Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Gazi University Faculty of Law Review

Cilt XVI, Temmuz-2012, Sayı 3
Vol. XVI, July-2012, No. 3



ANKARA
Temmuz-2012

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Ünversitesi	**Gazi University**
Hukuk Fakültesi Dergisi	**Faculty of Law Review**
Sahibi :	**Owner :**
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü	**Editor in Chief**
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Editörler:	**Editors :**
Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR
Yayın Kurulu :	**Editorial Board :**
Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR
Yayın Yönetmeni :	**Publishing Manager :**
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Bu dergi yılda dört defa yayınlanır.	This journal is published four times a year.
Yayın Sekreteri :	**Secretary of Publication**
Değer KANYILMAZ	Değer KANYILMAZ

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN
Basım Yeri: Gazi Üniversitesi Matbaa İşletmesi ve Ahşap İmalathanesi Müdürlüğü
Gölbaşı/ANKARA
Faks : +90 312 484 36 49 e-posta: gazi-bas-mevi1@hotmail.com

Basım Tarihi : Ağustos 2012

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: http://www.hukuk.gazi.edu.tr
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)
Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan "Hakemli Dergi" statüsünde yılda dört sayı **(Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)** olarak yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

3. Yazılar; "Microsoft Word" programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.

4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.

6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıma" hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.

7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.
İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:
Örn. AYHAN, s. 178.
Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:
AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.
Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan*, C. I, Sa. 2, s. 31-40.
Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:
Örn. AYHAN, s. 31.

İnternetten alınan dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan*, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).
Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:
Örn. AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.
Tel: (312) 216 21 51
Faks: (312) 215 01 69
http: www.hukuk.gazi.edu.tr
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XVI Temmuz 2012 Sayı 3

İ Ç İ N D E K İ L E R

M A K A L E L E R*

ÖZEL HUKUK

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 428. Maddesinde Düzenlenen Organın Temsilcisi ve Bağımsız Temsilci
Özge AYAN.....**1-46**

Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi
Ülgen ASLAN DÜZGÜN.....**47-66**

Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları
Özge KARAEGE.....**67-94**

Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi
Zeynep MİNELİLER.....**95-118**

KAMU HUKUKU

Global İdare Hukuku Tartışmaları
N. Münci ÇAKMAK.....**121-136**

Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi
Ümit GÜVEYİ.....**137-162**

Hukuk Mektebinin Doğuşu
Nuran KOYUNCU.....**163-186**

Modern Hukuk ve İslam'da Vatandaşlık Kavramının Hukukî Temeli
Ali Aslan TOPÇUOĞLU.....**187-218**

Münhasır Ekonomik Bölgede Yürütülen Yabancı Askerî Faaliyetlerin Hukukî Niteliği
Fevzi TOPSOY.....**219-268**

Türk Geri Verme Hukukunda Terminoloji Birliği İhtiyacı ve Bu Açıdan Türkiye-Tunus Sözleşmesi'nin Değerlendirilmesi
Ahmet ULUTAŞ.....**269-298**

Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Sakat ve Özürlülere Yönelik Vergisel Ayrıcalıklar
Derya YAYMAN / Ali ÇIMAT.....**299-324**

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

BOŞ

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XVI July 2012 Number 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Corporate Proxy And Independet Representative Turkish Commercial Law No. 6102 Article 428
Özge AYAN.....**1-46**

Principle Of Exhaustion Of Rights On Trademark License Contracts
Ülgen ASLAN DÜZGÜN.....**47-66**

Conditions Of Being Management Board Member In Accordance With New Turkish Commercial Code
Özge KARAEGE.....**67-94**

Winding Up Limited Liability Companies On Just And Equitable Grounds According To New Turkish Commercial Code
Zeynep MİNELİLER.....**95-118**

PUBLIC LAW

Debates On Global Administrative Law
N.Münci ÇAKMAK.....**121-136**

The Relationship Between Constitutional Jurisdiction And Democracy
Ümit GÜVEYİ.....**137-162**

The Emergence Of Law School
Nuran KOYUNCU.....**163-184**

The Legal Basis Of The Concept Of Citizenship In Modern Law And Islam
Ali Aslan TOPÇUOĞLU.....**185-216**

The Legality Of The Foreign Military Activities In The Exclusive Economic Zone
Fevzi TOPSOY.....**217-266**

The Necessity Of Terminologic Unity In Turkish Extradition Law And The Evaluation Of Turkey-Tunisia Agreement In This Respect
Ahmet ULUTAŞ.....**267-296**

Tax Privileges For The Crippled And Disabled In Turkish Tax Law
Fahri Erdem KAŞAK.....**297-322**

* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

BOŞ

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNUN 428. MADDESİNDE DÜZENLENEN ORGANIN TEMSİLCİSİ ve BAĞIMSIZ TEMSİLCİ

Özge AYAN*

ÖZET

Çalışmamızın konusunu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile bir yenilik olarak getirilen pay sahibinin genel kurulda kitlesel (toplu) temsilciler aracılığıyla katılması oluşturmaktadır. Çalışmamızda özelikle kitlesel (toplu) temsilcilerden organın temsilcisi ve bağımsız temsilci incelenmiştir.

Organın temsilcisi, şirket tarafından önerilen, şirketle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan bir kişidir. Bu kişi, kendisine temsil yetkisi veren pay sahipleri adına genel kurulda oy kullanıp gerekli diğer işlemleri yapabilir. Organın temsilcisinin şirket tarafından esas sözleşme hükmüne göre ilan edilmesi ve internet sitesine konularak pay sahiplerine bildirilmesi zorunludur.

Organın temsilcisi tavsiye eden şirketin aynı zamanda bir bağımsız temsilci göstermesi gerekmektedir. Bağımsız temsilcinin, şirketten tamamen bağımsız ve tarafsız diğer bir kişi olması gerekir. Bağımsız temsilci organın temsilcisinin alternatifini oluşturur.

Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci, genel kurulda oylarını hangi yönde kullanacaklarını, gerekçeleriyle birlikte açıklayan bildirgeler yayınlamakla yükümlüdürler. Bu bildirgelerde yer alan bilgiler, pay sahibinin temsilciye talimatı niteliği taşır.

Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci temsil edecekleri payların sayısını, çeşidini, itibari değerini ve gruplarını şirkete bildirmekle yükümlüdürler.

Anahtar Kelimeler: *Organın temsilcisi,Bağımsız temsilci, Kurumsal temsil, Pay sahibinin temsili, Bildirim, Yetkisiz katılım.*

CORPORATE PROXY AND INDEPENDET REPRESENTATIVE TURKISH COMMERCIAL LAW NO. 6102 ARTICLE 428

ABSTRACT

As an innovation brought by Turkish Code of Commerce No. 6102, participation of the shareholder in general assembly via a common agent constitutes the subject

* Yrd. Doç. Dr., Celal Bayar Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksek Okulu Uluslararası Ticaret Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ozgeayan978@yahoo.com.

of our study. In our study especially corporate proxy and independent proxy are discussed.

Corporate proxy is a person who is recommended by company and has a relationship with company in any way. This person may vote and perform necessary transactions in general assembly in the name of the shareholders giving representation power to it. It is obligatory for the corporate representative to be announced by company in accordance with the provisions of master agreement and put on website and notified to shareholders.

Company recommending corporate proxy has to show an independent representative also. Independent representative should be entirely independent and neutral person. Independent representative constitutes the alternative of corporate representative.

Corporate representative and independent representative are obliged to make declarations stating how the votes are casted in general assembly with related grounds. Information taking place in these declarations has the characteristics of shareholder.

Corporate representative and independent representative have to notify the number, type, nominal values and groups of the shares to be represented.

Key Words: *Corporate Proxy, Independent representative,Corporate representation,Representative of the shareholder,Announcement, Unauthorized participation.*

Giriş

Anonim şirketlerde pay sahibinin mali ve kişisel hakları bulunmaktadır[1]. Pay sahibinin kişisel hakları arasında genel kurula katılma ve oy kullanma hakları yer almaktadır. Pay sahibi, bu haklarını, şahsen veya temsilci aracılığıyla kullanabilir.

Pay sahiplerinin genel kurula katılıp oy kullanması, şirket içi demokrasinin sağlanması bakımından oldukça önemlidir. Pay sahiplerinin genel kurula katılım oranı arttıkça, pay sahiplerinin iradesi genel kurula daha fazla yansır. Şirketin geleceğini etkileyen önemli kararlar, çoğunluğun

[1] Anonim şirketlerde pay sahibinin mali hakları, kar payına katılma hakkı (TTK 507), tasfiye payı alma hakkı (TTK 507) ve ön alım hakkı (TTK 461, 466) dır. Kişisel haklar ise, genel kurula katılma (TTK 425) ve oy kullanma hakkı (TTK 434), bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK 437), özel denetim isteme (TTK 438) hakkı olarak sıralanabilir.

iradesine göre şekillenir. Böylece, az oranda paya sahip fakat organize olmuş pay sahiplerinin, genel kurullarda istedikleri yönde karar almaları engellenir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda[2], pay sahiplerinin genel kurula daha kolay, daha fazla ve örgütlü bir şekilde katılımlarının sağlanması amacıyla yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan ilki, pay sahiplerinin genel kurula internet aracılığıyla katılarak oy kullanmalarına olanak sağlanmasıdır (TTK 1527). Genel kurula internet aracılığıyla katılıp oy kullanan pay sahipleri, genel kurula şahsen katılmanın zorluklarından ve maliyetlerinden kurtulurlar.

Pay sahiplerinin genel kurula katılımının artırılması amacıyla getirilen diğer düzenleme, kitlesel (toplu) temsildir[3]. Pay sahibinin genel kurulda kitlesel (toplu) temsilciler aracılığıyla temsili, Türk Ticaret Kanununun 428. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir[4].

Kitlesel (toplu) temsilciler arasında yer alan organın temsilcisi ve bağımsız temsilci kavramları, ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiştir. Kanunun 428. maddesinin birinci fıkrasına göre, organın temsilcisi, şirketin pay sahiplerine genel kurul toplantısında kendileri adına oy kullanıp, ilgili işlemleri yapması için yetkili temsilcileri olarak atamaları amacıyla tavsiye ettiği, şirketle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan bir kişidir. Bağımsız temsilci ise, şirketin aynı görev için önermek zorunda olduğu, tamamen bağımsız ve tarafsız bir kişidir.

---

[2] RG. 14.02.2011, S. 27846. Çalışmamızda belirtilen madde numaraları, aksi özel olarak belirtilmedikçe 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa ilişkindir. Aynı yöntem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu için de benimsenmiştir. Buna göre çalışmada TTK veya BK olarak yapılan kısaltmalar, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek yeni Kanunları ifade etmek için kullanılmıştır.

[3] Makalemizde kaynak İsviçre hukukunda "*İnstitutionelle Stimmrechtsvertretung*" olarak adlandırılan ve oy hakkının kurumsal temsili olarak Türkçeye çevrilebilen terim, kurumsal temsilci ile karıştırılması, kitlesel temsilin sadece kurumsal temsilciler aracılığıyla gerçekleşen temsil olarak anlaşılması tehlikesi göz önüne alınarak, bilinçli olarak kullanılmamıştır. Bu terim yerine organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilciyi içeren kitlesel (toplu) temsil terimi tercih edilmiştir.

[4] Pay sahibinin genel kurulda kitlesel (toplu) temsiline ilişkin düzenlemeler 428 ila 433. maddeler arasındadır. Kanunun 428. maddesinde, organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci; 429. maddesinde tevdi eden temsilcisi, 430. maddesinde bildirge; 431. maddesinde bildirim, 433. maddesinde yetkisiz katılım düzenlenmiştir. Tevdi eden temsilcisi bireysel temsilci olduğu; kurumsal temsilci ise pay sahipliği girişimi olduğu ve yönetim kurulu tarafından tavsiye edilen organın temsilcisi ve bağımsız temsilciden önemli ölçüde farklılık taşıdığı için inceleme konumuz dışında bırakılmıştır.

Şirket, organın temsilcisi ve bağımsız temsilci olarak tavsiye ettiği bu kişileri, ana sözleşme hükmüne göre ilan edip, internet sitesinden açıklanmak zorundadır (TTK 428/1). Pay sahipleri isterlerse, bu kişileri genel kurulda kendileri ad ve hesabına oy kullanmak için yetkili kılabilirler. Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci, genel kurulda bildirgeleri doğrultusunda oy kullanarak, kendilerini yetkilendiren pay sahiplerinin iradesini genel kurula yansıtırlar.

Türk hukukuna bir yenilik olarak getirilen, organın temsilcisi ve bağımsız temsilcinin hukuki niteliği, atanması, işlevleri, hak ve yükümlülükleri, bu kişilerin yetkisiz olarak genel kurulda oy kullanmaları durumunda ortaya çıkacak sorunların incelenmesi çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

I. GENEL OLARAK

A. Pay Sahibinin Genel Kurula Temsilci Aracılığıyla Katılması

Oy hakkı, kural olarak pay sahibine tanınmış bir haktır[5] (TTK 434). Pay sahipleri oy haklarını, paylarının itibari değerleri ile orantılı olarak kullanırlar[6].

Pay sahibinin genel kurula katılma hakkı ve dolayısıyla oy kullanma hakkı, ortaklık haklarının doğasında vardır. Pay sahipleri oy haklarını kullanarak genel kurulda kararın alınması sürecine etki ederler. Oy hakkı, ortaklar demokrasinin oluşmasını sağlar. Bu hak, ana sözleşme, genel

[5] Oy hakkı, pay üzerinde intifa hakkı bulunması durumunda, aksi kararlaştırılmadıkça intifa hakkı sahibi tarafından kullanılabilir (TTK 432/2). Oy kullanılması için temsilci atama yetkisi de intifa hakkı sahibine aittir. (TEOMAN, Oy Hakkı, s. 19; KAYA, s. 13; ÇEKER, s. 172; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 575; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 729).
Yabancı hukuklarda da oy kullanma hakkının intifa hakkı sahibine ait olduğuna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İsviçre hukukunda, bu hususu düzenleyen maddeler, OR 690 Abs. 2 ve ZGB Art 462, 473 maddeleridir.
Alman hukukunda oy hakkının intifa hakkı sahibine ait olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu husus doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar oy hakkının intifa hakkı sahibinde olduğunu ileri sürerler (BAUMBACH-HUECK, § 134, Nr. 4; GODIN-WILHELMI, §134 Anm. 4; PALAND-DEGENHARDT, § 1068 BGB Anm 4; HENN, s. 305). Farklı görüşteki yazarlar, oy hakkını pay sahibi ile intifa hakkı sahibinin birlikte kullanması gerektiğini savunurlar (STAUDINGER-SPRENGER, § 1081 Anm. 1; PETERS, s. 25 vd.). Pay üzerinde intifa hakkı bulunsa dahi, oy hakkının pay sahibine ait olduğunu ileri süren yazarlarda bulunmaktadır (SEMLER, in Münchener Handbuch, § 38 Nr. 2; MALAISE, s. 12 vd. ; KAYA, s. 13-14 naklen).

[6] 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre anonim şirketlerde pay sahibinin oy hakkı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. TEOMAN, Oy Hakkı, s. 6 vd. ; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 568 vd.

kurul kararı veya yönetim kurulunun alacağı kararlar veya talimatları ile sınırlandırılamaz. Pay sahibinin genel kurula katılmasını ve oy kullanmasını kanuna aykırı şekilde zorlaştıran, ortadan kaldıran düzenlemeler geçersizdir[7] (TTK 425). Pay sahibi, oy hakkından önceden feragat edemez[8].

Pay sahibi genel kurula şahsen veya temsilcisi aracığıyla katılıp oy kullanabilir[9] (TTK 425). Pay sahibinin oy hakkını temsilci aracılığıyla kullanması esas sözleşme hükümleri ile ağırlaştırılamaz. Örneğin kitlesel temsilcinin temsil edeceği paylara üst sınır getirilemez[10]. Ana sözleşme ile temsilci atanması için kanunda aranan koşullara ek koşullar (temsilcinin pay sahibi olması zorunluluğu gibi) getirilemez[11].

Pay sahibinin genel kurula temsilci aracılığıyla katılması, isteğe bağlı veya zorunlu sebeplerden kaynaklanabilir.

---

[7] SCHMİTT, s. 96; YILMAZ, s. 4; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 571. WAİDACHER, s. 5.

[8] KÜNZLE, s. 417; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 10-11; BÖCKLİ, Die Aktienstimmrecht, s. 22; SCHERRER, s. 77; KAYA, s. 7; KİER, s. 20; WAİDACHER, s. 7; AKTİENGESETZ KOMM./SPİNDLER, § 134, s. 1537; MEİER, s. 178; POROY /TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 571.

[9] Bu kural, Alman ve İsviçre hukuklarında da geçerlidir. Pay sahibi genel kurula şahsen katılmak zorunda değildir. Pay sahibi isterse genel kurula temsilci aracılığıyla katılabilir (AktG § 134 Abs 3 Satz 1, OR 689). (Alman hukuku için bk. SCHERRER, s. 78; KAYA, s. 7; KİER, s. 20-21; NODOUSHANİ, s. 111; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 22; BECKERHOFF, s. 127; LUDWİG, Aktienrecht, s. 1116. İsviçre hukuku için bk. VON SALİS, s. 301; SCHAAD, Basler Komm., Art 689, Nr. 1; MEİER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, Nr. 185, Nr. 385-386; SCHMİTT, s. 97; WAİDACHER, s. 7).

[10] VON SALİS, s. 414.

[11] AKTİENGESETZ KOMM./SPİNDLER, § 134, s. 1537, 1549; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 22; TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 176; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 574, 581; KÜNZLE, s. 417; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 156; KAYA, s. 8; VON SALİS, s. 329; 356-357; BÖCKLİ, Aktienstimmrecht, s. 162; WAİDACHER, s. 188.
Doktrinde, halka açık anonim ortaklık genel kurullarında vekaleten oy kullanılmasına ilişkin tebliğin (SPK Seri IV No. 8) 4. maddesinde ana sözleşme ile temsilcinin mutlaka pay sahibi olması gerektiğinin öngörülebileceği, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Genel Kurul Toplantıları Komiser Yönetmeliğinin 21/7 maddesinde halka açık olmayan anonim şirketlerde vekaletnamenin ekli örneğe uygun olması ve vekalet verenin imzasının notere tasdik edilmesi ve noterce onaylanmış imza sirkülerinin eklenmesi gerektiği yönündeki düzenlemelerin, oy hakkının kullanılmasını zorlaştırdığı ve geçersiz sayılması gerektiği savunulmaktadır (PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 789-790; ÇEKER, s. 224; TEKINALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 179, dn. 12).
Haklı nedenlerin varlığı halinde ve eşitlik ilkesini zedelememesi koşuluyla, temsilci atanması yoluyla genel kurula katılma hakkına sınırlama getirilebileceği görüşü için bk. SCHLEIFFER, s. 36; BÖCKLI, Aktienstimmrecht, s. 162.

Pay sahibi, hastalık, iş yoğunluğu, yol ve konaklama maliyetlerinin fazla olması, gizli kalma isteği gibi çok çeşitli nedenlerden dolayı, genel kurula şahsen katılmak istemeyebilir. Bu durumda kendisini genel kurulda temsil edecek ve iradesini yansıtacak bir temsilci atayabilir. Pay sahibinin genel kurula temsilci aracılığıyla katılmasını zorunlu kılan nedenler ise, miras ortaklığı, yaş küçüklüğü, kısıtlılık halleri, pay sahibinin tüzel kişi olması, pay sahibinin iflas etmesi veya bir payın birden çok kişinin ortak mülkiyetinde olması olarak sıralanabilir[12].

Pay sahibinin genel kurula katılma hakkını kullanabilmesi için, şahsen katılacaksa pay sahibi olduğunu; temsilci aracılığıyla katılacaksa, temsil yetkisi verdiğini kanıtlaması gereklidir.

Pay sahibinin temsilciyi yetkilendirme şekli, paya göre belirlenir. Senede bağlanmamış paylar, nama yazılı paylar ve ilmühaberlerde, pay sahibi kural olarak pay defterinde adı-soyadı yazan kişidir ve bu kişi yazılı olarak temsilci atayabilir[13] (TTK 426).

Hamiline yazılı paylarda ise, pay senedine sahip olan kişi (senedin zilyedi) pay sahibi kabul edilir[14] (TTK 426/2)**.** Hamiline yazılı payın

[12] GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689, Nr. 15; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 809-811; AKTİENRECHT/LUDWİG, s. 1120; KAYA, s. 11; BÖCKLİ, Die Aktienstimmrecht, s. 37, 149, 159-160; SCHLEİFFER, s. 43-44; SCHMİTT, s. 97; VON SALİS, s. 302, 461-463; WAİDACHER, s. 8; AKTİENGESETZ KOMM./SPİNDLER, § 134, s. 1553, 1558; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 585; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 776-778.

[13] KENDİGELEN, s. 277; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 793-795; TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 179; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 582.
Alman hukukunda pay sahibi temsilciyi yazılı şekilde yetkilendirebilir (AktG § 134). Bu şekil şartından ancak ana sözleşmede düzenleme varsa sapılabilir. Ana sözleşmede, yetkilendirmenin faks, email yoluyla yapılacağı öngörülebilir **(**VIRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 26; BECKERHOFF, s. 127; NODOUSHANI, s. 111-114; ZÄTZSCH, s. 399; BEHNKE, s. 666; AKTIENGESETZ KOMM./SPINDLER, § 134, s. 1550). Sözlü yetkilendirme teorik olarak mümkün olsa da, temsilcinin yetkili olduğunun şirkete ispatlaması için bir belgeye gereksinim duyulur (VIRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 26; AKTIENGESETZ KOMM./SPINDLER, § 134, s. 1550-1551). Alman hukukunda yazılı şekil şartı hem temsilciyi yetkilendirmede, hem şirketin haberdar edilmesinde, hem de temsilcinin azlinde aranıyordu. Kanunda 1.9.2009 tarihinde yapılan yenileme ile (Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), temsilcinin yetkisinin kaldırılmasının herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabileceği kabul edildi (KIEFNER, s. 887).
İsviçre hukukunda nama yazılı paylarda yetkilendirme yazılı şekil şartına tabidir (OR Art 689a Abs 1). Hamiline yazılı paylarda yetkilendirme herhangi bir şekle tabi değildir (RUOFF, s. 97; SCHAAD, Basler Komm., Art 689a, Nr. 6; SCHERRER, s. 99; BÖCKLI, Aktienstimmrecht, s. 165; VON SALIS, s. 416; GIRSBERGER/GABRIEL, Art 689a, Nr. 1 vd. ; MEIER, Nr. 8.20, s. 229; KAYA, s. 10, 115; LEUENBERGER, s. 1, 4; RUOFF, s. 94).

[14] Halka açık olmayan anonim şirketlerde, hamiline yazılı pay senetlerinin zilyetlerinin ve sa-

sahipliğine ilişkin başkaca bir ispat kuralı getirilmesi (kimlik gösterme koşulu gibi) geçersizdir. Hamiline yazılı pay senedini, rehin, hapis hakkı, saklama sözleşmesi veya kullanım ödüncü sözleşmesi ve benzeri sözleşmeler sebebiyle elde bulunduran kimse, pay sahipliği haklarını, ancak pay sahibi tarafından yazılı belge ile yetkilendirilmişse kullanabilir[15] (TTK 427/2).

Halka açık anonim şirketlerin genel kurullarında vekâleten oy kullanılmasında ise, SPK Seri IV No 8 sayılı Tebliğin ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (SPK Seri IV No 8 sayılı tebliğ madde 4-8 maddeleri). Ancak bu hükümler, Türk Ticaret Kanunundaki kitlesel (toplu) temsile ilişkin hükümlerle çeliştiği noktalarda Türk Ticaret Kanunu hükümlerine öncelik verilmeli ve Tebliğ hükümlerinde gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

B. Pay Sahibinin Genel Kurulda Kitlesel (Toplu) Temsilci Aracılığıyla Temsili

Kitlesel (toplu) temsil, küçük pay sahiplerinin belli temsilcilere oy vererek oy birikiminin sağlanması, genel kurulda güç boşluklarının önlenmesi, şirket içi demokrasinin sağlanması amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Genel kurula şahsen katılmak istemeyen pay sahibi, bireysel veya kitlesel (toplu) temsilcilere temsil yetkisi vererek genel kurula katılabilir. Kitlesel (toplu) temsilcilerin varlığı, pay sahibinin bireysel temsilci aracılığıyla genel kurulda temsilini engellemez[16].

Kitlesel (toplu) temsilciler, organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci olarak sıralanabilir. Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci

hiplerinin, genel kurulda oy kullanabilmeleri için, toplantı gününden en geç bir gün önce bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak giriş kartı almaları ve bu kartları ibraz ederek genel kurula katılmaları gerekir. Giriş kartı verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlayan pay sahiplerinin de genel kurula katılması mümkündür, (TTK 415/3). Halka açık anonim şirketlerde hamiline yazılı hisse senetlerinin sahibinin, söz konusu senetleri tevdi etmesi gerekir. Genel kurulda vekâleten oy kullanmak isteyen hamiline yazılı hisse senedi sahibi, tevdi işlemini gerçekleştirmeli, tevdi belgesini notere ibraz etmeli ve tevdi belgesini veya giriş kartını vekalet toplayana teslim etmelidir, (SPK Seri IV No.8 m.7/2).

[15] GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689a, Nr. 8; RUOFF, s. 95; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 584; MEİER, Nr. 8.26, s. 232; KÜNZLE, s. 417; KENDİGELEN, s. 278; BÖCKLİ, Die Aktienstimmrecht, s. 134-136; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 796; KAYA, s. 11-12; LEUENBERGER, s. 35-40; VON SALİS, s. 319.

[16] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 3; MEİER, Nr. 8.19, s. 229; BÖCKLİ, Die Aktienstimmrecht, s. 161; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 23; SCHMİTT, s. 109; VON SALİS, s. 301, 305; WAİDACHER, s. 8, 10.

şirket tarafından tavsiye edilir. Kurumsal temsilci ise, bir pay sahipliği girişimidir. Pay sahipleri, bu kitlesel (toplu) temsilcilere temsil yetkisi verip vermemekte serbesttirler.

Kitlesel (toplu) temsilin niçin getirildiği, işlevi, bu temsile ilişkin kuralların uygulanma alanı ve kitlesel (toplu) temsilcilerden organın temsilcisi ve bağımsız temsilciye ilişkin düzenlemeler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

a. Kitlesel (Toplu) Temsilin Getiriliş Nedenleri

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda kitlesel (toplu) temsilin düzenlemesini gerektiren hukuksal ve ekonomik gelişmeler yaşanmıştır. Bu gelişmeler kısaca şöyledir;

Anonim şirketlerindeki sermaye birikimimin artması, gerekli koşulları taşıyan anonim şirketlerin halka açılmasına, bu şirketlerin paylarının borsada işlem görmesine yol açmıştır. Halka açılan, borsada işlem gören anonim şirketlerin pay sahiplerinin sayısı, binlere, yüz binlere ulaşmıştır. Bu büyük sermaye birikimi içinde, pay sahiplerinin sermayeye katılım oranı oldukça düşük oranlara karşılık gelmiştir. Bunun sonucunda pay sahiplerinin şirketin işleyişine, genel kurul kararlarına etki etme olasılıkları zayıflamıştır. Pay sahiplerinin şirkete katılım amacı, şirketin yönetimine katılmak, pay sahipliğinin getirdiği ortaksal hakları kullanmaktan çok, kar payı elde etmeye yönelmiştir.

Özellikle borsaya kote olmuş anonim şirketlerin genel kurullarında temsil edilen payların oldukça az sayıda olduğu görülmektedir. Bu şirketlerde pay sahipleri, şirketin işleyişinden çok elde edecekleri kar payı ile ilgilenmekte, genel kurula katılma maliyetlerine (yol, konaklama gideri gibi) katlanmak veya bu konuda vakit harcamak istememektedir[17]. Genel kurula katılımın azalması, ortaklığa ilginin atomlara ayrıştırılması olarak adlandırılmaktadır[18].

Genel kurullar yönetim kurulu üyelerinin atanması, azli, kar payı dağıtılması, sermaye artırımı gibi şirketin geleceği için önemli konularda kararların alındığı kurullardır. Genel kurulun şirketin çoğunluğunun isteği yönünde yönetilmesini sağlama fonksiyonu bulunmaktadır. Pay sahipleri genel kurul toplantısına katılmadıkça, oy kullanmadıkça, genel kurulun bu fonksiyonunu yerine getirmesi zorlaşır. Genel kurullara, büyük oranda paya

[17] ABAD, s. 6; KAYA, s. 112-114; ÇEKER, s. 261; KİER, s. 8; LENZ, s. 27; VON DER CRONE, s. 159; BEHNKE, s. 666-667.

[18] BÖCKLİ, Die Aktienstimmrecht, s. 226-228; HANLOSER, s. 358.

sahip olmasa dahi etkin, organize olmuş pay sahipleri katılarak, istedikleri kararların alınmasını sağlayabilirler[19].

Kanun koyucu, pay sahiplerinin genel kurulda temsilini kolaylaştırmak, küçük pay sahiplerinin genel kurulda karar alma sürecinde etkili olabilmesini sağlayan bir sistem getirmek ve böylece ortaklar demokrasinin yaşanmasını sağlamak istemiştir[20]. Bu amaçla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda kitlesel (toplu) temsile ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir.

b. Kitlesel (Toplu) Temsilciler ve İşlevleri

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda kitlesel (toplu) temsilciler, organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci olarak düzenlenmiştir (TTK 428). Kitlesel temsilcilerin temsil yetkisi ve bu yetkinin kullanımına ilişkin düzenlemeler 430 ila 432. maddeler arasında yer almaktadır. Kitlesel temsilcilere ilişkin hükümler arasında yer bulan tevdi eden temsilcisi[21] ise, bireysel temsilci sıfatı taşımaktadır.

Kitlesel (toplu) temsilcilere ilişkin bu düzenlemelerin bir kısmı yabancı hukuklardaki benzer düzenlemelerden esinlenerek hazırlanmıştır. Düzenlemelerin bir bölümü ise yereldir. Kanun koyucu kitlesel (toplu) temsile ilişkin düzenlemelerde, organın temsilcisi ve bağımsız temsilciye ilişkin düzenlemelerde kaynak İsviçre hukukundan yararlanmıştır. Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci kavramları, İsviçre Borçlar Kanunun 689c maddesinde yer almaktadır[22].

Kitlesel (toplu) temsilciler arasında yer alan kurumsal temsilcinin ise, Alman ve İsviçre hukuklarında karşılığı bulunmamaktadır. Kurumsal temsilci işlevi bakımından, Anglo-Sakson hukuk sisteminden doğan ve Amerikan

---

[19] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 325; BEHNKE, s. 666; KÜNZLE, s. 418.

[20] KENDİGELEN, s. 277; SCHERRER, s. 69; ABAD, s. 7; NODOUSHANİ, s. 111; SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 1; WAİDACHER, s. 16-17; HÜTHER, s. 527; TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 178.

[21] Alman hukukunda, tevdi eden temsilcisiyle benzerlik gösteren "Depotstimmrecht" olarak adlandırılan kurum bulunmaktadır (§ 128 II-IV, § 135 AktG). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. HEİLDERBERGER KOMMENTAR/ HOLZBORN, § 135, s. 892 vd; AKTİENGESETZ KOMM./SPİNDLER, § 135, s. 1537; TİLLMANN, s. 5 vd. ; ABAD, s. 10; KAYA, s. 41 vd. ; KİER, s. 20 vd. ; RUOFF, s. 21 vd. ; TUERKS, s. 5 vd.
Tevdi eden temsilcisine ilişkin benzer düzenleme İsviçre hukukunda, İsviçre Borçlar Kanunun 689d maddesinde "Depotvertreter" başlığı ile yer almaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 237 vd. ; WEBER, s. 49 vd. ; SCHERRER, s. 3 vd. ; SCHAAD, Das Depotstimmrecht, s. 14 vd. ; RUOFF, s. 114-129).

[22] Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir, (Bk. III, IV).

hukukunda geniş uygulama alanı bulan Proxy oy sistemi[23] ile bazı noktalarda benzerlikler göstermektedir. Ancak bir pay sahipliği girişimi olan ve sürekliliği bulunmayan kurumsal temsilci, Amerikan hukukunda uzun yıllardan beri yer alan Proxy oy kullanılması sisteminden önemli ölçüde farklı ve kendine özgü bir düzenlemedir.

Türk hukukunda, organın temsilcisi, bağımsız temsilci, kurumsal temsilci gibi çeşitli isimlerle adlandırılan kitlesel (toplu) temsilciler aracılığıyla pay sahiplerinin iradesinin genel kurula yansıması ve ortaklar demokrasisinin sağlanması amaçlanmaktadır. Kitlesel (toplu) temsilin aktörleri olan organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci, siyasi partilere benzetilebilir. Organın temsilcisi, iktidar partisi; bağımsız temsilci, muhalefet partisi; kurumsal temsilciler de diğer partilere benzer bir işlev üstlenmişlerdir. Her temsilci, genel kurul toplantısından önce yayınladığı bildirge ile genel kurulda ne yönde oy kullanacağını açıklar. Paydaşlar bu bildirgelerdeki açıklamaları dikkate alarak istedikleri, kendi düşüncelerine uygun gelen temsilciyi oylarını kullanması için yetkilendirebilirler. Temsilciler, biriken oyları sayesinde genel kurul kararlarında etkili olabilirler.

Kitlesel (toplu) temsilcilerin diğer bir işlevi, biriken oyları sayesinde, azınlığın oluşmasının ve azınlık haklarının kullanılabilmesinin sağlanmasıdır. Küçük pay sahiplerinin bir araya gelerek azınlık oluşturması ve azınlık haklarını kullanması oldukça güçtür. Ancak, temsilcide biriken oylar sayesinde, azınlık için aranan oranının oluşturulması mümkün hale gelir. Böylece genel kurulda çoğunluğun, şirket menfaatlerini gözeten ve azınlığı koruyucu kararlar alması sağlanır. Gerekli durumlarda özel denetim isteme hakkı ve diğer azınlık hakları kullanılabilir[24] (TTK 437, 438).

Bunun yanı sıra, kitlesel (toplu) temsilde biriken oylar sayesinde, ağırlaştırılmış toplantı ve karar yeter sayılarını gerektiren kararların alınması kolaylaşır[25].

---

[23] Proxy oy hakkı (Proxy sistemi), Anglo-Sakson hukukunda doğmuştur. Bu sistem, özellikle Kuzey Amerika'da sıklıkla uygulanmış, oyun temsilci aracılığıyla kullanılması kural halini almış ve temsilcilerin aylar öncesine dayanan genel kurul hazırlıkları ile genel kurul toplantılarına katılım artırılmıştır. Proxy sisteminin Amerikan hukukundaki geniş uygulama alanı bulması, elde edilen deneyimler ve sermaye piyasalarının büyümesi, Alman hukukundaki tevdi eden temsilcisi kurumunu ve diğer Avrupa ülkelerindeki anonim şirket kanunlarını önemli ölçüde etkilemiştir (Proxy oy hakkı -Proxy sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. LENZ, s. 41 vd. ; ABAD, s. 32-36; TUERKS, s. 139 vd. ; HANLOSER, s. 357; SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 2; KÜNZLE, s. 416; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 323; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/VERFÜTH/WOLHWEND, s124-146).

[24] GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689, Nr. 4, Nr. 8.

[25] MOROĞLU, Genel Kurul, s. 293; VON SALİS, s. 306-307; BÖCKLİ, Aktienstimmrecht, s.

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin oy kullanması, yönetimin gücünün ayarlanması, denetlenmesi açısından da önemlidir. Oy kullanma oranı arttıkça şirket organları olan yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki kontrol ve güç dengesi de sağlanır[26].

Yönetim kurulu tarafından belirlenen organın temsilcisinin, yönetim kurulunun şirket içindeki dengelerdeki gücünü artıracağı endişesi doğabilir[27]. Çünkü organın temsilcisinin yüksek oranda oy toplaması, genel kurulda mevcut yönetim kurulunun gücünü, etkisini artırır. Genel kurullar aslında, yönetim kurullarının bir anlamda denetlendiği, gerekli görüldüğünde azledildiği ve sorumluluk davası açılmasına karar verildiği organlardır. Ancak yönetim kurulunun tavsiye ettiği organın temsilcisi vekâleten topladığı oylarla, genel kurulun bu denetleme fonksiyonunu tehlikeye düşürebilir. Genel kurul kararları şirketin gerçek sahibi olan pay sahiplerinin iradesi yönünde değil, belki de pay sahibi dahi olmayan yönetim kurulu üyelerinin iradesi yönünde karar alır hale gelebilir. Bu endişe, kanunda organın temsilcisi gösteren şirketin aynı zamanda bağımsız temsilci önerme zorunluluğu ve kurumsal temsilcilere olanak sağlanması ile giderilmeye çalışılmıştır.

Organ temsilcisi gösterildiği zaman, bağımsız temsilcinin gösterilmesi zorunluluğu, bu temsilcilerin masraflarının şirket tarafından ödenmesi ve temsil prosedüründe yer alan bildirge, ilan gibi işlemlerin genel kurul maliyetlerini artırması, şirketlerin kitlesel (toplu) temsilden uzaklaşmalarına yol açmakta ve kitlesel temsilin öngörülen işlevini yerine getirmesini zorlaştırmaktadır[28].

c. Kitlesel (Toplu) Temsile İlişkin Kuralların Uygulanma Alanı

Kitlesel temsilcilerin işlevi incelendikten sonra, kitlesel (toplu) temsile ilişkin kuralların uygulama alanı tespit edilmelidir[29].

Kitlesel (toplu) temsile ilişkin kuralların, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi, tek kişilik veya kapalı tip anonim şirketlere uygulanacağı tartışmasızdır. Ancak bu hükümlerin Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi anonim şirketlerde uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir.

161; WAİDACHER, s. 17.

[26] LENZ, s. 28-29.

[27] VON SALİS, s. 342; TİLLMANN, s. 126; RAİSER, s. 2257; VAUPEL, s. 63; BEHNKE, s. 667.

[28] KÜNZLE, s. 418.

[29] Makale, 15.5.2012 tarihli yasal mevzuat dikkate alınarak kaleme alınmıştır.

Genel kanun niteliği taşıyan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir (TTK 1534). Kanunun 330. maddesinde, özel kanunlara tabi anonim şirketlerde özel hükümler dışında, bu kısım hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu maddenin gerekçesinde, Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketlerde özel hüküm bulunan hallerde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun hükümlerinin uygulanmayacağı açıklanmıştır.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda, halka açık anonim şirketlerin genel kurullarında genel hükümler çerçevesinde vekâleten oy toplanmasına ilişkin esasları belirlemek ve şirkette yönetimin kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda vekâlet toplayan veya pay iktisap edenlerin, diğer payları satın alma yükümlülüğü ve azınlıkta kalan ortakların kontrolü ele geçiren kişi veya guruplara paylarını satma hakkına ilişkin düzenlemeleri yapma yetkisi Kurul'a verilmiştir (SPK 22/I-i).

Kurul bu yetkiye dayanarak Seri IV No 8 sayılı "Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekâlet ve Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Tebliğ"i yayınlamıştır[30]. Tebliğde yapılan değişiklikler neticesinde[31], Seri IV No 8 sayılı tebliğ sadece halka açık anonim şirketlerin genel kurullarında vekâleten oy kullanılması ve çağrı yoluyla vekâlet toplanması işlemlerini düzenler hale gelmiştir.

Seri IV No 8 sayılı Tebliğde vekil aracılığıyla oy kullanılabilmesi için gerekli düzenlemelere yer verilmektedir[32]. Ancak bu düzenlemelerden bazıları, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun kitlesel (toplu) temsile ilişkin düzenlemeleri ile çelişmektedir. Tebliğde ana sözleşme ile pay sahibi olmayanların vekil olarak atanamayacağının düzenlenebilmesi (m. 4), ana sözleşme ile bir vekilin birden fazla ortağı temsilen oy kullanmasının yasaklanabilmesi (m. 4), intifa hakkı sahibinin vekil aracılığıyla oy kullanabilmesi için intifa hakkının notere tespiti ve imzası noterden onaylı vekâletname çıkarabilmesi (m.5), vekâletname vermek isteyen oy hakkı sahibinin, vekâletname formunu

[30] Bu tebliğ 9.3.1994 tarihli 21672 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

[31] Seri IV No 8 sayılı Tebliğdeki değişiklikler, 19.12.1996 tarihli, 22852 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Seri IV No 21 sayılı Tebliğ ve 06.06.2003 tarihli 25130 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Seri IV No 30 sayılı Tebliğ ile yapılmıştır. Bu tebliğdeki son değişiklik 2.9.2009 tarihli 27337 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Seri IV No 44 sayılı Tebliğ ile yapılmıştır. Seri IV No 44 sayılı tebliğ ile halka açık anonim şirketlerde çağrı yoluyla hisse senedi toplanmasına ilişkin kurallar yeniden düzenlenmiş, bu konuya ilişkin Seri IV No 8 sayılı Tebliğdeki ilgili 14. ila 17. maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. Seri IV No 44 sayılı Tebliğ hakkında ayrıntılı bilgi için bk. DİNÇ, s. 246 vd.

[32] KAYA, s. 117 vd.

doldurarak imzasının noterde onaylatması ve noterce onaylı imza sirkülerinin vekâletname formuna eklenmesi (m.7) özellikle ortaklık tarafından gönderilen ve ilan edilen vekâletname formlarında ortaklık kurullarınca herhangi bir kişi lehine yönlendirme yapılamaması, telkin ve öneride bulunulamaması (m. 6/ son) Tebliğin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile çelişen hükümleridir.

Pay sahiplerine çağrıda bulunarak oy toplanmasına ilişkin ikinci bölümde yer alan düzenlemelerde, ana sözleşmede aksine düzenleme olmadıkça, şirketlerin sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak için pay sahiplerine çağrıda bulunarak genel kurularda oy hakkını kullanmak için vekâlet istenebileceği düzenlenmektedir (m. 11). Vekâlet toplama çağrısında 6.maddenin hükümleri saklı kalmak kaydıyla vekâletname formlarının bu kişilerce bastırılıp, ortaklara gönderilmesi ve ilan edilmesi gerektiği belirtilmektedir (m. 12/1). Vekâleten oy toplama isteyen kişilerin Kurul'a başvurması ve Kurul'un uygun görüşünü almaları gerekmektedir (m.13).

Görüldüğü gibi tebliğ, birinci bölümünde bireysel temsili, ikinci bölümünde toplu temsilde, kurumsal temsilciye yakın bir sistemi düzenlemektedir. Ancak Tebliğin 6. maddesinin son fıkrası ve 12. maddesi ortaklık tarafından herhangi bir kişi lehine vekâlet verilmesi için atama, önerme, yönlendirme ve telkin imkânlarını ortadan kaldırmaktadır.

TTK 428. maddesinden düzenlenen kitlesel (toplu) temsilde, organının temsilcisinin ve bağımsız temsilcinin şirket tarafından belirleneceği, tavsiye edileceği, çağrıda bu kişilerin isimlerine ve bunlara ulaşmayı gerektiren bilgilere yer verilmesinin gerektiği düzenlemektedir. Oysa SPK Seri 4 No 8 sayılı tebliğinin 6 maddesinin son fıkrasında "Ortaklıklar tarafından bu madde uyarınca gönderilen ve ilan edilen formlarında, ortaklık yönetim kurullarınca her hangi bir kişi lehine yönlendirme yapılamaz, telkin ve önerilerde bulunulamaz" hükmü bulunmaktadır. Bu iki hüküm karşılaştırıldığında, pay sahiplerinin şirket tarafından belirlenen kitlesel temsilciler aracılığıyla temsiline ilişkin kuralların sadece kapalı anonim şirketlerde uygulama alanı bulacağı, Sermaye Piyasası Kanuna tabi anonim şirketlerin organın temsilcisi ve bağımsız temsilci atamasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilir[33]. Ancak bu yorum kanun koyucunun amacından uzaklaşılmasına yol açar.

Burada incelenmesi gerekli husus, belli bir olayı düzenleyen genel yasa ve özel yasanının yürürlükte bulunması durumunda hangisinin uygulanacağı,

[33] Bu görüş için bk. ÇEKER, s. 280; KAYA, s. 167.

başka bir ifade ile sonraki tarihli genel yasanın, önceki tarihli özel yasanın aykırı hükümlerini yürürlükten kaldırıp kaldırmayacağıdır.

Eski tarihli yasa özel, yeni tarihli yasa genel nitelikteyse, kanun koyucunun yeni tarihli yasayı çıkarma, çelişen hükümleri düzenleme amacı incelenmelidir. Kanun koyucu, eski tarihli özel yasada düzenlenen bir hususu, sonraki tarihli genel yasada yeni bir yorum, daha farklı bir bakış açısı ile düzenlediyse, artık yeni tarihli genel yasanın hükümlerinin olaya uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır[34]. Bu açıdan değerlendirildiğinde, Tebliğin yürürlük tarihinin 9.3.1994 olduğu, tebliğdeki son değişikliğin 2.9.2009 tarihinde yapıldığı görülmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun yürürlük tarihi 1.7.2012'dir. Görüldüğü gibi genel nitelikteki yasa daha yeni tarihlidir. Bu kanundaki kurumsal temsile ilişkin kurallar incelendiğinde, söz konusu kuralların getiriliş amacının pay sahiplerinin genel kurula katılımının kolaylaştırılması, artırılması olduğu sonucuna ulaşılabilir.

TTK 428 maddede belirtilen organın temsilcisi ve bağımsız temsilci atanmasına ilişkin hükümlerin amaçlarından biri, bu hükmün özellikle halka açık şirketlerde temsilen oy kullanılması yoluyla güç boşluğunun önlenmesidir. Bu amaç kanunun 428. maddesinde ilişkin gerekçede açıkça belirtilmiştir. Ancak madde metninde bu düzenlemenin halka açık anonim şirketlerde uygulanacağının açıkça belirtilmemiş olması ve SPK Seri 4 No 8 sayılı tebliğinin 6 maddesinin son fıkrasında değişiklik yapılmaması önemli bir eksikliktir. Bu eksiklik, lafzi yorum yapıldığında, kitlesel temsile ilişkin kuralların halka açık şirketlerde uygulama alanı bulamaması gibi kanun koyucunun amacına son derece aykırı bir sonucu doğurmaktadır[35].

Kanaatimizce, genel kanunun yeni tarihli olması, kitlesel temsile ilişkin kuralların getiriliş amacı, gerekçede bu amacın açıkça belirtilmesi karşısında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda düzenlenen kurumsal temsile ilişkin kuralların halka açık şirketlere de uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bunun yanı sıra bu hususdaki tereddütlerin giderilmesi için kanunun yürürlüğe girme tarihi olan 1.7.2012 tarihine kadar, SPK Seri IV No 8 nolu Tebliğin 6. maddesindeki söz konusu hüküm kaldırılmalı, diğer çelişen hükümler

[34] ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 81-83.

[35] TTK 428. maddesinde öngörülen temsil kurumlarının sadece payları borsada işlem gören veya en azından payları çok sayıda ortağa dağılmış bulunan halka açık anonim ortaklıklar bakımından bir önem taşıdığı, TTK 428/2'de öngörülen kurumsal temsilcinin sadece halka açık şirketlerde uygulanacağının belirtilmemesinin önemli bir eksiklik olduğu görüşü için bk. KENDİGELEN, s. 281-282.

Türk Ticaret Kanunu ile uyumlu hale getirilerek bu konudaki olası çelişkiler önlenmelidir.

II. ORGANIN TEMSİLCİSİ

A. Tanımı

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun "Organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci" başlıklı 428. maddesinin birinci fıkrasında organını temsilcisi kavramı düzenlenmektedir. Bu madde de organın temsilcisinin şirket tarafından önerilen, şirketle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan bir kişi olması gerektiği, bu kişinin kendisine temsil yetkisi veren pay sahipleri adına genel kurulda oy kullanıp gerekli diğer işlemleri yapacağı ve bu kişinin şirket tarafından esas sözleşme hükmüne göre ilan edilip, internet sitesine konularak pay sahiplerine bildirilmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Kanuni düzenlemede de açıkça ifade edildiği gibi organın temsilcisi[36], şirketle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan ve şirket tarafından kitlesel (toplu) temsilci olarak önerilen kişidir[37].

Anonim şirketin organları, genel kurul ve yönetim kuruludur. Şirketin organlarından yönetim kurulu şirketi temsil eder ve yönetir. Organın temsilcisi, organları temsil eden bir kişi değildir. Organın temsilcisi, yönetim kurulu

[36] "Organın temsilcisi" terimin yerinde bir tercih olmadığı, bu terim yerine "şirketin temsilcisi", "yönetim (veya yönetimin) temsilcisi" veya gerekçede yer alan "organ temsilcisi" teriminin daha yerinde bir tercih olacağı eleştirisi için bkz. KENDİGELEN, s. 282-283.

[37] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 8; MEİER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, Nr. 386; KÜNZLE, s. 418; KENDİGELEN, s. 278; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 796; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 24; KAYA, s. 165; RUOFF, s. 130; SCHLEİFFER, s. 39; WAİDACHER, s. 19; TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 181; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 770.
Yabancı hukuklarda organın temsilcisine karşılık gelen bazı düzenlemeler bulunmaktadır. İsviçre hukukunda 1991 yılında anonim şirketler hukuku reformu ile organın temsilcisi atanması mümkün hale gelmiştir. (OR 689c Art) (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Schaad,** Basler Komm., Art 689c, Nr. 8).
Alman hukukunda, kural olarak şirketin organın temsilcisi atanması mümkün değildir. Ancak Nama Yazılı Hisse Senetleri ve Oy Hakkının Kullanılmasının Kolaylaştırılmasına İlişkin Kanun (Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NastraG) ile Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda (Aktiengesetz (AktG) § 134 Abs 3 Satz 3 maddesinde yapılan değişiklikle, 25 Ocak 2001 tarihinden itibaren şirketin oy temsilcisi olarak birini belirleyebilmesi mümkün hale gelmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. AKTIENGESETZ KOMM./SPINDLER, § 134, s. 1556-1557).
Amerikan hukukunda Proxy sisteminde mevcut yönetim lehine oy toplayan temsilcilerin organın temsilcisi benzeri bir rol üstlendikleri, bu temsilcilerin öneminin ve etkisinin büyük olduğu hakkında bk. TILLMANN, s. 173.

tarafından tavsiye edilen, pay sahipleri yetkilendirirse, bildirgesinde yer alan esaslara göre mevcut yönetim lehine oy kullanacak olan bir temsilcidir[38].

Genel kurulu toplantıya çağırma görevi, yönetim kuruluna aittir. Genel kurul gündemi yönetim kurulu tarafından hazırlanır. Bunun sonucunda, organın temsilcisinin kim olacağı, mevcut yönetim kurulu tarafından belirlenir. Yönetim kurulu tarafından belirlenen ve bu görevi kabul eden kişi, genel kurul çağrısında, organın temsilcisi olarak önerilir[39].

Organının temsilcisi, genellikle, şirketin içinden seçilir. Yönetim kurulu, kendi üyelerinden birini veya kendisi ile bağlantılı bir kişiyi organın temsilcisi olarak tavsiye edebilir. Şirketin kendisinin, büyük ortağının, yönetim kurulu üyesinin, ticari mümessilin veya bir çalışanın organın temsilcisi olarak seçilebileceği kabul edilmektedir. Ancak organın temsilcisinin pay sahibi olması zorunlu değildir. Şirkete bağımlı, dışarından üçüncü bir kişide (şirketin avukatı, mali müşaviri gibi) organın temsilcisi olarak seçilebilir[40,41].

Anonim şirketler, organın temsilcisi gösterip göstermemekte serbesttirler. Organın temsilcisinin gösterilmemesi pay sahibinin temsil ve oy kullanma hakkını sınırlamaz, ortadan kaldırmaz[42] .

[38] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 8; MEİER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, Nr. 386; KÜNZLE, s. 418; KENDİGELEN, s. 278; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 796; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 24; KAYA, s. 165; RUOFF, s. 130; SCHLEİFFER, s. 39; WAİDACHER, s. 19; TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 181; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 770.

[39] RUOFF, s. 133; BOTSCHAFT DES BUNDESRATES 1983, S. 87; VON SALİS, s. 322-323; WAİDACHER, s. 25; STUDER, s. 3, 12; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 771; KENDİGELEN, s. 279; KAYA, s. 165.
Şirketin gösterdiği organın temsilcisinin, öngörülemeyen bir hastalık, kaza, istifa gibi nedenlerle genel kurula katılamayacak olması halinde, şirket yönetim kurulunun şirkete bağımlı bir başka kişi belirlemesinin mümkün olduğu; ancak bağımsız temsilci değişikliğinin, yeni atanan kişinin bağımsızlığında şüphe yaratabileceği gerekçesiyle mümkün olmadığı görüşü için bk. STUDER, s. 140-141.

[40] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 247; SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 9; TİLLMANN, s. 172; SCHLEİFFER, s. 39-41; SCHMİTT, s. 105; KAYA, s. 166; VON SALİS, s. 322; WAİDACHER, s. 19; LENZ, s. 177; RUOFF, s. 135; TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 181; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 797.

[41] İsviçre hukukunda organın temsilcisinin şirketle yakınlığı nedeniyle çıkar çatışması yaşayabileceği, organın temsilcisinin bir taraftan şirketle olan yakın ilişkisi, diğer taraftan pay sahibinin yönetim kurulu aleyhine oy verilmesi yönündeki talimatlarına uyma zorunluluğunun menfaat çatışması yaratabileceği belirtilmiştir (BOTSCHAFT DES BUNDESRATES 1983, s. 85-87; RUOFF, s. 131; WAİDACHER, s. 28, 190). Ancak Türk hukukunda organın temsilcisine bildirge yayınlama zorunluluğu getirilmesi, bu bildirgenin temsilciye talimat niteliği taşıması ve bildirge dışında temsilciye talimat verilememesi bu tip tartışmaların doğmasını önlemiştir.

[42] VON SALİS, s. 342.

Şirket, organın temsilcisini belirlerse, aynı zamanda bağımsız temsilci de belirlemekle yükümlüdür. Şirketin bağımsız temsilci göstermesi önemlidir. Çünkü aksi görüşteki pay sahiplerine, görüşlerini doğru şekilde genel kurula yansıtacak bir temsilci atayabilme imkânı tanınmalıdır. Şirket, organ temsilcisi göstermeyip sadece bağımsız temsilci de gösterebilir[43].

Şirket organın temsilcisini gösterip, bağımsız temsilci göstermiyorsa, pay sahipleri bağımsız temsilci gösterilmesini mahkemeden talep edebilirler. Genel kurul bağımsız temsilci atanmadan yapılırsa, genel kurulda alınan karar iptal edilebilir[44].

B. Hukuki Niteliği

Anonim şirket yönetim kurulu, organın temsilcisi olarak tavsiye edeceği kişiye, organın temsilcisi olma teklifi yöneltmelidir. Organın temsilcisi olma teklifi yöneltilen kişi, bu görevi kabul ettiğinde şirket ile arasında hukuki ilişki kurulmuş olur. Şirket, bu kişiyi, organın temsilcisi olarak pay sahiplerine önerebilir. Pay sahipleri, organının temsilcisine temsil yetkisi verirlerse, bu kez de organın temsilcisi ile pay sahibi arasında hukuki ilişki kurulur. Şirket, organın temsilcisi ve pay sahibi arasındaki bu ilişkilerin hukuki niteliği incelenmelidir.

Yukarıda da açıkladığımız gibi, organın temsilcisi (ve bağımsız temsilci) bir pay sahipleri girişimi değildir. Bu kişiler şirket tarafından belirlenir. Bu kişiler organın temsilcisi olmayı açıkça veya zımnen kabul ettiklerinde, genel kurulda pay sahiplerinin temsili için gerekli işleri yapmayı üstlenirler. Şirket bu kişilere söz konusu temsilcilik işlevini yerine getirmeleri için belli bir karşılık ödeyebilir. Yine temsil belgelerinin hazırlanması ve bildirge yayınlanması için gerekli masraflar şirket tarafından karşılanır. Bunun karşılığında organın temsilcisi, bildirgesi doğrultusunda temsilen oy kullanmakla yükümlüdür. Görüldüğü üzere, organın temsilcisi (ve bağımsız temsilci) ile şirket arasında bir iş görme sözleşmesi vardır[45].

Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci kanunda tanımlansa da, burada kanuni bir temsili yoktur. Organın temsilcisi ile oy hakkı sahibi arasında iradi temsil ilişkisi bulunmaktadır. Pay sahibi şirket tarafından önerilen organın

[43] MEİER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, Nr. 386; SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 4-5; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 248; TİLLMANN, s. 172; MOROĞLU, Genel Kurul, s. 295; SCHERRER, s. 12, 118; LENZ, s. 175-176; RUOFF, s. 131-132; SCHMİTT, s. 105; VON SALİS, s. 322; MEİER, s. 231; GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689c, Nr. 3; KAYA, s. 166, 175.

[44] GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689c, Nr. 4; SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 5.

[45] VON SALİS, s. 321; LENZ, s. 177; RUOFF, s. 135.

temsilcisine kendi adına oy kullanması için temsil yetkisi verip vermeme konusunda özgürdür[46].

Pay sahibi ile şirket arasında genel kurula katılma ve oy kullanma haklarını içeren bir ortaklık ilişkisi bulunmaktadır. Pay sahibi bu hakkını, şirket tarafından tavsiye edilen organın temsilcisi aracılığıyla kullanmak isteyebilir. Organın temsilcisini kendi ad ve hesabına oy kullanması ve genel kurulda diğer işlemleri yapması konusunda yetkilendirir. Bu yetkilendirme neticesinde, organın temsilcisi genel kurulda, pay sahibinin ad ve hesabına oy kullanabilir. Bu durumda iki ilişki ortaya çıkar: Pay sahibi ile organın temsilcinin ilişkisi iç ilişki, organın temsilci ile şirket arasındaki ilişkisi dış ilişkidir. Temsil iç ilişkide ve dış ilişkide etkisini gösterir. İç ilişki borçlar hukuku temellidir. Bu ilişkide, organının temsilcisi olarak adlandırılan kişi, genel kurulda hangi yönde oy kullanacağını bildirge adı verilen belge ile açıklar. Bu belge doğrultusunda, organın temsilcisi temsil yetkisi gönderen pay sahibi adına ve hesabına bildirgede belirtilen yönde oy kullanmakla yükümlüdür. Temsilci ile şirket arasındaki dış ilişki, bildirgedeki yetkilendirmeye göre şekillenir. Yetkili temsilci, şirkete karşı pay sahibinin haklarını kullanır[47].

Organın temsilcisi ile pay sahibi arasındaki bu ilişki, sadece yetkilendirme değil aynı zamanda yükümlülükleri de içeren temsil ilişkisine dayalı vekâlet sözleşmesidir[48]. Organın temsilcisi, genel kurula katılmalı, genel kurulda, kendisini yetkilendiren pay sahiplerinin oylarını bildirgesine uygun bir şekilde kullanmalı ve gerekli diğer işlemleri yapmalıdır. Aksi halde, sorumluluğu doğar. Bu husus, Kanunun 428. maddesinin beşinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Bu fıkrada, kusurlu olarak bildirgesine, kanuna aykırı hareket eden, hileli işlemlerde bulunan kurumsal temsilcinin Borçlar Kanununun 506. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gereğince sorumlu olacağı belirtilmektedir[49]. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında

[46] SCHLEİFFER, s. 43; WAİDACHER, s. 138.

[47] VON SALİS, s. 304-305.

[48] RUOFF, s. 139; VON SALİS, s. 443; LEUENBERGER, s. 44; NODOUSHANİ, s. 150-151; VAUPEL, s. 69; BEHNKE, s. 666; SCHLEİFFER, s. 43. Bu ilişki, oy sözleşmesi olarak nitelendirilemez. (Oy sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZİLLMANN, s. 237-244; WAİDACHER, s. 12; MEİER, s. 210; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 593 vd.)

[49] Yeni Borçlar Kanunun 506. maddesi şöyledir:
"2. Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme
a. Genel olarak
MADDE 506- *Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*

kurumsal temsilcinin 510. maddesini ileri sürerek pay sahiplerinden ücret talep edemeyeceği düzenlenmiştir. Borçlar Kanunun bu maddeleri vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler içermektedir. Bu maddeler her ne kadar kurumsal temsilciyi konu alsa da, bu hükümlerin organın temsilcisine de uygulanacağı kabul edilmelidir.

C. Yetkilendirilmesi

Pay sahibinin organın temsilcisine temsil yetkisi verebilmesi için, öncelikle, şirketin organın temsilcisi ve bağımsız temsilci olarak tavsiye edeceği kişileri belirlemesi gerekmektedir. Pay sahibi, şirket tarafından belirlenen bu kişileri, genel kurulda kendisini temsil etmesi için yetkilendirilebilir.

Kitlesel (toplu) temsilcilerin ve dolayısıyla organın temsilcisinin belirlenme ve vekâlet toplama süreci TTK 428/1, 430. ve 431. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre, şirketin, organın temsilcisini yetkilendirmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Şirket organın temsilcisini tavsiye ediyorsa, aynı zamanda bağımsız bir temsilci de belirlemelidir. Şirket belirlediği organın temsilcisini ve bağımsız temsilciyi esas sözleşme hükümlerine göre ilan edip şirketin internet sitesine koymak zorundadır (TTK 428/1).

Bu temsilciler, genel kurul toplantısına ilişkin çağrıda ilan edilmelidir[50]. Organın temsilcisinin ve bağımsız temsilcinin kim olduğu (ad-soyadı) ve bu kişilere nasıl ulaşılacağı (adresi, telefon numarası, elektronik posta adresi vs) tam ve doğru bir şekilde ilanda ve şirketin internet adresinde yer almalıdır (TTK 414 ve 430, 431).

Kitlesel (toplu) temsilciler, temsil belgelerinin içeriğini ve oylarını hangi yönde kullanacaklarını ve gerekçelerini, radyo, televizyon, gazete ve diğer araçlarla açıklamalıdırlar (TTK 430). Temsilciler, bildirgelerini, çağrıdan toplantı tarihine kadar olan en az iki haftalık süre içinde yayınlanmalıdır. Bu

---

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.
Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır."

[50] TTK 414 maddesine göre, genel kurulun çağrı şekli, genel kurulun toplantıya esas sözleşmede öngörülen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret sicil Gazetesinde yayınlanan ilanla gerçekleşir. Bu çağrı ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden itibaren en az iki hafta önce yapılır. SPK 11/6 madde hükmü saklıdır. Bu ilan ve bildirimler, şirket internet sitesinde de yapılmalıdır (TTK 482/2).

süre içinde, kitlesel (toplu) temsilciler, yayınladıkları bildirge doğrultusunda, temsil edilecek oylara ilişkin vekâletname toplarlar. Pay sahipleri genel kurul toplantı gününe kadar, hatta genel kurul toplantısı başlayıncaya kadar, bu temsilcileri yetkilendirebilirler. Pay sahiplerinin organın temsilcisine veya bağımsız temsilciye vekâlet vermeleri için kanunda öngörülen bu süreyi kısaltan bir süre öngörülemez[51].

Şirket tarafından tavsiye edilen organın temsilcinin, pay sahibi tarafından yetkilendirilmesi, bireysel temsilcinin atanmasına ilişkin kurallara tabidir[52]. Pay sahipleri paylarının türüne göre, gerekli koşulları gerçekleştirerek temsil yetkisini verirler[53].

TTK 1527/2 maddesi gereğince, şirket ana sözleşmesinde öngörülmesi koşuluyla, genel kurullara elektronik yolla katılmaya ilişkin tebliğ düzenlendikten sonra, Alman hukukundaki gibi[54] Türk hukukunda da gerek organın temsilcisinin gerekse bağımsız temsilcinin ve diğer temsilcilerin internet aracılığıyla yetkilendirilmesi mümkün olabilecektir[55]. Hatta Kanunun

---

[51] VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/JUTTA LOMMATZSCH, s. 39; VON SALİS, s. 424-425.

[52] GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689b, Nr. 2; SCHERRER, s. 115; KAYA, s. 114-115; ÇEKER, s. 269; RUOFF, s. 98.

[53] Bkz. yuk. I. A.

[54] Alman hukukunda. nama yazılı payların internet aracılığıyla genel kurulda oy kullanabilmesine olanak sağlayan (Namenaktiengesetz- NaStraG) kanun 18.1.2001 tarihinde yayınlanmış, 25 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir (BGBI. I, Nr. 4, s. 123). 19.7.2002 tarihinde ise şirketlerin şeffaflığı ve açıklığına ilişkin düzenlemeleri konu alan kanun (Transparenz- Und Publizitaetsgesetz- TransPuG) yürürlüğe girmiştir (BGB1 I s. 2681). Bu düzenlemeler sonrasında nama yazılı pay sahiplerinin genel kurullara katılımları veya temsilcilerini yetkilendirilmelerinin internet aracılığıyla elektronik şekilde yapılması mümkün hale gelmiştir (LENZ, s. 36, 466-467; HANLOSER, s. 355; ZÄTZSCH, s. 393-394; BEHNKE, s. 674; HÜTHER, s. 522; SCHMİDT, s. 1644).
İnternet aracılığıyla yapılacak bu katılım ve yetkilendirmenin ana sözleşme ile sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı tartışmalıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. HEILDERBERGER KOMMENTAR/ HOLZBORN, § 135, s. 897; NOACK, s. 241, VIRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 25; VIRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/FUHRMANN/ GÖCKELER/ERKENS, s. 107.

[55] İnternet aracılığıyla genel kurula katılma ve temsilci atama Amerikan ve Alman hukuklarında mümkündür. İsviçre hukukunda buna imkân sağlayacak kanuni düzenlemelerin getirilmesi gerektiği savunulmaktadır (VON DER CRONE, s. 160-161, 167). Genel kurullara pay sahiplerinin internet aracıyla katılması ve temsilcilerin internet üzerinden yetkilendirilmesinin olumlu yönü olarak, genel kurula katlıma oranının önemli ölçüde artacağı gösterilmektedir. Olumsuz yan olarak da, çok sayıda ortaklı şirketlerin pay sahiplerinin genel kurulla internet aracılığıyla katılmasını sağlayacak elektronik alt yapı için önemli harcamalar yapması gerekeceğini, şirketlerin bu harcamalardan kaçınabileceği belirtilmektedir (Bu konuda ayrıntılı

1527. maddesinin beşinci fıkrası gereğince, borsaya kote anonim ortaklıklarda elektronik ortamda genel kurula katılma ve oy verme sisteminin uygulanması zorunlu olacaktır.

Yetkilendirme belgesindeki bilgiler eksiksiz olmalıdır. Yetkilendiren oy hakkı sahibini adı soyadı, payların çeşidi, sayısı, hangi genel kurulu için yetkilendirildiği açıkça anlaşılmalıdır[56].

Pay sahibinin temsil yetkisi verdiğini gösteren belgeler, pay sahibi tarafından yetkilendirdiği temsilciye ulaştırılmalıdır. Şirkete gönderilen yetkilendirme belgeleri de, şirket tarafından kitlesel temsilcilere iletilmelidir. Temsil yetkisi veren belgeler, kitlesel temsilci tarafından şirkete sunulmalıdır[57].

Pay sahibi ile organın temsilcisi arasında temsil ilişkisi bulunduğundan, yetkilendirme, kitlesel temsilci genel kurulda oy kullanıncaya kadar her zaman geri alınabilir. Geri almanın bir nedene dayanmasına gerek yoktur. Geri alma, temsil yetkisini ortadan kaldırır. Geri almayı zorlaştıran veya tazminat yükümlülüğü öngören sözleşmeler geçersizdir[58].

Kitlesel (toplu) temsilcilere verilen sürekli yetkilendirme geçersizdir[59]. Yetkilendirmenin tek bir genel kurul toplantısı için verildiği kabul edilmelidir. Genel kurulun sona ermesi ile birlikte, temsilciye verilen yetki varsa sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar[60], (Seri IV No 8 Tebliğ, 10. maddesi). Bunun tek istisnası azınlığın talebi üzerine ertelenen genel kurul toplantısı olabilir, (TTK 422). Çünkü erteleme sonrasında yapılan genel kurul, bağımsız bir genel kurul değil, birinci genel kurulun devamı niteliği taşıyan bir genel kuruldur[61].

---

bilgi için bk. VON DER CRONE, s. 156- 167).

[56] HEİLDERBERGER KOMMENTAR/ HOLZBORN, § 135, s. 898; VON SALİS, s. 428.

[57] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 21.

[58] HEİLDERBERGER KOMMENTAR/ HOLZBORN, § 135, s. 898; AKTİENRECHT/LUDWİG, s. 1140; KİEFNER, s. 889; GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689b, Nr. 3; RUOFF, s. 97.

[59] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 249; NOACK, s. 1062; BEHNKE, s. 673-674; SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 10; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 287; RUOFF, s. 138; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 587; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 776.
Alman doktrininde, organın temsilcisine sürekli bir şekilde, genel kurullarda oy kullanabilmesi için yetki verilebileceği ileri sürmektedir (VIRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/ BUNKE, s. 29).

[60] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 287.

[61] Kanaatimizce azınlığın talebi üzerine ertelenen genel kurulun, bağımsız bir genel kurul sayılmaması kanun koyucunun amacına daha uygundur. Böylece erteleme üzerine toplanan genel kurulda azınlığın yeni erteleme gerekçeleri ileri sürerek genel kurulu çeşitli defalar erte-

Birden fazla paya sahip kişinin, paylarının bir kısmının temsilinde organının temsilcisini, bir kısmının temsilinde ise bağımsız temsilciyi yetkilendirip yetkilendiremeyeceği incelenmelidir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda oy hakkında payı merkez alan bir anlayış bulunmaktaydı. Bu anlayış doğrultusunda, pay sahibinin birden fazla oy hakkına sahip olması halinde, bir öneri hakkında aynı zamanda hem olumlu hem de olumsuz oy kullanabileceği savunulmaktaydı[62].

Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun oy hakkında pay sahipliğini merkez alan anlayışı[63] karşısında aynı görüşü savunmak güçtür. Oy hakkının kaynağı olarak gösterilen pay sahibi, genel kurulda oylarının itibari değerine orantılı olarak oy kullanır. Buna göre, birden fazla paya sahip olan pay sahibinin, bazı payları için organın temsilcisine bazı payları için bağımsız temsilciye yetki vermesi mümkün değildir. Aynı öneri konusunda birden fazla oy hakkına sahip pay sahibi, bazı paylarından kaynaklanan oylarını öneri doğrultusunda şahsen, diğer paylarını öneri karşıtlığı olarak temsilci aracılığıyla kullanamamalıdır[64].

---

letmesi ve genel kurulun bilançoyu onaylamadığı gerekçesiyle haklı nedenle şirketin feshi davası açması önlenir, (Aynı görüşte İMREGÜN, AO, s. 317; TEKİNALP, İÜHFM 1976, s. 242; ŞENER, s. 133; AYAN, s. 48, Aksi görüşte BİRSEL, s. 640).

[62] TEOMAN, Pay Sahibinin Değişik Yönde Oy Kullanması, s. 15 vd. ; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 584.

[63] 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda oy hakkında pay sahipliğinin merkez alınmasının sakıncaları ve kanunda bu anlayışıyla çelişen başkaca düzenlemelerin bulunduğu eleştirileri hakkında bk. MOROĞLU, TTK Tasarısı, s. 220; TEOMAN, Oy Hakkı, s. 10.

[64] Bu konuda Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi bir kararında birden fazla paya sahip ortağın genel kurulda aynı yönde oy kullanması gerektiğini, pay sahibinin oylarını bir kısmını temsilciler aracılığıyla farklı yönde kullanamayacağını, bu yolla kullandığı oyların geçersiz sayılması gerektiğini belirtmiştir. Kararda, oyların bu şekilde kullanılmasının haklı ve korunmaya değer bir yanının bulunmadığı, oy verme işleminin, genel kurul iradesinin oluşturulmasına yönelik bir irade açıklaması olduğu ve irade açıklamasının kendi içinde tutarlı olması gerektiği ifade edilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar, Alman mahkemesinin kararının yerinde olduğunu, bir pay sahibinin bir tane temsilcisinin olması ve oyların aynı yönde kullanılması gerektiğini savunmaktadırlar, (SCHMİDT, s. 1644; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1325).
Bazı yazarlar ise her payın bağımsız bir ortaklık mevkii oluşturduğu, oy hakkının oydan kaynaklandığı gerekçesiyle, birden fazla paya ve oya sahip pay sahibinin, aynı öneri hakkında değişik yönde oy kullanabileceğini, bazı paylarını için organının temsilcisine bazı payları için bağımsız temsilciye temsil yetkisi verebileceğini savunmaktadırlar (AKTIENGESETZ KOMM./SPINDLER, § 134, s. 1555; TEOMAN, Pay Sahibinin Değişik Yönde Oy Kullanması, s. 19-20; BÖCKLI, Die Aktienstimmrecht, s. 29; KAYA, s. 7; ÇEKER, s. 29; HÜFFER, AktG § 1, Nr. 2; VON SALIS, s. 349; AKTIENRECHT/LUDWIG, s. 1117).

D. Hak ve Yükümlülükleri

a. Pay Sahibini Temsilen Genel Kurula Katılma ve Oy Kullanma Hakkı

Organın temsilcisi, temsil ettiği pay sahipleri ad ve hesabına genel kurula katılıp oy kullanabilir[65]. TTK 428. maddesinin birinci fıkrasında organın temsilcisinin oy kullanıp "ilgili diğer işlemleri yapması için" temsilci olarak atanacağı belirtilmektedir. Bu madde gereğince, organın temsilcisi oy kullanmanın yanı sıra, açıklama, bilgi alma ve görüş bildirme, soru sorma haklarını da kullanabilir[66].

Organın temsilcisinin bildirgesinde, gündemdeki maddelere olumlu oy kullanacağına ilişkin bilgiler yer alır. Bu nedenle, organın temsilcisinin genel kuruldaki kararlara muhalefet şerhi koyması, özel denetçi atanması, genel kurul toplantısının ertelenmesi gibi azınlık haklarını kullanması söz konusu olmaz.

Tüm kitlesel (toplu) temsilciler gibi organın temsilcisi de, temsil ettiği pay sahibinin kanundan veya ana sözleşmeden kaynaklanan oy hakkı kısıtlamalarına tabidir (TTK 436). Temsil edecekleri oya ilişkin bir sınırlama olup olmadığının belirlenmesinde, genel kurulun toplandığı gündem maddeleri dikkate alınmalıdır. Bildirim yükümlülüğü nedeniyle, temsil edilecek oyların sayısı, çeşidi, itibari değeri, grubu ve temsil belgeleri şirkete sunulmalıdır (TTK 431). Bu bildirim sayesinde şirket, daha doğrusu mevcut yönetim kurulu, temsil yetkisi veren kişinin oy sınırlarına tabi olup olmadığını, birden fazla kişiye temsil yetkisi verilip verilmediğini denetleyebilir[67].

Organın temsilcisi, genel kurulda temsil ettikleri pay sahiplerinin çıkarlarını zedelemeden, önceden ilan ettikleri bildirge doğrultusunda oy kullanmalıdır[68]. Temsil ettiği payların sayısını tam ve doğru bir şekilde genel kurala yansıtmalıdır. Bu yükümlüğünü gereği gibi yerine getirmeyen

---

[65] VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/JUTTA LOMMATZSCH, s. 36; HEİLDERBERGER KOMMENTAR/ HOLZBORN, § 135, s. 906; SCHMİDT, s. 1644-1645; WAİDACHER, s. 152.

[66] SCHMİDT, s. 1645; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 598.

[67] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 11-12, Nr. 25; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 309; GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689c, Nr. 10.

[68] Organın temsilcisinin pay sahibi olması halinde, temsilci olarak kendisini yetkilendirenler adına oy kullanması, kendi oy hakkını dondurmaz veya etkilenmez. Pay sahibi olan organın temsilcisi, genel kurulda asaleten veya yetkilendireceği temsilci aracılığıyla oyunu istediği yönde kullanabilir.

temsilcinin şirkete ve temsil ettikleri pay sahiplerine karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğu doğar. Organın temsilcisinin pay sahiplerine karşı olan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan sözleşmeler geçersizdir (TTK 428/5)

b. Ücret Hakkı

Türk Ticaret Kanununun 428. maddesinin üçüncü fıkrasında, kurumsal temsilciliğin pay sahipliği girişimi olduğu, meslek olarak ve ivaz karşılığında yürütülemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin devamında kurumsal temsilcinin Türk Borçlar Kanununun 501'inci maddesini ileri sürerek temsil ettiği pay sahiplerinden herhangi bir talepte bulunamayacağı belirtilmiştir.

Organın temsilciliği bir pay sahipleri girişimi değildir. Bu kişi şirket tarafından belirlenir. Şirket bu kişiye temsilcilik işlevini yerine getirmesi için belli bir karşılık ödeyebilir. Yine temsil belgelerinin hazırlanması ve bildirge yayınlanması için gerekli masraflar şirket tarafından karşılanabilir. Ancak, kurumsal temsilcinin ücret talebine ilişkin 428. maddenin üçüncü fıkrasının kıyasen uygulanması yoluyla organın temsilcisinin de bu işi meslek olarak yürütülemeyeceği, bu kişilerin temsil ettikleri pay sahiplerinden ücret veya başkaca bir talepte bulunamayacağı kabul edilmelidir.

c. Bildirgeye Uygun Davranma Yükümlülüğü

Organın temsilcisinin, temsil belgesinin içeriğini ve oyunu hangi yönde kullanacağını, gerekçeleri ile birlikte iletişim araçları aracılığıyla açıklaması gerekmektedir (TTK 430). Organın temsilcisi, mevcut yönetim lehine oy kullanacağını açıklayan bir temsilci olduğu için, bildirgesinde gündem maddeleri yönünde oy kullanacağı ve gerekçelerinin yer alması gerekmektedir. Bildirgede yer alan bilgiler, pay sahipleri tarafından organın temsilcisine verilmiş talimat niteliği taşırlar (TTK 428/4). Pay sahipleri, organın temsilcisine bildirge dışında talimat veremezler.

Organın temsilcisinin kendisini yetkilendiren pay sahiplerini genel kurulda temsil etmesi ve oyunu bildirgeye uygun şekilde kullanması gerekir[69] (TTK 427/1).

[69] İsviçre hukukunda, kitlesel temsilcilere, talimat verilmeksizin temsil yetkisinin verilmesi önemli bir sorun oluşturmaktadır. Eğer pay sahibi temsilciye sadece temsil hakkı vermiş, ancak hangi yönde oy kullanması gerektiğine ilişkin bir talimat vermemişse, organın temsilcisi, yönetim kurulunun yaptığı talimat yönünde oy kullanır. Bu bağımsız temsilci içinde geçerlidir. Burada gerçek olmayan hukuk boşluğu bulunmaktadır. Talimat vermeyen pay sahibi, temsilcinin sorumluğuna gidemez, (GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689c, Nr. 7; SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 13; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 282; TİLLMANN, s. 172; SCHERRER, s. 177-181; RUOFF, s. 141-142; VON SALİS, s. 447-454; WAİDACHER, s. 111 vd).

Organın temsilcisinin bildirgesine aykırı oy kullanması durumunda, kullanılan oy geçerlidir. Temsilcinin talimata aykırı oy kullandığı gerekçesiyle genel kurul kararının iptalinin talep edebilmesi mümkün değildir. Ancak pay sahibi, temsilciye karşı temsil ilişkisinden kaynaklanan haklarını kullanabilir[70] (TTK 427/1).

Türk Ticaret Kanununun 428. maddesinin beşinci fıkrasında kusurlu olarak bildirgesine, kanuna aykırı hareket eden veya hileli işlemler yapan kurumsal temsilcinin fiil ve kararlarının sonuçlarından Türk Borçlar Kanunu'nun 506. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca sorumlu olduğu ve bu sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan sözleşmelerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu maddenin organın temsilcisi ve bağımsız temsilcilere de uygulanması ve bildirgesine, kanuna aykırı davranan veya hileli işlemler yapan kurumsal temsilcilerin söz konusu maddede öngörülen yaptırımla karşılaşması gerekmektedir.

d. Sır Saklama Yükümlülüğü

Temsilciler, sadece kendileri tarafından temsil edilecek payların sayılarını, çeşitlerini, itibari değerlerini ve gruplarını şirkete bildirmekle yükümlüdürler (TTK 431). Payın sahibinin adı soyadı veya başkaca bir bilgi istenmemektedir. Bu husus, hamiline yazılı paylarda daha da önem kazanır. Organın temsilcisi, pay sahibi ile arasındaki vekâlet ilişkisi gereğince sır saklama yükümlülüğüne tabidir[71].

Organın temsilcisi, kendisine temsil yetkisi veren pay sahiplerine ilişkin bilgileri, yetkisiz kişilere verir veya ifşa ederse, özel hukuktan kaynaklanan tazminat yükümlülüğünün yanı sıra, cezai yaptırımlarla da karşılaşabilir (TCK 239).

III. BAĞIMSIZ TEMSİLCİ

A. Tanımı - Hukuki Niteliği

Bağımsız temsilci, şirket tarafından önerilen, genel kurulda mevcut yönetim kurulunun önerilerinin aksi yönünde oy kullanacak temsilcidir[72]

[70] GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689b, Nr. 5; RUOFF, s. 97.

[71] LEUENBERGER, s. 44; NODOUSHANİ, s. 150-151; VAUPEL, s. 69; Kitlesel temsilcilerin kanun gereği temsil ettikleri oyları ve bu oylarla ilgili bilgileri açıklamak zorunda oldukları ve sır saklama yükümlülüğüne tabi olmadıkları görüşü için bk. **Schaad,** Basler Komm., Art 689c, Nr. 29.

[72] Yabancı hukuklarda bağımsız temsilciye ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, İsviçre Borçlar

(TTK 428/1). Bağımsız temsilci, organının temsilcisinin alternatifini, karşı tarafını oluşturur. Bu temsilci, genel kurulda, muhalefet partisi benzeri bir rol üstlenmektedir. Yönetim kurulunun organın temsilcisi aracılığıyla oy toplayarak artan yönetim gücünü sınırlandıran bir işleve sahiptir[73].

Anonim şirketin organının temsilcisi önermesi durumunda, bağımsız temsilci de önermesi gerekmektedir. Bağımsız temsilci atanmadan sadece organın temsilcisi gösterilerek genel kurul kararı alınması durumunda bu genel kurul kararı iptal edilebilir[74]. Teorik olarak, şirketin organın temsilcisi önermese bile, bağımsız temsilci önermesi mümkündür.

Bağımsız temsilcinin mevcut yönetim kuruluna karşı vekâlet toplama, oy kullanma sürecinde etki altında kalmasının önlenmesi için, şirketten bağımsız bir kişiler arasından seçilmelidir[75].

Bağımsız temsilci olacak kişi, mevcut yönetim kurulu tarafından belirlenir. Bağımsız temsilci olarak önerilen kişi, bu görevi kabul edip etmemekte serbesttir. Kişi bağımsız temsilci olarak genel kurulda temsilen oy kullanmayı kabul ettiğinde, bağımsız temsilci ile şirket arasında iş görme sözleşmesi kurulur. Bağımsız temsilci, şirkete karşı, temsilcilik görevini yerine getirmek, temsilci olarak atandığı oyları genel kurulda temsil etmekle yükümlüdür[76]. Belirlenen bağımsız temsilci, genel kurul toplantı çağrısında gösterilir. Bu çağrı, şirketin esas sözleşmesinde gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilanla yapılır. Çağrı, toplantı ve ilan günleri hariç olmak üzere genel kurul toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılmalıdır[77] (TTK 414/1, 428/2).

Kanunun 689c maddesinde paralel bir düzenleme olduğu görülmektedir. Alman hukukunda ve Amerikan hukukundaki Proxy oy sisteminde bağımsız temsilciye karşılık gelen bir düzenleme bulunmamaktadır (TİLLMANN, s. 173-174; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 799; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 24; KAYA, s. 169; VON SALİS, s. 324. RUOFF, s. 145; WAİDACHER, s. 61, 191; SCHMİTT, s. 105).

[73] TİLLMANN, s. 173, TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 182.

[74] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 15; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 288; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 798-799; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 772. WAİDACHER, s. 65.

[75] TİLLMANN, s. 174; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 799; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 24; KAYA, s. 169; VON SALİS, s. 324. RUOFF, s. 145; WAİDACHER, s. 61, 191; SCHMİTT, s. 105

[76] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 23; RUOFF, s. 147.

[77] İsviçre hukukundaki bağımsız temsilcinin kimin tarafından (yönetim kurulu, ticari mümessil) ve ne zamana kadar atanacağı sorunu, Türk hukukunda Türk Ticaret Kanununun 428. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki düzenlemeler ile çözülmüştür (İsviçre hukukun-

Pay sahipleri, şirket tarafından önerilen bağımsız temsilciyi yetkilendirip yetkilendirmeme hususunda özgürdürler. Pay sahipleri ile bağımsız temsilci arasındaki ilişki, pay sahibinin bağımsız temsilciyi yetkilendirilmesi ile doğar. Pay sahibi ile bağımsız temsilci arasında doğrudan temsil ilişkisine dayalı vekalet sözleşmesi kurulur[78]. Bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, vekâlet sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanır. Ancak TTK 428 maddesinde, bağımsız temsilcinin pay sahibinden ivaz isteyemeyeceği ve BK 510 maddesine göre talepte bulunamayacağı öngörülmüştür.

B. Bağımsızlığı

TTK 428. maddesinin birinci fıkrasında bağımsız temsilcinin "şirketten tamamen bağımsız ve tarafsız diğer bir kişi" olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu düzenleme doğrultusunda, bağımsız temsilcinin, şirkette pay sahibi olmayan, şirketten tamamen bağımsız ve tarafsız bir kişi olması gerekir (TTK 428/1).

Organın temsilcisi yerine bağımsız temsilciye oy hakkını kullanması için yetki veren pay sahibi, bağımsız temsilcinin bağımsızlığına güvenebilmelidir. Bağımsız temsilci, mevcut yönetim kuruluna karşı vekâlet toplama, oy kullanma sürecinde etki altında kalmamalıdır. Bunun sağlanabilmesi için de, bağımsız temsilci ile şirket arasında herhangi bir bağımlılık ve sözleşme ilişkisi bulunmamalıdır [79].

Bağımsız temsilci önerilmesinde, bağımsızlık ve tarafsızlık kriteri titizlikle gözetilmelidir. Bağımsızlık kriterlerinin tespitinde, Türk hukukunda halka açık anonim şirketlerde SPK'nın uyulmasını zorunlu tuttuğu (Seri IV No 54 tebliğ madde 5, eki 3.3.5), kurumsal yönetim ilkelerinde yönetim kurulu üyesinin bağımsızlığına ilişkin düzenlemelerden, bağımsız temsilcinin bağımsızlığının tespitinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde yararlanılabilir[80].

---

da bu konudaki tartışmalar için bkz. SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 15; GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689c, Nr. 9).

[78] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 24, 26; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 799; VAUPEL, s. 76; RUOFF, s. 147.

[79] TİLLMANN, s. 174; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 799; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 24; KAYA, s. 169; VON SALİS, s. 324. RUOFF, s. 145; WAİDACHER, s. 61, 191; SCHMİTT, s. 105.

[80] Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Seri: IV No: 54 Tebliğ'in (11.10.2011 tarihli 28081 sayılı 2. mükerrer RG) , 5. maddesi gereğince, payları İMKB'de işlem gören halka açık anonim ortaklıklardan İMKB 30 endeksine dahil olan bankalar haricindeki halka açık anonim ortaklıklar için uygulanması zorunlu olan 3.3.5. madde-

Bağımsız temsilci şirkette pay sahibi olmamalıdır[81]. Şirketle arasında iş veya vekâlet gibi bir sözleşme ilişkisi bulunan kişiler (örneğin şirketin avukatı, mali müşaviri, danışmanı) bağımsız temsilci olarak atanmamalıdır. Özellikle şirkette iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin ve yönetimde karar alma sürecinde etkili olan kişilerin bağımsız temsilci atanması uygun değildir. Yine şirketler topluluğunda bağlı şirketlerde görev yapan veya son iki yıl içinde görev almış kişiler, bağımsız temsilci olarak seçilmemelidirler. Şirketin önemli derecede ticari ilişkisinin bulunduğu kişiler de bağımsız temsilci gösterilmemelidir[82].

Bağımsız temsilci olarak noter, şirketle bağlantısı bulunmayan hukukçu, mali müşavir veya şirketler hukukunda özellikle genel kurul toplantılarında deneyimli kişiler atanabilir[83].

---

deki bağımsızlık kriterleri şöyledir.
"3.3.5. Aşağıdaki kriterlere uyan yönetim kurulu üyesi "bağımsız üye" olarak nitelendirilir: Aşağıdaki kriterlere uyan yönetim kurulu üyesi "bağımsız üye" olarak nitelendirilir.
a- Şirket, şirketin ilişkili taraflarından biri veya şirket sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak %5 veya daha fazla paya sahip hissedarların yönetim veya sermaye bakımından ilişkili olduğu tüzel kişiler ile kendisi, eşi ve üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımları arasında son beş yıl içinde istihdam, sermaye veya ticaret anlamında doğrudan veya dolaylı bir menfaat ilişkisinin kurulmamış olması,
b- Yönetim kuruluna bir pay grubunu temsilen seçilmemiş olması,
c- Başta şirketin denetimini ve danışmanlığını yapan şirketler olmak üzere, yapılan anlaşmalar çerçevesinde şirketin faaliyet ve organizasyonunun tamamını veya belli bir bölümünü yürüten şirketlerde çalışmıyor olması ve son beş yıl içerisinde yönetici olarak görev almamış olması,
d- Son beş yıl içerisinde, şirketin bağımsız denetimini yapan kuruluşlarda istihdam edilmemiş veya bağımsız denetim sürecinde yer almamış olması,
e- Şirkete önemli ölçüde hizmet ve ürün sağlayan firmaların herhangi birisinde çalışmamış ve son beş yıl içerisinde yönetici olarak görev almamış olması,
f- Eşi veya üçüncü dereceye kadar olan kan ve sıhri hısımları arasında hiçbirisinin şirkette yönetici, toplam sermayenin %5'inden fazlasını elinde bulunduran veya her halükarda yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahibi olmaması,
g- Şirketten yönetim kurulu üyeliği ücreti ve huzur hakkı dışında başka herhangi bir gelir elde etmiyor olması; yönetim kurulu görevi dolayısıyla hissedar ise sermayede sahip olduğu payın oranının %1'den fazla olmaması ve bu payların imtiyazlı olmaması".
Aynı görüşte bkz. PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 800; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 773-774. İsviçre Borçlar Kanunun 728. maddesindeki bağımsızlık kriterlerinin bağımsız temsilci seçiminde uygulanabileceği görüşü için bk. VON SALIS, s. 345.

[81] İsviçre hukukunda, şirketin yönetim organlarında görev almayan pay sahiplerinin bağımsız temsilci olarak atanabileceği belirtilmektedir (BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 289a; RUOFF, s. 146). Türk hukukunda da **Pulaşlı,** bağımsız temsilcinin pay sahipleri arasından seçilebileceğini ileri sürmektedir (PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 797).

[82] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 289-290; RUOFF, s. 145; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 799; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 773; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/BUNKE, s. 24.

[83] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 290; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s.

Bağımsız temsilcinin, genel kurul tarafından değil de, şirket yani mevcut yönetim kurulu tarafından atanması ve ücretinin şirket tarafından ödenmesi bağımsızlığı konusunda tereddüt yaratabilir. Bağımsız temsilcinin ücretinin şirket tarafından ödenmesi bağımsız temsilcinin bağımsızlığını etkilemez. Ancak bu ücretin fahiş olmaması, bağımsızlığa gölge düşürmemesi gerekmektedir[84].

C. Yetkilendirilmesi

Bağımsız temsilci, organın temsilcinin karşıtını oluşturduğu için, bildirgesinde genel kurul gündeminde yer alan konularda mevcut yönetimin aleyhine oy kullanacağını ve gerekçesini açıklamalıdır. Televizyon, gazete, mail, faks ve diğer araçlarla açıklanan temsil belgelerini inceleyen pay sahipleri, genel kurulda bildirgede yer alan doğrultuda temsilen oy kullandırmak istiyorlarsa, bağımsız temsilciyi yetkilendirirler.

Bağımsız temsilci ile pay sahibi arasındaki ilişki doğrudan kurulmalı, bu ilişkinin kurulmasına şirket aracılık etmemelidir[85]. Ancak pay sahibi bağımsız temsilciye verilmek üzere şirkete vekâletname gönderirse, yetki belgesi, şirket tarafından bağımsız temsilciye ulaştırılmalıdır.

Bağımsız temsilcinin yetkisi bir genel kurul toplantısı için geçerlidir[86]. Anonim şirketin her genel kurul toplantısı için yeniden bağımsız temsilci ataması gerekir. Ancak bağımsızlığından şüphe duyulmadıkça, aynı kişinin birden fazla genel kurulda bağımsız temsilci olarak atanmasına bir engel yoktur.

Tek bir genel kurul için atanabilen bağımsız temsilcinin temsil yetkisi, genel kurul toplantısının sona ermesi ile ortadan kalkar. Bunun dışında vekâlet sözleşmesi gereğince, taraflar her zaman sözleşmeyi feshedebilirler[87].

D. Hak ve Yükümlülükleri

Bağımsız temsilcinin, şirkete karşı şirketler hukukundan ve iş görme sözleşmesinden kaynaklanan, pay sahibine karşı da vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır[88].

799; KAYA, s. 170; RUOFF, s. 146; LENZ, s. 177.

[84] KAYA, s. 170; VON SALİS, s. 346.

[85] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 18; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 292.

[86] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 18; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 293; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 801.

[87] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 35.

[88] WAİDACHER, s. 69-70.

Bağımsız temsilci, temsilcilik görevini gereği gibi yerine getirmeli, kendisini yetkilendiren pay sahipleri adına genel kurulda bildirgede belirttiği yönde oy kullanmalıdır[89]. Bağımsız temsilci, genel kurulda sadece olumsuz oy kullanmamalı, aynı zamanda olumsuz oy kullandığı maddeler hakkında temsil ettiği pay sahipleri adına muhalefet şerhinin tutanağa yazılmasını sağlamalıdır. Yine bağımsız temsilci temsil ettiği pay sahipleri adına, bildirgesinde önceden açıklamak koşuluyla genel kurulun ertelenmesini talep etme, sorumluluk davası açma, özel denetçi atanmasını talep etme, bilgi isteme haklarını da kullanmalıdır. Böylece temsil edilen pay sahibinin hakları korunur, gerektiğinde genel kurulun iptali davası açılabilir[90].

Bağımsız temsilcinin, temsil ettiği payları genel kurala yansıtmaması, kendisine temsil yetkisi veren pay sahiplerinin iradesini genel kurula yansıtmaması, böylece genel kurulda yönetim kurulunun ibrası, bilanço tasdiki gibi kararların alınmasına olanak sağlaması, bu kararların alınmamasını isteyen pay sahiplerine önemli zarar verir. Temsilcinin talimata aykırı oyu geçerli sayıldığı için, bağımsız temsilci aracılığıyla genel kurula katılan pay sahipleri, bu kararlara karşı genel kurul iptali davası açamazlar (TTK 427/1). Yine, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılamaz. Bu durumda pay sahiplerinin uğradığı zararın tazmini bağımsız temsilciden talep edebileceği kabul edilmelidir.

Bağımsız temsilcinin zamansız istifası, şirkete zarar verir. Şirket genel kurul çağrısı sonrası bağımsız temsilci değişikliği yapamaz[91]. Bu hem temsilcinin bağımsızlığına gölge düşürür; hem de zaman açısından mümkün olmayabilir. Organın temsilcisi bulunan ancak bağımsız temsilci atanmadan yapılacak genel kurul da iptal yaptırımı ile karşılaşır. Böyle bir durumda şirketin genel kurul toplantısını yapamaması ve başka bir tarihte tekrar genel kurul toplantı yapması gibi olumsuz sonuçlar doğabilir[92]. Bu durumda şirket uğradığı zararların tazminini bağımsız temsilciden talep edebilir.

---

[89] İsviçre hukukunda bağımsız temsilci, temsil yetkisi veren pay sahibinin talimatlarına uygun davranmakla yükümlüdür. Temsil yetkisi veren tarafından oyun hangi yönde kullanılacağına ilişkin bir talimat verilmemişse, tevdi edenin oy kullanmasına ilişkin düzenleme uygulama alanı bulur ve bağımsız temsilci, yönetim kurulu önergesi yönünde oy kullanır (SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 20; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 291).

[90] VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/JUTTA LOMMATZSCH, s. 45.

[91] STUDER, s. 141.

[92] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 37.

Bağımsız temsilci, temsil ettiği paylara ilişkin kanuni veya ana sözleşmeden kaynaklanan oy sınırlamalarına tabidir[93].

Bağımsız temsilci, temsilcilik faaliyetinden kaynaklanan ücretini şirketten talep edebilir. Pay sahibi, bağımsız temsilci ile yaptığı sözleşme nedeniyle bağımsız temsilciye ücret ödemez. Şirket, bağımsız temsilcinin, sözleşme gereği veya olağan durum gereği, yaptığı masrafları da ödemelidir. Burada ödenecek masraflar, somut olaya göre belirlenir[94] .

Bağımsız temsilci diğer kitlesel (toplu) temsilciler gibi, özellikle hamiline yazılı payların temsilinde, payları muhafaza etmek ve genel kurul sonrasında pay sahibine iade etmekle yükümlüdür[95].

IV. BİLDİRGE

Bildirge, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 430. maddesinde düzenlenmektedir. Madde metni şöyledir "*428'inci maddenin birinci ve ikinci fıkrasında öngörülen temsilcilerin, temsil belgelerinin içeriğini ve oylarını hangi yönde kullanacaklarını, radyo, televizyon, gazete ve diğer araçlarla ve gereçlerle birlikte açıklarlar".*

"Organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci" başlıklı 428. maddenin altıncı fıkrasında "*Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca kendisine temsil yetkisi verilenler… 429 ilâ 431'inci madde hükümlerine tabi değildir.*" hükmü yer almaktadır. 428. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan bildirge yayınlama yükümlülüğüne ve beşinci fıkrada yer alan bildirgeye aykırı davranmanın sonucuna ilişkin düzenlemelerde sadece kurumsal temsilciden bahsedilmiştir.

Türk Ticaret Kanununun 429. maddesi, tevdi eden temsilcisini düzenlemektedir. Bu maddenin organın temsilcisi ve bağımsız temsilcine uygulanmayacağı açıktır. Ancak 430. madde "*Bildirge*"yi, 431. madde ise "*Bildirim*"i düzenlemektedir. Bu maddelerdeki hükümlerin organın temsilcisi ve bağımsız temsilciler hakkında uygulanması gerekmektedir.

---

[93] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 18; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 294; TİLLMANN, s. 174.

[94] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 33-34; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/ BUNKE, s. 24; RUOFF, s. 147-148.

[95] SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 30.

Kaldı ki, Kanunun 430. maddesinde açıkça "428'inci maddenin birinci ve ikinci fıkrasında öngörülen temsilcilerin, temsil belgelerinin içeriğini ve oylarını hangi yönde kullanacaklarını, radyo, televizyon, gazete ve diğer araçlarla ve gereçlerle birlikte açıklarlar" hükmü yer almaktadır. Yine 431. maddenin birinci fıkrasında "*428'inci maddenin birinci ve ikinci fıkrasındaki temsilciler ... kendileri tarafından temsil olunacak payların sayılarını, çeşitlerini, itibari değerlerini ve gruplarını şirkete bildirirler*" hükmü bulunmaktadır.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunun 689 e maddesinde de açıkça, organın temsilcisinin, bağımsız temsilcinin ve tevdi eden temsilcisinin bildirimde bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

Ancak Gerekçede, 428. maddenin son fıkrası hakkında herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. 428. maddenin son fıkrasındaki düzenleme, organın temsilcisi ve bağımsız temsilcisinin bildirge yayınlama ve bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmadığı yanılgısına yol açabilecek niteliktedir.

Kanaatimizce burada kurumsal temsilci ibaresi, kitlesel (toplu) temsilci anlamında kullanılmıştır. Bu ibare, organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilcileri kapsar şekilde kullanılmak istenmiştir. Bildirge ve bildirim yükümlülüğüne tabi olmayanlar, sadece bireysel temsilciler olmalıdır. Bu karışıklığın önlenmesi için, Türk Ticaret Kanununun 428. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarına, organın temsilcisi ve bağımsız temsilci ibareleri eklenmelidir. Ayrıca 428. maddenin çelişki yaratan altıncı fıkrası kanundan çıkarılmalıdır[96].

A. Hukuki Niteliği

Bildirge, kitlesel (toplu) temsilciler tarafından pay sahiplerine yönelik bir açıklamadır. Bildirgede, temsilciler temsil edecekleri oyları ne yönde kullanacaklarını, gündemde yer alan maddelerde hangi yönde oy kullanacaklarını, gerekçeleriyle kamuya açıklarlar. Bildirgede ayrıca temsil belgesinin içeriği açıklanır. Bildirgeler ilan edilir (TTK 430).

Bu açıklama, pay sahiplerine ulaşacak iletişim araçlarıyla gerçekleştirilmelidir. Bunun nedeni, açıklığın, şeffaflığın sağlanması ve pay sahiplerinin temsilcilerini seçebilmelerini sağlamaktır. Bu yolla, temsilcilerin genel kurulda hangi yönde oy kullanacakları bilindiği için, temsilcinin kötü niyetli davranışları önlenir.

[96] Aynı görüşte bkz. KENDİGELEN, s. 280.

Kanunda, bildirgenin, pay sahipleri tarafından kurumsal temsilciye verilmiş talimat niteliği taşıyacağı düzenlenmiştir (TTK 428/4). Bu madde, organın temsilcisi ve bağımsız temsilcinin yayınladığı bildirge için de uygulanmalıdır. Bildirge yayınlayan temsilciye, pay sahibinin başkaca talimatlar vermesi mümkün değildir[97].

Bildirge, pay sahibinin temsilciye talimatı yerine geçeceği için gündemdeki maddelerle uyumlu, hangi madde hakkında ne yönde oy kullanılacağının açıkça anlaşılabildiği bir içerik taşımalıdır. Metin türkçe olmalı ve metinde karmaşık ifadelerden kaçınılmalıdır. Gerekçede, bildirgede yer alan açıklamaların reklam amaçlı olmaması ve bu yönde bir anlatımın tercih edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Sanayi Ticaret Bakanlığının 210'uncu maddeye dayanarak, bildirgenin içeriğini de düzenleyen bir tebliğ yayınlaması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

B. Bağlayıcılığı

Kitlesel (toplu) temsilcilerde bildirgelerinde yayınladıkları bilgilerle bağlıdırlar. Bildirgede yer alan bilgiler, pay sahiplerinin temsilciye talimatı niteliğindedir. Pay sahipleri kitlesel (toplu) temsilcilere bunun dışında talimat veremezler. Böylece yabancı hukuklarda yer alan talimat verilmeksizin temsilci atanması durumunda, temsilcinin hangi yönde oy kullanacağına ilişkin karmaşık sorunlar önlenmiştir[98].

Kaynak İsviçre hukukunda yer almayan bu hükmün getirilmesi, kanaatimizce son derece yerindedir. Bu hüküm ile temsilcinin talimat doğrultusunda davranıp davranmadığı noktasında çıkacak uyuşmazlıkların

[97] KENDİGELEN, s. 279; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 797; TEKİNALP, Tek Kişilik Ortaklık, s. 183.

[98] Kaynak İsviçre hukukunda pay sahibinin temsilciye talimat vermeksizin oy hakkının kullanılması konusunda yetkilendirmesi önemli bir sorun oluşturmaktadır. Bu durumda temsilcinin hangi yönde oy kullanması gerektiği tartışılmaktadır. Buna çözüm olarak doktrinde, tevdi edenin temsilcisine ilişkin 689d maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, yönetim kurulu önerileri doğrultusunda oy kullanılması gerektiği yönündeki maddenin kıyasen uygulanarak çözüme ulaşılması gerektiği ileri sürülmektedir (BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 328; ZİNDEL, s. 177 vd. ; VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG/JUTTA LOMMATZSCH, s. 42; SCHLEİFFER, s. 38). 21.12.2007 tarihli kanun teklifinde talimat içermeyen yetkilendirmelerin geçersiz sayılması önerilmiştir. Ancak önceki deneyimler, pay sahiplerinin temsile ilişkin belgelerin sadece altını imzalayıp evet, hayır şeklindeki kutucukları bile doldurmadıklarını göstermektedir. Talimat içermeyen yetkilendirmeleri geçersiz saymak, istenmeyen adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Kanun teklifinde, pay sahiplerini yeşil kırmızı temsil yetkisi vermeleri, yeşil temsil yetkisinin yönetim kurulunun doğrultusunda oy kullanılması, kırmızı temsilin ise tersi yönde oy kullanılması anlamına gelmesi önerilmiştir. Bu konuda son öneri, talimat içermeyen yetkilendirilmelerin geri gönderilmesidir (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 338, 339a, Nr. 342; ZINDEL, s. 190).

önemli bölümünü engellenmiştir.

Kitlesel (toplu) temsilciler, genel kurulda bildirgede yer alan açıklamaları yönünde oy kullanmalı ve ilgili diğer işlemleri yerine getirmelidirler. Bildirgenin ihlali, talimatın ihlalidir. TTK 428. maddesinin beşinci fıkrasında, kusurlu olarak bildirgesine veya kanuna aykırı hareket eden veya hileli işlemler yapan kitlesel (toplu) temsilcilerin bu fiil ve kararlarının sonuçlarından dolayı Borçlar Kanununun 506. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca sorumlu tutulacağı öngörülmüştür. Bu madde gereğince, temsilcinin genel kurulda temsilen oy kullanma işlemini bizzat ve temsil olunanın haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yerine getirmesi gerekir. Temsilcinin özen ve sadakat yükümlülüğünü sınırlayan ve ortadan kaldıran sözleşmelerin geçersizdir (TTK 428/5).

Kitlesel (toplu) temsilcisi olarak seçilen kişi, aynı zamanda oy hakkı sahibi ise, temsilci sıfatıyla temsil ettiği paylar için bildirgedeki beyanı yönünde oy kullanmalıdır. Ancak oy hakkı sahipliği nedeniyle şahsen kullanacağı oyunda serbesttir. Bildirge yönünde oy kullanmak zorunda değildir[99].

Kitlesel (toplu) temsilcilerin bildirge yayınlamaksızın genel kurulda temsilen oy kullanmaları yetkisiz katılım olarak değerlendirilebilir. Bu durum genel kurul kararının iptaline yol açabilir[100].

V. BİLDİRİM

Kitlesel temsilcilerin bildirim yükümlülüğü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 431. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde de, 428'inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen temsilciler ile tevdi eden temsilcilerinin şirkete bildirimde bulunmaları gerektiği düzenlenmiştir. Sözkonusu hükme göre, organın temsilcisi, bağımsız temsilci, kurumsal temsilciler ve tevdi eden temsilcileri, temsil edecekleri payların sayısını, çeşidini, itibari değerini ve gruplarını şirkete bildirmekle yükümlüdürler. Bu bildirimde, SPK 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen paylarla ilgili olarak, Kanunun 417. maddesinin beşinci fıkrasındaki tebliğ hükümlerinin uygulanması gerekmektedir[101]. Bildirim yükümlülüğü sadece halka açık şirketlerde değil, tüm anonim şirketlerde geçerlidir[102].

---

[99] BECKERHOFF, s. 156-157.

[100] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 317.

[101] Kanun metninde "… *bu Kanunun 417'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki tebliğ hükümleri de uygulanır*" ifadesi "*bu Kanunun 417'inci maddesinin beşinci fıkrasındaki tebliğ hükümleri de uygulanır*" şeklinde değiştirilmelidir.

[102] WAİDACHER, s. 142.

Bildirimin içeriği şöyledir:

Kitlesel olarak temsil edilecek oyların sayısı, oyların çeşidi (nama veya hamiline olup olmadığı) ve itibari değeri ve kategorileri (hisse senedi, imtiyazlı oylar veya imtiyazlı hisse senedi) bildirilmelidir[103].

Bildirim, genel kurul başlamadan önce toplantı başkanına sunulur[104]. Genel kurul başkanı sözlü olarak yapılan bildirimleri, tutanağa geçirmelidir. Tutanakta, temsil edilen payların itibari değeri, sayısı vs bilgiler yer almalıdır. Genel kurul tutanağına sonradan not düşülmesi, başkana yapılmış bildirim koşulunun gerçekleşmiş sayılması için yeterli değildir[105].

Kitlesel temsilciler sadece temsil edecekleri oylara ilişkin bilgi vermekle yükümlüdürler. Kendilerine ait olan paylardan kaynaklanan, şahsen kullanacakları oyları yönetim kuruluna bildirmeleri gerekmez. Kendi oylarını diğer tüm pay sahipleri gibi genel kurula katılım için ibraz ederler[106].

Kitlesel (toplu) temsilcilere bildirimde bulunma yükümlülüğünün getiriliş nedeni şeffaflık, açıklık ilkesinin uygulanması ve böylece bu temsilcilerin oy haklarını kötüye kullanmalarının engellenmesidir. Bildirim temsilen kullanılacak oyların denetlenmesi için gereklidir. Bildirim sayesinde, temsilcilerin temsil ettikleri paylardan daha fazla oy kullanmaları ve genel kurulu haksız yönlendirmeleri, yetkisiz katılım gibi nedenlerle genel kurul kararlarının iptali böylece baştan önlenir[107].

Toplantı başkanı, kitlesel (toplu) temsilcilerin bildirimlerini genel kurulda açıklamakla yükümlüdür. Başkan, organ temsilcisinin, bağımsız temsilcinin ve kurumsal temsilcilerin bildirimlerini katılımcılarla paylaşır. Ancak bireysel temsilcilerin açıklanmasına gerek yoktur[108].

---

[103] MEİER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, Nr. 387; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 311; SCHAAD, Basler Komm., Art 689c, Nr. 27; VON SALİS, s. 325; WAİDACHER, s. 141; MEİER, s. 231-232.

[104] Bildirimin genel kurulun başladığı anda veya en geç toplantı başkanının pay sahiplerinin temsil ilişkisini açıklaması esnasında yapılabileceği görüşü için bkz. PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 807; WAİDACHER, s. 142.

[105] SCHAAD, Basler Komm., Art 689e, Nr. 7.

[106] SCHAAD, Basler Komm., Art 689e, Nr. 3, 4.

[107] GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689e, Nr. 1; MEİER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, Nr. 387; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 310; SCHAAD, Basler Komm., Art 689e, Nr. 1; KAYA, s. 172; VON SALİS, s. 441; SCHMİDT, s. 1645; WAİDACHER, s. 143; SCHERRER, s. 64-66.

[108] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 314; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s.

Toplantı başkanının bu bildirimleri ne zaman açıklaması gerektiği kanunda belirtilmemiştir. Ancak bildirimin açıklanmasının gerekli işlevi yerine getirmesi için, toplantının başında en kötü ihtimalle kararların oylamasına geçilmeden önce açıklanması gerekir[109].

