insan ömrüne sığmayacak işler ancak hükmi şahıslar atarfindan gerçekleştirilebilir*”⁹¹.

Jale Akipek ve Turgut Akıntürk’ün bu konuda görüşleri de hemen hemen seleflerine benzer şekilde ifade edilmiştir. Sistemli olması amacıyla bu görüşleri üç başlıkta sıralamak daha uygun olacaktır.

Gereksinimlerin giderilmesi ve çıkarların savunulmasında birliktelik.

“*Bir toplum içinde yaşayan insanlar arasında az çok ortak olan bazı gereksinim ve çıkar vardır. Bu gereksinimlerin hep birlikte giderilmesi ve ya çıkarların hep birlikte*

⁸⁹ Bülent Köprülü, Medeni Hukuk, 1-2 kitaplar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 383.

⁹⁰ Hıfzı Veldet Velidededeoğlu, Türk Medeni Hukuku, Cilt 1, 3.basım, İstanbul, 1948, s. 215-216.

⁹¹ Velidededeoğlu, age, s. 2016.

savunulması daha kolay ve verimli olur. Bu ise, çıkarları ve gereksinimleri aynı olan şahısları bu amaçla bir araya gelerek birlikler, topluluklar oluşturmaya yönlendiriyor. Romadaki dini topluluklar, Orta çağdaki mesleki kuruluşlar ve çağımızdaki sendikalar bunun en güzel örnekleridir.” şeklinde ilk başlığa dair yazarlar kendi fikirlerini ifade etmişler⁹². Hakikaten de ister günümüzdeki sendikaların faaliyetine baktığımız zaman ister eski Romadaki dini kuruluşların oluşum nedenleri ile ilgili bilgileri incelediğimizde (Daha sonraki bölümde) bu kuruluşların onu oluşturanlar için çıkar açısından daha verimli ortam oluşturduğunu, daha kolay şekilde sorunların halledilmesine yardımcı olduğunu görüyoruz⁹³.

İktisadi ve manevi amaçlara kolay ulaşım

Akipek ve Akıntürk bu argümanı ise böyle izah etmektedir:

“Bir insan birey olarak tek başına gerek manen gerek maddeten sınırlı bir güce sahiptir. İktisadi alanda olduğu kadar manevi alanda da büyük işlerin başarılmasına bir insanın tek başına ne gücü ve hatta çoğu kez ne de mali kudreti ve ömrü yeter. Bu bakımdan da insanlar, faaliyetlerini olduğu kadar maddi imkanlarını da bir araya getirerek topluluk halinde birlikte çalışmak zorundadır. İktisadi alanda görülen şirketler (ortaklıklar) ile bilim, yardım, spor vs amaçlar ile meydana gelmiş dernekler ve vakıflar işte bu zorunluluğun sonuçlarıdırlar”⁹⁴.

İnsan ömrünün belirsizliği ve kısalığı

“Nihayet insanlar geçici olan yaratıklardır; zira insan ömrü belirsiz ve oldukça kısadır; bu sebeple de az çok uzun süren ve sürekli faaliyet isteyen alanlarda çalışmaya ve bu çalışmayı bir sonuca ulaştırmağa elverişli değildir. Bu etken ise insanları bir araya gelerek ölümlerinden sonra da başladıkları faaliyetleri sürdürecektir olan birlikler, topluluklar kurmaya yöneltir” söyleyerek Akipek ve Akıntürk insan ömrünün belirsiz ve kısalığı açısından hükmi şahısların önemini dikkatimize sunuyor⁹⁵. Bu argümana dair yazarların düşüncelerine kuvvet vererek onu söyleyelim ki hükmi şahıslar sanki suyu bir yandan gelip diğer yandan giden havuza benziyor⁹⁶. Havuzun suyu sürekli değişse de

⁹² Akipek, Akıntürk, age, s. 486.

⁹³ Savigny- Guenoux, Traite de droit Romain, t.2, Paris, 1841, s 243; Aktaran: Akipek, Akıntürk, s. 486.

⁹⁴ Akipek, Akıntürk, age, s. 486.

⁹⁵ Akipek, Akıntürk, age, s. 486.

⁹⁶ Velidedeoğlu, age, s. 217.

mahiyeti, şekli değişmeksizin kalıyor. Örneğin devletler, spor kulüpleri. Çok daha somut bir misale baş vurmuş olursak , misalen, Galatasaray spor kulübü kurulduğu 1905 yılından itibaren yüzlerce, binlerce üye, yönetmen değişikliğine maruz kaldı, çok tarihi şahıslar geldi, gitti ama kulüp kendini hükmi şahsiyet olarak korumuştur. 1905’de hükmi şahsiyet olarak ne idiyse şimdi de odur⁹⁷.

Bu konuda son atıfta bulunacağımız Aytekin Ataay da önceki akademisyenlerin görüş ve argümanlarını toplu olarak şöyle ifade ediyor: *“Ekonomik ve sosyal alanda, hakiki şahısların tek başına başaramayacakları veya insan ömrününün kafi gelmeyeceği bazı işlerin başarılması için eski çağlardan beri insanların maddi ve manevi güçlerini belli bir amaç altında birleştirdikleri veya bazı hayır işlerine mal tahsisinde buldukları tarihi bir gerçektir”*⁹⁸.

Gördüğünüz üzere Ataay da hükmi şahısların aslında insanların doğal sayılabilecek ihtiyaçlarından meydana geldiğini, dolayısı ile sosyal bir gereklilikten doğduğunu kabul etmektedir.

En sonda atıfta bulunduğum tüm yazarların görüş ve düşüncelerini toplu şekilde ele alırsam hükmi şahısların ortaya çıkış zorunluluklarını aşağıdaki şekilde gruplaştırabilirim⁹⁹:

1) Ortak gereksinim ve çıkarları olan insanların bu gereksinimlerin giderilmesi ve çıkarların karşılanması veya daha rahat ve kolay bir şekilde halledilmesi amacıyla bir araya gelme zorunluluğu.

2) Teklikte sınırlı güce, sınırlı maddi ve manevi potansiyele sahip olan insanların belli iktisadi ve manevi açıdan büyük işleri başarmak ve daha kısa veya olumlu sürede sonlandırmak amacıyla bir araya toplanmak zorunluluğu. Örneğin toplumda eğitim seviyesini kaldırmak amacıyla olan insanlar tek tek karşılarına koydukları bu sosyal amaca ulaşmak için çok çaba sarf etmek zorundadırlar. Fakat o kadar çaba sarf etse bile türlü nedenlerden o amaca ulaşmak mümkün de olabilir. Buna karşılık toplumda eğitim seviyesini yükseltmek isteyen aynı fiziki şahıslar bir araya gelerek “Eğitimde yükseliş” derneğini kurmuş olurlarsa bünyelerinin genişliği,

⁹⁷ Velidedeoğlu, age, s. 216.

⁹⁸ Ataay, age, s. 258.

⁹⁹ Ergün Özsunay, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 1.

enerji ve güç birlikteliği, maddi beraberlik gibi pozitif nedenlerle toplumda eğitim seviyesinin daha kısa sürede ve daha üst düzeyde yükseltilmesine nail olabilirler.

3) Ömür belirsizliği, insanın doğal yaşamının sınırlı olması sebebinden uzun vadeli işlerin, hedeflerin gerçeğe çevirilmesi maksadından ileri gelen zorunluluk. Örneğin dünyada hukuk markası oluşturmak isteyen bir hukukçu kendisi sağ oldukça bu amaç uğrunda muhakkak ki sürekli çalışacaktır. Ama o kendisinin ne zaman hayattan göçeceğini bilmediğinden eğer amacına yetişmekte ısrarlıysa bir hükmi şahıs (şirket) kurar ve bu amacı bir seviyede garantiye almış olur. Zira böyle olunca o olmasa bile onun ortakları ve devamcılarının onun ileri sürdüğü “dünya düzeyinde hukuk brendi olma” fikrini gerçekleştirebilir.

b. Hükmi şahıs terimi

Önceki bölümlerimizden belli olduğu gibi “hakiki şahıslar” terimiyle beraber “hükmi şahıslar” terimi de Türk Medeni Kanunu ve Azerbaycan Mülki Mecellesinde farklı farklı söz birleşmeleriyle tanımlanmaktadır. “Hükmi şahısları” “Tüzel kişi” adlandıran TMK’ya karşı olarak Azerbaycan Mülki Mecelle’si “hukuki şahıs” terimini kullanmaktadır. TMK’nın kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu’nun Almanca metninde “tüzel kişilik” için “die juristischen personen” (hukuk, hukuksal kişilik), Fransızca metninde ise “des personnes morales” (manevi şahıslar) deyimleri yer almaktadır¹⁰⁰. Köprülü’ye göre TMK’nın kullandığı “tüzel kişi” ve “gerçek kişi” (hakiki şahıslara kasten) terimleri pek de uygun düşmemektedir¹⁰¹. Çünkü hakların süjesi olarak gerçek kişilerle beraber tüzel kişiler de gerçeklik niteliği taşımaktadır, yani gerçektir.

Aytekin Ataay ise Schwarz ve Huber’in görüş ve düşüncelerine dayanarak aynı zamanda “hükmi şahıslar”, “hukuki şahıslar” gibi terimlerin de yerinde olmadığını yazıyor¹⁰².

Shwarz kendisi ise kişilerin ferdi ve kolektif (toplu) kişiler olarak ayrılmasını savunuyordur¹⁰³. Son anda kamuoyuda çeviri sorunu nedeniyle anlaşılmazlık yaratabileceği düşüncesi ile İsviçre Meclisi tarafından Medeni Kanun taslağını hazırlayan Huber de Almanyada eğitim görmesi ve oradan etkilenmesi ile Almanyadaki

¹⁰⁰ Köprülü, age, s. 384.

¹⁰¹ Köprülü, age, s. 384.

¹⁰² Ataay, age, s. 256.

¹⁰³ Schwarz, age, s. 209; Aktaran: Ataay, age, s. 256.

aynı terimleri, yani bireysel kişilik (Einzelperson) ve kolektif kişiler (Verbands person) terimlerini kullanmıştır¹⁰⁴.

Tüm söylenenleri toparlayıp ele alırsam ifade ede bilirim ki her ne kadar bazı anlaşılma ve diğer nedenlerle İsviçre, Fransa, Türkiye ve Azerbaycan hukuk düzeninde bu kavramı tanımlamak için türlü terimler kullanılsa da anlam itibarı ile aynı mefhum kastedilmektedir. Fakat buna rağmen kanımca hukukun temeline ve mantığa en yakın terimlerin Alman hukuk literatüründe kullanılan ferdi ve kolektif şahıslar kelimeleridir. Bununla beraber İsviçre Medeni Kanununun Fransızca metninde kullanılan “fiziki şahıs” teriminin “gerçek kişilere” haizen kullanılması da uygun seçimlerden olmuş olur.

c. Hükmi şahıs kavramı

Hükmi şahıslar önceki bölümlerde geniş ve hatta gruplaştırılmış şekilde sıraladığım nedenlerle ortak bir amaç etrafında bir araya gelmiş insanlar veya bir amacın gerçekleşmesi için o amaca bir malın tahsis edilmesinden ortaya çıkan şahıs ve malvarlığı topluluklarıdır¹⁰⁵. Onlar insanlar gibi biyolojik varlık olmasalar bile elle tutulan, dokunulan mahiyet taşımaları da modern hukuk sistemleri tarafından tanınan hak ehliyetine sahiptirler ve fiil ehliyetinden kanunda gösterilen şekilde istifade ederler¹⁰⁶. O nedendir ki “*günlük hayatta devletin borçlarından, bir komün idaresinin (belediye ve köy) açtığı davadan, bir derneğin kararlarından, bir şirketin veya bir vakfın taşınır veya taşınmaz mallar elde ettiğinden, gerçekleştirmek istediği çeşitli amaçlarından söz edebiliyoruz*”¹⁰⁷.

Tek kişilerin haiz olduğu gibi tüzel kişilerin de bir gayesi vardır¹⁰⁸. Bu amaç medeni hukuk açısından siyasal, kültürel, estetik, sportif vs olabilir¹⁰⁹. Örneğin siyasal alanda siyasi partileri, kültürel alanda kurulan kültürel amaçlı dernekleri, sportif alanda futbol takımlarını gösterebilirim.

Tüzel kişiler özel ad, ikametgaha sahip olmakla beraber onu oluşturan gerçek şahıslardan bağımsız bir kişiliğe sahiptir. Nitekim onların hakları ve borçları kendilerini

¹⁰⁴ Saymen, age, s. 16 ; Aktaran: Ataay, age , s. 256.

¹⁰⁵ Akipek, Akıntürk, age, s. 487; Ataay, age, s. 258.

¹⁰⁶ Ataay, age, s. 257.

¹⁰⁷ Köprülü, age, s. 385.

¹⁰⁸ Velidedeolu, age, s. 215.

¹⁰⁹ Köprülü, age, s. 386.

oluşturan üyelerin hakları ve borçları değildir¹¹⁰. Bu yüzden hükmi şahısların alacak ve borçları onu oluşturan gerçek kişilerinkinden ayrı bir varlıktır. *“Nasıl ki bir tüccar borçlarını ödemekten aciz olduğu takdirde iflasına karar verilirse, hükmi şahıs da böyle bir duruma düştüğünde malları tasfiyeye tutulabilir”* diyerek Kemaleddin Birsen de bu konuda ortak düşüncede olduğunu ifade ediyor¹¹¹. Nitekim hükmi şahıslar istisnai durumlar olmak şartıyla kaide olarak onu teşkil edenlerden bağımsızdır. Noktayı bir örnekle koyarsam misalen Türkiye Gençlik Kulüpleri Konfederasyonu’nun veya Azerbaycan Sanayi Bankası’nın borçları sıralamaya uygun olarak onun üyelerinin mallarını veya onun müdürünün, yönetim heyetinin malvarlığını ilgilendirmez¹¹². Zaten tüzel kişilik kazanmanın 3 temel unsurundan biri bağımsızlıktır. (Müşterek ve sürekli amaç, örgütlenme ve bağımsızlık) Eğer hükmi şahsın onu kuran gerçek kişilerden bağımsız bir varlığı mevcut değilse o, hükmi şahıs olarak kabul edilemez¹¹³.

Hükmi şahıs kavramına anlayış verdiğimde söylediğim gibi onlar bünyelerine münhasıran insan ve malvarlığı topluluklarıdır. İnsan topluluğu tanımına giren hükmi şahısların varlığı bu hükmi şahısların bünyesinde insanların bulunmasına bağlıdır. Örneğin devlet, belediye, dernek, şirket gibi hükmi şahıslar insanlar olmadan tasavvur bile edilemez. Buna karşılık bir vakıf veya tesis (müessese) hükmi şahıs olarak onun bünyesinde insanların mevcudiyetine bağlı olmaksızın bir malın ortak amaca tahsis edilmesi ile oluşmaktadır¹¹⁴. Onu da söyleyelim ki vakıfların insanlar tarafından yönetilmesi onu insan topluluğu haline getirmez. O nedenle ki zaten beşer aleminde var olan her şeyin mevcudiyeti, hukuk da dahil, insanlar içindir ve insanlar tarafından yönetilir, düzenlenir ve istifade edilir.

d. Tarihsel gelişimi

Önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz üzere hükmi şahıslar önce fiilen toplumsal ihtiyaçtan dolayı olarak ortaya çıkmışlardır¹¹⁵. Bir amaç etrafında toplanmış bu şahıs birliklerinin veya mal topluluklarının hukuk düzeni tarafından insanlarla birlikte hak süjesi olarak tanınması çok uzun süreçte mümkün olmuştur¹¹⁶. Tabi ki hükmi şahısların

¹¹⁰ Köprülü, age, s. 386.

¹¹¹ Kemalettin Birsen, Medeni Hukuk Dersleri, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1963, s. 161.

¹¹² Birsen, age, s. 161.

¹¹³ Öztan, age, s. 268.

¹¹⁴ Birsen, age, s. 162.

¹¹⁵ Velidedeoğlu, age, s. 215.

¹¹⁶ Akipek, Akıntürk, age, s. 487.

uzun zaman insanlarla beraber haklara ve borçlara haiz bağımsız bir varlık olarak kabul görmemesi farklı toplumlarda farklı nedenlere dayanmaktadır. Bununla birlikte tüm toplumlarda bu nedenlerin önünde sosyal ve siyasal yaklaşımların gittiğini söylememiz gerekmektedir¹¹⁷. Genelde sosyal ve siyasal olarak böldüğümüz bu nedenleri farklı başlıklarda inceleyelim.

aa. Sosyal düşüncelerin etkisi

Bireyin şahsiyetinin topluluklar içerisinde erimesini, toplumun etkisi altında hareket serbestliğini ve hürriyetini kaybedebileceği düşüncesiyle bireyci görüşte olanlar sosyal ihtiyaçtan dolayı meydana gelmesine rağmen hükmi şahıslara hukuk düzeni tarafından kişilik tanınmasına karşı çıkmışlar ve uzun yıllar bu hedeflerine ulaşmışlardır¹¹⁸. Bu sebeptendir ki 1789 Fransız İhtilalinden güç alarak egemen olmayı becermiş bireyciler 1901 yılına kadar Fransada hükmi şahıslara şahsiyet niteliği ve statüsü kazandırmamışlar¹¹⁹. Buna karşılık sosyal ve kolektivist görüşte olanlar bireylerin ortak amaçlardan kaynaklanarak bir araya gelmesine veya sermayelerini bir arada tutarak ortak işler yürütmesine olumlu yaklaşmış bu düşüncüyü desteklemişlerdir¹²⁰. Cermen hukuku ve bu tür topluluklara şahsiyet tanıyarak onun teşvikine yol açan modern hukuk bunun örneğidir¹²¹.

bb. Siyasal düşünceler

“Devletin mahiyeti ve işlevi konusundaki siyasal görüşler hükmi şahısların hukuk düzeni tarafından tanınması sorunu üzerinde de etkili olur” diye Akipek ve Akıntürk yazmaktadır¹²². Hakikaten de siyasi olarak devletin yapılanma şekli, devletin yönetim rejimi hükmi şahısların var oluşu açısından büyük bir etkiye sahiptir. Muasır demokrasilerin hakim olduğu, liberal görüşlere, hukukun üstünlüğüne ve vatandaş katılımına dayanan siyasi rejimlerde hükmi şahıslara münasebet pozitif olsa da öte yandan hakların ve özgürlüklerin kısıtlanmasında, vatandaş katılımını göz ardı etmekte çıkarlı olduğunu zann eden rejimler de vardır ki bu tipli yönetim şekillerinde hükmi

¹¹⁷ Akipek, Akıntürk, age, s 487.

¹¹⁸ Akipek, Akıntürk, age, s. 487.

¹¹⁹ Akipek, Akıntürk, age, s. 487-488.

¹²⁰ Akipek, Akıntürk, age, s. 488.

¹²¹ Gierke, age, s. 1, Aktaran: Akipek, age, s. 488; Ferit Hakkı Saymen, Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, İstanbul, 1944, s. 14

¹²² Akipek, Akıntürk, age, s. 488.

şahısların oluşumuna veya kabul edilmesine münasebet negatiftir. Örneğin orta çağda mevcut olmuş polis devleti özel birliklerin hayatına düşman niteliğinde yaklaşım ortaya koyarak devletin kamu için, özel birliklerin ise zarar amacı güttüğü düşüncesini sergilemekteydi¹²³. Nitekim “polis devleti” “hükmi şahısları” kendine rakip görmesi nedeniyle onların kamuda var oluşunda meraklı değildi, aynı zamanda sosyal ihtiyaçtan dolayı olarak ortaya çıkan hükmi şahısları ise çerçeveye salmaktaydı. Onların çoğalmasını hoş görmemek kastıyla oluşumlarını özel devlet iznine tabi tutuyordu¹²⁴.

Polis devletinden farklı olarak modern hukuk devletleri anlayışı ise devletin çıkardığı kanunlara uygun olarak bir takım amaçlar güden hükmi şahısların oluşumuna normal bakar, onların varlığını kabul eder. Hükmi şahıslar öyle bir kurum ve kuruluşlardır ki onların güttükleri amaçların tamamen devlet tarafından realiteye çevrilmesi mümkün olmadığından sosyal ihtiyaçlardan dolayı ortaya çıkmışlardır¹²⁵. Nitekim modern hukuk devletleri çoğunlukla hükmi şahısların insan hayatını kolaylaştırdığını, amaç ve çıkarlara daha uygun olduğunu savunarak onların ortaya çıkışını veya kabul edilmesini kolaylaştırmış ve desteklemiştir. Fakat polis devleti kısmından gördüklerimizden anlaşıldığı üzere bu yaklaşımla beraber bunun aksini egemen kılan devletler veya yöneticiler de vardır. Keza devir ve farklı ülkelerdeki mevzuatlar, hukuk kaideleri karşılaştırıldığı zaman bu söylediklerimiz ortaya çıkmaktadır. Şimdi bazı devir ve ülkeleri hukukun oluşumunda faydası, etkisi ve konumuzu dikkate alarak aşağıda inceleyelim.

aaa. Romada

*“Roma hukukunda hükmi şahıslar kavram olarak çok geç doğmuş ve sistem olarak gelişmemiş olsalar dahi kendisini oluşturan fertlerden ayrı bir varlığa sahip olan toplulukların bulunduğu, hatta bu toplulukların bağımsız bir mal varlığına sahip olduğu da kabul edilmiştir”*¹²⁶. Dolayısı ile bir şeyi net olarak vurgulamamız gerekiyor ki Roma Hukukunda mevcut olan “tüzel kişilik” kavramı modern hukuk sistemlerinde, Türkiye ve Azerbaycan da dahi, var olan kavramla aynılık teşkil etmemektedir¹²⁷. Bunun da doğal olduğunu anlamamız gerekmektedir. Sosyal ortamın gerektirdiği şartlar

¹²³ Egget-Çernis, Kişinin Hukuku, 2. Kısım: Tüzel Kişiler, Ankara, 1948, s 7, aktaran: Akipek, s. 488.

¹²⁴ Akipek, Akıntürk, age, s. 488.

¹²⁵ Muvaffak Akbay, Umumi Amme Hukuku Dersleri, C. I, Ankara, 1948, s. 422; Aktaran: Akipek, age, s. 488.

¹²⁶ Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, Turhan Yayın Evi, Ankara, 2014, s. 181.

¹²⁷ Şahin Akıncı, Roma Hukuku Dersleri, Sayram Yayınları , genişletilmiş 2. Baskı, Konya, 2003, s. 203.

beşer döneminin her vaktinde aynı olmadığından gelişmiş insan ve devletin kabul ettiği bir kavramla Milattan önce veya Orta çağda Roma devletinin veya insanının kabul ettiği kavramı (Net olarak hükmi şahıs) mukayese etmemiz başından yanlış olmuş olur. Roma hukukunun hükmi şahıslara çeşitli kriterlerden yaklaşımı ise hemen hemen modern hukuk düzeni ile bağdaşmaktadır. Zira Roma Hukukunda da sistem olarak belirlenmesi de genellikle kamu, özel, kazanç amacı güden, gütmeyen, insan topluluğu ve malvarlığı topluluğu gibi ayrımlar görülmektedir. O bakımdan haklara ve borçlara sahip olan ilk ve en önemli hükmi şahıs “Populus Romanus” olarak adlandırılan Roma Devleti olmuştur¹²⁸.

“Romada ilk devlet örgütü olarak “civitas” (örgütlenmiş kavim) görülür. Roma yurttaşlarından oluşan, hukuki bakımdan bu yurttaşlardan ayrı bir şahsiyetinin olduğu kabul edilen “civitası” ilk siyasal yönetim biçimi ise krallık olmuştur”¹²⁹.

Yukarıda yaptığımız atıflardan görüldüğü üzere Romada insanlar dışında şahıs olarak kabul edilen ilk “hükmi şahıs” Roma Devleti olmuş ve kabul edildiği ilk dönemlerde krallık şeklinde yönetilmiştir. Burdan çıkan netice odur ki bir devletin ayrıca şahıs gibi tanınıp tanınmamasının yönetim şekliyle ilgisi yoktur. Her ne kadar krallık ve buna benzer sistemlerde devletin “mülk” olarak görüldüğü, bir şahısa bağlılığı kabul edilse de bu, o devletin hükmi şahıs olarak tanımlanmasına karşı kullanılamaz. O nedenle ki belli bir araziye, belli bir topluma (millete) sahip ve bu ikisi üzerinde egemenliğini sağlayabilen her devlet bir şahıstır. Onun hakları ve borçları vardır. Yaptıklarına karşı olarak onu oluşturan veya yönetenler aracılığı ile olsa bile kendisi sorumluluk taşır. Yani ayrıca bir şahsiyete haizdir.

Bu söylediklerimize karşı doktrinde bazı yazarlar Romada Cumhuriyet devrinin sonuna kadar hükmi şahısların olmadığını dile getirmektedirler. Örneğin Jale Akipek ve Akıntürk Savigny ve Honig Richard’a atıf yaparak *“Roma hukukunun ilk devrlerinde, özellikle, din adamlarının ve meslek mensuplarının oluşturduğu topluluklar, “collegialar” mevcut idi. Yine Romada, özellikle, dini amaçlara, ibadet işlerine harcanmak ve kullanılmak üzere ilahlara, mabetlere mallar ve paralar özgülenirdi. Fakat gerek bunlar, gerek insan toplulukları kendini oluşturan hakiki şahıslardan ayrı*

¹²⁸ Çelebican, age, s. 181; Akıncı, age, s. 203.

¹²⁹ Çelebican, age, s. 181.

ve bağımsız bir hak süjesi olarak kabul edilmiyorlardı” diye yazmaktadır¹³⁰. Konu tarih biliminin alanına girdiğinden çok uzatmaksızın söyleye bilirim ki dönemin şartlarını ele aldığımızda fiilen mevcut olan bu şahısların resmi hukuk düzenince tanınmaması bizi onların yokluğunu düşünmeye sevk etmemelidir. Bugünkü durumumuzla mukayesede o zamanlar kanun yaratıcılığının sistemsiz ve çok daha zor şartlarda gittiğini kabul etmeliyiz. Dolayısı ile en sonda bir daha onu belirteyim ki Akipek ve Akıntürk Roma Hukukunda devlet dahil hükmi şahıslara haklara ve borçlara ehil olmak hakkının Cumhuriyet döneminin sonlarında tanındığını iddia etmektedir¹³¹. Tez mevzumuzla o kadar da yakından bağdaşmadığı ve daha çok tarih biriminin araştırma alanına girmesi nedeniyle bu konuyu burada sonlandırmak istiyorum.

Roma Hukukunda devletin dışında “municipiumlar” ve “colonialara” da fiilen ayrı bir şahıs gözü ile bakılmaktaydı¹³². Akıncı’ya göre “*Municipiumlar*” idari ve kazai (yargısal) açıdan bağımsızlığı tanınan, merkeze uzak birimler olarak tanımlanmakta idise, “*coloniler*” Romanın sonralar işgal etdiği topraklarda siyasi, iktisadi ve askeri amaçlarla kurduğu ve Romalılarla Latinler’in yerleştirildiği şehirlerdi”¹³³.

Gördüğümüz gibi Romada ilk olarak şahıs toplulukları olan kamu tüzel kişilerine hak ehliyeti tanınmış ve onlar ayrıca ve bağımsız şahıslar olarak kabul edilmiştir.

“*Bu Kamu tüzel kişilerinin yanı sıra Romada çok eski zamanlardan özel hukuk alanında faaliyet gösteren, kendilerine hukuki bakımdan şahsiyet tanınmış bir takım şahıs (insan) topluluklarına rastlanmaktadır*” diye Özcan Karadeniz Çelebican yazmaktadır¹³⁴. Çelebican bu konuda “On iki Levha” kanununda iki cemiyet tipinden söz edildiğine atıf yapıyor. Ancak onu da özellikle ifade etmektedir ki Romalılar genel bir hükmi şahıs kavramına varmadıkları için kendilerine fiilen hukuki şahsiyet tanıdıkları ve cemiyet dedikleri bu kurumların statülerini hukuki bakımdan düzenleme yoluna gitmemişlerdir¹³⁵. Şahin Akıncı da bu konuya Çelebicana destek vererek “*Roma hukukunda bugünkü anlamıyla bir dernek kavramına rastlanmamaktadır. Fakat bazı*

¹³⁰ Akipek, Akıntürk, age, s. 489; Savigny, s. 243 ; Richard Honiy, Roma Hukuku, İstanbul, 1938, s. 50 , Aktaran : Akipek, age, s. 489.

¹³¹ Akipek, Akıntürk, age, s. 489.

¹³² Akıncı, age, s. 203.

¹³³ Akıncı, age, s. 203.

¹³⁴ Çelebican, age, s. 183.

¹³⁵ Çelebican, age, s. 183.

kişi topluluklarına onların kendilerini oluşturan insanlardan bağımsız bir statünün tanındığı da bilinmektedir.” şeklinde yanıt veriyor¹³⁶.

Nitekim Çelebican ve Akıncı insan topluluğu olarak hükmi şahıs kabul edilen kurumlara “collegium” ve “solidatas” isimlerinin verildiği konusunda da aynı kanaatdedirler¹³⁷. “Collegiumlar” belli zanaat kolunda ya da başka bir ekonomi kesiminde faaliyet gösteren kişilerin mesleki dayanışmayı sağlamak ve giderek ortak yararlarını korumak için kurdukları mesleki birliklerdi¹³⁸. Onların kurulması izne bağlıydı ve imparatorluk döneminde artık girilmesi zorunlu mesleki birliklere dönüşmüştü.¹³⁹ Günümüzdeki kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına bunlar temel olmuşlar.

“Solidatisler” ise dini törenleri düzenlemek, dini bayramları kutlamak gibi amaçlarla kurulan dini topluluklardı¹⁴⁰.

Şahıs toplulukları ile ilgili sonuç olarak onu da söyleyelim ki ister dini ister mesleki amaçlarla kurulmuş yukarıdaki özel hukuk şahıs toplulukları Romada şimdi ki “dernek” ifadesi ile aynılık teşkil eden “Universitatus personarium” deyimini ile tanımlanmaktaydı¹⁴¹.

Kar amacı güden şahıs birlikleri Romada var mıydı sorusunu verseniz Çelebican’a atıf yaparak içeriğine girmeksizin var olduğunu söyleriz¹⁴². Şahin Akıncı da bugünkü şirketlere benzeyen şahıs birliklerinin varlığını onaylayarak onların şimdiki adı şirketlere benzeyen “socitaslar” olduğunu ifade etmektedir. “Societasların” da hükmi şahsiyetleri bulunmamaktaydı¹⁴³.

Şimdiyse mal varlığına esaslanan toplulukların (Universitas Bonorum) Roma hukukunda oluşumuna, varlığına değinmekle konumuzu sonuca bağlayalım. Şahıs topluluklarında olduğu gibi malvarlığı topluluklarında da Roma Hukuku şimdiki modern hukuk sistemleri ile aynılık teşkil etmiyordu. Bunun da doğallığını artık ifade etmişiz. Bununla beraber onların varlığı görülmektedir. “*Çağdaş hukukların “vakıf”*

¹³⁶ Akıncı, age, s. 204.

¹³⁷ Çelebican, age, s. 183; Akıncı, age, s. 204.

¹³⁸ Akipek, age, s. 489; Çelebican, age, s. 183; Akıncı, age, s. 204.

¹³⁹ Çelebican, age, s. 183.

¹⁴⁰ Akıncı, age, s. 204; Çelebican, age, s. 183.

¹⁴¹ Velidedeoğlu, age, s. 219; Çelebican, age, s. 183.

¹⁴² Çelebican, age, s. 184.

¹⁴³ Akıncı, age, s. 204.

kurumu, yani hukuken şahsiyet tanınarak belli bir amaca ayrılmış mamelek(emlak) Romada klasik dönemde bilinmemekteydi.” diye yazmakla Çelebican bu konuyu bir daha aydınlığa kavuşturmuştur. Ama o, ilave ediyor ki “o dönemde bazı mallara ait gelirleri hayır işleri gibi belli amaçlara ayırma gereksiniminin duyulması doğaldı.” Nitekim böyle bir amaçla kullanılması düşünülen mamelek başka bir şahsiyete “yedi emin” (güvenilir) kişi olarak bırakılıyordu¹⁴⁴. Hıristiyanlığın kabulünden sonra ise böyle mamelekler papazlara güvenilmekle kullanılmaya başlandı. Ancak giderek, daha net orta çağdan sonra böyle mameleklerin bir tutulmasından ortaya çıkan hukuki varoluş hükmi şahsiyet olarak tanımlanarak vakıf müesseseleri şeklinde kabul edildi¹⁴⁵.

Zira Roma hukukunda ilk olarak Kamu tüzel kişiliği kavramı ortaya çıkmış, daha sonra ise ister kişi toplulukları isterse de malvarlığı topluluğu alanına giren hükmi şahıslar oluşmuştur ve her ne kadar bir sistem halinde hukuk düzeni tarafından ele alınmasa da, bugünkü modern sistemlerdeki gibi statü kazanmasa bile, haklara ve borçlara sahip olduğu, onları oluşturan şahıslardan bağımsız ve ayrı bir varlığa haizliği kabul edilmiştir. Hükmi şahısların başında ve ilkinde ise devlet (Roma Devleti) gelmiştir. İlk yönetim şekli ise krallık olmuştur.

bbb. Cermenlerde

“İlk zamanlarda hükmi şahsiyete sahip olmaksızın Cermenlerde çıkarların birlikte korunması veya dayanışma düşünceleri ile bir araya gelmiş insanlardan oluşan zirai ve meslek toplulukları pek çoktu”¹⁴⁶. Bu kurumlar zirai teşekküller, mesleki teşekküller, zanaat teşekkülleri gibi çeşitli birlikteliklerdi¹⁴⁷. Bu gibi teşkilatlar muhakeme, ceza verme, güvenliğin sağlanması gibi fonksiyonları üstlenerek adeta bir kamu müessesesi haline gelmişlerdi¹⁴⁸. Zanaatkarlar, yani lonca gibi tanınan esnaf birlikleri olan bu kuruluşlar Almandada “gewerbliche Genossenschaften” şeklinde tanımlanmakta idi ve her birinin müstakil mevcudiyetleri vardı¹⁴⁹. Ama müstakil mevcudiyete rağmen bu kurumların kendisine ait tek malvarlığı bulunmamaktaydı.

¹⁴⁴ Çelebican, age, s. 184.

¹⁴⁵ Akıncı, age, s. 203; Çelebican, age, s. 184.

¹⁴⁶ Akipek, Akıntürk, age, s. 490.

¹⁴⁷ Velidedeolu, age, s. 220.

¹⁴⁸ Heinrich Brunner, “Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte”, 4. Basım, Leipzig, s. 96, Aktaran: Velidedeolu, age, s. 220.

¹⁴⁹ Velidedeolu, age, s. 220; Genossenschaften için ayrıntılı bilgi: Von Otto, Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Graz, 1954, Bd.1 ve 2; von Otto Gierke, Das deutsche Privatrecht, Leipzig, 1895, C.1, s. 456

Bununla birlikte onların “iştirak halinde ortaklık” (elbirliği ortaklığı) türündeki mülkiyet esaslarına esasen yönetilen bir takım şahsi mal varlığından çıkmış emlakları da vardı. Bu mamelek birlikte bir araya gelen şahısların hepsine birden ait ediliyordu¹⁵⁰. Nitekim zamanla Cermenlerde oluşmaya başlayan bireyci eğilim ayrı ayrı şahısların ortak çıkarları esasında kurduğu ve ortak şekilde yönettiği “Genossenschaftları” ortak çıkarların temsil edildiği bir birlik haline getirdi¹⁵¹. Çünkü ortak amaçlardan kaynaklanan bir çok faaliyetlerin artık bir şahıs halinde yürütülmesi gerekmektedir. Zira aslında hükmi şahıs kavramının sistematikliği de buradan kendini açıkça göstermektedir. Böylelikle onu oluşturan şahısların topunu bir şahıs olarak temsil gittikçe halk tarafından “Genossenschaftların” hükmi şahıs olarak kabulüne getirip çıkarttı¹⁵².

Sonuç olarak Cermenlerde de ilk dönemlerde sosyal ortak amaçların doğal taleplerinden dolayı olarak meydana gelmiş bazı mesleki ve zirai birlikler var olmuştur. Ama bu birlikler kendine haiz malvarlığına sahip olmadıklarından, onu oluşturanlar tarafından birliktelik prensibine dayanarak yönetildiğinden (elbirliği ortaklığı) hükmi şahıs statüsünde, yani onu oluşturanlardan bağımsız bir kişiliğe haiz değildiler. “Genossenschaft” olarak adlandırılan bu kuruluşlar zamanla oluşan taleplerden (bireyselliğin artışı) kaynaklanarak ortak ve karşılıklı anlaşma yönetiminden bir şahıs şeklinde tümünü temsil formuna dönüşmüş ve bu vesile ile de hükmi şahıs niteliği taşıdıklarından hükmi şahıs olmuşlardır. Nitekim cermenlerde hükmi şahısların oluşumu bu dönemlerden geçmiştir.

ccc. İslam hukukunda ve Osmanlıda

Öncelikle onu söyleyelim ki ister İslam Hukukunda ister de temelini İslam Hukukundan almış Osmanlı Hukukunda hükmi şahısların varlığı veya kabul edilmesi ile ilgili yeknesak veya somut bir yaklaşım bulunmamaktadır. Nitekim bu konuda yazarlar arasında düşünce açısından farklılıklar vardır.

Turgut Akıntürk ve Jale Akipek Sabri Şakir Ansay’a atıf yaparak İslam Hukukunda hükmi şahsiyet kavramının olmadığını idiaa ediyorlar: “*İslam Hukukunda*

¹⁵⁰ Akipek, age, s. 490-491.

¹⁵¹ Akipek, age, s. 491.

¹⁵² Akipek, age, s. 491.

hükmi şahsiyet kavramı yoktur. Bu itibarla eski hukukumuzda şirket, dernek gibi hükmi şahıs tipleri de düzenlenmiş değildir”¹⁵³.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ise bu konuda Ali Himmet Berki’ye atıf yaparak “*İslam Hukukunda hükmi şahsiyet mefhumuna yalnız vakıflarda rastlanmaktadır. İslam Hukukuna göre vakıf menafii insanlara ait olur vechile bir aynı Allahın mülki hükmünde olmak üzere temlik ve temellükten haps ve men eylemektir. Vakıflar hakkındaki eski eserlerde vakıfların tüzel kişi olduğuna dair açık bir kayıt yoksa da vakfın, Allahın mülkiyetinde ad ve itibar oluşundan onun bir hükmi şahıs olduğu çıkarılabilir*” söylemektedir¹⁵⁴.

Hayrettin Karaman ise “*Bazı çağdaş hukukçuların iddialarına rağmen İslam Hukuku kendi bünyesinde hükmi ve itibari şahsiyete yer vermiş, bu terimi kullanmamakla beraber aynı mahiyet ve vasıftaki müesseseler için hükümler koymuştur*”¹⁵⁵ demektedir.

Ekrem Buğra Ekinci’nin tartışmaya neden olan bu konuya yanıtı ise şu şekildedir:

“İslam hukukçuları arasında hükmi şahsiyet mefhumuna taraftar olan da var olmayan da. Şer’i hukukta zaman zaman fertlerle, fertlerden meydana gelen teşekküller arasında bir ayırım yapıldığı vakidir. Devlet, beytülmal(devlet hazinesi) ve vakıflar, İslam Hukuk tarihinde adı konulmamış olsa bile hükmi şahsiyete misaldir”¹⁵⁶.

En sonda Jale Akipek ve Turgut Akıntürk’ün kendisine atıfda bulunarak “İslam hukunda hükmi şahıs yoktur” neticesine geldiği Sabri Şakir Ansay’ın 1954 yılında yazdığı “Hukuk tarihinde İslam hukuku” kitabındaki cümleleri bunlardır:

“İslam hukuku hükmi şahıs mefhumu ile meşgul olmamıştır. Şirket, cemiyet gibi başlı başına müessese halinde kurumlar İslamda tanınmamıştır.”¹⁵⁷

¹⁵³ Akipek, age, s. 491; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara, 1945, s. 75, Aktaran: Akipek, age, s. 491.

¹⁵⁴ Velidedeoğlu, age, s. 221; Ali Himmet Berki, Vakıflar, İstanbul, 1941, s 40, Aktaran:Velidedeoğlu, age, s. 221.

¹⁵⁵ Hayrettin Karaman, Mükayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, 1. Hisse, İstanbul, 2001, s. 262.

¹⁵⁶ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınevi, 3. Basım, İstanbul, 2014, s. 400

¹⁵⁷ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, İstiklal Matbaası, Ankara, 1954, s. 75.

Bu cümleden çıkan netice şudur ki Ansay İslam Hukukunda şirket ve cemiyet gibi hükmi şahısların var olmadığını yazmaktadır ve buna ilave olarak İslam hukukunun hükmi şahıs kavramı ile uğraşmadığını, yani ele almadığını dile getirmektedir. Zira Ansay aynı başlıktaki cümlelerinin devamında “Beytülmal ve vakıf yeni eserlerde hükmi şahıs olarak gösterilmektedir”, “Beytülmal, Devlet manevi(hükmi) şahsiyetinin hazinesi, kasası olarak düşünülebilir” cümleleriyle bizim söylediklerimizi kanıtlıyor¹⁵⁸. Nitekim Ansay’a göre İslam Hukukunda “hükmi şahıs” anlayışı kavram olarak ele alınmamıştır ve şirketler, cemiyetler gibi hükmi şahıslar mevcut olmamıştır. Bu sonuç Ansay’ın “devlet”, “Beytülmal” gibi hükmi şahıs niteliği taşıyan kuruluşların varlığını kabul etmemesi anlamına asla gelmez.

