

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt XVII, Ocak-Nisan 2013, Sayı 1-2
Vol. XVII, January-April 2013, No. 1-2**

**Prof. Dr.
Oğuz Kürşat ÜNAL' a
Armağan**

**ANKARA
Ocak-Nisan 2013**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University

Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Editörler: Editors :

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assist. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Arş. Gör. Dr. Alper Çağrı YILMAZ Dr. Alper Çağrı YILMAZ

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

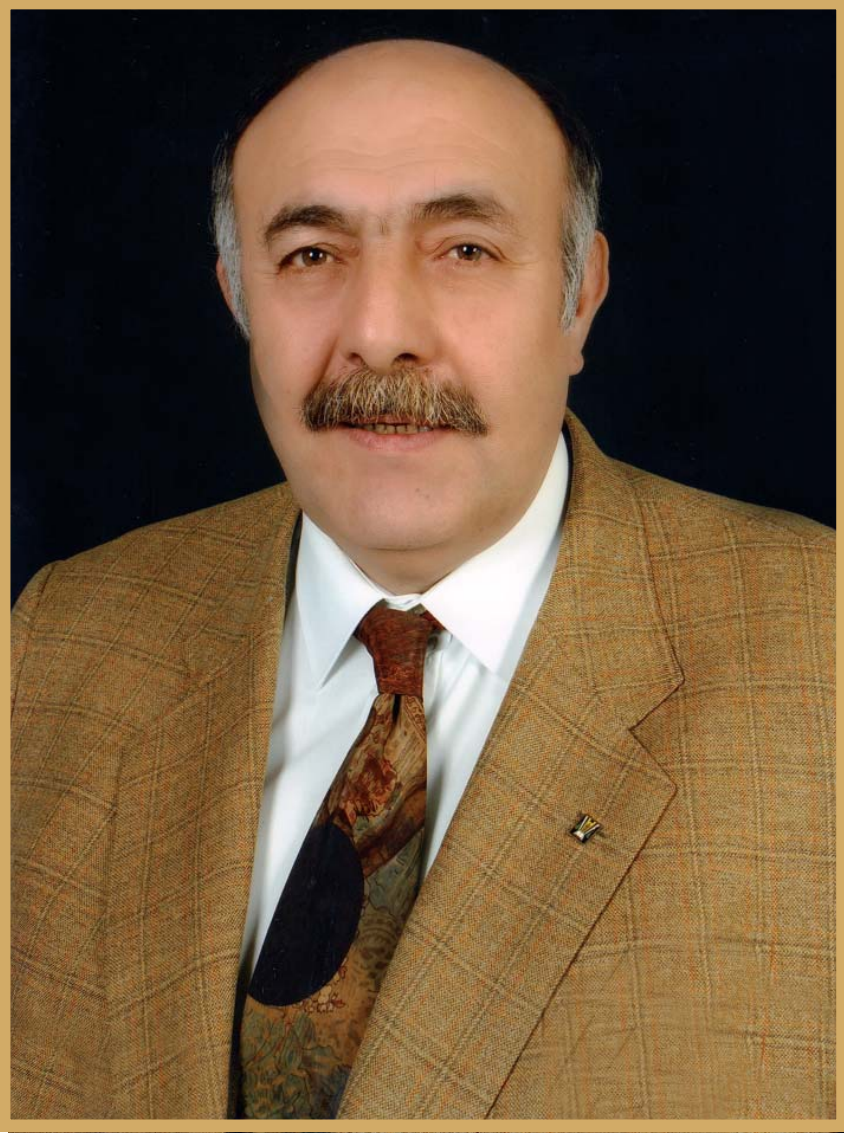
Basım Yeri: Gazi Üniversitesi Matbaa İşletmesi ve Ahşap İmalathanesi Müdürlüğü
Gölbaşı/ANKARA

Faks : +90 312 484 36 49 e-posta: gazi-bas-mev1@hotmail.com

Basım Tarihi : Temmuz 2013

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



Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL
(1955 -)

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. Veyssel 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. Yedigâr 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.

İnternette 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

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XVII Ocak-Nisan 2013

Sayı 1-2

İ Ç İ N D E K İ L E R

Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'ın Özgeçmişi.....	I

TAKDİM YAZILARI

Rıza AYHAN.....	XI
Oğuz Kürşat ÜNAL'ın Asistanları.....	XIII

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

TTK m.208 Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığın Ortaklıktan Çıkarılması İrfan AKIN.....	1-20
Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Artırımı Usulü Rüveyda Gülmisal AKKALE	21-44
Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Mehmet Ali AKSOY.....	45-76
Türkiye'de Milletvekillerinin Sosyal Güvenliği Meselesi Kadir ARICI.....	77-122
Çarter Partideki Tahkim Kızunun Konişmento Hamiline Etkisi İbrahim ARSLAN / Sevgican AYDIN.....	123-140
6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları Muhittin ASTARLI	141-184
Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379) Özge AYAN	185-228

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları Sema AYDIN / Hasan Ali KAPLAN / Arzu ŞEN KALYON	229-260
Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delillerin Milletlerarası İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi ve Karşılaşılabilecek Sorunlar Musa AYGÜL	261-290
Ticarî İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe Rıza AYHAN	291-314
İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi Nurullah BAL	315-352
Sınırlı Esnek Sermaye Sistemi (Kapitalband) İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Yeni Bir Müessese Hayrettin ÇAĞLAR	353-370
Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi Ertan DEMİRKAPI	371-442
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi Bilge DEVELİ	443-490
Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası Ülgen ASLAN DÜZGÜN	491-512
Hukuki Açıdan Define İhsan ERDOĞAN	513-534
Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi Mustafa ERKAN	535-562
Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri İbrahim ERMENEK	563-630
Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar Kürşat GÖKTÜRK	631-662
Limited Şirketlerde Çıkmaya Katılma Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL	663-682
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1470. ve 1471. Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler M. Barış GÜNAY	683-706

Küresel Finans Krizinin Etkilediği Gemi Finansmanına Dair Hukuki Sorunlar Hacı KARA	707-722
Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri Mustafa Sencer KARA	723-742
Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi Dilşad KESKİN	743-774
Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma Belin KÖROĞLU	775-804
Kaydileştirilmesi Gereken Pay Senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşuna Teslim Etmeyen Kişilerin Hukuki Durumu Huriye KUBİLAY	805-830
Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi Mehmet ÖZDAMAR	831-856
Sosyal Medyada Özel Hayatın Korunması: Almanya ve Türkiye'deki Hukuki Durum Seldağ GÜNEŞ PESCHKE / Lutz PESCHKE	857-884
Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi Hasan PULAŞLI	885-898
Uluslararası Deniz Hukuku Kuralları Işığında Gemi Trafik Hizmetleri (VTS) Sistemi Ve Operatörlerinin Hukuki Statüsü Fevzi TOPSOY	899-938
Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü Hüsnü TURANLI	939-960
Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi S. Hilal ÜÇÜNCÜ	961-996
Birleşik Krallık Şirketler Hukukunda Şirket Merkezi (Registered Office) Mecburiyeti Mustafa YASAN	997-1014
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler Abdulkerim YILDIRIM	1015-1048

Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?	
M. Fadıl YILDIRIM	1049-1060
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı	
Zeynep YILDIRIM	1061-1094
6302 Sayılı Kanun Hükümleri Uyarınca Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Edinimi	
Alper Çağrı YILMAZ	1095-1126
KAMU HUKUKU	
Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay	
Ender Ethem ATAY	1129-1154
Uluslararası Adalet Divanı'nın Petrol Platformları'na İlişkin Kararının Değerlendirilmesi	
Saeed BAGHERİ	1155-1180
Avusturya Parlamentosu Üzerine	
Fahri BAKIRCI	1181-1242
Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği	
Yusuf Solmaz BALO / Ekrem ÇETİNTÜRK	1243-1292
Vergiye Karşı Direnme Şekilleri ve Vergi İnzivası	
Elif PÜRSÜNERLİ ÇAKAR	1293-1314
Belediye Logoları Hakkında Bazı Düşünceler	
N. Münci ÇAKMAK	1315-1326
Türkiye'de Kamu Personelinin Verimliliğinin Arttırılmasında Hukuki Araçlar ve Yargı Kararları	
Selami DEMİRKOL / Emre AKBULUT	1327-1366
İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme	
Erkan DUYMAZ	1367-1404
İdari Yargıda Uygulama İşlemi	
Çınar Can EVREN	1405-1422
Uluslararası Hukuk Boyutuyla Hukukun Üstünlüğü	
Said Vakkas GÖZLÜGÖL	1423-1454
Memur Disiplin Hukukunda Mobbing	
Ümit GÜVEYİ	1455-1482

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi	
Oğuzhan GÜZEL	1483-1524
Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik	
Zeynep HAZAR	1525-1548
Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi	
M. Kerem OSMANOĞLU	1549-1588
İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)	
Murat SEZGİNİR	1589-1622
İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller	
Mahmut ŞEN	1623-1642
Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı	
Hasan TUNÇ	1643-1654
Nikaragua’nın Demokrasiye Geçışı ve 1987 Anayasası	
Hasan TUNÇ / Fatma Umay GENÇ	1655-1682
Türkiye-İran Adli İşbirliği Sözleşmesi’nin Geri Vermeye İlişkin Bölümünün Değerlendirilmesi	
Ahmet ULUTAŞ	1683-1724
6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım	
Zeki YILDIRIM	1725-1756
Kanuna Karşı Hilenin Vergi Hukukundaki Görünümü Olarak Peçeleme Kavramı ve Muvazaa İle Mukayesesi	
Elif YILMAZ	1757-1782

ÇEVİRİLER

Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü Başarı İçin Yedi Anahtar	
Oğuz Sadık AYDOS	1785-1802
İsviçre Federal Mahkemesi’nin Güven Sorumluluğunun Tâbi Olduğu Zamanaşımı Süresine İlişkin 13.5.2008 Tarihli (BGE 134 III 390) Kararı	
Fahri Erdem KAŞAK	1803-1812

BOŞ

Gazi University Faculty of Law Review
Vol. XVII January-April 2013 Number 1-2
C O N T E N T S

Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL's Curriculum Vitae.....	I

PRESENTATIONS

Rıza AYHAN	XI
Oğuz Kürşat ÜNAL's Assistants	XIII

ARTICLES*

PRIVATE LAW

In Terms Of TTK M.208 In Joint-Stock Companies Squeeze-Out İrfan AKIN	1-20
General Information About Authorized Capital And Increase Procedure Of The Authorized Capital In Non Publicly Joint Stock Companies According To The Turkish Commercial Code No. 6102 Rüveyda Gülmisal AKKALE	21-44
Under Turkish Corporate Governance Regulations, Capital Marked Board of Directors Mehmet Ali AKSOY	45-76
Social Security Of The Members Of The Parliament In Turkey Kadir ARICI	77-122
The Effect Of The Arbitration Clause On The Bill Of Lading Holder Under The Charter Party İbrahim ARSLAN / Sevgican AYDIN	123-140
Revisions Introduced In Trade Unions And Collective Bargaining Agreements Code No 6356 And Legal Consequences Thereof Regarding Union Assurances Muhittin ASTARLI	141-184
Conditions For Joint-Stock Company To Acquire Or Hold Its Own Shares In Pledge Upon General Assembly Resolution (Turkish Code Of Commerce 379) Özge AYAN	185-228

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

Transfer Of Commercial Enterprise And Its Legal Consequences Sema AYDIN / Hasan Ali KAPLAN / Arzu ŞEN KALYON	229-260
Taking Evidence Abroad By International Judicial Assistance And Some Problems That May Occur In International Commercial Arbitration Musa AYGÜL	261-290
Concept Of Commercial Business And Not To Move For Reduction Of Charge And Penal Clause Linked To Merchant Capacity Rıza AYHAN	291-314
Internet Domain Names And Resolution Of Internet Domain Name Disputes By Arbitration Nurullah BAL	315-352
System Of Limited Flexible Capital (Kapitalband) A New Institution In Swiss Corporation Law Hayrettin ÇAĞLAR	353-370
Evaluating The Concept Of Enterprise Of Tradesman To Determine Commercial Enterprise Ertan DEMİRKAPI	371-442
Squeeze Out Merger Within The Framework Of The Turkish Commercial Code Numbered 6102 Bilge DEVELİ	443-490
Professional Liability Insurance Of Notaries Ülgen ASLAN DÜZGÜN	491-512
Legal Aspects Of Treasure-Trove İhsan ERDOĞAN	513-534
The Doctrine Of Separability In International Arbitration: Where The Non-Existence Of The Contract Is Alleged Mustafa ERKAN	535-562
In The Lights Of Adjudication, Arbitration Committee For Consumer Problems İbrahim ERMENEK	563-630
Steps in a Merger Process in Turkish Commercial Law and Some Problems about Mergers Kürşat GÖKTÜRK	631-662
Follow-Up Resignation In Limited Liability Companies Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL	663-682

Comments On The Article 1470 And 1471 Of The Turkish Commercial Code (Law No. 6102) M. Barış GÜNEY	683-706
Legal Issues Relating To The Financing Of Vessels Affected By The Global Financial Crisis Hacı KARA	707-722
Unfair Competition Provisions Regarding To General Terms And Conditions Mustafa Sencer KARA	723-742
Compensation For Prenatal Damages: Claim Of The Fetus Dilşad KESKİN	743-774
Excuse From Liability Under The Articles 79 And 80 Of United Nations Convention For International Sales Of Goods (CISG) Belin KÖROĞLU	775-804
Legal Status Of Persons Who Did Not Deliver The Share Certificates Which Are Required To Be Dematerialized To The Central Securities Depository Institution Huriye KUBİLAY	805-830
Arbitration System in Insurance Law Regarding the Resolution of Disputes Mehmet ÖZDAMAR	831-856
Protection of the Mediatized Privacy in the Social Media: Aspects of the Legal Situation in Turkey and Germany Seldağ GÜNEŞ PESCHKE / Lutz PESCHKE	857-884
Invalidity And Sanction Of Resolution Of General Assembly Joint Stock Company Hasan PULAŞLI	885-898
The Legal Status Of The Vessel Traffic Services (Vts) System And Its Operators In The Light Of The Rules Of International Law Of The Sea Fevzi TOPSOY	899-938
The Invalidity of the Resolutions of the Board of Directors in Joint Stock Companies Hüsnü TURANLI	939-960
Evaluation Of Representation Power Of Agency Within The Content Of Procedural Law S. Hilal ÜÇÜNCÜ	961-996
The Registered Office Obligation In United Kingdom Company Law Mustafa YASAN	997-1014

Evaluations On Some Of The Provisions Of The Draft Study Of Law On The Protection Of Consumers Abdulkerim YILDIRIM	1015-1048

How To Read Art.216 Of Lawno.6098 Turkish Code Of Obligations By Mean's Of Seller's Liability Of Quiet Enjoyment? M. Fadıl YILDIRIM	1049-1060

Scope Of Application Of The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (Cisg) Zeynep YILDIRIM	1061-1094

The Acquisition Of Real Estate Of Foreign Natural Persons In Accordance With The Terms Of Land Register Act. Alper Çağrı YILMAZ	1095-1126

PUBLIC LAW

Le Conseil D'etat A La Lumiere De L'indépendance Et L'objectivité (Neutralité) De La Jurisdiction Ender Ethem ATAY	1129-1154

Evaluating The Decision Of International Court Of Justice Concerning The Oil Pla Saeed BAGHERİ	1155-1180

On The Austrian Parliament Fahri BAKIRCI	1181-1242

The Plea Bargaining In Criminal Law Of Usa And Its Applicability In Turkey Yusuf Solmaz BALO / Ekrem ÇETİNTÜRK	1243-1292

The Types Of Fiscal Resistance And Fiscal Anachoresis Elif PÜRSÜNERLİ ÇAKAR	1293-1314

Some Thoughts About Municipality Logos N. Münci ÇAKMAK	1315-1326

Legal Instrument And Verdict Related To Enhancing The Efficiency Of Civil Cervant In Turkey Selami DEMİRKOL / Emre AKBULUT	1327-1366

A Study On The Protection Of Freedom Of Expression Within The Framework Of The American Convention On Human Rights Erkan DUYMAZ	1367-1404

Application Act In The Context Of Administrative Jurisdiction Çınar Can EVREN	1405-1422

The Rule of Law with the International Law Dimension Said Vakkas GÖZLÜGÖL	1423-1454

Mobbing In Disciplinary Law Of The Civil Servants Ümit GÜVEYİ	1455-1482
Evaluation Of The Intervention Regarding Administrative Jurisdiction 's Duty Field In The Light Of Verdicts Of Constitutional Court Oğuzhan GÜZEL	1483-1524
Freedom Of Press And National Security Zeynep HAZAR	1525-1548
International Documents In The Light Of The Relationship Between Police And Citizens M. Kerem OSMANOĞLU	1549-1588
Les Contrats De Droit Privé Auxquels L'administration Intervient; (Les Contrats De Volonté Commune) Murat SEZGİNER	1589-1622
Models In The Scope Of The Judicial Control Of Administration Mahmut ŞEN	1623-1642
The Right To Individual Application Against Arrest Verdicts In Turkish Law Hasan TUNÇ	1643-1654
Nicaragua's Transition To Democracy And The Constitution Of 1987 Hasan TUNÇ / Fatma Umay GENÇ	1655-1682
The Evaluation Of Extradition Section Of Turkey-Iran Mutual Legal Cooperation Agreement Ahmet ULUTAŞ	1683-1724
The Law (Law No: 6384) On Settlement Of Some Applications Filed Before The European Court Of Human Rights Via Payment Of Compensation:A Different Approach For Settlement Of Human Rights Violations Zeki YILDIRIM	1725-1756
Tax Veiling Concept As A View Of Fraud Against Law In Tax Law And Its Comparison With The Concept Of Collusion Elif YILMAZ	1757-1782

TRANSLATIONS

Product Liability Risk Control Seven Keys To Success Oğuz Sadık AYDOS	1785-1802
The Decision Of The Swiss Federal Court (BGE 134 III 390) Dated 13.5.2008 Regarding The Limitation Of Trust Responsibility Fahri Erdem KAŞAK	1803-1812