Yine kitlesel temsilciler bu bildirimi yapmazlarsa veya yapılan bildirim gerçeği yansıtmıyorsa, genel kurul kararı iptal edilebilir[110].

Kitlesel temsilciler bildirgelerini sunmalarına rağmen, genel kurul başkanı bunu genel kurulda paylaşmayı açıklamayı ihmal ederse, genel kurul kararı iptal edilebilir[111]. Ancak bu noktada, başkanın ihmali değil, kasdı aranmaktadır. Bu nedene dayanarak açılacak genel kurul kararının iptali davasının koşulları, başkanın bildirimleri açıklamaması ve pay sahibinin açıklama yapılması yönünde talepte bulunmasıdır[112]. Başka bir ifade ile başkanının bildirimleri açıklamaksızın genel kurul toplantısına devam ederek kararların alınması, genel kurul kararlarının iptali için tek başına yeterli değildir. Genel kurul kararının iptali için, bildirimlerin açıklanmasının pay sahibi tarafından talep edilmesi, buna rağmen başkanın açıklamada bulunmaması aranır.

İptal davasını açma hakkı, sadece açıklama talebinde bulunan pay sahibine değil, her pay sahibine tanınmıştır[113]. Genel kurul kararlarının bildirimin açıklanmasındaki eksiklik nedeniyle iptali davası, şirkete karşı açılmalıdır (TTK 431/2).

İptal davasında alınan kararda temsilcilerin oylarının etkisi olup olmadığı incelenir. Genel kurul kararının iptal edilebilmesi için de yetkisiz katılım oluşturan payların kararın alınmasına etkisi araştırılmalı, bu oylar olmaksızın karar yeter sayısı sağlanmıyorsa genel kurul kararı iptal edilmelidir[114] (TTK 446/1).

807; SCHMİTT, s. 106.

[109] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 315; Bildirimlerin açıklanması anına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. SCHAAD, toplantı başkanının bu açıklamayı oy alınması ve seçimden önce ve en geç genel kurulun kapanışına kadar yapabileceği görüşündedir (SCHAAD, Basler Komm., Art 689e, Nr. 6). **Kendigelen,** genel kurul toplantısının başlama anına kadar bildirim açıklanabileceğini ileri sürmektedir (KENDİGELEN, s. 285).

[110] SCHAAD, Basler Komm., Art 689e, Nr. 5; SCHMİTT, s. 108.

[111] BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 318; SCHAAD, Basler Komm., Art 689e, Nr. 5.

[112] KENDİGELEN, s. 284-285.

[113] PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 809.

[114] SCHAAD, Basler Komm., Art 689e, Nr. 8; PULAŞLI, Oy Hakkının Kullanılması, s. 808.

VI. YETKİSİZ KATILMA

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun "Yetkisiz Katılma" başlıklı 433. maddesi şöyledir: "(*1) Oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaları dolanmak veya herhangi bir şekilde etkisiz bırakmak amacıyla, payların veya pay senetlerinin devri ya da pay senetlerinin başkasına verilmesi geçersizdir.*

(2) Yetkisiz katılmalarla ilgili olarak her pay sahibi, toplantı başkanlığına itirazda bulunabilir, itirazını ve yönetim kuruluna da itirazda bulunmuş olduğunu tutanağa geçirtebilir."

Kanun koyucunun bu maddeyi düzenlemekteki amacı, kanundan veya ana sözleşmeden doğan oy sınırlamalarının, payların üçüncü kişiye devri veya temsil yoluyla dolanılmasını önlenmek ve yetkisiz kişilerin genel kurulda oy kullanmasını engellemektir[115].

Oydan yoksun bulunan kişi, oy hakkını kendisi kullanamaz. Bu kişinin oy hakkını, üçüncü kişiye temsil yetkisi vererek de kullanamaması gerekir[116].

Oydan yoksunluk hakkındaki hükümler, anonim şirket ile pay sahibi arasında olası menfaat çatışmalarının engellenmesi amacıyla getirilmiştir. Böylece şirketin esas sermayesinin, pay sahiplerinin ve alacaklılarının korunması sağlanmaya çalışılmıştır[117]. Oydan yoksunluk hallerine örnek olarak, pay sahibi, kendisi, eşi, alt ve üstsoyu ve bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyeti altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe, işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaması (TTK 436/1) verilebilir.

Şirket yönetim kurulu üyeleriyle, yönetimde görevli imza yetkisine haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaması de bir başka oydan yoksunluk halidir (TTK 436/2)[118].

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi durumunda da, iktisap edilen oylardaki oy hakkı donar. Bu payların genel kurulda temsil edilmeleri ve

[115] LÄNZLİNGER, Basler Komm., Art 691, Nr. 1.

[116] TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 168; SCHMİTT, s. 97; AKTİENGESETZ KOMM./SPİNDLER, § 136, s. 1591; LÄNZLİNGER, Basler Komm., Art 691, Nr. 6.

[117] TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 16; BÖCKLİ, Die Aktienstimmrecht, s. 31; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 587.

[118] TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 79-134; HEİLDERBERGER KOMMENTAR/ HOLZBORN, § 136 s. 914 vd. ; SCHMİTT, s. 96.

oy kullanmaları yasaktır[119] (TTK 389). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 379. maddesi ile anonim şirketlere esas veya çıkarılmış sermayelerinin onda biri oranında payı iktisap ve rehin edebilme hakkı tanınmıştır. 382. madde gereğince istisnai haller olarak sayılan durumlarda ve ivazsız iktisap hallerinde onda bir oranını aşan şekilde şirketin kendi paylarını iktisap etmesi mümkündür. Şirketin esas sermayenin onda birini aşan oranda pay iktisap etmesi durumunda, aşan kısmı oluşturan payların mümkün olan en kısa sürede ancak, en geç 6 ay ve 3 yıllık süreler içinde elden çıkarılması gerektiği düzenlenmiştir. Yine ana şirketin yavru şirketin paylarını iktisap etmesi durumunda, bu paylara ilişkin oy hakkının donacağı açıkça düzenlenmiştir (TTK 379/5, 389).

Bu düzenlemeler karşısında, şirketin genel kurul toplantılarında, elinde bulunan kendi paylarına ilişkin oy hakkının kullanılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Şirketin elinde ve mevcut yönetim kurulunun hâkimiyetinde bulunan bu payların, organın temsilcisine temsil yetkisi verilerek veya başkaca bir şekilde genel kurulda oy kullanılması yetkisiz katılma olarak değerlendirilir ve geçersizdir[120].

Yukarıda kısaca açıkladığımız pay sahibinin oy hakkına ilişkin sınırlamalar, temsilci içinde geçerlidir[121]. Pay sahibinin oy hakkının kısıtlandığı durumlarda, temsil atanarak oy kullanılması yolu, kanunun dolanılması anlamına gelir. Bu şekilde yetkisiz katılım varsa, her pay sahibi itirazda bulunabilir. Her pay sahibi yetkisiz katılımın bulunduğuna ilişkin itiraz hakkını, yönetim kuruluna bildirebilir veya genel kurulda kullanabilir. Yetkisiz katılım olduğunu düşünen pay sahibi, bu hususu genel kurul toplantı tutanağına geçirtebilir. Pay sahibinin itirazı dikkate alınmazsa, genel kurul iptali dava açma hakkı vardır[122].

Genel kurul kararının iptali davasında, yetkisiz katılımların etkisi incelenmelidir. Bu davada, davacı yetkisiz katılmaların olduğunu ve kararın bu oyların etkisiyle alındığını ispatlaması gerekir. Dava konusu genel kurul kararı, yetkisiz katılım oluşturan oylar olmadan alınamıyorsa, karar iptal edilmelidir[123].

---

[119] TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 54-55; BÖCKLİ, Die Aktienstimmrecht, s. 35, 40-41; FİSCHER, s. 233; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 592.

[120] ROTH/LÄNZLİNGER, s. 27-29; BÖCKLİ, Die Aktienstimmrecht, s. 38-42.

[121] GİRSBERGER/GABRİEL, Art 689, Nr. 16; AKTİENRECHT/LUDWİG, s. 122-1123; SCHLEİFFER, s. 47; KAYA, s. 31-31; FİSCHER, s. 233-234.

[122] LÄNZLİNGER, Basler Komm., Art 691, Nr. 8-9.

[123] LÄNZLİNGER, Basler Komm., Art 691, Nr. 1-6; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 207;

Sonuç

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, pay sahiplerinin genel kurula daha kolay, daha fazla ve örgütlü bir şekilde katılmalarının sağlanması amacıyla, kitlesel (toplu) temsil düzenlenmiştir (TTK 428). Kitlesel (toplu) temsilciler, organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilcidir. Kurumsal temsilci, bir pay sahipliği girişimidir. Organın temsilcisi ile bağımsız temsilci ise mevcut yönetim kurulu tarafından belirlenerek pay sahiplerine tavsiye edilen kişilerdir.

Kitlesel (toplu) temsilin aktörleri olan organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci, siyasi partilere benzetilebilir. Organın temsilcisi, iktidar partisi; bağımsız temsilci, muhalefet partisi; kurumsal temsilciler de diğer partilere benzer bir işlev üstlenmişlerdir. Her temsilci, genel kurul toplantısından önce yayınladığı bildirge ile genel kurulda ne yönde oy kullanacağını açıklar. Paydaşlar bu bildirgelerdeki açıklamaları dikkate alarak istedikleri, kendi düşüncelerine uygun gelen temsilciyi oylarını kullanması için yetkilendirebilirler. Temsilciler, biriken oyları sayesinde genel kurul kararlarında etkili olabilirler.

Oyların kitlesel temsilciler aracılığıyla kullanılması, biriken oylar sayesinde ağırlaştırılmış karar yeter sayılarının, azınlık için aranan pay oranının sağlanmasını sağlar. Böylece şirket için önemli kararların alınmasını ve azınlık haklarının kullanılması kolaylaşır.

Organın temsilcisi, şirket tarafından önerilen, şirketle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan bir kişi olmalıdır. Bu kişi, kendisine temsil yetkisi veren pay sahipleri yerine genel kurulda oy kullanıp gerekli diğer işlemleri yapmakla yükümlüdür. Organın temsilcisi, şirket tarafından esas sözleşme hükmüne göre ilan edilip, internet sitesine konularak pay sahiplerine bildirilmelidir (TTK 428/1).

Yönetim kurulu, kendi üyelerinden birini veya kendisi ile bağlantılı bir kişiyi organın temsilcisi olarak tavsiye edebilir. Şirketin büyük ortağının, yönetim kurulu üyesinin, ticari mümessilin veya bir çalışanın organın

SCHERRER, s. 113-114; HEİLDERBERGER KOMMENTAR/HOLZBORN, § 136, s. 916-917; GİRSBERGER/GABRİEL, Art 691; BÖCKLİ, Schweizer Aktienrecht, § 12, Nr. 281; CASPAR VON DER CRONE, s. 205-211; LEU/VON DER CRONE, s. 265; Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için **BGE 128 III 142 ff.** (Kararın metni ve ayrıntılı bilgi için bk. ZİSWİLER, s. 54-56).

temsilcisi olarak seçilebileceği kabul edilmektedir. Şirkete bağımlı, dışarından üçüncü bir kişi de (şirketin avukatı, mali müşaviri gibi) organın temsilcisi olarak seçilebilir.

Pay sahipleri, organın temsilcisi olarak gösterilen kişiyi genel kurulda kendilerini temsil etmesi için yetkili kılarlarsa, pay sahibi ile organın temsilcisi arasında temsil ilişkisine dayalı vekâlet sözleşmesi kurulur. Bu sözleşme gereğince, organın temsilcisinin, pay sahibini temsilen genel kurula katılma ve oy kullanma, genel kurulda bildirgesi doğrultusunda oy kullanma ve sır saklama gibi yükümlülükleri doğmaktadır. Organın temsilcisinin, temsil ettiği pay sahibinden ücret veya başkaca bir karşılık talep etme hakkı bulunmamaktadır.

Organın temsilcisi tavsiye eden şirketin aynı zamanda bağımsız temsilci olarak da bir kişi belirlemesi gerekir (TTK 428/1). Bağımsız temsilci olarak gösterilen kişi, şirketten tamamen bağımsız ve tarafsız bir kişi olmalıdır. Bağımsız temsilci şirkette pay sahibi olmayan, şirketle arasında iş veya vekâlet gibi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan kişiler arasından seçilmelidir. Bağımsız temsilci önerilmesinde, bağımsızlık ve tarafsızlık kriteri titizlikle gözetilmelidir. Bağımsızlık kriterlerinin tespitinde, Türk hukukunda halka açık anonim şirketlerde SPK'nın uyulmasını zorunlu tuttuğu (Seri IV No 54 tebliğ madde 5, eki 3.3.5), kurumsal yönetim ilkelerinde yönetim kurulu üyesinin bağımsızlığına ilişkin düzenlemelerden yararlanılabilir.

Bağımsız temsilci, temsilcilik görevini gereği gibi yerine getirmeli, kendisini yetkilendiren pay sahipleri adına genel kurulda bildirgede belirttiği yönde oy kullanmalıdır. Bağımsız temsilci, genel kurulda sadece olumsuz oy kullanmamalı, aynı zamanda olumsuz oy kullandığı maddeler hakkında temsil ettiği pay sahipleri adına muhalefet şerhinin tutanağa yazılmasını sağlamalıdır. Bağımsız temsilci, diğer kitlesel (toplu) temsilciler gibi, özellikle hamiline yazılı payların temsilinde, payları muhafaza etmek ve genel kurul sonrasında payları sahibine iade etmekle yükümlüdür.

Bağımsız temsilci, temsilcilik faaliyetinden kaynaklanan ücretini şirketten talep edebilir. Şirket, bağımsız temsilcinin, sözleşme gereği veya olağan durum gereği, yaptığı masrafları da ödemelidir. Ancak ödenecek ücretin fahiş olmaması, bağımsızlığı gölgelememesi gerekmektedir.

Gerek organın temsilcisi, gerekse bağımsız temsilci, temsil belgelerinin içeriğini ve oylarını hangi yönde kullanacaklarını, gerekçeleriyle birlikte,

radyo, televizyon, gazete ve diğer iletişim araçlarıyla açıklamalıdırlar (TTK 430). Temsilcilerin yayınladıkları bu bildirgede yer alan bilgiler, pay sahibi tarafından bu temsilcilere verilmiş talimat niteliği taşır (TTK 428/4). Böylece temsil yetkisi veren pay sahiplerinin kitlesel (toplu) temsilcilere başkaca talimatlar vermesi ve bu hususta kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar önlenmiştir.

Organın temsilcisi ve bağımsız temsilci, kitlesel olarak temsil edilecek oyların sayısı, oyların çeşidi (nama veya hamiline olup olmadığı) ve itibari değeri ve kategorileri (hisse senedi, imtiyazlı oylar veya imtiyazlı hisse senedi) bildirilmelidir (TTK 431/1). Bu bildirim genel kurul başlamadan önce yapılmalı ve toplantı başkanı bu bildirimleri tutanağa geçirmelidir (TTK 431/2). Böylece genel kurulun şeffaflığı, açıklığı sağlanır ve temsilcilerin oy haklarını kötüye kullanmaları engellenebilir.

Pay sahibi ile temsilci arasındaki ilişki, temsil ilişkisine dayandığı için, pay sahiplerinin oydan yoksunluklarına yol açan hallerde temsilci aracılığıyla da oy kullanamaması gerekir (TTK 433/1). Oy hakkındaki sınırlama ve yoksunluk hallerinin dolanılması için temsil yetkisinin verilmesi, yetkisiz katılım olarak adlandırılmıştır. Yetkisiz katılmalarla ilgili olarak her pay sahibinin, toplantı başkanlığına itirazda bulunabilir. Pay sahibi itirazını ve yönetim kuruluna da itirazda bulunmuş olduğunu tutanağa geçirtebilir (TTK 433/2). Pay sahibinin itirazı dikkate alınmazsa, pay sahibi genel kurul kararının iptali davası açabilir. Bu davada kararın oluşmasında yetkisiz katılımların etkisi incelenmelidir. Genel kurul kararı, yetkisiz katılım oluşturan oylar olmadan alınamıyorsa, karar iptal edilmelidir.

KAYNAKÇA

ABAD, Marion Hohn, Das Institut der Stimmrechtsvertretung im Aktienrecht, Münster 1995.

AKTİENGESETZ KOMMENTAR, Hrsg von Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus, I. Band, § 1-149, Köln 2008.(Anılış: Aktiengesetz Komm./ Yazar adı)

AKTİENRECHT, Hrsg Wilhelm Happ, 3. Auflage, München 2007. (Anılış: Aktienrecht/ Yazar adı)

AYAN, Özge, Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları, İzmir 2004.

BECKERHOFF, Tom, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung und Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters, Frankfurt am Main 1996.

BEHNKE, von Thorsten, Die Stimmrechtvertretung in Deutschland, Frankreich und England, *NZG 2000,* s. 665-675.

BİRSEL, Mahmut T, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara 1970, s. 621-659.

BÖCKLİ, Peter, Das Aktienstimmrecht und sein Ausübung durch Stellvertreter, Basel 1961. (Kısaltma: Die Aktienstimmrecht)

BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich, Genf, Basel 2009. (Kısaltma: Schweizer Aktienrecht)

CASPAR VON DER CRONE, Hans, Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, *SWZ/RSDA 3*, 2002, s. 205-209.

ÇEKER, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000.

DAĞ, Üner, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996.

DİE VİRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG, Hrsg von Zetzche, Dirk, Berlin 2002. (Anılış: Virtuelle Hauptversammlung/Yazar adı)

DİNÇ, İlhan, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri: IV No: 44 Sayılı Tebliği Kapsamında Çağrıda Bulunma Yükümlülüğüne İlişkin Son Gelişmeler, *Batider* 2010, C.XXVI, S. 2, s. 243-265.

FİSCHER, Kondrad, Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung der Aktionäre, *SWZ* 1998, s. 231-237.

GİRSBERGER, CHK-D./Gabriel, S., Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, Zürich 2007.

HANLOSER, Stefan, Proxy-Voting, Remote-Voting und Online-HV: § 134 III 3 AktG nach dem NaStrG, *NZG* 2001, s. 355-365.

HEİDELBERGER KOMMENTAR ZUM AKTİENGESETZ, Hrsg von Bürgers, Tobias/ Körber, Torsten: Berlin 2008. (Anılış: Heidelberger Kommentar/Yazar adı)

HÜTHER, Mario, Aktionärsbeteiligung via internet- zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG), *MMR* 2000, s. 521-537.

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar Hukuku, 4. b., İstanbul 1989.

KAYA, Mustafa İsmail, Die Vertretung des Aktionärsstimmrechts, Konstanz 2002.

KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.

KİEFNER, Fiebel, Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung durch den Vollmachtgeber trotz fortbestehender Bevollmächtigung eines Vertreters?, *NZG* 2011, s. 887-898.

KİER, Markus, Die Kontrolle der Publikumsgesellschaft durch ihre Aktionäre überlegungen zu einer Reform des Depotstimmrechtes, Hannover 2002.

KÜNZLE, Hans Rainer, Die Ausübung des Aktien-Stimmrechts durch Institutionelle Vertreter und Institutionelle Anleger und die Corparate Governance in der Schweiz und den USA, *FS Forstmoser* 2003, s. 415-436.

LENZ, Susanne, Die gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Proxy-Voting) in der Hauptversammlung der deutschen Publikums-AG, Berlin 2005.

LEU, Dainel/VON DER CRONE, Hans Caspar, Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, *SWR* 2002, s. 205-211.

LEUENBERGER, Matthias A., Die Anonymität des Inhaberaktionärs, Bern 1996.

MEİER, Robert, Die Aktiengesellschaft, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2005.

MEİER-HAYOZ, Arthur/FORSTMOSER, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007.

MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul 2007. (Kısaltma: TTK Tasarısı)

MOROĞLU, Erdoğan, Genel Kurul, *Makaleler I*, b. 2, İstanbul 2001, s. 290-301. (Kısaltma: Genel Kurul)

NOACK, Ulrich, Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und moderne Kommunikationstechnik- aktuelle Bestandsaufnahme und Ausblick, *NZG* 2003, s. 241-246.

NODOUSHANİ, Andreas, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, Baden-Baden 1997.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, b. 11, İstanbul 2009.

PULAŞLI, Hasan, Türk Ticaret Kanununa ve Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kurullarında Oy Hakkının Kullanılması, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan,* Ankara 2006, s. 785-812. (Kısaltma: Oy Hakkının Kullanılması)

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011. (Kısaltma: Şirketler Hukuku Şerhi)

RAİSER, Thomas, Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zur Einschränkung des Einflusses der Kreditinstitute auf Aktiengesellschaften?, *NJW* 1996, s. 2257-2264.

ROTH, Urs P./LÄNZLİNGER, Andreas, Die Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung, *SWZ* 1999, s. 27-33.

RUOFF, Christian, Stimmrechtsvertretung, Stimmrechtsermächtigung und Proxy-System, München 1999.

SCHAAD, Hans-Peter, Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg), Obligationenrecht II, Art 530-1186 OR, 3. Auflage, Basel 2008. (Kısaltma: Schaad, Basler Kommentar)

SCHAAD, Hans-Peter, Das Depotstimmrecht der Banken nach schweizerischem und deutschem Recht, Zürich 1972. (Kısaltma: Schaad, Das Depotstimmrecht)

SCHERRER, Eric R., Die Stimmrechtsausübung durch Depotvertreter, Zürich 1996.

SCHLEİFFER, Patrick, Der gesetzliche Stimmrechtsausschlus im schweizerischen Aktienrecht, Bern 1993.

SCHMİDT, Jessica, Die geplante Richtlinie über Aktionärsrechte und ihre Bedeutung für das deutsche Aktienrecht, *BB* 2006, 1641-1646.

SCHMİTT, Petra, Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Zürich 1991.

STUDER, Christoph D., Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Bern 1995.

ŞENER, Oruç Hami, Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2002.

TEKİNALP, Ünal, Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi- Sorunlar- Düşünceler, *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM* 1976, Özel Sayı 1977, s. 233-243. (Kısaltma: İÜHFM 1976)

TEKİNALP, Ünal, Tek Kişilik Ortaklıklar I, Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011. (Kısaltma: Tek Kişilik Ortaklıklar)

TEOMAN, Ömer, Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Birden Fazla Paya Sahip Olan Ortaklar Bir Öneri Konusunda Aynı Zamanda Olumlu ve Olumsuz Oy Kullanabilirler, *Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim,* C.I, 1971-1982, İstanbul 2000. (Kısaltma: Pay Sahibinin Değişik Yönde Oy Kullanması)

TEOMAN, Ömer, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı, *Batider* 2009, C. XXV, S. 3, s. 5-24. (Kısaltma: Oy Hakkı)

TEOMAN, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983. (Kısaltma: Oydan Yoksunluk)

TİLLMANN, Eric, Das Depotstimmrecht der Banken, Zürich 1985.

TUERKS, Robin A., Depotstimmrechtspraxis versus U.S. - proxy-system, München 2000.

VAUPEL, Christoph F., Ansprüche von Aktiengesellschaften gegen Stimmrechtsempfehlungen institutioneller Stimmrechtsberater, *AG* 2011, s. 63-72.

VON DER CRONE, Hans Casper, Die Internet-Generallversammlungen, *FS Forstmoser* 2003, s. 155-167.

VON SALİS, Ulysses Gubert Andreas, Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1996.

WAİDACHER, Reto, Institutionelle Stimmrechtsvertretung, Zürich 1997.

WEBER, Hans Peter, Das Depotstimmrecht der Banken, *Schweizerische Aktiengesellschaft* 1974, s. 49-55.

YILMAZ, Asuman, Stimmrecht und Kapitalbeteiligung im deutschen Aktienrecht, 2001.

ZÄTZSCH, Gröning, Neue Medien im deutschen Aktienrecht: Zum RefE des NaStraG, *NZG* 2000, s. 393-401.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K.Emre, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2000.

ZİSWİLER, Hans Ulrich, Der gesetzliche Aussluss vom Stimmrecht gemäss Art 695 Abs 1 OR (Beschlüsse über die Entlastung des Verwaltungsrates) bezieht sich auch auf den gewillkürten Vertreter; Kostenverlegung gemäss Art 706a Abs 3 OR, *SWR* 2003, s. 54-56.

MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİNDE HAKKIN TÜKENMESİ PRENSİBİ

Ülgen ASLAN DÜZGÜN*

ÖZET

Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın 30. maddesi ile, fikrî mülkiyet hakkı sahiplerinin menfaatleri korunmuştur. Ancak, tüm dünyada yapılan anlaşmalarla serbest dolaşımın önündeki engellerin kaldırılması için çaba gösterilirken, fikrî hak sahibine anılan şekilde sağlanan korumanın serbest ticareti çok fazla kısıtlayacağı açıktır. Çünkü, fikrî mülkiyet haklarından doğan tekelci hakların, açık ve kesin olarak AB'de geçerli olan malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında korunması üye devletlerarası ticareti önemli ölçüde etkileyecektir. Böylece, birçok malın serbest dolaşımı da ortadan kalkacaktır. Bu durum, hak sahibinin marka üzerindeki mutlak hakları ile markanın üzerinde somutlaştığı malın yeni maliklerinin mülkiyet haklarının, özellikle de bunları yeniden satmak amacıyla satın almış olan dağıtıcıların menfaatlerinin karşı karşıya gelmesi olarak da ifade edilebilir.

Sonuçta, AB'nin temel prensiplerinden olan serbest ticaret ile fikrî mülkiyetin korunması arasında denge kurmaya çalışan bir ilke doğmuştur. Bu ilke marka hakkının tükenmesi ilkesidir. Marka hakkının tükenmesi, marka hakkı sahibinin yetkilerine getirilen bir sınırlamadır.

Marka hakkı sahibi ile markalı malı piyasaya sunan üçüncü kişi arasındaki sözleşme ilişkisinin lisans sözleşmesi biçiminde olması halinde, bir markanın kullanım hakkı lisans alana verilir. Markaya bağlı kullanım hakkı, üretim, satım, dağıtım gibi bir çok işlemi bünyesinde barındırır. Başka bir söyleyişle, marka sahibi, markalı malı üretme ve piyasaya sunma hakkını üçüncü bir kişiye devredebilir. Dolayısıyla, lisans alan tarafından lisans sözleşmesine uygun olarak üretilerek piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki haklar da tükenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Fikri mülkiyet, marka, lisans, hakkın tükenmesi, paralel ithalat.*

---

* Yrd. Doç. Dr., Ahi Evran Üniversitesi (Ticaret Hukuku) Öğretim Üyesi, (ulgenaslan@gmail.com).

PRINCIPLE OF EXHAUSTION OF RIGHTS ON TRADEMARK LICENSE CONTRACTS

ABSTRACT

With the article 30th of TEEC (The Treaty Establishing the European Community), the interests of the intellectual property owners are protected. Yet, efforts are exerted and various treaties are made all over the world in order to counteract the obstacles before free movement though it is clear that the protection granted to the intellectual right holder as mentioned above will restrain the free movement considerably. The reason is that the protection of exclusive rights rising from the intellectual property rights despite the presence of the free movement principle of the goods explicitly and strictly applicable in the EU will effect the intra-EU trade to a considerable extent. Thus, the free movement of various goods will die out. This situation also can be defined as the coming across of absolute rights of the owner on trade mark and the property rights of the new owners of the good that the trade mark concreted on, especially for the distributors which buy these in order to re- sale.

Ultimately, a principle has been created which aims to establish a balance between free trade which is one of the core principles of the EU and intellectual property protection. This principle is called the trade mark right exhaustion principle. Trademark right exhaustion is a sort of limitation which is brought to the authority of the proprietor of trademark right.

The right of usage of trademark is given to licensee in case of the relationship between the trademark right owner and the third person offering the good with the trade mark to the market is as a license agreement.

Accordingly, the rights in the goods bearing the trademark which have been introduced to the market after being manufactured in compliance with the license agreement by the licensee will also be exhausted.

Key Words: *Intellectual Property, Trade mark, license, exhaustion, parallel import.*

I- GİRİŞ

Serbest ticaretin önündeki engellerin kaldırılması, malların serbest dolaşımının sağlanması ve gümrük birliğinin oluşturulması amacıyla bölgesel veya dünya çapında çok taraflı anlaşmalar imzalanmıştır.

Avrupa Birliği'nde de bu konuda malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması amacıyla bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Avrupa

Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın (ATKA) 2. maddesinde, Avrupa Birliği'nin en önemli görevinin Ortak Pazarı kurmak olduğu açıklanmıştır.

Ortak Pazar, hukukî ve mali engelleri ortadan kaldırarak, rekabeti teşvik eden, politik kararların ürünüdür. Ortak Pazar düşüncesi, politik birleşmelerin normal sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu politik birleşmelerin bağımsız devletler arasında ve ekonomik entegrasyon amacıyla gerçekleşmesinin örneği, Avrupa Ekonomik Topluluğu'dur. Buna göre, Avrupa Birliği içinde Ortak Pazar amacının gerçekleşmesi için, gereken bir takım hukukî önlemler alınmaktadır. Ayrıca fikrî mülkiyet hakları bakımından da, tüm bölgede ortak bir hukukun oluşması doğrultusunda çalışmalar yapılmaktadır.

Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın 3. maddesinde, Ortak Pazarın sağlanabilmesi için getirilen yasaklamaların bir listesi verilmiş ve bunların en önemlisi, (a) bendinde açıklanmıştır. Buna göre, üye ülkeler arasındaki gümrük vergileri, ithalat ve ihracat malları üzerindeki miktar kısıtlamaları ve diğer bütün eş etkili tedbirler yasaklanmıştır.

Anılan hükmün (b) bendinde, iç pazardaki malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, aynı Anlaşmanın 28 ve 29. maddelerinde malların serbest dolaşımı düzenlenmiştir. 30. maddede ise, malların serbest dolaşımı ilkesini sınırlayan istisnalar belirlenmiştir. Bu istisnalardan biri de fikrî mülkiyet haklarıdır.

Buna göre, fikrî mülkiyet hakkı sahibine, serbest dolaşım karşısında önemli bir koruma sağlanmıştır. Böylece fikrî mülkiyet hakkı sahibi, getirilen bu koruma ile oldukça güçlenmiştir. Ancak, fikrî mülkiyet hakkı sahibine tanınan bu tekelci hakkın da bir sınırının olması gerekir. Böylesine geniş çevreleri etkileyen bir hakkın sahibine, malların piyasadaki sonraki dolaşımlarına sınırsız müdahale edebilme imkânının verilmesi, fikrî mülkiyet hakkı sahiplerinin tekel oluşturmalarına sebep olacaktır. İşte, belirlenen bu hassas durumda, fikrî mülkiyet hakkı sahibine verilen bu yetkiyi yumuşatmak ve dengeyi sağlamak bakımından benimsenen ilke, tükenme ilkesidir.

II- Fikrî Mülkiyet Hakkının Tükenme İlkesi ile Sınırlanması

Fikrî hukuk niteliği gereği inhisarî (tekelci) ve bölgeseldir. Fikrî mülkiyet[1] hakkı sahibine belli bir süre için, fikrî ürünlerle ilgili olarak belli

[1] İngilizce deki *"intellectual property"* teriminin karşılığı olarak; fikrî mülkiyet veya fikrî ve

ekonomik faaliyetler üzerinde inhisarî bir hak sağlar. Fikrî mülkiyet hakkı sahibi kendisine bu hakkı veren devletin sınırları içinde başka herhangi bir kimsenin bu faaliyetlerde bulunmasına engel olabilir[2].

Malların serbest dolaşımı ilkesi (ATKA m. 28) ile fikrî hakların tekelci niteliği birbirine zıt menfaatlerin çatışmasına sebep olmuştur. Bir yanda malların serbest dolaşımını sağlayan *temel ilke*[3] bulunurken diğer yanda fikrî hak sahiplerinin sahip olduğu yasal menfaatler bulunmaktadır (ATKA m. 30 ve 235)[4].

Bu menfaatlerin dengelenmesi amacıyla, Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın 30. maddesi ile fikrî hakların, malların serbest dolaşımını engelleyen istisnalar arasında olduğu belirlenmiş ve sözü geçen hükmün son fıkrası ile de belirtilen istisnalara sınırlama getirilmiştir[5].

Malların serbest dolaşımı ilkesi ile fikrî hakların tekelci niteliğinin birbirine zıt menfaatlerinin çatışması sonucu oluşan problemlerin Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın 30. maddesinin son fıkrası ile getirilen sınırlamalarla çözümlenmesi beklenemez. Zira, fikrî mülkiyet haklarından doğan inhisarî nitelikteki hakların, açık ve kesin olarak Avrupa Birliği'nde geçerli olan malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında korunması üye devletlerarası ticareti önemli ölçüde etkileyecektir.

---

sınaî mülkiyet ya da sınaî ve ticarî mülkiyet şeklinde kullanılan bu terimlerin karşılığı aynıdır. Bunlar, aynı kavramları kapsayan şemsiye terimlerdir. Fikrî ve sınaî mülkiyet teriminin, fikrî mülkiyet kısmının, fikir ve sanat eserlerini (telif haklarını) ifade ettiği, buna karlılık patentlerin, markaların ve diğer ad ve işaretlerin sınaî mülkiyet içine girdiğini söylemek yanlış olur. Bunu sebebi, sadece fikir ve sanat eserlerinde değil, markalar, patentler, endüstriyel tasarımlarda da fikrî ürünün söz konusu olmasıdır. Aynı şekilde, fikir ve sanat eserleri de günümüzde sanayileşmiş, sınaî mahiyet kazanmışlardır (TEKİNALP/TEKİNALP, s. 681, 682). Bu açıdan sadece fikrî mülkiyet veya fikrî mülkiyet hakları terimini kullanmanın yeterli olduğunu düşündüğümüz için çalışmamızda, fikrî ve sınaî mülkiyeti anlatmak üzere, fikrî mülkiyet veya fikrî mülkiyet hakları yada fikrî hak terimlerini kullanacağız.

[2] EROĞLU, s. 65.

[3] Ekonomik pazarın bölünmesini engellemede önemli bir rol oynayan Paralel İthalatçılar da menfaatler dengesinde serbest ticareti destekleyen tarafta yer almaktadırlar (ENCHELMAIER, s. 453).

[4] KOßDORF, s. 6, 15.

[5] Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın (ATKA) 30. maddesinin son fıkrasına göre, fikrî haklar dolayısıyla söz konusu olabilen malların serbest dolaşımı ile ilgili getirilen yasaklama ve sınırlamalar, üye ülkeler arasındaki ticarette ne *keyfî* bir *ayrımcılığa* sebep olabilir, ne de *gizli* bir *kısıtlama* aracı olarak kullanılabilir (TEKİNALP/TEKİNALP, s. 683) .

Bu bağlamda, fikrî mülkiyet hakkı sahibine markası üzerinde geniş yetkiler verilmesi, bir çok malın serbest dolaşımının ortadan kalkmasına neden olacaktır. Ayrıca, bu etkinin doğuracağı sonuçlardan biri, Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında paralel ithalatın önlenmesi iken diğer bir sonuç, malların serbest dolaşımının esas olması gereken Ortak Pazarın bölünmesidir (pazarın kompartımanlara ayrılması)[6]. İşte belirlenen bu sebeplerden dolayı fikrî mülkiyet haklarının merkezini oluşturan *tükenme ilkesi* kabul edilmiştir[7]. Bu anlamda tükenme ilkesi, serbest ticarete imkân tanıyarak; pazarı bölen kompartımanlar arasında geçişi sağlayacaktır[8].

Tükenme ilkesinin ortaya çıkmasının sebeplerini fikrî mülkiyet hakkı sahipleri ve fikrî ürünün üzerinde somutlaştığı malın yeni malikleri açısından değerlendirecek olursak. Buna göre, fikrî mülkiyet hakkı sahipleri yaratıcı fikirlerinin ve çalışmalarının ürünü olan fikrî ve sınaî ürünler üzerinde sahip oldukları mutlak haklara dayanarak, mümkün olan en yüksek korumaya sahip olmayı ve malların yeniden satışına ve dağıtımına müdahale edebilmeyi isterler[9]. Bu malı hukukî yoldan elde etmiş üçüncü kişiler ise, malın yeni maliki olarak onu arzu ettikleri şekilde kullanmak isteyeceklerdir[10]. Bu durum hak sahibinin fikrî ürünü üzerindeki mutlak hakları ile fikrî ürünün üzerinde somutlaştığı malın yeni maliklerinin mülkiyet haklarının, özellikle de bunları yeniden satmak amacıyla satın almış olan dağıtıcıların menfaatlerinin karşı karşıya gelmesi olarak da ifade edilebilir[11].

Fikrî hakların korunması, ülkede yeniklikler ve yeni fikirler ortaya çıkarma konusunda yaratıcı fikirleri destekleyici pozitif bir rol üstlenmiştir. Ancak, fikrî hak sahipleri lehine geniş kapsamlı bir koruma tanınması, serbest ticarete aykırı olduğu gibi, fikrî ürüne yatırım yapmak isteyen yatırımcılar için de caydırıcıdır[12]. Sonuçta, Avrupa Birliği'nin temel prensiplerinden olan serbest ticaret ile fikrî mülkiyetin korunması; başka bir deyişle, kamu yararı ile kişisel kullanım özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışan bir ilke

---

6 Pippig Augenoptik v Hartlauer, (44/01) [2005] (ECR) ATKD, I-3095, paragraf 63.

7 TEKİNALP/TEKİNALP, s. 684; EROĞLU, s. 68, 101; ENCHELMAIER, s. 453. Ayrıca ATM'nin bu konuyu vurguladığı bir kararı için bkz.; Gilette v LA Labaratories, (C-228/03) [2005] (ECR) ATKD, I-2337, paragraf 25, 26.

8 KAYA, s. 253.

9 TEKİNALP/ TEKİNALP, s. 682.

10 TEKİNALP/ TEKİNALP, s. 685.

11 YILDIZ, s. 579, 580.

12 OKUTAN, s. 110; YILDIZ, s. 579; ARIKAN, s. 755.

doğmuştur. Bu ilkeye fikrî mülkiyet haklarının tükenmesi (ilk satım)[13] ilkesi denir[14]. Bu anlamda fikrî hakların tükenmesi, fikrî hak sahibinin yetkilerine getirilen bir sınırlama şeklidir[15].

Buna göre, tükenme ilkesi, fikrî mülkiyet hakkının bağlı olduğu ürünün (malın), hak sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulması (ilk satışı veya dağıtımı) sonucunda, hak sahibinin o ürün üzerindeki hakkının sona ermesi anlamına gelir. Bundan sonra, hak sahibi bu ürünün pazardaki sonraki kullanımlarına veya dağıtımına müdahale edemez. Örnek olarak üzerinde patent hakkı olan veya marka hakkı olan ürün, bu ilk satış veya dağıtımdan sonra serbestçe hareket edebilecektir[16].

A- Marka Hakkının Tükenmesi

Fikrî mülkiyet haklarından biri olan marka hakkı sahibine, serbest dolaşım karşısında önemli bir koruma sağlanmıştır. Böylece marka hakkı sahibi, getirilen bu koruma ile oldukça güçlenmiştir. Yaratıcı ve geliştirici çalışmaların bu şekilde korunması, marka hakkı bakımından olumlu bir gelişmedir. Ancak, marka hakkı sahibine tanınan bu tekelci hakkın da bir sınırının olması gerekir. Çünkü marka hakkı, piyasaya sunulan neredeyse bütün mallar üzerinde bulunmaktadır. Böylesine geniş çevreleri etkileyen bir hakkın sahibine, markalı malın piyasadaki sonraki dolaşımlarına sınırsız müdahale edebilme imkânının verilmesi, marka hakkı sahiplerinin tekel oluşturmalarına sebep olacaktır. Belirlenen bu hassas durumda, marka hakkı sahibine verilen bu yetkiyi yumuşatmak ve dengeyi sağlamak bakımından benimsenen ilke, yukarıda da belirttiğimiz üzere tükenme ilkesidir[17].

Bu bağlamda, markalı malların piyasaya sunulmalarından sonra, piyasada dolaşımları sırasında marka hakkı sahibi tarafından yapılacak müdahalelere karşı, markalı malın yeni sahiplerinin korunması, serbest ticaretin dengeli bir şekilde gelişmesi bakımından önemlidir.

Bunun yanı sıra, marka hakkı sahibinin haklarının tükenmesi ile birlikte paralel ithalatın önündeki engeller de kalkacaktır. Bunun sonucunda da

[13] Anglo - Saxon hukukunda *ilk satış ilkesi* şeklindeki ifade tercih edilmektedir (PHILLIPS, s. 273).

[14] TEKİNALP/ TEKİNALP, s. 684, 685; TROGH, s. 10, 11.

[15] ARIKAN, s. 755.

[16] VERMA, s. 537; STOTHERS, s. 41.

[17] Tükenme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., ASLAN, s. 20 vd.

serbest ticaretin etkisiyle oluşan ve kimilerine göre faydalı kimilerine göre de çok zararlı olan paralel ithalatın, marka hakkı sahibi tarafından yasaklanması mümkün olamayacaktır[18].

B- Markayı Kullanma Hakkının Lisans Sözleşmeleri İle Verilmesi

1- Giriş

89/104 sayılı Marka Yönergesi'nde markanın serbestçe devrine ilişkin bir hüküm bulunmamakla beraber, 8. madde ile, marka hakkının lisans olarak verilmesiyle ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Bu konu MarkKHK'nın 20. maddesinde, tescilli bir markanın kullanım hakkının, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca MarkKHK'nın 21. maddesinde de lisans sözleşmesinin şartları ve çeşitleri hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemelere göre, marka lisans sözleşmelerinin konusu, üzerine marka konulabilecek bir mal ya da hizmet üzerindeki *kullanma hakkı* olmaktadır. Yapılan sözleşme, işaretin üzerindeki mülkiyet hakkını etkilemez[19].

Lisans, inhisarî (tekelci) ya da inhisarî olmayan lisans sözleşmesi şeklinde yapılabilir[20]. MarkKHK'nın 21. maddesinin ikinci fıkrasına göre, eğer açık bir anlaşma ile belirlenmemişse, lisans sözleşmesinin inhisarî olmayan biçimde yapıldığı kabul edilir. İnhisarî lisans; lisans alana gayrı maddi malı, lisansın geçerliliği süresince ve kapsadığı bölgede tek başına kullanma hakkı verir[21]. Ayrıca, inhisarî lisans verenin markayı kullanma hakkını saklı tutması halinde, *bağımlı (münferit)* inhisarî lisans söz konusu olur[22].

---

[18] Paralel ithalat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., ASLAN, s. 197 vd.

[19] ÖZEL, s. 53. Bkz. ARBEK, s. 66-67. Lisans, fikri ve sınaî mülkiyetin içerdiği gayri maddi haklardan veya fiili tekel durumundan yararlanma yetkisinin üçüncü kişilere tanınmasıdır (ONGAN, s. 15).

[20] Marka Yönergesi m. 8/II (Yönerge'de Anglo – Amerikan hukukundaki "exclusive licence", "non-exclusive licence" ayırımı yapılmıştır.), MarkKHK m. 21/I.

[21] ÖZEL, s. 49.

[22] Yapılan düzenlemelerde (PatKHK n. 88/I, MarkKHK m. 21) inhisarî lisans ve inhisarî olmayan (basit) lisanstan söz edilmektedir. Ancak, özellikle Alman öğretisi (ÖZEL, s. 49 dn. 151 deki yazarlar), bağımlı (münferit) inhisarî lisans olarak adlandırılan üçüncü bir lisans türüne dikkat çekmektedir. Anılan bu lisans türünde, lisans veren de lisans alan gibi, kullanma hakkını elinde tutar. Bağımlı inhisarî lisans, inhisarî lisansın bir alt bölümü olarak, ondan sadece yukarıda açıklanan niteliğiyle ayrılır (ÖZEL, s. 50). *Bağımlı inhisarî lisans,* Marka Yönergesi'nde düzenlenmemiş olmasına rağmen, MarkKHK m. 21/III de hüküm altına alınmıştır.

MarkKHK'daki düzenleme uyarınca, inhisarî olmayan lisans sözleşmesinde marka sahibi ve lisans alan markayı serbestçe kullanabilir[23]. İnhisarî lisansta ise, marka sahibi, başkasına lisans veremez; yukarıda açıklandığı üzere, hakkını açıkça saklı tutmamışsa, kendisi de kullanamaz. Eğer, inhisarî lisans durumunda hakkını saklı tutmuşsa, hem marka hakkı sahibi hem de lisans alan markayı istedikleri gibi kullanabileceklerdir[24]. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, lisans alan, lisanstan doğan haklarını başkalarına devredemez; alt lisans veremez (MarkKHK m. 21/IV). Lisans alan lisans sözleşmesindeki şartları ihlal ederse, tescilli bir markadan doğan haklar, lisans alana karşı dava yoluyla ileri sürülebilir (MarkKHK m. 21/IX). Lisans alan, sözleşme süresi içerisinde[25] markanın kullanılmasına ilişkin her türlü tasarrufta bulunabilir (MarkKHK m. 21/V).

2- Lisans Sözleşmesine Uygun Olarak Üretilerek Piyasaya Sunulan Markalı Mallar Üzerindeki Hakların Tükenmesi

Marka hakkı sahibi ile markalı malı piyasaya sunan üçüncü kişi arasındaki sözleşme ilişkisinin lisans sözleşmesi biçiminde olması halinde[26], bir markanın *kullanım* hakkı lisans alana verilir. Markaya bağlı olan kullanım hakkını geniş anlamak gereklidir. Markaya bağlı kullanım hakkı, üretim, satım, dağıtım gibi bir çok işlemi bünyesinde barındırır (üretim lisansı, satış lisansı, üretim ve dağıtım lisansı gibi)[27]. Başka bir söyleyişle, marka sahibi, markalı malı üretme ve piyasaya sunma hakkını üçüncü bir kişiye devredebilir. Dolayısıyla, lisans alan tarafından lisans sözleşmesine uygun olarak üretilerek piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki haklar da tükenecektir[28] [29].

---

[23] Lisans veren bu durumda üçüncü kişilere aynı markaya ilişkin başka lisanslar da verebilir (MarkKHK m. 21/II).

[24] ARKAN, Marka II. s. 137; ARKAN, Ticarî İşletme, s. 293.

[25] Bizim de katıldığımız görüşe göre, MarkKHK'nin 21. maddesinde geçen, "markanın koruma süresinde" ibaresi "sözleşme süresi içinde" olarak anlaşılmalıdır (ARKAN, Ticarî İşletme, s. 294, dn. 1).

[26] ARKAN, Tükenme, s. 204.

[27] KAYA, s. 226.

[28] PINAR, s. 855-915, s. 870.

[29] Patent hakları bakımından Alman hukukundaki görüş de bu yöndedir. Buna göre, üzerinde patent hakkı bulunan ürün patent hakkı sahibi veya onun lisans verdiği üçüncü bir kişi (lisans alan) tarafından Almanya'da veya AEA içinde piyasaya sunulmuşsa, patent hakkının tükenmiş olduğu kabul edilir. Ancak lisansı alınmış olan patent, lisanslı ürünün sadece bir bölümünün üretiminde kullanılmışsa, bu durumda sadece lisansın kullanılarak üretildiği o parça üzerindeki patent hakkı tükenecektir. Eğer lisans alan patent hakkını ürettiği malın tümüne kullanmış ise o zaman malın patent hakkı tamamen tükenmiş olur. Alman Yüksek Mahkemesi-

89/104 sayılı Marka Yönergesi'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında[30] lisans sözleşmesini sınırlayan unsurlar tahdidi olarak belirlenmiştir[31]. Belirtilen hükme göre, bir markanın sahibi, lisans vermiş olduğu kimseye karşı lisans sözleşmesinin hükümleri doğrultusunda markayla ilgili haklarını, lisans süresi, markanın kullanım şeklini gösteren tescili, lisans verilen mal veya hizmetlerin kapsamı, markanın kullanılabileceği coğrafi bölge veya lisans alanın üreteceği mallar ya da temin edeceği hizmetlerin kalitesi gibi hususlarda lisans alana karşı kullanabilir.

Lisans alan, lisans sözleşmesinde kararlaştırılan bu beş durumdan[32] birini bile ihlal ederse, lisans sözleşmesini ihlal etmiş sayılacaktır[33]. Bunlara ek olarak marka sahibi de, talimatlarına uygun olarak, lisans alan tarafından üretilen malın veya sunulan hizmetlerin kalitesini garanti edecek önlemleri alır[34].

---

nin *Brochure Rack* kararı (Federal Supreme Court, Brochure Rack IIC 1998, 207) bu konuda önemlidir. Mahkeme patent hakkı sahibinin patent hakkını lisans yoluyla üçüncü kişilere vermesi durumunda patent hakkı sahibinin bir defa ücret alabileceğine karar vermiştir. Başka bir söyleyişle patent hakkı sahibi bir kez lisans verirse ve ücret alırsa, bundan sonra ikinci bir kişiye lisans vermesi durumunda ücret isteyemeyecektir. Örneğin, bilgisayarlarda kullanılan bir yonga setinin patent hakkının lisans olarak verilmesi, ancak bilgisayarın tümünün üretimi için bir lisansın verilmemesi durumunda. Üretilen bilgisayarlarda bu yonga setinin kullanılması durumunda, bu bilgisayarların üzerindeki patent hakkı tükenmez. Lisans veren sadece yonga setinin üretimi için lisans verdiği için sadece yonga seti üzerindeki patent hakkı tükenmiştir. Bilgisayarların üretimi için bir lisans verilmediğinden bu konuda tükenme de söz konusu olmayacaktır. Bu durumda bilgisayar üreticisi olan firmanın da lisans hakkını alması ve ücret ödemesi gereklidir. Böylece patent hakkı sahibinin iki defa lisans ücreti alması söz konusu olacaktır. Başka bir söyleyişle patent hakkı sahibi söz konusu patent dolayısıyla iki defa ödüllendirilmiş olacaktır. İşte bu durumda yüksek mahkeme iki defa lisans ücreti alınamayacağını söylemektedir (MEIBOM /MEYER, s. 1 vd.).

[30] Marka Yönergesi'nin bu hükmüne paralel bir düzenleme Topluluk Marka Tüzüğü'nün 22. maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilmiştir.

[31] PINAR, s. 870.

[32] Yönerge'nin 8. maddesine uygun olarak, lisans sözleşmesinde kararlaştırılacak bu beş ihtimal; lisansın süresi, markanın kullanım şeklini gösteren tescili, üretilen malın çeşidi, markanın kullanım alanının coğrafi sınırı ve üretim kalitesi olarak sayılabilir.

[33] PINAR, s. 870.

[34] KAYA, s. 227. İsviçre hukukunda doktrinde, lisans verenin lisans alana lisans konusu markalı malların üretimi ile ilgili bazı kalite kurallarına uyma yükümlülüğü getirebileceği kabul edilmiştir. Buna göre, lisans alanın malları, lisans verenin sözleşmede belirttiği üretim metoduyla üretmesi veya malların veya ambalajların üzerine markanın yanı sıra lisans ilişkisini belirten bir ibare eklemesini öngörmüşlerdir. Böylece, hem malların kalitesi hem de kökeni açısından tüketicilerin aldanmasının önüne geçilebileceği ileri sürülmüştür (GÜRZUMAR, s. 521, 522).

Marka sahibi, lisans alanın sözleşme şartlarını ihlal etmesi durumunda, sözleşmeden doğan haklarının yanı sıra marka hukukundan doğan dava hakkını da lisans alana karşı kullanabilecektir. Bu konuda MarkKHK'daki düzenlemeye göre, lisans alan, lisans sözleşmesinin şartlarını ihlal ederse, tescilli markadan doğan haklar, lisans alana karşı dava yoluyla ileri sürülebilir (MarkKHK m. 21/IX). Örnek olarak, sadece üretim lisansı verilmiş olmasına rağmen, malların dağıtımının da yapılmasını veya sadece ülke içi satış lisansı verilmiş olmasına rağmen markalı ürünlerin dış piyasaya ihraç edilmesini gösterebiliriz. Ayrıca, lisans ücretinin ödenmemesi, reklam ve promosyonlar konusunda belirlenen şartların ihlali, sözleşmeye aykırılık hallerinin değişik görünümleridir[35]. Örnek verilen bu gibi durumlarda, marka sahibi lisans alana veya malların dağıtımını yapan üçüncü kişilere karşı marka hukukundan doğan haklarını kullanabilir. Bu bağlamda lisans sözleşmesine aykırı davranılması halinde marka sahibinin hakkının tükenmesi söz konusu olmayacaktır[36].

Ayrıca, MarkKHK'nin 61. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmişti. Anılan madde Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 tarihli kararıyla, iptal edilmişti[37]. Bu nedenle yukarıda sözü geçen fiiller sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilmekteydi. Ancak, 5833 sayılı Kanun[38] ile MarkKHK'da yapılan değişiklikle, 61. maddenin (d) bendi eski şekliyle kabul edilmiştir. Buna göre, marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir.

MarkKHK'daki anılan düzenleme (m. 21/IX), ifadesinin genel olması nedeniyle eleştirilmiştir[39]. 21. maddedeki anılan hüküm 61. maddenin (d) bendindeki düzenlemeden daha genel bir ifadeye sahiptir. Buna göre, 21. maddedeki, tescilli markadan doğan hakların lisans alana karşı ileri sürülebilmesi, çok genel ve geniş bir ifadedir. Örnek olarak lisans ücretinin

[35] KAYA, s. 227.

[36] ARKAN, Marka II, s. 137, 200; ARKAN, Tükenme, s. 204.

[37] Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 tarih ve E. 2002/92, K. 2004/25 sayılı kararı, (RG. 14.05.2004, 25462).

[38] 5833 sayılı "Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile (Kabul Tarihi: 21.01.2009; R.G. 28.01.2009, S. 27124), MarkKHK'nin 9 ve 61. maddeleri düzenlenmiştir. Bkz. ARKAN, 5833 sayılı Kanun, s. 5-11.

[39] ARKAN, Marka II, s. 137 dn. 18; ARKAN, Tükenme, s. 204 dn. 30. Yazar, 89/104 sayılı Marka Yönergesi'nde, MarkKHK m. 21/IX hükmüne benzer bir düzenlemenin olmadığını, buna karşılık Yönerge'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasının MarkKHK'nın 61. maddesinin (d) bendiyle paralel olduğunu vurgulamıştır.

ödenmesi konusunda belirlenen şartlara uyulmaması halinde, tescilli markadan doğan haklar lisans alana karşı ileri sürülememelidir. Çünkü belirtilen örnekteki gibi bir durumun marka hakkının hukuken korunan içeriği ile hiçbir ilgisi yoktur[40].

MarkKHK'nın 21. maddesinde belirtilen bu genel ifade sebebiyle, Yönerge'nin 8. maddesindeki gibi bir koruma, lisans sözleşmesi bakımından sağlanamayacaktır.

Örnek olarak, Yönerge'nin 8. maddesinin ikinci fıkrası ile, kaliteyi korumaya yönelik lisans sözleşmesi hükümlerine uyulması şartı getirilmiştir. MarkKHK'da bu yönde bir düzenleme yoktur. Böyle bir durumda 21. madde hükmü uygulanacaktır. Bu anlamda Yönerge'deki düzenleme ile uyumlu olarak, lisans alanın ihlal etmesi halinde marka sahibinin harekete geçebileceği beş durum belirlenmelidir. Buna göre, lisans veren, lisans sözleşmesine her tür aykırılık halinde değil, sözleşmenin sadece lisans süresini, lisansın kullanılacağı bölgeyi, marka şeklini, lisans kapsamına giren mal ve hizmetleri ve bunların kalitesini belirleyen hükümlerine aykırılık hallerinde marka hakkına dayanabilmelidir[41]. Bunlar lisans alana getirilen ve tahdidi[42] oldukları kabul edilen sınırlamalardır. Marka Yönergesi'ne göre belirlenen bu türdeki aykırılıkların bulunması halinde marka hakkı da tükenmez.

Lisans sözleşmesinde belirtilen fakat, marka hukukuyla ilgili olmayan, lisans sözleşmesinin şartlarına aykırı davranılması durumunda ise, lisans veren sadece Yeni TBK'nun 112. maddesine (Eski BK m. 96) başvurabilecektir[43].

Lisans alan, lisans sözleşmesi ile kendilerine izin verilen bölge dışında markalı malı piyasaya sunarsa, marka sahibi sadece lisans alana karşı marka hukukundan ve sözleşmeden doğan haklarını kullanabilecektir. Örneğin marka sahibi, ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir. Öğretide, bu malları satın alan üçüncü kişiye karşı marka sahibinin bir talep hakkının olamayacağı savunulmuştur. Buna gerekçe olarak da, orijinal malların, tek satıcıya veya lisans alana devredilmesiyle malların piyasaya sunulma şartının gerçekleştiği ve bundan sonra da bu orijinal malları satın alanlara karşı marka sahibinin bir hak talebinin olamayacağı ileri sürülmüştür[44].

---

[40] ARKAN, Marka II, s. 137 dn. 18.

[41] ARKAN, Marka II, s. 200, 201.

[42] PINAR, s. 870.

[43] ARKAN, Marka II, s. 201; PINAR, s. 874.

[44] PINAR, s. 872.

Ancak, bizim görüşümüze göre; marka hakkının tükenebilmesi için, daha önce yukarıda da açıkladığımız gibi, marka sahibinin izni şarttır. Bu anlamda lisans sözleşmeleri ile iradi olarak bu iznin lisans alana verildiğini kabul etmekteyiz. Bununla birlikte, burada söz konusu olan duruma baktığımızda, lisans alanın veya tek satıcının kendine bırakılan lisans bölgesi dışında markalı malı piyasaya sunmasından bahsedilmektedir. Bu durumda, lisans alan, lisans sözleşmesinin şartlarının dışına çıkmıştır. Dolayısıyla lisans alanın marka sahibinin verdiği iznin dışına çıktığını söyleyebiliriz. Bu bağlamda, sonuç olarak marka hakkı tükenmemiş olacaktır.

Marka sahibi böyle bir durumda malları satın alan üçüncü kişiye marka hakkının tükenmemiş olduğuna dayanarak talepte bulunabilir. Ancak, belirttiğimiz üzere marka sahibinin taleplerinin tek dayanağı marka hakkının tükenmemiş olmasıdır. Yoksa lisans sözleşmesinin sadece tarafları arasında hak ve sorumluluk doğurduğu kabul edildiğinden[45], üçüncü kişinin sorumluluğu sadece bu anlamda olacaktır[46].

Öğretide savunulan görüş uyarınca, orijinal olan bu markalı malları satın alan üçüncü kişilerin menfaatinin, marka sahibinin menfaatine karşı korunmasının markanın işlevleri açısından bir sakıncası yoktur. Ayrıca, bu husus serbest piyasa ekonomisine ve malların serbest dolaşımı ilkesine uygundur[47]. Bu fikre katılmakla birlikte, lisans alanın veya tek satıcının kendisine bırakılan lisans bölgesi dışında markalı malı piyasaya sunması halinde, marka sahibinin hakkının tükenmemiş olmasından dolayı marka hakkının üstün tutulması gerektiğini belirtmek isteriz. Zira, lisans alan, lisans bölgesi dışında satış yaptığında sözleşmeyi ihlal etmiş olur.

Aynı durum, üretim lisansında, lisans alanın markalı malın kalitesinde ve lisans sözleşmesinde belirlenen çeşidinde veya kullanım alanının sınırında değişiklik yapması hali için de geçerlidir. Örnek olarak, bir marka lisansının sözleşme ile sadece meyve sularında kullanılmak üzere verilmesine rağmen, lisans alanın bunu süt ve ayranda da kullanması durumunda sözleşmeye aykırı hareket etmiş olur. Bu yüzden de marka hakkı tükenmemiştir.

C- Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin Lisans Sözleşmeleriyle İlgili Kararları

Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin lisans sözleşmelerine bakışına göz atacak olursak, Mahkeme ve Avrupa Topluluğu Komisyonu yetmişli

[45] PINAR, s. 872, dn. 79.

[46] Örneğin, marka hakkı sahibi, üçüncü kişiden satın aldığı markalı malı iade etmesini isteyemez.

[47] PINAR, s. 873.

yıllara gelmeden önce, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olmadığını kabul etmekteydi. Buna göre Komisyon, lisans sözleşmelerindeki pek çok hükmü kabul edilebilir bulmaktaydı. Fikrî hakların özüne[48] ilişkin hükümler içeren bir lisans anlaşması Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın 81. maddesinin birinci fıkrasına[49] aykırı kabul edilmemekteydi[50].

Grundig/Consten[51] davasında[52] Mahkeme ve Komisyon, fikrî hakların

[48] Marka hakkının özünü, hak sahibinin ürünü ilk defa piyasaya sunması ve bu sırada da markayı münhasıran kullanması konusundaki mutlak hakkı olarak tanımlayabiliriz (TAYLAN, s. 88). Ayrıca, hak sahibinin bu mutlak hakkı, izinsiz kullanımı yoluyla markanın ününden haksız kazanç sağlamak isteyen rakiplerini durdurmayı da kapsar.

Başka bir tanımlamaya göre hakkın özü, hakkın sahibinin ya doğrudan kendisi tarafından ya da dolaylı olarak üçüncü şahıslara lisans vererek, ürününü ilk kez dolaşıma açma konusunda özel bir hakka sahip olmasının garantisidir (PANHOLZER, s. 135).

[49] Avrupa Ortak Pazarının birleşmesi sürecinde rekabet hukuku kuralları kendini en iyi uluslararası ticaretin liberalleşmesinde göstermiştir. Bu uluslararası ticaretin liberalleşmesi sürecinde bir gerekliliktir. Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'daki rekabet kurallarından özellikle 81 ve 82. maddelerin ana amaçlarından biri, ülkesel ticaret kısıtlamalarıyla getirilen yasaklamaları engellemektir. Yoksa AB anlaşmasının nihai amacı olan, Ortak Pazarı yaratma düşüncesi tehlikeye atılmış olur (GALLEGO, s. 478).

[50] TAYLAN, s. 219; GALLEGO, s. 478.

[51] Consten 1960'larda Fransa'da Grundig elektronik ürünlerini satma konusunda özel haklara sahipti. Bu anlaşmalar uyarınca, Consten, Grundig ürünlerinin (Grundig International- Gint markasının) ihracı ve paralel ithalatı konularında mutlak bölgesel koruma ve yasaklama haklarına sahip olmuştur. Başka bir ifadeyle Consten, Fransa'daki Grundig ürünlerinin münhasır dağıtıcısı olmuştur. Grundig, Consten'e kendisine ait olan tescilli Grundig markasını Fransa'da kullanma lisansını vermiştir. Ayrıca Consten'in ikinci bir marka olarak Gint markasını uluslararası tescilini yaptırmasına da izin vermiştir. Grundig ise, Fransa'da Consten'den başka bir firmaya mal vermemeyi kabul etmiştir. UNEF isimli başka bir Fransız şirketi, Almanya'da üretilen Grundig ürünlerini Fransa'da Consent'den daha ucuz fiyatlara satmaya başlamıştır. Bu durumda Consten UNEF'e karşı marka ihlali ve haksız rekabet davaları açmıştır. Buna karşılık, UNEF isimli şirket, Consten ve Grundig arasında bayilik anlaşmasının Roma Anlaşmasının 85 (1). maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Avrupa Toplulukları Komisyonu, bu davada, Grundig ile Consten arasındaki anlaşmayı Avrupa Topluluğu rekabet kurallarına aykırı bulmuştur. Buna gerekçe olarak, Grundig ile Consten arasındaki anlaşmanın Fransa'ya Consten'den başka bir firmanın anılan markalı malların ithalini engellediğini ve Consten'in diğer Avrupa Topluluğu üyesi ülkelere anılan markalı malları ihraç edebilmesini yasakladığını göstermiştir. Bunun üzerine Grundig ve Consten Avrupa Toplulukları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Avrupa Toplulukları Mahkemesi, Grundig ve Consten'in yaptığı anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığını incelemiştir. Mahkemenin tespitine göre, Grundig, Consten ile yaptığı anlaşma yoluyla Fransız yasalarını kullanarak Consten'e mutlak bölgesel bir koruma sağlamıştır. Bu sayede Consten, Grundig markalı ürünlerin paralel ithalat yoluyla Fransa'ya girmesini tamamen engellemeye çalışmıştır (Consten S.A. and Grundig-Verkaufs-GMBH v Commission of the European Economic Community (C 56&58/64) [1966] ATKD 299; ROTHNIE, s. 319-323).

[52] Kararın özeti ve ayrıntılı bilgi için bkz. TAYLAN, s. 83, 84, 218 vd.

pazarı paylaşmak, üye ülkeler arasında paralel ithalatı önlemek ve rekabeti sınırlamak amacıyla kullanılabileceğini fark etmiştir. Bu davanın en önemli sonuçlarından biri, pazar paylaşımı içeren bir lisans sözleşmesinin 81. maddenin birinci fıkrası anlamında[53] rekabeti sınırlayacağının belirlenmiş olmasıdır[54].

Marka hakkı sahibinin bu hakkından ekonomik fayda elde edebilmek için, üçüncü kişilerle lisans sözleşmeleri yapması onun en doğal hakkıdır. Marka hakkı sahibinin bu lisans sözleşmelerine kendisini ve lisans alanı koruyucu hükümler koyması da normal karşılanır. Ancak, bu tür hükümlerin, Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın rekabete ilişkin hükümleriyle uyumlu olması gereklidir[55].

Mahkeme ve Komisyon, rekabet hukuku kurallarının ticaretle bağlantılı İki temel yaklaşımını birbirinden ayırmak için, ticareti kısıtlayan lisans sözleşmesi maddeleri ile ilgili 81. maddenin uygulaması hakkında detaylı bir değerlendirme yapmıştır.

Mahkeme verdiği kararda ilk olarak, fikrî haklardan kaynaklanan sınırlamalarla kuşatılmış olan ticaret kısıtlamalarıyla ilgili maddelerin bağımsız olarak yasaklanabileceğini söylemiştir. *Grundig/Consten* davasında, Mahkeme Consten şirketinin paralel ithalatı engelleme girişimini geri çevirmiştir. Sonuçta, Mahkeme burada paralel ithalata izin vererek, Grundig Şirketiyle lisans sözleşmesi yapmış olan Consten şirketinin hakkının tükendiğini kabul etmiştir. Çünkü Consten'in sahip olduğu sözleşmeye dayanan tekelci haklar 81. maddenin birinci fıkrasının uygulanmasına engel olmuştur. Buna göre Mahkeme, ihracat yasağı içeren münhasır tek satıcılık sözleşmesinin rekabeti kısıtladığı, bozduğu ve engellediği gerekçesiyle, 81. madde hükmüne dayanarak, bu inhisarî hakkın dayandığı marka lisansını geçersiz saymıştır[56]. Fakat sadece fikrî mülkiyet korumasının bakış açısıyla bakılınca, paralel ithalatın yasaklanmasının yasallaştırılmasını sağlayan,

[53] TAYLAN, s. 218.

[54] Bu uyumun nasıl belirleneceği konusunda öğretide çeşitli görüşler mevcuttur Bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 721-723. Biz konumuzun sınırları içinde kalmak açısından rekabete ilişkin ATKA'nın hükümlerinin değerlendirmesine girmeyip, sadece konu ile ilgili Mahkeme kararlarından önemli olanlarını ele alacağız.

[55] TEKİNALP/TEKİNALP, s. 721.

[56] Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin 8 Haziran 1982 tarihli kararı; Nungesser v Commission, (258/78) [1982] (ECR) ATKD 2015, 2070, paragraf. 61, [1982] 1 C.M.L.R. 278, 14 IIC 256 (1983).

bölgesel tükenme ilkesinin o tarihte henüz geliştirilmemiş olduğu özellikle göz önünde bulundurulmalıdır.

Bunlara ek olarak Maize Seed[57] kararında Avrupa Toplulukları Mahkemesi, başka bölgelerdeki lisans sahiplerine karşı lisans alanın korunmasını kabul ettiği lisans türünü kapalı inhisarî lisans (closed exclusive licence) olarak tanımlamış ve bu tür lisansın 81. madde anlamında rekabeti engellediğini ve kısıtladığını vurgulamıştır (ATKA m. 81/I). Ayrıca, 81. maddenin birinci fıkrasındaki yasağın istisnasının düzenlendiği aynı maddenin üçüncü fıkrasından[58] da bu tür lisans sahibi yararlanamayacaktır. Başka bir deyişle, *kapalı inhisarî lisans* sahibi, 81. maddenin birinci fıkrası uyarınca getirilen yasaklar bakımından, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca muaf tutulmaktan faydalanamaz.

Sonuç olarak, Grundig/Consten davasında, Mahkeme Grundig Şirketiyle lisans sözleşmesi yapmış olan Consten şirketinin paralel ithalatı engelleme girişimini geri çevirmiştir. Mahkeme burada *paralel ithalata* izin vererek, Consten şirketinin hakkının *tükendiğini* kabul etmiştir.

Grundig/Consten kararından sonra Komisyon, lisans sözleşmesindeki markanın geçerliliğine itiraz edilemeyeceğine ilişkin kayıtları ve rekabet etmeme koşullarını rekabete aykırı olarak kabul etmiştir. Bu tür sınırlamalar lisansa konu olan hakkın kapsamı dışında olup, 81. maddenin birinci fıkrasına aykırı olmanın ötesinde aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bireysel muafiyetten yararlanması mümkün olmayan sınırlamalardır. Mahkemenin kararına göre, lisansa konu olan hakkın kullanım alanını sınırlayan hükümler pazarın bölünmesine neden olmadığı sürece sözleşmede yer alabilir.

III- SONUÇ

Marka hakkı sahipleri, yaratıcı fikirlerinin, çalışmalarının ve yaptıkları yatırımların ürünü olan marka üzerinde sahip oldukları mutlak hakka

---

[57] ATKA'nın 81. maddesinin 3. fıkrasının Türkçe çevirisi; "*girişimler arasında yapılan herhangi bir anlaşma veya anlaşmalar kategorisi girişim birliklerinin aldığı herhangi bir karar veya kararlar kategorisi; herhangi bir anlaşmalı uygulama veya anlaşmalı uygulamalar kategorisi malların üretim veya dağıtımının geliştirilmesine ya da teknik veya ekonomik ilerlemeye yönelik olduğu ve ortaya çıkan yararın adil bir bölümünü tüketicilere de sunduğu ve:* ***a****. Girişimlere bu amaçlara erişmek için kaçınılmaz olanların dışında kısıtlamalar getirmediği;* ***b****. Girişimlere söz konusu ürünlerin esaslı bir bölümünün ticaretindeki rekabeti ortadan kaldırma olanağı sağlamadığı takdirde l. fıkranın hükümlerinin uygulanmayacağı ilan edilebilir*".

[58] GALLEGO, s. 478.

dayanarak, mümkün olan en iyi korumaya sahip olmayı, malların yeniden satışına ve dağıtımına müdahale edebilmeyi isterler. Bu markalı malı hukukî yoldan elde etmiş üçüncü kişiler ise, malın yeni maliki olarak onu diledikleri şekilde kullanmak isteyeceklerdir. Bu durum, hak sahibinin marka üzerindeki mutlak hakları ile markanın üzerinde somutlaştığı malın yeni maliklerinin menfaatlerinin karşı karşıya gelmesi olarak da ifade edilebilir.

İşte bu noktada, Avrupa Birliği'nin temel prensiplerinden olan serbest ticaret ile fikrî mülkiyetin korunması; başka bir deyişle, kamu yararı ile kişisel kullanım özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışan bir ilke doğmuştur. Bu ilke, marka hakkının tükenmesi ilkesidir. Bu anlamda marka hakkının tükenmesi, marka hakkı sahibinin yetkilerine getirilen bir sınırlamadır.

Marka hakkı sahibinin bu hakkından ekonomik fayda elde edebilmek için, üçüncü kişilerle lisans sözleşmeleri yapması onun en doğal hakkıdır. Buna göre, lisans alan tarafından lisans sözleşmesine uygun olarak üretilerek piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki haklar da tükenecektir. Ancak, lisans sözleşmesine aykırı davranılması halinde marka sahibinin hakkının tükenmesi söz konusu olmayacaktır

89/104 sayılı Marka Yönergesi'nin 8. maddesinin ikinci fıkrası ile kaliteyi korumaya yönelik lisans sözleşmesi hükümlerine uyulması şartı getirilmiştir. MarkKHK'da bu yönde bir düzenleme yoktur. Böyle bir durumda 21. madde hükmü uygulanacaktır. Bu anlamda bizim hukukumuzda da Yönerge'deki düzenleme ile uyumlu olarak, lisans alanın ihlal etmesi halinde marka sahibinin harekete geçebileceği beş durum belirlenmelidir.

Buna göre, lisans veren, lisans sözleşmesine her tür aykırılık halinde değil, sözleşmenin sadece lisans süresini, lisansın kullanılmasına izin verilen bölgeyi, markanın şeklini, lisansın kapsamına giren mal ve hizmetleri ve bunların kalitesini belirleyen hükümlerine aykırılık hallerinde marka hakkına dayanabilmelidir. Marka Yönergesi'ne göre belirlenen bu türdeki aykırılıkların bulunması halinde marka hakkı da tükenmez.

KISALTMALAR

AB : Avrupa Birliği

AEA : Avrupa Ekonomik Alanı

AT : Avrupa Topluluğu

ATKA : Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma

ATKD : Avrupa Topluluğu Kararlar Dergisi

ATM : Avrupa Toplulukları Mahkemesi

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK :Borçlar Kanunu

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

dn. : Dipnot

E. : Esas

EC : European Community

ECR : (European Court Report) Avrupa Birliği Mahkemesi Raporu (Bildirisi), Avrupa Birliği Kararlar Dergisi

EEA : European Economic Area

EIPR : European Intellectual Property Review

EU : European Union

IIC : International Review of Industrial Property and Copyright Law

IP : Intellectual Property

K. : Karar

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

m. : Madde

MarkKHK: 556 sayılı Markalar Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname

MK : Türk Medeni Kanunu

No : Numara

PatKHK : 551 sayılı Patentlerin Korunmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

RG. : Resmi Gazete

S. : Sayı

s. : sayfa

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TEEC :The Treaty Establishing the European Community

v : Versus

vd. : Ve devamı

Vol. : Volume

KAYNAKÇA

ARBEK, Ömer: Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005.

ARIKAN, Ayşe Saadet: "Fikri ve Sınai Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku -Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirme-", Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2002, s. 754-781.

ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998, (Marka II).

ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2011, (Ticarî İşletme).

ARKAN, Sabih: 5833 Sayılı Kanun ile 556 Sayılı KHK'da Yapılan Değişiklikler, Batider, Mart 2009, Cilt XXV, Sayı 1, (5833 sayılı Kanun) s. 5-11.

ASLAN, DÜZGÜN Ülgen: Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara 2010.

ENCHELMAIER, Stefan: "The in Exhaustible Question- Free Movement Of Goods And İntellectual Property in The European Court Of Justice's Case Law, 2002-2006" IIC 2007, Vol. 38, No. 4, s. 453-477.

EROĞLU, Sevilay: Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.

FINK, Carsten / MASKUS, Keith E., (CHEN, Yongmin/ WONG, Eina V), Intellectual Proparty and Development, New York 2005.

GALLEGO, Beatriz Conde: "The Principle of Exhaustion of Rights and Its Implications for Competition Law", IIC 2003 Vol. 05, s. 473-502.

GÜRZUMAR, Osman Berat: "Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler", Yargıtay Dergisi 1994, S. 4, s. 503-522.

KAYA, Arslan: Marka Hukuku, İstanbul 2006.

KOßDORF, Katharina: Die Doktrin vom Erschöpfungsgrundsatz im Markenrecht, Dargestellt Anhand des Falles "Silhouette", Graz 1999, s. 6 - 15.

MEIBOM, Wolfgang von / MEYER, Matthias: The Legal Situation According to German Law and the U.S. Federal Supreme Court Decisions United States v. Univis Lens Co. and Quanta v. LG, (http://www.twobirds.com/English/News/Articles/Pages/Licensing%20_andPatent_Exhaustion%20.Aspx, erişim 29 Haziran 2012).

OKUTAN, Gül: "Exhaustion of Intellectual Property Rights: A Non Tariff Barrier to International Trade?", Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul 1996, C. 30, S. 46, s. 110-128.

ONGAN, Burak: Sınaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesinde Tarafların Hukukî Durumu, Ankara 2007.

ÖZEL, Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002.

PANHOLZER, Patrick: Trade Marks, Parallel Imports and the Free Movement of Goods in the EC, Doktora tezi, Graz Üniveristesi Hukuk Fakültesi, Avusturya 2004.

PHILLIPS, Jeremy: Trade Mark Law, Oxford University Press, 2003.

PINAR, Hamdi: "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

ROTHNIE, Warwick A.: Paralel Imports, Londra 1993.

STOTHERS, Christopher: Parallel Trade in Europe – Intellectual Property, Competition and Regulatory Law, Oxford 2007.

TAYLAN, ÇAMLIBEL Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel ithalatın Önlenmesi, Ankara 2001.

TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal, (ATAMER, Yeşim M. / ODER, Bertil Emrah / ODER, Burak/ OKUTAN, Gül): Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000.

TROGH, Ramses: "The International Exhaustion Of Trade Mark Rights After Silhouette: The And Of Paralel Imports?", Lund 2002.

VERMA, S. K.: "Exhaustion of intellectual property rights and free trade - Article 6 of the TRIPs Agreement", IIC 1998, No. 5, Vol. 29, s. 534-567.

YILDIZ, Burçak: "Eser Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 579, 580.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970J0078:EN:NOT, (erişim 29 Haziran 2012).

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNE SEÇİLME KOŞULLARI

Özge KARAEGE*

ÖZET

Yeni Türk Ticaret Kanunu ile yönetim kurulu yapısal ve işlevsel açıdan yeni düzenlemelere kavuşmuştur. Bu yapılırken de kurumsal yönetim ilkeleri göz önünde tutulmuş profesyonel, uzman yönetim kurullarının oluşmasının önü açılmıştır. Yönetim kurulu anonim şirkette bulunması gereken zorunlu ve kanuni bir organdır. Bünyesinde sorumluluk barındıran bir mevkiidir. Bu yüzden yönetim kurulu üyelerinin hangi koşulları taşıması gerektiği kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda bu koşulların bazıları aynen muhafaza ediliyorken bazıları doktrindeki görüşler ve mahkeme kararları dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Böylelikle Avrupa Birliği Hukuku ile uyum sağlanması amaçlanmaktadır. 6103 sayılı Kanun'daki düzenlemeye göre, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, mevcut yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin derhal sona ermesini gerektirmeyecektir.

Anahtar Kelimeler: *Anonim şirket, yönetim kurulu, uzman, profesyonel, sorumluluk.*

CONDITIONS OF BEING MANAGEMENT BOARD MEMBER IN ACCORDANCE WITH NEW TURKISH COMMERCIAL CODE

ABSTRACT

The management board is regulated with new provisions both in structural and functional meanings by new Turkish Commercial Code. While preparing these provisions, principles of corporate governance was taken into account so that professional and expert boards could be created. Management board is a mandatory and legal organ in stock corporation. Liability is within the management board of stock corporation. Therefore condititons those members should have, are specifically regulated in Code. In new Turkish Commercial Code some of these conditions are maintained just the same, some of them are regulated again considering the views of doctrine and court decisions. Hereby it is aimed to unify with European Union law. Code Nr. 6103 provides that duties of present management members won't come to an end when new Commercial Code comes into force.

Key Words: *Stock corporation, management board, expert, professional, liability.*

---

* **Yrd. Doç. Dr.**, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İİBF, Ticaret Hukuku ABD öğretim üyesi, ozge.karaege@ikc.edu.tr,

Giriş

Yönetim kurulu Yeni TTK[1] ile birlikte yeni hükümlerle düzenlenmiştir. Bu yapılırken de kurumsal yönetim ilkeleri göz önünde bulundurulmuştur. Çalışmamızda, yönetim kuruluna seçilebilecek kişiler için yeni hükümlerle getirilen koşulların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamız öncelikle yönetim kurulunun organ sıfatının incelemesi ile başlayacaktır. Daha sonra yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine değinilecek, bu konuları takiben yönetim kurulu üye sayısı ve üyede aranan niteliklerden söz edilecektir. Niteliklerden söz edilirken gerek TTK[2] hükümleri gerek Yeni TTK hükümleri karşılaştırmalı olarak göz önünde bulundurulacaktır. Gerekli olan yerlerde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'na da değinilecektir. 6103 sayılı Kanun'da yer alan, yönetim kuruluna ilişkin düzenlemenin yürürlüğe konulması ve uygulanmasının incelenmesinden sonra çalışma sonuç kısmıyla tamamlanacaktır.

Çalışmamızın yayımı aşamasında 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[3] yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla tarafımızca gerekli görülen yerlerde 6335 sayılı Kanun'a değinilecektir.

I.YÖNETİM KURULU VE ORGAN SIFATI

Organ kavramının tanımını kanunlarda görmek mümkün değildir. Bu konuda görev doktrin ve içtihada düşmektedir. Doktrin ve içtihat, organ kavramını geniş yorumlama eğilimindedir[4]. Bu çerçevede, organ sıfatını kazanmak için kanun, ana sözleşme, tüzük veya iç yönetmelikte organ olarak gösterilmek bir koşul olmaktan çıkarılmıştır[5]. Bu doğrultuda organın

---

[1] Çalışmamızda Yeni TTK ile kastımız, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur (RG. T. 14.2.2011, S. 27846).

[2] Çalışmamızda TTK ile kastımız, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur (RG. T. 9.7.1956, S. 9353).

[3] RG. T., 30.6.2012, S. 28339.

[4] HELVACI, Anonim Ortaklık, s. 4; ÖZTAN, s. 81. *Helvacı***,** bu şekilde tüzel kişinin iradesinin oluşumuna fiilen katılan ve fiili bir olgu şeklinde ortaya çıkan organa "olgu organ" demektedir. Doktrinde bu kavrama ilişkin farklı adlandırmalar bulunmaktadır. *Pulaşlı*, fiili organ kavramını kullanmaktadır (bkz., PULAŞLI, s. 663). **İzmirli**, "fonksiyonel organ" kavramını açıklamaktadır (bkz., İZMİRLİ, s. 21). Bu konuda detaylı bilgi için bkz., SOYKAN, s. 15, dn. 27 ve orada anılan yazarlar.

[5] ÇAMOĞLU, s. 32; HELVACI, Anonim Ortaklık, s. 4; İZMİRLİ, s. 21; EGGER, s. 40.

belirlenmesinde maddi kıstaslara başvurulmuş, tüzel kişiye ait görevleri diğer organlarla koordinasyon halinde, onların gözetimi altında veya bağımsız karar yetkisine sahip olarak yerine getiren kişiler organ olarak nitelendirilmiştir[6].

İsviçre Federal Mahkemesi de organ kavramının geniş anlaşılması eğiliminde olup bu durumu doktrindeki hâkim görüş ile desteklemektedir[7]. Bu doğrultuda kararlarında şirketin irade oluşumuna önemli ölçüde katılan kişilerin de organ sayıldığını belirtmektedir[8].

Tüzel kişiler fiil ehliyetlerini gerekli organlara sahip olduğu takdirde kazanmaktadır (TMK m. 49). Bu hüküm genel ilke olarak ticaret şirketleri açısından da geçerlidir (TTK m.138; Yeni TTK m. 126).

Yeni TTK m. 365/I'e göre (TTK m.317) "*Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Kanundaki istisnai hükümler saklıdır*". Bu doğrultuda yönetim kurulu, iç ilişkide yönetim organı; dış ilişkide temsil organıdır[9]. Yönetim kurulunun temsil yetkisi mutlaktır[10]. Temsil, yaptığı işlemlerle şirket tüzel kişisini hak sahibi yapabilme ve borç altına sokabilme yetkisini ifade eder[11]. Yönetim bakımından şirketin iç yönetimi söz konusu olup defterlerin tutulması, finansman planlaması, genel kurulun toplantıya çağrılması, gündemin tespiti, tescil ve ilan gibi işlemler bu kapsamda değerlendirilebilir[12].

---

6 TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 127; HELVACI, Anonim Ortaklık, s. 9; EGGER, s. 40; ÖZTAN, s. 37. *Öztan* organ kavramının geniş anlaşılması gereğinin nedenini şu şekilde izah etmektedir: tüzel kişiler organlarının işlem ve fiillerinden sorumlu oldukları için (TMK m. 50/II), statülerinde organ olarak yer almayanların fiillerinden (dolayısıyla haksız fiillerinden) sorumlu olmayacaklardır. Böyle bir sonuç ise, üçüncü kişilerin aleyhine bir durum yaratacaktır (bkz., ÖZTAN, s. 36, 37).

7 BÜRGI, s. 1077; SCHUCANY, s. 202-203. *Schucany*, şirketin yönetimiyle görevlendirilenler deyince yalnızca yönetim kurulu üyelerinin, müdürlerin anlaşılmaması gerektiğini; ticari temsilci, ticari vekil gibi kimselerin de bağımsız karar almak suretiyle şirket yönetimine katılmalarının mümkün olacağını ifade etmektedir (bkz., SCHUCANY, s. 203). Seçilmiş yasal organ olmadığı halde bu tür organlara özgü görevi doğrudan yerine getiren veya yerine getirmesi için seçilmiş yasal organları etkileyen kimsenin fiili organ sıfatı tespit edilebilecektir (bu konuda bkz. HELVACI, Anonim Ortaklık, s. 10). Aynı yönde bkz., FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 443; FORSTMOSER, s. 209.

8 BGE 102 II, s. 359; BGE 107 II, s. 354; BGE 122 III, s. 227.

9 PULAŞLI, s. 1013; TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklar Hukuku, s. 107.

10 İZMİRLİ, s. 28. İstisnaen şirketi temsil yetkisi başka bir organ tarafından yerine getirilebilir. Örneğin yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması halinde şirketi mahkemece tayin edilecek bir kayyım temsil eder.

11 ÇAMOĞLU, (POROY/TEKİNALP), s. 315.

12 İZMİRLİ, s. 28.

Yönetim kurulu, yürütme organıdır. Zira yürütme organı karar organının aldığı kararları icra eden, üçüncü şahıslarla tüzel kişi adına faaliyette bulunan organdır[13]. Yönetim kurulu aynı zamanda kanuni ve dolayısıyla zorunlu organdır. Nitekim Yeni TTK m. 359 (TTK m. 312) anonim şirketin esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul ile seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşan yönetim kurulunun olduğunu emredici bir şekilde düzenlemiş; yine Yeni TTK m. 530 (TTK m. 435) şirketin kanunen gerekli olan organlarından birinin uzun süreden beri bulunmamasını fesih nedeni saymıştır. Bu düzenlemelerden yola çıkarak yukarıda belirttiğimiz gibi yönetim kurulunu kanuni ve dolayısıyla zorunlu organ olarak görmemiz mümkündür[14].

Yönetim kurulu aynı zamanda kurul organ niteliğindedir. Yeni TTK'da yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşacağına ilişkin hüküm terk edilerek bir üyeli yönetim kuruluna olanak tanınmıştır. Bu doğrultuda "tek kişi" ile "kurul" kavramlarının birbirleriyle çelişebileceği kanısı uyanabilmektedir. Ancak kanun gerekçesine baktığımızda, buradaki kurul ifadesinin birden fazla kişiye değil organa işaret ettiği belirtilmektedir[15]. *Tekinalp* de tek üyeli yönetim kurulunun "kurul" olarak çalıştığını bir başka ifadeyle yönetim kurulu kararının gerekli olduğu hallerde karar alındığını, kararın yazıldığını, imzalanıp karar defterine geçirildiğini ve gereğinde tarihin üçüncü kişiye ispat edildiğini belirtmektedir[16].

II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ İLE ŞİRKET ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İsviçre doktrininde yönetim kurulu üyeliğinin ikili karakterine işaret edilmektedir. Bunlardan ilki, yönetim kurulu üyesinin organ konumu olduğu için yürütmeye yetkili ve yükümlüğü olduğudur; ikincisi, yönetim kurulu üyeliğinin borçlar hukukuna ilişkin bir unsur taşıdığı ve bu bağlamda hizmet akdi veya vekâlet akdi benzeri bir ilişkinin olduğudur[17]. Dolayısıyla kişinin

[13] ÖZTAN, s. 95; TANDOĞAN, s. 127.

[14] Aynı yönde bkz., ÇAMOĞLU, s. 33; SOYKAN, s. 19.

[15] Yeni TTK gerekçesi için bkz., www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss.96.pdf (1.2.2011).

[16] TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 117.

[17] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 293. von STEIGER, bu ilişkiye vekâlet hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtir (bkz., von STEIGER, s. 258; aynı yönde bkz., SCHUCANY, s 139). *Bürgi*, bu ilişkinin sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesini savunur (bkz., BÜRGI, s. 561). İsviçre Federal mahkemesi vekalet görüşünü benimsemektedir (bkz., BGE 44 II, s. 138).

yönetim kurulu üyesi seçimi ile birlikte organsal ve sözleşmesel bir hukuki ilişki ortaya çıkmaktadır[18]. Karşı görüş ise, bu iki unsuru tek bir hukuki ilişki içinde birleştirmekte ve yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin atipik sözleşme olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir[19].

Türk hukukunda, yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir[20]. Genel kurulun üyenin seçimine ilişkin kararı icap, görevin üstlenilmesi kabul niteliğini taşır[21]. Kabul için belli bir şekle uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Açık veya zımni kabul mümkündür[22]. Genel kurul ve yönetim kurulu üyesinin karşılıklı ve birbirine uygun rızalarını beyan etmeleri ile akit tamam olur[23].

Yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği konusunda ise Türk doktrininde tartışma mevcuttur. Hâkim görüş, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğunu benimsemektedir[24]. Zira ücret ve

[18] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 293.

[19] Karşı görüşün gerekçeleri için bkz., FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 293-294. Yazarlar aksi görüşün hâkim görüş olduğunu belirtmektedir. Bu konuda *Plüss*, yönetim kurulu üyeliğinin ikili karaktere uymasına rağmen bunun geleneksel hukuki işlem tiplerinden hiçbirine girmediğini, organsal hukuki ilişki ve sözleşme benzeri ilişkinin olduğunu belirtmektedir (bkz., PLÜSS, s. 121). *Bürgi*, tek bir hukuki ilişkinin Alman literatüründe söz konusu olduğunu; oysa İsviçre literatüründe bu durumun reddedildiğini ileri sürer. Zira bu hukuki işlemlerden biri olmadan diğerinin geçersiz olduğunu ifade eder (bkz., BÜRGI, s. 561). Yazar, hizmet akdinin özellikle küçük veya aile anonim şirketlerinde karşımıza çıkmasının pek muhtemel olduğunu belirtir (bkz., BÜRGI, s. 563).

[20] ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 319; MİMAROĞLU, s. 98; ANSAY, s. 102 vd.

[21] BÜRGI, s. 560; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 319. Son yazar üyenin sözleşme ile atanması ya da yönetim kurulu tarafından seçilmesi halinde de aynı hukuki durumun söz konusu olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde bkz., ATAN, s. 10.

[22] BÜRGI, s. 560; MİMAROĞLU, s. 98; HİRŞ, s. 309.

[23] MİMAROĞLU, s. 98; ANSAY, s. 103; ATAN, s. 10; ARSLANLI, s. 107.

[24] *Mimaroğlu***,** Yeni TTK m. 126 (TTK m. 138) yollaması sonucu TBK m. 630 (BK m. 530) gereğince hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul eder (bkz., MİMAROĞLU, s. 102; aynı yönde bkz., ATAN, s. 12). Yazar Yeni TTK m. 1 gereğince de aynı sonuca ulaşılmasının mümkün olduğunu belirtir. *Ansay*, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkiyi aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça vekâlet olarak nitelendirmektedir (bkz., ANSAY, s. 104). *Hirş*, söz konusu hukuki ilişkide ücretin temel unsur olmaması nedeniyle aradaki sözleşmeyi vekâlet sözleşmesi olarak kabul eder (bkz., HİRŞ, s. 311). *Arslanlı,* şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin vekalet hükümlerine tabi olduğunu belirtir (bkz., ARSLANLI, s. 108). *Pulaşlı* da taraflar arasındaki sözleşmenin mahiyeti itibariyle vekalet sözleşmesi olduğunu belirtir (bkz., PULAŞLI, s. 888 vd.). *İmregün* de vekalet akdi görüşüne katılmaktadır (bkz., İMREGÜN, s. 202).
Doktrinde *Domaniç*, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin hâkim görüşün aksine şirket sözleşmesine dayandığını belirtir. Bu doğrultuda, şirket sözleşmesi ile ilgili ticaret kanununda emredici veya düzenleyici hüküm bulunmayan hallerde boşluk önce-

uzun bir süre iş sahibine karşı hizmet görmek, hizmet sözleşmesinin temel unsurlarıdır[25]. Buna karşılık ücret şirketle yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişki bakımından temel unsur değildir[26].

Kanımızca, doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki öncelikle taraflar arasında kararlaştırılan özel hükümlere göre tespit edilmelidir[27]. Sözleşme taraflarca açık olarak yapıldığında herhangi bir zorlukla karşılaşılmayacak ve nitelik kolaylıkla tespit edilebilecektir. Ancak taraflar sözleşmeyi zımnen yaparlarsa, bu durumda doktrinde belirtildiği üzere Yeni TTK m. 126'nın yollaması sonucu TBK[28] m. 630 gereği vekâlet sözleşmesi söz konusu olacaktır[29]. Yönetim kurulu ile anonim şirket arasındaki ilişkinin niteliği hususunda ise Türk doktrininde hâkim olan görüş, bu ilişkinin organik bir ilişki olduğu yönündedir[30].

III. YENİ TTK'YA GÖRE YÖNETİM KURULU ÜYE SAYISI

Yeni TTK m. 359/1'e göre, anonim şirketin yönetim kurulu esas sözleşme[31] ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha

---

likle vekâlet sözleşmesi ile ilgili hükümlerle, burada bir düzenleme bulunmadığı takdirde hizmet sözleşmesi ile ilgili hükümlerle doldurulur. Hizmet sözleşmesi ile ilgili hükümler yetmediğinde Yeni TTK m.1/II gereği ticari örf ve adet, bu da yetmediğinde genel hükümler uygulama alanı bulur (bkz., DOMANİÇ, s. 497).

25 MİMAROĞLU, s. 101; ANSAY, s. 103; BÜRGI, s. 563.

26 MİMAROĞLU, s. 101; HİRŞ, s. 310; ANSAY, s. 103.

27 ÇAMOĞLU, s. 111; HELVACI, Anonim Ortaklık, s. 109; İZMİRLİ, s. 37.

28 Çalışmamızda TBK ile kastımız 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'dur (RG. T. 4.2.2011, S. 27836).

29 HELVACI, Anonim Ortaklık, s. 109; ÇAMOĞLU, s. 111. Ayrıca bkz., MİMAROĞLU, s. 102; ATAN, s. 12. Doktrinde Yeni TTK'daki düzenlemeleri göz önünde bulundurarak ilişkinin gerçekte hizmet sözleşmesi olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, ücret başta olmak üzere yönetim kurulu üyelerinin mali hakları (Yeni TTK m. 394) ve görevden alınınca söz konusu olan tazminat (Yeni TTK m. 364/2) hizmet sözleşmesinin özelliklerindendir. Yeni TTK m. 364 gereğince genel kurul, yönetim kurulu üyelerini her zaman görevden alabilir (bu konuda bkz., TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 155).

30 ÇAMOĞLU, s. 35; İZMİRLİ, s. 33; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 319; ÖZTAN, s. 83 vd.; TEKINALP, Tüzel Kişiler, s. 20; von STEIGER, s. 257.

31 TTK'ya göre, anonim şirkette en az beş kurucu üye olması gerekirken; Yeni TTK'ya göre, anonim şirketin tek bir kişi ile kurulması mümkündür (m. 338). Bu doğrultuda, Türk doktrininde tek kişi ile kurulan anonim şirketler bakımından esas sözleşmenin yerini esas taahhütnamenin aldığı belirtilir. Zira tek kurucunun imzaladığı metnin sözleşme olarak kabul edilmesi mümkün değildir (TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 82); diğer görüşe göre, esas taahhütname kuruluştaki işlemin adıdır; bununla birlikte kavram olarak anonim şirketin

fazla kişiden oluşur. Böylelikle, TTK m. 312/I'den farklı olarak yönetim kurulunun tek kişiden oluşmasına imkân tanınmıştır[32].

Yeni TTK m. 339/2, g hükmü gereği yönetim kurulu üyelerinin sayıları kuruluşta esas sözleşmede gösterilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrası gereği ilk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşme ile atanır. Yine m. 354/1, g hükmünce esas sözleşmenin tescili halinde üçüncü kişilerce "*Yönetim kurulu üyeleriyle şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları…*" biliniyor sayılır. İzleyen yönetim kurullarını genel kurul seçer. Zira genel kurulun yönetim kurulu üyelerini seçimi yetkisi devredilemez yetkilerindedir (m. 408/2, b).

Yeni Kanun, yönetim kurulu üye sayısı hakkında "bir veya daha fazla kişi" ifadesini kullanmaktadır. Dolayısıyla kuruluşta esas sözleşmede bu sayı somut olarak belirtilebileceği gibi, en az ve/veya en çok sayı öngörülerek de belirtilebilir[33]. Önemli olan m. 339/2, g hükmünde belirtildiği üzere yönetim kurulu üye sayısının esas sözleşmede gösterilmiş olmasıdır[34]. Üye sayısı esas sözleşmede gösterilmediği takdirde Yeni TTK m. 32/2 gereğince tescil edilemez. Tescil edilmişse, Yeni TTK m. 353 gereğince fesih davası açılabilir[35].

İsviçre'de de anonim ortaklık yönetim kurulu bir veya daha fazla üyeden oluşur (OR m. 707/I). Üye sayısını olası bir arttırma veya eksiltme durumunda her seferinde sözleşme değişikliği yoluna gitme yerine 707. maddedeki ifadeyi sözleşmeye geçirmenin daha elverişli olduğu ifade edilmektedir[36].

esas sözleşmesidir. Kuruluştaki işlemin niteliğinin, kavramsal ve kurumsal işlemin türünden bağımsız olarak esas sözleşme şeklinde anlaşılması gereği üzerinde durmaktadır (PULAŞLI, s. 613).

[32] Böyle bir düzenlemenin getirilmesinin nedeni, m. 359'un gerekçesinde izah edilmiştir. Buna göre, bu kuralla AB hukuku ile uyum sağlanmakta ayrıca küçük anonim şirketler ile ana şirketlerde daha kolay yönetme yöntemlerinin uygulanması mümkün olmaktadır. Ayrıca, bu kuralın esneklik ve kolaylık sağlayacağı, topluluk oluşturulmasında, kurumsallaşmada, profesyonelleşme ile bölünmelerde yararlı olacağı düşünülmüştür (bkz. m. 359 gerekçesi).

[33] PULAŞLI, s. 889-890; İMREGÜN, s. 195; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 287.

[34] TTK m. 312/I yönetim kurulunun en az üç kişiden oluşacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda esas sözleşmede yönetim kurulu sayısına ilişkin bir düzenleme bulunmadığında ortaya çıkan durumla ilgili doktrindeki görüşlere kısaca değinmek isteriz. Doktrindeki bir görüşe göre, esas sözleşmede üye sayısı belirlenmediğinde yönetim kurulu üç üyeden oluşur. Bu sayının arttırılması için sözleşmenin değiştirilmesi gerekir (bkz., ARSLANLI, s. 95; DOMANİÇ, s. 465). Diğer görüşe göre, esas sözleşme üye sayısı hakkında herhangi bir düzenleme içermiyorsa, genel kurul bu sayıyı üçten az olmamak koşuluyla serbestçe belirleyebilir (bkz., TEKİL, s. 151; SOYKAN, s. 36-37).

[35] TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 83; SOYKAN, s. 37.

[36] Bu konuda bkz., KRNETA, s. 6. Ayrıca İsviçre doktrininde yönetim kurulunun kaç kişiden

IV. YENİ TTK'YA GÖRE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNDE ARANAN NİTELİKLER

A. *KANUNEN ARANAN NİTELİKLER*

Yeni TTK m. 359/2 hükmüne göre, tüzel kişi de yönetim kuruluna üye seçilebilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, yönetim kurulu üyeleri ile birlikte tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişilerin tam ehliyetli olmaları gereklidir. Ayrıca üyeliği sona erdiren sebepler seçilme engellerini oluşturur (Yeni TTK m. 359/4). Bu doğrultuda biz de çalışmamızda yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için gerekli koşulları gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından ikiye ayırmak suretiyle incelemeyi tercih etmekteyiz.

1. Gerçek Kişilerde Aranan Nitelikler

a. *Tam Ehliyetli Olma Koşulu*

Yeni TTK m. 359/3'e göre; "*Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır*". TTK'da ise, bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır (m. 312). Bundan dolayı TTK açısından doktrinde üyelerin tam ehliyetli olmaları gerekip gerekmediği hususunda tartışma söz konusudur[37].

TTK'da, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, yönetim kurulu üyeliği için ehliyet koşulu aranmamaktadır. Bu doğrultuda doktrindeki bir görüşe göre, velayet ve vesayet altında bulunan bir kimsenin sanat ve meslekle iştigaline izin verildiğine göre yönetim kurulunda görev alabilmesi de mümkün olmalıdır[38]. Buna karşılık doktrindeki hâkim görüş, tam ehliyet koşulunu aramaktadır[39].

---

oluşursa en etkin şekilde faaliyette bulunabileceği hakkında tartışmalar mevcuttur. Buna göre, en uygun yönetim kurulu üye sayısı, üyelerin maddi meseleleri derinlemesine incelemesi, temel meseleleri görüşebilmesi doğrultusunda ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, üst sınır yedi kişidir (KRNETA, s. 6). *Böckli*, bu sayının beş ile yedi arasında olmasını savunur (BÖCKLI, Aktienrecht, s. 1440). Bu sınırın üzerindeki sayı organın yönetim organı olarak faaliyette bulunmasını etkiler (bu konuda bkz., KRNETA, s. 6; BÖCKLI, Aktienrecht, s. 1440).

[37] Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik m. 15/I, b'de, yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için reşit ve mümeyyiz olmak ve hacir altına alınmamış olmak gereklidir.

[38] ARSLANLI, s. 100.

[39] DOMANİÇ, s. 467-468. *Doğanay* da yönetim kurulu üyeliği için sınırlı ehliyetin yeterli olmadığını, bu nedenle sınırlı ehliyetliler, yönetim kuruluna seçilirse o şirkette organ eksikliği sorununun ortaya çıkacağını belirtir (bkz., s, 926). *Ansay* da idareciliğin sorumluluk gerektirdiğinden dolayı tam ehliyetin bulunması gereğini savunur (bkz., s. 98). Tam ehliyetin aranması gereği hususunda bkz., ÇAMOĞLU (POROY/TEKINALP), s. 329. Aynı yönde bkz., TEKİL, s. 161 ve İMREGÜN, s. 198. *Eriş*, reşit olmayan kişilerin ve kısıtlıların ortak

TTK'da ehliyet koşulu hakkında bir düzenleme bulunmamasına rağmen, tam ehliyet koşulunu arayan hâkim görüşün haklılığı konusunda gerekçeler gösterebilmek mümkündür[40]. Bu doğrultuda, TTK m. 315/ II, yönetim kurulu üyesinin sonradan kısıtlanması halinde görevinin sona ereceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, bu düzenlemenin zıt anlamından yönetim kurulu üyesi olacak kişinin, başlangıçta da kısıtlı olmaması başka bir ifadeyle tam ehliyetli olması gerektiği sonucu ortaya çıkar[41].

Bir diğer gerekçe, TTK m. 336 ve onu izleyen düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin şirket, alacaklılar ve ortaklara karşı sorumlulukları ayrıca düzenlenmiş ve ağırlaştırılmıştır. Yine TTK m. 330'da, yönetim kurulu üyelerinin vekâleten oy kullanmaları sakıncalı görülmüş, müzakerelerde bizzat bulunmaları ve oy vermeleri düzenlenmiştir. Sonuç itibariyle yönetim kurulu üyesi olan kişi açısından bu mevkiin sağladığı haklar ve yüklediği borçlar söz konusudur[42]. Bu nedenle kişinin tam ehliyetli olması aranmalıdır.

Yeni TTK'ya göre, yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyetli olmaları şarttır. Kanımızca böyle bir düzenlemenin açık bir şekilde getirilmesi yerinde olmuştur. Bu durumda bir sorumluluk mevkii olan ve bünyesinde vekâlet sözleşmesinin olduğu kabul edilen bir ilişkide kendi işini bizzat göremeyecek kişinin yabancı bir malvarlığını yönetmesi söz konusu olamayacaktır[43].

İsviçre'de ehliyetle ilgili olarak yasal düzenleme bulunmadığından doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde hâkim görüş, kişinin yönetim kurulu üyesi olabilmesi için ayırtım gücüne sahip olmasını yeterli görmektedir. Kişinin tam ehliyete sahip olması bir koşul olarak görülmemektedir[44]. Karşı görüş ise, yönetim kurulu üyeliğinin konumu itibariyle tam ehliyeti gerektirdiğini ileri sürer[45].

---

olmakla beraber ortaklık yönetim kuruluna üye olarak seçilemeyeceğini ifade etmektedir (bkz., ERİŞ, Uygulamalı Anonim Şirketler, s. 189).

[40] Tüm bu gerekçeler için bkz., Y. 11.HD, 5.12.1986, E. 6726, K. 6565 (bu karar için bkz., ERIŞ, Uygulamalı Anonim Şirketler, s. 193 vd.).

[41] ŞENER, s. 118.

[42] TEOMAN, Yasal Danışman, s. 428.

[43] TEOMAN, Yönetim Kurulu, s. 7. Bu düzenleme ile mahkeme kararlarında kabul edilen ve öğretide hâkim olan görüşün kanunlaştırıldığını söylememiz mümkündür.

[44] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, s. 168; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 280; SCHUCANY, s. 146; BÜRGI, s. 549; WERNLI, s.995. *von Steiger* da yönetim kurulu üyeliği için temyiz kudretine sahip olmanın şart olduğunu buna mukabil, tam ehliyete sahip olmanın şart olmadığını belirtir (von STEIGER, s. 261).

[45] BÖCKLI, Aktienrecht, s. 1445; PLÜSS, s. 7 vd. *Schultess*, ortaklara, alacaklılara ve şirkete

b. Pay Sahibi Olma Koşulu

TTK m. 312/II'ye göre, yönetim kurulu üyelerinin kural olarak pay sahibi ortaklar arasından seçilmesi gerekir. Ancak, pay sahibi olmayan kimseler üye olarak seçilirse, bunların göreve başlayabilmesi için pay sahibi sıfatını kazanması gerekir. Dolayısıyla pay sahibi olma göreve başlayabilmek için getirilmiş bir koşuldur[46]. Bu kuralın istisnaları mevcuttur. Bunlardan ilki, tüzel kişi temsilcisi olarak yönetim kuruluna seçilen kişinin pay sahibi olmasına gerek olmamasıdır[47]. İkincisi, TTK m. 275 gereğince bir kamu tüzel kişisinin yönetim kuruluna temsilci göndermesi durumunda, tüzel kişinin ve temsilcinin pay sahibi olma zorunluluğunun bulunmamasıdır[48]. Bir diğer istisnai hal olarak da, gerek sözleşme ile gerek kuruluş genel kurulu tarafından atanan ilk yönetim kurulu üyelerinin mutlaka pay sahibi olmaları gerektiği gösterilmektedir[49].

TTK m. 312 ile getirilen bu düzenlemenin amacı, yönetim kurulu üyesinin şirket işlerinde ilgi ve bağlılığını, şirketle yakın ilişki kurmasını sağlamaktır[50]. Ancak bu husus doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Özellikle büyük sermayeli anonim şirketlerde bir pay herhangi bir değer ifade etmemektedir. Ayrıca gün geçtikçe anonim şirketlerde yönetim sermayeden ayrılmakta ve bağımsızlaşmaktadır[51].

Yeni TTK'da doktrinin dile getirdiği eleştiriler doğrultusunda m. 359 ile getirilen düzenleme sonucunda "pay sahibi olma" zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle bir yandan az ortaklı anonim şirketlerde çok

karşı sorumluluk açısından yalnız ayırtım gücüne sahip olmayı benimsememektedir (bkz., SCHULTESS, s. 27). *Krneta*, yönetim kurulu üyeliğinin kişisel özellik gösterdiğini, şirketin menfaatine olarak yönetim kurulu müzakerelerinde ve kararlarında şahsi katılım beklendiğini belirtir. Bu doğrultuda, sınırlı ehliyetlilerin kanuni temsilcilerinin önemli kararlarda katılması gerekecektir. Bu da yönetim kurulu yapısıyla bağdaşmamaktadır (bkz., KRNETA, s. 7 vd.).

[46] ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 328; İZMİRLİ, s. 41; DOMANİÇ, s. 466; İMREGÜN, s. 199; ANSAY, s. 99. Bununla birlikte, Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik m. 15/I, b'de, pay sahibi olmayan bir kişinin yönetim kuruluna seçilmesi durumunda, o kişinin, seçildiği genel kurul kararının ticaret siciline tescilinden önce pay sahibi olması gereği belirtilmiştir. Doktrinde haklı olarak bu düzenleme eleştirilmekte ve TTK m. 312/II'ye açıkça aykırı olduğu ifade edilmektedir (bu konuda bkz., ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 328; SOYKAN, s. 28 ve dn. 68-69'da anılan yazarlar).

[47] İMREGÜN, s. 199; ARSLANLI, s. 96; TANDOĞAN, s. 8; von STEIGER, s. 259.

[48] ARSLANLI, s. 97; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 328; TANDOĞAN, s. 9; von STEIGER, s. 259.

[49] İMREGÜN, s. 199; ARSLANLI, s. 96.

[50] ARSLANLI, s. 95; İMREGÜN, s. 199; ANSAY, s. 99.

[51] İMREGÜN, s. 199; ANSAY, s. 99.

üyeli yönetim kurulu oluşmasına olanak tanınmış; diğer yandan uzman ve profesyonel yönetim kurullarının kurulabilmesinin yolu açılmıştır[52].

İsviçre hukukunda 1 Ocak 2008'de yürürlüğe giren yeni düzenlemeden[53] evvel yönetim kurulu üyelerinin göreve başlayabilmeleri için pay sahibi olma zorunluluğu aranmaktaydı. Bunun nedeni olarak da, yönetim kurulu üyesini hem şahsi yönden hem de maddi yönden şirkete bağlı kılmak, böylece kişinin şahsi menfaatleri ile şirketin menfaatlerini birbirine bağlamak gösterilmekteydi[54]. Yürürlüğe giren düzenlemeyle birlikte İsviçre hukukunda da pay sahibi olma zorunluluğunu düzenleyen madde (OR m. 707/2) yürürlükten kaldırıldı.

c. Seçilme Engellerinin Mevcudiyeti Koşulu

Yeni TTK m. 359/4'e göre, üyeliği sona erdiren sebepler, seçilme engellerini oluşturmaktadır. Madde gerekçesinde, bu düzenlemenin mahkeme kararlarında kabul edilen ve doktrinde hâkim olan görüşü kanunlaştırdığı belirtilmektedir. Üyeliği sona erdiren sebepler Yeni TTK m. 363/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, üyenin iflası, ehliyetinin kısıtlanması, üyelik için gerekli kanuni şartları veya esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybedilmesi üyeliğin kendiliğinden sona erme sebepleridir. Kanun bu düzenlemede yönetim kurulu üyeliğini kendiliğinden sona erdiren sebepleri saymıştır[55].