En sonda yukarıda düşüncelerini ifade ettiğimiz yazarların fikirlerini toparlayarak ve başvurduğumuz İslam Hukuku alimleri Hayrettin Karaman ve Ekrem Buğra Ekinci’nin düşüncelerine dayanarak İslam Hukukunda hükmi şahısların mevcudluğu meselesine nokta koyalım. Sabri Şakir Ansay’ın da tastiklediği üzere ve Hayrettin Karaman ve Ekrem Buğra Ekinci’nin ifade ettiği gibi İslam hukukunda devlet (şahıs topluluğu olarak), Beytülmal (Malvarlığı topluluğu olarak) ve vakıf (malvarlığı topluluğu olarak) hükmi şahıslarının kavram olarak geçmesi dahi onların modern hukuktaki hükmi şahıs kavramı niteliğini taşıdıklarını tartışılmaz etmektedir¹⁵⁹.

Karaman muasır hukuktaki hükmi şahıs mefhumuna tıpatıp uymamakla beraber İslam hukukunda onları oluşturan insanlardan ayrı bir varlığa sahip varlıkların mevcudluğunu delillerle aktarmaktadır¹⁶⁰:

- Rasulullah (s.a) şöyle buyuruyor: *“Müslümanların kanları yekdiğerin eşittir, en aşağıları dahi – diğerleri ve devlet namına – aman verebilir, onlar kendilerinden başkalarına karşı bir el gibidirler.”* (Hadisin istinadı – et-Tebrizi, ag, esr, c 2, s 264) Bu hedisi şerifin ikinci fıkrasına göre *“müslümanlardan herhangi birinin, aman dileyen düşmana verdiği aman ve teminat bütün müslümanlar tarafından verilmiş gibi kabul edilir.”* Dolayısı ile müslüman ümmeti bir şahıs gibi kabul edilmiş ve her ferdine bu mevzuda onu temsil yetkisi verilmiştir.(Ekinci de bu görüşe katılmaktadır)

¹⁵⁸ Ansay, age, s. 75.

¹⁵⁹ Karaman, age, s. 262-264; Ekinci, age, s. 398-400; Ansay, age, s. 75.

¹⁶⁰ Karaman, age, s. 263.

- Karaman, Beytül-mal ise tamamıyla modern hukukta yer alan malvarlığı esasında oluşmuş hükmi şahsiyetlerle aynılık teşkil ettiği düşüncesini böyle ifade ediyor: “İslam, devletin umumi hazinesinden ibaret olan beytül-malı, devlet başkanının hususi mülkünden ayırma prensibini getirmiştir. Beytülmal müstakil bir hukuki varlıktır, ammenin (devletin ve ya kamunun) mallarında milletin menafîini temsil eder; alacaklı olur, borumlu olur , mülk sahibi olur, mirasçısı bulunmayan terekelere (hükmi şahıslara – aydınlaşdır) sahip çıkar, davalarda taraf olur. Onu bütün bunlarda devlet başkanı adına beytülmal emini temsil eder. Devlet başkanının orda işi karşılığında aldığı maaşı dışında bir hakkı yoktur. Hz. Ömer ‘Müsülmanların beytülmalı karşısında benim durumum yetimin vasisi gibidir.’ derken bu prensipi ifade etmiştir”¹⁶¹.

Zira ister Ansay ister Velidedeoğlu ister Karaman isterse de Ekinciye göre İslam Hukukunda resmi kavram olarak tanımlanmasa da vakıf anlayışı bugünkü hukuk sistemindeki nitelikte olmuştur¹⁶². Nitekim vakıf konusunda birliktelikle “hükmi şahsiyet niteliğinde olmuştur” düşüncesinin kabulü olduğundan çok uzatmaya gerek görmüyoruz. O nedenle şirketlerin İslam Hukukunda olup olmadığı ile ilgili bir kaç cümleyle başlığımıza son vermek istiyoruz. Karaman İslam Hukukunda türlü kriterlerle şirketlerin var olduğunu söylemekle beraber “Kanuni şirketler (anonim, komandit) hükmi şahsiyete haiz olduğu halde fihhın tanzim ettiği şirket dediklerimiz hükmi şahsiyete sahip değildirler” demektedir¹⁶³. Bu sebebi tartışmasız bir şekilde dönemin hukuki ve içtimai talepleri, şuuru ile alakalandırılmalıdır. Zira o dönemde böyle tipte şirket kuranlar kurduklarına hükmi şahsiyet tanımamışlar ve o nedenle tasarruflarından bizzat mesuldürler ve ayrıca bir şirket müessesesi mevcut değildi¹⁶⁴.

Sonuç olarak İslam Hukukunda aynen Roma Hukukunda olduğu gibi bugünkü modern hukukta kabul edilmiş hükmi şahısların niteliği ile aynılık teşkil eden ve hukuk düzeni tarafından meşrulaştırılan (yazılı olarak) hükmi şahıs kavramı olmasa bile devlet, beytül mal, vakıflar şeklinde hükmi şahıs niteliği taşıyan, onu oluşturanların düşünemeyeceği ihtimali olsa bile onlardan ayrı bir varlığa sahip oldukları anlaşılan kurumlar olmuştur¹⁶⁵. Zaten şu tartışılmazdır ki hukuk değişen cemiyette ortaya çıkan münasebetleri tanzim eden kaideler sistemidir ve sistematik olarak 19. asırdan

¹⁶¹ Karaman, age, s. 263.

¹⁶² Ansay, age, s. 75; Velidedeoğlu, age, s 221; Karaman, age, s 264; Ekinci, age, s. 399-400.

¹⁶³ Karaman, age, s. 267.

¹⁶⁴ Karaman, age, s. 267.

¹⁶⁵ Murtaza Köse, “İslam Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik”, Ekev Akademi Dergisi, C.1, S. 2, Ankara, 1998, s. 226.

başlayarak yazılmaya, sistem haline getirilmeye başlanılmıştır. Zira bu nedenlerle o dönemdeki (İslam) insanların “hükmi şahıs” kavramını tam derk ederek ele almalarını, hukuk düzeninde tartışıp meşrulaştırmalarını beklememeliyiz. Ve bu söylediklerimizin yapılmaması o şahısların realitede olmadığı anlamına hiç gelmez. İncelememiz gösteriyor ki var olmuş, sadece doğal olarak modern hukuki şahıs kavramı ile aynılık teşkil etmiyor, bazı farklılıkları vardır ve en esası resmi hukuka yerleşmemiştir. Sonralara ise esasını İslam Hukundan alan Osmanlı hukuk düzeninde zamanla hükmi şahıs kavramı yerleşmiş ve meşruluk kazanmıştır. Örneğin Osmanlı Devleti 1871 tarihli “İdareyi- Umumiyyei Vilayet Kanunu” ile vilayetlere hükmi şahsiyete benzer bir statüsünü tanımıştır. 1909 senesinde Fransadan örnek alınarak Cemiyetler Kanunu kabul edilmiştir. 1913 senesinde ise “Eşhas – ı Hükmiyyenin Emval – i Gayrimenkuliye Tasarrufuna Mahsus Kanun – i Muvakkat” neşr edilmiştir. Böylece bu kanunlarla hükümet ve belediye daireleri, cemiyetler, kulüpler, ticaret, sanayi şirketleri, cemaatlar hükmi şahıs olarak kabul edilmiş ve Osmanlı Hukukuna ismen de girmiştir¹⁶⁶.

e. Hükmi şahısların mahiyetini açıklayan teoriler

Tezimizin Roma Hukukunda hükmi şahıslar, İslam Hukukunda hükmi şahıslar, Cermenlerde hükmi şahıslar başlıklarında da değindiğimiz gibi “hükmi şahıslar” fiilen kadim zamanlardan beri var olmuştur. Fakat bu şahısların hukuk düzeni tarafından kabulü uzun yılların harcanmasıyla mümkün olmuştur. Nitekim 19. yüzyılın başından itibaren doktrinde hukukçular arasında hükmi şahısların “şahıs olarak” hangi esasa dayanılarak kabulü tartışmalara yol açmıştır¹⁶⁷. Tartışmalara neden olan konunun esas başlıklarını “Tüzel kişilik kanun koyucunun bir eseridir, ya da kanun koyucu ilke olarak var olan tüzel kişiliği tanımıştır” soruları tutmaktaydı¹⁶⁸. Onu da ilave etmemiz gerekiyor ki bu tartışmaların ortaya çıkması tüzel kişilerin insan gibi fiziki bir varlığa sahip olmamalarından kaynaklanmaktaydı. Her ne kadar ayrıca bir varlık taşıdıkları, bağımsızlıkları göz önünde olsa da o dönemin devletleri farklı nedenlerden insanların oluşturduğu bu kurumlara insanlar gibi hukuki şahsiyet tanımak istemiyordu. Tabii ki devletlerin yeni oluşmaya başladığı ilk dönemlerde bu şahıslar söz konusu bile değildi. Ama artık beşer cemiyetinin kalkınması, sosyal ihtiyaçlar sebebiyle yaygın bir şekilde oluşturulmaya başlayan bu şahıslar hukuk düzenini etkilemeye ve konu teşkil etmeye

¹⁶⁶ Ekinci, age, s. 400.

¹⁶⁷ Velidededoğlu, age, s. 222.

¹⁶⁸ Köprülü, age, s. 387.

başladı. Keza hukuk düzenleri de bu nedenlerden konuya çevrilen bu şahısların “nasıl bir şekilde hukuken kabulü” başlığında tartışmalara, müzakerelere başladı ve bu esasla da hukuki şahısların statüsü ile ilgili veya oluşumu ve devlet tarafından şahıs olarak kabulünün hangi prensiplere dayanacağı ile ilgili farklı teorilerin ortaya çıktığını düşünmekteyiz¹⁶⁹. Bu teoriler zamanla toplumun ekonomik, sosyal, politik gelişmesi nedeniyle “hükmi şahıslar” kavramının biçimlendirilmesinde, hukuk düzeni tarafından düzenlenmesinde etkilerini hemen hemen kaybetmişlerdir¹⁷⁰. Zira hükmi şahıs kavramından dolayı ortaya çıkan sorunlar hukuki olmaktan ziyade sosyal, iktisadi bir nitelik taşımaya başladığından bu teorilerin de önemi eskisinden çok daha az olmaya başlamıştır. Hem o nedenden hem de bu konuda ortaya çıkan teorilerin yüzlerin üzerinde olduğunu dikate alarak, yani bu alanda fikir birlikteliğinin yokluğu nedeniyle tüm teorileri birer birer ele almayacağımızı, en öne çıkan, nisbeten birliktelik mahiyeti taşıyan üç teori üzerinden devam edeceğimizi söyleyelim¹⁷¹.

aa. Varsayım teorisi

Varsayım teorisi ilk defa ünlü Alman hukukçusu Savigny tarafından ortaya atılmış ve 19. yüzyılda Fransız hukukçuları tarafından da savunulmuştur¹⁷².

Kemaleddin Birsene göre “*Farazilik(varsayım) nazariyesinde ancak insanlar hakiki varlıklar olarak kabul edilir, hükmi şahıslar ise hukukun icat eseri sayılmaktadır. Bir ülke içinde fertlerin huzur ve sükununu temin eden, cemiyette nizam ve asayiş sağlayan devlet, kanunkoyucu organı eliyle ve ihtiyaçların hissettirildiği nisbette hükmi şahıs tanıyıp tanımamakta serbest addolunmaktadır*”¹⁷³.

Bülent Köprülüye göre ise “*Romanist olan bu teoriye göre sadece gerçek kişi haklar kazanır, borçlara yüklenir. Bu sebeple hak süjesi veya kişi olarak sadece gerçek kişiden söz açılabilir. Çünkü gerçek irade sahibi olanlar hakların süjesi olabilirler*”¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Ataay, age, s. 259; Du Pasquer C., Introduction a la theorie generle et a la philosophie du droit, 3. Bası, Paris, 1948, s. 87, Aktaran: Ataay, age, s. 259; Friedman, W, “Tüzel kişilik nazariyeleri ve Tatbikatı, Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi dergisi, 1958, C. 15, S. 1-4, s. 51 ; Michoud, L, “La theorie de la personalite morale, t.1, Paris, 1932, s. 16.(Çeviri : Ansay, Tuğrul)

¹⁷⁰ Köprülü, age, s. 387; Akipek, Akıntürk, age, s. 497.

¹⁷¹ Velidedeoğlu, age, s. 222; Bo konuda tüm teoriler için: Hans J. Wolff, Organschaft un Juristische Person 1., Juristische Person und Staats Person, Berlin, 1933.

¹⁷² Savigny M.Cn Guenoux: Traite de droit Romain, t2., Paris, 1841, s. 234., Aktaran: Akipek, age, s. 498.

¹⁷³ Birsene, age, s. 164.

¹⁷⁴ Köprülü, age, s. 388.

Savigny kendisi ise “*Her insan ve ancak insan haklara ehil olabilir*” diyordu¹⁷⁵.

Varsayım teorisinin önemli savunucularından olan Zitelman teorisinin üstünlüğü hususunda düşüncelerini şöyle sıralamaktadır: “1) *Sahibi olamayan bir hak yoktur; 2) Haklara yalnız insan sahip olabilir; 3) Fakat hayatta tedavül eden hukuki varlıkların bulunması bir vakiadır (olgu) ve ticari ve cari hayat için kesin bir zarurettir; 4) Şu halde gerçekten sahipsiz mallar vardır ve yukarıdaki telakkiye göre olacaktır; 5) Böylece hukuk mantığı ile fiili durum ve gerçek ihtiyaç arasında bir aykırılık hasıl oluyor; 6) Bu aykırılığı aradan kaldırmak için son ve tek çare, Roma Hukukunun bu gibi hallerde tatbik ettiği, fiksiyondur (farz ve itibar); 7) Binaenaleyh hakikatte var olmayan hak sahibi yerine farazi hak sahibi konulmuştur;”¹⁷⁶*

Aytekin Ataay ise “*Kısacası insanların hak sahipliği tabii olduğu halde, toplulukların hak sahipliği bir farziyeye dayanmaktadır*” diyerek bu teoriye somut münasebet bildirmektedir¹⁷⁷.

Mehmet Ayanın da varsayım teorisine yanıtı benzerlik içermektedir: “*Sadece insanlar gerçek anlamda kişidir. İrade sahibi olmadıkları için tüzel kişileri gerçek anlamda kişi saymak mümkün değildir. Bunlar hukuk düzeni tarafından öyle kabul edildiği için kişidir. Onun için bunların fiil ehliyeti yoktur. İşlemleri onlar adına ve hesabına yönetici durumundaki insanlar yaparlar. Haksız fiilerden sorumlu tutulamazlar*”¹⁷⁸.

Atıf yaptığımız akademisyenlerin düşüncelerini hep birlikte ele aldığımız zaman “varsayım teorsii” nden çıkan sonuçları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz¹⁷⁹:

- İnsanlardan farklı olarak hükmi şahısların hak sahipliği tabii değil, faraziidir.
- Hükmi şahısların iradesi olmadığından fiil ehliyeti de bulunmamaktadır.
- Hükmi şahısların varlığı istisnasız kanun koyucunun iradesine bağlıdır.

¹⁷⁵ Hans J. Wolff, age, s. 3, Aktaran: Velidedeoğlu, age, s. 223.

¹⁷⁶ E.Zitelmann, Begriff und Wesen der Juristischen person, Leipzig, 1873, s. 14, Naklen: Velidededeoğlu, age, s. 223.

¹⁷⁷ Ataay, age, s.260.

¹⁷⁸ Mehmet Ayan, Medeni Hukuk, Mimoza Matbaası, Konya, 1997, s. 282.

¹⁷⁹ Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, Sulhi Garan Matbaası, cilt 1, İstanbul, 1979, s. 28

- Hükmi şahıslar bir nevi “tam ehliyetsiz” fiziki şahıslar gibidirler. Medeni haklardan bizzat değil (kullanamazlar) aynen tam ehliyetsiz fiziki şahıslarda olduğu gibi kanuni mümessilleri vasıtasıyla kullanabilirler.

- Tam ehliyetsiz olduklarından haksız fiillerden, yani onun yöneticilerinin haksız fiillerinden sorumlu değildirler.

Şimdi gelinen sonuçlara da direk atıfta bulunarak bu teorinin eleştirisine geçelim:

- Sosyal ihtiyaçların tepkisi ile ortaya çıkan hükmi şahısların tanınıp tanınmamasını direk ve istisnasız devletin iradesine bırakması, sanki devlet tanımasa bu hükmi şahıslar olmayacaktır veya devlet bu hükmi şahısların yaratılış temelini koymuştur.

- Hükmi şahısların direk kendilerinin yaptığı kusurlardan, yani haksız fiillerden sorumlu tutulmaması, yani bu konuda ehliyet tanınmaması.

- Ve en esası hükmi şahısların oluşumunu direk devletin iradesine bağlayan bu teori acaba devletin oluşumunu ne ile açıklayabilir?

Sonda onu da söyleyelim ki modern doktrinde bu teori kendi değerini kaybetmiştir¹⁸⁰.

Köprülü’ye göre bu teori daha çok monarşik bir tarzda idare olunan toplumlarda varlığını sürdürebilir niteliktedir¹⁸¹. Gerçekten de tüm hükmi şahısların varlığını sosyal ihtiyaç ortadayken kayıtsız şartsız devletin iradesine bırakmak muasır hukukun ve kamusal düzenin, demokrasinin niteliklerine terstir.

bb. Malvarlığı teorisi

“Bu teorinin taraftarlarına göre, hükmi şahsiyet denen şey, bir gayeye, yani onu teşkil eden hakiki şahısların menfaatleri gayesine tahsis edilmiş bir malvarlığından başka bir şey değildir” diye Velidededoğlu anlatıyor¹⁸².

Köprülü ise *“Bu teori tüzel kişiyi bağımsız, gerçek ve ya farazi bir kişilik olarak benimsemez. Tüzel kişilik olarak kabul edilen birlik kişilerin ortak amaca vara bilmesi*

¹⁸⁰ Ataay, age, s. 260.

¹⁸¹ Köprülü, age, s. 388.

¹⁸² Velidededoğlu, age, s. 226.

için kendi malvarlıklarından bir kısmını bağımsız olarak buna yöneltmek suretiyle tahsis etmelerinden başka bir şey değildir.” demektedir¹⁸³.

Aytekin Ataaya göre ise *“Bu teoride kendisini oluşturan fertlerin ortak menfaatlerine ayrılmış malvarlığı tüzel kişiliği meydana getirir. Tüzel kişilik bu malvarlığı üzerinde kolektif mülkiyetten başka bir şey değildir”¹⁸⁴.*

Mehmet Ayan da hemen hemen aynı cümleleri kullanıyor:

“Elbirliği ortaklığı adı verilen görüşe göre tüzel kişiye ait olduğu söylenen haklar gerçekte onu meydana getiren insanların. İnsanlar sözkonusu haklar üzerinde elbirliği ile ortaktırlar”¹⁸⁵.

Dolayısı ile yazarlarımızın da hepsinin aynılıkla kabul ettiği ve yazdığı üzere bu teori gerçek şahısların malvarlıklarını bir araya getirerek teşkil ettiği kurum gözüyle baktıkları hükmi şahıslara onu oluşturanlardan ayrıca bir bağımsızlık tanımıyor, sadece malvarlığının bağımsızlığını öne çıkarıyor. Nitekim hükmi şahıs kavramını kabul etmeyen bu teori bağımsız olarak sadece şahısların birleştirdikleri malvarlığından söz etmektedir. Ama sonuçta bu bağımsız mal varlığı üzerinde karar yetkisinin elbirliği şeklinde onu oluşturan tüm şahıslarda olduğunu kabul ediyor. Zira bağımsız iradesi bulunan, haklara ve borçlara sahip varlık oluşmuyor.

Kanımca bu teorinin başından yanlış olarak girdiği konu hükmi şahısların yalnız bir malvarlığı olmadığını görmemesidir. Örneğin bir devlet, belediye, derneği oluşturan malvarlığı değil şahıslardır. Görüldüğü üzere bu teori tüzel kişiliği açmak, anlatmak yeterliliğinde değildir¹⁸⁶.

Sonda onu da ifade edelim ki bu teori Fransada Planiol ve Berthelemy tarafından ileri sürülmüştür¹⁸⁷.

¹⁸³ Köprülü, age, s. 389.

¹⁸⁴ Ataay, age, s. 260.

¹⁸⁵ Ayan, age, s. 282.

¹⁸⁶ Köprülü, age, s. 390; Akipek, age, s. 500; Velidededoğlu, age, s. 226.

¹⁸⁷ Köprülü, age, s. 389.

cc. Gerçeklik teorisi

Gerçeklik teorisi ilk defa “*Alman hukukçusu Beseller tarafından savunulmuş ve özellikle Alman hukukçuları arasında yaygınlaşmıştır. Gierki, Zitelmann Almanyada; Eugeh Huber İsviçrede bu teorinin taraftarları olarak bilinirler*”¹⁸⁸.

Bu teori Roma Hukukunun etkisiyle ortaya çıkan “Varsayım teorisinin” karşıt görüşü olarak da nitelendirilebilir. Nitekim teori Cermen Hukukunun tesiri ile oluşmuştur¹⁸⁹.

Gerçeklik teorisine göre tüzel kişiler biyolojik varlık olmasalar bile sosyal varlık kabul edilerek gerçek bir kişiliğe haizdirler. Onların da hayatlarının bir başlangıcı, bir sonu vardır¹⁹⁰. Gerçek kişilerden tek farkı elle dokunulmaz, gözle görülmez, biolojik bir varlığın bulunmamasıdır¹⁹¹.

“Varsayım” ve “Malvarlığı tahsisi” teorisinden farklı olarak burada tüzel kişiler haklara ve borçlara ehildir, fiil ehliyetine haizdirler. Organlarının yaptığı herhangi işlem tüzel kişinin hesabına yazılır. Bu nedenle de organlarının yapmış oldukları haksız fiilerden dolayı da sorumlu tutulurlar¹⁹².

Zira “Gerçeklik” teorisince devlet, sosyal gereksinimlerin neticesi olarak ortaya çıkan, fiilen var olan hükmi şahısları kabul edemezlikten gelemmez¹⁹³.

Bülent Köprülü’nün de dediği gibi bu teori var olan diğer teorilere nisbeten hükmi şahıs kavramının niteliklerini akıla kabul şekilde izah etmiştir. Odur ki gerçeklik teorisinin hükmi şahıslar açısından daha dolgun ve yerinde olduğunu düşünüyoruz. Keza modern demokrasilerin çoğunluğu bu teorinin prensiplerinden yararlanarak hükmi şahısları tanımlamışlardır.

f. Hükmi şahısların çeşitleri

Hükmi şahsiyet genel olarak kullanılan bir kavramdır. İşte o sebeptendir ki bu kavram altına giren farklı kriterlerle birbirinden ayrılan çok sayıda tip ve türden olan

¹⁸⁸ Akipek, age, s. 501.

¹⁸⁹ Akipek, age, s. 501.

¹⁹⁰ Ataay, age, s. 261.

¹⁹¹ Köprülü, age, s. 390.

¹⁹² Köprülü, age, s. 390.

¹⁹³ Akipek, Akıntürk, s. 503.

mefhumlar vardır. Bünye, amaç, tâbi oldukları hukuk kuralı gibi(oluşum ve faaliyet esası tâbi olduğu hukuk kuralını belirliyor) bu kriterler hükmi şahısların türleri arasında farklılıkları ortaya çıkarıyor ve aslında onlara uygulanacak kurallar da bu kriterler esasında belirleniyor¹⁹⁴. Nitekim bu önemli hususu dikkate alarak hükmi şahısların çeşitlerini çok içeriğine girmeksizin bir inceleyelim.

aa. Bünye kriteri

Hükmi şahısların ayırımında önemli kriterlerden biri de onların bünyeleri, yani iç yapılarıdır. Bu kriterden dolayı hükmi şahıslar iki yere ayrılmaktadır. Bunlardan biri bir amacın gerçekleşmesini güden şahıs toplulukları, diğeri ise bir amacın gerçekleşmesine tahsis edilen mal varlığı topluluklarıdır. Hukuk doktrininde bu esasa dayanarak ayrılan şahıs topluluklarına “korporasyon”, malvarlığı topluluklarıysa “kurum” denilmektedir¹⁹⁵.

aaa. Şahıs toplulukları.

“Korporasyon mahiyetindeki hükmi şahıslar, ortak bir amaca ulaşmak üzere amaç etrafında başlı-başına bağımsız bir varlığa sahip olmak ve yeni bir hak süjesi meydana getirmek maksadıyla birleşen şahıs topluluğundan oluşur” diye Akipek yazmaktadır¹⁹⁶. Zira korporasyon adlandırılan bu şahıslar bir amaç için kurulmuş, onu oluşturan fiziki şahıslardan ayrıca, bağımsız bir şahsiyete haizdir. Özel hukuk alanında dernekler, şirketler, kamu hukukundaysa devlet tüzel kişiliği, belediye, köy korporatif, yani şahıs topluluğu mahiyetindeki hükmi şahıslardır.

bbb. Malvarlığı toplulukları

“Kurum (müessese) mahiyetindeki hükmi şahısların bünyesini bağımsız bir hak süjesi meydana getirmek maksadıyla bir amaca özgülümlü malvarlığı toplulukları oluşturur.” diye Akipek ve Akıntürk dikkatimize sunmaktadır. Kendisini fesh etmek,

¹⁹⁴ Akipek, Akıntürk, age, s. 505.

¹⁹⁵ Akipek, Akıntürk, age, s. 505.

¹⁹⁶ Age, s. 506.

şahsiyetine son vermek yetkisi bulunmayan bu şahıslar kendi geleceklerini belirlemek konusunda da çok sınırlı yetkilere haizdirler. Üyeleri de bulunmaz¹⁹⁷.

bb. Hukuk kuralı kriteri

Tâbi oldukları hukuk kurallarına göre hükmi şahıslar “kamu hukuku tüzel kişileri” ve “özel hukuk tüzel kişileri” olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar¹⁹⁸.

Tezimiz Azerbaycan ve Türkiye Hukuku açısından Kamu Tüzel Kişiliği kavramının incelenmesi olduğundan işimizin esas hissesini Kamu Tüzel Kişiliği üzerinden realize edeceğiz. O nedenle bu bölümde kısaca Kamu Tüzel Kişiliği hakkında bilgi verip daha çok özel hukuk tüzel kişilerine değineceğimizi belirtelim.

aaa. Kamu hükmi şahısları

Ataay’ın tabirince “*Kamu hukuku hükmi şahısları amaçları ile ölçülü olarak kendilerine kamu otoritesi tanınmış bulunan ve bu otoriteyi temsil eden tüzel kişilerdir. Kamu hukuku tüzel kişileri ile diğer tüzel kişiler arasında eşitlik değil, alt-üst ilişkisi vardır*¹⁹⁹.”

TMK’da Kamu Hukuku hükmi şahıslarına tanım verilmesine rağmen Kamu Hukuku hükmi şahısları alenen Özel Hukukun değil, Kamu Hukukunun düzenlediği kapsama girmektedir.(TMK 52. madde)

Türkiye Anayasası’na göre kamu hukuku hükmi şahısları ya Kanunla, ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak bir idari işlemle kurulur. Ve kendilerini fesh edemezler, aynı zamanda mahkemelerce kapatılması da söz konusu değildir²⁰⁰.

Kamu hükmi şahısları bünyeleri bakımından aynen Özel Hukuk hükmi şahıslarında olduğu gibi şahıs toplulukları ve malvarlığı toplulukları olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Devlet, belediye, köy kamu tüzel kişileri şahıs topluluklarına örnek

¹⁹⁷ Age, s. 506.

¹⁹⁸ Köprülü, age, s. 392; Velidededoğlu, age, s. 228; Ataay, age, s. 264; Akipek, Akıntürk, age, s. 506-507.

¹⁹⁹ Ataay, age, s. 264.

²⁰⁰ Akipek, Akıntürk, age , s. 507.

olduğu gibi kamu kurumları (üniversiteler, televizyonlar vs) da malvarlığı topluluklarına, yani Kamu müesseselerine örnek gösterilebilir²⁰¹.

bbb. Özel hukuk hükmi şahısları.

Kendisine kamu otoritesi tanınmayan, özel hukuk kurallarına tabi, gerçek kişiler, devlet ve diğer hükmi şahıslar tarafından oluşturula bilen tüzel kişilerdir²⁰². Diğer şahıslara eşit durumda olup kendileri tarafından fesh edilmek hakkına da sahipler²⁰³.

Bülent Köprülü'ye göre “*Medeni Kanun tarafından düzenlenmiş bulunan dernek ve vakıflar dışında Ticaret Kanununun öngördüğü şirketler, diğer özel kanunlarla kurulmuş ve çalışmaları tespit edilmiş sendikalar, siyasi partiler birer özel hukuk tüzel kişileridir*”²⁰⁴.

Bünyelerine göre özel hukuk hükmi şahısları da kamu tüzel kişileri gibi ikiye ayrılmaktadır. Dernek ve şirketlerin dahil olduğu şahıs toplulukları korporasyon özel hukuk şahıslarıdır. Vakıfların oluşturduğu diğer grupsa müessese adlandırılmaktadır ve kurum mahiyetindedir²⁰⁵. Şahıs topluluklarından şirketler kolektif, komandit, limited, anonim ve kooperatif ortaklık tarzındaki ticaret ortaklıklarıdır. Tüm bu çeşitten olan ortaklıklar Türk Ticaret Kanun'u kapsamında düzenlenmektedir. Dolayısı ile Medeni Kanun'un kapsamına girmezler²⁰⁶. Konumuzla o kadar da yakın bağlantısı olmadığından bu ortaklıkların içeriğine girmiyoruz.

Şahıs toplulukları özel hukuk hükmi şahısları kendisi de amaç kriterine göre “kazanç amacı güden” ve “kazanç amacı gütmeyen” olarak ikiye ayrılmaktadır. Dernekler kazanç amacı gütmeyen, şirketler ise kazanç amacı güden özel hukuk tüzel kişileridir²⁰⁷.

²⁰¹ Köprülü, age, s. 392; Ataay, age, s. 265; Akipek, Akıntürk, age, s. 507.

²⁰² Ataay, age, s. 265.

²⁰³ Akipek, Akıntürk, age, s. 511.

²⁰⁴ Köprülü, age, s. 192.

²⁰⁵ Saymen, age, s. 19.

²⁰⁶ Ataay, age, s. 266.

²⁰⁷ Köprülü, age, s. 393, Ayan, age, s. 283.

Bünyesine göre özel hukuk hükmi şahıslarının diğer türü ise kurum mahiyetinde olan (müesseseler) hükmi şahıslardır. Bunların en bariz numunesi vakıflardır. Belli bir maksada tahsis edilmiş vakıflar kazanç amacı da gütmemektedirler²⁰⁸.

Sonuca bağlarsam özel hukuk hükmi şahısları hem şahıs topluluklarından (dernek, şirket) hem de mal varlığı topluluğundan (vakıf) oluşabilmektedir. Onların “kazanç amacı güdeni”(şirketler) de var “kazanç amacı gütmeyeni” (dernekler ve vakıflar) de²⁰⁹.

g. Hükmi şahısların kurulması ve sonra ermesi

aa. Kurulması

Köprülü'nün tabirince ifade edersek *“Tüzel kişiliğin ne zaman kazanıldığı problemi onun hak ve fiil ehliyetini elde ettiği anın tespiti anlamına geldiğinden bu husus hukuk açısından, pratik bir önem ve değer taşımaktadır”*²¹⁰. Nitekim herhangi bir şahıs topluluğu veya mal varlığı topluluğu “hükmi şahıs” olarak tanındığı andan veya hükmi şahıs statüsü kazandığı andan itibaren hak ve fiil ehliyetlerini de kazanmış oluyor. Gerçek kişilerin hayatlarının başlangıcının sağ ve tam doğumla başladığını artık söylemişim. Ama bu bellidir ki tabii, doğal olayla gerçekleşen “gerçek kişilik” hükmi şahısların kişilik kazanımından farklıdır. Zira hükmi şahısların hayatları bir hukuki işlemle realize edilmiş oluyor²¹¹. Tüzel kişiliğin kazanımıyla ilgili hem mevzuatlarda hem de hukuk doktrininde kabul edilmiş genellikle üç sistem vardır²¹².

aaa. İzin sistemi

Kanımcı demokratik prensiplere aykırı olan ve modern demokresilerde genellikle tavsiye edilmeyen bu sistem Fransız Hukukunun benimsediği ve İsviçrede bazı Kantonlarda belli tüzel kişiler hakkında uygulanan bir sistemdir²¹³. Ruhsat veya imtiyaz sistemi olarak da tanımlanan bu sistemde “tüzel kişilik” devletin resmi makamlarının iradesi esasında oluşmaktadır. Dolayısı ile “tüzel kişilik” devlet ne zaman

²⁰⁸ Velidededoğlu, age, s. 230.

²⁰⁹ Rüfet Göyüşov, Medeni Hukuk, Umumi Hisse, Qanun Yayınevi, Bakü, 2013, s. 133.

²¹⁰ Köprülü, age, s. 396.

²¹¹ Ataay, age, s. 273.

²¹² Ayan, age, s. 284; Köprülü, age, s. 396.

²¹³ Köprülü, age, s. 398-399.

izin verirse o zaman da başlamış oluyor²¹⁴. Genellikle Alman Hukukunda vakıflara uygulanmasıyla kendini göstermektedir. Önceki bölümlerde hakkında söz ettiğimiz “varsayım” veya “farazi” şahsiyet yaklaşımının prensiplerine dayanan bu sistemde hükmi şahsiyetin oluşmasında devlet mutlak iradeye sahiptir.

TMK örneğine bakacak olursak “kazanç amacı gütmeyen” derneklerin kurulmasında izin sisteminin var olmamasına karşılık, Ticaret Kanunu gereğince anonim ve limited şirketler yetkili bakanlığın iznine dayanılarak kurulmaktadır.(TK, 273, 280, 509) Azerbaycan mevzuatında da anonim ve limited şirketler yetkili bakanlığın izni ile “tüzel kişilik” kazanıyor.

bbb. Normatif sistem

Bu sisteme göre devletin yetkili organları tüzel kişinin kurulması için gereken şartların oluşup oluşmadığını denetlemek hakkına sahiptir²¹⁵. Dolayısı ile eğer şartlar yerine getirilmişse veya sağlanmışsa devlet tüzel kişiyi tescile kayıt yapmaya, daha net devlet ona tüzel kişilik tanımağa borçludur. Nitekim tescile kayıt bir idari işlem olduğundan eğer yapılmazsa yargı yolu açıktır ve yargıya başvurulabilir. Bir farkı da dikkatinize sunalım ki izin sisteminden farklı olarak bu sistemde yetkili makamın takdir yetkisi bulunmamaktadır. Yani yetkili makam sadece, örneğin bir şirketin ana sözleşmesinin veya derneğin tüzüğünün Anayasaya, kanunlara ve diğer hukuk kurallarına uygunluğunu denetliyor. Yerindelik kararı alamaz²¹⁶. İçeriğinden de gördüğümüz üzere bu sistemde idari makamın yetkisi teknik niteliktedir. Denetleme amacı gütmektedir. Örneğin Alman Medeni Kanunu’nda bu sistem derneklere münasebette kullanılmaktadır²¹⁷. Azerbaycan mevzuatı da derneklerin kurulmasında zorunlu tescil sistemini uygulamaktadır²¹⁸.

ccc. Serbest kuruluş sistemi

Akipek ve Akıntürk’e göre “*Serbest kuruluş sisteminde hükmi şahısların kurulması için gerekli olan kanuni şartlar kanunlarla genel ve objektif olarak önceden belirlenir. Bu kanuni şartları yerine getiren şahıs veya mal toplulukları bir hükmi şahıs*

²¹⁴ Akipek, Akıntürk, age, s. 522.

²¹⁵ Ayan, age, s. 284.

²¹⁶ Akipek, Akıntürk, age2, s. 524.

²¹⁷ Akipek, Akıntürk, age, s. 525.

²¹⁸ <http://www.justice.gov.az/06.htm> e.t: 15.06.2017.

olarak kurulma iradesini hukuk düzeninin istediği biçimde açıkladıkları anda hükmi şahsiyet kazanmış olurlar”²¹⁹. Zira bu sisteme göre kurucuların usulüne uygun olarak tüzel kişi oluşturmakla ilgili iradelerini açıklamaları o tüzel kişinin oluşumu için yeterlidir. Herhangi bir merci veya makamın tesciline, iznine gerek bulunmamaktadır²²⁰. Bu sistem çoğu modern demokrasilerin ve kamuya açık devletlerin de benimsediği gerçeklik teorisinin prensiplerine dayanmaktadır. Nitekim bu sisteme göre devletin tanıyıp tanımaması veya izin vermemesi hükmi şahsiyetin varlığına gölge düşürmez, onun mevcudiyeti gerçeğini değiştiremez.

TMK’da derneklerin oluşumu bu sistem esasında gerçekleştirilmektedir. Onu da ilave edelim ki derneklerin tüzüklerini veya kuruluş bildirimlerini en büyük mülki idare amirine vermesi kaidesi²²¹ serbest kuruluş sisteminin kayıtlı kolunu oluşturmaktadır. Konumuzla o kadar da yakından bağdaşmadığından bu sistemin de kendi içinde oluşmuş kollarına değinmeyeceğiz²²².

bb. Sona ermesi

Hükmi şahısların sona ermesi türlerine bağlı olarak değişmektedir. Serbest irade ile kurulan özel hukuk hükmi şahıslarının çoğunluğu onu kuranların serbest iradesi ile de sona erdirilebilir. Bu tipten olan hükmi şahısların sona erdirilmesi mahkeme kararı ile de mümkündür. Kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak bir idari işlemle kurulan ve kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış kamu hükmi şahısları ise “usulde paralellik” prensibi gereği ile sonlandırılmaktadır. Yani Kanunla kurulmuşsa kanunla kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak bir idari işlemle kurulmuşsa ise idari işlemle sonlandırılması gerekmektedir. Kamu tüzel kişilerinin (kamu hükmi şahısları) mahkeme kararı ile sonlandırılması istisnai hallerde dolayısı ile mümkündür. Yani eğer Anayasa Mahkemesi kamu tüzel kişisinin kurulması ile ilgili kanunu veya idari işlemi anayasaya aykırı bularak ortadan kaldırırsa otomatik olarak o kamu tüzel kişisi de ortadan kalkmış olur.

²¹⁹ Akipek, Akıntürk, age2, s. 525.

²²⁰ Ataay, age, s. 273; Ayan, age, s. 284.

²²¹ Dernekler kanunu, Madde 10.

²²² Ataay, age, s. 274.

İKİNCİ BÖLÜM

Kamu Tüzel Kişiliği kavramı, Kamu Tüzel Kişileri, Ortaya Çıkış Nedenleri ve Diğer Tüzel Kişilerden Farkındalıkları

I. Kamu Tüzel Kişiliği

Birinci bölümümüzde üzerinde çok geniş bir şekilde durmamıza rağmen bir daha hatırlatmak isteriz ki hukukta kişi “haklara ve borçlara sahip olmak” anlamına gelmektedir. Daha da açık bir şekilde ifade edersek o varlıklar kişi olarak kabul ediliyor ki açıkladığı irade hukuken bir hüküm veya sonuçla nitelenebilir. Yani iradelerinin hukuki sonucu ve değeri vardır²²³. Konuya ilk bölümümüzde geniş değindiğimizden çok uzatmaksızın kişilerin elle dokunulabilirlik, gözle görülürlük kriterine bağlı olarak gerçek ve tüzel kişiler olduklarını ifade edelim. Konu olarak seçtiğimiz Kamu Tüzel Kişiliği tüzel kişilerin bir türüdür. Cümleleri değiştirerek daha açık bir şekilde ifade edilsen tüzel kişiler de kendi içinde kuruluş ve işleyiş esaslarından doğan bir takım nedenlerle kamu tüzel kişilerine ve özel hukuk tüzel kişilerine ayrılmaktadır²²⁴. Türk Hukukunda gerçek kişiler olarak geçen kavramın Azerbaycanda fiziki şahıslar, tüzel kişilerin ise “hukuki şahıslar” olarak tanımlandığı da artık 1. bölümümüz nedeniyle sizlere bellidir. Kişi kavramının Azerbaycan’da cinsiyet ayırımı amacıyla kullanıldığını da ilk bölümümüzde sizlere söylemiştik. Nitekim kavram karışıklığına sebep olmaması açısından daha uygun kelime olarak gördüğümüz kamu hükmi şahısları kelimesi ile beraber kamu tüzel kişileri kelimesini de kullanacağımızı bildirerek konumuza devam edelim. Zira kelime kargaşasına son vererek giriş de verdiğimiz “Kamu hükmi şahısları” başlığını aşağıdaki alt başlıklar şeklinde incelersek daha olumlu ve aydın neticeye varacağımız kanısındayım.