BOŞ

ÖZGEÇMİŞ

ADI SOYADI : Prof. Dr. OĞUZ KÜRŞAT ÜNAL

DOĞUM YERİ VE YILI : Afyon, 21.6.1955

BİLDİĞİ YABANCI DİL : İngilizce

AKADEMİK KARIYERİ :

1976	Lisans	Ankara İktisadî ve İdarî Bilimler Akademisi / Başkent İktisadî ve İdari Bilimler Yüksek Okulu / Ekonomi ve Maliye İhtisas Bölümü
1980	Lisans	İstanbul Üniversitesi / Hukuk Fakültesi
1981	Avukatlık Stajı	Ankara Barosu
1981	Araştırma Görevlisi	Ankara İktisadî İdari Bilimler Akademisi / Yönetim Bilimleri Fakültesi – Ticaret Hukuku Kürsüsü
1987	Hukuk Doktoru	Gazi Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk – Ticaret Hukuku Doktorası
1988	Yardımcı Doçentlik	Gazi Üniversitesi / İktisadî İdarî Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Ana bilim dalı
1992	Doçentlik	Gazi Üniversitesi / İktisadî İdarî Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Ana bilim dalı
1997	Doçentlik	Gazi Üniversitesi / Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana bilim dalı
1999	Profesörlük	Gazi Üniversitesi / Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Ticaret Hukuku Ana bilim dalı

YURTDIŞINDA BULUNMA:

1972 – 1973	İngiltere’de yabancı dil eğitimi (Anglo school)
1974 – 1975	İngiltere’de yabancı dil eğitimi (Anglo school)
1984 – 1985	Amerika Birleşik Devletlerinde akademik çalışma (University of Michigan Law School)

ÜNİVERSİTE İDARİ GÖREVLERİ

Ana Bilim Dalı Başkanlığı

1995-1996	Gazi Üniversitesi İktisadî İdarî Bilimler Fakültesi– İşletme Bölümü- Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanlığı
1997-1998	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Özel Hukuk Bölümü- Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanlığı
1998-2000	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kamu Hukuk Bölümü- Çevre Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanlığı
2005-2006	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Özel Hukuk Anabilim dalı Başkanlığı
2009-2011	Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Ticaret Hukuku Anabilim dalı Başkanlığı

Bölüm başkanlığı

2004 – 2009	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuku Bölüm Başkanlığı

Dekan Yardımcılığı

1997 - 1999	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcılığı

Fakülte Yönetim Kurulu, Fakülte ve Akademik Kurul Üyelikleri

1997 – 2005	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yönetim Kurul Üyeliği
1997 – 2005	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülte Kurul Üyeliği
1997 – 2011	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Akademik Kurul Üyeliği

ÜNİVERSİTEDE VERDİĞİ DERSLER :

Lisans Dersleri

- 1988 - 2000 Gazi Üniversitesi – İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
- İşletme Bölümü-Kamu Yönetimi Bölümü
- Uluslar arası İlişkiler Bölümü-İktisat Bölümü-Maliye
Bölümü-Çalışma Ekonomisi Bölümü
Ticaret Hukuku
Ticari İşletme Hukuku
Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku
Kıymetli Evrak Hukuku
Şirketler Hukuku
Kıymetli Evrak ve Sigorta Hukuku
- 1997 - 1998 Gazi Üniversitesi – Maliye Meslek Yüksek Okulu
Ticaret Hukuku (Ticari İşletme – Şirketler - Kıymetli
Evrak – Sigorta)
- 1990 - 1991 İnönü Üniversitesi – İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
Ticaret Hukuku
- 1997 - 2011 Gazi Üniversitesi – Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku - Sermaye Piyasası Hukuku – Ticari
İşletme Hukuku– Şirketler Hukuku - Sermaye Piyasası
Hukuku

Yüksek Lisans Dersleri

- 1995 – 2011 Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
– Özel Hukuk Anabilim Dalı
– Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
– Medeni Hukuk Anabilim Dalı
--Sermaye Piyasası Hukuku
--Sermaye Piyasalarında Aracı

Kurumlar

--Halka Açık Anonim Ortaklıklar

--Tacir Olmanın Hukuki

Sonuçları

--Seminer Dersleri

Doktora Dersleri

2001 – 2011

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Özel
Hukuk Anabilim Dalı ---

- Fatura ve İspat Kuvveti

- Sermaye Piyasalarında Yatırımcıların
Korunmasına İlişkin Tedbirler

- Aracı Kurumlar

- Aracı Kurumların Borsa İşlemlerinden
Doğan Sorumlulukları

- Seminer Dersleri

Akademik Danışmanlık

1995-2011

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Yüksek Lisans ve Doktora Tezlerinde
danışmanlık

Ticaret Hukuku Yüksek Lisans ve doktora tezlerinde
danışmanlık

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk – Ticaret Hukuku Yüksek lisans ve
Doktora izleme komisyon üyeliği

Jüri Üyelikleri

1987-2011

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk – Ticaret Hukuku, İşletme Yüksek
lisans ve doktora tezlerinde jüri üyelikleri

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk – Ticaret Hukuku,

Yüksek lisans ve Doktora tezlerinde jüri üyelikleri

Gazi Üniversitesi - YÖK. - Üniversitelerarası

Kurul

Doçentlik ve Profesörlük Jüri Üyelikleri

BİLİRKİŞİLİK :

1988 – 2011 Ankara Adliyesi Asliye Ticaret, Fikri ve Sınai Haklar, Asliye Hukuk ve Asliye Ceza Mahkemelerinde Bilirkişilik

BÜROKRATİK GÖREVLER:

2001 Kamu Bankaları (T. Emlak Bankası A.Ş.) Yeniden Yapılandırma Komisyon Üyeliği
2001- 2003 Yüksek Öğretim Kurulu - Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Komisyon Üyeliği
1999 - 2011 Milli Prodiktivite Merkezi Genel Kurul Üyeliği (Gazi Üniversitesi Temsilcisi)

KAMU KURUMLARI İLE İLGİLİ PROJE VE ÇALIŞMALAR

2000 Pankobirlik
Pankobirlik iştirak Hisseleri İle İlgili Çalışma
2000 - 2002 Tarım Bakanlığı
TİGEM Tarım İşletmelerinin Özel Sektörle İştirak Kurması Hakkındaki Projenin Hazırlanması
2001 Denizcilik Müsteşarlığı
Türkiye’de Kılavuzluk ve Römorkaj Hizmetleri Hakkında Çalışma
2002 Türk Standartlar Enstitüsü
2003 Radyo ve Televizyon Üst Kurulu İLE İLGİLİ ÇALIŞMA

HUKUK MÜŞAVİRLİĞİ :

Kamu Tüzel Kişilerine, Anonim Şirket, Holding, Limitet Şirket ve Şahıslara

AVUKATLIK :

Ankara Barosu – ÜNAL HUKUK BÜROSU

YAYINLARI :

TEZ VE KİTAPLAR

1. MENKUL KIYMETLER
(Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Menkul Kıymetler)
Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Yayın Nu:
226, Ankara 1987 (Doktora Tezi)
2. ARACI KURUMLAR VE ARACILIK YÜKLENİM SÖZLEŞMESİ
(Doçentlik Tezi - Yayınlanmadı)
3. FATURA VE İSPAT KUVVETİ
Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat
Kuvveti, Ankara 1. bası1997, 2. baskı 2003, 3. Baskı 2003, 4. Bası
2006, 5. Bası 2013)
4. TÜRK VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA
ARACI KURUMLAR, Ankara 1997
5. HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLAR
(Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999
6. SERMAYE PİYASASI HUKUKU VE MEVZUATI (Ankara 2005)

MAKALELER VE YAYINLANDIKLARI DERGİLER

1. Ödeme Makbuzları Menkul Kıymet Olabilir mi?
Mali Hukuk, Kasım, Aralık 1987, sayı 12, s.13-15.
2. A.B.D. Hukukunda Hisse Senedi Çeşitleri
Gazi Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.1987,
c.3, sa.1-2, s.405-416.
3. Türk Hukukunda Kamu Sektörü Menkul Kıymetleri ve Çeşitleri,
Maliye Postası, 15.11.1988, Y.10, sa.197, s.49-55; 1. 12.1988, Y. 10,
saa. 198, s.41-44.
4. Türk Hukukunda Tahvil Türleri,
Maliye Postası, 1.2.1988, Y.9, sa.178, s.46-48.
5. Hisse Senedi ile Değiştirilebilir Tahviller,
Maliye Postası, 1.7.1988, Y.9, sa.188, s.49; 15.7.1988, Y.9, sa.189,

- s.41-45. (Not. 2 Bölüm halinde yayınlanmıştır)
6. Türk Hukukunda Anonim Ortaklıkların Tahvil Çıkarması ve Halka Arzı **Maliye Postası**, 15.2.1988, Y.9, sa.179, s.53-60.
 7. Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti **Maliye Postası**, 1.3.1988, Y.9, sa.180, s.56-59; 15.3.1988, Y.9, sa.181, s.54-59; 1.4.1988, Y.9, sa.182, s.61-63.; 15.4.1988, Y.9, sa.183, s.46-52.
 8. Kurucuların Anonim Şirket Tüzel Kişilik Kazanmasından Evvel ve Sonraki Sorumlulukları, **Maliye Postası**, 1.5.1988, Y.9, sa.184, s.50-54; 15.5.1988, Y.9, sa.185, s.39-44; 1.6.1988, Y.9, sa.186, s.50-57; 15.6.1988, Y.9, sa.187, s.51-57.
 9. Poliçelerde Vadeden Önce Müracaat Hakları, **Maliye Postası**, 1.8.1988, Y.9, sa.190, s.42-45/15.8.1988, Y.9, sa.191, s.43-48/1.9.1988, Y.9, sa.192, s.52-58.
 10. Hukuki Muamelenin Şekil Sakatlığının İleri Sürülmesinde Hakkın Kötüye Kullanılması, **Maliye Postası**, 15.9.1988, Y.9, sa.193, s.33-39; 1.10.1988, Y.9, sa.194, s.46-51; 15.10.1988, Y.9, sa.195, s.47-53.
 11. Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerine Tanınabilecek İmtiyazlar **Adalet Dergisi**, Ocak-Şubat 1988, Y.79, sa.1, s.131-139.
 12. Türk Hukukunda Adi Hisse Senetlerine Tanınabilecek Haklar, **Adalet Dergisi**, Mart Nisan 1988, Y.79, sa.2, s.58-66.
 13. Türk Hukukunda Anonim Ortaklıkların Hisse Senedi Çıkarması ve Halka Arzı, **Adalet Dergisi**, Mayıs, Haziran 1988, Y.79, sa.3, s.13-18.
 14. Türk ve A.B.D. Hukukunda Sermaye Piyasaları ve Araçları, **Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi**, c.1, sa.2, Temmuz 1997, s.49-70.
 15. Türk Hukukunda Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramı, **Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi**, c.2, sa.1, Mart 1998, 1-25.
 16. Anonim Ortaklıklarda Primli, İkramiyeli ve Kar İştirakli Tahviller, **İşletme Muhasebe Bülteni**, Ocak 1988, sa.22, s.16-19.
 17. Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkelerde Menkul Kıymet Piyasalarının Teşekkülü **İşletme Muhasebe Bülteni**, Şubat 1988, sayı 23, s.21-26.
 18. A.B.D. Hukukunda Tahvil Çeşitleri,

- İşletme ve Muhasebe Bülteni**, Haziran 1988, s.27, s.14-18.
19. A.B.D. Hukukunda Hisse Senedi ve Tahvil Çıkarılması Usul ve Şartları, **İşletme ve Muhasebe Bülteni**, Mart 1988, sa.24, s.31-35.
 20. A.B.D. Hukukunda Kamu Sektörü Menkul Kıymetleri ve Çeşitleri, **İşletme ve Finans**, Eylül Ekim 1989, Y.4, sa.42-43, s.44-50.
 21. Sermaye Piyasası Mevzuatında Birinci Temettü ve Sermaye Piyasası Kanunun Değişiklik Tasarısında Bu Konuda Öngörülen Yenilikler, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl. 6, sa.64, Nisan 1998, s.42-56.
 22. Sermaye Piyasası Mevzuatında Hisse Senetleri Halka Arz Edilmiş Sayılan Anonim Ortaklıklar ve Sermaye Piyasası Kanunu Değişiklik Tasarısında Bu Konuda Öngörülen Yenilikler, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl. 6, sa.66, Haziran 1998, s.53-63.
 23. Kar ve Zarar Ortaklığı Belgeleri, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl. 6, sa.68, Ağustos 1998, s.18-26.
 24. Sermaye Piyasalarında Hisse Senedi ile Değiştirilebilir Tahviller, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl. 6, sa.69, Eylül 1998, s.31-39.
 25. Finansman Bonoları, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl. 8, sa.91, Temmuz 2000, s.36-47.
 26. Katılma İntifa Senetleri, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 1998, c.XIX, sa.3, s.77-91.
 27. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Tahvil Çıkartma Yetkisi, Prof. Dr. **Ali Bozer'e Armağan**, Ankara 1998, s. 71-85.
 28. Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanununda Hisse Senetleri Prof. Dr. **Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 1999, s.691-742.
 29. TK.m.23 Uygulamasında Faturada Vade Farkı Kaydı, **Bilgi Toplumunda Hukuku, Ünal Tekinalp'e Armağan**, İstanbul 2003, c.1, s.162-168.
 30. Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği, Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran 1997, c.I, sa.1, s.81-113.
 31. Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti, Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 1997, c.I., sa.2,

- s.41-52.
32. Banka Bonoları ve Banka Garantili Bonolar,
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık 1998,
c.II, sa.3-4, s.27-
 33. Vade Farkı Kaydı Fatura Münderecatından Sayılır mı?
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran 1999, c.III, sa.1,2
s.1-24.
 34. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İmtiyazlı Hisse Senedi Çıkarma Yetkisi,
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran, Aralık 2000,
c.IV, sa.1,2, s.1-11.
 35. Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi,
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran , Aralık 2001,
c.V, sa.1-2, s.1-19.
 36. İpotekli Borç Senetleri Ve İrat Senetlerinin Menkul Kıymet Özelliği
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran , Aralık 2002,
c.VI, sa.1-2, s.1-9
 37. SPK. ve TK. 'nda Tahviller,
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran , Aralık 2003,
c.VII, sa.1-2, s.1-42.
 38. Sermaye Piyasası Mevzuatında Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran , Aralık 2004,
c.VIII, sa.1-2, s.1-14.
 39. Sermaye Piyasası Mevzuatında Gayrimenkul Sertifikaları
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran , Aralık 2005,
c.IX, sa.1-2, s.1-14.
 40. Sahte Fatura ve Faturadan Doğan Sorumluluk,
Gazi Üniversitesi **Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran , Aralık 2006,
c.IX, sa.1-2, s.1-32.

BOŞ

OTUZÜÇ YILLIK ARKADAŞIM KÜRŞAT

Rıza AYHAN*

Zaman süratle geçiyor. Oğuz Kürşat ÜNAL'ın Ticaret Hukuku kürsüsüne asistan olarak göreve başladığı günleri hatırlıyorum; otuzüç yıl önceydi. Gençliği, enerjisi bir yana, kendisine has özellikleri bulunan, aklına geldiği anda aklına geldiği gibi söylemesini bilen, umutları ve ufukları bulunan, uzun boylu, dal gibi yakışıklı bir gençti...

Aradan geçen sürede, enerjisini ve umutlarını hiç tüketmedi; çalıştı, çok başarılı öğrencilerin yetişmesine katkı sağladı, birçok başarılı ilim adamını üniversiteye kazandırdı. Kendi çalışmaları ve katkıları bir yana, bilim dünyasına kazandırdığı bu gençlerle ne kadar övünse azdır.

Aynı kürsüde yıllarca görev yaptık; aynı koridorları paylaştık. Kolay değil dolu dolu otuzüç yıl. Birçok şeyi birlikte gerçekleştirdik; ancak birbirimizi üzmedik. En azından onun beni üzmediğini biliyorum. Belki başarısını buna borçluydu; bu davranışıyla bize de katkıda bulundu. Başarının temel unsurunun “huzur” kavramında olduğunu sanki genç yaşta idrak etmişti.

Huzuru sever, başarının asıl unsurunun birlik, beraberlik olduğunu idrak ederken; bu birlik ve beraberliğe kastedenlere karşı da gerekli tavırları gösterirdi. Birlik ve beraberliği bozmak isteyenlere karşı tavizsizdi.

Bu özelliği sadece kürsü birliği ile de sınırlı değildi. Ülke meselelerindeki tavrı da aynıydı. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesini içine sindirmiş bir bilim adamı olarak, üniter devletten ve ulus devletten asla taviz vermez bir Türk Milliyetçisiydi. Türkiye Cumhuriyeti'ne Türkiye Cumhuriyeti'nin insanlarına hizmet etmeyi bir ibadet olarak telakki eder; bu vatanperverlerle birlikte olmaktan aşırı bir haz duyardı.

Bir bilim adamının hassasiyetiyle hareket eder; doğru bildiklerinin ardında dururdu. Bu hassasiyeti bilimsel çalışmalarına da sirayet etmişti. Kürşat'ın sabahlara kadar çalışması, çözmek istediği hukukî sorunların üzerinde bir insan bedeninin tahammül sınırlarını zorlayacak tarzda yoğunlaşması, kürsüde her zaman heyecan fırtınası estirirdi.

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi

Türk Hukukuna çok büyük katkıları olduğunu düşünüyorum.

Tabiat aşıkıydı. Tabiat aşkı kendisinin üniversiteden ayrılmasına yol açtı. Bilim dünyasından kopmadı, kopamaz. Ancak o sevdiği dünyaya daha yakın olmak için zamana ihtiyacı vardı. Serbest çalışabilmek ve tabiata daha çok zaman ayırmak amacıyla, emekli oldu.