Yönetim kurulu üyelerinden biri iflasa tabi olup da iflasına karar verilirse görevi sona ermiş olur. Yalnız bu durumda iflas kararının kesinleşmiş olması gerekir[56].

---

[52] Bkz., Yeni TTK m. 359 gerekçesi.

[53] GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht, (AS **2007** 4791; BBI **2002** 3148, **2004** 3969).

[54] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 279; BÜRGI, s. 545. Doktrinde yönetim kurulu üyesinin tek bir pay sahibi olmasının gerekliliği yönünde bkz., BÖCKLI, Aktienrecht, s. 1444; BÜRGI, s. 545. Buna karşılık tek bir paya sahip olmanın yukarıda bahsedilen amacın gerçekleşmesi bakımından şüpheli olduğu yönünde bkz., FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 279. Doktrinde yönetim kurulu üyeliği için inançlı işlem yoluyla payın devralındığı bu şekilde kanuni bir görünümün elde edildiği dolayısıyla kanundaki koşulun gerçekleştirilebildiği de ileri sürülmektedir (bkz., KRNETA, s. 8; HOMBURGER Art. 707 N. 6; WERNLI, s. 993).

[55] TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 121. Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik m. 15/I, b'ye göre, yönetim kuruluna seçilecek kişilerin, Devlet Memurları Kanunu m. 28 saklı kalmak kaydıyla, devlet memuru olmamak, iflasına karar verilmemiş olmak, ağır hapis cezasıyla veya sahtekârlık, emniyeti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı hükümlü olmamak koşullarını taşıması gerekir.

[56] DOMANİÇ, s. 474; ERİŞ, Uygulamalı Anonim Şirketler, s. 209.

Yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesine ilişkin bir diğer sebep, ehliyetin kısıtlanmasıdır. Kısıtlama sebeplerinin neler olduğu TMK m. 405-408'de belirtilmiştir. Buna göre kısıtlama sebepleri, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olma ve istekte bulunma halleridir[57].

Ehliyeti kısıtlanan kimsenin basiretle hareket etmesi beklenen yönetim kurulu üyeliğinde bulunması hem şirketin zararına hem kısıtlı üyenin şirkete karşı sorumlu olup olmaması konusunda birçok ihtilafa yol açabilecek bir durumdur[58]. Bu nedenle, ehliyeti kısıtlanan kimsenin yönetim kurulu üyeliği son bulur. Kısıtlanan yönetim kurulu üyesinin vasisinin veya tayin edeceği temsilcisinin yönetim kuruluna katılarak üyeyi temsil etmesi mümkün değildir (Yeni TTK m. 390). Kanımızca Yeni TTK'da böyle bir düzenleme yer almasaydı dahi, m. 359/3 gereğince yönetim kurulu üyeliği için tam ehliyet koşulu arandığından ehliyetin kısıtlanması halini üyeliğin sona erme sebebi olarak yorumlamakta bir zorluk çekilmeyecekti.

Yeni TTK m. 363/2, TTK m. 315/II'de yer alan ağır hapis veya sahtekârlık, emniyeti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından mahkûmiyet sebeplerine yer vermemiştir. Doktrinde bir görüş, bu duruma sebep olarak öncelikle yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren pek çok suç varken bunlardan sadece bazısını saymanın doğru olmadığını belirtmekte; bir diğer sebep olarak da sayılan suçlardan mahkûmiyetin sonuçlarının üyeliğin devamına engel olduğunu ifade etmektedir; zira ceza kanunları mahkûmiyetlerin sonuçlarını da düzenlemektedir[59].

Bir diğer görüş, TTK m. 315/II'deki düzenlemenin Yeni TTK'da yer almamasını eksiklik olarak nitelendirir[60]. Gerçekten de 363. madde gerekçesine baktığımızda, bu maddenin TTK m. 315'ten alındığını belirtmektedir. Kanımızca bu durumda ilk görüşe üstünlük tanımak gerekecek ve Yeni TTK'da suçlarla ilgili bir düzenleme bulunmasa dahi üyenin ağır hapis cezası veya yüz kızartıcı suçlardan mahkûm olması halinde üyelik düşecektir. Zira TTK m. 315/II'deki düzenlemede hâkim olan, şirketin yönetim kurulunda

[57] Detaylı bilgi için bkz., AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 126 vd.

[58] DOMANİÇ, s. 475.

[59] TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 121.

[60] HELVACI, Yenilikler, s. 192.

şaibeli kişinin yer almasının şirketin itibarını zedeleyeceği düşüncesidir[61]. Aynı düşüncenin Yeni TTK m. 363 açısından da geçerli olması gerekmektedir.

Yeni TTK ile esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybı halinde de üyeliğin kendiliğinden ve herhangi bir işleme gerek olmaksızın sona ermesini düzenlenmektedir. Böylece TTK açısından söz konusu olan doktrindeki farklı görüşlerin kısmen ortadan kalkması söz konusu olacaktır. Zira TTK'da, Yeni TTK'dan farklı olarak esas sözleşmede üyelik için aranan niteliklerin kaybı bir sona erme sebebi olarak düzenlenmemektedir. Bu bağlamda doktrinde bir görüş, esas sözleşmede hangi sebeplerin yönetim kurulu üyeliğini sona erdireceğine ilişkin düzenlenmenin ve yine yönetim kurulu üyesinin sahip olması gereken niteliklerin yer almasının imkân dâhilinde olduğunu savunur[62]. Dolayısıyla bu sebeplerin gerçekleşmesi ile veya niteliklerin kaybı ile üyelik kendiliğinden sona erecektir. Buna karşılık diğer bir görüş, esas sözleşmede yer alan yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona ermesine ilişkin sebeplerin TTK m. 315/II'de (Yeni TTK m. 363/2) yer alan durumlarla bir tutulmaması gerektiğini ve bu doğrultuda ilgili üyenin görevinin devamının mümkün olduğunu ileri sürmektedir[63].

Yargıtay'ın da aynı konuya ilişkin farklı kararları mevcuttur. Bunun nedeni, TTK'da yönetim kurulu üyelerinin niteliklerinin kaybı ile bu sıfatlarının düşebileceği hususunda özel bir düzenleme olmamasıdır. Esas sözleşmeye böyle bir kural getirilse bile bu kuralın uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır[64].

Yeni TTK m. 363/2'de esas sözleşmede aranan niteliklerin sonradan kaybı halinde, yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona ermesinin

---

[61] DOMANİÇ, s. 477.

[62] TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 102; DOMANİÇ, s. 477; İZMİRLİ, s. 61.

[63] TEOMAN, Kazanç Payı, s. 99. Yazar bu durumda yönetim kurulunun ya açıkça ilgilinin görevinin son bulduğuna ilişkin karar almasının ya da onun yerine yeni bir üye atayarak örtülü biçimde görevin sona erdiğini ortaya koymasının zorunlu olduğunu belirtir.

[64] Y. 11. HD., 5.4.1990, E. 1989/2214, K. 1990/3042 kararına göre, esas sözleşmesinde yönetim kurulundan izin almaksızın devamlı olarak üç ay toplantılarda hazır bulunmayan üyenin görevden çekilmiş sayılacağına yönelik düzenleme yer alan anonim şirkette, bu hususta karar vermek ve tespit etmek görevi yönetim kurulundadır (bu karar için bkz., Teoman, Kazanç Payı, s. 96 vd.). Buna karşılık Y. 11. HD., 20.6.2002, E. 2223/K. 6366 kararında ise, esas sözleşmede üst üste iki kez veya bir görev yılında dört kez toplantılara katılmayan üyenin görevinin kendiliğinden sona ereceğine yönelik düzenleme yer alan anonim şirkette, bu hususta yetkili şirket genel kurul kararının gerekip gerekmediğinin tartışılması üzerinde durulmaktadır (bu karar için bkz., ERİŞ, C.II, s. 2157).

düzenlenmesi kanımızca yerinde olmuştur. Ancak, yukarıda söz ettiğimiz yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesine yönelik sebeplerin esas sözleşmede yer alması halinde durumun ne olacağı halen açıklık kazanmış değildir. Dolayısıyla gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında söz konusu olan tartışma devam edecek gibi görünmektedir. Eğer yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesine yönelik sebeplerin esas sözleşmede yer alması durumu, esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybına ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilirse herhangi bir sorun çıkmayacak ve üyelik kendiliğinden sona erecektir[65].

Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesi gereğince, memurlar ticaret ortaklıklarında müdürlük ve yönetim kurulu üyeliği görevi yapamazlar. Buna rağmen yönetim kurulu üyeliğine seçilen memur, kanunen gerekli olan koşullara sahipse üyeliğe seçilme açısından bu durum bir engel teşkil etmez. Ancak memurun görevli bulunduğu kurumu ilgilendiren disiplin cezasını gerektiren bir durum ortaya çıkabilir[66].

2. Tüzel Kişilerde Aranan Nitelikler

a. *Tüzel Kişi Üyeler Bakımından*

TTK m. 312/II gereğince pay sahibi tüzel kişiler yönetim kurulu üyesi olamaz. Buna karşılık, tüzel kişinin temsilcisi olan gerçek kişiler yönetim kuruluna üye seçilebilir. Tüzel kişi anonim şirkette ne kadar çok paya sahip olursa olsun ancak tek bir gerçek kişiyi kendi temsilcisi sıfatıyla yönetim kuruluna seçtirebilir[67]. Bu kişi tüzel kişi adına ve tüzel kişiyi temsilen seçilmiştir[68].

---

[65] SOYKAN, s. 41, dn. 103. Ancak üyeliğin sona ermesine yönelik sebeplerle ilgili hükümler bu kapsamda değerlendirilmezse Yeni TTK m. 340 göz önünde bulundurulmalıdır.

[66] ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 329; PULAŞLI, s. 894.

[67] ÇAMOĞLU (POROY-TEKİNALP), s. 328; TANDOĞAN, s. 7; TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 79. Son yazara göre yönetim kurulu üyeliğinin esas taşıyıcısı tüzel kişidir. Bundan dolayı yönetim kurulundaki tek oy da tüzel kişiye aittir. Tüzel kişi için birden çok temsilcisi olabileceğini kabul etmek TTK m. 312/II'nin düzenlemediği bir anlam vermek olur. Bu hüküm tüzel kişiler bakımından sadece yönetim kurulu üyeliğinin nasıl kullanılabileceğini düzenleyen bir hükümdür (bkz., TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 79). Aksi görüş için bkz., ARSLANLI, s. 96, dn. 9a; KARAYALÇIN, s. 184.

[68] İMREGÜN, s. 197. *Tekinalp'e* göre**,** söz konusu olan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmasıdır. Temsilci onun adına seçildiği gibi, yönetim kurulu üyeliğini de onun adına kullanır (bkz., TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 32).

Tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisi olan gerçek kişiyi, genel kurul seçmektedir[69]. Tüzel kişinin temsilcisi gerekli niteliklere sahip olmadığı için seçilemeyeceği gibi gerekli oyu toplayamaması nedeni ile de seçilemeyebilir[70]. Bir diğer ifadeyle, gerçek kişi pay sahibi[71] seçime hangi şart ve imkânlarla katılıyorsa tüzel kişinin temsilcisi de aynı şart ve imkânlarla katılmaktadır[72].

TTK açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus, yönetim kurulunda tüzel kişi adına üyelik sıfatına sahip gerçek kişinin nasıl azledileceğidir. Zira bu durumla ilgili olarak özellikle tüzel kişinin güvenini kaybetmiş ya da tüzel kişi ile ilişiği kesilmiş bir temsilcinin tüzel kişi tarafından azli hakkında TTK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[73]. Bu durumda, yönetim kurulu üyelerini azle yetkili organ genel kurul olduğu için tüzel kişi doğrudan doğruya bir etkiye sahip olmayacaktır[74]. Asıl sorun, tüzel kişinin genel kurulda yeterli çoğunluğa sahip olmadığında ortaya çıkacaktır. Bu durumda tüzel kişi genel kuruldan önce temsilciyi istifaya davet edebilir[75]. Genel kurul da temsilciyi azil zorunluluğunda değildir[76]. Tüzel kişi açısından olumsuz bu gibi sonuçlarla karşılaşmamak için, temsilcinin yönetim kurulu üyeliğini tüzel kişi adına kullanabilmesi için esas sözleşmede tüzel kişi ile ilişiğinin devamı şartına bağlanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir[77].

Yeni TTK m. 359/2'de tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi seçilebilmelerinin önü açılmış ve böylelikle limited şirketlere ilişkin Yeni TTK m. 623/2 ile uyum sağlanmıştır[78]. Aynı hükümde, tüzel kişiyle birlikte tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen sadece bir gerçek kişi de

---

69 TANDOĞAN, s. 12; TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 76.

70 TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 77.

71 Yeni TTK ile pay sahibi olma koşulu kaldırılmıştır.

72 TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 77.

73 AKDAĞ GÜNEY, s. 284.

74 TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 102.

75 TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 102.

76 Genel kurul haklı sebebe dayanarak yönetim kurulunu azledebilir (bkz., TANDOĞAN, s. 13).

77 TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 102-103; TANDOĞAN, s. 13; AKDAĞ GÜNEY, s. 286. Buna karşılık diğer bir görüş, sözleşmeye hüküm koymak kaydıyla yönetim kurulu üyesi sıfatının, üyeyi gönderen tüzel kişi ile temsil ilişkisini koruması şartına bağlı kılınmasını isabetli görmemektedir. Buna gerekçe olarak da yönetim kurulu üyesini azil yetkisinin münhasıran genel kurulda olması gösterilir (bu konuda bkz., İMREGÜN, s. 197-198).

78 Bkz., m. 359 gerekçesi.

tescil ve ilan olunur. Ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu şirketin internet sitesinden hemen açıklanır. Toplantılara katılıp oy kullanma yetkisi yalnızca bu tescil edilmiş kişiye aittir. Böylelikle, tüzel kişilerin anonim şirket yönetim kurullarında birden fazla üye ile temsil edilebilip edilemeyeceği sorunu, soruya olumsuz cevap vererek çözümlenmiştir[79]. Zira her üye gibi tüzel kişinin de yönetim kurulunda bir oy hakkına sahip olması gerekir[80]. Yönetim kuruluna seçilen tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olması gerekir (Yeni TTK m. 359/3).

Yeni düzenleme doğrultusunda doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olma zorunluluğunun da ortadan kalkmasıyla şirket ortağı olmayan bir tüzel kişinin de yönetim kuruluna seçilmesi imkânı doğacaktır[81]. Böylelikle, profesyonel yöneticilerden oluşan tüzel kişiler aracılığı ile şirketin idare ve temsili sağlanabilecektir[82].

Tüzel kişi üyeliğini fiilen kendisiyle birlikte tescil edilmiş gerçek kişi aracılığı ile yerine getirecektir. Toplantılara bu gerçek kişi katılıp oy kullanacaktır. Kullanılan oy tüzel kişinindir[83]. Bu doğrultuda toplantılara katılacak, tüzel kişi adına görüş açıklayacak ve oy kullanacak kişinin de gerçek kişi olması gerekir[84]. Tescil kurucu nitelikte, ilan ise bildirici niteliktedir[85].

Tüzel kişi gerçek kişiyi dilediği an değiştirebilir. Diğer yönetim kurulu üyeleri tüzel kişinin özdeşi olan kişiye onun kişiliğinden doğan sebeplere itiraz edebilir[86]. Yeni TTK açısından değinilmesi gereken bir diğer husus, gerçek kişinin genel kurul tarafından değil tüzel kişi tarafından seçilecek olmasıdır. Bunun aksine bir düzenleme esas sözleşmeye konamaz[87]. Tüzel kişi kendi adına toplantılara katılacak kişiyi değiştirmek istiyorsa, şirkete başvurarak yeni kişiyi tescil ve ilan ettirmelidir[88]. Bu doğrultuda, yönetim kurulunda yer alan gerçek kişinin azli genel kurul tarafından değil tüzel kişi

79 KENDİGELEN, s. 212.

80 Bkz. Yeni TTK m. 359 gerekçesi.

81 AKDAĞ GÜNEY, s. 281.

82 AKDAĞ GÜNEY, s. 281.

83 Bkz. m. 359 gerekçesi.

84 PULAŞLI, s. 896.

85 Bkz., m. 359 gerekçesi.

86 TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 119.

87 Bkz., m. 359 gerekçesi.

88 Bkz., m. 359 gerekçesi. Ayrıca bkz., Yeni TTK m. 364.

tarafından gerçekleştirilebilecektir. Şirketin haklı sebeplerin varlığında tüzel kişiden gerçek kişiyi değiştirme talebinde bulunma hakkı vardır[89].

Yönetim kurulunun tek üyesi bir tüzel kişiden de oluşabilir. Bu durumda hükmün uygulanması bir farklılık göstermeyecektir. Tüzel kişinin Türkiye'de yerleşik olması yani merkezinin Türkiye'de bulunması gereklidir[90].

Getirilen yeni düzenleme ile yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin sorumluluğunun önü açılarak şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güven verilmiştir[91]. Ayrıca, bu düzenleme ile tüzel kişinin temsilcisinin yönetim kurulu üyesi seçilmesi sonucu üyenin tüzel kişi ile bağının kesildiği ve tüzel kişinin temsilcisinin eylem ve kararlarından sorumlu tutulamayacağı şeklindeki teorinin reddedildiği yine gerekçede vurgulanmıştır[92].

İsviçre hukukunda tüzel kişiler veya ticaret şirketleri, anonim şirkette pay sahibi olsalar dahi yönetim kuruluna seçilemezler (OR Art. 707/III). Zira kanunda açıkça onların yerine gerçek kişi temsilcilerinin seçilebileceği ifade edilmiştir[93]. Doktrinde temsilcinin, tüzel kişinin organı olmaması gerektiği buna karşılık yetkili bağımsız bir üçüncü kişinin örneğin avukatın olabileceği belirtilir[94]. Bir diğer görüş, temsilcinin tüzel kişinin organı da olabileceğini ifade eder[95]. Esas sözleşmede tüzel kişiyi temsil edecek gerçek kişiye yönelik yönetim kurulu üyeliğine seçilme koşullarının öngörülmesi mümkündür[96]. *Tekinalp*, İsviçre metninden tüzel kişilerin bu sıfatla yönetim kurulu üyesi olamayacaklarını; buna karşılık onların yerine temsilcilerinin seçilebileceğinin anlaşılması gerektiğini ifade eder. Bu doğrultuda, tüzel kişi yönetim kurulu üyesidir, temsilci de yönetim kurulu üyeliğini onun adına kullanır[97].

---

89 Bkz., m. 359 gerekçesi.

90 TEKİNALP, Yeni Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 119.

91 Bkz., m. 359 gerekçesi.

92 Bkz., m. 359 gerekçesi.

93 KRNETA, s. 26; BÖCKLI, 2009, N. 35.

94 KRNETA, s. 26; WERNLI, s. 1001.

95 HOMBURGER, Art. 707 N. 63; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 280. *Tekinalp*, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olup temsilcisinin organ olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğini kabul etmeyip temsilcinin organ sıfatını kabul eden görüşe karşı çıkmaktadır. Zira tüzel kişinin organını temsilci olarak yollayabileceğini kabul etmek, tüzel kişinin kendisinin yönetim kurulu üyesi olduğunu kabul etmek demektir (bkz., TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 27, dn. 6).

96 HOMBURGER, Art. 707 N. 63; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 280.

97 TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 31 vd.

OR Art. 707/II hükmü, bir diğer ifadeyle yönetim kurulu üyesi olmak için pay sahibi olma koşulu ortadan kaldırılmıştır. Bu hüküm yürürlükte iken söz konusu olan, tüzel kişileri temsilen yönetim kurulunda bulunan gerçek kişilerin pay sahibi olma zorunluluğunun bulunup bulunmamasına ilişkin tartışma da artık anlamsız kalmıştır[98].

b. ***Kamu Tüzel Kişileri Bakımından***

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili TTK m. 275'te düzenlenmiştir. Buna göre, esas sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla pay sahibi olmasa dahi devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişilerine, konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında temsilci bulundurma hakkı verilebilir (m. 2715/I). Pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri ancak bunlar tarafından azledilebilir (m. 275/II). Kamu tüzel kişilerinin temsilcileri de genel kurul tarafından seçilen yönetim kurulu üyelerinin hak ve görevlerine sahiptirler. Bu üyelerin pay senedi tevdii etme mükellefiyetleri yoktur. Bu kişilerin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla işledikleri fiil ve yaptıkları muameleler nedeniyle kamu tüzel kişileri şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar (m. 275/III).

TTK m. 275'teki düzenlemenin özellikle ikinci fıkrasındaki ifadeden dolayı doktrinde tartışma mevcuttur. Zira maddenin lafzına baktığımızda ilgili kamu tüzel kişisi ancak şirkette pay sahibi ise onun gönderdiği üye kendisi tarafından azledilebilecektir. Düzenlemenin karşıt anlamından ilgili kamu tüzel kişisi şirkette pay sahibi değilse onun gönderdiği üye kendisi tarafından değil genel kurulca azledileceği sonucu çıkmaktadır[99].

Kanımızca burada öncelikle m. 275'teki hükmün amacını göz önünde bulundurmamız gerekir. Bu amaç, ortaklığın etkinliğinde yönetime katılmak suretiyle ortaklığı yakından denetlemektir[100]. Bu doğrultuda konusu kamu hizmetinin görülmesi olan şirketlerin yönetim kurullarında ilgili kamu tüzel kişileri temsilcilerini tayin edecek ve gönderdiği yönetim kurulu üyelerini de yine kendileri azledebileceklerdir. Doktrinde TTK m. 275/II'de pay sahibi kamu tüzel kişileri söz konusu edilmesine rağmen pay sahibi olmasalar da

[98] BÖCKLI, 2009, N. 35.

[99] SOYKAN, s. 24.

[100] İMREGÜN, s. 192.

yetkinin yine maddede sayılan tüzel kişilerde olduğu[101]; aksine bir düşüncenin ise kanunun içyapısına uymayan bir çelişki olacağı ileri sürülmektedir[102].

Kamu tüzel kişisinin haklı sebeplerin varlığı durumunda, temsilcisini azletmesi gerekir. Buna rağmen, tüzel kişi temsilcisini azletmediğinde anonim şirketin azli istemeğe ve gerektiğinde dava yoluyla kamu tüzel kişini buna zorlamaya hakkı vardır[103].

Aynı husus Yeni TTK m. 334'te düzenlenmiştir. Düzenleme iki küçük değişiklik dışında sadece dili güncelleştirilmek suretiyle muhafaza edilmiştir. Bunlardan ilki, yeni kanunda benimsenen denetleme sistemine uygun olarak kamu tüzel kişilerinin denetim kurulunda temsiline ilişkin TTK m. 275'teki ifadelerin yeni düzenlemede yer almamasıdır[104]. Bir diğeri, yönetim kurulu üyelerinin hisse senedi tevdii yükümlülüğüne ilişkin olarak yeni kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle kamu tüzel kişilerinin de tevdii yükümlülüğüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır[105].

Yukarıda azil konusunda ifade açısından getirdiğimiz eleştiriler bu düzenleme açısından da devam etmektedir. Zira Yeni TTK m. 334/II lâfzen yorumlandığında yine pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin ancak bunlar tarafından görevden alınabilecekleri şeklinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, kamu tüzel kişisinin temsilcisini görevden alma hakkı atama hakkının simetriği olarak görülmektedir. Dolayısıyla, tüzel kişiler arasında pay sahibi olup olmama bakımından bir ayrım yapılmamaktadır. Kanımızca, bu yönde bir değerlendirme yerindedir. Doktrinde de böyle bir ayrıma gidilmeksizin kamu tüzel kişileri tarafından atanan yönetim kurulu üyelerinin her zaman aynı kamu tüzel kişileri tarafından azledilip yenilerinin atanması mümkün görülmektedir[106].

İsviçre hukukundaki düzenlemeye baktığımızda (OR m. 762/II), kamu tüzel kişilerinin temsilcilerinin ilgili anonim şirkete atanmaları ve azillerinin genel kurul kararı ile değil kamu tüzel kişisi tarafından gerçekleştirileceği

[101] İMREGÜN, s. 193; TANDOĞAN, s. 14; ERİŞ, C. II, s. 2011.

[102] TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 103.

[103] TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 105; TANDOĞAN, s. 14; ERİŞ, C. II, s. 2011; SCHUCANY, s. 763.

[104] KENDİGELEN, s. 190.

[105] KENDİGELEN, s. 190-191.

[106] PULAŞLI, s. 916.

belirtilmektedir[107]. Bu bağlamda genel kurulun yönetim kurulu üyesi seçme yetkisinin bu istisnai düzenleme bakımından sınırlandırıldığı ifade edilmektedir[108].

Doktrinde üzerinde durulan diğer bir husus da kamu tüzel kişilerinin yönetim kuruluna birden fazla üye atayabilip atayamayacağıdır. Kanunda bu hususta Yeni TTK m. 359/2'deki gibi açık bir ifade yer almadığından tartışma mevcuttur. Bu bağlamda doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş Yeni TTK m. 359/2'deki ilkenin burada da geçerli olması gereğinden bahisle ilgili kamu tüzel kişisinin birden çok temsilci ile yönetime katılamayacağını belirtir[109]. Aksi görüş uyarınca, bu durumda da asıl olanın kamu tüzel kişisi tarafından bir yönetim kurulu üyesi atamasıdır. Bununla birlikte esas sözleşmede bu konuda birden fazla temsilci atanmasına ilişkin bir kayıt söz konusu olursa, kamu tüzel kişisi yönetim kuruluna birden fazla yönetim kurulu üyesi atayabilmelidir[110]. Ancak bu durumda, kamu tüzel kişileri tarafından atanan temsilcilerin ortaklığın yönetimini şirket genel kurulu tarafından seçilmiş üyelerin elinden almaması gerekir[111].

B. *ESAS SÖZLEŞME İLE ARANAN NİTELİKLER*

Yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için kanunda belirtilen koşullar dışında şirket esas sözleşmesine konacak hükümlerle de birtakım niteliklerin aranması mümkündür[112]. Bu durumda, seçimde ilgili hükümlere uymak gerekir[113]. Bazı özel yasalarda da yönetim kurulu üyeleri için birtakım niteliklerin aranması söz konusu olabilir[114]. Dolayısıyla, yönetim kurulu

---

[107] SCHUCANY, s. 763.

[108] BÖCKLI, 2009, N. 49.

[109] TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s. 82; PULAŞLI, s. 916.

[110] TANDOĞAN, s. 7 vd.; ERİŞ, C. II, s. 2012; İMREGÜN, s. 193; SCHUCANY, s. 763.

[111] İMREGÜN, s. 193.

[112] von STEIGER, s. 260; İZMİRLİ, s. 43; DOMANİÇ, s. 469; İMREGÜN, s. 199-200; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 323. Esas sözleşme ile kanunda aranan niteliklerin ve koşulların ağırlaştırılması mümkündür; bu doğrultuda örneğin yönetim kurulu üyeleri için belirli bir yaş sınırı, Türkiye'de ikamet etmek zorunluluğu, Türk vatandaşı olmak zorunluluğu, belirli bir mesleğe sahip olmak gibi nitelikler ve koşulların aranması söz konusu olabilir.

[113] Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik m. 15/I, b'ye göre, yönetim kurulu üyeliğine seçilecek kişiler özel mevzuat ve/veya şirket esas sözleşmesi ile getirilen koşulları taşımalıdır.

[114] Örneğin Bank. K. m. 23/I gereği "*Bankaların yönetim kurulları genel müdür dâhil beş kişiden az olamaz. Genel müdür, bulunmadığı hallerde vekili, yönetim kurulunun doğal üye-*

üyeliğine seçilebilmek için tüm bu düzenlemeleri göz önünde bulundurmak gereklidir.

Yönetim kurulu üyesi olabilmek için kanundaki ve esas sözleşmedeki esaslara uyulması gerekir. Yönetim kurulu üyesinin dış ilişkide yetkili olduğunun kanıtlanması açısından ticaret siciline tescil ve ilan olunması gerekir (Yeni TTK m. 373/1). Eğer kişi, gerekli koşullara sahip olmamasına rağmen temsile yetkili yönetim kurulu üyesi olarak ticaret siciline tescil edilmişse iyiniyetli üçüncü kişiler korunur[115].

V. 6103 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNUN YÜRÜRLÜĞÜ VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUN VE YÖNETİM KURULU

6103 sayılı Kanun'un[116] amacı, Yeni TTK hükümlerinin yürürlüğe konulmasına ve uygulanmasına dair usul ve esasları belirlemek şeklinde ifade edilmiştir (m. 1). Yönetim kuruluna ilişkin hükümlerin uygulamada tereddüt yaratabilecek nitelikte olmasından dolayı kanunun 25. maddesi ile ilgili gerekli bilgilerin verilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

6103 sayılı Kanun'un 25. maddesi "yönetim kurulu" başlığını taşımaktadır. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, Yeni TTK'nın yürürlüğe girdiği tarih itibariyle görevde bulunan yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları veya üyeliğin başka bir sebeple boşalması durumu hariç, sürelerinin sonuna kadar görevlerine devam edebileceklerdir. Dolayısıyla, Yeni TTK'nın yürürlüğe girmesi mevcut yönetim kurullarının görevlerinin sona ermesini gerektirmeyecektir[117].

---

sidir. Bu Kanunda genel müdür için öngörülen şartlar, yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlası için de aranır. Murahhas üyelerin genel müdürde aranan şartları taşımaları zorunludur…"; yine aynı kanunun m. 25/I gereği "*Banka genel müdürlerinin hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde, mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık meslekî deneyime sahip olmaları şarttır*".

[115] BÜRGI, s. 546; ANSAY, s. 97.

[116] RG. T. 14.2.2011, S. 27846.

[117] Bu hususta bkz., 6103 sayılı Kanun madde gerekçesi, www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss131.pdf (3.4.2012). "Yönetim kurulu", hükümetin teklif ettiği metinde m. 26'da düzenlenmekteydi; ancak Adalet Komisyonunun kabul ettiği metinde "yönetim kurulu" m. 25'te düzenlenmiştir.

Aynı düzenlemeye göre, tüzel kişinin temsilcisi olarak seçilen yönetim kurulu üyesi gerçek kişinin, Yeni TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde istifa etmesi, onun yerine tüzel kişinin veya başkasının seçilmesi gerekir. Yeni TTK'ya göre tüzel kişiler de yönetim kurulu üyesi olabileceklerinden böyle bir hüküm öngörülmüştür.

Yeni TTK m. 363/1 uyarınca üyeliğin boşalması nedeniyle yönetim kurulunca yapılacak yeni üye seçimlerinde Yeni TTK m. 359'da aranan koşulların göz önüne alınması gerekir[118]. Ayrıca, görevdeki bir yönetim kurulu üyesinin görevinin sona ermesinden sonra seçilecek üyelerin Yeni TTK m. 359'daki koşulları taşımaları zorunludur.

6103 sayılı Kanun'un 25. maddesinin son cümlesi, Yeni TTK'ya ilişkin değişiklikten evvel söz konusu olan yüksek öğrenim koşulu ile ilgili olup, şirkete rahatlık ve kolaylık sağlayacak şekilde hükme bağlanmıştır[119]. Şöyle ki üyelerin görev süreleri farklı tarihlerde sona eriyorsa, bu koşul şirkete en uygun gelen üyelerin görevleri sona erdiğinde yerine getirilir. Madde gerekçesini incelediğimizde hükmün, üyelerinin görev süreleri farklı tarihlerde sona eren anonim şirketler hakkında olduğunu görmekteyiz. Bu şirketlerde, yüksek öğrenim koşulunun, görevleri ilk önce sona erecek üyelerden başlayarak uygulanmasına gerek yoktur. Şirket, bu koşulu kendisine en uygun gelecek üyelerde yerine getirecek şekilde seçimini yapabilir[120]. Ancak 6335 sayılı Kanun ile yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yüksek öğrenim görmüş olması koşulu yürürlükten kaldırıldığından bu düzenleme ile bağlantılı olan 6103 sayılı Kanun'un 25. maddesinin son cümlesi de yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla şirketler için uygulamada karşılaşabilecekleri tereddüt ortadan kalkmış olmaktadır.

SONUÇ

Bu çalışmada varılan sonuçlar kısaca şöyle özetlenebilir:

Yönetim Kurulu Yeni TTK m. 359'da açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda yönetim kurulu anonim şirketin kanuni ve zorunlu organıdır.

[118] Doktrinde bu durumda, 6103 sayılı Kanun m. 25/1 son cümlesinde yüksek öğrenime ilişkin koşul bakımından getirilen esnek düzenlemenin öngörülme amacı dikkate alınarak Yeni TTK m. 363/1 gereğince yapılacak seçimler bakımından da uygulanmasının yerinde olduğu ileri sürülmektedir (bkz., KENDİGELEN, s. 213). Sözü edilen maddenin son cümlesi 6335 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırıldığından artık bu görüşün geçerliliği söz konusu olmayacaktır.

[119] Bkz., m. 25 gerekçesi.

[120] Bkz., m. 25 gerekçesi.

Yeni TTK ile yönetim kurulunun yapısına ilişkin pek çok yeni düzenleme getirilmiştir. Bunlardan biri de yönetim kurulunun tek kişiden oluşabilmesi imkânının sağlanmasıdır. Bu bağlamda yönetim kurulunun "kurul" yapısı ile ilgili olarak doktrinde tereddütler doğmaktadır. Ancak kanun gerekçesini göz önünde bulundurduğumuzda "kurul" ifadesinin organa işaret ettiğini göstermek için kullanıldığını görmekteyiz. Dolayısıyla "kurul" ile "tek kişi" kavramlarının birbiriyle çelişmediğini söylememiz mümkündür.

Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda öncelikle taraflar arasında kararlaştırılan özel hükümlere bakılmalıdır. Taraflar sözleşmeyi zımnen yapmışlarsa bu durumda, Yeni TTK m. 126 yollaması ile TBK m. 630 gereği vekâlet sözleşmesi söz konusu olacaktır.

Yeni TTK çağdaş gelişmeler, doktrindeki farklı görüşler ve mahkeme kararlarında kabul edilen görüşlerden etkilenerek hazırlanmıştır. Bu doğrultuda yönetim kurulunun yapısı ile ilgili değişikliklerden biri, yönetim kurulunun en az üç üye ile oluşacağına ilişkin mevcut hükmün yerine bir üyeli yönetim kuruluna imkân veren yeni düzenlemenin getirilmesidir. Yönetim kurulu üye sayısının Yeni TTK m. 339/2 gereğince esas sözleşmede gösterilmiş olması gerekir. Aksi halde tescil işlemi gerçekleşemez. Buna rağmen tescil gerçekleşirse m. 353 gereği fesih davasının açılması söz konusu olabilir.

Çalışmamızda Yeni TTK ile yönetim kurulu üyeleri için aranan nitelikleri gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından ayrı incelemeyi tercih ettik. Yeni TTK m. 359/3'e göre, yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olması gerekir. Bu düzenleme isabetli olmuştur. Zira yönetim kurulu içinde sorumluluk barındıran bir mevkiidir ve bu mevkiden doğan görev ve yetkilerin kullanılabilmesi için kişilerin tam ehliyetlinin aranması gerekir.

Yeni TTK ile yönetim kurulu üyesinin pay sahibi olma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Pay sahipliği zorunluluğunun getirilme sebebi şirkete ilgi ve bağlılığı sağlamak idi. Ancak, zamanla yönetim bağımsızlaşmaya başlamıştır. Doktrinde de bu koşulun gereksiz olduğu yolunda eleştiriler artmıştır. Dolayısıyla bu zorunluluk, ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle, gerekçede sözü edilen uzman ve profesyonel yönetim kurullarının oluşabilmesi için bir zemin oluşturulmuştur.

Yeni TTK m. 359/4'e göre, üyeliği sona erdiren sebepler seçilme engellerini oluşturmaktadır. Üyeliği sona erdiren sebepler Yeni TTK m.

363/2'de sayılmıştır. Buna göre, iflas, ehliyetin kısıtlanması, üyelik için gerekli kanuni şartları veya esas sözleşmede belirtilen niteliklerin kaybı üyeliğin kendiliğinden sona erme sebepleridir. Yeni düzenlemede ehliyetin kısıtlanması görevi sona erdiren nedenler arasında sayılmasaydı dahi m. 359/3'te yönetim kurulu üyeliği için tam ehliyet arandığından bu durumu sona erme sebebi olarak yorumlamak yine mümkün olacaktı. Yeni düzenleme açısından tartışma yaratabilecek diğer bir husus, TTK'da düzenlenen birtakım suçlardan (ağır hapis veya sahtekârlık, emniyeti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık) mahkûmiyet nedenlerine Yeni TTK'da yer verilmemiş olmasıdır. Kanımızca bu durumlardan birisinin söz konusu olması halinde, kişinin yönetim kurulu üyeliği düşecektir. Zira yönetim kurulu bünyesinde sorumluluk taşıyan bir mevkiidir ve bu mevkiide yukarıda anılan suçlardan mahkûm olan kişilerin bulunmasına izin verilemez.

Esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybı da üyeliğin kendiliğinden sona ermesi sebebidir. Bu, yerinde bir düzenlemedir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken nokta, bu tür bir düzenlemenin dürüstlük kuralına uygun olması ve eşitlik ilkesine (m. 357) aykırı olmamasıdır.

Tüzel kişiler, Yeni TTK ile artık yönetim kurulu üyesi olarak seçilebilecektir. Bu düzenlemeye göre (m. 359/2) toplantıya katılıp oy kullanacak olan tüzel kişi adına tüzel kişi tarafından tescil edilmiş gerçek kişidir. Bu kişinin tam ehliyetli olması gereklidir. Pay sahipliği zorunluluğu da ortadan kalktığından artık ortak olmayan tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyeliğine seçilmesinin yolu açılmıştır. Böylelikle profesyonel, uzmanlaşmış bir yönetim kurulunun oluşması imkânı doğacaktır.

Kamu tüzel kişilerinin Yeni TTK'daki denetleme sistemine uygun olarak artık anonim şirket denetleme kurulunda temsilci bulundurma hakkı ortadan kalkmıştır. Yine, kamu tüzel kişilerinin hisse senedi tevdii yükümlülüğü yeni kanun ile kaldırılmıştır. Yeni TTK m. 334/II'deki düzenleme lâfzen yorumlandığında pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin ancak bunlar tarafından görevden alınabilecekleri ortaya çıkmaktadır. Ancak madde gerekçesini de göz önünde bulundurduğumuzda temsilcinin tüzel kişi tarafından görevden alınması, aynı tüzel kişi tarafından atanmasının simetriği olarak görülür. Kamu tüzel kişilerinin anonim şirket yönetim kurullarında temsilcilerini bulundurma amacı da göz önüne alındığında kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olup olmamaları bakımından ayrım yapılmaksızın kamu tüzel kişileri tarafından atanan üyelerin aynı tüzel kişiler tarafından görevden alınabilmesi mümkün olmalıdır.

6103 sayılı Kanun'a göre, Yeni TTK'nın yürürlüğe girmesi mevcut yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin sona ermesini gerektirmeyecektir. Tüzel kişinin Yeni TTK gereği yönetim kurulu üyesi seçilebilmesi nedeniyle, bu doğrultuda gerekli hazırlıkların anonim şirketlerde yapılması gerekir.

6335 sayılı Kanun ile Yeni TTK m. 359/3, ikinci ve üçüncü cümlelerinin yürürlükten kalkmasına paralel olarak 6103 sayılı Kanun'da da değişikliğe gidilmiştir. Bu doğrultuda, 6103 sayılı Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bir diğer ifadeyle, yüksek öğrenime ilişkin koşulun yerine getirilebilme şekli ortadan kaldırılmıştır.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla, Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 10, C. 10, S. 2, Temmuz 2011.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, Medeni Hukuk, 16. Baskı, İstanbul 2011.

ANSAY, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982.

ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.

ATAN, Turhan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.

BÖCKLI, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl, Zurich-Basel-Genf 2004, (Anılış: BÖCKLI, Aktienrecht).

BÖCKLI, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zurich-Basel-Genf 2009, (Anılış: BÖCKLI, 2009).

BÜRGI, F. Wolfhart, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesselschaft, Zürich 1969.

ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu

(Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 2. Baskı, İstanbul 2007.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Cilt Madde 1-419, 4. Baskı, İstanbul 2004.

DOMANİÇ, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II, İstanbul 1988.

EGGER, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Kişinin Hukuku İkinci Kısım Tüzel Kişiler m. 52-89, Çeviren: Çernis, Volf, Ankara 1948.

ERİŞ, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara 1995, (Anılış: ERİŞ, Uygulamalı Anonim Şirketler).

ERİŞ, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. II, 2. Baskı, Ankara 2010, (Anılış: ERİŞ, C. II).

FORSTMOSER, Peter, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987.

FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur, Schweizerisches Gesselschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.

FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, (Anılış: HELVACI, Anonim Ortaklık).

HELVACI, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler, *Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri Uluslar arası Konferans*, Ankara 2010 (Anılış: HELVACI, Yenilikler).

HİRŞ, E., Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 1948.

HOMBURGER, Eric, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Teilband V/5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997.

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul 1989.

İZMİRLİ, Yadigar, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2001.

KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler (1988-1991) IV, Ankara 1992.

KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 1. Baskı, İstanbul 2011.

KRNETA, Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat Art. 707-726,754 OR und Spezialgesetze, 2. Aufl., Bern 2005.

MİMAROĞLU, Sait Kemal, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.

PLÜSS, Adrian, Die Rechtstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990.

POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal, ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2009, (Anılış: ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP).

PULAŞLI, Hasan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, 1. Baskı, Ankara 2011.

SCHUCANY, E., Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960.

SCHULTESS, Benno, Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesselschaft, Zürich 1967.

SOYKAN, İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, 1. Baskı, İstanbul 2012.

ŞENER, Oruç Hami, Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Haluk, Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, *BATİDER*, C. I, S. 1, Ocak 1961.

TEKİL, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1998.

TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, (Anılış: TEKİNALP, Tüzel Kişiler).

TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul 2011, (Anılış: TEKİNALP, Anonim Ortaklıklar Hukuku).

TEOMAN, Ömer, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *BATİDER*, C. XXVI, S. 3, Eylül 2010, (Anılış: TEOMAN, Yönetim Kurulu).

TEOMAN, Ömer, Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Olup Olamayacakları Sorunu, *Otuz Yıl Ticaret Hukuku –Tüm Makalelerim- C. I 1971-1982*, İstanbul 2000 (Anılış: TEOMAN, Yasal Danışman).

TEOMAN, Ömer, Toplantılara Katılmayan Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Kazanç Payı Alabilip Alamayacağı Sorunu, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI*, Ankara 1994, (Anılış: TEOMAN, Kazanç Payı).

von STEIGER, Fritz, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, Çeviren: ÇAĞA, Tahir, 3. baskıdan çeviri, İstanbul 1968.

WERNLI, Martin, Kommentar zu Art. 530-1186 OR, in: Basler Kommentar, OR II, 3. Aufl., Basel 2008.

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE LİMİTED ŞİRKETLERİN HAKLI SEBEPLE FESHİ

Zeynep MİNELİLER*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre, limited şirket ortağı, haklı bir sebebin bulunması durumunda, şirketin feshini mahkemeden talep edebilir. Haklı sebebin belirlenmesi hususunda hakimin geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır. Hakim, haklı sebebin bulunduğuna kanaat getirse bile, şirketin yaşatılması ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru ise, fesih kararı yerine, fesih talebinde bulunan ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir.

Anahtar Kelimeler: *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, limited şirket, haklı sebep, fesih davası, diğer çözümler*

WINDING UP LIMITED LIABILITY COMPANIES ON JUST AND EQUITABLE GROUNDS ACCORDING TO NEW TURKISH COMMERCIAL CODE

ABSTRACT

According to Turkish Commercial Code no: 6102, partner of limited liability company can ask the court for an order to wind up the company on just and equitable grounds. The court's discretion is wide to decide what is just and equitable in each case. Although there are just and equitable grounds, court can order dismissal of the plaintiff partner or some other remedies, as an alternative to winding up, if there is a thought that existence of company is available and appropriate in economic and rational sense.

Key Words: *Turkish Commercial Code no: 6102, limited liability company, just and equitable grounds, action for termination, other remedies*

I. Haklı Sebep Kavramı

Kişisel ilişkilerin ağırlık taşıdığı limited şirketlerde, ortaklar arasındaki güven ilişkisi, şirketin devam etmesi ve amacına ulaşabilmesinde büyük

* Öğr.Gör., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, zeynep.mineliler@ieu.edu.tr

önem taşımaktadır. Güven ilişkisinin herhangi bir nedenle zedelenmesi ise, ortakların aynı amaç için birlikte çalışma isteğini ortadan kaldırabilmektedir. Aynı amaç için birlikte çalışma isteğini kaybeden ortakların, şirketi devam ettirme ve kuruluş amacını gerçekleştirmesi ise mümkün olmamaktadır. Böyle bir durumda, ortakları şirket sözleşmesi ile bağlı tutmak kişilik haklarına aykırılık teşkil etmektedir[1].

Öncelikle belirtmek gerekir ki böyle bir süreci yaşayan ortak, elbette payını devrederek şirketten ayrılma hakkına sahiptir. Ancak limited şirketlerde ortağın payını devretmesi, anonim şirketlerdeki gibi kolay değildir. Limited şirket ortağının payını devrederek şirketten ayrılması, zor ve bazı durumlarda imkansız olabilir (TTK m. 595)[2]. Bunu dikkate alan kanunkoyucu, diğer ortakların devre onay vermemeleri halinde, ortağın şirket ilişkisinden kurtulabilmesi amacıyla haklı sebeple fesih ve haklı sebeple çıkma hükümlerini düzenlemiştir[3].

Haklı sebep kavramına ilişkin kanunlarımızda açık bir tanımlama bulunmamakla birlikte, sürekli borç ilişkileri doğuran sözleşmelerde, taraflara haklı sebeplerin varlığında taahhüt ettikleri sözleşme hükümlerini tamamen veya kısmen feshetme yetkisi tanınmaktadır. Sürekli hukuki ilişkilere son verme imkanı sağlayan haklı sebeple fesih kavramının temelinde, dürüstlük kuralı ve kişilik haklarının korunması ilkesi bulunmaktadır. Zira, hiçkimseden kendisi için çekilmez bir hale gelen bir hukuki ilişkiye devam etmesi beklenemez. Bu nedenle, tarafların şahsını ilgilendiren veya taraflar dışındaki olaylar, sözleşme ilişkisini taraflardan birisi için çekilmez hale getiriyorsa, haklı sebeple fesih hakkı doğmaktadır[4].

---

1 ÇAMOĞLU, Anonim Ortaklık, s. 667; DOĞANAY, s. 733; GİRAY, s. 196.

2 Türk Ticaret Kanunu (kısaca TTK) ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2011 tarih ve S. 27846) kastedilmektedir.

3 *Baştuğ*, ortağın fesih hakkını, ancak kendisinin şirketten ayrılma imkanının olmaması özellikle, pay karşılığını elde edememesi halinde doğması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, pay karşılığını alarak şirketten ayrılabilen bir ortağın, kurulmuş şirket düzenini yıkması, şirketi feshe götürmesi kendisine objektif bir çıkar sağlamayacaktır. Dolayısıyla ortağın çıkma hakkı ile fesih hakkı arasında bir seçim hakkı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu hususta bkz. BAŞTUĞ**,** s.101-102. Aksi görüşte olan *Giray*'ın haklı olarak belirttiği üzere, ortağın şirketten çıkmak veya şirketin feshini istemek konusunda seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bu talepleri değerlendirme yetkisi ise hakime aittir. Bu hususta bkz. GİRAY, s. 202.

4 SELİÇİ**,** s. 193; ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 57; ORUÇ, s. 212; GİRAY, s. 197; ÇELİK**,** s. 567.

Şirketler hukukunda da diğer sürekli hukuki ilişkilerde olduğu gibi haklı sebep kavramına çeşitli sonuçlar bağlanmıştır[5]. TTK'nın 636. maddesinin III. fıkrası da haklı sebeplerin varlığı halinde her ortağın şirketin feshini isteyebileceğini düzenlemektedir. Ancak söz konusu maddede haklı sebebe ilişkin bir tanıma veya haklı sebebin sınırına ve kapsamına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Anonim şirketlerde de haklı sebeple şirketin feshinin düzenlendiği 531. maddede de aynı şekilde bir tanım, sınır veya haklı sebebe örnek bulunmamaktadır. Bu hükmün gerekçesinde, haklı sebebe ilişkin bir tanımın veya haklı sebep örneklerinin verilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, genel kurulun birçok kez kanuna aykırı şekilde toplantıya çağrılması, azlık hakları ile bireysel hakların devamlı ihlali, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kâr payının sürekli azalmasının İsviçre öğretisinde haklı sebep sayıldığı gerekçede belirtilmektedir[6]. Gerekçede anonim şirketlerdeki haklı sebebe yapılan açıklamalar, limited şirketler için de geçerlidir. Dolayısıyla haklı sebeple fesih hakkının düzenlendiği TTK'nın 636. maddesi, haklı sebepe ilişkin örnek ve tanım vermeyerek haklı sebebin somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi takdirini hakime bırakmıştır. Hakim, haklı sebep olarak ileri sürülen olayları dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirecek ve kararını buna göre verecektir[7]. Bununla birlikte hakimin, haklı sebebin var olup olmadığını belirlerken kollektif şirkete ilişkin 245. maddesinde yer alan haklı sebep kavramından yararlanması mümkündür[8]. Nitekim bu düzenleme, haklı sebebin ilişkiye son verme sebebi olarak düzenlendiği sürekli ilişkilerde tanım veren tek hüküm olması sebebiyle tüm sürekli hukuki ilişkiler açısından genel bir nitelik taşımaktadır[9].

II. Düzenleme Yeri ve Şekli

Limited şirketin sona erme sebeplerinden biri olan haklı sebeple fesih, Türk Ticaret Kanunu'nun 636. maddesinin III. fıkrasında düzenlenmektedir. Bu madde, *"haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkemeden şirketin*

[5] Şirketin feshi (TTK m. 245, m. 328, m. 531, m. 636/III), şirketten çıkma ve çıkarılma (TTK m. 255, m. 257, m. 328, m. 638, m. 639, m. 640) ve yönetim yetkisinin geri alınması ve kısıtlanması (TTK m. 219, m. 274-276, m. 282, m. 328, m. 565, m. 630) durumlarındahaklı sebebe hukuki sonuç bağlanmaktadır.

[6] Bkz. TTK Gerekçe, m.531, s. 194.

[7] TEKİNALP, s. 324; ORUÇ, s. 213; ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 120.

[8] ÖZTÜRK DİRİKKAN, s. 42; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 810; ŞENER, s. 252; BAŞTUĞ, s. 43; DOĞANAY, C. I, s. 1490.

[9] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 120.

feshini isteyebilir. Mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir." şeklindedir[10].

Haklı sebebe hukuki sonuç bağlayan hükümler, genel olarak emredici niteliktedir. Bu nitelik, haklı sebebin temelini oluşturan objektif iyiniyet ve kişilik haklarının korunması ilkelerinin bir sonucudur[11]. Haklı sebeple feshin düzenlendiği maddenin emredici niteliği gereği, haklı sebeple fesih yetkisi esas sözleşme ile veya genel kurul kararı ile kaldırılamaz, sınırlandırılamaz veya kullanılması zorlaştırılamaz. Ayrıca ortağın bu hakkını kullanması şarta bağlanamaz[12]. Ancak haklı sebebi düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olması, bunlar üzerinde hiçbir tasarrufta bulunulmayacağı anlamına da gelmemektedir. Dolayısıyla haklı sebeple feshin düzenlendiği TTK'nın 636. maddesinin III. fıkrası da emredici nitelikte olmakla birlikte, taraflar esas sözleşmeye koyacakları hükümlerle haklı sebeple feshe ilişkin hükümleri belli oranda değiştirebilirler[13].

Bu hükmün emredici nitelik taşımasının bir diğer sonucu, ortağın haklı sebep fesih hakkından feragat edememesidir. Ancak belirli bir olayda haklı sebebe bağlı hak doğduktan sonra, bu hakkın kullanılmasından feragat edilebilir[14].

III. Şirket Sözleşmesinde Haklı Sebeplerle Sona Erdirme Konusunda Hüküm Bulunması

Limited şirketin haklı sebeple feshinin düzenlendiği TTK'nın 636. maddesinin III. fıkrası, emredici bir hüküm olmakla birlikte, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, ortaklar şirket sözleşmesine koyacakları hükümlerle haklı sebeple feshe ilişkin hükümleri belli oranda değiştirebilirler. Özellikle haklı sebeple fesih hakkınınn kullanılmasını kolaylaştıran ve bu hakları genişleten hükümler sözleşmeye konulabilir. Örneğin ortaklar, bazı somut olayları, haklı sebep olarak düzenleyerek bu olayların kendileri için sözleşmenin temel

[10] 6762 sayılı Kanununda haklı sebeple fesih hakkı, infisah sebepleri başlığı altında 549. maddede ve şirketten çıkma çıkarılma başlığı altında 551. maddede düzenlenmektedir. Bu tekrar, doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. BAŞTUĞ, s. 101 vd. Türk Ticaret Kanunu'nda ise böyle bir tekrara yer verilmemektedir.

[11] ÇAMOĞLU, Emredici Nitelik, s. 290-291.

[12] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 850; ÖCAL, s. 224.

[13] ÇAMOĞLU, Emredici Nitelik, s. 291; GİRAY, s. 210.

[14] ÇAMOĞLU, Emredici Nitelik, s. 303.

unsurlarından biri saydıklarını kabul edebilirler[15]. Bunun gibi, sözleşmeye konulacak hükümlerle, yetki ve usul açısından kolaylaştırıcı değişiklikler yapabilirler. Ancak ortaklar, fesih hakkını sözleşme ile bertaraf edemeyeceği gibi, bir anlam ifade etmeyecek şekilde sınırlandıramaz ve kullanılmasını zorlaştıramazlar[16]. Örneğin şirket, "*kuruluşundan itibaren üç yıl haklı sebep nedeniyle feshedilemez"* şeklindeki fesih hakkının belirli bir zaman dönemi için ortadan kaldırılmasına ilişkin sözleşme hükümleri geçerli değildir[17].

A. Şirket Sözleşmesi ile Fesih Yetkisinin Genel Kurula Verilmesi

TTK m. 636/I, b hükmü gereğince, genel kurulun şirketi feshetme yetkisi bulunmaktadır. Genel kurulun alacağı fesih kararı, önemli kararlar arasında yer almakta ve bu kararın alınması, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunu gerektirmektedir (TTK m. 621/I, ı).

Şirket sözleşmesi ile haklı sebebin varlığı durumunda genel kurulun vereceği karar ile şirketin sona ereceğine ilişkin düzenleme getirilebilir. Ancak bu düzenleme, ortağın mahkemeye başvurma yetkisini elinden alınarak yapılamaz. Bu yetkinin mahkemeden alınarak genel kurulun alacağa bir karara bırakılmasına yönelik düzenleme, her ortağın mahkemeden şirketin feshini isteme hakkını dolaylı olarak kaldıracağı için geçerli değildir[18].

Genel kurulun haklı sebeble feshe ilişkin kararı yenilik doğuran bir karar niteliğindedir. Fesih, karara katılmayan ortaklara tebliğ tarihinden itibaren sonuçlarını doğurur. Karara katılmayan ve muhalif kalan ortakların, mahkemede iptal davası açarak, kararı gerek sebebin haklılığı gerek şekil ve usul yönünden kontrol ettirmeleri mümkündür. Mahkeme, bu davada, ancak açıklayıcı nitelikte bir hüküm verebilecekir. Ortakların veya genel kurulun haklı sebeple fesih talep etmelerine rağmen, genel kurulda gerekli yetersayı sağlanamayıp, bu yönde bir karar çıkmamış olabilir. Böyle bir durumda, haklı sebeple şirketin feshini isteyen ortaklar, TTK m. 636/III maddesi gereğince, haklı sebeple fesih davası açma haklarını muhafaza etmektedirler[19].

---

[15] ÖCAL, s. 214.

[16] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 850.

[17] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 304.

[18] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 103-104; GİRAY, s. 212.

[19] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 104; GİRAY, s. 213.

B. Şirket Sözleşmesi ile Fesih Yetkisinin Ortağa Bırakılması

Türk Ticaret Kanununun 636. maddesinin I. fıkrasının ilk bendi "*Limited şirket aşağıdaki hâllerde sona erer. Şirket sözleşmesinde öngörülen sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle...*" olarak düzenlenmiştir. Böylece limited şirket, şirket sözleşmesinde belirtilen sebeplerin meydana gelmesi ile sona erecektir. Dolayısıyla şirket sözleşmesine "ortaklardan biri şirket sözleşmesini feshedebilir" şeklinde bir hüküm konularak, ortağa bu yetkisini kullanarak şirketi sona erdirme hakkı tanınabilir[20].

Haklı sebeple şirketin feshini mahkemeden isteme hakkının düzenlendiği TTK'nın 636. maddesinin III. fıkrasının emredici niteliği, ortağın bu hakkının elinden alınamayacağı sonucunu doğursa da ortağa bu konuda madde içeriğinden daha geniş bir yetki verilmesine de engel değildir. Şöyle ki, şirket sözleşmesi ile ortağa tek taraflı feshi hakkı tanınabilmesi, ayrıca haklı sebeplerin varlığı halinde de ortağın tek taraflı fesih hakkını kullanabilmesi şeklinde bir hükmün, şirket sözleşmesine konmasını mümkün kılmaktadır. Şirket sözleşmesinde böyle bir hükmün bulunması ise, haklı sebebi takdir yetkisini, ortağa vermektedir[21].

Belirtmek gerekir ki haklı sebebi takdir hakkının, ortağa bırakılması birtakım sorunlara yol açabilmektedir. Şöyle ki, haklı sebeple feshin mahkemeden istenmesi durumunda, haklı sebebi hakim takdir edecektir. Hakim takdir hakkını kullanırken, şirket ve ortak arasındaki menfaatler dengesini dikkate almaktadır; böylece sadece fesih talebinde bulunan ortak değil, tüm ortaklar ve şirket korunmaktadır. Dolayısıyla haklı sebebin mahkemenin denetimine tabi olması, kanunun amacına daha uygundur. Esas sözleşme ile haklı sebeple fesih hakkının ortağa tanınması durumunda ise, ortak haklı sebebi kendisi takdir edebileceğinden bu yetkiyi mahkemeye bırakmayacaktır. Yani, her ne kadar haklı sebeple mahkemede fesih davası açma hakkı yasaklanmasa da, ortak bu hakkı kullanma yoluna gitmeyecektir. Bu durum ise keyfi uygulamalara ve ortaklar ve şirket tüzel kişiliğine karşı suiistimallere neden olabilecektir. Bu gibi durumları engellemek amacıyla esas sözleşmede haklı sebep teşkil eden hallerin belirtilmesi ve ancak bu hallerde ortağa fesih hakkınıın tanınması uygun bir çözüm yoludur [22].

---

[20] KARAYALÇIN, s.160; ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 104; GİRAY, s. 211. Yargıtay da bir kararında (11. HD 25.09.1985 T., E.3521/K.4788) ortağa tek taraflı fesih ihbar yetkisi verilebileceğini içtihat etmiştir. Karar için bkz. GÖNEN, s. 2799.

[21] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 105.

[22] GİRAY, s. 210-211.

Ortak, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğini taşıyan fesih hakkını tüm ortaklara yöneltmelidir. Fesih, bildirimin son ortağa ulaşması ile gerçekleşmekte ve şirket sona ermektedir. Ancak diğer ortaklar, açacakları dava ile sebebin haklılık niteliğinin mahkemece denetlenmesi sağlayabilirler. Ancak sebebin haklı olmadığı yönünde itiraz edemezler. Bu yönde itiraz etseler dahi mahkeme, sebebin haklılığını incelememektedir. Diğer ortaklar tarafından açılan bu davada, yargısal denetim, sadece esas sözleşmede ortaklara bu yetkinin tanınıp tanınmadığı ve fesih ihbarının objektif iyiniyet kurallarına uygun yapılıp yapılmadığı yönünden olmaktadır. Hakim, fesih ihbarı incelerken somut olayın menfaatler dengesine ve ortak tarafından bu yetkinin kullanılmasının hakkın amacına uygunluğunu başka bir ifade ile, MK m. 2/II'ye uygunluğunu incelemelidir. Fesih ihbarın kullanılması, MK m. 2'ye aykırı ise, ortağın fesih talebi reddedilmelidir. Sonuç olarak diyebiliriz ki hakkın kötüye kullanılmasında ölçü, hakkın amacına aykırı kullanılması ve hakkı kullananın menfaatine olmamasıdır[23]. Dolayısıyla her ne kadar ortağa bu hak esas sözleşme ile tanınmış olsa da ortağın başka hukuki yollara başvurma imkanı varken, örneğin aynı sonuca ortağın çıkması veya çıkarılması ile ulaşılabilecekken, bunları tüketmeden şirketin feshini istemesi esas sözleşmenin kendisine verdiği hakkı kötüye kullanma niteliğinde olacaktır[24].

C. Esas Sözleşme ile Fesih Yetkisinin Hakeme Bırakılması

Limited şirket esas sözleşmesine, haklı sebeplerin varlığı halinde ortakların şirketin feshi için hakeme gidebilmeleri yönünde hüküm konması mümkündür. Böylece çekişmenin daha hızlı bir şekilde çözülenmesi ve bütün ayrıntılara girilebilmesi sağlanmaktadır[25]. Bu imkan, mahkemeye başvurma hakkı yanında, mahkemeden önce hakeme gidilebileceği yönünde seçimlik bir hak veya ortağın mahkemeye başvurma hakkı kaldırılarak düzenlenebilir[26]. Mahkemeye başvuru hakkı kaldırılarak hakem şartı düzenlenmesi durumunda, bu hüküm gereği, haklı sebeple feshi talebinin öncelikle hakem tarafından

---

[23] AKYOL, s. 23 vd.

[24] Yargıtay bir kararında (11. HD 25.09.1985 T., E.3521/K.4788), limited şirket ana sözleşmesi ile ortaklardan birine feshi ihbar yetkisi tanınmışsa, sözleşmeden doğan bu yetkinin kullanılmasının, kötüniyetli davranış sayılmayacağını içtihat etmiştir (ERİŞ, C. II, s. 2799). Ancak bu karar tartışılabilir. Zira, bu karar ile hakimin ortağın başka imkanlarının olup olmadığını incelemesi engellenmektedir. Oysa ki hakim ortağın sözleşme ile kendisine verilen haklı sebeple fesih yetkisini kullanmasının hakkın kötüye kullanılması olup olmadığını inceleme yetkisine sahip olmalıdır. Bu hususta bkz. GİRAY, s.212.

[25] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 118.

[26] GİRAY, s. 210.

incelenmesi gerekmektedir[27]. Sözleşmedeki hakem şartına rağmen, taraflardan birinin mahkemeye başvurması durumunda görev itirazında bulunulmadığı sürece, mahkeme yargılamaya devam edecektir. İtirazda bulunulması durumunda mahkeme, görevsizlik kararı verecektir[28].

IV. Haklı Sebeple Fesih Davasında Davacı ve Davalı

A. Davacı

1. Genel Olarak

Haklı sebeple şirketin feshini talep hakkı, limited şirket ortaklarına aittir[29]. Diğer bir söyleyişle, davacı sıfatı limited şirket ortaklarınındır[30]. Şirketin feshini isteyen ortak, dava süresince ortak sıfatını taşımaya devam etmelidir. Fesih davası açıldıktan sonra ortak, ortak sıfatını kaybederse, taraf sıfatını da kaybedecektir[31]. Taraf sıfatının yokluğu, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, mahkeme tarafından da resen dikkate alınmalıdır. Böyle bir durumda hakim, taraf sıfatının yokluğu nedeniyle davayı reddedecektir[32].

2. Davacı Sıfatının Belirlenmesinde Kusurun Rolü

Yukarıda incelediğimiz gibi haklı sebebin var olup olmadığını belirlerken kollektif şirkete ilişkin 245. maddesinden yararlanmak mümkündür. Türk Ticaret Kanununun kollektif şirketlerle ilgili 245. maddesinde haklı sebep tanımı yapılmakta ve hangi olayların haklı sebep sayılacağı örnekseyici olarak belirtilmektedir. Bu maddenin I. fıkrası: *"...a. Bir ortağın, şirketin yönetim ve işlerinde veya hesaplarının çıkarılmasında şirkete ihanet etmiş olması, b. Bir ortağın kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirmemesi, c. Bir ortağın kişisel menfaatleri uğruna şirketin ticaret unvanını veya mallarını*

---

[27] Yargıtay da bir kararında (TD, 03.11.1969 T., E.3878/K.5118) bu hususu açıkça ifade etmektedir. Karar için bkz. DOĞANAY, C. I, s. 734.

[28] GİRAY, s. 210-211.

[29] Türk Ticaret Kanunu'nun 600. maddesinin son fıkrası, bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı bulunması halinde, paya ilişkin hakların da intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağı kuralını koymaktadır. Ancak intifa hakkının amacını aşan haklar, ortakla birlikte veya yalnızca ortak tarafından kullanılmalıdır. Dolayısıyla intfa hakkı sahibi, şirketin feshini istemeye yetkili değildir. Bu hususta bkz. YILDIZ, Limited, s. 152, ARSLANLI/DOMANİÇ, s. 268.

[30] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 127.

[31] Yargıtay da bir kararında (11. HD 27.02.1984 T., E.990/K.1056) limited şirketten ayrılan ortağın limited şirketin feshini isteyemeceğini açıkça ifade etmiştir. Karar için bkz. ERİŞ, C.II, s. 2798.

[32] ORUÇ, s. 219;GİRAY, s. 203.

kötüye kullanması, d. Bir ortağın, uğradığı sürekli hastalık veya diğer bir sebepten dolayı, üstüne aldığı şirketin işlerini yapmak için gerekli olan yeteneği ve ehliyetini kaybetmesi gibi haller haklı sebeplerdendir." şeklinde; II. fıkrası ise "*a, b, c bentleri gereğince kendisinde fesih sebebi doğmuş olan ortağın dava hakkı yoktur*" şeklinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükümde, haklı sebebe verilen örnekler her ne kadar ortağa ilişkin olsa da hükmün örnekseyici niteliği gereği, ortak dışı sebepler de haklı sebep olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla haklı sebep, ortak dışı haklı sebepler olarak meydana gelebileceği gibi ortağa ilişkin olarak, kusurlu ve kusursuz haklı sebep olarak da karşımıza çıkabilir[33]. Ortak dışı haklı sebepler, ortakların kişilik alanı dışında, şirkete ilişkin veya şirketin de tamamen dışında objektif nedenlerdir. Örneğin mali piyasalarda aşırı dalgalanmalar, devamlı zarar veya verimsiz çalışma gibi. Böyle durumlarda haklı sebeple fesih davası açma hakkı tüm ortaklara aittir[34].

Haklı sebebin bir ortağın şahsında gerçekleşmesi durumunda ise, TTK'nın 245. maddesi gereğince, diğer ortak veya ortakların, haklı sebeple fesih davası açma hakkı bulunmakta iken haklı sebebe davranışı ile neden olmuş ortağın, haklı sebeple şirketin feshini isteme hakkı bulunmamaktadır. Söz konusu maddenin a ve c bentlerinde haklı sebep, ortağın kusuru ile yaratılmaktadır. Maddenin a bendinde açıkça ortağın ihanetinden, c bendinde ise ortağın kişisel menfaatleri uğruna şirketin ticaret unvanını ve mallarını kötüye kullanmasından söz edilmektedir. Bu hallerin temelinde kast görülmektedir[35]. Bu nedenle bu davranışlarda bulunan ortak haklı sebeple fesih talebinde bulunmaz.

Maddenin b bendindeki "*ortağın kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirmemesi"* durumu ise, ortağın kusuru sonucu oluşabileceği gibi kusura dayanmadan da meydana gelebilir. Ortak kusuru olmaksızın, örneğin, hukuki veya filli imkansızlık sonucu edimlerini yerine getiremeyebilir. Ancak haklı sebep kendisinde gerçekleşen ortak ister kusurlu olsun ister kusursuz olsun, haklı sebeple şirketin feshini isteme hakkına sahip değildir[36].

---

[33] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 50-51.

[34] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 51.

[35] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 128.

[36] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 128.

TTK'nın 245. maddesinin I. fıkrasının d bendi, bir ortağın, uğradığı sürekli hastalık veya diğer bir sebepten dolayı, üstüne aldığı şirketin işlerini yapmak için gerekli olan yeteneği ve ehliyetini kaybetmesini haklı sebep saymaktadır. TTK'nın 245. maddesinin II. fıkrasında, d bendi sayılmamakta; bu düzenlemeden, şahsında bu bend kapasmında haklı sebep gerçekleşen ortağın haklı sebeple fesih davası açabileceği anlaşılmaktadır. Böylece haklı sebep ile ortağın kusuru arasında bir ilişki kurulmamaktadır. Ancak hiç kimsenin kendi kusurundan lehine bir hak çıkaramayacağı kuralı gereğince, 245. maddenin I. fıkrasının d bendindeki haklı sebebi kendi kusuru ile yaratmış olan ortağın, bu sebebe dayaranak haklı sebeple fesih davası açması mümkün değildir. Örneğin ortak kendi kusuru ile yaptığı bir trafik kazası sonucu bedensel ve zihinsel yeteneklerini kaybetmişse, bu olaylara dayanarak fesih davası açamaz[37].

Sonuç olarak diyebiliriz ki, haklı sebebe dayanarak dava açma hakkı, haklı sebebin oluşmasında kusuru bulunmayan ortaklara aittir[38]. Yargıtay da bir çok kararında bu yönde karar vermektedir[39]. Ancak haklı sebebin oluşmasında, davacı ortağın yanında diğer ortak veya ortakların da kusuru varsa bu durumda haklı sebeple fesih mümkün olmalıdır[40].

---

[37] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 128.

[38] GİRAY, s. 204; ÖCAL, s. 224.

[39] Yargıtay bir kararında ortak veya ortak olan müdürün, ortak oldukları limited şirkette haksız rekabette bulunmak suretiyle kusurlu davranmış iseler, haklı sebeple limited şirketin feshini isteyemeceklerini belirtmiştir. Bu hususta bkz. 11. HD. 31.10.1996 T., E.6689/K.7415 (ERİŞ, C. II, s. 2804). Yine 11. HD'si başka bir kararında (11. HD. 29.09.2005 T., E.10217/K.8962) haklı nedenlerin ortaya çıkmasında davacı ortağın kendisinin eylem ve işlemlerinin katkısının bulunmaması gerektiğini ifade etmiştir. bu karar şöyledir: *"...haklı nedenlerle fesih davası açılabilmesi için, davacı ortağın ve ortakların, haklı nedenlerin ortaya çıkmasında, kendilerinin eylem ve işlemlerinin katkısının bulunmaması, diğer bir anlatımla, feshe dayanak gösteirlen haklı nedenlerin diğer ortaklardan kaynaklandığının kanıtlanması gerekir. Hiç kimse kendi eylem ve işlerine dayanarak, kendi lehine sonuç çıkaramaz ilkesi de bunu gerektirmektedir..."* (ERİŞ, C. II, s. 2817). Benzer olarak bkz. 11. HD. 24.01.2006 T., E.14091/K.502 (ERİŞ, C. II, s. 2817).

[40] Bu hususta bkz. CERRAHOĞLU, s. 185; ÖCAL, s. 224. Nitekim Yargıtay da bir kararında (11. HD. 08.12.2005 T., E.2004-14514/K.2005-12079) davacı ortağın kendi kusuruna dayanarak fesih davası açmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu; ancak iki ortaklı limited şirkette diğer ortağın da kusurlu bulunması sebebiye fesih talebinin kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Bu karar şöyledir: *"...davalının da başka kişilerle birlikte davacıya karşı sabit eser meydana getirecek şekilde etkili eylem suçuna karıştığı, bu durumda taraflar arasındaki şirket ortaklığı ilişkisinden kaynaklanan çekişmenin davalının davacıya karşı fiziksel şiddet uygulaması boyutuna kadar vardığı, bu durumda davalının da kusursuz sayılamayacağı ve taraflar arasındaki bu çekişmelerden dolayı iki ortaklı şirketin amacına ulaşmasının olanaksız bulunduğu anlaşılmakla mahkemece davanın kabulü ile, şirketin feshine karar verilmesi gerekirken..."* (www.kazanci.com, 24.11.2011).

B. Davalı

Limited şirketin haklı sebeple fesih davası, limited şirket tüzel kişiliğine karşı açılmalıdır[41]. Zira, şirketin feshi istendiği için davalı olarak şirket tüzel kişiliğinin gösterilmesi gerekmektedir[42].

Yargıtay ise, *"tüm ortaklar, davacı veya davalı olarak davada mevcut ise, taraf teşkili sağlanmış demektir"* şeklindeki kararı ile davanın ayrıca şirkete karşı açılmasını gerekli görmememiştir[43]. Yargıtay, aynı yönde başka bir kararında, *"ikiden çok ortaklı bir limited ortaklıkta, bir kısım ortakların davacı ve diğer kısmın da davalı olarak gösterilmesi suretiyle ortaklığın fesih ve tasfiyesine ilişkin dava açılmasında, husumetin tevcihi yönünden herhangi bir yanlışlık yoktur"* demektedir[44]. Buna karşılık daha sonraki bir kararında Yargıtay, limited şirketin fesih davasında, husumetin şirket tüzel kişiliğine yöneltilmesi gerektiğini söyleyerek, önceki kararlarından dönmüştür[45].

V. Yetkili ve Görevli Mahkeme ve Usul

Limited şirketin haklı sebeple fesih davasında yetkili mahkeme, şirketin merkezi mahkemesidir. Nitekim şirketin feshi davası, HUMK m. 14 hükmünde düzenlenen "*Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar"* kapsamındadır. Ayrıca anonim şirketin haklı sebeple fesih davasının düzenlendiği TTK'nın 531. maddesinde yetkili mahkeme özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, anonim şirketin haklı sebeple fesih davası, şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılır. Limited şirketin haklı sebeple feshinin düzenlendiği TTK'nın 636. maddesinin gerekçesinde, haklı sebeple fesih hakkının anonim şirketlerdeki 531. maddede

---

41 POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 851; DOĞANAY, C.I, s. 1485; GİRAY, s. 204. Aksi görüşte olan *Eriş*'e göre, haklı nedenlere dayanan fesih davası, bir veya birkaç ortak tarafından diğer ortaklara karşı açılmalıdır. Bkz. ERİŞ, s. 1394.

42 Giray, s. 205.

43 Bu karar için bkz. 11. HD. 25.06.2002 T., E.5464/K.6568 (Eriş, C. II, s. 2813).

44 Bu karar için bkz. 11 HD. 13.02.1985 T., E.467/K.675 (Eriş, C. II, s. 2798).

45 Bu karar için bkz. 11. HD. 18.05.2006 T., E.5837/K.5869: *"...Dava, davalı limited şirketin feshi ve tasfiyesine ilişkin olup, böyle bir davada husumetin şirkete yöneltilmesi gerekeceği tabidir. Davada da davalı şirket, davalı olarak gösterilmiş olup, şirketin üçüncü ortağından birisi olan diğer davalı İ. Kaya, pasif husumeti haiz değildir. Bu itibarla mahkemece, bu davalı aleyhine açılan davanın reddine karar vermek gerekirken, anılan husus gözden kaçırılarak, yargılama giderlerinin de, bu davalıya yükletilmesi doğru görülmemiş..."* (Eriş, C. II, s. 2818).

yer alan hükme paralel düzenlediği belirtilmektedir. Dolayısıyla 531. maddede yer alan yetki kuralının limited şirketler içinde geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu özel yetki kuralı, kesin yetki kuralı olduğundan, limited şirketin feshine ilişkin olarak yapılan yetki sözleşmeleri geçerli olmayacağı gibi, bu yetki kuralına aykırı esas sözleşme hükmü ve genel kurul kararı da geçersizdir[46].

Fesih davası, görev açısından ticaret mahkemelerinin iş sahasına girmektedir. Türk Ticaret Kanununun 4. maddesi, Ticaret Kanununda düzenlenen işlerden doğan davaların, tarafların sıfatına bakılmaksızın ticaret mahkemelerinde görüleceğini belirtmektedir. Bu nedenle, TTK'nın 636. maddesinde düzenelenen haklı sebeple fesih davası, mutlak ticari davalardandır[47].

Ticaret Kanununun 1521. maddesi uyarınca fesih davalarında, basit yargılama usulü uygulanır.

VI. Davanın İncelenmesi

A. Hakimin Takdir Hakkı

Haklı sebep, nisbî bir kavramdır. Yani, haklı sebep kavramı, her somut olayın özelliklerine göre değişen bir öze sahiptir. Bu sebeple, yasa koyucular haklı sebep kavramını kesin ve değişmez esaslara bağlamaktan kaçınarak hakimin takdirine bırakmışlardır[48]. Haklı sebeple fesih durumunda da hakime iki temel alanda geniş takdir yetkisi tanınmıştır. TTK m. 636/III hükmünde düzenlenen yetki, haklı sebebin varlığının takdiri ve uyuşmazlığı gidermeye elverişli çözümün tespiti ve uygulanması olarak iki temel alana sahiptir[49].

Bu kapsamda öncelikle hakim, haklı sebep olduğu iddia edilen olayın, şirketin feshini gerektirecek nitelikte olup olmadığını takdir edecektir. Hakim, haklı sebebin varlığı konusunda takdir hakkını kullanırken, her somut olayı niteliklerine göre ve koşullara göre ayrı ayrı değerlendirmeli, özellikle

[46] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 129; ORUÇ, s. 219. Yargıtay'ın şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu hususundaki kararı için bkz. 11. HD. 21.12.2001 T., E.7262/K.10088 (YKD 2002/7, s. 1053).

[47] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 130. Türk Ticaret Kanununun 531. maddesi de görev konusunu da özel olarak düzenlemiş, anonim şirketin haklı sebeple fesih davasının asliye ticaret mahkemesinde görüleceğini açıkça ifade etmiştir.

[48] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 97.

[49] YASAMAN, s. 92.

talep olunan fesih sonucunu âdil gösterip göstermediğini dikkate almalıdır. Hakim, takdir hakkını kullanırken somut verileri, kendi kişisel görüş ve değer yargılarına göre değil, dürüstlük kuralı çerçevesinde objektif bir ölçüye göre değerlendirmelidir[50]. Bu değerlendirme sırasında, şirketin yapısını, ortak sayısını, ortaklar arasındaki ilişkileri dikkate almalıdır. Örneğin, iki ortak arasında ciddi bir anlaşmazlık, iki kişilik bir limited şirkette, şirketin devamını imkansız kılabilirken; ortak sayısı fazla olan bir şirkette aynı sonucu doğurmayabilir[51].

Hakim, fesih talep eden ortağın veya ortakların menfaati ile fesih halinde zedelenmesi muhtemel bütün menfaatleri karşılaştırmalıdır. Ayrıca hakim bu değerlendirmeyi yaparken fesih davası açmanın, davacı ortaklar için son çare olup olmadığını incelemelidir[52]. Örneğin çekişmeyi yaratan genel kurul kararına karşı iptal davası açma imkanı varsa veya esas sözleşmede çıkma hakkı tanınmasına rağmen bu hukuki olanak kullanılmadan fesih davası açılması davanın reddini gerektirebilir[53]. Haklı sebeple feshe en son çare olarak başvurulması, böylece diğer imkanların korunmasını sağlayacak ve haklı sebeple feshin ortakların elinde bir şantaj aracı olmasını önleyecektir[54]. Ancak diğer yollara başvurulmadan fesih davası açılması, davanının dinlenilmemesini gerektirmez; diğer bir ifadeyle diğer yollara başvurulması dava şartı olamaz. Sadece hakimin takdirini etkileyebilir[55].

Yukarıda gördüğümüz gibi, ortaklar, bazı somut olayları, haklı sebep olarak düzenleyerek bu olayların kendileri için sözleşmenin temel unsurlarından biri saydıklarını kabul edebilirler. Örneğin, "genel kurula davetin iki kez usulüne uygun yapılmaması, TTK m. 636 uyarınca haklı sebep teşkil eder" şeklinde bir hüküm esas sözleşmeye konulabilir. Böyle bir

---

[50] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 97;ORUÇ, s. 213.

[51] GİRAY, s. 205; SÜMER, s. 176.

[52] İsviçre ve İngiliz hukukunda da mahkeme, fesih kararı vermeden önce duruma uygun düşen başka bir çözüm yolunun olup olmadığını araştırmak zorundadır (İsviçre Borçlar Kanunu m. 36/4, Companies Act 2006 m. 996). Bu hususta bkz. ÇELİK, s. 576, dn. 72.

[53] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 70 ve s. 98; SÜMER, s. 16.

[54] ÇELİK, s. 576. Haklı sebeple fesih davası açma hakkının, ortaklar tarafından kötüye kullanılması mümkündür. Böyle bir hakka sahip olan ortaklar, hak etmedikleri menfaatlere sahip olabilmek için haklı sebeple fesih davası açma hakkını, şirket üzerinde bir baskı aracı olarak kullanabilirler. Bu hususta bkz. ÇELİK, s. 576, dn. 71.

[55] SÜMER, s. 176; ARSLANLI/ DOMANİÇ, s. 748; ORUÇ, s. 215; ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 71; ÇELİK, s. 577. Aksi görüş için bkz. TEKİNALP, s. 326; İMREGÜN, s. 79; MOROĞLU, Haklı Neden, s. 470.

düzenleme, özel bir fesih sebebi olduğundan, hakim artık sebebin haklı olup olmadığını inceleyemez. Hakimin inceleyeceği husus, sözleşmede belirlenen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğidir[56].

Hakim haklı sebebin varlığını tayin ettikten sonra, takdir hakkını kullanarak uyuşmazlığı gidermeye elverişli çözümü de tespit etmelidir. Bu kapsamda hakim şirketin feshine, davacı ortağı şirketten çıkarmaya veya diğer bir çözüm yoluna karar verebilir. Görülmektedir ki haklı sebeple fesih sisteminin sağlıklı ve etkin bir biçimde uygulanabilmesi bakımından hakimin çok büyük bir rolü söz konusudur[57]. Haklı sebeple fesih davasında karar verilebilmesi için bilirkişi incelemesi de önem taşımaktadır. Nitekim Yargıtay, bir kararında hakimin somut olayın verileri üzerinde yapacağı inceleme sırasında sadece taraf beyanlarına dayanarak karar vermesini uygun bulmamıştır. Yargıtay bu kararında hakimin inceleme sırasında sadece tanık ve taraf beyanlarıyla yetinmemesi, şirketin defter ve belgeleri üzerinde de bilirkişi incelemesi yaptırarak haklı sebebin oluşup oluşmadığını araştırması gerektiğine karar vermiştir[58]. Böylece şirket defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Görevlendirilen kişiler de şirketler hukuku uzmanı kişilerden seçilmelidir[59]. Sonuç olarak diyebiliriz ki hakim takdir hakkını kullanarak feshe karar verebilmesi için, haklı nedenlerin soyut olarak değil, somut olarak ispatlanması gerekmektedir[60].

Hakim, haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olayın tüm yönlerini dikkate alarak tespit eder. Bu açıdan haklı sebebin değerlendirilmesinde, benzer olaylara ilişkin yargı kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler dikkate alınabilir. Ancak haklı sebebin nisbi bir nitelik taşıması nedeniyle, yargı kararlarının mahkemeler açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır[61].

---

[56] ORUÇ, s. 214.

[57] YASAMAN, s. 93.

[58] Bu karar için bkz. HGK 22.04.1998 T., E.1998/11-291/K.1998/293 (www.kazanci.com, 05.12.2011).

[59] Yargıtay da bir kararında (11. HD. 22.09.2003 T., E.2194/K.8154) bu hususu açıkça ifade etmiştir. Bu karar şöyledir: *"...Öte yandan, bilgisine başvurulan bilirkişi de emekli mahkeme yazı işleri müdürü olup, şirketler hukuku sahasında uzman değildir..."* (www.kazanci.com, 05.12.2011). Benzer olarak başka bir kararında Yargıtay yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak şirketin feshi ve tasfiyesine karar verilmesini doğru bulmamıştır. Karar için bkz. 11. HD. 20.09.1999 T., E.4973/K.6918 (ERİŞ, C. II, s. 2806).

[60] Bu hususta bkz. 11. HD. 12.02.2001 T., E.10112/K.1024 (ERİŞ, C. II, s. 2810);11. HD. 13.11.1989 T., E.8574/K.6206 (ERİŞ, C. II, s. 2801).

[61] ÇELİK, s. 582.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında haklı sebep olarak kabul edilen olaylara şunlar örnek verilebilir: Şirketin devamlı olarak kâr getirmemesi, şirket amacının gerçekleşmesinde ekonomik ve hukuki imkansızlık[62], kanun, esas sözleşme ve genel kurul kararlarının yerine getirilmemesi veya sürekli şekilde ihlali, uzun yıllar ciddi bir faaliyetin olmaması[63], şirketin ortakları arasında anlaşmazlık[64]. Ayrıca Yargıtay, şirketin, borçlarını ödemek için ortaklarından borç alıp, bu borçlar dolayısıyla icra takibine uğramasını, icra takiplerinin şirketi çalışamaz duruma sokmasını haklı sebep olarak kabul etmektedir[65]. Ancak şirketin kamu borçlarını ödeyememesi, şirketin feshi için haklı sebep olarak kabul edilmemiştir[66].

B. Haklı Sebeple Fesih Kararı

Hakim, haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olayın bütün özelliklerini dikkate alarak tespit eder. Haklı sebeple şirketin feshinin temelinde, dürüstlük kuralı ve kişilik haklarının korunması ilkeleri bulunduğundan, hakimin, haklı sebebin mevcut olup olmadığını tespit ederken dürüstlük kuralına ve kişilik haklarına aykırılık bulunup bulunmadığını incelemesi gerekmektedir[67]. Eğer bilirkişi raporu ve diğer deliller dikkate alındığında davacıların ileri sürdüğü sebepler ispat edilirse ve bu sebepler şirketin feshini gerektirecek nitelikte ve belirtilen ilkelere aykırılık taşıyorsa, hakim, feshe karar vermektedir. Başka bir ifade ile haklı sebeplerin şirketin feshini gerektirebilmesi için, artık bu sebeplere dayanılmasının davacı ortak veya ortaklar açısından açık bir şekilde imkansız hale gelmesi ve şirketin devamını sağlayan unsurların ortadan kalkmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla ortak tarafından ileri sürülen sebepler, diğer kişilerin şirketin devamı konusundaki menfaatlerini feda edebilecek bir aşamaya ulaştığında

---

62 11. HD. 26.03.2002 T., E.2001/10234/K.2002/2739 (www.kazanci.com, 05.12.2011).

63 Bu karar (11. HD. 1.5.1995 T., E.2880/K.3952) şöyledir: *"...şirketin uzun yıllar ciddi bir faaliyeti olmamışsa, fesih için yasal nedenler oluşmuştur..."* (Batider, C. XVIII, S. 1-2, 1995, s .215).

64 Bkz. 11. HD. 21.02.2000 T., E.55/K.1542 (ERİŞ, C. II, s. 2807).

65 Bu karar (11. HD 21.02.200 T., E.55/K.1242) şöyledir: *"...şirketin faaliyete geçemeyip atıl durumda kaldığı, şirket giderlerini ortaklardan aldığı borçlarla kapatmaya çalıştığı, bu borçlara ilişkin icra takibine uğradığı... o halde fesih için kanuni haklı nedenlerin oluştuğu kabul edilmelidir..."* (www.kazanci.com, 05.12.2011).

66 Yargıtay bu hususa ilişkin kararında (11 HD. 11.03.1196 T., E.856/K.1642) açıkça şöyle demektedir: *"...kamu borcunun ödenmemesi, başlı başına limited şirketin feshi için yeterli neden değildir..."* (www.kazanci.com, 5.12.2011).

67 ÇELİK, s. 582.

fesih kararı verilmektedir. Eğer ortak tarafından ileri sürülen sebepler, bu ağırlıkta değilse şirketin feshine karar verilmemesi gerekir[68].

Fesih için dayanılan haklı sebepler ispat edilemediği taktirde ise şirketin feshine karar verilememekte; davanın reddilmesi gerekmektedir[69]. Haklı sebeple fesih davasının reddedilmesi durumunda, kötüniyetle dava açan ortağın mahkeme masrafları ve şirketin uğradığı zararlardan sorumluluğu konusunda TTK m. 636/III hükmünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak haklı sebeple fesih davası açma hakkının bir tehdit aracı olarak kullanılmasını engellemek amacıyla, madde metnine dava masraflarının ve şirketin uğrayacağı zararlardan kötüniyetli davacıların sorumlu olacağına ilişkin bir düzenlemenin eklenmesi uygun olacaktır[70].

C. Hakimin Haklı Sebeple Fesih Yerine Başvurabileceği Çözüm Yolları

Türk Ticaret Kanununun 636. maddesinde, hem davacıların menfaatlerinin korunması hem de şirketin fesih sonucundan kurtulabilmesi amacıyla, hakime davanın reddi veya kabulünden başka imkanlar da tanınmaktadır. Türk Ticaret Kanununun 636. maddesinin III. fıkrasının 2. cümlesi gereğince, mahkeme haklı sebeple fesih talebi yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir. Bu düzenleme ile hakime şirket yararına oldukça geniş bir müdahale hakkı tanındığı görülmektedir[71]. Şöyle ki, mahkeme sebebi haklı bulsa bile, fesih kararı vermek zorunda değildir. Şirketin feshini haklı kılan sebeplerin varlığına rağmen, yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru bulan hakim, şirketi feshetmek yerine, fesih talebinde bulunan ortak veya ortakların şirketten çıkarılmalarına veya diğer çözümlere karar verebilir[72].

---

[68] ÇELİK, s. 570.

[69] Bu hususta bkz. 11. HD. 13.11.1989 T., E.8574/K.6206 (ERİŞ, C .II, s. 2801).

[70] ÇELİK, s.588. *Moroğlu* da kötüniyetli ortakların şirketin uğrayacağı zararlardan sorumlu olacağına ilişkin bir hükmün maddeye eklenmesi gerektiği görüşündedir. Ayrıca yazar, dava sonucunda meydana gelebilecek muhtemel zararlar için mahkemece davacılardan uygun bir teminat istenmesine ilişkin bir düzenlemenin kanun metnine eklenmesi gerektiğini de belirtmektedir. Bkz. MOROĞLU, Haklı Neden, s. 588.

[71] Bu hususta bkz. TTK Gerekçe, m. 636, s. 229.

[72] TTK Gerekçe, m. 531, s. 194. Bir şirketin ekonomik ve rasyonel açıdan yaşatılmasının daha doğru olacağı kararını iktisat ve işletme biliminde uzmanlaşmış kişilerin vermesi gerekmektedir. Bu nedenle, mahkemenin bu alanlarda uzman kişilerden bilirkişi heyeti oluşturarak, heyet raporuna göre hüküm kurması gerekmektedir. Bu hususta bkz. ORUÇ, s. 221.

1.Davacı Ortağı Şirketten Çıkarma Kararı

Şirketin feshini gerektirecek haklı bir sebebin olmasına rağmen, şirketin yaşatılması ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olabilir. Böyle bir durumda hakim fesih yerine, fesih talebinde bulunan ortak veya ortakların şirketten çıkarılmalarına karar verebilir. Ancak ortağın çıkarılabilmesi için, ortada feshi gerektiren haklı bir sebep olmalıdır. Diğer bir deyişle, ileri sürülen sebep şirketin feshi için haklı sebep niteliğinde değilse, davacı ortağın şirketten çıkarılması mümkün değildir[73]. Ayrıca hakimin, şirketten çıkarma kararı verebilmesi için, davacı ortağın veya ortakların şirketten çıkarılması, şirketin feshini haklı kılacak sebebin ortadan kalkmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır[74]. Ancak hakimin, çıkarma kararı verebilmesi için, çıkarma kararını vermeden önce, fesih dışında diğer çözüm yollarıyla ihtilafa bir çözüm araması gerekmektedir[75].

Ortağın şirketten çıkarılması, tamamen hakimin takdirindedir. Ayrıca hakim bu yetkiyi resen uygulayacaktır[76]. Başka bir ifade ile, hakim ortağın şirketten çıkarılması için, ortakların bu konuda verdiği bir karara ihtiyaç duymamaktadır[77]. Hakimin davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına karar vermesi durumunda, bu miktar şirket tarafından ödeninceye kadar fesih davası duracaktır. Mahkeme, yapılacak ödemeyi belirli bir süreyle sınırlandırarak, belirtilen süre içinde ödemenin yapılmaması durumunda şirketin feshine karar verileceğini belirtmelidir. Belirtilen süre içinde ödeme yapılırsa, fesih davası düşecektir. Ödeme yapılmamışsa, mahkeme limited şirketin haklı sebeple feshine karar vermelidir[78].

Davacı ortağın payının gerçek değerinin hangi tarihe göre belirleneceği hususunda TTK m. 636'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Limited şirketin haklı sebeple feshi hakkının anonim şirketin haklı sebeple fesih hakkının düzenlendiği 531. maddesine paralel düzenlendiği, TTK'nın 636. maddesinin gerekçesinde açık olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu hususta TTK m. 531

[73] ORUÇ, s. 212; ÇELİK, s. 580.

[74] ÇELİK, s. 580.

[75] Bu hususta bkz. ÇELİK, s. 581.

[76] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 74.

[77] ORUÇ, s. 223.

[78] YILDIZ, s. 1199; ORUÇ, s. 224.

dikkate alınmalı; hakim payların gerçek değerini karar tarihine en yakın bir tarihte bilirkişi inceletmesi yaparak belirlemelidir[79].

2.Diğer Çözümler

Türk Ticaret Kanununun 636. maddesinin III. fıkrasına göre, mahkeme fesih yerine, ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir. Bu düzenlemede, haklı sebeple fesih yerine başvurulabilecek çözüm yollarından sadece ortağın şirketten çıkarılması özel olarak belirtilmiş; diğer çözüm yolları açısından bunların tespitinde dikkate alınması gereken bazı ilkeler belirtilmiştir[80]. Buna göre mahkemenin menfaat ihtilafının ortadan kaldırılması için karar vereceği çözüm öncelikle, duruma uygun düşmelidir. Yani, başvurulan çözüm yolu, menfaat ihtilafını ortadan kaldırabilecek nitelikte olmalıdır. Diğer bir ilke ise, hakimin karar vereceği çözümün aynı zamanda kabul edilebilir nitelikte olmasıdır. Bu ilkenin anlamı, hakimin karar verdiği çözüm yolunun bütün ortaklar tarafından kabul edilmesi değildir. Bu ilkenin anlamı, hakim tarafından belirlenen çözüm yolunun başta davacı ortak veya ortaklar olmak üzere, diğer menfaat sahipleri açısından da kabul edilebilecek tarzda olmasıdır[81]. Hakimin karar vereceği çözüm yolu, doğal olarak çoğunluk tarafından kabul edilmeyebilir. Ancak çoğunlukla beraber, menfaat sahiplerinin büyük kısmı hatta davacı ortak veya ortaklar tarafından da kabul edilemeyecek bir çözüme başvurulması, TTK m. 636/III düzenlemesinin menfaat ihtilaflarının çözümüne yönelik amacıyla bağdaşmayacak; hatta yeni birtakım anlaşmazlıkların çıkmasına neden olabilecektir[82].

---

[79] Anonim şirketin haklı sebeple feshinin düzenlendiği TTK'nın 531. maddesinde ve TTK'nın 636. maddesinde, davacıya paranın kim tarafından ve nasıl ödeneceği, bu payları geçici olarak şirketin iktisap edip edemeyeceği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca diğer ortakların, aynı fiyata payların satın alınması davacı ortaklara önerme hakkının bulunup bulunmadığı da maddede açık değildir. Ortaya çıkması muhtemel sorunları, engellemek amacıyla bu konularda düzenlemelerin madde metinlerine eklenmesi yerinde olacaktır. Bu hususta bkz. YILDIZ, Fesih, s. 1199.

[80] ÇELİK, s. 578.

[81] ÇELİK, s. 578.

[82] ÇELİK, s. 579. Örneğin hakimin, haklı sebeple fesih davası açan ortaklardan birisinin müdür olarak tayin edilmesine karar vermesi, anlaşmazlığı sona erdirebilecekken; dava açan tüm ortakların müdür olarak tayinine karar vermesi, limited şirkette daha farklı sorunlar yaratabilecek ve bu sefer de başka anlaşmazlıklar çıkabilecektir. Benzer nitelikte örnek için bkz. ÇELİK, s. 579, dn. 83.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme ile hakime geniş bir takdir hakkı tanınmaktadır. Hükmün gerekçesinde, mahkemenin kâr dağıtma zorunluluğuna veya uygun yeni bir ortağın şirkete alınmasına ya da şirketi sağlığa kavuşturabilecek kısmi tasfiyeye hükmedilebileceğinin İsviçre öğretisinde makul çözümler olarak kabul edildiği belirtilmiştir[83]. Durumu uygun düşen çözüme, fesih nedeni olarak gösterilen olayların sona ermesi için makul bir süre verilerek, davanın bu süre sonunda tekrar devam edilmesi örnek olarak verilebilir. Haklı nedeni oluşturan olaylar, müdürün ihmalinden kaynaklanıyorsa, mahkeme tarafından verilen makul süre içinde müdüre karşı sorumluluk davası açılabilir veya olağanüstü genel kurul toplantısı yapılabilir. Burada uygun çözümleri sınırlayıcı olarak tespit edebilmek mümkün değildir. Uygun çözümler, her somut olayın özeliklerine göre belirlenecektir[84].

Görüldüğü gibi, haklı bir sebebin bulunması durumunda hakimin üç seçeneği bulunmaktadır. Bu seçenekler, limited şirketin feshi, davacı ortağın şirketten çıkarılması veya duruma uygun düşen diğer bir çözümdür. TTK m. 636/III lafzından, bu seçenekler arasında bir derecelendirme öngörülmediği sonucu ortaya çıksa da, bu maddeye benzer nitelikte olan anonim şirketin haklı sebeple feshini düzenleyen TTK'nın 531. maddesinin gerekçesinde, ileri sürülen sebebin haklı olması durumunda, mahkemenin haklı sebeple feshe karar vereceği; bununla birlikte, mahkemenin şirketin devamının ekonomik ve rasyonel açıdan doğru olduğuna kanaatine ulaşması durumunda davacı ortakların şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir diğer çözüme karar vereceği düzenlenmektedir[85]. Böylece hükmün gerekçesinde bir derecelendirmenin olduğu görülmektedir[86]. Aynı sonuca limited şirketin haklı sebeple feshinin düzenlendiği TTK m. 636 için de söylemek mümkündür. Şöyle ki, şirketin feshini gerektirecek haklı bir sebebin bulunması durumunda, fesihten önce ortağın şirketten çıkarılması

---

[83] TTK Gerekçe, m. 531, s. 194-195. İngiliz hukukunda da Companies Act 2006 m. 996 hükmünde, fesih dışında uygulanabilecek farklı çözüm yolları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, mahkeme şirketten çıkarma kararı dışında, şirketin diğer pay sahiplerinin şikayetine konu olan davranışlarda bulunmamasına veya bu tür davranışlara devam etmemesine; şirketin herhangi bir uygulamasından yararlandırılmayan ortakların bu uygulamadan yararlanmalarının sağlanmasına; davacılara mahkemenin kararı doğrultusunda bazı hukuki işlemlerin şirket adına ve hesabına yapılması konusunda yetki verilmesine; şirket sözleşmesinin hiçbir maddesinin veya kararda belirtilen maddelerinin mahkeme izni olmaksızın değiştirilmemesine karar verebilir. Bu hususta bkz. ÇELİK, s. 580.

[84] SÜMER, s. 178; ÇELİK, s. 579.

[85] TTK Gerekçe, m. 531, s. 195.

[86] Bu hususta bkz. ORUÇ, s. 221.

veya başka bir çözümle haklı sebebin yarattığı ihtilafın ortadan kaldırılmasına çalışılmalıdır. Eğer bu yollarla haklı sebebi yaratan durum ortadan kalkmıyorsa, son çare olarak fesih kararı verilmelidir. Burada tespit edilmesi gereken bir başka husus da çıkarma kararı ile diğer çözümlerin arasında bir sıra olup olmadığıdır. Kanaatimizce hakim öncelikle, çıkarma kararı dışında çözüm yolları ile haklı sebebin yarattığı durumu ortadan kaldırmayı denemeli; eğer bu yollarla ihtilafa bir çözüm bulunamazsa davacı ortak veya ortakları şirketten çıkarma kararı vermelidir. Böylece davacı ortakların zarar görmesi engellenebilecektir[87].

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, hakim, haklı sebeple fesih talebiyle açılan davada talep dışında başka çözümlere karar verebilmektedir. Bilindiği üzere, HUMK m. 26/I uyarınca hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. HUMK m. 26/II'de ise hakimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmektedir. TTK m. 636/III hükmünün emredici niteliğini HUMK m. 26/II kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Dolayısıyla haklı sebeple fesih davası açan ortak veya ortaklar, söz konusu seçenekleri sınırlandıramayacakları gibi mahkemenin taleple bağlı olduğunu ileri sürerek çıkarma veya duruma uygun düşen bir çözüm kararına karşı, hakimin taleple bağlı olduğunu da iddia edemezler[88].

Haklı sebebin belirlenmesinde hakime çok geniş takdir hakkı tanınması, her somut olayda menfaatler dengesinin daha iyi değerlendirilmesini sağlayacaktır. Ayrıca hakimin fesih talebi ile bağlı olmaması, şirketin feshi yerine davacı ortak veya ortakları şirketten çıkarma veya duruma uygun düşen kabul edilebilir çözümlere hükmetmesi, ortaklar, şirket ve ülke ekonomisi açısından da önemli bir düzenlemedir[89].

VII. Fesih Davasında Süre

Türk Ticaret Kanunu'nun 636. maddesinde, limited şirketin haklı sebeple fesih davasının açılması için herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre öngörülmemektedir. Bu durum, hukuk güvenliği açısından önemli bir eksikliktir. Şöyle ki, ortaklara verilen bu kadar önemli ve etkili

[87] ÇELİK, s. 581.

[88] ORUÇ, s. 222; ÇELİK, s.581. Hakim çıkarmaya veya daha uygun bir çözüme resen karar verecektir. Bu hususta bkz. ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 74.

[89] YILDIZ, Limited, s. 1199.

bir silahın keyfi kullanılmasını engellemek için kısa bir zamanaşımı süresi öngörülmesi gerekmektedir[90].

Haklı sebeple fesih davası için bir süre öngörülmemesi, davanın herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın her zaman açılabileceği anlamına gelmemektedir. Haklı sebeple fesih davası, uygun bir süre içinde açılmalıdır. Uygun sürenin başlangıcı, haklı sebebin oluş tarihi değil, öğrenilme tarihidir. Geçmişte meydana gelen olay, öğrenildiği tarihte de şirketin feshini doğurabilecek haklılıkta olmalıdır; başka bir ifade ile haklı sebebin yarattığı olumsuz sonuç devam etmelidir.[91]. Dolayısıyla haklı sebebe dayalı fesih davası, davacının haklı sebebi öğrenmesinden itibaren uygun bir süre içinde açılmalıdır. Aksi halde, dava reddedilir[92].

Uygun sürenin belirlenmesi, hakimin takdir hakkının kapsamındadır. Hakim somut olayı inceleyerek davanın objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde zamanında açılmış olup olmadığına karar verecektir. Belirlenecek süre, haklı sebebin öğrenilmesinden sonra fesih davası açıp açmamaya karar verebilmek, bu konuda gerekli araştırma, danışma ve hazırlıkları yapmak için uygun ve yeterli bir süre olmalıdır. Haklı sebebin öğrenildikten sonra uygun bir süre içinde dava açılmayarak uzun süre sessiz kalınması halinde ortaklar, dava hakkını kaybetmektedirler. Çünkü böyle bir durumda haklı sebebe rağmen sessiz kalma ve birlikte çalışmaya devam etme, dava hakkından vazgeçme anlamına gelir. Ayrıca uzun süre dava açılmaması, arkasından dava açılması durumu, objektif iyiniyet kurallarına aykırıdır[93].

VIII. Feshin Sonuçları

Mahkemenin şirketin feshine karar vermesi durumunda, bu karar bozucu yenilik doğuran nitelikte bir karardır[94]. Ayrıca bu karar, hükümlerini dava tarihinden değil kararın kesinleşme tarihinden itibaren doğurur. Hükmün etkisi, ileriye dönüktür[95].

---

[90] *Sümer,* haklı neden oluşturabilecek maddi vakaların oluşundan itibaren iki yıllık süre ile sınırlama yapılmasının menfaatler dengesine uygun olacağını belirtmektedir. Bkz. SÜMER, s.179. *Moroğlu* ise, madde metnine haklı sebeple fesih davası açma hakkının feshe neden olan işlem ve eylemden itibaren bir yılda zamanaşımına uğrayacağına ilişkin bir hükmün eklenmesini uygun bulmaktadır. Bkz. MOROĞLU, Tasarı, s.284). *Çelik* de haklı sebeple fesih davası açılmasının, haklı sebebin ortaya çıktığı ve öğrenildiği tarih dikkate alınarak belirli bir süre ile sınırlandırılması gerektiği görüşündedir. Bkz. ÇELİK, s. 587.

[91] GİRAY, s. 213; ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 127.

[92] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 130.

[93] GİRAY, s. 214; ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 131; ERİŞ, C.I, s. 1364; ÇELİK, s. 587.

[94] SÜMER, s. 177; ERİŞ, C.I, s. 1364; ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 133.

[95] ÇAMOĞLU, Haklı Sebep, s. 13; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 851.

KAYNAKLAR

AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006.

ARSLANLI, Halil/DOMANİÇ, Hayri, Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Limited Şirketler Hukuku Uygulaması ve Hisseli Komandit Şirket, İstanbul 1989.

BAŞTUĞ, İrfan, Limited Şirkette Ortağın Çıkması ve Çıkarılması, İzmir 1966.

CERRAHOĞLU, M. Fadlullah, Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Limited Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 1976.

ÇAMOĞLU, Ersin, Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerin Emredici Niteliği, *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan*, İstanbul Üniversitesi 1978, s. 289-307 (Emredici Nitelik).

ÇAMOĞLU, Ersin, Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, İstanbul 2008, 2. Bası (Haklı Sebep)

ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, *Prof.Dr.Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, s. 667-684 (Anonim Ortaklık)

ÇELİK, Aytekin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi, *Batider* Aralık 2009, C. XXV, S. 4, s. 559-592.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 4. bası, Ankara 2004.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, 4. bası, Ankara 2004.

ERİŞ, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 2007 (C. I).

ERİŞ, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, Ankara 2007 (C. II).

GİRAY, R. Eda, Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,* Yıl: 6, S. 12, s. 195-218.

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Şirketlerde Paysahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, Şirketler Hukuku II, Ankara 1973.

MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih, *Ord. Prof.Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan*, İstanbul 1978, s. 433-468 (Haklı Neden).

MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. bası, İstanbul 2007 (Tasarı).

ORUÇ, Murat, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma, *Batider*, Mart 2011, C. XXVII, S. 1, s. 209-233.

ÖCAL, Akar, Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme Kararı ile Sona Erdirilmesi, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Ankara 2003, s. 215-226.

ÖZER, Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

ÖZTÜRK DİRİKKAN, Hanife, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. bası, İstanbul 2010.

SÜMER, Ayşe, Türk Ticaret Kanunun Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, *Marmara Üniversitesi İİBF,* Yıl 2010, C. XXVIII, S. I, s. 1761-181.

TEKİNALP, Ünal, Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç, *İktisat ve Maliye Dergisi,* 1974, C. XXI, S. 8, s. 321-323.

YASAMAN, Hamdi, Türk Ticaret Kanunu Tasarı'nda Hakimin Genişleyen Rolü, *Batider* Aralık 2009, C. XXV, S. 4, *Prof.Dr.Reha Poroy'un Anısına Armağan*, s. 73-94.

YILDIZ, Şükrü, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağan*, İstanbul 2007, s. 1195-1199.

BOŞ

KAMU HUKUKU>>

BOŞ

GLOBAL İDARE HUKUKU TARTIŞMALARI

N. Münci ÇAKMAK*

ÖZET

Günümüzde uluslararası hukukun yanında global idare hukukunun varlığı ile ilgili tartışmalar yapılmaktadır. Globalleşmenin yardımı ile bireyler, devletler, uluslararası kurumlar ve şirketler arasındaki ilişkiler son bir kaç on yılda yoğun bir şekilde artmıştır. Ülkeler arasındaki sınırları değişik şekillerde belirsizleştirdiği için özellikle teknolojinin etkilerine dikkat edilmelidir. Global ilişkiler çevre, global ticaret, iklim değişimi, sağlık, finansal problemler gibi bir çok konudan meydana gelmektedir ve bu alanların normlarla düzenlemeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu noktada en önemli görev global idare hukukuna düşmektedir.

Anahtar kelimeler: *Global İdare Hukuku, Uluslararası İdare Hukuku, Milletlerarası İdare Hukuku, Globalleşme, Global, Küreselleşme, Küresel, İdare Hukuku*

DEBATES ON GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

Today, there are some debates about the existence of global administrative law besides international law. By the help of globalization, the relationship between individuals, states, international organizations and corporations has been heavily increased in the last few decade. Especially effect of technology must be noticed, as it blurred the boundaries among states in many forms. Global relationships consist of many issues such as environment, global trade, climate change, health, financial problems, and these areas must be regulated with norms. At this point the most important duty is belong to Global Administrative Law.

Key Words: *Global Administrative Law, International Administrative Law, Globalization, Global, Administrative Law*

1) Giriş

Çalışmamızın hemen başında belirtmek isteriz ki amacımız bütün dünyada tek bir hukuk sistemi olması gerektiğini ve/veya bütün ülkelerdeki

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

idare hukuku sistemlerinin birleşmesi gerektiğini savunmak değildir. Biz globalleşmenin beraberinde getirdiği bazı sonuçlardan birisi olan Global İdare Hukukuna ve bunun sonucunda bazı etkilere maruz kalan uluslararası hukuk, idare hukuku, devlet ve birey ilişkilerine dikkat çekmek istiyoruz. Global İdare Hukuku konusu altında yer alan bazı işlemler; insanlar, devletler, kurumlar arası ilişkilerin artması ile yavaş yavaş kendini hissettirmeye başlamıştır. Tabii ki Global İdare Hukuku bütünüyle teslim olunması gereken, sorgulanmadan kabullenilmesi gereken bir hukuki müessese değildir ancak global ilişkilerden kaçınmak günümüzde dünyadan kopmak anlamına geldiği için, idare hukuku ile globalleşme ilişkisinin ortaya çıkarmış olduğu Global İdare Hukukunu teorik olarak incelemek bir zorunluluk halini almıştır. Bugün bu kavram dünya çapında tanımlanmaya çalışılmakta ve bazı açılardan tartışılmaktadır. Biz de bu tanımlama ve tartışma süreçlerine genel hatlarıyla yer vermek istiyoruz.