²²³ Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri 1, Güncellenmiş 3. Baskı, Mimoza Matbaası, Konya, 2009, s. 24; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan kitap evi, Ankara, 2009, s. 183.

²²⁴ Hamza Eroğlu, İdare Hukuku, 3. Bası, Kalite Matbaası, Ankara, 1978, s. 143.

A. Kamu tüzel kişiliğinin tanımı

“Kamu tüzel kişiliği” (Kamu hükmi şahısları) T.C Anayasasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen türlü kanunlarda sık sık kullanılmasına rağmen resmi mevzuatta bu kavrama tanım verilmemiştir. Onun türlerinden konuşulsa da, “kamu tüzel kişiliği” ifadesiyle kastedilen tüzel kişilerin genel anlamda dairesi belli olsa da, ifadenin tanımlanmaması ister doktrinde isterse de mevzuatın icrasında, yani pratikte sorunlara yol açmaktadır. Belki de ilk bakıştan “devlet tarafından kurulan tüzel kişiler” ve devletin kendisi olarak tanımlamak aklımızdan geçse bile modern yönetimlerde, Türkiye de dahi, idarenin kamu hizmeti olarak göre bildiğimiz hizmetleri özel kişilere vere bilmesi, yani dolayısı ile özel hukuk tüzel kişilerinin de kamu hizmeti yerine getirmesi veya idare tarafından doğrudan özel hukuk tüzel kişilerinin kurulması aklımızın karışmasına neden olmaktadır²²⁵. İşte adı geçen bu nedenlerle doktrinde bu konuda mevcut olan düşüncelerin, idare hukukçularının bu konuya bakışlarını gözden geçirelim ve genel görüşün ne olduğuna bakalım, daha sonrasında ise geldiğimiz neticeyi sizlerle paylaşalım.

Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan atf yaptığımız kitabında genel olarak bir takım düşünceler ortaya koysa da kamu hükmi şahıslarının tanımlanmasını vermemiştir: *“Bir yandan idarenin özel hukuk tüzel kişilerini kamu hizmeti ile görevlendirebilmesi veya doğrudan özel hukuk kuralları çerçevesinde tüzel kişiler kurabilmesi, öte yandan da hukuksal düzenlemelerin belirsizliği tüzel kişiliğin niteliği (kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişisi) bakımından duraksamalara yol açmaktadır. Bazen yargı kararlarının da bu belirsizliğe katkıda bulunduğu söylenilebilir. Bunun temel nedeni de Anayasa ve yasalarda kamu tüzel kişisinin tanımının bulunmamasıdır”*²²⁶. Gördüğümüz üzere yazarlar kamu tüzel kişiliğinin tanımı ile ilgili temel sorunun Anayasa ve yasalarda bu kavrama tanım verilmemesinin olduğunu belirtmekle beraber kendileri de tanımlama yapmamış durumdalar.

Metin Günday da başlığa “tanım” yazmasına rağmen kamu tüzel kişiliğinin tanımına hasrettiği başlıkta bu kavrama tanım vermemiştir. Bazı kamu tüzel kişilerinin ismini çekmekle onların Anayasadan esas aldıklarını dikkate sunuyor: *“Yerinden*

²²⁵ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, “İdare Hukuku”, Cilt 1ci, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitap Evi, Ankara, 2006, s. 178; Kemal Gözler, “İdare Hukuku Dersleri”, 2.Bası, Ekin Kitap Evi, Bursa, 2004, s. 87.

²²⁶ Gözübüyük, Tan, age, s. 178.

yönetim sisteminin uygulanması, bir devlet içinde, devlet tüzel kişiliği yanında birden ziyade kamu tüzel kişilerinin ortaya çıkmasına yol açar. Yerinden yönetim sisteminin yer yönünden uygulanması sonucu ortaya çıkan yerel yönetimlerin birer kamu tüzel kişisi oldukları bizzat Anayasada belirtilmiştir. “Mahalli İdareler” olarak andlandırılan bu kuruluşlar kamu tüzel kişiliğine sahip olma niteliğini Anayasadan almaktadırlar. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına gelince, bu kuruluşlardan bazıları Anayasada düzenlenmiş ve bunların Kamu Tüzel kişiliğine sahip olma nitelikleri gene Anayasada belirtilmiştir”²²⁷. Bununla birlikte Günday “Kamu Tüzel Kişilerinin Ölçütleri” başlığında kamu tüzel kişilerinin oluşum ve işleyiş esaslarına ilişkin prensib ve ilkeleri ortaya koyarak bu kavramın tanımı için çok daha kolaylık sağlamış olmaktadır. Ama net olarak “kamu tüzel kişiliği nedir” sorusunun cevabını tanım olarak Günday’ın kitabında da görmüyoruz²²⁸.

Bahtiyar Akyılmaz ve Murat Sezginer de farklı başlıklar altında kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olan özelliklerine değinse de, bazı kriterlerin yalnız kamu hukuku tüzel kişilerine haiz olduğunu dile getirirse de somut olarak kamu tüzel kişiliğinin tanımını ortaya koymamıştır. Yani, hangi tüzel kişilere kamu tüzel kişisi diyeceğiz veya bunun net kriterleri nedir? O anlamdaki öğretilerde ve yönetimde kamu hizmetinin özel hukuk tüzel kişileri tarafından hayata geçirildiği veya devletin direk özel hukuk tüzel kişileri kurduğu da göz önünde bulunmaktadır. Şimdi Akyılmaz’ın ve Sezginer’in farklı başlıklar altında kamu tüzel kişiliği için ortaya koyduğu tanımları, yani özel hukuk tüzel kişilerinden farklı yanlarını göstermekle ortaya koydukları tanımlarını dikkatinize sunalım. Örneğin; Akyılmaz ve Sezginer “Kuruluş” başlığı altında T.C Anayasası’ndan belli olduğu üzere “*Kamu Tüzel kişiliği, ancak kanunla ve ya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur. Anayasada da vurgulanan kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemlerle kurulma kamu tüzel kişiliğini özel hukuk tüzel kişiliğinden ayırt eden ilk önemli farktır*” demektedir²²⁹. Yazarlar cümlelerinin devamında özel hukuk tüzel kişilerinin kural olarak gerçek kişilerin hür iradesiyle kurulduğunu belirtmekle beraber kanunla kurulan özel hukuk tüzel kişilerinin de bulunduğunu ifade etmektedirler²³⁰. İşte o zaman beyin karışıklığına neden olacak “kanun veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak

²²⁷ Metin Günday, İdare Hukuku, 4.Bası, İmaj Yayın Evi, Ankara, 1999, s. 50.

²²⁸ Günday, age, s. 50-52

²²⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, İdare Hukuku Dersleri, Göksu Matbaası, Konya, 2001, s. 103.

²³⁰ Akyılmaz, Sezginer, age, s. 103.

kurulma” ilkesinin aydınlığa kavuşturulmasına ihtiyaç muhakkak ki vardır. Akyılmaz ve Sezginer “Kamu Tüzel Kişilerinin Personeli” başlığında ise “*Kamu Tüzel Kişilerinin personeli kamu görevlileridir. Bunlar özel hukuk tüzel kişilerini oluşturanlara oranla daha değişkendirler. Kamu tüzel kişilerinin personeli idare adına irade açıklarlar. Bunu yaparken özel hukuk tüzel kişileri kadar hür değildirlir*” şeklinde düşünce açıklamaktadırlar. Günümüzde kamu tüzel kişilerinin sözleşmeli personel de aldığı artık bir realitedir ve yasal olarak da herhangi bir engel bulunmamaktadır. Başka bir yaklaşımla Azerbaycan’da olduğu gibi kamu müesseselerinin veya kurumlarının bir çoğunda sözleşmeli personel alınsa da o kurumlar kamu kurumu niteliğindedir veya gibi kamu kurumları olarak tanımlana bilirler. Bunun da aydınlatılması şart olarak gözüküyor. Ama onu da ifade edelim ki Türkiye’de sözleşmeli personeller de “Kamu Görevlisi” statüsüne sahiptir.

Akyılmaz ve Sezginer “Uğraş alanı” başlığında şöyle söylemektedirler:

*“Özel hukuk tüzel kişileri için “ihtisas kuralı” uyarınca uğraş alanı tek ve belli konudur. Kamu Tüzel Kişileri ise uğraş alanları bakımından farklılık gösterir. Bir kere her şeyden önce kamu tüzel kişileri kanun koyucunun “kamu hizmeti” olarak belirlediği faaliyetleri yaparlar. Başka bir deyişle kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerinin konusu kamu hizmetidir”*²³¹. Günümüzde ticari faaliyette bulunan kamu tüzel kişilerinin de var olduğunu göz önüne alırsak tüm kamu tüzel kişilerinin kamu hizmeti ile meşgul olduğunu söylememiz doğru olmaz. İşte bu istisnai durum nedeniyle “kamu hizmeti” kriteri tanımlayıcı veya net tanımlayıcı kriter olarak kabul edilemezdir. Daha başka bir karışıklık oluşturan mesele ise günümüzde bazı özel hukuk tüzel kişilerinin de kamu hizmeti alanında faaliyet göstermesidir. Örneğin; özel hastaneler, özel okullar vs. dir.

Ramazan Yıldırım Anayasa ve kanunlarla kamu tüzel kişiliği kavramına tanım verilmemesinden şikayet etmektedir: “*Kamu tüzel kişiliği kavramı Anayasada ve kanunlarda sık-sık karşımıza çıkmasına rağmen, ne Anayasada ne de kanunlarda tanımlanmamıştır*”²³². Yıldırım kendisi de kamu tüzel kişiliğine somut tanım yapmamakla beraber özel hukuk tüzel kişiliği ile karşılaştırmalı biçimde kamu tüzel kişiliği kavramını anlatmaya gayret göstermiştir: “*Genel esasları ve hukuki nitelikleri açısından bir fark olmamakla beraber, kamu hukuku tüzel kişileri veya kısaca kamu tüzel kişileri,*

²³¹ Akyılmaz, Sezginer, age, s. 103.

²³² Yıldırım, age, s. 25.

görünürdeki yapıları, faaliyet alanları ve konuları, kullandıkları yetkiler ve haklarında uygulanan kurallar bakımından özel hukuk tüzel kişilerine göre büyük farklılıklar gösterirler”²³³.

Zira yukarıda değindiğimiz yazarlardan ister Gözübüyük ve Tan ister Akyılmaz ve Sezginer kendi düşünceleri ile ve Anayasa maddelerine dayanarak kamu tüzel kişiliği kavramını tanımlamak için onun özel hukuk tüzel kişileri ile ilişkisini öne çıkartmış, Kamu Hukuku tüzel kişilerinin kurulma, işleyiş, malik olduğu bir takım ayrıcalıklar, kamu presoneli, kamu hizmeti vs. gibi gerekçelerle onların özel hukuk tüzel kişilerinden farklarını ortaya koymuşlardır. Ramazan Yıldırım da İlhan Özay’ın “Gün Işığında Yönetim” kitabına atıf yaparak hemen hemen yukarıdaki yazarların yoluyla gitmiştir. Ama söz ettiğimiz yazarların hiçbirisi kamu tüzel kişiliği bunlara denir veya bu kavramın başka bir şekilde tarifini vermemişlerdir. Tabii doğal olarak onu ifade edelim ki kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri tüzel kişiliğin iki birbirinden farklı türleridir. Dolayısı ile bu iki farklı türde olan tüzel kişiliğin tanımı da birbirlerine münasebetde oluşturulmalıdır veya oluşmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, özel hukuk tüzel kişisi olmayan tüzel kişi kamu hukuku tüzel kişisidir veya kamu hukuku tüzel kişiliği tanınmayan veya kamu tüzel kişisi statüsü bulunmayan bir kişi özel hukuk tüzel kişisidir hükmünü çıkarabiliriz. Çünkü nasıl ki hukukun genel olarak kamu ve özel hukuk ayrımından başka ayrımı yoktur, tüzel kişilerin de Kamu Hukuku ve Özel Hukuk tüzel kişilerinden başka bir tipi bulunmamaktadır. Hemen onu ilave edelim ki ister doktrinde ister öğretilerde var olan bilimsel tartışmalar ve aynı zamanda pratikte ortaya çıkan karmaşalar nedeniyle “Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişilerinin yanında karma nitelikli tüzel kişiler vardır” iddialarını da gündeme getirmektedir. Özellikle T.C mevzuatında yer alan “Kamu İktisadi Teşebbüsleri” ve hususen bu teşebbüse dahil olan İktisadi Devlet Teşekkülleri kavramı ve onun hangi hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmesi doktrinde tartışma konusudur. Misalen Bülent Köprülü de bizimle aynı düşüncede olduğunu kendi kitabında ifade etmiştir:

“İktisadi Devlet Kuruluşları (teşekkülleri) ile bazı meslek kuruluşlarının ne ölçüde ve ne derecede kamusal nitelik taşıdıkları hususu, gerek öğretilerde, gerek uygulamada tartışmalı olup çeşitli görüşlere konu olduğundan açıklamalarımızın

²³³ Yıldırım, age, s. 25.

dışında bırakılmıştır. Belirtelim ki bu gibi tüzel kişilerin nitelikleri doktrinde hayle tartışmalara konu olmaktadır”²³⁴.

Aytekin Ataay biraz daha açık bir tavr ortaya koyarak İktisadi Devlet Teşekküllerini “karma karakterli tüzel kişiler” olarak tanımlamıştır:

“Bunlar özel kanunla kurulan (İktisadi Devlet Teşekkülleri Kanunu, madde 3/4) ve kamu hukuku tüzel kişilikleri ile özel hukuk tüzel kişiliklerinin bazı niteliklerini taşıyan karma karakterli tüzel kişilerdir”²³⁵.

Hıfzı Veldet Velidededoğlu ise İktisadi Devlet Teşekküllerinin Kamu veya Özel Hukuk tüzel kişisi olması konusunda münakaşalı durumun olduğunu dile getirmekle beraber şunları söylemektedir:

“Amme hükmi şahısları ile, hususi hukuk hükmi şahıslarından farklı, daha doğrusu her ikisinin de rengini az çok taşıdığı için, bunlardan hangisine girdiği münakaşalı olan bir nevi tüzel kişiler daha vardır ki, bunlar, Ziraat Bankası, Sümerbank, Etibank, Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumu, Toprak Mahsulleri Ofisidir. Bunların sermayesinin tamamı devlet tarafından verilmiş ve bu gibi iktisadi devlet teşekküllerinin teşkilatı, idare ve mürakebeleri 3460 sayılı kanunla düzenlenmiş ve bunun birinci maddesi, bu kanuna tâbii olan müesseseler için “iktisadi devlet teşekkülleri” demiştir”²³⁶.

Velidededoğlu bu kurumların özel hukuk mu, yoksa kamu hukuku mu tüzel kişileri olarak kabul edilmesine dair doktrinde iki ayrı argümanla iki ayrı görüşün olduğunu şöyle dikkatimize sunmaktadır:

“Bu teşekküllerin, bağlı buldukları bakanlık ve makamların yetkileri dairesinde verecekleri idari kararlarla bağlı ve Murakebe Kanunu gibi, amme hukuku hükümlerine tabi oldukları ve bu itibarla birer idari makam sayılması gerektiğini ve kararlarının da Danıştayın kazai mürakebesine tabi olacağını kabul eden amme görüşü ile, “sermayesinin tamamı devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi teşekküllerin teşkilat ile idare ve mürakebeleri” hakkındaki 17.6.1938 gün ve 3460 sayılı Kanununun: ‘Bu kanun hükümlerine tabi teşekküller, hükmi şahsiyete haiz ve bu

²³⁴ Köprülü, age, s. 393.

²³⁵ Ataay, age, s. 267.

²³⁶ Velidededoğlu, age, s. 230.

kanunla kendi hususi kanunları dairesinde mali ve idari muhtariyete malik olmak ve mesuliyetleri sermayeleri ile mehdut bulunmak üzere, hususi hukuk hükümlerine göre idare olunur' diyen ikinci maddesinin ifadesindeki sarahate dayanan hususiyeci görüş teorik sahada henüz anlaşmış değildir”²³⁷.

Yukarıda gördüğünüz üzere ister Köprülü ister Ataay isterse de Velidedeoğlu İktisadi Devlet Teşekküllerinin doktrinde tam olarak tüzel kişilerin hangi nevine dahil olması ile ilgili yeknesak görüşün olmadığını ifade etmekte. Hatta, Ataay İDT’lerin karma karakterli kişiler olduğunu, yani tüzel kişilerin oluşum ve işleyiş şekline esasen üçe bölünmesi gerektiğini savunmaktadır. Şimdi konumuzu daha da aydınlatmak için girdiğimiz, kamu tüzel kişiliğinin tanımının önemini arz etmek amacıyla, somut bir tarifin gerektiğinin üzerinde durmak için ele aldığımız İDT mevzusunu bir tarafa bırakalım ve kamu tüzel kişiliğinin tanımı ile ilgili düşüncelerimizi olumlu bir sonuçla neticelendirelim. Bir daha onu söyleyelim ki oluşum, işleyiş, personel, malvarlığı gibi alanlarda özel hukuk tüzel kişileri ile karşılaştırmaların yapılması genel olarak kamu tüzel kişiliği kavramının tanımlanmasında yeterli olsa da, genel bilgilerin oluşumunda nedensellik teşkil etse de somut tarifin, tanımın mevcutluğu çok önemlidir. O sebeple ki az önce üzerinde durduğumuz gibi bazen bazı kurumlar var ola biliyor ki onlar genel oluşum, işleyiş, personel, mal varlığı kriterleri ile ayırt edilebilecek niteliğe sahip değildirler. Kamu tüzel kişilerinin belirlenmesi başlığında üzerinde geniş biçimde duracağımızı dikkatinize sunarak arz edelim ki kamu ve özel hukuk tüzel kişileri için kural olarak kabul edilen kriterler istisnai durumla karşı karşıya kalabiliyordur. Örneğin normalde kamu tüzel kişileri devlet tarafından kurulan (devletin kendisi istisna) bir varlıklardır. Belediye, köy, üniversite veya TRT vs. dir. Ama devlet tarafından kurulan özel kişiler de bulunabilmektedir. (Özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde) Veya bir başka misal gösterirsek kamu tüzel kişileri genelde kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış oluyor ve işlemlerinde kamu gücü ayrıcalıkları kullanıyorlar. Ama kamu tüzel kişilerinin özel hukuk kurallarına dayalı işlemleri de vardır. (Mahkemenin kiralık ofisde oturması ve ya Belediye binasının kiralığı) Veya bir başka örnek, bazı özel hukuk tüzel kişileri de vardır ki, onlar bazı işlem ve eylemlerinde kamu gücü ayrıcalığı kullanabilmektedirler. (Örneğin federsayonlar, Kafkaz Müslümanlar İdaresi) veya kamu hizmeti yalnız devlet tarafından değil, kamu tüzel kişileri tarafından değil, bazı özel hukuk tüzel kişileri tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. (Özel hastaneler, özel

²³⁷ Velidedeoğlu, age, s. 231.

okullar) Bu örnekleri uzatabiliriz. Ama anlaşılmiş olduğu için uzatmakta bir mana görmediğimizden dolayı olarak Metin Günay'ın ölçütler başlığında tanımlamaya yaklaştığı, ama tarif vermediğini belirterek, kamu tüzel kişilerine somut ve net tanımlamanı Metin Günay'a da atıf yaparak Kemal Gözler'in verdiğini ifade etmek istiyoruz. İşte bu sebeple Gözler'in bu kavram üzerinde tanım açısından düşünceleri ile "tanım başlığına" son vermek düşüncesindeyim. Gözler'in yaklaşımına geçmeden önce Aytekin Ataay'ın Medeni Hukuk kitabında kullandığı ve kanımızca yerinde olan bir düşüncenin de sizlerle paylaşılmasında fayda vardır:

"Bunlar amaçları ile ölçülü olarak kendilerine kamu otoritesi tanınmış bulunan ve bu otoriteyi temsil eden tüzel kişilerdir"²³⁸. Ataay'ın düşüncelerinden hasıl olan neticeye dayanarak söyleye biliriz ki kamu tüzel kişileri kamu hizmeti amacı ile (amaç) kendilerine umumi hakimiyet veya kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış ve kamuyu temsil eden tüzel kişilerdir.

Şimdi Kemal Gözler'in somut tanımına dayanarak fikirlerimizi sonlandıralım ve kamu tüzel kişilerinin somut tanımını ortaya çıkaralım. Gözler kitabında Anayasa ve kanunda nitelendirilmeyen tüzel kişiler için "devlet tarafından kurulmak" ve "kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmak" prensiplerine dayanarak şöyle bir tanım vermektedir:

"Kamu tüzel kişisi, devlet tarafından kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş ve kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olan bir tüzel kişidir"²³⁹.

Kamu tüzel kişilerinin belirlenmesi başlığında daha geniş inceleyeceğimiz "kamu gücü ayrıcalıkları" ve "devlet tarafından kurulma" prensiplerinin içeriğine girmeksizin onu belirtelim ki Gözler'in bu tanımı kanımızca oldukça yerinde, keza nokta koyulmuş niteliğindedir. Son olarak onu ilave edelim ki bu tanıma devlet dahil değildir. Devlet kendisi tarafından kurulamaz. O kamu tüzel kişilerinin başı olarak tektir, onun alternatifi yoktur ve bir sosyal siyasal birlikteliktir.

²³⁸ Ataay, age, s. 264.

²³⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 2.Bası, Ekin Kitap Evi, Bursa, 2004, s. 88.

B. Kamu Tüzel Kişilerinin Kurulması ve kaldırılması

Özel hukuk tüzel kişilikleri ile farkındalık açısından kamu tüzel kişilerinin kurulması ve ortadan kaldırılması en önemli faktörlerdendir. O nedenle ki kamu tüzel kişilerinden farklı olarak modern hukuk devletlerinde özel hukuk tüzel kişileri şahısların serbest iradesiyle ve kanunun el verdiği prensipler çerçevesinde kurulmaktadır²⁴⁰. Hamza Eroğlu'nun tabiri ile ifade edersek “*Kamu Tüzel kişilerinin kuruluşları, fesihleri ve ilgaları kendi iradelerine tabi değildir. Kanunla veya kanuna dayanan bir işlemle teşekkül eder. Hususi hukuk tüzel kişilerinin kuruluşu, fesihleri ve ilgaları ise mensuplarının iradeleri ile meydana gelir*”²⁴¹. Örneğin bir grup talebe toplaşarak onların haklarının, hukuklarının müdafaa edilmesi vs amaçlarla T.C mevzuatının izin verdiği şekil ve usulde “Türkiye Öğrenciler Birliği” derneğini kurabilirler. Ve aynı zamanda kurdukları bu birliği kendilerinin iradeleriyle ortadan kaldıra da bilirler. Ama aynı yöntemi kamu tüzel kişilerine uygulamamız mümkün değildir. Yani bir grup adam toplaşarak yeni bir belediye, köy oluşturamaz. Daha açık serbest bir iradeyle böyle bir kuruluş kurmaları mümkün değildir. İşte bu nedenlerle kamu tüzel kişilerinin kurulması ve ortadan kaldırılması usulleri onun statüsü açısından ayırıcı olmasa bile, önemli faktörlerdendir. O anlamda ayırt edici değildir ki kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak özel hukuk tüzel kişileri de kurula bilmektedir. (Devlet tarafından, çünkü zaten serbest iradeyle kurulan özel hukuk tüzel kişileri de kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmaktadır)²⁴² Şimdi kamu tüzel kişilerinin kurulması ve ortadan kaldırılması konularını ayrı ayrı ele alalım.

1. Kurulması

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 123. maddesindeki gibi “*Kamu Tüzel Kişiliği, ancak Kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*”. Öncelikle ifade edelim ki “Devlet tüzel kişiliği” bir kamu tüzel kişisi olarak bu kuralın istisnai tarafını teşkil etmektedir. “Kamu Tüzel Kişilerinin türleri” başlığında çok daha geniş bir şekilde değineceğimiz bu konuya burada girmeksizin onu ifade edelim ki kanunları çıkararak devlet tüzel kişiliğinin organı olan yasamadır. Dolayısı ile devlet organı aracılığıyla kanun oluşturmaktadır. Oysa ki kanunla veya kanunun açıkça verdiği

²⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer, age, s. 103; Yıldırım, age, s. 25; Gözübüyük, Tan, age, s. 180.

²⁴¹ Eroğlu, age, s. 144.

²⁴² Akyılmaz, age, s. 103.

yetkiyle devlet tüzel kişiliğinin kurulması” anlayışı var olamaz. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 123. maddesinde kastedilen kamu tüzel kişileri devlet tüzel kişiliğinin dışında kalan belediye, köy, kamu kurumları (mal varlığı toplulukları, TRT, üniversiteler ve s) gibi kuruluşlardır.

Şimdi “Kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” ifadesinin incelenmesine geçelim. “Kanunla kurulur” kelimesinin karışıklığa neden olacak tarafı yoktur. Yani zaten genelde tüzel kişilerin “kamu tüzel kişisi” kategorisine dahil olan birimleri kanunla kurulmaktadır. Oysa ki kanunla kurulan bir takım özel hukuk tüzel kişileri de bulunmaktadır. Örneğin 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Kanunu ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonu özel hukuk tüzel kişisi kurulmuştur²⁴³. Nitekim onu söylemek istiyoruz ki “Kanunla kurulur” genel kaidesi kural olarak kamu tüzel kişilerine ait olmaktadır. (Serbest iradeyle Kamu hukuku tüzel kişisi kurulamaz) Bazen bazı özel hukuk tüzel kişilerinin de kanunla kurulması istisnai bir haldir. Zira istisnalar da kaideleri değiştirmez. Kanunla kurulur kelimesinin incelenmesi sonucunda geldiğimiz neticeden de gördüğümüz üzere kuran subje bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Çünkü her bir halde kanunla kamu tüzel kişisi kuran yalnız devlet ola bilir.

“Kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” ifadesinin ise direk manası bulunmamakla beraber bazı karışıklığa neden olabilir²⁴⁴. O sebeple ki kamu tüzel kişileri gibi bilindiği üzere Özel Hukuk tüzel kişileri de kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmaktadır. Nitekim Özel Hukuk tüzel kişileri TMK’da yer alan açıkça yetkilere dayanılarak oluşturuluyor. Yani dolayısı ile “Kamu tüzel kişilerini” kuruluş açısından özel hukuk tüzel kişilerinden ayıran kriter onların “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” kurulması değil, “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” bir idari işlemle kurulmasıdır. Daha açık Özel Hukuk tüzel kişileri kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak onu oluşturanların, kişilerin serbest iradesiyle, kamu tüzel kişileri ise kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan bir idari işlemle kuruluyor. Dolayısı ile kamu tüzel kişilerinin

²⁴³ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 2.Bası, Ankara, 2009, s. 187.

²⁴⁴ Metin Günday, age, s. 51.

kurulması bir idari işlemle, özel hukuk tüzel kişilerinin kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması ise bir özel hukuk işlemi ile realiteye çevrilmektedir²⁴⁵.

2. Kaldırılması

Bahtiyar Akyılmaz ve Murat Sezginer'in söylediği gibi “*Kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak idari işlemlerle kurulan kamu tüzel kişileri “yetki ve şekilde paralellik” ilkesi uyarınca “tersine işlem” ile kuruluşundaki usul takip edilerek ortadan kaldırılır*”²⁴⁶.

Ender Ethem Atay kamu tüzel kişilerinin ortadan kaldırılması konusunda bir az daha içeriğe ilişkin yaklaşım ortaya koymuş ve her halükarda tüm durumları değerlendirmiştir:

*“Kamunun vermiş olduğu bir yetkiye dayanılarak idari bir işlemle oluşturulan tüzel kişilik, aynı nitelikteki diğer bir idari işlemle ve ya kanunla sona erdirilebilir. Buna olarak kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği ancak yine kanunla sona erdirilebilir”*²⁴⁷.

Onu da ilave edelim ki Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına münasebette “kanunla derken kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler, kanununun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlem derken ise devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan idari işlemler kastedilmektedir. Bu söylediklerimizi esas alarak gidersek o neticeye vara biliriz ki kamu tüzel kişileri mahkeme kararıyla da sonlandırılabilir. Zira kamu tüzel kişisini oluşturan kanun ve kanun hükmünde kararnama Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı olarak nitelendirilmesi nedeniyle iptal edilirse o kamu tüzel kişisi de otomatik olarak ortadan kaldırılmış olur. Bu durum kanun hükmünde kararnamenin bizzat kendisinin Anayasaya aykırı olması nedeniyle olduğu gibi, onun dayanağını oluşturan yetki kanununun da Anayasaya aykırı olması nedeniyle iptal edilmesine münasebette de geçerlidir²⁴⁸. Mahkeme kararıyla ilgili sona erdirme konusunda en sonda onu da dikkate sunalım ki “kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulan kamu tüzel kişiliği, doğal olarak idari işleme açık

²⁴⁵ Günday, age, s. 51.

²⁴⁶ Akyılmaz, Sezginer, age, s. 104.

²⁴⁷ Ethem Atay, age, s. 187.

²⁴⁸ Ethem Atay, age, s. 187.

yetki veren kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptali ile ortadan kalkmaktadır²⁴⁹. Kamu tüzel kişilerinin ortadan kaldırılması ile ilgili son olarak onu da söylememiz gerekmektedir ki kanun koyucu kuruluş kanununda kamu tüzel kişilerinin ortadan kaldırılmasının özel bir şeklini de belirleyebilmektedir. Zira bu konuda kanun koyucunun iradesi belirleyicidir. Ancak Anayasada isimleri yer alan kamu tüzel kişileri Anayasa değiştirilmeksizin ortadan kaldırılamaz. (Yüksek Öğretim Kurumu, Atatürk Dil, Kültür ve Tarih Yüksek Kurumu)

C. Kamu Tüzel Kişilerinin belirlenmesinin ölçütleri

Önceki başlıklarda bir kaç defa söylediğimiz üzere kamu tüzel kişilerinin belirlenmesi özel hukuk tüzel kişilerine münasebette, bir başka söyleyişle özel hukuk tüzel kişileri mukayese edilerek yapılmaktadır. Aslında bu yeteri kadar doğaldır. O nedenle ki tüzel kişilik zaten bazı yazarların istisnai düşüncelerini çıkmak şartıyla kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinden oluşmaktadır. Nitekim “kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesi ölçütleri” yaklaşımı hangi tüzel kişiler özel hangi tüzel kişiler kamu tüzel kişileridir” sorusundan doğmaktadır. İşte o sebeple bu iki tüzel kişilik tiplerinin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Kamu ve özel hukuk tüzel kişileri arasındaki farkındalıkları ayrıca başlıkta değineceğimiz belirterek kamu tüzel kişilerinin hangi kriterlere dayanılarak seçildiğini inceleyelim.

1. Anayasa ve Kanunla nitelendirme

Kemal Gözler’in de söylediği gibi “*Bir tüzel kişi, Anayasayla veya kanunla bir “kamu tüzel kişisi olarak” nitelendiriliyorsa, haliyle ortada bir problem yoktur. O tüzel kişisi, bir kamu tüzel kişisidir*”²⁵⁰. Nitekim eğer Anayasada veya kanunda açık ve net olarak kamu tüzel kişiliği belirtilen kurumlar varsa veya başka bir cümleyle her hangi tüzel kişi Anayasa veya kanunla “kamu tüzel kişisi” olarak tanımlanmışsa onun özel veya kamu tüzel kişisi karşılaştırması gerekmeksizin, işleyişine bakmaksızın kamu tüzel kişiliği kabul edilmelidir. Şimdi Anayasa ve kanunla nitelendirme kavramlarını ayrı ayrı içeriklerine değinerek inceleyelim.

²⁴⁹ Ethem Atay, age, s. 188.

²⁵⁰ Gözler, age, s. 84.

a. Anayasayla nitelendirme

Kamu tüzel kişiliği niteliğini Anayasadan alan kuruluşların, bir başka deyişle anayasayla kamu tüzel kişisi oldukları doğrudan doğruya belirlenen birimlerin kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmesi tartışılmazdır. Örneğin “devletin” ve diğer kamu idarelerinin (belediye, il özel idaresi ve köy gibi şahıs toplulukları) birer kamu tüzel kişileri oldukları T.C Anayasası’nın türlü maddeleri ile tespit dılmıştır. Kamu kurumlarının ise belli bir kısmı T.C Anayasası ile direk “kamu tüzel kişiliğine” haiz kurumlar şeklinde kabul edilmektedir. Zira Kemal Gözler’e müracaat edersek *"Anayasamızın çeşitli maddelerinde (m 29/4, m 82/1, m. 128/1, m. 161/1) “devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden” bahsedildiğine göre Anayasamızın devleti bir kamu tüzel kişisi olarak kabul ettiğini söyleye biliriz”*²⁵¹. Devlet dahil olmakla diğer kamu idarelerinin ve kamu kurumlarının bir takımının da kamu tüzel kişisi olması T.C Anayasası’nın kendisinde içerdiği normlardır.

*“Örneğin Anayasamızın 127. maddesinin ilk fıkrasına göre il (il özel idaresi) idaresi, belediye ve köyün birer kamu tüzel kişisidirler. Keza üniversitelerin (m.130), TRT nin (m.133), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumunun (m.134) ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının (m.135) kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları bizaat Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilmiştir. O halde, devlet, il, belediye, köy, üniversiteler, TRT, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bizzat Anayasa gereği kamu tüzel kişisidirler. Üstelik bunların kamu tüzel kişiliği Anayasal düzeyde tanınmıştır. Dolayısı ile kanunjoyucu, bunların kamu tüzel kişiliğine bir kanunla son veremez”*²⁵².

Metin Günday kendi kitabında *“Kamu tüzel kişiliği niteliğini Anayasadan almayan bir kuruluş söz konusu olduğunda bu kurumun bir kamu tüzel kişisi ve dolayısı ile bir hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu mu yoksa özel hukuka tâbi bir tüzel kişi mi olduğu nasıl belirlenecektir”* sorusu ile de aynen Gözler gibi Anayasada kamu tüzel kişisi olarak tanımlanan tüzel kişilerin “kamu tüzel kişiliğinin” tartışmazlığını onamaktadır²⁵³. Günday’ın bu sorusundan çıkan diğer bir netice ise ancak hizmet

²⁵¹ Gözler, age, s. 84.

²⁵² Gözler, age, s. 84.

²⁵³ Günday, age, s. 51.

yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının özel hukuk tüzel kişileriyle statü açısından karşılaştırmaya ihtimalidir. Daha açık kamu idarelerinin, yani devlet, belediye, il özel idaresi ve köy gibi kuruluşların özel hukuk tüzel kişileri ile hiç bir karışıklık ortamı yoktur. Yani bizim bir dernekle, bir belediyeyi, ya bir şirketle bir köyü mukayese etmemizin lüzumu bile yoktur. Zira devlet varsa kamu tüzel kişisi olarak var olabilir, belediye varsa ancak kamu tüzel kişiliğine sahip olarak var olabilir, ya da var olamazlar. Kamu tüzel kişiliği olmayan devletlerden (Monarşiyle yönetilen devletlerin mülk olarak kabul edilmesi istisnai durumdur) ve belediyeden söz edemeyiz.

b. Kanunla nitelendirme

Kemal Gözler aynen Anayasayla nitelendirilen kamu tüzel kişilerinde olduğu gibi kanunla nitelendirilen kamu tüzel kişilerinin de statüsünde ilave tartışmanın olamayacağını belirtmektedir:

“Aynı şekilde, bir tüzel kişi, bir kanunla bir kamu tüzel kişisi olarak nitelendiriliyorsa ortada yine bir problem yoktur. O tüzel kişi tartışmasız kamu tüzel kişisidir”²⁵⁴.

Yahya Kazım Zabunoğlu da Gözler’in kanunla nitelendirme konusundaki görüşüne katılmaktadır:

“Kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde yasa ile kamu tüzel kişiliğinin düzenlenmesi, olağan modeldir. Türkiyede pek çok kamu kurum ve kuruluşlarının tüzel kişiliği yasa ile belirlenmiştir. Yasa ile bir kurum veya kuruluşun tüzel kişiliğinin varlığı belirtilmiş ise sorun yoktur”²⁵⁵.

Zira Kemal Gözler’in ve Yahya Kazım Zabunoğlu’nun da katıldığı “kanun bir kişiye kamu tüzel kişisi” demişse konu tartışılmazdır görüşüne katıldığımı belirtmek isterim. Nasıl ki kanun koyucu bazen idari yargı alanına girecek (kriter olarak ve genelde) davaları adli yargı alanına sokuyorsa bu da öyledir. Genel olarak, oluşum ve işleyiş kriterleri dolayısı ile kamu hukuku tüzel kişisi olarak görülen herhangi bir kurumun kanunla özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanması mümkündür. Keza Gözler’in dediği gibi *“Kanun, normalde bir özel hukuk tüzel kişisini kamu tüzel kişisi*

²⁵⁴ Gözler, age, s. 85.

²⁵⁵ Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 135.

olarak nitelendirebileceği gibi, genel olarak kamu tüzel kişisi özellikleri taşıyan bir tüzel kişiyi özel hukuk tüzel kişisi olarak da nitelendirebilir”²⁵⁶.

Örnek: “Örneğin Fransız Danıştay 13 Ocak 1981 tarihli Magnier karareına konu teşkil eden olayda, bir kamu hizmetini yerine getiren, kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olan ve işlemleri idari yargının denetimine tabi olan bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi değil; özel hukuk tüzel kişisi olduğunu; zira Kanunla, bu tüzel kişinin bir özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirildiğine karar vermiştir”²⁵⁷.

Örnek: “Diğer yandan Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi de, 20 Kasım 1961 tarihli Centre regional de lutte contre le cancer “Eugene Marquis” kararında bir kamu hizmeti yürüten, kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olan ve idarenin yakın denetimi altında çalışan Kanserle Savaş Bölge Merkezlerinin özel hukuk tüzel kişisi olduklarına; çünkü 1 Ekim 1945 tarihli Ordonansın bunları bu şekilde nitelendirdiğine karar vermiştir”²⁵⁸.

Örnek: 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun vakıf üniversitelerini kuran çeşitli ek maddelerinde özel hukuk tüzel kişileri olan vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıkça belirtilmiştir”²⁵⁹.

En sonda kanunla nitelendirme konusunda, onu söyleyelim ki Anayasayla nitelendirmede nasıl sanki bazı hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına kamu tüzel kişiliğinin Anayasayla tanınması kurucu iktidarın, dolayısı ile halkın iradesi ise, aynı şekilde kanunla bazı kurumlara kamu tüzel kişiliğinin tanınması, bazı kurumlara ise hatta genel şartlara uysa bile tanınmaması kanun koyucunun iradesidir. Bu iradenin farklı şekilde açıklanmasının veya açıklanmamasının farklı neticelere sebep olması, hatta bazen iki aynı meselede uyuşmazlık şeklinde görülmesi onun yürürlüğünü durdurmaz. Onu da ifade edelim ki bu irade açıklanmasının veya farklı düzenlemelerin sosyal, siyasi, vs nedenleri var olmaktadır. Kamu tüzel kişisi olmaktan doğan bazı sonuçlar da kanun koyucunun iradesini etkileyebilir. Kanun koyucu hatta devlet tarafından kurulan ve kamu gücü ayrıcalıkları tanıdığı bir kuruma “özel hukuk tüzel

²⁵⁶ Gözler, age, s. 85.

²⁵⁷ Gözler, age, s. 85.

²⁵⁸ Gözler, age, s. 85.

²⁵⁹ Gözler, age, s. 85.

kişisi” diyebilir. Aynı şekilde Özel Hukuk tüzel kişileri tarafından kurulan ve kamu gücü ayrıcalıkları olmayan bir kuruma ise “kamu tüzel kişisi” adlandırılabilir. Bunların yasaklanması mevcut değildir.

2. Anayasa ve kanunla belirlenme yoksa

Anayasa ve kanunla belirleme ilkesi kamu hukuku tüzel kişilerinin ayırımında tartışmaları ortadan kaldıran somut prensiptir. Eğer Anayasa veya kanun bir varlığı (tüzel kişiyi) kamu tüzel kişisi olarak nitelendirmişse “olay bitmiştir” demektir. Ama bununla birlikte maalesef pratikte işleyişi ve kuruluşu dolayısı ile kamu tüzel kişiliği niteliği taşıyan, aynen kamu tüzel kişileri gibi işlemlerde bulunan bazı kurumlar vardır ki onların birer kamu tüzel kişisi olması kuruluş yasalarında ifade edilmemiştir²⁶⁰. Kemal Gözler’in dediği gibi “*Örneğin birer özel hukuk tüzel kişisi olan vakıflar tarafından kurulan özel üniversiteler, (vakıflar tarafından kurulan üniversiteler, Gözlerin nitelendiği gibi “özel üniversiteler” değil, “vakıf üniversiteleri” adı altında Devlet üniversitelerinin yanında yüksek öğrenim ve öğretim kamu hizmeti yapan kuruluşlar olup, bunları kuran vakıflar özel tüzel kişisi olduğu halde, bu vakıfların kurduğu vakıf üniversiteleri kamu tüzel kişileridir; böyle olduğu da kanunda yazılıdır. Türkiyede şu anda bu kanundaki bir yasal düzenleme ile kurulmuş “özel üniversite” yoktur*)²⁶¹ acaba birer kamu tüzel kişisi mi , yoksa birer özel hukuk tüzel kişisi mi dirler? Keza OYAK, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı veya Trakya Yağlı Tohumları Satış Kooperatifleri Birliği, acaba, birer kamu tüzel kişisi mi, yoksa birer özel hukuk tüzel kişisi mi?” Şüphesiz ki uyuşmazlık ortaya çıktığı halde kendi yasalarında hangi tüzel kişisi olduğu belirtilmeyen kurumların, “kamu” ya “özel” hukuk tüzel kişisi olduğuna karar vermek yetkisi mahkemelerdedir. Ama bununla birlikte Türkiye pratiğinde böyle durumlarda farklı mahkemelerin farklı kararlara imza atması olayı bir az da karıştırmıştır. Örneğin Ordu Yardımlaşma Kurumu ile ilgili Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kararları bir birine zıtt, farklı görüşleri içermektedir²⁶². İşte bu nedenle Kemal Gözler’in, Metin Günday’ın ortaya koyduğu ve Yahya Kazım Zabunoğlu’nun da desteklediği aşağıdaki prensipler, kanımca, en uygundur.