Kürsüde onu çok özleyyoruz; ileriki tarihlerde de çok özleyeceğiz.

Sevgili kardeşim Kürşat, senin bundan sonraki hayatında da çok başarılı olacağına inanıyorum. Sevdikleriniz yanında sizi sevenlerin de olduğunu unutma. Eserlerinde, ihtiyacımız olan aydınlığı sağlamaya devam et, bizleri özletme.

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Oğuz Kürşat ÜNAL Hocanın Asistanları

Bizler Oğuz Kürşat ÜNAL hocanın asistanları olarak, en eskimiz 1995 yılından en yenimiz 2011 yılından itibaren hocayla birlikte çalışma zevkini tatmış ticaret hukukçularıyız. En eskilerimiz Doçent unvanını almış olsak da biliyoruz ki halen hocanın asistanlarıyız. Kendileriyle uzun yıllar birlikte çalışmakla hem insani hem de akademik yönüyle çok fazla feyz aldık. Hocamızın özellikle hukuki konulardaki pratik ve konuyu çok yönlü olarak ele alma hususundaki yaklaşımı, zamanla bizlerin de bakış açımızda ve hukuki sorunlara çözüm bulma yöntemimizde etkisini gösterdi. Uzun yıllar akademisyenlik yanında sahada da çalışmalar (avukatlık, danışmanlık) yapmış olması, hocanın uygulayıcı yönünün de en az akademisyen yönü kadar gelişmesine vesile olmuştur. Bizleri de sürekli olarak uygulamayı yakından takip etmemiz konusunda uyararak bir yanımızın eksik kalmaması konusunda destek olmuştur.

Hocamızla birlikte çalışmak oldukça zevklidir. Zaman zaman uygulamadan edindiği tecrübeleri, hukukun üstünlüğü anlayışından taviz vermeden, fakat somut olayın gerektirdiği akılcı çözüm önerilerine açık şekilde bizlerle paylaşması, mesleki birikimimize önemli katkı sağlamıştır. Hukukçunun -tıpkı bir sanatçı gibi- aklını, tecrübesini ve kalbini (vicdanını) kullanarak, eserini oluşturması gereği, hocamızın bizlere kazandırmak istediği önemli bir düsturdur.

Hukuk fakültesinin kuruluşundan itibaren gerek yönetici olarak gerekse öğretim üyesi olarak çalıştığı fakültemizde, akademik personel sayısının artması konusunda çok önemli katkıları olmuştur. Hali hazırda fakültede görev yapan genç öğretim üyelerinin bir çoğunun fakülteye girişinde ve yükselmesinde doğrudan veya dolaylı olarak katkısı bulunmaktadır.

Hocanın fakülteye yapmış olduğu en büyük katkılardan bir diğeri de elinizde tuttuğunuz fakülte dergisinin ilk tohumlarını atması ve her türlü olumsuz koşulda aralıksız 10 yıl boyunca dergiyi tek başına çıkarmış olmasıdır. Büyük emek vererek ve çeşitli maddi imkânsızlıklara rağmen ortaya çıkarmış olduğu derginin bir sayısının kendilerine armağan olarak yayınlanması sanırım ayrı bir mutluluk kaynağı oluşturacaktır.

Hocamız bizi bırakıp üniversite camiasının dışına çıkalı henüz bir yıl olsa da, koridorlara yayılan sigara kokusunu, her türlü sorunumuzun çözümü konusunda babacan yaklaşımını, dolup taşan odasındaki güzel sohbetleri, vesselam hocamızı şimdiden çok özledik. İyi ki vardınız, iyi ki varsınız...

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Sencer KARA

Yrd. Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Arş. Gör. Esra KAşAK

Arş. Gör. Burak DOĞAN

Arş. Gör. Fevzi Fırat GÖZÜYEşİL

Arş. Gör. Belin KÖROĞLU

Arş. Gör. Bilge DEVELİ

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

TTK M.208 KAPSAMINDA ANONİM ŞİRKETLERDE AZINLIĞIN ORTAKLIKTAN ÇIKARILMASI

İrfan AKIN*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunumuzun yürürlüğe girmesi ile birlikte hukuk hayatımıza yeni giren düzenlemelerden biri de anonim şirketlerde azınlığın ortaklıktan çıkarılması düzenlemesidir. Gerek Türk kanun koyucusu, gerekse daha önce benzer düzenlemeleri ülkelerinde gerçekleştiren kanun koyucular, bu yolla şirket içi menfaat dengesini en iyi şekilde sağlamaya çalışmaktadır. Çalışma kapsamında, anonim şirket özelinde azınlığın ortaklıktan çıkarılması ile hedeflenen amaçlar ve TTK m.208 ile getirilen yeni düzenlemenin ana hatları ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Ortaklıktan Çıkarma, Azınlık, Birleşme.

IN TERMS OF TTK M.208 IN JOINT-STOCK COMPANIES SQUEEZE-OUT

ABSTRACT

Squeeze out is a term referring to the compulsory acquisition of the stakes of a small group of shareholders from a joint stock company by means of cash compensation. A group of shareholders owning the large majority of the company have the ability to squeeze out remaining shareholders. The percentage of shareholders needed varies between jurisdictions. Squeeze-out rule allows majority shareholders to protect themselves from disproportionately high cost of protection of the rights of minority shareholders. Squeeze-out rule is primarily designed to protect rights of majority shareholders: minority shareholders may disturb normal business activity of the company by abusing their rights. This law is in Turkey new and ruled in TTK. This study examines main points of squeeze-out rule.

Keywords: Joint Stock Company, Squeeze-Out, Merger, Minority Shareholders.

A. GİRİŞ

Dünya ekonomisinde her geçen gün daha ileri seviyelere taşınan rekabet, ülkeleri bu yarışta geri kalmamak için yeni önlemler almaya itmektedir. Şirketlerin kârlılığı, verimli çalışması ve yatırım stratejileri sadece

* Yrd. Doç. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kendilerini ilgilendirmemekte, tabiiyetinde bulundukları, üretim yaptıkları veya üretimin bir aşamasının gerçekleştiği ülkeleri de etkilemektedir. Kanun yapıcılar bir yandan rekabet şartlarına uygun işleyen bir piyasanın muhafazası adına, şirketlerin piyasalardaki hâkimiyetlerini denetlemeye çalışırken, diğer yandan uluslar arası arenada varlık gösterebilecek şirketlerin ortaya çıkabilmesi için, yoğunlaşmayı ve rasyonel yönetimlerin oluşmasını teşvik etmektedir. Birleşme ve devralma durumunda sağlanan vergi avantajları, şirket yönetiminin oluşumunda ve sorumluluğun paylaşımında sağlanan esneklikler bu yönde yapılan düzenlemelere örnek olarak verilebilir. Şirket bünyesinde iç huzurun sağlanması ve bu şekilde şirket yönetiminin ticaret hayatının gereklerine uygun rasyonel kararlar almasının temini ile şirket birleşmelerinin daha kolay gerçekleşmesi gibi konularda ortaklıktan çıkarma önemli rol oynamaktadır. Çoğunluk pay sahipleri ile derin görüş ayrılığına sahip azınlık pay sahiplerinin şirketten çıkarılması, şirketin iştigal alanına daha fazla zaman ve kaynak ayırmasına imkân sağlayacaktır.

Ortaklıktan çıkarma diğer şirket tiplerinde var olan ve uygulaması bulunan bir müessese iken, anonim şirketler bakımından tamamen yeni bir konudur. Bu nedenle çalışmada, anonim şirketler hukuku kapsamında ortaklıktan çıkarmanın incelenmesi tercih edilmiştir.

B. DÜZENLEMENİN AMACI

TTK'da ortaklıktan çıkarılma hallerinden birini düzenleyen 208. maddenin gerekçesine göre düzenlemenin amacı; bir şirketin sermayesinin ve oy haklarının yüzde doksanınin uygun gördüğü bir kararın alınıp uygulanmasına çoğu kişisel çeşitli sebeplerle karşı çıkan pay sahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamaktır¹. Gerek madde gerekçesinin, gerekse de düzenlemenin dünyadaki mevcut uygulamalarının ortaya koyduğu veriler ışığında, düzenlemenin amacı konusunda aşağıdaki başlıkların incelenmesi yerinde olacaktır.

I. İhtilafların Engellenmesi veya İhtilaf Kaynaklı Sorunların Çözümü

Anonim şirketlerde ortaklar arasında ortaya çıkan menfaat çatışmaları, çoğu zaman şirketi kavga alanına dönüştürmekte ve şirketin ticari faaliyetlerini yürütememesine neden olmaktadır. Aile şirketleri içerisinde, ailevi anlaşmazlıkların da şirket işlerine yansdığı düşünüldüğünde, ülkemiz

¹ TTK m.208. madde gerekçesi.

şartlarında şirket içerisinde menfaat çatışması sık karşılaşılan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı sorun ekonomik yoğunlaşma sonucu yaşanan birleşme ve devralmalar sonucunda ortaya çıkabilir. Bu tür bir birlikteliğe karşı çıkan azınlığın, yeni oluşum içerisinde huzursuzluk çıkarması ve elindeki imkânları menfi yönde kullanması kaçınılmaz olacaktır.

Hâkim ortağın veya birleşme sürecinde çoğunluğun, şirketteki azınlığın şirketten çıkarılmasına karar vermesi, ortaya çıkabilecek bu tür menfaat çatışmalarını önleyecektir. Çıkar çatışmaları yaşanmadan azınlığın şirketten çıkarılması, çıkarılma müessesesini önleyici bir tedbir hüviyetine sokmaktadır. Diğer yandan azınlığın şirket içerisinde mevcut haklarını kendi menfaatleri yönünde ve şirketin çıkarlarına aykırı olarak kullanması² durumunda uygulama bulacak çıkarılma ise, daha çok sorunu çözmeye dönük bir uygulamadır. Bu uygulama şekli, azınlığın davranışlarının hangi aşamadan sonra kötüniyetli olarak değerlendirileceği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Şirket çalışmasını aksatabilecek şekilde azınlık haklarının kullanılmasının kötüniyetli olarak değerlendirilmesi durumunda, çıkarılmanın ihtilafları önleyici etkisi ağırlık kazanmış olacaktır. Ancak çıkarılmanın uygulanabilmesi için daha ağır şartların aranması, azınlığın kötüniyetini ortaya koyar kuvvetli delillerin mahkemeye sunulmasının istenmesi durumunda ise, azınlık davranışları ile ortaya çıkan şirket içi huzursuzluğun çözümüne yönelik bir uygulama olacaktır³.

II. Azınlık Engellemelerinin Önlenmesi

Azınlık şirket içerisinde sahip olduğu hakları, şirket menfaatine ve dolayısıyla kendi menfaatine kullanmak yerine, ortaya çıkan anlaşmazlık sonucu tamamen çoğunluk, diğer bir ifade ile şirket aleyhine kullanabilir. Azınlığın kötüniyetli kullanıldığı takdirde şirket işleyişini olumsuz yönde etkileyebilecek haklarından bazıları şunlardır:

a) Genel kurul kararlarına karşı iptal davası açmak,

b) Oybirliği gerektiren durumlarda olumsuz tavır göstermek (TTK m.421/II),

² Azınlığın haklarını kendi menfaatine ve şirket aleyhine kullanması konusunda bakınız, İM-REGÜN, Oğuz, *Anonim Şirketlerde Azınlığın Himayesi, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar*, 13-18 Mayıs 1963, Ankara 1964, s.171-199.

³ Mahkemelerin karar verme eşiği, düzenlemenin önleyici veya çözüme yönelik olma özelliğini belirlemenin yanında, uygulanabilirliği bakımından da büyük önem taşımaktadır. TTK m.208 kapsamında mahkeme kararı ile uygulama bulacak olan ortaklıktan çıkarma, mahkemelerin çıkarma yönündeki kararlarını ağır şartlara bağlamaları durumunda uygulanması güç bir düzenleme haline gelecektir.

- c) Bilanço görüşmelerinin ertelenmesi talebi,
- d) Yönetim Kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açmak,
- e) Özel Denetçi tayini talebi,
- f) Genel kurulu toplantıya çağırma ve toplantının gündemine madde eklenmesini talep etme,
- g) Ana sözleşmede azınlığa tanınan sair hakların kullanımı.

Azınlığın bu hakları şirkete zarar verecek şekilde, dürüstlük kuralına aykırı kullanması, ortaklıktan çıkarma ile önlenilebilecektir.

III. Azınlığın Neden Olduğu Masraf ve Zaman Kaybından Tasarruf

Azınlığın kötü niyetli hareket ederek şirkete kaybettirdikleri para ve zamanın dışında, şirket bünyesinde sadece azınlık varlığından dolayı katlanılması gereken birtakım masraflar ve zaman kayıpları da oluşabilir. Azınlığın bulunmadığı bir şirkette çoğunluk tarafından daha pratik bir şekilde halledilebilecek olan genel kurul toplantı yeri temini, çağrı usulü ve bilgi verme yükümlülüğü gibi birçok konu, azınlığın varlığı halinde daha fazla zaman harcanmasına ve masraf yapılmasına neden olacaktır⁴.

IV. Azınlığın Korunması

Şirket içerisinde belli bir oranın altına düşen pay sahiplerinin şirketteki etkinliği ve kontrolü yok denebilecek bir seviyeye inmektedir. Bu durumda azınlık pay sahiplerinin şirketteki menfaatlerini savunması imkânsız hale gelmektedir. Bu şartlar göz önüne alındığında adil bir şekilde gerçekleşecek ortaklıktan çıkarma, azınlık pay sahipleri bakımından da menfaatlerine en uygun karardır⁵.

V. Yoğunlaşmayı Desteklemek ve Bütünleşmenin Sağlanması

Şirket birleşmeleri, şirketlerin tasfiye sürecine girmeksizin sermayenin yoğunlaşması bakımından büyük önem taşımaktadır. Birleşme sürecinde azınlığın alacağı olumsuz tavır, süreci baştan kesintiye uğratacak ya da

⁴ Azınlık pay sahiplerinin şirket içindeki azınlık haklarının sağlanması için harcanan zaman ve kaynak ile elde edilecek menfaat arasındaki orantısızlık konusunda bkz. MANAVGAT, Çağlar, *Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid)*, Ankara 1997; Azınlığın neden olduğu maliyetler konusunda bkz. ASLAN, Ayşegül, *Hakim Ortağın Azınlık Paylarını Satın Alma Hakkı*, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü 2005, s. 1, 2.

⁵ ASLAN, s.29; ÇELİK, Aytekin, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, 2. Basım Ankara 2012, s.193 vd.

sonrasında şirketin tam anlamıyla bütünleşmesine engel olabilecek niteliktedir. Azınlığın adil şartlar altında şirketten çıkarılması, şirket birleşmeleri sonucunda sermayenin yoğunlaşmasına ve bütünleşmenin sağlanması amacına hizmet edecektir.

VI. Anonim Şirketin Kapalı Hale Dönüşmesinin Sağlanması

Halka açık olan şirketin hisse senetlerinin, bir şirket ortağı veya ortaklık tarafından ya da tamamen şirket dışındaki bir yatırımcı tarafından satın alınarak, küçük pay sahiplerinin şirketteki ortaklıklarının son verilmesi yoluyla şirket hisseleri bir kişi ya da grubun eline geçebilir. Hisse senetlerinin fiyatının nominal değerinin altına düştüğü durumlarda şirketin hisselerinin ucuza ele geçirilmesini engellemek amacıyla halka kapanma yoluna gidilebilir. Diğer yandan halka açık bir şirket olarak kalmanın maliyeti ve yönetim riskleri, bundan sağlanan menfaatleri aşıyorsa, şirketin halka kapanması bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Şirket özellikle SPK düzenlemelerinden kaynaklanan kamuyu aydınlatma, bağımsız denetim⁶, raporlama ve diğer yasal yükümlülüklerden kaynaklanan masraf ve hukuki yükümlülüklerden, borsadaki hisselerini satın alınıp, kapalı bir şirket haline gelerek kurtulabilir. Borsada bulunan hisselerin azınlık miktarında bulunması durumunda, bu hisselerin satın alınması için sağlanacak kolaylık şirketin halka kapalı şirket olma kararını hızlı ve etkin bir şekilde uygulamasını sağlayacaktır⁷.

C. AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ

Ortaklıktan çıkarma AB içerisinde ilk olarak 21.04.2004 tarihli ve 2004/25/AT sayılı Aleni Pay Alım Tekliflerine İlişkin Direktif ile düzenlenmiştir. Bu direktif ile Birlik içerisinde bulunan ülkelerde daha önce yapılan farklı düzenlemelerin yeknesaklığının sağlanması amaçlanmıştır. Bu direktif kapsamında satın alma hakkı, daha önce bir aleni pay alım teklifi yapılmış olması şartına bağlanmıştır. Direktif, sadece hisse senetleri borsada kayıtlı olan şirketlerde, aleni pay alım teklifinin yapılması sonrası ortaklıktan çıkarma hakkının kullanılabilceğini öngörmektedir⁸.

⁶ Bağımsız denetim yükümlülüğünün kapsamı konusunda detaylı bilgi için bakınız; ÇELİK, Aytekin, *Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu*, Ankara 2005, s.99.

⁷ Borsadaki spekülasyon fiyat hareketlerinden ve kısa vadede yüksek kar hedefleyen yatırımcılardan rahatsız olan ortaklıklar bakımından da azınlığın ortaklıktan çıkarılması bir çözüm yolu olacaktır.

⁸ 2004/25/AT sayılı Aleni Pay Alım Tekliflerine İlişkin Direktif m.2/I(a).

Direktife göre, ortaklıktan çıkarma hakkını kullanmak için oy hakkına sahip en az %90 oranında sermayeyi temsil eden paya sahip olmak gerekmektedir. Bu oranda pay sahibi olan ortak, hedef şirkette geride kalan pay sahiplerinden paylarını adil bir fiyattan kendisine satmalarını talep etme hakkına sahiptir. Üye ülkeler daha yüksek bir sahiplik oranı belirleyebilirler ancak bu oran oy hakkına sahip sermayenin %95'inden ve teklife konu şirketteki oy haklarının %95'inden yüksek olamaz.