Dünyadaki teknolojik, sosyal ve ekonomik gelişmeler sonucu devletler ve toplumlar geçen yüzyıllara oranla daha fazla karşı karşıya gelmektedirler. Bazı konular ülke sınırlarını aşarak bazen komşu devletleri bazen de bütün dünyayı ilgilendirir hale gelmiştir. Ekonomik açıdan çoğu devletin birbirine bağlı olması nedeniyle artık devletlerin evrensel konularda tamamen özgürce hareket edebilmeleri zorlaşmıştır. Hatta çevre kirliliği gibi konular artık neredeyse yerel problem olmaktan çıkmış global bir hal almıştır. İnsanoğlu devleti icat etmesine rağmen son bir asırda tek bir devlete ait olmayan, uluslararası ve uluslarüstü gibi adlarla tanımladığı, bilindik anlamda kamusal niteliği olmamasına rağmen yaptığı işlemler kamusal olan, düzenleme ve denetleme kavramlarını uluslararası seviyeye taşıyan, bazen özel hukuk bazen de kamu hukuku yönü ağır basan çeşitli yapılar meydana getirmiştir. İşte bu yapıların işleyişi ise yerel/ulusal hukuk sistemleri içinde yer alan idare hukuku kuralları ile yürütülmek istenmektedir. Bu isteklerin hukuk dünyasındaki kavramsallaşması ise Global İdare Hukukunun varlığı ile ilgili tartışmaları başlatmıştır.

Kuo, yeni yönetim biçimlerinin, idare hukukunun yeni vizyonlarına ihtiyaç duyduğunu belirtmekte; uluslararası ağlar ve koordinasyon faaliyetleri, melez (hibrit yönetimler), özel yapılar gibi resmi olmayan idare biçimlerinin ortaya çıkması ile birlikte gayrıresmi idare hukukunun geleneksel idare hukuku ile birlikte yaşamaya başladığını ifade etmek suretiyle[1], yeni gelişmelerin idare hukuku üzerinde sebep olduğu etkilere dikkat çekmektedir. Gerçekten de son

[1] KUO, s. 445.

dönemlerde gerek uluslararası gerekse ulusal seviyede bazı değişimler, idare hukukunu değiştirmeye veya önlem almaya itmiştir. İdare hukukuna ait bazı temel konular da yeniden tartışılır hale gelmiştir. Amacımız bu tartışmalara global idare hukuku yönünden yaklaşmaktır. Bunları tartışmanın hatta bazen eleştirmenin de sonuçta yine idare hukukunun yararına olduğunu düşünüyoruz.

2) Tarihçe

Global İdare Hukuku, önceki adıyla Uluslararası İdare Hukuku (International Administrative Law) kavramı esasen Lorenz von Stein tarafından 1866 yılında düşünülmüş ve kısmen uluslararası kaynaklara kısmen de ulusal hukuk (yerli hukuk) kaynaklarına dayanan, uluslararası alandaki idari faaliyetleri ilgilendiren kurallar topluluğu olarak tanımlanmıştır.[2]

Kendisi yeni olan idare hukuku, globalleşmenin artması ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte uluslararası hukukun da bazı yöntemlerini kullanarak global seviyeye geçiş yapmıştır.

Global İdare Hukukunun daha önceki tarihli çalışmalarda genelde Uluslararası/Milletlerarası İdare Hukuku (International Administrative Law) olarak adlandırıldığını görmekteyiz (bkz. Partan, Reinsch, Yamamoto). Günümüzde yaygın olarak global kelimesi tercih edilmektedir, bunun sebeplerinden birisi, resmi olmayan daha doğrusu devlet dışı olan kurumların işlem ve eylemlerini de çalışma disiplini içine dahil edebilme ve ayrıca uluslararası hukuk (international law) konseptinden uzaklaşma isteğidir.[3]

3) Global idare hukuku tartışmalarının başlangıç noktası

Tekonoloji ve ulaşımın gelişmesi ile dünyada yaşanan bazı global sorunlar, çözümün de global olmasını gerektirmektedir. Örneğin bütün dünyaya yayılan bir hastalıkla veya büyük ölçekli çevre sorunları ile artık devletler tek başlarına mücadele edememekte, bir çok devlet bir araya gelerek ve ortak hareket ederek çözüm bulmaktadır. Globalleşme kendi doğurduğu sorunlara yine kendi metodları ile çare aramaktadır.

Gelişmelere idare hukukunun faaliyet konuları açısından yaklaşan Kingsbury'e göre uluslararasılaşmış mülkiyet ve pazarlar, uluslararası onay (belgeleme) ile uyarılar ve uluslararası standartlar konularında ulusal idare

[2] VOGEL, sayfa 23'ten aktaran KINGSBURY, "The Concept of 'Law'..." s. 23-24.

[3] KINGSBURY, "The Concept of Law...", s. 25-26.

hukuku yeterli olamamakta, yeni bir idare hukukuna ihityaç duyulmaktadır .[4] (KINGSBURY,2005:144).

Global İdare Hukukuna geçiş, devletler hukuku anlamında devletler arasındaki ilişkilerle de yakından ilgilidir. Devletlerin kendi aralarında imzaladıkları anlaşmalar, kurdukları yapılar, devletlerin kurduğu ancak devletlerden bağımsız olarak hareket eden uluslararası kuruluşlar gibi oluşum süreçleri Global İdare Hukukunu besleyen en önemli kaynaklar arasında yer almaktadır. İkincil kaynaklar ise devletlerin kendi sınırları içerisinde uyguladıkları idare hukuku kurallarıdır. Bu iki kaynak grubu karşılıklı etkileşime girmekte ve global idari alan olarak açığa çıkan boyutta Global İdare Hukukunu meydana getirmektedir.

Global İdare Hukuku kurallarının örtülü bir şekilde önceden de var olduğu aklımıza gelebilir çünkü devletlerin, aralarında yaptıkları anlaşmaların somutlaşması yani gerçek hayata geçmesi idare hukuku ve anayasa hukuku kuralları ile olmaktadır. Örneğin iki devletin kendi arasında bir ticaret anlaşması imzalaması halinde şirketler imza gününü takiben hemen ticarete başlayamamakta, anlaşma hükümleri ilgili birimlerin düzenleme faaliyetleri ile belirlendikten sonra faaliyet gösterebilmektedirler. Bu nedenle Global İdare Hukuku kurallarının kaynağının aslında zımni olarak var olduğunu ancak sadece iç hukuk açısından var olduğunu söylemek mümkündür.

Ülkelerin idare hukuku sistemleri günümüz dünyasında ne kadar millidir, ne kadar milli kalmalıdır sorularını cevaplamak da konumuz açısından önem arzetmektedir. Global İdare Hukuku kullanılarak ülkelerin iç hukukları aşındırılmak isteniyorsa buna biz de karşıyız. Ancak amaç evrenselleşen bazı hizmetlerin görülmesinde kolaylık sağlamak, denetim veya verimlilik sağlamak, global sorunlara çare bulmak ise o halde Global İdare Hukuku uygulamalarından çekinmemek gerekir. Kabul etmek gerekir ki bazı hizmetler tamamen evrensel düzeyde görülmekte olup tek bir ülkenin çalışmasıyla işlemesi mümkün değildir. Sözgelimi internet ağının kurulması veya geliştirilmesi gibi ileri teknolojinin hayatımıza kattığı yeni faaliyet türleri global ve milli seviyelerde eşgüdümlü olarak görülmek zorundadır aksi halde gerektiği gibi işlemeyecektir. Bu eşgüdümü kamu hukuku kurallarından uzak tutmak ise mümkün değildir. Mesela devletlerin sınırları içerisinden geçerek bütün dünyaya yayılmış olan kablolara yaplan saldırılara karşı bir kamu hukuku dalı olan ceza hukuku yetkilidir. Bu kablolarla ilgili yerel/global regülasyonlar ise idare hukukunun çalışma alanı içerisinde kalmaktadır.

[4] KINGSBURY, "Omnilateralism and Partial International Communities:...", s. 144.

Dünya bir çok değişime ve yeniliğe sahne olmaktadır. Asla olamaz dediğimiz hatta aklımıza dahi gelmesi mümkün olmayan bir çok konuda çok farklı değişimler yaşanmaktadır. Bugün global alanda devlet olgusundan kopuk buna karşılık idare hukuku kuralları kullanarak kamusal işlemler yapılması veya Cohen/Sabel'in ifadeleriyle devlet olmadan işleyebilen ve iç hukuktaki idari alan ile global düzlemdeki devletler arası koordinasyona ilişkin klasik diktomiyi reddeden, "global idarenin göreli(relatively) otonom(autonomous) alanı" şeklinde adlandırılan[5] yepyeni bakış açıları ile karşı karşıya kalmaktayız. İnsan, teknoloji, ideolojiler ve duyguların bir araya gelmesi hukuki olgular ve kavramlar arasında çeşitli değişimlere neden olmaktadır. Kavramların ve olguların yeniden tanımlanmaları, bazılarının rafa kaldırılıp bazılarının da ilk defa sözlüklerde yer almasının sıradanlaştığı bir çağdayız. Artık elli yıl önceki söylemler bile sanki binlerce yıl önce öngörülmüş gibi modası geçmiş hale gelmektedir. Elbette ki bazı olguların ve kuralların yorumları olmasa da önemleri değişmemiştir; adalet, eşitlik, hak gibi hukuki açıdan son derece önemli konular önemlerini yitirmemiştir. Ancak değişimler nedeniyle yorumlarda ve algılarda bir değişim olduğu da gerçektir.

Kingsbury, içinde bulunduğumuz global idari düzeni şöyle özetlemektedir: Global idari alan (uzay), artan oranda uluslararası özel regülatörler, kamu-özel ortaklığı gibi melez kurumlar (hybrid bodies), merkezi yürütme tarafından kontrol edilmeyen ama eylemleri dışarıyı etkileme gücüne sahip ulusal kamu regülasyon kurumları (national public regulators), anlaşmaya dayanmayan gayrıresmi devletlerarası kurumlar (gönüllü koalisyonlar da içerecek şekilde), ve idari eylem türü faaliyetlerle üçünü kişileri etkileyebilen resmi devletlerarası kuruluşlar (mesela Birleşmiş Milletler) ile işgal edilmiştir. Global yönetimlerin çoğu merkezileşmemiş olmalarının yanında sistematik bir yapıya da sahip değillerdir. Bazıları ise global regülasyon konusunda istemedikleri, uygun olmadıkları veya hazır olmadıkları rollerle donatılmışlardır.[6] Dikkat edilirse, idare hukukunun da doğmasını ve gelişmesini sağlayan ortalama üçyüz yıl önceki siyasal, sosyal ve ekonomik hayat ile devlet-birey ilişkisi, günümüze kadar çok fazla değişikliğe uğramıştır. İnsanlığın ve devletin kendi kabına sığamaması, kendini aşmaya çalışması, tekonolojinin de yardımı ile geleceğini kestirmez hale gelen insanoğlunun yeni kavram ve düzenlere olan açlığını ifade eder gibidir. Global idari alan şeklinde ifade edilmeye çalışılan,

[5] KINGSBURY/KRISCH/STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", s. 25 vd.; COHEN/SABEL, s. 767.

[6] KINGSBURY, "The Concept of Law...", s. 25.

aslında somut olarak var olmayan fakat soyut gerçekliği de inkar edilmeyen bir kavram olarak karşımızda durmaktadır. Bu alanla ilgili söyleyebileceğimiz ve doğruluğundan emin olduğumuz tek fikir ise bu alanın idare hukukunun etkinliği ile şekillendirilmesi ve bu etkinliğin sürdürülmesi gerekliliğidir.

4) Tanımı ve genel özellikleri

Wessel'e göre Global İdare Hukuku, globalleşmeyi yönetmek için dizayn edilmiş çeşitli uluslararası regülasyon ve regüle faaliyetinde bulunan yapılara (regulatory cooperation) ait normlardan ibarettir.[7]

Global İdare Hukuku kurallarının oluşum sürecine uluslararası kuruluşların önemli katkıları vardır. Kingsbury'nin ifade ettiği gibi Global İdare Hukuku, kendilerine ait kamusal faaliyet mantığıyla başta olmak üzere kendi anayasaları ile faaliyet gösteren ve kendi kamu hukuku anlayışına bağlı kalan varlıklar tarafından oluşturulmaktadır.[8] Global İdare Hukukunun, Global idari yapılardan (Global administrative bodies) kaynaklanan mekanizmalar, prensipler, uygulamalar ve bu yapıların sorumluluğuna vurgu yapan sosyal anlayışla ilişkilendiren Kingsbury, global idari kurumları; hükümetler arası kurumlar (intergovernmental institutions), gayrıresmi hükümetler arası ağlar (informal inter-governmental networks), milletlerarası alanda çalıştıkları zamanlarda ulusal devlet kurumları (national governmental institutions), uluslararası faaliyet gösteren melez kamu-özel kurumları (hybrid public-private bodies) ve son olarak da uluslararası alanda kamusal rol üstlenen özel yapılar olarak belirtmektedir.[9]

Bazı düşünürler Global İdare Hukukunu, anayasal dayanaklara ihtiyaç duymadan, sınırötesi düzenlemeleri global idarenin terimleri ile sistematize ve rasyonalize etme faaliyeti olarak nitelendirilmektedir.[10] Kuo'ya göre Global İdare Hukukunun amacı, global regülasyonla ilgili konularda global idarenin daha şeffaf, katılımcı ve sorumluluk sahibi olması için, bu idarelerce verilen kararların daha rasyonel ve daha makul olmasını sağlayarak meşruluklarını pekiştirmeye çalışmaktır. Ancak global idare seviyesindeki katılımcılık, geleneksel siyasi katılımcılık modelinden farklıdır.[11] Global İdare Hukuku,

7 WESSEL, s. 169.

8 KINGSBURY, "The Concept of Law...", s. 55.

9 KINGSBURY, "Omnilateralism and Partial International Communities:...", s. 100.

10 KUO, s. 441.

11 KUO, s. 456.

global idareyi geleneksel politik süreçlerden yalıtmakta, global idareye yönelik katılımcılığın merkezine akılcılığı ve rasyonaliteyi oturmaktadır.[12]

Krisch'e göre Global İdare Hukuku, global meselelere sorumluluk açısından yaklaşmakta; yerli idare hukukuna ait fikirlerle, global yönetimde meydana gelen problemlerin çözülüp çözülemeyeceği sorunsalı üzerinde durmaktadır.[13]

Bir başka düşünüre göre Global İdare Hukuku; uluslararası yönetimin unsurlarını, ulusal/yerli hukuk sistemi ile açıklamaya çalışmakta, aynı zamanda da uluslararası ilişkilerde meşruluğun temelinin güç ve çıkar olmadığı, kurallar tarafından sağlandığına dikkat çekmektedir.[14]

Chesterman, Global İdare Hukukunun çerçevesini, ulusal idare hukukunun dışına taşan ve mevcut uluslararası hukuk kapsamına da girmeyen, regülasyona yönelik usuli ve normatif standartları kapsayacak şekilde çizmektedir.[15]

Lordi'ye göre Global İdare Hukuku, "devlet olmadan var olan iki hukuk türünden" biridir (Lordi bu hukuk dallarından, özel hukuk alanındakileri tüccar hukuku, kamu hukuku alanındakileri de Global İdare Hukuku olarak adlandırmaktadır).[16] Devlet olmadan hukuk kuralları var olabilir mi tartışmasına girmek konumuzun dışına taşmamıza neden olacaktır. İç hukuktaki hukuk kurallarının tek meşru kaynağı devlet olmasına rağmen devletlerin karşı karşıya geldiği uluslararası alanda var olan hukuk kurallarının durumu ayrı bir çalışma konusudur. Burada bilinen gerçek, uluslararası kuralların uluslararası yasama organından kaynaklanmadığı, karşılıklı anlaşmalar veya sözleşmeler gibi başkaca yöntemlerle oluşturulduğudur. Global İdare Hukuku ise bu kuralların uygulanması, usulleri, regülasyon faaliyetleri, yaptırımlar, kararların icrası gibi konularda işlev görmektedir. Bir kuralın devlet tarafından konulması ayrı bir faaliyettir, icra edilmesi edilmesi ayrı bir faaliyettir. İcra organı geniş anlamda idaredir (hükümet, kurumlar, kuruluşlar ...), tabi olduğu hukuk ise idare hukukudur. İşte aynı sistem uluslararası alanda benzer biçimde şekillenmektedir. Uluslararası kuralların veya yapıların koyduğu kuralların icra edilmesi ise Global İdare Hukuku kurallarını gerektirmektedir.

[12] KUO, s. 456.

[13] KRISCH, s. 248.

[14] BODANSKY, s. 566.

[15] CHESTERMAN, s. 39.

[16] LORDI, s. 943.

Krisch/Kingsbury'ye göre Global İdare Hukuku kavramı, global yönetimin idare olarak anlaşılabileceği ve bu idarenin de sıklıkla idare hukuku prensipleri ile şekillendirileceği ve oluşturulacağına yönelik görüşten kaynaklanmaktadır.[17] Global yönetimin genişlemesi ile birlikte bir çok idari kurum (bunlar farklı yapılarda, bağlayıcı kararları olan uluslararası organizasyonlardan bağlayıcılık özelliğinden yoksun hükümetlerarası bağlantılar ve ulusal idari faaliyetlere kadar geniş bir yelpazede var olan kurumlardır) ulusal ölçek yerine global seviyede performans sergilemektedir. Örneğin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü, İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu[18] ve Uluslararası Standardizasyon Örgütü[19] gibi. Bu kurumlar çeşitli/değişik yapı ve özelliklere sahip olsa da örnekte yer alan kurumların hepsinde ortak olup gözümüze çarpan en temel özellikler idari ve regüle edici olma yönleridir.[20] Global İdare Hukukuna ilişkin faaliyetleri Birleşmiş Milletler ve Dünya Ticaret Örgütü, Uluslararası Standardizasyon Örgütü ve İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu işlemlerinde görmek mümkündür.[21]

Global yönetim, klasik anlamda uluslararası hukuk kalıbına (devletler arasında ve rızaya dayalı olma gibi özellikler açısından) oturmamakta, hukukun geleneksel bağlayıcılık formunun dışında faaliyet göstermektedir.[22]

Kingsbury/Krisch/Stewart'a göre global idare hukukunun doğuş sürecinde güvenlik, gelişmekte olan ülkelere yönelik finansal yardımlar, çevrenin korunması, bankacılık ve finansal regülasyonlar, infaz, telekomünikasyon, mal ve hizmet ticareti, fikri mülkiyet, iş standartları ve göçmenleri de içine alacak şekilde nüfus göçleri gibi meseleler arasındaki globalleşmiş bağları hedef alan hükümetler arası regülasyonların ve idari faaliyetlerin önemli katkısı olmuştur[23]. Bu meseleler, izole olmuş ulusal idari ölçülerle etkili bir şekilde çözümlenememekte, bunun sonucunda da devletler arası anlaşmalarla veya devletler arası bağlantılarlla bir çok regüle edici kararı ulusal seviyeden global seviyeye taşıyan uluslararası regülasyon sistemleri oluşturulma yoluna gidilmektedir.[24]

[17] KRISCH/KINGSBURY, s. 3.

[18] ICANN - Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

[19] ISO - International Organization for Standardization.

[20] KRISCH/KINGSBURY, s. 3.

[21] CHESTERMAN, s. 40.

[22] KRISCH/KINGSBURY, s. 10.

[23] KINGSBURY/KRISCH/STEWART, s. 16.

[24] KINGSBURY/KRISCH/STEWART, s. 16.

Global idari kurumlar/yapılar; hükümetler arası resmi düzenleyici kurumlar, hükümetler arası gayrıresmi regülasyon ağları ve koordinasyonlar, uluslararası rejime göre hareket eden ulusal düzenleyici kurumlar, melez (hibrit) kamu-özel düzenleyici kurumlar ve belirli açıdan kamusal yönü olan ve uluslararası yönetimde faaliyetleri olan özel düzenleyici kurumları içemektedir.[25]

Bütünleşmiş global idari alanda, ulusal ve uluslararası arasındaki geleneksel düalist ayrım sözkonusu olamadığı için bu iki olgu arasındaki ilişkiye yönelik sürekli bir pragmatik yeniden ayarlanma ve yoğun bir yeniden kurumsallaşma faaliyeti gereklidir.[26] Başka bir ifade ile bizler bugüne kadar iç hukukun olduğu yerden uluslararası hukuka doğru, ikilemin dışına çıkmadan yorum yapmaktaydık. Günümüz dünyası ise ulusal hukuk-uluslararası hukuk arasında üstünlük sağlamanın gereksiz olduğunu bizlere göstermek ister gibidir. Global İdare Hukuku bu iki kavramı bağdaştırdığı için kendine yeni bir yol çizmiştir, buna karşılık iç hukuk-uluslararası hukuk ikilemi belli konular açısından henüz netlik kazanamadığı için, bu iki kavram arasındaki olumsuzluklar ve gerilimler elbette ki Global İdare Hukukuna da yansımaktadır.

Uluslararası bütünleşmeler ve sınırötesi meseleler; finans, ekonomi, telekomünikasyon, kültür ve siyaset gibi bir çok alanda kendini göstermiş; hızla artan ilişki sayısı beraberinde global problemlerin de artan sayıda karşımıza çıkmasına neden olmuştur. Global problemlerin sayısındaki artış dilimize de yansımış; medya, Medeniyetler Çatışması, Dünya Finansal Krizi, Global Isınma ve İklim Değişikliği gibi manşetlerle dolmuştur.[27] Bu global problemler ve ayrıca teknolojik gelişmeler, kamu-özel, ulusal-uluslararası arasındaki sınırları da belirsiz hale getirmiştir.[28]

Wuertenberger/Karacz'a göre global ağların/bağlantıların işleyişinde; uygulanabilir olmadığı, yargısal olarak incelenemediği ve bazı hallerde global ağların amaçları ile çeliştiği için ulusal/yerli idare hukuku kuralları yetersiz kalmakta, bu nedenle bunlar için global idare hukuku kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır.[29]

---

[25] KINGSBURY/KRISCH/STEWART, s. 17.

[26] KINGSBURY/KRISCH/STEWART, s. 31.

[27] WUERTENBERGER/KARACZ, s. 569.

[28] MITCHELL/SHEARGOLD, s. 1062.

[29] WUERTENBERGER/KARACZ, s. 590.

Global İdare Hukukundaki mevcut eğilim, ulusal/yerli idare hukuku sistemlerine benzeyen, global seviyede mekanizmalar inşa etmektir.[30]

Mitchell/Sheargold'a göre global yönetim de tıpkı ulusal yönetim gibi düzenleyici ve denetleyici karar alma süreçlerine gereksinim duyar. Global İdare Hukuku ise bu karar alma sürecine etki eden kurallar, usuller ve sistematize normlarla ilgilenir.[31]

Global İdare Hukukunun, Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası alanda regülasyon faaliyetinde bulunan kurumlar üzerinde "kontrol ve denge" sağlamak için geliştirilmesi ve bu sayede global norm ve düzenlemelerin gelişiminde sorumluluk, meşruluk, demokratik katılım hissi ve şeffaflık prensiplerin sağlanmış olması[32] denetim açısından yararlı bir süreçtir çünkü bu tür kurumların da belli açılardan denetlenmesi gerekmektedir. Global İdare Hukuku sadece bu tür uluslararası kuruluşlarca oluşturulmamalı, aynı zamanda bu kurallar kendisini oluşturan yapıları da denetleyebilecek güce sahip olmalıdır.

Dikkat edilmesi gereken bir husus ise Global İdare Hukuku, açıkça ulusal idare hukukundan etkilenmiş ve onun tarafından şekillendirilmiş olmasına rağmen, zamanla ulusal idare hukuku ile Global İdare Hukuku arasındaki ilişki "karşılıklı" bir hal almakta, bu sefer de Global İdare Hukukunun gereksinimleri ve kuralları ulusal idare hukukunu etkilemektedir. Örneğin Dünya Ticaret Örgütünün bazı anlaşma kuralları, üyelerinin ulusal hukuk sistemleri üzerinde bazı zorunlulukların yerine getirilmesini öngörmektedir.[33] Bu sürece önem verilmesi gerekmektedir çünkü Global İdare Hukuku kurallarının ulusal idare hukuku alanına sızması istenmeyen sonuçların doğmasına neden olabilir. Bu noktada devletlerin egemenlik hakları da çiğnenebilir o yüzden hassas hareket edilmelidir.

5) Global idare hukuku üzerine bazı izlenimler

Uluslararası alan herkesin diğerine karşı "öteki veya başkası", bazı hallerde de "sorumlu" olduğu kendine özgü bir alandır. Herkes fikir sahibi olmasına rağmen başkalarıyla birlikte söylenen kurallara uymak zorunda kalır. Uymamanın yaptırımı ise bir nevi dışlanma, global süreçlerden

[30] WUERTENBERGER/KARACZ, s. 590.

[31] MITCHELL/SHEARGOLD, s. 1063.

[32] MITCHELL/SHEARGOLD, s. 1066.

[33] MITCHELL/SHEARGOLD, s. 1068-69.

faydalanamama, böylelikle geri kalma şeklinde tezahür eder. Bu dışlanma her zaman karşı taraftan gelen bir yaptırım mahiyetinde değildir, kendini soyutlayanın menfaatten yoksun kalması şeklinde de olabilir. Uluslararası alanda artık devletler kadar hatta bazen onlardan daha fazla uluslararası kuruluşların etkinliği söz konusudur. Gerek devletler gerekse bu uluslararası kuruluşlar, uluslararası normlar üretmeye çalışmaktadır. McLean'e göre uluslararası normlar artan oranda idari takdir yetkisini sınırlamak ve planlamak için kullanılmaktadır.[34] Bu durumu, dışarı doğru genişleyemeyen uluslararası normların içhukuka doğru genişlemesi olarak da nitelendirebiliriz. Kendini oluşturanlardan kopup, büyüyüp, gelişip daha sonra kendini oluşturanlara baskın gelme süreci global idare hukuku için de söz konusudur. Bu itibarla özellikle uluslararası regülasyon faaliyetinde bulunan global idare hukuku da idari takdir yetkisini daraltmaya çalışacaktır.

Esty'e göre birbirine bağlı bir dünyada uluslarüstü yönetim kaçınılmazdır.[35] Global kamu malı üretimi, ticaret ve kamu sağlığı gibi global meselelere çözüm bulabilmek için global siyaset üretebilme kurumunun etkili olarak işlemesi gerekir. Uluslaraüstü seviyede iyi yönetimin sağlanması da temel idare hukuku kural ve usullerinin uygulanması ile mümkündür.[36]

Son birkaç on yıl, ekonomik ve sosyal regülasyon rejimlerinin büyük ölçüde gelişimine şahit olmuştur. Bu rejimler global pazar ekonomisinin yükselişine bir nevi yanıt niteliğinde olup ticaret; finans ve bankacılık; çevre, sağlık ve, güvenlik; ilaç; taşımacılık ve iletişim; finansal asistanlık; insan hakları; kanundışı ve istenmeyen fiiller gibi çok çeşitli alanlarda kendini göstermiştir.[37] Uluslararası hukukun ve idare hukukunun milli seviyedeki (iç hukuktaki) geleneksel paradigmasının, bu yeni global rejimlere yeterli ölçüde hitap edemediği; bu sürecin de global idare ve idare hukuku için yeni bir alan yarattığı, Global İdare Hukukunun yeni ve gelişmekte olan formlarını gündemimize getirdiği iddia edilmektedir.[38]

Stewart, Global İdare Hukuku ile demokrasi arasında bir bağ kurmakta, henüz global ölçekte seçilerek gelen temsili demokrasi uygulmasından hayli uzak olduğumuzu; buna karşın global idare hukukunun "yukarıdan aşağı" yerine "alttan üste" doğru gelişim göstermesinin, global düzenlemeler ve

[34] McLEAN, s. 174.

[35] ESTY, s.1560.

[36] ESTY, s. 1561.

[37] STEWART, s. 63-64.

[38] KINGSBURY/KRISCH/STEWART, s. 15 vd.; STEWART, s. 64.

kurallarla ilgili kararlar alınırken ulusal düzeydeki temsili demokrasinin güçlenmesini sağlayacağını ifade etmektedir.[39] Ulusal düzeyde seçimle göreve gelenlerin aldığı kararlar Global İdare Hukuku kurallarına dönüşmek suretiyle global seviyede demokrasinin de yaşama geçmesine sebep olacaktır.

Ulusal idare hukuku ile Global İdare Hukuku arasında sıkı bir ilişki olduğu kadar ciddi farklılıklar da vardır. Cassese'ye göre bu farklardan birincisi, ulusal idare hukuku kurallarının tek kutup etrafında dönmesidir (devlet veya hükümet). Global İdare Hukuku ise tersine çok kutupludur, ulusal hukuki sistemlerde olduğu gibi tek bir güçlü merkezi idarenin hiyerarşik bağı altında değildir. Global İdare Hukuku sektörel otoriteler bazen de ulusal otortielerin sektörel ağları ile karakterize edilmiştir. İkincisi ise global ölçekte egemen gücün zayıf olması nedeniyle global hukuki sistemin otoriteleri devletlerinkine nazaran daha farklı şekilde gelişmiştir. Global (Dünya Ticaret Örgütü) ve uluslarüstü (Avrupa Birliği) seviyede yargısal otoriteler de vardır, ancak bunların gelişimi global sistemin ulusal hukuki sistemler üzerindeki etkiyle ilgili olmaktadır.[40]

Cassese'ye göre İdare hukuku, devlet otoritesi ile bireysel özgürlük arasında denge kurmaya çalışır. Global İdare Hukuku ise daha farklı işlemekte, bireyler üzerinde değil devletler üzerinde sınırlamalar getirmek suretiyle ulusal otoriteler üzerine usuli zorunluluklar getirerek bir "üst hukuk" haline almaktadır. Global İdare Hukuku, devletin faaliyet alanını kısıtlayarak şahsi özgürlük alanını genişletmeye hizmet etmektedir.[41]

Global İdare Hukuku, farklı kamusal alanlardaki demokratik sorumluluk eksikliğini gidermek amacıyla; bildirim, katılma hakkı, gerekçeli karar ve yargısal denetim gibi geleneksel idare hukukun ait gerekliliklere vurgu yapmaktadır.[42] Bu durum Global İdare Hukuku ile idari usul ilkeleri arasında bir bağlantı kurmaktadır. İç hukukta yani ulusal idare hukuku için geçerli olan idari usul ilkeleri Global İdare Hukukunda da geçerliliğini sürdürür niteliktedir.

Devletlerin kurduğu ve şimdilerde uluslararası menfaatleri koruyan yapılar haline gelen kamusal kurumlar (public unions) ulus-devlet otoritelerinin, ulus-devletin sınırlarını aşan menfaatlerin ve faaliyetlerin

[39] STEWART, s. 108.

[40] CASSESE, s. 124.

[41] CASSESE, s. 125.

[42] IRISH, s.337.

önemini farketmelerine neden olmuştur.[43] Başka bir anlatımla ulus-devletler artık uluslararası alanda meydana gelen süreçlerin farkındalığına sahip olmuşlardır.

Uluslararası regülasyonlar, uluslararası hukuki sürecin kalıcı özelliği haline gelmiştir; global idare hukuku da uluslararası regülasyonların sahip olduğu çeşitliliği düzenlemenin "konu başlığı" olarak karşımıza çıkmaktadır.[44]

6) Sonuç

Global İdare Hukuku, birilerinin kendi menfaatine uygun uluslararası kurallar koyması ve diğer devletlerin de bunlara zorla uyması sürecinin hukukileştirilmiş ismi gibidir. Ancak bu tür kuralların ulusal idare hukuklarına müdahale için kullanılması farklı bir konudur. Global kuralların başkaca amaçlar için kullanılması, global kuralların değerini düşürmemelidir. Ayrıca yöntemlerin ve araçların bunları kullananların niyetlerine göre şekillendirilmesinin önüne geçmek zaten mümkün değildir.

İnsanoğlu, iyi veya kötü anlamında değer yargısı belirtmeden söylemek isteriz ki globalleşmiştir, yani sınırlar belirsizleşmiş, insanlar-devletler-kurumlar-gruplar arasındaki ilişkilerin sayısı ve çeşitliliği mesafe-yabancılık gibi zorlayıcı etkenlere rağmen artmıştır. Bunun sonucu olarak da global alan denen bir mekan ortaya çıkmıştır. Global alandaki ilişkilerin de (ki bizim konumuz açısından bu global idari alandır) düzenlenmesi bir zorunluluktur. Aksi halde karmaşa doğacaktır.

Global İdare Hukukunu; ulusal idare hukuku kurallarının süje değiştirerek sınırların dışına çıkması; ve bu kuralların uluslararası kuruluşlar, devletler ve dolaylı olarak da bireylerin dahil olduğu global idari ilişkilere yansıtılması faaliyeti ile açığa çıkan yeni bir disiplin olarak tanımlamak istiyoruz. Aslında buradaki "yeni" ifadesinden kastımız son dönemde meydana gelen "hızlanmadır." Global İdare Hukukunun köklerini son dönemler yerine küreselleşmenin ve uluslararası kuruluşların faaliyetlerine başladığı günlerde aramak çok da yanlış olmayacaktır. Ancak son yıllarda özellikle teknolojik gelişmelerle hızlanan globalleşme süreci nedeniyle Global İdare Hukukunun faaliyetlerinde de sayıca ve çeşitlilik açısından bir artış meydana gelmiştir.

[43] REINSCH, s. 1.

[44] PARTAN, s. 639.

KAYNAKÇA

BODANSKY, Daniel, "Is There an International Environmental Constitution?", Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 16, No: 2, 2009, s. 565-584.

CASSESE, Sabino, "Global Standards for National Administrative Procedure", Law and Contemporary Problems, Vol. 68, Summer/Autumun 2005, s. 109-126.

CHESTERMAN, Simon, "Globalization Rules: Accountability, Power, and the Prospects for Global Administrative Law", Global Governance 14 (2008), s. 39-52.

COHEN, Joshua - Charles F. SABEL, "Global Democracy?", International Law and Politics, Vol. 37, 2005, s. 763-797.

ESTY, Daniel C., "Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law", The Yale Law Journal, 115, 2006, s. 1490-1562.

IRISH, Maureen, "Regulatory Convergence, Security and Global Administrative Law in Canada-United States Trade", Journal of International Economic Law, Vol. 12, No. 2, 2009, s. 333-355.

KINGSBURY, Benedict, "Omnilateralism and Partial International Communities: The Empowering and Checking Functions of Global Administrative Law", 104 Journal of International Law and Diplomacy, 98 (2005), s. 98-124.

KINGSBURY, Benedict, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", The European Journal of International Law, Vol. 20, No.1, 2009, s. 23-57. (The Concept of Law...)"

KINGSBURY, Benedict - Nico KRISCH - Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", Law and Contemporary Problems, Vol. 68, Summer/Autumn 2005, s. 15-61.

KRISCH, Nico, "The Pluralism of Global Administrative Law", The European Journal of International Law, Vol. 17, No. 1, 2006, s. 247-278.

KRISCH, Nico - Benedict KINGSBURY, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", The European Journal of International Law, Vol. 17, No. 1, 2006, s. 1-13.

KUO, Ming-Sung, "Between Fragmentation and Unity: The Uneasy

relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism, San Diego Int'l L.J., Vol. 10, 2009, s. 439-467.

LORDI, Antonio, "Globalized World and Seperation of Powers: A New Role for the Independent Administrative Authorities", Duquesne Law Review, Vol. 47, Fall 2009, s. 939-946.

McLEAN, Janet, "Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Adminisitrative Law", Law and Contemporary Problems, Vol. 68, Summer/Autumun 2005, s. 167-187.

MITCHELL, Andrew D. - Elizabeth SHEARGOLD, "Global Governance: The World Trade Organization's Contribution", Alberta Law Review, (2009) 46:4, s. 1061-1080.

PARTAN, Daniel G., "International Administrative Law", The American Journal of International Law, Vol. 75, No. 3, Jul. 1981, s. 639-644.

REINSCH, Paul S., "International Administrative Law and National Sovereignity", The American Journal of International Law, Vol. 3, No. 1, Jan. 1909, s. 1-45.

STEWART, Richard B., "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?", Law and Contemporary Problems, Vol. 68, Summer/Autumn 2005, s. 63-108.

WESSEL, Jared, "The Financial Action Task Force: A Study In Balancing Sovereignity With Equality In Global Administrative Law", Widener Law Review, Vol. 13, No. 1, 2006, s. 169-198.

WUERTENBERGER, Thomas D. - Maximilian C. KARACZ, "Using an Evaluatıve Comparative Law Analysis to Develop Global Administrative Law Principles", Michigan State Journal of International Law, Vol. 17.

BOŞ

ANAYASA YARGISI VE DEMOKRASİ İLİŞKİSİ

Ümit GÜVEYİ*

ÖZET

Anayasa yargısı, insan haklarının güçlenmesi, korunması ve işlevselliği için meydana getirilmiş bir kavramdır. Anayasa yargısı aracılığıyla, demokratik yollarla seçilmiş olan yönetenlerin, demokrasi sınırlarında kalmaları sağlanabilmektedir. Ancak bu sayede, demokrasinin gereği olarak birey, iktidar karşısında korunabilecektir. Öyle ki, demokratik yollarla iktidara gelenler dahi, zamanla demokrasiye karşı bir tehdit haline dönüşebilmektedir. Nitekim İkinci Dünya Savaşı süresince, tarih bu olguyu tüm insanlığa açıkça göstermiştir. Tüm bunlarla birlikte, anayasa yargısı adı altında, demokratik yollarla seçilenlerin müdahaleye maruz bırakılması sıklıkla sorgulanmaktadır: Seçilenlerin, bir grup atanmış tarafından denetlenmesi demokrasiye yönelik haksız bir müdahale sayılabilir mi? İşte bu sorunun özet ifadesi, anayasa yargısının meşruluğu olarak ifade edilmektedir. Çalışma kapsamında, öncelikle anayasa yargısı ve demokrasi kavramlarına değinilmiştir. Akabinde ise iki kavram arasındaki ilişki ve anayasa yargısının meşruluğu sorunu irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Anayasa Yargısının Meşruluğu; Anayasa Yargısı; Yargısal Denetim; Demokrasi; Meşruiyet.*

THE RELATIONSHIP BETWEEN CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND DEMOCRACY

ABSTRACT

Constitutional jurisdiction is a concept that emerged for the strengthening, protection and functionality of human rights. Through the constitutional jurisdiction, it is possible to make the rulers, which are democratically elected, stay in the borders of democracy. So that, as a requirement of democracy, the individual can be protected against the power. In time, even the democratic rulers may turn into a threat to democracy. Indeed, during the Second World War, history has clearly demonstrated this fact to all mankind. It is an often asking question that: Is it an intrusion to the democracy to auditing the elected ones by designated ones? Here is a summary statement of this problem, is expressed as the legitimacy of the constitutional jurisdiction. In this study, firstly constitutional jurisdiction and democracy concepts were referred. Following that, the relation between these two concepts and the problem of legitimacy of the constitutional jurisdiction were examined.

Key Words: *The Legitimacy Of The Constitutional Jurisdiction; Constitutional Jurisdiction; Constitutional Review; Democracy; Legitimacy.*

* Arş. Gör., Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlsi

GİRİŞ

Yıllar boyu süren demokrasi ve hak arama mücadelesi sonunda, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası, savaş sırasında yaşanan hak ihlalleri dolayısıyla, adeta insanlıktan özür dilercesine, birçok devlet insan haklarını anayasal metinlerinde kabul etmiş, böylelikle *birey* ön plana çıkartılarak korunmak istenmiştir. Bu gelişmeler neticesinde, demokrasi ve insan haklarının korunması maksadıyla, anayasacılık faaliyetleri kapsamında doğmuş bir kurum olan *anayasa yargısı* son derece büyük önem kazanarak, üzerinde sıklıkla tartışılan, güncel bir konu haline gelmiştir. Anayasa yargısı üzerine yapılan güncel tartışmalardan biri olan *anayasa yargısı ve demokrasi ilişkisi* bu çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Çalışma kapsamında, öncelikle ilişkisi araştırılacak olan iki kavramımız, *anayasa yargısı* ve *demokrasi* kavramları incelenecek, bu kavramların anlamları, tarihi gelişimi ve konumuz açısından kanımızca değinilmesi gereken bazı türleri üzerinde durulacaktır. Son kısımda ise iki kavram arasındaki ilişki ve *anayasa yargısının demokratikliği sorunu* irdelenecektir. Bu doğrultuda üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde demokrasi kavramı, ikinci bölümünde anayasa yargısı kavramı ve üçüncü bölümünde ise bu iki kavram arasındaki ilişki incelenecektir.

I. DEMOKRASİYE GENEL BİR BAKIŞ

A. Kısa Tarihçesi

1. Antik Yunan Dönemi

Demokrasinin ilk uygulamaları Antik Yunanda, kent devletlerinde görülmektedir. Bu dönemde özellikle Atina Sitesinde, ilkel de olsa demokrasinin varlığı dikkat çekmektedir. Atinalılar kendileri ile ilgili olarak alınacak olan kararlar için kent meydanında toplanarak oylama yaparlar, bu oylama ile alınan kararlar ise bir grup tarafından uygulanırdı[1]. Bu uygulamanın ilkel bir demokrasi olarak nitelendirilebilmesinin sebebi ise anılan oylamaya yalnızca belirli yaşa sahip, hür yani köle olmayan Atina erkeklerinin katılabilmesi olgusudur[2]. Bir başka ifade ile Antik Yunan demokrasisi, halkın bir kısmının yönetimi olan *oligarşik*[3] bir yapı olarak da tanımlanabilmektedir. Zamanına

[1] ÖZTEKİN, s. 82.

[2] ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 107.

[3] *Kapani*'ye göre, siyasal rejimlerine ne ad verilirse verilirsin, tüm toplumlar belirli bir

göre değerlendirildiğinde, *ileri derece bir demokrasi* olarak tanımlanan bu dönemin asıl önemli özelliği ise yönetimde tek kişinin mutlak ve sorgulanamaz bir iktidara sahip olmayışıdır.

2. Aristokrasi – Burjuvazi Çatışması Dönemi

Antik Yunan sonrası, yaklaşık bin yıl kadar süren bir dönem boyunca, *aristokrat* olarak adlandırılan *toprak soyluları* sınıfının iktidarı sonrasında, 15. ve 16. yüzyıllarda gerçekleşen Rönesans ve Reform Hareketleri, yeni ülkelerin keşfi, ticaret ve sanayideki gelişmeler sonucu ticaretle uğraşan *burjuva sınıfı* doğmuştur. 1789 Fransa Devriminde, burjuva sınıfı kendi menfaatleri doğrultusunda, ayrıcalıklı iktidar sahibi olan aristokrat sınıfa karşı mücadele başlatmış, desteğini aldığı köylü ve çiftçi sınıfının yardımıyla aristokratik üstünlüklere son vermiştir[4]. Her ne kadar burjuvazinin menfaatine temellendirilse de, bu dönemde gerçekleştirilen hak arama mücadelesi sayesinde demokrasi kavramı büyük ölçüde gelişim göstermiştir. Sanayi ve ticaret alanındaki gelişmeler akabinde, demokrasi mücadelesinin güncel tarafları olan *işçi-işveren sınıfları* doğmuş ve bu iki sınıf arasındaki hak arama mücadelesi başlamış, bu sayede demokrasi kavramının gelişimi devam etmiştir.

3. İkinci Dünya Savaşı Sonrası

İkinci Dünya Savaşı sırasında, dünya insanlık tarihinin en korkunç insan hakları ihlalleri yaşanmıştır. Savaş sonrası neredeyse tüm insanlığa sirayet eden bu kötü ihlallerin doğurduğu vicdani etkiye karşılık bir tepki olarak, uluslararası bir takım hukuki düzenlemelere gidilme gereği ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda insanların salt insan olmaktan kaynaklanan ve doğuştan sahip oldukları bir takım temel hakların var olduğu görüşünü savunan *doğal hukuk teorisi* tekrardan canlanmıştır[5]. İnsan haklarının bu gelişimi ile birlikte, demokrasi ve hukuk devleti gibi kavramlar da tekrardan irdelenmeye başlanmıştır.

Gelinen son noktada, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde yaşanan global silkinme, temelinde bireyi ön plana çıkarma ve koruma amacı yatan mücadele sürecinde, insan hakları ve demokrasi gibi kavramların

kitle (azınlık) tarafından yönetilir ve bu nedenle de tüm toplumlar aslında birer oligarşidir.; KAPANİ, s. 123.

[4] ÖZTEKİN, s. 83.

[5] ÜNAL, (http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/a.dergi11.htm, erişim 11 Nisan 2012).

uluslararası nitelik ve önem kazanmasına neden olmuştur. Bu doğrultuda, uluslararası hukuka paralel olarak, ülkelerin iç hukuk düzenlemeleri de birey lehine gelişme göstermiş, temel hak ve özgürlükler sürekli artan bir ivme ile gelişme kazanmıştır.

B. Demokrasi Teorileri

Demokrasi tanımı konusunda iki farklı teori karşımıza çıkmaktadır. Bunlar: *Normatif demokrasi teorisi* ve *ampirik demokrasi teorisidir*[6].

1. Normatif Demokrasi Teorisi

Normatif demokrasi teorisi, demokrasi kavramının içini sözlük anlamından hareketle, soyut olarak doldurmaktadır. Bilindiği üzere demokrasi kavramının sözlük anlamından yola çıkılarak yapılan en genel tanımlaması, *halkın kendi kendini yönetmesi biçimi*[7] olarak ifade edilmektedir. Yunanca *demos* (halk) ve *kratein* (yönetmek) kelimelerinin birleşiminden oluşan *demokrasi* kelimesi bu anlamıyla *halkın yönetimi* olarak da tanımlanmaktadır. Bu tanımın eksikliği ise *Abraham Lincoln*'ün meşhur ifadesiyle *halkın, halk tarafından, halk için yönetimi* şeklindeki tanımla giderilmeye çalışılmıştır[8].

2. Ampirik Demokrasi Teorisi

Ampirik demokrasi teorisi ise normatif teori tanımlamasına karşıt bir görüş olarak ortaya atılmıştır. *Ampirik demokrasi teorisi*, demokrasinin normatif teorideki tanımını idealistçe ve fakat realiteden uzak olmakla eleştirir. *Arend Lijphard*'a göre, halkın halk tarafından halk için yönetilmesinin gerçek anlamda uygulanması fiilen mümkün görünmemektedir. Bu nedenle de *Lijphard*, *tam bir demokratik duyarlılık yerine nispeten çokça bir yurttaş grubunun uzun bir zaman boyunca arzularına cevap verebilen sistemlerin* demokratik olarak nitelendirilebileceğini savunmuştur[9]. Ampirik demokrasi teorisi, demokrasiyi *idealist* tanımıyla değil, *somut* yani var olan demokrasilerden yola çıkarak belirlenen bir takım şartlarla tanımlar. *Robert Dahl* tarafından *poliarşi* olarak nitelendirilen ve normatif tanımdaki ideal demokratik rejimlerden farklı olarak objektifleştirilebilen bu tanımlamaya göre, bir rejimin demokratik sayılabilmesi için şu özelliklerin mevcudiyeti gerekmektedir:

---

6 GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 634.

7 YILMAZ, s. 211.

8 ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 205.

9 LIPHARD, *Çağdaş Demokrasiler,* s. 1.

"*1-Etkin siyasal makamlar seçimle belirlenmelidir. 2-Seçimler düzenli aralıklar ile tekrarlanmalıdır. 3-Seçimler serbest olmalıdır. 4-Birden çok siyasal partinin varlığı gerekmektedir. 5-Muhalefetin fiilen iktidara gelebilme şansı olmalıdır. 6-Temel kamu hakları tanınmış ve güvence altına alınmış olmalıdır*[10]*."*

Tanım üzerindeki kısa açıklamalarımız neticesinde, *Gözler*'in demokrasi tanımının kabulü ile günümüzde demokrasi kavramı şu şekilde tanımlanabilir:

"Demokrasi, etkin siyasal makamların, düzenli aralıklarla tekrarlanan, birden fazla siyasal partinin katıldığı, muhalefetin iktidar olma şansına sahip olduğu serbest seçimlerle belirlendiği ve temel kamu haklarının tanınmış ve güvence altına alınmış olduğu bir rejimdir[11]."

C. Demokrasi Anlayışları

Çalışma konumuzla bağlantılı olan bazı demokrasi anlayışlarını, çalışmanın kapsamına paralel olarak özetle vurgulamakta fayda görmekteyiz. Bu kapsamda, *çoğunlukçu demokrasi, çoğulcu demokrasi, klasik demokrasi, liberal demokrasi,* ve *militan demokrasi* kavramlarına özetle değinilecektir.

1. Çoğunlukçu Demokrasi

Çoğunlukçu demokrasi anlayışı, devleti halkın çoğunluğunun iradesi doğrultusunda yönetmek olarak özetlenebilir. Bu görüşe göre, çoğunluğun iradesi (kararı) her şeyin üstündedir[12]. Çoğunlukçu demokrasi temelini, *Jean Jacques Rousseau*'dan alır. *Rousseau*'ya göre, çoğunluğun iradesi, *genel irade* olarak adlandırılır ve bu iradenin mutlak, sınırsız, devredilemez, temsil edilemez, bölünemez niteliklere sahip olduğu kabul edilir. Genel iradenin yanılmaksızın, her zaman kamunun yararına yöneleceği varsayımını kabul eden bu görüşe göre, çoğunluk isteklerini sınırlayacak ve çoğunluk dışında kalan azınlık haklarını koruyacak kurumlara gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda, çoğunlukçu görüş, azınlık hakları, kuvvetler ayrılığı, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi gibi araçları demokrasiyle bağdaştırmaz ve kabul etmez[13].

---

[10] GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 635.

[11] GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 637.

[12] ARSEL, s. 69-72.

[13] ROUSSEAU, s. 67-73.

2. Çoğulcu Demokrasi

Çoğulcu demokrasi anlayışı da demokrasinin salt tanımlamasına riayet ederek, toplumu halkın çoğunluğunun yöneteceğini kabul etmektedir. Ancak çoğunlukçu görüşten farklı olarak, yöneten çoğunluğun bir takım araçlar vasıtası ile denetlenmesi ve bu suretle *genel irade* dışındaki *azınlığın hakları*nın korunması gerektiğini savunur. Bu anlayışa göre, çoğunluğun yönetme hakkı, azınlığın temel hakları çerçevesinde kullanılmalıdır. Genel iradenin her zaman kamunun iyiliğine hizmet ettiği varsayımı, çoğulcu demokrasi anlayışında reddedilmektedir. Öyle ki, kamunun iyiliğine ilişkin doğru karar ancak özgür bir ortamda yapılacak fikir çatışmaları neticesinde alınabilecektir. Demokrasinin işlevselliği maksadıyla, oy hakkı aracılığıyla yönetime katılacak olan halkın, ancak gerçekten özgür bir ortamda *çoğunluk iradesi* niteliği kazanabileceği kabul edilmektedir. Aksi durumda, toplumun salt çoğunluğu olan % 51'lik bir orana sahip halk kitlesinin, geride kalan % 49'un haklarını ve düşüncelerini görmezden gelip, aslında pek de azınlık sayılamayacak bu kesime özgür bir ifade ve hak alanı tanımaması halinde, zaten demokrasinin işlevselliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır[14]. İşte bu gerekçelerle çoğunlukçu anlayışı eleştiren çoğulcu yaklaşım, başta *yazılı ve sert anayasalar* olmak üzere, bir takım araçlarla azınlık haklarının korunması gereğini demokrasinin olmazsa olmazı olarak görmekte ve kabul etmektedir[15].

3. Anayasal Demokrasi

Günümüzde hâkim olan anlayış bilindiği üzere, *çoğulcu demokrasi* anlayışıdır. Demokrasinin tarihi gelişim süreci içerisinde insan haklarının gelişimi, birey ve devlet ikileminde bireyin ön plana çıkışı, demokrasinin farklı boyutlarda değişimini de beraberinde getirmiştir. Öyle ki, klasik demokrasi anlayışının ötesinde, günümüzde demokratik yolla başa gelen iktidarlar dahi genel iradeye uygunluk konusunda sorgulanabilmektedir. Gelinen son noktada *anayasal demokrasi*, *sürekli demokrasi* ya da *genişletilmiş demokrasi* olarak nitelendirilen yeni bir demokrasi anlayışı karşımıza çıkmaktadır.

Anayasal demokrasi, klasik demokrasinin temsili mantığının ötesinde, seçilenlerin halk tarafından, bir takım anayasal araçlar aracılığıyla denetlenebildiği ve sınırlandırılabildiği sistemi ifade eder. Anayasal demokrasi neticesinde halk, seçilenlerin iradesini içeren yasama faaliyetlerini, seçim

[14] ÖZBUDUN, s. 36.

[15] GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 642.

dönemleri arasında dahi anayasa uygunluk denetimi yoluyla denetleme imkânına sahip bulunmaktadır. Klasik demokrasinin, sadece seçim dönemlerinde kullanılabilen oy hakkı aracılığıyla bireye sunduğu seçilenleri denetleme mekanizması, yalnız başına birey haklarını seçilenler karşısında korumada sınırlı ve yetersiz kalmaktadır. Öyle ki, seçildikten sonra seçmen iradesinden bir diğer seçim dönemine kadar bağımsız kalan seçilen kesim, başına buyruk, hukuka ve seçmen iradesine aykırı bir takım eylemlerde bulunmakta neredeyse özgürdür. Oysa anayasal demokrasinin beraberinde getirdiği (anayasa mahkemeleri gibi) bir takım denetim mekanizmaları sayesinde, seçilenler artık iki seçim dönemi arasında da, birey/halk tarafından denetlenebilmektedir. Bu anlamda *Anayasa Yargısı/Mahkemesi/Hâkimi* kavramları önem kazanmaktadır[16].

Anayasal demokrasinin gerekleri; *özgür ve düzenli seçimler*, *siyasi çoğulculuk ve rekabet*, *azınlık hakları*, *siyasi ve sivil özgürlükler* ile *seçilmişlerin atanmışlara karşı üstünlüğü* olarak kabul edilmektedir. Siyasi çoğulculuk, farklı dünya görüşüne sahip kişilerin serbestçe örgütlenebilmesi ve bu sayede yarışmacı bir siyasetin hayata geçirilmesi anlamına gelmektedir. Diğer taraftan, siyasi çoğulculuk kavramı, çoğulcu demokrasi anlayışının eş anlamlısı olarak kabul edilebilmektedir. Bu kapsamda, çoğulcu demokrasi anlayışı, anayasal demokrasi anlayışının olmazsa olmaz bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır[17].

4. Militan Demokrasi

Yusuf Şevki Hakyemez' e göre,

"Militan demokrasi, faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm gibi özgürlükçü demokratik düzeni tehdit eden ve ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter akımlar karşısında kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla bu tür yıkıcı akımları savunan bireylerin ve grupların ifade ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan ve bunlara karşı hukuksal, siyasal ve toplumsal alanda aktif bir tutum içerisine giren, klasik (liberal) demokrasinin… farklı bir yorumudur[18]."

Tanımdan da anlaşıldığı üzere, militan demokrasi kendi varlığını korumayı amaç edinen ve bu amaç doğrultusunda özgürlükleri kısıtlama

[16] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 252, 253.

[17] Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 118 – 138.

[18] HAKYEMEZ, s. 33.

yoluna giden bir anlayışı ifade etmektedir. Bu tarz bir anlayışta, kısıtlama ise *düşünce özgürlüğü* ve *siyasi parti özgürlüğü* konusunda gerçekleştirilmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde yapılan, 1949 Almanya Anayasası, 1947 İtalya Anayasası, 1961 ve 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları gibi bazı anayasalar, *militan demokrasi* anlayışını kabul etmişlerdir[19].

Militan demokrasi anlayışı, özgürlüklerin ve özgürlükçü düzenin korunması maksadıyla, gerçekleştirilecek olan özgürlük kısıtlamalarını doğuracak hallerin, soyut ve genel nitelik taşıması nedeniyle, bir bakıma eleştirilebilmektedir. Öyle ki bu anlayış, sistemin korunması bahanesi altında, hak ve özgürlüklere yönelik müdahale kararını bir bakıma uygulayıcıların yorumuna bırakmaktadır. Bu durum ise keyfi ve sübjektif uygulamaların gerçekleşme riskini artırmaktadır.

D. Demokrasi Modelleri[20]

*Arend Lijphart'*a göre demokrasileri *çoğunlukçu demokrasi modeli* ve *uzlaşmacı (oydaşmacı) demokrasi modeli* olmak üzere iki modele indirgemek mümkündür[21]. *Lijphard* bu ikili ayrımına, *iktidar sahibi hükümetin kimin çıkarına hizmet etmesi gerektiği* sorusundan yola çıkarak varmıştır. Sözü geçen iki modele kısaca değinmek gerekirse:

1. Çoğunlukçu (Westminster) Demokrasi Modeli

Çoğunlukçu demokrasi modeline göre iktidar halkın çoğunluğuna aittir. Muhalefet güçlü olsa dahi asla iktidarda pay sahibi değildir. Bu anlayışa göre, hükümet halkın çoğunluğuna hizmet etmelidir. *Lijphard*, çoğunlukçu demokrasi modelinin tipik örneğini İngiltere olarak kabul etmektedir[22].

Çoğunlukçu demokrasi modelinde öne çıkan, somutta ise İngiltere sisteminde gözlemlenen başlıca özellikler, *Lijphard*'tan *Gözler* tarafından yapılan aktarımla, şu şekilde sıralanabilmektedir:

*Yürütme tek parti hükümetindedir. Koalisyon hükümeti yoktur.

*Hükümet parlamentoya oranla daha kuvvetlidir.

*İki parti sistemi mevcuttur.

[19] HAKYEMEZ, s. 91-106, 152 vd.

[20] Ayrıntılı bilgi için bkz. LIPHARD, *Patterns of Democracies*; LIPHARD, *Çağdaş Demokrasiler*.

[21] LIPHARD, *Çağdaş Demokrasiler*, s. 1-22.

[22] GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 646.

*Nispi temsil sistemi değil çoğunluk temsil sisteminin hâkimiyeti mevcuttur.

*Baskı ve çıkar grupları fazla örgütlenememiştir.

*Üniter ve merkeziyetçi bir devlet yapılanması mevcuttur.

*Yasama erki de tek mecliste toplanmıştır.

*Yazısız ve yumuşak anayasa mevcuttur.

*Anayasa yargısı mevcut değildir.

*Merkez bankası bağımsız değil, iktidarın elinde bulunmaktadır[23].

2. Uzlaşmacı (Oydaşmacı) Demokrasi Modeli

Uzlaşmacı demokrasi modeli, çoğunlukçu demokrasi modelinin aksine, hükümetin sadece halkın çoğunluğuna değil mümkün olduğunca çok kişiye hizmet etmesi gerektiğini kabul etmektedir. İktidar belirli gruplar arasında paylaşılmış ve sınırlandırılmıştır. Tipik olarak İsviçre ve Belçika'da kabul edilen bu modelin özellikleri *Lijphard*'tan *Gözler* tarafından yapılan aktarımla, şu şekilde sıralanabilmektedir:

*Yürütme paylaşılmıştır ve koalisyon hükümetidir.

*Yürütme ve yasama arasında bir kuvvet dengesi vardır.

*Çok partili sistem mevcuttur.

*Nispi temsil seçim sistemi uygulanmaktadır.

*Baskı ve çıkar grupları kuvvetli ve örgütlüdür.

*Federal ve âdem-i merkezi yönetim benimsenmiştir.

*Yasama erki iki meclis arasında paylaşılmıştır.

*Anayasa yargısı vardır. (İsviçre bu özelliği taşımamaktadır.)

*Merkez bankası hükümetten bağımsız ve özerktir[24].

3. Modellere Farklı Bir Yaklaşım

Yukarıda tanımlanan çoğunlukçu ve uzlaşmacı demokrasi modelleri kapsamına bakıldığında, çoğunlukçu modelin nitelik itibariyle modern demokrasiden uzak kaldığı kanısına kapılmak mümkündür. Bu konuda öne

[23] LIJPHARD, *Patterns of Democracies,* s. 10-11'den aktaran GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 647, 648.

[24] LIJPHARD, *Patterns of Democracies* s. 34-41'den aktaran GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 650, 651.

sürülen bir görüşe göre: *Lijphard*'ın çoğunlukçu modeli ile klasik anlamdaki *Rousseau*'nun çoğunlukçuluğu birbirinden ayrılmalıdır. Öyle ki, *Lijphard*'ın çoğunlukçu model olarak nitelendirildiği *Westminster Modeli*'nde azınlık haklarının korunmaması ve bu azınlığın ezilmesi söz konusu değildir. Bu modeli benimseyen ülkelerde de, temel haklar ve özgürlükler çoğunluğun yönetim hakkını sınırlamaktadır. Nitekim, modelin tipik örneği olarak kabul edilen İngiltere sistemi gözlemlendiğinde, bu durum açıkça anlaşılabilmektedir. Bu doğrultuda, *Lijphard*'ın sözünü ettiği *çoğunlukçu sistemler* de, *uzlaşmacı demokrasiler*de olan kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, temel hak ve hürriyetlerin korunması gibi nitelikleri taşıyan bir çeşit *çoğulcu demokrasi* niteliğindedir[25].

Çalışmanın bu kısmına kadar, *demokrasi* kavramına ilişkin yüzeysel bir değerlendirmede bulunduktan sonra, devamla, çalışma başlığımızın bir diğer kavramı olarak belirlenen *anayasa yargısı* kavramına değinilmeye çalışılacaktır. "Anayasa yargısı" başlığı altında, öncelikle kavramın ortaya çıkış süreci, daha sonra anayasa yargısı modelleri ve son olarak da Türkiye'de anayasa yargısının gelişimi konuları genel olarak irdelenecektir.

II. ANAYASA YARGISI

Anayasa yargısı *dar* anlamda, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal olarak denetlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır[26]. *Geniş* anlamda anayasa yargısı ise devlet işlemleri üzerinde gerçekleştirilen her türlü yargısal nitelikteki anayasa uygunluk denetimi olarak ifade edilmektedir[27].

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konulu ilk uygulama hakkında doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır: Kimilerine göre ilk anayasa yargısı uygulaması İngiltere'de, bir diğer görüşe göre ise Amerika'da gerçekleştirilmiştir. Söz konusu ilk uygulamalara kısaca değinmek gerekirse:

A. Ortaya Çıkışı

1. Dr. Bonham Davası

Anayasa yargısının tarihteki ilk örneği, 1610 yılında, İngiltere'de, *Dr. Bonham Davasında* görülmüştür. Doktor olan Bonham, ruhsatı olmadığı halde

[25] UYGUN'dan aktaran GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 645.

[26] GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I, s. 13, GÖZLER, Cilt II, s. 696.

[27] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 13.

doktorluk yaptığı gerekçesi ile İngiltere Kraliyet Tabip Odası (*Royal College of Physicians*) tarafından hapis cezasına mahkûm edilmiş ve konuyu *Common Pleas Mahkemesi*ne dava yoluyla taşımıştır. Mahkeme hâkimi *Sir Edward Coke*, davaya konu cezayı veren Tabip Odasının uygulamasını bir *common law* kuralı olan "*kimse kendi davasında hâkim olamaz*" hükmüne aykırı bulmuş ve kararının içeriğinde *common law kurallarının parlamento tarafından kabul edilen kanunların üstünde olduğunu, kanunların geçerliliğinin üst norm olan common law'a uygunluğu şartına bağlı olduğunu* vurgulamıştır[28].

2. Marbury v. Madison Davası

İngiltere'deki bu ilk örnek sonrası, 1803 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşanan, *Marbury v. Madison davasında*, *Supreme Court* (Yüksek Mahkeme) hâkimi *John Marshall*, Marbury'nin başvurusunu, *dayanak yönetmeliğin anayasa aykırı olması nedeniyle* reddetmiştir[29]. Böylelikle, her yargıcın önüne gelen somut olayda uygulayacağı normun anayasaya uygunluk denetimini yapmasını öngören *Amerika Modeli Anayasa Yargısı* olan *judicial review* ortaya çıkmıştır.

İlk denemeler olarak kabul edilen yukarıda değinilen uygulamalar, oluşum şekli bakımından modern anlamda *Avrupa Modeli Anayasa Yargısı* sisteminden ayrılmaktadırlar. Öyle ki, yukarıda değinilen her iki uygulamada, somut yargısal uyuşmazlık kapsamında, mahkeme hâkimi tarafından oluşturulmuştur. Buna karşın *Avrupa Modeli Anayasa Yargısı* sistemi, Avusturyalı hukukçu ve akademisyen *Hans Kelsen*'in *normlar hiyerarşisi* teorisinden doğmuştur.

3. Kelsen Modeli

Kelsen, öngördüğü normlar hiyerarşisi sisteminde, her normun kendinden üstte yer alan norma uygun olduğu ölçüde geçerli olacağını öngörmektedir. Bu ilkenin genel bir sonucu olarak yasalar, tüzükler ve yönetmelikler gibi normların geçerliliği ancak üst norm olan anayasaya uygun olmaları halinde mümkün olabilmektedir. *Kelsen* sisteminde, *geçerlilik güvencesi* olarak adlandırılan kanunların anayasaya uygunluğunun fiilen gerçekleştirilebilmesi amacıyla, ayrıca bir hukuk sistemi de öngörmektedir.

[28] Kararın tam metni için bkz. (http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_processs1.html, erişim 31 Ocak 2012).

[29] Kararın tam metni için bkz. (http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3_2_1s47.html, erişim 31 Ocak 2012).

Aksi halde, normlar piramidinin ayakta kalamayacağını düşünen *Kelsen*, bu amaçla anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirecek olanın ise *Amerikan Modeli'*nin aksine, *yaygın* ve *merkezileşmiş* bir anayasa adaleti sistemi değil, *uzmanlaşmış tek bir yüksek yargı organı* olması gerektiğini savunmuştur[30].

Avrupa'da *Kelsen* teorisine uygun olarak, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen tek yetkili yüksek mahkeme modeli ilk olarak, 1920 yılında Çekoslovakya'da kurulmuştur. Bunu takiben yine 1920 yılında, *Kelsen*'in kendi ülkesi olan Avusturya'da, 1931 yılında İspanya'da, 1937 yılında İrlanda'da anayasal denetim yetkisine sahip yüksek mahkemeler farklı adlar altında kurulmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nın atlatılmasıyla, 1948 yılında İtalya'da, 1949 yılında Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, 1958 yılında Fransa'da, 1960 yılında Kıbrıs'ta, 1961 yılında Türkiye'de, 1964 yılında Malta'da, 1978 yılında İspanya'da, 1982 yılında Portekiz'de ve 1983 yılında Belçika'da *Avrupa Modeli/Tekelci Denetim Modeli* benimsenmiştir[31].

B. Anayasa Yargısı Modelleri

Anayasa yargısı modelleri *yaygın denetim* olarak adlandırılan *Amerika Modeli* ve *tekelci denetim* olarak adlandırılan *Avrupa Modeli* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

1. Amerika Modeli (Yaygın Denetim)

Amerika Modeli anayasa yargısı sistemi, yukarıda değinildiği üzere, anayasa yargısının ilk uygulamaları olan *Dr. Bonham kararı* ve *Marbury v. Madison* kararı ile doğmuş olan bir uygulamadır. Bu modele göre, önüne uyuşmazlık gelen bir mahkeme, somut olaya uygulayacağı normun anayasaya uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Anayasaya uygunluk denetimini tüm hâkimlere devreden *Amerika Modeli*, tekelci denetleme yetkisini kabul etmediğinden ve anayasaya uygunluk denetimi yetkisini tüm mahkemelere ve hatta yasayı uygulamakla görevli tüm kurumlara bıraktığı içindir ki bu model *yaygın denetim* olarak da adlandırılır. Bu denetim sisteminin temelinde yatan düşünce, yargıcın görevinin sadece yasayı uygulamak olmadığı, yargıcın bundan da önemli olarak hukuku uygulayarak, somut olaya uygulayacağı normun üst norma uygunluğunu denetlemesi gerektiği yönündeki düşüncedir[32]. *Yaygın denetim* sistemi, somut olaya göre uygulama

[30] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 16-19.

[31] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 16-23.

[32] FEYZİOĞLU, s. 168-172.

şansı kazandığı için bazı zamanlar ve somut olarak gerçekleştirilmektedir. *Yaygın denetime* göre anayasaya uygunluk denetimi iki halde uygulanabilir: *1- Her mahkeme yasanın uygulanışına dayanan her resmi işlemi, önüne gelen davanın taraflarının hakkı zedelenmişse denetleyebilmektedir. 2- Her mahkeme, somut uyuşmazlıkta önüne gelen herhangi bir normatif işlemi denetleyebilmektedir*[33].

2. Avrupa Modeli (Tekelci Denetim)

Avrupa Modeli anayasa yargısı sistemi, yaygın denetimden farklı olarak, mahkemelerin uygulamalarından değil, *Hans Kelsen*'in *normlar hiyerarşisi* sisteminden doğmuştur. Avrupa modeli, anayasaya uygunluk denetimi yetkisini tüm hâkimlere değil, anayasa uyuşmazlıkları konusunda uzmanlaşmış, tek bir yüksek yargı organına tanımaktadır. Bu nedenle Avrupa Modeline, *tekelci denetim* de denilmektedir. *Kelsen*, bu sistemi benimserken diğer yandan yaygın denetimi *uzmanlaşmamış ve merkezileşmemiş* olmakla eleştirmiştir. *Kelsen*'e göre, merkezileşmiş, tekelci ve uzman bir denetim makamıyla yapılacak anayasaya uygunluk denetimi, çok daha iyi bir sonuç verebilecek, anayasaya aykırı normlar çok daha etkili bir biçimde hukuk sisteminden ayıklanabilecektir. Tekelci denetimi yaygın denetimden ayıran bir diğer özelliği ise, yaygın denetimin aksine, tekelci denetimde somut uyuşmazlık dışında da harekete geçirilebilir bir denetim mekanizmasının varlığıdır. Bu niteliğiyle, çok daha etkin ve genel bağlayıcılığı olan kararlar verme yetkisine sahip uzman bir yargı merciince gerçekleştirilen denetim, çok daha etkili bir hal almaktadır.

3. Modellerin Uygulamaları

Yaygın denetimi kabul eden ve uygulamakta olan ülkelere değinmek gerekirse: Özellikle XIX. yüzyılda yapılan düzenlemelerle Latin Amerika ülkeleri olan, Meksika Federal Devleti 1847 yılında, Arjantin 1860 yılında, Brezilya 1890 yılında, Dominik Cumhuriyeti 1844 yılında, Kolombiya 1850 yılında *Amerikan modeli* / *yaygın denetim* sistemini benimsemişlerdir. Bunun dışında Japonya, Hindistan, Avustralya ile bazı Afrika ülkeleri de yaygın denetimi uygulamaktadır. Avrupa'da yaygın denetimi sınırlı sayıda ülke uygulamaktadır. Bunlar, İsveç, Norveç ve Danimarka'dır. *Avrupa Modeli / Tekelci Denetim* sistemi İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaşmış ve İtalya, Almanya, Fransa, Kıbrıs, Türkiye, İspanya, Malta, Belçika gibi ülkelerce benimsenmiştir[34].

[33] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 15-17.

[34] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 19, 22.

C. TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISI

Türkiye'de anayasa yargısının gelişimine tarihsel olarak bakıldığında konuyu *1961 öncesi* ve *1961 sonrası* olmak üzere iki dönemde incelemek mümkündür:

1. 1961 Öncesi Dönem

1876 Kanun-u Esasisi, 115 ve 116. maddeleri kapsamında sert bir anayasa modelini kabul etmiştir[35]. Bununla birlikte 1876 Kanun-u Esasisi'nde *yargısal denetime* yer verilmemiştir. 64. madde düzenlemesine bakıldığında, Ayan Meclisine verilmiş *siyasi bir denetimin* benimsendiği açıkça anlaşılabilmektedir[36].

1921 Anayasası ne yargısal ne de siyasal denetim olarak, kanunların anayasaya uygunluğu hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir. Güçler birliği ilkesini benimseyen bu anayasa, yumuşak bir anayasadır[37].

1924 Anayasası 102 ve 103. maddesi ile sert bir anayasa modeli öngörmüşse de, anayasaya uygunluk denetimi hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu boşluk nedeniyle, dönemde *Marbury v. Madison* davasını dayanak alan birçok doktrinsel tartışmalar yaşanmıştır[38]. Bir grup hukukçu, düzenleme olmayışının mahkemelere/hâkimlere *yaygın denetim* konusunda izin vereceğini savunurken, bir diğer görüşü savunanlar ise anayasada hâkimlere tüzüklerin yasalara uygunluğunu denetleme yetkisi bile verilmemişken, mahkemelerin/hâkimlerin anayasal denetim konusunda yetkisiz olduklarını *evleviyetle* savunmuştur[39].

2. 1961 Sonrası Dönem

1961 Anayasası ile anayasaya uygunluk denetimi hukukumuza, Avrupa ile paralel olarak girmiştir. 1961 Anayasası 145 ve 152. maddeleri arasında, Anayasa Mahkemesi'ni ve anayasa yargısı konularını düzenlemiştir. 1961

---

[35] Kanun-u Esasi tam metni için bkz. (http://www.belgenet.com/arsiv/anayasa/1876.html, erişim 10 Nisan 2012).

[36] ÖZBUDUN, *2002*, s. 369.

[37] GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku,* s. 45-55.

[38] 1924 Anayasası döneminde, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi meselesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ONAR, s. 165 – 201.

[39] ÖZBUDUN, *2002*, s. 370. 1924 Anayasası dönemi anayasa yargısı meselesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

Anayasası 151. Maddesinin son fıkrasında, 6 aylık süre içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin karar vermemesi halinde, aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesine taşıyan mahkemenin aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümlemesini öngörmüştür. Bu ifade bir anlamda, anayasaya uygunluk denetimi yetkisinin belirli şartlar altında, tüm mahkemelere verildiği şeklinde de algılanabilmektedir. Ancak bu hüküm istisnai ve şarta bağlı bir yetki olduğundan, 1961 Anayasası anayasaya uygunluk denetimi konusunda asıl yetkiyi Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir. 1961 Anayasası'nda anayasa yargısının varlık sebebi, Avrupa'daki gelişmelerin yanı sıra, 1924 Anayasası'ndan kaynaklanan çoğunlukçu demokrasi anlayışı ve bu anlayışın uygulamadaki yansımaları olarak kabul edilmektedir[40].

1982 Anayasası, 1961 Anayasasına paralel olarak, anayasaya uygunluk denetimini benimsemiş ve bu yetkinin kullanılmasını Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir. Yukarıda değinilen 1961 Anayasası md. 151/son hükmünden kaynaklanan anayasaya uygunluk denetiminin belirli şartlar altında mahkemelerce kullanılması durumu, 1982 Anayasası'nda denetim konusunda tek yetkili organın Anayasa Mahkemesi olduğu hususunun düzenlenmesi ile ortadan kaldırılmıştır[41]. *Sert* bir anayasa olan 1982 Anayasası, böylelikle tartışma götürmeksizin *Tekelci/Avrupa Modeli* anayasaya uygunluk denetimini benimsemiştir.

Buraya kadar, çalışma konusunda ilişkisi tespit edilmek istenen iki kavram olarak, *demokrasi* ve *anayasa yargısı* kavramlarına genel olarak değinmeye çalışılmıştır. Çalışmanın devamında ise yukarıda özetle değinilmiş bulunan bu iki kavram arasındaki ilişki tespit edilmeye çalışılacak, kavramlar arasındaki ilişkinin içeriği ve boyutları irdelenerek çalışma neticelendirilmeye çabalanacaktır.

III. DEMOKRASİDE ANAYASA YARGISI'NIN YERİ

A. Hukuk Devleti Ve İnsan Haklarının Korunması

1. Koruma Problemi

Demokrasinin gereği olarak, birinci bölümde özetle değinilen tarihi süreç içerisinde, halk iktidarını seçme hakkını kazanmıştır. İkinci Dünya

[40] TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 468.

[41] 1982 Anayasası md. 152 "*...Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır....*" demek suretiyle *yaygın denetimi* tamamen reddetmiştir.

Savaşı sonrası ön plana çıkan insan hakları kavramı doğrultusunda imzalanan bir dizi milletlerarası belgeler neticesinde, bireyin demokratik hakları daha da güçlenmiştir. Günümüzde *evrensel hukuk ilkeleri* olarak adlandırılan kuralların varlığı da yine, insan haklarındaki küresel gelişimin doğal bir neticesidir.

Hukuk devleti, devletin hukuk kuralları ile sınırlandırılıp bu kurallarla bizzat bağlı tutulduğu ve vatandaşların gerçek anlamda hukuki güvencelere sahip olduğu devlet sistemi olarak tanımlanabilir[42]. Hukuk devleti, polis devletinin karşıt anlamının ifadesidir. Kavram ilk kez XVIII. yüzyılın sonlarında, XIX. yüzyılın başlarında, Almanya'da ortaya çıkmıştır[43]. *Polis devleti*, devletin kişi hak ve özgürlükleriyle sınırlı olmaksızın, kamu yararı gerekçesiyle, her türlü işlemi gerçekleştirebildiği ve devletin hiçbir hukuki sorumluluğunun bulunmadığı bir sistemdir[44]. *Hukuk devleti*, tanımından da anlaşıldığı üzere, yönetenlerin hukuk kuralları ile sınırlandırıldığı ve işleyen bir hukuk düzeni içerisinde bireyin hukuk ile korunduğu bir düzeni öngörür.

İnsan hakları, insanın doğuştan sahip olduğu, salt insan olmaktan kaynaklanan haklarının tümü olarak tanımlanabilmektedir[45]. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan üzücü insan hakları ihlalleri sonrasında ön plana çıkan insan hakları kavramı, hukuk devleti ile aynı amaca paralel niteliktedir. Öyle ki, günümüzde hukuk devleti ve insan hakları kavramları sıklıkla birlikte anılmaktadır. Bu durumun haklılığına sebep olan olgu ise her iki kavramın da amaç edindiği, tarihi süreç içerisinde önem sıralamasında devletin önüne geçmiş olan bireyin ve birey haklarının korunması yönündeki ortak gayedir.

Demokratik bir sistemde, oy hakkı aracılığıyla iktidarı belirleyen birey, kendi iradesini özgürce ortaya koymaktadır. Demokratik yollarla iktidara gelen kişi/kişiler ise iktidarın gücünü bir sonraki seçim dönemine kadar kullanma hak ve yetkisine kavuşmaktadır. *Montesquieu'*nun görüşüne paralel olarak, demokratik yollarla iktidara gelenlerin de iktidar gücünü, iktidarın kaynağı olan seçmenler/bireyler aleyhine kullanabilme ihtimali bulunmaktadır[46]. İşte bu sebepledir ki, güncel demokrasi anlayışı iktidarı, hukuk ile sınırlamaktadır.

---

[42] ÖZBUDUN, *2002*, s. 113.

[43] ÇAĞLAR, s. 166.

[44] GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 169-178, (http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm, erişim 31 Ocak 2012).

[45] TEZCAN ve diğerleri, s. 33.

[46] TEZİÇ, *2009*, s. 411.

İktidarın birey lehine sınırlanması düşünceleri sonunda doğan anayasacılık anlayışı da yine bu amaca hizmet etmek için ortaya çıkmıştır. Sağlam bir anayasa ile sınırlandırılmış ve sorumlu tutulmuş bulunan iktidar, insan haklarına ve yönetilenlerin iradelerine aykırı davranışlardan kaçınmak eğilimi gösterecektir[47].

Anayasa Yargısı Çözümü

Bu aşamada, birey haklarının korunması ve iktidarın kontrol altında tutulması için pozitif bir takım hukuki düzenlemelerin yanında, bu düzenlemelerin uygulanırlığının sağlanması da olmazsa olmaz nitelik taşımaktadır. Daha açık bir ifade ile anayasal sınırlamaların ya da anayasa hükümlerinin işlevselliği ancak düzgün çalışan bir kontrol mekanizmasının varlığı ile mümkün olabilmektedir[48]. Anayasanın uygulanırlığı ise ancak işlevsel bir *anayasaya uygunluk denetimi* yani *anayasa yargısı* ile gerçekleştirilebilecektir[49].

Özetle bahsedilen bu olgular doğrultusunda, insan hakları ve hukuk devleti kavramlarının anayasalardaki pozitif düzenlemelerde yer aldıkları ölçüde somutlaştıklarını ve anlam kazandıklarını belirtmek hatalı olmayacaktır. Böyle bir sistem içerisinde, varlık gayesi demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi kavramların korunması olan *anayasa yargısı*, ön planda yer alan ve kritik önem kazanmış bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır[50].

Yasama Yetkisinin Kullanım Sorunu

1. Klasik Anlayış

Demokrasinin temel sonucu olarak, halk kendisini temsil edecek olanları oy hakkı ile belirlemektedir. Yasama meclisini oluşturan sözü geçen seçilmişler, bir sonraki seçim dönemine kadar halkın geçici olarak kendilerine devrettiği yasama erkini yani yasa yapma yetkisini temsilen kullanmaktadır. Bir başka ifade ile demokratik bir yolla egemenlik hakkını seçilmişlere devreden halkın, iki seçim dönemi arasında karar alma yetkisinden geçici olarak vazgeçme durumu ortaya çıkmaktadır.[51]

[47] *"İktidar"* kavramı, *"siyasi iktidar"* anlamında kullanılmıştır. İktidar kavramı konusunda bkz. KAPANİ, s. 49-69.

[48] GÜLSOY, s. 88.

[49] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 242.

[50] TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 469.

[51] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 240.

Klasik demokrasi anlayışı ve *kuvvetler ayrılığı ilkesi* gereği yasama yetkisinin kullanım tekeli, halk tarafından seçilenlerden oluşan yasama meclisine aittir. Böylelikle, fiilen uygulanması imkânsız görünen saf demokrasiye alternatif olarak halk, sahibi olduğu egemenliğini temsilcileri aracılığıyla kullanabilmektedir. Bu klasik anlayış, yasa yapma yetkisi tekelini yasama meclisine vermekte ve yasama faaliyetine yönelik her türlü dış müdahaleyi reddetmektedir. Oysa tarihi süreç içerisinde yasama yetkisinin kullanımı konusunda bir takım değişiklikler yaşanmıştır.

2. Değişen Dengeler Olgusu

Günümüzde yasa yapma yetkisi klasik anlamından uzaklaşmıştır. Bu durumun oluşum sebebi, *Kaboğlu*'na göre yasama ve yürütme erkeleri arasındaki *yarışmacı ilişkiler zincirinden* kaynaklanmaktadır. Anılan oluşumun temel sebebi ise parlamentoculuğun gerilemesidir. Bu temel nedenleri ise *a-Parlamenterlerin yoğun çalışma koşulları dolayısıyla meclis çalışmalarına seyrek katılımı* ve *b-Yasa yapma faaliyetinde, yasama meclisinin inisiyatifinde yaşanan güç kaybı ile yürütmenin güçlenmesi* olarak gösterilmektedir. Günümüz şartlarında, görüşmeler, ziyaretler ve sair başkaca işlerle yoğunluk içerisinde bulunan parlamenterler, hem devam hem de meclis çalışmalarına katılım konusunda yetersiz kalmaktadırlar. Parlamenterlerin içerisinde bulunduğu bu yoğunluk, yasa teklif ve tasarıları üzerinde çalışmalarına dahi engel olabilmektedir. Bu oluşumun yanında, mevcut durumda yasama meclisindeki oy çoğunluğuna sahip bulunan yürütme kanadı, kendi ürünü olan kanun tasarılarını kendi gücüyle yasalaştırabilmektedir. Bu şekilde, yasama meclisi içerisinde diğer grupların oylarına ihtiyaç duymayan güçlü yürütme erki, kendi başına yasama erkinin kullanıcısı haline gelmektedir. Tüm bunların yanında günümüzde birçok Avrupa devleti yürütmeye düzenleme yetkisi tanımaktadır. Bu yetki ya hükümete ya devlet başkanına ya da her ikisine birlikte verilebilmektedir. Yürütmeye düzenleme yetkisi veren ülkeler arasında İtalya, İspanya, Fransa, Portekiz ve Türkiye gibi ülkeler bulunmaktadır. Türkiye'de, Kanun Hükmünde Kararname (KHK) olarak adlandırılan yürütmenin düzenleme yetkisi özellikle 1990'lı yıllarda amacını aşar nitelikte kullanılmıştır. Bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir şekilde, yürütmenin yasamanın alanına tecavüzü olarak nitelendirilmesi ve eleştirilmesi haksız görünmemektedir[52].

[52] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 209-227.

Günümüzde yasa yapma faaliyetinin salt yönetici iradenin/yasama meclisinin tekelinde bulunmadığı kabul edilmektedir. *Realist yorum teorisi*ne göre[53], artık yasama erki, yasama, yürütme, Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahip otoriteler ile Anayasa Mahkemesi arasında paylaşılmış durumdadır. Bu haliyle, günümüzde yasa ne sadece halk tarafından, ne de sadece halkın seçtiklerince yapılmaktadır. Anayasa Mahkemeleri de yasa yapım sürecine katılım sağlamak hak ve yetkisine sahip bulunmaktadır[54].

Anayasa Yargısının Meşruluğu

1. Meşruluk Kavramı

Meşruluk kavramı, *kanunilik* kavramından farklı, daha kapsayıcı bir anlama sahiptir. *Kanunilik*, bir olayın pozitif hukuka uygunluğunu ifade ederken, *meşruluk* kavramı *kanuniliği* de kapsayıcı bir nitelik taşımaktadır. Kanuni olan bir durum, meşru olmayabilmektedir. Kanunilik ancak meşruluğa dair bir karine niteliği taşıyabilmektedir[55]. *Meşruluk*, bir konu hakkında, toplumun büyük bir çoğunluğunun görüş birliğinde olduğunun ifadesi olarak tanımlanabilmektedir. Bu bağlamda, tanımda sözü geçen toplumun büyük bir çoğunluğunun tanımlanabilmesi adına *consensus* (*temel anlaşma*) kavramı önem kazanmaktadır. Temel anlaşmanın rakamsal karşılığının/oranının verilmesi tam olarak mümkün görünmese de, *Kapani*'ye göre, bir konu hakkındaki temel anlaşmanın varlığı için toplum üyelerinin asgari yüzde yetmiş beşinin hem fikir olması şartı aranmalıdır[56].

Anayasa yargısının meşruluğu konusu doktrinde sıklıkla tartışılmaktadır. Anayasa Mahkemeleri'nin yargısal denetim yoluyla, seçilmişlerin yani halkın temsilcilerinin iradelerini etkilemesi, demokrasiye ve meşruluğa aykırı olabilir mi? Atanmışların seçilmişlerin iradesine yön vermesi, halk iradesine ve demokrasiye müdahale olarak kabul edilebilir mi? İşte bunlar gibi sorular, anayasa yargısının meşruluğu konusunu sürekli gündeme getirmektedir.

2. Yorum Sorunu

Anayasa yargısının temel fonksiyonu, yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi olarak ifade edilmektedir. Bu işlevi sırasında

[53] GÖZLER, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, s. 253-264.

[54] TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 471; GÖZLER, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, s. 237.

[55] KABOĞLU, *Anayasa Genel Esaslar*, s. 78.

[56] KAPANİ, s. 88-96.

Anayasa Mahkemesi anayasa normlarını kıstas alarak bu normları yorumlamak suretiyle karar tesis etmektedir. Yorum konusunun nitelendirilmesi konusunda ise doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre, anayasa normları kendi anlamlarını içeriğinde barındırmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu anlamda anayasal normlara, yorum yoluyla yeni anlamlar kazandıramaz. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi anayasanın sözcüsü konumundadır. Yorum konusundaki bir diğer görüşe göre ise, anayasa normlarının içeriği objektif olarak anlaşılabilir değildir. Bu nedenle birden çok anlama yorumlanabilecek bir anayasal norm hakkında, bir anlamın belirlenmesi işlemi yorum olarak tanımlanmalıdır[57].

3. Realist Yorum Teorisi

*Realist yorum teorisi*ne göre, yasayı yapan seçilmişler, yasanın anlamı konusunda her zaman fikir birliğine sahip olamazlar. Bir anayasa normu, anayasa maddesinin lafzından ziyade, anlamında vücut bulmaktadır. Sözü geçen *anlam kazandırma işlemi* ise *yorum*dur. Bu nedenle de, bir anayasa normuna varlık kazandıran, ona anlam yüklemeksizin metini hazırlayan yasa koyucu değil, bu metni yorumlayan Anayasa Mahkemesidir[58].

Realist yorum teorisi Anayasa Mahkemesinin atanmışlardan oluşması ve bu nedenle de demokratik meşruluğa sahip olmadığı yönünde eleştirilmektedir. Bu eleştiriye uygulamada cevap verebilmek için Anayasa Mahkemesi üyelerinin halk tarafından seçilmesi gerekmektedir ki, uygulamada bu şekilde seçimle oluşturulan bir Anayasa Mahkemesi mevcut bulunmamaktadır. Ayrıca *Gözler*'e göre, bu tarz bir uygulama neticesinde seçilenlerden oluşan bir Anayasa Mahkemesi niteliği itibariyle yasama meclisi niteliğine bürüneceğinden bu defa *yargısal denetim* değil, *siyasal denetim* söz konusu olacaktır. Bu eleştirinin aşılabilmesi amacıyla, birçok ülkede Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamı ya da birçoğu halkın temsilcisi olan yasama tarafından seçilmektedir. Bu şekilde Anayasa yargısına kısmi de olsa demokratik bir meşruluk kazandırılmaktadır[59]. Nitekim 5982 sayılı yasa ile gerçekleştirilen, 07.05.2010 tarihli anayasa değişikliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi (T.B.M.M.)'ne üç üye seçme hakkı tanınarak, ülkemizde de bu çözüm yolu uygulanmak istenmiştir.

---

[57] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 236.

[58] KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, s. 236, 237.

[59] GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi,* Cilt II, s. 726.

4. Değerlendirme

Anayasa yargısı meşruluğunu, *anayasanın üstünlüğü ilkesi*nden, *hukuk devleti ilkesi*nden ve *insan hakları* gibi *supra-pozitif* hukuktan almaktadır. Yasama yetkisinin kullanılması konusundaki klasik anlayışın yerini alan oluşum neticesinde, yasa yapım süreci yasamanın tekelinden çıkmış ve çok sayıda iradenin ortak faaliyetine dönüşmüştür. Bu dönüşümün doğal bir getirisi olarak yasa yapım sürecinde yer alan Anayasa Mahkemesi/Anayasa Yargısı, halkın iradesini olumsuz etkilemekten ziyade, halkın iradesinin/genel iradenin oluşumuna katkı sağlar nitelikte bulunmaktadır[60]. Yasama yetkisine sahip, halkın geçici temsilcilerinin içerisinden çıkan çoğunluğun dahi yasama faaliyeti ile temsil ettikleri halk aleyhine, özgürlükleri ihlal edici uygulamalara neden oldukları, tarihi süreç içerisinde görülmüştür[61]. Bu nedenlerle, anayasanın varlık sebebi olan, bireyin devlet karşısında korunması amacına hizmet eder nitelikte bulunan *anayasa yargısı*, demokrasinin işlevselliğine ve yasamanın meşruluğuna katkı sağlamaktadır.

Anayasa yargısı bir sistemi ifade etmektedir. Anayasa yargısının somutlaşmış hali anayasa mahkemelerini oluşturan kişilerin yorum ve kararlarıdır. Bu nedenle de meşruiyet konusunda sistemin eleştirisinden ziyade, sistemin somutlaşmış hali olan yargıçların tutumu üzerinde odaklanmak gerekmektedir ki bu noktada karşımıza önemli bir kavram çıkmaktadır: *yargısal aktivizm*. Yargısal aktivizm, anayasa mahkemesinin kendisine anayasa ile çizilmiş olan yetkisini aşmak suretiyle siyasi kararlara müdahaleci tutum sergilediği, aktif müdahalede bulunduğu durumun ifadesi olarak tanımlanabilmektedir. Modern anayasa yargısı sistemlerinde, yargısal aktivizmin varlığı görülebilmektedir. Öyle ki bu anlayış, klasik ve dar anlamda anayasaya uygunluk denetimi yanında, siyasi iktidarın ve yasamanın denetimini kapsayıcı, hukuk devletinin gereklerini ve niteliklerini daha aktif bir biçimde koruyucu bir nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte, klasik anayasa yargısının güçlenmiş hali niteliğindeki *yargısal aktivizm,* anayasa yargısının meşruiyetinin, demokrasi karşısında sorgulanması sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda *Gülsoy*'un görüşüne paralel olarak, anayasal haklar açısından anayasa mahkemelerinin aktivist bir tutum sergilemesinin meşruiyet problemi doğurmayacağı; buna karşın ekonomik konulardaki aktivist tutumun eleştiriye açık kalacağı hususlarının göz ardı edilmemesi gerekmektedir[62].

[60] TUNÇ, s. 26, 27.

[61] TEZİÇ, s. 171.

[62] GÜLSOY, s. 256, 257.

Anayasa mahkemeleri kimi zaman kendi kararlarını kısa süre içerisinde değiştirebilmektedir. Bu tarz olgular Türkiye'de olduğu gibi, birçok Avrupa ülkesinde de görülebilmektedir. Anayasa mahkemesindeki bu tarz kısa süreli karar değişiklikleri, üyelerin değişmesi sayesinde gerçekleştirilebilen ve temelinde anayasa mahkemesinin objektifliğini zedeler nitelikte, siyasi faktörleri barındıran oluşumlardır. Bu tarz oluşumlar, Anayasa mahkemesine ve anayasa yargısına olan inanç ve güveni zedelemekte, meşruluk problemini beraberinde getirmektedir[63].

SONUÇ

Antik Yunan'dan bu yana süren hak arama mücadelesi sonunda, günümüzdeki seviyesine ulaşan demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve özgürlükleri kavramlarının var oluş temeline baktığımızda *birey* ya da diğer değişle *insanı* görmekteyiz. Bir başka ifadeyle, tüm bu soyut kavramların gelişimi *toplumdan bireye doğru*, *birey lehine* değişmiş ve halen de olumlu yönde değişmeye devam etmektedir. Baştan beri *yöneten-yönetilen ilişkisi*ni konu edinen ve yönetici iktidarın yönetilenler lehine sınırlandırılması amacıyla ortaya çıkan *anayasacılık hareketleri* de, aynı tarihi süreç içerisinde, aynı amaca hizmet etmek için yani bireyi korumak için geliştirilmiş bir formülün ürünüdür. Bu gelişime paralel olarak, günümüzdeki niteliğiyle ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan anayasa yargısı kurumu da şüphesiz ki yine aynı amaca hizmet etmektedir.

Günümüzde temel gayesi demokrasi ve insan haklarını korumak ve bu soyut kavramların işlevselliğini sağlamak olan anayasa yargısı bir sistemi, soyut bir kurumu ifade etmektedir. Bu sistemin ülkeler bazındaki somutlaşması, yargısal denetimi gerçekleştirmekle yetkili kılınan organ, bundan da öte, iş bu organa tanınan yetkiyi kullanmakla donatılmış gerçek kişilerde görülebilmektedir. Bu doğrultuda, ülkemizde ve diğer birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi ve bu kurumun üyeleri olan gerçek kişi hâkimler, anayasa yargısı sisteminin somut halini teşkil etmektedirler.

Çalışmamızın konusunu oluşturan demokrasi ve anayasa yargısı ilişkisinde, tartışılmak istenen temel sorun, *anayasa yargısı kurumunu demokrasiye uygunluğu* hususundan başka bir şey değildir. Bu sorunun açılımında gelen meşruluk problemi de yine ana başlık açısından son derece büyük önem taşımaktadır. Öyle ki, demokratik bir sistemde, halkın en temel

[63] GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, s. 727, 728.

hakkı şüphesiz ki seçme hakkıdır. Halkın seçme hakkını kullanarak demokratik bir şekilde belirlediği temsilciler, demokrasinin gereği olarak yasama yetkisini bir sonraki seçimlere kadar kazanmış bulunmaktadır. Hal böyle olduğunda, meşru olan yasama erkince çıkarılan kanunların, atanarak göreve gelmiş bir grup anayasa yargıcı tarafından denetlenmesi işlemi, basit mantıkla, *halkın iradesine müdahale* olarak algılanabilmektedir.

Bu görüşe karşıt olarak ise demokratik yollarla yasama yetkisini geçici olarak kazanmış olan temsilci iradelerinin, halkın iradesi sayılamayacağı, nitekim demokratik yollarla seçilmiş olsalar da, temsilcilerin temel hak ve özgürlükleri ve demokrasiyi hiçe sayarak davranabildikleri görüşü sunulabilmektedir. Bu doğrultuda, çalışmada bahsedilen *realist yorum teorisi* paralelinde, başta anayasanın üstünlüğü, anayasayı yapan iradeninse genel irade olması nedeniyle de, demokrasinin kendisinden meşruluk kazandığı varsayılan *anayasa yargısı/mahkemeleri* günümüzde *demokrasinin olmazsa olmazı* niteliği taşımaktadır. Öyle ki, yasama yetkisinin klasik anlamından uzaklaşarak, ağırlıklı olarak yürütme tarafından kullanılması gerçeği bile, tek başına yasamanın yargısal denetiminin gerekliliği sonucunu doğurmaktadır. Demokrasinin en büyük sorunu olan, seçilmişleri denetleme konusunda, halkın elinde anayasal bir güvence olarak bulunan *anayasa yargısı*, seçimden seçime denetleme yerine, sürekli bir denetim imkânını sunması açısından da demokrasiye ve insan haklarına iyi bir destekçi olmaktadır.

Anayasa yargısının meşruluğu konusunda asıl üzerinde durulması gereken nokta ise sistemi somutlaştıran anayasa mahkemesi hâkimlerinin durumudur. Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi ile ilgili olarak meşruluk ve demokratiklik problemi açısından, tüm dünyada uygulanan çözüm, mahkeme üyelerinin bir kısmı ya da tamamının yasama meclisi tarafından seçilmesi yoludur. Böylelikle, halk iradesinin bir yansıması haline gelecek olan anayasa mahkemesine, kısmen de olsa demokratik bir nitelik kazandırmak arzulanmaktadır. Nitekim 5982 sayılı yasa ile gerçekleştirilen, 07.05.2010 tarihli anayasa değişikliği ile yasama meclisine üç üye seçme hakkı tanınarak, ülkemizde de bu çözüm yolu uygulanmak istenmiştir.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, anayasa mahkemesi üyeleri varlık ve meşruiyetlerini anayasanın kendisinden almaktadır. Öyle ki, kurucu iktidarın iradesi *genel irade* olarak kabul edildiğinde, geçerli anayasaya uygun olarak varlık kazanan bir kurumun üyeleri olan gerçek kişiler de yine, atanmış olsalar dahi, göreve geldiklerinde, genel iradeye dayanan meşruluk

sahipleridirler. Ancak asıl önemli olan ve unutulmaması gereken nokta ise meşruluk sıfatının her eyleme göre ayrıca değerlendirilmesi gerçeğidir. Bu nedenle de, atanmaları meşru olan anayasa mahkemesi üyelerinin dahi, genel iradeye, varlık amaçlarına, görevlerinin gereklerine ve temel dayanakları olan anayasaya ve onun ruhuna aykırı, objektiflikten uzak nitelik taşıyan her işlemde/kararda, sahip oldukları meşruluğu kaybedebilme riski, yeniden doğmaktadır.

KAYNAKÇA

ARSEL, İlhan, *Anayasa Hukuku: Demokrasi,* Doğuş Matbaacılık, Ankara 1964.

ÇAĞLAR, Bakır*, Anayasa Bilimi*, İstanbul 1989.

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukuku,* Orion Kitabevi, Ankara 2011. (*Anayasa Hukuku*)

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2010. (*Anayasal Demokrasi*)

FEYZİOĞLU, Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi,* A.Ü.S.B.F. Yayını*,* Ankara 1951.

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Cilt I), Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011. (*Anayasa Hukukunun Genel Teorisi,* Cilt I)

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Cilt II), Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011. (*Anayasa Hukukunun Genel Teorisi,* Cilt II)

GÖZLER, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998. (*Hukukun Genel Teorisine Giriş*)

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku,* Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000. (*Türk Anayasa Hukuku*)

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku,* Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s.169-178, (http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm, erişim 31.01.2012). (*Türk Anayasa Hukuku*)

GÜLSOY, Mehmet Tevfik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Militan Demokrasi Anlayışı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Kitapevi, İstanbul 2011. (*Anayasa Hukuku*)

KABOĞLU, İbrahim Ö*., Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitabevi, Ankara 2007. (*Anayasa Yargısı*)

KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara 2011.

LIPHARD, Arend, *Patterns of Democracies: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven 1999. (*Patterns of Democracies*)

LIPHARD, Arend, *Çağdaş Demokrasiler,* (Çev. Ergun Özbudun ve Ersin

Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Türk Derneği Yayınları, Ankara 1988. (*Çağdaş Demokrasiler*)

NEUMANN, Sigmund, *Toward a Comparative Study of Political Parties(in*

Modern Political Parties), The University of Chicago Press 1956.

ONAR, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2003.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara 2002. (ÖZBUDUN, *2002)*

ÖZTEKİN, Ali*, Siyaset Bilimine Giriş,* Siyasal Kitabevi, Ankara 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques*, Toplum Sözleşmesi*, (Çev: Ahmet Şensılay), Anahtar Yayınları, Ankara 2010.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,* Beta, İstanbul 2011.

TEZCAN, Durmuş ve diğerleri, *İnsan Hakları El Kitabı,* Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku,* 7. Bası, Beta, İstanbul 2001.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku,* 13. Bası, Beta, İstanbul 2009. (TEZİÇ, *2009*)

TUNÇ, Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı,* Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

UYGUN, Oktay, Demokrasilerde Çoğunlukçu ve Çoğulcu Demokrasi Modelleri:

Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı

Düşünceler, *Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri,*

TBB Kültür Merkezi, 5z, Haziran Ankara 2010.

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye, *Adalet Dergisi,*

1999-1, (http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/a.dergi11.htm, erişim

11 Nisan 2012).

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü,* Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2001.

Diğer Kaynaklar:

Dr. Bonham Kararının tam metni, (http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_processs1.html, erişim 11 Nisan 2012)

Marbury v. Madison Kararının tam metni, (http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3_2_1s47.html, erişim 11 Nisan 2012)

HUKUK MEKTEBİNİN DOĞUŞU

Nuran KOYUNCU*

ÖZET

Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde hukuk eğitimi medreselerde yapıldı. Medreselerin hukukçu yetiştirmede yetersiz kalması ve Tanzimat sonrasında hukuk alanında başlayan yenilik hareketleri, değişen ve yenilen hukukun uygulanmasında mükellef kişilerin yetiştirilmesi gereği, formel hukuk eğitimi verecek mektebin kuruluşunu sağladı. Osmanlı yargı teşkilatındaki yenilikler ve eğitimde modernleşme çabaları da hukuk mektebinin açılışında önemli rol oynadı. Yüksek öğrenim seviyesindeki ilk hukuk mektebi Mekteb-i Sultani bünyesinde kurulan Mekteb-i Hukuk-ı Sultani'dir. 1880 yılında ise Adliye Nezareti'ne bağlı olarak Mekteb-i Hukuk-ı Şahane açıldı ve bir süre sonra bu iki okul birleştirildi. Hukuk mektebi uzun bir dönem Darülfünun'dan bağımsız olarak eğitime devam etti ve nihayet 1909 yılında Darülfünun'a bağlandı.

Anahtar Kelimeler: *Osmanlı'da Hukuk Eğitimi, Medrese, Hukuk Mektebi, Mekteb-i Hukuk-ı Sultani, Mekteb-i Hukuk-ı Şahane.*

THE EMERGENCE OF LAW SCHOOL

ABSTRACT

The law education had been trained in madrasahs, in the classical era of the Ottoman Empire. The falling down of the madrasahs in providing education to the jurists and the beginning modernization efforts in field of law and also the obligation of training people who should apply the changing and renewing law, had provided the establishment of the school that presents formal law education. The innovations in juridical system and the modernization efforts played an important role in openning of the law school. Mekteb-i Hukuk-ı Sultani was the first law school in the level of higher education which was established as a part of Mekteb-i Sultani. Mekteb-i Hukuk-ı Şahane which was depended on Adliye Nezareti (Ministry of Justice) was opened in 1880, and then, those two schools had unified. The law school continued the education independently from Darülfünun and finally from the date of 1909, the school connected to Darülfünun.

Key Words: *Law education in Ottoman, Masrasahs, Law school, Mekteb-i Hukuk-ı Sultani, Mekteb-i Hukuk-ı Şahane.*

---

* Yrd. Doç. Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.*nuranaykoyuncu@hotmail.com*

GİRİŞ

Tanzimat pek çok şeyde olduğu gibi Osmanlı'nın hukuk sisteminde de önemli yeniliklerin ve değişimin habercisi oldu. Tanzimat'tan sonra yapılan hukuksal reformları, kanunlaştırma faaliyetleri ve adli kurumlarda yapılan yenilikler şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma faaliyetleri, mevcut şer'i düzenlemelerin kodifikasyonu ve batı menşeli yeni kanunların iktibası olarak gelişim gösterdi. Özellikle batıyla bütünleşme çabalarının eserleri olan ceza, ticaret ve arazi kanunlarının aktarılmasıyla, bu yepyeni hukuki düzenlemelerin uygulanması ve bu alanda etkin rol üstlenecek mükelleflerin yetişmesi önemli bir sorun olarak ortaya çıktı. Osmanlı yargı teşkilatında yaşanan değişim ve batılı usuldeki mahkemelerin kuruluşuyla birlikte medrese eğitimi almış kadı ve naiplerin dışında, formel hukuk eğitimi almış nitelikli personel ihtiyacı da hukuk mektebinin doğuşunda etkili oldu. Üniversite düzeyindeki ilk hukuk mektebi "Mekteb-i Sultani" (Galatasaray) bünyesinde kuruldu. Daha sonra Adliye Nezareti'ne bağlı olarak ayrı bir hukuk mektebi daha açıldı ve bir süre sonra Mekteb-i Sultani bünyesindeki mektep buraya nakledildi. 1886 yılında idaresi Maarif Nezareti'ne devredilen hukuk mektebi, 1909 yılına kadar Darülfünun'dan bağımsız olarak varlığını devam ettirdi.

Çalışmanın amacı medreselerden ayrı olarak eğitim veren hukuk mekteplerinin kuruluşu ve gelişimine ilişkin bilgiler vermektir.

I. HUKUK MEKTEBİ NEDEN KURULDU?

Hukuk mektebinin kuruluşunu sağlayan temel faktörler, kanunlaştırma hareketleri ve yargı teşkilatında meydana gelen değişimdir. Osmanlı Devleti'nde özellikle Tanzimat'ın ilanı ile başlayan ve Cumhuriyet'in ilânına kadar devam eden reform dönemi hukuk alanında da etkisini gösterdi[1]. Osmanlı, 18. yüzyılın son dönemlerinde birçok alanda batıya yöneldi[2]. Bu dönemde yenileşmenin gereği kabul edildi ancak bunun hangi yöntemle yapılacağı konusunda farklı görüşler ortaya çıktı. Başta Adliye Nazırı Cevdet Paşa tarafından savunulan ve daha muhafazakâr olan akıma göre, İslâm hukukunun kodifikasyonunu yani yürürlükteki hukuku ayrıntılarda değiştirip yenileyerek zamanın gereksinimlerine uygun hale getirmek, dolayısıyla geleneklerle modernleşmenin bir arada yürümesi sağlanarak

[1] OĞUZ, s. 198-199; VELDET, s. 139.

[2] KUBALI, s. 6.

meseleler çözümlenebilirdi[3]. 1858 tarihli Arazî Kanunnamesi[4] ve 1869 tarihli Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye bu düşüncenin etkisiyle hazırlandı[5]. Bu dönemde İslâm hukukunun kullanılabilir bir biçimde sistemleştirilmesi çalışmaları, batılılaşma sürecinin yavaşlamasıyla ikili yapıların oluşumu, esasen eski mantığın yeniden canlanışı olarak değerlendirildi[6].

Büyük Vezir Âli Paşa[7] tarafından savunulan diğer akım ise, batı hukukunun iktibas edilmesinden yanaydı. Âli Paşa özellikle Fransız Medenî Kanunu'nun büyük bir bölümünün benimsenmesini istedi[8]. Bu görüşün uygulanması bir süre ertelense de zamanla, kanun kodlarının dinî hüviyetinden sıyrılarak her kesime hitap eden düzenlemelerin yapılması gereği anlaşıldı[9]. 1839 Tanzimat ve 1856 Islahat Fermanları ile dini azınlıklara sirayet eden eşitlik ilkesinin etkisiyle, Osmanlı tebaası arasında din ve ırk ayrımı olmaksızın bazı hukukî düzenlemeler yapıldı. 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde ilk defa "suçun kanuniliği" ilkesine dayanıldı[10]. 1851 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde iştirak ve tekerrüre ilişkin hükümler getirildi[11]. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde daha laik adımlar atıldı[12]. Diğer taraftan iktisadî alandaki değişim rüzgârları, uluslararası ticari arenada yer alabilme ve uyum süreci bu alanda yeni kanunların yapılmasını gerektirdi. 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret bu vesilelerle yapıldı[13]. 30 Nisan 1860 tarihli "Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyl" adlı yasa gerçek anlamda yeni mahkemelerin (ticaret

---

[3] AHMED CEVDET PAŞA, Ma'rûzât, s. 217; AHMED CEVDET PAŞA, Tezâkir, s. 63.

[4] Veldet Arazi Kanunnamesini Tanzimat'tan sonra meydana getirilmiş en yerli kanun olarak tanımlamaktadır; VELDET, s. 180.

[5] ÖZSUNAY, s. 93; LEWİS, s. 123; DAVISON, s. 22-23-28; KUBALI, s. 6 vd; VELDET, s. 187 vd.

[6] BİRSEL, s. 23-107.

[7] ÖZTUNA, s. 11 vd.

[8] DAVISON, s. 21; AHMED CEVDET PAŞA, Ma'rûzât, s. 218; KUBALI, s. 7.

[9] Ahmed Cevdet Paşa Fransız kanunlarının tercüme edilmesine karşı çıkanların en başındadır ve bir dönem bu tercümeye engel olmuşlardır; AHMED CEVDET PAŞA, Ma'rûzât, s. 218; SADRAZAM ALİ PAŞA, s. 51.

[10] TANER, s. 226; BERKES, s. 109-110; "*Kanun hazırlanırken müsbet Avrupa mevzuatından ziyade Avrupa fikriyatından istifade edilmiştir"*; VELDET, s. 376.