²⁶⁰ Zabunoğlu, age, s. 135.

²⁶¹ Zabunoğlu, age, s. 136.

²⁶² Gözler, age, s. 87.

a. **Kamu tüzel kişileri tarafından kurulma**

T.C Anayasası'nın 123. maddesinin 3. fıkrasına göre *“kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur”*. Bu maddeden çıkan netice odur ki bir tüzel kişinin *“kamu tüzel kişisi”* olması için ya kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanmaksızın kurulan bir tüzel kişi kamu tüzel kişisi değildir. Hemen *“Anayasada ve kanunda nitelendirme”* yoksa istisnasını ilave edelim ki karışıklık olmasın. Biz şimdi Anayasayla ve kanunla nitelendirme olmadığı takdirde kamu tüzel kişisini nasıl belirleyeceğimizi incelemekteyiz. Kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak yaklaşımlarını ayrı ayrı ele almazdan önce Kemal Gözler'in kendi kitabında ifade ettiği ve karışıklığa neden ola bilecek bir cümleyi aydınlatalım ve onun üzerinden konumuza devam edelim. Gözler *“Özel kişiler tarafından, bu kişilerin serbest iradesiyle kurulan bir tüzel kişi, kamu yararına yönelik faaliyet gösterirse, kendisine vergi muafiyeti gibi bir takım kamusal yetki ve ayrıcalıklar tanınmış olsa bile bu tüzel kişi, bir kamu tüzel kişisi olamaz. O halde tüzel kişinin kamu tüzel kişisi ola bilmesi için, özel kişiler tarafından değil, devlet tarafından kurulması gerekir”*. diye yazmaktadır²⁶³. Gözler'in kitabında yer alan bu cümlesi *“devlet tarafından kurulması gerekir”* hissesine kadar tamamen yerinde ve doğrudur. Fakat *“devlet tarafından kurulması gerekir”* hükmü tam bir hüküm değildir. O nedenle ki *“kamu tüzel kişileri”* devlet tüzel kişiliğiyle beraber diğer kamu idareleri (belediye v.s) ve kamu kurumları tarafından da kurula bilir. Bir defa Kemal Gözler kendisi de aynı kitabının farklı başlığında bunu ifade etmektedir.

*“3 Nisan 1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrası belediyelere ‘belediye idareleri kanunun kendilerine tahkim ettiği vazife ve hizmetleri ifa ettikten sonra belde sakinlerinin müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tesviye edecek her türlü teşebbüsâtı icra ederler’ diyerek kamu kurumu kurma yetkisi vermiştir”*²⁶⁴.

Kemal Gözler'in de onayladığı üzere kamu kurumları yalnız devlet tarafından değil, diğer kamu idarelerince de kurulabilmektedir. Kamu kurumlarının ise kamu

²⁶³ Gözler, age, s. 86.

²⁶⁴ Gözler, age, s. 175.

hukuku tüzel kişisi olduğu artık tartışılmazdır. İster Gözler kendisi ister de diğer yazarlar bu konuda ortak düşüncededirler. Örneğin Girilti-Bilgen-Akgüner kendi kitaplarında “*Bilinen anlamda kamu kurumları (amme müesseseleri) öğretilde tüzel kişiliğe sahip, kamu hizmetleri veya da kişileştirilmiş kamu hizmetleri diye tanımlanmıştır*” demektedirler²⁶⁵.

Kemal Gözler de kendi kitabında “*Kamu kurumları bir özel hukuk tüzel kişisi değil, bir “kamu hukuku tüzel kişisidir” (personne morale de droit public) diye yazmaktadır*”²⁶⁶.

En sonda onuda ilave edelim ki kamu tüzel kişilerinin hem devlet hem de diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulabilmesi yalnız “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak” prensibi çerçevesinde gerçekleşebilir. Kanunla kamu tüzel kişisinin kurulması ise ancak devlet tüzel kişiliğine, daha açık bir ifadeyle onun yasama organına mahsustur. Devlet dışında diğer kamu tüzel kişilerinin kanun çıkarmak yetkisi olmadığı için onlar kanunla kamu tüzel kişisi başta olmak üzere hiç bir şey kuramaz, dolayısı ile bizim söylemek istediğimiz odur ki “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak” ifadesi hem devlete ve hem de diğer kamu tüzel kişilerine, “kanunla kurmak” ifadesi ise yalnız devlete ait bir yetkidir.

aa. Kamu Tüzel kişisinin Kanunla kurulması

Kamu tüzel kişisi olmanın en önemli kriterlerinden biri onun kanunla kurulmuş olmasıdır. T.C Anayasası’nın 123’üncü maddesinin 3’üncü fıkrası da “kamu tüzel kişiliği ancak kanunla...kurulur” demekle onu kastetmektedir²⁶⁷. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kamu tüzel kişiliğinin kanunla kurulması yalnız devlet tarafından yapılabılır bir yasama faaliyetidir. Başka bir ifade ile Devlet Tüzel Kişiliği yasama organı olan parlamento tarafından çıkardığı kanunla her hansı tüzel kişi kura bilmektedir ve bu yetki hukuk düzenince yalnız ona tanınmıştır. Onu da ifade etmemizde yarar vardır ki kanunla kurulan tüzel kişilerin kuruluş kanununda “kamu tüzel kişisi” olması belirlenebilir de belirlenmeye bilir de. Yasama organının iradesi olarak kabul ettiğimiz bu farklı olayın nedenini somut olarak açıklayamayız. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi 2690 sayılı ve 1982 tarihli Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanununun 3’üncü

²⁶⁵ İsmet Girilti, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayın Evi, İstanbul, 2001, s. 256.

²⁶⁶ Gözler, age, s. 170.

²⁶⁷ Gözler, age, s. 86.

maddesinde “bu kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere kısa adı TAEK olan, Başbakan’a bağlı, kamu tüzel kişiliğine haiz Türkiye Atom Enerjisi Kurumu kurulmuştur.” demekle kurulan kurumun tüzel kişiliğinin türünü direk kendisi belirlemiştir²⁶⁸. Aslında her zaman böyle olması daha iyi olmuş ve doktrinde, aynı zamanda öğretide ortaya çıkabilecek karışıklıklara son vermiş olur. Ama maalesef TBMM bütün konularda böyle yapmamış, tüm kurumların kuruluş kanunlarında onların tüzel kişiliğinin türünü belirlememiştir. Hemen TÜBİTAK’nun kurulmasına ilişkin 17 Temmuz 1963 tarihli 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumunun Kurulması hakkında Kanunu bu duruma örnek gösterebiliriz. Kanun koyucu kanunun 1’inci maddesinde kurumun, yani TÜBİTAK’nun tüzel kişiliğe haiz olduğunu tesbit etse de onun “kamu” mu yoksa “özel hukuk” mu tüzel kişisi olduğunu belirtmemiştir. İşte kanunla istisnai hallerde özel hukuk tüzel kişilerinin de kurulduğunu gördüğümüz için bu konu üzerinde durup olayı aydınlığa kavuşturmağa gayret göstereceğiz. Bizim bu başlıkla uğraşma nedenimiz eğer bir tüzel kişi kanunla “kamu tüzel kişisi” olarak nitelendirilmemişse, daha açık onun kamu tüzel kişisi olduğu kanunla tespit edilmemişse böyle kurumların “kamu tüzel kişisi” olarak sayılabilmesinin ilk şartlarından biri kanunla kurulmasıdır.

bb. Kanunun açıkça verdiği yetkiyle

Eğer bir tüzel kişi Anayasa ve kanunla nitelendirilmemiş ve nitelendirilmemiş olsa bile kanunla kurulmamışsa, onun kamu tüzel kişisi olarak tanımlanabilmesi için muhakkak kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulması gerekmektedir. Söylediğimiz şartlar altında her hangi bir tüzel kişinin kanunla kurulması onu direk “kamu tüzel kişisi” etmez, sadece onun kamu tüzel kişisi olması için gereken ilkin şartlardan birini oluşturmuş olur. Kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulması ilkesi de Türk Anayasasının 123’üncü maddesinin talebidir.

Metin Günday’ın da söylediği gibi “kanunla kurulur” ifadesinden farklı olarak “kanunun verdiği yetkiye dayanarak ifadesi” somutluk içermeyen bir ifadedir²⁶⁹. Nitekim “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak” ifadesinden kamu tüzel kişileri ile beraber özel hukuk tüzel kişilerinin de kurulması neticesini çıkarabiliriz. O nedenle ki Anayasada “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak devlet ve diğer kamu tüzel

²⁶⁸ Gözler, age, s. 85.

²⁶⁹ Günday, age, s. 51.

kişileri tarafından kurulur” denilmiş olsaydı daha yerinde bir tanım olmuş olurdu. Metin Günday bu konuyla ilgili görüşünü şöyle açıklamaktadır:

“Anayasanın 123’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasında sözü edilen ‘kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulma’, herkes tarafından kurulabilme değil, yalnızca devlet (kanımızca devlet ve diğer kamu tüzel kişileri) tarafından ve kamu gücüne dayanılarak kurulmalıdır. Bu ise bir idari işlemle kurulma anlamına gelir. Oysa ki dernekler, sendikalar, şirketler, gibi özel hukuk tüzel kişileri kanunun verdiği bir yetkiye dayanılarak kurulmasına rağmen, devlet tafafından bir idari işlemle değil, özel kişiler tarafından ve tamamen özel hukuka tabi bir işlemle kuruldukları için kamu tüzel kişileri değildir”²⁷⁰. Günday’ın görüşüne içerikte de ifade etdiğim bir kaç değişiklikle katılıyorum ve kanımca bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından “kamu tüzel kişisinin” kurulmasından söz edilemez. Çünkü Özel Hukuk tüzel kişilerine böyle bir ayrıcalık tanınmamıştır. Zaten tanınmış olsaydı onların kamu tüzel kişilerinden bir farkı da kalmazdı. Nitekim kamu tüzel kişileri bu başlığımızdaki konuya münasebette kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak ancak ve ancak devlet tüzel kişiliği ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulabilir. Şimdi onların devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulmasını ayrı ayrı inceleyelim.

aaa. Devlet tarafından kurulma

Devletin “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak” kamu tüzel kişisi kurması onun yürütme organı vasıtası ile gerçekleştirilmektedir. Nasıl ki devlet kanunla kamu tüzel kişisi kurmak için kendisinin yasama organı olan parlamento tarafından kanun çıkartıyor, aynıysa ile kanunun verdiği açıkca yetkiye dayanarak bir kamu tüzel kişisi oluşturmak içinse kendisinin idari birimleri aracılığı ile idari işlem yapıyor. Örneğin köy tüzel kişiliği, 10 Haziran 1949 tarih ve 5442 sayılı Kanununun 2. maddesinin c bendinin verdiği yetkiye dayanılarak İç İşleri Bakanlığı aracılığı ile kurulur. Keza bir kamu tüzel kişisi olan kamu iktisadi teşebbüsleri, 8 Haziran 1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3’üncü maddesine göre Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulur.

²⁷⁰ Günday, age, s. 51.

bbb. Diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulma

Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişileri, yani belediyeler (kamu idaresi olarak), Kamu İktisadi Teşebbüsleri (kamu kurumları olarak) tarafından da kanunun verdiği açıkça yetkiye dayanılarak kurulan kamu tüzel kişileri vardır. Türkiye pratiğinde belediyeler tarafından kurulan kamu tüzel kişilerine ilişkin kurumlar bulamadık. Öyle ki belediyelerin bünyelerinde olan ASKİ, İSKİ gibi kamu tüzel kişileri kanunla kurulmuştur ve belediye teşebbüsleri ile kurulmuş iktisadi kurumlar ise özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanmıştır. Ama Azerbaycan “Kamu Hukuki Şahıslar Hakkında” Kanununda hem devlet hem de belediyeler tarafından kamu tüzel kişilerinin kurulabileceği belirlenmiştir. Onu da ilave edelim ki Türkiyede devlet dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından kurulan Kamu Tüzel Kişilerine KİT’lerin kurdukları müesseseleri vs gibi kurumları göstermek mümkündür. KİT’ler kendileri devlet tarafından kurulsada onlar da bir takım tüzel kişiliğe haiz kurumlar kurabilmektedir.

b. Tüzel kişi kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olmalıdır

Bundan önceki “a” başlığında üzerinde durduğumuzdan belli oldu ki eğer bir tüzel kişinin “kamu tüzel kişisi” olduğu Anayasayla ve kanunla tespit edilmemişse onun kamu tüzel kişisi olup olmadığını belirlemek için kullanılan ilk şart “kanunla devlet veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulmalı olmasıdır, ikinci en önemli şart ise o tüzel kişinin kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olmasıdır. O sebeple ki bazen istisnai hallerde devletin kanunla “bir kamu hizmetini yürütmek üzere, şirket, vakıf, dernek gibi isimler adı altında bir takım özel hukuk tüzel kişilerini de kurduğu görülmektedir²⁷¹.” Buna örnek olarak 3294 sayılı Kanunla kurulan “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma” vakıflarını gösterebiliriz. Gözler’e göre, “*Bu tür kanunlar, bu tür kuruluşların, özel hukuka tâbi olarak faaliyetde bulunacaklarını ve bunların faaliyetlerinden kaynaklanan uyumsuzlukların da adli yargıda çözümleneceğini öngörmektedir*”²⁷². Dolayısı ile böyle anlaşılıyor ki bu türlü kuruluşlar devlet tarafından kurulmasına rağmen kamu gücü ile donatılmamıştır, kamu otoritesini temsil etme yetkisi tanınmamış ve birer özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket etmesi öngörülmüştür. Bu nedenle böyle kurumların statüsü doktrinde tartışmalara da yol açmaktadır. Bir kere bu durumdan çıkan neticeye de

²⁷¹ Gözler, age, s. 86.

²⁷² Gözler, age, s. 86.

dayanarak onu söyleyelim ki devlet tarafından kurulan her kurum bir kamu tüzel kişisidir hükmü doğru değildir. Yalnız devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından “kanun veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulmak” kamu tüzel kişisi olmak veya kabul edilmek için yeterli değildir. İşte o zaman akla gelen ilk soru şudur ki “devletin ve ya diğer kamu tüzel kişilerinin kurduğu tüzel kişi ne zaman “kamu tüzel” kişisi olmuş oluyor?”. Kemal Gözler’in de söylediği gibi “*kamu gücü ayrıcalıklarına sahip ise, bu tüzel kişi bir kamu tüzel kişisidir*”²⁷³. Şimdi ise bu konuyu, hatta kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerini birbirinden ayıracak en önemli faktörlerden gördüğümüz kamu gücü ayrıcalığını ayrıca gözden geçirelim.

aa. Kamu Gücü ayrıcalığı nedir?

Kamu gücü ayrıcalıkları idare hukuku alanının belirlenmesinde, idari yargı ve adli yargı arasında karışıklığın ortadan kaldırılmasında belirleyici kriterdir²⁷⁴. İşte o nedenle kamu gücü ayrıcalıkları konusunun ayrıca ele alınmasında ve bir az daha geniş incelenmesinde büyük anlamda fayda vardır. Öncelikle bu kavramla ilgili doktrinde var olan görüşlere yer verelim ve daha sonrasında onları da toplu şekilde ele alarak genel neticeye gelelim.

Kemal Gözler bu konuda görüşünü şöyle ifade etmektedir:

*“Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen, özel hukuku aşan bir takım yetki ve durumlar olarak tanımlanabilir. Kamu gücü ayrıcalıkları (prerogatives de puissance publique) bu şekilde tanımlanınca bazı yazarlar bunun yerine doğrudan “özel hukuku aşan ayrıcalıklar” (prerogatives exorbitantes du droit commun) terimini kullanmaktadırlar. Burada her ne kadar “ayrıcalık” (prerogative) terimi kullanılıyorsa da, idare hukukunda idareye her zaman bir üstünlük veya bir ayrıcalık tanınmaz; aynı zamanda idare yükümlülüklerine de tabi tutulur”*²⁷⁵.

Bahtiyar Akyılmaz ve Murat Sezginer’e göre ise “*Somut bir idari faaliyetin (idarenin faaliyeti kanimizca), kamu hukuku alanında kamu hukuku ile ilgili bir idari faaliyet ya da özel hukuka tabi bir özel hukuk faaliyeti olup olmadığı, faaliyetin “kamu gücü kullanılarak” yapıp yapılmadığına göre tespit edilecektir. Buna göre de eğer*

²⁷³ Gözler, age, s. 87.

²⁷⁴ Gözler, age, s. 45; Zabunoğlu, age, s. 76; Günday, age, s. 51-52.

²⁷⁵ Gözler, age, s. 45.

idari makamın yaptığı hukuki tasarruf kendisine kamu gücü kullanma yetkisi veren bir hukuki norma dayanıyorsa, kamu hukukuyla ilgili bir idari tasarruf(işlem) söz konusu demektir. İdarenin özel hukuk alanında ve özel hukuk usullerine göre yaptığı tasarruflar ise, idari tasarruf, dolayısı ile idari işlem kabul edilmeyecektir”²⁷⁶.

Yahya Kazım Zabunoğlu da Akyılmaz, Sezginer ve Gözler’in görüşlerine katılmaktadır:

“İdare hukukunun alanını ve idare alanını belirlemede kullanılan ölçütler arasında en eski tarihlisi olan kamu gücü ölçütüne göre idarenin kamu gücünü kullanarak yürüttüğü tüm işler, kurduğu tüm işlemler, İdare hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Buna karşılık idarenin kamu gücünü kullanmadan, özel kişilerle eşitlik anlayışı içinde kalarak yürüttüğü işler kurduğu ilişkiler ise özel hukuk hükümlerine tabidir”²⁷⁷.

Yazarların her üçünün de görüşünden gördüğümüz üzere “kamu gücü ayrıcalığı” Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişiliği, idari işlem ve özel hukuk işlemi ve aynı zamanda idari ve adli yargı arasında belirleyici faktör olmaktadır. Özel Hukuk münasebetlerinde böyle bir ayrıcalık söz konusu olamaz. Örneğin bir satış sözleşmesi imzalarken sözleşmenin taraflarından biri diğerini sözleşmeyi imzalamaya zorlayamaz, mümkün değildir, taraflar beraberdır, eşittir. Ama buna karşılık eğer bir kamu yararı söz konusu ise idare sizin rızanız olmasa bile evinizi söker atar ve o kamu yararını sağlar, sizin seçim , rıza gibi şansınız olamaz. Nitekim idareye bir takım bu gibi kamu gücü ayrıcalıklarının tanınmasının nedeni de işte söz ettiğimiz kamu yararadır²⁷⁸.

Klasik hukuk kitaplarında idarenin özel hukuk işlemlerine “temşiyet tasarrufları” denilmesine karşı kamu gücü kullandığı işlemlere ise “hakimiyet tasarrufları” deyilmiştir²⁷⁹. Klasik doktrinin dili ile söylesek idarenin hakimiyet tasarruflarına onun “tek yanlı işlemleri”, “resen icra”, “onun yaptığı işlemin mahkeme kararı çıkıncaya kadar hukuka uygun olarak kabul edilmesi”, “zorunlu üyelik”, “vergi muafiyeti”,

²⁷⁶ Akyılmaz, Sezginer, age, s. 202.

²⁷⁷ Zabunoğlu, age, s. 76.

²⁷⁸ Gözler, age, s. 45.

²⁷⁹ Zabunoğlu, age, s. 76.

“zorunlu aıdat”, “irade serbestliğinin olmaması” gibi ayrıcalık ve bağımlılıkları (yükümlölükleri) dahildir²⁸⁰.

Tüm yukarıdaki incelemelerimize dayanarak sonuçta geldiğimiz netice bir kişinin kamu tüzel kişisi ola bilmesi için “devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulması” ve “kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olması” şartlarını birlikte taşıması gerekmektedir²⁸¹. Dolayısı ile devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulma yalnız başına yeterli olmadığı gibi, teklifte “kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmak” da yeterli değildir. Pratikte devlet tarafından kurulan ama kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmamış veya bir takım kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan ama devlet tarafından kurulmamış tüzel kişilikler görmekteyiz ki bunların tümü özel hukuk tüzel kişileridir.

II. Kamu tüzel kişileri

Tezimizin ikinci bölümünde sürekli kullandığımızdan da görüldüğü üzere kamu tüzel kişileri “devlet” ve “diğer kamu tüzel kişileri” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Açık ve net bir şekilde ifade edelim ki diğer kamu tüzel kişilerinin bağımsız bir kişilik taşıması, tüzel kişiliğe haiz olması idari mahiyet taşımaktadır. Yani bu tüzel kişiler ancak ve ancak idari açıdan devlet tüzel kişiliği dışında bağımsız bir kimliğe veya kuruluşa sahiptirler. Oysa siyasi ve sistematik olarak tüm bu kurum ve idareler devlet mefhumunun içinde yer alarak bir bütün oluşturmaktadır²⁸². Nitekim kanımızca devlet tüzel kişiliği ve diğer kamu hukuku tüzel kişileri yalnız bir yönetim, idari kapsamda ayrıma maruz kalabilir. Daha anlaşılır bir cümleyle ifade edersek sanki devlet insan diğer kamu tüzel kişileri ise onun evlatlarıdır. Ama 18 yaşı tamamlanmamış çocukları. Her ne kadar çocuklar ayrı bir varlığa sahip olsalar da somut ve sonuçta yaşamları babalarına bağlıdır. Babalarının söylediklerini dinlerler. Zira devletden sonra ortaya çıkan diğer kamu tüzel kişilerini aşığıda daha geniş inceleyeceğimiz nedenlerden devletin bir kısım fonksiyonlarını üstlenerek veya devlet tarafından onlara verilmesi ile ortaya çıkmışlardır. Şimdiyse devleti ve diğer kamu tüzel kişilerini ayrı ayrı başlıklarda ele alalım.

²⁸⁰ Geniş bkz: Gözler, age, s. 46-48; Gözübüyük, Tan, age, s. 183-184.

²⁸¹ Gözler, age, s. 88.

²⁸² Zabunoğlu, age, s. 132.

A. Devlet

Bir defa kabul etmemiz gerekiyor ki genelde tüm kavramlarda kavramın kelime anlamı onun mahiyetinin anlaşılmasında mühim rol oynamaktadır. İşte o nedenle devletin kelime anlamına gitdiğimiz zaman görüyoruz ki *"devlet kelimesinin İngilizce karşılığı "state" , Fransızca "Etat", Almanca "staat", İtalyanca karşılığı "sato", İspanyolca "estado" dur. Bunların hepsinin kökeni Latince "status" kelimesidir. Ancak Latince "status" devlet demek değil; "hal", "durum", "vaziyet" demektir. İlk defa 16'ıncı yüzyılda, devleti ifade etmek için "stato" terimini modern anlamda devlet karşılığında ilk kullanan kişinin "Hükümdar" isimli eserinde Machiavelli olduğu kabul edilmektedir²⁸³.*"

Bir başka örneğe bakarsak eski Yunanlar devlete münasebetde "polis" terimini kullanmaktaydı. Polis anlam itibarı ile "site", yani şehir demektir. Romalılar ise farklı dönemlerde Civitas (şehir, medine), Res publica (umumi şey, herkese ait şey), imperium, regnum (hükümdarlık, krallık), kelimeleri kullanmışlar.

Tüm bu tarihi dönemlerden geçerek muasır anlam kazanan devlet ise "belirli bir toprak parçası üzerinde egemenlik kurmuş insan topluluğu olarak tanımlanabilir²⁸⁴. Son tanımımızdan belli oldu ki muasır anlamda devlet, halk, yani insan topluluğu, ülke, yani arazi ve bunların üzerinde bütün bir egemenlikten oluşmaktadır. O zaman devletin bu oluşum unsurlarına da bir göz atalım.

1. Devletin unsurları

Devleti oluşturan üç esas unsur vardır. Onlardan birincisi insan topluluğudur. Çünkü devlet kendisi insan topluluğundan oluşan bir varlıktır²⁸⁵. İnsan topluluğu aslında somutluk teşkil etmemektedir. Yani "ne kadar, hangi kriterlere cevap veren insan topluluğu devlet kurabilir?" tipli sorular beynimizi karıştırabilir. Ama bu soruya Gözler'in tabiri ile çok net cevap vermemiz mümkündür:

"İnsan topluluğunun niceliği (miktar) önemli değildir, ama niteliği önemlidir. Her insan topluluğu devlet kuramaz. Bir arada yaşayan insanların bir devlet kura

²⁸³ Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayın Evi, Bursa, 2004, s. 42.

²⁸⁴ Gözler, age , s. 43.

²⁸⁵ Gözler, age , s. 42.

bilmeleri için bir takım bağlar ile birbirlerine bağlanmış olmaları gerekir”²⁸⁶. Hukuk doktrininde işte devlet kurabilen o topluluklara millet (nation)²⁸⁷ deniliyor. Tarihin farklı dönemlerinde din, dil, ırk gibi kriterlerin oluşturduğu veya oluşum şekli objektif şartlar olan dil, din, ırk da görülen (bir çok yazarlar tarafından) millet kavramı kanımızca muasır anlamda kabul edilen ve subjektif millet anlayışı olarak nitelendirilen “manevi bağ” kriteri ile tanımlanmalıdır. Yani din, dil, ırk gibi unsurlardan bağımlı olmaksızın belli amaçlar veya bir olarak dış güçlere karşı karşı mücadele etmek bir insan topluluğunu millet haline getirmektedir²⁸⁸.

Şanal Görgün de bizim millete muasır anlamda, yani “manevi bağ” kriteri ile yaklaşımımıza taraftar çıkıyor ve öyle nitelendiriyor:

*“Millet aynı siyasal toplum içinde yaşamak isteyen insanların oluşturduğu devlet unsurudur. Başka bir deyişle, bir insan toplumunun millet olarak nitelendirilmesi için, o toplumun devlet biçiminde örgütlenme isteğinin bulunması (ve doğal olarak bunu başara bilmiş olması) gereklidir”*²⁸⁹.

Devletin ikinci unsuru “ülke” (territory), unsurudur. Şeref İba’nın tabirince ülke *“Üzerinde yaşana bilecek ve devletin üstün gücünün sınırları olan bir coğrafyadır. Ülke, kara, deniz, hava ülkesinin toplamıdır”*²⁹⁰.

Gözler ise ülkeye İba’ya benzer ama kendine has biçimde tarif vermektedir:

*“Ülke, devletin egemenliğine tabi olan ve üzerinde milletin yerleşmiş bulunduğu “üç boyutlu” maddi çevredir”*²⁹¹.

Erdoğan Teziç’e göre *“Devletin ülke unsuru, yetkilerini kullanacağı alanı sınırlar ve ülkesiz devlet düşünülemez. Bir devletin ortaya çıka bilmesi için, ülkenin varlığı, aynı zamanda mantıklı, hem de zorunludur. Çünkü belli bir arazi üzerinde yerleşmemiş toplum olamaz”*²⁹².

²⁸⁶ Gözler, age 2, s. 43.

²⁸⁷ Yunanca “nat”, yani “doğulmaq” sözünden yaranmıştır.

²⁸⁸ Gözler, age 2, s. 44-45.

²⁸⁹ Şanal Görgün, Hukukun Temel Kavramları, Yetkin yayınları, Ankara, 1996, s. 131.

²⁹⁰ Şeref İBA, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan kitap evi, Ankara, 2008, s. 66.

²⁹¹ Gözler, age , s. 46.

²⁹² Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 8. bası, Beta yayın evi, İstanbul, 2003, s. 113.

Yazarların da yaklaşımlarından gördüğümüz üzere “ülke” unsuru devletin oluşumunun olmazsa olmazlarından. Sürgünde kurulan hükümetlerin geçiciliği bile ülkenin varlığının ne kadar önemli olduğunu ve hatta zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Nitekim muhacir hükümetlerin mevcutluğu genel kuralı saptamakla bir istisnai durum oluşturmaktadır²⁹³.

Anayasa hukukunun alanına girdiğinden dolayı olarak çok içeriğine dalmaksızın ülkenin kara, hava, su gibi unsurları üzerinde devletin bu üç unsur arasında fark gözetmeksizin egemenliği, sınırsız yetki kullanım hakkı vardır. En sonda onu da ifade edelim ki ülke sınırları karadan ve havadan doğal olarak (nehir, göl) veya yapay kriterlerle (yol, enlem) belirlenmektedir. Sudan sınırlar ise devletin kıyısı olduğu su havzasında belli bir mesafeye kadar alanı ile sınırlandırılmaktadır²⁹⁴.

Devletin diğer ve sonuncu önemli unsuru ise “iktidar” unsuru, yani egemenliktir. *“Egemenlik (Hakimiyet) devletin kendi ülkesi ve vatandaşları üzerinde devletin tüzel kişiliğine bağlı olan rakipsiz ve en üst düzeyde otoritesini anlatır”*²⁹⁵. Aslında az önce kullandığımız bu kuralı biraz daha açıklığa kavuşturursak söylememiz gerekiyor ki bu kural iç egemenliği tanımlamaktadır. Öyleyse iç olduğu gibi demek ki devletin dış egemenliği de vardır. Kemal Gözler’den yola çıkarak dış egemenliğe böyle tanım verebiliriz:

*“Dış egemenlik (external sovereignty) uluslararası ilişkiler alanında söz konusudur. Dış egemenlikten, kısaca, bir devletin diğer devletlerden aşağı konumda olmaması, başka devletlere tabi tutulmaması ve dış ilişkilerde diğer devletlerle eşit olması anlaşılır”*²⁹⁶. Dolayısı ile haklar bakımından özel hukukta şahıslar nasıl eşitlerse, uluslararası hukukta da devletler haklar bakımından aynı eşitliği taşımaktadırlar.

2. Devlete olan ihtiyaç ve onun ortaya çıkışı

Devletin ortaya çıkışı ile ilgili konuya Ender Ethem Ataay’ın bu cümlesiyle başlamak isterim: *“Doğa ile mücadele, yiyeceğin sağlanması, barınma, vahşi hayvanlardan ve diğer saldırılardan (insanlar) korunma zorunluluğu bireyleri birbirlerine yaklaştırmış ve gruplaştırmıştır. Tarih boyunca değişen ve gelişim gösteren*

²⁹³ Teziç, age, s. 113.

²⁹⁴ Görgün, age, s. 131.

²⁹⁵ Görgün, age, s. 133.

²⁹⁶ Gözler, age, s. 49.

*ihtiyaçlar, doğa koşulları, yaşam ve yerleşim tarzlarında gözlemlenen değişiklikler, insan topluluklarının örgütlenme gereğini de ortaya çıkarmıştır. İnsanların toplum içerisinde yaşama gerekliliği bazı kurallara ve bunlar içerisinde de hukuk kurallarına uymasını zorunlu kılmaktadır*²⁹⁷. Dolayısı ile beşer evladı kendi yaşamını sürdürmek için örgütlenmek zorunda kalmıştır. O nedenle ki birbiriyle veya diğer canlılara karşı mücadele ferdin yalnız şekilde karşılayabileceği, onun tek başına yükümlülük alabileceği bir savaş değildir. Bir de iptidai insanların olaya bakış açısını dikkate alırsak örgütlenmenin insanın hayatta kalması için ne kadar önemli olduğunu veya hayatta kalmaları için örgütlenmeye ne kadar önemle baktıklarını apaçık görebiliriz. Onu da ilave edelim ki başlangıçta ilk insanlar için örgütlenmek veya böyle bir topluluk halinde sistem oluşturmak söz konusu olmamıştır. Veya diyebiliriz ki bu konu ilk insanların aklına gelmemiş veya onların aklına gelmesi için ortam mevcut olmamıştır. Recai Galip Okandan bu mevzuda kendi kitabında açıklayıcı ve net bilgiler vermektedir:

*“Başlangıçta, mesela yontma taş devrinde insanlar için iptidai ve göçebe bir hayat tarzının, ararlarında da bir mücadele halinin hakim bulunduğu bir yaşama şekliyle, en basit manada dahi cemiyet teşkilatından mahrum anarşik (lidersiz, Yunanca kullanılan archike, yani lider, an – archike ise lidersiz, başsız) bir durumun, tabiat hali denilen bir yaşama tarzının mevcudiyeti ile karşılaşmaktadır. Daha sonraları, insanların bu iptidai durumdan kurtularak daha müteakmil bir merhaleye eriştikleri görülmekte ve bu hususta, bilhassa, cilalı taş devrinden itibaren, insanların ziraatı öğrenmeleri, hayvanları ehlileştirmeleri, tedricen muayyen bir toprağa bağlanmaları gibi çeşitli olayların önemli rol oynadıkları müşahede edilmektedir*²⁹⁸. Recai Okandan’ın da yazdıklarından görüldüğü üzere tabiat hali denen durumda insanların cemiyet, birlikte yaşam, içtimailik hakkında düşünceleri hemen hemen yoktu. Yalnız ayakta kalmaya, yakılan ateşin ne olduğunu idrak etmeye çalışan ilk insanlar için aslında bu doğal olarak kabul edilmelidir. Beşeriyetin kuruluşu öyle tasarlanmıştır ki zaman geçtikçe insan evladı idrak ettiği nesnelere sayısını arttırmış, düzenli, sistematik bir yaşam vaziyeti oluşturmanın zorunluluğunu derk etmiş ve bu yönde adımlar atmıştır. Okandan zamanla sulh içinde, teşkilatlanmış şekilde yaşama ihtiyacına şöyle yanıt vermektedir:

“İşte gerçek, cilalı taş devrinden itibaren tesadüf edilen bu olayların ve gerekse bunlara inzimam eyliyen diğer sebeplerin de tesiri altında, insanlar için, cemiyet hali,

²⁹⁷ Ethem Atay, age, s. 1.

²⁹⁸ Recai Galip Okandan, Amme Hukuku, Fakülteler matbaası, İstanbul, 1952, s. 5.

*sulh ve sükun içinde yaşama şekli diye yeni bir hayat tarzının veya bunların ifadesi olan sosyal bir teşkilatın zuhuruna, içtimai bir teşekkülün doğumuna şahit olmaktadır*²⁹⁹. Ama tüm bunların yanında, yani korunmak, ayakta kalmak, dış tehlikelere karşı mücadele gibi nedenlerin yanısıra, hatta tüm bu nedenlerden daha üstten bir sosyal talep, şart da vardır ki, insanları teşkilat halinde yaşamaya, örgütlenmeye sevk eden en temel unsur, motiv odur. Hakkında söz ettiğimiz o unsur rasyonel bir varlık olan insanın “tabiatan içtimai ve siyasi mahluk olması keyfiyetidir”³⁰⁰. Daha açık ifade edersek insanın tabiatı, oluşum felsefesinde teşkilatlanmak için birbirine ihtiyaç vardır. İnsanlar birbirlerine muhtaçtırlar. Tek, kendi başına yaşayamazlar. İnsanın doğası, umumilik, içtimailik üzerinde kurulduğundan onlar birbirlerinden uzaklaşmazlar, daha doğrusu birbirlerini tamamen terk edip yalnızlığa baş vuramazlar. Nitekim en temelinde bu şart dayanmakla insanları birbirlerine bağlayan sebeplerin çoğunluğu göz önündedir. Okandan insanların bir araya gelmesinde temel şart olan “insanın tabiatan içtimai ve siyasi mahluk olması” meselesine çok değerli ve farklı düşüncelere istinaden kullandığı bir cümlesi ile açıklama getirmektedir: “Çin filozoflarından Kony-tse’nun, Yunan filozoflarından Aristoteles’in, on üçüncü asır müteffekirlerinden Aegidius Romanus ile Dante Alighieri’nin, on altıncı asır filozoflarından Hugo Grotius’un sosyal bir mahluk, içtimai ve siyasi bir varlık diye vasıflandırdıkları insanın, dokuzuncu asır İslam müteffekirlerinden Farabi’nin ve onuncu asır İslam filozoflarından İbni Sina’nın, on ikinci asır Arap filozoflarından İbni Rüşd’ün, on dördüncü asır müteffekirlerinden İbni Haldun’un, on altıncı asır filozoflarından Gedges Buchanan’nın işaret ettikleri gibi, içtimailik sevki tabiisini, içtimaileşme insiyakına (içgüdü) haiz bir varlık olduğunda, insanların yaratılışları itibari ile haiz buldukları içtimailik nüvesinin tedrici bir gelişmeye mazhar olduğunda, şüphe yoktur”³⁰¹.

Sonuç olarak her ne kadar elle tutulabilir, gözle görülebilir olmasa da sosyal varlığı inkar edilmez devletin neden ortaya çıktığını, insanların neden devlete ihtiyaç duyduklarını Recai Galip Okandan’a ve Ender Ethem Atay’a atıf yaparak ortaya çıkardığımızı belirtmek istiyoruz. Somut olarak dile getirirsek, öncelikle, devlet, örgütlenme ihtiyacı insanın doğallığından kaynaklanmaktadır. O nedenle ki insan içtimai ve siyasi varlıktır. Diğer yardımcı ve etkileyici nedenler ise kendi varlığını sürdürmek, dış güçlere mukavemet vs dir.

²⁹⁹ Okandan, age, s. 5.

³⁰⁰ Okandan, age, s. 5.

³⁰¹ Okandan, age, s. 5-6.

Şimdi ise devletin oluşum merhalelerine veya şimdiki devlet anlayışının nasıl ortaya çıktığına dikkat verelim. Yani devletin ortaya çıkmasının nedenlerini artık öğrendik, ama nasıl ortaya çıkması da bir o kadar önemli ve tartışılmalıdır. İşte bu sebeplerdendir ki devletin oluşumuna dair fikir birlikteliği bulunmaksızın farklı yaklaşımlar mevcuttur. İleri sürülen bu varsayımlara içeriğine çok da girmeksizin bilgi amaçlı değinmemizde fayda vardır. Önceden onu da ilave edelim ki bir de ünlü Fransız hukukçusu Carre de Malberg'e katılarak devletin menşeinin, yani nereden başladığının tarihinin hukuk ilmiyle ilgili olmadığını düşünmekteyiz³⁰². O anlamda ki hukuk kamusal düzenin nizamı ile meşgul olan, kurallar aracılığı ile kamusal düzenin sulh ve tehlikesizlik şeraiti altında devamını sağlamaya çalışan, dolayısı ile farklı süljeler arasında oluşan münasebetleri tanzim eden bir sosyal bilim dalıdır veya kurallar sistemidir. Zira hukukun devletin nasıl oluştuğunu araştırması direk kabul edilebilecek veya direk hukuk ilmi ile bağılı bir şey değildir. Her ne kadar devletin menşeinin belirlenmesinin hukuki yararları ola bilse de bu o anlama gelemmez ki hukuk ilminin işi devletin menşeinin ortaya çıkarmak olmalıdır. Devletin menşeinin belirlenmesinin hukuki yararları ise devletin direk hukuk düzeniyle birliktelik teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Hukuk ve devlet hemen hemen aynı anda oluşmuş, birbirinden ayrılmaz birlikteliğe haizdir. İşte o açıdan devleti daha iyi anlamamız, dolayısı ile hukuku daha iyi anlamamız manasına gelir. Devletin de iyi idrak edilmesinin esas şartlarından biri onun nasıl oluştuğunu ortaya çıkarmaktır. Ama maalesef, "*Etnolojinin insanların ilk iptidai yaşayışı hakkında kesin neticeler elde etmeye çalışmasına ve bu hususta önemli eserlerin vücuda getirilmiş olmasına rağmen, devletin menşei, onun kuruluş tarzı hakkında müspet ve yeknasak sonuçların elde edilebilmesi halen mümkün olmamıştır*"³⁰³. Ona göre de bu konuda ileri sürülen farklı teorilerle yetinmeğe mecburuz. Çünkü somut bir netice bulunmamaktadır ve bulunması da zor görünüyor.

a. Devletin menşeinin ailede bulan görüşler

İlk zamanlarda Kong-Tse, Aristoteles, Çiçero, Orta-çağda Marsilius, Patavinus, yeni zamanlarda Jean Bodin, Robert Filmer, Jacques-Benigne Bossuet, Sir William Temple, Giambattista Vico, Louis de Bonald, Henry Maine, Woodrow Wilson gibi filozof ve hukukçuların savunduğu aile teorisine göre devlet tek bir ailenin büyümesinden veya aynı kandan gelen ailelerin birleşmesi neticesinde ortaya

³⁰² Okandan, age, s. 37.

³⁰³ Okandan, age, s. 38.