Direktif çerçevesinde, yapılan pay alım teklifinin kabulüne bağlı olarak gerçekleşen satın alma süresinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde ortaklıktan çıkarma hakkı kullanılmalıdır. Bu sürenin sona ermesinden sonra ortaklıktan çıkarma hakkı kullanılamaz. Bu konuda karar alma yetkisi şirket genel kuruluna aittir. Süreç içerisinde azınlık pay sahiplerinin doğru bilgilendirilmesi ve adil bir fiyatın oluşması büyük önem arz etmektedir. Aleni pay alım teklifinde önerilen fiyat, bu noktada adil bir fiyatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli dinamiktir⁹.

D. ALMAN HUKUKUNDAKİ KONUYA İLİŞKİN YENİ GELİŞMELER

Alman hukukunda ortaklıktan çıkarma üç farklı şekilde düzenlenmiştir. İlki ve en çok uygulama bulan AktG (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu) içerisinde düzenlenmiş, ikinci çıkarma hakkı aleni pay alım tekliflerine bağlı olarak tanınmıştır. 2011 yılında yapılan düzenleme ile de üçüncü olarak, birleşme durumunda ortaklıktan çıkarma hakkı tanınmıştır.

Alman hukukunda hakim pay sahibi tarafından azınlığın ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin ilk düzenleme, AktG'de değişiklik öngören 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren kanun ile yapılmıştır. Bu çıkarma usulü sadece AktG m.327/a-f kapsamında düzenlenen, anonim şirketler ve paylı komandit şirketlerde uygulama bulmaktadır. Bu çıkarma şeklinde, öngörülen %95'lik eşğin ne şekilde aşıldığının bir önemi bulunmamaktadır. Düzenlemede çıkarma konusunda karar alma organı şirket genel kuruldur¹⁰. Ödemenin

⁹ Avrupa ülkelerindeki düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. KAYA, Mustafa İsmail, Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı, *EÜHFD* 2007, s.307-332; ÇELİK, Ortaklıktan Çıkarılma; ASLAN.

¹⁰ Ortaklıktan çıkarma işlemi, mahkeme tarafından alınan bir karara dayanmayıp, şirket genel kurulunun basit çoğunlukla alacağı bir karar ile gerçekleşmektedir. Alınan bu genel kurul kararının kötü niyetli olduğu iddia edilerek açılan genel kurul kararının iptali ve tazminat davaları Alman yargı ve akademik çevrelerinde tartışma konusu olmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. SCHÄFER, Dette, Aktienrechtlicher Squeeze-Out – Beschlussnichtigkeit bei missbräuchlicher Erlangung des Kapitalquorums?, *NZG* 2009 s.1-8. Ortaklıktan çıkar-

garanti altına alınması amacıyla banka teminatı talep edilmektedir. Hâkim pay sahibinin çıkarma talebinde herhangi bir gerekçe belirtmesi gerekmemektedir. Bu düzenleme çerçevesinde hakim pay sahibi, Alman veya yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişi olabilir. Çıkarma hakkını kullanacak kişinin, şirket olması şartı aranmamaktadır¹¹.

Düzenlemenin ne ölçüde uygulama imkânı bulduğunu anlamak için sayılara baktığımızda; 2010 yılı sonu itibariyle AktG m.327 kapsamında 400 çıkarma işlemi gerçekleşmiştir. 2002 yılında 130 çıkarma işlemi gerçekleşmiş, bunların 82 tanesi halka açık şirketlerden oluşmaktadır¹². Sonraki yıllarda ortalama 25 ortaklıktan çıkarma işlemi gerçekleşmiştir¹³.

Alman Kıymetli Evrak İktisabı ve Devralma Kanununda (WpÜG), aleni pay alım teklifine bağlı olarak ortaklıktan çıkarma düzenlemesi 14.07.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. WpÜG m.39a hükmü uyarınca, hâkim ortak mahkeme kararı ile azınlığın sahip olduğu %5 payı satın alma hakkına sahip olmaktadır. Düzenlemenin yürürlüğe girdiği 2006 yılından beri sadece 4 ortaklıktan çıkarma işlemi gerçekleşmiştir. Sayının bu denli düşük olmasında %95'lik eşiğin çok yüksek olması ve Hedge-Fonların engellemesi önemli rol oynamaktadır. %95'lik eşiğe ulaştıktan sonra 3 ay içerisinde kullanılması gereken ortaklıktan çıkarma hakkının kullanılmasını engellemek için söz konusu fonlar, %5'in üzerinde bir orandaki hisseyi ellerinde tutmaktadırlar. Daha sonraki süreçte AktG kapsamında bir ortaklıktan çıkarma gündeme geldiğinde, borsa değerinin yükseleceği ve daha yüksek bir fiyattan hisselerin devredileceği öngörülmektedir¹⁴.

maya ilişkin genel kurul kararının iptali için dava açma süresi 1 aydır. Davayı açabilmek için davanın açıldığı anda şirket ortağı olmak gerekmektedir. Ancak ortaklıktan çıkarma 1 aylık süre beklenmeden tescil edildiği takdirde, bu karara karşı iptal davası açacak olan azınlığın bu hakkı elinden alınmış olmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. KARSTEN, Müller-Eising/THOMAS, Stoll, Klagebefugnis von Minderheitsaktionären gegen Squeeze out-Beschlüsse und Bestandskraft der Eintragung, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2011; KARSTEN, Heider/MARKUS, Hirte, Auswirkungen eines Squeeze out auf den Ausgleichsanspruch der Minderheitsaktionäre, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, 2011, s. 301.

¹¹ AktG m.327 kapsamında ortaklıktan çıkarma düzenlemesi konusunda detaylı bilgi için bkz. PULAŞLI, Hasan, Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s.649, 661.

¹² Veriler Bayer/Stange, AG 2007, R320-R322'den alınmıştır. Halka açık 82 şirketten 68 tanesi borsaya kote edilmiş şirkettir.

¹³ AUSTMANN, Andreas, Der verschmelzungsrechtliche Squeeze-out nach dem 3. UmwÄndG 2011, *NZG* 2011, s.684.

¹⁴ KOPPENSTEİNER, Hans G, *Kölner Komm. z. AktG*, § 327f Knr. 12; HABERSACK, Mathias, in: Emmerich/Habersack, § 327f Knr. 3, § 327e Knr. 8. AUSTMANN, s.685.

15.07.2011 tarihinde yürürlüğe giren UmwG m.62 birleşmeye bağlı çıkarma hakkını düzenlemektedir (2009/109/AT ve 78/855/AET direktiflerinin iç hukuka uyarlaması). Bu düzenleme ile Konzern bünyesindeki paylı ortaklıkların birleşmesi durumunda, ana şirketin %90 paya sahip olması halinde çıkarma hakkı kullanılabilir. Düzenlemeye göre, birleşme kararından itibaren 3 ay içerisinde çıkarma kararı alınmalıdır. Satın alma hakkını kullanacak şirket %90 paya bizzat sahip olmalıdır. Oy sözleşmeleri ve temsil yetkisinin devri %90 oranının hesaplanmasında göz önünde bulundurulmayacaktır¹⁵.

E. TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKETTEN ÇIKARMA

Anonim şirketlerde şarta bağlı olarak, pay sahibinin ortaklıktan çıkarıldığı durumlar TTK'da düzenlenmiştir. Aşağıda hangi durumlarda ortaklıktan çıkarmanın uygulama bulacağı başlıklar altında özetlenmiştir.

I. İskat

TTK m.482 vd. hükümlerinde ıskat düzenlenmiştir. İskat ile bir pay sahibinin anonim ortaklıktan çıkarılabilmesi, sermaye katılımından doğan borcunu kanunda öngörülen usul çerçevesinde şirkete ifa etmemesi şartına bağlanmıştır. Pay sahibinin sermaye koyma borcunu ödemediği temerrüde düşmesi durumunda, şirket yönetimi bu pay sahibinin şirketten çıkarılmasına karar verebilir¹⁶. Bu konuda karar alma yetkisi şirket yönetim kuruluna aittir¹⁷.

II. Haklı Nedenle Fesih

TTK m.531'de haklı nedenle fesih düzenlenmektedir. Bu hüküm kapsamında sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin feshine karar verilmesini mahkemeden talep edebilirler. Bu düzenleme sayesinde azınlık, çoğunluk üzerinde baskı oluşturarak, azınlık haklarının en etkin şekilde icrasını sağlayabilecektir¹⁸. Mahkeme, fesih yerine azınlık paylarının değerlerinin ödenmesi suretiyle,

¹⁵ Birleşme kapsamında gerçekleşen ortaklıktan çıkarma düzenlemesi hakkında detaylı bilgi için bkz. HERİBERT, Heckschen, Die Novelle des Umwandlungsgesetzes – Erleichterungen für Verschmelzungen und Squeeze-out, *NJW* 33/2011 s. 2390 - 2396.

¹⁶ POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Basım İstanbul 2007, N.1060.

¹⁷ İskat kararının alınmasında yetkili organ konusundaki tartışmalar için bkz. ÇELİK, *Ortaklıktan Çıkarılma*, s.155, 156.

¹⁸ ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, *Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, s.667, 684.

davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına karar verebilir.

III: Denkleştirme Talebi

Şirketler topluluğu bünyesinde, hâkim şirket hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamaz. Hâkim şirket tarafından böyle bir zarara neden olunması durumunda kayıp, o faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmeli veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilerek en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınmalıdır, (TTK m.202/I/a).

TTK m. 202/I/b'ye göre bu şekilde zarara uğrayan bağlı şirketin denkleştirme talebi faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirketin her pay sahibi, hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden, şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir. Mahkeme talep üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına karar verebilir. Bağlı şirketteki her pay sahibi denkleştirme davası açabilir. Kanun, denkleştirme davası açma konusunda bir pay oranı öngörmemiştir.

IV. Asimetrik Bölünme

Oranın korunduğu simetrik bölünmede, ortaklar bölünen şirkette sahip oldukları pay oranını aynen korurlar. Oranın korunmadığı asimetrik bölünmede, bölünen şirketin ortaklarına, devralan veya yeni kurulan şirketlerde, mevcut pay oranları değiştirilerek pay tahsis edilmektedir. Kanun oranın korunduğu ve korunmadığı bölünmeyi kapsamlı bir şekilde düzenleyerek bölünmeye katılan şirketlere ve ortaklarına, bölünmeyi şekillendirmede geniş hareket alanı ve olanağı tanımıştır. Şirketlerin yeniden yapılandırılmasında bu esneklik büyük kolaylık sağlayacaktır. Sağlanan bu esneklik sayesinde, gerekli nisap ile karar alınması durumunda bölünen şirketin ortakları yeni şirketlerde oranlarını koruyarak veya korumayarak pay sahibi olabilirler, bölünen şirketten tamamen çıkabilirler, devralan veya yeni kurulan şirketlerin bazılarına veya tümüne katılmayabilirler ya da bölünen şirketteki paylarını artırabilirler¹⁹.

Oranın korunmadığı bölünmede bölünme kararı ile ortaklar arasındaki düzen bozulacak ve eşitsizliğe dayalı yeni bir düzen kurulacaktır. Bu nedenle kanun koyucu yüksek bir nisap öngörerek, çoğunluğun razı olmadığı bir

¹⁹ TTK m.161 madde gerekçesi.

eşitsizliği önlemeye çalışmıştır²⁰. Asimetrik bölünmede onama kararı, TTK m.173/3 uyarınca devreden şirkette oy hakkını haiz ortakların en az yüzde doksaniyla alınır. Bu orana ulaşan çoğunluk pay sahipleri, oranın korumadığı bölünme sonrası azınlığı şirketten çıkarma hakkına sahip olmaktadır.

V. Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Ortaklıktan Çıkarma

Sermaye Piyasası Kanununun 26. maddesine göre, halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi halinde, diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur. Ortaklığın oy haklarının yüzde elliden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. İmtiyazlı paylar nedeniyle kontrolün elde edilememiş olması hali istisnadır. Yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması da yönetim kontrolünün elde edilmesi anlamına gelir.

Kanunun 27. maddesine göre, pay alım teklifi sonucunda veya diğer başka bir şekilde satın alınan payların halka açık ortaklığın oy haklarının Kurulca belirlenen orana veya daha fazlasına ulaşması durumunda, pay alım teklifinde bulunanlar açısından ortaklıktan çıkarma hakkı doğar. Bu kişiler, pay alım teklifi sonuçlarının kamuya açıklandığı tarihten itibaren Kurulca belirlenen süre içinde, adil bir bedel karşılığında, azınlıkta kalan ortakların paylarının iptalini ve bunlar karşılığı çıkarılacak yeni payların kendilerine verilmesini ortaklıktan talep edebilirler.

F. SQUEEZE OUT

AB'nin 2004 tarihli şirketin kontrolünü sağlayan payların alınmasına ilişkin yönergede, Forum European ile Yüksek Düzeyli Uzmanlar Raporunda ve birçok AB üyesi ülkesinin kanunlarında anılan, şirketin paylarının en az yüzde doksan ilâ doksan beşine sahip hâkim pay sahibine, yüzde beş ilâ on arasında paya sahip azınlığın, yani azınlığı oluşturan pay sahiplerinin paylarını satın alarak onları şirketten çıkarmak (squeeze out) hakkı tanınmıştır²¹. TTK, çoğunluğa bu hakkı iki halde tanımıştır: a) Birleşme (TTK m.141/II) b) Tam hâkimiyet halinde (TTK m.208).

²⁰ TTK m.173 madde gerekçesi.

²¹ Genel Gerekçe m.134.

I. Birleşme

TTK m.151/V ile bağlantılı olarak 141/II hükmüne göre, birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, ayrılma akçesi verilerek %10 paya sahip azınlığın ortaklıktan çıkarılmasını kararlaştırabilirler²². Birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler. Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüyorsa bunun, şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanınin olumlu oylarıyla onaylanması şarttır. Bu nisapla onaylanmak şartıyla birleşme sözleşmesi belirli ortakların, devralan şirkette pay sahibi olmalarına engel olup onların ayrılma akçesi almalarını zorunlu olarak öngörebilir. Bu nisapla alınan bir karara, çıkarılmaları birleşme sözleşmesinde ismen belirtilmiş bulunan ortaklar itiraz edemezler. Çıkarmaya itiraz edemeyen ortağın, ayrılma akçesinin tutarına itiraz hakkı bulunmaktadır²³.

II. Tam Hakimiyet

TTK m. 208'e göre hâkim şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse ve azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hâkim şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa 202 nci maddenin ikinci fıkrasında²⁴ öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir. Madde gerekçesinde bu hükmün şirketler topluluğuna ilişkin Forum Europeum'un²⁵ önerisinden esinlenerek kaleme alındığı ve düzenlemenin amacının bir şirketin sermayesinin ve oy haklarının yüzde doksanınin uygun gördüğü bir kararın alınıp uygulanmasına çoğu kişisel çeşitli sebeplerle karşı çıkan pay sahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip, şirket içi

²² TTK 141/II. madde gerekçesi: Buna uluslararası birleşme literatüründe, squeeze-out merger veya cash-out merger ya da Freeze out merger, yani ortağı çıkararak birleşme denilmektedir.

²³ TTK 141/II madde gerekçesi.

²⁴ TTK m.202/2: ... paylarının varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle ...

²⁵ Genel Gerekçe m.96: AT'ın şirketler topluluğuna ilişkin geri çekilmiş bulunan 9. Yönergesinin ele alınıp yeni bir anlayışla düzenlenmesini sağlamak amacıyla "Avrupa İçin Şirketler Topluluğu Hukuku" projesi üzerinde çalışmak üzere bir Avrupa Forumu (Forum Europaeum) oluşturulmuştur. Forumda bu konunun uzmanı, üniversite profesörleri görev almışlardır. Yayınlanan rapor, şirketler topluluğu hukukunun çeşitli sorunlarına ilişkin önerileri ve bunların gerekçelerini içermektedir. Öneriler, topluluk kavramı, şeffaflık, özel denetim, azlığın paylarını satın alma zorunluluğu, pay sahibinin şirketten çıkarılması ve şirketten çıkma hakkı, hâkim şirketin krizdeki sorumlulukları ve güvenden doğan sorumluluk sorunları hakkındadır.

barışı sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Kötüye kullanmalara ve özellikle pay bedelinin ödenmemesi tehlikesine engel olmak amacı ile karar mahkemeye bırakılmış ve pay bedeli kanunen belirlenmiştir.