[11] TANER, s. 229.

[12] CİN-AKYILMAZ, s. 564.

[13] Ticaret Kanunu'nun metni için bkz. *Düstur*, I.Tertip, C. I, s. 375 vd.; Özel hukuk alanında yapılmış ilk büyük kanundur, hükümlerinin büyük bir çoğunluğu Fransız Ticaret Kanunu'ndan iktibas edilmiştir; VELDET, s. 196-197; ENGELHARDT, s. 331.

mahkemeleri) kuruluşunu sağladı[14]. Mahkemelerde uygulanması gerekli usulü gösteren Ticaret Muhakeme Usulü Kanunu 1861 yılında[15] ve son olarak Deniz Ticaret Kanunu (1864)[16], çıkarılarak, ticaret hukuku alanında laikleşme süreci tamamlandı[17]. Devamında 1880 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu[18], 1881 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu yürürlüğe konuldu[19]. Osmanlı'daki kanunlaştırma hareketlerinin başlamasında tabiî hukuk doktrininin etkisi olmakla birlikte daha çok, devletin içinde bulunduğu zor durumdan kurtarma çabalarının etkili olduğu bir gerçekti[20]. Ayrıca bu düzenlemelerin ortak yönü ya batılı prensiplerle yoğrulmuş ya da tamamen batıdan iktibas edilerek yapılmış olmalarıydı[21].

Batı hukukunun böylece iktibas edilmesi, iktibas edilen yeni kanunların uygulanmasının sağlanması amacıyla yabancı hukukların incelenmesini gündeme getirdi ve yeni kanunları uygulayabilecek bir hukukçu kadrosunun yetiştirilmesi gereğini doğurdu[22]. Bunun için Adliye Nezareti'nde açılan "mevzuat kursları"nın yeterli olmadığı görülünce, asıl yapılması gerekenin, bir öğretim reformu gerçekleştirmek olduğu anlaşıldı.

Kanunlaştırma faaliyetleri, yargı teşkilatındaki değişimi de beraberinde getirdi. Esasen yargı teşkilatında yenilik o dönemde zaruri olmuştu. II. Mahmud döneminin sonlarından itibaren, özellikle Batılı ülkelerle yapılan ticari sözleşmelere bağlı olarak artan ilişkiler, çeşitli hukuksal sorunları doğurdu. Avrupa usul ve teamüllerine yabancı olan kadılar, bu sorunları çözecek mesleki donanıma sahip değillerdi. Bu nedenle bir süre ticari uyuşmazlıklar, tüccarlar tarafından seçilen kişilerden oluşan şer'i kurallar dışında, ticari

[14] 1860 (1276) tarihli *"Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyl"* adlı yasanın metni için bkz. *Düstur*, I.Tertip, C. I, s. 445 vd.; Bu kanun uyarınca Ticaret Nezareti'nin idaresinde ticaret mahkemeleri oluşturuldu; VELDET, s. 197; BİLGİŞ, s. 1936.

[15] 186 1 tarihli "*Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname"*nin metni için bkz. *Düstur*, I.Tertip, C. I, s. 780 vd.; VELDET, s. 198.

[16] *Düstur*, I. Tertip, C. I, s. 466, VELDET, s. 198.

[17] BERKES, s. 222.

[18] *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 251; VELDET, s. 199.

[19] *Düstur*, I. Tertip, C IV, s. 257; VELDET, s. 198; BOZKURT, Batı Hukuku, s. 104-108.

[20] VELDET, s. 166; KUBALI, s. 7.

[21] Bozkurt, resepsiyon kavramını toptan ve kısmı olarak ikiye ayrıldığını, toptan resepsiyonun yabancı bir hukuk düzeninin veya çok önemli temel yabancı kanunların tümüyle alınmasına külli resepsiyon, yabancı hukuka ilişkin bir hukuki kurum ya da kavramın alınmasına da kısmı resepsiyon adı verildiğini belirtmektedir; BOZKURT, Batı Hukuku, s. 14-15.

[22] YOLALICI, s. 292.

örf ve adetlere göre yargılama yapan özel bir meclis yoluyla halledildi. Ancak bu meclisler de yeterli gelmedi ve bir süre sonra bunlar karma ticaret mahkemesine dönüştürüldü[23]. 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesiyle birlikte nizamiye mahkemelerinin kuruluşu yolunda adımlar atılmaya başlandı[24].

Yargı alanındaki yeniliklerde iç dinamikler kadar dış baskıların da etkili olduğu görülmekteydi. Tanzimat ve Islahat ile gayrimüslimlere vaad edilen eşitlik, hem gayrimüslimlerin hem de onları destekleyen yabancı devletlerin yoğun taleplerine hatta iç işlerine karışmaya kadar varacak müdahalelerine zemin hazırladı. Gayrimüslimlerin mahkemelere üyeliği ve şahitliklerinin kabul edilmesi gibi talepleri bir süre göz ardı edilmek istense de 1859 yılında yabancı devletlerce verilen kolektif memorandum Osmanlı Devleti'ne adli sahada çeşitli ıslahatları başlatma zorunluluğu hissettirdi[25]. Bu süreçte yabancı devletler, Osmanlı'nın "yargılamanın aleniyeti prensibine tam manâsıyla uyması, mahkemelerde uygulanacak kanunların bir an önce hazırlanması, gayrimüslimlerin de kabul edilecekleri hukuk okullarının kurulması" gibi isteklerle ıslahat girişimlerine yönelik çeşitli raporlar hazırlamaya devam ettiler[26]. Adli ıslahatın, tek hakimli sistemden toplu hakim sistemine geçilmesi ve mahkemelerde gayrimüslimlerin üyeliğinin kabul edilmesi gibi Osmanlı klasik dönemini oldukça aşan yenilikleri oldu[27]. Adli alandaki bu yeniliklerin devamında Mekteb-i Sultani bünyesinde gayrimüslimlerin de kabul edildiği bir hukuk mektebi açıldı[28]. Dolayısıyla adliye teşkilatında gayrimüslimlerin etkisiyle girişilen yenilik hareketleri, hukuk mekteplerinin açılışında önemli rol oynadı.

Hukuk mektebinin kuruluşunu sağlayan sadece yukarıda bahsedilen mevzu hukuk alanındaki yenilikler ve yargı alanındaki değişim değildi. Aynı zamanda eğitim alanında başlayan modernleşme çabaları da hukuk mektebinin kuruluşunda önemli rol oynadı. Daha önce şer'i düzenlemelerin ağırlık taşıdığı bir eğitim sisteminin yetersizliği, kanunlaştırma hareketleriyle birlikte girilen dönemde iyice hissedildi. Kaldı ki mevcut eğitim kurumları son dönemlerde artık üstüne düşeni yapamamaya ve beklentileri karşılamamaya başladı[29].

[23] AKYILDIZ, s. 129-133.

[24] VELDET, s. 202.

[25] EKİNCİ, s. 38.

[26] ENGELHARDT, s. 319 vd.

[27] BELGESAY, s. 211 vd.

[28] EKİNCİ, s. 39vd.

[29] KOÇER, s. 234; YOLALICI, Trabzon Vilayeti'nde, s. 437.

Medreselerin kalitesi 16. yüzyıldan itibaren düşüşe geçti[30]. Hukuk eğitiminin verildiği medreseler ve sonrasında kurulan Muallimhane-i Nüvvapların da şer'i mahkemelere dahi yeterli eleman yetiştirmekten aciz duruma gelmesi ve yetişenlerin de yeni kanunların dilinden anlamayışı, hukuk mektebinin kuruluşunu hızlandırdı[31].

Şimdi hukuk mektebinin kuruluş aşamaları hakkında bilgiler verelim.

II. İLK HUKUK MEKTEBİNİN DOĞUŞU

Adliye Nezareti tarafından, nizamiye mahkemeleri için lüzumlu elemanları yetiştirmek ve onlara gerekli kanunlarla hukuk usul ve prensiplerini öğretmek üzere 2 Temmuz 1870 tarihinde "Kavanin ve Nizamat Dershanesi" oluşturuldu[32]. Hukuk mektebinin kuruluşunun ilk adımını teşkil eden bu dershane kısa vadeli bir çözüm getirse de giderek artan ihtiyacı karşılamakta yetersiz kaldı. Hukuk eğitiminin yüksek öğrenim seviyesindeki ilk oluşumu, 1874 kurulan "Mekteb-i Hukuk-ı Sultani"dir. 1880 de ise Adliye Nezareti'ne bağlı olarak "Mekteb-i Hukuk-ı Şahane" açıldı.

A. MEKTEB-İ SULTANİ BÜNYESİNDE HUKUK MEKTEBİNİN KURULMASI (MEKTEB-İ HUKUK-I SULTANİ)

Mekteb-i Sultani tarihinin dönüm noktalarından birisi okul bünyesinde "Darülfünun-ı Sultani" adıyla bir üniversitenin kurulmasıdır. Bundan önce Darülfünun kurma teşebbüsü, iki kez başarısız oldu[33]. Bu başarısızlıkta, Osmanlı'nın başlattığı yenilik sürecinin her kesimde farklı algılanmasının yarattığı sorunların ötesinde yüksek öğrenim seviyesine uygun öğrenci

[30] GİBB-BOWEN, s. 104-113; ANTEL, s. 441.

[31] 1854 yılında Süleymaniye cami civarında bir binada muallimhane-i nüvvap adıyla kadı yetiştirmek üzere bir okul açıldı. Bu okul kadı eğitimini klasik medrese eğitiminin dışına çıkardı; BOZKURT, Hukuk Eğitiminin Tarihçesi, s. 54.

[32] UNAT, s. 74.

[33] İlk teşebbüste Darülfünun 1845'te kurulan Geçici Maarif Meclisi'nde açılması kararlaştırılmış ancak bina inşa çalışmalarının gecikmesi nedeniyle bir türlü faaliyete geçirilemedi. 1863'te Darülfünun'da dersler halka açık olarak yapılmaya başlansa da iki sene sonra öğrenci mezun edemeden kapandı. İkinci teşebbüs ise 1 Eylül 1869'da Maarif-i Umumiye Nizamnamesi yayınlandıktan sonradır. Nizamnamede *"Darülfünun-ı Osmani"* adıyla bir üniversitenin açılması uygun görüldü ve Nizamnamenin, elli maddelik kısmı Darülfünun'a ayrıldı. Nizamnamede Darülfünun'un içinde hukuk bölümünün de bulunduğu üç şubeden oluşacağı beyan edilse de daha sonra ilan edilen ders programlarında ayrı şubelerin bulunmadığı, görülmektedir. Darülfunun'un kuruluşu adına yapılan bu ikinci girişim de kısa süreli oldu, eğitim öğretim iki yıl kadar devam etti ve sonrasında okul kapandı; İHSANOĞLU, İstanbul'da Darülfünun Kurma Teşebbüsleri, s. 397 vd.

bulunamayışı[34], maddi imkânların sınırlı oluşu, eğitim kadrosunun yetersizliği ve eğitimin idari açıdan hala düzenli bir sisteme bağlanmayışının daha etkili olduğu görüldü.

1873 yılında Galatasaray Sultani'sinin Gülhane'de bir binaya nakledilmesi üzerine[35] 20 Nisan 1874 tarihinde, Mekteb-i Sultani dâhilinde Mülkiye Mühendis Mektebi'nin kurulmasına dair iradeyle[36] ilk yüksek öğretimin kuruluşu gerçekleştirildi. Mülkiye Mühendis Mektebi'nin kuruluş çalışmaları devam ederken, 1874 senesi yazında, dönemin Maarif Nazırı Safvet Paşa[37], Mekteb-i Sultani'nin yeni müdürü Sava Paşa'ya[38] hukuk mektebinin de kurulmasını emretti. *"Safvet Paşa yazısında, daha önce Mekteb-i Sultani müfredatında Mecelle, Roma Hukuku ve Milletler Hukuku gibi dersler okutulduğunu, şimdi bu derslerin orta tedrisattan ayrılarak mektep dâhilinde, mezun olmuş diplomalı talebelere tahsis edilmek üzere bir hukuk mektebi kurulması gereğine değindi"[39]. Bununla birlikte o tarihlerde halen hukuk mektebinin ayrı bir bölüm olarak açılması yerine Mektebi Sultani içinde açılan sınıfa hukuk derslerinin okutulacağı bir sınıf eklenmesi ve böylelikle masrafların azaltılabileceği hususu tartışıldı[40]. Nihayet 1874 yılında Adliye Nezareti'nin memur gereksinimini karşılamak üzere, Mekteb-i Sultani içinde bir hukuk mektebi açıldı[41].*

---

[34] ERGİN, s. 453-460.

[35] Mekteb-i Sultani'nin Gülhane'ye nakli için gerekli olan masraf "tertibat-ı fevkalededen" karşılandı; BOA, *MF.MKT,* Nr. 12/42, 8 Temmuz 1873; BOA, *MF.MKT,* Nr. 13/23, 26 Eylül 1873; Sultani mektebine dönüştürülecek Gülhane'deki mektebin bazı kısımlarının tamiri gerektiği için hemen bir kalfa gönderilmesi uygun görüldü; BOA, *MF.MKT,* Nr. 11/125, 2 Temmuz 1873; *Engelhardt* Okulun Gülhane'ye nakledilmesini Fransız izlerinin silinmek istenmesi şeklinde yorumlamaktadır; ENGELHARDT, s. 320.

[36] BOA, *İ.DH*, Nr. 682/47568, 18 Nisan 1874 .

[37] Ahmed Cevdet Paşa'dan boşalan Maarif Nezareti'ne daha önce Maliye ve Adliye Nazırlığı, Şuray-ı Devlet azalığı, Maarif Meclisi azalığı gibi görevleri üstlenen Safvet Paşa atandı; BOA, *İ.DH*, Nr. 682/47561, 5 Nisan 1874.

[38] Fotyadi Efendi Sisam Beyliğine ve Sava Paşa Mekteb-i Sultani müdürlüğüne tayin edildi; BOA, *İ.DH*., Nr. 686/47801, 5 Haziran 1874.

[39] ENGİN, (agsfrance.free.fr/pdf/ darulfununusult).

[40] Avrupa'ya gönderilen Sanayi Mektebi öğrencilerinin geri çağrılmasından dolayı bunlara yıllık ödenen tahsisatla Mekteb-i Hukuk ve Mülkiye Mühendishanesi açmaktansa bu paranın bir kısmı ile Mekteb-i Sultani'de açılan sınıfa hukuk derslerinin okutulacağı bir sınıf daha ilave olunarak ders programlarının düzenlenmesi, ayrıca Avrupa'dan gelen öğrencilerin öğrendikleri sanatlarını Mekteb-i Sanayi'de icra etmek için tahsisat ayrılması düşünüldü; BOA, *MF.MKT,* Nr. 31/78, 14 Eylül 1875.

[41] BOZKURT, Hukuk Eğitiminin Tarihçesi, s. 55.

Hukuk mektebinin o dönemde ilk olarak Mekteb-i Sultani bünyesinde oluşturulması esasen bir tesadüf değildi. Her şeyden önce Safvet Paşa'nın da ifade ettiği gibi bir kısım hukuk dersleri zaten Mekteb-i Sultani müfredatında bulunmaktaydı[42]*. Hukuk mektebinin burada açılması masrafların azaltılması varolan alt yapının değerlendirilmesi anlamına gelmekteydi. Diğer taraftan gayrimüslim tebaanın koruyuculuğunu üstlenen devletlerin taleplerinden birisi de gayrimüslimlerin içinde olabileceği bir hukuk mektebinin açılmasıydı*[43]*. Osmanlı Devleti'nin hukuk alanındaki reformları da bu alanda eğitim verecek bir hukuk mektebinin açılmasını gerektiriyordu. Böylelikle hukuk mektebinin, Fransızların teşvikiyle oluşturulan*[44] *ve hocalarının bir kısmı yabancı olan bu okulda kurulması mantıklı görüldü.*

1. Mekteb-i Sultani Bünyesinde Kurulan Hukuk Mektebinin Nizamnamesi

Nizamnamenin başında mektebin kurulma gerekçesi, "*halkın davalarına bakılması ve hukukun korunması için mükellef kişilerin yetiştirilmesi ve burayı tamamlayanların Adliye Nezareti'nce çeşitli memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmesi"* olarak belirtildi. Mekteb-i Sultani bünyesinde kurulan hukuk mektebi nizamnamesinde[45] eğitim faaliyetleriyle ilgili çeşitli düzenlemeler yapıldı.

Her şeyden önce hukuk mektebine kayıt ve kabul olunacak öğrencilerin, Mekteb-i Sultani ile idadi mekteplerinden diploma almış olması gerekmekteydi. Dolayısıyla hukuk mektebi lise seviyesindeki Mekteb-i Sultani bünyesinde kurulsa da bir yüksek öğrenim kurumuydu.

---

[42] "*Mekteb-i Sultani 1873'de Galatasaray'dan Gülhane'ye nakledildiğinde, dönemin Maarif Nazırı Ahmed Cevdet Paşa, bu mektebin ileri sınıflarında "Mecelle" ve "Roma Hukuku"nun tedrisini sağladı. Böylece kurulacak hukuk mektebinin de ilk tohumları atıldı"*; İHSANOĞLU, Darülfünun, C. 1, s. 139-140.

[43] EKİNCİ, s. 39 vd.

[44] "*22 Şubat 1867 de Bâbıâli'ye bir muhtıra veren Fransa, Islahat Fermanı'nın ruhuna uygun hareket edilmesini istedi. Muhtırada daha çok eğitim alanında yapılması gerekli ıslahata üzerinde duruluyor ve lise seviyesinde okulların açılması tavsiye diliyordu. İstanbul'da Fransız Maarif sistemine göre bir lise açılması konusunda ilk resmi görüşmelere 15 Mart 18767 de Paris Sefiri Cemil Paşa ve Fransız Hariciye Nazırı Le Marquis de Moustier arasında başlandı. Bu konuda anlaşmaya varılarak Fransız desteği sağlandı. Fransızlar okulun lise seviyesinde olmasını, cins ve din farkı gözetilmeksizin öğrenci alınmasını, öğretimin Fransızca olmasını ve yönetiminde Fransız öğretmenlerin elinde bulunmasını istiyorlardı. Osmanlı devlet adamları ise öğretimin Türkçe yapılmasında ısrar ediyordu. Sonuçta Bâbıâli bazı derslerin Türkçe okutulması şartıyla Fransız teklifini kabul etti"*; TDVİA, s. 323-324.

[45] 25 Ocak 1876 tarihli nizamname için bkz. *Düstur*, I. Tertip, C. III, s. 438-448.

Mekteb-i Sultani ve İdadi mekteplerinden başka, İstanbul ve taşrada bulunan okullardan mezun olanlar arasında, söz konusu mektep öğrencilerinin seviyesinde bulunduğu sınav sonucu anlaşılanlar da doğrudan hukuk mektebinin birinci sınıfına kabul edilecekti. Bu sınavda başarı gösteremeyenler için ise eksikliklerini gidermeleri amacıyla Mekteb-i Sultani'de özel bir sınıf açılıp, stajyer sıfatıyla, bir veya iki yıl eğitim gördükten sonra, yapılan sınavdaki başarı durumlarına göre hukuk mektebinin birinci veya ikinci sınıfına devam etmesi düzenlendi[46].

Nizamnameye göre hukuk mektebine kabul edilen talebenin ismi, yaşı, ikametgâhı ve memleketi koçanlı defterlere yazılırdı. Öğrencilere kayıt olduklarına dair özel bir belge verilir ve bunlar, mektebin devamlı talebesi sayılırdı[47]. Mektepte okunacak derslere dışarıdan katılmak isteyenlerin, devam etme ve imtihana girme mecburiyetleri olmaz, bunlara diploma değil, öğretmenleri tarafından birer tasdikname verilirdi. Dersleri dışarıdan takip edenler ise kayıt altında tutulur ve bunlara da birer giriş belgesi verilirdi[48].

Devamlı öğrenciler, günlük işlenen derslere devam etmek, öğretmenler tarafından yöneltilen soruları cevaplandırmak ve senede dört defa belirli dönemlerde idareye müracaat edip "anskripsiyon" olarak ifade olunan kayıt pusulalarını almak ve sene sonu imtihanları ile eğitim sürelerinin sonunda "doktora" yani bitirme imtihanlarını sözlü ve yazılı olarak vermek zorundaydı[49].

Mektebin bütün öğretmenlerinde, öğrencilerin isimlerinin yazılı olduğu bir defter bulunur ve her gün, derslerin başlamasından önce, talebenin yoklaması alınıp gelmeyen öğrencilere işaret konulur, mevcut öğrencilere ise, sorulan sorulara verecekleri cevaplara göre not verilirdi. Öğretmenlerin herhangi bir öğrenci hakkında düşüncesi olursa, bunu mülahaza kısmında belirtip, dersler bittikten sonra bu defter, idareye teslim edilirdi[50].

Mektep özel kaleminde bulundurulması gereken defterlerden başka, altıncı maddede belirtildiği üzere, öğretmenler tarafından günlük olarak idareye verilen ders cetvellerindeki işaretlerin kaydı için bir de esas defter

[46] Aynı belge, (madde 1-2).

[47] Aynı belge, (madde 3)

[48] Aynı belge, (madde 4)

[49] Aynı belge, (madde 5)

[50] Aynı belge, (madde 6)

bulunurdu. Bu deftere öğrencilerin isimleri ile sınıfları ve okudukları dersler yazılır, öğretmenlerin işaretleri ile talebenin hal ve hareketleri konusunda idarenin görüşü kısaca kaydedilirdi[51].

Beşinci maddede belirtildiği üzere, öğrencilere belirli dönemlerde gereken kayıt pusulaları için esas defterde yazılı işaretlere bakılırdı. Buna göre, iki ay içinde geçerli bir engeli olmadan dört defa gelmeyenler ve öğretmenlerin sorularına sürekli yanlış cevap verenler veya hal veya hareketleri bozuk olanlar, anskripsiyon isteme hakkını kaybederdi. Yıl içinde gereken dört anskripsiyonu alamayanların yıl sonu imtihanına kabul edilmemeleri sebebinin esas defterin mülahaza kısmında gösterilmesi ve bu iki cezanın verilmesinde müdür ve diğer öğretmenlerin onaylarının da alınması öngörülürdü[52].

Ders dönemi boyunca öğretmenlerin sorduğu sorulara hakkıyla cevap verip anskripsiyonlarını tamamen alanlar ve bu esnada hal ve hareketleri iyi olanlar yılsonu imtihanına kabul edilirlerdi. Yılsonu imtihanı yazılı ve sözlü olup, imtihan zamanında müdür ve öğretmenler toplanarak öncelikle, yazılı imtihan evrakını kontrol ederler, geçerli kabul ettiklerine not verirlerdi. Daha sonra sözlü imtihanlara başlanırdı. Yazılı imtihanda başarılı olamayanlar, üç ay sonra tekrar imtihana girmek üzere cedvelden çıkarılırdı[53].

Hukuk mektebi müfredatı dört yıl içinde tamamlanırdı. Avrupa ülkelerindeki mekteplerde öğrenim süresi yedi ay ise de, öğretmenlerin öğrettiklerinden daha fazla yararlanabilme amacıyla hukuk mektebindeki eğitim için dokuz ay uygun görüldü. Bu sürenin sekiz ayı öğrenime, yirmi günü tekrara, on günü imtihanlara ayrılırdı[54].

Dört sene boyunca derslere devam eden ve her yıl dört defa kayıt yenileyerek yılsonlarında imtihanlarını başarıyla verebilenlerin, dördüncü yılın sonunda doktora yani bitirme imtihanına kabul edilmeleri öngörülürdü. Doktora yani bitirme sınavı, onuncu maddede gösterilen şartlara göre yazılı ve sözlü olarak yapıldığı için sınav sonunda, doktora adayı olan öğrenci ilmi bir mesele üzerine bir tez kaleme alıp konuyu, Maarif Nezaret temsilcileri, müdür ve öğretmenlerden oluşan bir kurulda savunur ve başarılı olduğu takdirde doktor unvanını alırdı[55].

[51] Aynı belge, (madde 7)

[52] Aynı belge, (madde 8)

[53] Aynı belge, (madde 9-10)

[54] Aynı belge,(madde 11-12)

[55] Aynı belge,(madde 13-14)

Doktora sınavında başarılı olamayan veya bitirme tezini yazamayanlar haklarını tamamen kaybetmez, bunlara doktoradan daha hafif bir imtihan yapılıp "lisansiye", yani mezuniyet unvanı verilirdi. Doktor unvanını kazananlar yargıç olarak devlet hizmetinde görev alabilir, lisansiye diploması alanlar ise ülkenin her tarafında dava vekilliği yapabilirdi[56].

Hukuk mektebine kaydedilen öğrencilerden öğrenimleri boyunca, kayıt yenileme işlemleri ve diploma için hiçbir ücret istenmez, yalnız dördüncü yıl sonunda hazırladıkları tezi kendi imkânları ile bastırırlardı[57].

Nizamnameye göre hukuk mektebinin müfredatında Fıkıh (İslâm hukuku), Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Medeni hukuk), Usûl-i Fıkıh (Fıkıh usulü), Hukuk-u Umumiye (Hukuk ilminin geçmiş dönemlerdeki durumunun kısaca gözden geçirilmesi), Kavanin ve Nizamat-ı Devlet-i Aliyye (Osmanlı Devleti'nin kanun ve nizamları), Roma Kavanini (Roma kanunları), Kanun-ı Ticaret (Ticaret kanunu, Usûl-i Muhakeme (Muhakeme usulü), Kanun-ı Ceza ve Usûl-ı İstintak (Ceza kanunu ve sorgulama usulü), Kavanin-i Bahriye (Denizcilik kanunları), Hukuk-ı Düvel ve Milel (Devletlerarası ve milletlerarası hukuk), Muahedat (Anlaşmalar), Ekonomi Politik (Servet-i milel veya iktisat) dersleri yer aldı[58].

Darülfünun'daki bu hukuk mektebinde ilk kez kapsamlı ve Batı'ya dönük bir hukuk programı izlendi. Eğitim büyük ölçüde yabancı ve Müslüman olmayan hocalar tarafından yürütüldü ve programda İslam hukukuna ilişkin derslere çok az yer verildi[59]. Bu nedenle de hukuk mektebindeki dersler Türkçe ve Fransızca olarak okutuldu[60].

2. **Hukuk Mektebinin Taşınma Meselesi, Eğitimine Ara Verilmesi ve Kapanması**

1876 yılında, Mekteb-i Sultani'nin Galatasaray binasına geri taşınması kararlaştırıldı dolayısıyla Darülfünun-ı Sultani'nin de aynı binaya gitmesi

[56] Aynı belge, (madde 15-16)

[57] Aynı belge, (madde 17)

[58] Aynı belge, (madde 18)

[59] TEKELİ-İLKİN, s. 183.

[60] Osman Nuri Ergin öğretim dilinin Türkçe ve Fransızca olmasını "*Bu devirlerde Türkçe yazılmış ve basılmış kitaplar olmadığı için 'kaffe-i ulum ve fununun lisan-ı resmimizde tedris olunmak üzere muktedir' muallimler ve müstevfa [yeterli ve dolgun olan] kitaplar husule gelinceye kadar Darulfünun-ı cedide talim ve taallumunun hem Türkçe, hem Fransızca cereyan etmesi kabul edilmişti."* şeklinde açıklamaktadır; ERGİN, s. 584.

gerekti[61]. O dönemde hukuk mektebinde tahsil gören Bâbıâli memurları bu fikre şiddetle karşı çıktı hatta hukuk mektebinin Darülfünun-ı Sultani'den ayrılarak Adliye dairesinde açılmasının daha uygun olacağını ileri sürdüler. Ancak Sava Paşa hukuk mektebinin Darülfünun'dan ayrılmasını istemedi ve sonuç olarak hukuk mektebi, Darülfünun-ı Sultani bünyesinde kalmaya devam etti[62].

1876-1877 döneminde hukuk mektebinde 61 öğrenci öğretim görmekteyken Osmanlı-Rus Savaşı'nın çıkması ve ülkenin mali krize girmesi nedeniyle, tasarrufa yönelik olarak Darülfünun-ı Sultani'de derslere son verildi[63]. Bu husus Meclis-i Mebusan'da tartışıldı ve hukuk mektebinin tasarruf nedeniyle mezun vermesine bir yıl kala lağv edilişi özellikle İstanbul milletvekili Sulidi Efendi tarafından şiddetle eleştirildi[64]. Sonuçta Sulidi Efendi'nin mektebin tekrar açılması yönündeki teklifi kabul gördü ve dönemin mektep müdürü tarafından gazetelere ilanlar verildi[65]. İlanlarda

[61] TDVİA, s. 325.

[62] "*Hukuk mektebinde ders veren muallimlerden bir kısmı Mekteb-i Sultani hocalarıdır ve bunların maaşlarına yapılan ufak bir zamla bu okulda ders vermeleri sağlanmıştır. Eğer hukuk mektebi ayrılır ise, yapılan bu zamla yetinmeyecekleri gibi, ek ders vermek için de vakitleri olmayacaktır. Mektebin taşınmasıyla birlikte okulun idari işlerini yürütecek yeni memurlara ihtiyaç duyulacaktır. Bunun da hazineye ek masraflar getirmesi kaçınılmazdır. Avrupa'nın birçok ülkesine tahsile giden talebeler döndüklerinde Türkçe'yi ve fıkıh ilmini bilemediklerinden mahkemelerde ve diğer hizmetlerde istihdam edilememektedirler. Bunun haricinde, tahsil esnasında kazandıkları kötü fikirlerle de devlete ve millete zararları dokunmaktadır. Hukuk mektebinin açılması ile bu gibilerin İstanbul'a gelip hukuk ilmini senelik 25-30 liraya yatılı olarak tahsil etmeleri sağlanmıştır. Zaten bu mektebin kuruluş sebeplerinden birisi de bu talebelerin ayağını ecnebi mekteplerinden kesmek idi. Eğer hukuk mektebi Galatasaray'dan ayrılırsa yatılı talebe kabul edilemeyecektir. Hukuk ile Turuk ve Maabir mekteplerine devam eden talebeler, birinci ve ikinci sene, aynı Avrupa üniversitelerinde olduğu gibi, Edebiyat Mektebi'nin derslerine devam etmektedirler. Eğer hukuk mektebi ayrı yerde olursa talebeler Galatasaray'da* verilmekte *olan Edebiyat Mektebi derslerini takipte zorluk çekeceklerdir. Mektebin ayrılmasını gidip-gelmenin zorluğundan isteyen memurlar ve diğerleri,* "İlim Çin'de bile olsa gidip öğreniniz" *hadis-i şerifine ters düşmektedirler"*; ENGİN, agsfrance.free.fr/pdf/ darulfununusult); İHSANOĞLU, Darülfünun, C. I, s. 150.

[63] Ergin bu dönemde Darülfünun'un tatilinde Sava Paşa'dan sonra Mekteb-i Sultani müdürlüğüne getirilen Ali Suavi'nin padişaha sunduğu "mektepte Müslim gayrimüslim öğrenci sayısının mukayesesi ve gayrimüslim muallimlerinin kanunsuz hareketlerinden" bahsettiği arızasının da etkili olduğunu belirtmektedir. İHSANOĞLU, Darülfünun, C. I, s. 144-145.

[64] İstanbul milletvekili Sulidi Efendi konuşmasında "*hukuk mektebi mutlak bir zarurettir. Devlet ilmi malumatı olan memurları şiddetle ihtiyacımız olan iyi hakimleri temin edecektir. Mahkemeler hukukun ne olduğunu bilir hakimlerimizin yokluğu yüzünden adaletin dağıtıldığı yer olmaktan çıkmış başka bir şey olmuştur. Binaenaleyh tahsillerini bitirmeye bir sene kalmış talebelere bu imkanı vermek için mektebin tekrar açılacağını ümid etmek isterim"* demiştir; Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi 1293=1877, Ellibeşinci inikad, s. 393.

[65] Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi 1293=1877, Ellibeşinci inikad, s. 393.

"*hukuk mektebinin kapanmadığı sinin-i sabıka misilli mah-i haziranın ahırında şakirdanın imtihanlarının icra olunacağı ve Sulidi Efendi dahi isteği doğrultusunda her sabah derslerine ve imtihana gelebileceği gazeteniz vasıtasıyla ilan olunur"* denildi[66]. Vakit gazetesindeki ilanda "*Mekteb-i Sultani derununda bulunan hukuk mektebinin yeniden açılmasına Maarif Nezaretince karar verildiği 16 Ekim pazartesi günü sabahı derslere başlanacağı ve eski talebelerin ve yeni kayıt yaptıracak olanların Galatasaray Mektebi kalemine müracaat etmesi"* istenildi[67]. Öğretime 28 Ekim 1878'de yeniden başlandı[68].

1880 yılında hukuk mektebinin ilk mezunları, biri Rum, biri Müslüman ve beşi de Ermeni olmak üzere toplam yedi talebeydi. Bunlar Sadık Bey, Hıristo Foridi, Torozyan, Uncuyan, Zoryan, Bezzazyan ve Bülbülyan Efendiler" di[69]. Bu dönemde Mekteb-i Sultani'nin eski müdürü Sava Paşa ve Belçika Sefareti Baş Tercümanı Mösyö Kalinos da hukuk mektebinde derslere başladı. 1881 yılında hukuk mektebinden lisansiye unvanı ile mezun olan altı öğrenci arasında Müslüman öğrenci bulunmamaktaydı. Bu öğrenciler pratik bilgilerini geliştirmeleri amacıyla, çeşitli mahkemelere tayin edildiler[70]. Aynı yıl Ohannes Karakaşyan adlı öğrenci ödünç konulu tezini Karşılaştırmalı Hukuk'a göre ele alıp değerlendirdi, tezini tamamlayıp jüri önünde savunarak ilk kez "hukuk doktoru" unvanını aldı[71].

1881 yılından sonra Darülfünun-ı Sultani'deki Hukuk ile Turuk ve Maabir Mekteplerinin faaliyetlerine rastlanmamaktadır. Nitekim gazete haberleri de bunu doğrulamaktadır. Bünyesinde Mühendislik ve Hukuk mekteplerini barındıran bu okul geçmişteki örneklerinden farklı olarak mezun verebildi ve 1881 yılında eğitim faaliyetlerini sonlandırdı. 1881 yılında Mekteb-i Sultani'deki hukuk mektebi, Adalet Nezareti'ne bağlı hukuk mektebinin açılışıyla öğrencileriyle birlikte buraya nakledildi[72].

---

[66] Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi 1293=1877, Ellibeşinci inikad, s. 393.

[67] *Vakit,* no. 1.079, 15 Şevval 1295/30 Eylül 1294, s. 4; İHSANOĞLU, Darülfünun, C. I, s. 151.

[68] İHSANOĞLU, Darulfünun Tarihçesine Giriş (II), s. 214.

[69] GEDİKLİ, s. 97.

[70] İHSANOĞLU, Darülfünun, C. I, s. 152-153; ENGİN, *agsfrance.free.fr/pdf/ darulfununu-sult);* GEDİKLİ, s. 97.

[71] AKMAN, s. 70-71.

[72] Mekteb-ı Sultani dahilindeki hukuk mektebinin, Adliye Nezareti'ne nakli hususunda, öğrenci ve muallimlerinin ne şekilde hareket edecekleri bildirildi; BOA, *MF.MKT,* Nr. 68/53, 5 Eylül 1881; Mekteb-i Sultani dahilindeki hukuk mektebinin talebelerinin Adliye'deki hukuk mektebine devam etmeleri kararlaştırıldı; BOA, *MF.MKT*, Nr. 70/5, 7 Eylül 1881; Mekteb-i Sultani bünyesindeki hukuk mektebinin Adliye'ye nakli konusunda imtihanların nasıl ve ne

B. 1878 TARİHLİ NİZAMNAMEYE GÖRE ADLİYE NEZARETİ'NE BAĞLI HUKUK MEKTEBİNİN KURULUŞU (MEKTEB-İ HUKUK-I ŞAHANE)

Darülfünun-i Sultani'deki hukuk mektebinden ayrı olarak artan ihtiyacı karşılamak üzere İstanbul'da bir hukuk mektebinin kurulması düşünüldü ve nihayet adli ve siyasi kanunların ve devletin hukuka ilişkin usul ve düzenlemelerinin eğitimi amacıyla Adliye Nezareti'ne bağlı bir hukuk mektebi kuruldu. Darülfünun Sultani'deki hukuk mektebinden ayrı bir hukuk mektebinin açılması gerek Maarif Meclisi'nde gerekse Şuray-ı Devlet'te yapılan görüşmelerle gündeme taşındı. 1878 yılında hukuk mektebi nizamnamesi hazırlanarak padişahın onayına sunuldu[73]. Bununla birlikte hukuk mektebinin öğrenci alması ve açılış töreni 1880 tarihinde gerçekleştirilebildi[74] ve aynı yıl içinde (1880-1881) eğitim ve öğretim faaliyetlerine başladı[75].

Dönemin Adliye Nazırı Ahmet Cevdet Paşa açılış gününde "*Efendilerim, ilm-i hukukun lüzum ve faidesi ve bizim buna ne mertebe muhtaç olduğumuz mâlûm ve müsellemdir. Dersaadette (İstanbul'da) bir hukuk mektebi küşadı (açılması) arzu olunuyordu. Divan-ı Ahkâmı Adliyenin teşkilinde bunun bir mertebe daha ehemmiyeti arttı… Efendiler, tahsil edeceğiniz ilmin kadri pek büyüktür. Biliyorsunuz ki hesap ve hendese ve kimya gibi ulum-u akliyeyi tâlim için peygamberler gelmedi ama kavanin-i şer'iyeyi telkin ve tebliği için peygamberler geldi. Bu babta başka delil iradına hâcet görmem"* sözleriyle hukuk eğitiminin önemini vurguladı[76].

1881 yılında Mektebi Sultani'deki hukuk mektebi de Adliye Nezareti'ne bağlı hukuk mektebine nakledilerek, iki hukuk mektebi birleştirildi[77]. Bu

zaman yapılacağı belirlendi; BOA, *MF.MKT* , Nr.70/50, 25 Eylül 1881.

[73] Bkz. Nizamname için *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 444-450.

[74] Mabeyn katibi Süreyya Adliye, Maarif, Nafia nazırları Adliye müsteşarı ve Paşaların katılımıyla bu tarihte resmi açılış yapıldı. Ayrıca açılışta hocalar, okul müdürü ve öğrenciler de hazır bulundu; BOA, *İ.DH*, Nr. 808/65344, 15 Haziran 1880.

[75] 1881 Mekteb-i Hukuk birinci sınıf talebesine Kanun-u Ticaret'le Hukuk-u Ticariye sonra da ikinci sınıf talebesine de Hukuk-u Düvel okuttu; PAKALIN, s. 102.

[76] BİLSEL, s. 82.

[77] Mekteb-ı Sultani dahilindeki hukuk mektebinin, Adliye Nezareti'ne nakli hususunda, öğrenci ve muallimlerinin ne şekilde hareket edecekleri bildirildi; BOA, *MF.MKT,* Nr. 68/53, 15 Eylül 1880; BOA, *MF.MKT*, Nr. 70/5, 7 Eylül 1881; BOA, *MF.MKT* , Nr. 70/50, 25 Eylül 1881; Galatasaray'da bulunan Maarif Nezareti'ne bağlı hukuk mektebi ile Adliye Nezareti'ne bağlı hukuk mektebinin birleştirilmesi hususu Meclis-i Mahsus'ta görüşüldü; BOA, *i.MMS,* Nr. 134/5728, 30 Ekim 1881.

nakille birlikte Sultani'deki hukuk talebelerinin yeni açılan hukuk mektebine devam etmeleri kararlaştırıldı[78].

Adliye dairesindeki hukuk mektebine 1883 tarihinde ayrı bir dershane inşa edildi[79] ve bu bina değişik tarihlerde tamir edilerek yenilendi. Daha sonraki yıllarda hukuk mektebinin lisan mektebinden boşalan binaya geçici olarak nakli görüşüldü ve bu bina Adliye Nezareti'ne devredildi.

1. 1878 Tarihli Hukuk Mektebi Nizamnamesi

Mekteb nizamnamesinde eğitimin, gündüz yapılması ve süresi de 3 yıl olarak düzenlendi. Buradan mezun olanların adliye teşkilatında istidam edilebileceği gibi istekli olanların deavi vekâletinde de görevlendirilebileceği belirtildi. Derslerin çeşidi değişken olmakla birlikte başlıcaları: "*Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, Arazi Kanunu, Tapu ve Emlak Nizamnameleri, Ceza Kanunu, Ticaret Beriye ve Bahriye Kanunları, Usulü Muhakeme Hukukiyesi ve Cezaiyyesi Kanunları, Usulü Tanzim Alam İlmi Hukuku Milel, Muamelatı Ecnebiyeye Müteallik Uhud ve Nizamat ve Mukavelat ve Fransızca Lisanı"*dır. Yıllık derslerin ise öğretmenler heyetince belirlenmesi, yeniden ilavesi gereken derslerin de yine bu heyetçe belirlenip listeye eklenmesi ve bunun Adliye Nezareti'nin tasdikiyle ilan edilmesi ifade edildi. Mektepteki eğitim dili ise Osmanlıca olarak belirlendi.

Mektebin örgün eğitiminin; cuma ve pazar günlerinde, resmi tatillerde ve sınavlardan sonraki bir ay ve mevsimin en hararetli zamanlarında tatil edileceği belirtildi.

Nizamnameye göre mektebin idare heyeti, bir müdür, bir müdür yardımcısı ve yeteri kadar görevliden oluşur ve bunlar Adliye Nezareti'nce tayin edilir ve yalnızca müdürün memuriyeti hakkında Padişah'ın buyruğu aranırdı. Müdürün görevleri, mektebin düzen ve intizamını ve öğrencilerin düzenli şekilde devamını sağlamak, mektebin malvarlığı ve eşyalarının muhasebesini tutmak, mektebin idaresiyle ilgili konularda yetkili öğretmenlerle müzakere edip kararları Adliye Nezareti'ne yazılı olarak beyan etmek, öğrencilerin mektebe kabulü için gerekli işlemleri yapmak ve diğer konularda mektebin iyi idaresine dikkat etmek şeklinde düzenlendi. Müdüre, kurallara uymayan ve adaba riayet göstermeyen öğrencileri, öğretmenlerin uyarısı üzerine yine

[78] BOA, *MF.MKT,* Nr. 70/5, 7 Eylül 1881.

[79] Daire-i Adliye'de bulunan hukuk mektebine dershane inşa edildi; BOA, *İ.ŞD*, Nr. 62/3591, 1 Ocak 1883.

tekrarlayanları; öğretmenler heyeti huzurunda uyarma yetkisi, mektepten kaydı silinmeyi gerektiren hareketlerde bulunan öğrenci için ise; öğretmenler heyeti ile müzakere ederek verilecek kararı Adliye Nezareti'nin izniyle icra edebilme yetkisi verildi. Müdür aynı zamanda her yılsonunda, o yıla ait durumu ve görevleri içinde kalmak kaydıyla gerekli gördüğü değişikliklere ilişkin, Adliye Nezareti'ne bir beyanname vermekle yükümlü kılındı.

Mektebe kabul için; *"Osmanlı tebaasından olmak, 18 yaşından aşağı bulunmamak, Osmanlı lisani üzerine kıraat ve hitabete sahip olmak, sarf ve nahiv ile mantık, coğrafya ve hesap bilmek, Osmanlı tarihi ve genelden bilgisi olmak ve iyi halk ve ashab-ı siretten olduklarına dair kabul gören ve güvenilir iki kişinin mühürlerini taşıyan kafeletnameyi taşıyor olmak"* şartları aranırdı. Mektebe gireceklerin ismi ve ikametlerini önceden mektep idaresine kayıt ettirmeleri gerektiği gibi bunların gerekli şartları taşıdığı, imtihan heyeti huzurunda belirlenmedikçe kabul edilmezdi. Her yıl bunlar dışında mektebe girmek isteyenler olursa öncelikle sınavda başarılı olanların tercih edilip kabul olunması düzenlendi.

Öğrencilerin imtihan usulü öğretmenler heyeti huzurunda hiçbir iltimas olmaksızın tamamlanması tarafsız ve hakkaniyetle her yıl belirlen zamanda yapılması, kabul edilenlerin isminin sınav heyetinin tutanağı ile öğrenci defterine kaydedilmesi ve mektebe devama yetkili olduklarına ilişkin koçanlı ve numaralı bir belge verilmesi ve bunun müdür tarafından mühürlenmesi gerekli görüldü. Mektebe alınacak öğrenci sayısının her yıl dersler başlamadan önce ilan edileceği ayrıca ifade edildi.

Özürsüz ve kesintisiz olarak sekiz gün mektebe devam etmeyen öğrenci mektebi terk etmiş sayılacaktı. Mektebe üç ay devam eden öğrencilerin ise öğretmenler tarafından verilecek birer devamlılık çizelgesi gereğince her üç ayın başındaki 15 gün içinde devamlarına ilişkin kayıtlarını onaylatması gerekli kılındı. Ders günlerinde hazır bulunan öğrencilerin öğretmenlerinin nezdindeki deftere imza atmaları düzenlendi. Öğrencilerin, mekteb kurallarına uyması zorunluydu ve aykırı harekette bulunanlara ilgili madde uyarınca işlem yapılacağı belirtildi. Öğrenciler, derslerin başlamasından önce 15 gün içinde isimlerini özel defterlerine kayıt ettirmekle mükellefti. Derslerin başlamasından sonra 10 gün içinde bunu yapmayanlar ve özürsüz olarak sırasıyla 3 defa derse gelmeyenler devamlılık tasdiknamesi alamayacaklardı.

Öğrencilere her sınıfta yılsonu sınavları ve üçüncü yılı tamamlayanlara da ayrı bir mezuniyet sınavı yapılmaktaydı. Sınıf imtihanları öğretmenler heyeti ve müdür tarafından, mezuniyet sınavının ise aleni olarak bu heyete

Adliye Nezareti'nden üç mümeyyiz ilave edilerek yapılması kararlaştırıldı. Her sınıfın yılsonu sınavının sadece o yılın derslerine ilişkin olması ve öğrencinin bu sınava girebilmesi için devamlılık tasdiknamesini ibraz etmesi zorunluydu. Birinci sınıf öğrencisi yılsonu sınavını vermedikçe ikinci sınıfın ilk üç ayı için devamlılık tasdiknamesi alamayacağı gibi ikinci sınıf öğrencisi de o yılın sınavlarını geçmedikçe üçüncü sınıfın ilk üç ayı boyunca devamlılık tasdiknamesine hak kazanmazdı. Üçüncü yıl sınavını veren öğrenci, 1. ve 2. yılın derslerinden yeniden sınava tabi tutulduktan sonra yazılı sınava girmeye hak kazanırdı. Bu yazılı, mezuniyete esas teşkil eder ve hukuki bir meselenin açıklanması ve kanun hükümlerinin uygulanması üzerine mütalaa ve incelemeye ilişkin bir layiha hazırlanması şeklinde yapılırdı. Bu layihalar sınav heyetince mütalaa edilirdi, kabule değer görülenlere müdür tarafından mülakat yapılırdı. Bu mülakatta başarılı olanlara; Adliye Nezareti'nin, sınav yetkililerinin, mektep müdürünün, öğretmenlerin tasdik ve imzalarıyla mezuniyet belgesi verilirdi. Sınavlarda dereceler üç kademe olarak belirlenirdi. En üst; "alüyül âla", orta; "âla, kötü ise; "karibül âla"dır. Sınav sonucu 3. dereceden aşağı olan öğrenci mezuniyete hak edemeyerek bulunduğu sınıfta bir sene daha eğitime mecbur tutulurdu. Layihası kabul görmeyenler veya layihanın içeriğiyle ilgili soruya yeterli cevap veremeyenlere sadece yılsonu şahadetnamesi verilirdi. Bu şahadetnamede müdür ve öğretmenlerin imzalarıyla ve mektebin mührü bulunurdu.

Osmanlı tebaasından olup yukarıda belirtilen derslerin dışında eğitim aldığına dair resmi belgeye sahip olanlar başvuru halinde, mektep tarafından ayrıca bir sınava tabi tutulmadan şahadetname alabilirlerdi.

Mektepten mezun olanlar nizamiye mahkemelerinde bir yıl üye olarak istihdam edildikten sonra Dersaadet ve vilayet mahkemesi üyeliğinde bulunabilir veya adliye hizmetinde kalabilirlerdi. Mezuniyet belgesini alan talebeden deavi vekâletinde bulunmak isteyenler nizamiye mahkemelerinde bir yıl çalıştıktan sonra vekâlet ruhsatnamesine de hak kazanabilirlerdi. Mezuniyet belgesini almayıp da yalnız 3. sınıf yılsonu sınavını vererek mektepten ayrılan öğrenci, nizamiye mahkemesi kaleminde ve sırasıyla mümeyyizliğinde istihdam edilirdi. Üç yılın sonunda mektep şahadetnamesi alamayanlar mahkeme memuriyetlerinde istihdam edilemez ve buradan mezun olmadıkça deavi vekâleti için ruhsatname alamazdı.

Nizamname hükümlerinin geçerliliğinin umumi maarif nizamnamesinin 80 ve 81. maddelerine uygun olarak Darülfünun Osmanlı hukuk şubesinin kuruluşuna kadar geçici olarak devam edeceği ancak hukuk mektebinden

mezun olan talebelerin burada belirtilen haklardan tamamen yararlanacağı hususu nizamnamede özel bir madde ile düzenlendi.

2. Mekteb-i Hukuk-ı Şahane'nin Gelişimi

1880 yılında kurulan ve günümüze dek gelen bu hukuk mektebinde eğitim kadrosunun Mektebi Sultani bünyesindeki hukuk mektebine oranla büyük ölçüde Türk'leştiği anlaşılmaktadır. Okulun eğitim kadrosunun hemen hemen hepsi bürokrasinin üst kademelerinden gelmekteydi. Hukuk mektebinin ünlü hocaları; Hasan Fehmi, Münif, Kostaki ve İbrahim Hakkı Paşalar ile Büyük Haydar, Ali Şahbaz, Mahmut Esad, Ömer Hilmi ve Ali Haydar Efendiler'di[80].

Açıldığı yıllarda *"Adliye Nazırı Ahmed Cevdet Paşa 'Hukuk muhakemeleri usulü', Maarif Nazırı Münif Paşa 'Methal-i İlm-i Hukuk', Nafia Nazırı Hasan Fehmi Paşa 'Ticaret Hukuku', Baş Müddeiumumi Kostaki Efendi 'Ceza Muhakemeleri Usulü', İsmail Bey 'Ceza hukuku', Sait Bey 'Roma Tarihi ve Fransızca', Ömer Hilmi Efendi 'Mecelle', Abdüssettar Efendi 'Arazi Hukuku' derslerini"* okutmuşlardı[81]. Daha sonraki yıllarda derslere Hukuk- Düvel ve Hukuk-ı İdare dersleri de eklendi[82]. 1901 yılında hukuk mektebi öğrencisi olan Celal Nuri Bey, yazılarında "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Ahkâm-ı Fıkhiye unvanı altında biraz Hukuk-ı Medeniye ve Ceza Kanunnâme-i Hümâyûn'u, Usûl-i Muhakemât-ı Cezaiye diye bir miktar ceza hukuku dersi"* gördüğünü ancak mektepte Hukuk-ı Esâsîye dersinin pek okutulmadığını aktarmaktaydı[83].

Ders programının içeriğinin belirlenmesinde o dönemlerde önemli tartışmalar yaşandı[84]. Özellikle II. Abdülhamid devrinde hukuk eğitimi

[80] Bkz. ERK, İstanbul 1954.

[81] İHSANOĞLU, Darülfünun, C. I, s. 154.

[82] TEKELİ-İLKİN, s. 184.

[83] *"Muallimlerden merhum Hakkı Paşa, derslerinde gümrükten mal kaçırırcasına az da olsa Hukuk-ı esâsîyeden bahsetmektedir. Hukuk-ı düvelin tedrisinde sakınca yoktur. Hukuk-ı idarede ancak usûl-i idare şeklinde ve hukuk noktaları dikkate alınmadan okutulmaktadır. Celâl Nuri, bu dersleri önemsiz bulduklarından, hukuk-ı medeniye, cezaiye ve ammeye dâir Paris Darülfünun'undan ders notları getirttiklerini ve bu şekilde ilmi müktesebat kazandıklarını belirtir"*; Celâl Nuri, s. 41-45.

[84] *"... önemli katkıları olan bundan dolayı birçok kişi tarafından ilerleme taraftarı olarak gösterilen Büyük Ali Haydar Efendi hakkında en önemli eleştiri, hukuk mektebinde Roma Hukuku dersinin çıkartılmasını istemesinden dolayıdır. Bu konuya Said Paşa, Hâtırât'ında su şekilde değinmektedir: "Gariptir ki... terakkî taraftarı bildiğimiz ulemâdan Ali Haydar Efendi bir gün nezdime gelip: -Hukuk mektebinde Roma Hukuku tedrîs olunuyor; haberiniz*

denetim altına alındı ve ders programına önemli müdahaleler yapıldı. Örneğin sakıncalı görülerek Münif Paşa'nın Medhal-i İlm-i Ulum dersi yasaklandı[85].

Hukuk mektebi Adliye Nezareti'ne bağlı olarak uzun yıllar eğitime devam ettikten sonra 1886 yılında malvarlığı ve gelirleriyle birlikte[86] Maarif Nezareti'nin idaresine devredildi[87]. Bununla birlikte hukuk mektebinin Adliye Nezareti'yle olan bağlantıları tamamen kopmadı. Örneğin iki nezaret arasında mezun öğrencilere diploma verilmesine ilişkin yazışmalar devam etti, okulu bitiren öğrencilerin dava vekili olarak veya başka alanlarda görevlendirilmesi ve okulu bitirenlerin sınava tabi tutulması gibi işlemler yine Adliye Nezareti'ne bırakıldı[88].

İlk hukuk mektebi Darülfünun'un bir şubesi olarak açıldı. Ancak Darülfünun'un normal bir gelişme gösterememesi yüzünden İkinci Meşrûtiyet dönemine kadar bağımsız bir okul olarak devam etti. Hukuk mektebinin Darülfünun'a bağlanması ise 1909 yılında gerçekleşebildi ve bu tarihte adı hukuk fakültesi olarak değiştirildi[89].

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nin özellikle Tanzimat'la birlikte her alanda yaşadığı değişimin etkilerinin belki de en çok hissedildiği alan hukuk alanıdır. Kanunlaştırma faaliyetleri ve yargı teşkilatındaki yenilikler, getirilen kuralların ve kurumların anlaşılmasında ve uygulanmasında acil olarak batı formunda yetişmiş hukukçulara ihtiyaç hissettirdi. Klasik eğitimin bu alanda yeterli olmaması mükellef kişilerin yetişmesini sağlayacak yeni eğitim

var mı? Tahkîk ve menetmelisiniz- zımnında ihtarda bulunmuş idi. Molla Hüsrev'in eydî-i ulemâda mütedâvil olan Mir'ât ve Mirkat'i Roma Usûl-i Hukuku'na mutâbakat etmiyor mu? Cevâbıyla muârızın ifâdesini geçiştirdim." Sait Paşa'nın bile Ali Haydar Efendi tarafından yapılan Roma Hukuku dersinin kaldırılması teklifine hayret ettiğini belirtmektedir. Oysaki bu ve benzeri teklifler dönemin uleması tarafından sürekli yapılmaktaydı. Ali Haydar Efendi gibi devrin en önemli aydınlarından birisinin böyle bir teklifi yapması gerçekten şaşırtıcı olmuştur. Zira o dönemde hukuk mektebinde Roma Hukuku ile mukayeseli olarak islenmesi İslam Hukuku'nun daha iyi anlaşılmasını sağlayabilmekteydi"; ÜNAL, s. 136.

[85] TEKELİ-İLKİN, s. 184.

[86] Maarif'e bağlanan hukuk mektebi için ihdas edilmiş olan bir takım varidatın da nezarete intikali Adliye Nezareti'ne bildirildi; BOA, *MF.MKT,* Nr. 92/82, 26 Kasım 1886.

[87] Vâridât ve masârifât-ı devletin husûl-ı tevazünü eshâbının müzâkeresine memur komisyon-ı mahsusdan tanzim edilen mazbatadaki, Adliye Nezâreti'ne bağlı olan hukuk mektebinin Maarif Nezâreti idâresine verilmesi hususu kabul edildi; BOA, *MV,* Nr. 13/42, 27 Ekim 1886.

[88] Hukuk mektebi bütünleme sınavında başarılı olan öğrencilere diplomalarının verildiğinin Adliye Nezareti'ne bildirildi; BOA, *MF.MKT,* Nr. 121/16, 18 Eylül 1890.

[89] İHSANOĞLU, Darülfünun, C. I, s. 156.

kurumlarını zorunlu kıldı. Böylelikle hukuk mekteplerinin doğuşu hızlandı ve gerçekleştirildi.

Yüksek öğrenim seviyesindeki ilk hukuk mektebinin o dönemde Mekteb-i Sultani bünyesinde açılması isabetliydi. Zira batıdan iktibas edilen kanunlara ilişkin eğitimin, batı dilinin kullanıldığı bu okulda başlatılması varolan alt yapının değerlendirilmesi ve en önemlisi eğitmen sorununun halli anlamına gelmekteydi. Hukuk-ı Sultani'de başlayan hukuk eğitimi, eğitimin oturup yerleşmesi için çok da zaman geçmeden ancak batı hukukunun giderek anlaşılması ve kabullenilmesi için yeterli bir zaman geçtikten sonra Adliye Nezareti bünyesindeki Mekteb-i Hukuk-ı Şahane'de devam ettirildi. 1886 da idaresi Marif Nezareti'ne devredilen Hukuk-ı Şahane'de, öğretim kadrosunun büyük oranda Türkleştiği, öğrenci portföyünün de renklendiği göze çarpmaktadır.

Hukuk-ı Şahane açılır açılmaz Darülfünun bünyesinde kurulan Hukuk-ı Sultani'nin buraya nakledilmesi ve hukuk eğitiminin uzun bir dönem Darülfunun'dan bağımsız olarak devam ettirilmesi ise oldukça ilginçtir.

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde kurulan ve günümüz hukuk eğitiminin temelini oluşturan hukuk mekteplerinin Türk hukuk tarihinde önemli bir yer teşkil ettiği kuşkusuzdur. Zira hukuku uygulayacak ehil kişileri yetiştiren bu kurumların batı hukukunun benimsenmesindeki katkıları da göz ardı edilmez.

KAYNAKLAR

Belgeler

BOA, *MF.MKT*, Nr.13/23.

BOA, *MF.MKT,* Nr. 11/125.

BOA, *MF.MKT,* Nr. 12/42.

BOA, *MF.MKT,* Nr. 121/16.

BOA, *MF.MKT*, Nr. 70/5.

BOA, *MF.MKT,* Nr. 92/82.

BOA, *MF.MKT,* Nr. 68/53.

BOA, *MV,* Nr. 13/42.

BOA, *MF.MKT,* Nr. 70/5.

BOA, *İ.DH*, Nr. 682/47561.

BOA, *MF.MKT,* Nr. 31/78.

BOA, *MF.MKT*, Nr. 70/50.

BOA, *İ.DH*, Nr. 808/65344.

BOA, *İ.DH*, Nr. 686/47801.

BOA, *İ.DH*, Nr. 682/47568.

BOA, *İ.ŞD*, Nr. 62/3591.

BOA, *i.MMS,* Nr. 134/5728.

Düstur, I. Tertip, C. III, s. 438-448.

Düstur, I. Tertip, C. IV, s. 444-450.

Kitap ve Makaleler

AHMED CEVDET PAŞA, Sultan Abdülhamid'e Arzlar, yay. Yusuf Halaçoğlu, İstanbul 2010.

AHMED CEVDET PAŞA, Tezâkir, yay. Cavid Baysun, C. 1, Ankara 1991.

AKMAN, Mehmet, "Türkiye'de Hukuk Alanında Yapılan İlk Doktora

Tezi", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, Sa. 1, Yıl 2006, s. 65-86.

AKYILDIZ, Ali, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform(1836-1856), İstanbul 1993.

ANTEL, Sadrettin Celâl, "Tanzimat ve Maarifi", Tanzimat 1, İstanbul 1999.

BELGESAY, Mustafa Reşit, "Tanzimat Ve Adliye Teşkilatı", Tanzimat 1, İstanbul 1999.

BERKES, Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, İstanbul 2002.

BİLGİŞ, Şevket Mehmedali, Türk Ticaret Hukuku Prensipleri, Ankara 1936.

BİRSEL, Cemil, "Öğrenirken ve Öğretirken Beraber" Ebül'ulâ Mardin'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1944, s. 23-109.

BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara 1996.

BOZKURT, Gülnihal, "Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi", Hukuk Öğretimi Sempozyumu, 13-14 Mayıs 1993, ed: Adnan Güriz, Ankara 1993, s. 51-70.

Celâl Nuri, "Fenn-i Hukuktaki İnkılâb Hakkında Musahebe", Ceride-i Adliye, Sene. 1, Sa. 1,Ocak 1922.

CİN, Halil-AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Ba. 4, Konya 2011.

DAVISON, H. Roderic, Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform 1856-1876, çev. Osman Akınhay, C. 2. İstanbul 1997.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası, İstanbul 2004.

ENGELHARDT, Tanzimat ve Türkiye, çev. Ali Reşad, İstanbul 1999.

ENGİN, Vahdettin,"Mekteb-i Sultani Bünyesi'nde Darulfünun-ı Sultani'nin (Galatasaray Üniversitesi) Kurulması", (agsfrance.free.fr/pdf/darulfununusult), 20.11.2011.

ERGİN, Osman, Türkiye Maarif Tarihi, C. II, İstanbul 1940.

ERK, H. Basri, Meşhur Türk Hukukçuları, İstanbul 1954.

GEDİKLİ, Fethi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?, ÜHFM, C. LXIX, Sa. 1 - 2, İstanbul 2011, s. 91-104.

GİBB, H.A.R-BOWEN, Horold, Islamic Society and the West, London 1957.

İHSANOĞLU, Ekmeleddin , "Darulfünun Tarihçesine Giriş (II) Üçüncü Teşebbüs: Darulfünun-ı Sultani", Belleten, LVII/218, Nisan 1993, s. 699-738.

İHSANOĞLU, Ekmeleddin, Darülfünun, C. I, İstanbul 2010.

İHSANOĞLU, Ekmeleddin, "Tanzimat Döneminde İstanbul'da Darülfünun Kurma Teşebbüsleri", 150. Yılında Tanzimat, haz. Hakkı Dursun Yıldız, Ankara 1992.

KOÇER, Hasan Ali, Türkiye'de Modern Eğitimin Doğuşu ve Gelişimi (1773-1923), İstanbul, 1991.

KUBALI, H.Nail, XIX. Yüzyılın Sonlarından İtibaren, Türkiye'de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünü, İstanbul 1973.

LEWİS, Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, çev. Metin Kıratlı, Ankara 1970.

Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi 1293=1877, haz. Hakkı Tarık US, İstanbul 1939.

OĞUZ, Arzu, "Türk Medenî Hukuku'nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü", AÜHFD, C. 55, Sa. 1, 2006, s. 195-205.

ÖZTUNA, Yılmaz, Tanzimat Paşaları Ali ve Fuad Paşalar, İstanbul 2006.

ÖZSUNAY, Ergun. Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul 1976.

PAKALIN, M. Zeki, Sicill-i Osmani Zeyli, VIII, TTK, Ankara 2008.

SADRAZAM ALİ PAŞA, Hayatı, Zamanı ve Siyasi Vasiyetnamesi, yay. Fuat Andıç-Süphan Andıç, İstanbul 2000.

TANER Tahir, "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", Tanzimat 1, İstanbul 1999.

TDVİA, "Mekteb-i Sultani", C. 13, İstanbul 1996.

TEKELİ, İlhan-İLKİN Selim, Osmanlı İmparatorluğu'nda Eğitim ve

Bilgi Üretim Sisteminin Oluşumu ve Dönüşümü, Ankara 1993.

UNAT, Faik Reşid, Türkiye Eğitim Sisteminin Gelişmesine Tarihi Bir Bakış, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1964.

ÜNAL, Uğur, "Osmanlı Hukukçularından Büyük Ali Haydar Efendi (1837-1903) Hayatı ve Çalışmaları", AÜDTCF Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C. 26, Sa. 41, 2007, s. 131-143.(www. dergiler.ankara.edu.tr.), 28.03. 2012.

VELDET, Hıfzı, Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat 1, İstanbul 1999.

YOLALICI, M. Emin, "Maarif Salnamelerine Göre Trabzon Vilayeti'nde Eğitim ve Öğretim Kurumları", OTAM, Sa. 5, Ankara 1994, s. 435-473.

YOLALICI M. Emin, "XIX. Yüzyıl ve Sonrası Osmanlı Devleti'nde Eğitim ve Öğretim Kurumları", Osmanlı, V. Ankara 1999, s. 281-296.

MODERN HUKUK VE İSLAM'DA VATANDAŞLIK KAVRAMININ HUKUKÎ TEMELİ

Ali Aslan TOPÇUOĞLU*

ÖZET

Bir kişinin belirli devlete aidiyetini ifade eden vatandaşlık kavramının hukukî temelinin ne olması gerektiği hususu ilk çağlardan itibaren toplumların meşgul oldukları konulardan birini oluşturmaktadır. Nitekim vatandaşlık kavramının tarihi gelişim süreci olarak ilk çağlarda din, vatandaşı yabancıdan ayıran en önemli faktör olmuş ve bu vatandaşlık vasfı, genellikle doğum yolu ile babadan çocuğa intikal etmiştir. "kan esası" na dayalı bu vatandaşlık anlayışından kesin olarak vazgeçilmesi, üç-dört yüzyıllık bir zamanı almıştır. Orta çağda da vatandaşlık, feodalite felsefesine uygun olarak toprağa bağlılığın bir ifadesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Aslında bu devirlerde şahsın, doğduğu toprağın senyörüne bağlılığı, vatandaşlığın temelini teşkil etmiştir. Bu nedenle ilk devirlerde sadece "kan esası" na göre kazanılan vatandaşlık, "toprak esası"na bağlanmıştır.

İslâm hukuku literatüründe ise vatandaşlık anlamında bir kavram bulunmamaktadır. Ancak ilk dönemlerde bu kavramı ifade eden, "ehlüdâri'l-İslâm" veya "ehludârinâ", sonraki kaynaklarda ise "tabiîyet" veya"cinsiyye" terimleri, devlete siyasî ve hukukî olarak bağlı bulunan insanları ifade etmek için kullanılmıştır. Modern devlet anlayışıyla kavramsal nitelikte çok daha belirginlik kazanmış olan vatandaşlık anlayışı, belirli bir tarihi gelişim sürecinden geçerek bugünkü halini almıştır.

Anahtar Kelimeler: *Hukuk, İslam Hukuku, Roma Hukuku, Devlet, Vatandaşlık*

THE LEGAL BASIS OF THE CONCEPT OF CITIZENSHIP IN MODERN LAW AND ISLAM

ABSTRACT

The matter what the legal basis of the concept of citizenship expressing one's belonging to a particular state must be constitutes one of the subjects that societies have dealt with since ancient times. Hence, the religion in ancient times as the historical development process of the concept of citizenship has become the most important factor distinguishing the citizen from the foreigner, and this quality of citizenship has generally transmitted from father to child through birth. Abandoning

* Yrd. Doç. Dr., Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı/ aatopcuoglu@hotmail.com

definitely this understanding of citizenship based on "blood tie" has taken three or four centuries. Citizenship in the Middle Ages emerged as an expression of loyalty to the land in accordance with the feudal philosophy. Indeed, in these ages the loyalty of the person to the master of the land, in which he was born, constituted the basis of citizenship. Thus, the citizenship obtained through only "blood tie" in early periods was transferred to "land tie".

In the literature of Islamic law, there is not a concept meaning citizenship. Yet, the terms "ehlüdâri'l-İslam" or "ehludarinâ" expressing this concept in early periods, "tabiîyet" or "cinsiyye" in later sources were used to express those who were politically or legally tied to the state. Understanding of citizenship, which has got more prominence in the conceptual context through the understanding of modern state, has taken its current form passing through a particular historical development process.

Key Words: *Law, İslamicLaw, Roman Law, State, Citizenship*

GİRİŞ

Vatandaşlık, bir kişinin belirli bir devlete aidiyetini ifade eder. Bir devletin vatandaşlığına sahip olan kişi, vatandaşı olduğu devletin hakimiyeti altına girer ve o devletin hukukî korumasını elde eder. Aynı zamanda vatandaşlık kişiyi, vatandaşlığına sahip bulunduğu devletin nazarında da diğer devletin vatandaşı olan "*yabancılardan"* ya da hiçbir devletin vatandaşlığına sahip bulunmayan *"vatansızlardan"* ayıran hukukî bir durumdur[1]. Vatandaşlık devletin varlığı ile beraber, devletin vazgeçilmez bir unsuru olarak kendisini kabul ettirmiştir. Ülkeden ülkeye kişilerin hareket serbestisini kabul eden modern anlayışın tesiriyle, ilk olarak geçen asırda "devlete ait olanlar" ile devlete yabancı olanlar" durumunu düzenlemek zarureti hissedilmiştir. Nitekim 18. yüzyılın sonlarında ve 19. yüzyılın başlarında vatandaşlık, kanunî düzenlemelerin konusu olarak ele alınmıştır. Bunun sonucunda da vatandaşlığın manası bugünkü hukukî hayatta kullanıldığı şekilde teşekkül etmiştir[2].

Vatandaşlığın bir şahısla bir devlet arasında mevcut bir bağ olması yönüyle[3], her toplumun, sahip olduğu düzen gereği kimin kendi hukuk

[1] ERDEM, s. 3.

[2] NOMER, s. 4.

[3] FİŞEK, *Vatandaşlık,* s. 3.

nizamına ait bulunduğu ve kimlerin toplumun kaderinde söz söyleme hakkına sahip olacağı meselelerini çözmek zorundadır. Bu bakımdan vatandaşlık bir şahıs topluluğunun bir ülkede bir hukuk düzenine göre yaşamaya başlamasıyla birlikte ortaya çıkmış bir kavramdır[4]. Bu kavramın devlet kadar eski bir mefhum olması tabiidir. Fakat ilk devirlerdeki vatandaşlık kavramı ile bugünkü vatandaşlık kavramı arasındaki fark, ilk devletlerle bugünkü devletlerin bünyeleri arasındaki farktan daha büyüktür[5].

A.Vatandaşlık Kavramının Tarihi Gelişimi

1. Genel Olarak

Bir şahısla bir devlet arasında mevcut bir bağın söz konusu edilemeyeceği eski çağlarda ferdin, toplumun çekirdeğini oluşturan ailelerin birleşmesiyle gelişen topluluklara katılabilmesinde din veya ırk gibi faktörler önemli rol oynamıştır[6]. Nitekim bu topluluklarda, dinî törene katılmaya yetkili olan fertler, toplumun üyesi sayılmıştır[7]. Örneğin; Atina ve Roma'da vatandaşlık hukukî olmaktan çok, dinî bir mahiyet arzetmiştir. Dolayısıyla sitenin dinî törenine katılmaya yetkili olan şahıslar, vatandaş sayılmışlardır[8]. Bu devirlerde vatandaşlığın dinî vasfı o kadar açıktır ki örneğin; Isparta'da[9] kendi kusurları olmasa bile ibadete katılmayanlar, vatandaş vasfını derhal kaybetmekteydiler. Bu anlayış doğrultusunda ilk çağlardaki vatandaşı tarif etmek gerekirse, *"vatandaş, sitenin dinine sahip olan şahıstır"* demek yerinde olur[10].

Söz konusu bu dönemlerde din, vatandaşı yabancıdan ayıran en önemli faktör olmuştur. Bu vatandaşlık vasfı, genellikle doğum yolu ile babadan çocuğa intikal etmiştir[11]. Aslında bir yabancının vatandaşlığa alınması, ilk devirlerde çok nadir olmuştur. Çünkü bir yabancıyı vatandaşlığa almak, onun dinî törene katılmasına izin anlamına geliyordu ki bu, ilahlara karşı bir

---

4 NOMER, s.5.

5 FİŞEK, *Vatandaşlık,* s. 3.

6 ULUOCAK, s. 1.

7 GÖĞER, s.14; AYBAY, s.6.

8 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 3.

9 Isparta veya Sparta, yeni Yunanca'da Sparti, Yunanistan'da Peloponnesos Yarımadasının güney doğusunda, Eurotaş ırmağının sağ yakasında yer alan Lakonia İlinin (nomos) idare merkezi kent. Bkz. *AnaBritanica Genel Kültür Ansiklopedisi*, XIX, 590; *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, XXI, 10747; *Meydan Larousse*, VI, 140.

10 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s.3.

11 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s.4; GÖĞER, s. 14.

saygısızlık ve küfür sayılmıştır[12]. Bu açıdan *"kan esası"*, ilkel toplumlarda vatandaş olabilmenin ölçütü olmuştur[13]. Ancak "*kan esası",* özellikle site hayatının ihtiyaçlarına uygun düşmemiştir. Site nüfusu arasında doğum ile vatandaş vasfını kazanamayanlar çoğunlukta kalmıştır. Örneğin, milattan önce ikinci yüzyılda Atina'da "*kan esası"*na dayanarak site vatandaşı olanların sayısı yirmi bin civarındadır. Buna karşın aynı tarihteki Atina'nın genel nüfusu yarım milyon dolayındadır. Bu gerçek, Yunan sitelerini ve Roma Devleti'ni "*kan esası"* dışındaki nedenlerle topluma üye olunabilmesi yani insanlar arasında hukukî eşitliğin sağlanabilmesi imkânlarını araştırmaya yöneltmiştir[14].

*"Kan esası"*ndan kesin olarak vazgeçilmesi, üç-dört yüzyıllık bir zamanı almıştır. Milattan sonra 212 yılında çıkarılan ve *"Constitutio Antonia" (veya lexAntoniniano de civitate)* adı ile bilinen *"emirnâme"* ile *"kan esası"* yerine *"toprak esası"* benimsenmiştir[15]. İmparator Caracalla[16]'nın çıkardığı bu emirnâme, modern vatandaşlık konularına geçişin başlangıç noktasını meydana getirmektedir. Buradaki *"toprak esası",* ikametgâha dayandırılmış ve buna bağlı olarak sürekli ikametgâhı ülkede bulunan herkes, Roma vatandaşı olmuştur[17]. "*Toprak esası"* zamanla gelişmiş ve ikâmet dışında doğum olgusuna da yer vermiştir. Dolayısıyla kişi, ülkesinde doğduğu devletin vatandaşlığını elde etmiştir. Bu nedenle *"toprak esası"* ikili bir yön kazanmıştır[18].

Orta çağda da vatandaşlık, feodalite'[19] felsefesine uygun olarak toprağa bağlılığın bir ifadesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Aslında bu devirlerde şahsın, doğduğu toprağın senyörüne[20] bağlılığı, vatandaşlığın temelini teşkil etmiştir.

[12] YÖRÜK, s. 117.

[13] SEVİĞ, s. 66; GÖĞER, s. 14.

[14] GÖĞER, s. 14.

[15] GÖĞER, s. 14. Ayrıca bkz. KOSCHAKER, s. 11, 79; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 151.

[16] Bu yalnız bir lakaptır. Asıl ismi Antoninus'dur. Bkz. KOSCHAKER, s. 11.

[17] GÖĞER, s. 14; KOSCHAKER, s. 11; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 151.

[18] GÖĞER, s. 14.

[19] Feodalite, Batı Avrupa'da IX, Yüzyıldan XIII. Yüzyıla kadar süren ve temelde fief'lik yapısına dayanan siyasal ve toplumsal düzene verilen ad. Bkz. *Meydan Larousse*, III, 569; *Büyük Larousse*, VI, 3058. Ayrıca bu kavram, derebeylik olarak da bilinir. Bkz. *Ana Britanica*, VII, 160. Fief: eskiden bir vasala bir senyörün verdiği toprak ya da bir başka mal. Bkz. *Büyük Larousse*VIII, 4092. Vasal: bir Senyöre sadakat ve görev borcuyla bağlı kimse. Bkz. *Büyük Larousse*, XXIII, 12114.

[20] Senyör; Mülk sahibi feodal. Bkz. *Meydan Larousse*, XI, 188. Ayrıca toprağı olan derebeyi veya Eski Fransa'da yüksek bir mevkisi olan soylu. Bkz. *Büyük Larousse*, XX, 10364.

Hakimiyet mefhumunun vatandaşlık mefhumuna müdahalesi bu devirde başlamış, böylelikle ilk devirlerde sadece "kan esası"na göre kazanılan vatandaşlık, mutlak denilebilecek bir surette "*toprak esası"*na bağlanmıştır. Bu durum, modern zamanlara kadar da devam etmiştir[21]. Feodalitenin zayıflaması ve monarşilerin güçlenmesi neticesinde de vatandaşlık, kralın şahsına bağlılık hâlini almıştır. Ancak devletlerarası ilişkilerin gittikçe gelişmesinin zarurî bir neticesi olarak, vatandaş ile yabancının tâbi tutuldukları muâmele arasındaki farklar da hafifletilmiştir. Bununla birlikte, devletlerin dinî bağlardan sıyrılarak bugünkü devlet anlayışına uygun bir hale girmesi ile vatandaşlık mefhumu da günümüzdeki şeklini almaya başlamıştır[22].

Eski hukuk sistemlerinde fazla önemli bir unsur gibi görünmeyen vatandaşlık, 1789 Fransız İhtilâlinden sonra milliyet kavramı ile yakın ilişkisi nedeniyle üzerinde durulan bir konu olmuştur[23].19. yüzyıldan itibaren de hukuk düzenlemelerinde vatandaşlığa, modern anlamda bir kavram niteliği ile yer verilmeye başlanmıştır[24]. Örneğin, *Erdoğan Göğer, "1842 tarihli Prusya Vatandaşlık Kanunu'nda, "vatandaşlık" deyiminin modern anlamda kullanıldığı ve bu konuda ifadesini bulan prensiplerin günümüz vatandaşlık kanunlarında da geçerli olduğunu ifade etmiştir"*[25].

Bu faktörlerin yanı sıra, Avrupa ülkelerinin çoğunda mecburî askerlik hizmetinin kabul edilmesi, kimin vatandaş kimin yabancı sayılacağı meselesinin kesin olarak tespitinin gereğini o zamana kadar hissedilmemiş bir ciddiyetle ortaya çıkarmıştır[26]. Diğer taraftan Fransız Medeni Kanunu'nun kabulü ile başlayan şahsın milli kanuna tabi olabilmesi için onun vatandaşlığının tereddüte meydan vermeyecek şekilde tespit edilmesini gerekli kılmıştır[27]. Bu gibi sebepler dolayısıyla, 19. yüzyılın sonlarında bütün medenî ülkeler, vatandaşlık meselelerini açık şekilde hükme bağlayan kanunlar neşretmişlerdir[28]. Buna bağlı olarak da vatandaşlığın manası bugünkü hukukî hayatta kullanıldığı şekilde ortaya çıkmıştır[29].

---

21 ALTUĞ, Yılmaz, *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul, 1973, s. 15.

22 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 4.

23 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s.4; ALTUĞ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 9.

24 ULUOCAK, s.1.

25 GÖĞER, s. 15.

26 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 4.

27 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 5.

28 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 5.

29 NOMER, s. 3.

2. İslâm Ülkelerinde

a. 1869 Tarihli Tâbiîyeti Osmaniye Kanunnâmesi Öncesi

Devlet haline gelmiş her toplulukta bir *"vatandaşlık"* statüsü bulunması sebebiyle İslâm hukukunda da bir vatandaşlık statüsünün bulunması tabiîdir. Hz. Muhammed tarafından Medine'de kurulan site devleti, ilk İslâm devleti kabul edilir. Ancak o zaman devletin sınırları, bugünkü anlamda titizlikle çizilmediğinden ve korunmadığından, ülkeye giren - çıkan vatandaşlar tabirini bugünkü manada anlamak mümkün olmamıştır[30]. Diğer taraftan Medine Devleti'nin kuruluşu, İslâm'ın yayılmaya başlamasının öncesine rastlamaktır. Bu sırada, İslâm'ın yayılması ve insanlara tebliği, başlıca amaç kabul edildiği için insanlar arasında *"vatandaş-yabancı"* değil *"Müslüman-gayrimüslim"* ayrımının yapılması daha doğru kabul edilmiştir[31].

Bu bağlamda vatandaşlık, İslâm ülkelerinde uzun zaman dinî esaslara bağlı kalmıştır. Kur'an'ın inanç ve ahlâkî yönleri yansıra hukukî ilkeleri de vardır. İslâmiyet'in din ile devleti birbirine sıkı bağlarla bağlayan devlet telakkisi münasebetiyle[32], İslâm'da din ve vatandaşlık kavramları içiçe girmiş, tüm Müslümanlar nerede olursa olsunlar tek, aynı İslâm ümmetine[33] mensup sayılmışlardır.[34]Burada ümmet kavramı belli bir ülkeye değil, belli bir dine bağlılıkla oluştuğu için bugünkü anlamda vatandaşlık kavramından farklı bir yapıya sahiptir. Yani İslâm devleti vatandaşlığını oluşturan; müşterek ülke, dil, renk, doğum unsurları değil, inanç ve İslâm hükümlerini benimsemedir[35].

Emevîler ve özellikle Abbasîler döneminde devlet mefhumu, fiilîyatta yerleşmiş ve komşularla temaslar bugünkü şekline yaklaşmış olduğundan vatandaşlık statüsü de biraz daha açık biçimde ortaya çıkmaya başlamıştır[36]. Nitekim hicri beşinci asrın ortalarından itibaren Abbasîlerin zayıflaması ile henüz vatandaşlık mefhumu değilse bile, milliyet hisleri doğmaya ve müstakil, birbirinden farklı Müslüman devletler kurulmaya başlamıştır. Aşağı yukarı bugünkü İran'ın olduğu yerde, Samaniler ve Gaznelîlerle başlayan

[30] ARMAĞAN, s.191.

[31] ARMAĞAN, s.191.

[32] FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 5.

[33] Kaynağını Kur'an'dan alan(Al-i İmran, 110). Ümmet kavramı, belli vasıfta inanan insanlardan oluşan ve sorumlulukları tayin ve tespit edilen bir topluluktur. Bu grup aynı zamanda kamu menfaati adına hareket eden bir hisbe teşkilatı vazifesi görmektedir. Bkz. KÖSE, s.204.

[34] TURNAGİL, s. 81.

[35] BOZKURT, s. 148. Ayrıca, bkz. HAMİDULLAH, *İslâm'da Devleti İdaresi*, s. 392.

[36] ARMAĞAN, s.191.

bu hareket, müteakip asırlarda bir çok Müslüman devletin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Fakat bütün bu gelişmelere rağmen bu dönemde, vatandaşlık ve yerli ile yabancı arasındaki farklar henüz doğmamıştır[37]. Zaten modern şekilde vatandaşlık statüsünün düzenlenmesi, 18. yüzyılın sonlarında ve 19. yüzyılın başlarında kanuni bir düzenlemenin konusu olarak ele alınmıştır[38].

Erdoğan Göğer'in tespitine göre, *"Osmanlı Devleti de, Roma Hukuku'ndan gelen ve 18. yüzyılın sonlarına kadar izlerine rastlanan ve ikametgâha dayanan "toprak esası"nın etkisi altında kalmıştır"*[39]. İslâm dini nedeniyle devletin beşerî unsuru, Müslüman ve gayrimüslim olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Müslümanlar, dünyanın neresinde olursa olsun, Müslüman olmalarından dolayı, İslâm ülkesinin vatandaşıdırlar. Zimmîler[40] de zimmet anlaşmasının şartlarına uydukları sürece, İslâm ülkesinin kanunlarına tabi olmayı kabul ettiklerinden zimmet akdi gereğince İslâm ülkesinin vatandaşı sayılırlar. Müste'menler[41] ise İslâm ülkesinde yabancı statüsündedirler ve *ehlüdâri'l- harb* diye yahut harbî şeklinde de anılırlar.[42]

Tanzimat öncesi bütün Osmanlı Kanunnâmelerinde bu tabirleri görmek mümkündür[43]. Bu bilgilerden hareketle denilebilir ki, Osmanlı hâkimiyeti altında yaşayan insanlar Osmanlı tebaasıdır. Osmanlı eşlerinin çocukları da, ülkede yaşamaları kaydıyla Osmanlıdır. Buna göre daimî ikametgâhı Osmanlı ülkesinde olan gayrimüslimler ise gayrimüslim tebaadır. Kişinin tebaa olabilmesinin kriteri, ülkede ikâmettir. Bu açıdan Osmanlı Devleti'nin tutumu batının vatandaşlık için feodalite devrinde benimsemiş olduğu ikâmet esasına uygundur. Ancak "*toprak esası",* özellikle 18. yüzyılın sonlarında ihtiyacı karşılayamaz hale gelmiştir[44].

---

37 FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 5.

38 NOMER, s.4.

39 GÖĞER, s.14.

40 İslâm hukuku literatüründe anlaşma gereği İslâm devletinin vatandaşı olma hakkını kazanan gayrimüslimleri ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Bkz. SERÂHSÎ, *Şerhu's-Siyeri'l-Kebir*, I, 252.

41 İslam ülkesi vatandaşı olmayıp geçici bir süre için izinli olarak İslâm ülkesinde bulunan yabancılardır. Bkz. MERGİNÂNÎ, II, 445-446.

42 ZEYDAN, s. 22; KARAMAN, III, 247.

43 CİN-AKGÜNDÜZ, II, 335.

44 GÖĞER, s. 14.-15.

b. 1869 Tarihli Tâbiîyeti Osmaniye Kanunnâmesi ve Sonrası

İslâm devletlerinde müşterek olan vatandaşlık anlayışı, Osmanlı Devleti'nin son devirlerine kadar değişmemiştir. Ancak Tanzimatla birlikte batıdaki gelişmelere paralel olarak, dil ve ırk bakımdan farklı olan Müslüman guruplarında milliyet hissinin ve millet-devlet fikrinin doğması ve kuvvetlenmesi, dinî düşünceden sıyrılmış bir vatandaşlık anlayışının İslâm ülkelerinde de yer almasına sebep olmuştur[45].Bu süreçte Osmanlı Devleti 'nde *Ra'iyye, Müslim, zimmî ve harbî* tabirleri yavaş yavaş terk edilmeye başlanmış ve yerlerini *tebe'a-i Devlet-i Aliyye* ve *ecnebî* gibi kavramlara bırakmıştır.[46]Bu dönemde Osmanlı Devleti, Prusya Vatandaşlık Kânunu'nu ile başlayan süreci yakından takip etmiş[47]ve buna bağlı olarak 1869 yılında, 1851 tarihli Fransız Vatandaşlık Kanunu'nun etkisiyle *"Tâbiîyeti Osmaniye Kanunnâmesi"*ni neşretmiştir[48]. Belirtilen kanun, Avrupa hukuklarının vatandaşlık alanında benimsedikleri genel prensiplere uyarak bu alandaki yolsuzlukları önlemek ve devletin siyasî, idarî ve ictimâî birliğini sağlamak amacına yönelmiştir[49]. Gayrimüslim tebanın kapitülasyonlarla yabancı ülke vatandaşlarına tanınmış hak ve ayrıcalıklardan yararlanma teşebbüsü, hatta Osmanlı topraklarında yaşamaya devam ettikleri halde yabancı ülkelerin vatandaşlığına geçmeleri ve bunların sayılarının giderek artması[50] üzerine hazırlanmıştır, İslam dünyasında ilk vatandaşlık düzenlemesi olan bu nizamname,[51]İslâm hukukunun din kıstasına dayanan vatandaşlık kavramı yerine, modern vatandaşlık esasına dayanmaktadır[52].

Tabiîyeti Osmaniye Kanunnâmesi, yeni fikirlere yer vermiştir ve dokuz maddeden ibarettir. Ayrıca aslî vatandaşlığın kazanılmasında "*kan esası"*nı kabul etmiştir. Nitekim kanunun birinci maddesinde; vatandaşlık, babadan çocuğa intikal eden bir vasıf olarak ele alınmıştır. Ayrıca bu kanun, "*toprak esası*"na gâyet az yer vermiştir. Kanunun ikinci maddesinde, Osmanlı ülkesinde doğanların rüşd çağına ulaştıktan itibaren üç sene içerisinde Osmanlı vatandaşlığını isteyebileceklerini, üçüncü maddesinde de rüşd yaşında olan bir

[45] FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 5.

[46] CİN-AKGÜNDÜZ, II, 335.

[47] GÖĞER, s. 15.

[48] FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 6.

[49] GÖĞER, s. 15. Ayrıca bkz. ALTUĞ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 62.

[50] ÜÇOK-MUMCU-BOZKURT, s. 289.

[51] ERDEM, s.31.

[52] ÜÇOK-MUMCU -BOZKURT, s. 289.

yabancı, Osmanlı ülkesine aralıksız beş yıl ikâmet ederse, hariciye nezâretine vereceği bir dilekçe ile vatandaşlık talebinde bulunabileceğini ve dokuzuncu madde ise Osmanlı ülkelerinde bulunan şahısların yabancı vasıfları sabit oluncaya kadar Osmanlı tebaası sayılacaklarını hükme bağlamıştır[53].Ayrıca bir başka devletin tabiiyetine geçiş, Babıâli'nin iznine bağlanmıştır.[54]

*"Tabiîyeti Osmaniye Kanunnâmesi"*ni *Erdoğan Göğer*; *"Yetersiz ve milletlerarası gelişmelerin de gerisinde kalmıştır"*[55] şeklinde değerlendirirken; *Hicri Fişek; "Belki mükemmel değil, ancak neşredildiği zamana göre fevkâlâde bir vesika olduğunu ve İslâm dünyası için vatandaşlık hukuku sahasında bir dönüm noktası teşkil ettiğini"* ifade etmiştir. Kanunun yürürlükte kalma süreci dikkate alındığında, dönemin ihtiyaçlarını karşılaması ve vatandaşlık alanında sonraki dönemlere örneklik etmesi bakımından önemli bir düzenleme olduğu da bir gerçektir. Bu kanun, Osmanlı Devleti'nin yıkılmasına kadar ve bunu müteakiben yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yıllarında ülkemizin vatandaşlık hukukunu düzenleyen kanun olarak yürürlükte kalmıştır[56]. Altmış yıl yürürlükte kalan bu kanun, Türkiye Cumhuriyetini'nin ilk vatandaşlık kanunu olan 23 Mayıs 1928 tarihli ve 1312 sayılı *"Türk Vatandaşlık Kanunu"*na yerini bırakmıştır[57].

1312 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu da "*Tâbiîyeti Osmaniye Kanunnâmesi"*ne nazaran daha farklı ve kapsamlı[58] olmasına rağmen bazı önemli kusurları da bünyesinde taşımıştır. Örneğin; uzun savaşlardan sonra kurulan cumhuriyetin az olan nüfusu arttırmak fikrinin kanuna hâkim olması, devlet ile fert arasındaki vatandaşlık bağı düzenlenirken ferdî çıkarların devletin çıkarlarına fedâ edilmesi, ayrıca kanun koyucunun benimsediğini iddia ettiği genel prensiplerle çelişki halinde bulunan hükümler getirmesi gibi[59]Bu gibi eksikliklerden dolayı zamanla bu kanun da yeterli olmamış ve

[53] Bu kanunun metni içinde bkz.UNAT, s. 8-10; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 189-191.

[54] ÜÇOK-MUMCU -BOZKURT, s. 289.

[55] GÖĞER, s. 15.

[56] FİŞEK, *Vatandaşlık*, s.7.

[57] GÖĞER, s. 15, UNAT, s. 267; ERDEM, s.32.

[58] Onyedi maddeden oluşan Türk Vatandaşlık Kanunu'nun, Tabiiyeti Osmaniye Kanunnâmesi'nden ayrıldığı en önemli hususlar; toprak esasına yer vermesi, evlilik dışı çocukların tabiyetleri hakkında hüküm ihtiva etmesi ve tekrar tabiiyete girişi düzenlemesidir. Telsik, evlenme, izin ile tabiiyetten çıkma ve iskât gibi Osmanlı kanununda yer almış olan bazı müesseseler yeni kanunda biraz daha detaylı olarak ele alınmıştır. Ayrıca kanun, dinî ve ırkî esaslardan tamamen sıyrılmıştır.(Türk Vatandaşlık Kanunun metni için bkz. FİŞEK, *Vatandaşlık*, s.230-234; UNAT, s.196-200.

[59] Bu eleştiriler için bkz. UNAT, s. 192-196 ve s. 267-268.

Türkiye Cumhuriyeti'nin ikinci vatandaşlık kanunu olan 22 Mayıs1964 tarihli ve 403 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır[60].403 sayılı bu kanun, geniş ölçüde 29 Ekim 1952 tarihli *"İsviçre Vatandaşlığı'nın Kazanılması ve Kaybı Hakkında Federal Kanun"*dan esinlenerek hazırlanmıştır[61]. Belirtilen bu kanun da kırk beş yıl gibi uzun bir süre yürürlükte kaldıktan sonra yerini halen yürürlükte bulunan 29 Mayıs 2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na bırakmıştır[62].

B.Vatandaşlık Kavramı

1. Türk Vatandaşlık Hukukunda

Yukarıda da belirttiğimiz gibi vatandaşlık kavramının tarifi, tarihi süreç içerisinde tarifi yapanın bu mefhuma vermek istediği manaya uygun bir şekilde yapıla gelmiştir. Onun için vatandaşlık, bazen bir aileye, bazen bir dine, bazen bir ırka ve zamanla bir krala bağlılık şeklinde ifade edilmiştir. Günümüzde ise bir devlete bağlılık şeklinde tanımlanmaktadır. Biz şimdi kısaca bu tarif üzerinde durmak istiyoruz.

a. Tanımı

Vatandaşlık, bir şahsı belirli bir devlete bağlayan hukukî ve siyasî bir bağdır[63]. Vatandaşlık statüsü ile ilgili şartlar, devletçe tek taraflı olarak tespit edilir[64]. Bu nedenle vatandaşlığın kazanılması idare hukuku bakımından bir şart işlemi niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla vatandaşlığın kazanılması işleminin mahiyeti, devletin üstün iradesiyle daha önceden belirtilmiş olduğu statüye şahsın dahil olmasından ibaret bulunmaktadır[65].

Devlet ile bireyler arasındaki vatandaşlık ilişkisi, hukukî ve siyasî bakımlardan çeşitli sonuçlar doğurur. Vatandaşlık ilişkisinin en temel anlamı, bu ilişkiye taraf olan şahısların vatandaşı oldukları devletin siyâsî otoritesine ve hukuk düzenine bağlanmalarıdır. Vatandaşlık ilişkisinin diğer yanını teşkil eden devlet ise, başta siyasî himaye olmak üzere, vatandaşları olan kişilere bir takım haklardan yararlandırma yükümlülüğü altına girer[66].

[60] GÖĞER, s. 16; Ayrıca 403 sayılı Kanunun metni için bkz. GÖĞER, s. 191-206.

[61] İsviçre Vatandaşlık Kanunu Tercümesi için bkz. FİŞEK, *İsviçre Tabiiyetinin İktisabı ve Kaybı Hakkında Federal Kanun,* s. 755-769.

[62] ERDEM, s. 32.

[63] SEVİĞ, s. 53. BERKİ, I, 15; GÖĞER, s.5-6.

[64] BERKİ, I, 17; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 12; UNAT, s. 19; GÖĞER, s. 6-7.

[65] TÜRCAN, s. 66.

[66] BERKİ, I. 16; Ayrıca bkz. ULUOCAK, s. 4.

b. Terminoloji

Vatandaşlık kavramının ifade ettiği anlam, özellikle Avrupa ülkelerinde 19. yüzyıldan itibaren kullanılmaya ve modern terminolojide belirmeye başlamıştır[67]. Monarşi ile îdâre edilen devletlerde, uzun süre vatandaşlık hukuku sahasında vatandaş ile hükümdar arasındaki ilişkiden hareketle, *"Teb'a Hukuku", "Tabiîyet"* veya *"Teb'a"* tabirleri kullanılmıştır[68]. Ayrıca bir devlete bağlılığı belirten tabirlerin vatandaşlık hukuku alanında kullanılması nispeten yenidir. Bununla beraber, bugün bile vatandaşlığı ifade eden tabirler arasında farklar görülmektedir. Ancak bu farklar, terminolojik bir öneme sahip olup, hepsi içerik bakımından modern vatandaşlık hukuku anlayışında bir devlete aidiyeti ifade eder[69].

Türk Vatandaşlık Hukuku teriminolojisinde de aynı gelişmeyi tespit etmek mümkündür. Örneğin, 1869 tarihli *"Tâbiîyet-i Osmaniye Kanunnâmesi"*nde *"teb'a ve tâbiîyet"* tabirleri[70] kullanılmış olmasına karşın, 1929 yılında yürürlüğe giren 1312 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nda hem teb'a hem de vatandaşlık terimleri kullanılmıştır[71]. Halen yürürlükte bulunan 29 Mayıs 2009 tarih ve 5901 sayılı *"Türk Vatandaşlığı Kanunu"*nda ise sadece *"vatandaşlık"* terimi yer almaktadır[72].

Bu ifadelerden çıkarılan sonuç: Türk Vatandaşlık Hukuku yönünden, *"teb'a ve vatandaş"* veya *"tâbiîyet ve vatandaşlık"* kavramları aynı anlamları içermektedir. Bu nedenle birinin diğerinin yerine kullanılması herhangi bir karışıklığa yol açmaz[73]. Hâlbuki batı dillerinde bu ifadelerin yerine kullanılan kelimeler karışıklığa neden olmaktadır. Nitekim batı dillerinin çoğunda tâbiiyet kelimesinin karşılığı olarak Lâtince *"natio"*[74] kökünden gelmiş olan kelimeler kullanılmaktadır. Örneğin; bu kavram, Fransızca'da *"nationalite"*, İngilizce 'de *"nationality"* İtalyanca'da *"nazionalite"* İspanyolca'da "nacionalidad" ve Almanca'da bazen *"nationalitöt"* kelimeleri ile ifade edilmektedir[75]. Bu

[67] NOMER, s. 15.

[68] AYBAY, s.6.

[69] NOMER, s. 16.

[70] ULUOCAK, s. 15; Ayrıca bkz. NOMER, s. 16.

[71] GÖĞER, s.3; Ayrıca bkz. NOMER, s. 16; ULUOCAK, s. 15.

[72] NOMER, s.55. Ayrıca 5901 sayılı ve 29.5.2009 tarihli Türk Vatandaşlık Kanunu metni için bkz. NOMER, s.193-202.

[73] NOMER, s.16.

[74] HASAN SIRRI, s. 32.

[75] FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 10-11; AYBAY, s.6.

tabirler, bir devlete bağlılıktan ibaret olan tâbiiyeti gösterdiği gibi bir millete mensubiyeti ifade eden milliyet mefhumunu da ifade etmektedir. Birbirine yakın iki kavramın aynı kelime ile ifadesinin ortaya çıkardığı zorluklar ise açıktır[76].

Dilimizde de aynı zorluklar ve bundan doğan hatalar bizzat tâbiîyet kelimesi sebebiyle değil, bir ırka veya bir dine mensubiyeti ifade ettiğimiz zaman karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Türkiye'deki Rumlarla Yunanistan'daki Türkler'in Lozan Anlaşması gereğince mübadele edildiklerini söylemek yanlıştır. Bu bakımdan zikredilen anlaşmada, doğru tabirler kullanılmış ve Türkiye'deki Rum Ortadoks dininden Türk teb'ası ile Yunanistan'daki Müslüman Yunan teb'asının mübadele edilecekleri hükme bağlanmıştır[77]. Aynı şekilde Bulgaristan'dan ve Yugoslavya'dan gelen Türk muhacirlerden bahsedildiği zaman da aynı hata yapılmaktadır. Zira zikredilen muhacirler genellikle Bulgar ve Yugoslav tâbiîyetinde bulunmaktadırlar. Bunlara Türk vasfının verilmesi, ırk bakımından Türk olmaları ve bazen de Müslüman olmaları dolayısıyladır[78]. Söz konusu bu ifadeler kavramsal olarak değerlendirildiği zaman şu sonuca ulaşmamız mümkündür: Bir devlete tâbiîyet bağı ile bağlı şahsa teb'a ve onunla aynı anlama gelirmişçesine vatandaş denilmektedir[79].

c. Tâbiîyet-Vatandaşlık Ayrımı

Türk Vatandaşlık Hukuku yönünden, *"teb'a ve vatandaş"* veya *"tâbiîyet ve vatandaşlık"* kavramları aynı anlamları içermektedir. Bu nedenle birinin diğerinin yerine kullanılması herhangi bir karışıklığa yol açmamakla birlikte[80]tâbiîyet ve vatandaşlık eş anlamlı iki terim de değildir. Aslında tâbiîyet, vatandaşlığı kapsamaktadır[81]. Tâbiîyet, kişileri ve şeyleri devlete bağlayan bağdır. Bu tarifte kullanılan *"şey"* den maksat, hava ve deniz gemileridir.[82] Vatandaşlık ise gerçek kişileri devlete bağlayan bir bağdır[83]. Dolayısıyla *"tâbiîyet"* üst kavram, *"vatandaşlık"* ise alt kavramdır. Bu manâda vatandaşlık ile yurttaşlık eş anlam taşımaktadır. Üst kavram olan

[76] FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 11; GÖĞER, s. 2.

[77] FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 11.

[78] FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 11.

[79] BERKİ, I, 16; AYBAY, s.6.

[80] NOMER, s.16.

[81] GÖĞER, s. 3; Ayrıca bkz. BERKİ, I, 16; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 12.

[82] ALTUĞ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 10; GÖĞER, s. 6.

[83] BERKİ, I, 15-16; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s.12.

tâbiîyet, gerçek kişi ve şeylerin yanında tüzel kişileri de kapsamaktadır[84].

Vatandaş, ülkedeki hukuk düzeninin tanıdığı bütün haklardan faydalanan gerçek kişidir. Vatandaşlık bütün haklardan örneğin siyasî haklardan faydalanmayan sömürge halkını kapsamamaktadır. Siyasî haklardan istifade edemeyen sömürge halkı teb'a olduğu halde vatandaş değildir. Vatandaşlık, sadece hukuk düzeninin tanıdığı bütün haklardan faydalanan gerçek kişileri içine almaktadır[85]. Tâbiîyet ise hem teb'ayı hem de vatandaşı kapsamaktadır[86].

d. Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Beşerî hukuk sisteminde vatandaşlık, iki kısma ayrılır: Bunlardan biri"*aslî vatandaşlık*"tır ki, bireyin doğumla elde ettiği vatandaşlıktır. "*Kan ve toprak esası"*na dayanır[87]. 1982 Anayasası'nda, doğumla kazanılan aslî vatandaşlıkta esas itibariyle kan bağını kabul etmiştir. Buna göre Türk baba ile Türk annenin çocuğu nerede doğarsa doğsun, Türktür(md.66/1). Yabancı babadan ve Türk anneden olan çocuğun vatandaşlık durumu kanunla düzenlenir(md.66/2) hükmü ise 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı yasa ile *"Türk babanın veya Türk annenin çocuğu Türktür"* şeklinde değiştirilerek Türk vatandaşlığının kapsamı genişletilmiştir[88] . Vatandaşlığın belirlenmesinde farklı ilkeler vardır. "*Kan esası*"na göre çocuk, doğduğu ülkeye bakılmaksızın, ana-babası veya bunlardan birinin tâbiîyetini kazanır. *"toprak esası"*na göre ise çocuk, ülkesinde doğduğu devletin tâbiîyetini alır[89]. Diğeri ise kişinin sonradan elde ettiği vatandaşlığı[90] ifade eden"*müktesep vatandaşlık*"tır. Bu, şahsın doğumdan sonra ve doğum olayı dışındaki bir nedenle vatandaşlık kazanabilmesi esasını getirmektedir[91]. Müktesep vatandaşlığa yol açan nedenler birbirinden farklıdır. Bu çeşit vatandaşlığın kazanılması, telsik[92],

---

[84] GÖĞER, s.3.

[85] GÖĞER, s. 3; BERKİ, s. 16.

[86] BERKİ, I, 16.

[87] BERKİ, I, 17; SEVİĞ, s. 65; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 12; GÖĞER, s. 16-17; ALTUĞ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 14.

[88] BİLGE, s.125-126.

[89] BERKİ, I, 41; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 13-14; GÖĞER, s. 17.

[90] BERKİ, I, 17; GÖĞER, s. 20; ALTUĞ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 16.

[91] GÖĞER, s. 20; ALTUĞ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 16.

[92] Telsik: Bir şahsın, mensup olmadığı bir devletin vatandaşlığını talep etmesi ve bu devletin mevzuatının tespit ettiği şartlara uygun olarak vatandaşlığını kazanmasıdır. (FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 52. Ayrıca bkz. SEVİĞ, s. 91; ALTUĞ, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 16; OVACIK, s.254.

evlenme, evlât edinme ve muhaceret[93] gibi iç hukuk kaideleri ile tanzim edildiği gibi, arazi terk ve ilhâkı[94] ile ahâli mübadelesi[95] gibi devletlerarası anlaşmalara da konu olabilir[96].

e.Türk Vatandaşlığının Kaybı

Vatandaşlık hukukundaki temel ilkelerin ve milletlerarası sözleşmelerin ortak hedefi, vatansızlığın önlenmesi ve hiç kimsenin keyfi olarak vatandaşlığından yoksun bırakılmamasıdır. Bu bağlamda vatandaşlık kanunları, hem vatandaşlığın kişinin iradesi ile kaybı hallerini, hem de kişinin iradesi dışında, devlet tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesi hallerini bir arada kabul eden düzenlemelere sahiptirler[97]. Vatandaşlığı kazanmada yer alan kan esası, toprak esası, telsik gibi yerleşmiş müesseselere vatandaşlığın kaybı halinde rastlanmaz[98].

Vatandaşlığın kaybı nedenleri olarak hukukçular farklı sebepler ileri sürmüşlerdir[99]. Ancak yürürlükte bulunan 5091 sayılı Türk vatandaşlığı Kanunu, Türk vatandaşlığının kaybı hallerinin, *"Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kaybedilmesi*" ve *"Türk vatandaşlığının seçme hakkı kullanılarak kaybedilmesi"* olmak üzere iki ana başlık halinde düzenlemiştir. Kanun'a göre, Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya seçme hakkının kullanılması ile kaybedilir(mad.3)[100].

2. İslâm Hukukunda

Kavramsal çerçevesini çizdiğimiz vatandaşlık kavramı, İslâm hukuku literatüründe tanınmış ve vatandaşlıkla ilgili konular ilk devirlerden itibaren İslam hukukçuları tarafından inceleme konusu olmuştur. Nitekim vatandaşlık,

---

[93] Muhaceret; Bir şahsın geri dönmemek üzere vatanını terk edip yabancı bir ülkeye yerleşmek niyetiyle gitmesidir. Bkz. FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 75; BERKİ, I, 83; GÖĞER, s. 84; OVACIK, s.178.

[94] Arazi İlhakı: Muayyen bir arazi parçası üzerine meydana gelen hakimiyet değişikliğinde halk orayı terk eden devletin vatandaşlığını kaybederek, ilhak eden devletin vatandaşlığını kazanır. Bkz. BERKİ, I, 90; GÖĞER, s. 92-93; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 96-97.

[95] Ahali Mübâdelesi: Bir devletin vatandaşı olan bir grup halkın, diğer bir devletin vatandaşı olan bir grup halk ile değiştirilmesidir. Bkz. BERKİ, I, 102; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 105; GÖĞER, s.98.

[96] BERKİ, I, 103; FİŞEK, *Vatandaşlık*, s. 97-108; GÖĞER, s. 97.

[97] Daha geniş bilgi için bkz. ERDEM, s. 197-198.

[98] GÖĞER, s. 104.

[99] GÖĞER, s. 104.

[100] ERDEM, s.199.

ilk dönemlerde *"ehlüdâri'l-İslâm"* yani *"İslâm ülkesi vatandaşı"*[101] terkibiyle, sonraki kaynaklarda ise *"tabiîyet"*[102] *veya "cinsiyye"*[103] kavramlarıyla ifade edilmiştir. Bu kavramlarla, İslâm devletine siyasî ve hukukî olarak bağlı bulunan insanlar kastedilmiştir[104]. Buna paralel olarak İslâm hukukçuları, siyasî ve hukukî yönden devlete bağlı bulunan şahıslar ile yani vatandaşlar ile yabancıları göstermek üzere bir kısım terimler de kullanmışlardır. Buna göre, İslâm devletinin vatandaşı olan şahısların tümü, Müslüman ya da gayrimüslim ayrımı yapılmaksızın *"ehludari'l-İslâm*[105]ya da *"ehludârinâ"* (ülkemiz ehli) terimleri ile ifade edilirken, özel olarak da gayrimüslim vatandaşlara, zimmet anlaşmasının tarafı anlamında *"ehlü'z-zimme"* denilmektedir[106]. Diğer taraftan İslâm devletinin vatandaşı olmayan ve İslâm ülkesinde de anlaşmalı olarak bulunmayan yabancıları ifade etmek üzere ise, *"ehludâri'l-harb"*yani harb devleti vatandaşı terimi kullanılmıştır[107].

İslâm hukukçuları İslâm ülkesini bir bütün kabul ettikleri gibi[108] teoride tüm Müslümanları tek bir devletin vatandaşları olarak telakki etmişler ve bu nedenle de *"yabancı Müslüman"* kavramını karşılayacak herhangi bir terim, dönemin şartları içinde ihtiyaç duyulmadığı için, doğmamıştır. Bununla birlikte uygulamada Müslüman devletlerin söz konusu ayırımı yaptıkları anlaşılmaktadır. Nitekim 14 Şubat 1331 tarihli bir fetvahâne-i Ali Mazbatası'nda Osmanlı Devleti vatandaşı olmayan Müslümanlar *"Ecnebi"* tabiri ile gösterilmektedir: *"... Zevcenin aczi derkâr ve âtidegaybetten avdet ederek ondan istihsal olunur ümidiyle müddet-i medide zevcenin taayyüşüne kâfi mebaliği ikraz eden kimse bulamayacağı aşikâr bulunduğu cihetle bu ahval zevcenin azim zararını müeddi olmakla beraber asr-ı hazırda her devlet tebeasından Müslümanlar müsaferet ve ticaret tarikiyle muvakkaten memâlik-i islâmiyeye gelerek devlet-i aliye tebeasından bulunan kadınlarıyla izdivaç ettikten sonra zevcelerini bilâ nafaka velâmünfik bırakıp bir daha gelmemek üzere memleketlerine avdet etmekte oldukları kesirenmavâki olarak bu takdirde zevce için istihsal-i nafaka adimulimkân kalıp zevce vefatına değin*

[101] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 62; KÂSÂNÎ, VII, 117.
[102] ZEYDAN, s. 37 vd.; KARAMAN, III, 247.
[103] ZEYDAN, s. 57 vd.; UDEH, I, 307.
[104] KARAMAN, III, 247.
[105] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 62,115; KÂSÂNÎ, VII, 117.
[106] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 7-8.
[107] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 115.
[108] UDEH, I, 307.

sefaletle imrar-ı zaman eylemektedir. Vakıa bu gibi ecnebiler ile izdivaçtan men edilmesi varid-i hatır olur ise de...''[109]

Her ne kadar İslâm hukuku literatüründe devlet ile şahıslar arasındaki siyasî ve hukukî ilişkiyi belirten "vatandaşlık" anlamında bir tâbir bulunmuyor ise de, ifade ettiğimiz hususlar, İslâm hukukçularının ferdi, devlete bağlayan siyasî ve hukukî bir bağ anlamında vatandaşlık kavramını tanıdıklarını göstermektedir. Terimin bulunmaması, kavramın da mevcut olmadığını ve bilinmediğini göstermez; çünkü bir kavramın mevcudiyeti, onu karşılayacak bir sözcük veya bir tabirin var olması şartına bağlı değildir[110]. Bu tespitten, Fattal'ın vatandaşlık kavramının İslâm'da bilinmediği iddiasının[111]herhangi bir mesnedi olmadığı anlaşılmaktadır.