çıkıştır³⁰⁴. Dolayısı ile bu teoriye dayanırsak devlet oluşumunu zamanla büyüyen, değişiklere maruz kalan ataerkil ailelerin birleşimine, bir araya gelmesine borçludur. Başka bir deyişle ilk zamanlar mevcut olan ve babanın mutlak hakimiyetinin bulunduğu ataerkil aileler zaman içinde bir araya gelmiş, büyümüş ve daha geniş sosyal topluluklar oluşturmuştur. Recai Galip Okandan da yazdığı gibi *“Patriarkal ailenin büyümesiyle, gelişmesiyle, evvela, aileden daha geniş bir sosyal birlik olan ve geniş selahiyetlere malik tek bir şefin otoritesi altında bulunan Gens (sülale) husula gelmiştir. Daha sonraları, sosyal gelişmenin kendi tabii seyrini takip etmesiyle, menşeleri aynı olan müteaddit Gensler bir araya gelerek Tribu namı altında daha büyük bir sosyal teşekkülün vücut bulmasını mümkün kılmışlardır”*³⁰⁵. Zira aile teorisine göre daha sonrasında, tribuların (boy, kabile, aşiret) da birleşmesi ile devlet ortaya çıkmıştır. Bununla beraber ailede söz sahibi olan aile babası (pater familias) ailenin genişleyip devlete çevrilmesiyle beraber güçlenmiş devlet başkanına, hükümdara dönmüştür³⁰⁶.

b. Kuvvet ve mücadele teorisi

Öncelikle onu söyleyelim ki devleti kuvvetlilerin zayıflar üzerinde güç aleti gören anlayış muasır evrensel hukukun ilke ve prensipleri ile hiç bağdaşmamaktadır. Bir defa muasır hukuk tüm uluslararası sözleşmeleriyle güçlü zayıf ayırımını, insanlar arasında hukuken eşitsizliği redd eden bir hukuk sistemidir. Fakat, kuvvet ve mücadele doktrini tüm bunların aksine olarak *“devletin kuruluşunu, çeşitli sebep ve şekiller altında insanlar arasında vukua gelen mücadelede, kuvvetlilerin zayıflar üzerindeki tahakkümünde, zayıfın kuvvetliye boyun eğmesinde, galibin mağluba zorla kabul ettirdiği otoritede, galibin mağlubi istismar ede bilmesi için onu kendi tahakkümü altında bulundurmasında aramak lazımdır”*³⁰⁷ görüşünü savunmaktadır.

Özellikle 19’uncu asrın sonlarında yaygınlaşmaya başlayan bu görüş savunucuları onu realist bir görüş olarak ileri sürmek ve güçlülerin zayıflar üzerinde hakimiyetini doğal kuvvet şeklinde nitelendirmektedirler. Tabiatın bir kanunu olarak gördükleri bu kuvvetin oluşturduğu devleti baskıcı adlandıran, hukuku ise bu baskıcı sistemin “çanağı” olarak gören kuvvet ve mücadele teorisinin temsilcileri arasında Yunan filozoflarından Herakleitos, Lunretius, Sofistler, Romalı düşünürlerden Polybos,

³⁰⁴ Okandan, age, s. 40-42.

³⁰⁵ Okandan, age, s. 41-42.

³⁰⁶ Gözler, age 2, s. 53.

³⁰⁷ Okandan, age, s. 51-52.

Seneka ve İslam düşünürlerinden İbni Haldun sayılabilir. Franz Openheimer ise bu teorinin en gelişmiş şeklini ortaya çıkararak tanımlanabilir³⁰⁸.

c. **Biyolojik teori.**

Bu teoriyi ileri sürenlere göre “*Devlet tabiat aleminde kendine has mevcudiyeti olan bir organizma, canlı bir varlık, yaşayan bir birliktir. Bu organizmanın, aynen insanda olduğu gibi kendine mahsus bir ruhu, bir vücudu vardır. Aynen insanda olduğu gibi, devletin de, kendisine mevcudiyet ve hayatiyet bahşeyleyen bir takım organları mevcuttur*”³⁰⁹. Dolayısı ile bu doktrin temsilcileri devletle insan arasında organik birlikteliğin olduğunu, aynı biyolojik ve tabii oluşum merhalelerinin geçildiğini düşünüyorlar. (Bazıları yalnız insanla organik benzerliğin olduğunu düşünürler) Nitekim biyolojik doktrin devleti kendiliğinden meydana gelip kalkınan, genişleyen ve en sonda diğer insanlar gibi varlığını kaybeden organizma şeklinde görmektedir. Bu doktrin taraftarları fertleri devlet organizmasını ayakta tutan, harekete geçiren enerji ve organlar fonksiyonunda tanımlamaktadır³¹⁰. İnsan vücudunda var olan organ ve fonksiyonların devletde de mevcut olduğunu ileri süren bu teori düşünürlerine göre “insandaki beslenme devlette üretimdir. İnsan vücudundaki yağ birikiminin karşılığı devlette sermaye birikimidir. İnsan vücudundaki dolaşan kanın devletteki karşılığı mal ve eşya dolaşımıdır³¹¹. Yunan filozoflarından Platon, 19’uncu yüzyıl hukukçularından Bluntschili, İngiliz fikir adamlarından Herbert Spencer, Fransız sosyologlarından Alfred Espinas, Herbert Spencer, Lilienfeld gibi mütefekkirler biyolojik teorinin savunucularından olmuşlar³¹².

d. **Ekonomik teori**

Devletin menşeyini ekonomik unsurlara bağlayan görüşler son zamanların değil, ta kadim Roma döneminin görüşlerindedir. Örneğin ünlü Romalı filozof Seneka devletin teşekkül sebepleri arasında mülkiyetin önemini dile getirmekteydi³¹³. Sonrular 17’nci yüzyılda mülkiyetin devletin oluşumundaki esasını Harrington da ifade etmiştir. Lüdivic Haller ise 19’uncu asırda devletin ve hükmedenlerin emlak ve arazi sahipleri

³⁰⁸ Gözler, age, s. 54; Okandan, age, s. 52.

³⁰⁹ Okandan, age, s. 70.

³¹⁰ Okandan, age, s. 70.

³¹¹ Gözler, age 2, s. 53.

³¹² Okandan, age, s. 71; Gözler, age, s. 53-54.

³¹³ Olandan, age, s. 86.

olduklarını söylemekle ekonomik teorinin temsilcilerinden olmuştur. En nihayetinde, yani 20'nci asırda Harold Lasky devletin kökünün ekonomik vakiada bulunduğu kanaatine geldiğini açıklamıştır³¹⁴. Fakat tüm bu söylediğimiz düşünürlere karşı devletin menşeinin bizzat ekonomik çıkarlardan, iktisadi olaylardan kaynaklandığı düşüncesini ileri sürmekle Karl Marks ekonomik teorinin en ünlü ismi, en aşırı ifadecisi olduğunu tanıttırıştır³¹⁵. Karl Marx ve bilahare Friedrich Engels, Loria, Paul Lafargue, Karl Kautsky, Franz Mehring, H. Cunow, Antonio Lubriolu, Plekhanov, Boukharine gibi tarihi maddecilik (materyalizm) ve iktisadi determinizm mektebinin temsilcileri tarafından müdafaa edilen bu teoriye göre *“insani duyguları ve sosyal teşekkülleri zaruri kılan maddi ve iktisadi menfaatlardır. Sosyal olayların arasında en esaslı olanı ekonomik hadiselerdir. İktisadi olaylar beşeri gelişmenin mevherini teşkil eylemekte ve diğer hadiseler iktisadi olaylarla taayyün edilmektedir”*³¹⁶. Bu görüşün en öncüsü olan Karl Marx devleti *“üretim araçlarını elinde tutan sınıfın baskı örgütü olarak nitelendirmektedir”*³¹⁷. Dolayısı ile bu düşünceden çıkan neticeye göre üretim araçlarına sahip olmak, üretim araçları üzerinde mülkiyet, egemen, sömüren veya güç olmanın şartıdır. Marksist teori “sınıf savaşı” kavramı üzerinden hareket ederek tarihi “sınıflar savaşı” olarak görmüş, tarihin her merhalesinde savaşılan iki sınıfın varlığını dikkate sunmuştur. O aynı zamanda “egemen ve sömüren” ve “sömürülen” sınıf olarak andlandırdığı bu sınıfların üretim araçları için savaştığını tespit etmiştir. Marks işte bu nedenle egemenlerin egemenliklerini sürdürebilmek için zor örgütü olan devleti kurduklarını iddia etmektedir. Devleti üretim araçları sahiplerinin “jandarması” olarak gören Marx’a göre *“Devlet, köleci toplumlarda köle sahiplerine, feodal toplumlarda, feodal beylere, kapitalist toplumlarda ise burjuvaziye hizmet etmektedir”*³¹⁸. Zira düşüncelerden anlaşıldığı üzere Marksist görüş baskıcı örgüt olarak gördüğü devleti nihayetinde ortadan kaldırmayı planlamaktadır. Ama Erdoğan Teziç’in de üzerinde durduğu gibi *“Proletarya ihtilali, sömürücü sınıfın iktidarına son vererek, baskı aracı olan devleti hemen ortadan kaldırmamaktadır”*³¹⁹. O nedenle ki Marx en son hedef olan komünizmin kurulması için toplumun hazır hale getirilmesinin gerektiğini öngörmektedir. Zira bu sebepten önce proletarya ihtilalinden sonra proletarya diktatörlüğü kurulmalı ve güçle bile olsa burjuvazi tasfiye edilmeli idi. Dolayısı ile

³¹⁴ Okandan, age, s. 87.

³¹⁵ Gözler, age, s. 54; Okandan, age, s. 87.

³¹⁶ Okandan, age, s. 87.

³¹⁷ Gözler, age, s. 55.

³¹⁸ Gözler, age, s. 54-55.

³¹⁹ Teziç, age, s. 112.

Marksist-Leninist görüş temsilcilerince devletin oluşumunun esas nedenlerinden biri olan “sınıflararası tezatlara (ayırım) (contradictions) bu diktatörlük döneminde bitirilmeli ve daha sonrasında proletaryanın partisi ve devletinden (diktatörlük) “halkın partisi ve devleti” dönemine geçişle karşıtlığın (Antagonism- muhaliflik) ortadan kaldırılması hedeflenmekteydi. Bu dönemde tüm üretim araçları kolektif mülkiyette olacaktı ve bununla da sınıfın sınıfı sömürmesi ananesine son verilecekti. En sonda ise bu teori mensupları halkın hazır hale gelmesiyle komünist toplum aşamasına, yani devletin ortadan kalkacağı veya başka bir deyişle eriyip mahv olacağı aşamaya gelmeyi planlamaktaydı. Bu aşamada “herkese ihtiyacına göre” prensibi uygulanacak ve baskıcı örgüt şeklinde nitelendirilen “devlet” var olmayacaktı³²⁰. İçeriğine girmeksizin ifade edelim ki Azerbaycan’ın da dahil olduğu Sovyetler Birliği’nin bitişi komünizmin reel olmadığını gösterdi ve bizzat o birlikten çıkan ülkelerin duruşu komünizm ideolojisinin ayakta duramayacağını tespit etti, daha açık bir ifadeyle söz ettiğimiz ülkelerin kendileri bunu kabul ettiler.

e. Sosyal sözleşme teorisi

Bu teoriyi ileri sürenlere göre insanlar devletten önce “tabii hal” denilen dönemde yaşamaktaydılar. Yani yazarlara inansak doğal hal denilen bu dönemde insanlar tamamen kendi başına terk edilmiş şekilde yaşamaktaymışlar ve umumi nizamın, genel düzenlemelerin varlığı ademi seviyede olmuştur³²¹. Bu teorinin savunucuları idia ediyorlar ki daha sonra insan bu dönemden çıktı. Haşşie düşerek onu da ilave edelim ki doğal yaşam döneminden insanların çıkmasının nedenleri ile ilgili bu teori savunucularının ortak fikri bulunmamaktadır ve her biri farklı argümanlar kullanmaktadır³²². Örneğin Thomas Hobbes’a göre devletten önceki doğal yaşam döneminde insanlar arasında kavga, didişme, kargaşa hüküm sürmekteydi. Dolayısı ile bu nedenlerden insanlar düşündüler ve bir sosyal sözleşme yaptılar ki var olan bu düzensizliği ortadan kaldırsınlar. Zira insanlar sözleşmeyi yaptı ve kendi özgürlüklerini “Zeviethan’a (dev, ejderha) devr ettiler. Hobbes’in Leviethan olarak kastettiği aslında devlettir. Yani Hobbes’e göre devlet böyle bir şekilde insan iradesinin ürünü olarak oluştu³²³.

³²⁰ Teziç, age, s. 112-113; Gözler, age, s. 55.

³²¹ Okandan, age, s. 97.

³²² Gözler, age, s. 56

³²³ Gözler, age, s. 56.

Bir diğerk sosyal sözleşme teorisi savunucusu John Locke'a göre ise doğal yaşam döneminde suç işleyenlerin cezalandırılmamasından başka herhangi bir problem yoktu. İşte o nedenle insanlar yalnız suç işleyenlerin cezalandırılması amacıyla "devleti" kurdular ve bundan başka hiç bir özgürlüklerini devlete devr etmediler. Bu yönden Locke'un devlet anlayışı Hobbes'den farklı olarak otoriter değil, liberal, özgürlükçü devlet düşüncesini kapsamaktaydı³²⁴.

Bir çok düşünürler tarafından sosyal mukavele teorisinin kurucusu olarak da kabul edilen Jean-Jacques Rousseau, 1753 yılında yazdığı "İnsanlar Arasında Müsavatsızlığın Sebepleri Hakkında Nutuk" ve 1763'de neşr olunan "İçtimai Mukavele" eserlerinde insanların doğal yaşam döneminde yaşayışları ve ikinci kitapında ise neden doğal yaşam dönemini terk ederek devleti kurduklarına aydınlık getirmiştir³²⁵. Düşünür tabii yaşam dönemini sulh, eşitlik dönemi olarak nitelendirmekte ve insanı içtimai varlık olarak kabuletmemekte, yani insanın vasfında içtimailik keyfiyetinin bulunmadığını düşünmektedir. Daha açık bir ifadeyle tabii yaşam dönemindeki duruma da işaretmekle insanların tüm ihtiyaçlarını karşılayabileceğini ileri sürmekte, dolayısı ile eşitliğin, müsavatın tabii yaşam döneminde olduğunu belirtmekte ve asıl eşitsizliğin, kargaşanın insanların cemiyet halinde yaşamaya geçtikten sonra ortaya çıktığını ifade etmektedir³²⁶. Daha sonra Rousseau söylüyor ki insanların artan ihtiyaçları onları işlemeye sevk etti. Ve tarım toprakları ve madenlerin işlenmesi ile özel mülkiyet ve bunun da sonrasında insanlar arasında eşitsizlik ve bu sebeple de insanlar arasında kavga ve didişme başladı³²⁷. Rousseau böyle yazıyor:

*"Bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip "bu bana aittir" diye bilen, buna inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk insan uygar toplumun gerçek kurucusu oldu"*³²⁸. Nitekim yazara göre insanlar artan bu eşitsizliği gidermek ve düzeni sağlamak için biraraya gelerek sosyal sözleşme yaptılar ve kendi iradelerinden ayrı, bağımsız kolektif bir varlık olan devleti kurdular³²⁹.

³²⁴ Gözler, age , s. 57.

³²⁵ Okandan, age, s. 116-117.

³²⁶ Okandan, age, s. 117-118.

³²⁷ Gözler, age , s. 58.

³²⁸ Rousseau, İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kaynağı, Çev: Rasih Nuri İleri, İstanbul, Say yayınları, 1986; Aktaran: Gözler, age 2, s. 58.

³²⁹ Gözler, age , s. 58.

3. Devletin şahsiyeti

Devletin şahsiyeti hakkında var olan teorilere girmeksizin ifade edelim ki bütün diğer şahıslar gibi devletin de şahsiyeti sosyal veya manevi ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu düşünceler Recai Galip Okandan'ın "Umumi Amme Hukuku" eserindedir. Biz bu düşünceleri biraz da geliştirerek modern hukuk düzenine uygunlaştırılmış şekilde ifade edersek devlet varlığını "de facto" ve "de jure" olmak üzere göre bilmekteyiz. Yani dolayısı ile bu o demektir ki devletin "de facto" mevcudluğu bir sosyal taleptir veya olaydır. Millet haline gelmiş bir toplum, belli bir ülke üzerinde kendi egemenliğini de sağlamakla "de facto" bir devlet dediğimiz kuruluşu, varlığı oluşturmuş oluyor. Ama bu varlığın ister iç ister dış ilişkilerde subje olması için veya hukuki münasebetlere girmesi için, haklara ve borçlara sahip olması, yani hukuken bir şahıs olarak tanınması gerekmektedir. Aksi takdirde şimdiki İngiltere'de olduğu gibi devletin tüzel kişiliği olmayacak ve bu nedenle de onun yaptığı tüm işlemlerin herhangi bir fiziki veya hükmi şahsın adına yapılmış olması gerekir.

Nitekim devlet bir sosyal taleptir, onun oluşumu herhangi bir pozitif hukuk kuralına bağlı değildir. Ama bununla beraber devletin "de jure" var olması hukuk kurallarına bağlıdır, hukuk düzeni tarafından tanınmalıdır. Onu da bir kez daha ilave edelim ki bu prensib "eğer devlet hukuk tarafından tanınmasa mevcut değildir" şeklinde anlaşılabilir. Eğer devlet hukuk düzeni tarafından tanınmamışsa bu o anlama geliyor ki o "de jure" olarak mevcut değildir, yani hukuki açıdan şahsiyet sayılamaz. Modern hukukta devletlerin "de jure" var olması için en azından bir diğer "de jure" tanınmış olan devlet tarafından tanınması gerekmektedir.

B. Diğer kamu tüzel kişileri.

Devletin dışında kamu tüzel kişiliğine haiz diğer kuruluşlar da bulunmaktadır. Onunla beraber kamu hizmeti yerine getiren, ancak kamu yararını güden ve kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları, yani belediyeler, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları, yani kamu kurumları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da kamu tüzel kişileri listesine dahildir. Adı geçen kuruluşları ayrı ayrı başlıklarda incelemeye geçmezden önce onu söyleyelim ki il özel idaresi ve köy tüzel kişiliği Türkiye mevzuatında bulunmasına rağmen Azerbaycan mevzuatında içerilmediğinden dolayı olarak tarafımızdan ele alınmayacaktır.

1. Belediyeler

Hem Türkiye hem de Azerbaycan idari yapılanmasında mevcut olan belediyeler yer yönünden yerinden yönetim kuruluşlarıdır. Doktrinde genel yaklaşıma göre belediye, coğrafi olarak bir alanda yaşayan belde sakinlerinin kendileri tarafından seçilerek göreve getirilen ve yerel hizmetlerin karşılanması gibi yükümlülükler taşıyan kamu tüzel kişisidir³³⁰. Merkezi idare, yani devlet idaresi ile hiyerarşik bağları bulunmayan ve idari özerkliğe sahip belediyeler mali açıdan da özerktirler. Zira devlet idaresi belediyelerin de uyması gereken ulusal ve uluslararası ilişkilerde genel amaç ve hedefleri, standartları belirlemiş olsa da yerel hizmetlerin belediyelere ait edilen kısmına münasebette söz sahibi değildir. Yani belediyeler, kanunen onlara ait edilmiş yerel hizmetlerin yerine getirilmesinde idari özerklik fonksiyonlarından yararlanırlar³³¹. Şimdi ise belediyelerin ortaya çıkış nedenlerine, oluşumuna ve dayandığı ilklere ayrı ayrı başlıklarda değinelim.

a. Belediyelerin ortaya çıkış nedenleri

Belediyeler tarihi oluşum sürecinde devletle birlikte ortaya çıkmış ve bazı yerel hizmetlerin yerine getirilmesi fonksiyonunu devlet teşkilatının içinde bulunarak üstlenmiştir³³². Doğal olarak beşer cemiyetinin gelişimi içerisinde belediyelerin de hukuki statüleri türlü değişikliklere maruz kalmış ve bugünkü halini alıncaya kadar uzun bir yol geçmiştir. Artık günümüzde sosyal, siyasi ve diğer kriterlerden bağımlı olmaksızın genelde bütün ülkeler belediyelerin idari sistem içerisinde yerleşmesine izin vermektedir. Özellikle piyasa ekonomisinin gelişmesi ve ekonominin temel ilkesine çevrilmesinden dolayı olarak ve özelleşme dalgası belediye yönetimine olan ihtiyacı biraz da arttırmıştır³³³. Nitekim hem ekonomik hem de siyasi sebepleri göz önünde bulundurulmakla Monako, Singapur, Gibraltar, Nauru gibi küçük devletler dışında hemen hemen tüm ülkelerde kamu hizmetinin sadece merkezi teşkilat eliyle yürütülmesi çok zordur. Belediyelerin yerel hizmetlerin yerine getirilmesindeki verimliliği ve yerel

³³⁰ Bekir Parlak, Hüseyin Özgür, Türkiye’ de Yerel Yönetimler, Alfa yayınları, İstanbul, 2002, s. 101.

³³¹ Parlak, Özgür, age, s. 101.

³³² Ahmet Ulusoy, Tekin Akdemir, Mahalli İdareler Maliyesi, Seçkin yayınları, Ankara, 2002, s. 18.

³³³ Ulusoy, Akdemir, age, s. 18.

halkla daha sık ve yakın temasta olabilme özelliği bu zorunluluğun esas nedenleri arasındadır³³⁴.

Şimdi yukarıda söylediğimiz üzere belediyelerin ortaya çıkma sebepleri arasında en önde giden siyasi ve ekonomik sebepleri ayrıca başlık altında ele alarak inceleyelim.

aa. Siyasal nedenler

Siyasi açıdan belediyelerin varlık nedeni onların halkın katılımı ve seçim esasında belirlenen iradesi ile göreve gelerek yerel hizmetler fonksiyonunu üstlenmesidir³³⁵. Parlak ve Özgür'ün ifade ettiği gibi *“20. yüzyılın sonuna doğru bütün dünyada yaşanan ve yaşanmakta olan hızlı değişim, demokratikleşme ve insan hakları konusundaki gelişmeler, bilginin hızla yayılması, yönetimde merkeziyetçi yapıdan uzaklaşmayı ve yerelleşmeyi öne çıkarmıştır”*³³⁶. Dolayısı ile merkeziyetçilik prensibine esaslanan ve hiyerarşik olarak merkeze bağlı taşra birimlerinden farklı olarak belediyeler seçimle göreve geliyor. Daha açık bir ifadeyle belediyeler demokrasinin yerel seviyede kanıtı, genel anlamda ise beşiğidir. İşte demokrasinin ilk beşiği olarak görülmesi yaklaşımı belediyelerin varoluşunun esas siyasi temelidir. Ve bu özelliği nedeni ile yerel halka daha yakın yönetim şekli biçiminde nitelendirilen belediyeler modern demokrasilerin çerçevesinin veya seviyesinin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Modern demokrasi yolunu tutan tüm devletler belediyelerin idari yapılanmada önemini arttırmak amacı gütmektedir. Nitekim hem Azerbaycan hem de Türkiye, Avrupa Konseyi üye devletleri olarak Avrupa Yerel Özerklik Şartını onaylamış ve belediyelere siyasi bakışını adı geçen sözleşmede içerilen ilkeler esasında belirlemektedir.

bb. Ekonomik nedenler

Belediyelerin ortaya çıkmasının ekonomik nedenleri hakkında onu söyleye biliriz ki yoğun bürokratik sistem şeklinde var olan merkezi idareden farklı olarak belediyeler yerel ihtiyaçların giderilmesinde daha ulaşılabilir ve verimli mahiyete sahiptir. Çünkü her ne kadar kaynak, personel vs gibi alanlarda merkezi idare belediyelerden üstte dursa da yerel ihtiyaçların belirlenmesi, onların daha kısa zamanda

³³⁴ Ulusoy, Akdemir, age, s. 19.

³³⁵ Ulusoy, Akdemir, age, s. 34.

³³⁶ Parlak, Özgür, age, s. 106.

ve daha verimli bir şekilde giderilmesi bakımından belediyelerden geride kalmaktadır. Esra Sivrekli Demircan'ın da söylediği gibi belediyelerin ortaya çıkışının en temel ekonomik nedeni “daha az kaynakla daha çok iş yapa bilmeleridir”:

“Yerel nitelikteki kamusal ihtiyaçların, merkezi yönetimin dışında yerel yönetim birimleri tarafından yerine getirilmesinin ekonomik gerekçesi; kıt olan kaynakları en optimal şekilde kullanarak en az kaynakla en fazla faydayı sağlayabilmeleridir. Bu özellik belediyelerin kendi bölgelerindeki ihtiyaçları merkezi yönetime oranla daha akılcı bir biçimde saptayabilme olanaklarına sahip olmalarından ve kitlelerin ekonomik taleplerini etkinlikle iletmelerinden kaynaklanır”³³⁷.

Nitekim belediyelerin varoluşu ancak siyasi açıdan değil, ekonomik sebeplerden de temel almaktadır. Kamu yararının sağlanması ve kamusal hizmetlerin yerine getirilmesinde fonksiyonellik nedeni ile belediyelerin mevcutluğu çok önemlidir.

2. Kamu kurumları

Kamu kurumları belli bir malvarlığının belli bir amaca tahis edilmesi ile oluşan kamu tüzel kişileridir. Konu bakımından genel yetkiye sahip olan kamu idarelerinden farklı olarak kamu kurumları konu açısından sınırlı yetkiler kullanmaktadır³³⁸. İdare hukukunda “uzamanlık ilkesi” olarak tanımlanan ilke esasında faaliyet gösteren kamu kurumları hangi amaçla kurulmuşlarsa o amaç doğrultusunda da işler yürütürler³³⁹. Onların kuruluş amacına zıt bir şekilde eylem ve işlemlerde bulunması yasal değildir.

Onu da ilave edelim ki kamu kurumları kamu idarelerinin hiyerarşik olmasa da vesayet denetimine tâbidir. Onlar bağlı oldukları kamu idaresinden ayrı, tek başlarına mevcut olamazlar³⁴⁰.

3. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları.

Gözler ve Kaplan'ın tabirince ifade edersek “*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak,*

³³⁷ Esra Sivrekli Demircan, “Yeni Ekonomik Düzendeki Küreselleşme, Yerelleşme Bağlamında Belediyelerde Yeni Mali Yönetim Anlayışı”, Erciyes Üniversitesi, İİBF Dergisi, S.29, Kayseri, 2007, s. 139.

³³⁸ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukukuna Giriş, Ekin Yayın Evi, 19. Baskı, Bursa, 2014, s. 43.

³³⁹ Gözler, Kaplan, age, s. 44.

³⁴⁰ Gözler, Kaplan, age, s. 44.

mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarını birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileridir”³⁴¹.

Barolar Birliği, Diş Hekimleri Odaları, Veteriner Odaları, Eczacı Odaları, Ticaret ve Sanayi Odaları bu kabilden olan kuruluşlara örnek olarak gösterilebilir. Bazı kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olan bu kuruluşlar zorunlu üyelik esasına dayanmaktadır. Yani ilgili mesleği icra etmek için ona uygun meslek kuruluşuna üye olmak şartı aranmaktadır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları merkezi idarenin vesayet denetimine de tâbi olmakla kuruluş amaçları dışında herhangi bir faaliyetle meşgul olamazlar³⁴².

³⁴¹ Gözler, Kaplan, age, s. 107.

³⁴² Gözler, Kaplan, age, s. 108.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Azerbaycan İdari Teşkilatında Var Olan Kamu Tüzel Kişileri ve Onların Türk Hukuku ile Karşılıklı İncelenmesi

Öncelikle onu belirtelim ki Türk Hukuk sisteminden farklı olarak Azerbaycan'da uzun yıllar kamu tüzel kişiliği konusu mevzuatta tanzim edilmeyen, statüsü bilinmeyen bir konu olmuştur. Bunun da esas sebepleri Sovyetler Birliğinin içinde yaşamış Azerbaycan'ın bağımsızlık kazandıktan sonra hukuka bakış açısını değiştirmesi ile bağlıdır. Bir defa Azerbaycan 1991 yılına kadar eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliğinin terkinde olmuştur. Bu yıllarda sosyalizm ve komünizm ideolojisi ile yönetilen Azerbaycan'da özel mülkiyetin varlığından söz edemeyiz ve kamuoyunda her şeyin devlete, dolayısı ile Komünist Partisine bağlılığı tartışılmaz idi. O nedenle ki Sovyet Hukuku başından itibaren Özel Hukuka ve özel mülkiyete karşı olan kaideler sisteminden oluşmakta idi³⁴³. Zira uzatmaksızın onu ifade edelim ki tez konumuzdan de belli olduğu üzere Türkiye ve Azerbaycan açısından kamu tüzel kişiliği kavramını müzakere ettiğimizden bağımsız Azerbaycan Cumhuriyetinin mevzuatı bizler için esas olmaktadır. O nedenle ki Sovyetler dönemindeki sistem tamamen farklı düşünce üzerine kurulduğundan o konuya girmemiz farklılık arz etmektedir.

Nitekim Azerbaycan bağımsızlığını ilan ettikten sonra bilinen Yukarı Karabağ sorunundan dolayı devletin yönetim biçiminin oluşturulmasında zaman olarak kayıplar zorunda kalmıştır. İşte Yukarı Karabağ'da devam eden savaş nedeniyle Azerbaycan kendi bağımsız devlet olarak Anayasasını ancak 1995 yılında kabul edebilmiştir³⁴⁴. O yıla kadar Azerbaycanın Bağımsızlık Hakkında Anayasa Aktı denilen, bağımsızlığın temel prensiplerini ortaya koyan kanunla yönetildiğini de dikkate sunmamızda fayda vardır. Ama devlet yönetiminin diğer alanlarında o Anayasa aktında da ifade edildiği gibi yeni Anayasa kabul edilene kadar eski Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti mevzuatı yürürlükte kalmıştır. Azerbaycan mevzuatında incelememizin temel objesi olan kamu hükmi şahıslarını ve genelde şahıs konusunu kendi bünyesinde içeren

³⁴³ Sabir Allahverdiyev, Azerbaycan Cumhuriyetinin Medeni Hukuku, 1.Cilt, Digesta yayın evi, Bakü, 2008, s. 20.

³⁴⁴ Aslan Demirov, Şahismayıl İsmayılov, Qenimet Hüseynov, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası ve Hukukun Esasları, Mütercim yayın evi, Bakü, 2010, s. 5.

Medeni Kanun, bağımsız Azerbaycan'da ancak 1999 yılında kabul edilebilmiştir³⁴⁵. Tabii ki sosyalizm ideolojisinin üstün bastığı ASSC'nin Medeni Kanunu ile yeni kabul edilen ve kapitalizm düşüncesini kendinde içeren Medeni Kanun arasında belli ve görülebilir farklılıklar var olmaktaydı.

Zira bölüm başlığımızdaki Azerbaycan İdari Teşkilatında var olan kamu tüzel kişileri konusuna geçerse, onu söylemeliyiz ki 1995 yılında kabul edilen Azerbaycan Anayasası'nda devletin esasları, temel amaçları vs gibi gerekli alanlar net olarak belirlense de kamu tüzel kişiliği veya Devlet tüzel kişiliğinden söz edilmemektedir³⁴⁶. Buna karşılık olarak hemen hatırlatarak söyleyelim ki önceki bölümlerde üzerinde durduğumuz gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın belli maddesinde “devlet ve diğer kamu tüzel kişileri” cümlesi yer almakla bu konuda ilkin aydınlatmaya yer verilmiştir³⁴⁷. Her ne kadar Türk Anayasası'nda kamu tüzel kişiliği kavramına anlam verilme de “neye kamu tüzel kişisi” demek gerektiği açıklığa kavuşturulmasa da en azından devletin tüzel kişiliği apaçık belirtilmiştir. Bununla beraber diğer kamu tüzel kişilerinden bazıları direk Anayasada belirtilmiş, bazılarının ise statüsünün nasıl belirleneceği Anayasayla hükme bağlanmıştır. Ama maalesef 158 maddelik Azerbaycan Anayasası'nın maddelerine göz gezdirdiğimiz zaman kamu tüzel kişiliği dursun bir yana, devletin tüzel kişiliği bile hükme bağlanmamış ve açık bırakılmıştır. Bu konuda düşüncelerimiz şöyledir ki manevi sosyal şahıs olarak, dönemin siyasi olaylarının etkisi ve bağımsızlık hareketi ile ortaya çıkan Azerbaycan Devletinin hukuki şahsiyetinin, yani pozitif hukuk tarafından tanınmasının Türkiye örneğinde olduğu gibi resen Anayasa tarafından yapılması daha uygun seçim olurdu. O nedenle ki ikinci bölümümüzde “Devletin Şahsiyeti” isimli başlıkta da ifade ettiğimiz gibi pozitif hukuk düzeni devletin tanıdığı veya devletin garantör olduğu ve onun yasama organı tarafından oluşturulan hukuk düzenidir³⁴⁸. Daha açık ve aydın olur bir şekilde ifade edersek kurucu iktidarın iradesinin mahsulu olan anayasaya uygun bir şekilde devletin yasama organı tarafından oluşturulan kaideler sistemidir. Öyle ise çok daha mantıklı olurdu ki devletin hukuki şahsiyeti kurucu iktidar, dolayısı ile halkın iradesi ile Anayasada tespit olunsun. Ama maalesef bu pozitif istek Azerbaycan Anayasası'nda

³⁴⁵ Allahverdiyev, age, s. 22.

³⁴⁶ Ziyafet Esgerov, Anayasa Hukuku, Bakü üniversitesi yayın evi, Bakü, 2011, s. 69-78.

³⁴⁷ Ramazan Çağlayan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, Uyuşmazlık mahkemesi dergisi, S. 7, Ankara, 2016, s. 378.

³⁴⁸ Muhlis Ögütçü, “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.7, Özel sayı, İzmir, 2005, s. 576.

gerçekleştirilmemiş ve devletin hukuki şahsiyetine münasebette var olan kural Azerbaycan Mülki Mecellesi'nde (Medeni Kanununda) hükme bağlanmıştır. O kanun ki devlet dediğimiz varlığın yasama organı tarafından kabul edilmiştir. Dolayısı ile ilk olarak baktığımızda mantıksız görülebilecek bir şekilde “devletin organı onun hukuki şahsiyetini belirleyen makam olarak kendini göstermektedir” düşüncesi ortaya çıkabilir. Ama hemen onu ilave edelim ki ikinci Bölümümüzde üzerinde durduğumuz gibi devletin şahsiyeti veya varlığı pozitif hukukun kararına asla bağlanamaz. Devlet sosyal zaruretten ortaya çıkardığı bir mefhumdur³⁴⁹. Onun hukuki şahsiyeti ise kanımca aynen fiziki şahıslarda olduğu gibi mevcut bir varlığa hukuki biçim giydirmekten başka, daha açık ifadeyle mezkur mefhumun hukuki münasebetlere katılmasına onay vermekten veya hukuki münasebetlerde katılım kriterlerini, haklara ve borçlara ehil olma şartlarını, süje olmak prensiplerini belirlemekten başka bir şey değildir. İşte bu sebeple Azerbaycan'da devletin tüzel kişiliğinin Anayasayla değil Medeni Kanunla belirlenmesine olmazsa olmaz şeklinde de bakmamız gerektiğini düşünmemekteyiz. Bununla beraber yukarıda ifade ettiğim üzere devlet tüzel kişiliğinin Anayasayla belirlenmesinin hukuki açıdan, halkın iradesinin direk ifadesi açısından daha faydalı ve olumlu olduğu kanısındayım. Aynı zamanda kuralın devletin temel esasları ile bağdaştığını da dikkate alırsak hukuki yerindelik bakımından da maddi olarak anayasal kural olduğu düşüncesindeyiz. Nasıl ki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın bir değil, bir kaç maddesinde “devlet ve diğer kamu tüzel kişileri” söz birleşmeleri kullanılarak devletin değil tüzel kişiliğinden, yani hukuki şahsiyetinden bahs edilmekte, aynı zamanda kamu tüzel kişisi olduğu hükme bağlanmaktadır. Zira Azerbaycan Anayasası'nda yalnız devletle beraber “diğer kamu tüzel kişileri” hakkında da hiç bir hüküm bulunmakta değildir. Anayasa'nın türlü maddelerinde Türkiye Anayasası'nda da ifade edilmiş ve kamu tüzel kişisi olduğu hükme bağlanmış belediyelerin statüleri belirlense de onların tüzel kişiliği hakkında hiç bir kaideye yer verilmemiştir. Yani daha açık ve net bir şekilde söylersek Türkiye Anayasası'ndan farklı olarak Azerbaycan Anayasası'nda ilke ve prensip olarak idareden bahsedilmemektedir, merkezi idare, mahalli idareler ayırımı yapılmamış, onların kamu tüzel kişisi olduğundan, kamu kurum ve üst kuruluşlarından ve onların tüzel kişiliğe haiz olmasından söz edilmemektedir. Gerçi varlık ve statü olarak “yerli özünü idare etme” olarak belediyelerden bahsedilmiş,

³⁴⁹ İlgar Mammadov, Devlet ve Hukuk Teorisi, Çırağ yayın evi, Bakı, 2005, s. 97.

onların oluşumuna ve statüsüne ilişkin kaideler belirlenmiştir³⁵⁰. Ama belediyelerin bir idari makam olması, belediye dışındaki yerinden yönetim kuruluşlarının (kamu kurumları) nasıl oluştuğu veya oluşacağı, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının genel esasları, genelde var olup olmadığı Anayasada açık bırakılmış konulardır. Hemen onu da dikkate sunalım ki Anayasada hiç bir şekilde dokunulmayan bu kamu kurumu dediğimiz kuruluşlar pratikte Türkiye İdari Teşkilatında olduğu gibi Azerbaycan'da da bulunmaktadır. Örneğin Türkiyede kamu kurumu olarak adı geçen TRT, Üniversiteler veya kamu iktisadi teşebbüsleri, aynı zamanda kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olarak nitelendirilen kuruluşların benzeri Azerbaycanda var olmaktadır. Fakat görüldüğü üzere tüm bu söylediklerimize T.C. Anayasası aydınlık getirerek, statü olarak belli bir statü tanısa da Azerbaycan Anayasası'nda ele alınmamış, açıklığa kavuşturulmamıştır. Buna karşılık Azerbaycan Anayasasının'da açık bırakılan bu söylediklerimiz türlü kanun ve mecellelerle kapatılmaya, statülerine belirginlik kazandırılmaya çalışılmış ve yapılmıştır. Nitekim son dönemlerde özellikle Kamu Tüzel Kişiliği alanında var olan boşlukları doldurmak amacıyla Kamu Tüzel Kişiliği Hakkında Kanun Azerbaycan Parlamentosu tarafından kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir³⁵¹. Örneğin şimdiye kadar Türkiye'de böyle bir kanun mevcut değildir. Tabii ki bu mevcudiyetin bulunmamasının esas sebebi idari teşkilatın ve kamu tüzel kişilerinin dairesinin Anayasada genel olarak biçimlendirilmesidir. Her ne kadar Türk akademik çevrelerinde tartışılrsa da, kamu tüzel kişiliği kavramına pozitif hukuk düzeni tarafından somut tarifin veya anlamın verilmediği eleştirilse de bu konuda var olan durumun tüm karışık ve boşluklara rağmen Azerbaycan'dan daha ileri de olduğu kanaatindeyim. Bir defa Azerbaycan'ın bu konuda başladığı reformları devam ettirmesine, devletin, özellikle idari teşkilatın hukuki esaslarını hukuken daha sistemli bir şekilde ele almasına mutlak ihtiyaç vardır. Özellikle kamu tüzel kişiliği konusunda boşlukların son zamanlara kadar devam etmesi Azerbaycan İdari Teşkilatında statüsü tam belli olmayan veya açıklanamayan kuruluşların veya tartışılmalı kuruluşların var olmasına sebep olmuş, idari teşkilat içinde yer almasına rağmen merkezi idareye mi bağlı olduğu yoksa yerel yönetim birimi mi olduğu ortaya çıkarılmayan kuruluşlar bulunmaktadır. Zira sorunlar çoktur. Biz bu başlığımızda o sorunların giderilmesi yönünde tekliflerimizi de vermeye, karşılaştırılmalı biçimde Azerbaycan'da var olan

³⁵⁰ Azerbaycan Anayasasının 4. Bölüm 12. Fasılı "Yerel kendini yönetim" başlığı altında belediyelere hasr edilmiş, onların statüsüne ilişkin bazı ilklere yer verilmiştir.

³⁵¹ <http://www.president.az/articles/17678> e.t: 12.07.2017.

kamu tüzel kişilerinin Türkiye'deki alternatifleri ile birlikte incelenmesini yapacağız ve ortaya çıkan neticeleri sizlerle bölüşeceğiz. Önceden onu da belirtelim ki Azerbaycan mevzuatında ve genel olarak doktrininde ayrılmaya bile biz tezimizin konusu sebebiyle ve daha anlaşılabilir karşılaştırma yapmak amacıyla Türkiye'deki idari sistemin olduğu şekilde, yani kamu idareleri ve kamu kurumları başlıkları altında inceleme yapacağız³⁵². Azerbaycan idari sisteminde var olan kamu tüzel kişilerini bu başlıklara münasebette Türkiye'deki benzerleri ile birlikte inceleyeceğiz.