Kanunda pay sahibini şirketten çıkarma oranı yüzde on olarak belirlenmiştir. Başka bir deyişle hâkim pay sahibi, şirket barışını sağlamak amacıyla yüzde ona kadar azınlık pay sahiplerinin paylarını alabilme hakkını haizdir. Bu hak dolayısıyla azlık da, kanunda öngörülen şekilde paylarını satmak zorundadır. Yüzde on uluslararası şirketler hukukunda kabul edilebilir bir orandır. Diğer yandan birleşme bağlamında şirketten çıkarma, devreden şirketin oy hakkını haiz ortaklarının yüzde doksanının onayıyla alınabildiğine göre 208. maddedeki düzenleme, 151. maddenin beşinci fıkrası hükmüyle uyum içindedir. Düzenlemenin genel özellikleri şu başlıklar altında incelenebilir:

a- Aleni Pay Alım Teklifine Gerek Yoktur

Azınlık pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılması, birçok Avrupa ülkesinde aleni pay alım teklifinin yapılmasına bağlanmıştır. Ancak TTK m.208’de öngörülen uygulamada eşğin ne şekilde aşıldığının bir önemi yoktur. Önemli olan hakim pay sahibinin şirketin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahip olmasıdır. Sahip olma süreci ile ilgili Kanun herhangi bir ön şart getirmemektedir. Düzenlemenin kapsamının bu şekilde genişletilmesi, daha fazla uygulanma imkanı bulmasının sağlanması yönünde olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilebilir.

b- Çıkarma Hakkı Sadece Şirketler Tarafından Kullanılabilir

TTK m.208’e göre çıkarma hakkının kullanılabilmesi, belirlenen %90’lık eşğin ortak olan bir ticaret şirketi tarafından aşılması durumunda mümkün olmaktadır. Benzer düzenlemenin bulunduğu birçok ülkede bu şart bulunmamaktadır. TTK’da konunun “Şirketler Topluluğu” başlığı altında düzenlenmesi nedeniyle, sadece şirketler tarafından ortaklıktan çıkarma talebinde bulunulabilecektir. Türkiye’deki şirket kültürü göz önüne alındığında getirilen bu şart, düzenlemenin uygulanma ihtimalini ciddi şekilde azaltacaktır. Şirket topluluğu içerisindeki anlaşmazlıklardan daha çok aile şirketleri bünyesinde menfaat çatışmalarının yaşandığı ülkemizde, düzenlemenin bu haliyle uygulama bulması pek mümkün görünmemektedir.

c- Hakim Şirket Payların ve Oy Hakkının en az %90'ına Sahip Olmalıdır

Hakim pay sahibinin ortaklıktan çıkarma hakkını kullanabilmesi için en az %90 oranında şirket paylarına ve oy hakkına sahip olması gerekir. %90 sermaye payı bulunan ortağın sahip olduğu oy hakkının hesaplanmasında, ortağın sahibi olduğu imtiyaz hakları da dikkate alınmalıdır. TTK m.479/III'e göre oyda imtiyaz, esas sözleşme değişiklikleri ile ibra ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin kararların alınmasında kullanılamaz. Hakim ortak tarafından %10 ve altında pay sahiplerinin şirketten çıkarılması bu istisna kapsamında değerlendirilebilecek bir durum değildir. Bu nedenle %90'lık eşğin hesaplanmasında oylardaki imtiyazlarda göz önüne alınmalıdır.

Oyda ve sermaye payında aranan %90 eşğinin hesaplanmasında sadece doğrudan sahip olunan paylar değil, dolaylı olarak hâkimiyetin söz konusu olduğu paylar ve oy hakları da göz önüne alınır. Bu kapsamda diğer hisseler üzerinde intifa veya alım hakkı sahibi olan pay sahibi, bu dolaylı haklardan kaynaklanan oranın %90'lık eşğın hesabına katılmasını talep edebilecektir²⁶.

d- Mahkeme Kararı Gereklidir

TTK m.208 uyarınca, maddede belirtilen şartların yerine gelmesi halinde, hakim pay sahibinin azınlığın ortaklıktan çıkarılmasını mahkemeden istemesi gerekmektedir. Ortaklıktan çıkarma talepli davanın, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticari davalara bakmakla görevli mahkemede açılması gerekmektedir. Azınlık haklarının korunması bakımından bir güvence oluşturmak amacıyla ortaklıktan çıkarılma mahkeme kararına bağlanmıştır²⁷.

Azınlığın ortaklıktan çıkarılabilmesi için getirilen şartların kontrolü ve bu şekilde kötüye kullanmanın engellenmesi ile payların bedellerinin ödenmesini garanti altına almak amacıyla mahkemelere süreç içerisinde görev verilmesi, ortaklıktan çıkarma işleminin süresini uzatacağı gibi, süreci de öngörülemez bir hale getirecektir. Azınlığın kötü niyetli faaliyetlerinin tespitinin çoğunluğun kararına bırakılması da mümkün değildir. Bu nedenle mahkemelerin süreç içerisinde görev alması kaçınılmazdır. Ancak diğer yandan pay bedellerinin ödenmesinin garanti altına alınması, birçok finansal enstrümanın bulunduğu günümüzde pekala başka şekilde de sağlanabilir²⁸.

²⁶ Paylar üzerinde dolaylı hâkimiyet konusunda detaylı bilgi için bkz. NİLSSON, Gül Okutan, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, İstanbul, 2003.

²⁷ Kanun metninin mahkeme kararının gerekliliği konusunda yeterince açık olmadığı eleştirisi için bkz. KENDİGELEN, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011, s.162.

²⁸ Almanyada'daki düzenlemede (AktG m.327b) olduğu gibi banka teminatları bu noktada yardımcı olabilir.

e- Azınlığın Olumsuz Davranışları Bulunmalıdır

Çoğunluğun sahip olduğu hakları suiistimal etmeden kullanmasını sağlamak amacıyla, azınlıkta kalan ortaklara da şirket yönetimine müdahale hususunda bir takım haklar tanınmıştır. Bu düzenlemeler sayesinde azınlık, normal şartlarda düşük ortaklık oranı nedeniyle kullanamayacağı hakları kullanma imkânına sahip olur. Şirket bünyesinde azınlığı oluşturan pay sahipleri, gerek bireysel hakları ve gerekse azınlık hakları ile şirket yönetimine ve faaliyetlerine müdahale etme imkânı bulurlar. Azınlığın bu haklarını kullanırken şirket çıkarlarını düşünmeksizin kendi şahsi çıkarlarını gerçekleştirmek amacıyla hareket etmeleri, çoğu zaman şirketin işleyişini ciddi şekilde engellemektedir. Bu yolla azınlık, şirkette payları oranında sahip olduğu menfaatlerin ötesinde bir menfaat elde etmeyi, sahip olduğu payları rayicinin üstünde bir değerle satmayı amaçlamaktadır.

Genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması, oybirliği gerektiren durumlarda olumsuz tavır sergilenmesi, bilanço görüşmelerinin ertelenmesinin talep edilmesi, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması, özel denetçi tayininin talep edilmesi ve ana sözleşmede azınlığa tanınan sair hakların kullanımı, azınlık pay sahipleri tarafından dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılarak menfaat temin edilebilecek başlıklardan sadece birkaçıdır. Azınlık haklarını kullanamayacak oranda pay sahibi olan ortaklar ise pay sahibi olmalarından kaynaklanan bireysel haklarını kullanarak şirket işleyişini zora sokacak davranışlar içine girebilirler.

Azınlığa veya pay sahiplerine kanunen tanınan hakların hangi hallerdeki kullanımının dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirileceği, getirilen düzenlemenin en tartışmalı noktasıdır. Mahkemeler tarafından ağır şartların aranması durumunda 208. madde kapsamında ortaklıktan çıkarma hakkının kullanılabilmesi çok zorlaşacaktır. Azınlık haklarının kullanımı ve elde edilen menfaat arasındaki dengenin iyi analiz edilmesi gerekmektedir. Bu denklem içerisinde şirket menfaatleri, öncelikle göz önünde tutulmalıdır.

f- Alım Hakkının Kullanımı İçin Bir Süre Öngörülmemiştir

TTK 208. maddede hâkim pay sahibi konumundaki şirketin, ortaklıktan çıkarma hakkını kullanması, herhangi bir kısıtlayıcı süreye bağlanmamıştır. Düzenlemede hâkim pay sahibinin kanunda öngörülen %10'luk baraja aleni pay alım teklifi sonucu ulaşması aranmamaktadır. Buna bağlı olarak da aleni pay alım teklifi esas alınarak tespit edilen bir süre içerisinde ortaklıktan çıkarma hakkının kullanılması da düzenlemede yer almamıştır. Kanun koyucu

hâkim pay sahibinin ortaklıktan çıkarma hakkını kullanmasını bir süre şartına bağlamamıştır. Hâkim ortak dilediği zaman ortaklıktan çıkarma hakkını kullanarak, şirketteki azınlık pay sahiplerini, paylarını satın almak suretiyle şirketten çıkarabilir. Bu durum hâkim ortak tarafından azınlığa karşı bir tehdit olarak kullanılabilir. Ancak diğer yandan azınlığın olumsuz davranışları gibi, tespiti güç bir şarta bağlanmış ortaklıktan çıkarma düzenlemesinde bir süre öngörmek, hâkim ortağın bu hakkını kullanmasını daha da zorlaştıracaktır. Bir sürenin öngörülmesi durumunda, bu sürenin başlangıç anının tespiti 208. maddedeki düzenleme kapsamında objektif kriterlere dayandırılması mümkün değildir.

III. TTK m.208 Uyarınca Çıkarma Hakkının Kullanılmasının Şartları

Öncelikle hâkim pay sahibinin, maddede belirtilen %90'lık eşiğe ulaşmış olması gerekmektedir. Hâkim pay sahibi şirket, hem şirket payı hem de oy hakkı anlamında söz konusu eşiğe ulaşmalıdır. Hâkim şirketin sadece %90 oranında oy hakkına sahip olması yeterli olmamakta, aynı zamanda %90 oranında paya da sahip olması gerekmektedir. Ancak bu oranlarda pay ve oy üzerindeki hâkimiyetin doğrudan bir hâkimiyet olması şartı düzenlemede aranmamıştır. Hâkim şirket doğrudan veya dolaylı olarak pay ve oy eşiğini geçerse ortaklıktan çıkarma hakkını kullanabilir. Bu noktada hedef şirketle anlaşma veya oy sözleşmesi şeklinde paylar üzerinde dolaylı hâkimiyet sağlanması durumunda ya da imtiyaz, intifa veya alım hakkı sahibi olan pay sahiplerinin şirketteki pay ve oy oranlarının hesaplanmasında, dolaylı şekilde hâkim oldukları paylar da değerlendirmede göz önünde bulundurulur.

Maddede öngörülen diğer bir ön şart ise; azınlığın şirketin çalışmasını engellemesi, dürüstlük kuralına aykırı davranması, fark edilir sıkıntı yaratması veya pervasızca hareket etmesidir. Azınlık pay sahibinin şirketten çıkarılması için sadece hâkim şirketin %90 çoğunluğa sahip olması yeterli olmayıp, aynı zamanda azınlığın şirket aleyhine, olumsuz faaliyetlerde bulunması da kanun koyucu tarafından ön şart olarak düzenlenmiştir. Söz konusu olumsuz davranışların, azınlığın şirketten çıkarılmasını gerektirecek düzeyde olup olmadığına mahkeme tarafından karar verilecektir. Bu davranış eşiğinin belirlenmesinde mahkemelerin belirleyeceği sınır, düzenlemenin uygulanırlığı bakımından büyük önem taşımaktadır. Mahkeme tarafından azınlık pay sahiplerinin davranışlarının şirket işleyişini ciddi şekilde aksatması şartının aranması durumunda, düzenlemenin uygulama bulması mümkün olmayacaktır.

Söz konusu davranış sınırının ağır şartlara bağlanması, düzenlemenin uygulanmasını imkansız kılarak azınlık ve hakim pay sahiplerinin de şirket içi huzursuzluktan daha fazla zarar görmelerine neden olacaktır.

IV. Pay Değerlerinin Tespiti

TTK m.208'e göre hakim şirket azınlığın paylarını varsa borsa değeri üzerinden, böyle bir değer bulunmaması durumunda ise TTK'nın 202. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir. TTK m.202/II'ye göre ise paylar, varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle işlem görür. Değer belirlenirken mahkeme kararına en yakın tarihteki veriler esas alınır.

Türkiye'de hisse senetlerinin işlem gördüğü İMKB düşünüldüğünde, şirket paylarının değerleri konusunda borsa değerlerinin sıhhatli veri sağlayamayacağı açıktır. Borsada oluşan rakamların, TTK m.208 kapsamında yapılacak yargılamada veri olarak kullanılması, ciddi haksızlıklara neden olabilir. TTK m.202/II'de kanun koyucu da bu durumu göz önünde bulundurarak, borsa değerinin hakkaniyete uygun düşmemesi durumunda genel kabul gören bir yöntemle göre pay değerinin hesaplanmasını talep etmiştir. Kanun koyucunun TTK m.208'de pay değerinin, varsa borsa değeri, yoksa 202/II çerçevesinde hesaplanması talebinin bilinçli olmadığı ve hatalı olduğu görülmektedir. TTK m.202/II zaten borsa değeri alternatifini göz önünde bulundurarak düzenlenmiştir. Bu maddeye gönderme yapılırken ayrıca borsa değerine öncelik tanınmanın, bir anlamı bulunmamaktadır²⁹.

G. DEĞERLENDİRME

Kanun koyucu TTK m.208 ile getirilen ortaklıktan çıkarma düzenlemesinin nihai amacının, şirket içi barışı sağlamak olduğunu madde gerekçesinde ifade etmektedir. Şirket içi barışın sağlanması sürecinde azınlığın, çoğunluğun ve dolayısıyla şirketin menfaatlerinin hakkaniyete en uygun şekilde dengelenmesi gerekmektedir. Diğer yandan ise düzenlemenin önleyici mi yoksa çözüme yönelik bir yapıda mı olacağının net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Türk kanun koyucusu tercihini önleyici bir düzenlemeden yana kullanmamış, şirket içi barışın bozulması sonucu ortaya çıkan sorunun çözümü yönünde düzenlemenin ayrıntılarını belirlemiştir. Bu doğrultuda azınlığın kötü niyetli davranışlarının tespiti yapılması

²⁹ Aynı yöndeki eleştiriler için bkz. KENDİGELEN s.162, 163.

görevini mahkemelere vermiştir. Çözüme yönelik tasarlanan bu düzenlemede mahkemelerin rol alması kaçınılmazdır. Diğer yandan azınlığın mahkeme kararı ile ortaklıktan çıkarılması, birçok ortaklıktan çıkarma girişiminden daha en başta vazgeçilmesine neden olacaktır. Düzenlemenin etkin olarak kullanılabilmesi ve bu şekilde şirket içi barışı sağlayabilmesi için, çözüme yönelik bir düzenleme değil, şirket içi barışı muhafaza edici, önleyici bir düzenleme olmalıdır. Bu doğrultuda azınlığın kötü niyetli davranışları ortaklıktan çıkarma için ön şart olmamalı³⁰ ve buna bağlı olarak bu davranışların tespiti konusunda mahkemeler sürece dahil edilmemelidir. Böylece şirket içi barışı sağlama hedefine uygun olarak, düzenleme etkin şekilde kullanılabilir³¹. Düzenleme bu haliyle semboliktir ve sınırlı sayıda uygulama bulması şaşırtıcı olmayacaktır.

Hakim ortağın ortaklıktan çıkarma hakkını kullanabileceği sürenin belirsiz olması, bu hakkın kullanımının hakim ortak tarafından azınlık üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmasına neden olacaktır. Ancak mevcut düzenleme çerçevesinde, objektif kriterlere göre sürenin başlatılabileceği zamanın tespiti mümkün görünmemektedir. Azınlığın davranış şekline bağlı olmayan bir ortaklıktan çıkarma düzenlemesinde, Avrupa ülkelerindeki örneklerde de olduğu gibi, kanunda öngörülen pay sahipliğine ulaşıldıktan belli bir süre sonra bu hakkın kullanılması talep edilmelidir.

Ortaklıktan çıkarma hakkının sadece ticaret şirketleri tarafından kullanılabilmesi de, düzenlemenin uygulanma şansını azaltan faktörlerdendir. Ülkemizdeki ortaklık yapıları göz önüne alındığında, sadece şirket topluluklarında uygulanabilecek olan bu düzenlemenin dar bir uygulama alanı olacağı açıktır. Bu nedenle ortaklıktan çıkarma hakkının ticaret şirketlerinin dışında gerçek kişilere de verilmesi, düzenlemenin Türkiye şartlarında uygulanabilirliğini sağlayacaktır.

E. SONUÇ

Şirket iç huzuruna yönelik bu tip düzenlemelerin temel amacı, şirketin iç çekişmelerden kurtarılacak, faaliyetlerine ve piyasaya konsantre olmasını sağlamaktır. Türkiye’de iç çekişmelerin kaynağına baktığımızda,

³⁰ Benzer tespitler için bkz. PULAŞLI Hasan, *Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 2012, s.247.

³¹ Böyle bir düzenleme içerisinde azınlığa şirketten çıkma hakkının da verilmesi, menfaatler dengesinin sağlanması bakımından yerinde olacaktır, bu konuya ilişkin bkz. KAYA, s.307-328. Ortaklıktan çıkma (satma) hakkı konusunda detaylı bilgi için bkz. ÖZDOĞAN Ayşegül, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 2002.

aile şirketlerindeki ortaklar arasındaki anlaşmazlıkların öncelikli konu olduğunu görmekteyiz. Aile şirketlerinin kurumsal bir yapıya kavuşturulması, ülke ekonomisi bakımından da büyük önem taşımaktadır. Kaynakların en verimli şekilde ülke ekonomisine kazandırılması ve şirketlerin uluslararası rekabette varlığını sürdürebilmesi için kurumsallaşmak kaçınılmazdır. TTK m.208 kapsamındaki ortaklıktan çıkarma düzenlemesi de, aile şirketlerinin kurumsallaşması hedefine hizmet edebilecek enstrümanlardan biri olabilirdi. Ancak düzenleme bu haliyle, Avrupa müktesebatına uyum yolunda atılmış bir adımdan ötesini vaad etmiyor.

KAYNAKÇA

- ASLAN, Ayşegül, Hakim Ortağın Azınlık Paylarını Satın Alma Hakkı, *Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü* 2005.
- AUSTMANN, Andreas, Der verschmelzungsrechtliche Squeeze-out nach dem 3. UmwÄndG 2011, *NZG* 2011.
- ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, *Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007.
- ÇELİK, Aytekin, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, 2. Basım Ankara 2012.
- ÇELİK, Aytekin, *Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu*, Ankara 2005.
- HABERSACK, Mathias, in: Emmerich/Habersack, § 327f Knr. 3, § 327e.
- HERİBERT, Heckschen, Die Novelle des Umwandlungsgesetzes – Erleichterungen für Verschmelzungen und Squeeze-out, *NJW* 33/2011.
- İMREGÜN, Oğuz, *Anonim Şirketlerde Azınlığın Himayesi, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar*, 13-18 Mayıs 1963, Ankara 1964.
- KARSTEN, Heider/MARKUS, Hirte, Auswirkungen eines Squeeze out auf den Ausgleichsanspruch der Minderheitsaktionäre, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, 2011.
- KARSTEN, Müller-Eising/THOMAS, Stoll, Klagebefugnis von Minderheitsaktionären gegen Squeeze out-Beschlüsse und Bestandskraft der Eintragung, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2011.