Modern dönemlerde Avrupa devletleri, XIX. yüzyılın sonuna kadar Hıristiyan olmayanlara vatandaşlık hakkı tanımamıştır. 1878 yılında Osmanlı Devleti ile İngiltere, Avusturya-Macaristan, Fransa, Almanya, İtalya arasında yapılan Berlin Antlaşmasına göre; dinî inançların farklı biçimlerde muamele görmesi yasaklanmıştır. Bu hüküm gereğince 1879'da Romanya, vatandaşlığı sadece Hıristiyanlara hasreden anayasanın 7.maddesini değiştirmek ve anayasasında yapacağı değişiklikle medenî ve siyasî hakların kullanılmasında mezhep farkı engelini kaldırmakla yükümlü tutulmuştur[112].

a.Vatandaşlık Kavramının Hukukî Temeli

a1. Müslümanlar Açısından

İslâm hukuku, din kaynaklı bir hukuk sistemi olduğu için bunun bir inanç boyutu vardır. İslâm, inanç birliğinden dolayı Müslümanları bir tek ümmet kabul eder. Zira Kur'an-ı Kerim'in, Allah'tan vahiy getiren peygamberleri tasdik eden insanların tamamını kastederek[113]; *"İşte bu (topluluk) tek ümmet olarak sizin Rabbinizim, öyle ise bana kulluk ediniz*[114]*"*âyeti, bu kabulün ifadesidir. Bu husus, Hz. Muhammed'in Medine'de va'z ettiği ilk yazılı Anayasada[115] da şu şekilde ifade edilmiştir: *"...Müslümanlar diğer insanlardan*

[109] CERİDE-İ İLMİYE, c. II, sy. 20, s. 353(MARDİN, s. 110-111'den naklen).

[110]ZEYDAN, s. 61-62; KARAMAN, III, 247; Ayrıca bkz. GANNUŞÎ, s. 81-98.

[111]FATTAL, s.10.

[112]ARSAVA, s.4.

[113]KARAMAN, III, 247.

[114]ENBİYA, 21/92.

[115]Yararlandığımız Kaynaklarda Medine Vesikası, ilk yazılı Anayasa olarak geçmesine rağmen çağımız hukuk tarihi araştırmacılarından *Gülnihal Bozkurt*: "siyasal iktidara bir kısıtlama ge-

ayrı bir ümmet (cami'a) teşkil ederler."[116]"*Ümmet"* şeklinde ifade edilen bu birlik, başlangıçta bir inanç esasına dayanırken, daha sonra toplumun siyasî alanda teşkilatlanması ve devlet kurması ile siyasî bir nitelik kazanmıştır[117].

Müslümanlar, İslâm inancını benimsemiş olmaları yönüyle, İslâm ümmetinin bir üyesi oldukları gibi, İslâm devletinin de vatandaşı sayılırlar. Dolayısıyla onların, İslâm toplumuna ümmet ve İslam devletine vatandaşlık bağlarının hukukî temelini, müşterek ülke, dil, renk veya doğum değil, *"İslâm inancı"* oluşturur[118]. Bu bakımdan, Müslüman bir kişi, İslâm hukukçularının ifadesine göre *"ehludâri'l-islâm"* yani İslam ülkesi vatandaşı kabul edilerek- nerede olursa olsun- İslâm devletinin vatandaşı kabul edilir[119]. Buna göre Müslümanların yabancı bir ülkede yaşaması, vatandaşlık için bir engel teşkil etmez[120]. Ayrıca Müslümanlar arasındaki idarî yapı itibariyle bölünerek müstakil devletler halinde olmaları, onların İslam devleti vatandaşlığından istifade noktasında engel teşkil etmez[121]. Nitekim daru'l-harpte[122]ikâmet eden bir Müslüman, daru'l-islâmda yaşayan bir Müslümana vâris olabilir[123]. Çünkü Müslümanlar arasında, memleketleri farklı olsa bile, teorik olarak dostluk, yardımlaşma ve dayanışma mevcuttur. Bu açıdan Müslümanların farklı devletlerin vatandaşlığında bulunmaları birbirine mirasçı olmalarına engel değildir[124].

Vatandaşlık, kişiyi ait olduğu devlette hak ve yükümlülüklerinin sahibi haline getirmektedir. Aynı şekilde vatandaşlık, kişinin ait bulunduğu

---

tirdiği, kişi kurallarını, güvenceleriyle birlikte belirlemediği için kavram kargaşasına yol açmamak için anayasa yerine *"metin"* deyiminin kullanılmasının daha yerinde olacağını" ifade etmiştir. Bkz. BOZKURT, s. 118.

[116] İBN HİŞÂM, II,147; HAMİDULLAH, *Devletler Hukukunun Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle* ,s.22; TUĞ, s.35.

[117] ZEYDAN, s. 62.

[118] TURNAGİL, s. 81

[119] SERAHSÎ, *Mebsût*, X, 62,115; KÂSÂNÎ, VII, 117.

[120] TURNAGİL, s. 81.

[121] ZUHAYLİ, s. 282.

[122] Klâsik dönem İslâm hukukçuları, bir yerin ülke olarak kabul edilmesinde hâkim olan unsurun niteliğini göz önünde bulundurarak yeryüzünü temelde iki kısma ayırmışlardır. Buna göre; İslâm ahkâmının câri olduğu ülkeleri *"dârulislâm"*, bunların dışında kalan ülkeleri ise *"dârulharb"* kavramı ile ifade etmişlerdir. Ancak esas itibarıyla dârulislâm-darulharb ayrımı İslâm'ın temel kaynakları Kitâb ve Sünnet tarafından yapılmış değildir. Bkz. ZUHAYLÎ, s. 193.

[123] İBN ÂBİDÎN, V, 490; İBN KUDÂME, IX, 245.

[124] AKTAN, s.55.

devlet içerisinde kamu otoritesine iştirak ve toplum menfaatine hizmette bulunmak hakkını temin eden bir özelliğe sahiptir. Kişiye, ait bulunduğu devlette, topluluğun bir üyesi olarak seçmek, seçilmek ve hâkimiyet hakkına ilişkin vazifeler ifa etmek hakkını verir. Bunun yanında askerlik yükümlülüğü gibi hizmetlerin yapılması da vatandaşlığın getirmiş olduğu bir hak ve yükümlülüktür. Diğer taraftan vatandaşlık, devletler hukuku karakteri bakımından diplomatik himaye hakkını doğurmaktadır[125]. Bu bağlamda her devlet, yabancı bir ülkede bulunan vatandaşının, o ülkenin yasama, yürütme veya yargı organlarından birinin tasarrufu sebebiyle uğrayacağı zararın giderilebilmesi için talepte bulunma hakkına sahiptir[126]. Bu nedenle, İslâm inancını benimseyerek İslâm ümmetine dahil olan bir kişinin, siyasî ve hukukî anlamda tam vatandaş olabilmesi yani İslâm devletinin, kendisine can ve mal güvenliği sağlayabilmesi veya diplomatik himaye altına alınabilmesi gibi vatandaşlık haklarını sunabilmesi için, İslâm ülkesinde ikâmet etmesi, düşman ülkesinde bulunuyor ise hicret etmesi gerekmektedir[127].

Müslüman olduğu halde İslâm devletine hicret etmeyenlere ise *"gayr-i mukim Müslümanlar"* denilmektedir[128]. Bunlar, ilâhi kanunların muhatabı olmakla beraber bulundukları ülkenin kanunlarına tabi olup, İslâm ahkâmının gereğine göre sorumlu tutulmazlar[129]. Ayrıca "*iman edip de hicret etmeyenlere ise, hicret edecekleri zamana kadar, sizin onlara hiçbir şey ile velâyetiniz yoktur"*[130]ayetinde de ifade edildiği gibi, gayr-i mukîm Müslümanlarla İslâm toplumu arasında dinî bir bağ olmakla birlikte siyasî ve hukukî bağ bulunmamaktadır. Bu nedenle yabancı bir ülkede yaşamakta olup İslâm dinine girmiş bir kişinin İslâm devletinin vatandaşı olabilmesi, hicret etmesinin yanında mukim bir Müslüman vatandaş sayılabilmesi için de en az on beş günlük bir ikâmet müddetinin geçmiş olması gerekmektedir[131]. Ancak günümüzdeki vatandaşlık anlayışında Müslüman bir kişi hangi devletin aidiyetinde yaşıyorsa o devletin vatandaşı kabul edilmektedir.

---

[125] NOMER, s. 3-4.

[126] MERAY, I, 640.

[127] HAMİDULLAH, *"İslâm'da Devletler Özel Hukuku"*, s. 159.

[128] HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, s. 132.

[129] SERÂHSÎ, *Mebsüt*, X, 15.

[130] ENFAL, 8/72.

[131] HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, s. 133.

a2. Gayrimüslim Vatandaşlar Açısından

Gayrimüslimlerin İslâm devletinin vatandaşları olduğuna dair Hz. Peygamber'in şu sözü oldukça anlamlı ve onların durumunu özetler niteliktedir: *"...Lehlerimize olan şeyler onların da lehine; aleyhimize olan şeyler onların da aleyhinedir..."*[132]Bu anlamda Hz. Ali'nin de *"Onlar bize, malları malımız, canları canımız...gibi olsun diye cizye veriyorlar"* dediği nakledilmiştir[133]. Bu doğrultuda İslâm hukukçuları da İslâm inancını benimsememelerine rağmen İslâm ülkesini vatan olarak seçen[134] ve İslâm devletinin kanunlarına uymaya razı olan gayrimüslimleri, vatandaş olarak kabul etmişlerdir[135]. Ancak gayrimüslimler açısından vatandaşlık anlayışı dinî değil, hukukî bir temele dayanmaktadır[136]. Bu açıdan gayrimüslimlerin vatandaş olmalarını sağlayan hukukî bir kurum olarak da *"zimmet anlaşması"* öngörülmüştür[137].

Buna paralel olarak İslâm, siyasî ve hukukî bakımdan gayrimüslimlerin vatandaşlık ilişkisini kabul edip onları devletin beşerî unsuru içine dahil etmiştir[138]. Ayrıca İslâm hukukçularının *"Müslüman, daru'l İslâm ehlidir"* sözleri, nasıl Müslümanın İslâm devletinin vatandaşı olduğunu ifade ediyorsa zimmîler için de *"zimmî, dâru'l İslâm ehlidir"* demeleri onların İslâm devletinin vatandaşı olduklarını göstermektedir[139]. Bu çerçevede İslam devletinin gayrimüslim vatandaşları, hiçbir gayrimüslim devlete siyasî ve hukukî bağlılık iddiasında bulunmayacakları gibi, hiçbir devlet de onlar yerine velâyet iddiasında bulunamaz, onları himâye etmeye kalkışamaz[140]. Çağımız İslâm hukukçularından *Abdulkadir Udeh'e* göre bunun esası, gayrimüslim vatandaşların İslâm ahkâmını iltizamı, bir başka ifadeyle İslâm hukukuna tâbi olmayı kabullenmeleridir[141]. Zira Hz. Peygamber döneminden günümüze kadar ki uygulamalar da gayrimüslimleri İslâm devletinin vatandaşları olarak kabul etme hususunda hiçbir problem çıkmadığını ortaya koymaktadır. Çünkü İslâm devletinin vatandaşı olmak için, Müslüman olma şartı söz konusu edilmemiştir[142].

[132] MÜSLİM, Cihâd, 2(V,140); TİRMİZÎ, Siyer, I(IV,119).

[133] İBN KUDÂME, IX, 362.

[134] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 85.

[135] ZEYDAN, s.65; HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, s. 394.

[136] ATAÖV, s.60.

[137] KÂSÂNÎ, VII, 110.

[138] TÜRCAN, s.73.

[139] SERÂHSÎ, *Şerhu's-Siyeri'l-Kebir*, V, 2244-2245; ZEYDAN, s.63-64.

[140] ÖZEL, s. 229.

[141] UDEH, I, 308.

[142] HAMİDULLAH, *"Hz. Peygamber Gayr-i Müslimlere Nasıl Davrandı?* s. 231.

Bu bilgiler, gayrimüslim vatandaşların genel olarak hak ve yükümlülük bakımından İslâm devletinin Müslüman vatandaşlarına eşit olduklarını göstermektedir. Bazı siyasî haklardan mahrum bulunmaları ve bu kişilerin dinî hayat ile ilgili konularda Müslümanlardan farklı hükümlere tâbi olmaları onların vatandaşlıklarına zarar vermez. Nitekim günümüzde de devletler, kendi vatandaşlarının bir kısmını, çeşitli sebeplerle bazı haklardan mahrum etmektedirler ve bu durum onların vatandaşlıklarına hâlel getirmemektedir[143]. Öte yandan gayrimüslimlerin vatandaşlık statülerinin İslam hukuku bakımından temeli doktrinde tartışılmıştır[144]. *Abdülkerim Zeydan,* bu statüye giren gayrimüslimleri ikiye ayırmış; anlaşma ile vatandaşlığa girenler için dayanağın, "*zimmet anlaşması"* olduğunu; diğer yollarla zimmî statüsünün kazanılmasının ise devlet irâdesinden ibaret bulunduğunu ileri sürmüştür[145]. *"Zimmet anlaşması*" nın kabulünde de devletin iradesinin ağır bastığı göz önüne alınırsa, *"vatandaşlığa kabul"* konusunun devletin iradesine dayandığı ve hükümranlık haklarına dahil olduğu söylenebilir[146].

b.Vatandaşlığın Kazanılması

b1. İslâm Dinine Girme

Kur'an'ın ifadesiyle İslâm'ı din olarak seçmiş bütün mü'minler bir ümmettir[147] ve birbirinin kardeşidir[148]. Bu prensibe göre İslâm'ı benimsemiş kişi, ümmetin bir ferdi olarak kabul edilir. Böyle bir kimsenin İslâm toplumuyla arasındaki inanç bağı, Müslüman toplumun siyasî teşkilatlanmalarını tamamlayıp devlet kurduklarında, siyasî ve hukukî bir bağ halini alır[149]. Müslüman olan bir kimsenin İslâm ülkesinin vatandaşı olabilmesinde doğum ve "*toprak esası*"nın etkisi yoktur. Buna göre dârulharpte doğan ve o toprak üzerinde ikâmet eden bir kimse, İslâm'ı din olarak kabullenmesiyle İslâm vatandaşı olmaya hak kazanır[150]. Ancak vatandaşlığın tam ve etkin hale gelmesi

[143] ZEYDAN, s.63-65.

[144] Bu konuda görüş belirten İslâm hukuku bilginlerinden bir kısmı zimmilerin İslâm kanunlarına tabi olmayı kabul etmelerini, diğer kısmı ise ülkede süresiz olarak oturmalarını statü dayanağı olarak kabul etmişlerdir. Ancak zimmilere devlet kanunlarının uygulanması, bazı İslâm hukukçularına göre akdin sıhhat şartıdır. Bkz. İBN KUDÂME, IX, 360;Serâhsî'ye göre ise akdin hukuki ve tabiî sonucudur. Bkz. *Mebsut*, X, 81.

[145] ZEYDAN, s. 66.

[146] KARAMAN, III, 250.

[147] ENBİYA, 21/92.

[148] HUCURÂT, 49/10.

[149] ZEYDAN, s. 62.

[150] TURNAGİL, s.81.

için İslâm toprağına hicret etme şartı aranır[151]. Bununla birlikte ikâmet etmekte olduğu yabancı ülkede bulunduğu sürece özellikle dinî konularda ve müttefik ülkenin aleyhine olmamak şartıyla İslâm devletinin himayesine mazhardır[152].Aslında iman, kişileri İslâm devletinin aslî vatandaşı yapar. Bunun dışında bir şart aranmaz. Dolayısıyla bu konuda yetkili bir makamın onayına ihtiyaç duyulmaz. Şahısların bu vasfı devam ettiği sürece, vatandaşlık bağları da devam eder. Bu bağın ortadan kalkmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığı sürece hiçbir makam, Müslüman olan bu kişiyi vatandaşlıktan çıkaramaz[153].

b2. Zimmet Anlaşması

Belirli bir arazi parçasının bir devlet hakimiyetinden diğer bir devlet hakimiyetine geçmesi *"arazi terk ve ilhakı"* sebebiyle orada yaşayan halkın vatandaşlıklarının düzenlenmesi zaruretini ortaya çıkabilir. Arazi terk ve ilhaklarında, ilhak edilen arazi parçası üzerinde yaşayan kişilerin vatandaşlık durumları genellikle ilhakı konu alan anlaşmalarda düzenlenir.[154]Dolayısıyla İslâm'ın hâkimiyetini kabul edenler ile İslâm ülkesine gelip, yerleşmek isteyenler, İslâm devletinin kabul etmesi halinde devlet ile aralarında yapacakları *"zimmet anlaşması"* adı verilen bir sözleşme ile İslâm devletinin vatandaşlığını kazanmış olurlar.[155]Vatandaşlık durumları düzenlenen kişiler, araziyi terk eden devletin vatandaşlarıdır. İlhak edilen arazi parçasında yaşayan diğer devlet vatandaşları, özellikle üçüncü şahıs durumunda olan devlet vatandaşları böyle bir düzenlemenin dışında kalır. Arazi terk ve ilhakında belirli bir arazi parçasının hâkimiyet değiştirmesi ve bunun sonucu olarak bu arazi parçası üzerinde yaşayanlar için bir vatandaşlık değişimi söz konusudur[156].

Arazi terk ve ilhakında prensip olarak bu arazi üzerinde yaşayanlara terk eden devlet ile ilhak eden devlet arasında vatandaşlıklarından birini seçme imkânı tanınır. Kişiye zorla vatandaşlık yükletilmemesi prensibinin bir tatbik şeklinden ibaret olan ve arazi terk ve ilhaklarında kullanılan seçme hakkı modern anlamda araziyi terk eden devlet vatandaşlarının, ilhak eden

---

[151] HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, s. 132.

[152] ENFÂL, 8/72.

[153] KÂSÂNÎ, VII, 110.

[154] NOMER, s.168.

[155] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 78.

[156] NOMER, s.168-169.

devlet vatandaşlığını reddedebilmesini temin eden bir hak niteliğindedir[157]. Fetih veya ilhak suretiyle İslâm ülkesine katılan topraklarda yaşayan ve orada kalıp, İslâm'ın hâkimiyetini kabul edenler ile İslâm ülkesine gelip, yerleşmek isteyenler, İslâm devletinin kabulü üzerine devlet ile aralarında yapacakları *"zimmet anlaşması"* adı verilen bir sözleşme sayesinde İslâm devletinin vatandaşlığını kazanmış olurlar. Bunlara da Müslüman vatandaşlar gibi *ehludâri'l-İslâm"* yani *"İslâm ülkesi vatandaşı"* denilmektedir[158].Zira İslam hukukunda bu vatandaşlık sözleşmesi, hukukî bir güvenceyi gerekli kılar, Müslüman olmaya eşdeğer hukukî bir statüyü ifade eder[159].

b3. Evlenme

Evlenme yoluyla elde edilen vatandaşlık, yetkili makam kararıyla sonradan kazanılmış bir vatandaşlıktır[160]. İslâm hukukunda aile birliği içinde kadın, kocasına tâbidir[161]. Bu hüküm, vatandaşlık konusunda da geçerlidir. Zira anne, baba ve çocukların vatandaşlığı müşterek olmalıdır. Ailede vatandaşlığın tek olması birçok mahzuru önleyici niteliktedir. Nitekim evli kadının kocasının vatandaşlığından ayrı bir vatandaşlığa sahip olması, eşler arasındaki müşterek hayatın tabi olacağı hukuk bakımından ihtilaf doğurucu bir özelliğe sahiptir. Aile hayatında eşlerin aile birliği ve birbirleri karşısında sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından her ikisinin de aynı vatandaşlık statüsünde olmaları gerekir. Aile hukukunda genellikle her birinin milli hukukları söz sahibidir. Doğabilecek kanun ihtilafları ancak aile ilişkilerinin tek bir kanuna bağlanması ile önlenebilir. Bu açıdan ile reisi koca olduğuna göre, eşinin de onun vatandaşlığını alması normaldir. Ayrıca ailenin tek bir vatandaşlığa sahip olması siyasî ve sosyal yönden ortaya çıkabilecek ihtilafları ve mahzurları da ortadan kaldırır[162].

İslam hukukunda evlenme ile İslam ülkesi vatandaşlığının kazanılması sadece gayrimüslim kadınlar için geçerli bir durumdur. Müslüman bir kadın inanç birliği münasebetiyle zaten İslam ülkesinin vatandaşı kabul edilmektedir. Buna göre geçici statüde İslâm ülkesinde bulunan yabancı ülke vatandaşı olan gayrimüslim bir kadın, Müslüman veya gayrimüslim vatandaş bir erkek

[157] NOMER, s.170.

[158] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 78.

[159] GÜNEŞ, s. 87.

[160] NOMER, s. 89.

[161] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 84;KÂSÂNÎ, VII, 110.

[162] NOMER, s. 89.

ile evlenecek olursa İslâm devletinin vatandaşlığını kazanmış olur[163]. Aynı şekilde İslâm ülkesine gelen gayrimüslim evli çiftten koca, İslâm devletinin vatandaşlığını kabul edecek olursa, ona tabi olarak eşi de İslâm vatandaşı sayılır[164].

Ayrıca İslam ülkesinde geçici statüde bulunan gayrimüslim bir erkeğin İslam ülkesi vatandaşı gayrimüslim bir kadınla evlenmesi kendisine vatandaşlık kazandırmaz. Çünkü erkek yerleşme konusunda kadına tabi değildir. Bu nedenle yapılan bu evlilik, erkeğin İslam ülkesinde kalma isteğine delalet etmez[165]. Öte yandan bazı durumlarda evlenme, tek başına bir vatandaşlık hakkını kazandırmayabilir. Örneğin, İslâm ülkesinin vatandaşı olan bir Müslüman veya gayrimüslim vatandaş bir erkek ile evlenen yabancı ülke vatandaşı kadın, İslâm ülkesine gelmedikçe İslâm vatandaşı sayılmaz[166].

b4. Neseb ve Doğum

İslam ülkesi vatandaşlığı, iman ve zimmet anlaşması esasına dayanır[167]. Müslüman anne ve babanın çocukları doğumdan itibaren ülke vatandaşı kabul edildiği gibi, gayrimüslim vatandaşların doğan çocukları da doğumdan sonra zimmet konusunda kendilerine tabi olur[168]. Çünkü mümeyyiz olmayan çocuklar, vatandaşlık konusunda ailelerine tâbidir[169]. Buna göre Müslüman ailenin çocuğu İslâm vatandaşı olarak kabul edildiği gibi gayrimüslim olan anne ve babanın, zimmet anlaşması ile İslâm ülkesinin vatandaşı olmaları halinde, çocukları da onlara tâbi olarak vatandaşlık statüsü kazanırlar[170].

Aynı şekilde gayrimüslim eşlerden babanın, tek başına Müslüman veya zimmet anlaşmasına taraf olması halinde de çocukları İslâm ülkesi vatandaşlığına geçmiş sayılır[171]. Bununla birlikte *Ebû Hanife, İman Şâfîi* ve *Ahmet b. Hanbel'e* göre annenin tek başına Müslüman olması durumunda da çocuk, İslâm devleti vatandaşlığını kazanır. Ancak büluğ çağına erdikten sonra din konusunda kendi tercihini yapması yönünde herhangi bir engelleyici

[163] KÂSÂNÎ, VII, 110.
[164] HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, s. 143.
[165] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 84.
[166] UDEH, I, 308.
[167] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 115.
[168] ZEYDAN, s.66
[169] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 115.
[170] ZEYDAN, s. 66.
[171] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 115.

hüküm bulunmamaktadır. *İmam Malik* ise çocuğun,velayet konusunda babasına tâbi olduğu noktasından hareket ederek din konusunda da babaya tâbi olması gerektiği görüşündedir[172].

b5. Toprak Esası

İslâm hukukunda, asıl itibarıyla "*toprak esası"* yoluyla vatandaşlığın kazanılması söz konusu değildir. Ancak, İslâm ülkesinde genellikle nesep bağı dikkate alınmaksızın şahıslara ülkeye bağlı olarak vatandaşlık verildiği bazı durumlar söz konusudur. Nitekim çocuk anne ve babası yanında olmaksızın İslam ülkesine getirildiğinde ülke ayrılığı sebebiyle anne ve babası arasında mevcut bulunan din bağı kesilir ve ülkeye tabi olarak Müslüman olduğuna hükmedilerek İslam ülkesi vatandaşı kabul edilir[173]. Ayrıca İslam ülkesinde bulunmuş(lakit)ve nesebi bilinemeyen çocuklar, aksi sabit olmadıkça, İslâm ülkesi vatandaşı kabul edilir[174]. Örneğin, Müslüman bir erkek, böyle bir çocuğun babası olduğunu iddia eder ve onun bu iddiasını geçersiz kılacak bir karine bulunmaz ise çocuk, Müslüman vatandaş sayılır[175]. Ayrıca gayrimüslim vatandaş olan bir kişi, çocuğun kendisine ait olduğunu ileri sürer ve bunu ispat ederse, çocuk onun nesebine bağlı olarak gayrimüslim vatandaş statüsünde İslâm devletinin vatandaşlığını elde eder[176].

c. Vatandaşlığın Kaybı

Tabiiyet hukukunun en önemli kısımlarından vatandaşlığın kaybedilmesi hususunda İslâm hukuku, vatandaşlığın kazanılmasındaki yolu takip etmiştir. Buna göre, vatandaşlık bağını oluşturan esaslar ortadan kalktığında vatandaş olma durumu da kendiliğinden ortadan kalkar. Vatandaşlığın kaybında daha çok, kişilerin irâdesi belirleyici olur. Ancak kişi, bu irâdesini dilediği şekilde kullanamaz[177].

Bugün modern hukukta prensip olarak fert, istediği devletin vatandaşlığına geçme ve eski tâbiîyetini terk hakkına sahip olmakla birlikte, bu durum devletin asıl menfaatlerini ihlâle yol açarsa, devlet buna engel olabilir. Bu sebeple devletler, tâbiîyetin değiştirilmesini birtakım şartlara

[172] İBN KUDÂME, VIII, 237.
[173] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 63.
[174] İBN KUDÂME, VIII, 237.
[175] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 211.
[176] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 216.
[177] KAYA, s. 347-348.

bağlamışlardır[178]. Bu şartların oluşması halinde, vatandaşlarını tâbiîyetten çıkarır[179]. Ancak aşağıda açıklanacak olan sebepler ortaya çıkmadıkça, İslâm devleti tek taraflı kendi irâdesine dayanarak bir kimsenin vatandaşlığına son veremez. Bu nedenle, vatandaşlığın kaybına yol açan haller ile ancak vatandaşlık bağı ortadan kaldırılabilir.

c1. Müslümanlar Açısından

c1a. İrtidat

İslam ülkesi sınırları içinde ikamet eden Müslüman bir kişi devletin iradesinin önemi olmaksızın kesin bir şekilde o ülkenin vatandaşıdır. Ancak Müslüman bir kişinin İslam ülkesi vatandaşlığından çıkartılması irtidat ederek[180]darulharbe iltihak etmesine bağlıdır. Bu nedenle Müslüman olup, İslâm devletinin vatandaşı iken, din değiştirerek başka bir dini seçen kişi, İslâm vatandaşlığını kaybeder; çünkü bir Müslümanı İslâm ülkesinin vatandaşı kılan bağ, İslâm inancıdır. İslâm'dan dönen bu kişi, kendisini İslâm devleti'ne bağlayan bağı kesmiş olur[181]. Öte yandan dinden dönmenin vatandaşlığın kaybına yol açması, sadece irtidat eden kişi için söz konusudur. Bu nedenle, evli olan eşlerden birinin dinden dönmesi, eşinin veya çocuklarının İslâm ülkesini terketmedikleri sürece İslâm devletinin vatandaşlığını kaybetmesine neden olmaz[182].

c1b. İslâm Toprağını Terketme

İslâm ülkesini terk ederek Müslüman olmayan ülkeye iltihak eden bir Müslüman, İslâm devleti ile daha önceden var olan siyasî ve hukukî bağını koparmış olmakta, dolayısıyla İslâm devletinin vatandaşlığını kaybetmiş bulunmaktadır. Bu nedenle Müslüman vatandaşın dârulharbe iltihakı, vatandaşlık kaybına yol açan bir sebep teşkil etmektedir[183]. Zira bir Müslümanın, çalışmak ve ticaret yapmak gibi meşru bir sebep olmadan ve izinsiz olarak, İslâm ülkesini terketmesi söz konusu değildir. Eğer buna rağmen çıkmış ise, İslâm devleti ve toplumu ile mevcut olan dinî, siyasî ve hukukî bağlarını kabul etmiyor şeklinde değerlendirilmektedir[184].

---

[178] SEVİĞ, s. 109.

[179] BERKİ, I, 25.

[180] İslâm Hukuku literatüründe; Müslüman iken dininden dönen ve İslâm'dan çıkan kimse için *"mürted"* tabiri kullanılmıştır. Bkz. MERGİNÂNÎ, II, 458.

[181] İBN KUDÂME, IX, 9.

[182] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 120-122; KÂSÂNÎ, VII, 139.

[183] ZEYDAN, s. 61; UDEH, I, 308.

[184] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 103.

c1c. Evlenme

İslâm hukukunda, *"Kadın, kocasına tâbidir"* prensibi gereği, yabancı bir ülkenin vatandaşı olan bir erkekle evlenen kadın, İslâm devleti vatandaşlığını kaybeder[185]. Çünkü Müslüman kadının, gayrimüslim bir erkekle evlenmesi-din farkı gerekçesiyle-uygun görülmemiştir[186]. Bununla birlikte Müslüman bir kadın, gayrimüslim bir vatandaşla- din engeline rağmen- evlenmesi halinde bu evlilik geçersiz kabul edilmesine rağmen vatandaşlık hakkını kaybetmesine neden olmaz.

c2. Gayrimüslim Vatandaşlar Açısından

c2a.Zimmet Anlaşmasına Aykırı Davranma

Müslüman olmadığı halde İslâm ülkesine yerleşmeyi isteyen ve İslâm ahkâmına tâbi olmayı kabul edenleri İslâm devleti'ne bağlayan bağ, "*zimmet anlaşması"*dır. Bu sözleşmenin feshini gerektirecek sebepler, aynı zamanda vatandaşlığın kaybına da yol açar. İslâm hukukçuları arasında farklı görüşler olmakla birlikte bu sebepler; cizye vermemek, devletin kanun ve düzenine karşı gelmek, devletin aleyhinde casusluk yapmak, Müslüman kadınla zina etmek, Müslümanların dinden dönmesine sebep olacak aleyhte propaganda yapmak şeklinde özetlenebilir[187].

c2b.Yabancı Ülkeye İltihak Etme

Zimmet anlaşması ile İslâm ülkesinde sürekli oturma izni alan bir gayrimüslim vatandaşın, darulislamı terk ederek- yerleşmek amacıyla-darulharbe iltihak etmesi durumunda zimmet anlaşması sona erer ve vatandaşlık hakkını kaybeder[188].Çünkü bu davranışı ile gayrimüslim vatandaş, İslâm devleti ile olan anlaşmasını tek taraflı olarak feshetmiş sayılmaktadır. Ancak darulharbe geçici olarak girmek zimmet anlaşmasına herhangi bir zarar vermez[189].

c2c.Evlenme

Evlenme, İslam hukukunda vatandaşlığı ortadan kaldıran nedenlerden biri olarak değerlendirilmektedir. İslâm hukukunda, *"Kadın, kocasına*

[185] HAMİDULLAH, İ*slâm'da Devlet İdaresi*, s. 143.
[186] BAKARA, 2/221;MÜMTEHİNE, 60/10.
[187] SERÂHSÎ, *Mebsût*, X, 85.
[188] KÂSÂNİ, VII, 113; İBN KUDÂME, IX, 245.
[189] KÂSÂNİ, VII, 109.

tâbidir" prensibi gereği[190]İslâm devletinin gayrimüslim vatandaşı olan bir kadın, yabancı bir ülkenin vatandaşlığındaki bir erkekle evlenmesi halinde vatandaşlık hakkını kaybeder[191]. Bu durumda erkeğin kadına bağlı olarak İslam ülkesi vatandaşı sayılması söz konusu değildir.

S0NUÇ

Bir kişinin belirli bir devlete aidiyetini ifade eden vatandaşlık, ilk çağlardan itibaren toplumların meşgul oldukları ve günümüzde de aktüalitesini devam ettiren konulardan biridir. Vatandaşlık kavramı, devlet kadar eski bir kavram olmakla birlikte modern devlet anlayışıyla kavramsal nitelikte belirginlik kazanmış ve belirli bir tarihi gelişim sürecinden geçerek bugünkü halini almıştır. Nitekim ilk çağlarda vatandaşlık vasfı, genellikle doğum yolu ile babadan çocuğa intikal etmiş ve bu toplumlarda "*kan esası*"'na dayalı bir vatandaşlık anlayışı egemen olmuştur. Bu anlayış, uzun bir süre sonra yerini *"toprak esası"'*na bırakmış ve daha sonraki dönemlerde ise *"toprak esası"*' temelindeki vatandaşlık algısı gelişmiş ve ikâmet dışında doğum olgusuna yer vererek kişiye, ülkesinde doğduğu devletin vatandaşı olmasının yolunu açmıştır. Bu nedenle de *"toprak esası"* ikili bir yön kazanmıştır. Tarihî gelişim sürecini bu şekilde sürdüren vatandaşlık kavramı, Orta çağda feodalite felsefesine uygun olarak toprağa bağlılığın bir ifadesi şeklinde ortaya çıkmış ve daha önceki dönemde "*kan esası"*na göre kazanılan vatandaşlık, mutlak denilebilecek bir şekilde "*toprak esası"*na bağlanmıştır. Bu durum, modern zamanlara kadar da devam etmiştir.

Bu tarihi süreç içerisinde vatandaşlık tarifi, yapanın bu mefhuma vermek istediği manaya uygun bir şekilde yapılagelmiştir. Onun için vatandaşlık, bazen bir aileye, bazen bir dine, bazen bir ırka ve zamanla bir krala bağlılık şeklinde ifade edilmiştir. Günümüzde vatandaşlığı ifade eden tabirler arasında farklar görülmesine rağmen bu farklar, terminolojik bir öneme sahip olup, hepsi içerik bakımından modern vatandaşlık hukuku anlayışında bir devlete aidiyetini ifade etmektedir.

İslâm hukuku literatüründe her ne kadar günümüzde kullanılan kavram ve mahiyette *vatandaşlık"* tâbiri bulunmuyor ise de bu kavram İslâm hukukçuları tarafından tanınmaktadır. Nitekim İslâm hukukunda devlete, siyasî ve hukukî olarak bağlı bulunan insanları ifade için ilk dönemlerde *"ehlüdâri'l-İslâm"* veya *"ehludârinâ"* yani *"İslâm ülkesi vatandaşı"* şeklinde daha sonraki

[190] HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, s. 143.

[191] KÂSÂNÎ, VII, 110.

dönem kaynaklarda ise İslâm devletinin vatandaşlığını ifade etmek için *"tabiîyet"* veya *"cinsiyye"* kavramı kullanılmıştır. Ayrıca İslâm hukukunda siyasî ve hukukî yönden devlete bağlı bulunan şahıslar ile yani vatandaşlar ile yabancıları göstermek üzere gayrimüslim vatandaşlar, zimmet anlaşmasının tarafı anlamında *"ehlü'z-zimme",* İslâm devletinin vatandaşı olmayan ve İslâm ülkesinde anlaşmalı olarak bulunmayan yabancılar da "*ehludâri'l-harb*" gibi terimlerle ifade edilmiştir. İslâm hukuku, din kaynaklı bir hukuk sistemi olması münasebetiyle inanç birliğini esas alarak Müslümanları bir tek ümmet kabul etmektedir. Bunun neticesinde Müslümanlar, İslâm inancını benimsemiş olmaları yönüyle, İslâm ümmetinin bir üyesi oldukları gibi, aynı zamanda İslâm devletinin de vatandaşı sayılırlar. Dolayısıyla onların, İslâm toplumuna ümmet ve İslam devletine vatandaşlık bağlarının hukukî temelini, müşterek ülke, dil, renk veya doğum değil, *"İslâm inancı"* oluşturur. Gayrimüslimlerin ise vatandaşlığının hukukî temelini *"zimmet anlaşması"* oluşturmaktadır.

İslâm hukukundaki dinî temele dayalı bu vatandaşlık anlayışı, Osmanlı Devleti'nin son devirlerine kadar devam etmiş ve bu dönemde batıdaki gelişmelere paralel olarak, dil ve ırk bakımdan farklı olan Müslüman gruplarda milliyet hissinin ve millet-devlet fikrinin ortaya çıkması sonucunda dinî düşünceden sıyrılmış modern vatandaşlık anlayışına dayanan Tâbiîyeti Osmaniye Kanunnâmesi neşredilmiştir. Böylece Avrupa hukuklarının vatandaşlık alanında benimsedikleri genel prensiplere uygun vatandaşlık anlayışı esas alınmıştır. Bu kanunnâme, İslâm dünyasındaki ilk vatandaşlık düzenlemesi olarak kabul edilmiş ve sonraki dönemlerde hazırlanan vatandaşlık kanunları için ilham kaynağı olmuştur. Günümüzde devlete siyasî ve hukukî yönden aidiyeti vatandaşlık anlayışı için esas alan Türk Vatandaşlık Hukuku'nda vatandaşlık, bireyin doğumla elde ettiği, kan ve toprak esasına dayanan *"aslî vatandaşlık"* ve kişinin sonradan değişik yollarla elde ettiği vatandaşlığı ifade eden "*müktesep vatandaşlık*" olmak üzere iki kısım halinde kazanılmakta; yetkili makam kararı ve seçme hakkı kullanılarak da kaybedilmektedir. Halbuki İslâm hukukunun din eksenli bir hukuk olmasının doğal bir sonucu olarak, vatandaşlığı kazanma ve kaybetme durumları da buna bağlı olarak Müslümanlar ve gayrimüslimler için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Kaynakça

AKTAN, Hamza, *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku*, b.1, İşaret Yayınları, İstanbul, 1991.

ALTUĞ, Yılmaz, *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1973.

ANA BRİTANİCA GENEL KÜLTÜR ANSİKLOPEDİSİ, I-XX, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul, 1980.

ARMAĞAN, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, b.2, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1992.

ARSAVA, Ayşe Füsun, *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının(Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında) İncelenmesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993.

ATAÖV, Türkkaya, *Azınlıklar Üstüne Bazı Düşünceler*, A.Ü.S.B.F.D.,c.XLII, no:1-4(Ocak-Aralık), Ankara, 1987, 49-66.

AYBAY, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, b.5, İstanbul, 2003.

BERKİ, Osman Fazıl, *Devletler Hususî Hukuku Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku*, b.7, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1970.

BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, b.18, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

BOZKURT, Gülnihal, *İslâm Hukukunda Zimmîlerin Hukukî Statüleri*, Prof, Dr. Kudret Ayiter Armağanı, D.E.Ü.H.F.D., c. III, no: 1-4, Ankara, 1987, s. 115-155.

BÜYÜK LAROUSSE SÖZLÜK VE ANSİKLOPEDİSİ, I-XXIV, Milliyet Gazetecilik A.Ş. İstanbul, 1986.

CİN, Halil-AKGÜNDÜZ Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi,* I-II, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996.

ERDEM, B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, b.2, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

FATTAL, Antoine, *Le StatutLegaldesnon- Musulmans en Paysd'Islam*, *Imprimerie Catholıque,* Beyrut, 1958.

FİŞEK, Hicri, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayınları, Ankara, 1959.

--- *İsviçre Tabiiyetinin İktisabı ve Kaybı Hakkında Federal Kanun*, A.Ü.H.F.D., X, sy. 1-4, 1953, s. 755-769.

GANNUŞÎ, Raşid, *İslâm Toplumunda Vatandaşlık Hakları*, çev: Abdulmecit Can, Birleşik Yayıncılık, İstanbul, 1996.

GÖĞER, Erdoğan, *Türk Tâbiiyet Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.

GÜNEŞ, Ahmet, *Hoşgörünün Hukukî Temelî***,** Yeni Akademi Yayınları, İstanbul, 2006.

HAMİDULLAH, Muhammed, *İslâm'da Devleti İdaresi*, çev. Hamdi Aktaş, Beyan Yayınları, İstanbul, 1998.

---*Devletler Hukukunun Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle",İslâm'ın Hukuk İlmine Yardımları*, (Makaleler Külliyatı), Der: Salih Tuğ, Milliyetçiler Derneği Neşriyatı, İstanbul, 1962.

---*İslâm'da Devletler Özel Hukuku",* İslâm Hukuku Etüdleri, çev. Ali Kuşçu, Bir Yayıncılık, İstanbul, 1984.

--- *"Hz. Peygamber Gayr-i Müslimlere Nasıl Davrandı?" İslâm Anayasa Hukuku*, çev. Subhi Seyf, Beyan Yayınları, İstanbul, 1995.

HASAN SIRRI, *Hususî Hukukîye-î Düvel*, İstanbul, 1326.

İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdullazîz, *Reddu'l-Muhtârale'd-Durri'l-Muhtâr*, I-V, DâruİhyâiT -Turasi'l-Arabî, Beyrut, ty.

İBN HİŞÂM, Ebû Muhammed Abdulmelik el-Muafirî, *es-Sîretu'n-Nebeviyye*, I-IV, Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire, 1355/1936.

İBN KUDÂME,MuvaffakuddînEbû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî ala Muhtasari'l-Hırakî*, I-X, Mektebetü'l-Ficâleti'l-Cedîde, Mısır, 1389/1969.

KARADENİZ, Özcan-ÇELEBİCAN, *Roma Hukuku*, b.3, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1986.

KARAMAN**,** Hayreddin, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, I-III, Nesil Yayınları, İstanbul, 1991.

KÂSÂNÎ, Alâuddin EbûBekr b. Mes'ud, *Bedâiu's-Sanâî fi Tertibi'ş-Şerâyî*,

I-VII, Beyrut, 1394/1974.

KAYA, Ali, *İslâm Hukukuna Göre Vatandaşlığın Temel Esasları*, U.Ü.İ.F.D. c. VII, sy: 7, Bursa, 1998, s.338-351.

KOSCHAKER, Paul, *Modern Hususî, Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, Thk. Kudret Ayiter, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

KÖSE, Murtaza, *İslam Hukuku Açısından Hükmî Şahsiyet*, Yeni Akademi Yayınları, İstanbul, 2008.

MARDİN, Ebûl'ula, *Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996.

MERAY, Seha Lütfi, *Devletler Hukukuna Giriş*, I-II, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi Ankara, 1968.

MERGİNÂNÎ, Burhânuddin Ebû'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelil, *el-Hidâye ŞerhuI-II, Bidâyeti'l-Mubtedî*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1410/1990.

MEYDAN LAROUSSE BÜYÜK LÜGÂT VE ANSİKLOPEDİ, I-XII, Meydan Yayınevi, İstanbul, 1971.

MÜSLİM*,* el-İmâmEbu'l-Huseyn b. el-Haccâc, *Sahihu'l-Müslim*, I-V, Thk. Muhammed Fuat Abdulbaki, Dâru'l-İhya'il-Kütübi'lArabiyye, 1375/1956.

NOMER, Ergin, Türk *Vatandaşlık Hukuku,* b. 18. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

OVACIK, Mustafa, *Hukuk Sözlüğü (Türkçe-İngilizce)*,Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, b.4, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 1999.

ÖZEL*, Ahmet, İslâm Hukukunda Ülke Kavramı, İz Yayıncılık, İstanbul*, 1998.

SERÂHSÎ, Şemsu'l-Eimme EbûBekr Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, I-XXX, Mısır, 1324.

---*Şerhu's-Siyeri'l-Kebîr,*Thk. Selâhuddin el-Müneccid, I-V, Matbaatu Şerketi'l-İ'lânati'ş-Şarkiyye, by. 1971.

SEVİĞ, Muammer Raşit-SEVİĞ, Vedat Raşit, *Devletler Hususî Hukuku*,

İstanbul 1962.

TİRMİZÎ, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve, es-*Sünen*, I-V,Thk. İbrahim Atveİvez,Beyrut, ty.

TUĞ, Salih, *İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri*, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1969.

TURNAGİL, Ahmed Raşid, *İslâmiyet ve Milletler Hukuku*, Sebil Yayınevi, İstanbul, 1972.

TÜRCAN, Talip, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2001.

UDEH, Abdulkadir (v.1954), *et-Teşriu'l-Cinai'l-İslâmî,* I-II, Beyrut, ty.

ULUOCAK, Nihal, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.

UNAT, İlhan, *Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler-Mahkeme Kararları)*,Sevinç Matbaası, Ankara, 1966.

ÜÇOK, Coşkun-Mumcu, Ahmet-Bozkurt, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi,* Savaş Yayınevi, Ankara, 1999, s. 289.

YÖRÜK, Abdülhak Kemal, *Devletler Hususî Hukuku*, I-II, İstanbul, 1938.

ZEYDAN, Abdülkerim, *Ahkâmu'z-Zimmiyyînve'lMüste'minîn fi Dâri'l-İslâm*, Bağdat, 1382/1963.

ZUHAYLİ, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslamî*, Dâru'l-Dımeşk, 1965.

MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGEDE YÜRÜTÜLEN YABANCI ASKERÎ FAALİYETLERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Fevzi TOPSOY*

ÖZET

Münhasır ekonomik bölge, ilk kez, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)'yle ihdas edilen ve kıyı devletine bir takım hak ve yetkiler veren bir deniz hukuku kavramıdır. Sözleşmeyle kıyı devletlerine, 200 mile kadar uzanan bir deniz alanında münhasır ekonomik bölge ilan etme hakkı tanınması, daha önce açık deniz statüsünde olan geniş bir alanın, kıyı devletlerinin deniz yetki alanlarına dahil olmasına yol açmıştır. Bu yeni durum, diğer sorunların yanında, burada yürütülen askerî faaliyetleri tartışmalı konuma sokmuş, konuyla ilgili olarak BMDHS'de açık hükümlerin bulunmaması ise yeni çatışma alanlarının doğmasına yol açmıştır. Bu kapsamda çalışmada; BMDHS ve uluslararası örf ve adet hukuku ışığında, münhasır ekonomik bölgede yürütülen yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsü açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *BMDHS, Askerî Faaliyet, Münhasır Ekonomik Bölge, Askerî Tatbikat, Barışçıl Amaçlar*

THE LEGALITY OF THE FOREIGN MILITARY ACTIVITIES IN THE EXCLUSIVE ECONOMIC ZONE

ABSTRACT

The exclusive economic zone (EEZ) is a concept of law of the sea that is created as first time by the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and authorizes some rights and jurisdiction to the coastal state. The coastal states is entitlement to declare an EEZ in a sea area which extends to 200 miles from their coasts, by the UNCLOS, caused a large area which is previously at "high sea status" to be included in the maritime jurisdiction areas of coastal states. This new position, besides other problems, has been put the military activities into a controversial position carried out in this area. On the other hand, the absence of clear provisions on the subject in the UNCLOS has created new conflict areas. In this context, in the study; it is tried to explain the legal status of the foreign military activities, which is carried out in the EEZ.

Key Words: *UNCLOS, Military Activities, Exclusive Economic Zone, Military Maneuvers, Peaceful Purposes*

* Yrd. Doç. Dr., Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, fevzi.topsoy@zirve.edu.tr

GİRİŞ

Günümüzün en önemli deniz hukuku kodifikasyonu olan "1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (*United Nations Convention on the Law of the Sea* – BMDHS)[1]"yle kıyı devletlerine, karasuların ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 200 deniz miline kadar su kütlesi, deniz tabanı ve altını kapsayan bir deniz alanında münhasır ekonomik bölge ilân etme hakkı tanınması (BMDHS m. 57), daha önce açık deniz rejiminin uygulandığı geniş bir deniz alanının bu niteliğini kaybetmesine yol açmıştır[2]. Değişen bu coğrafî yapı, devletler arasında ekonomik, siyasî veya politik nitelikli bir takım anlaşmazlıkların yaşanmasına yol açarken[3], münhasır ekonomik bölgenin hukukî statüsüne ilişkin pek çok konunun açıklığa kavuşturulmamış olması mevcut anlaşmazlıkların derinleşmesine neden olmuştur. Bu muğlaklıkların biri, belki de en önemlisi, münhasır ekonomik bölgede yürütülen yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsüdür.

Konuyla ilgili bir takım girişimlere rağmen, BMDHS'nin hazırlık çalışmalarında münhasır ekonomik bölgede yürütülen yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsünün yeterince tartışılmaması ve Sözleşmede muğlak bir konu olarak kalması[4], doktrin ve uygulamada birbiriyle çelişen görüş ve yorumların yapılmasına neden olmuştur[5]. Kuşkusuz, konunun açıklığa kavuşturulması, devletlerin stratejik güvenlikleri kadar dünya barışının sağlanması açısında da hayatî önem taşımaktadır.

Coğrafî büyüklük olarak açık deniz alanlarının küçülmesi ve bazı devletlerin münhasır ekonomik bölgeleri üzerinde bir takım askerî faaliyetleri kısıtlama eğilimleri, başta Amerika Birleşik Devletleri (ABD) olmak üzere

---

[1] 10 Aralık 1982 tarihinde Venezüella'nın başkenti Caracas'ta imzalanan ve 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren BMDHS'nin resmî metni için bkz. *Official Records XV*; "United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982". Gayriresmî Türkçe çevirileri için bkz. ÖZMAN, *Birleşmiş Milletler*; GÜNDÜZ, s. 357-459; KURAN, s. 303-430.

[2] BOCZEK, s. 447. Yazar, BMDHS'nin 57 ve 74. maddelerine uygun münhasır ekonomik bölge ilan edilmesi durumunda, kıyı devletleriyle çevrili önemli pek çok denizin, açık deniz olma özelliğini kaybedeceğini belirtmektedir.

[3] *A Report of the Tokyo Meeting*, s. 35; *A Summary of the Bali Dialogue*, s. 4; GALDORISI – KAUFMAN, s. 292; PEDROZO, Preserving National Rights, s. 16.

[4] GENG, s. 26; BOCZEK, s. 448. Boczek, denizci devletler için donanma faaliyetlerinin hayatî öneme sahip olmasına rağmen, münhasır ekonomik bölgedeki yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsüne açık şekilde vurgu yapılmadığını ve konunun BMDHS hazırlık çalışmalarında "ihmal edilmiş " konu, hatta "konu değil", olarak kaldığını bildirmektedir.

[5] Görüşler için bkz. HAYASHI, s. 129.

güçlü donanmalara sahip gelişmiş devletleri tedirgin etmekte ve eğilimin nitelik ve nicelik olarak genişlemesi konusunda endişelendirmektedir[6]. Konu, üç tarafı denizlerle çevrili Türkiye açısından da büyük önem taşımaktadır[7]. Bu nedenle, münhasır ekonomik bölgede yürütülen yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsünün açık şekilde belirlenmesi; mevcut uyuşmazlıkların çözümü yanında, özellikle askerî ve politik stratejilerin yeniden belirlenmesi bağlamında bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu itibarla çalışmada; taraf olmadığından Sözleşme hükümleriyle doğrudan bağlı olmamakla birlikte, BMDHS'nin münhasır ekonomik bölgenin hukukî statüsüne ilişkin kurallarının Türkiye açısından bağlayıcı olduğu varsayımından[8] hareket edilerek, münhasır ekonomik bölgede yürütülen yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsü açıklanmaya çalışılmıştır. Bu amaçla öncelikle münhasır ekonomik bölge kavramı açıklanmış ardından, kıyı devletine tanınan haklar dışında münhasır ekonomik bölgenin açık deniz statüsünde olduğu hipotezi kapsamında, bu deniz alanında yürütülen her bir askerî faaliyetin muhtemel hukukî statüsü tartışılmıştır.

I. MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGE KAVRAMI VE HUKUKÎ STATÜSÜ

A) GENEL OLARAK

İkinci Dünya Savaşı sonrasında bazı Latin Amerika devletlerince uygulanan "miras denizi (*patrimonial sea*)" ile 1960'lı yıllardan sonra yerleşmeye başlayan "münhasır balıkçılık bölgesi (*exclusive fishing zone*)" kavramlarının bir yansıması olarak gelişen münhasır ekonomik bölge, genel

---

[6] BOCZEK, s. 447. Yazar, gelişmiş devletlerin, 1960'lı yılların ortalarından itibaren, denizlerin geleneksel serbestliğinin korunmasına yönelik ortak girişim başlattıklarını ve ortaklığın BMDHS hazırlık çalışmaları süresince de devam ettiğini vurgulamaktadır.

[7] Her ne kadar henüz Ege ve Akdeniz'de geçerli münhasır ekonomik bölge sınırlandırılması antlaşmaları yapılmadığından mevcut ya da sonradan yapılacak tek taraflı ilânlar Türkiye açısından yok hükmünde olsa da, uluslararası hukuka uygun münhasır ekonomik bölge antlaşmaları yapılması durumunda, bu denizlerin tamamının münhasır ekonomik bölge kapsamına dahil olacağı coğrafî bir gerçektir.

[8] Uluslararası Adalet Divanı, 1982 tarihli Tunus-Libya Kıt'a Sahanlığı Davası'nda, münhasır ekonomik bölgenin uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası olduğunu açık şekilde vurgulamıştır. Genel olarak doktrinde de münhasır ekonomik bölgenin uluslararası örf ve adet hukuku niteliği kazandığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. VICUNA, s. 228. Bu kapsamda Karadeniz'de 200 mil münhasır ekonomik bölge ilan eden Türkiye açısından BMDHS'nin münhasır ekonomik bölgeye ilişkin hükümlerinin, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 38. maddesi uyarınca bağlayıcı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

olarak, karasularının ötesine uzanan ve kıyı devletine ekonomik konularda bir takım egemen hak ve yetkiler veren bir deniz hukuku müessesidir. Tarihsel olarak ilk münhasır ekonomik uygulaması, Şili'nin, kıt'a sahanlığı ve ona bitişik 200 millik bir deniz alanı üzerinde egemenlik iddiasında bulunduğu 23 Temmuz 1947 tarihli başkanlık açıklamasına kadar geriye uzanmakla birlikte[9] münhasır ekonomik bölge kavramı ilk kez Afrika-Asya Hukuk Danışma Komitesi'nin 1971 yılı toplantısında Kenya delegesi tarafından ortaya atılmış ve hukukî bir müessese olarak da BMDHS'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (BMDHS m. 55-75)[10].

BMDHS'nin 56 ve 57. maddelerinde kıyı devletlerinin münhasır ekonomik bölgedeki egemen hak ve yetkilerini kullanmaları herhangi bir şekil[11] ya da ilan şartına bağlanmamakla birlikte doktrinde, kıt'a sahanlığının aksine[12], kıyı devletinin bu hak ve yetkileri kullanabilmesinin, uluslararası hukuka uygun şekilde münhasır ekonomik bölge ilânına bağlı bulunduğu belirtilmektedir[13]. Bununla birlikte; yapılan ilânın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için münhasır ekonomik bölge ilânına diğer devletlerce itiraz edilmemiş olması, diğer bir ifadeyle, kıyı devletlerinin tek taraflı yapacakları bir ilânla, münhasır ekonomik bölgede tanınan bu hak ve yetkileri kullanmasının hukuken mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

B) HUKUKÎ STATÜSÜ

1- Genel Olarak

Münhasır ekonomik bölgenin hukukî statüsü, kıyı devletlerine özellikle canlı ve cansız kaynaklar üzerinde egemen haklar veren önerilerden[14], kıyı

[9] BOZKURT, Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge, s. 57.

[10] Münhasır ekonomik bölge kavramının tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT, Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge, s. 50-74; ATTARD, s. 1; VICUNA, s. 3.

[11] Sadece BMDHS'nin 75. maddesinde devletlerin, münhasır ekonomik bölgenin dış sınır ve sınırlandırma çizgilerini uygun ölçekli haritalarda gösterecekleri belirtilmektedir.

[12] BMDHS'nin 77(2) ve (3) maddeleri kıyı devletinin, kıt'a sahanlığındaki haklara sahip olmasının, bunları kullanması veya ilan etmesine bağlı olmadığını düzenlemektedir. Bu iki hüküm, Uluslararası Adalet Divanı'nın 20 Şubat 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıt'a Sahanlığı kararının pozitif hukuka bir yansıması olarak kabul edilmektedir. Bkz. PAZARCI, s. 395; DOĞRU, s. 58.

[13] Bu konuda özellikle bkz. PAZARCI, s. 413; TOLUNER, s. 273; KURAN, s. 232; ATTARD, s. 55. Gerçekten de kıt'a sahanlığı üzerinde kıyı devletinin haklarını düzenleyen BMDHS'nin 77(3) maddesinde kıyı devletinin kıt'a sahanlığı üzerindeki haklarının her türlü açık beyana bağlı olmadan mevcut olduğu hükme bağlanmasına rağmen benzer bir hüküm münhasır ekonomik bölge için öngörülmemiştir.

[14] Örneğin, Kolombiya, Meksika ve Venezüella tarafından sunulan 02 Ağustos 1973 tarihli

devletleri ile diğer devletlerin çıkarları arasında denge kurma amacı güden girişimlere[15] kadar geniş bir yelpazede, II. Alt Komite'ye sunulan farklı görüş ve öneriler çerçevesinde şekillenmiş ve uluslararası deniz hukuku kuralı olarak kodifiye edilmiştir. Hukukî anlamda münhasır ekonomik bölge, karasularının ötesindeki belli bir alanda canlı ve cansız doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi, korunması ve yönetilmesi konusunda kıyı devletinin birtakım egemen hak ve yetkileri bulunduğu bir deniz yetki alanıdır. Bu nedenle doktrinde, münhasır ekonomik bölgenin, hukukî anlamda ne karasuları ne de açık deniz olduğu, aksine kendine özgü, *sui generis*, bir rejime sahip bir deniz yetki olduğu kabul edilmektedir[16].

Aşağıda kısaca açıklanacağı üzere, kıyı devletlerinin münhasır ekonomik bölge üzerindeki egemen hakları, genel olarak, ekonomik faaliyetlerle sınırlandırılmıştır. Ayrıca BMDHS'nin 58(2) maddesinde, Sözleşmenin açık denizlere ilişkin hükümleri ile diğer uluslararası hukuk kurallarının, mevcut kurallara aykırı olmamak şartıyla, münhasır ekonomik bölgeye de uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu itibarla, kıyı devletine tanınan ekonomik nitelikli egemen hak ve yetkiler ile bir takım deniz hukuku konularının haricinde, münhasır ekonomik bölgenin su kütlesi ile üzerindeki hava sahasının, kural olarak, açık deniz statüsünde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[17].

2- Kıyı Devletinin Hak ve Yetkileri

Kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgede sahip olduğu hak ve yetkileri BMDHS'nin 56. maddesinde sayılmıştır. Buna göre kıyı devletleri; canlı ve cansız doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi, korunması ve yönetimi ile su, akıntı ve rüzgârdan enerji üretimi gibi bölgenin ekonomik

önerinin (UN Doc. A/AC.138/SC.II/L21) 4. maddesinde, "kıyı devletleri, miras deniz olarak adlandırılan deniz alanı, deniz tabanı ve altında bulunan canlı ve cansız doğal kaynaklar üzerinde egemen haklara sahip" olduğu belirtilmekteydi. Öneri için bkz. DUPUY, s. 277.

[15] Ayrıntılı bilgi için bkz. NANDAN - ROSENNE, s. 556.

[16] Münhasır ekonomik bölgenin *sui generis* rejimi için bkz. ATTARD, 61; VICUNA, s. 44; KWIATKOWSKA, s. 230. BMDHS çalışmaları sırasında II. Komite başkanı da münhasır ekonomik bölgenin, karasuları ve açık denizlerin bir parçası olmadığını, aksine, *sui generis* bir rejime sahip olduğunu vurgulamıştır. Bkz. ATTARD, s. 62.

[17] Benzer görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. KWIATKOWSKA, s. 231. Yazar, listelediği maddeler ışığında münhasır ekonomik bölgenin statüsünün, açık deniz rejimine yaklaştığını bildirmektedir. Aksi görüş için bkz. ODA, s. 741 (KWIATKOWSKA, s. 231'den naklen). Oda, münhasır ekonomik bölgenin *sui generis* rejime sahip olduğunu, açık denizlerin bir parçası olduğu görüşün ise tamamıyla akademik olduğunu iddia etmektedir.

amaçla araştırılması ve işletilmesine yönelik diğer faaliyetlere ilişkin "egemen haklar (*sovereign rights*)"a [BMDHS m. 56(1)(a)], sunî ada, tesis ve yapılar kurma, denize ilişkin bilimsel araştırma faaliyeti yürütme ve deniz çevresinin korunması konularında ise "yetki (*jurisdiction*)"ye sahip bulunmaktadır [BMDHS m. 56(1)(b)]. Ayrıca kıyı devletinin; deniz çevresinin kirlenmeye karşı korunması (BMDHS m. 208) ve özellikle canlı kaynaklarının korunması ve işletilmesi bağlamında kabul edilebilir avlanma miktarlarını tespit etme ve planlama yetkisi bulunmaktadır (BMDHS m. 61 ve 62).

3- Üçüncü Devletlerin Hak ve Yükümlülükleri

a) Genel Olarak

Münhasır ekonomik bölge üzerinde üçüncü devletlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen temel hüküm BMDHS'nin 58. maddesidir. Buna göre, denize kıyısı olsun ya da olmasın bütün devletlerin; BMDHS'ye uygun olmak şartıyla, 87. maddede sayılan seyrüsefer, uçma, denizaltı kablo döşeme ve boru hattı döşeme serbestliği ile bu serbestliklerin kullanıma ilişkin olarak, özellikle gemilerin, uçakların ve denizaltı kablo ve boru hatlarının işletilmesiyle bağlantılı olan ve BMDHS'nin diğer hükümleriyle çatışmayan serbestiler gibi denizlerin diğer uluslararası hukukî kullanım şekillerinden yararlanma hakları bulunmaktadır[18]. Aynı zamanda BMDHS'nin 58(2) maddesinde, açık denizlerin hukukî statüsünü düzenleyen 88 ilâ 115. maddeler ile uluslararası hukukun ilgili diğer kurallarının, BMDHS'nin V. bölümüne aykırı olmadığı ölçüde, münhasır ekonomik bölgeye de uygulanacağı düzenlenmektedir.

BMDHS'nin 58(1) ve (2) maddesinden anlaşıldığı kadarıyla münhasır ekonomik bölge üzerinde bütün devletlerin; seyrüsefer, uçma, denizaltı kablo ve boru hattı döşeme serbestliği ile bu serbestlikle bağlantılı denizlerin diğer uluslararası hukukî kullanım hakları bulunmaktadır. Bununla birlikte devletlerin, açık denizlerin serbestliği ilkesi çerçevesinde yararlandığı[19] bu haklarını kullanırken, kıyı devletinin hak ve yükümlülüklerini gözetme ve uluslararası hukuka uygun olarak kabul ettiği kanun ve düzenlemelere uyma yükümlülüğü bulunmaktadır[20].

[18] BMDHS m. 58(1).

[19] PAZARCI, s. 411.

[20] BMDHS m. 58(3).

b) Artık Haklar

BMDHS'nin 59. maddesinde, münhasır ekonomik bölgede ne kıyı devletine ne de diğer devletlere hak ve yetki tanınmayan bir konuda, kıyı devleti ile diğer bir devlet ya da devletlerin menfaatlerinin çatışması durumunda sorunun hakkaniyete göre çözümleneceği düzenlenmektedir. Doktrinde bu hüküm, Türkçeye "artık haklar" olarak çevrilebilecek "*residual rights*" terimiyle ifade edilmektedir[21].

BMDHS'nin 59. maddesi, kıyı devleti ile diğer devletlere açık bir hak ya da yetki tanınmayan bir konuda yaşanan bir çatışmada kıyı devletinin menfaatinin üstün tutulmayacağının, diğer bir ifadeyle, üçüncü devletlerin münhasır ekonomik bölge üzerindeki haklarının, kıyı devletine göre ikinci derecede olmadığının[22] teyidi anlamında büyük önem taşımaktadır. Bu anlamda, münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsü gibi BMDHS'de düzenlenmeyen konularda, kıyı devleti ile diğer devletlerin, kural olarak, eşit hak ve yetkilere sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

II. MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGEDE GERÇEKLEŞTİRİLEN ASKERÎ FAALİYETLER VE HUKUKÎ STATÜSÜ

A) DENİZLERİN ASKERÎ AMAÇLAR İÇİN KULLANIMI

Tarih boyunca deniz ve okyanuslar; insanlığın yaşam kaynağı olması yanında devletlerin egemenliklerini pekiştirmeleri ve özellikle yeni sömürge alanları elde etmelerinde önemli rol oynamıştır. Denizlerin sağladığı ekonomik, siyasî ve askerî avantajlar nedeniyle deniz imparatorluklarının, kara imparatorluklarına oranla, daha uzun ömürlü olmaları, devletleri, tarihin her döneminde güçlü bir deniz kuvvetine sahip olmaya ve denizleri askerî amaçlar için kullanmaya yöneltmiştir.

Günümüzde deniz ve okyanusların en önemli ve yaygın askerî amaçlı kullanımından birisinin caydırıcılık olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira bölgesel veya küresel ihtilafların barışçıl çözümüne katkı sağlaması amacıyla donanmaya bağlı gemilerin, açık deniz veya diğer devletlerin deniz yetki alanlarında bayrak göstermelerine sıklıkla rastlanmaktadır. Gelişen savaş

[21] ATTARD, s. 64; BOCZEK, s. 455; HAYASHI, s. 127; NANDAN - ROSENNE, s. 559; OXMAN, s. 847.

[22] BOCZEK, s. 455.

teknolojisinin, su üstü kadar su kütlesi, deniz tabanı hatta altının da kullanımı mümkün kılması askerî faaliyetleri çeşitlendirmekle birlikte, genel olarak, denizlerin askerî amaçlar için kullanımının ana kategorilerini aşağıdaki gibi saymak mümkündür[23]:

(i) Rutin görevler dahil seyrüsefer, çeşitli amaçlı askerî tatbikat ve uygulamalar, bayrak gösterme ve caydırıcılık faaliyetleri ile deniz batıklarının çıkarılması,

(ii) Askerî uçuşlar,

(iii) Askeri keşif ve stratejik bilgi toplama faaliyetleri,

(iv) Şamandıra ve diğer seyrüsefer aletlerin yerleştirilmesi,

(v) Deniz mayınları gibi konvansiyonel silahların yerleştirilmesi,

(vi) Füze rampaları için deniz tabanı veya üstüne tesis inşası,

(vii) Anti deniz altı savaş sistemleri veya sonar sistemlerinin yerleştirilmesi,

(viii) Askerî tahkimat, depolama ve diğer lojistik destek tesislerinin inşasıdır.

Asya-Pasifik Bölgesi devletlerinin uzmanlarınca hazırlanan "Münhasır Ekonomik Bölgede Seyrüsefer ve Uçuşlar Hakkında Ana Esaslar (*Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone* – EEZ Esasları)[24]"da askerî faaliyetler; istihbarat, tatbikat, deneme, eğitim ve

[23] BOZCEK, s. 447; ROACH - SMITH, s. 249; PINTO, s. 12.

[24] EEZ Esasları, Asya-Pasifik Bölgesi devletlerinin üst düzey görevli ve akademisyenlerinin, 2002-2005 yılları arasında yaptığı bir dizi toplantı (Haziran 2002 Bali, Şubat 2003 Tokyo, Aralık 2004 Honolulu ve Eylül 2005 Tokyo) sonucunda hazırlanan, özellikle Asya-Pasifik Bölgesi devletlerinin, münhasır ekonomik bölge rejiminin uygulanmasından doğan sorunlara ortak bir anlayış zemininde yaklaşmasını hedefleyen ve kesinlikle bağlayıcı olmayan kurallardan oluşmaktadır. Esasların;

(i) Münhasır ekonomik bölgede hem kıyı hem de diğer devletlerin hak ve yükümlülükleri ile yabancı gemi ve uçaklarca yürütülen faaliyetlere yönelik ortak terminolojinin belirlenmesine yardımcı olmak,

(ii) Bazı devletler arasındaki ihtilaflı faaliyetlerin çözümüne yönelik önemli bir güven arttırıcı önlemler oluşturmak,

(iii) Münhasır ekonomik bölge rejiminin çok daha etkin şekilde uygulanması sağlamak şeklinde üç temel amacı bulunduğu belirtilmektedir. EEZ Esasları için bkz. **"**Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone**".**

silah denemeleri dahil olmak üzere askerî gemi, uçak ve diğer araç-gereç uygulamaları anlamında olduğu belirtilmektedir. Askerî faaliyetleri, "hareket hakları (*movement right*)" ve "operasyon hakları (*operational right*)" şeklinde iki ana kategoriye ayıran Pirtle ise denizlerin askerî amaçlar için kullanımını; zararsız ve transit geçiş dahil olmak üzere seyrüsefer ve uçma, her türlü tatbikat, demirleme, bilgi toplama, keşif, silah deneme ve ateşleme faaliyetleri ile hidrografik ölçüm ve bilimsel araştırma faaliyetleri şeklinde sınıflandırmaktadır[25].

B) TARİHSEL SÜREÇ

Münhasır ekonomik bölgelerin bütün deniz alanlarının %36'sına ulaşacak[26] olmasına rağmen, bu deniz alanındaki yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsü Üçüncü Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı (BMDHS Konferansı) sürecinde ayrıntılı şekilde tartışılmamış, sadece diğer devletlerin hak ve yükümlülükleri düzenleyen BMDHS'nin 58. maddesi kapsamında gündeme gelmiştir. Konu hakkındaki tartışmalar ise, genel olarak, kıyı devletlerine çok geniş hak ve yetkiler verilmesini isteyen görüş[27] ile açık denizlerin serbestliği ilkesi paralelinde bir serbestlik öneren görüş[28] şeklinde zıt iki çıkar grubu arasında yoğunlaşmıştır[29]. Bununla birlikte, Deniz Yatağı Komitesi çalışmaları ve sonrasında sunulan öneriler, kıyı devletlerinin, "kıyısı olsun ya da olmasın bütün devletlerin gemi ve uçaklarının, münhasır ekonomik bölgede herhangi bir sınırlama olmaksızın seyrüsefer serbestliğinden yararlanabilmelerine" itiraz etmediklerini göstermektedir[30].

BMDHS Konferansı sürecinde münhasır ekonomik bölgede askerî faaliyetlerin hukukî statüsüne ilişkin ilk tartışmalar ise II. Komite'nin ikinci dönem toplantısına (1974) kadar geriye uzanmaktadır. Konuyla ilgili olarak dokuz devlet (Kanada, Şili, İzlanda, Hindistan, Endonezya, Meksika, Moritus, Yeni Zelanda ve Norveç) tarafından Komite'ye sunulan önerinin 14 ilâ 18. maddelerinde; devletlerin yabancı münhasır ekonomik bölgelerdeki askerî

---

[25] PIRTLE, s. 8.

[26] BOCZEK, s. 447; TOLUNER, s. 272; WILSON, s. 421.

[27] Grup 77'ye ait devletler, özellikle Brezilya, Ekvator, Panama ve Peru.

[28] Güçlü donanmalara sahip denizci devletler, özellikle ABD ve SSCB.

[29] Örneğin, konunun önemi, dönemin iki farklı kutbun lider devletlerini (ABD ve SSCB), münhasır ekonomik bölgedeki askerî veya diğer faaliyetlerin kısıtlanmasına ilişkin çabaları engelleme konusunda ortak hareket etmeye yöneltmiştir. Bkz. BOZCEK, s. 448.

[30] Ayrıntılı bilgi için bkz. NANDAN - ROSENNE, s. 556.

faaliyetlerle ilgili haklarına vurgu yapılmasına karşılık, kıyı devletinin hak ve yetkilerini kısıtlayan askerî faaliyetler için izin sistemi önerilmiştir[31].

Münhasır ekonomik bölgede diğer devletlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen ve *Evensen* Grup tarafından sunulan öneri paralelinde şekillenen Gayriresmî Tek Görüşme Metni (*Informal Single Negotiating Text* – ISNT)'nin[32] II. bölümünün 47(1) maddesinde "kıyısı bulunsun ya da bulunmasın bütün devletlerin, Sözleşme hükümlerine uymak şartıyla, seyrüsefer, uçma, deniz altı kablo ve boru döşeme ile "seyrüsefer ve iletişimle ilgili" denizlerin diğer uluslararası hukukî kullanım serbestliğinden" yararlanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Benzer hüküm, Düzeltilmiş Tek Görüşme Metni (*Revised Single Negotiating Text*)'nin[33] II. bölümünün 46(1) maddesinde de yer almakla birlikte BMDHS Konferansı'nın beşinci döneminde (1976) Denize Kapalı ve Coğrafi Açıdan Dezavantajlı Devletler, "seyrüsefer ve iletişimle ilgili" ifadesinin metinden çıkarılmasını önermiştir[34] . Bu dönemde güçlü donanmaya sahip devletler münhasır ekonomik bölgelerde askerî faaliyet serbestliğini kapsayacak bir ifadeyi metne dahil ettirmeye çalışırken, gelişmekte olan kıyı devletleri ise yabancı askerî faaliyetlerin sınırlandırılmasına yönelik girişimlerini tekrarlamışlardır[35].

BMDHS Konferansı'nın altıncı döneminde (1977) "seyrüsefer ve iletişimle ilgili" ibarenin çıkarılması konusunda ısrarcı olan Denize Kapalı ve Coğrafi Açıdan Dezavantajlı Devletlerin gayriresmî önerisine rağmen, *Castana* Grubunun önerisi paralelinde[36] "Gayriresmî Birleşik Metni (*Informal Composite Negotiating Text* – ICNT)'nin 58(1) maddesinde ifade; "gemi, uçak, deniz altı kablo ve boru hattı uygulamalarına yardımcı olmak gibi bu serbestliklerle[37] ilgili denizlerin diğer uluslararası hukukî kullanımları" şeklinde kaleme alınmıştır[38].

---

[31] UN Doc: A/CONF.62/L.4, 26 Temmuz 1974, *Official Records II*, s. 81. Benzer bir öneri daha sonra *Evensen* Grup tarafından da sunulmuştur. Öneriler için bkz. NANDAN - ROSENNE, s. 557.

[32] UN Doc.: A/CONF.62/C.3/WP.8/Part II, *Official Records IV*, s. 137.

[33] UN Doc.: A/CONF.62/C.3/WP.8/REV.1/Part II, *Official Records V*, s. 151.

[34] NANDAN - ROSENNE, s. 561.

[35] BOCZEK, s. 448. Örneğin Peru tarafından sunulan gayriresmî öneride devletlerin, "kıyı devletinin egemenlik, toprak bütünlüğü ve siyasî bağımsızlığına karşı tehdit veya kuvvet kullanmaktan kaçınmakla" yükümlü oldukları vurgulanmıştır. NANDAN - ROSENNE, s. 563.

[36] NANDAN - ROSENNE, s. 561.

[37] ICNT'nin 58(1) maddesinde açık olarak sayılan serbestlikler; seyrüsefer, uçma, deniz altı kablo ve boru hattı döşeme serbestlikleridir.

[38] ICNT'nin hazırlık süreci 28 Haziran 1977 tarihinde başlamış ve üç alt komitenin başkanı

BMDHS Konferansı'nın yedinci döneminde (1978) Almanya, ICNT'nin 58(1) maddesindeki "denizlerin diğer uluslararası hukukî kullanımı" ifadesinin metinden çıkartılmasını önerirken, Peru, ICNT'nin 58(2) maddesinin yerine "münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî gemiler ile uçakların, kıyı devletinin izni olmaksızın her türlü askerî tatbikat ve silah kullanmaktan sakınırlar" şeklindeki yeni bir metnin konulmasını önermiştir[39].

BMDHS Konferansı'nın sekizinci döneminde (1979) ABD, diğer devletlerin haklarını daha fazla genişletecek şekilde, ICNT'nin 58(3) maddesine "açık deniz serbestliği ilkesi çerçevesinde özel olarak sayılanlara ek olarak uluslararası hukuk tarafından gemi ve uçaklara tanınan geleneksel bütün açık deniz serbestlikleri korunur" cümlesinin eklenmesi yönünde girişimde bulunmuş[40] ancak mevcut metin çok az değişikle[41] BMDHS'nin 58. maddesi olarak hükme bağlanmıştır[42].

C) GENEL SINIRLAMALAR

BMDHS'nin 58 ve 301. maddeleri gereği münhasır ekonomik bölgede yürütülen her türlü askerî faaliyetin; barışçıl amaçlar için yürütülmesi, kuvvet kullanma ya da tehdit amaçlı olmaması ve kıyı devletinin haklarını ihlal etmemesi gerekmektedir.

1- Barışçıl Amaçlı Olma

Münhasır ekonomik bölgeler de "barışçıl amaçlar için kullanılması" zorunlu deniz alanları olduğundan[43], yürütülen her türlü askerî faaliyetin, öncelikle, "barışçıl amaçlı (*peaceful purposes*)" olması gerekmektedir[44]. Bununla birlikte, BMDHS'nin sekiz ayrı maddesinde kullanılan terimin, genel

tarafından Konferans Başkanı'na sunulmuş ve Altıncı Dönem sonunda yayımlanmıştır. ICNT için bkz. UN Doc.: A/CONF.62/WP.10*, Official Records VIII*, s. 13.

[39] NANDAN - ROSENNE, s. 563.

[40] NANDAN - ROSENNE, s. 563.

[41] Sadece 58(3) maddesindeki "*established*" kelimesi "*adopted*" olarak değiştirilmiştir.

[42] Francioni'nin de vurguladığı gibi BMDHS'nin 58(1) maddesinin tarihsel gelişimi, "seyrüsefer ve iletişimle ilişkili denizlerin diğer hukukî kullanımı" ifadesinin, daha geniş izin içeren, "gemi, uçak ve denizaltı kablo ve petrol döşeme ile BMDHS'nin diğer hükümleriyle bağdaşır uygulamalar gibi denizin diğer uluslararası hukukî kullanımı" şeklinde değişime uğradığını göstermektedir. FRANCIONI, s. 215.

[43] Bkz. BMDHS m. 58(2) ve 88.

[44] EEZ Esasları'nın V(b) maddesinde de münhasır ekonomik bölgede yürütülen her türlü askerî faaliyetin barışçıl amaçlı olması gerektiği düzenlemektedir.

kabul gören bir tanımının bulunmaması, yürütülen faaliyetlerin barışçıl olup olmadığının tespitini oldukça zorlaştırmaktadır[45].

BMDHS'de "barışçıl amaçlar" teriminin açık tanımı bulunmamasına rağmen terimin anlamına yönelik temel ilkelere, denizlerin barışçıl amaçlarla kullanımı başlıklı 301. maddesinde ulaşmak mümkündür. Madde, taraf devletlerin, herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasî bağımsızlığına karşı her türlü tehdit, kuvvet veya BM Antlaşması'nda belirtilen ilkeler ile diğer uluslararası hukuk ilkeleriyle bağdaşmayan davranışlardan kaçınacaklarını hükme bağlamaktadır. Bu anlamda; kıyı ve diğer devletlerin münhasır ekonomik bölgedeki faaliyetlerini engellemeyen, bunların toprak bütünlüğü veya siyasî bağımsızlığını hedef almayan, BM Antlaşması'nın 2(2) ve 2(4) maddelerinde[46] belirtilen ilkeler ile diğer uluslararası hukuk kurallarıyla bağdaşmayacak şekilde tehdit veya kuvvet kullanımından kaçınan[47] yabancı askerî faaliyetlerin, kural olarak, barışçıl amaçlı olduğu kabul edilmelidir.

2- Kuvvet Kullanma veya Tehdit Amaçlı Olmama

BMDHS'nin 301. maddesi, münhasır ekonomik bölgede yürütülen askerî faaliyetin, kıyı devleti dahil diğer devletlere karşı kuvvet kullanma veya tehdit amaç gütmesini açık şekilde yasaklamaktadır. Yine EEZ Esasları'nın V(b) maddesinde münhasır ekonomik bölgelerdeki askerî faaliyetlerin, kıyı devletinin savunma sistemlerini taciz etmek gibi kuvvet kullanmaktan, tehdit veya tahrik edici amaçlardan uzak olması gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca BM Antlaşması'nın 2(4) maddesinde de tüm üyelerin, "uluslararası ilişkilerinde gerek başka bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek BM'nin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi

[45] Devletlerin farklı politik ve askerî çıkarlarının bir yansıması olarak doktrin ve uygulamada da terimin farklı şekilde yorumlandığı görülmektedir. Örneğin terim; özellikle gelişmekte olan kıyı devletlerince bütün askerî faaliyetlerin yasaklanması olarak değerlendirilirken, gelişmiş ülke yazarlarınca sadece saldırgan nitelikli askerî faaliyetlerin yasaklanması şeklinde yorumlamaktadırlar. Eski Doğu Bloğu'na mensup yazarların oluşturduğu üçüncü bir grup ise genel bir değerlendirmeden ziyade BMDHS'nin maddeleri arasında ayrıma gitmektedirler. BMDHS'de kullanılan "barışçıl amaçlar" teriminin anlamına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. TOPSOY, 1982 Birleşmiş Milletler, s. 383.

[46] BM Antlaşması'nın 2(2) maddesi, BM üyelerinin yükümlülüklerini iyiniyet ilkesine uygun olarak yerine getireceklerini, 2(4) maddesi ise BM üyelerinin, uluslararası ilişkilerde diğer devletlerin toprak bütünlüğü ve siyasî bağımsızlığına karşı tehdit veya kuvvet kullanmaktan kaçınmalarını düzenlemektedir.

[47] Zedalis, BMDHS'nin VII. bölümü kapsamında açık denizlerin barışçıl amaçlar için korunması ifadesinin, temel olarak devletlere, saldırgan kullanımlardan uzak durmaları konusunda yükümlülük getirdiğini düşünmektedir. ZEDALIS, Peaceful Purpose, s. 20.

bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan" kaçınacakları düzenlenmektedir.

Uluslararası pek çok hukukî kavram gibi "kuvvet kullanma" ve "kuvvet kullanma tehdidi" terimlerinin açık şekilde tanımlanmamış olması terime farklı anlamların yüklenmesine neden olmakla birlikte[48], genel olarak, kuvvet kullanma tehdidini, bir devletin, kuvvet kullanmasını haklı kılacak nedenler yok iken, açık ya da zımnen, kuvvet kullanacağını açıklaması veya belli bir davranışa zorlaması[49], kuvvet kullanılması terimini ise kuvvet kullanılmasını içeren hukuka aykırı fiil şeklinde tanımlanmak mümkündür[50]. Bu itibarla; kıyı devletini belli taleplerinin kabulüne zorlayan her türlü saldırı ve diğer kuvvet kullanılmasını içeren askerî faaliyetler uluslararası hukuka aykırı olacağından, devletlerin, yabancı münhasır ekonomik bölgelerde bu tür askerî faaliyetleri yürütme hakkı bulunmamaktadır.

3- Kıyı Devletinin Hak ve Yükümlülüklerini Gözetme

BMDHS'nin 58(3) maddesinde devletlerin; münhasır ekonomik bölgede haklarını kullanırken, kıyı devletinin hak ve yükümlülüklerini gözetecekleri ayrıca BMDHS ve diğer uluslararası hukuk kurallarına uygun kabul ettikleri hukuk kurallarına riayet edecekleri hükme bağlanmaktadır[51]. Bu anlamda münhasır ekonomik bölgelerde yürütülen yabancı askerî faaliyetlerin, diğer sınırlamaların yanında, kıyı devletinin bu deniz alanındaki hak ve yükümlülüklerini ihlal etmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte madde metnindeki "gözetme, dikkat etme" şeklinde tercüme edilecek "*due regard*" ifadesinin anlamının açık olmaması[52], ne tür hak ve yükümlülüklerin gözetileceği yönünde farklı yorumlara yol açmaktadır. Örneğin ABD, BMDHS'nin 87(2) maddesi bağlamında "*due regard*" ifadesinin, çıkarlar arasında denge kurulması ışığında, diğer devletlerin faaliyetlerine haksız

[48] KESKİN, s. 34. Örneğin Çin, münhasır ekonomik bölgesinde izinsiz yürütülen askerî hidrografik araştırmaları, savaş hazırlıklarının bir parçası ve kendisine karşı kuvvet kullanma tehdidi olarak kabul etmektedir. *A Report of the Tokyo Meeting*, s. 31.

[49] HAYASHI, s. 126.

[50] YILMAZARSLAN, s. 21.

[51] EEZ Esasları'nın V(b) maddesinin son cümlesinde de "kullanıcı devletin, diğer devletlerin haklarını gözetecekleri" belirtilmektedir.

[52] BMDHS'nin onaltı maddesinde kullanılan "*due regard*" terimi, ilk kez, BMDHS Konferansı'nın üçüncü döneminde (1975) *Evensen Grup* tarafından sunulan gayriresmî metinde kullanılmış ve ISNT'nin 46(3) maddesinin ikinci cümlesi olarak eklenmiştir. NANDAN – ROSENNE, s. 558.

müdahaleden uzak durulması anlamında olduğunu bildirirken[53], Çin, terimi, kıyı devletlerinin egemenliği, güvenliği ve ulusal çıkarların tehlikeye atacak her türlü davranıştan uzak durulması anlamında yorumlamaktadır[54]. Kraska, terimin, diğer devletlerin çıkarlarına saygı göstermek ve kaynaklarına yönelik çıkarlarının üstünlüğünün farkında olmak şeklinde iki unsuru bulunduğunu belirtmektedir[55]. Walker ise terimin, diğer devletlerin hak ve çıkarlarının gözetilmesini zorunlu kılması nedeniyle, bir şekilde, açık deniz serbestliğini sınırlandırdığını düşünmektedir[56].

Genel olarak doktrin ve uygulamada, münhasır ekonomik bölgede yürütülen bir askerî faaliyetin uzak durması gerektiği davranışlar aşağıdaki gibi sayılmaktadır[57]:

(i) Deniz trafiğini engellememeli veya seyrüsefer güvenliğini tehlikeye düşürmemelidir[58].

(ii) Silah kullanılması veya testini içermemeli, kıyı devletinin tespit edilen veya işletilen doğal kaynaklarına zarara yol açmamalıdır [EEZ Esasları m. V(d)][59].

(iii) Kıyı devletinin geleneksel balıkçılık alanlarına erişimi yasaklamak veya ticari balıkçılık için tehlikeler oluşturacak davranışlar içermemelidir[60].

(iv) Kıyı devletinin savunması veya güvenliğini zaafa uğratacak ya da kaynaklarının korunmasına yönelik haklarını tehlikeye atacak nitelikte sistemlerin yerleştirilmesini kapsamamalıdır [EEZ Esasları m. V(e)].

(v) Kıyı devletinin, güvenliğini sağlanmak amacıyla seyrüsefer ve uçuşa kapattığı bölgelerde yürütülmemelidir [EEZ Esasları m. V(g)(1)].

---

[53] HAYASHI, s. 133.

[54] A Report of the Tokyo Meeting, s. 32; WILSON, s. 432.

[55] KRASKA, s. 264.

[56] WALKER, s. 174.

[57] HAYASHI, s. 133.

[58] EEZ Esasları'nın V(g)(5) maddesinde de askerî faaliyetlerin, münhasır ekonomik bölgelerinin yoğun deniz trafiği, deniz ulaşım hattı veya trafik ayrım şemalarının tespit edildiği kesimlerinde yürütülemeyeceği belirtilmektedir.

[59] OXMAN, s. 838.

[60] BOCZEK, s. 450. Yazar, bir devletin askerî faaliyeti ile kıyı devletinin doğal kaynaklara ilişkin haklarının çatışması durumunda kıyı devletinin haklarının üstün tutulması gerektiğini düşünmektedir.

(vi) Kıyı devletinin çıkarlarına müdahale etmemeli veya zarara yol açmamalıdır[61].

(vii) Denizlerin barışçıl kullanımına müdahale edecek nitelikte silah veya patlayıcı kullanılmamalıdır[62].

D) HUKUKÎ STATÜSÜ

Teknolojik alt yapı ve bilimsel bilgi birikiminin, münhasır ekonomik bölgelerde farklı amaç ve türde askerî faaliyette bulunulmasına imkan tanıması, yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsüne ilişkin genel bir değerlendirme yapılmasını zorlaştırmakta ve her bir askerî faaliyetin hukukî statüsünün, ilgili uluslararası hukuk kuralları ışığında, ayrı ayrı tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

1- Seyrüsefere İlişkin Askeri Faaliyetler

Yukarıda vurgulandığı gibi münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsüne ilişkin özel hüküm bulunmamakla birlikte BMDHS'nin 58(1) maddesinde, kıyısı olsun ya da olmasın bütün devletlerin seyrüsefer ve uçuş (*navigation and overflight*) serbestliğinden yararlanacakları hükme bağlanmaktadır. Madde metninde askerî veya sivil şeklinde herhangi bir ayrımın yapılmaması ve özellikle BMDHS'nin 56. maddesinde kıyı devletine verilen egemen hak ve yetkiler dışında, genel olarak münhasır ekonomik bölgenin su kütlesi ve üzerindeki hava sahasının tamamıyla açık deniz rejimine tabi olması[63], yabancı askerî gemi ve uçakların da seyrüsefer ve uçuş serbestliğinden yararlanacaklarını göstermektedir[64].

---

[61] GALDRISI-KAUFMAN, s. 282.

[62] BROWN, s. 242.

[63] BMDHS m. 58(2), "(açık denizlere ilişkin) 88 ilâ 115. maddeler ve ilgili diğer uluslararası hukuk kuralları, iş bu kısma aykırı olmadığı ölçüde, münhasır ekonomik bölgelere de uygulanır".

[64] VUKAS, Peaceful Uses, s. 1251; ATTARD, s. 85. Vicuna, ayıca madde metnindeki, "denizlerin diğer uluslararası kullanımı ifadesinin" de bu hakkı tanıdığını belirtmektedir. VICUNA, s. 110. Boczek, maddenin en azından BMDHS'nin denizci devletlerin bu tür yorumuna zıt herhangi bir hüküm içermediğini vurgulamaktadır. BOCZEK, s. 450. Oxman ise, haklı olarak, denizde yürütülen geleneksel seyrüsefer ve uçma faaliyetleri olmadıkça, savaş gemisinin, "bu serbestliklerle ilişkin olmayan" bir faaliyetini düşünmenin oldukça zor olduğunu belirtmektedir. OXMAN, s. 837.

Bununla birlikte, BMDHS'nin 58(1) maddesinde seyrüsefer ve uçuş[65] serbestliğinin, Sözleşmenin münhasır ekonomik bölgeye ilişkin hükümleri ile diğer hükümleriyle bağdaşır şekilde yararlanabilecekleri hükme bağlanmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle, maddede sayılan bu sınırlamaların, askerî amaçlı seyrüsefer ve uçuş faaliyetlerine bir sınırlama getirip getirmediği sorusuna cevap bulunmalıdır.

Yabancı bir askerî gemi veya uçağın seyrüsefer ya da uçuşa ilişkin faaliyeti; açık denize çıkmak, başka bir devletin deniz yetki alanına varmak veya kendi devletinin başka bir deniz yetki alanına ulaşmak amacıyla bir münhasır ekonomik bölgeyi kullanmasıdır. Bu tür faaliyetlerin herhangi bir engelleme veya itiraz olmaksızın serbestçe yürütülmesi, deniz ulaşımının kesintisiz olması ilkesinin bir gereğidir. Ayrıca BMDHS'de bu tür faaliyetleri yasaklayan açık bir kural bulunmadığı[66] gibi aksine BMDHS'nin 90. maddesinde, kıyısı olsun ya da olmasın bütün devletlerin açık denizlerde kendi bayrağını taşıyan gemilerini seyrüsefer ettirme hakkına sahip olduğu açık şekilde hükme bağlanmaktadır. Yine BMDHS'nin 89. maddesi uyarınca devletlerin, münhasır ekonomik bölge üzerinde egemenlik iddiasında bulunamamaları[67], kural olarak, yabancı askerî gemi ve uçakların geçişini engelleme hakkının bulunmadığı şeklinde yorumlanmalıdır. Ayrıca kıyı devletlerinin münhasır ekonomik bölgedeki haklarını kullanırken diğer devletlerin hak ve yükümlülüklerini göz önünde bulunduracak olmaları [BMDHS m. 56(2)] bu yorumu desteklemektedir.

Bu itibarla, BMDHS'nin 56. maddesinde kıyı devletine tanınan egemen hak ve yetkileri ihlal etmediği sürece[68], BMDHS'nin 58(1) maddesindeki, Sözleşmenin münhasır ekonomik bölgeye ilişkin hükümleri ile diğer hükümleriyle bağdaşır şekilde yararlanabilecekleri vurgusunun, kural olarak, yabancı askerî gemi ve uçakların geçişine herhangi bir sınırlama getirmediği kabul edilmelidir. BMDHS Konferansı'nda da yabancı askerî gemilerin seyrüsefer hakkından ziyade münhasır ekonomik bölgedeki diğer askerî

[65] BMDHS, askerî uçaklar dahil bütün hava araçlarına münhasır ekonomik bölge üzerinde uçuş hakkı bahşetmektedir. WILLIAMS, s. 49.

[66] Galdorisi ve Kaufman, resmî toplantılarda konu hakkında yaşananlar hariç tutulursa, BMDHS'nin denizlerin askerî kullanımı konusunda sessiz kalmasının, Sözleşmenin denizlerin askerî kullanımına izin verdiği yönünde yorumlanabileceğini vurgulamaktadır. GALDORISI – KAUFMAN, s. 276.

[67] Bkz. BMDHS m. 58(2).

[68] ATTARD, s. 85.

faaliyetler tartışma konusu olması[69], genel anlamda, "kıyısı olsun ya da olmasın bütün devletlerin gemi ve uçaklarının münhasır ekonomik bölgede herhangi bir sınırlama olmaksızın seyrüsefer serbestliğinden yararlanabilecekleri" yönündeki görüşü desteklemektedir[70]. EEZ Esasları'nın V(a) maddesinde de aksi belirtilmediği sürece, münhasır ekonomik bölgeler üzerinde yabancı askerî gemi ve hava araçlarının seyrüsefer ve uçma ile bunlarla ilişkili diğer uluslararası hukukî kullanım hakkına sahip oldukları açık şekilde vurgulanmaktadır[71].

2- Askerî Tatbikat ve Bayrak Göstermeye İlişkin Faaliyetler

a) Genel Olarak

Açık denizlerin serbestliği ilkesinin bir yansıması olarak, gerçek silahların kullanıldığı tatbikatlar dahil olmak üzere, devletlerin açık denizlerde her türlü askerî tatbikat (manevra) yapabileceği tartışmasız kabul edilmesine rağmen[72], münhasır ekonomik bölgede diğer devletlere tanınan seyrüsefer ve ulaşım serbestliğinin, askerî tatbikat veya bayrak göstermeye ilişkin faaliyetleri kapsayıp kapsamadığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Uluslararası uygulama ve doktrinde ise konunun oldukça tartışmalı olduğu ve birbirine zıt görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir[73].

Bunlardan özellikle yarı kapalı deniz alanlarında devletlerin bu haklarından asla vazgeçmeyeceklerini vurgulayan Oxman, münhasır ekonomik bölgede askerî tatbikat veya deneme faaliyetlerine izin verilip verilmediğine yönelik yapılacak bir tartışmanın spekülasyondan öteye geçmeyeceğini vurgularken[74], Zedalis, madde metninde kullanılan "gemi ve

[69] FRANCIONI, s. 215.

[70] Ayrıntılı bilgi için bkz. NANDAN - ROSENNE, s. 556.

[71] Bununla birlikte, münhasır ekonomik bölgedeki seyrüsefer ve uçma ile diğer askerî faaliyetler sadece barışçıl amaçlar için ve herhangi bir kuvvet, tehdit ya da provokasyondan uzak bir şekilde icra edilmelidir. EEZ Esasları m. V(b).

[72] HAYASHI, s. 128. Aksi görüş için bkz. ZEDALIS, Foreign State Military, s. 17. Yazar, 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi'nin 2. maddesinde açık deniz serbestliği olarak seyrüsefer, balıkçılık, uçma ile deniz atlı kablo ve boru hattı döşeme serbestliğinin sayıldığını, denizlerin askerî kullanım serbestliğinin madde metninde bulunmadığı gibi sayılan serbestlikler içine de dahil olmadığını belirtmektedir.

[73] Örneğin doktrinde bir kısım yazar grubu, BMDHS'nin 58. maddesinin, kıyı devletinin izni olmaksızın münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî tatbikatlara izin verdiğine vurgu yaparken, diğer bir yazar grubu ise konuya ilişkin olarak BMDHS'nin açık kurallar içermediği düşünmektedir. HAYASHI, s. 129.

[74] OXMAN, s. 837.

uçakların faaliyetleriyle bağlantılı (*such as those associated with the operation of ships, aircraft*)" ifadesinin, askerî tatbikat veya silah yerleştirmelerini de içeren askerî faaliyetleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanabileceğini düşünmektedir[75]. BMDHS'nin münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî faaliyetlerin yürütülmesine izin verdiği yönündeki genel anlayışın antlaşma kuralına çevrilmediğine işaret eden Lowe, münhasır ekonomik bölgelerde yürütülecek askerî tatbikatların hukukî statüsünün, BMDHS'nin 59. maddesinde çözümlenmesi gereken bir konu olarak kaldığını belirtmektedir[76]. Attard, savaş gemisi ve uçaklarının seyrüsefer ve uçma faaliyetleri dışında kalan faaliyetleri konusunda BMDHS'nin açık olmadığını düşünmektedir[77]. BMDHS'nin münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî faaliyetlere izin verdiği kabul etmesine rağmen Vukas, münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî tatbikatların hukukî statüsünün çözülmemiş bir konu olarak kaldığını bildirmekle ancak somut bir görüş belirtmemektedir[78]. Brown ise BMDHS hükümleri kapsamında, savaş gemilerinin faaliyetleriyle bağlantılı olan askerî uygulamalar, tatbikatlar, savaş oyunları veya silah testleri gibi askerî faaliyetlerin yasaklandığını söylemenin zor olduğu düşünmektedir[79]. Uygulamada ise özellikle gelişmekte olan bazı kıyı devletlerinin, BMDHS'yi imzalarken veya taraf olurken, açık rızası olmaksızın münhasır ekonomik bölgede bu tür askerî faaliyetlerin yürütülmesine izin verilmediğini bildirdikleri ve bunu iç hukuklarına derç ettikleri, bir kısım gelişmiş denizci devletlerin ise bu bildirilere kesin olarak karşı çıktıkları bilinmektedir[80].

---

[75] ZEDALIS, Foreign State Military, s. 66. Bununla birlikte yazar, BMDHS'nin 58(1) maddesinin askerî tatbikat veya silah yerleştirme faaliyetleri dahil olmak üzere münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî faaliyetleri kapsadığının tartışmalı olduğunu düşünmektedir.

[76] LOWE, Some Legal Problems, s. 179.

[77] ATTARD, s. 85.

[78] VUKAS, Military Uses, s. 464; VUKAS, Peaceful Uses, s. 1253.

[79] BROWN, s. 241.

[80] HAYASHI, s. 128. Örneğin Bangladeş, Brezilya, Hindistan, Pakistan, Malezya ve Uruguay BMDHS hükümlerini, münhasır ekonomik bölge ve kıt'a sahanlığında kıyı devletinin izni olmaksızın, diğer devletlerin özellikle silah veya patlayıcı kullanılması dahil olmak üzere askerî tatbikat ve diğer uygulamalar gerçekleştirmesine izin vermediği şeklinde anladığını deklare ederken, bu bildirilere kesin olarak karşı çıkan Almanya, İtalya, Hollanda, Birleşik Krallık (İngiltere) ise BMDHS'nin, kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgesindeki askerî faaliyetleri yasaklama yetkisi vermediğini, kıyı devletinin bu deniz alanında sahip olduğu hak ve yetkilerin diğer devletler tarafından yürütülen askerî manevra ve uygulamaları kapsamadığını bildirmişlerdir. BMDHS'nin 310. maddesi uyarınca devletlerin, Sözleşmeyi imzalarken veya taraf olurken yapmış oldukları bildiriler için bkz. "Declarations or Statements upon UNCLOS Ratification". Konuyla ilgili bildiriler için ayrıca bkz. VAN DYKE, s. 29; BROWN, s. 240.

Bir kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgesinde diğer devletlerin askerî tatbikat yapma yetkilerinin bulunup bulunmadığına dair BMDHS'de açık bir kural bulunmamaktadır. Konuyla ilgili tek hüküm ise münhasır ekonomik bölgede diğer devletlerin yetkilerini düzenleyen BMDHS'nin 58. maddesidir. Maddede, açık olarak sayılan serbestliklere ek olarak, bütün devletlerin, "gemi ve uçaklar ile denizaltı kablo ve boru hatlarının işletilmesiyle bağlantılı faaliyetler gibi bu serbestîlerle ilgili denizlerin diğer uluslararası hukukî kullanımı serbestliğinden yararlanacakları" hükme bağlanmaktadır. Bu kapsamda madde metninde sayılan bu serbestliklerin, diğer devletlere askerî tatbikat ve bayrak gösterme faaliyeti yapma yetkisi verip vermediği tartışılmalıdır.

Denizde devletlerin; dostane bayrak gösterme, kriz durumunda gözdağı vermek, istihbarat çalışmaları yapmak veya taktiksel müdahalede ya da güven artırıcı önlemlerde bulunmak gibi farklı şekil amaçta askerî tatbikat, bayrak gösterme veya diğer askerî faaliyetleri icra etmeleri mümkündür[81]. Bu tür faaliyetleri, hatta yeni silah sistemlerinin testi veya deniz yatağına yerleştirilmesini yasaklayan açık bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamaktadır[82]. Aksine, açık denizlerin serbestliği, çerçevesi uluslararası örf ve adet hukukunca çizilmiş askerî tatbikat yürütme serbestliğini de kapsamaktadır[83]. Bununla birlikte, Scovazzi'nin de vurguladığı gibi münhasır ekonomik bölgelerde basit yabancı askerî tatbikatların seyrüsefer serbestliği olarak kabul edilmesine rağmen, aynı şeyin, torpido ateşlemesi gibi silah denemeleri için söylemek oldukça zor görünmektedir[84]. Bu itibarla genel anlamda bütün askerî tatbikat veya bayrak gösterme faaliyetinden ziyade amacına ve şekline yönelik her bir faaliyetin hukukî statüsü ayrı ayrı incelenmelidir[85].

---

[81] FEDHILA, s. 119.

[82] SCOVAZZI, s. 319.

[83] BROWN, s. 241.

[84] SCOVAZZI, s. 319.

[85] Aynı yönde bkz. BROWN, s. 242. Yazar, münhasır ekonomik bölgede bu tür askerî faaliyetlerin BMDHS'nin ilgili hükümlerine aykırı olmadığını belirtmesine rağmen yine de sorunun, her bir somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Yazar bir askerî tatbikatın, denizlerin barışçıl amaçlı kullanılması veya BMDHS'nin 301. maddesinde düzenlenen kuvvet kullanılmasının yasaklanması ilkesine aykırı olmamasına rağmen, balıkçılık bölgesinde patlayıcı kullanılması gibi bazı durumlarda BMDHS'nin 58(3) maddesine aykırı olabileceğine işaret etmektedir.

b) Bayrak Gösterme Faaliyetleri

Genel anlamda bayrak gösterme faaliyeti, bir devletin, meşru konum ve varlıklarını duyurmak (ispat-ı vücut etmek) amacıyla gemilerini, planlı (devriye) veya plansız olarak yabancı deniz yetki alanlarında dolaştırmalarıdır. Her ne kadar somut gelişmelere bağlı olarak savaş gemilerinin belirli veya belirsiz süreli olarak münhasır ekonomik bölgede kalmaları mümkün olsa da faaliyetin ana icra şeklini gemilerin seyrüseferinin oluşturması, bu tür faaliyetlerin seyrüsefer ve uçma serbestliği kapsamında değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda; münhasır ekonomik bölgelerde diğer devletlerin, genel olarak, kıyı devletinin toprak bütünlüğüne, siyasî bağımsızlığa tehditte bulunmamak şartıyla bayrak gösterme faaliyeti icra etme hak ve yetkisine sahip oldukları kabul edilmelidir.

c) Eğitim Amaçlı Askerî Faaliyetler

Donanmalar, savaşa hazırlık durumu görmek, diğer askerî unsurlarla işbirliğini test etmek, yeni entegre sistemler denemek veya personelinin savaş tecrübesini arttırmak gibi amaçlarla sıklıkla eğitim amaçlı askerî tatbikatlar (savaş oyunları) yaparlar. Amaç ve hedeflerine göre yeri ve zamanı önceden ilân edilen ve donanmanın varlık sebebi olan bu tür faaliyetleri, seyrüsefer ve uçma faaliyetinin doğal bir gereği olarak görmek gerekmektedir[86]. Uluslararası hukukta bu tür faaliyetleri yasaklayan açık bir kural bulunmadığından, genel sınırlamalara uymak şartıyla bütün devletlerin, kıyı devletinin iznine ihtiyaç duymaksızın, münhasır ekonomik bölgelerde eğitim amaçlı askerî faaliyetler icra etme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

d) Caydırıcı Amaçlı Askerî Faaliyetler

Uygulamada devletler, özellikle diplomasinin başarısız olması durumunda, kendi argümanlarını diğer tarafa kabul ettirebilmek amacıyla sıklıkla caydırıcı nitelikli askerî faaliyetlere başvururlar. Caydırıcı amaç güden bu askerî faaliyetlerin bir şekilde kıyı devletinin siyasî bağımsızlığına, toprak bütünlüğüne veya BM Antlaşması'nda belirtilen uluslararası hukuk ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde tehdit ya da kuvvet kullanılması içereceği aşikar olduğundan, yabancı münhasır ekonomik bölgelerdeki bu tür faaliyetlerin BMDHS'nin 301. maddesi uyarınca uluslararası hukuka aykırı olduğu iddia edilebilir.

[86] PINTO, s. 27.

Yukarıda vurgulandığı gibi münhasır ekonomik bölgede gerçekleştirilen yabancı askerî tatbikatların hukuka uygun olup olmadığının tespiti konusundaki en önemli kriter, faaliyetin barışçıl amaçlı olup olmadığıdır. Bunun tespiti her zaman mümkün olmamakla birlikte, münhasır ekonomik bölgelerde yabancı askerî tatbikatların hukukî statüsüyle ilgili açık bir düzenleme bulunmadığından, yürütülen bütün askerî faaliyetlerin, kural olarak, barışçıl amaçlı olduğu ve adi bu karinenin aksinin ispat külfetinin ise kıyı devletlerinde olduğu dolayısıyla, genel kısıtlamalara aykırı olmamak şartıyla, münhasır ekonomik bölgelerde caydırıcı amaçlı askerî faaliyet yürütülmesinin önünde hukukî bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir.

e) Silah Kullanılmasını İçeren Askerî Faaliyetler

Donanmanın savaşa hazırlık becerilerini arttırmak amacıyla askerî faaliyetler esnasında sıklıkla mevcut veya yeni geliştirilen silah ya da benzeri sistemler test edilmektedir. Sonuçları itibariyle bu tür faaliyetler, özellikle kıyı devletinin siyasî bağımsızlığına açık tehdit oluşturma ve özellikle canlı kaynaklarına zarar verme olasılığı nedeniyle diğer askerî faaliyetlerden ayrılmaktadırlar. Bu durum, münhasır ekonomik bölgede yürütülen bu nitelikteki yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsünün ayrıca tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

Uluslararası hukukta, münhasır ekonomik bölgelerde silah kullanılmasını içeren yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsüne ilişkin açık kural bulunmamaktadır. BMDHS'nin konu hakkında sessiz kalması, hukukî statüsünün belirlenmesini zorlaştırması yanında, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır. Örneğin Hayashi, kullanılan silahların türüne ilişkin bir ayrım yapmadan, genel olarak doktrinde, uluslararası hukuk kurallarının, münhasır ekonomik bölgelerde ancak silah kullanılmasını içermeyen askerî tatbikatlara izin verildiğinin kabul edildiğini bildirmektedir[87]. Scovazzi ise münhasır ekonomik bölgede tanınan seyrüsefer, uçma veya deniz altı kablo döşeme serbestliğinin, ağır topçu veya torpido ateşlenmesini kapsadığını söylemenin zor olduğunu vurgulamakla birlikle, seyrüsefer veya uçuş esnasında kullanılacak yeni silah sistemlerinin testi gibi bazı durumların BMDHS'nin 59. maddesi kapsamında çözümlenmesi gerektiğine işaret etmektedir[88]. Silah kullanılmasına ilişkin görüşünü açıklamamakla birlikte Van Dyke, BMDHS'ye uygun olmak ve kıyı devletine tehdit oluşturmamak

[87] HAYASHI, s. 129.

[88] SCOVAZZI, s. 319.

şartıyla, savaş gemisinden uçak ya da helikopterin havalandığı ya da iniş yaptığı askerî faaliyetler icra edilebileceğini düşünmektedir[89].

Soruna, genel olarak bütün silah denemelerini kapsayan faaliyetlerden ziyade, yürütülen faaliyetin, kıyı devletlerinin münhasır ekonomik bölgelerindeki canlı ve cansız kaynaklarını koruma veya yönetimine ilişkin egemen haklarını ihlal edip etmemesi şeklinde yaklaşılmalıdır. Bu itibarla; kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgedeki ekonomik haklarına zarar vermeyecek nitelikte basit silahların ateşlenmesini kapsayan askerî tatbikatların BMDHS'nin 56(1) maddesine aykırı olmadığı, bununla birlikte, konvansiyonel nitelikte de olsa torpido veya ağır topçu türü silahların ateşlenmesi gibi özellikle kıyı devletinin canlı kaynaklarına zarar verebilecek nitelikte askerî tatbikatların ise, kural olarak, kıyı devletinin izin veya rızası olmaksızın yürütülemeyeceği kabul edilmelidir.