I. Kamu İdareleri

Türkiye idari sisteminde kamu idareleri dediğimizde devlet (Merkezi İdare) ve yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları (Mahalli idareler) anlaşılmalıdır. Diğer bir yaklaşımla şahıs topluluklarından oluşan kamu tüzel kişileridir. Nasıl özel hukuk tüzel kişilerinin dernek, şirketler adı altında şahıs topluluğu olan türleri, vakıf adı altında ise malvarlığı topluluğu türü var olmaktadır. Kamu tüzel kişilerinin de devlet, belediye, köy, il özel idaresi gibi şahıs toplulukları, kamu kurumları adı altında ise malvarlığı toplulukları gibi türlerinin olduğunu bir daha hatırlatmak isteriz. İşte kamu idareleri dediğimiz zaman kamu tüzel kişilerinin şahıs topluluğundan oluşan türü anlaşılmalıdır. Hemen onu da ilave edelim ki Türkiye'den farklı olarak Azerbaycan Anayasası ve yasal sisteminde şahıs topluluğu dediğimiz kamu tüzel kişilerinden yalnız devlet ve belediye tüzel kişileri bulunmaktadır. İl özel idaresi ve köy kamu tüzel kişiliği Azerbaycan Hukukunda mevcut değildir. Şimdi kamu idarelerinin hem Azerbaycan hem de Türkiye hukukunda var olan iki farklı türü, devlet tüzel kişiliği ve belediye tüzel kişiliği kavramlarının incelenmesini ayrı ayrı başlıklarda devam ettirelim. Başlıklara geçmezden önce aklımızda karışıklık oluşturmaması amacıyla il özel idaresi ve köy tüzel kişiliği kavramlarının Azerbaycan Hukukunda bulunmaması nedeniyle incelenmesine değinmeyeceğiz. Bu kavramlar Türk hukuk sisteminde var olmasına rağmen Azerbaycan mevzuatında yer olmadığından araştırmamızın konusu dışındadır. Çünkü tez konumuz Türkiye ve Azerbaycan açısından karşılıklı inceleme mahiyeti taşımaktadır ve analogi karşılaştırma esaslarına dayanmaktadır.

³⁵² Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1., İstanbul, 1966, s.978.

A. Devlet Tüzel Kişiliği

İkinci bölümümüzde devletin siyasi-sosyal kişi olarak ortaya çıkışına, nasıl bir şekilde devlet dediğimiz varlığın oluşumuna değinmemizden dolayı bu bölümde genel anlamda devlet tüzel kişiliğine değil Azerbaycan Cumhuriyeti Devleti ve en önemlisi idari anlamda Azerbaycan Devletinin esaslarını dikkate alarak onu Türk Hukuku ile beraber ele alacağız. Aynı ile diğer devletlerde ve Türkiye’de olduğu gibi Azerbaycan’da da devlet tüzel kişiliği diğer kamu ve özel hukuk tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüm hakiki ve hükmi şahısların başında gelmektedir. Bir defa devletin tüzel kişiliği gerçek ve gerçek şahısların oluşturdukları tüzel kişilerin birlikteliğinden ortaya çıkan bir bütündür. Bu prensib Azerbaycan’da da geçerli olmaktadır. Aslında devlet halk egemenliğinin tek sahibidir. Halkın egemen kıldığı en güçlü hukuki siyasi teşkilattır³⁵³. Azerbaycan Anayasası’nın türlü maddelerinde de açık bir şekilde belirtilmektedir ki devlet hakimiyetinin kaynağı Azerbaycan halkıdır. Ama tüm bunlarla beraber Anayasada yer alan türlü maddelere dayanarak devletin onu oluşturanlardan farklı bir şahsiyete haiz olduğu neticesi çıkarılabilse de Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası’nın hiç bir maddesinde diğer kamu tüzel kişilerinden bahsedilmediği gibi devletin de tüzel kişiliğinden bahsedilmemektedir. 1995 yılında kabul edilen mevcut Anayasa devletin bir tüzel kişi olup olmadığına aydınlık getirmemektedir. Buna karşılık Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın çeşitli maddelerinde devletin kamu tüzel kişiliğinden sözedilmektedir:

- *Madde 46/1: “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.”*
- *Madde 128/1: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”*
- *Madde 126/1: “Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları, yıllık bütçelerle yapılır.”*

³⁵³ Attila Özer, Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 43-44.

Gördüğünüz üzere Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 46, 128 ve 126 cı maddelerinde farklı kaideler ve kurallar sistemi içerisinde “devlet ve diğer kamu tüzel kişileri” ifadesiyle devletin de kamu hukuku tüzel kişisi olduğu tespit edilmiştir. Aslında kanımca maddi hukuk normu açısından devletin temel esaslarına dayandığından dolayı onun tüzel kişiliğinin Anayasada belirtilmesi daha dolgundur. Çünkü devletin tüzel kişiliğinin normatif olarak tespiti anayasal normdur, kural olarak anayasal mahiyet taşımaktadır. Tabii ki devletin tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı konusunda tartışmaya gerek olmadığını da düşünmekteyiz. Çünkü eski mülki devletlerden farklı olarak modern anayasal hukuk devletlerinin bir kişiye bağlı olduğu yaklaşımı kabul edilemezdir. Mutlak monarşilerden farklı olarak modern hukuk devletlerinde devlet monarkın, yani tek liderin mülkü değildir. Devletin başında duranlar sadece onu temsil etmektedirler. Onların eylem ve işlemleri devletin adına yazılmadığı gibi devlet adına onlar tarafından yapılan eylem ve işlemler de onların şahıslarına yazılamaz. Bu ne demektir? Bu devletin haklara ve borçlara sahip olması demektir. Devletin onu oluşturanlardan, onu yönetenlerden farklı bir kimliğe, kişiliğe, şahsiyete sahip olması anlamına gelmektedir. Bu modern hukuk devletinin mülki devletlerde olduğu gibi krala, padişaha ait olmaması demektir. Mülki devletlerden farklı olarak modern hukuk devletlerinde devletle onu yönetenlerin ayrı ayrı şahsiyete sahip oldukları tespiti ortaya çıkarmak anlamına gelmektedir. İşte farklı cümlelerle ifade ettiğimiz aynı mahiyetteki düşünceler ikiye hukuk devleti olan Azerbaycan ve Türkiye’de devletin tüzel kişiliğinin, yani hukuki şahsiyetinin bulunmasını zaruri kılmaktadır. Hukuk münasebetlerinde temsil edilmek, uluslararası ve ulusal açıdan hukuki ilişkilerde bulunmak iktidarı olan hükmi şahsiyet statüsü işte devlete bu nedenlerden tanınmaktadır. Hükmi şahsiyetin tanınması açısından Azerbaycan ve Türkiye Devletleri arasında farklılık bulunmasa bile, bu statüsün hangi düzeyde tanınması, neyle tanınması konusunda epey farklılıklar var olmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Türkiye Cumhuriyeti’nin birer kamu tüzel kişisi olduğu onun Anayasasında ifade edilmektedir. Buna karşılık Azerbaycanda devletin tüzel kişiliği ile ilgili zaruretten doğan hüküm Azerbaycan Medeni Kanunu’nda tespit edilmektedir. Bu tespitin de içeriği tartışılmalı olsa da, direk devletin tüzel kişiliğini onaylamasa da maddenin mahiyetinden çıkan anlam devlet, yani Azerbaycan Cumhuriyeti’nin tüzel kişi statüsüne haiz olduğunu göstermektedir. İlgili Medeni Kanununun 43.3. maddesine göre “*Azerbaycan Cumhuriyeti medeni hukuk münasebetlerinde aynı ile diğer hükmi şahıslar (tüzel kişiler) gibi iştirak eder. Bu hallerde Azerbaycan Cumhuriyetinin yetkilerini onun tüzel kişi olmayan*

organları yerine getiriyor.” Maddenin metninden de gördüğümüz üzere *“Azerbaycan Cumhuriyeti devletinin medeni hukuk münasebetlerinde aynıyla diğer hukuki şahıslar gibi iştirak ettiği”* cümlesi Azerbaycan Cumhuriyeti’nin bir tüzel kişi olduğunu ortaya koymaktadır. Zira mezkur maddede ifade edilen *“Azerbaycan Cumhuriyeti”* söz birleşmesi Azerbaycan Cumhuriyeti Devletini kast etmektedir. Çünkü cumhuriyet bir yönetim şeklidir ve devletlere haizen kullanıldığı tartışılmazdır. A.C devletinin nereden tüzel kişi olduğunun tespit edildiği kanaatine geldiğimize değinildiğinde ise maddenin metnindeki *“aynı ile diğer tüzel kişiler gibi”* ifadesi Azerbaycan Cumhuriyeti devletinin de tüzel kişi olduğunu kanıtlamaktadır. Yani A.C devleti de birer hükmi şahıstır ve Medeni Hukuk münasebetlerinde diğer hükmi şahıslarla aynı düzeyde katılımcılık yapma hakkına sahiptir. Madde metninin nisbette karışık olduğunu dikkate alarak olayı bir örnek üzerinden anlatmaya gayret gösterirsek şöyle benzetme yapıabiliriz:

“Mercedes C280 otobanda aynı, aynıya diğer otomobiller gibi 240 hızını rahatça bulmaktadır.”

Örnek verdiğimiz cümlede Mercedes C 280’nin otomobil olduğu direkt ifade edilmese de *“aynı, aynıya diğer otomobiller gibi”* ifadesiyle Mercedes C 280’nin otomobil olduğuna da işaret yapılmaktadır. Zira Azerbaycan Medeni Kanunu’nun ilgili maddesinde Azerbaycan Cumhuriyeti Devletinin hükmi şahıs olduğu direkt ifade edilmiş olmasa bile, *“aynı ile diğer hükmi şahıslar gibi”* ifadesi ile A.C. Devletinin de hükmi şahıs olduğu hükme bağlanmaktadır. Netice olarak AMM’nin ilgili hükmüne dayanarak A.C. Devletinin hükmi şahıs olduğunu, yani hukuk düzeni tarafından hükmi şahıs olarak kabul edildiğini gördük. Ama madde metninden görüldüğü gibi bu hükmi şahıs statüsü Medeni Hukuk münasebetlerine katılmak için tanınan bir statüdür. Daha açık madde metnine göre A.C. Devleti yalnız Medeni Hukuk münasebetlerinde diğer hükmi şahıslar gibi katılımcılık yapıyor. O zaman böyle anlaşılıyor ki A.C. Devleti İdari Hukuk münasebetlerinde aynen diğer hükmi şahıslar gibi değil, farklı hukuki statüye mi katılıyor? Mülki Mecellenin ilgili maddesine dayanarak devam etsek *“tıpkı sorduğumuz şeklindedir”* cevabını verebiliriz. Daha açık ifade edersek Azerbaycanın Anayasası da dahil olmak üzere hiç bir mevzu aktında gösterilmese de, Medeni Kanun’un ilgili maddesinden çıkan netice şudur ki Azerbaycan Cumhuriyeti Devleti Medeni Hukuk münasebetlerinde aynen diğer hükmi şahıslar (kamu mu özel mi belli değil, açık tutulmuştur) gibi iştirak etmektedir, fakat İdari Hukuk münasebetlerinde bu statüyle iştirak edemez. Dolayısı ile mevzuatda tespit edilmese de Medeni Kanun’un bu

maddesinden çıkardığımız netice uygulama ile bağdaşmaktadır. Yani A.C. Devleti İdari Hukuk münasebetlerinde aynen diğer Özel Hukuk hükmi şahısları gibi eşitlik ilkesine dayanarak değil, kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış şekilde iştirak etmektedir. Maalesef Azerbaycan mevzuatı kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış bu statüye “kamu tüzel kişiliği” ismini vermemiştir. Şimdiye kadar bile devletin tüzel kişilerin hangi türüne dahil edildiği belli değildir. Yeni kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Kanunu ortada var olan kargaşayı biraz da arttırmış durumdadır. O nedenle ki kanun kamu tüzel kişisinin tanımını vermiş ve devleti oraya dahil etmemiştir. Yıllardır devletin kişiliği ile ilgili mevcut olan kargaşa da karışmış ve anlaşılmaz duruma gelmiştir. “Eğer Devlet Medeni Kanunla Tüzel kişi olarak nitelendirilmişse, ama yeni kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanunla kamu tüzel kişisi olarak tespitini bulmuş değilse bu ne anlama gelmektedir?”, “Tüzel kişi olan Devlet tüzel kişilerin hangi türüne dahildir?” tipli sorular bu güne kadar ya sorulmamış ya da sorulmuş ama cevapsız bırakılmıştır ve bugün de cevapsızdır. İdari sistemini Fransız Hukukundan esas alarak kuran Türkiye’de Devletin kamu tüzel kişisi olduğu bir defa Anayasayla tespit edilmiş, Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişilerinin ayrımı ise TMK’da içerilmiştir. Her ne kadar kamu tüzel kişisinin tanımı Türkiye Cumhuriyeti mevzuatında var olmasa da Anayasayla tespiti nedeniyle devletin tüzel kişilerin kamu türüne dahil olduğu tartışma konusu değildir. Ama sizin de gördüğünüz üzere bu kadar aydın ve daha açık yazmak isteğimize rağmen idari hukuk sistemini Fransayı esas alarak kurmaya çalışan Azerbaycan’da Devletin hukuki kişiliği ile ilgili yeteri kadar karışık ve anlaşılması zor olan bir durum ortaya çıkmaktadır. Anayasa’da açık bırakılmış, Medeni Kanunla ise karışık ve anlaşılmaz, çatışır bir şekilde nizama salınan, hatta kanımızca nizama salındığı idiaa edilen bu anlaşılmaz ve karmaşık durumun nedenleri saymakla bitmez. Yukarıda söylenen sorunların nedenlerini aşağıdaki bentler şeklinde, sistem halinde açıklamaya çalışacağız:

❖ Bir defa yukarıda da defalarca üzerinde durduğumuz gibi tüm sorunların ortaya çıkmasının esas nedeni Azerbaycan Anayasası’nın devletin hukuki şahsiyeti ile bağlı “suskunludur”. Aslında Anayasa’da Türkiye’de olduğu gibi devletin kamu tüzel kişisi olduğu belirtilmiş olsaydı şimdi bizim açıklamaya çalıştığımız anlaşılmazlık da mevcut olmazdı. Ama maalesef maddi olarak anayasal nitelik taşımaya rağmen “devletin hukuki şahsiyeti” konusu Azerbaycan Anayasası’nda açık bırakılmıştır.

❖ Devletin tüzel kişiliği konusunda Azerbaycan Hukukunda var olan kargaşanın diğer önemli nedeni Anayasanın devletin kamu tüzel kişiliğini belirtmemekle beraber, kamu tüzel kişiliği konusunda da genellikle suskun kalması, hiç bir madde içermemesidir. Örneğin Türk Anayasası kamu tüzel kişiliğinin tanımlanmasını yapmamış olsa da, kamu tüzel kişilerinin kuruluş esasını belirtmiş, devletin ve belediyelerin, il özel idaresinin, köylerin kamu tüzel kişiliğine haiz olduğunu açıkça belirtmiştir. Kamu tüzel kişiliğine haiz kamu kurumlarının da esas itibarı ile dairesini belirlemiştir.

❖ Ama Azerbaycan Anayasası'nda tanzim edilmemesine rağmen diğer ilgili yasalarda devletin tüzel kişiliği açık ve net olarak kendi ifadesini bulmuş olsaydı yine de şimdi üzerinde durduğumuz soru var olmuş bulunmayacaktı. Maalesef Devletin tüzel kişiliği kendi tespitini bulduğu Azerbaycan Mülki Mecellesi'nde de çok isabetsiz ve kafalarda cevapsız sorular oluşturabilecek bir şekilde içerilmiştir. Medeni Kanun Devleti bir dolaylı yolla Medeni Hukuk ilişkilerinde tüzel kişi olarak tanımış, ama aslında doğal olarak da idari ve diğer hukuk münasebetlerinde devlet hangi hukuki şahsiyetle iştirak edecek sorusunu cevapsız bırakmıştır. (Medeni Kanun madde 43.3)

Hemen yukarıdaki bentlere münasebette onu da ilave edelim ki Azerbaycan Hukuk sisteminde 2015 yılına kadar tamamen kamu tüzel kişiliği anlayışı bulunmamıştır. Ancak 2015 yılında tüm sorunların giderilmesi amacıyla kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanun sorunların giderilmesi yerine ilave sorunlar da çıkarmaya başladı. Nitekim bu kanunun kabulü ile Medeni Kanuna da tüzel kişilerin bir nevi olarak kamu tüzel kişileri eklendi ve mecellede onların statüsünün ilgili kanunla tanzim edileceğine atıf yapıldı. Ama yanlış olarak kamu tüzel kişilerini tüzel kişilerin kar amacı güden ve kar amacı gütmeyen türlerinin içinde bir tür şeklinde tanımlamıştır. Böylelikle kanun koyucu büyük bir hatanın meşrulaşmasına yol açmış ve altına imzasını atmıştır. Zira kafanızı çok yormaksızın Azerbaycanın şimdiki mevzuatında devletin tüzel kişiliğine dair tek bir maddenin yer aldığı Azerbaycan Mülki Mecllesi'ni ve 2015 yılında kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanunun ilgili maddelerinin incelenmesi ile var olan sorunlarla, kanun maddeleri arasındaki çatışmalarla tanıştıracaktır.

Bir defa ordan başlayalım ki Azerbaycan Mülki Mecellesi'nde hukuki şahısların tanımı Türkiye'den farklı olarak hükmi şahıs kavramının mahiyetine uygun olmaz bir şekilde ifade edilmiştir. Zira AMM'de bulunan ve hukuki şahısları tanımlayan madde metni şöyledir:

“Hükmi şahıs kanunla belirlenen usulde devlet kayıtları yaptırmış, özel kurulmuş öyle bir kurumdur ki mülkiyetinde ayrıca mameleki vardır, kendi yükümlülükleri için bu mamelekle sorumludur, kendi adından gayrimenkul ve kişisel olmayan mülkiyet hakları kazanmak ve gerçekleştirmek, vazifeler taşımak, mahkemede iddiacı olmak veya davalı olmak hakkına maliktir.”(Madde 43.1)

Karşılaştırmamızın daha kolay olması için Türkiye Medeni Kanununda hukuki şahıslara verilen tanımı da aşağıya ilave ediyoruz:

“Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.”(Madde 47)

Azerbaycan Mülki Mecellesi ve TMK’den aldığımız ilgili maddelerin metinlerinden de gördüğümüz üzere TMK’den farklı olarak AMM’si tüzel kişilerin malvarlığı topluluğu ve kişi topluluğu şeklinde ortaya çıkışına dair hiçbir düzenleme içermekte değildir. Başka bir ifadeyle TMK *“Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları”* demekle tüzel kişiler arasında bünyesinden ileri gelen kastettiğimiz ayrımı yapmıştır. AMM ise böyle bir ayrıma yer vermemiştir. Hemen onu ilave edelim ki bünyesinden (oluşum şeklinden veya onu oluşturanlardan) kaynaklanan bu ayrım Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişileri arasında hiç fark gözetmeksizin her ikisine uygulanacak bir ayrımdır. Daha açık bu ayrım şekli Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişileri arasında herhangi bir fark ortaya çıkarmaz, yani Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişileri ayrı bir kritere göre nasıl ki tüzel kişileri ikiye bölmüşse aynısı bünye kriterine dayanan “şahıs” ve “malvarlığı” topluluğu şeklinde tüzel kişilerin ikiye ayrılmasına sebebiyet vermektedir. Dolayısı ile bu nedenlerle hem özel hukuk tüzel kişilerinin hem de kamu hukuku tüzel kişilerinin bünye kriterinden kaynaklanan ayrımı mevcuttur. Örneğin devlet, belediye, köy nasıl kamu tüzel kişilerinin “şahıs” topluluğuna esaslanan türlerini oluşturuyorsa, dernekler, şirketler de özel hukuk tüzel kişilerinin şahıs esasına dayanan türünü oluşturmaktadır. Malvarlığı topluluğu olarak ise kamu hukuk tüzel kişilerinden “kamu kurumlarını”, Özel Hukuk tüzel kişilerinden ise “vakıfları” örnek şeklinde gösterebiliriz. Nitekim örnek olarak verdiğimiz türlerden de gördüğümüz üzere hem kamu hukuk tüzel kişilerinin hem de Özel Hukuk tüzel kişilerinin, malvarlığı topluluğuna giren ve şahıs topluluğuna giren türleri de bulunmaktadır. Hem de bu mevcudiyet yalnız Türkiye Cumhuriyeti yönetim bünyesine haiz değildir, aynı esaslara dayanarak kurulan kuruluşlar Azerbaycan idari sisteminde de bulunmaktadır. Örneğin

Türkiyede Kamu Hukuku tüzel kişilerinin şahıs toplulukları türüne münasebette kullandığımız devlet tüzel kişiliği, belediye, malvarlığı topluluklarına münasebetde ise “kamu kurumları”, yani üniversiteler, kamu iktisadi teşebbüsleri (Azerbaycan Uluslararası Bankası, Devlet Demir Yolları QSC, Azal vs.) Azerbaycanda da var olmaktadır. Sadece Azerbaycan ve Türkiye arasında bu yönden tek fark Türkiyede ilgili ayırımın hukuken yapılması, Azerbaycan’da ise böyle bir ayırma hukuk düzeninde yer verilmemesidir. Türkiye ilgili kanun maddesinden de görüldüğü gibi düzenleme genel olarak yapılmış, herhangi bir özel idari birime münasebette kullanılmamıştır. Dolayısı ile kazuistik esaslara dayanılarak böyle özellemenin yapılması da hukuki mantık açısından uygun olmazdı. Zira kanımızca herhangi bir özelleme yapılmaksızın Azerbaycan Hukuk düzeninde de böyle bir ayırımın yapılması tüzel kişilik kavramının, bunun da etkisi ile kamu tüzel kişiliği kavramının daha rahat bir şekilde anlaşılmasına yardımcı olmuş olurdu. Maalesef böyle bir ayırımın hukuk düzeni tarafından yapılmış olmaması tüzel kişilerin mahiyetine dair anlaşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olmakla beraber onların neden oluştuğunu, nelerin birleşmesinden kurulduğunu hukuki açıdan boş veya cevapsız bırakmış oluyor. Bununla beraber hükmi şahsın tanımı başlığında onun mahiyetine uygun bir tanım bulunmasa da Azerbaycan Mülki Mecellesi 43.2. maddesinde hükmi şahısların bünyesine münasebette bir yaklaşım ortaya koymuştur:

“Hükmi şahıslar bir gerçek veya tüzel kişi tarafından yahut gerçek veya tüzel kişilerin toplusu tarafından kurula bilir, üyelik sistemine esaslı üyelerin olmasında bağlı ola veya bağlı olmaya bilir, ticaret faaliyeti ile meşgul ola veya meşgul olmaya bilir.”

Madde metninden de gördüğümüz üzere kanun koyucu hükmi şahısların bünyesel tanımını vermeye gayret gösterse de kanımızca eksik, tam olmayan bir şekilde yapmış ve yukarıda ifade ettiğimiz gibi Türk Medeni Kanunu’ndan farklı olarak bünye bakımından ayırım oluşturamamıştır. “Üyelik sistemine esaslı üyelerin olmasından asılı ola veya asılı olmaya bilir, ticaret faaliyeti ile meşgul ola veya meşgul olmaya bilir” cümlesinden ayırım farkını, yani “üyelik sistemine esaslı” ifadesinden şahıs topluluklarını, “üyelerden asılı olmaya bilir” ifadesinden ise mal varlığına esaslı toplulukları, ilkin olarak görebildiğimizi düşünsek de genel olarak ele aldığımızda belli oluyor ki eğer kanun koyucunun öyle bir amacı bulunmuşsa bile maddeye dökümü yanlış, anlaşılmaz şekilde olmuştur. O nedenle ki şahıs topluluklarının da üyeliğe dayanan veya üyeliğe dayanmayan türleri buluna bilmektedir. Yani malvarlığı

topluluklarının da üyeliğe dayanmadığını bildiğimiz gibi şahıs topluluklarından da üyelik esası gütmeyen veya olmayan kuruluşları var olmaktadır. Yani dernekler, siyasi partiler üyelik esasına bağlı olsa da kar amacı güden Özel Hukuk tüzel kişilerinin üyeleri bulunmazlar, diğer bir şekilde ifade edersek böyle bir anlayış şirketlere, ortaklıklara haiz değildirler. 43.2. madde ile ilgili bir diğer kafa karıştıra bilecek yaklaşım “*Tüzel kişiler bir gerçek veya tüzel kişi tarafından, yahut ferçek ve tüzel kişilerin toplusu tarafından kurula bilir*” ifadesi ile kastedilen hükmi şahısların hem bir gerçek veya tüzel kişi tarafından hem de gerçek ve tüzel kişilerin toplusu tarafından oluşturulabileceği hükmüdür. Daha açık ifade edersek Azerbaycan Mülki Mecellesi’ne göre hükmi şahıslar hükmi veya tüzel kişilerin toplusu tarafından kurula bileceği gibi, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından da kurula bilmektedir. Daha çok kar amacı güden şahıs topluluklarını kasteden bu maddenin aynısını 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu da kendi içeriğine katmıştır. Önceki Ticaret Kanunu ise Limited şirketlerin en az iki ortak, Anonim Şirketlerin ise en az beş ortakla kurulmaları gerektiğini öngörmekteydi. Nitekim hem Türk hem de Azerbaycan mevzuatında “şahıs topluluğu” türünde bazı tüzel kişilerin bir kişi (şahıs) tarafından kurulmasına da izin verilmektedir. Dolayısı ile bir kişinin kurduğu argümanını ileri sürmekle “şahıs topluluğu” değil düşüncesine gelmeğin doğru olmadığını düşünmükteyim. Başka bir deyişle bir kişi tarafından kurulsun bile bu tüzel kişilerde birer “şahıstır”. Malvarlığı topluluklarında ise mutlak ve mutlak herhangi bir amaç için belli malvarlığının tahsis edilmesine, yani bağışlanmasına ihtiyaç vardır. Bu maddeye ilişkin de olarak dile getirelim ki devletin tüzel kişiliği tamamen daha büyük bir hadisedir, yani o şahıslara hukuki kişilik (gerçek ve tüzel) tanıyor ve bu tanımın garantörü olmaktadır. Nitekim bir daha söyleyelim ki devletin oluşumu bir sosyal ve siyasi olaydır. Sadece onun tüzel kişiliği onun kendisi, daha açık kurucu iktidar veya halk tarafından bir daha iç ve dış hukuki ilişkilere girmek nedenlerinden veya hukuki münasebetlerde süje olması amacıyla hukuken hükme bağlanıyordu. Ama maalesef Azerbaycan Anayasa’sı Devlet tüzel kişiliğine değinmemiş ve AMM’si ise hükmi şahıslara ilişkin olarak “*kanunla belirlenmiş şekilde Devlet kaydına alınmış*” ifadesini kullanarak “*O zaman Devletin hukuki şahsiyeti nedir?*” sorusuna cevapsız hale getirmiştir. Her ne kadar madde 43.3’de “*Azerbaycan Cumhuriyeti Medeni Hukuk münasebetlerinde aynı ile diğer tüzel kişiler gibi iştirak ediyor. Bu hallerde A.C’nin yetkilerini onun tüzel kişi olmayan organları hayata geçiriyorlar*” hükmüne yer vermiş olsa da. Zira 43.3. maddenin metninden Azerbaycan Devletinin tüzel kişiliğine haiz olduğu neticesini dolayısı ile olsa da çıkarmamız

AMM'nin 43.1 maddesinde hukuki şahıslara verilen tanımı mantıken “geçersiz” kılmaktadır. O nedenle ki eğer devlet hukuki şahıs olarak kabul ediliyorsa, 43.3 maddeye dayanarak, 43.1. maddede yer alan tanıma uygun şekilde “devlet kayıttan geçmiş” olması gerekmektedir. Oysa ki Devletin tüzel kişiliğinin onun kendi organları tarafından sicile kayıt edilmesi devletin oluşum mantığına zıttır, formaliteden başka bir şey değildir. İşte ifade edilen realiteler ışığında geldiğimiz neticelere dayanarak söyleye bilirim ki kanımca Azerbaycan Mülki Mecellesi'nin 43.1 ve 43.2. maddeleri hükmi şahısların tanımına dair karışık ve yeterince anlaşılır olmayan şekilde biçimlendirmiş, aynı zamanda hükmi şahısların tanımına ilişkin olarak hükme bağlanmış bu iki madde hükmi şahısların bünyesel oluşumuna dair net bilgiler içermemiş, daha açık TMK'dan farklı olarak bünyeleri nedeniyle hükmi şahısların örgütlenmiş “şahıs” topluluğundan ve belli bir amaca özgülenmiş malvarlığı topluluğundan yarana bileceğini madde metninde bulundurmamaktadır. Her ne kadar ilgili kanunlarda ve özellikle pratik oluşumunda bu kriterlerin esas alındığını görsek de AMM'nin hükmi şahısların mahiyeti açısından önem arzeden bu konuda yetersiz kalması Özel Hukuk tüzel kişileri ile beraber Kamu Hukuku tüzel kişileri alanında da anlaşılmazlıkların çoğalmasına sebebiyet vermektedir.

AMM'nin kafada soru işareti yaratacak daha bir maddesi ise 43.5. maddesidir. Şöyle ki, adı geçen madde metni Kamu Hukuku tüzel kişilerini Özel Hukuk tüzel kişilerinin kar amacı güden veya kar amacı gütmeyen türleri içerisinde vermekle Azerbaycan Hukukunda kamu tüzel kişiliği kavramını münasebette biraz daha da karışıklığı arttırmış olmaktadır:

“Tüzel kişiler faaliyetinin esas amacı menfaat elde etmekten ibaret olan (kar amacı güden Özel Hukuk tüzel kişileri) veya esas amacı menfaat elde etmekten ibaret olmayan ve elde edilen menfaati katılımcıları arasında dağıtmayan (kar amacı gütmeyen Özel Hukuk tüzel kişileri), aynı zamanda umudevlet ve kamusal önem taşıyan faaliyetle meşgul olan (kamu tüzel kişileri) kurumlar ola bilir”.

Karışıklığın bir az daha arttırmıştır derken ilgili maddenin tüzel kişileri amacından dolayı olarak sanki üçe ayırmış gibi görünmesidir. Daha net bir şekilde ifade edersek aslında AMM'nin 43.5 ci maddesi hakikaten amaç kriterine dayanarak hükmi şahısları **“esas amacı menfaat elde etmekten ibaret olan (kar amacı güden Özel Hukuk tüzel kişileri)”**, **“esas amacı menfaat elde etmekten ibaret olmayan ve elde edilen menfaati katılımcıları arasında dağıtmayan (kar amacı gütmeyen Özel Hukuk tüzel kişileri)”**, **“umudevlet ve kamusal önem taşıyan faaliyetle meşgul olan (kamu tüzel kişileri) kurumlar ola bilir”** şeklinde üçe ayırmıştır. Hemen ilave edelim

ki ister Türk Hukuk doktrininde ister de mevzuatında böyle bir ayırım söz konusu değildir. Çünkü birinci ve ikinci bölümümüzde üzerinde geniş ve uzun bir biçimde durduğumuzdan da belli oldu ki hükmi şahıslar işleyiş ve oluşum esaslarına, somutda ise tabi oldukları hukuk kurallarına esasen Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişilerine bölünmektedir. Dolayısı ile “amaç”(red- bu alanda kamu yararı) Kamu ve Özel hukuk tüzel kişileri arasında belirleyici kriter olmamaktadır. Çünkü önceki bölümlerimizde örnek vererek de değindiğimiz gibi bazı Özel Hukuk tüzel kişileri vardır ki amacı kamusal yarar olmasına rağmen, hatta kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmasına rağmen Özel Hukuk tüzel kişisi statüsüne sahiptir. Yani dolayısı ile amacına göre ayırım kamu ve özel hukuk tüzel kişileri arasında değil, özel hukuk tüzel kişilerinin kendi arasında “kar amacı güden” ve “kar amacı gütmeyen” şeklinde yapılmaktadır. Kamu tüzel kişilerinin hepsinin amacı aynı, kamu yararı olduğundan onlar arasında böyle bir ayırım mevcut değildir. Nitekim Azerbaycan Mülki Mecellesi’nin böyle bir kritere, yani amaç kriterine dayanarak ayırım yapması ve Özel Hukuk tüzel kişilerinin amaç kriteri ile ayrılan türleri arasına Kamu Hukuku tüzel kişilerini de ilave etmesi kanımızca doğru yaklaşım değildir. Bir defa AMM’nin kullandığı “kar amacı gütmeyen” ve “umumdevlet veya kamusal önem taşıyan faaliyetde bulunmak” ifadeleri arasında farklılığın çok az olabileceğini, hatta ikincinin birinci de içerildiğini söyleye biliriz. Yani “umumdevlet ve ya kamusal önem taşıyan faaliyetde bulunmak” zaten “kar amacı gütmemektir”. O nedenle böyle bir ayırımın kamu tüzel kişilerinin tanımı bakımından verimsiz olduğu kanaatindeyim. Argümanımı pratikten aldığım esaslarla güçlendirir olursam söyleye bilirim ki Azerbaycan realitesinde bir çok kurumlar vardır ki “umumdevlet ve ya kamusal önem taşıyan faaliyetde” bulunmasına bakılmaksızın kamu tüzel kişisi değildirlen. Örneğin AFFA (Azerbaycan Futbol Federasyonları Birliği), Federasiyalar (diğer spor federasyonları) vs. Çok daha uygun ve analaşılır, aynı zamanda Kamu ve Özel hukuk tüzel kişileri açısından ayırımın daha belirgin olmasına yardım etmiş olur du ki, TMK’da olduğu gibi Azerbaycan Mülki Mecellesi’nde de kamu tüzel kişileri ile ilgili herhangi bir gruplaşırma olmaksızın, her ne kadar Anayasa’da olmasa bile, Medeni Kanundaki genel hükümler de dikkate alınarak ilgili diğer kanunlarla düzenleneceği ifade edilsin. TMK madde 55 öyledir. Buna karşılık Azerbaycan MM’si kamu tüzel kişilerini tüzel kişilerin amaç kriterine dayanarak farklı bir grup şeklinde düzenlemiş ve daha sonrasında 43.7. maddesi ile “*Kamu tüzel kişilerinin faaliyeti bu Mecelle ve Kamu Tüzel Kişileri Hakkında A.C Kanunu ile düzenleniyor.*” hükmünü kullanmıştır. Yani çok uzatmaksızın direk söyleyelim ki 43.5.

maddede kamu hükmi şahıslarının amaç kriterine dayanarak bölünen Özel Hukuk tüzel kişilerinin arasında verilmesi doğru değildir.

Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Azerbaycan Parlamentosunun kabul ettiği Kanundan doğan sorunlara geçmeden onu da ilave edelim ki Azerbaycan Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanununun Devleti ve belediyeleri kamu tüzel kişisi olarak görmediği ayrıca bir sorundur, onu ileri de inceleyeceğiz. Fakat sonuca bağlarsak ortada olduğu bellidir ki Azerbaycan Mülki Mecelle'si hükmi şahısların bünyesel, kuruluş ve işleyiş esaslarına dayanarak ayrımlarını yapmak için uygun düzenlemeler yapmamış, devletin tüzel kişiliğini dolaylı olarak tespit etse de bir kaç maddesinde “kamu tüzel kişisi” isim tamlamasını kullanmasına rağmen Devlete münasebette onun kamu tüzel kişisi olduğuna dair hiçbir madde kendi içerisinde bulundurmamaktadır. Yani Devlet tüzel kişidir ama kamu tüzel kişisi değildir gibi bir neticeni Azerbaycan Mülki Mecelle'si ve Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanunu'na dayanarak çıkarabiliriz. Çünkü Azerbaycan Mülki Mecelle'si Devleti bir tüzel kişi olarak tanımlamış olsa da alanına uygun olarak özel bir kanun niteliği taşıyan Kamu Tüzel Kişiliği Hakkında Kanun kamu tüzel kişiliğine verdiği tanımda “Devlet tüzel kişiliğini” tanım dışı bırakmıştır. Kamu tüzel kişiliğinin tanımı verilmemiş Türkiye mevzuatından farklı olarak kamu tüzel kişiliğinin tanımı belli olan Azerbaycan'da diğer kriterlere dayanarak Devleti kamu tüzel kişisi olarak görmemiz mümkün değildir. Tabii ki bir daha dikkatinize sunuyorum ki bu, Azerbaycan mevzuatında var olan bir boşluktur. O nedenle ki cumhuriyet yönetim şeklini seçmiş Azerbaycan'da Devleti kamu tüzel kişiliğinin dışında görmemiz imkansızdır ve kamu tüzel kişilerinin başı devlettir, hatta diğer tüzel kişilerin mevcutluğu dolayısı ile devletin varlığına bağlıdır.

29 Aralık 2015 yılında yürürlüğe giren Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanun Azerbaycan'da bağımsızlıktan bu yana var olan kamu tüzel kişiliği sorununun çözümüne hedeflense de tüm bunların tersine olarak mevcut durumu bir az daha karıştırmış oldu. O anlamda ki yeni Kanun kamu tüzel kişiliği anlayışına tanım verse de ne “Devlet” ne de “belediye” tüzel kişiliklerini bu tanım içerisinde bulundurmuş olmadı. Bir diğer cümleyle ifade edersek Azerbaycan Mülki Mecellesi'nde var olan “Devlet” ve “belediye” tüzel kişiliklerini kamu tüzel kişisi olarak kabul etmedi. Şimdi de yürürlükte bulunan adı geçen Kanun kamu tüzel kişiliğine “*Devlet ve belediye veya kamu tüzel kişisi tarafından, umumdevlet ve kamusal önem taşıyan faaliyetle meşgul olan, Devlet veya belediye organı olmayan teşkilatdır*” şeklinde tanım vererek ancak kamu kurumları dediğimiz kuruluşları “kamu tüzel kişiliği” adı altında birleştirmiş

olmaktadır. Çünkü kamu kurumları dışında kalan kamu idarelerinin, yani Devlet ve belediyenin kendisi değil, ancak Devlet ve belediye tarafından kurulan kurumların kamu tüzel kişisi olduğu apaçık Kanunda belirtilmiştir. Nitekim ileri sürdüğümüz fikirlerimizi argümanlarla zenginleştirmek amacıyla Azerbaycan Milli Meclisi tarafından kabul edilen ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yürürlüğü giren Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanunun Devlet tüzel kişiliğini tanımayan ve kanımca en açık bir şekilde bu görüşünü ortaya koyduğu ve değiştirilmesi gereken maddelerini aşağıya ilave edelim ve onların üzerinden devam edelim:

1) *Kamu hükmi şahısı – Devlet ve belediye adından veya kamu tüzel kişisi tarafından kurulan, umumdevlet ve kamusal önem taşıyan faaliyetle meşgul olan, devlet ve ya belediye organı olmayan örgüttür. (Madde 2.2)*

2) *Kamu hükmi şahısı Devlet adından ilgili yürütme organı, belediye adından ise uygun belediye organı tarafından kuruluyor. (Madde 4.1)*

3) *Kamu hükmi şahısı Hükmi Şahısların Devlet Tescili ve Kayıt Defteri Hakkında A.C. Kanunu ile belirlenmiş usule uygun olarak yürütme organı tarafından Devlet kaydına alındıktan sonra hükmi şahıs statüsünü kazanmış oluyor. (Madde 4.4)*

4) *Kamu hükmi şahısı Devlet kaydına alındığı andan medeni haklara malik olmakla medeni yükümlülükler taşıyor ve kamu hükmi şahısının hak ehliyetine onun tasfiyesinin bitdiği an son veriyor. (Madde 5.1)*

5) *Devlet ve belediye uygun olarak kurdukları kamu hükmi şahısının yükümlülükleri için sorumlu değildir ve onun faaliyeti ile bağlı zarar için ilgili hükmi şahısa verdiği mamelekin değeri kadar risk taşıyor. (Madde 7.5)*

Madde metnlerinden gördüğümüz gibi ilgili kanun “kamu tüzel kişiliği” tanımını Türk mevzuatına uygun bir surette ifade eder olursak kamu kurumları üzerinden yapmıştır. Kamu idarelerinin kamu tüzel kişiliğine dair ise genel tanımda yer vermemekle beraber her hangi bir istisnai kural da belirlemiş değildir. Buna karşılık Türk Anayasa’sı ilgili maddesinde ister “devlet ve diğer kamu tüzel kişileri” ister diğer kamu tüzel kişilerinin türlerinden olan belediye, il özel idaresi ve köy hakkında bünyesinde bulundurduğu kaidelerle devlet tüzel kişiliği ve belediye tüzel kişiliği

konusunda herhangi bir soru işaretine yer bırakmamıştır. Nitekim Azerbaycan mevzuatında Türkiye’den farklı olarak Kamu Tüzel Kişiliği Kanunu’nun mevcut olması müspet hal olarak kabul edilebilse de Kanunun kamu tüzel kişilerinin dairesini dolgun belirlememesi, Devlet ve belediye tarafından kurulan kurumların kamu tüzel kişiliğine haiz olduğunu hükme bağlasa da “Devlet ve belediye hukuken tüzel kişilerinin hangi türüne dahildir?” sorusunu cevapsız bırakması onun negatif ve kanımca değiştirilmesi gereken taraflarıdır.