- KAYA, Mustafa İsmail, Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı, *EÜHFD* 2007.
- KENDİGELEN, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011.
- KOPPENSTEİNER, Hans G, *Kölner Komm. z. AktG*, § 327f.
- MANAVGAT, Çağlar, *Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid)*, Ankara 1997.
- NİLSSON, Gül Okutan, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, İstanbul, 2003.
- ÖZDOĞAN Ayşegül, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 2002.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Basım İstanbul 2007.
- PULAŞLI Hasan, *Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 2012.
- PULAŞLI, Hasan, Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003.
- SCHÄFER, Dette, Aktienrechtlicher Squeeze-Out – Beschlussnichtigkeit bei missbräuchlicher Erlangung des Kapitalquorums?, *NZG* 2009.

BOŞ

KAYITLI SERMAYE YAPISI HAKKINDA GENEL BİLGİ ve 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE HALKA AÇIK OLMAYAN ANONİM ŞİRKETLERDE KAYITLI SERMAYENİN ARTIRIM USULÜ

Ruveyda Gülmisal AKKALE*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmeden önce yalnızca Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi anonim şirketlerde etkin olarak kullanılan kayıtlı sermaye sistemi, yeni düzenlemeyle, halka açık olmayan anonim şirketler için de etkin hale getirilmiştir. Kayıtlı sermayenin halka açık olmayan anonim ortaklıklardaki artırım usulü, çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Esas sermaye sisteminin kabul edildiği anonim şirketlerde sermayenin artırılması, genel kurulun alacağı karar ile mümkünken, kayıtlı sermaye sistemini benimseyen şirketlerde genel kurulun verdiği yetki doğrultusunda, yönetim kurulu sermayeyi belirlenen tavan ölçüsünde artırmaya yetkili kılınmıştır. Kayıtlı sermayenin özellikleri, sağladığı yarar ve artırım usulü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Tebliği doğrultusunda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: kayıtlı sermaye sistemi, kayıtlı sermayenin artırılması, halka açık olmayan anonim şirketlerde kayıtlı sermaye artırımı, yönetim kurulunun sermaye artırım kararı, sermaye artırım usulü

GENERAL INFORMATION ABOUT AUTHORIZED CAPITAL AND INCREASE PROCEDURE OF THE AUTHORIZED CAPITAL IN NON PUBLICLY JOINT STOCK COMPANIES ACCORDING TO THE TURKISH COMMERCIAL CODE NO. 6102

ABSTRACT

Before the Turkish Commercial Code No. 6102 entry into force, the authorized capital structure is only effectively used for open joint-stock companies subject to the Capital Markets Law, the new arrangement was also optimized for non-publicly stock companies. Increase procedure of the authorized capital in non publicly joint stock companies is the subject of article. Acceptance of the system to increase the share capital in joint stock companies is possible with the decision of the general assembly

* Arş.Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Bilim Dalı.

but in the companies which have adopted the authorized capital system, in accordance with the authority of the general assembly, board of directors is entitled to increase the capital to the extent specified ceiling. Authorized capital's characteristics, it's benefits and increase procedure is analyzed in line with the Turkish Commercial Code No. 6102 and the Notification which is published by The Ministry of Customs and Trade.

Keywords: *the authorized capital system, the authorized capital increase, the registered capital increase of non-public joint-stock companies, decide of the board of directors decided to increase the capital, the capital increase procedure*

GİRİŞ

Ticaret şirketlerinden anonim şirketin sermayesi, esas sermaye veya kayıtlı sermaye sistemi üzerinden şekillenir¹. Türk Ticaret Kanunu'na göre, anonim şirketlerde sermayenin belirli ve paylara bölünmüş olması gerekir. Belirli olmak, esas sermayenin niteliğidir. Anonim şirketlerde, şirket sözleşmesinde yer alan itibari sermayenin diğer şirket türlerindeki sermayeden ayrılması için, bu sermaye esas sermaye olarak adlandırılmıştır. Esas sermaye sisteminde, şirket sözleşmesinde gösterilen sermaye miktarı sabit bir rakam olarak yer alır. Sabit olmak, sermayenin değiştirilemeyeceği anlamına gelmez. Esas sermayenin değiştirilmesi için şirket ana sözleşmesinin değiştirilmesi ve gereken hallerde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınması gerekir². Şirket genel kurulunda sermaye değişimi konusunda karar alınması ve Ticaret

¹ Esas ve kayıtlı sermaye yapıları dışında bir üçüncü yöntem olarak kabul edilen şartlı sermaye (şarta bağlı sermaye), alım hakkı ve değiştirme hakkı sahiplerinin şirket esas sözleşmesine dayanarak, piyasa şartları elverdiği koşullarda genel kurul ve yönetim kurulunun onayına ve kararına bağlı olmadan haklarını kullanarak ortaklığın sermayesini aşama aşama ve sürekli olarak artırabildiği sermaye sistemidir. Şartlı sermaye, esas sermaye sisteminin esnek yapıya kavuşturulması ve kayıtlı sermaye sistemine yaklaşması ile ortaya çıkmıştır. Şartlı sermaye ekonomik açıdan yabancı sermayenin öz sermayeye dönüşümünü sağlayıp ihtiyaç duyulan sermayenin karşılanmasına yardımcı olur. Şartlı sermayenin artırımı, kayıtlı sermaye sisteminde olduğu gibi kesinlik arz etmez. Esas sermaye artırımında, sermaye artırımının tamamı aynı anda gerçekleşir ve belli olur. Şartlı sermaye artırımı bu nitelikleri göstermediğinden esas sermaye ve kayıtlı sermayeden ayrılır. Bu sebeple sistem olarak kabul edilmez. **Karayalçın, Yaşar**; Para Değerinde Değişmeler- Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Aynı Pay, Koloğlu Armağanı, Ankara, 1975, sayfa (s.) 540; **Kaya, Arslan**; Sermaye Artırımı, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997, s.177.

² Kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği Bakanlık iznine tabi olan şirketler için bkz: Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ, Resmi Gazete (R.G.), Tarih (T.) 15/11/2012, Sayı (S.) 28468.

Sicili'ne tescil ve ilan suretiyle, esas sermaye sistemini benimsemiş şirketin, sermaye değişikliği süreci tamamlanmış olur.

Kaynak metinlerde müsaade edilen sermaye veya müseccel sermaye adıyla da anılan kayıtlı sermaye³ (authorized/registered capital, genehmigtes kapital), taahhüt edilen veya konulan gerçek anlamda sermaye değil, esas sözleşmeye göre yönetim kurulu tarafından sermaye artırımı yetkisinin kullanılabilmesi üst sınırı gösteren sermayedir. Türk Hukuku'nda kayıtlı sermaye, kapsamlı olarak ilk defa, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu tarafından düzenlenmişti⁴. Düzenleme, yalnızca halka açık anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sisteminin benimsenmesine imkân tanırken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile halka açık olmayan anonim şirketlerin de kayıtlı sermaye sistemini benimsemesinin önü açılmıştır⁵. Kayıtlı sermaye sisteminde, kuruluş aşamasında genel kurul tarafından yönetim kuruluna tanınan yetki tavanına kadar ya da kuruluşun sonradan alınacak kararlar ile tespit edilen tavana kadar esas sermayeyi artırma ve pay çıkarma yetkisi verilir.

Halka açık olmayan anonim şirketlerin kayıtlı sermayeyi kabul etmesi, şirket esas sözleşmesine konulacak bir hükümle tavan sermayesinin belirlenmesi, belirlenen tavana göre sermayeyi artırmak için yeni hisse senedinin çıkarılması yetkisinin yönetim kuruluna tanınması ve Türk Ticaret Kanunu'na göre bu yetkinin beş yıl ile sınırlanması suretiyle tamamlanır. Halka açık anonim şirket yapılarında ise kayıtlı sermaye sisteminden, sadece paylarını halka arz eden ya da arz etmek üzere kurulmuş olan şirketlerin yararlanması söz konusudur. Kayıtlı sermaye, anonim ortaklığın esas sözleşmesinde ortaklığın çıkarabileceği hisse senedinin azami miktarını gösteren rakamla ifade edilir ve bu sermayeye tavan sermaye de denilmektedir.

Limited şirketler için kayıtlı sermaye sistemi kabul edilmemiştir. Az ortaklı olan bu şirket yapısında sermaye artırımı zaten kolaydır ve klasik sermaye artırımı ilkesi korunmuştur⁶.

³ **Yasaman, Hamdi**; İsviçre ve Fransa'da Yatırım Fonları ve Türk Hukukunda Uygulanma İmkânları, İstanbul, 1980, s.11.

⁴ Bu Kanun, 30/12/2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 139. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵ **Tekinalp, Ünal**; Grundzüge der türkischen Handelsrechtsreform 2011, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Stämpfli Verlag AG, Bern, ZBCV 149, 2013, s.8. (Grundzüge).

⁶ **Tekinalp, Ünal**; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul, 2011, s.343. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku).

Kayıtlı sermaye sisteminin düzenlendiği alanlar güncel haliyle, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)⁷ ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁸ dur.

I. SERMAYE SİSTEMLERİ

A. GENEL OLARAK

Sermaye kavramı, kullanıldığı alana göre değişen farklı anlamlara sahiptir. Ekonomi alanında kullanıldığında sermaye, emeğin verimini artıran ve önceden üretilmiş olan üretim araçları olarak tanımlanır⁹. Muhasebe açısından sermaye, esas sermaye ve öz sermaye olarak ikili ayrıma tabidir. Esas sermaye, bir işe ayrılan para veya para ile ölçülebilen değer olarak anlaşılır. Öz sermaye ise işletmecinin işletme için ayırdığı toplam değeri ifade etmektedir¹⁰. Hukuki açıdan sermaye, genel olarak bir ticari işletme veya ortaklığın amacına ulaşmak için işletme veya ortaklığa tahsis edilen maddi, gayri maddi ve para ile ölçülebilen değerler toplamı olarak ifade edilir¹¹. Paydaşların sermaye oluşturmak için getirdikleri payları, uzun vadeli yatırım olarak nitelemek de mümkündür¹².

⁷ R.G. T. 30/12/2012, S. 28513.

⁸ R.G. T. 14/02/2012, S. 27854.

⁹ **Ünsal, Erdal M.**; Makro İktisada Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, s.8.

¹⁰ **Koç, Yalkın Yüksel**; Genel Muhasebe İlkeleri Uygulaması, Tek Düzen Muhasebe Sistemi, Ankara, 2001, s.389.

¹¹ Şahıs şirketlerinde emek ve ticari itibar sermayeye getirilebilecek değerler arasındadır ancak anonim şirket gibi sermaye şirketlerinde emek unsurunun bilançoaya aktif katılım payı olarak kaydedilemeyeceği görüşü doktrinde hakimdir. Detaylı açıklama için bkz: **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin**; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010, 127 b; **İmregün, Oğuz**; Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s.26; **Tekil, Fahiman**, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998, s.101 vd. emek faktörünün anonim şirketlere sermaye olarak getirilebileceği görüşü için bkz: **Arslanlı, Halil**; Anonim Şirketlerde Hukuki Hükümler, C. 1, İstanbul, 1959, s.32.

¹² **Armour, John**; Share Capital And Creditor Protection: Efficient Rules For A Modern Company Law?, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 148, 1999, page (p.) 12.

Anonim şirketlerde sermaye¹³ sistemleri, esas sermaye ve kayıtlı sermaye¹⁴ sistemi olarak iki başlıkta incelenir¹⁵.

B.ESAS SERMAYE

6102 sayılı TTK m.329'da sermayesi belli ve paylara bölünmüş ve borçlarından yalnızca malvarlığı ile sorumlu olan şirketin, anonim şirket olacağını belirtmiştir. Bu madde, kayıtlı veya esas sermaye ayrımı yapmaksızın sermayenin varlığından söz etmiştir.

Esas sermaye, anonim ortaklıkta, ortakların getirmeyi taahhüt ettiği malvarlığı değeri toplamıdır¹⁶. Esas sermaye sisteminin nitelikleri genel olarak, önceden belirlenmiş ve sabit olması¹⁷, asgari miktarın altında olmaması¹⁸, şirket malvarlığının esasını oluşturması¹⁹ nakitle ifade edilmesi²⁰, itibari değerli paylara bölünmesi ve tamamen taahhüt edilmesidir²¹. Esas sermayenin güvence ve ölçü işlevleri vardır²².

¹³ **Tekinalp**, Sermaye Artırmada “Çift Usul”ün Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu” başlıklı makalesinde, Türk Hukukunda esas sermaye ve kayıtlı sermaye olarak ifade edilen iki farklı nitelikte ve özellikle sermaye gruplandırması olmaması gerektiği çünkü her iki sermayede de muayyen ve paylara bölünmüş olmanın temel özellik olduğu, her iki sermaye türünün de hisse senedine bağlanabilir ve hamiline yazılı olan senetlerin ziyetlik devri ve ciro yoluyla devrinin mümkün olduğu görüşünü ileri sürmektedir. İki ayrı sermaye yapısından bahsedebilmek için bağlı olunan ilkelerin ve hükümlerin ayrı sermaye kavramı üzerinden şekillenmesi gerekmektedir. Halka açık anonim ortaklıklarda farklı gibi görünen esas sermaye ve kayıtlı sermaye birbirinin aynı özellik gösterir. Bu sebeple, 2499 sayılı SerPK m.12’de kullanılan sistem kelimesi yersizdir. Sermayenin artırım usulü genel kurul ya da yönetim kurulu eliyle gerçekleşse de değiştirilen sermaye aynıdır, muayyen ve paylara bölünmüş sermayedir. **Tekinalp**, sermayede çift usul konusunda açıklama yapmış ve görüşünü temellendirmiştir. **Tekinalp, Ünal**; Sermaye Artırmada Çift Usulün Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu, BATİDER, C.18, S.4, 1996, s.3-7. (Sermaye Artırma).

¹⁴ **von der Crone, Hans Carpar**; “Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag”, s.4. Bkz:http://www.vondercrone.ch/publikationen/Kapitalerhoehung_mit_Maximalbetrag.pdf
Yazar, şartlı sermaye artırımını da sermaye artırım yöntemleri arasında sayar. (Erişim tarihi:07.01.2013). Aynı yönde, **Tekinalp**, Grundzüge, s.8.

¹⁵ **Bahtiyar, Mehmet**; Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul, 1996, s.7,29,34. (Kayıtlı Sermaye).

¹⁶ **Hirsch, Ernst**; Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1940, s.67; **Moroğlu, Erdoğan**; Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, İstanbul, 2003, s. 1.

¹⁷ **Bahtiyar, Mehmet**; Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2007, s. 73, (Ortaklıklar Hukuku); **Armoür**, p.14.

¹⁸ **Çağlar, Hayrettin**; Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara, 2010, s.8 vd.

¹⁹ **Çağlar**, s.13.

²⁰ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 33- 34.

²¹ **Biçer, Levent**; Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s.7-15.

²² **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.11-12.

C. KAYITLI SERMAYE

1. TANIM

Esas sermaye sisteminin uygulamada yaşanan sıkıntılarını giderebilmek için sunulan alternatif, kayıtlı sermayedir²³. Kayıtlı sermaye, anonim ortaklıklarda esas sözleşme ile belirlenen ve Ticaret Sicili'ne tescil edilmiş azami bir miktara kadar bazı formalitelere ihtiyaç duyulmaksızın yönetim kurulunca sermaye artırımına olanak sağlayan sistem olarak tanımlanır²⁴.

2. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE KAYITLI SERMAYE

a) Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda

Amerikan hukuk yapısı, eyaletlere göre farklılık arz eden kurallar içerir. Anonim şirketlerle ilgili olarak, yeknesak düzenleme yapmayı amaçlayan Amerikan Barolar Birliği, Model Business Corporation Act²⁵ ile federe devletler arasında uyum sağlamayı amaçlamıştır²⁶. Bu düzenleme daha sonra Revised Model Business Corporation Act olarak güncellenmiş ancak Amerikan hukuk sistemi gereği, anonim şirket yapısını düzenleme yetkisi her federe devletin kendi inisiyatifinde olduğundan, anonim şirket ile ilgili yapı, bölgelere göre farklı nitelikler doğurmuştur²⁷.

Kayıtlı sermaye sisteminin ilk uygulandığı yer Amerika'dır. Amerikan hukukunda, şarta bağlı sermaye sistemi veya sabit/esas sermaye sistemi bulunmamaktadır²⁸. Amerikan hukukunda, şirket kurulması için önce şirket esas sözleşmesinin hazırlanması ve şirketin kurulacağı federe devletin ilgili makamına başvurarak tescilin sağlanması gerekir²⁹. Şirket esas sözleşmesinde belirlenen tavan miktara kadar pay senedi çıkarmak ve gereken durumlarda piyasadan pay senedi toplamak, yönetim kurulunun yetkisine bırakılmıştır³⁰.

²³ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.34.

²⁴ **Saraç, Tahir**; Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Asil Yayın, Ankara, 2009, s. 23.

²⁵ Bu düzenleme 2010 yılında değişikliğe uğramıştır. İlk bölümde düzenlemenin amacı açıklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için: http://law.jnu.edu.cn/blaw/kyyd/UploadFiles_3666/200705/20070518014549792.pdf (Erişim tarihi: 03.03.2012).

²⁶ **Biçer**, s.36.

²⁷ Eyaletlere göre farklılık gösteren anonim şirket ve sermaye yapıları ile ilgili detaylı bilgi için bkz: United States Company Laws and Regulations Handboook, International Business Publications, Washington DC, USA, 2012, p.107-147.

²⁸ **Biçer**, s.37.

²⁹ **İmregün, Oğuz**; Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Anahatları, İstanbul, 1968, s.37.