Bu yorumun kabul edilmesi durumunda, izin ya da rızasını gerektiren bu tür askerî faaliyetlere ilişkin olarak kıyı devletlerinin takdir hakkının kapsamı ne olacağı sorusuna cevap bulunması gerekmektedir. Bu anlamda kıyı devletleri izin verip vermeme konusunda tam bir takdir hakkına sahip olacak mıdır? Diğer bir ifadeyle, izin vermediğini bildiren bir kıyı devleti, ret gerekçesini açıklamak zorunda kalacak mıdır?

Münhasır ekonomik bölgesinin canlı veya cansız kaynakların korunmasına yönelik olarak BMDHS'nin 56(1)(a) maddesinde düzenlenen egemen haklar, kıyı devletine sadece bu amaca yönelik uluslararası hukuka uygun tedbirler alma yetkisi vermektedir. Bu amacın dışında kalan konularda ise kıyı devletlerinin tam bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla, kıyı devletlerinin; münhasır ekonomik bölgelerinde silah ateşlenmesini içeren askerî manevralara izin verip vermeme konusunda tam takdir hakkına sahip olmadığı, izin vermediği faaliyetler için gerekçe açıklamak zorunda olduğu ve diğer devletlerin, açıklanan bu gerekçelerin aksini ispatlamak ve sorunun BMDHS'nin 59. maddesine uygun olarak çözümlenmek şartıyla, münhasır ekonomik bölgelerde bu tür faaliyetlerde bulunabilecekleri kabul edilmelidir.

3- Askerî Amaçlı Tesis veya Teçhizat İnşası Gerektiren Faaliyetler

Uluslararası örf ve adet hukukunda yabancı kıt'a sahanlıklarına askerî amaçlı tesis ve teçhizat yerleştirilmesi yasaklanmamış olmasına[90] rağmen, teknolojik bilgi birikimi ve ulaştığı seviyenin, seyrüsefer ve uçma yanında,

[89] VAN DYKE, s. 35.

[90] BOCZEK, s. 452.

deniz yüzeyi veya tabanını da askerî amaçlar için kullanılmasını mümkün kılması[91], yabancı deniz alanlarına bu tür tesis ve teçhizat yerleştirme hakkının bulunup bulunmadığı şeklinde yeni bir sorunu doğurmuştur. Konuyla ilgili ilk tartışmalar, "1958 Cenevre Kıt'a Sahanlığı Sözleşmesi (*Geneva Convention on the Continental Shelf* - 1958 CKSS)"[92]'ne kadar geriye uzanmaktadır. Bu dönemde özellikle gelişmekte olan kıyı devletleri, kıt'a sahanlıklarında yabancı bu tür askerî faaliyetleri yasaklayan bir hükmü Sözleşme metnine dahil ettirmeye çalışmışlardır[93]. 1967 tarihli "Deniz Yatağı, Okyanus Tabanı ile Bunların Altına Nükleer Silahlar ve Diğer Kitle İmha Silahlarının Yerleştirilmesinin Yasaklanması Hakkında Sözleşme (*Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof* – Deniz Yatağı Sözleşmesi)" görüşmelerinde ise devletlerin yabancı kıt'a sahanlıklarını bu amaçlar için kullanamayacakları ve kıt'a sahanlıklarına her türlü silah, tesis ve yapı yerleştirme ve inşası konusunda kıyı devletlerinin egemen haklara sahip oldukları açık şekilde vurgulanmıştır[94]. Benzer yaklaşımlar BMDHS Konferansı esnasında da devam etmiş ve bir kısım devlet, her ne amaçla olursa olsun, yabancı münhasır ekonomik bölgelerde askerî tesis ve teçhizat yerleştiremeyeceğine dair bir hükmü BMDHS'ye dahil ettirmeye çalışmıştır[95].

---

[91] "Son on yılda robotik makineler, nanoteknoloji ve otomatik deniz araçları teknolojisinde yaşanan hızlı gelişmeler, bazı denizci devletlerin yabancı münhasır ekonomik bölgelerde insansız su yüzeyi ve altı sistemleriyle operasyon yapmalarına olanak sağlamıştır." KRASKA, s. 279.

[92] 10 Haziran 1964 tarihinde yürürlüğe giren ve 57 devletin onayladığı Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. "Convention on the Continental Shelf". Gayriresmî Türkçe metin için bkz. AKİPEK, s. 638; LÜTEM, s. 482; GÜNDÜZ, s. 338.

[93] 1958 Cenevre Deniz Hukuku Konferansı esnasında Dördüncü Komisyon çalışmaları esnasında 71. maddenin (1958 CKSS m. 5) tadiline yönelik olarak sunduğu ve daha sonra oylanmadan geri çektiği A/CONF.13/C.4/L.41/Rev.1 sayılı önerisinde Bulgaristan, "kıyı devleti kıt'a sahanlığını üsler ve askerî tesisler kurmak amacıyla kullanamayaca(ğını)" önermişti. Yine aynı amaçla sunulan A/CONF.13/C.4/L.57 sayılı öneriyle Hindistan, "kıt'a sahanlıkları, kıyı devleti veya herhangi bir devlet tarafından askerî üsler ve tesislerin inşasında kullanılmaz" şeklinde yeni bir paragrafın eklenmesini istemiş ancak aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 31 devletin olumsuz oyuyla reddedilmiştir. Bkz. LÜTEM, s. 384; ZEDALIS, Foreign State Military, s. 29; TREVES, s. 834.

[94] BOCZEK, s. 453. Bu görüşün, Meksika tarafından güçlü şekilde savunulduğu ayrıca Hindistan tarafından "diğer devletler kıt'a sahanlığını askerî amaçlar için kullanamaz ... kıyı devletleri, diğer devletlerce kıt'a sahanlığına yerleştirilen silah, araç, yapı veya tesisleri denetleme, kaldırma veya imha etme hakkına sahiptir" şeklinde somut bir öneri sunulduğu bildirilmektedir. Bkz. TREVES, s. 838.

[95] Örneğin, UNLOS Konferansı II. Alt Komite'nin ikinci dönem çalışmaları esnasında Grup 77, "hiçbir devlet, ... diğer bir devletin münhasır ekonomik bölgesinde, her ne amaçla

Münhasır ekonomik bölgede askerî tesis ve teçhizatların hukukî niteliğine ilişkin temel kural BMDHS'nin 60. maddesidir. Maddenin birinci fıkrasında; kıyı devletlerinin, münhasır ekonomik bölgelerinde yapay adalar ile 56. maddede öngörülen amaçlar veya diğer ekonomik amaçlar ya da bu deniz alanındaki haklarını kullanmasına engel teşkil edebilecek nitelikte tesis veya yapıların inşası konusunda münhasır hakka sahip olduğu açık şekilde hükme bağlanmaktadır.

BMDHS'nin 60. maddesinde askerî veya sivil ayrımı yapılmadığından, kural olarak, maddenin kapsamına giren her türlü askerî tesis veya teçhizatın inşasını gerektiren bütün faaliyetlerin kıyı devletinin iznine bağlı bulunduğu açıktır[96]. Bu itibarla öncelikle askerî tesis ve teçhizat terimlerinden neyin anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

BMDHS'de, çeşitli amaçlar için deniz çevresine yerleştirilen bu tür yapılar için farklı terimler kullanılmaktadır[97]. Kullanılan terimlerin açık şekilde tanımlanmamış olması, aralarındaki farklılık veya benzerliklerin tespit edilmesini zorlaştırmasına ve farklı tanımların yapılmasına neden olmakla[98] birlikte, doktrinde yapılan tanıma[99] paralel olarak askerî tesisi, her türlü askerî amaçlar için yığma toprak, çelik veya benzeri maddeler kullanılarak su yüzeyi, altı veya deniz tabanında inşa edilen veya buralara yerleştirilen sabit

olursa olsun, askerî üs, teçhizat veya diğer herhangi bir tesis inşa edemez" şeklinde bir öneri sunmuştur (UN Doc.: A/CONF.62/C.2/L.82, *Official Records III*, s. 240). II. Alt Komite'nin 1978 yılı gayriresmî toplantılarında Peru, Brezilya ve Uruguay benzer önerilerde (NANDAN - ROSENNE, s. 581) bulunmasına rağmen her iki girişim de başarısızlıkla sonuçlanmış ve öneriler BMDHS'ye dahil edilmemiştir. Bkz. BOCZEK, s. 453.

[96] Aksi yönde bkz. KRASKA, s. 280. Yazar, BMDHS'nin 56. maddesine atıf yapılmış olması nedeniyle 60. maddenin kıyı devletinin yetkilerini bilinçli olarak kısıtladığını, bu nedenle, yabancı askerî tesis ve yapıların yerleştirilmesinin kıyı devletinin yetkisi dışında tutulduğunu iddia etmektedir.

[97] Örneğin BMDHS'nin 60(1) maddesinde yapay adalar, tesisler ve yapılar (*artificial islands, installations and structures*) ifadesi kullanılmasına karşılık, 147. maddesinde sadece tesisler (*installations*), 194(3)(c) maddesinde tesisler ve aletler (*installations and devices*), 209(2) maddesinde tesisler, yapılar ve diğer aygıtlar (*installations, structures and other devices*), XIII. bölümünün IV. kısmında tesis ve teçhizat (*installation and equipment*) terimleri tercih edilmektedir.

[98] TOPSOY, *Denize İlişkin*, s. 207.

[99] Özman, genel olarak yapay ada, tesis veya yapıyı; "insan eliyle ve başta ekonomik amaçlar olmak üzere, çeşitli amaçlarla, deniz tabanına bağlı olarak ve sürekli su üzerinde kalacak şekilde, beton, kaya, toprak ve benzeri maddelerle oluşturulan toprak alanlar veya çelik ve benzeri maddelerden inşa edilen deniz tabanına bağlı veya su üzerinde yüzen nesneler" şeklinde tanımlamaktadır. Tanım ile yapay ada, tesis ve yapılara ilişkin diğer tanımlar için bkz. ÖZMAN, *Deniz Hukuku*, s. 200.

ya da hareketli bütün platformlar, askerî teçhizatı ise bunlar dışında kalan ve askerî amaçlar için ihtiyaç duyulan her türlü araç ve gereç olarak tanımlamak mümkündür[100].

BMDHS'nin 60. maddesinde yapay adalar için herhangi bir istisna belirtilmediğinden, askerî nitelikli bütün yapay adaların inşası için kıyı devletinin izninin gerekli olacağı aşikârdır[101]. Brezilya ve Uruguay'ın iddia ettiğinin[102] aksine, münhasır ekonomik bölgedeki yabancı tesis ve yapılar üzerinde kıyı devletinin münhasır hakka sahip olması, bu deniz alanındaki haklarını kullanmasını engelleme şartına bağlandığından, her ne kadar bütün askerî tesislerin, bir şekilde, bu hakların kullanılmasına tehdit oluşturacağı iddia edilse[103] de münhasır ekonomik bölge üzerindeki haklarını kullanmasını engellemeyen askerî tesislerin inşasının herhangi bir izin ya da onay gerektirmediği kabul edilmelidir[104].

Teçhizat olarak değerlendirilebilecek nitelikte çoğunlukla tek bir uygulama için hızla yerleştirilip sökülebilen ve özel bir amaç için kullanılan nesnelerin ise BMDHS'nin 60. maddesi kapsamına dahil olup olmadığı açık değildir. Zira 1958 CKSS'nin 5(2) maddesinde "tesisler ve diğer aygıtlar" (*installations and other devices*) ifadesi kullanılmasına rağmen BMDHS'nin 60. maddesinde yapay ada, tesis ve yapı (*artificial islands, installations and structures*) terimleri tercih edilmiştir.

Doktrinde bir kısım yazar, kesin olarak tanımlamasının zor olduğunu bildirmekle birlikte, yapı teriminin, "aygıt (*device*)" kavramından daha dar anlamda olduğunu bu nedenle seyrüsefer yardımcı araçları gibi küçük nesneleri

[100] Bu anlamda; sürekli ve geniş bir zaman dilimi için kullanılan, karmaşık ve çok çeşitli parçalardan oluşan askerî amaçlı bütün nesneler askerî tesis ve yapı, bunlar dışında kalan araç ve gereçler ise teçhizat olarak kabul edilmelidir.

[101] Benzer yönde bkz. TREVES, s. 840.

[102] Brezilya, BMDHS'ye taraf olurken sunduğu bildiride, Sözleşme hükümlerini, kıt'a sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgede amacı ne olursa olsun istisnasız her türlü tesis ve yapının inşası, yönetimi, düzenlenmesi konusunda kıyı devletinin münhasır hakka sahip olduğu şeklinde anladığını açıklamıştır. Uruguay ise Sözleşmenin, münhasır ekonomik bölgede kıyı devletinin izni olmaksızın diğer devletlerin tesis ve yapı inşa etme, kullanma yetkisi vermediğini bildirmiştir. Bildiriler için bkz. "Declarations or Statements upon UNCLOS Ratification".

[103] BOCZEK, s. 453.

[104] Aynı yönde bkz. ZEDALIS, Foreign State Military, s. 89. Yazar, kıyı devletinin, ekonomik veya kaynaklarına yönelik faaliyetlerini engellemeyen askerî nesneler üzerinde egemen hakka sahip olmadığını iddia etmektedir.

kapsamadığını ileri sürmektedir[105]. Scovazzi ise BMDHS'nin 60. maddesinde terimlerin çok akılcı kullanıldığını ve bu nedenle insan yapımı her türlü nesnesin madde kapsamına dahil olduğunu iddia etmektedir[106]. BMDHS'de terimlerin açık şekilde tanımlanmamış olmasının yanında, "aygıt" teriminin Sözleşmede tutarlı şekilde kullanılmamış[107] olması, aralarındaki benzerlik veya farkın tespit edilmesini zorlaştırmaktadır.

Münhasır ekonomik bölgelere yerleştirilen yabancı askerî teçhizatlarının hukukî statüsü, kullanım amaçlarına göre ikiye ayırarak belirlenmelidir. Denizaltı veya savaş gemilerinin seyrüsefer faaliyetlerine yardımcı olmak amacıyla yerleştirilen askerî algılayıcı ya da takip sistemi gibi teçhizatlar, kıyı devletinin ekonomik haklarını kullanmasını engellemediği sürece[108], seyrüsefer serbestliğinin doğal bir sonucu olarak değerlendirilmeli ve kıyı devletinin izin ya da onayını gerektirmemelidir[109]. Dinleme, gözetleme veya askerî keşif gibi seyrüsefer dışında kalan amaçlara yönelik askerî teçhizatlar ise BMDHS'nin 301. maddesi uyarınca, kural olarak, kıyı devletinin rızasını gerektirmelidir[110]. Bununla birlikte kıyı devletinin bu konuda tam bir takdir yetkisine sahip olmadığı, izin ya da onay verilmemesi durumunda, kıyı devletinin siyasi bağımsızlığına veya toprak bütünlüğüne bir tehdit oluşturmadığı ispatlanması şartıyla, bu tür yabancı askerî teçhizatların münhasır ekonomik bölgelere yerleştirilebileceği kabul edilmelidir[111].

---

[105] TREVES, s. 841. Aynı yönde bkz. DE MURALT, s. 94; BOCZEK, s. 453; ZEDALIS, Foreign State Military, s. 91. Oxman ise yapay ada, tesis ve yapının hacimli ve sabit nesneleri ifade ettiğini bu nedenle geçici bir işaret şamandırasının, BMDHS'nin 60. maddesine değil, 58. madde kapsamına dahil olması gerektiğini düşünmektedir. OXMAN, s. 843.

[106] SVOVAZZI, s. 467.

[107] HAYASHI, s. 132.

[108] Aksi yönde bkz. BOCZEK, s. 454. Yazar, BMDHS hükümleri katı şekilde yorumlandığı takdirde, bu tür askerî teçhizatların kullanılmasının, "denizlerin diğer uluslararası kullanımının" bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu nedenle kıyı devletinin deniz alanındaki haklarını engellese bile bu durumun dava konusu olabileceğini düşünmektedir.

[109] Aynı yönde bkz. TREVES, s. 843; LOWE, The Laws of War, s. 293. Vukas, açık şekilde benzer ifadeyi kullanmamakla birlikte, askerî amaçlı kullanılanlar dahil bütün nesnelere ilişkin devletlerin, BMDHS'nin 58 ve 301. maddelerinde belirtilen kısıtlamalar dahilinde eşit haklara sahip olduğu düşünmektedir. VUKAS, Military Uses, s. 415.

[110] LARSON, s. 111. Aksi yönde bkz. KRASKA, s. 280. Yazar, özellikle, sualtı ses ölçüm sisteminin parçaları ve diğer askerî cihazların, kıyı devletinin münhasır ekonomik bölge üzerindeki düzenleme yetkisinin kapsamı dışında kaldığını düşünmektedir. Ayrıca bkz. LOWE, Some Legal Problems, s. 179. Yazar, münhasır ekonomik bölgelere yerleştirilen yabancı sonar sistemi gibi aygıtların kablo döşeme serbestliğinin bir uygulaması olarak değerlendirilebileceğini iddia etmektedir.

[111] Hatta Zedalis, BMDHS'nin 60. maddesi ile 1958 CKSS'nın 5(2) maddesi arasındaki termi-

Askerî tesis ve teçhizat kapsamında tartışılması gereken diğer bir konu ise uluslararası hukuk kurallarının devletlere, yabancı münhasır ekonomik bölgelere silah veya benzeri sistemler yerleştirme hakkı verip vermediğidir? Doktrinde ağırlıklı görüş, hem seyrüsefer serbestliğini olumsuz etkilemesi hem de BMDHS'nin 88 ve 301. maddelerde düzenlenen "denizlerin barışçıl amaçlarla kullanılması" ilkesine aykırı olması nedeniyle, savunma amaçlı olanlar haricinde, yabancı münhasır ekonomik bölgelere deniz mayını[112] veya diğer silah sistemlerinin yerleştirilmesi ya da testine izin verilmediği yönündedir[113].

Bilindiği gibi diğer devletlerin, yabancı münhasır ekonomik bölgelerdeki hakları seyrüsefer, uçma, denizaltı kablo ve boru hattı döşeme ile bunlarla ilgili denizlerin diğer hukukî kullanımıyla sınırlıdır. Her en amaçla olursa olsun yabancı münhasır ekonomik bölgelere, başta deniz mayını olmak üzere, konvansiyonel ya da nükleer başlık taşıyan silah sistemlerinin yerleştirilmesi veya bunların testinin, tanınan bu serbestliklerle bağdaşmayacağı aşikârdır. Bu nedenle nükleer veya diğer kitle imha silahlarının testi ve yerleştirilmesini düzenleyen mevcut uluslararası sözleşmeler[114] saklı kalmak şartıyla, mevcut

noloji farklılığı nedeniyle, güvenlik kaygıları veya uluslararası istikrarın sağlanması amacıyla münhasır ekonomik bölgelere yerleştirilen askerî nesnelerin "aygıt (*devices*)" olarak kabul edilmesi gerekeceğini, bunlar kıyı devletinin ekonomik veya kaynaklarla ilgili haklarını engellese bile uluslararası hukuka aykırı olmayabileceğini iddia etmektedir. ZEDALIS, Foreign State Military, s. 90.

[112] Deniz savaşlarında düşman gemilerini yok etmek ya da belli bir bölgeyi abluka altına almak amacıyla kullanılan ve çeşitli tip ve amaçta üretilen deniz mayınlarını; su kütlesine, deniz tabanı veya toprak altına yerleştirilen ve gemi veya diğer bir deniz aracının varlığı, yakınlığı ya da temasıyla infilak eden ya da ettirilen patlayıcı aygıtlar olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DIMITROV, s. 80.

[113] HAYASHI, s. 129; BOCZEK, s. 454; WANG, s. 369; BOOTH, s. 80; STEPHENS, s. 291. Aksi yönde bkz. SCOVAZZI, s. 319. Yukarıda belirtildiği gibi yazar, seyrüsefer veya uçuş esnasında kullanılacak yeni silah sistemlerinin testi gibi bazı sorunların, BMDHS'nin 59. maddesi kapsamında çözümlenmesi gerektiğine işaret etmektedir.

[114] Örneğin; 10 Ekim 1963 tarihinde yürürlüğe giren "Atmosferde, Uzayda ve Su Altında Nükleer Silahların Testinin Yasaklanması Antlaşması (*Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and under Water – Partial Test Ban Treaty*)", 18 Mayıs 1972 tarihinde yürürlüğe giren "Deniz Yatağı, Okyanus Tabanı ile Bunların Altına Nükleer Silahlar ve Diğer Kitle İmha Silahlarının Yerleştirilmesinin Yasaklanması Hakkında Sözleşme (*Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof – Sea-Bed Treaty*)", 14 Şubat 1967 tarihinde yürürlüğe giren "Latin Amerika ve Karayiplerde Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması (*Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean – Treaty of Tlatelolco*)". Antlaşmalar hakkında genel bilgiler için bkz. WANG, s. 376; Antlaşmalara taraf devletler ve diğer çok taraflı silahsızlanma antlaşmalar için ayrıca bkz. "Multilateral Arms Regulation and Disarmament Agreements**".**

uluslararası deniz örf ve adet hukuku ve BMDHS kuralları gereği, yabancı münhasır ekonomik bölgelere bu tür silah sistemlerinin yerleştirilemeyeceği veya testinin yapılamayacağı[115] kabul edilmelidir[116].

4- Deniz Tabanının Delinmesini Gerektiren Faaliyetler

BMDHS'nin 60. maddesinde kıyı devletlerine, münhasır ekonomik bölgelerindeki yapay ada, tesis ve yapılar üzerinde tanınan bir takım hak ve yetkilere ek olarak BMDHS'nin 81. maddesinde kıyı devletlerinin, hangi amaçla olursa olsun, kıt'a sahanlığı üzerindeki delme faaliyetlerine izin verme ve bu konuda düzenlemeler yapma konusunda münhasır hakkı sahip olduğu hükme bağlanmaktadır[117]. Madde metninden anlaşılacağı üzere BMDHS'nin 81. maddesi, 60. maddenin aksine, kıyı devletinin ekonomik veya kaynaklarla ilgili herhangi bir istisna içermediğinden, yabancı askerî araştırmalar üzerinde daha kesin kısıtlamalar getirmektedir[118]. Bu itibarla; münhasır ekonomik bölgede deniz tabanının delinmesini içeren her türlü askerî faaliyetin ancak kıyı devletinin izniyle yürütülebileceği kabul edilmelidir.

5- Askerî Keşif ve Stratejik Bilgi Toplama Faaliyetleri

Uluslararası örf ve adet hukukunda askerî keşif ve istihbarat faaliyetleri açık denizlerin serbestliği ilkesinin bir parçası olarak kabul edilmekte olmakla birlikte[119], yabancı münhasır ekonomik bölgelerde askerî keşif özellikle stratejik bilgi toplama (istihbarat) faaliyetlerinin hukukî statüsü deniz hukukunda tartışmalı bir konu olarak durmaktadır[120]. Güçlü donanmalara sahip gelişmiş devletler, özellikle ABD, bu tür faaliyetlerin açık deniz serbestliğinin bir parçası olduğunu dolayısıyla kıyı devletinin izin ya da onayı olmaksızın

[115] VAN DYKE, s. 35. Füze ve benzeri sistemlerinin testinin, kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgedeki canlı kaynaklarını koruması ve işletmesine ilişkin çıkarlarını olumsuz etkilemesinin kaçınılmaz olduğunu düşünen yazar, uygulamada da bu tür silah sistemlerinin kullanıldığı askerî faaliyetlerin diğer devletler tarafından protesto edildiğini bildirmektedir.

[116] Aynı yönde bkz. KRASKA, s. 281. Bununla birlikte yazar, BMDHS gibi Deniz Yatağı Antlaşması'nın kapsamının sınırlı olduğunu, antlaşmada deniz yatağına kitle imha silahlarının yerleştirilmesi yasaklanmış olsa da su üstü veya altına algılayıcı ya da benzeri askerî aygıtların yerleştirilmesinin hukuka aykırı olmayacağını ileri sürmektedir.

[117] Her ne kadar BMDHS'nin 81. maddesi sadece kıt'a sahanlığının hukukî statüsüne ilişkin bir kural niteliğinde olsa da, genel olarak münhasır ekonomik bölgenin deniz tabanı ve altı aynı zamanda kıyı devletinin kıt'a sahanlığını oluşturduğundan, madde dolaylı olarak münhasır ekonomik bölgenin deniz tabanını da kapsamaktadır.

[118] ZEDALIS, Foreign State Military, s. 93.

[119] HAYASHI, s. 130.

[120] A Summary of the Bali Dialogue, s. 3.

yabancı münhasır ekonomik bölgelerde serbest şekilde yürütüleceğini iddia ederken[121], başta Bangladeş, Brezilya, Malezya, Pakistan ve Uruguay olmak üzere gelişmekte olan kıyı devletleri, bu tür faaliyetler için izninin alınmasını zorunlu koşmaktadır[122].

Askerî keşif ve istihbarat faaliyetlerinin devletlerin çıkar ve güvenliklerinin korunmasındaki artan önemi ise uygulamadaki bu ayrımı derinleştirmekte ve devletleri çatışma noktasına getirmektedir. Kamuoyunda EP-3 Olayı olarak bilinen ve Çin münhasır ekonomik bölgesi üzerinde uçuş yapan ABD EP-3E keşif uçağı ile onu engellemeye çalışan Çin F-8 savaş uçağının çarpışmasıyla meydana gelen sorun[123] bunlardan sadece birisidir[124]. ABD, keşif uçağının 12 deniz millik Çin deniz ve hava egemenlik alanının dışında olduğunu dolayısıyla olayın, "uluslararası suların üzerindeki hava sahasında" yaşanan bir çarpışma olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia ederken, keşif uçağının bu faaliyetini ulusal güvenliğine tehdit olarak algılayan Çin ise olayı, münhasır ekonomik bölge üzerindeki uçuş serbestliğinin ihlali olarak değerlendirmiştir[125].

Aslında sorunun ana kaynağını, iki devletin, münhasır ekonomik bölgedeki yabancı askerî faaliyetlerin hukukî statüsüne ilişkin farklı yaklaşımları oluşturmaktadır. Zira ABD, uluslararası örf ve adet hukukunda münhasır ekonomik bölge üzerindeki hava sahasının, uluslararası hava sahası olarak tanımlandığını ve burada her türlü askerî faaliyete izin verildiğini iddia etmektedir[126]. Çin ise münhasır ekonomik bölge üzerinde diğer devletlere sadece seyrüsefer ve uçma serbestliği tanımakta, bunun dışında kalan her türlü bütün askerî faaliyet için izin ya da onayının alınmasını zorunlu kılmaktadır[127].

---

[121] WILSON – KRASKA, s. 282.

[122] VALENCIA, Introduction: Military and Intelligence, s. 98; BATEMAN, Prospective Guidelines, s. 5.

[123] İki ülkeyi savaşın eşiğine getiren olay, 01 Nisan 2001 tarihinde, Çin'in Hainan Adası'nın yaklaşık 70 deniz mili güneydoğusunda meydana gelmiştir. Çarpışma sonunda Çin F-8 uçağı denize çakılmış, ABD EP-3 keşif uçağı ise hafif hasarlı olarak Hainan Adası'na zorunlu iniş yapmıştır. Olay hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *A Report of the Tokyo Meeting*, s. 36.

[124] Diğer örnekler için bkz. *A Summary of the Bali Dialogue*, s. 4; GALDORISI – KAUFMAN, s. 294; PEDROZO, Preserving National Rights, s.16.

[125] GALDORISI – KAUFMAN, s. 292.

[126] ROACH – SMITH, s. 249.

[127] Çin Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıt'a Sahanlığı Kanunu (Exclusive Economic Zone And Continental Shelf Act) m. 11. Kanun için bkz. "Exclusive Economic Zone And Continental Shelf Act".

Doktrindeki konuyla ilgili görüşlerin de uygulamadaki bu ayrımı yansıttığı görülmektedir. Örneğin daha çok ABD'nin görüşünü yansıtan Pedrozo, BMDHS'nin 19(2)(b) maddesinde zararsız geçiş esnasında kıyı devletinin savunması veya güvenliğine zarar verecek şekilde askerî amaçlı bilgi toplanmasını açık şekilde yasaklamış olmasına rağmen benzer bir hükmün münhasır ekonomik bölgeyi düzenleyen BMDHS'nin V. kısmına alınmamış olmasının, diğer devletlerin, münhasır ekonomik bölgelerde kıyı devletinin izni olmaksızın askerî amaçlı bilgi toplama faaliyeti yürütebileceği şeklinde yorumlanması gerektiğini iddia etmektedir[128]. Benzer şekilde Roach ve Smith de kıyı devleti ve diğer devletlerin haklarına saygı göstermek şartıyla bütün devletlerin münhasır ekonomik bölgelerde askerî istihbarat dahil her türlü askerî keşif faaliyetinde bulunabileceklerini belirtmektedir[129]. BMDHS'de denizlerin askerî kullanımı konusunun, dönemin iki süper gücünün (ABD ve SSCB) deniz hegemonya politikalarının bir parçası olarak kaldığını düşünen[130] ve Çin'in resmî görüşünü yansıtan Zhang, genel olarak, askerî amaçlı her türlü bilgi toplama faaliyetinin kıyı devletinin güvenliğine tehdit oluşturacağından izninin alınması gerektiğini savunmaktadır[131].

BMDHS'de, münhasır ekonomik bölgede yürütülen diğer askerî faaliyetler gibi askerî amaçlı istihbarat faaliyetlerinin hukukî statüsü açık şekilde belirlenmemiştir. Konuyla ilgili tek hüküm ise zararsız geçiş esnasında kıyı devletinin barışına, düzenine veya güvenliğine zarar verecek hususlardan birini düzenleyen BMDHS'nin 12(2)(b) maddesidir. Maddede açık şekilde zararsız geçiş esnasında "kıyı devletinin savunmasına veya güvenliğine zarar verecek şekilde bilgi toplanması" yasaklanmaktadır. BMDHS'de benzer yasaklamanın münhasır ekonomik bölge için öngörülmemiş olmasının bu tür faaliyetlere izin verildiği şeklinde yorumlanması[132] yanında Pedrozo'nun da iddia ettiği şekilde, BMDHS'de 301. maddesinde, askerî amaçlı bilgi toplama faaliyetinin yasak kapsamında sayılmamış olması nedeniyle bu tür faaliyetlerinin bildirim ya da izine gerek olmaksızın yürütülebileceği[133] söylemek uluslararası deniz hukuku kurallarına aykırı olmayacaktır. Bununla birlikte, geçmişte devletler arasında ciddi krizlere yol açan münhasır

[128] PEDROZO, Preserving National Rights, s. 25.

[129] ROACH – SMITH, s. 249.

[130] SONG, s. 217.

[131] ZHANG, s. 44.

[132] A Summary of the Bali Dialogue, s. 10.

[133] PEDROZO, Preserving National Rights, s. 25.

ekonomik bölgelerdeki askerî amaçlı bilgi toplama faaliyetlerinin günümüzde oldukça tartışmalı ve tehlikeli bir boyuta ulaşmasının[134] da etkisiyle EEZ Esasları'nın V(b) maddesinde, münhasır ekonomik bölgede, "kıyı devletine karşı kuvvet kullanılmasını desteklemeye yönelik bilgi toplama faaliyetleri" izne bağlanmıştır.

Askeri keşif ve istihbarat faaliyetlerinden elde edilen bilgilerin, kıyı devletinin askerî, siyasî veya ekonomik hedefleri[135] dahil olmak üzere farklı amaçlar için kullanılması mümkündür. Bununla birlikte gelişen yeni durumlar, devletlerin tamamıyla savunma amaçlı bu tür faaliyetleri icra etmesini zorunlu kılmaktadır. Bu itibarla; EEZ Esasları'nda öngörülen çözüm paralelinde, askerî keşif ve gözetleme[136] ile kıyı devletinin siyasî bağımsızlığı veya toprak bütünlüğü karşı herhangi bir tehdit içermeyen bilgi toplama faaliyetlerinin bildirim ya da izne ihtiyaç olmaksızın serbestçe yürütülebileceği, bunlar dışında kalan faaliyetler kıyı devletinin izin ya da onayının alınması gerektiği kabul edilmelidir.

6- Askerî Amaçlı Bilimsel Araştırma ve Ölçüm Faaliyetleri

Genel olarak deniz çevresi hakkında bilgi birikiminin arttırılmasına yönelik yürütülen sistematik araştırmalar olarak tanımlanan "denize ilişkin bilimsel araştırmalar (*marine scientific research* – MSR)"ın hukukî statüsü, BMDHS'nin XIII. bölümünde (m. 238-265) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[137]. BMDHS'de askerî veya sivil amaçlı MSR şeklinde herhangi bir ayrıma gidilmemesi ve özellikle askerî araştırma ile MSR arasında ayrım yapılmasının pratikte mümkün olmaması nedeniyle askerî amaçlı bilimsel araştırmaların da kural olarak BMDHS'nin MSR'ye ilişkin hükümlerine tabi olduğu kabul edilmektedir[138]. EEZ Esasları'nın VIII. maddelerinde de denize ilişkin bilimsel araştırmaların hukukî statüsü tamamıyla BMDHS'nin ilgili hükümlerine uygun olarak düzenlenmiştir.

---

[134] BATEMAN, Prospective Guidelines, s. 6.

[135] ZHANG, s. 44. Yazar, bir devletin, eğer kıyı devletine karşı kullanmayacaksa, askerî amaçlı bilgi toplama ihtiyacı hissetmeyeceğini düşünmektedir.

[136] EEZ Esasları'nın IV(b) maddesinde de devletlerin, yabancı münhasır ekonomik bölgelerde barışçıl amaçlar için deniz keşif faaliyetleri yürütebilecekleri belirtilmektedir.

[137] MSR kavramı ve BMDHS kapsamında hukukî statüsü hakkında bkz. TOPSOY, *Denize İlişkin*, s. 117.

[138] Askerî amaçlı araştırmalar ile MSR arasındaki ilişki ve doktrindeki görüşler için bkz. TOPSOY, *Denize İlişkin*, s. 44.

MSR'nin aksine münhasır ekonomik bölgede yürütülen hidrografik[139] özellikle askerî amaçlı ölçümlerin hukukî statüsünün açık şekilde belirlenmemiş olması, konuyu uluslararası uygulama ve doktrinde tartışmalı hale getirmektedir. Örneğin BMDHS'de MSR ve hidrografik ölçüm terimin birbirlerine karıştırılmadan ve bilinçli olarak farklı anlamda kullanıldığını belirten ABD gibi denizci devletler, hidrografik ölçümlerin bir MSR faaliyeti olmadığını ve bu nedenle BMDHS'nin XIII. bölümüne tâbi olmadığını iddia ederken[140], hidrografik ölçümleri bir MSR faaliyeti olarak kabul eden Çin ise her türlü hidrografik ve askerî amaçlı ölçüm faaliyetleri için izin alınması zorunlu kılmaktadır[141]. Doktrinde ise hidrografik ölçüm faaliyetlerinin MSR'nin bir parçası veya alt disiplini olmadığı ve MSR rejimi dışında farklı bir hukukî rejime tâbi olduğu yönünde genel bir eğilim bulunmaktadır[142].

Uygulama ve doktrindeki bu farklılık, çeşitli tarihlerde, devletler arasında sıcak çatışmaya varan sorunların yaşanmasına neden olmuştur. 2009 yılında ABD ve Çin arasında yaşanan ve kamuoyunda *Impeccable* Olayı olarak adlandırılan sorun bunlardan birisidir. Olayın ayrıntılı şekilde incelenmesi, BMDHS'nin ilgili hükümlerinin yorumlanmasında ve özellikle münhasır ekonomik bölgede yürütülen askerî faaliyetlerin hukukî statüsüne ilişkin farklı yaklaşımların analizinde önemli rol oynayacaktır.

Impeccable Olayı, 08 Mart 2009 tarihinde, Çin'in Hainan Adası'nın yaklaşık 75 deniz mili güneyinde askerî amaçlı ölçüm faaliyeti yürüten ABD'nin okyanus ölçüm gemisini (*USNS Impeccable*), Çin donanmasına ait beş geminin çatmaya varacak kadar yaklaşarak taciz etmesidir. Herhangi çatma ya da sıcak temasın yaşanmadığı olayda her iki taraf da birbirini hukuka aykırı davranmakla suçlamıştır. Yapılan resmî açıklamada ABD; "okyanus araştırma gemisinin uluslararası sular (*international waters*)'daki rutin faaliyeti esnasında" Çin gemilerince yapılan bu tacizi açık şekilde kınarken, uluslararası örf ve adet hukukunun yabancı münhasır ekonomik bölgelerde "tek taraflı, sınırsız askerî faaliyetlerde bulunma hakkı bahşettiğine"

[139] Hidrografik ölçüm genel olarak ulaşım güvenliğinin sağlanması ve ulaşım haritalarının yapılmasına yönelik ölçüm faaliyetleri şeklinde tanımlanmakta olup su kütlesi ve deniz tabanının içerik ve niteliği ile gel-gitlerin akıntı, yükseklik ve zamanın belirlenmesine yönelik ölçüm faaliyetlerini kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BATEMAN, Hydrographic Surveying, s. 167; GUIFANG, Marine Scientific Research, s. 217.

[140] PEDROZO, Coastal State Jurisdiction, s. 28; ROACH – SMITH, s. 247; WILSON – KRASKA, s. 283; KEYUAN, s. 78.

[141] ZHIRONG, s. 37; GUIFANG, Surveys and Research; s. 97.

[142] SOONS, s. 157; WEGELEIN, s. 80; ROACH, s. 60.

ilişkin iddiasını tekrarlamıştır[143]. *USNS Impeccable*'in, "özel ekonomik bölgesi (*special economic zone*)"nin denizaltı faaliyetleri dahil deniz tabanı hareketlerinin belirlenmesi amacıyla aktif-pasif sonar sistemlerini kullanmak üzere bölgede izinsiz faaliyette bulunduğunu[144] vurgulayan Çin ise bu tür faaliyetlerin, BMDHS'nin 300 ve 301. maddelerinin ihlali anlamında olduğunu iddia etmiştir[145].

Öncelikle münhasır ekonomik bölgenin hukukî statüsüne yönelik farklı yaklaşımları bulunduğu bilinen iki devletin, kendi görüşleri destekler nitelikte, deniz hukukunda bulunmayan yeni terimler kullandıkları vurgulanmalıdır. Zira ABD, geleneksel seyrüsefer serbestliğine vurgu yapmak için "uluslararası sular" terimini kullanırken[146], Çin, münhasır ekonomik bölgenin deniz hukukundaki tanımına daha özel bir anlam vermek amacıyla "özel ekonomik bölge" terimini kullanmayı tercih etmektedir. İki devletin bu tutumu, uluslararası hukuk kurallarını kendi çıkarları doğrultusunda yorumlama konusunda devletlerin ne kadar ileriye gidebileceklerini göstermesi bakımından önemli bir veri oluşturmaktadır.

Bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge ve açık denizleri "uluslararası sular" olarak tanımlayan ABD, bu deniz alanında bütün devletlerin gemi ve uçaklarının seyrüsefer ve uçma açık denizler serbestliğinden yararlanma hakkına sahip olduğuna inanmaktadır[147]. Çin ise kural olarak münhasır ekonomik bölgesinde yabancı askerî araçların seyrüsefer ve uçma hakkına sahip olduğunu kabul etmekle birlikte bu serbestliğin açık deniz serbestliği gibi olmadığını kıyı devletinin doğal kaynakları ve deniz çevresiyle ilgili kural ve düzenlemelerine uygun olarak yürütülmesi gerektiğini iddia etmektedir[148].

Bilindiği gibi UNCLOS'un 58(1) maddesinde, herhangi bir istisna belirtilmeksizin, devletlerin seyrüsefer ve uçma serbestliğinden yararlanacakları açık şekilde hükme bağlanmakta, sadece sayılan bu serbestliklerin, Sözleşmenin münhasır ekonomik bölgeye ilişkin hükümleri

[143] PEDROZO, Close Encounters at Sea, s. 102.

[144] GENG, s. 27.

[145] VALENCIA, The Impeccable, s. 23.

[146] Pedrozo, ABD'nin, "uluslararası sular" terimini, münhasır ekonomik bölgeyi ifade etmek için değil, aksine, karasularının ötesine uzanan deniz alanında açık deniz seyrüsefer ve uçma serbestliğinin bulunduğunu vurgulamak amacıyla kullandığını bildirmektedir. PEDROZO, Preserving National Rights, s. 19.

[147] MANDSAGER, s. 114; PEDROZO, Close Encounters at Sea, s. 103.

[148] GUOXING, s. 18.

ile bağdaşır şekilde kullanılabileceğine vurgu yapılmaktadır. Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, söz konusu vurgu, kural olarak, yabancı askerî gemi ve uçakların geçişine herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu anlamda; Çin ve Hindistan'ın iddia ettiğinin[149] aksine, kıyısı olsun ya da olmasın bütün devletlerin askerî gemi ve uçaklarının, herhangi bir sınırlama olmaksızın, münhasır ekonomik bölgelerde seyrüsefer ve uçma serbestliğinden yararlanmalarının önünde hukukî bir engel bulunmamaktadır.

Yukarıda da işaret edildiği gibi Çin, hidrografik araştırma ile MSR arasında bir ayrıma gitmeksizin, deniz yetki alanlarında yürütülen her türlü bilimsel araştırma için önceden izin alınmasını zorunlu kılmakta[150] ve ABD askerî ölçüm faaliyetlerini UNCLOS'un 301 . maddesinde düzenlenen denizlerin barışçıl kullanımı ilkesinin ihlali olarak değerlendirmektedir[151].

MSR ile hidrografik ölçüm ya da diğer ölçüm faaliyetlerinin ayrı birer kavram olup olmadığı konusu uygulama ve doktrinde tartışmalıdır[152]. Brezilya, Uruguay, Hindistan, Pakistan, Bangladeş, Malezya ve Çin gibi kıyı devletleri münhasır ekonomik bölgelerindeki bu tür askerî faaliyetleri barışçıl amaçlar ilkesine aykırı olarak kabul ederken ABD, İtalya, Almanya ve Hollanda ise açık deniz serbestliği olarak değerlendirmektedir[153]. Konu hakkında daha fazla ayrıntıya girilmemekle birlikte hidrografik amaçlı askerî ölçüm faaliyetlerinde öncelikli amaç, deniz çevresine ait bilgi birikiminin arttırılmasından ziyade seyir güvenliğini sağlamak olduğundan, askerî amaçlı ölçüm faaliyetlerinin MSR'den farklı bir kavram olduğu ve kural olarak, münhasır ekonomik bölgelerde kıyı devletinin iznine ihtiyaç duyulmaksızın yürütülebileceği kabul edilmelidir[154]. Bu bağlamda Çin'in, uluslararası hukuka aykırı şekilde, deniz yetki alanlarında MSR uygulamasına gittiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

---

[149] Hindistan, diğer devletlerin münhasır ekonomik bölgesinde askerî faaliyette bulunmasına kesin olarak karşı çıkmaktadır. GUOXING, s. 18.

[150] Çin'in MSR uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOPSOY, *Denize İlişkin*, s. 253-257.

[151] GUOXING, s. 18; ZHIRONG, s. 41.

[152] Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPSOY, *Denize İlişkin*, s. 36.

[153] GUOXING, s. 19.

[154] Aksi görüş için bkz. GUIFANG, Marine Scientific Research, s. 222. Yazar, BMDHS'de öngörülen MSR rejiminin aksamaması için münhasır ekonomik bölgedeki hidrografik ölçümlerin de kıyı devletinin yetkisi altında olduğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir.

III. KIYI DEVLETİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN KAPSAMI VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Uluslararası hukukta, münhasır ekonomik bölgede yürütülen yabancı askerî faaliyetler üzerinde devletlerin sahip olduğu hak ve yetkiler ile yükümlülüklerini düzenleyen açık kurallar bulunmamaktadır. EEZ Esasları'nda ise kıyı devleti ile diğer devletlerin hak ve yükümlülükleri ayrıntılı olarak sayılmıştır. Çalışmanın bu bölümünde başta BMDHS olmak üzere mevcut uluslararası hukuk kapsamında devletlerin hak ve yükümlükleri ile devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü açıklanmaya çalışılacaktır.

A) KIYI DEVLETİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1- Yabancı Askerî Faaliyetleri Düzenleme

Uygulamada bazı devletlerin, çeşitli gerekçelerle, yabancı askerî faaliyetlerin statüsüyle ilgili bir takım hükümleri ilgili ulusal düzenlemelerine derç ettikleri görülmektedir[155]. Örneğin Brezilya, 10 Aralık 1982 tarihinde, BMDHS'yi imzalarken yaptığı bildirinin[156] IV. maddesinde, "Sözleşme hükümlerinin, kıyı devletinin izni olmadıkça, münhasır ekonomik bölgede diğer devletlere özellikle silah ve patlayıcı kullanılması uygulamaları dahil olmak üzere askerî tatbikat veya diğer uygulamalar yapma yetkisi vermediğini" vurgulamasına ek olarak 1993 tarihli Karasuları, Bitişik Bölge, Münhasır Ekonomik Bölgesi ve Kıt'a Sahanlığı Hakkında 8617 Sayılı Kanun'un 9. maddesine "münhasır ekonomik bölgede diğer devletlerce askerî uygulama ve tatbikatlar ancak Brezilya Hükümeti'nin izni ile yürütülebilir" şeklinde bir hükmü derç etmiştir[157].

Benzer şekilde Uruguay da 10 Aralık 1982 tarihinde BMDHS'yi imzalarken yaptığı bildiride, münhasır ekonomik bölgenin, karasuları ve açık denizlerden farklı *sui generis* bir rejime sahip olduğunu ve bu deniz alanında izni olmaksızın askerî faaliyette bulunulamayacağını açıklamıştır[158]. Ayrıca 1998 tarihli Karasuları, Bitişik Bölge, Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıt'a

[155] Bu konudaki uluslararası uygulama hakkında ayrıntılı bilgi ve analizler için bkz. GALDORISI – KAUFMAN, s. 280; BOCZEK, s. 452.

[156] Brezilya'nın 22 Aralık 1988 tarihinde BMDHS'ye katılırken yaptığı bildirinin II. maddesi de benzer hükmü içermektedir. Bildiriler için bkz. "Declarations or Statements upon UNCLOS Ratification".

[157] "Law No. 8.617 of 4 January 1993, on the Territorial Sea, the Contiguous Zone, the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf".

[158] Bildiri için bkz. "Declarations or Statements upon UNCLOS Ratification".

Sahanlığının Sınırlarının Tesisi Hakkında 17033 Sayılı Kanun'a "münhasır ekonomik bölgede diğer devletlerce yürütülen her türlü askerî faaliyet veya uygulama Uruguay Hükümeti'nin iznine" tabidir şeklinde bir hükmü eklemiştir (m. 8)[159]. BMDH'yi imzalamasına rağmen henüz taraf devlet statüsünde olmayan İran ise münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî faaliyet ve tatbikatların yürütülmesini açık şekilde yasaklayan bir hükmü 1993 tarihli "Basra Körfezi ve Umman Denizi'nde İran'ın Deniz Alanları Hakkında Kanun'a derç etmiştir (m. 16) [160].

Brezilya, Uruguay, İran gibi bazı devletlerin yukarıdaki uygulamasının aksine uluslararası örf ve adet hukuku ve BMDHS'de devletlere bu tür düzenlemeler yapma yetkisi veren açık bir kural bulunmamaktadır. Konuyla ilgili BMDHS'nin 73(1) maddesi ise kıyı devletlerine, dolaylı olarak, sadece "münhasır ekonomik bölgedeki canlı kaynakların araştırılması, işletilmesi, korunması ve yönetimi konularında" ulusal düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Genel olarak askerî faaliyetler, canlı kaynakları hedef alan bir faaliyet olmadığından kıyı devletlerinin, kural olarak, münhasır ekonomik bölgedeki yabancı askerî faaliyetlerle ilgili ulusal düzenleme yapamayacağı kabul edilmelidir[161].

2- Kuvvet Kullanma

Kıyı devleti, uluslararası hukuk kurallarına aykırı şekilde münhasır ekonomik bölgede yürütülen bir askerî faaliyeti engelleme yetkisine sahip midir? Eğer böyle bir yetkisi varsa, kapsamı ne olacaktır? Örneğin kıyı devleti, BMDHS'nin 301. maddesini ihlal eder nitelikte münhasır ekonomik bölgede tatbikat yapan yabancı bir donanmanın bu faaliyetini kuvvet kullanarak engelleyebilecek midir? Yine BMDHS'nin 60. maddesine aykırı şekilde inşa edilen yabancı bir askerî tesisi kaldırma hakkına sahip olacak mıdır?

BMDHS'de, kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgede yürütülen uluslararası hukuka aykırı yabancı askerî faaliyetler üzerinde kuvvet

[159] "Act 17.033 of 20 November 1998 Establishing the Boundaries of the Territorial Sea, the Adjacent Zone, the Exclusive Economic Zone, and the Continental Shelf".

[160] "Act on the Marine Areas of the Islamic Republic of Iran in the Persian Gulf and the Oman Sea, 1993".

[161] Aynı yönde bkz. NANDAN – ROSENNE, s. 565. Yazarlar, kıyı devletinin BMDHS'nin V. bölümünü genişletecek şekilde ulusal düzenleme yapma yetkisine sahip olmadıklarını belirtmektedirler. Larson da barış ve savaş zamanında savaş gemilerinin, kıyı devletinin kural koyma ve düzenleme yapma yetkisi dışında olduğunu düşünmektedir. LARSON, s. 110.

kullanma yetkisine sahip olduğuna dair açık bir kural bulunmamaktadır[162]. Aksine, BMDHS'nin 95. maddesi gereği münhasır ekonomik bölgedeki yabancı savaş gemileri mutlak yargı bağışıklığına sahip bulunduğu[163] gibi BMDHS'nin 301. maddesinde devletlerin kuvvet kullanmaları veya kuvvet tehdidinde bulunmaları açık şekilde yasaklanmaktadır. Ayrıca BMDHS'nin 30. maddesinde, karasularından zararsız geçiş yapan bir savaş gemisinin, yapılan ihtarlara rağmen geçişe ilişkin kurallara uymaması durumunda kıyı devletinin, sadece, derhal karasularını terk etmesini isteyebileceği düzenlenmektedir. Bu itibarla, karasularına göre oldukça sınırlı hak ve yetkilere sahip kıyı devletlerinin, evleviyetle, münhasır ekonomik bölgesinde bu tür askerî faaliyetleri engelleme veya durdurmaya yönelik kuvvet kullanma yetkisine sahip olmayacağı kabul edilmelidir[164].

Bu genel kabulün en önemli istisnası meşru müdafaa halidir. Buna göre kıyı devleti, münhasır ekonomik bölgede yürütülen yabancı askerî faaliyetin kendisine yönelik silahlı bir saldırıya dönüşmesi durumunda, BM Güvenlik Konseyi'nce gerekli tedbirler alınıncaya kadar yabancı askerî faaliyetin durdurulması ya da engellenmesine yönelik kuvvet kullanabilecektir (BM Antlaşması m. 51)[165]. Ayrıca kıyı devletinin, BMDHS'nin 60. maddesi kapsamına giren tesis veya yapılar ile 80. maddesine aykırı şekilde deniz tabanı delinerek yerleştirilen askerî tesis ve teçhizatı kaldırma yetkisinin olduğu kabul edilmelidir.

BMDHS'nin 73(1) ve 216. maddelerinde kıyı devletlerinin, canlı kaynaklarının araştırılması, işletilmesi ve yönetimine ilişkin koyduğu ulusal düzenlemelerine uyulmasını sağlamak" ve "boşaltma (*damping*) yoluyla oluşan kirliliği önlemeye yönelik konulan kuralların icrasıyla" sınırlı olmak şartıyla, münhasır ekonomik bölgesindeki faaliyetler üzerinde kuvvet kullanabilecekleri düzenlenmektedir. Bununla birlikte istisnaî bu iki hüküm; askerî faaliyetlerin canlı kaynakları hedef almaması ve aşağıda değinileceği gibi savaş gemilerinin, kural olarak, deniz çevresinin korunmana ilişkin

[162] FRANCIONI, s. 216.

[163] Ayrıca, BMDHS'nin 32. maddesinde, 30 ve 31. maddeler saklı kalmak şartıyla, Sözleşmede yer alan hiç bir hükmün, savaş gemilerinin dokunulmazlığına halel getirmeyeceğini düzenlemektedir. Oxman, BMDHS'nin 95. maddesi gereği, 32. maddedeki bu istisnaların açık deniz ve münhasır ekonomik bölgeye uygulanamayacağını belirtmektedir. OXMAN, s. 816.

[164] Aynı yönde bkz. OXMAN, s. 815; KRASKA, s. 250.

[165] Meşru müdafaa ve şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KESKİN, s. 43; BOZKURT, Uluslararası Hukukta Kuvvet, s. 55.

BMDHS hükümlerinden bağışık bulunması (BMDHS m. 236) nedeniyle kıyı devletlerine, münhasır ekonomik bölgesindeki askerî faaliyetler üzerinde kuvvet kullanma yetkisi bahşetmemektedir.

3- Deniz Çevresinin Korunması

Uluslararası düzeyde deniz çevresinin korunmasının gerekliliğinin anlaşılmasının doğal bir sonucu olarak, ilk kez, BMDHS'nin XII. Bölümünde (m. 192-237)[166] deniz çevresinin korunması ve muhafazasına yönelik geniş kapsamlı ve küresel ölçekte[167] düzenlemelere yer verilmiştir. Düzenlemeyle bütün devletlerin; deniz çevresini koruma ve muhafazayla yükümlülüğü olduğu açık şekilde vurgulanırken (BMDHS'nin m. 192), deniz çevresinin kirlenmesini önlemek, azaltmak ve kontrol altına almak konusunda tek taraflı ya da ortaklaşa tedbirler alma yetkisi olduğu hükme bağlanmıştır (BMDHS'nin m.194).

Geniş kapsamlı bu düzenlemelerine rağmen, BMDHS'nin 236. maddesinde, savaş gemi[168] ve uçakları, kural olarak, deniz çevresinin korunması ve muhafazasına ilişkin hükümlerden bağışık tutulmuştur[169]. Bununla birlikte maddenin ikinci cümlesinde devletlerin, gemi ve uçakların hareketlerine etki etmeyecek şekilde, mümkün olduğu ölçüde, BMDHS hükümlerine uygun hareket etmelerini sağlayacak tedbirler almakla yükümlü oldukları hükme bağlanmaktadır. Bu anlamda savaş gemi ve uçaklarının, deniz çevresinin korunması ve muhafazasına yönelik hükümlerden tamamıyla bağışık tutulmadığı sadece hükümlerin yumuşatıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

---

[166] BMDHS'nin XII. Bölümüne ek olarak ayrıca BMDHS'nin 19(2)(h), 21(2), 23(29(b), 42(1)(b), 43(b), 56, 79(2), 94(3), 123, 2408d), 266(2), 277(c), 290, 297(1)(c) maddelerinde de deniz çevresinin korunmasına yönelik hükümler bulunmaktadır.

[167] ANLAR GÜNEŞ, s. 3.

[168] BMDHS'nin 236. maddesinde savaş gemilerine ek olarak yardımcı savaş gemileri, ticari olmayan devlet gemileri de sayılmaktadır.

[169] Oxman, böyle bir yöntemin tercih edilmesinin farklı nedenleri olmakla birlikte, genel nitelikli deniz kirliliğine yönelik hükümlerin, özel dizayn ve görevi olan savaş gemilerine uygulanmasının yakışık almayacağını düşünmektedir. OXMAN, s. 820. Gerçekte de okyanuslarda ticaret gemilerine oranla çok daha az sayıda savaş gemisinin seyrüsefer yapması, en büyük savaş gemilerinin bile dev tanker ve ticaret gemileri yanında çok küçük kalması ve savaş gemilerinin tehlikeli kargo taşımaması nedeniyle ticaret gemilerine oranla deniz kirliliğinde önemli bir kaynak olmayan (MORGAN s. 438) ve mutlak yargı bağışıklığa sahip savaş gemilerinin kapsam dışında tutulması isabetli olmuştur.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında; BMDHS'nin 236. maddesi kapsamında, münhasır ekonomik bölgede faaliyette bulunan yabancı savaş gemi ve uçakları ile yardımcı savaş gemileri üzerinde kıyı devletinin, kural olarak, deniz çevresini koruma ve muhafazasına ilişkin herhangi bir yetkisinin olmadığı kabul edilmelidir. Madde metninde sadece gemi ve uçaklardan bahsedildiğinden, gemi olarak değerlendirilmeyecek tesis, yapı ve diğer nesneler ise bu bağışıklığın dışında kalmalıdır.

4- Seyrüsefer ve Uçma Serbestliğine Müdahale Etmeme

EEZ Esasları'nın VI(a) maddesinde, diğer bir devletin münhasır ekonomik bölgesinde askerî faaliyette bulunan devletlerin; kıyı devletinin iletişim, bilgisayar ve diğer elektronik sistemlerine müdahale edecek davranışlar ile savunma veya güvenliğini olumsuz etkileyecek yayınlardan uzak durmaları gerektiği belirtilmektedir[170]. Yukarıda vurgulandığı gibi EEZ Esasları bağlayıcı bir düzenleme olmamakla birlikte, bu özel yükümlülüğün, devletlerin, kıyı devletinin haklarını gözetmekle yükümlü olmalarının doğal bir sonucu olduğu kabul edilmelidir.

B) UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

BM Antlaşması'nın 2(3) maddesinde devletlerin, aralarındaki uyuşmazlıkları, uluslararası barışı, güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde barışçıl yollarla çözmekle yükümlü oldukları hükme bağlanmaktadır. BMDHS'nin "uyuşmazlıkların çözümü" başlıklı XV. bölümünde de BMDHS'nin yorumu veya uygulanması konusunda çıkan uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne ilişkin genel ilkelere yer verilmiştir. Bu anlamda diğer uyuşmazlıklar gibi askerî faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da kural olarak BMDHS'nin XV. bölümün 2 ve 3. kesim hükümlerine (m. 286-299) göre çözümlenmesi gerekmektedir (BMDHS m. 279)[171].

Askerî faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, kural olarak, uluslararası hukukta öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi şartıyla,

[170] Aynı şekilde kıyı devleti de seyrüsefer ve uçma serbestliğinden yararlanan gemi ve uçakların iletişim, bilgisayar ve diğer elektronik sistemlerine müdahale etmemekle yükümlü bulunmaktadır.

[171] Çalışmanın bu bölümünde anlatılan ve BMDHS'de düzenlenen çözüm yöntemleri sadece BMDHS'ye taraf olan devletler bakımından bağlayıcı olup, Türkiye gibi taraf olmayan devletler hakkında ise ancak kendileri istediği takdirde uygulanmaktadır (BMDHS m. 291).

devletlerin önceden yaptığı yazılı bildirimde[172] seçtiği çözüm yollarında birinde çözüme kavuşturmaktadır[173]. Bununla birlikte BMDHS'nin 298(1)(b) maddesinde askerî faaliyetlere ilişkin uyuşmazlıkların zorunlu çözüm yolu dışında bırakılması imkanı getirilmiştir. Buna göre devletler; Sözleşmeyi imzalarken, onaylarken, katılırken ya da sonraki herhangi bir zaman diliminde, askerî faaliyetlere ilişkin uyuşmazlıkları zorunlu çözüm yolu dışında bıraktığını açıklaması durumunda uyuşmazlık, BMDHS'nin Ek V'inde düzenlenen "uzlaştırma usulüne" göre çözümlenmektedir.

SONUÇ

Denizlerin askerî amaçlar için kullanılmasının öneminin bilinmesine rağmen BMDHS'de, münhasır ekonomik bölgede yürütülecek askerî faaliyetlerin hukukî statüsü açık bir çözüme kavuşturulmamıştır. İlgili uluslararası örf ve adet hukuku ile BMDHS kuralları bir bütün olarak değerlendirildiğinde ise münhasır ekonomik bölgede yabancı askerî faaliyetlerin yasaklanmadığı açık şekilde görülmektedir. Bu itibarla bütün devletlerin; başta seyrüsefer ve uçma serbestliği olmak üzere, kıyı devletinin bu denizdeki hak ve yetkilerini ihlal etmemek ve BMDHS'nin 58 ve 301. maddelerinden anlaşılan genel sınırlamalara uygun olmak şartıyla, eğitim amaçlı tatbikat icra etme, keşif ve stratejik bilgi toplama, hidrografik veya bilimsel araştırma yapma ya da yeni silah sistemleri deneme gibi farklı amaçlar için askerî faaliyet yürütüme hakkı bulunmaktadır.

Uluslararası uygulamada da devletlerin münhasır ekonomik bölgedeki yabancı savaş gemi ve uçaklarının seyrüsefer ve uçma faaliyetlerine çok fazla itiraz etmemekle birlikte bazı devletlerin özellikle tatbikat, askerî keşif, bilgi toplama, hidrografik ölçüm ve bilimsel araştırma faaliyetlerine kısıtlamalar getirdiği hatta Brezilya ve Uruguay gibi BMDHS'ye taraf devletlerin, Sözleşme ile çatışan bazı hükümleri ulusal düzenlemelerine derç etmekten çekinmedikleri görülmektedir. Devletlerin, uluslararası hukuka aykırı bu tutumlarının, yeni çatışma alanları doğurması yanında, mevcut çatışmaları

[172] BMDHS'ye taraf her devlet, Sözleşmeyi imzalarken, onaylarken veya katılırken ya da sonraki herhangi bir zamanda BMDHS'nin yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümü için; (i) Ek VI gereğince oluşturulan Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi (*International Tribunal for the Law of the Sea* – ITLOS), (ii) Uluslararası Adalet Divanı, (ii) Ek VII'e uygun olarak tesis edilen bir hakem mahkemesi, (iv) Ek VIII gereğince oluşturulan özel hakem mahkemesi usullerinden biri veya bir kaçını seçtiğine dair yazılı bildirimde bulunmak zorundadır [BMDHS m. 287(1)].

[173] Taraf devletin bu tür bir bildirimde bulunmaması durumunda Ek VII'e uygun olarak tesis edilen hakem mahkemesini seçtiği kabul edilmektedir [BMDHS m. 287(3)].

derinleştireceği tartışmadan uzaktır. Bu itibarla, devletlerin konuyla ilgili uluslararası hukuk kurallarına aynı anlamı yüklemeleri ve yorumlamaları büyük önem taşımaktadır.

Askerî faaliyetlerin hukukî statüsü bağlamında uluslararası alanda yaşanan ve bundan sonra yaşanabilecek muhtemel uyuşmazlık konularının başında; keşif ve istihbarat faaliyetleri, silah denemeleri, askerî tesis, teçhizat ya da silah sistemlerinin montesi ve askerî amaçlı bilimsel araştırma faaliyetleri gelmektedir. Devletlerin konuyla ilgili tutum ve uygulamalarının farklı olması ciddi bunalımların yaşanmasını körükleyecek niteliktedir. Bu tür yeni çatışma alanlarının önlenmesi amacıyla, başta Akdeniz ve Basra Körfezi olmak üzere sıcak çatışmaların yaşanma riski yüksek alanlar için Asya-Pasifik Bölgesi EEZ Esasları'na benzer uluslararası metinler hazırlanmalıdır. Bu tür metinlerin hazırlanması, hem konuyla ilgili uluslararası hukuk kurallarına aynı anlamın yüklenmesinde (dolayısıyla doğru şekilde yorumlanmasında) hem de muhtemel çatışmaların en aza indirilmesinde anahtar rol oynayacaktır. Ayrıca BM nezdinde üst düzey temsilci ve deniz hukuku uzmanlarından oluşan daimi bir istişare kurulunun oluşturulması, soruna küresel ölçekli çözüm bulunmasına önemli katkı sağlayacaktır.

Münhasır ekonomik bölge uygulamalarının, üç tarafı denizlerle çevrili Türkiye'yi de etkilemesi kaçınılmazdır. Zira BMDHS'ye taraf olmamasına rağmen, uluslararası örf ve adet hukukuna dayanarak Karadeniz'deki münhasır ekonomik bölge ilân ederek Türkiye, dolaylı olarak, BMDHS'nin münhasır ekonomik bölgeye ilişkin hükümlerinin, uluslararası örf ve adet hukuku niteliği kazanması durumunda, kendisi için de bağlayıcı olacağını kabul etmiştir.

Günümüzde Ege ve Akdeniz'de böyle bir ilanda bulunmamasına ve Doğu Akdeniz'de uluslararası hukuka aykırı şekilde yapılan tek taraflı münhasır ekonomik ilanları kendisi için yok hükmünde olsa da bu tür girişimlerin, bir şekilde, Türk donanmasının faaliyetlerini etkileyeceği bir gerçektir. Bu nedenle Türkiye; münhasır ekonomik bölgede yürütülen askerî faaliyetlerle ilgili resmî görüşünü her platformda açıklamaya ve bu konudaki tavrını net bir şekilde ortaya koymaya devam etmelidir. Ayrıca, uluslararası atmosfer müsait olduğunda, Karadeniz gibi Doğu Akdeniz ve Ege Denizi'nin de bir dostluk ve barış denizi olmasına yönelik uluslararası girişimlere hız vermelidir.

KAYNAKLAR

KİTAP VE MAKALELER

A Report of the Tokyo Meeting, The Regime of the Exclusive Economic Zone: Issues and Responses, East-West Center Yayını, Honolulu 2003.

A Summary of the Bali Dialogue, *Military and Intelligence Gathering Activities in the Exclusive Economic Zones: Consensus and Disagreement*, East-West Center Yayını, Honolulu 2002.

AKİPEK, Ömer İlhan, *Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler*, Ankara 1966.

ANLAR GÜNEŞ, Şule, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, Sa. 2, s. 1-37.

ATTARD, David J., *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford 1987.

BATEMAN, Sam, Prospective Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone, (http://www.austlii.edu.au/au/journals/MarStudies/2005/25.html, erişim 25 Haziran 2012).

BATEMAN, Sam, Hydrographic Surveying in the EEZ: Differences and Overlaps with Marine Scientific Research, Marine Policy, 2005, C. XXIX, s. 163-174.

BOCZEK, Boleslaw Adam, Peacetime Military Activities in the Exclusive Economic Zone of Third Countries, *Ocean Development and International Law*, C. 19, Sa. 6, s. 445-468.

BOOTH, Ken, *Law, Force and Diplomacy at Sea*, London 1985.

BOZKURT, Enver, Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, C. 2, Sa. 5, s. 50-74.

BOZKURT, Enver, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı*, b. 3, Ankara 2007.

BROWN, Edward Duncan, *The Internationla law of the Sea, Volume I*

Introductory Manual, Aldershot 1994.

DE MURALT, R.W.G., The Military Aspects of the UN Law Of the Sea Convention, *Netherlands International Law Review*, C. 32, s. 78-99.

DIMITROV, Georgy, Possible New Restrictions on the Use of Naval Mines, GOLDBLAT, Jozef (ed.), *Maritime Security: The Building of Confidence* içinde, New York 1992, s. 79-90.

DOĞRU, Sami, *Uluslararası Hukukta Kıt'a Sahanlığı ve Ege Denizi Kıt'a Sahanlığı Uyuşmazlığı*, Ankara 2003.

DUPUY, Rene-Jean, The Sea under National Competence, DUPUY, R. J. – VIGNES, D. (ed.), *A Handbook on the Law of the Sea* içinde, C. I, Dordrecht 1991, s. 247-314.

FEDHILA, Habib, Naval Manoeuvres and the Security of Coastal States, GOLDBLAT, Jozef (ed.), *Maritime Security: The Building of Confidence* içinde, New York 1992, s. 119-128.

FRANCIONI, Francesco, Peacetime Use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea, *Cornell International Law Journal*, C. 18, Sa. 1, s. 203-226.

GALDORISI, George V. – KAUFMAN, Alan G., Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflict, *California Western International Law Journal*, C. 32, Sa. 2, s. 253-301.

GENG, Jing, The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone under UNCLOS, *Utrecht Journal of International and European Law*, C. 28, Sa. 74, s. 22-30

GUIFANG, Xue, Marine Scientific Research and Hydrographic Survey in the EEZs: Closing up the Legal Loopholes?, NORDQUIST, M. H. – KOH, T. B. – MOORE, J. N. (ed.), *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention* içinde, Leiden 2009, s. 209-225.

GUIFANG, Xue, Guifang, Surveys and Research Activities in the EEZ, DUTTON, Peter (ed.), *Military Activities in the EEZ* içinde, Rhode Island 2010, s. 89-105.

GUOXING, Ji, The Legality of the "Impeccable Incident", *China Security*, C. 5, Sa. 2, s. 16-21. (http://www.chinasecurity.us/pdfs/jiguoxing.pdf, erişim 20 Temmuz 2012).

GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararlar*, B. 5, İstanbul 2003.

HAYASHI, Moritaka, Military and Intelligence Gathering Activities in the EEZ: Definition of Key Terms, *Marine Policy*, C. 29, Sa. 2, s. 123-137.

KESKİN, Funda, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Ankara 1998.

KEYUAN, Zou, Law of the Sea Issues Between the United States and East Asian States, *Ocean Development and International Law*, C. 39, Sa. 1, s. 69-93.

KRASKA, James, *Maritime Power and the Law of the Sea*, Oxford 2011.

KURAN, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, b. 2, İstanbul 2007.

KWIATKOWSKA, Barbara, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Dordrecht 1989.

LARSON, David L., *Security Issues and the Law of the Sea*, London 1993.

LOWE, Alan V, Some Legal Problems Arising from the Use of the Seas for Military Purposes, *Marine Policy*, C. 12, Sa. 3, s. 286-296.

LOWE, Alan V, The Laws of War at Sea and the 1958 and 1982 Conventions, *Marine Policy*, C. 10, Sa. 3, s. 171-184.

LÜTEM, İlhan, *Deniz Hukukunda Gelişmeler, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı*, Ankara 1959.

MANDSAGER, Dennis, U.S. Free Navigation Program: Policy, procedure and Future", SCHMITT, Michael N. (ed), *The Law of Military Operations* içinde, Newport 1998, s. 113-127.

MORGAN, Joseph R., Navies, Ocean Resources, and the Marine Enviroment, VAN DYKE, Jon M. – ZAELKE, Durwood, - HEWISON, Grant (ed.), *Freedom fo the Seas in the 21st Century* içinde, Washington 1993, s. 435-444.

NANDAN, Satya N. – ROSENNE, Shabtai, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 A Commentary, C. II*, Dordrecht 1993.

ODA, Shigeru, Fisheries under the United Nations Convention on the Law of the Sea, *American Journal of International Law*, C. 77, Sa. 4, s. 739-755 (KWIATKOWSKA, s. 231'den naklen).

OXMAN, Bernard H., The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea, *Virginia Journal of International Law*, C. 24, Sa. 4, s. 809-863.

ÖZMAN, M. Aydoğan, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul 1984.

ÖZMAN, M. Aydoğan, *Deniz Hukuku*, C. I, Ankara 2006.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, C. II, b. 6, Ankara 1999.

PEDROZO, Raul Pete, Preserving National Rights and Freedoms: The Right to Conduct Military Activities in China's Exclusive Economic Zone, *Chinese Journal of International Law*, C. 9, Sa. 2, s. 9-29. (http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/9/1/9.full.pdf+html, erişim 20 Haziran 2012).

PEDROZO, Raul Pete, Coastal State Jurisdiction over Marine Data Collection in the Exclusive Economic Zone, US Views, DUTTON, Peter (ed.), *Military Activities in the EEZ* içinde, Rhode Island 2010, s. 23-36.

PEDROZO, Raul Pete, Close Encounters at Sea, *Naval War Collage Review*, C. 62, Sa. 3, s. 101-111.

PINTO, Christopher, Maritime Security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, GOLDBLAT, Jozef (ed.), *Maritime Security: The Building of Confidence* içinde, New York 1992, s. 9-54.

PIRTLE, Charles E., Military Uses of Oceans Space and the Law of the Sea in the New Millennium, *Ocean Development and International Law*, C. 31, Sa. 1, s. 7-45.

ROACH, J. Ashley – SMITH, Robert W., *International Law Studies 1994, Excessive Maritime Claims, V. 66*, Rhode Island 1994.

ROACH, J. Ashley, Marine Scientific Research and the New Law of the Sea, *Ocean Development and International Law*, C. 27, Sa. 1, s. 59-69

SCOVAZZI, Tullio, Coastal State Practice in the Exclusive Economic Zone: The Right of Foreign States to Use This Zone, CLINGAN, Thomas A. (ed.), *The Law of the Sea: What Lies Ahead?* içinde, Miami 1986, s. 310-337.

SONG, Yann-Huei, China and the Military Use of the Ocean, *Ocean Development and International Law*, C. 20, Sa. 2, s. 213-235.

SOONS, Alfred H. A., *Marine Scientific Research and Law of the Sea*, London 1982.

STEPHENS, Dale G., The Impact of the 1982 Law of the Sea Convention on the Conduct of Peacetime Naval/military Operations, *California Western International Law Journal*, C. 29, s. 283- 311.

TOLUNER Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, b. 4, İstanbul 1989.

TOPSOY, Fevzi, *Denize İlişkin Bilimsel Araştırmalar (MSR) ve Türkiye*, Ankara 2011.

TOPSOY, Fevzi, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Kapsamında "Barışçıl Amaçlar" Teriminin Anlamı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, Sa. 1, s. 383-414.

TREVES, Tullio, Military Installations, Structures, and Devices on the Seabed, *American Journal of International Law*, C. 74, Sa. 4, s. 808- 857.

WALKER, George K., Defining Terms in the 1982 Law Of The Sea Convention IV: The Last Round of Definitions Proposed by the International Law Association (American Branch) Law of the Sea Committee, *California Western International Law Journal*, C. 36, Sa.1, s. 133-183.

WANG, James C. F., *Handbook on Ocean Politics and Law*, London 1992.

WEGELEIN, Florian. H., *Marine Scientific Research*, Boston 2005.

WILLIAMS, Andrew S., Aerial Reconnaissance by Military Aircraft in the Exclusive Economic Zone, DUTTON, Peter (ed.), *Military Activities in*

the EEZ içinde, Rhode Island 2010, s. 49-74.

WILSON, Brian, An Avoidable maritime Conflict: Disputes Regarding Military Activities in the Exclusive Economic Zone, *Journal of Maritime and Commerce*, C. 41, Sa. 3, s. 421-437.

WILSON, Brian – KRASKA, James, American Security and Law of the Sea, *Ocean Development and International Law*, C. 40, Sa. 3, s. 268-290.

VALENCIA, Mark J., Introduction: Military and Intelligence Gathering Activities in the Exclusive Economic Zones: Consensus and Disagreement II, *Marine Policy*, C. 29, Sa. 1, s. 97-99.

VALENCIA, Mark, The Impeccable Incident: Truth and Consequences, *China Security*, C. 5, Sa. 2, s. 22-28.

VAN DYKE, Jon M., Military Ships and Planes Operating in the Exclusive Economic Zone of Another Country, *Marine Policy*, C. 28, Sa. 1, s. 29-39.

VICUNA, Francisco O., *The Exclusive Economic Zone, Regime and Legal Nature under International Law*, Cambridge 1989.

VUKAS, Budislav, Military Uses of the Sea and the United Nations Law of the Sea Convention, Caminos, Hugo (ed). *Law of the Sea* içinde, Aldershot 2001, s. 453-479.

VUKAS, Budialav, Peaceful Uses of the Sea, Denuclearization and Disarmament, DUPUY, R. J. – VIGNES, D. (ed.), *A Handbook on the Law of the Sea* içinde, C. I, Dordrecht 1991, s. 1233-1320.

YILMAZARSLAN, Murat, Kuvvet Kullanma: Nato'nun Uluslararası Güvenlikte Artan Rolü, *AÜ Sosyal Bilinler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara 2008.

ZEDALIS, Rex. J., Foreign State Military Use of Another State's Continental Shelf and International Law of the Sea, *Rutgers Law Journal*, C. 16, Sa. 1, s. 1-113.

ZEDALIS, Rex J., Peaceful Purposes and Other Relevant Provisions of the Revised Composite Negotiating Text: A Comparative Analysis of the Existing and the Proposed Military Regime for the High Seas, *Syracuse*

Journal of International Law and Commerce, C. 7, Sa.1, s. 1-35.

ZHANG, Haiwen, Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States?, *Chinese Journal of International Law*, C. 9, Sa. 2, s. 31-47. (http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/9/1/31.full.pdf+html, erişim 20 Haziran 2012).

ZHIRONG, Yu, Jurisprudential Analysis of the US Navy's Military Surveys in the Exclusive Economic Zones of Coastal Countries, DUTTON, Peter (ed.), *Military Activities in the EEZ* içinde, Rhode Island 2010, s. 37-48.

RESMÎ KAYNAKLAR

"Act 17.033 of 20 November 1998 establishing the boundaries of the territorial sea, the adjacent zone, the exclusive economic zone, and the continental shelf", (http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/URY_1998_Act.pdf , erişim 25 Haziran 2012).

"Convention on the Continental Shelf", (http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_continental_shelf.pdf, erişim 27 Haziran 2012).

"Declarations or Statements upon UNCLOS Ratification", (http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Bangladesh%20Upon%20ratification, erişim 06 Haziran 2012).

"Exclusive Economic Zone And Continental Shelf Act", (http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/chn_1998_eez_act.pdf, erişim 20 Temmuz 2012).

"Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone**"** **(**http://www.sof.or.jp/en/report/pdf/200509_20051205_e.pdf, erişim 21 Haziran 2012)

"Law No. 8.617 of 4 January 1993, on the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf", (http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/BRA_1993_8617.pdf, erişim 25 Haziran 2012).

"Multilateral Arms Regulation and Disarmament Agreements" (http://unhq-

appspub-01.un.org/UNODA/Treatystatus.nsf, erişim 8 Haziran 2012).

"Status of the United Nations Convention on the Law of the Sea", (http://www.un.org/Depts/los/reference_files/status2010.pdf, erişim 25 Haziran 2012).

Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records II, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1975.

Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records III, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1975.

Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records IV, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1975.

Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records V, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1976.

Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records VIII, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1978.

Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records XV, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1982.

"United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982", (http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm, erişim 27 Haziran 2012).

BOŞ

TÜRK GERİ VERME HUKUKUNDA TERMİNOLOJİ BİRLİĞİ İHTİYACI VE BU AÇIDAN TÜRKİYE-TUNUS SÖZLEŞMESİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ahmet ULUTAŞ*

ÖZET

Türk hukukunda geri verme konusu anayasal düzeyde Anayasanın 38'inci maddesinde düzenlenirken, kanuni düzeyde ise konu, 5237 sayılı TCK'nın 18'inci maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, bu alanda çeşitli ikili sözleşmeler imzalanmış ve Türkiye bu konuda hüküm ihtiva eden çok taraflı sözleşmelere de taraf olmuştur. Türkiye'nin taraf olduğu gerek ikili ve gerekse çok taraflı sözleşmelere bakıldığında, geri verme konusunda bir terminoloji birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca, genel olarak kanunlarımızda da terim birliği bulunmamakta ve bu durum hukukun her alanında kendini göstermektedir. Bu konuda verilebilecek en çarpıcı örnek çalışmamızda inceleme konusu yapılan Türkiye-Tunus Sözleşmesidir. Öte yandan, çalışmamızda sergilenen bu eksiklikler Türkiye'nin bu alanda politika geliştirmesine de esas olacak müstakil bir geri verme kanununa olan ihtiyacı bir kez daha ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Suçluların Geri Verilmesi, Müstakil Geri Verme Kanunu, Terminoloji, Sözleşme.*

THE NECESSITY OF TERMINOLOGIC UNITY IN TURKISH EXTRADITION LAW AND THE EVALUATION OF TURKEY-TUNISIA AGREEMENT IN THIS RESPECT

ABSTRACT

In Turkish law, extradition matter is regulated in Article 38 of Constitution at the Constitutional level and also regulated in Article 18 of 5237 numbered Turkish Penal Code at the legal level. Furthermore, Turkey has signed both bilateral and multilateral conventions and agreements in this field. Those bilateral and multilateral agreements have not unity on the extradition terminology. Furthermore, there is no terminologic unity in our laws and this situation shows itself in every area of law. In this concept, most remarkable example is Turkey-Tunisia Agreement which has been examined in this essay. These defects shows that Turkey in need of a Special Law on Extradition which creates a basement for institute a policy on extradition matters.

Key Words: *Extradition, Special Law on Extradition, Terminology, Agreement.*

* Hukuk Müşaviri; Başbakanlık Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı

GİRİŞ

Değişen dünya şartları ve giderek artan küreselleşme, pek çok sosyal olayda ve durumda uluslararası işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Çevre kirliliğinden uyuşturucuyla mücadeleye, organize suçluluktan karapara aklamaya kadar birçok alanda, devletlerin tek başlarına alacakları önlemler, sorunları çözmeye yetmemektedir. Mesafelerin giderek kapandığı, iletişim ve ulaşım imkanlarının katlanarak arttığı günümüzde, diğer sorunların çözümünde olduğu gibi, suç ve suçlulukla mücadelede de uluslararası işbirliğine daha çok ihtiyaç duyulmaktadır [1].

Bir devlet ülkesinde suç işleyen kişi, hakkında soruşturma açılmadan veya açılmış olan soruşturma tamamlanmadan ya da mahkum edildikten sonra, ülke dışına kaçmış olabilir. İşte suç işledikten sonra başka bir ülkeye kaçan suçlunun, hakkında soruşturma veya kovuşturma yapan devlete teslimi, suçluların geri verilmesiyle mümkün olmaktadır [2]. Suçlular başka bir devlete kaçarak, yaptırımdan kurtulmaya çalışmaktadırlar [3]. Zamanla sanayi ve teknolojide yaşanan gelişmeler, ulaşım imkanlarının ve insan hareketliliğinin artması, devletlerin bu alanda işbirliği yapmasını zorunlu kılmış, bu alanda gelişen işbirliği kapsamında suçluların geri verilmesi müessesesi doğmuştur [4].

Öte yandan, genel olarak adli alanda uluslararası işbirliği, iç hukuk yargı organları ve kanun uygulayıcıları için vazgeçilmez bir enstrüman haline gelmiştir. Suçlunun suç işlediği ve kamu düzenini ihlal ettiği yere getirilerek yargılama sürecinin tamamlanması veya hakkında verilmiş cezanın infazının temini için geri getirilmesi, adli yardımlaşma çerçevesinde giderek önem kazanmakta, uluslararası toplumu daha fazla meşgul etmektedir [5].

---

[1] YENİSEY, Yurtdışında İşlenen Suçlar, s. 22.

[2] Medeni dünyanın karşı karşıya olduğu yaygın suç olgusu ile mücadelede, elindeki araçların konumu ve gücü hakkında bilgi vermesi açısından eski ABD Adalet Bakanı Benjamin R.Civiletti tarafından Senatör Edward Kennedy'e yazdığı mektup dikkat çekicidir. Söz konusu mektupta; "*Mevcut geri verme kanunları, ticari jetlerle havayolu ulaşımı ve yüksek hızlı iletişim dünyasına değil, atların, faytonların ve buharlı gemilerin dünyasına aittir*" ifadesi yer almıştır. Bkz. GILBERT, s. 1.

[3] GÜLER, s. 55.

[4] Geri verme, cezai sorumluluktan bağışık olmanın bir antitezini oluşturmaktadır. Ayrıca geri verme, devletlerin ulusal ve uluslararası karakterdeki suç ve suçlulukla mücadeledeki "*dış politikasını*" da temsil etmektedir. Bkz. YILMAZ, s. 8.

[5] Geri verme, uluslararası adli yardımlaşma kapsamında başvurulan geniş ve etkili bir yöntemdir. Bir devlette suç işledikten sonra başka bir devlete geçen suçlu, dayanışma ilkesi dairesinde, suçu işlediği yer devletinin talebi üzerine bu devlete verilir. Uluslar topluluğunu

Uluslararası alanda suç ve suçlularla mücadelede ihtiyaç duyulan işbirliği ise, kural olarak anlaşmalarla gerçekleşmektedir.

Türkiye, suçluların geri verilmesiyle ilgili çok sayıda ikili ve çok taraflı anlaşmaya taraf olmuştur. Buna karşılık, Türkiye'de iç hukukumuzun yanı sıra, imzalanan ikili veya çok taraflı anlaşmaların Türkçe nüshalarında da suçluların geri verilmesi konusunda ihtiyaç duyulan kavram birliğinin bulunduğunu söylemek güçtür. Türkiye'nin taraf olduğu ve bu alanda hüküm ihtiva eden ikili ve çok taraflı anlaşmalara bakıldığında, anlaşmaların bazılarında "*iade*" terimi kullanılırken, bazılarında ise "*geri verme*" teriminin kullanıldığı, hatta aynı anlaşmanın içinde dahi bu konuda bir terim birliğinin bulunmadığı ve bu alanda hukukumuzda tam bir kavram karmaşası yaşandığı görülmektedir.

Diğer taraftan, Türk hukukunda suçluların geri verilmesi konusu anayasal düzeyde, Anayasanın 38'inci maddesinde düzenlenmiştir. Esasen konuyla ilgili ilk kanuni düzenleme, 1 Mart 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı TCK'dır. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 18'inci maddesinde ise bu konuda eskiye nazaran daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir [6].

Bu çalışmada, öncelikle genel olarak Türk hukukunda kanuni düzenlemelerde kullanılan dil konusu ele alınacak ve bu konuda yaşanan sorunlara dikkat çekilecektir. Buradan hareketle dil konusunda yaşanan sorunlar ve karşılaşılan terminolojik tutarsızlıkların suçluların geri verilmesi alanındaki yansımasına değinilecek ve bu açıklamalardan sonra bu konuda en somut örneklerden birini teşkil eden Türkiye-Tunus Sözleşmesi gerek dil ve gerekse getirdiği hükümler bakımından ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulacaktır. Bu noktada yeri geldikçe, diğer ikili veya çok taraflı sözleşmelere de değinilecektir. Bunun yanı sıra, mukayeseli hukukta konunun düzenleniş tarzı da örneklerle açıklanacaktır. Sonuç olarak bu çalışmada, yaşanan bu sorunlara ilişkin olarak müstakil bir geri verme kanunu ile çözüm getirilebileceği önerisi dile getirilecektir.

---

tehlikeli kimselere karşı koruma fikri, devletler arasında işbirliğini ve dayanışmayı gerekli kılmaktadır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 90.

[6] 5237 sayılı TCK'nın kabul tarihi 26/9/2004, Resmi Gazete'de yayım tarihi 12/10/2004 olup Kanunun 1/4/2005 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmekte iken, 31/3/2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanun ile yürürlük tarihi 1/6/2005 tarihine ertelenmiş ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

I. Genel Olarak Hukuk Dilinde Tutarlılık ve Terminolojide Özen Yükümlülüğü

Yaşadığımız evrende herhangi bir konuda kelime ve kavramlar üzerinden elde ettiğimiz bilgilerimiz türlü türlüdür. Bu bilgilerin doğruluk ve kesinlik dereceleri de birbirlerinden farklıdır. İnsanoğlu esas itibarıyla her türlü bilgiye muhtaç olmakla beraber, onu asıl ilgilendiren doğal ve toplumsal çevreye egemen olabilmesi için gerekli olan güvenilir bilgiye, bilimsel bilgiye sahip olmaktır. Herhangi bir konuda tam ve soyut bilgiye sahip olabilmemiz için, her şeyden evvel düzensiz ve dağınık bir halde bulunan bilgilerin düzenli bir hale konulması gerekmektedir. İşte bu sebeple bilim kısaca "*sistematik hale getirilmiş güvenilir bilgi*" şeklinde tanımlanmaktadır [7]. Bilimin taşıdığı özellikler çeşitli şekillerde tasnife tabi tutulabilir ve sınıflandırılmış olarak uzun uzadıya anlatılabilirse de burada konumuza ilişkin olan -ve belki de en önemlilerinden birisi olan- özelliğine yer vermek gerektiği düşüncesindeyiz. Buna göre, öncelikle bilimin konusunu oluşturan olay-olgu türleri biçimsel bir dille ifade edilmelidir. Diğer taraftan, her bilimin kavram ve terimlerinden oluşan kendine özgü ifade biçimine ise "*terminoloji*" ismi verilmektedir. Ayrıca, bilimin kendine has dili niteleyici, mantıki ve uyarıcıdır. Bu sebeple bilimsel önermeler, duygusal ve estetik ifade biçimlerinden, ifade edenin veya başkalarının değer yargılarından kesin biçimde ayrılırlar. Sağlam ve uyumlu bir terminoloji, bilim insanlarının çabalarını birleştirme ve kendi aralarında rahatlıkla anlaşma imkanı verir [8].

Öte yandan, insanoğlunun en önemli yetilerinden birisi olan ve onu diğer canlılardan ayıran düşünme faaliyeti bir beyin etkinliğidir. Bu etkinlik ise ancak kelimelerin kullanımıyla mümkün olmaktadır. İnsan, dış ve iç dünyasındaki somut ve soyut varlıkları, nesneleri kelimelere döktükten sonra düşünmeye başlar, onlarla ilişki kurar. Dünyayı anlamanın anahtarı dildir [9]. Başka bir deyişle dil düşüncenin evidir (Heidegger) [10]. Selçuk dil üzerine yaptığı açıklamalarında yeni kelime üretimiyle ilgili olarak "*Dilin kendi toprağındaki sözcüklerin yapısına göre sözcükler üretmez ve tüketmezseniz, anadilin yapısını ve düşüncenin yatağını değiştirmek zorunda kalırsınız. Kelimeleri elbette insanlar üretir. Bir hukuk veya felsefe kelimesini iyice algılamadan üretmeye kalkarsanız, yanlış görüşler üretir, felsefenin, hukukun özünü kirletirsiniz.*

[7] GÜRKAN, s. 5.

[8] GÜRKAN, s. 6-7.

[9] SELÇUK, Dil, Hukuk ve Öneriler, s. 24.

[10] SELÇUK, Dil, Hukuk ve Öneriler, s. 25.

Sorunları çözecek yerde yeni sorunlar yaratırsınız. Bu tür sözcükler sahibinin kalıbına uymayan iğreti giysiler gibidir." görüşüne yer verir [11]. Buna karşılık, söz konusu dil bilinci ve tutarlılığının yalnızca günlük yaşamımızda değil, aynı zamanda kanunlarımızda da eksik ve yetersiz olduğu görülmektedir. Başka bir deyişle, kanunlarımızda tutarlılık ve kavram birliği bulunmamakta ve bu yalnızca ceza hukuku alanındaki düzenlemelerde değil hukukun her alanında kendini göstermektedir. Birbirlerinden farklı kanunlarda var olan bu tutarsızlık ve disiplinsizliğe ne yazık ki aynı kanunun içinde de rastlamak mümkündür. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nın 12/4'üncü maddesinde "Adalet Bakanının isteminden" bahsedilirken, aynı kanunun 13/3'üncü maddesinde "Adalet Bakanının talebinden" bahsedilmesi herhalde bu duruma verilecek en somut örnek olarak gösterilebilecektir. Bu konuda Selçuk tarafından, kanunlarımız kaleme alınırken -Almanların yaptıkları gibi- dil uzmanlarından [etkin bir şekilde] yararlanmamız gerektiği önerilmektedir [12]. Bu noktada İçel tarafından, ceza kanunları hazırlanırken uyulması gereken kurallardan bahisle yapılan değerlendirmede ise, diğer hususların yanı sıra özellikle; "*kanunun kullandığı sözcüklerin, terimlerin doğruluğu, cümlelerin gramer kurallarına uygunluğu çok önemlidir. Gerektiğinde ya da kuşku duyulduğunda, kelimelerin, terimlerin, cümlelerin doğruluğu kanun metnine bakılarak denetlenebilecektir*." görüşü dile getirilerek kanun yapımında kullanılan dile ve terminolojiye özen gösterilmesi gereğine dikkat çekilmiştir [13].

Diğer bir ifadeyle kanunlar herkes tarafından kolaylıkla anlaşılabilir bir dilde kaleme alınmalı, kanun teklif ve tasarılarının hazırlanmasında Anayasa dili kullanılmalı, sade, açık ve anlaşılır sözcükler tercih edilmelidir. Kanun tasarıları kaleme alınırken başta anayasa olmak üzere önceki kanunlardan yararlanılmalı, böylelikle dil ve terim birliği esaslarına sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır [14]. Çünkü Anayasa kuralları direktif verme gücüne sahip kurallardır. Anayasa, bütün bir devlet düzeninin hukuk fikrini simgeler. Anayasa, adeta bir projeksiyon makinesidir ve alt derece kuralları programlar. Öyleyse Anayasa-

[11] SELÇUK, Dil, Hukuk ve Öneriler, s. 26.

[12] SELÇUK, Dil, Hukuk ve Öneriler, s. 28, 30. Bu konuda yaşanan sıkıntılara çözüm önerisi olarak Şeref İBA tarafından, "*Süreçte yer alan tüm aktörler bakımından hukuken bağlayıcılığı tartışmasız bir kanun yapmak, kanun yapım tekniğine ilişkin terimler, kavramlar, ilkeler ve yasama dili bazında yaşanan karmaşayı ortadan kaldırmak bakımından daha etkili bir çözüm yolu olarak görünmektedir*." görüşü dile getirilmiştir. Bkz. İBA, Kanun Metninin Hazırlanması ve Cumhurbaşkanlığına Gönderme Süreci, in Kanun Yapım Süreci Sempozyumu, s. 183. Benzer eleştiri ve öneriler için bkz. YÜKSEL, s. 24; DAVER, s. 228.

[13] İÇEL, Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural, s. 13.

[14] EM, s. 31.

nın rehberliği her an esastır [15]. Bu düşüncenin pozitif hukukumuzda da karşılığı bulunmakta olup, konu Anayasanın 11'inci maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Anayasanın 11'inci maddesine göre;

"*XI. Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü*

Madde 11- *Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.".

Bize göre esasen Anayasanın belirtilen 11'inci maddesi başlığında zikredilen "*Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü*" ibaresi ve madde metninde yer alan "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*" ifadesi; anayasanın normlar hiyerarşisinde kanunlar karşısında üstün olduğuna ve kanunların diğer hususların yanı sıra, terminolojik açıdan da anayasaya uygun olması gereğine işaret etmektedir. Dolayısıyla, hükmün lafzı bu şekilde yorumlanmalı ve anlaşılmalıdır [16].

Son olarak kanunların yazımındaki kalite, hukuk devletinin kurucu unsurlarından kabul edilen hukuk güvenliğini de doğrudan ilgilendiren hususlardan biri olarak kabul edilmektedir. Bu noktada kanun metinlerinin karmaşa ve çelişkilerden arınmış bir şekilde hazırlanması önem taşımaktadır. Kanunların yurttaşların normun kapsamını ve eylemlerinin sonuçlarını takdir edebilmelerini sağlayacak kesinlikte, açıklıkta ve netlikte yazılması gerekmektedir. Öte yandan, bu konuya büyük önem atfeden Fransız Anayasa Konseyi ise, kanunların erişilebilirliğini ve anlaşılabilirliğini anayasal bir hedef olarak kabul etmiştir [17].

Diğer taraftan, aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, Türkiye'nin gerek iç hukukunda ve gerekse taraf olduğu ikili ve çok taraflı sözleşmelerin suçluların geri verilmesi alanındaki terminolojisinde görülen tutarsızlıklar ve bunların Türkçe nüshalarındaki dil özensizliği, dil konusunda hukukumuzda yaşanan sorunlara çarpıcı birer örnek teşkil etmektedir [18]. Buna karşılık, yabancı

[15] MEMİŞ, s. 69-70.

[16] Benzer düşünce Selçuk tarafından, 1739 sayılı Kanunun terminolojisinin 1961 Anayasasından farklı olduğu gerekçesiyle yaptığı eleştirisinde dile getirilmiştir. Bkz. SELÇUK, Önce Dil, s. 108.

[17] JCHEVALLIER, s. 101.

[18] Bu duruma Adalet Bakanlığı'nın konuya ilişkin 69/4 Nolu Genelgesinde de rastlanmakta

literatüre konumuz açısından bakıldığında, İngilizce'de geri verme ifadesinin karşılığı olan "*extradition*" teriminin oldukça uzun zamandır kanunlarda ve uygulamada tam bir birlik içinde yerleşik bir ifade olarak kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca, klasik anlamda suçluların geri verilmesinden söz edilirken, kanun uygulayıcılarınca bu terimden başka bir ifadeye yer verilmediğini, terim birliğine özen gösterilmesi konusundaki bu yaklaşımın, genel olarak doktrince de benimsenmiş olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz [19].

II. Geri Verme Kavramı ve İç Hukuktaki Düzenlemeler

A. Genel Olarak Suçluların Geri Verilmesi Kavramı

Geri verme [20]; "*Bir devlet ülkesinde bulunan kişinin, başka bir devlet ülkesinde işlemiş bulunduğu bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık olması halinde, hakkında soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılması amacıyla, hükümlü olması halinde ise, hakkında hükmolunan cezanın infazı amacıyla, yetkili diğer bir devlete, talebi üzerine teslim edilmesinden ibaret olan adli ve siyasi bir işlem*" şeklinde tanımlanabilir [21].

İşlemin temeli, hiç bir devlet toprağının suç işlemiş bir şahsa sığınak teşkil etmemesi ilkesine dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, geri vermenin hukuki temelinde, kamusal fayda ve adaletin tecellisi kaygısı yatmaktadır. Hukuki niteliği ise, cezai konularda uluslararası adli yardımlaşma işlemi olarak tezahür eder. Bugün için geri verme işlemini tamamen yargısal bir tasarruf olarak kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü geri verme henüz bir egemenlik tasarrufu olma niteliğini kaybetmiş değildir [22]. Buna karşılık, gittikçe yargısal bir tasarruf olma yolunda olduğu söylenebilir [23].

---

ve Genelgenin konu bölümünde "*Suçluların İadesi*" ibaresine yer verilmişken, aynı sayfada "*Suçluların Geri Verilmesi*" başlığı altında konuya ilişkin açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Bkz. Adalet Bakanlığının 16/11/2011 tarihli ve B.03.0. UİG.0.00.00.06/010.06.02/7-4 sayılı Genelgesi, s. 1.

[19] Örneğin, bkz. CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, s. 93.

[20] Doktrinde, suçluların geri verilmesi teriminin yerleşik bir kullanıma sahip olmasının, suçlunun suç işlediği yargı kararı ile kesin olarak saptanmış kişi olduğu, hâlbuki geri verme müessesesinin, yalnız suç işleyenleri değil, yargılanacak zanlıları veya sanıkları da kapsadığından hatalı olduğu belirtilerek, bu terim yerine genel anlamda "*devletlerarasında geri verme*" teriminin kullanılması önerilmiştir. Bkz. İÇEL/DONAY, s. 217.

[21] ÖZGENÇ, s. 799; İÇEL, Suçluların Geri Verilmesi, s. 693.

[22] ÖNDER, s. 248.

[23] İÇEL, Suçluların Geri Verilmesi, s. 694.

Suçluların geri verilmesinin tarihsel gelişimi genel olarak dört aşamada ele alınabilir. Bu aşamaların ilkinde, geri verme siyasi suçlular bakımından ve devletler arasında geçici bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. 19'uncu yüzyıl ile birlikte ortaya çıkan ikinci aşamada, devletler karşılıklı olarak, münferit olaylardan ayrı genel geri verme sözleşmeleri yapmaya başlamışlardır. Ulusal kanunlar aşaması olarak adlandırabileceğimiz üçüncü aşamada ise, devletler müstakil geri verme kanunları kabul etmişler ve bu kanunlarda geri vermeyle ilgili kuralları düzenlemişlerdir. Nihayet dördüncü aşamada, ortak, genel bir geri verme sözleşmesi meydana getirilmeye çalışılmış, birçok görüş ve projenin başarısız olmasından sonra, "*Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS)*" ile bu çalışmalar bölgesel düzeyde de olsa belirli ölçüde başarıya ulaşmıştır [24].

B. Anayasal Düzeyde Suçluların Geri Verilmesi

1961 Anayasasına[25] bakıldığında, suçluların geri verilmesi konusuna anayasal düzeyde yer verilmediği, ancak ceza sorumluluğunun ilke ve esaslarına ilişkin olarak sevk edilen 33'üncü madde hükmüyle konuya ilişkin anayasal ilkelerin ortaya konulduğu anlaşılmaktadır.

Buna karşılık, 1982 Anayasası ile suçluların geri verilmesi konusuna anayasal düzeyde yer verildiği görülmektedir [26]. Buna göre, konu Anayasanın 38'inci maddesinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümle getirilen;

---

[24] İÇEL, Suçluların Geri Verilmesi, s.698-699; ÖZGEN, s. 21. Sözleşmenin onaylanması 18/11/1959 tarihli ve 7376 sayılı kanunla uygun bulunmuş, 26/11/1959 tarihli ve 10365 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan metninde adı "*Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi*" şeklinde yer almıştır.

[25] *"c)Cezaların Kanuni ve Şahsi Olması; Zorlama Yasağı*
Madde 33- Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılamaz.
Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.
Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.
Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.
Ceza sorumluluğu şahsîdir.
Genel müsadere cezası konulamaz.". Bkz. Resmi Gazete: 20/7/1961, 10859.

[26] Anayasa, Kurucu Meclis tarafından 18/10/1982'de Halkoylamasına sunulmak üzere kabul edilmiş ve 20/10/1982 tarihli ve 17844 sayılı *Resmi Gazete'de yayımlanmış,* 7/11/1982'de Halkoylamasına sunulduktan sonra 9/11/1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yeniden yayımlanmıştır.

"C.Suç ve cezalara ilişkin esaslar

***Madde 38 -** Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

***(Ek:3/10/2001-4709/15 md.)** Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*

***(Ek:3/10/2001-4709/15 md.)** Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*

(Ek:3/10/2001-4709/15 md; Mülga: 7/5/2004-5170/5 md.)

(Değişik onuncu fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

***(Değişik son fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.)** Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdi*ği *yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez*." düzenlemesiyle geri vermenin yanı sıra ceza sorumluluğu, suçlar ve cezalara ilişkin esaslara 1961 Anayasasına nazaran daha kapsamlı ve ayrıntılı olarak yer verildiği görülmektedir.

Öte yandan, 38'inci maddenin 2004 değişikliğinden önceki haline bakıldığında ise, Anayasanın 38/son fıkrasında yer alan; "*Vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez*" ifadesiyle, suçluların geri verilmesi ko-

nusuna ilişkin terminolojik tercihin "geri verme" ibaresinin kullanımı yönünde olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

1982 Anayasasının söz konusu 38/son fıkrasına ilişkin olarak hükmün gerekçesine bakıldığında; "*Son fıkra ile de vatandaşın, suç sebebiyle yabancı ülkeye geri verilemeyeceği gibi çok eski tarihlerden beri suçluların geri verilmesinde uygulanan bir kural hüküm altına alınmıştır*" [27] ifadesiyle yine aynı terminolojinin tercih edildiği ve Anayasanın yapıldığı tarih itibarıyla ileri ve anayasa metniyle tutarlı bir ifade tarzının benimsendiği görülmektedir. Bu tespit yapılırken, o tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'daki geri verme müessesesini düzenleyen 9'uncu maddedeki ifade tarzının "*iade*" şeklinde yer almaya devam ettiği de burada belirtilmelidir.

Diğer taraftan, maddede 2004 yılında yapılan değişiklikle vatandaşın geri verilmemesi kuralının mutlak özelliğini yitirdiği anlaşılmaktadır.

C. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce suçluların geri verilmesi konusu, 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 12'nci maddesiyle yürürlükten kaldırılan 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 9'uncu maddesinde düzenlenmiştir;

"*Madde 9* *– Bir cürümden dolayı bir Türkün ecnebi devletlere iadesi talebi devletçe kabul olunamaz...*". Buna göre, söz konusu hükümde suçluların geri verilmesi konusunda "*iade*" terimi kullanılmış ve ilga oluncaya değin bu terminoloji muhafaza edilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu terminolojide, 1982 Anayasasının kabulünden sonra da bir değişiklik yapılmamıştır.

D. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı TCK'da ise konunun 18'inci maddede düzenlendiği anlaşılmaktadır. "*Geri verme*" başlığını taşımakta olan söz konusu maddeye göre;

"*Madde 18-* *(1) Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, talep üzerine, kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebilir*.". Madde hükmüne

[27] KUZU, s. 57.

bakıldığında, maddenin 765 sayılı TCK'ya nazaran daha ayrıntılı olarak kaleme alındığı ve konunun kapsamının -mümkün olduğunca- tüm yönlerinin madde hükümleriyle düzenlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Çalışmanın kapsamı ve sınırlılığı itibarıyla 5237 sayılı TCK'nın 18'inci maddesiyle getirilen düzenlemeler ayrıntılı olarak ele alınmayacak olup burada yalnızca söz konusu maddedeki terminolojik tercihin, 1982 Anayasası ile uyumlu olarak "*geri verme*" ibaresinin kullanımı yönünde olduğunun belirtilmesiyle yetinilecektir.

III. İkili Adli Yardımlaşma Sözleşmelerinde Suçluların Geri Verilmesi

Genel olarak "*uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuk çerçevesinde etki yaratmak üzere yapılan, hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazı irade uyuşması*" olarak tanımlanan anlaşmalar, esasen ikili veya çok taraflı olarak karşımıza çıkmaktadır [28].

Türk hukukunda suçluların geri verilmesi konusu, belirtildiği üzere Anayasa ve TCK'da düzenlenmekle birlikte çok sayıda ikili ve çok taraflı sözleşmeye de konu olmuştur. Bu başlık altında Türkiye'nin taraf olduğu ikili sözleşmelerden örnek olarak seçilenlerin genel yapısının tanıtımı yapılacak ve bu sözleşmelerde suçluların geri verilmesi konusundaki terminolojik tercih konusu ele alınıp incelenecektir.

Burada ele alınacak ikili sözleşmelerden ilki olan "*Türkiye ile ABD Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Antlaşması*"nın onaylanması, 8/10/1980 tarih ve 2312 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Sözleşme metni 20/11/1980 tarihli ve 17166 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin 1 ila 19'uncu maddeleri arası suçluların geri verilmesi, 20 ila 41'inci maddeleri karşılıklı adli yardımlaşma konularını düzenlemekte, 42 ila 44'üncü maddeleri ise nihai hükümleri ihtiva etmektedir. Sözleşmeye bakıldığında, adı ve ilgili bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere bu konudaki terminolojik tercihin –Sözleşme 1982 Anayasasının kabulünden önce imzalanmış olmakla beraber- "*suçluların geri verilme-*

[28] PAZARCI, Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı, s. 151; Anlaşmaların Türk hukukundaki yeri ve değeri konusunda ilave bilgi için bkz.AYBAY, Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, s. 187 vd; CAN/ÖZEN, s. 330 vd; SUR, s. 27.

si" şeklinde olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, söz konusu Sözleşmeyi değerlendiren Donay; "*Anlaşma metni özensiz bir biçimde kaleme alınmış veya Türkçeye çevrilmiştir. Örneğin, ek listede yazılı suçlar Türk Ceza Kanununa uygun değildir, bu nedenle lüzumsuz tekerrürler yer almaktadır. Bazı terimler ise Türk hukukuna yabancıdır*." görüşünü seslendirmiş ve Sözleşmeyi terminolojik yönden eleştirmiştir [29].

19 Eylül 1989 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 19/4/1990 tarihli ve 3638 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "*Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Adli İşbirliği Sözleşmesi*"nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 2/6/1992 tarihli ve KKVM-KOKD-II-2205-3526 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 8/6/1992 tarihinde kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin ikinci bölümünde, 43 ila 61'inci maddeleri arasında "*Suçluların İadesi*" başlığı altında suçluların geri verilmesi konusu düzenlenmiştir. Belirtildiği üzere Sözleşmede geri verme konusundaki terminolojik tercihin "*iade*" teriminin kullanılması yönünde olduğu anlaşılmaktadır.

6 Haziran 2008 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 16/3/2010 tarihli ve 5960 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "*Türkiye Cumhuriyeti ile Umman Sultanlığı Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması*"nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 14/4/2010 tarihli ve 169290 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 30/4/2010 tarihinde kararlaştırılmış, Sözleşme metni 22/5/2010 tarihli ve 27588 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmeye bakıldığında, Sözleşmenin 4 ila 14'üncü maddeleri arasında hukuki ve ticari konularda adli yardımlaşma, 15 ila 18'inci maddeleri arasında teminat akçesinden (judicatum solvi) ve adli masraflardan muafiyet, 19 ila 24'üncü maddeleri arasında hukuki ve ticari konulardaki kararların tanınması ve tenfizi, 25 ila 33'üncü maddeleri arasında ceza alanında adli yardımlaşma, 34 ila 48'inci maddeleri arasında "*suçluların iadesi*", 49 ila 62'nci maddeleri arasında cezalarının vatandaşı oldukları devlette infazı amacıyla hükümlülerin nakli, 63 ila 68'inci maddeleri arasında cezai konularla ilgili muhtelif hükümler, 69 ila 72'nci maddeleri arasında nihai hükümler bölümlerinin yer aldığı görülmektedir. Bu çerçevede 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra imzalanan Sözleşmenin "*Suçluların İadesi*" başlığı ile başlayan bölümünde, başlığından da anlaşılacağı üzere,

[29] DONAY, Türkiye ile ABD Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım ve Ceza Yargılarının Yerine Getirilmesine İlişkin Anlaşmalar, s. 10.

suçluların geri verilmesi konusunda "*iade*" teriminin kullanılmasının tercih edildiği anlaşılmaktadır.

3 Şubat 2010 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 22/2/2011 tarihli ve 6121 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "*Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşması*"nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 18/4/2011 tarihli ve HUMŞ/320680 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 13/5/2011 tarihinde kararlaştırılmıştır. Sözleşme metni 5/7/2011 tarihli ve 27985 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Görece yeni tarihli olan bu Sözleşmede ise suçluların geri verilmesi konusunun "*Geri Verme*" başlığı altında 34 ila 50'nci maddeler arasında düzenlendiği ve terminolojik olarak "*geri verme*" teriminin kullanılmasının tercih edildiği anlaşılmaktadır.

Sergilenen örneklerden de açıkça anlaşıldığı üzere, Türk hukukunda geri verme konusunda akdedilen ikili sözleşmelerde, dil ve terminoloji birliği bulunmamaktadır. Birbirlerine yakın tarihte imzalanan sözleşmelerde dahi sözleşme metinlerinde yer alan ifadelerin yeknesaklık taşımadığı ve kaydadeğer farklılıklar bulunduğu, hatta bazen aynı sözleşme içinde dahi terminoloji birliği bulunmadığı görülmektedir.

IV. Çok Taraflı Sözleşmelerde Suçluların Geri Verilmesi

Bu başlık altında Türkiye'nin taraf olduğu ve suçluların geri verilmesi konusunda hüküm taşıyan bazı çok taraflı sözleşmelerdeki terminolojik tercih konusu ele alınıp incelenecektir. Bu noktada ilk olarak incelenecek olan ve Türkiye tarafından 30/1/2003 tarihli ve 4800 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "*Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*" (2000 Palermo Sözleşmesi) suçluların geri verilmesi konusunda hüküm ihtiva eden çok taraflı sözleşmelerden birisidir. Sözleşmenin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 6/2/2003 tarihli ve UKGY/52354 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 26/2/2003 tarihinde kararlaştırılmış, Sözleşme metni 18/3/2003 tarihli ve 25052 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin geri verme konusunu düzenleyen 16'ncı maddesi [30] "*Suçluların*

[30] *"Madde 16*
Suçluların İadesi
1. Bu madde, bu Sözleşmede yer alan suçlarda veya 3. Maddenin l (a) veya (b) fıkrasında belirtilen bir suça örgütlü bir suç grubunun karıştığı durumlarda ve iadeye konu olan suçun hem

talepte bulunan hem de talepte bulunulan Taraf Devletin iç hukuklarına göre cezalandırılabilir olması kaydıyla, iade talebine konu olan kişinin, talepte bulunulan Taraf Devletin ülkesinde bulunması halinde uygulanacaktır.