B. Belediye tüzel kişiliği

Öncelikle ondan başlayalım ki Azerbaycan bağımsızlığını kazanmadan önce 70 yıla kadar bir sürede Sovyetler birliğinin terkinde olmuştur ve o dönemlerde yönetim sisteminin farklılığı nedeni ile belediyelerin oluşumu veya işleyişinden söz edemeyiz. Fikret Elma’nın da söylediği gibi “Azerbaycan, yaklaşık 200 yıl kadar bir süre terkinde bulunduğu Sovyetler Birliği ve Çarlık Rusyası dönemlerinden ciddi bir yerel yönetim mirası devralmamıştır. Bu nedenle de, ülke geçmişte köklü bir yerel yönetim ve belediye deneyimi yaşamamıştır”³⁵⁴. Buna karşılık Türkiye’de belediye sistemi Cumhuriyetin kazanımından sonra daha yaygın bir şekilde uygulanmış ve bu alanda belli ilerlemeler olmuştur. Nitekim konumuzla yakından bağdaşmadığından dolayı belediyelerin tarihsel boyutuna girmeksizin onu ilave edelim ki Azerbaycan’da belediyelerin oluşturulması bağımsız Azerbaycanın 1995 yılında kabul edilen Anayasasında kendi içeriğini bulmuş ve Anayasa’da iki yıl içinde belediyelerin oluşturulması hükme bağlanmıştır:

“Anayasanın IX. Fıslı “Belediyeler” başlığını taşımaktadır. Altı maddeden oluşan bu fıslıda idarenin teşkili, belediyelerin yetkileri, belediye kararları, belediyelerin işinin teşkili ve belediyelerin bağımsızlığının teminatı ile ilgili konular belirlenmiştir”³⁵⁵.

Bunun da esas nedeni Azerbaycanın Avrupa Konseyi’ne üyelik yönünde ilerlemesi ve Konsey’in Azerbaycan karşısında esas taleplerinden kaynaklanmaktadır. Bir başka cümleyle ifade edersek Avrupa Konseyi üye devletlerden yerel yönetimlerin, yani belediyelerin kurulmasını şart olarak talep etmektedir. İşte bu sebeple Azerbaycan

³⁵⁴ Fikret Elma, “Azerbaycan’da Yerel Yönetişim ve Belediye: Bakü ve Yakın Havzası Örneği”, Süleyman Demirel Üniversitesi İBF Dergisi, C 18, S.2, Isparta, 2013, s 168.

³⁵⁵ Murtaza Hasanoğlu, “Azerbaycan Cumhuriyeti’nde Devletin Yeniden Yapılandırılması ve Yerel Yönetimlerin Güçlendirilmesi Çabaları”, Sayıştay dergisi S. 69, Ankara, 2008, s. 76.

Anayasası'nda belediyeler için hukuki zemin oluşturulmuş, belediyelerin yasal esasları belirlenmiş ve sonraki yıllarda ise uygulamasına geçilmiştir. Zira uygulamada bazı sorunların ortaya çıkması ve pratik işlerin uzaması ile Anayasa'da belirlendiği gibi iki yıl sonra değil, ancak 1999 yılında ilk belediyelerin kurulmasına başlanmıştır³⁵⁶:

“Azerbaycan 1991 yılında Sovyetler Birliği'nin çöküşü üzerine bağımsızlığını elde edince ülkede yönetsel ve siyasal açıdan yeniden yapılanma süreci başlamış olur. 1995 anayasasıyla da bu yeniden yapılanmanın esasları belirlenir. 1995 anayasasında yerel yönetimler konusunda sade bir yapılanma öngörülür. Bu çerçevede ülke çapında köylerden şehirlere kadar tek kademeli yerel yönetim kuruluşları olarak belediyelerin kurulmasına karar verilir. Ancak her ne kadar anayasada iki yıl içinde belediyelerin kurulması istenmişse de, uygulamada bazı gecikmeler olur ve ilk belediye seçimleri 1999 yılında yapılır”³⁵⁷.

Nitekim belediyelerin kurulmasına dair Anayasa'da ilkin olarak hükme bağlanan kaidelerle başlayan belediyecilik hareketi Azerbaycan Parlamentosu tarafından belediyelerin statüsü ve işleyişi ile ilgili farklı farklı kanunların çıkarılması ile devam ettirilmiştir. Zira 2 Temmuz 1999 yılında Belediyelerin Statüsü Hakkında³⁵⁸, 15 Ekim 1999'da Belediyelerin Nümunevi Tüzüğü'nün Onaylanması Hakkında³⁵⁹, 7 Aralık 1999'da Belediyelerin Arazileri ve Toprakları Hakkında³⁶⁰, 29 Haziran 2001'de Belediye Topraklarının Yönetimi Hakkında³⁶¹ vs. gibi kanunlar Azerbaycan Milli Meclisi tarafından kabul edilerek Cumhurbaşkanı'nın imzası ile yayınlanarak yürürlüğü girmiş ve belediye yönetimi alanındaki münasebetlerin düzenlenmesine çok büyük katkıda bulunmuştur³⁶². İsimlerinden söz ettiğimiz ve isimlerini ilave etmediğimiz çok sayıda kanunla belediyelerin statüsü, onların mali esasları, onlara ait topraklar, belediyelerin çalıştırdıkları personel gibi mevzularda kanunen düzenleme getirilmiştir.

Belediyelerin Statüsü Hakkında Azerbaycan Kanun ilk önce yerel yönetim anlayışına tanım vermiş, onun genel prensip ve ilkelerini, belediyelerin oluşum şeklini belirlemiştir:

³⁵⁶ Gubad İbadoğlu, Azer Mehtiyev, Rövsen Agayev, “Belediye bütçesini nasıl incelemeli”, Ekspert dergisi, Bakü, 2004, s 3. (<http://web2.anl.az:81/read/page.php?bibid=330&pno=3>)

³⁵⁷ Fikret ELMA, agm, s. 168.

³⁵⁸ <http://www.e-qanun.az/framework/4770> e.t: 12.07.2017.

³⁵⁹ <http://www.e-qanun.az/framework/64#> e.t: 05.07.2017.

³⁶⁰ <http://www.e-qanun.az/framework/5230> e.t: 08.07.2017

³⁶¹ <http://www.emdk.gov.az/kadastr/index.php/az/ar-qanunlar/240-b-l-diyy-torpazhlar-n-n-idar-edilm-si-hazhzh-nda-az-rbaydzan-respublikas-n-n-zhanunu> e.t: 10.07.2017.

³⁶² Vügar Tofigli, Belediyeler: Realite, Problemler ve Perspektifler”, Mütercim yayın evi, Bakü, 2004, s. 9.

“Azerbaycan Cumhuriyetinde yerel kendini yönetim (belediye) vatandaşların faaliyetinin teşkilinin ögle bir sistemidir ki bu sistem onlara kanun çerçevesinde yerel önem taşıyan meseleleri serbest ve bağımsız şekilde halletmek hukukunu hayata geçirmek ve yerel ahalinin menfaatlari namına Azerbaycan Anayasası'nın 144. maddesinin 2. hissesine uygun olarak devlet işlerinin bir kısmını yerine getirmek imkanı veriyor. Bu hakları kanunla belirlenmiş şekilde genel, eşit, direk seçim hakkı esasında serbest, özel ve gizli oylama usulü ile seçilmiş belediye üyelerinden ibaret temsilcili kollegial organlar veya vatandaşların toplantıları hayata geçirirler. Belediyeler kendi görevlerini yerine gtirmek amacıyla onların önünde daimi sorumluluk taşıyan, daimi yürütme organları oluştura bilirler”. (Madde 1)

Kanun maddesinden de gördüğümüz gibi kanunen sınırlı bulunmak şartı ile yerel çerçevede önem arz eden meseleleri bağımsız ve serbest şekilde halletmek vatandaşlara verilmiş ve Kanun, onların Devletin üzerine düşen veya Devet tarafından yerine getirilen hizmetlerin bir kısmını kendi oluşturdukları yerel yönetimle yapa bileceklerini tespit etmektedir. Bununla beraber kanun maddesinde belediyelerin seçimlerine dair kriterler de kendi ifadesini bulmaktadır. Genel, eşit, direk seçim hakkı esasında yapılan belediye seçimleri aynı ile Türkiye’de olduğu gibi serbest, şahsi ve gizli oylama yolu ile gerçekleştirilmektedir.

Belediyelerin tanımı konusunda ise Belediyelerin Statüsü Hakkında Kanun’un 2. maddesi onlara tanım vermiş ve niteliğini belirlemiştir:

“Belediye – kanunla belirlenmiş arazi hudutları dahilinde yerel kendini yönetim formasıdır. Belediyenin kendi mülkiyeti ve yerel bütçesi olur ve o A.C. Anayasası ile ve bu kanunla yetkilerine ait edilmiş yerel önem taşıyan meseleleri serbest şekilde hall ediyor. Belediyeler eşitlik esasında kuruluyor ve faaliyet gösteriyorlar..”

Karşılaştırmak amacıyla Türkiye Belediye Kanununda yer alan tanımı da aşağıya ilave edelim:

“Belediye: Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişisini ifade eder”. (Madde 3)

Türkiye Parlamentosu tarafından kabul edilen Belediye Kanunu ve Azerbaycan Parlamentosunun kabul ettiği Belediyelerin Statüsü Hakkında Kanun bazı farklılıklar içermekle, özellikle tüzel kişi konusunda, hemen hemen belediyeye aynı tanımı vermektedirler. Bizim esas hedef noktamız olan kamu tüzel kişiliği sorununa önümüzdeki sayfalarda değineceğimizi de bir daha ifade edelim. Doktrinde de her iki

kanun koyucunun düşünceleri ile aynı mahiyetde görüşler mevcut olmaktadır. Örneğin Odyakmaz'a göre³⁶³ belediyeler, *“Genel olarak ortak ve yerel nitelikteki ihtiyaçları karşılamak maksadıyla belli bir hukuk düzeni içinde oluşturulmuş Anayasal kuruluşlardır”*.

Belediyelerin Statüsü Hakkında Kanun terim olarak da “belediye” ve “yerel yönetim” anlayışlarını aydınlığa kavuşturmuş ve hemen hemen her iki ifadenin aynı mahiyetli olduğunu onaylamıştır:

“ “Belediye” ve “yerel kendiniyönetim” terimleri ve bunların katılımı ile oluşan söz birleşmeleri belediye, onların organları, yerel kendini yönetim fonksiyonlarının hayata geçirilmesi ile bağlı olan müessese, idare ve teşkilatlar, mülkiyet nesnelere ve diğer nesnelere hakkında, aynı zamanda ahali tarafından yerel kendini yönetimin hayata geçirilmesi ile ilgili diğer hallerde kullanılıyor”.

Daha sonra Azerbaycan Parlamentosu tarafından kabul edilen ve 7 Aralık 1999'da Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak yayınlanan Belediyelerin Arazileri ve Toprakları Hakkında Kanunla Azerbaycan arazisinde ilk belediyelerin kurulmasına başlanılmıştır. Kanunda Azerbaycan'ın idari sistemine ve yönetim şekline uygun olarak kurulacak belediyelerin listesi³⁶⁴ onaylanmıştır. Bilgi amacı ile ifade edebiliriz ki listede oluşturulan belediyeler genellikle Sovyetler döneminde mevcut olan ve idari kuruluşa münasebette kurulmaktaydı. Bunun da esas sebebi tabii ki Azerbaycan SSR'nin İdari Arazi Yapısı Meselelerinin Halli Usulü Hakkında **Azerbaycan SSR Ali Sovyeti Reyaset Heyetinin Fermanının** Azerbaycanın idari dağılımını Sovyetlerin mirası olan rayon (il) idari birimi şeklinde belirlemesi olmuştur. Dolayısı ile Azerbaycanda ilk belediyeler bu fermanla gösterilen esaslara dayanılarak oluşturulmuştur. Yani o fermanla Azerbaycan'ın idari dağılımı nasıl bir şekilde düzenlenmişiyse genelde o şekilde de belediyeler oluşturulmaya başlandı. Bir pasamaklı sisteme esaslanarak oluşturulan belediyeler her köyde o köye, her kasabada o kasabaya, bu köylerin ve kasabaların birlikte oluşturduğu rayonlarda ise o rayonlara uygun olarak kuruldu. Rayonu oluşturan köy ve kasabalarda ayrıca belediyeler kurulduğundan dolayı rayon belediyesi bu kasaba ve köylerde oluşturulan belediyelerin dışında kalan arazi veya yerleşimi kapsamaktaydı. Ama belediyelerin oluşturulmasından geçen 1 yıl içerisinde Azerbaycanda kabul edilen 892 sayılı Arazi Kuruluşu ve İdari

³⁶³ Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, İsmayıl Ercan, Anayasa Hukuku- İdare Hukuku, Güncellenmiş 12. Baskı, İkinci Sayfa Yayınları, Ankara, 2011, s. 417.

³⁶⁴ <http://www.e-qanun.az/framework/5230#> e.t: 05.07.2017.

Arazi Dağılımı Hakkında Kanun ülkenin yeni idari dağılım şeklini belirlemiş ve genellikle bu kanunun kabulünden önceki zaman aralığında oluşturulmuş belediyelere arazilerine dokunmamış, ama bununla birlikte arazi dağılımı konusunda genel ve bazı mevzularda yeni düzenlemeler getirmiştir. Zira bu kanundan dolayı Azerbaycanda idari dağılım, rayon, şehir, şehir rayonu kasaba, köy (tüzel kişiliği bulunmaksızın) tipinde kanun hükmüne bağlanmıştır. Hemen karşılaştırmalı şekilde ilave edelim ki bu dağılım Türkiyeye benzer şekilde sıralarsak, Azerbaycan'daki rayonların Türkiye idari dağılımındaki karşılığı iller, şehirlerin karşılığı il merkezlerinde bulunan kentler, şehir rayonları ise il merkezlerine bağlı ilçelere uygun gelmektedir. Tabii ki bu konuda istisna teşkil eden ve hatta sorunlu bir şekilde kendi ifadesini mevzuatda bulmuş dağılımlar da söz konusudur. Kasaba ve köylerin ise Azerbaycandaki tanımı ile Türkiye'deki tanımı arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle köy ile ilgili konuyu aydınlığa kavuşturursak onu söylememiz gerekmektedir ki Türkiye'den farklı olarak Azerbaycanda köylerin kamu tüzel kişilikleri bulunmamaktadır. Aynı zamanda köylerin idari yapılanması da Türkiye'den farklı olarak köy halkı tarafından seçilen muhtarlar, köy halkının toplusunu oluşturan köy dernekleri vs şeklinde değildir. Azerbaycanda köyler merkezi idareye bağlı idari arazi birimleri olmakla merkez tarafından göreve atanan icra hakimiyeti temsilcilerince yönetilmektedir. İsminden söz ettiğimiz bu icra hakimiyeti temsilcileri Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından göreve atanan ve görevinden alınan³⁶⁵ rayon icra hakimiyeti başkanları tarafından göreve getirilmektedir. Daha açık bir şekilde söylersek Azerbaycan'da köyler rayon (il) idari birimine bağlı, aynı zamanda onu yöneten rayon icra hakimiyeti başkanlarının idari iyerarşisi altında yönetilmektedir. Türkiye'nin şimdiki gündemine dikkat edersek Azerbaycandaki köyler Türkiye'de mahallelere benzemektedir. Zira belediyelerin hangi kriterler esasında kurulduğunu daha iyi anlatmak için, onların arazilerinin oluşturulması prensiplerini daha açık bir şekilde ortaya koymak için girdiğimiz Azerbaycanın idari dağılım ve ya idari yönetim şekli konusundan çıkarak direk belediyeler üzerinden konumuzu devam ettirelim.

Atıf yaptığımız kanunlardan da gördüğümüz üzere Azerbaycan mevzuatında belediyelerin idari özerkliği vardır ve iyerarşik biçimde devlet organlarına bağlı olması mevcut değildir. Azerbaycan Anayasasında temel ilkeleri belirlenen belediye idaresinin kanunlarda statüsü, işleyişi, kurulması, seçim şartları vs gibi konuları da boş bırakılmaksızın hükme bağlanmıştır. Büyük şehir belediyelerinin mevzuatda var

³⁶⁵ Zahid Amirov, "Azerbaycanda Belediyeleşme Süreci: Problemler ve Çözüm Yolları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 196.

olmaması dışında yerde kalan kriterleri açısından Azerbaycan ve Türkiye belediye oluşumları arasında kanunen farklılıkların da çok az olduğunu söyleyebiliriz. Ama olayın realitesine bakıldığında Azerbaycan'da belediyelerin pratikte uygulanması, yerlerde hizmetlerin verilmesi gibi alanlarda çok daha verimsiz olduğunu görmekteyiz. Azerbaycan pratiğinde belediyelerin bünyesinin geniş olmaması, sistem olarak tam oturmaması ve aynı zamanda yerlerde merkez örgütünün taşra teşkilatının daha ağır basan yetkilerinin bulunması nedeni ile belediyeler Türkiyedeki gibi etkili değildirler. Özellikle cümlemizin sonunda ifade ettiğimiz gibi yerlerde mevcut olan “icra hakimiyeti başkanları” (valiler) Türkiyeden farklı olarak insanları, yerli ahalinin her türlü sorundan dolayı olarak üz tuttuğu, kapısını dövdüğü makamlardır. Yerel ahali arasında bu tipli konularda belediyenin yekilerinin bulunması veya belediyenin bu tipden olan sorunları ne kadar faiz oranında hall edebileceği mevzusunda inamı düşüktür. O sebepten de yerlerde mevcut olan ve direk Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından atanan ve Cumhurbaşkanı'nın yerlerdeki temsilcileri olan icra hakimiyeti başkanları Azerbaycanda yerel hizmetlerin yerine getirilmesi konusunda belediyeleri devre dışı bırakmıştır. Fikret Elman'ın da üzerinde durduğu gibi söylediğimiz icra hakimiyeti başkanlarının mevcutluğu yerlerde yönetim açısından görev-fonksiyon sisteminin karışmasına neden olmuş ve daha açık bir şekilde söylersek belediyeler yerel icra hakimiyetlerinin (valiliklerin) yanında gölgede kalmışlardır:

“Belediyelerin yetkilendirildiği alanlarda benzer biçimde merkezi yönetimin yerel yürütme organları olan “icra hakimiyetlerinin” de (valilikler) yetkilendirildiği ve pratikte de ilgili yetki, görev ve fonksiyonları daha çok bu kuruluşların kullandığı ya da yerine getirdiği görülmektedir”³⁶⁶. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz sebeplerden de kaynaklanmakla Azerbaycanda yerlerde kamu hizmetinin yerine getirilmesi fonksiyonunu çoğunlukla Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından göreve atanan yerli icra hakimiyetleri ve ona bağlı birimler yerine getirmektedir. İşte merkezi idarenin taşra teşkilatı sayılan yerli icra hakimiyetlerinin yetki ve görevlerinin çoğunluğu, aynı zamanda onların kaynaklarının genişliği belediyelerin gölgede kalmasına neden olmaktadır³⁶⁷. Düşünüyorum ki bu sorunları ortadan kaldırmak ve Azerbaycanda belediyelerin kalkınımı ve yanı zamanda bu kuruluşların işlekliliğini sağlamak için Türkiye örneğinde büyük şehir belediyelerinin oluşturulmasında fayda vardır. Bununla birlikte belediyelerin maliye dayanıklılığını sağlamak, yerel vergilerin dairesinin

³⁶⁶ Fikret Elma, agm, s. 169.

³⁶⁷ Halil Nadaroğlu, Mahalli idareler, 5. Baskı, Beta yayınları, İstanbul, 1994, s. 77.

netleştirilmesi, onların toplanılmasını sağlamak, yerel ahalinin belediyelerin oluşturulmasında katılımını teşvik etmek de çok önemlidir.

Azerbaycan ve Türkiye belediye sistemi hakkında genel bilgilerden, oluşum esaslarına, seçime dayanan bazı karşılaştırmalardan sonra esas hedef noktamız olan belediyelerin kişiliği konusunda mevcut durum ve buna münasebette görüşlerimle başlığımızı sonlandırmak istiyorum. Zira oradan başlayalım ki Azerbaycan’da kamu tüzel kişiliği kavramının kamu idareleri dediğimiz tüzel kişilere münasebette uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar belediyelerden de yan geçmemiştir. Anayasada belediyelerin düzenlenmesi için bir fasıl ayrılrsa da onun hiçbir maddesinde belediyelerin kamu tüzel kişiliği dursun bir yana, onun tüzel kişiliğinden bile bahs edilmemektedir. Daha açık ifade edersek Azerbaycan Anayasası devletin tüzel kişiliğine dair hiçbir düzenleme içermediği gibi belediyelerin de tüzel kişiliğine ilişkin olarak düzenlemede bulunmuş değildir. Bununla beraber belediyelerin tüzel kişiliği ile ilgili Azerbaycan mevzuatında yer alan kaideler bulunmaktadır. Şöyle ki AMM’nin 43.4 maddesine esasen belediyelerin tüzel kişi olduğu neticesini çıkara biliriz. Hemen Azerbaycan Mülki Mecellesi’nin belediyelerin tüzel kişiliğine dolayısı ile olsa da onay verdiği adı geçen maddesini ilave edelim ki kafamızda herhangi bir soru işareti oluşmasın:

*“Belediyeler medeni hukuk münasebetlerinde aynı ile **diğer hükmi şahıslar gibi** katılımcılık yapıyor. Bu hallerde belediyenin yetkilerini onun tüzel kişi olmayan organları gerçekleştiriyorlar.” (Madde 43.4)*

Azerbaycan Mülki Mecellesi’nin ilgili maddesinden de gördüğümüz üzere belediyelerin mülki (medeni) hukuk münasebetlerinde aynen diğer tüzel kişiler gibi iştirak ettiği tespit edilmekle onların tüzel kişi olduğu dolayısı ile belirlenmiştir. Ama bununla beraber açık bir ifadeyle de belediyelerin tüzel kişiliği diğer bir kanun maddesinde kendi içeriğini bulmaktadır. Zira 698 sayılı Belediyelerin Statüsü Hakkında Kanununun 11. maddesi belediyelerin tüzel kişi olduğunu dikkate sunarak Azerbaycan Mülki Mecellesinin dolayısı ile onayladığı “belediyelerin tüzel kişiliğini” açık bir şekilde tespit etmiştir. Kanun maddesinde şöyle ifade ediyor:

*“Belediyeler **hukuki şahıslar**, onların kendi mühürü, kaşesi ve bankada hesabı oluyor”.*

Hem Azerbaycan Mülki Mecellesi’ne hem de Belediyelerin Statüsü Hakkında Kanununun 11. maddesi gereği ile belediyelerin tüzel kişi olması konusunda hiç bir anlaşmazlığın olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü AMM’nin 43.4. maddesinde dolayısı

ile, adı geçen kanununun 11. maddesinde ise açık bir şekilde belediyelerin tüzel kişiliği kendi ifadesini bulmuştur. Hemen bunlara karşılık ilave edelim ki Türkiye’de belediyelerin tüzel kişi olması dursun bir yana, onların kamu tüzel kişisi olması hem Anayasa ile hem de TBMM’nin 3 Temmuz 2005 tarihinde kabul ettiği 5393 sayılı Belediye Kanununun 3. maddesi ile hükme bağlanmıştır. Türkiye Anayasasının ilgili maddesinde ise şöyle demektedir:

*“Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan **kamu tüzel kişileridir**. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir”.* (Madde 127)

5393 sayılı Belediye Kanununun 3. Maddesi ise aşağıdaki şekilde belediyelerin kamu tüzel kişisi olduğunu tesbit etmektedir:

*“Belediye: Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip **kamu tüzel kişisini** ifade eder”.*

Nitekim T.C. Anayasası ve ilgili kanun Azerbaycandan farklı olarak belediyelerin kamu idaresi olarak kamu tüzel kişisi olması konusunda her hangi bir soru işaretine yer bırakmamıştır. Aslında olması gerekenin bu olduğu yazmakla kendi düşüncemi ifade etmek istiyorum. Önceki bölümlerde üzerinde durduğum gibi tüzel kişilerin işleyiş ve oluşum esaslarına dayanarak iki türü bulunmaktadır. Dolayısı ile tabii olduğu kurallar gibi de tasnif edilen bu kritere göre tüzel kişiler Kamu ve Özel Hukuk tüzel kişilerine ayrılmaktadır³⁶⁸. Keza belediyelerin kamu tüzel kişisi olması konusunda hiçbir tereddüte yer olmadığı kanısındayım. O nedenle ki belediyelerin devlet tarafından kurulması konusunda hiç bir kuşku olmadığı gibi, onların bir takım kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılması mevzusu da tartışılmazdır. Özel Hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak belediyeler kamu tüzel kişisi olarak gerçek veya tüzel kişilerin serbest iradesine dayanarak değil, kanunla kurulmaktadır. Bundan başka Türkiye’de olduğu gibi Azerbaycan’da da belediyeler varlığını direk Anayasadan almaktadır. Bu o demektir ki Anayasada herhangi bir değişiklik yapılmaksızın belediyelerin kuruluşu olarak ortadan kaldırılması mümkün değildir. Onların kamu idaresi olarak temel amaçları kamuya hizmet etmektir. İşte sıraladığımız bu nedenler dolayısı ile

³⁶⁸ Abdülhak Kemal Yörük, Hukukun Umumi Prensipleri, İstanbul, 1949, s. 94.

belediyelerin Özel Hukuk tüzel kişisi olmadığı apaçıktır. Onlar birer kamu tüzel kişisidirler. Bünyeleri şahıs topluluklarından oluşmaktadır. Bu söylediklerimiz pratiğe baktığımız zaman aynen Azerbaycan'da var olmaktadır. Belediyelere münasebette kullandığımız “anayasal kuruluş”, “kanunla kurulmaları”, “kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaları” v.s gibi kriterler Azerbaycan'da mevcut olan belediye yaklaşımına ve uygulamasına da haizdir. Tıpkı Türkiye'deki gibi Azerbaycan'da bir belediyenin kurulması yalnız parlamento tarafından kanunla yapılabilmekte olmakla beraber, belediyeler kendi esasını Anayasadan almaktadırlar. Onlar bununla birlikte vergi toplamak, resen icra v.s gibi kamu gücü ayrıcalıklarını da kullanmaktadırlar. Nitekim anlam itibarı ile belediyelerin kamu tüzel kişisi olduğu kuşkusuzdur. Ama maalesef Anayasayla böyle bir statü tanınması dursun bir yana Azerbaycanda 2015 yılında kabul edilen Kamu Tüzel Kişiliği Kanunu tıpkı Devlet tüzel kişiliğine münasebette ortaya koyduğu sorunlu yaklaşımı belediyelere münasebette de ortaya koymuştur. Zira kabul edilen adı geçen kanuna göre kamu tüzel kişilerinin tanımı “*Devlet ve belediye adından veya kamu tüzel kişisi tarafından kurulan, umumdevlet ve kamusal önem taşıyan faaliyetle meşgul olan, devlet ve ya belediye organı olmayan örgütdür*” şeklinde verilmiştir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere belediyenin kurduğu ve umumdevlet veya kamusal önem taşıyan alanlarda faaliyet gösteren ve belediye organı olmayan kurum kamu tüzel kişiliğine haiz olsa da belediyenin kendisi kamu tüzel kişisi olarak gösterilmemiştir. Hemen onu da ekleyelim ki yukarıda mevzuatla kanıtladığımız gibi belediyelerin tüzel kişiliğe haizliği Azerbaycan Hukuk düzenince kabul edilmiştir. O zaman bu durum, “tüzel kişiliği tespit edilen belediyelere kamu tüzel kişiliğinin tanınmaması ne demektir?” anlaşılmaz ve belki de cevapsız sorusuna neden olmaktadır. Üzüntüyle ifade etmiş olsak da kabul etmeliyiz ki bu cevapsız soru koyucunun olaya yaklaşımının yanlışlığından kaynaklanmaktadır. Oysa ki tüzel kişilik tanınan belediyeleri herhangi başka bir türden olan tüzel kişi kategorisine dahil etmemiz mümkün değildir. Madem Azerbaycan mevzuatında kamu tüzel kişiliği kavramı mevzu bahisdir. Zira kanımızca bir an önce Azerbaycan Parlamentosu tarafından Kamu Tüzel Kişiliği Kanununda değişikliklerin yapılması ve belediyelerin kamu tüzel kişiliğine haiz olduğunu ilgili kanuna yazması gerekmektedir. O anlamda ki belediyeler Devletten sonra kamu tüzel kişileri arasında en önde giden kuruluşlardır. Aslında Azerbaycan mevzuatında yer alan belediyelerle ilgili diğer kanunlarda içeriğini bulan maddeler belediyelerin Azerbaycanda da birer kamu tüzel kişisi olarak kabul edildiğini ama bilmediğimiz nedenlerden sadece mevzuatta kendi ifadesini bulmadığını

tastiklemektedir. Örneğin İdari Uygulama Kanununda belediyelerin idari işlemlerinden bahsedilmektedir ve bu işlemlerin idari yargıya tabi olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısı ile bir diğer kanunda kanun koyucu belediyelerin genelde kamu gücü ayrıcalığı kullandığını onaylamakla beraber onun bir idari makam olduğunu açık bir şekilde hükme bağlamaktadır. Nitekim belediyelerin devlet tarafından kanunla kurulduğu ve ortadan kaldırılması da 771 sayılı Belediyelerin Arazileri ve Toprakları Hakkında ve 858 sayılı Belediyelerin Birge Faaliyeti, Birleşmesi, Ayrılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Kanunları ile de belirlenmiş bir konudur. İşte bu nedenlerle Kemal Gözler'in de söylediği “kamu gücü ayrıcalıkları ile” donatılmış olması ve devlet tarafından kurulmuş olması sebebi ile belediyelerin kamu tüzel kişisi olduğu neticesi de hasıl olmaktadır. Sadece Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanunda belediyelerin kamu tüzel kişisi olarak tanımlanmaması veya verilen tanıma belediyelerin eklenmemesi kanun koyucunun bir hatasıdır diye düşünmekteyim. Çünkü kanun koyucu çıkardığı diğer kanunlarda bu yaklaşımının tam tersine olarak mahiyette belediyeleri kamu tüzel kişisi olarak görmektedir. En esas ise Azerbaycan'da hiçbir kanunda veya mahkeme kararında belediyelerin kamu tüzel kişisi olmadığı veya başka bir tüzel kişi olduğu ifade edilmemiştir.

II. Kamu kurumları

Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan'ın tabiri ile ifade edersek “*Kamu kurumları, bir kamu idaresi tarafından kurulan ve kurucusunun vesayeti altında çalışan belli bir özerkliğe sahip belli uzmanlık alanlarında faaliyet gösteren kamu tüzel kişileridir*”³⁶⁹. Kamu kurumları yerinden yönetim kuruluşlarının “hizmet” yönünden yerinden yönetim tasnifini oluşturmaktadır. Bir başka cümleyle yerinden yönetim kuruluşlarının yer yönünden yerinden kuruluşları belediyeler ise hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları da kamu kurumlarıdır. Türkiye doktrinde sürekli kullanılan kamu kurumları ifadesi kanımca yerinde ve kamu idareleri ile farklılıkların ortaya çıkarılması bakımından faydalıdır. Nitekim kamu kurumları hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarını kastetmek için kullanılan ifadedir. Bu kuruluşların ortaya çıkmasının nedeni teknik bilgi ve uzmanlık isteyen bazı hizmetlerin merkezi idare ve yer yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının, yani mahalli idarelerin dışında sunulması amacı ile

³⁶⁹ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukukuna Giriş, Ekin yayın evi, 19. Baskı, Bursa, 2014, s. 98.

kamu tüzel kişiliğine haiz yeni kuruluşların oluşturulması zarureti olmuştur³⁷⁰. Önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz gibi kamu kurumları şahıs topluluklarından oluşan kamu idarelerinden farklı olarak belli amaca tahsil edilmiş malvarlığı topluluklarından oluşmaktadır. Nitekim kamu kurumları özellikle uzmanlık ilkesi gereği ile ortaya çıkan ve bağlı olduğu kamu idaresinin vesayet denetiminde bulunan malvarlığı topluluklarıdır. Bu kuruluşların idari, sosyal, iktisadi v.s gibi farklı türleri karşımıza çıkmaktadır. Zira konumuz ilişkin olarak kamu kurumları kavramını Türkiye ve Azerbaycan açısından ele alırsak söyleye biliriz ki Türkiye idari sisteminde var olduğu gibi Azerbaycan'da da bağımsızlıktan sonra türlü kamu kurumları oluşturulmuştur. Her iki devlette ister sosyal ister iktisadi ister idari nitelikte kamu kurumları bulunmaktadır. Tabii ki işleyiş ve kuruluşlarından dolayı olarak bazı farklılıklarına rağmen kamu tüzel kişileri konusunda Azerbaycan ve Türkiye idari sisteminin en yakın mesafeli veya benzer kuruluşları kamu kurumlarıdır. Önümüzdeki başlıklarda daha detaylı inceleyeceğimizi söylemekle beraber ilave edelim ki Azerbaycan'da kamu tüzel kişiliği resmen mevzuatda tespit edilmemiş Devlet tüzel kişiliğinden ve belediyelerden farklı olarak kamu kurumlarının kamu tüzel kişiliği kanun hükmü ile tamamlanmıştır. Hatta yeni kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanununun sadece kamu kurumları üzerine biçimlendiğini de ifade etmemizde bir sakınca yoktur. Şimdi ise kamu kurumlarını onların türlerine uygun olarak aşağıdaki alt başlıklar şeklinde ele alalım.

A. İdari Kamu Kurumları

İdari kamu kurumları klasik anlamda Devlet idaresinin yerine getirmeli olduğu kamusal hizmetleri devletin kendisi değil, kurduğu serbest ve bağımsız kuruluşlar aracılığı ile yapması neticesinde ortaya çıkmaktadır³⁷¹. Genellikle hem Azerbaycan'da hem de Türkiye'de idari kamu kurumları kategorisine ait ettiğimiz kuruluşlar vesayet bağıyla merkezi idarenin ilgili birimine bağlı olmaktadır. Onu da ilave edelim ki idari kamu kurumlarının mevcut olduğu alanlar da Türkiye ve Azerbaycan'da hemen hemen aynılık teşkil etmektedir. Örneğin Türkiye'de Karayolları Genel Müdürlüğü'nün üstlendiği işleri Azerbaycan'da "Azerotoyol" Açık Şehmdar Cemiyeti (A.Ş), Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün gördüğü işleri de "Azersu" Açık Şehmdar Cemiyeti görmektedir. Bu örneklerin sayısını çoğaltabiliriz. Ama karşımızda duran esas hedef adı geçen kuruluşları genel olarak değil, kamu tüzel kişiliği açısından incelemek

³⁷⁰ Gözler, Kaplan, age, s. 97.

³⁷¹ Gözler, Kaplan, age, s. 99.

olduğundan konuyu kamu tüzel kişiliği bağlamında örnek verdiğimiz bu kurumlar üzerinden devam ettireceğiz.

1. “Azerotoyol” ASC ve Karayolları Genel Müdürlüğü

Bağımsızlığın ilk yıllarında “Azerotoyol” İstehsalat Birliğinde (müessese) otomobil yollarının inşası, tamiri ve korunmasını iyileştirmek için bir kaç yapısal değişiklik yapıldı. Azerbaycanın bağımsızlığı bir çok alanlarda yeniden yapılanmak için o kadar zorluklarla karşılaşmasa da kara yollarının idari yönetimini ele almak bazı sorunlar içermekteydi. O nedenle ki karayollarının korunması, tamiri v.s gibi hizmetler direk Sovyetler Birliği'nin merkezi teşkilatına bağlı olmakla beraber hatta bir köprünün yapılması bile Moskova'nın emrine tabi idi. Tabii ki ister kaynak bakımından ister maliye sağlanması açısından merkeze bağlılık nedeni ile Moskova'ya bağlı Azerotoyol İstehsalat Birliği'nin faaliyeti duraksamalara yol açmıştı. Nitekim ülkede maliye dayanıksızlığının hüküm sürmesi de bu olaya katkıda bulunmaktaydı. İşte bu sebeplerden Azerbaycan Ali Sovyeti'nin, yani Parlamentosunun Ocak 1993 tarihli fermanı ile Azerotoyol İstehsalat Birliği tasfiye edildi ve onun yerinde Azerotoyol Devlet Şirketi kuruldu. Bu fermanla Azerotoyolun maliye ve kaynak esasları belirlendi ve aynı zamanda onun işleyişinin Moskovaya bağlı nedenleri kısmen de olsa ortadan kaldırıldı. Nitekim konuyu ismi geçen bu kuruluşun tarihi ile çok uzatmaksızın onu ifade edelim ki 2000 yılına kadar bu kurum şirket olarak faaliyetini devam ettirdi. Sonrasında bir defa Azerbaycan baş bakanının 2000 yılında Azerotoyol Şirketinin yapılanmasını yeniden oluşturulmasına dair bir kararı oldu ve en sonda 2007 yılında şimdiki Azerotoyol'a giden yolda en teşkilatlanmış kurum olan Azeryolservis Açık Şehmdar Cemiyeti kuruldu. 12 Kasım 2007 yılında Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın Azeryolservis ASC'nin Faliyetinin Teşkili Hakkında kararnamesi ile Azeryolservis Açık Şehmdar Cemiyeti (Anonim Şirketi) oluşturuldu. Sonuncu defa ise 9 Mart 2016 tarihinde Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın kararnamesi ile (ferman) Azeryolservis Açık Şehmdar Cemiyeti'nin ismi yeniden değiştirilerek “Azerotoyol” yapıldı. Ama bu defa Azerotoyol Devlet Şirketi değil Azerotoyol Açık Şehmdar Cemiyeti olarak nitelendirildi. Hemen onu da ilave edelim ki aslında bu alanda açık şehmdar cemiyetlerinin oluşturulması sosyalist sisteminden çıkan Azerbaycan'da özelleştirme hareketi ile bağlıdır. Uzun yıllar Sovyetler döneminde Devletin bünyesinde bulunan tüm Devlet müessese ve idarelerinin özelleştirilmesi ve ekonominin devletleştirmeden

özelleştirme merhelesine geçilmesi hedeflenmekteydi. Tüm bu hareket «Azerbaycan Cumhuriyetinde 1995—1998’ci yıllarda devlet mülkiyetinin özelleştirilmesinin devlet programı»na uygun olarak yerine getirilmekteydi. Bununla beraber bu alanda da Azerbaycan mevzuatında bir kargaşanın olduğu kanaatine gele biliriz. 1994 yılında kabul edilen Müesseseler Hakkında, Mehdut Mesuliyetli Müesseseler Hakkında Kanunların Azerbaycan Mülki Mecellesinin yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılması v.s gibi mevzubahis mevzuat değişiklikleri bu kargaşanın esasını teşkil etmektedir. Nitekim bu söylediklerimizin esas sebebi Azerbaycan’da Türkiyeden farklı olarak idari kamu kurumlarının ticaret şirketleri teşkilati hukuki formuna benzer şekilde kurulmasıdır. Dolayısı ile Türkiye’deki Kamu İktisadi Teşşübbüslerine uygun bir şekilde yapılanan Azerbaycan’daki kamu kurumları ve bu kurumların kategorisine dahil olan Azerotoyol Açık Sehmdar Cemiyeti aslında bir kamu kurumdur ve kamu yararı için çalışmakla beraber bir takım kamu gücü ayrıcalıklarına da hzidir. Yani daha açık bir şekilde ifade edersek işleyiş ve görevleri açısından hemen hemen aynı fonksiyonları taşıyan Karayolları Genel Müdürlüğü ve Azerotoyol Sehmdar Cemiyeti arasında sadece bazı yapısal farklılıklar bulunmaktadır. Kara Yolları Genel Müdürlüğünün olduğu gibi Azerotoyol’un da tüzel kişiliği bulunmaktadır. Azerbaycan Bakanlar Kurulunun 11 Mayıs 2016 tarihli 188 sayılı Kararı ile onaylanan Azerotoyol Açık Sehmdar Cemiyeti’nin tüzüğünün 2.1. maddesine göre cemiyet tüzel kişiliğine sahiptir. Aynı tüzüğün 1.2 maddesine gereğince ise cemiyetin hisselerinin tümü devlete mahsustur. Dolayısı ile tüm hisseleri devlete mahus olan ve esas yürütme kurulu olan Yönetim Heyeti Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından göreve atanan Azerotoyol Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanunun hükümlerince de kamu tüzel kişisidir. Zira yukarıdakılardan gördüğümüz üzere Karayolları Genel Müdürlüğünün kanunla kurulmasına karşı olarak Azerotoyol Azerbaycan Cumhurbaşkanınının kararnamesi ile kurulmuştur. Kara yolları genel müdürlüğünden farklı olarak Azerotoyol’un teşkilati hukuki yapısı Anonim Şirket şeklinde yapılmıştır. Tüm bunlara rağmen her iki kurum klasik anlamıyla merkezi idarenin yerine getirdiği hizmetleri yapmakta ve merkezi idarenin vesayet denetimine tâbi olmakla birer kamu kurumlarıdır. Bir bakımdan Azerbaycan’da Devlet müesseselerin sehmdar cemiyetlerine çevrilmesi neticesinde kurulan ASC’ler Türkiye’de iktisadi kamu kurumları türüne dahil olan müessese ve bağlı ortaklıklara benzemektedir. Nitekim onlar da sehm esasına dayanarak teşkil edilmektedir.