³⁰ **İmregün**, s.2.

b)İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda ortaklık yapısını düzenleyen Companies Act³¹, 2006 yılında değiştirilmiş ve şirket kuruluş metodu, Part 2/7 ve devamında düzenlenmiştir. Limited şirketler ile halka açık anonim şirketler arasında da sermaye yönünden oldukça katı ayrımlar getirilmiştir³². Düzenlemede, şirket kurmak için bir veya daha fazla kurucu ortağın şirket esas sözleşmesini imzalaması ve 9-13 maddeler arasında sayılan belgelerle ortaklıklar siciline başvurması gerektiği belirtilmiştir³³. Esas sözleşmede belirtilmesi zorunlu olan hususlardan olmak üzere, kayıtlı sermayenin sözleşmeye yazılmış olması aranan şartlardandır aksi halde şirketin tescil talebi reddedilir³⁴.

İngiliz hukuk sisteminde, kayıtlı sermaye, genel kurul kararı ya da şirket esas sözleşmesinden alınan yetki ile ortaklığın pay senedi çıkarabileceğini gösteren ve tescil edilmesi gereken tavan miktar olarak tanımlanır³⁵. Kayıtlı sermayenin asgari miktarı kanunda belirtilmemiş olup ortakların inisiyatifine bırakılmıştır. Şirket genel kurulu, basit çoğunlukla kayıtlı sermayeyi artırma imkânına sahiptir³⁶. Tabanı ve tavanı belirli kayıtlı sermaye miktarı içinde değişiklik yapmaya, yönetim kurulu yetkilidir. Amerikan hukuk sisteminde bulunan kayıtlı sermaye³⁷ yapısından farklı olarak İngiliz hukukunda, itibari değersiz pay çıkarmak caiz değildir³⁸. Şirketin kendi pay senetlerini edinmesi de mümkün sayılmıştır³⁹.

c) Alman Hukukunda

Alman hukukunda, kayıtlı sermayenin benimsenmesi ile pratik ihtiyaçların karşılanması ve mevcut sistemin yavaşlığının bertaraf edilmesi amaçlanmıştır⁴⁰. Kayıtlı sermaye yapısının kabul edilmediği şirketlerde,

³¹ Companies Act, 2006, Chapter 46, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf (Erişim tarihi 04.03.2012).

³² **Hannigan, Brenda**; Company Law, Oxford University Press, Ashford Colored Press Ltd., Gosport, Hampshire, 2012, Part IV, p.451-452.

³³ Companies Act, Chapter 46, part 2, p.65.

³⁴ **Biçer**, s.38.

³⁵ **Cain T. E.**; Charleswort and Cain Company Law, London, 1972, s.167.

³⁶ Companies Act, part 17, chapter 8- 617, p.357.

³⁷ United States Company Laws and Regulations Handboook, p.46.

³⁸ **Armour**, p.13.

³⁹ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.38.

⁴⁰ **Roser in Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger**; GmbH-Beratung, Kapitalerhöhung; Vertiefende Recherche, Genehmigtes Kapital, 1.Aufl., 28, 2011.

sermaye artırım kararlarında organsal şikayet düzeninde adaletsiz bir yapı oluşabilecek ve basiretli iş adamı gibi davranma ilkesi, yönetim kurulu üyelerine karşı gereği kadar ileri sürülemeyecektir⁴¹. Bir diğer deyişle, yönetim kurulunun sermaye artırımını konusunda yetkisiz olması halinde, şirketin varlığının devamı için temel unsur olan sermaye ile ilgili yaşanan sorunlarda, yönetim kuruluna yönelmek, yetki vermeden sorumlu saymak sonucunu doğuracaktır. Kayıtlı sermayenin dışlandığı bir yapıda sermaye artırım süreci problem yaratmaya meyilli olur⁴².

Alman hukuk sistemi, kayıtlı sermaye sistemini Anglo-Amerikan hukukundan esinlenerek düzenlemiş ve 1937 yılında Paylı Ortaklıklar Kanunu ile kabul etmiştir⁴³. Buna göre, esas sermayenin belirli bir miktara kadar artırılması amacıyla yönetim kuruluna en fazla beş yıl süreyle yetki verilmesi ve bu durumun esas sözleşme ile düzenlenmiş olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kayıtlı sermayenin itibari değeri yetki aşamasında mevcut olan esas sermayenin yarısını aşamayacağı ve yönetim kuruluna tanınacak sermaye artırımını yetkisinin kuruluş esas sözleşmesinde veya daha sonra yapılacak değişikliklerle tanınması mümkündür⁴⁴.

Yönetim kurulunun yetkilendirilmesi için yapılacak genel kurul toplantısında sermayenin $\frac{3}{4}$ 'ünü temsil eden grubun oy çokluğu aranır. Sermaye artırımının tescili ile çıkarılmış sermaye, esas sermaye olarak nitelenir. Böylece esas sermaye ve kayıtlı sermaye yapıları bağdaştırılarak esas sermaye sisteminden vazgeçilmeden kayıtlı sermayenin faydaları amaçlanmış olur⁴⁵.

d)İsviçre Hukukunda

İsviçre’de kayıtlı sermaye, 1992 yılında yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu değişikliği ile kabul edilmiştir⁴⁶. Daha önce süregelen uygulama, sermaye artırımının stok hisselerin satışı ile sağlanması yönündeydi⁴⁷. Yapılan değişiklik ile esas sermayenin yanı sıra kayıtlı sermaye yapısı da

⁴¹ **Klaus, Cannive/Andreas, Suerbaum**; Die Fairness Option bei Sachkapitalerhöhungen von Aktiengesellschaften: Rechtliche Anforderungen und Ausgestaltung nach IDW S8, Verlag Dr. Otto Schmidt, AG 2011, 317-326.

⁴² **Klaus, Cannive/Andreas, Suerbaum**, s.319.

⁴³ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.40.

⁴⁴ **Biçer**, s.41.

⁴⁵ **Karayalçın**, Ayni Pay, s.538-539; **Biçer**, s.41.

⁴⁶ **Biçer**, s.42.

⁴⁷ **von der Crone**, s.1.

tanınmış ve diğer sermaye sistemlerinin yarattığı yavaşlatıcı etkileri azaltmak amaçlanmıştır. Kayıtlı sermaye artırımı için, yalnızca sermaye tavan miktarının belirlenmiş olmasını yeterli gören görüşe⁴⁸ ek olarak, kanuni yükümlülüklerin yerine getirilmesinin yanı sıra ülkenin sermaye piyasasını düzenleyen kurulun onayının alınması gerekliliği, aranan şartlardan sayılmıştır⁴⁹.

Kabul edilen yapıya göre, genel kurul şirket ana sözleşmesini değiştirerek yönetim kuruluna sermaye artırımı konusunda iki yıl ile sınırlı olmak üzere yetki verir⁵⁰ (Art. 653 OR). Genel kurul, ilk esas sözleşmeyle bu yetkiyi genel kurula verebileceği gibi daha sonradan toplanıp karar alarak da kayıtlı sermaye sistemine geçişi sağlayabilir⁵¹. Yönetim kurulunun yapabileceği sermaye artırımı, esas sermaye miktarının yarısını geçemez⁵². Öngörülen sistemde, anonim şirket sermayesinin baz sermayesi, sermayenin en fazla artırılabilmesi miktar ve sermayenin mevcut halini gösteren rakamlar mevcuttur.

3. Avrupa Birliği Hukukunda

Avrupa Birliği'nin (AB) kurucu anlaşması olan Roma Antlaşması'nda, Birliğe üye devletlerin iç hukuklarının birbirleri ile uyumlaştırılması amaçlanmıştır⁵³. Şirketler hukuku ve özellikle anonim şirketler hukuku düzeyinde üye ülkeler arasında uyum sağlamak amacıyla 8.10.2001'de Avrupa Anonim Ortaklığına İlişkin Tüzük yayınlanmıştır⁵⁴. Düzenleme ile amaçlanan, Avrupa Birliği'nde kurulan ve faaliyet gösteren şirketlerin küresel boyutta rekabet gücü kazanmasını sağlamaktır. AB'nin farklı üye ülkelerindeki anonim şirketlerin birleşmesi, holdingleşmesi ya da yavru şirket olarak örgütlenmesi, bu yapıyla kolaylaştırılmıştır⁵⁵. Sermaye artırımı bahsi ile ilgili olarak, anonim şirket genel kurulunun ödenmiş sermayenin yarısını

⁴⁸ Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter; Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 52, N. 66.

⁴⁹ Böckli, Peter; Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl, Zürich, 2009, §2, N. 87a.

⁵⁰ von der Crone, s.4; Büchler, Benjamin; Das Kapitalband, ZStP Band/Nr. 242, Shulthess Juristische Medien AG, 2012, §7, N.456.

⁵¹ Büchler, §7, N.193.

⁵² Biçer, s.43-44.

⁵³ Roma Antlaşması/ The Treaty of Rome, 25.03.1957, m.54; ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf (Erişim Tarihi:03/03/2012).

⁵⁴ Yınerci, Öner; Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sosyal Diyalog ve İşçilerin Yönetime Katılması, AB ve Türkiye Endüstri İlişkileri, İstanbul, 2004, s.457 vd.

⁵⁵ Teoman, Ömer; Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, 1957 Tarihli Son Tasarıya Göre Avrupa Anonim Ortaklığında Genel Kurul, İstanbul, 2000, s.397.

aşmamak üzere sermaye artırımı konusunda yönetim kuruluna yetki devri mümkündür⁵⁶. Avrupa Birliği İkinci Konsey Yönergesi'nde sermaye artırımı konusunda genel kurul yetkili olsa da beş yıllık süre sınırlaması koyarak esas sermayenin yarısını aşmamak üzere yönetim kuruluna sermaye artırımı yetkisi verebilir⁵⁷.

D. TÜRK HUKUKUNDA KAYITLI SERMAYE

1.7462 Sayılı Ereğli Demir Çelik Fabrikaları Türk Anonim Ortaklığı Kanunu

Kayıtlı sermaye ile anonim ortaklık kurulmasına ilişkin olarak Ülkemizde ihdas edilen ilk kanun, 28.02.1960 tarih ve 7462 sayılı Ereğli Demir Çelik Fabrikaları Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'dur⁵⁸. Kanun gerekçesinde, 6762 sayılı TTK'nın ani ve tedrici kuruluş şekillerinden farklı olarak Amerikan hukukunda yerini bulan kayıtlı sermaye yapısının da kabul edilmesi zaruret olarak gösterilmiştir⁵⁹. Ancak bu gereksinim yalnızca kurulacak şirket için öngörülmüş ve Türk ticaret hukuku yapısına kayıtlı sermayeyi, esas sermayeye alternatif olacak şekilde sunmamıştır⁶⁰.

Ereğli Demir Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi Anasözleşmesi'nin 7. maddesinde şirketin, SPK'nın 15/08/1983 tarih ve İDİD/150/2416 sayılı izni ile kayıtlı sermaye sistemine geçtiği belirtilmiştir⁶¹. Kanun, ortaklığı TTK'nın kuruluş ve sermaye artırımına ilişkin hükümlerden vareste tutmuştur. Ortaklığın kuruluşu, Bakanlar Kurulu yetkisiyle hazırlanan esas sözleşmenin tescil ve ilanı ile gerçekleşmiştir. Başlangıç sermayesi 1 milyon TL olan şirketin tavan sermayesi Bakanlar Kurulu tarafından süreç içinde güncellenmiş ve artırılmıştır⁶².

⁵⁶ Biçer, s.44.

⁵⁷ Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye, s.46.

⁵⁸ R.G. T. 01.03.1960, S.10445.

⁵⁹ Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye, s.49.

⁶⁰ İmregün, s.425.

⁶¹ www.erdemir.com.tr/images/yatirimcilar/ana_sozlesme_r.pdf (Erişim tarihi: 20.02.2013).

⁶² 2013 yılı itibarıyla şirketin kayıtlı sermaye tavanı 7.000.000.000.00 TL (yedi milyar Türk Lirası)dır. Sermaye Piyasası Kurulu'ndan (SPK) alınmış bu iznin süresi 2016 yılında sona ermektedir. Bu tarihten sonra yeniden sermaye artırımı kararı alınabilmesi için yönetim kurulunun genel kuruldan yeni süre için yetki alması ve SPK'nın izni aranmaktadır. Esas sözleşmeye göre, bu yetki alınmadığı takdirde şirket, kayıtlı sermaye sisteminden çıkmış sayılır. www.erdemir.com.tr/images/yatirimcilar/ana_sozlesme_r.pdf (Erişim tarihi: 20.02.2013).

2. 86 Sayılı Yatırımlar Anonim Ortaklığı Kanunu

20.09.1960 tarih ve 86 sayılı Yatırımlar Holding Anonim Şirketine Bazı İstisna ve Muafıklar Verilmesine Dair Kanun ile, şirketin 6762 sayılı TTK'nın ani ve tedrici kuruluş yapısına ek olarak kayıtlı sermaye ile kurulmasının yolu açılmıştır⁶³.

3. 4456 Sayılı Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketlerinin Kuruluşu Hakkında Kanun

Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketinin Kuruluş Kanunu'nda⁶⁴, Banka'nın kayıtlı sermaye ile kurulduğu ve kayıtlı sermaye tavanı içinde artırımın yönetim kurulu kararı ile gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır.

4. 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Türk hukuk sisteminde kayıtlı sermaye ve kayıtlı sermayenin artırımı ile ilgili esas düzenleme, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve 6102 sayılı TTK hükme bağlanmıştır. SerPK hükümleri, halka açık veya açılmış sayılan anonim şirketlerin kayıtlı sermayeleri ile ilgili alanı düzenlerken 6102 sayılı TTK ile halka açık olmayan anonim şirketlerin de kayıtlı sermaye sistemine geçerek yönetim kuruluna sermaye artırım yetkisi vermesinin önünü açmıştır. Halka açık olmayan anonim ortaklıkların kayıtlı sermayelerini artırmaları, SPK'dan bağımsız olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından izlenir. Halka açılma veya açılmış sayılma koşulları anonim şirket bünyesinde gerçekleşirse, SerPK hükümleri ve ilgili SPK Tebliği bu şirketler için uyulması gereken düzenleme alanlarını belirleyecektir.

II. 6102 SAYILI TTK'YA GÖRE KAYITLI SERMAYE SİSTEMİ

A. GENEL OLARAK

6102 sayılı TTK ile halka açık olmayan anonim şirketler için kabul edilen kayıtlı sermaye sistemi ile, şirketin ilk veya değiştirilmiş esas sözleşmesiyle belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar, sermaye artırım yetkisi yönetim kuruluna tanınmış ve sermaye artırımının esas sözleşme hükümlerine göre değiştirilmesi mümkün hale gelmiştir (TTK m.460).

⁶³ R.G. T. 06.10.1981, S. 10610.

⁶⁴ R.G. T.17.10.1999, S. 23849.

En az sermaye tutarının açıklandığı 332. madde, “sermaye” kelimesini, esas sermaye sisteminde sermayeyi, kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayeyi içeren bir terim olarak kullanmıştır⁶⁵. Halka açık olmayan anonim şirketlerin kayıtlı sermaye sisteminin benimsemesine imkân sağlayan bu düzenlemenin gerekçesinde, kayıtlı sermayenin yalnızca halka açık anonim şirketlere hasredilmesinin teorik temel ve ikna kabiliyetinden uzak olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu anlamda, getirilen düzenleme, gerekli ve önemi haizdir.

332. madde ile Türk anonim şirketler hukuku, hem halka açık hem de açık olmayan anonim şirketler için iki tür sermaye yapısını benimsemiş olup şarta bağlı sermayeyi sistem olmaktan çıkarmış ve sermaye artırımı düzenlemesi olarak kabul etmiştir⁶⁶. Sermayenin artırılması başlığını taşıyan 460. maddede kayıtlı sermaye sisteminde artırım ile ilgili düzenleme mevcuttur. Halka açık olmayan anonim şirkette, kendisine bırakılan tavan miktar içinde sermaye artırımı yetkisi bulunan yönetim kurulu, Kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun olarak yetkisini kullanacaktır. TTK m 332 ve 460, birlikte dikkate alınması gereken düzenlemelerdir. Esas sözleşmede, ihraç primleri, imtiyazlı paylar, rüçhan hakları ve diğer konulara ilişkin düzenleme getirilmesi mümkündür⁶⁷. Kayıtlı sermayede yönetim kurulunun ne şekilde sermaye artırımına gideceği belirlenmiş olup, yönetim kurulunun öncelikle esas sermayenin ilgili maddesinin yeni şeklini hazırlaması, gereken hallerde Bakanlığın iznini alması, izne gerek olmayan hallerde ise yönetim kurulunun bu kararı ile kesinleşmenin sağlanacağı ve sözleşmede belirlenen usule göre ilan edileceği hükme bağlanmıştır⁶⁸.

Kayıtlı sermaye, esas sözleşmede sermayenin yönetim kurulu tarafından artırılabilmesi tavan miktarı gösterir. Kayıtlı sermaye ne ödenmiştir ne de ödeneceği taahhüt edilmiştir⁶⁹.

TTK m.460, şirket tarafından çıkarılacak yeni paylar için ödenmesi gereken en az nakdi tutar ile ilgili olarak esas sermaye sisteminde, sermaye artırımını düzenleyen 459. maddenin uygulanacağını belirtmiştir. Halka açık anonim ortaklıklarda, kayıtlı sermaye sisteminde hem başlangıç sermayesinin hem de çıkarılmış sermayenin tamamen ödenmesi şart iken, halka açık

⁶⁵ Yeni Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, (Gerekçe), s.91. Belgenin tamamına erişim için: www.basbakanlik.gov.tr (Erişim tarihi: 20/03/2013).

⁶⁶ Bkz. dipnot 1 ve 13.

⁶⁷ Gerekçe, s.163.

⁶⁸ Gerekçe, s.164.

⁶⁹ **Tekinalp, Ünal**; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku, s.69-70.

olmayan anonim şirketlerde bu zorunluluk ortadan kaldırılmış ve esnek sistem kabul edilmiştir⁷⁰. Primlerin tamamı, şirketin tescilinden veya sermaye artırımından evvel ödenmek zorundadır (TTK m. 344).