2. Eğer iade talebi, bazıları bu madde kapsamına girmeyen birbirinden ayrı birçok ağır suça ilişkin ise, talepte bulunulan Taraf Devlet bu maddeyi kapsama girmeyen suçlara da uygulayabilir.

3. Bu maddenin uygulandığı suçların her birinin, Taraf Devletler arasında suçluların iadesine ilişkin herhangi bir antlaşmaya, failin iade edilebileceği suçlar olarak dahil sayıldıkları kabul edilecektir. Ayrıca bu suçlar, Taraf Devletler arasında akdedilecek her iade antlaşmasına da faili iade edilebilir suçlar olarak dahil edilecektir.

4. Suçluların iadesini bir antlaşmanın bulunması koşuluna dayandıran bir Taraf Devlet, antlaşma akdetmemiş olduğu diğer bir Taraf Devletten alabileceği bir iade talebi karşısında, bu maddenin uygulandığı suçlarda, bu Sözleşmeyi, suçluların iadesine ilişkin yeterli bir yasal zemin olarak kabul edebilir.

5. Suçluların iadesini bir antlaşmanın bulunması koşuluna dayandıran Taraf Devletler:

(a) Bu Sözleşmeye ilişkin onaylama, kabul, uygun bulma veya katılım belgelerinin tevdii sırasında, Sözleşmeye Taraf diğer Devletlerle suçluların iadesi için işbirliğinde, bu Sözleşmeyi yasal zemin olarak kabul edip etmeyeceklerini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine bildirecekler; ve

(b) Bu Sözleşmeyi suçluların iadesi için işbirliğinde yasal zemin olarak kabul etmezlerse, gereğine göre, bu maddeyi uygulayabilmek için, bu Sözleşmeye Taraf diğer Devletlerle suçluların iadesi konusunda antlaşmalar yapmak için çaba göstereceklerdir.

6. Suçluların iadesini bir antlaşmanın bulunması koşuluna dayandırmayan Taraf Devletler, bu maddenin uygulandığı suçlan, kendi aralarında faili iade edilebilir suçlar olarak kabul edeceklerdir.

7. Suçluların iadesi, diğer hususlar meyanında, iade için asgari cezanın gerekliliğine ilişkin koşullar ve talepte bulunulan Taraf Devletin iadenin reddini dayandırabileceği nedenler dahil, talepte bulunulan Taraf Devletin iç hukukunca veya yürürlükteki iade antlaşmalarınca belirlenmiş koşullara tabi olacaktır.

8. Taraf Devletler, kendi iç hukuklarına bağlı kalmak kaydıyla, iade işlemlerini hızlandırmak ve bu maddenin uygulandığı herhangi bir suçla ilgili delil sunma gerekliliklerini basitleştirmek için çaba göstereceklerdir.

9. Talepte bulunulan Taraf Devlet, kendi iç hukuk hükümlerine ve taraf olduğu suçluların iadesi antlaşmalarına bağlı kalmak kaydıyla, durumun gerekli ve acil olduğuna kanaat getirmesi halinde ve talepte bulunan Taraf Devletin istemi üzerine, iadesi istenen ve kendi ülkesinde bulunan bir kişiyi gözaltına alacak veya kişinin iade işlemleri sırasında hazır bulunmasını teminen, uygun diğer önlemleri alacaktır.

10. Suç isnat edilen bir kişi ülkesinde bulunan bir Taraf Devlet, bu maddenin uygulandığı suçlarda, bu kişiyi sırf kendi vatandaşı olduğu gerekçesiyle iade etmez ise, anılan Taraf Devlet iade isteyen Taraf Devletin isteği üzerine, vakit geçirmeksizin, kovuşturma amacıyla, olayı kendi yetkili makamlarına iletecektir. Bu makamlar, anılan Taraf Devletin iç hukukunda diğer ağır suçlarda olduğu gibi karar alacak ve işlemleri de aynı şekilde yürüteceklerdir. İlgili Taraf Devletler, bu tür bir kovuşturmanın etkinliğini teminen, özellikle usul ve ispata ilişkin konularda, birbirleriyle işbirliği yapacaklardır.

11. Bir Taraf Devlet, vatandaşı olan bir kişiyi iç hukukuna göre, yalnızca kişinin iadesinin veya tesliminin istendiği bir dava veya takibat sonucu çarptırılabileceği cezayı bu Taraf Devlette çekmesi için geri verilmesi koşuluyla iade veya teslim edebiliyorsa ve bu Taraf Devlet ile iadeyi İsteyen Taraf Devlet gerek bu hususta, gerek uygun görecekleri diğer şartlarda anlaşmışlar ise, bu şekilde yapılacak şartlı bir iade veya teslim, bu maddenin 10. Fıkrasında yer alan yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli olacaktır.

İadesi" başlığını taşımaktadır. Sözleşmenin söz konusu 16'ncı maddesinin başlığı ve içeriğinden de görüldüğü üzere Sözleşmenin Türkçe metninde geri verme konusunda "*iade*" teriminin tercih edildiği anlaşılmaktadır.

Bu konudaki diğer bir sözleşme olan ve 21/4/1988 tarihli ve 3441 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "*İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayrıinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*"nin (beyan ve ihtirazi kayıtla) onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 26/5/1988 tarihli ve ÇTUK-720-257-30-2287-1727 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 16/6/1988 tarihinde kararlaştırılmıştır. Sözleşme metni 10/8/1988 tarihli ve 19895 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Suçluların geri verilmesi konusu ise Sözleşmenin 8'inci maddesinde düzenlenmiştir [31].

12. Bir hükmün infazı amacıyla yapılan iade talebi, iadesi istenen kişinin talepte bulunulan Taraf Devletin vatandaşı olması nedeniyle reddedilirse, talepte bulunulan Taraf Devlet, talepte bulunan Tarafın başvurusu üzerine, kendi iç hukuku izin verirse ve yasalarının gerektirdiği hususlara uygun olarak, talepte bulunan Tarafın iç hukukunca verilmiş cezanın veya bu cezanın geriye kalan kısmının infazını sağlama yollarını araştıracaktır.

13. Bu maddenin uygulandığı suçlarla bağlantılı olarak, hakkında yargı işlemleri yürütülen herhangi bir kişiye, davanın bütün safhalarında, bütün haklarının ve kişinin ülkesinde bulunduğu Taraf Devletin iç hukukunca sağlanan güvencelerin kullanılması da dahil olmak üzere, adil muamele garantisi verilecektir.

14. Eğer talepte bulunulan Taraf Devlet, talebin, bir kişiyi cinsiyeti, ırkı, dini, vatandaşlığı, etnik kökeni veya siyasi görüşleri nedeniyle yargılamak veya cezalandırmak için yapıldığına veya bu nedenlerden herhangi biri bakımından, talebe uymanın anılan kişinin durumuna halel getireceğine inanmak için ciddi nedenlerin varlığına kanaat getirirse, bu Sözleşmedeki hiçbir hüküm, iadeye ilişkin bir zorunluluk getirdiği biçiminde yorumlanmayacaktır.

15. Taraf Devletler, sadece suçun mali konulan da içerdiği gerekçesiyle, suçluların iadesi talebini reddedemezler.

16. Talepte bulunulan Taraf Devlet, iadeyi reddetmeden önce, gerektiğinde, görüşlerini sunmak ve iddialarına ilişkin bilgi sağlamak için kendisine geniş imkan tanımak amacıyla talepte bulunan Taraf Devletle istişare edecektir.

17. Taraf Devletler, iadenin sağlanması veya etkinliğinin arttırılması için, ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya düzenlemeler yapmak için çaba harcayacaklardır."

[31] *"Madde 8.-*

1. Taraf Devletler arasında mevcut herhangi bir suçluların iadesi sözleşmesinde, 4. maddede zikredilen suçlar, iade edilebilir suçlar meyanında kabul edilecektir. Taraf Devletler bu gibi suçları aralarında yapılacak her suçluların iadesi sözleşmesine iade edilir suçlar olarak dahil etmeyi yükümlenmişlerdir .

2. İadeyi bir sözleşmenin mevcudiyeti şartına bağlayan bir Taraf Devlet aralarında iade sözleşmesi olmayan sözleşme'ye Taraf diğer bir Devletten iade için talep aldığı takdirde, bu suçlarla ilgili olarak bu sözleşmeyi iade için bir hukuki temel olarak düşünebilir. İade, talep edilen Devlet Kanununun diğer şartlarına tâbi olacaktır.

3. İadeyi bir sözleşmenin bulunması şartına bağlamayan Taraf Devletler talep olunan Devletin Kanunu tarafından öngörülen şartlara bağlı olarak aralarında bu suçları iade edilir suçlar sayacaklardır.

Sözleşmenin söz konusu 8'inci maddesinin içeriğinden de görüldüğü üzere, Sözleşmenin Türkçe metninde geri verme konusunda "*iade*" teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

Bu alanda varolan sözleşmeleri tamamlamayı amaçlayan (m.26) ve 16/5/2005 tarihinde Varşova'da imzaya açılan, dördü AK üyesi devlet olmak üzere altı onay koşulunun yerine getirilmesiyle 1/6/2007 tarihinde yürürlüğe giren "*Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi*" ise Türkiye tarafından 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, yani 19/1/2006 tarihinde imzalanmış, 23/2/2011 tarihli ve 6135 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşmenin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 25/10/2011 tarihli ve HUMŞ/2763712 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 28/11/2011 tarihinde kararlaştırılmıştır. Sözleşme metni 13/1/2012 tarihli ve 28172 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin geri verme konusunu düzenleyen 19'uncu maddesi "*İade*" başlığını taşımaktadır [32]. Sözleşmenin söz konusu 19'uncu maddesinin başlığı ve içeriğinden de görüldüğü üzere Sözleşmenin Türkçe metninde, 5237 sayılı TCK'nın 18'inci maddesinde benimsenen "*geri verme*" teriminden farklı olarak "*iade*" teriminin kullanılmasının tercih edildiği anlaşılmaktadır.

4. Bu suçlar, Taraf Devletler arasında, iade amacıyla, sadece meydana geldikleri yerde değil, fakat aynı zamanda 5. maddenin 1. paragrafına göre devletlerin yetkilerini tesis etmeleri istenilen ülkelerinde de işlenmiş gibi işleme tâbi tutulacaktır."

[32] *"Madde 19.-İade*

1) 5 ila 7 ve 9. Maddelerde belirtilen suçlar, bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce Taraflar arasında mevcut herhangi bir iade anlaşmasındaki iade edilebilir suçlara dahil addedileceklerdir. Taraflar bu tür suçları, birbirleri arasında daha sonra akdedecekleri her iade antlaşmasına iade edilebilir suçlar olarak dahil etmeyi yükümlenirler.

2)İadeyi bir antlaşmanın mevcudiyeti koşuluna bağlı olarak kabul eden bir Taraf, kendisi ile bir iade antlaşması bulunmayan bir Taraftan iade talebi alması halinde, talep edilen Taraf, kendi seçimiyle, bu Sözleşmeyi, 5 ila 7 ve 9. Maddelerde belirtilen suçlara ilişkin olarak iade için yasal bir dayanak olarak kabul edebilir. İade, talep edilen Tarafın hukukunca hükme bağlanan diğer koşullara tabi olacaktır.

3)İadeyi bir antlaşmanın mevcudiyeti koşuluna bağlı olmaksızın kabul eden Taraflar, talep edilen Tarafın hukukunca hükme bağlanan koşullara tabi olarak, 5 ila 7 ve 9. maddelerde belirtilen suçları kendileri arasında iade edilebilir suçlar olarak kabul edeceklerdir.

4)Gerektiği takdirde, 5 ila 7 ve 9. Maddelerde belirtilen suçlar, Taraflar arasında suçluların iadesi amacıyla, sadece meydana geldikleri yerde değil, 14. Madde uyarınca yargı yetkisini tesis eden devletlerin toprakları üzerinde de işlenmiş gibi muamele görecektir.

5) 5 ila 7 ve 9. Maddelerde belirtilen suçlara ilişkin olarak, Taraflar arasındaki tüm suçluların iadesi antlaşmalarının ve anlaşmalarının hükümleri, bu Sözleşme ile bağdaşmadığı ölçüde, Taraflar arasında değiştirilmiş addedilecektir."

Burada incelenen çok taraflı sözleşmelerin ortak noktasının, ikili sözleşmelerden farklı olarak Türkçe nüshalarında yeknesak bir şekilde "*iade*" teriminin kullanılması olduğunu söyleyebiliriz.

V. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Suçluların geri verilmesi müessesesinin kanunla düzenlenmesi konusundaki ilk örnek Belçika'da kabul edilen 1833 tarihli Kanundur [33]. Almanya'da adli yardımlaşma ve suçluların geri verilmesi işlemleri, 23 Aralık 1982 tarihli "*Ceza İşlerinde Uluslararası Adli Yardımlaşma Kanunu*" hükümlerine ve uluslararası sözleşmelere göre yürütülmektedir [34].

Japonya'da ise suçluların geri verilmesi ve uluslararası adli yardımlaşma konuları ayrı ayrı kanunlarla düzenlenmiştir. Geri verme konusu "*Geri Verme Kanunu*" (No: 68,1953) ile uluslararası adli yardımlaşma ise "*Soruşturma ve Diğer İlgili Konularda Uluslararası Yardım Kanunu*" (No: 69, 1980) ile düzenlenmiştir. Her iki kanun da tüm geri verme ve uluslararası adli yardımlaşma konularında uygulanmaktadır. Ancak, aynı konuyu düzenleyen bir uluslararası sözleşme mevcut ise sözleşme, bu kanunların uygulanmasını sınırlayabilir. Bu çerçevede, şayet bir ikili sözleşme mevcut değilse, talep eden devletin karşılıklılık garantisi vermesi şartıyla, Japonya tarafından geri verme veya adli yardımlaşma gerçekleştirilebilir [35].

Öte yandan, suçluların geri verilmesi konusunu müstakil bir kanunla düzenlemeyi tercih eden ülkelerden olan Kanada Geri Verme Kanununa (Extradition Act, S.C. 1999, c. 18) bakıldığında, konunun söz konusu kanunda "*Kanada'dan Geri Verme*" (Part 2) ve "*Kanada'ya Geri Verme*" (Part 3) şeklinde iki ayrı başlık altında düzenlendiği anlaşılmaktadır [36].

İngiltere'de 1989 tarihli Kanun hükümleriyle benimsenmiş olan müstakil geri verme kanunu ile konunun düzenlenmesi uygulaması, 2003 tarihli "*Extradition Act*" ile devam ettirilmektedir [37].

[33] ÖZGEN, s. 12; ÖNDER, s. 250.

[34] YENİSEY(Ed), Ceza Hukukuna Giriş, Alman Ceza Hukuku (Hans Heinrich Jescheck), Kusur İlkesi (Hans Heinrich Jescheck), Ceza Hukukunun Sınırları (Ulrich SIEBER), s. 22.

[35] ASIAN DEVELOPMENT BANK, Mutual Legal Asistance, Extradition and Recovery of Proceeds of Corruption In Asia and The Pacific, s. 171.

[36] Bkz. http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-23.01/ .

[37] ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 362; 2003 tarihli İngiliz Geri Verme Kanunu ve bu kanun hakkındaki açıklayıcı not için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/notes/contents.

Sergilenen tüm örneklerin ortak yönü ise, belirtildiği üzere konuyu müstakil bir kanunla düzenlemeleri ve bu sayede geri verme konusunu gerek terminoloji gerekse uygulama esasları bakımından yeknesak kurallara bağlamış olmalarıdır. Bu ise her şeyden önce bu alanda diğer düzenleme ve uygulamalara esas olacak ve ışık tutacak bir hukuk kültürünün oluşmasına zemin teşkil etmekte, muhtemel karmaşa ve uygulama farklılıklarının baştan önü alınmış ve konu sistematik olarak düzenlenmiş olmaktadır.

Konunun müstakil bir kanunla düzenlenmesinin bir diğer faydası da, uygulayıcıların konuya ilişkin uygulanacak hükmü rahatlıkla bulmaları ve uygulamalarına imkan sağlanmış olmasıdır.

VI. Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Cezai Konularda Adli Yardımlaşma ve Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesi

A. Genel Olarak Sözleşme İle Getirilen Düzenlemeler

Çalışmamızda inceleme konusu yapılan ve Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında adli işbirliğine esas teşkil eden önemli bir belge olan adli işbirliği sözleşmesi; 24/9/1982 tarihli ve 2706 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş olan "*Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Cezai Konularda Adli Yardımlaşma ve Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesi*"dir. Söz konusu Sözleşmenin onaylanması Dışişleri Bakanlığının 17/12/1982 tarihli ve KMEH-V-2244 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulunca 27/12/1983 tarihinde kararlaştırılmış, Sözleşme metni 20/2/1983 tarih ve 17965 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Sözleşmenin imza ve kabul ediliş gerekçeleri, onay kanunu tasarı gerekçesinde; "*Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti arasında, iki ülke Dışişleri Bakanları tarafından 7 Mayıs 1982 tarihinde Ankara'da imzalanan "Cezaî Konularda Adlî Yardımlaşma ve Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesi", iki ülke arasında bu alanda gelişmekte olan ilişkilere adlî makamların da sıkı bir işbirliği ile katılmalarını sağlayacaktır. Ceza İşlerinde Karşılıklı Adlî Yardımlaşma ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmeleri esas alınarak hazırlanmış bulunan bu Sözleşme, üç kısım ve 46 maddeden oluşmaktadır. Cezaî Konularda Adlî Yardımlaşma, sekiz bölüm halinde birinci kısımda; Suçluların Geri Verilmesi ikinci kısımda; Son Hükümler ise üçüncü kısımda düzenlenmektedir. Adlî yardımlaşma taleplerinin şekil ve muhtevasını ve yerine getirilme yöntemlerini, mahkeme kararlarının tebliğini mahkûmiyet ve adli sicil konularında karşılıklı bilgi vermeyi; suçluların geri verilmesi usul*

ve şartlarını düzenleyen Sözleşme, onaylanarak yürürlüğe girdiği takdirde, iki ülke arasında gelişmekte olan ilişkilerin doğurduğu giderek artan ihtiyaçlara günün şartlarına uygun şekilde cevap verecektir." şeklinde belirtilmiştir [38].

Sözleşme, yukarıda da belirtildiği üzere, iki ülke arasında adli konularda, özellikle ceza işlerinde karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların geri verilmesi konusunda mevcut işbirliğini devam ettirmek ve güçlendirmek amacıyla hazırlanmıştır.

Toplam 46 maddeden ibaret olan Sözleşmenin "*Cezai Konularda Adli Yardımlaşma*" başlıklı olan ve 1 ila 21'inci maddeler arasında yer alan I. Kısmı, genel ceza alanında uluslararası adli yardımlaşma konularını (adli istinabe, tanık dinlenmesi, tebligat vs.) ele almaktadır.

Sözleşmenin "*Suçluların Geri Verilmesi*" başlıklı 22 ila 42'nci maddeleri arası hükümleri ise suçluların geri verilmesi alanındaki adli yardımlaşmaya ilişkin konuları düzenlemektedir.

Buna göre, Sözleşmenin "*Suçluları Geri Verme Yükümlülüğü*" başlıklı 22'nci maddesi; karşılıklı geri verme yükümlülüğü konusunu düzenlemekte ve taraflara bu Sözleşmede yer alan şartlar dahilinde suçlunun geri verilmesi yükümlülüğü ihdas etmiş olmaktadır. Ancak ne yazık ki Sözleşmenin geneline hakim olan terminoloji karmaşası hemen bu bölümün ilk maddesi olan 22'nci maddede de kendisini göstermiş ve madde başlığı ve bölüm başlığı geri vermeden söz ederken, madde içeriğinde "*karşılıklı olarak iade etmeyi taahhüt ederler*" ibaresine yer verilmiştir. Böylelikle madde geri vermeden söz ederken, madde içerisinde "*iade*" teriminin kullanılmasının tercih edildiği yahut unutma eseri olarak iade lafzının kullanıldığı ve Sözleşme maddesinin bu hali ile kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin "*Vatandaşın Geri Verilmemesi*" başlıklı 23'üncü maddesinde; tarafların vatandaşlarını geri vermeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Buna göre vatandaşlık sıfatı SİDAS hükmünden farklı olarak "*suçun işlendiği tarihe göre*" belirlenecektir [39]. Dolayısıyla Sözleşmenin anılan hükmü laf-

[38] Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/ tutanaklar/TUTANAK/DM/d02/c010/dm02010153.pdf.

[39] SİDAS'ta vatandaşlığın tayini zamanı olarak geri vermeye ilişkin karar tarihi esas alınmıştır. Buna karşılık, Sözleşmeye göre, karar tarihi ile teslim için kararlaştırılan tarih arasında vatandaşlık değişikliği meydana gelir de kişi talep edilen devletin vatandaşlığına geçmiş olursa, bu durumda talep edilen devlet şahsı geri vermeme hakkına sahip olacaktır. Bu husus Sözleşmenin 6/1-c maddesinde *"Şahsın milliyeti iade etmeye dair karar anında tespit edilecektir. Bununla beraber, talep edilen şahıs kendisinden iade talep edilen tarafın tebası olarak karar anı ile teslim için kararlaştırılan tarih arasında tanınsa bile, mezkûr taraf bu*

zına bağlı olarak yoruma tabi tutulduğunda, suçun işlenmesinden sonra vatandaşlık durumunda meydana gelen değişiklikler, geri verme konusunda karar verilirken gözönüne alınamayacaktır. Öte yandan, maddenin 1'inci fıkrasında "*geri verme*" terimi tercih edilmişken, maddenin 2'nci fıkrasında ise yeniden "*iade*" terimin kullanıldığı ve vatandaşını geri vermeyen tarafa, talep eden tarafın isteği üzerine konuyu kovuşturmaya yetkili makamlarına intikal ettirme yükümlülüğü getirildiği, bu haliyle SİDAS'a benzer bir düzenleme ihtiva ettiği görülmektedir.

Sözleşmenin "*Geri Verilmeyi Gerektiren Suçlar*" başlıklı 24'üncü maddesinde; "*iade aşağıdaki hallerde kabul olunur*" ifadesiyle Sözleşme kapsamında geri verilmesi kabil olan suçların hangileri olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, her iki âkit taraf mevzuatınca en az bir yıl hürriyeti bağlayıcı nitelikte cezayı gerektiren suçlar ile a) bendinde öngörülen suçlara talep eden devlet mahkemelerince verilmiş dört ay hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyetler için geri verme mümkün olacaktır. Dolayısıyla hükmün açıklanan lafzına göre, mahkumiyet nedeniyle geri verme için geri vermeye esas olan suça ilişkin olarak dört ay hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet yetmemekte ayrıca bu mahkumiyete esas olan suçun da ceza yaptırımının üst sınırının bir yıldan az olmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle üst sınırı en az bir yıl hapsi gerektirmesi koşulu da ayrıca aranacak bir koşul haline gelmektedir. Bu hükümde de SİDAS'ta olduğu gibi en az bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi lafzından, suça ilişkin kanunda yer alan cezanın alt sınırı değil, cezaya ilişkin üst sınırın anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Şu husus da belirtilmelidir ki, yine bu hükümle -geri vermede genel olarak ikili ve çok taraflı sözleşmelerde bir geri verme koşulu olarak aranmakta olan- "*çifte suçluluk*" (double criminality) prensibinin de hüküm altına alındığı Sözleşmenin incelenen 24'üncü maddesinde yer alan "*her iki âkit taraf mevzuatınca*" ibaresinden anlaşılmaktadır. Maddede ayrıca, anılan madde kapsamında öngörülen ceza süresi şartına uymayan diğer (hürriyeti bağlayıcı cezayı mucip) fiiller için de şayet birden fazla fiilden bir tanesi maddede yer alan şartı taşımakta, ancak diğerleri taşımamakta ise bu fiillerden dolayı da âkit tarafa, kendi ihtiyarı ile geri verme talebini kabul etme imkanı tanınmış bulunmaktadır.

paragrafın (a) bendi hükmünden istifade edebilecektir" şeklinde belirtilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 114.

Sözleşmenin "*Şartlı Geri Verilme*" başlıklı 25'inci maddesinde; hükmün lafzı ile ifade etmek gerekirse "*harç, rüsum ve vergiler, gümrük ve kambiyo konularında*" yapılacak geri verme talebinin, ancak âkit tarafların her bir suç veya suç grubu için nota teatisi yoluyla kararlaştırmaları halinde kabul edilebileceği hususu düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, Sözleşme ile getirilen bu düzenleme uyarınca, anılan gruplara giren ve geri verme hukukunda genel olarak "*mali suç*" olarak adlandırılan suçlar için ilke olarak geri verme kabil olmayacak, geri vermenin mümkün olabilmesi için tarafların Sözleşme sonrası ayrıca mutabakatı aranacaktır [40].

Sözleşmenin "*İade Talebinin Reddi*" başlıklı 26'ncı maddesinde; geri verme talebinin kabul edilmeyeceği haller listelenmiştir. Buna göre, talebe konu suçlar talep edilen devlet ülkesinde işlenmişse, geri verilmesi talep edilen kişi hakkında, talep konusu suç veya suçlar için talep edilen âkit devlet adli mercilerince; takipsizlik, meni muhakeme, mahkumiyet veya beraat kararı verilmişse, geri verme talebi alındığı tarihte taraflardan birinin mevzuatı uyarınca dava veya ceza zamanaşımı gerçekleşmişse, suç talep eden devletin ülkesi dışında bu devlete yabancı bir şahıs tarafından işlenmiş ve talep edilen devletin mevzuatı, ülkesi dışında bir yabancı tarafından işlenen bu tür suçlar için kovuşturma açılmasına müsaade etmiyorsa ve affa uğramışsa, âkit taraflardan herhangi birinin mevzuatı uyarınca geri vermeyi gerektiren fiil, sadece mağdurun şikayeti üzerine kovuşturulabilir nitelikte bir suç teşkil ediyor ise geri verme talebi reddedilecektir. Bu hüküm uyarınca, takibi şikayete bağlı suçlarda, geri verme söz konusu olmamaktadır.

Maddenin 2'nci fıkrasında ise ihtiyari bir geri verme ret nedeni ihdas edilmiştir. Buna göre, suç talep edilen devlette kovuşturuluyor veya üçüncü bir devlette karara bağlanmış ise geri verme talebi reddedilebilecektir. Dolayısıyla, âkit taraf bu halde bile geri verme talebini kabul edebilecektir. Bu hükümden, üçüncü devlet tarafından verilen hükümlere "*non bis in idem*" etkisi tanınması hususunun tarafların ihtiyarına bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin "*Siyasi Suçlar*" başlıklı 27'inci maddesinin birinci fıkrasında siyasi suçlardan geri verilmezlik kuralının, ikinci fıkrasında ise "*Belçika Kuralı*"nın zikredildiği görülmektedir. Bahse konu madde 27/1 hükmüne

[40] Konu SİDAS'ın 5'inci maddesinde benzer bir hükümle ele alınmıştır: *"vergi, resim, kambiyo ve gümrük mevzularında işbu sözleşmedeki şartlara tevfikan suçluların iadesi, ancak her suç veya suç kategorisi için bu hususun akit taraflar arasında kararlaştırılmış olması halinde mümkündür"*. Ancak bu hüküm Ek 2 No.lu Protokol ile değişikliğe uğramıştır.

göre, geri verme talebine konu fiil talep edilen devletçe "*siyasi nitelikte veya buna murtabıt*" bir suç sayıldığı takdirde geri verme talebi kabul edilmeyecektir. Sözleşmede siyasi suçtan ve buna bağlantılı suçtan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Dolayısıyla, bu kavrama hangi anlam yükleneceği hususu tarafların uygulamaları ve geri verme talebi konusunda karar vermeye yetkili makamların kararlarıyla ortaya çıkacaktır. Türk hukukunda bu konu geri verme talebinin kabul edilebilir olup olmadığını inceleyecek olan mahkemece değerlendirilecektir. Sözleşmenin anılan madde 27/2 hükmünde ise klasik Belçika Kuralı gereği devlet başkanı ve ailesi fertlerinin hayatına kast fiillerinin siyasi suç telakki edilmeyeceği ve dolayısıyla geri vermeye tabi oldukları hususu hükme bağlanmış olmaktadır.

Sözleşmenin "*Askeri Yükümlülüklerin İhlali*" başlıklı 28'inci maddesinde; geri verme talebine konu fiil "sadece askeri yükümlülüklerin ihlalinden ibaret ise" geri verme talebinin kabul edilmeyeceği hususu düzenlenmiştir. Buna göre Sözleşme geri verme hukukunun klasik bir kuralı olan askeri suçtan geri verilmezlik kuralına yer vermiş bulunmaktadır. Ancak burada zikredilen ve geri vermenin kapsamı dışında kaldığı kabul edilen askeri suçun "*sırf askeri suç*" olup olmadığı ise belirsizdir. Bununla beraber, maddenin anılan lafzı gözönüne alındığında, madde ile amaçlananın "*sırf askeri suçları*" geri vermenin kapsamı dışında bırakmak, diğer askeri suçları ise geri verme kapsamında tutmak olduğu sonucuna varılmasının maddenin lafzı ile en uyumlu yorum tarzı olacağı düşüncesindeyiz.

Sözleşmenin geri verme usulüne ilişkin hükümlerinden olan ve "*İade Talebinin Muhtevası ve İletilmesi*" başlığını taşıyan 29'uncu maddesi ile geri vermeden söz edilirken "*iade*" teriminin tercih edildiği anlaşılmakta ve Sözleşmedeki terminoloji kaosu derinleşerek devam etmektedir. Bu ifade tercihi bir yana, madde ile öncelikle geri verme talebinin "*yazılı*" olarak yapılacağı ve iletişim kanalının diplomatik kanal olacağı hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Yine maddede geri verme talebine eklenecek olan belgeler sayılmıştır. Her geri verme sözleşmesinde yer verilen belgelerden olan bu belgeleri burada ayrıca zikretmeyeceğiz.

Sözleşmenin "*Yazışma Dili*" başlıklı 30'uncu maddesinde; geri verme taleplerinin ilke olarak talep eden devletin dilinde yapılacağı hükme bağlanmaktadır. Ancak, maddenin ikinci cümlesiyle bu ilke esnetilmiş ve talep edilen devletin "*faydalı gördüğü takdirde*" geri verme talebi ve eki belgelerin kendi dilinde çevirisini de isteyebileceği belirtilmiştir. Bu hükümle getirilen

düzenlemeye göre, Türk tarafının kendi dilinde yapılacak çevirilerinin de geri verme talebine eklenmesini "*faydalı gördüğünü*" karşı tarafa iletmesinde geri verme taleplerinin hızlı ve sorunsuz işlemesi bakımından yarar bulunmaktadır.

Sözleşmenin "*Alınacak Tedbirler*" başlıklı 31'inci maddesinde; âkit tarafların geri verme talebine ilişkin belgeler gönderilir gönderilmez talebe konu kişinin aranması da dahil her türlü tedbiri almayı taahhüt etmiş oldukları hususu hükme bağlanmıştır.

Sözleşmenin "*Geçici Tutuklama*" başlıklı 32'nci maddesinde; acele hallerde talep eden devlet adli makamlarınca ilgili şahsın geri verme amacıyla geçici olarak tutuklanmasının talep edilebileceği, bu talebin adli makamlarca doğrudan iletilebileceği, alınan talep hakkında yapılan işlem akıbetinin talep eden devlet makamlarına bildirileceği, geçici tutuklamanın azami süresinin 40 gün olduğu hususları düzenlenmiştir. Getirilen düzenlemelere bakıldığında, Sözleşmenin bu maddesinin özellikle geçici tutuklamanın 40 günü aşamayacağı düzenlemesi bakımından SİDAS ile benzerlik taşıdığı anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin "*Tamamlayıcı Bilgiler*" başlıklı 33'üncü maddesinde; geri verme sürecinde talep edilen devlet tarafından -ihtiyaç duyulması halinde- yapılacak ilave bilgi ve belge taleplerinin karşılanması usulü düzenlenmiştir.

Sözleşmenin "*Taleplerin Taaddüdü*" başlıklı 34'üncü maddesinde; aynı veya değişik fiillerden dolayı birden fazla devlet tarafından "aynı anda" geri verme talebinde bulunulması halinde yapılacak işlemler düzenlenmektedir. Buna göre, talep edilen devlet tüm şartları ve özellikle talep eden devletler arasında bilahare bir geri verme imkanını, geri verme taleplerinin tarih sıralarını, suçun ağırlığını ve işlendiği yeri gözönünde tutarak karar verecektir. Bu hükümden de anlaşılıyor ki aralarında âkit tarafın da bulunduğu birden fazla devlet tarafından aynı şahıs hakkında geri verme talebi vaki olur ise hangi devletin talebine üstünlük tanınacağı hususunda kendisinden geri verme talep edilen diğer âkit taraf serbestçe karar verecektir.

Sözleşmenin "*Eşyaya El Konulması ve Eşyanın Teslimi*" başlıklı 35'inci maddesinde; Sözleşmenin SİDAS'a benzer hüküm taşıyan bir düzenlemesine rastlamaktayız. Maddeye göre talep eden devletin talebi üzerine, talep edilen devlet delil teşkil edebilecek, suç neticesinde elde edilen veya suçtan elde edilen eşya karşılığında sağlanan şeylere el koyacak ve bunları talep eden devlete teslim edecektir. Ancak bu şeyler üzerinde devletin ve üçüncü şahısların hakları saklı tutulmuştur (m. 35/4).

Sözleşmenin "*İadesi İstenen Kimsenin Teslimi*" başlıklı 36'ncı maddesinde; başlıkta zikredilmese de öncelikle geri verme talebi hakkında alınan kararın talep eden devlete diplomatik yoldan bildirileceği hükmü getirilmektedir. Talebin kabulü halinde bu karardan haberdar olan talep eden devletin şahsın teslim alınma tarihini uygun bir tarih olarak belirleyeceği ve uygun bir süre önce talep edilen devlete bildireceği belirtilmektedir. Maddede ayrıca şahsın teslim için kararlaştırılan tarihte alınmaması halinde bu tarihten başlayacak 15 günün sonunda serbest bırakılabileceği, ancak her halükarda 30 günün sonunda serbest bırakılacağı hükme bağlanmıştır.

Sözleşmenin "*Teslimin Ertelenmesi*" başlıklı 37'nci maddesinde; geri verilmesi talep edilen kişinin talep edilen devlette kovuşturma konusu olması halinde yapılacak işlem düzenlenmiştir. Buna göre, talep edilen devlet geri verme hakkında bir karar verecek ancak bu kararın icrası şahsın talep edilen devlet adli makamları ile işinin bitmesine talik edilecektir. Ancak Sözleşme madde 37/2 hükmü uyarınca bu erteleme imkanı, talep edilen âkit devlet tarafından ilgili şahsın geçici olarak talep eden devlete teslimine engel teşkil etmemektedir.

Sözleşmenin "*Cezai Takibin Sınırları*" başlıklı 38'inci maddesinde; klasik geri verme hukuku kavram ve kurallarından olan "*hususilik kuralı*" düzenlenmiştir. Maddeye göre, teslim edilen kişi talep eden devlette, teslimden önce işlenmiş ve geri vermenin kabul edildiği fiillerin dışında bir suçtan yargılanmayacak, tutuklanmayacak veya şahsi hürriyeti herhangi bir şekilde kısıtlanamayacaktır. Ancak bu kuralın istisnaları da yine maddede gösterilmiştir; şahsı teslim eden devletin rızası ve şahsın serbest kalmasından sonra 30 gün içinde imkanı olduğu halde talep eden devlet ülkesini terk etmemesi veya terk ettikten sonra geri dönmesi halleri. Bu iki halde hususilik kuralı etkisini kaybedecek ve şahıs geri verme kapsamı dışındaki fiillerden de yargılanabilecektir.

Sözleşmenin "*Suçun Vasfının Değişmesi*" başlıklı 39'uncu maddesinde; yargılanmak amacıyla geri verilen kişinin tesliminden sonra, yargılandığı suçun vasfının değişmesi hali düzenlenmiştir. Maddeye göre, böyle bir durumla karşılaşıldığında şahıs hakkındaki yargılamaya devam olunabilmesi için suçun sahip olduğu yeni vasfı ile geri verilebilir olması gerekmektedir. Dolayısıyla, suçun vasıf değiştirerek örneğin üst sınırı bir yılın altında bir cezayı gerektiren bir suç haline gelmesi halinde, bu suç inceleme konumuzu teşkil eden Sözleşme kapsamı dışında kaldığından şahıs hakkındaki yargılamaya devam

olunamayacaktır. Burada akla suçun vasıf değiştirerek yine geri verilmesi kabil olan ancak geri vermenin kabul edildiği suçtan daha ağır bir cezayı gerektiren bir suça dönüşmesi ihtimali gelmektedir. Bu halde nasıl bir işlem yapılacaktır? Maddede bu konuda açıklık yoktur. Burada maddenin lafzına bağlı bir yorum tarzı tercih edilerek madem suç temel unsurları itibarıyla geri verilebilir bir suçtur öyleyse bu kişi hakkında yargılamaya devam edilebilir denilebilir.

Oysaki bize göre kişi hak ve hürriyetleri bakımından burada genişletici değil daraltıcı yorum metoduna başvurulmalıdır. Dolayısıyla, vasfı değişerek kişi hakkında daha ağır bir cezayı gerektiren bir suça dönüşen fiil hakkında yargılamaya devam olunabilmesi için geri veren devletten muvafakat alınması gerekmektedir. Buna göre, örneğin kişi hakkında hırsızlıktan geri verme kabul edilmişken, suçunun vasıf değiştirerek yağma olduğunun anlaşılması halinde bu yeni tavsif nedeniyle suça öngörülen yaptırım hırsızlık suçundan daha ağır bir yaptırımı mucip olduğundan, geri veren devletin ek muvafakatı alındıktan sonra yargılamaya devam olunabilecektir. Buna karşılık, meselenin karşıt kavramından hareket edildiğinde de, yağmadan geri verilen kişinin eyleminin vasıf değiştirerek hırsızlık olduğunun anlaşılması halinde ise geri veren devletin ek muvafakatına ihtiyaç duyulmadan yargılamaya devam olunabilecektir.

Sözleşmenin "*Üçüncü Bir Devlete İade*" başlıklı 40'ıncı maddesinde; talep eden devlete teslim edilen şahsın üçüncü bir devlete geri verilebilmesinin koşulları hüküm altına alınmıştır. Buna göre, şahsın üçüncü bir devlete yeniden geri verilebilmesi için bu hususta geri veren âkit devletin muvafakatının alınması yahut şahıs hakkında hususilik kuralının etkisini yitirmesini sonuçlayan belirli süre içinde ülkeyi terk etmeme veya terk ettiği ülkeye geri gelme hallerinin vaki olması gerekmektedir (m. 38/b). Bu konudaki usul de yine maddede düzenlenmiş olup buna göre üçüncü devlete geri vermek isteyen âkit devlet, üçüncü devlet tarafından iletilen belgeler ile birlikte geri veren devlete bir "*talepname*" ile başvuracak ve bu konuda muvafakat talep edecektir.

Sözleşmenin "*Transit*" başlıklı 41'inci maddesinde; âkit taraflardan birine teslim edilen bir kişinin diğer âkit devlet ülkesinden transit geçmesine izin verilmesi hususu düzenlenmiştir. Sözleşme hükmüne göre transit talebi diplomatik yoldan ve talepname ile yapılacaktır. Söz konusu talepnameye suçun geri vermeyi gerektirecek nitelikte olduğunu gösterir belgeler de eklenecektir (m. 41/1).

Transit geçiş için günümüzde mutat ulaşım vasıtası haline gelmiş olan havayolunun kullanılması halinde, Sözleşme madde 41/2 hükmü uyarınca uçağın yere inmesi söz konusu olmayacaksa uçağın geçeceği muhatap âkit devlete beyanda bulunulması yeterli olacaktır. Uçağın inmesi öngörülüyorsa, madde 41/1 hükmünde yer alan ve yukarıda açıklanan usul takip edilecektir.

Sözleşmenin "*Masraflar*" başlıklı 42'nci maddesinde; geri verme masrafları konusu düzenlenmiştir. Söz konusu madde incelendiğinde geri verme masrafları konusunun ikiye ayrılarak ele alındığı anlaşılmaktadır. Buna göre, öncelikle talep edilen devletin ülkesinde geri verme nedeniyle yapılan masraflar talep edilen devlete ait olacaktır (m. 42/1). Buna karşılık, talep edilen devletin ülkesinden transit geçiş nedeniyle yapılacak masraflar ise talep eden devlete ait olacaktır (m. 42/2).

Sözleşmenin 43 ila 46 maddeleri arası olan bölümünü teşkil eden Kısım III'te ise Sözleşmenin nihai hükümleri düzenlenmiştir.

B. Sözleşmenin Dili

Yukarıda da belirtildiği üzere çalışmamızda ele alınan ve 7 Mayıs 1982 tarihinde Ankara'da imzalanan Türkiye-Tunus Sözleşmesi 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce imzalanmış bir sözleşmedir. Dolayısıyla, Sözleşmenin akdi tarihinde geri vermeyle ilgili iç hukuk düzenlemesi 765 sayılı TCK'da yer almaktadır. Mülga 765 sayılı TCK'nın konuyu düzenleyen 9'uncu maddesinde ise geri vermeye ilişkin olarak "*iade*" terimi kullanılmıştır. Buna göre, Sözleşmenin hiç olmazsa imzası tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK ile terminolojik uyuma sahip olması beklenirdi. Ne yazık ki, açıklanan Sözleşme hükümlerinden de görüldüğü üzere aynı Sözleşmede hem "*geri verme*" hem "*iade*" terimlerine bir arada yer verilmiştir. Buna karşılık, Anayasamızın 90'ıncı maddesinde yer alan "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*." hükmü uyarınca kanun hükmünde sayılan bu uluslararası Sözleşmenin Türkçe nüshasının hazırlanmasında, en azından bir kanuni düzenleme yapılırken gösterilmesi gereken özenin gösterilmesi gerekliydi.

Öte yandan, incelenen Sözleşmede tespit edilen ve Türk hukukunda genel olarak kanuni düzenlemelerde sıklıkla karşılaşılan bu terminolojik tutarsızlıklar, hukuki karmaşaya yol açtığı gibi düzenlemelerin kalitesini de düşürmektedir. Ayrıca bu durum genel olarak "*kanun yazımı sanatındaki*" yetersizliğin de bir işareti olarak kabul edilmektedir [41].

[41] SELÇUK, Önce Dil, s. 108; İlave bilgi için bkz. AYBAY, Kamusal Uluslararası Hukuk, s. 73.

SONUÇ

Suçlunun suç işlediği ve kamu düzenini ihlal ettiği yere getirilerek yargılama sürecinin tamamlanması veya hakkında verilmiş cezanın infazının temini için geri getirilmesi, adli yardımlaşma çerçevesinde giderek önem kazanmakta, konu gerek ülkeleri gerekse uluslararası toplumu daha fazla meşgul etmektedir.

Bununla beraber, Türk hukukunun geri verme konusundaki düzenlemelerinin derli toplu bir görünüm arz ettiğini söylemek güçtür. Suçluların geri verilmesi müessesesi, tüm karmaşıklığı ve zaman içinde değişen ihtiyaçlarına karşılık, geçmişte TCK'nın bir maddesiyle düzenlenmişti. Bu uygulama, 5237 sayılı TCK döneminde de sürdürülmüştür.

Uluslararası alanda ise suç ve suçlularla mücadelede uluslararası işbirliği, kural olarak sözleşmelerle gerçekleşmektedir. Türkiye, suçluların geri verilmesiyle ilgili çok sayıda ikili ve çok taraflı sözleşmeye taraf olmuştur. Buna karşılık, imzalanan ikili ve çok taraflı sözleşmelerde suçluların geri verilmesi konusunda bir terim birliğinin bulunduğunu söylemek güçtür. Bu sözleşmelere bakıldığında, sözleşmelerin bazılarında "*iade*" terimi kullanılırken, bazılarında ise "*geri verme*" teriminin kullanıldığı, hatta aynı sözleşmenin içinde dahi bu konuda bir terim birliğinin bulunmadığı ve bu alanda hukukumuzda bir karmaşa yaşandığı görülmektedir. Sözleşmelerin Türkçe nüshalarındaki genel dil özensizliği, dil konusunda hukukumuzda yaşanan sorunlara çarpıcı birer örnek teşkil etmektedir.

Öte yandan, genel olarak kanunlarımızda da terim birliği bulunmamakta ve bu durum yalnızca ceza alanındaki düzenlemelerde değil hukukun her alanında kendini göstermektedir. Birbirlerinden farklı kanunlarda var olan bu tutarsızlık ve disiplinsizliğe ne yazık ki aynı kanunun içinde de rastlanmaktadır.

Geri vermeye ilişkin düzenlemeler içeren metinlerde duyulan terminoloji birliği ihtiyacının giderilmesi ise bize göre ancak bu konudaki kanuni çerçeveyi oluşturacak müstakil bir geri verme kanununun çıkarılması ile mümkün olacaktır. Bu konuda uygulayıcılara yol gösterecek böyle bir kanunun çıkarılmasının yanı sıra; geri verme konusundaki uluslararası sözleşmelerin hazırlık ve onay aşamalarından sorumlu makamların, sözleşme taslakları ile Türkçe nüshalarının oluşturulması aşamalarında, başta merkezi makam olmak üzere konunun diğer taraflarıyla daha sıkı işbirliği içinde çalışmaları, başta terminoloji birliği olmak üzere karşılaşılan diğer sorunların da üstesinden gelinmesine imkan sağlayacaktır.

Belirtildiği üzere böyle bir kanun hem iç hukukta karşılaşılan usule ve esasa dair çok sayıda soruna çözüm bulacağı gibi, genel bir Türk geri verme politikasının oluşturulmasına da zemin teşkil edecektir. Bu kanun sayesinde Tunus Sözleşmesinde görüldüğü gibi, aynı sözleşmenin içinde aynı konunun ifade edilmesinde görülen terminoloji farkları ile karşılaşılmayacak, daha uyumlu ve tutarlı bir dilin sözleşmelere hakim olması sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

ASIAN DEVELOPMENT BANK, Mutual Legal Asistance, Extradition and Recovery of Proceeds of Corruption In Asia and The Pacific, Thematic Review-Final Report, 2007.

AYBAY, Rona, Kamusal Uluslararası Hukuk, Seçkin, Ankara, 2011.

AYBAY, Rona, Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, Sayı: 70, 2007, (s.187-213).

CAN, Hacı/ÖZEN, Çınar, Türkiye-AT Ortaklık Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005.

CHEVALLIER, Jacques, Hukuk Devleti, (Çev: Ertuğrul Cenk Gürcan), İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.

CRYER, Robert/FRIMAN, Hakan/ROBINSON, Darryl/WILMSHURST, Elizabeth, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge, 2. Baskı, 2010.

DAVER, Bülent, Kanunla İlgili Meseleler, AÜSBF Dergisi, C:16, Sayı:4, 1961, (s.217-246).

DONAY, Süheyl, Türkiye ile ABD Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım ve Ceza Yargılarının Yerine Getirilmesine İlişkin Anlaşmalar, MHB, Sayı:1, 1981, (s.9-12).

EM, Ali, Kanunların ve İdari düzenleyici Tasarrufların Yapım Tekniği, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

GILBERT, Geoff, Aspects of Extradition Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/ Boston/London, 1991.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Devletlerarası Ceza Hukuku, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara, 1959.

GÜLER, Ülkü, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçluların Geri Verilmesi, Adalet Dergisi, Sayı:28, 2007, (s.55-110).

GÜRKAN, Ülker, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, 4.Bası, Ankara, 2005.

İBA, Şeref, Kanun Metninin Hazırlanması ve Cumhurbaşkanlığına Gönderme Süreci, in Kanun Yapım Süreci Sempozyumu, 17/1/2011, (Ed: İrfan Neziroğlu ve Fahri Bakırcı), (s.179-184).

İÇEL, Kayıhan; Suçluların Geri Verilmesi, İÜHFM, C:30, Sayı:1-2, 1964, (s.693-721).

İÇEL, Kayıhan, Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural, Güncel Hukuk, Mayıs-2005, Sayı:5,(s.12-13).

İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1.Kitap, Beta, İstanbul, 2005.

KUZU, Burhan, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

MEMİŞ, Emin, Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C:I, Beta, İstanbul, 1991.

ÖZGEN, Eralp, Suçluların Geri Verilmesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1962.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2008.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara, 2008.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı, MHB, Yıl:10, Sayı:1-2, 1990, (s.151-163).

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

SELÇUK, Sami, Önce Dil, Truva Yayınları, İstanbul, 2009.

SELÇUK, Sami, Dil, Hukuk ve Öneriler, Güncel Hukuk, Mayıs-2011, Sayı:5, (s.24-30).

SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, 5.Bası, İstanbul, 2011.

YENİSEY, Feridun, Yurtdışında İşlenen Suçlar, MHB, Sayı:1, Yıl:6, Yıl:1986, (s.21-23).

YENİSEY, Feridun, (Ed), Ceza Hukukuna Giriş, Alman Ceza Hukuku (Hans Heinrich Jescheck), Kusur İlkesi (Hans Heinrich Jescheck), Ceza Hukukunun Sınırları (Ulrich SIEBER), Beta, İstanbul, 2007.

YILMAZ, Alia, Individual Rights in the European Extradition Procedure, Cenevre Üniversitesi, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales,Yayımlanmamış Doktora Tezi, Tez No:506, Cenevre, 1993.

YÜKSEL, Nahit, "Yasama Sürecinin Söylem Sorunları (5018 Sayılı Yasaya Eleştirel Bakış Denemesi)", Bütçe Dünyası, Sayı:25, C:2, 2007, (s.16-27).

İNTERNET KAYNAKLARI VE DİĞER KAYNAKLAR

Resmi Gazete:

20/7/1961, 10859; 11/6/1963, 11425; 13/7/2010, 27640.

Adalet Bakanlığının 16/11/2011 tarihli ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/7-4 sayılı Genelgesi.

Extradition Act (S.C. 1999, c. 18)**,** (http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-23.01/;Erişim: 17.11.2011).

Extradition Act 2003, (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/notes/contents ; Erişim: 12/1/2012).

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt:10, Yasama Yılı:1; (http://www.tbmm.gov.tr/ tutanaklar/TUTANAK/DM/d02/c010/dm02010153.pdf; Erişim: 22/1/2012).

TÜRK VERGİ HUKUKUNDA YER ALAN SAKAT VE ÖZÜRLÜLERE YÖNELİK VERGİSEL AYRICALIKLAR

Derya YAYMAN[*]
Ali ÇIMAT[**]

ÖZET

En gelişmiş canlı olarak tanımlanan insan, doğuştan veya sonradan meydana gelen nedenlerle sahip olduğu bazı organlarını ve melekelerini tam anlamıyla normal bir şekilde kullanamayabilir. Çeşitli zihinsel ve bedensel engelleri olabilir. Bu engeller, doğumla ya da doğumdan sonra ortaya çıkabilir. Hatta normal olarak yaşamını devam ettiren bizler, her an engelli durumuna düşebiliriz. Öyle ise, vücudunda bulunan organlarını çeşitli nedenlerle eksik kullanan veya kullanamayan, yoksunluğu olan kişilere, engelli diyebiliriz. Bizlerin de her an bir engelli olabileceği gerçeğinden hareketle; engellilerin yaşam şartlarının iyileştirilmesi ve geliştirilmesi günümüzde bütün toplumların ve devletlerin öncelikli hukuki, sosyal ve ekonomik amaçlarından biri haline gelmiştir.

Başta Anayasamızda olmak üzere, birçok mali ve ekonomik yasalarda, özellikle vergi yasalarında sakat ve özürlülere yönelik ayrıcalıkların olduğunu ve bunların da; her geçen gün arttığını ve sistemli ve anlaşılabilir hale geldiğini söyleyebiliriz. Anayasamızın 61'nci maddesinde, Devletin, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına uyumlarını sağlayıcı tedbirleri alacağı, bu amaçla gerekli teşkilat ve tesisleri kuracağı veya kurulmasını sağlayacağı ifade edilmiştir. Diğer yandan, özürlü vatandaşların, içinde bulunduğu zor koşulların giderilmesine katkıda bulunmak ve özürlüler ile özürlü olmayanlar arasındaki rekabet eşitsizliğini gidermek amacıyla öteden beri vergi hukukunda ve Türk Vergi Hukukunda çeşitli düzenlemeler yer almıştır. Vergisel düzenlemelerin büyük çoğunluğu sübjektif karakterli vergilerde olsa bile, bazı ayrıcalıklı hükümlerin objektif karakterli vergilerde de olabildiğini ve genişleyerek sürdüğünü söyleyebiliriz. Bu çalışmada yalnızca, vergisel ayrıcalıklara değil diğer bazı mali ayrıcalıklara da değinilecektir. Bu ayrıcalıkların nasıl bütünleştirilebileceği ve engellilere nasıl daha iyi koşullarda uygulanabileceği ve mevzuat karmaşasının nasıl önüne geçilebileceği gibi öneriler de getirilmeye çalışılacaktır.

---

[*] Yrd.Doç.Dr., Muğla Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Politikası Bölümü Öğretim Üyesi.

[**] Doç.Dr., Muğla Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Politikası Bölümü Öğretim Üyesi.

Anahtar Kelimeler: *Vergi, Vergi Hukuku, Engelliler, Mali Ayrıcalıklar, Vergisel Ayrıcalıklar.*

TAX PRIVILEGES FOR THE CRIPPLED AND DISABLED IN TURKISH TAX LAW

ABSTRACT

Defined as the most advanced live human, inborn or later as well as some organs occurring reasons and be able to take full advantage of a normal ability. There may be various mental and physical obstacles. This prevents, by birth or after the birth. Even the normally lives in the disabled state at any moment we extends to be faced. If so, the organs in the body, missing for a variety of reasons, people who are using or who cannot use the deprivation disabilities. We also can be disabled at any time, a motion due to; improving the conditions of life of people with disabilities and development of societies and States today, all legal, one of the goals of social and economic priority.

In the first place of our Constitution, many financial and economic laws, especially the tax laws of the crippled and disabled is also for privileges and their; every day that we can say that the systematic and understandable. Our Constitution, at article, State, disabilities pearly and community life will be enhanced, for this purpose, the necessary measures for the provider organization and facilities for servicing or installation that has been stated. On the other hand, the conditions in which the majority of citizens with disabilities, and disability with disability is difficult to contribute to the non-competition between the tax law and to let the Turkish Tax Law unbroken in various arrangements. The vast majority of the subjective character of taxation regulations. Some privileged provisions even if the subjective character also suggested and I can say that since the objective-character. This study not only touched upon some other fiscal privileges, tax privileges also. These privileges can be applied to how people with disabilities how to be combined and better terms and given suggestions as to how the legislation will be also caused by the some legislative problems.

Key Words*: Tax, Turkish Tax Law, Disabilities, Fiscal Privileges, Tax Privileges.*

I. GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü sakatlığın, fiziksel, bilişsel, zihinsel, duyusal, duygusal, gelişimsel ya da bunların bir bileşiminden kaynaklandığını belirtmektedir. Engelli bozuklukları, etkinlik sınırlamaları ve katılım kısıtlamalarını içine alan bir şemsiye terimdir. Bir bozulma, vücut

fonksiyonları ya da yapısı için bir sorundur; görev veya eylem yürütme içinde bir birey tarafından karşılaşılan zorluk ise, bir etkinlik kısıtlamasıdır; süre katılım kısıtlaması, birey için de hayata katılımı ile ilgili önemli bir sorundur. Böylece, engellilik, özürlü kişinin vücut özellikleri ve toplum içinde yaşayan o özellikler arasındaki etkileşimi yansıtan karmaşık bir olgudur.

Vücudunda hasta veya eksik bir yanı olanlara; sakat, engelli veya özürlü denilebilir. Çalışma gücünün %66,6'sını kaybedenler malul, %40 ve yukarısını kaybedenler ise sakat sayılmaktadırlar.

Dünya nüfusunun yaklaşık %10'unu oluşturan özürlü kesimin ekonomik ve sosyal yaşama katılmaları bütün dünyada üzerinde durulan konulardan birisidir.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun 2002 yılı verilerine göre, ülkemiz nüfusunun %12,29'unu özürlü kişiler oluşturmaktadır. Günümüz nüfusuna göre bu oran yaklaşık 9 milyon özürlü kişiye tekabül etmektedir[1].

Özürlülerin hayat standartlarının iyileştirilmesi ve geliştirilmesi anayasal güvence altına alınarak Anayasamızda, *"Devletin sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı ve bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kuracağı veya kurulmasını sağlayacağı..."* ifade edilmiştir.

Ülkemizde özürlüler ile ilgili kanun *7.7.2005*'te yürürlüğe girmiştir. Amacı; özürlülüğün önlenmesi, özürlülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmaktır[2].

Bu kişilerin, çalışma güçlerinin bir kısmını veya tamamını kaybetmeleri sebebiyle vergi kanunlarıyla bir takım vergisel ayrıcalıklar yapılmıştır. Türk Vergi Hukukunda yer alan bu vergisel ayrıcalıklara burada değinilecektir.

II. SAKAT VE ÖZÜRLÜLERE YÖNELİK VERGİSEL AYRICALIKLAR

Türk Vergi Sistemimizde yer alan sakat ve özürlülere yönelik vergisel ayrıcalıklar şöyle belirtilebilir;

[1] GÜNEŞ, s.1.

[2] KIVANÇ-POYRAZ, s.1.

• 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 31 ve 89'ncu maddelerinde yer alan, özürlü hizmet erbabı ve bunların bakmakla yükümlü oldukları özürlüler için hizmet erbabının ücretlerinden ve serbest meslek erbabı ile basit usulde vergilendirilen özürlülerin gelirlerinden sakatlık indirimi uygulanması,

• 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 32'nci maddesiyle özürlü hizmet erbabının ücretlerine asgari geçim indirimi uygulaması esası,

• 1319 sayılı Emlak Vergisi kanunun 8inci maddesi ile yapılan bir düzenleme ile özürlülere sıfır oranlı bina vergisi uygulaması,

• 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17'nci maddesi 4 (s) bendi ile Özürlülerin, eğitim, meslek ve günlük yaşamları için özel olarak üretilmiş her türlü araç-gereç ve özel bilgisayar programlarını edinmelerinde Katma Değer Vergisi istisnası

• 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası ile (II) sayılı listedeki kayıt ve tescile tâbi mallardan, münhasıran, aracı sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibatı bulunanların, malûl ve sakatlar tarafından beş yılda bir defaya mahsus olarak bizzat kullanılmak üzere ilk iktisabına Özel Tüketim Vergisi muafiyeti tanınması,

• Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun istisnalara ilişkin 4/c maddesiyle; *"Özür durumuna göre bütün vücut fonksiyon kaybı oranı (sakatlık derecesi) %90 ve daha fazla olan malul ve özürlülerin adlarına kayıtlı taşıtlar ile diğer malul ve özürlülerin (özür durumuna göre bütün vücut fonksiyon kaybı oranı %90'dan az olanların), bu durumlarına uygun hale getirilmiş özel tertibatlı taşıtlara"* tanınan Motorlu Taşıtlar Vergisi istisnası,

• Gümrük Vergisi Kanunu (Madde 167/12)'de malul ve sakatların kullanımına mahsus eşyaya tanınan gümrük vergisi muafiyeti[3].

Türk Vergi Hukukunda yer alan sakat ve özürlülere yönelik vergisel ayrıcalıkları;

- Gelir Vergisi Kanununda
- Katma Değer Vergisi Kanununda
- Gümrük Vergisi Kanununda

[3] İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü, s.3.

- Emlak Vergisi Kanununda
- Özel Tüketim Vergisi Kanununda
- Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununda

olmak üzere altı başlık altında inceleyeceğiz.

A. Gelir Vergisi Kanununda Yer Alan Vergisel Ayrıcalıklar

Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan vergisel ayrıcalıklar; sakatlık indirimi müessesesi ve sponsorluk harcamalarına tanınan vergisel ayrıcalıklar olmak üzere iki başlık altında inceleyebiliriz.

1. Sakatlık İndirimi Müessesesi

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 31'nci maddesinde *"Sakatlık"* kelimesi**,** söz konusu Kanunun 89'ncu maddesinde *"Özürlü"* olarak ifade edilmekle beraber, genelde kullanılan kelime *"Özürlü"*dür.

Sakatlık indirimi, çalışma gücü kayıp oranı asgari %40 ve üzerinde olanların ücret ve/veya kazançlarına girecekleri derecelere göre belirlenen miktarda indirimin uygulanmasıdır.

Türkiye'de mevcut indirimden yararlanan sakat sayısı 214.380 olup Devlet, işgücü durumlarına göre gerek resmi gerekse özel işyerlerinin sakat hizmet erbabı alımında politika uygulamaktadır[4].

Sakatlık indirimi sadece gerçek usulde ücret geliri elde eden kişilere uygulanırken, 4369 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, sakatlık indiriminin kapsamı genişletilmiş, sakatlık indiriminden yararlananların içine; hizmet erbabının bakmakla yükümlü olduğu özürlü kişiler, özürlü serbest meslek erbabı ve serbest meslek erbabının bakmakla yükümlü olduğu özürlü kişiler ile basit usulde vergilenen bazı esnaf ve sanatkâr da dahil edilmiştir[5].

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 31'nci maddesinde, "*Çalışma gücünün asgari %80'ini kaybetmiş bulunan hizmet erbabı birinci derece sakat, asgari %60'ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ikinci derecede sakat, asgari %40'ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ise üçüncü derece sakat*

[4] CENK, s.1.

[5] GELERİ, s.1.

sayılır ve aşağıdaki sakatlık dereceleri itibariyle belirlenen aylık tutarlar, hizmet erbabının ücretinden indirilir…" hükmü yer almıştır.

Sakatlık İndirimi Tutarları[6]

	2012
I. Derece Sakatlar (Çalışma gücünün asgari % 80'ini kaybetmiş olanlar)	770 TL
II. Derece Sakatlar(Çalışma gücünün asgari % 60'ını kaybetmiş olanlar)	380 TL
III. Derece Sakatlar (Çalışma gücünün asgari % 40'ını kaybetmiş olanlar)	180 TL

Bu tutarlar, özürlü ücretlilerde ve bakmakla yükümlü olduğu özürlü kişi bulunan ücretlerde aylık tevkifat matrahından düşülür.

Serbest meslek erbabı ve ücretli çalışan özürlü vatandaşlarımız ile kendisi özürlü olmasa bile ailesinde özürlü kişi bulunan serbest meslek erbabı ile ücretliler vergi indiriminden yararlanırlar[7].

Serbest Meslek faaliyetinde bulunan özürlüler ile bakmakla yükümlü olduğu serbest meslek erbabının ve Basit usulde vergilendirilenlerin yıllık beyan edilecek gelirlerinden yukarıda aylık olarak belirlenen tutarlar yıllık olarak hesaplanarak indirilir.

Dolayısıyla, ücretlinin aylık matrahına girecekleri derecelere göre asgari %15, serbest meslek ve basit usulde vergilendirilenlerde ise yıllık kazançlarında asgari %15 katkı sağlayacaktır.

Bakmakla yükümlü olduğu kişiden, sakatlık indirimi uygulamasına ilişkin olarak yayımlanan Tebliğle, bakmakla yükümlü olunan kişi tanımlanmıştır. Bu tabirden kişilerin, tabi oldukları çalışma mevzuatı veya bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumunun mevzuatına göre bakmakla yükümlü oldukları anne, baba, eş ve çocukları (Çocuklarda yaş sınırlamasına gidilmeksizin işlem yapılmaktadır.) anlaşılacaktır. Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu'nun 95'nci maddesine göre;

---

6 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu (06.01.1961 tarih ve 10700 sayılı Resmi Gazete).

7 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, s.40.

- Yabancı bir memleketteki işverenden doğrudan doğruya ücret alan hizmet erbabı,

- Yine anılan Kanun'un 16'ncı maddesinde yazılı istisnadan faydalanmayan yabancı elçilik ve konsolosluk memur ve hizmetlileri,

- Birden fazla işverenden ücret geliri elde edenlerin birden sonraki ücretlerinin toplamı 103'üncü maddede yazılı tarifenin ikinci gelir diliminde yer alan tutarı aşan ücretliler ücret gelirini yıllık beyanname ile beyan etmeleri nedeniyle, bunların bakmakla yükümlü olduğu özürlü kişi bulunan hizmet erbabı da sakatlık indiriminden yararlanabilecektir.

Ücret gelirleri yıl içinde kesintiye tabi olmadığı için gelir vergisi beyannamesi veren hizmet erbabı, bu indirimi yıllık olarak hesaplayıp beyanname üzerinden indirebilir. Ancak, yıl içinde ücret matrahından indirim konusu yapan ücretliler, ikinci kez yıllık beyanname üzerinden sakatlık indiriminden yararlanmaları mümkün olmayacaktır.

Bu hükümlere göre; hizmet erbabının sakatlık indiriminden yararlanabilmeleri için aşağıdaki şartların mevcut olması gerekir.

- Ücret geliri elde etmesi

- Elde edilen ücret gelirinin gerçek usulde olması,

- Çalışma gücünün asgari %40'ını kaybetmiş olması.

- Bakmakla yükümlü olduğu özürlü kişi olması.

a. Sakatlık İndiriminden Yararlanan Ücretlilerde Asgari Geçim İndiriminin Mahsup Edilmesi

Gelir Vergisi Kanunu'nun 32'nci maddesinde yer alan hükme göre, asgari geçim indirimi uygulamasından ücretleri gerçek usulde vergilendirilen gerçek kişiler yararlanabilecektir. Kanun metninde indirim tutarının hesaplanmasında uygulanacak olan oranlar belirtilmiştir. 265 Seri No'lu Genel Tebliğ'de ise uygulamaya ilişkin olarak gerekli açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamalara göre; asgari geçim indirimi, ücretin elde edildiği takvim yılı başında belirlenen 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin yıllık brüt tutarına;

Mükellefin kendisi için	% 50'si
Çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için	% 10'u
Çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere ilk iki çocuk için	% 7,5'i
Diğer çocuklar için	% 5'i

Çalışan Ücretlinin Medeni Durum	**2012 Yılı Aylık Asgari Geçim İndirimi Tutarı**
Bekâr	66,49 TL
Evli eşi çalışan	66,49 TL
Evli eşi çalışan 1 çocuk	76,46 TL
Evli eşi çalışan 2 çocuk	86,43 TL
Evli eşi çalışan 3 çocuk	93,08 TL
Evli eşi çalışan 4 çocuk	99,73 TL
Evli eşi çalışmayan	79,79 TL
Evli eşi çalışmayan 1 çocuk	89,76 TL
Evli eşi çalışmayan 2 çocuk	99,73 TL
Evli eşi çalışmayan 3 çocuk	106,38 TL
Evli eşi çalışmayan 4 çocuk	113,03 TL

olmak üzere ücretlinin şahsi ve medeni durumu dikkate alınarak hesaplanan indirim oranlarının uygulanması sonucu bulunacak tutarın, Gelir Vergisi Kanunu'nun 103'üncü maddesinde yer alan gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranla çarpılması sonucu bulunacak indirim tutarının 1/12'sinin aylık olarak hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilmesi suretiyle bulunacaktır. Yani, mahsup edilecek asgari geçim indirimi tutarı, asgari ücretin yıllık brüt tutarına yukarıdaki oranların uygulanması sonucunda bulunan tutara, gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oran olan %15 oranının çarpılması suretiyle bulunmaktadır. Bulunan bu tutar da hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilmektedir.

Öte yandan, sakatlık indiriminden yararlanan bir ücretlinin gelir vergisi matrahı hesaplanırken sakatlık indirimi mahsup edilecek, sakatlık indiriminin mahsubundan sonra kalan gelir vergisi matrahı üzerinden hesaplanan gelir vergisi tutarından da yıllık asgari geçim indirimi tutarının 1/12'sinin mahsup edilmesi gerekmektedir[8].

2. Sponsorluk Harcamalarına Tanınan Vergisel Ayrıcalıklar

Sakat ve özürlülere yönelik sportif faaliyetlerin teşvikinde sponsorluk harcamalarına tanınan vergisel ayrıcalıkları; sportif faaliyetlerin desteklenmesine yönelik vergisel teşvikler ve Sporculara Transfer Ücreti Veya Sair Adlarla Yapılan Ödemeler ve Sağlanan Menfaatler olmak üzere iki başlık altında inceleyebiliriz.

a. Sportif Faaliyetlerin Desteklenmesine Yönelik Vergisel Teşvikler

Kuruluşlar, sponsorluk faaliyetlerinde bazı amaçları ön plana çıkarırlarken, diğer sponsorluk amaçlarına da katkıda bulunmak, kuruluşun tespit etmiş olduğu hedeflere ve hedef kitlelerine ulaşmak için farklı sponsorluk alanlarını ve türlerini seçerler. Sponsorluklar bireysel sporcuların sponsorluğu, spor takımlarının sponsorluğu ve spor organizasyonlarının sponsorluğu şeklinde olabilmektedir. Verginin içeriğinden bahsedildiğinde, önce bir şeylere sahip olmak, daha sonra, sahip olunanlar üzerinden çeşitli gerekçelerle vermek uygulaması söz konusu olacaktır. Sahip olunan şey, bir servet unsuru olabileceği gibi geliri ve tüketim harcamaları da bir değer olarak vergilendirilebilen konu içerisinde yer almaktadır. Bilindiği üzere vergi kanunları verginin konusunu, yükümlüyü, verginin ne zaman doğduğunu, matrahını, tarifesini, vergi borcunun nasıl, ne zaman tarh, tahakkuk ve tahsil edileceğine ilişkin usul ve esasları belirler. Anayasa vergilerin ancak kanunla alınabileceği sınırlamasını koymakla, vergileme yetkisini yasama organına tanımaktadır.

Verginin kanuniliği ilkesi, 1982 Anayasasındaki temellerini; 2'nci maddede vurgulanan Türkiye Cumhuriyeti'nin "*sosyal bir hukuk devleti*" olduğuna ilişkin hüküm ile 73'ncü maddenin 3'ncü fıkrasında yer alan "*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır"* hükmünden almaktadır. Kamu hizmetlerinin temel ve genel bir kaynak olarak vergi gelirleri ile beslenmesi, devletlerin yaşayışında uzun

[8] CENK, s.5.

bir evrimin sonucudur. Bununla beraber sporun toplum için ne kadar önemli bir mahiyeti olduğu açıktır. Sporun bireyin topluma uyumunu sağlayan, kişilerin ruh ve beden sağlıklarını güvence altına alan bir uğraşı alanı olduğu bilinmektedir. Bu nedenle de devletin vatandaşına spor yaptırma, spor yapabilme olanakları sağlaması bir ödevdir. İşte devlet spora yapılan yatırımları teşvik etmek ve sporun yaygınlaşması ve gelişmesi için sahip olduğu vergiyi tahsil etme hakkından kısmen feragat ederek sporda sponsorluk yapılması durumunda vergi indirimlerini düzenleyen bir takım değişikler yapmıştır. Bu değişiklikler doğrultusunda, bahse konu vergi indirimlerinden yararlanabilecek gerçek kişiler ve indirim oranları ilgili kanunda aşağıdaki gibi belirtilmiştir:

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun "*diğer indirimler*" başlıklı maddesinin 8'nci bendi ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun matrahtan yapılacak indirimler hakkı tanınan 10 uncu maddesinin 1/b bendinde sporun sponsorluğu ile ilgili düzenleme getirmekte, söz konusu hükme göre gelir ve kurumlar vergisi matrahının tespitinde, gelir vergisi ve kurumlar vergisi beyannamesi üzerinde ayrıca gösterilmek üzere, gelir ve kurum kazancından 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 17.6.1992 tarihli ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun kapsamında yapılan sponsorluk harcamalarının; amatör spor dalları için tamamı, profesyonel spor dalları için %50'si ilgili dönem beyan edilen gelir ve kurumlar vergisi kazancından o yılki kazançla sınırlı olmak üzere indirim hakkı tanınmıştır. Gelir ve Kurumlar vergisi mükellefleri vergi ve sosyal güvenlik kuruluşlarına borcu nedeniyle takibata uğrayan gerçek ve tüzel kişiler olmadıkları sürece sponsorluk yaparak vergi indiriminden yararlanabilmektedirler. Sponsorluk yapan mükellefler, sponsorluk harcamalarını yaptıkları yıl itibariyle yıllık gelir/kurumlar vergisi beyannamelerinde beyan ettikleri safi kazançlar üzerinden indirim konusu yapabileceklerdir. Bu indirim için söz konusu beyannamelerin ekinde herhangi bir belgenin ibrazı zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, mükellefler defter ve belgelerini Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde tutmakla yükümlü olduklarından herhangi bir inceleme sırasında veya vergi idaresince istenilmesi halinde bu belgelerin ibraz edilmesi gerekmektedir.

b. Sporculara Transfer Ücreti Veya Sair Adlarla Yapılan Ödemeler ve Sağlanan Menfaatler

Sporculara kulüpleri tarafından transfer ücreti, aylık, ücret, teşvik primi gibi değişik adlarla yapılan ödemeler ücret olarak vergilendirilmektedir.

Sporculara kendi kulübüyle sözleşme yapması veya başka kulübe gitmesi halinde transfer ücreti, milli takımlarda görev yapan sporculara federasyonlar tarafından yapılan ödemelerle, sair adlarla sağlanan menfaatler (konut sağlanması, konut kirasının karşılanması) ücret kapsamı içerisindedir.

Sporcu ücretlerinin vergilendirilmesi spor ve sporcunun teşviki kapsamında yeniden bir düzenleme yapılmış, diğer ücretlilerden ayırarak daha düşük oranda vergilendirilmesi öngörülmüştür. Normal ücretlerin tabi olduğu ve dik artan oranlı tarife yerine (%15, %20, %27, %35), tek oranlı daha düşük vergi tarifesi öngörülmüştür.

Transferi yapan kulüp tarafından karşı kulübe veya kuruluşlara ödenen bonservis bedelleri ise sporcuya yapılan bir ödeme olmadığından ücret olarak kabul edilmez.

5766 sayılı yasa ile GVK'ya eklenen geçici 72'nci madde ile 31.12.2017 tarihine kadar geçerli olmak üzere sporculara yapılan ücret ve ücret sayılan ödeme ve sağlanan menfaatler üzerinden;

Lig usulüne tabi spor dallarında

- En üst ligdekiler için %15
- En üst altı ligdekiler için %10
- Diğer ligdekiler için %5

Lig usulüne tabi olmayan spor dallarındaki sporculara yapılan ödemelerle milli sporculara uluslar arası müsabakalara katılmaları karşılığında yapılan ödemelerden %5 oranında vergi kesilmektedir.

B. Katma Değer Vergisi Kanunu'nda Yer alan Vergisel Ayrıcalıklar

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun[9] "*Sosyal ve Askerî Amaçlı İstisnalarla Diğer İstisnalar*" başlıklı 17'nci maddesinin "*Diğer İstisnalar*" başlıklı 4'ncü fıkrasına 5378[10] sayılı Kanunla eklenen (s) bendi ile "*özürlülerin eğitimleri, meslekleri, günlük yaşamları için özel olarak üretilmiş her türlü araç-gereç ve özel bilgisayar programlarının*" teslimi KDV'den istisna edilmiştir.

[9] 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (02.11.1984 tarih ve 18563 sayılı Resmi Gazete).

[10] Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (07.07.2005 tarih ve 25868 sayılı Resmi Gazete).

Konu ile ilgili olarak yayımlanan 110 seri no.lu KDV Genel Tebliğinde[11], *"5378 sayılı Kanunu'nun 32'nci maddesi ile KDV Kanunu'nun 17'nci maddesinin (4) numaralı fıkrasına, 7/7/2005 tarihinden geçerli olmak üzere eklenen (s) bendi uyarınca, özürlülerin eğitimleri, meslekleri, günlük yaşamları için özel olarak üretilmiş her türlü araç-gereç ve bilgisayar programlarının teslimi KDV'den müstesnadır.*

Buna göre, münhasıran özürlülerin eğitimleri, meslekleri, günlük yaşamlarında kullanmaları için özel olarak üretilmiş her türlü araç-gereç (örneğin görme özürlülerin kullandıkları baston, yazı makinesi, kabartma klavye; ortopedik özürlülerin kullandıkları tekerlekli sandalye, ortez-protez gibi cihaz ve araçlar) ile özel bilgisayar programları istisna kapsamında kabul edilecektir. Binek otomobili ve diğer nakil vasıtalarının ise sözü edilen "araç-gereç" kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır." denilmek suretiyle, taşıt araçlarının bu kapsamda olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Diğer taraftan, istisna maddesinde, söz konusu araç-gereçlerin "*özürlülerin eğitimleri, meslekleri, günlük yaşamları için özel ''olarak üretilmiş"* olmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla, başlangıçta özürlüler için özel olarak üretilmeyen, bir başka ifadeyle, *herkes tarafından kullanılabilecek* şekilde üretilmiş olan araç gereçlerin, özürlülerin günlük yaşamlarında da kullanılabilmesi halinde KDV istisnası söz konusu olmayacaktır.

C. Gümrük Kanunu'nda Yer Alan Vergisel Ayrıcalıklar

Gümrük Kanunu'nun 167'nci maddesinin "*Diğer Eşya*" başlıklı 12'nci fıkrasının a bendiyle malul ve sakatların kullanımına mahsus eşyanın gümrük vergilerinden muaf olduğu belirtilmiştir[12].

2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı[13] eki *"Gümrük Vergilerinden Muafiyet ve İstisna Tanınacak Haller Hakkında Karar"* uyarınca;

- (25/12/2008 tarihli ve 2008/14486 sayılı BKK ile değişik) Körler hariç olmak üzere malul ve sakatların eğitimi, çalışması veya fiziksel ve ruhsal açıdan sosyal gelişimlerine yönelik, özel olarak üretilmiş olup, malul ve

[11] 110 Seri No'lu KDV Genel Tebliği (11.07.2008 tarih ve 26933 sayılı Resmi Gazete).

[12] 4458 Sayılı Gümrük Kanunu (04.11.1999 tarih ve 23866 sayılı Resmi Gazete).

[13] 13/1/2000 Tarihli ve 2000/53 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Gümrük Vergilerinden Muafiyet ve İstisna Tanınacak Haller Hakkında Karar (05.02.2000 tarih ve 23955 sayılı Resmi Gazete).

sakatların kendi kullanımları için getirdikleri veya onlara yardım sağlanması amacına yönelik olarak kamu yararına faaliyette bulunan dernekler ile Sağlık Bakanlığınca yetki verilmiş kurum veya kuruluşlarca ithal edilen eşya, ve malul ve sakat kişileri taşımaya yönelik sakat kişinin araca binip inmesiyle taşınmasını kolaylaştırıcı tertibatı bulunan motorlu ticari araç,

*- (5/5/2008 tarihli ve 2008/13676 sayılı BKK ile değişik**)** Münhasıran malûl ve sakatlar tarafından kullanılmak üzere özel surette imal edilmiş hareket ettirici tertibatı bulunan (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren sol bacak engeli olan gazilerde özel tertibat aranmaz) ve bunlar tarafından ithal edilen motorlu veya motorsuz koltuklar, bisiklet, motosiklet ve motor silindir hacmi 1600 (dahil) cc'ye kadar olan binek otomobilleri (arazi taşıtları hariç) ile,*

- El ve ayak fonksiyonlarını tamamen yitirmiş olmaları nedeniyle bizzat sakat kişi tarafından kullanılamayan, sakat kişinin araca binip inmesiyle taşınmasını kolaylaştırıcı tertibatı bulunan ve sakat kişinin üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımlarından bir sürücü veya sakat kişi tarafından iş akdine bağlı olarak istihdam edilen bir sürücü tarafından kullanılan motor silindir hacmi 2500 (dahil) cc'ye kadar olan taşıtlar (arazi taşıtları ve binek otomobiller hariç) gümrük vergilerinden muaf tutulmuştur.

Görüldüğü üzere, arazi taşıtları bu istisnanın dışında tutulmuştur.

Konusu geçen eşyaya mahsus olan ve eşya ile birlikte getirilen parça, yedek parça ve aksesuarlar veya bu eşyanın bakım, kontrol, ayarlama ya da tamiri için gerekli olan aletler de bu muafiyet kapsamındadır.

Söz konusu parça, yedek parça ve aksesuarlar ile sair aletlerin, eşyanın ithalinden sonra yurda getirilmesi halinde de muafiyetin uygulanabilmesi için bunların muafiyetten yararlanarak ithal edilen eşya ile ilgili olduklarının gümrük idaresine kanıtlanması gerekmektedir.

Ç. Emlak Vergisi Kanunu'nda Yer Alan Vergisel Ayrıcalıklar

Malul ve özürlülere vergi açısından sağlanan imkanlara 2006 yılı başından itibaren Emlak Vergisi'nde uygulanmaya başlanan indirimli vergi oranı eklenmiştir. Emlak Vergisi Kanunu'nun değiştirilen 8'nci maddesine göre; özürlülerin Türkiye sınırları içinde brüt 200 m²'yi geçmeyen tek meskeni olması (kullanım hakkına sahip olunması hali dahil) halinde, şartları taşıyan özürlülere emlak vergisi ödememeleri için fırsat tanınmıştır.

Özürlülerin indirimli bina vergisi oranından yararlanabilmeleri için bu durumlarını tam teşekküllü Devlet hastanesinden alınmış olan sağlık kurulu raporu ile ilgili belediyelere belgelendirmeleri gerekmektedir.

İndirimli vergi oranının uygulanması için meskende bizzat oturma şartı aranmamaktadır. Bu nedenle, sahip olduğu tek meskeni kiraya verip, kirada oturan özürlü de diğer şartları taşımak kaydıyla emlak vergisi ödemeyecektir.

200 m²'yi geçmeyen tek meskene hisse ile sahip olunması halinde indirimli vergi oranı, meskenin toplam Emlak Vergisinin hisseye düşenine uygulanacaktır.

Birden Fazla Meskene Sahip Olan Özürlüler İçin Emlak Vergisi Uygulaması

- *Birden fazla meskeni olanlar,*
- *Birden fazla meskende hisseye sahip olanlar,*
- *200 m²'yi geçen tek konuta sahip olanlar*

Emlak Vergisi muafiyetinden yararlanmayacaklardır. Ayrıca belirli zamanlarda dinlenme amacıyla kullanılan meskenler için vergi oranında bir indirim uygulanmayacaktır. İndirimli vergi oranından yararlanan mükelleflerin, gerekli şartlardan herhangi birini kaybetmeleri halinde, bu durumu mükellefiyetlerinin bulunduğu belediyeye bildirmeleri gerekmektedir.

Gerçek dışı taahhütte bulunmak suretiyle Emlak Vergisi ödemeyen özürlüler ile durumlarında meydana gelen değişikliği bildirmeyen özürlülerden alınması gereken Emlak Vergisi, cezalı olarak gecikme faizi ile birlikte alınır[14].

D. Özel Tüketim Vergisinde Yer Alan Vergisel Ayrıcalıklar

Ulaşımlarını bireysel araçlarıyla yapmak isteyen engelliler Özel Tüketim Vergisi indiriminden yararlanabilmektedirler. Bu haktan;

Sağlık Kurulu Raporunda *"özel tertibatlı araç kullanabilir"* kararı bulunan, H sınıfı ehliyet sahibi engelliler,

· Sağlık Kurulu Raporuyla işgücünün yüzde 90 veya üzerini kaybeden engelliler yararlanabilmektedir[15].

[14] 1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanunu (11.08.1970 tarih ve 13576 sayılı Resmi Gazete).

[15] Türkiye Sakatlar Derneği, s.1.

4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu' muzun[16] 7'nci maddesi 2'nci fıkrasına göre;

"*II sayılı listede yer alan kayıt ve tescile tâbi mallardan;*

a) 87.03 (motor silindir hacmi 1.600 cm³'ü aşanlar hariç), 87.04 (motor silindir hacmi 2.800 cm³'ü aşanlar hariç) ve 87.11 G.T.İ.P. numaralarında yer alanların, sakatlık derecesi %90 veya daha fazla olan malûl ve özürlüler tarafından,

b) 87.03 (motor silindir hacmi 1.600 cm³'ü aşanlar hariç), 87.04 (motor silindir hacmi 2.800 cm³'ü aşanlar hariç) ve 87.11 G.T.İ.P. numaralarında yer alanların, bizzat kullanma amacıyla sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibat yaptıran malûl ve özürlüler tarafından,

Beş yılda bir defa olmak üzere ilk olarak satın alınması Özel Tüketim Vergisi (ÖTV)'nden istisnadır."

Özür durumuna göre bütün vücut fonksiyon kaybı oranı (sakatlık derecesi) % 90 ve daha fazla olan özürlülerin bazı taşıt araçlarını "*özel tertibat veya mekanik ilave yaptırılması şartı"* olmaksızın Özel Tüketim Vergisi ödemeden satın alabilmelerine imkân sağlanmıştır.

Özürlü adına kayıtlı olan araç bu kişinin üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımlarından birisi veya noterce düzenlenmiş iş sözleşmesine bağlı olarak çalıştırılan bir sürücü tarafından kullanılacaktır.

1. ÖTV' den İstisna Taşıt Araçları

Malul ve özürlülerin özel tertibat yapılma şartı olsun veya olmasın ÖTV ödemeden iktisap edebilecekleri taşıt araçları şunlardır:

- Motor silindir hacmi 1600 cm³'ü aşmayan binek otomobilleri ve esas itibariyle insan taşımak üzere imal edilmiş diğer motorlu taşıtlar (steyşın vagon, arazi taşıtı ve jeepler dahil),

- Motor silindir hacmi 2800 cm³'ü aşmayan eşya taşımaya mahsus taşıtlar,

- Motosikletler, mopedler ve bir yardımcı motoru bulunan tekerlekli taşıtlar.

[16] 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu (12.06.2002 tarih ve 24783 sayılı Resmi Gazete).

ÖTV istisnası uygulanan araçlar için istisnadan yararlanan kişi (veya kişiler) adına düzenlenecek faturalarda ÖTV gösterilmeyecektir.

Bu istisnadan yararlanan kişilerin istisna uygulanan ilk alımlarına ilişkin ÖTV beyannamesi ekine, alıcının maluliyetine veya sakatlığına dair tam teşekküllü bir devlet hastanesinden alınan sağlık kurulu raporu ile aracın sakatlığa uygun olarak değiştirildiğine dair teknik belgenin aslı veya noter onaylı örneği ve alıcının "*H"* sınıfı sürücü belgesinin fotokopisi eklenecektir. Vergi Dairesince kabul edilen beyanname ve ekleri incelenerek tahakkuk fişi ve istisna uygulandığını gösteren "*ÖTV Ödeme Belgesi*" düzenlenecek ve mükellefe verilecektir. Bu tür araçların kayıt ve tescilini yapanların, araç sahibinin faturada ve *"ÖTV Ödeme Belgesi*" nde alıcı olarak gösterilen kişi (veya kişiler) olduğunu tespit etmeleri gerekmektedir.

2. Özür Durumuna Göre Bütün Vücut Fonksiyon Kaybı Oranı (Sakatlık Derecesi) %90 veya Daha Yüksek Olanlarda ÖTV İstisnası

Özel Tüketim Vergisi Kanununda, engel derecesi %90'ı aşanların herhangi bir mekanik ilave veya tadilat yapılması şartı olmaksızın yurt içinden veya yurt dışından iktisap ettikleri taşıt araçlarından ÖTV tahsil edilmemesi sağlanmıştır.

Engel sebebinin önemi bulunmamaktadır. Görme, işitme, konuşma veya ortopedik ola-bileceği gibi zihinsel özürlüler de kanundan yararlanabilmektedir. Özür durumuna göre bütün vücut fonksiyon kaybı oranı (sakatlık derecesi) %90 ve üzerinde olduğu, Sağlık Bakanlığının belirlediği sağlık kuruluşlarından (tam teşekküllü devlet hastanesi) alınacak rapor ile belgelendirilmesi şartıyla, yukarda vasfı ve motor silindir hacmi belirtilmiş olan araçlardan birisinin özürlüler tarafından ÖTV ödenmeden satın alınması veya ithal e-dilmesi de mümkün kılınmıştır.

Bu şekilde yurt içinden taşıt aracı iktisap edecek veya ithal edecek olanların motorlu taşıt kullanma ve ehliyet alma imkânları olmadığı için bunlar adına alınan taşıtlar başkaları tarafından kullanılacaktır. Başkalarından kasıt, araç sahibinin üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımlarından birisi veya noterce düzenlenmiş iş sözleşmesine bağlı olarak çalıştırılan bir sürücü olacaktır. Yetkili sağlık kuruluşlarından alınacak sağlık kurulu raporunun, araçların ilk alımının yapılacağı motorlu araç ticareti yapan yetkili bayi veya galeri tarafından vergi dairesine verilecek Özel Tüketim Vergisi Beyannamesine eklenmesi suretiyle, beyannamede ÖTV hesaplanmayacaktır.

Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun "*Diğer İstisnalar*" ile ilgili 7'nci maddesinin (2) numaralı bendine göre, bentte belirtilen taşıt araçlarının malûl ve engelliler tarafından *beş yılda* bir defaya mahsus olmak üzere ilk iktisabı ÖTV'den istisna edilmiştir.

Bu defa 5766 Sayılı Kanun[17] ile 7'nci maddenin (2) numaralı bendinin (b) alt bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki alt bent eklenmiştir.

"c) 87.03 (motor silindir hacmi 1.600 cm'ü aşanlar hariç), 87.04 (motor silindir hacmi 2.800 cm'ü aşanlar hariç) ve 87.11 G.T.İ.P. numaralarında yer alanların, bu bendin (a) ve (b) alt bentlerinde belirtilen malûl ve engelliler tarafından ilk iktisabından sonra deprem, heyelan, sel, yangın veya kaza sonucu kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle hurdaya çıkarılmasında, bu G.T.İ.P. numaralarında yer alan malları hurdaya çıkaran malûl ve engelliler tarafından,"

Yapılan yukarıdaki düzenleme ile; motor silindir hacmi 1600 cm³'ü aşmayan *binek otomobilleri* ile motor silindir hacmi 2800 cm³'ü aşmayan *eşya taşımaya mahsus motorlu taşıtların engelliler tarafından ilk iktisabından sonra* deprem, heyelan, sel, yangın veya kaza sonucu kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle hurdaya çıkarılmasında, bu malları hurdaya çıkan malul ve engelliler tarafından tekrar iktisabı ÖTV'den istisna edilmiştir.

5766 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesi (d) fıkrası ile ÖTV Kanunu'nun *"Oran veya Tutar"* başlığı altındaki 12'nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının sonuna aşağıdaki paragraf eklenmiştir.

"(II) sayılı listedeki mallardan alınacak vergi, mükellefin bu malı alış bedeli üzerinden, malın tabi olduğu orana göre hesaplanan vergi tutarından az olamaz. İthalatçıların alış bedeli olarak, ithalatta hesaplanan katma değer vergisi matrahı esas alınır. Verginin alış bedeli üzerinden hesaplandığı durumlarda, mükellefin malı teslim tarihine kadar bu malı mükellefe teslim eden tarafından yüzde 10'a kadar yapılan indirimler alış bedelinden de indirilir."

Bu hükme göre, otomobil dahil nakil vasıtaları satışlarında ÖTV, bayinin alış bedeli üzerinden aracın tabi olduğu orana göre hesaplanan vergiden az olamayacaktır. *1 Temmuz 2008* tarihinde yürürlüğe giren bu uygulamada,

[17] 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (06.06.2008 tarih ve Mük.26898 sayılı Resmi Gazete).

satıcının yaptığı yüzde *10'a kadar olan iskontolar/indirimler* dikkate alınarak ÖTV matrahı belirlenecektir.

5766 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesinin (e) fıkrası ile ÖTV Kanunu'nun *"Müteselsil Sorumluluk ve Ceza Uygulaması"* başlıklı 13'ncü maddesine aşağıdaki 4'üncü fıkra eklenmiştir.

"4. İhraç edilmek için üretilenler hariç olmak üzere, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesinin verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen özel etiketi veya işareti olmayan veya 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 18'inci maddesinin verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen ulusal markeri bulunmayan ya da standartlara uygun olmayan özel tüketim vergisine tabi malları bulundurduğu tespit edilen işyeri sahibi adına, tespit tarihindeki malların emsal bedeli veya miktarı üzerinden re'sen özel tüketim vergisi tarh edilir. Tarh edilen bu vergi, asgari maktu vergi tutarına göre hesaplanacak vergiden az olamaz. Bu tarhiyata ayrıca vergi ziyaı cezası uygulanır."

Buna göre; Vergi Usul Kanunu'nun Maliye Bakanlığına verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen *özel etiketi* veya *işareti* olmayan veya Petrol Piyasası Kanunu'nun verdiği yetki uyarınca kullanılma zorunluluğu getirilen *ulusal markeri bulunmayan ya da standartlara uygun olmayan özel tüketim vergisine tabi malları bulundurduğu tespit edilenler adına,* tespit tarihindeki malların emsal bedeli veya miktarı üzerinden re'sen özel tüketim vergisi tarh edilmesi hükme bağlanmıştır.

Düzenlemeye göre tarh edilen vergi, asgari maktu vergi tutarına göre hesaplanacak vergiden az olamayacak ve tarhiyata ayrıca *vergi ziyaı cezası* uygulanacaktır.

Yukarıdaki fıkra hükmü de *01.07.2008* tarihinde yürürlüğe girecektir.

5766 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesinin (f) fıkrası ile, ÖTV Kanunu'nun 15'nci maddesinin 2 numaralı fıkrasının (a) bendinin sonuna aşağıdaki hüküm eklenmiştir.

"*Kanun'un 7'nci maddesinin (2) numaralı bendi çerçevesinde istisnadan yararlananlar tarafından bu istisnadan yararlanılarak iktisap ettikleri kayıt ve tescile tabi malları 5 yıldan fazla kullanarak elden çıkarmaları durumunda bu hüküm uygulanmaz."*

Bu hüküm ile; malul ve engellilerin istisna kapsamında alarak 5 yıldan fazla kullandıkları motorlu araçlarının; istisna kapsamında olmayan kişilere satışı da ÖTV'den istisna edilerek, satış işlemleri kolaylaştırılmıştır[18].

E. Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda Yer Alan Vergisel Ayrıcalıklar

197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun[19] istisnalara ilişkin 4/c maddesine göre; *"Özür durumuna göre bütün vücut fonksiyon kaybı oranı (sakatlık derecesi) %90 ve daha fazla olan malul ve özürlülerin adlarına kayıtlı taşıtlar ile diğer malul ve özürlülerin, bu durumlarına uygun hale getirilmiş özel tertibatlı taşıtlar"* Motorlu Taşıtlar Vergisi'nden istisna edilmiştir. Yapılan düzenleme ile özür durumuna göre bütün vücut fonksiyon kaybı oranı (sakatlık derecesi) %90 ve daha fazla olan malul ve özürlülerin adlarına kayıtlı taşıtlar ile diğer malul ve özürlülerin adlarına kayıtlı olan özel tertibatlı taşıtlar Motorlu Taşıtlar Vergisinden istisna edilmiştir. Burada taşıtın bizzat kullanılması şartı aranmayacaktır. Özür durumuna göre bütün vücut fonksiyon kaybı oranı (sakatlık derecesi)%90 ve daha fazla olan malul ve özürlülerin bu durumlarını tam teşekküllü devlet hastanesinden alınmış olan sağlık kurulu raporu ile ilgili Vergi Dairelerine belgelendirmeleri halinde, söz konusu malul ve özürlülerin kendi adlarına kayıt ve tescil edilmiş olan taşıtları, Motorlu Taşıtlar Vergisine tabi tutulmayacaktır. Bu istisnadan yararlanmak için, malul ve özürlülere ait taşıtın özel tertibatlı veya özel tertibatlı hale getirilmiş olması şartı aranmayacaktır. Özür durumuna göre bütün vücut fonksiyon kaybı oranı (sakatlık derecesi)%90'dan az olan malul ve özürlülerin bu durumlarını; tam teşekküllü Devlet hastanesinden alınan sağlık kurulu raporu ile belgelendirmeleri ve kendi adlarına kayıt ve tescilli olan taşıtların özürlülük haline uygun özel tertibatlı taşıt veya özel tertibatlı hale getirilmiş taşıt olduğunu belirten "*Motorlu Araç Tescil Belgesi*" nin ilgili tescil kuruluşlarınca onaylanmış örneği ile "*Araçlar İçin Teknik Belge*" ve "*Proje Raporu*"nun aslı veya noter onaylı örneğinin ilgili Vergi Dairelerine verilmesi halinde bu istisna hükmünden yararlanabileceklerdir. İstisnadan yararlanacak olan malul ve özürlüler tarafından; "*Malûl ve Özürlüler Adına Kayıt ve Tescilli Taşıtlarda Motorlu Taşıtlar Vergisi İstisnası Bildirim Formu*" istisnadan yararlanmak için gerekli olan diğer belgeler ile birlikte ilgili Vergi Dairesine verilecektir.

[18] Gelir İdaresi Başkanlığı, 16.06.2008 Tarih ve 2008/89 Sayılı Vergi Sirküleri.

[19] 197 Sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu (23.02.1963 tarih ve 11342 sayılı Resmi Gazete).

5035 sayılı Kanun'un[20] 22'nci maddesi ile Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun istisnalara ilişkin 4üncü maddesinin (c) bendi; *"Sakatlık dereceleri %90 ve daha fazla olan malul ve engellilerin adlarına kayıtlı taşıtlar ile diğer malûl ve engellilerin, bu durumlarına uygun hale getirilmiş özel tertibatlı taşıtlar."* olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu yeni düzenleme, 01.01.2004 tarihi itibariyle geçerlilik kazanmıştır.

Yapılan düzenleme ile malul ifadesine engelliler ifadesi eklenmiş, malul ve engellilerin bu istisnadan yararlanma şartı olan **"***bizzat kullanmak*" zorunluluğu uygulamadan kaldırılarak; sakatlık dereceleri %90 ve daha fazla olan malul ve engellilerin adlarına kayıtlı taşıtlar ile diğer malul ve engellilerin adlarına kayıtlı olan ve malul ve engellilerin bu durumlarına uygun hale getirilmiş özel tertibatlı taşıtlar motorlu taşıtlar vergisinden istisna edilmiştir. Anılan istisnanın uygulama şekli şöyledir;

1. Sakatlık Dereceleri %90 ve Daha Fazla Olan Malûl ve Engellilere Ait Taşıtlarda İstisna Uygulaması

Sakatlık dereceleri %90 ve daha fazla olan malul ve engellilerin bu durumlarını tam teşekküllü Devlet hastanesinden alınmış olan sağlık kurulu raporu ile ilgili vergi dairelerine belgelendirmeleri halinde, söz konusu malul ve engellilerin kendi adlarına kayıt ve tescil edilmiş olan taşıtları, motorlu taşıtlar vergisine tabi tutulmayacaktır. Bu istisnadan yararlanmak için, söz konusu malul ve engellilere ait taşıtın özel tertibatlı veya özel tertibatlı hale getirilmiş olması şartı aranmayacaktır.

2. Diğer Malul ve Engellilere Ait Taşıtlarda İstisna Uygulaması

Sakatlık dereceleri %90'dan az olan malul ve engellilerin bu durumlarını; tam teşekküllü Devlet hastanesinden alınan sağlık kurulu raporu ile belgelendirmeleri ve kendi adlarına kayıt ve tescilli olan taşıtların engellilik haline uygun özel tertibatlı veya özel tertibatlı hale getirilmiş taşıtlar olduğunu belirten *"Motorlu Araç Tescil Belgesi"*'nin ilgili tescil kuruluşlarınca onaylanmış örneği ile *"Araçlar İçin Teknik Belge"* ve *"Proje Raporu"*nun aslı veya noter onaylı örneğini ilgili vergi dairelerine ibraz etmeleri halinde bu istisna hükmünden yararlanabileceklerdir.

[20] Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (02.01.2004 tarih ve Mük.25334 sayılı Resmi Gazete).

3. Malul ve Engelliler İstisnası İle İlgili Bildirim

Malul ve engelliler istisnasından yararlanacak olan malul ve engelliler tarafından; genel tebliğ ekinde örneği bulunan (EK: 1) *"Malul ve Engelliler Adına Kayıt ve Tescilli Taşıtlarda Motorlu Taşıtlar Vergisi İstisnası Bildirim Formu"* düzenlenerek (Bildirim Formu'nun www.gib.gov.tr internet adresinde bulunan örneğinin düzenlenmesi mümkün bulunmaktadır.) istisnadan yararlanmak için gerekli olan diğer belgeler ile birlikte ilgili vergi dairesine verilecektir.

III. SONUÇ

Engellilere tanınan vergisel ayrıcalıkların önemli bir kısmı gelir vergilerinde, bir kısmı KDV, ÖTV ve gümrük vergileri gibi harcamalar üzerinden alınan vergilerde ve çok az bir kısmı da servet üzerinden alınan vergilerde toplanmıştır.

Engellilerin bir işe girmeleri ve bir gelir elde etmeleri konusu son derece önemli bir konudur. Çalışma güçlerinin bir kısmını veya tamamını kaybetmiş engelliler, toplum içerisinde daha iyi koşullarda yaşamayı hak etmektedirler. Bu bağlamda, Özel Tüketim Vergisi Kanunu ile malul ve engellilere yönelik yapılan düzenlemelerle bu kişilerin araç almaları teşvik edilmeye ve böylelikle daha iyi koşullarda yaşamalarına destek sağlanmaya çalışılmıştır.

5766 sayılı Kanun öncesi malul ve engellilere yönelik ÖTV istisnası, iktisap edilen aracın satışı durumunda ÖTV'nin ödenmesi nedeniyle verginin ötelenmesi anlamına gelmekteydi. Ancak, 5766 sayılı Kanun ile birlikte malul ve engellilerin ilk iktisap ettikleri araçların 5 yıl içinde satışı durumunda tarh ve tahsil edilmeyen ÖTV'nin alınacağı; 5 yıl geçtikten sonra satılması durumunda ise, ilk iktisapta alınmayan ÖTV'nin tarh ve tahsil edilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Engelli kişilerin yaşam standartlarının daha iyi duruma gelmesi adına bu vergisel desteğin sağlanmasının çok yerinde bir düzenleme olduğu açıktır [21].

Sponsorluk miktarının amatör spor kulüplerinde tamamının, profesyonel spor kulüplerinde ise yarısının matrahtan indirilmesi vergisel avantaj olmasına rağmen hem gelir hem de kurumlar vergisi mükellefleri

[21] GÜNEŞ, s.2.

yaptıkları sponsorluk destek harcamaları dolayısıyla vergi yükünün sadece %32'sinden kurtulmaktadırlar. Bu nedenle Engelli spor federasyonlarına ve engelli spor dallarında faaliyet gösteren spor kulüplerine ilişkin sponsorluk miktarının tamamının, ödenmesi gereken vergi miktarından indirileceği şeklinde bir düzenlemenin yapılması binlerce sakat ve özürlü vatandaşımıza spor yapma imkanı getirebilir.

Çalışmamızda geniş olarak ele aldığımız, engellilere tanınan vergisel ayrıcalıkların yanında bir de; 14 Temmuz 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan *"Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin*[22]" aşağıdaki iki maddesinde belirtilen hususların da dikkate alınmasını engellilerin ekonomik ve sosyal hayatlarının iyileştirilmesi için önemli buluyoruz:

Çalışma ve İstihdamla ilgili 27'nci Madde:

1. *Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğunu kabul eder. Bu hak, engellilerin, açık, bütünleştirici ve erişilebilir bir iş piyasası ve çalışma ortamında serbestçe seçtikleri bir işle hayatlarını kazanmaları fırsatını da içerir. Taraf Devletler çalışırken engelli olanlar dahil olmak üzere tüm engellilerin çalışma hakkının yaşama geçmesini yasama çalışmalarını da içeren uygun tüm tedbirleri alarak güvence altına alır. Taraf Devletler bunların yanı sıra;*

(a) *İşe alım ve istihdam edilme koşullarında, istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi ve sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dahil olmak üzere, istihdama ilişkin her hususta, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklar;*

(b) *Fırsat eşitliği, eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, tacizden korunma ve mağduriyetin giderilmesi, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları dahil olmak üzere diğer bireylerle eşit koşullar altında adil ve uygun çalışma koşullarının sağlanmasına ilişkin olarak engellilerin haklarını korur;*

(c) *Engellilerin iş ve sendikal haklarını diğer bireylerle eşit koşullar altında kullanabilmelerini sağlar;*

(d) *Engellilerin genel teknik ve mesleki rehberlik programlarına, yerleştirme hizmetlerine, mesleki ve sürekli eğitime diğer bireylerle eşit koşullar altında etkin bir şekilde erişimini sağlar;*

(e) *İş piyasasında engellilerin istihdam olanaklarının ve kariyer gelişiminin*

[22] Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (14.07.2009 tarih ve 27288 sayılı Resmi Gazete).

desteklenmesine ve engellilerin iş aramasına veya işe başlamasına, çalışmaya devam etmesine ve işe geri dönmelerine yardım eder;

(f) *Serbest çalışma, girişimcilik, kooperatif kurma ve kendi işini kurma konusundaki fırsatları geliştirir;*

(g) *Engellileri kamu sektöründe istihdam eder;*

(h) *Olumlu eylem programları, teşvikler ve diğer tedbirleri de içerebilecek uygun politika ve önlemlerle, engellilerin özel sektörde istihdam edilmelerini destekler;*

(ı) *Engellilerin çalıştığı işyerlerinde makul düzenlemelerin yapılmasını sağlar;*

(j) *Engellilerin açık iş piyasasında iş deneyimi kazanmasını temin eder;*

(k) *Engelliler için mesleki rehabilitasyon, işte kalma ve işe dönüş programları yürütür.*

2*. Taraf Devletler engellilerin kölelik altında tutulmalarını engeller ve engellileri zorla veya mecburi çalışmaya karşı diğer bireylerle eşit koşullar altında korur.*

Yeterli Yaşam Standardı ve Sosyal Korunmayla ilgili 28'nci Madde:

1. *Taraf Devletler, engellilerin yiyecek, giysi ve barınma dahil kendileri ve aileleri için yeterli yaşam standardı hakkını ve yaşam koşullarının sürekli olarak iyileştirilmesi hakkını tanır. Taraf Devletler bu hakkın engelli olmaları nedeniyle ayrımcılığa uğramaksızın tanınmasını temin etmek için gerekli adımları atar.*

2. *Taraf Devletler engellilerin sosyal korunma ve engelliliğe dayalı ayrımcılığa uğramadan bu haktan yararlanma hakkını tanır ve aşağıda belirtilen tedbirler dahil olmak üzere bahse konu hakkın tanınmasını temin etmek ve geliştirmek için gerekli adımları atar:*

(a) *Engellilerin temiz su hizmetlerine, uygun ve bedeli ödenebilir hizmetlere eşit erişimlerini sağlamak ve engellilerin ihtiyaçlarına ilişkin araç-gereç ve diğer yardımlara erişimlerini temin etmek;*

(b) *Özellikle engelli kadın ve kızlar ve engelli yaşlılar dahil olmak*

üzere, engellilerin sosyal koruma programlarına ve yoksulluk azaltıcı programlara erişimini sağlamak;

(c) *Yoksulluk koşullarında yaşayan engellilerin ve ailelerinin uygun eğitim, danışmanlık, mali yardım ve süreli bakım dahil engelliliğe ilişkin harcamalarında devlet yardımına erişimini sağlamak;*

(d) *Engellilerin toplu konut programlarına erişimini sağlamak;*

(e) *Engellilerin emeklilik fırsatları ve programlarına eşit erişimini sağlamak.*

KAYNAKÇA

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, *Bilgilendirme Rehberi*, Ankara 2012 (http://ozurluveyasli.gov.tr.erişim:18.04.2012).

CENK**,** Ramazan, Bütün Yönleriyle Sakatlık İndirimi Uygulaması, Kimler Nasıl Yararlanır ve Hesaplama Örnekleri, *E-Yaklaşım Dergisi***,** Yıl:2012, Sa: 230, s. 1-4.

Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB), *Özürlüler İçin Vergi Rehberi*, Ankara 2006.

Tarih ve 2008/89 Sayılı Vergi Sirküleri

(http://gib.gov.tr. erişim: 20.06.2008).

GELERİ**,** Mehmet Fatih, Sakatlık İndirimi ve Yararlanma Şartları (http:// www.alosgk.com. erişim**:**18.04.2012).

GÜNEŞ, Şibli, Gelir Vergisi Kanunu İle ÖTV ve MTV Kanununda Engelliler Lehine Yapılan Vergisel Düzenlemeler", *E-Yaklaşım Dergisi***,** Yıl: 2010, Sa:209, s.1-2.

İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü, *Özürlülere Tanınan Vergisel Avantajlar,* İzmir 2008.

KIVANÇ**,** Hakan**-**POYRAZ, Emre, Vergi ve Gümrük Mevzuatında Özürlülere Sağlanan Vergisel Avantajlar

(http://www.alomaliye.com/2009/hakan_kivanc_ozurlu.htm. erişim: 4.7.2009).

Türkiye Sakatlar Derneği, Vergi Muafiyetleri

(http://www.tsd.org.tr/vergi-muafiyetleri-5937, erişim*:* 22.04.2012).

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu (06.01.1961tarih ve 10700 sayılı Resmi Gazete).

3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (02.11.1984 tarih ve 18563sayılı Resmi Gazete).

Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (07.07. 2005 tarih ve25868 sayılı Resmi Gazete).

110 Seri No'lu KDV Genel Tebliği (11.07.2008 tarih ve 26933sayılı Resmi Gazete).

1319 Sayılı Emlak Vergisi Kanunu (11.08.1970 tarih ve 13576 sayılı Resmi Gazete).

197 Sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu (23.02.1963 tarih ve 11342 sayılı Resmi Gazete).

Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (02.01.2004 tarih ve Mük.25334 sayılı Resmi Gazete).

4458 Sayılı Gümrük Kanunu (04.11.1999 tarih ve 23866 sayılı Resmi Gazete).

13/1/2000 tarihli ve 2000/53 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki Gümrük Vergilerinden Muafiyet ve İstisna Tanınacak Haller Hakkında Karar

(05.02.2000 tarih ve 23955 sayılı Resmi Gazete).

4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu (12.06.2002 tarih ve 24783sayılı Resmi Gazete).

5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (06.06.2008 tarih ve Mük.26898 sayılı Resmi Gazete).

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (14.07.2009 tarih ve 27288 sayılı Resmi Gazete).

BOŞ