2. “Azersu” ASC ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü

Azersu Açık Şehmdar Cemiyeti Halka Açık Anonim Şirketi Azerbaycan Milli Meclisinin 1995’inci yılın 12 Mayıs tarihli 1038 sayılı Kararı ile kurulmuş Abşeron Bölgesel Şehmdar Su Cemiyetinin bünyesinde Azerbaycan Cumhurbaşkanının 11 Haziran 2004 tarihli 252 sayılı kararnamesi ile yeniden teşkil edilmiştir. Azerotoyol konusunda söylediğimiz gibi Azersu’nun da Halka Açık Anonim Şirket şeklinde oluşturulması Azerbaycanda bu tipli kurumların özelleştirilmesi amacından kaynaklanmaktadır. Nihayetinde devlet belli ve olumlu şerait yetiştiğinde, kamusal yararın korunması şartıyla bu kurumların özelleştirilmesini hedeflemektedir. 22 Mart 2005 tarihli 52 sayılı Azerbaycan Bakanlar Kurulunun Kararı ile onaylanmış Azersu Halka açık Anonim Şirketinin iç tüzüğünün 2.1. maddesine göre ona tüzel kişilik tanınmıştır. Aynı tüzüğün 1.2. maddesinde ise onun bütün hisselerinin devlete mahus olduğu kanun hükmüne bağlanmaktadır.

2015 yılında kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanununa kadar bu tipten olan kurumların hukuki statüsünde anlaşmazlıklar meydana gelse de adı geçen kanunun kabulünden sonra onların kamu tüzel kişisi olduğuna dair sorunlar aradan kalktı. Nitekim Kamu Tüzel Kişileri Kanununda kamu tüzel kişilerine verilen tanım Azerotoyol gibi Azersu HAAŞ’ne de haiz edilmekle bu kurumların hukuki statüsünde oluşan sorunlara son verdi. Aslında Azersu’nun kamu tüzel kişisi olduğunu kamu tüzel kişilerinin belirlenmesi kriterleri de açık şekilde ortaya koymaktadır. O anlamda ki Azersu’nun tüm hisseleri devlete mahsus olmakla beraber onun başkanı ve yönetim kurulu üyeleri Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından göreve atanmaktadır. Kurum ve onun genel yönetim birimleri iyerşik olmasa bile vesayet bağıllığı esasında merkezi idarenin denetimi altındadır. Dolayısı ile Azersu’nun kamu tüzel kişisi olduğu tartışılmazdır.

Azersu’ya karşılık Türkiye idari teşkilatında mevcut olan kurum Devlet Su İşletmeleri Genel Müdürlüğüdür. 6200 sayılı Devlet Su İşletmeleri Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Kanununun 1. maddesine göre bu kuruma kamu tüzel kişiliği tanınmıştır. Zira bu kurumun kamu tüzel kişiliği direk kanunla belirlenmiştir:

“Bu Kanunun amacı; yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek ve/veya bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak maksadıyla bu Kanun ve ilgili diğer mevzuatla

verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere; Orman ve Su İşleri Bakanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğine sahip, merkezi Ankara'da bulunan özel bütçeli bir kuruluş olan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektir”.

Kanun maddesinden gördüğünüz üzere DSİ'nin kamu tüzel kişiliği ile beraber onun Orman ve Su İşleri Genel Müdürlüğüne bağlılığı tespit edilmektedir. DSİ'den farklı olarak Azersu'nun kuruluşu kanunla değil, Cumhurbaşkanı kararnamesi ile olmuştur ve onun kamu tüzel kişiliği 2015 yılında kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Hakkında kanun ile tespit edilmektedir. Nitekim sonuç olarak onu ifade edelim ki birer idari kamu kurumları olan DSİ ve Azersu kuruluş esaslarına göre, yani kanun ve kararname ile, bazı farklılıklar içerse de faaliyet ve işleyişleri gereği ile hemen hemen aynılık teşkil etmektedir.

B. İktisadi Kamu kurumları

“İktisadi kamu kurumları ticaret, sanayi, madencilik, tarım ve bankacılık gibi alanlarda kamu senayesi ve ya kamu sermayesinin katkısı ile kanun ve ya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulan ve işletilen kurumlardır”³⁷². Zira iktisadi kamu kurumları bir nevi devletin ekonomik teşebbüsleri ile bağdaşmaktadır. Bunun da türlü nedenleri bulunmaktadır. İster bazı hassas ve kamusal yararı üst düzeyde bulunan alanların devletin tekelciliği esasında işletilmesi zarureti ister bankacılık gibi modern dönemde varlığı mutlaklık teşkil eden alanlarda sanki garantör amacı ile devletin katılımı bu nedenleri teşkil etmektedir. Çok uzatmaksızın hemen ilave edelim ki iktisadi kamu kurumları Türkiyede uzun yıllardır var olmasıyla beraber Azerbaycan'da bağımsızlık ilan edildikten sonra oluşturulmağa başlanılmıştır. Örneğin nasıl ki Türkiyede Devlet Demiryolları İşletmesi vardır aynısı Azerbaycanda Devlet Demiryolları Kapalı Şehmdar Cemiyeti şeklinde bulunmaktadır. Bir diğer örnek vermiş olursak Türkiye Ziraat Bankasının karşılığı Azerbaycan'da Azerbaycan Uluslararası Bankasıdır. Dolayısı ile önceden belirtelim ki aynen idari kamu kurumlarında olduğu gibi Azerbaycan'da iktisadi kamu kurumları da yapısal ve teşkilati hukuki yapısından dolayı olarak Türkiyedeki benzerlerinden farklı olsa da görev ve fonksiyon, tüzel kişilik, merkezi idareye vesayet denetimi ile bağlılık gibi mevzularda ortaklık teşkil etmekte. Teşkilati hukuki yapısı bakımından fark ise şudur ki Türkiyeden farklı olarak iktisadi

³⁷² Gözler, Kaplan, age, s. 100.

kamu kurumları olarak tanımlanan kuruluşlar İktisadi Devlet Teşekkülü ve Kamu İktisadi Kuruluşu şeklinde değil, Türkiyedeki benzerlerine uyum olarak ifade edersek müesseseler, bağlı ortaklıklar şeklinde teşkil edilmiştir. Yani Türkiyede müessese ve bağlı ortaklık İDT ve KİK'lerin kurdukları veya onlara bağlı kurumlar olsa da Azerbaycanda müessese ve bağlı ortaklık dediğimiz kurumlar direk devlete bağlıdır ve ya devlet tarafından kurulmuştur. Onu da ifade edelim Azerbaycanın Mülki Mecllesinin 64.6. maddesi gereğince *“Devlet organları ve yerel yönetim organları ticaret ortaklıklarının ve şirketlerinin katılımcıları olamazlar”*³⁷³. O zaman haklı olarak aklımızda soru oluşa bilir ki aslında bir teserrüfat cemiyeti, yani ticaret şirketleri olan ASC'ler nasıl Devlet tarafından kurulmuş ve şimdi de devletin bu ticaret şirketlerinde katılımı söz konusudur. Tüm bu sorulara cevap Azerbaycan Mülki Mecllesi'nin bir diğer maddesinde yer almaktadır:

“Devlet müessiseleri özelleştirilirken anonim şirketlerin kurulması özellikleri o müessiselerin özelleştirilmesine dair mevzuatla belirleniyor”. (Madde 98.8.)

Bununla beraber devlet idare ve müessiselerinin hukuki statüsüne münasebette özel mevzuatın uygulanacağı da Mülki Mecllede kendi ifadesini bulmuştur³⁷⁴.

Zira iktisadi kamu kurumları bakımından Türkiye ve Azerbaycan mevzuatında ve idari teşkilatında yer alan ilke ve prensiplere aynı zamanda kurumlara değindik. Şimdi ise iktisadi kamu kurumları hesap oluna bilecek bazı örneklerle başlığımızı daha aydınlığa kavuşturalım.

1.SOCAR

Azerbaycan Cumhurbaşkanının 13.09.1992 tarihli kararı ile (ferman) "Azerineft" Devlet Konserninin ve "Azerineft" İmaalat Birliğinin vertibanında Azerbaycan Devlet Petrol Şirketi (SOCAR) kurulmuştur. Cumhurbaşkanının 328 sayılı 26 Şubat 1993 yılı kararıyla (Serencam) ADPŞ'nin yenilenmiş yönetim yapısı onaylanmıştır. Tüm bunlara destek olmak amacıyla 10 Ocak 1994 yılında Cumhurbaşkanının “ADRP-nin Yapısının Geliştirilmesine Dair” 50 sayılı Kararına uygun olarak ADPŞ'nin yapısında Denizde ve Karada Petrol ve Doğal gaz çıkarımı Üretim Birlikleri de oluşturuldu.

³⁷³ Allahverdiyev, age, s. 608.

³⁷⁴ Göyüşov, age, s. 132.

SOCAR'ın kurulma amacı ve sebepleri ise 1994 yılında Azerbaycan Tarihine "Asrin Sözlüşmesi" olarak geöen petrol anlaşmalarının yapılması nedeniyle Azerbaycan'da petrol üretimine ve petrolun Avrupa piyasasına öıkarılmasına yöneticilik yapacak bir şirkete ihtiyacın oluşması olmuştur.

a. SOCAR ın hukuki statüsü

SOCAR'ın bugünkü hukuki statüsü Azərbaycan Cumhurbaşkanının ADRP'nin Yapısının Geliştirilmesine Dair 24 Ocak 2003 tarihli Kararı ile kabul edilmiş Tüzükle belirlenmektedir. 18 Kasım 2004 tarihli 127 və 22 Aralık 2005 yılındaki 340 sayılı Fermanlarıyla bazı deyişiklere maruz kalmış tüzük SOCAR'a ülkenin tümü arazisinde - karada ve denizde petrol ve dogal gaz yataklarının araması, keşfiyatı, hazırlanması və işlenmesi, petrolun, gazın, gaz qaz kondenslerinin hazırlanması, imalı və nakli, aynı zamanda onlardan alınan ürünlerin iç ve uluslararası piyasalarda satışı, tüketicilerin bu enerji taşıyıcılarına olan ihtiyaçlarını sabit və dayanıklı ödenilmesi yetkisini veriyor. SOCAR aynı zamanda, büyük hacimli ilmi araştırmalar ve bununla ilgili sosyal projeler gerçekleştirmek yetkisini de kendinde bulundurmaktadır.

ACDPS'nin iç tüzüğünün 1.8'ci maddesine göre tam resmi adı "Azərbaycan Cumhuriyeti Devlet Petol Şirketi" olan şirketin kısaltılmış resmi adı "SOCAR" (State Oil Company of Azerbaijan Republic) olarak belirlenmiştir. Özellikle vurgulamamız gerekiyor ki ACPDS dünya piyasalarında, aynı zamanda Türkiye ve Orta Doğuda SOCAR ismi ile faaliyet göstermektedir ve resmi sözleşmelerde bu adla ifade edilmektedir. İç tüzüğün 1.4. maddesine dayanarak söylemeliyiz ki SOCAR tüzel kişiliğine ve özerk balansa sahiptir. Onun uluslararası bankalar da dahil olmak üzere bankalarda hesaplaşma yapmak, türlü hesaplara sahip olmak yetkisi vardır. Devlet, finansal saydamlığa ulaşmak için Şirketin üzerine yıllık malii raporlarla beraber birleştirilmiş mali raporlar sunmayı da görev olarak koymuştur.

SOCAR'ın iç tüzüğünün 1.6 ve 1.7. maddelerine göre şirket mevcut Azerbaycan mevzuatına uygun olarak kendisinin özerkliğini kullanarak mal ve diğerk hukuklar elde etmek, görevler taşımak, mahkemede davacı ve sorumlu olmak hakkına sahip olmakla beraber yükümlülüklerine kendi malvarlığı ile sorumludur. Devletin yükümlülükleri SOCAR'ın sorumluluk alanının dışında kalmaktadır. Buna karşılık ifade etmeliyiz ki,

kanunda belirlenmiş haller nihai olmak şartıyla devlet de SOCAR'ın yükümlülükleri için sorumlu tutulamaz.

SOCAR'ın Baş ofisinin nerde bulunması da şirketin iç tüzüğü ile belirleniyor. Nitekim, iç tüzüğün 1.9. maddesinde şirketin Baş ofisinin Azerbaycanın başkenti Baküde yerleştiyi ifade ediliyor.

b. SOCAR birer kamu kurumudur

Şirketin iç tüzüğünün 1.3. maddesine dayanarak söyleye biliriz ki, SOCAR işlem ve eylemlerinde Azerbaycan Anayasasının , Azerbaycan Parlamentosu tarafından kabul edilen kanunların, Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararların, Azerbaycan Baş Bakanının kararlarının, diğer hukuki aktların, aynı zamanda Azerbaycanın taraftar çıktığı uluslararası sözleşmelerin ve Azerbaycan Cumhuriyetinin kanunları ile onaylanmış petrolun ve doğal gazın çıkarılmasına ve taşınmasına dair sözleşmelerin taleplerini esas tutan Devlet Şirkettir. “Şirket” kavramının geniş çapda Özel Hukukta kullanılması Azerbaycan kamu oyununda bir takım eleştirilere sebep olsa da, hukukçular SOCAR'ın kendisine mahsus hukuki kriterler açısından şirket olarak isimlendirilmesini ifade ve kabul ediyorlar.

2. Azerbaycan Devlet Demiryolları Halka Kapalı Anonim Şirketi ve TCDD

Azerbaycan'da ilk demiryollarının kurulması Sovyetlerden de önceki döneme gitmektedir. Nitekim ilk demiryolunun kurulması 1880 yılına denk gelmekle Çar Rusiyası zamanında yapılmıştır. Dolayısı ile üzerinden yıllar geçtikten sonra Azerbaycanın Sovyetlerin terkebine katılmasıyla demiryolları alanında yönetim de Sovyetlerin denetimi altına girmiştir. Sovyet Bilriği zamanı türlü yıllarda demiryollarının işleyişine ve bağlı olduğu idari merkezlere dair çok sayıda değişiklikler yapılmış, bazı yıllarda Azerbaycan Demiryolları Gürcistanla birleştirilerek merkezi Tiflis'de bulunan merkez teşkilatına bağlı tutulmuştur. Zira konumuzla o kadar yakından bağdaşmaması nedeni ile Çar Rusiyası ve Sovyetler dönemini değil bağımsızlığımızı kazandıktan sonra Azerbaycan'da Demiryolları alanında mevcut olan durumu inceleyeceğiz. Şöyle ki Azerbaycan bağımsızlığını ilan ettikten sonra 1996 yılına kadar Demiryollarının yönetiminde çok sayıda sorunlar ortaya çıkmış, bu alanda yönetimin SSSR çerçevesinde

yapılması nedeni ile SSR'den ayrılan Azerbaycan'da söz ettiğimiz alanda kesintiler meydana gelmeğe başlamıştır. Buna benzer diğer idarelerde olduğu gibi Azerbaycanın ilgili mevzuatı geliştirelene ve sistem haline getirilene kadar türlü yapılar şeklinde işletilmiştir. Şimdi ki Azerbaycan Devlet Demiryolları Halka Kapalı Anonim Şirketinin oluşumu ise 20 Temmuz 2009 yılında Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın 383 sayılı Kararnamesi (serencam) ile kurulmuştur. İlgili kararnamenin 1. maddesinde şöyle denmektedir:

“Azerbaycan Devlet Demir Yolunun yeniden teşkili yolu ile hisseleri devlete mahsus “Azerbaycan Demir Yolları” Halka Kapalı Anonim Şirketi kurulsun”.

Kanun maddesinden gördüğümüz üzere Azerbaycan Demiryolları QSC'nin hisselerinin tümü devlete aittir ve Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın kararnamesi ile kurulmuştur. Kanımızca Azerbaycanda 1995-1998 yılları ahate eden 2. Genel Devlet Özelleştirme Programına uygun olarak yapılan bu tipli kurumların özelleştirilmesi karşıda duran hedefler sırasındadır. Yani Azerotoyol, Azersu gibi Azerbaycan Devlet Demiryollarının da Sehmdar Cemiyetine, yani Anonim Şirkete çevrilmesinde asıl amaç bundan ibarettir³⁷⁵. Sadece bu durum devam ettiği için ve bu tipli alanlarda hizmetin kamusal niteliği gerekçesi ile devletin direk bu alandan çekilmesi mümkün değildir ve onun kamu hizmeti vermek görevine zıttır. Hemen onu da ilave edelim ki Demiryollarının Azersu ve Azerotoyoldan farklı olarak Halka Kapalı A.Ş (Closed Joint Stock Company) olmasının nedeni, kanımızca devletin demiryollarına münasebette daha özel tutumundan ileri gelmektedir. Yani devlet böyle bir öngörü ile demiryolunun özelleştirilmesi alanını daha kapalı tutmuş ve onun hisselerinin genel prensiplere uygun olarak her kese satıla bilmesini önlemiştir. Daha açık bir şekilde söylersek Azerbaycan Mülki Meccelesi'ne de uygun olarak halka kapalı A.Ş'lerin (Closed Joint Stock Company) hisselerinin satışı daha mehtut ortamda gerçekleştirilmelidir. Zira demiryollarının devlete mahsus olduğu, devlet atarfindan özel titizlikle yapıldığını ifade ettikten sonra onun hukuki ve yapısal statsüne gerçersek mutlaka 15 Şubat 2010 yılında Azerbaycan Bakanlar Kurulu'nun 36 sayılı kararı ile onaylanmış tüzüğüne göz gezdirmemiz gerekiyordur. Zira adı geçen tüzüğün 1.2. maddesine göre Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın ilgili kararnamesindeki gibi A.Ş'nin hisselerinin hepsi devlete mahsustur. Tüzüğün 2.1. maddesine göre ise Azerbaycan Devlet Demiryolları A.Ş'i

³⁷⁵ Allahverdiyev, age, s. 608.

hukuki (tüzel kişi ve ya hükmi şahıs) şahıstır. Onun kamu hükmi şahsı statüsüne sahipliği Türkiye örneğinde olduğu gibi kuruluş kanununda içerilmemiştir. Hemen onu ilave edelim ki 6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanunla TCDD'nin tekel niteliğinde hizmetler sunarak sahiplendiği Kamu İktisadi Kuruluşu statüsü İDT, yani İktisadi Devlet Teşekkülü statüsüne değiştirilmiştir. Bu kanunla Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık Anonim Şirketi kurulmuş ve ticari kanunlar çerçevesinde demiryolu taşımacılık alanında faaliyeti öngörülmüştür. Dolayısı ile bu kanunla özel şirketlerin de demiryolu taşımacılık ve altyapı alanındaki teşebbüslerine şerait yaratılmış ve onların da karşılıklı rekabet mühitinde demiryolu işletmeciliğinde katılımcılığına yer verilmiştir. Türkiyede 6461 sayılı Kanunla böyle bi yenilikçi sisteme geçildikten sonra kurulan TCDD Genel Müdürlüğü ve TCDD taşımacılık A.Ş birlikte Azerbaycandaki Azerbaycan Devlet Demiryolları QSC'nine alternatif olarak kabul edilebilir. Dolayısı ile onu söylemek istiyoruz ki Türkiyede 6461 sayılı Kanunla oluşturulan iki yeni kurum oluşum kanununda var olan prensipler saklı kalmakla hem de 1984 tarihli Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin de ilgili hükümlerine tâbidirler. Bu kararnamenin ilgili hükümlerine dayanarak ve aynı zamanda Kamu İktisadi Teşebbüslerinin diğer türlerinde olduğu gibi bu kurumların da Devlet tarafından kanunla ve kanunun açıkca verdiği yetkiye dayanılarak bir idari işlemle kurulmasını esas alarak söyleye biliriz ki bu kuruluşlar kamu tüzel kişileridir. Kanımızca aynı hüküm Azerbaycan pratiğinde var olan ve devlet tarafından kurulmuş, aynı zamanda tüm hisseleri devlete ait olan halka açık veya halka kapalı A.Ş'lere olduğu gibi Devlet Demiryollarına da haizdir. Daha açık söylersek Azerbaycan Devlet Demiryolları da birer kamu tüzel kişisidir. O nedenle ki öncelikle 2015 yılında kabul edilmiş Kamu Tüzel Kişiliği Kanununun 2.2. maddesi gereğince kamu tüzel kişiliğinin tanımı *“Devlet ve blediye adından veya kamu tüzel kişisi tarafından kurulan, umumdevlet ve kamusal önem taşıyan faaliyetle meşgul olan, devlet ve ya blediye organı olmayan örgütdür.”* şeklinde hükme bağlanmıştır ki bu da ilgili A.Ş'lere münasebette noktasına, virgülüne kadar uygundur. Hatta onları tanımladığını da söyleye biliriz. Bununla beraber kamu tüzel kişiliğinin tespitinin iki temel ilkesi olan “kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olmak” ve “kamu tüzel kişileri tarafından kanunla ve ya kanunun açıkca verdiği yetkiye dayanılarak kurulmak” ilkeleri de Azerbaycan Devlet Demiryolları Halka kapalı A.Ş'sine aittir ve onun kuruluş ve işleyiş esaslarına uygun gelmektedir. Zira sonuç olarak onu ifade edebiliriz ki TCDD son yapısal değişikliği ile

birlikte ADD QSC'yle (A.Ş) aylık teşkil etmektedir ve kanımızca önümüzdeki yıllarda Türkiyede olduğu gibi Demiryollarının Azerbaycanda da özelleştirilmesi yönünde adımlar atılacaktır ve atılmasında fayda olduğunu düşünmekteyiz.

C. Teknik , Kültürel ve Bilimsel kamu kurumları

Önceki dönemlerde özel kesim tarafından yönetilen bu alana sonralar Devlet de müdahil olmuştur. Bunun neticesinde nihayetinde bu alanları Devlet bir kamu hizmeti şeklinde düzenlemeye başlamıştır. Onu da ilave edelim ki modern kamusal gelişimin neticesinde bu alanlar kamu için çok daha önem arzeden alana döndüğünden dolayı Devletin mütevellî dikkat alanına dahil olmuş ve devlet tarafından düzenlenmeye başlanılmıştır.

Gözler ve Kaplan göre *“Bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları, bilim , teknik, kültür, sanat ve yüksek öğretim alanında faaliyet gösteren kamu kurumlarıdır”*³⁷⁶.

Adından söz ettiğimiz bu kurumların bilimsel, teknik ve kültürel gibi niteliklere sahip olmasından dolayı olarak onlara özerklik tanınması gerektirmiştir. Nitekim bu sebeple Devlet bu türden olan kuruluşları kendi bünyesi dışında tutarak örgütlemiştir³⁷⁷. Söylediğimiz prensipler hem Türk hem de Azerbaycan Hukuk düzeni tarafından korunmuş ve konuda aylık teşkil edilmektedir. Düşüncelerimizi daha açık bir şekilde ifade eder olursak nasıl ki Türkiye’de Üniversiteler, TÜBİTAK, TÜBA, TRT gibi kamu kurumları vardırısa aynen Azerbaycan’da idari ve mali özerkliğe haiz tüzel kişiliğe sahip Üniversiteler, Azerbaycan Milli Bilimler Akademisi, AZTV bulunmaktadır. Hemen onu da ilave edelim ki Azerbaycan’da 2015 yılında Kamu Tüzel Kişileri Kanunu yürürlüğü girene kadar bu kurumların statüsüne dair akıllarda soru işaretleri vardı. Ama adından söz ettiğimiz kanun yürürlüğü girdikten sonra kanunda kamu tüzel kişiliğine tanım verilmesinden dolayı yukarıdaki kurumların hukuki statüsü aydınlığa kavuşturuldu. Dolayısı ile idari ve iktisadi kamu kurumları gibi bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları da kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmeğe veya ilgili makamlara tarafından bunların yeniden teşkil edilmesine başlandı. Örneğin yakınlarda Azerbaycan Cumhurbaşkanının imzaladığı kararname ile Bakü Devlet Üniversitesi ve

³⁷⁶ Gözler, Kaplan, age, s. 103.

³⁷⁷ Gözler, Kaplan, age, s. 103.

Azerbaycan Diller Üniversitesinin bünyesinde aynı isimli kamu tüzel kişilerinin (Publik hüquqi şəxslər) kurulması öngörülmüştür³⁷⁸.

D. Bağımsız İdari Otoriteler

Dünyada ve Türkiyede olduğu gibi Azerbaycanda da Bağımsız İdari Otorite olarak kastettiğimiz kurumlar var olmaktadır³⁷⁹. Bu kurumlara en belirgin örnek Milli Televizyon ve Radyo Konseyini göstere biliriz. Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın 795 sayılı 05.10.2002 tarihli Kararıyla onaylanmış yönetmelikten (esasname) anlaşıyor ki Konsey bağımsızdır ve hiçbir şahıs Konseye emr edemez, görevlendiremez. Ama bununla beraber söylemeliyiz ki Türkiyeden farklı olarak Azerbaycan'da da bağımsız idari otorite olarak ve ya Türkiye mevzuatına uygun bir şekilde ifade eder olursak denetleyici ve düzenleyici kurum niteliği taşıyan Milli Televizyon ve Radyo Konseyi tüzel kişiliğine sahip değildir³⁸⁰. Buna karşılık olarak Tüzükle konseye mahkemede taraf olmak ve bankalarda hesaplaşma yapmak yetkisi tanınmıştır. Ferhat Mehdiyev bu kuralın doğru olduğunu ifade etmiştir. Kanımızca Türkiyede RTÜK nasıl ki bir kamu tüzel kişisidir, Azerbaycan'da da MTRK'nın kamu tüzel kişiliğine haiz olması gerekmektedir. Aslında şimdiki MTRK yönetmeliği gereğiyle onun bağımsız idari otorite olduğunu söylemek çok daha zordur. O nedenle ki bağımsız idari otoritelerin kurulma felsefesi kamusal açıdan çok daha önem arz eden ilgili alanların siyasetden uzak tutulmasıdır. Şimdi ki Azerbaycan İdari Teşkilatında merkezi idarenin bünyesinde bulunduğu için MTRK'nın hukuki statüsü onun kuruluş felsefesi ile üst üste düşmemektedir.

2015 yılında Azerbaycanda kabul edilen Kamu Tüzel Kişiliği Kanunu ile artık bağımsız idari otorite statüsündeki kurumlara, yani düzenleyici ve denetleyici kurumlara kamu tüzel kişiliği tanınmağa başlamıştır. Örneğin yeni kurulan Maliye Piyasaları Denetleme Palatası kamu tüzel kişiliği tanımlanarak kurulmuştur³⁸¹.

Dünya pratiğinde olduğu gibi Bağımsız İdari Otoritelerin mevcutluğu Azerbaycan'da da bazı sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Nitekim BİO'ların kendi varlığı idarenin bütünlüğü felsefesinin belli noktalarda parçalanmasına sebep oluyor. Ama tüm

³⁷⁸ http://azertag.az/xeber/Baki_Dovlet_Universitetine_ve_Azerbaycan_Dovlet_Iqtisad_Universitetine_pu_blik_huquqi_sexs_statusu_verilir-1072475 e.t: 12.07.2017.

³⁷⁹ Ferhad Mehdiyev, İdari Yönetim Hukuku, Bakü, 2008, s. 114.

³⁸⁰ Mehdiyev, age, s. 114.

³⁸¹ <http://www.president.az/articles/17670> e.t: 13.07.2017.

bunlara karşı hakkında sözettiğimiz kurum ve kuruluşların idari yapılanmada yer almasının doğru olduğunu düşünüyorum. Diğer ülkelerde olduğu gibi Azerbaycan'da da bu idari kurumların mevcudluğu devletin ekonomik ve sosyal fonksiyonunun daha ahateli ve adaletli bir biçimde hayata geçirilmesine destek olmaktadır.



SONUÇ

Şahıs derken ilk olarak aklımıza Azerbaycan Mülki Mecllesinde “fiziki şahıs”, Türk Medeni Kanununda ise “gerçek kişi” şeklinde ifade edilmiş insanlar gelse de insanlar dışında, dokunulabilir, görülebilir nitelikler taşımayan tüzel kişiler de hukuki anlamda şahıstırlar. Türk mevzuatında tüzel kişi olarak tanımlanan bu kavram Azerbaycan’da “hukuki şahıslar” şeklinde hükme bağlanmaktadır. Türlü ülkelerin mevzuatlarında “hükmi şahıs”, “kolektif şahıs”, “manevi şahıs” gibi ifadelerle de bulunabilmekte olan bu kavram mahiyet itibarı ile belli bir amaç için bir araya gelen kişi topluluklarını ve önceden belirlenmiş amaç dolayısı ile tahsis edilmiş malvarlığı topluluklarını içermektedir.

Modern hukuk düzeni tarafından tanınan hükmi şahıs tanımı ile tıpatıp aynılık teşkil etmese bile kadim Romada, Cermen Hukuk düzeninde ve Osmanlı-İslam Hukukunda da hemmalvarlığı toplulukları hem de şahıs toplulukları mevcut olmuştur.

Tezimizde “tüzel kişi” olarak da kullandığımız hükmi şahısların oluşumu aslında doğadan, beşer cemiyetinin kalkınımından kaynaklanmaktadır. Yani bu kuruluşlar yapay değil, kanımızca aynen insanlar gibi gerçeklik niteliğine sahip sosyal şahıslardırlar.

Hükmi şahıslar oluşum ve işleyiş prensiplerine veya tâbi oldukları hukuk kurallarına göre Kamu ve Özel Hukuk hükmi şahıslarına ayrılmaktadır. Tez konumuzun da esas hedefini teşkil eden kamu tüzel kişileri devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından kanunla veya kanunun açıkca verdiği yetkiye dayanarak bir idari işlemle kurulan ve bununla birlikte kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış kamu idareleri ve kamu kurumlarıdır. Devlet hem tarih hem bünye hem de hukuki statü bakımından tüm kamu tüzel kişilerinin ilkinin teşkil etmekle onların başında gelmektedir. Kamu tüzel kişilerine münasebette kullandığımız tanım devletin hukuken kurulmasına münasebette istisnai durum oluşturmaktadır. Nitekim devletin şahsiyeti bir sosyal-siyasi mahiyet taşımakla ona tanınan hukuki kişilik kendisinin hukuk müasebetlerinde iştirakını sağlamak amacından başka bir şey değildir.

Azerbaycan İdari Teşkilatında mahiyet bakımından türlü kamu tüzel kişileri bulunsa da 2015 yılında kabul edilen Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanun ile ancak

Türk doktrinde kamu kurumları olarak ifade edilen kuruluşlara kamu tüzel kişisi statüsü tanınmıştır. Yani daha açık ifade edersek Azerbaycan mevzuatının genelini elimize aldığımızda görüyoruz ki Üniversiteler, Azerbaycan Maliye Piyasalarını Denetleme Palatası gibi kurumlar direk, isminden söz ettiğimiz kanunda yer alan tanım gereği ile ise Azersu, Azerotoyol gibi Anonim Şirketleri dolayısı ile kamu tüzel kişisi olarak kabul edilse de ne devletin ne de belediyelerin kamu tüzel kişisi olduğuna dair hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Hemen onu da ilave edelim ki olayın tuafılığı devletin ve belediyelerin kamu tüzel kişisi olmasa da tüzel kişiliğe haiz olduğunun Azerbaycan Mülki Mecellesi'nin 43.3 ve 43.4 maddelerinde (Medeni Kanun) belirtilmiş olmasıdır.

Zira düşünüyorum ki bu durum kanun koyucunun kamu tüzel kişiliği kavramına yanlış yaklaşımından ileri gelmektedir. Bu yanlış yaklaşım Azerbaycan İdari Teşkilatında var olan mevcut kargaşalı yapılanmanın en temel nedenlerindedir. Nitekim kanımca ya Azerbaycan Anayasasında ya da Kamu Tüzel Kişileri Hakkında Kanununda uygun değişiklikler yapılarak aynen Türkiye'deki gibi devlete ve belediyelere kamu tüzel kişiliği statüsünün tanınması gerekmektedir. Tezimin üçüncü bölümünde de ifade ettiğim gibi böyle bir statünün belediyelere olmasa bile devlete Anayasayla tanınmasını uygun görmekteyim. O nedenle ki devletin hukuki kimliğinin onun bir organı olan yasama tarafından belirlenmesi mümkün olsa da bana göre hukuki mantık ve devletin gerçek mahiyeti ile uzlaşmakta değildir.

KAYNAKÇA

AKBAY, Muvaffak, Umumi Amme Hukuku Dersleri, C. I, Ankara 1948.

AKINCI, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Sayram Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Konya 2003.

AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut, Şahsın Hukuku, Ankara 1996.

AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt, Beta yayın evi, 3. Bası, İstanbul 1998.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat, İdare Hukuku Dersleri, Göksu Matbaası, Konya 2001.

ALLAHVERDİYEV, Sabir, Azerbaycan Cumhuriyetinin Medeni Hukuku, 1.Cilt, Digesta Yayın Evi, Bakü 2008.

AMİROV, Zahid, “Azerbaycanda Belediyeleşme Süreci: Problemler ve Çözüm Yolları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.

ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1945.

ARSEBÜK, Esat, Medeni Hukuk, I Başlangış ve Şahsın Hukuku, Ankara 1938.

ATAAY, Aytekin, Medeni Hukuk Genel Teorisi, Ders yayınları, 4. Basım, İstanbul 1995.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitap Evi, Ankara 2009.

AUGUST, Egger/ ÇERNİS, Volf, Kişinin Hukuku, 2. Kısım: Tüzel kişiler, Ankara 1948.

AYAN, Mehmet, Medeni Hukuk, Mimoza Matbaası, Konya 1997.

BERKİ, Ali Himmet, Vakıflar, İstanbul 1941.

BİRSEN, Kemaleddin, Medeni Hukuk, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1963.

BİRSEN, Kemalettin, Medeni Hukuk Dersleri, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1963.

BRUNNER, Heinrich , Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Basım, Leipzig 1903.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, Ankara 2016.

ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, Turhan Yayın Evi, Ankara 2014.

DEMİRCAN, Esra Siverekli, “Yeni Ekonomik Düzendeki Küreselleşme, Yerelleşme Bağlamında Belediyelerde Yeni Mali Yönetim Anlayışı”, EÜİİBF dergisi, S.29, Kayseri 2007.

DEMİROV, Aslan/ İSMAYILOV, Şahismayı/ HÜSEYNOV, Qenimet, Azərbaycan Cumhuriyyəti Anayasası ve Hukukun Esasları, Mütercim yayın evi, Bakü 2010.

DEYNET, Karl August, Die Rechstellung des Nasciturus und der noch nicht erzeugten person im deutschen, fransöcschen, englischen und schottischen bürgerlichen Recht, Berlin 1960.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınevi, 3. Basım, İstanbul 2014.

ELMA, Fikret, “Azerbaycan’da Yerel Yönetişim ve Belediye: Bakü ve Yakın Havzası Örneği”, SDÜİBF dergisi, C. 18, S. 2, Isparta 2013.

EROĞLU, Hamza, İdare hukuku, 3.Bası, Kalite matbaası, Ankara 1978

ESGEROV, Ziyafet, Anayasa Hukuku, Bakü Üniversitesi Yayın Evi, Bakü 2011.

FRIEDMAN, Wolfgang, “Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikatı, Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, Ankara 1958.

GIERKE, von Otto , Das deutche Privatrecht, Leipzig 1895.

GIERKE, von Otto, Das deutche Genusschaftsrecht, Graz 1954.

GİRİLTİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayın Evi, İstanbul 2001.

GÖRGÜN, Şanal, Hukukun Temel Kavramları, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

GÖYÜŞOV, Rüfet, “Medeni Hukuk, Umumi Hisse”, Kanun Yayın Evi, Bakü 2013.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayın Evi, Bursa 2004.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 2.Bası, Ekin Kitap Evi, Bursa 2004.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, İdare Hukukuna Giriş, Ekin Yayın Evi, 19. Baskı, Bursa 2014.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt.1, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitap Evi, Ankara 2006.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 4.Bası, İmaj Yayın Evi, Ankara 1999.

HASANOĞLU, Murtaza, “Azerbaycan Cumhuriyeti’nde Devletin Yeniden Yapılandırılması ve Yerel Yönetimlerin Güçlendirilmesi Çabaları”, Sayıştay dergisi S. 69, Ankara 2008.

HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, Sulhi Garan Matbaası, cilt 1, İstanbul 1979.

HONİY, Richard, Roma Hukuku, İstanbul 1938.

HUBER, Eugen, Exposé des motifs de l'avant-projet, Bern 1901.

İBA, Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitap Evi, Ankara 2008.

İBADOĞLU, Gubad/ MEHTİYEV, Azer/ AGAYEV, Rövsen, “Belediye bütcesini nasıl incelemeli”, Ekspert Dergisi, Bakü 2004.

İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Yenilenmiş 3. Bası , Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

KARAMAN, Hayrettin, Mükayeseli İslam Hukuku, İz yayıncılık, 1. Hisse, İstanbul 2001.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk , Turhan Kitap Evi, Ankara 2013.

KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, 1-2 kitaplar, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

KÖSE, Murtaza, “İslam Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik”, Ekev Akademi Dergisi, C.1, S.2, Ankara 1998.

KUNTOĞLU, Ömer Faruk, “Kamu Tüzel Kişiliği”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.

MAMMADOV, İlgar, Devlet ve Hukuk Teorisi, Çıraç Yayın Evi, Bakı 2005.

MEHDİYEV, Ferhad, İdari Yönetim Hukuku, Bakü 2008.

MİCHOUD, Leon, La theorie de la personalite morale, t.1, Paris 1932.

NADAROĞLU, Halil, Mahalli İdareler, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1994.

NAĞIYEV, Fahrettin, Anayasa Hukuku, Kanun Yayın Evi, Bakı 2013.

ODYAKMAZ, Zehra/ KAYMAK, Ümit/ ERCAN, İsmail, Anayasa Hukuku - İdare Hukuku, Güncellenmiş 12. Baskı, İkinci Sayfa Yayınları, Ankara 2011.

OĞUZOĞLU, Cahit, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku, Ankara 1958.

OKANDAN, Recai Galip, Amme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1952.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1., İstanbul 1966.

ÖĞÜTÇÜ, Muhlis, “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.7, Özel sayı, İzmir 2005.

ÖZER, Attila, Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 2.Bası, Turhan Kitab Evi, Ankara 2005.

ÖZSUNAY, Ergün, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk, Ankara 1995.

PARLAK, Bekir/ ÖZGÜR, Hüseyin, Türkiye' de Yerel Yönetimler, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

PASQUIER, Claude Du, Introduction la theroie generle et a la Philosophie Du Droit, 3. Bası , Paris 1948.

PELLEY, Mile Le , Code Civile Espagnol, Paris 1932.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kaynağı, Çev: Rasih Nuri İleri, İstanbul 1986.

SAVİGNY, Friedrich Carl, Traite De Droit Romain, t2., Paris 1841.

SAYMEN, Ferit Hakkı, Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, İstanbul, 1944.

SAYMEN, Ferit Hakkı, Türk Medeni Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1960.

SEROZAN, Rona, Tüzel Kişiler, İstanbul 1994.

ŞAKİR, Berki, Medeni Hukuk Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 8.bası, Beta Yayın Evi, İstanbul 2003.

TOFİGLİ, Vügar, Belediyeler: Realite, Problemler ve Perspektifler, Mütercim Yayın Evi, Bakü 2004.

ULUSOY, Ahmet/ AKDEMİR, Tekin, Mahalli idareler maliyesi, Seçkin yayınları, Ankara 2002.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku I, cilt 2, Şahsın Hukuku, 6. bası, İstanbul 1963.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt 1, 3.basım, İstanbul 1948.

WOLFF, Hans Julius, Organschaft un Juristische Person 1., Juristische Person und Staats Person, Berlin 1933.

YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri 1, Güncellenmiş 3. Baskı, Mimoza Matbaası, Konya 2009.

YÖRÜK, Abdülhak Kemal, Hukukun Umumi Prensipleri, İstanbul, 1949, s. 94.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara 1989.

ZİTELMANN, Ernst, Begriff und Wesen der Juristischen Person, Leipzig 1873.

İNTERNET KAYNAKLARI:

<http://www.president.az/articles/17678> e.t: 12.07.2017.

<http://www.e-qanun.az/framework/4770> e.t: 11.07.2017.

<http://www.e-qanun.az/framework/64#> e.t: 09.07.2017.

<http://www.e-qanun.az/framework/5230> e.t: 05.07.2017.

<http://www.emdk.gov.az/kadastr/index.php/az/ar-qanunlar/240-b-l-diyy-torpazhlar-n-n-idar-edilm-si-hazhzh-nda-az-rbaydzan-respublikas-n-n-zhanunu> e.t: 01.07.2017.

<http://www.e-qanun.az/framework/5230#> e.t: 09.07.2017.

http://azertag.az/xeber/Baki_Dovlet_Universitetine_ve_Azərbaycan_Dövlət_Iqtisad_Universitetine_publik_huquqi_səxs_statusu_verilir-1072475 e.t: 10.07.2017.

<http://www.president.az/articles/17670> e.t: 06.07.2017.

www.cabmin.gov.az e.t: 03.07.2017.

www.justice.gov.az e.t: 15.06.2017.

www.mevzuat.gov.tr e.t: 21.06.2017.

www.basbakanlik.gov.tr e.t: 25.06.2016.