Kayıtlı sermayenin anlaşılabilmesi için, kayıtlı sermaye, başlangıç sermayesi ve çıkarılmış sermaye kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

1. Kayıtlı Sermaye

Şirket yönetim kurulunun esas sözleşmede bulunan hükme dayanarak TTK'nın sermaye artırımını hükümlerine uymaksızın pay senedi çıkarabileceği tavan sermaye miktarını gösteren ve Ticaret Sicili'ne tescil edilmiş sermayeye kayıtlı sermaye denir (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁷¹, m.4/f). Kayıtlı sermaye miktarı, yönetim kurulunun çıkarabileceği en fazla sermayenin sınırını çizer. Kayıtlı sermaye miktarına ulaşmakla, yönetim kurulunun sermaye artırma yetkisi son bulur. Kayıtlı sermaye miktarının yükseltilebilmesi için şirket esas sözleşmesinde değişikliğe gidilmesine ihtiyaç duyulur⁷².

2. Başlangıç Sermayesi

Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği'nin 4/b maddesine göre, kayıtlı sermayeli anonim ortaklıkların sahip olması zorunlu olan asgari çıkarılmış sermaye, başlangıç sermayesidir. Tebliğin 5. maddesine göre, kayıtlı sermaye sistemine geçecek ortaklıkların başlangıç sermayeleri 100.000 TL'den az olamaz.

3. Çıkarılmış Sermaye

Çıkarılmış payların tamamının itibari değerinin toplamını temsil eden sermaye, çıkarılmış sermayedir (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği, m.4/c). Başlangıç sermayesi ile kayıtlı sermaye arasında kalan çıkarılmış sermaye, yönetim kurulunun sermaye artırım yetkisini kullanması sonucunda tamamen taahhüt edilip ortaklığa getirilmesi gereken somut miktardır⁷³. Çıkarılmış sermaye ile ilgili olarak, şirket kayıtlı sermaye sistemine geçtiği anda başlangıç sermayesine, yönetim kurulunun sermaye artırım yetkisini tükettiği anda da tavan sermaye miktarına eşit olduğu kabul

⁷⁰ Tekinalp, s.90.

⁷¹ R. G. T. 19/10/2012, S. 28446, (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği).

⁷² Moroğlu, s.315.

⁷³ Biçer, s.47.

edilebilir⁷⁴. Sabit sermaye sistemindeki esas sermaye kavramının karşılığını çıkarılmış sermaye oluşturmaktadır⁷⁵.

B.KAYITLI SERMAYENİN İŞLEVİ

Büyük ölçekli anonim ortaklıklar, belirli amaçlar doğrultusunda süratli bir şekilde kullanabileceği yapıdaki sermayeye gereksinim duyar⁷⁶. Şirketin rekabet gücünü muhafaza etmek veya yeni yatırımlar yapmak istemesi halinde, aranan sermayeyi genel kurul kararı ile sağlaması, seri bir yöntem değildir⁷⁷.

Kayıtlı sermaye yapısının en büyük işlevi, sermaye yapısını esneklaştırması ve gereken hallerde seri şekilde hisse senedi çıkarılmasını sağlamasıdır.

C. KAYITLI SERMAYENİN ÖZELLİKLERİ

Kayıtlı sermayede esnek yapı, sermaye artırımı konusunda genel kurula ait olan yetkinin yönetim kuruluna devri suretiyle sağlanır⁷⁸. Yönetim kurulu, verilen yetkinin nasıl kullanılacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Şirket esas sözleşmesinde, kayıtlı sermaye artırımı süresi ile ilgili olarak beş yılı aşmayan sınırlamalar koymak mümkündür. Genel kurul kararı ile süre sınırlaması konusunda iki türlü yaklaşım söz konusudur. Bunlar, belirli iki tarih aralığı vermek ya da yetkinin biteceği tarihi belirtmek suretiyle gerçekleşebilir⁷⁹. Kayıtlı sermaye sisteminde, tavan sermaye başlangıç sermayesinin beş katından fazla olamaz (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği, m.5/5).

D. TTK'YA GÖRE KAYITLI SERMAYE ARTIRIMI USULÜ

1. Sermaye Artırımının Ön Koşulları

Kayıtlı sermaye artırımı için öncelikle halka açık olmayan anonim ortaklığın kuruluş esnasındaki esas sözleşmesinde veya sonradan genel kurulun alacağı kararla, esas sözleşmeye kayıtlı sermaye artırımına imkân

⁷⁴ **Biçer**, s.47.

⁷⁵ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.63.

⁷⁶ **Pulaşlı, Hasan**; İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelik ve Tebliğlere ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Hazırlanmış Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Bası, Ankara, 2013, s.605. (Genel Esaslar).

⁷⁷ **Pulaşlı, Hasan**; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı, BATİDER, C.23, S.4, 2006, s. 41. (Sermaye Artırımı).

⁷⁸ **Pulaşlı**, Sermaye Artırımı, s.42.

⁷⁹ **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s.606.

veren düzenlemenin bulunması şarttır. Kuruluş sırasında kayıtlı sermayeyi tercih eden şirketlerin başlangıç sermayelerinin tamamının ödemiş olması gerekir. Tebliğin 5. maddesine göre, başlangıç sermayesi 100.000 TL ve üzeri şirketler, Bakanlık izni almadan kayıtlı sermaye sistemine geçemez.

TTK m.456'ya göre, iç kaynaklardan yapılan artırım dışında, payların nakdi bedeli tamamen ödenmediği sürece sermayenin artırılamayacağı hükme bağlanmıştır. Ödenmemiş tutar, mevcut sermayeye oranlandığında, sermaye miktarına göre düşük bir oranı ifade etmelidir⁸⁰.

Sermaye artırımını, yeni paydaşların katılması veya mevcut pay sahiplerinin rüçhan haklarını kullanarak yeni pay almaları sonucu dış kaynaklardan gerçekleştirebileceği gibi, şirketin mamelekinde bulunan bazı kaynakların kullanımıyla yapılan artırım sayesinde, ortaklık malvarlığını büyütmeden, muhasebe işlemleri sonucunda, esas sermaye malvarlığı değerine yaklaştırılması suretiyle iç kaynaklardan yapılabilir⁸¹. İç kaynaklardan artırım ile, şirketin yıllık kâr oranını ve pay senetleri kurunun düşürülmesi, kar dağıtımında dengenin sağlanması ve ortaklık kredisinin yükseltilmesi amaçlanır⁸². İç kaynakları kullanmak vasıtasıyla sermaye artırımını sağlamak için kullanılacak kalemler, yedek akçeler, önceki yıldan artırılan kâr, dağıtılmamış son yıl kârı ve katılma payları ya da taşınmaz satışından doğan kazançlardır⁸³. İç kaynaklardan sermaye artırımını sonucunda çıkarılan pay senetlerine, ödemesiz pay senetleri de denmektedir⁸⁴. İç kaynaklardan sermaye artırımında, halka satış söz konusu olmasa da, senet çıkarma zorunluluğu, bu yöntem kullanılarak gerçekleştirilen kayıtlı sermaye artırımını için gereklidir⁸⁵. Sermaye artırımını için çıkarılacak pay senetleri, ilgili oldukları mevcut senetlerle aynı nitelikte olmalıdır. Burada amaçlanan hak sahiplerinin zarara uğramasını engellemektir. Farklı nitelikte senet çıkarılması halinde, kazanılmış haklar ve eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olur⁸⁶. Artırım kararı almak ve artırım miktarıyla kaynakları belirlemek, şirket yönetim kurulunun yetkisindedir⁸⁷.

⁸⁰ **Pulaşlı**, Sermaye Artırımı, s.48.

⁸¹ **Moroğlu**, s.141.

⁸² **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.128.

⁸³ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.129-138.

⁸⁴ **İmregün**, Anonim Ortaklık, s.449; **Moroğlu**, s.184.

⁸⁵ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.141.

⁸⁶ **Moroğlu**, s.192.

⁸⁷ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.146.

Bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların bulunmaması koşulu bir diğer ön şarttır. Fonların mevcut olması halinde fonlar sermayeye eklenmeden sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımına gidilemez (TTK m. 462). Hüküm pay sahiplerini korumak amacını taşır ve emredici niteliktedir⁸⁸. Düzenlemeye göre hem fonların sermayeye dönüştürülmesi hem de sermaye artırımını taahhüdü yoluyla sermaye artırımına caizdir. Tescil ile mevcut pay sahipleri, hâlihazır paylarının sermaye oranına göre bedelsiz payları kendiliğinden iktisap ederler. Bedelsiz paylar üzerindeki hak kaldırılamaz, sınırlandırılmaz ve bu haktan vazgeçilemez (TTK m.462).

Sermaye artırımını iç kaynaklardan yapıyorsa, kayıtlı sermaye tavanı aşılabilir. Dış kaynaklı sermaye artırımında ise tavanı aşmak mümkün değildir (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği, m.9).

2. Sermaye Artırımına Yetkili Organlar ve İşlemler

Esas sermaye artırımında genel kurul, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu yetkilidir (TTK m. 456). Anonim şirket organları olan yönetim kurulu ve genel kurul arasında hiyerarşik ilişki yoktur. En geniş anlamda, yönetim kurulu icra organı, genel kurul karar organıdır. Genel kurul, yönetim kurulunun devredilmez yetkilerine, yönetim ve temsile ilişkin alanlara müdahale edemez. Alınan kararlarda hata olması halinde düzeltmenin ve hukuka uygunluğun sağlanması mümkündür⁸⁹. Yönetim kurulu kararlarının ve genel olarak şirketin TTK'da sayılan iç ve dış denetim organları tarafından, şeffaflık ve hesap verebilirlik esasları üzerinden izlenmesi mümkündür. Halka açık olmayan anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sistemi, kuruluşta ilk esas sözleşme ile kayıtlı sermaye tavanını belirlemek ve yönetim kuruluna artırım yetkisi vermek suretiyle veya şirket kuruluşundan sonra genel kurul kararı ile tavan sermaye belirlenerek, belirlenen miktara kadar yönetim kuruluna sermaye artırım yetkisi vererek benimsenir⁹⁰.

Pay senedi çıkarılmasına ilişkin yetkinin, kısmen veya tamamen başka bir organ veya kişiye devri mümkün değildir. Bu yönde yapılan devir, sisteme aykırıdır ve geçersizdir⁹¹. Pay alım hakkının yönetim kurulu tarafından keyfî ve eşit işlem ilkelerine aykırı kullanımı, sorumluluk sebebidir⁹².

⁸⁸ Gerekçe, s.165-166.

⁸⁹ **Bahtiyar**, Kayıtlı Sermaye, s.169.

⁹⁰ **Pulaşlı**, Sermaye Artırımı, s.62.

⁹¹ **Tekinalp**, Sermaye Piyasası, s.49.

⁹² **Moroğlu**, s.185.

Sermaye artırımını için yönetim kurulu beyanı aranır (TTK m.457). Yönetim kurulu, sermaye artırımını türüne göre bir beyan hazırlar ve imzalar. Hazırlanan beyanın açık, eksiksiz, dürüst ve doğru bilgi vermesi gerekir. Beyanda aranan hususlar maddede açıklanmıştır. Buna göre:

-Nakdi sermaye konuyorsa artırılan kısmın tamamen taahhüt edildiği, kanun veya esas sözleşme gereği ödenmesi gereken tutarın ödendiği,

-Ayni sermaye konuyorsa bunlara verilecek karşılığın makul olduğu ve 349. maddede (kurucular beyanı maddesi) yer alan hususların somut olayda mevcut bulunması halinde ilgili açıklamalar, devralınan ayın sermaye ve türü, şartları, değerlendirme yöntemi, isabet ve haklılığı,

-Borcun takası söz konusu ise borcun varlığı, geçerliliği ve takas edilebilir oluşu,

-Fon veya yedek akçeler sermayeye dönüştürülüyorsa ilgili fon ve yedek akçenin serbestçe tasarruf olunabilirliği, gereken kurumlardan onay alındığı, kanuni ve idari gerekliliklerin yerine getirildiği, rüçhan hakları sınırlandırılmış veya kaldırılmışsa sebep, miktar ve oranları, kullanılmayan rüçhan haklarının kime niçin ve ne fiyatla verildiği hakkında belge içeren açıklamalar,

-Sermaye iç kaynaklardan artırılmışsa sermayenin nereden karşılandığı, kaynağın geçerliliği ve ortaklık malvarlığı içindeki mevcudiyeti hakkında garanti,

-Sermaye şartlı artırılıyorsa, Kanuna uygunluğun belirtilmesi,

-Yapılan ödemelerle ilgili bilgi verilmesi,

hususlarını içeren beyan hazırlanır.

3. Kayıtlı Sermayenin Artırım Basamakları

Kayıtlı sermaye sistemini kabul ve bu sisteme geçişin esas sözleşme ve şirket koşulları açısından şartlar şu şekilde sıralanır:

-Başlangıç sermayesinin en az 100.000TL olması.

-Çıkarılmış sermayenin tamamının ödenmiş olması ve sermayenin karşılıksız kalmamış olması. Sermayenin karşılıksız kalması hali, yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmasını gerektiren özel durumlardan biridir⁹³. Bu düzenleme, paydaşları ve uzun vadede şirketi koruyan

⁹³ **Aydın, Alihan**; Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m.376) Eleştirel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk

hükümlerdendir. Borca batık olma yahut karşılıksız sermaye durumlarının varlığı halinde, sermaye artırımına yönelmek uygun değildir.

-Şirket esas sözleşmesinde başlangıç sermayesi ve yönetim kuruluna sermaye artırım yetkisi verilen en fazla 5 yıllık zaman aralığının belirlenmiş olması. Başlangıç sermayesi miktar olarak, esas sözleşmede belirtilir. Sermaye artırım yetkisini yönetim kuruluna devreden düzenlemenin, örneğin “2012-2017 yılları arasında” veya “bu yetkinin verildiği tarihten itibaren 5 yıl” için geçerli olacağını belirten düzenlemeyi içermesi gerekir. 5 yıllık süre, azami süredir. Genel kurul bu sürenin altında da yetki verebilir.

-Kayıtlı sermayenin tavanının başlangıç sermayesinin beş katını aşmaması ve yönetim kurulunun sermaye artırımını ilan şartlarına uyulmuş olması. İlan şartları, Kanun ve Tebliğ’e aykırı olmamak kaydıyla şirket esas sözleşmesinde belirtilebilir.

-İmtiyazlı ya da itibari değerin üzerinde pay çıkarılacaksa veya rüçhan hakları sınırlandırılacaksa, keyfiyetin sözleşmede yer alması. Bu şart, pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesini engellemek amacını taşır. Yönetim kuruna verilen kayıtlı sermaye artırım ile ilgili yetkinin süre uzatımı ve tavan değişikliği, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edici nitelikte ise bu durumun özel toplantıyla oylanması gerekir. TTK m.454’te hükme bağlanan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ile ilgili düzenleme, yapılacak toplantıda esas alınır.

Esas sözleşmede aranan bu unsurların sağlanması ve başlangıç sermayesinin ödenmiş ve belirtilen sınırlara uyması bakımından koşullar gerçekleştirilirse, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü’ne başvuru yapılır. Başvuru yapan şirket, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi olan şirketlerdence, izin başvurusuna bu belge de eklenir. Bu aşamadan sonra, kayıtlı sermaye tavanı içinde değişiklik yapılması halinde, Bakanlıktan yeniden izin almak gerekmeyecektir (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği, m.5-6).

a) İzin Başvurusu

İzin başvurusunda aranan belgeler kuruluşta kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim şirketler için ayrı, sisteme sonradan geçmek isteyen anonim şirketler için ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, kuruluşta başvuru yapacak olan anonim şirketler, şirket kurucularının imzalarının noter tarafından onaylandığı

Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S.2, s.101-114, 2012.

esas sözleşme örneğini, başlangıç sermayesinin tamamının ödenmiş olduğunu belirten banka mektubunu, imtiyazlı ve itibari değerin üzerinde pay çıkarma yahut rüçhan hakkını sınırlandıran yetkinin varlığı halinde bu unsurları içeren kurucular beyanını izin başvurusu dilekçesinin ekinde sunar (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği, m.6).

Kayıtlı sermaye sistemine sonradan geçmek isteyen şirketler, güncel ve gereken tüm değişikliklerin yapılmış olduğu imzalanmış esas sözleşme örneğini ki bu örnek değişikliklerin işlendiği tek bir metin haline getirilmiş olmalıdır, yönetim kurulunun esas sözleşmeye kayıtlı sermayenin eklenmesi için gereken taslak düzenlemeyi, sermayenin tamamının ödenmiş olduğunu gösteren yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporunu, son üç yılın bilanço ve gelir tablosunu, imtiyazlı veya itibari değerin üzerinde pay çıkarılması halinde bu duruma ilişkin gerekçeli beyanı, bağımsız denetime tabi şirketler için denetleme raporunu dilekçe ekinde sunar (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği, m.6).

b) Artırım ve Sonrasında Aranacak Diğer Unsurlar

İzin başvurusunun olumlu sonuçlanmasının ardından genel kurul toplanır. TTK m.421’de belirlenen nisaplara göre esas sözleşme değişikliği sağlanır. Esas sözleşme değişikliği, Ticaret Sicili’ne tescil ve ilan edilir (Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Tebliği, m.7).

Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş ve TTK ile ilgili Tebliğ’deki tüm koşulları yerine getirmiş olan halka açık olmayan anonim şirket, yapacağı sermaye artırımlarında, yönetim kurulunun artırıma ilişkin kararını, esas sözleşmenin çıkarılmış sermaye maddesinin yeni halini, yeni payların itibari değeri, cinsi, sayısı, imtiyazlı olup olmadığı, kullanım süresi ve prim kayıtlarını esas sözleşmeye uygun olarak ilan eder. İnternet sitesi kurma yükümlülüğü olan şirketler, sermaye artırım kararını sitelerinde ilan etmek ile yükümlüdür. TTK’nın 1524. maddesi, 397/4’e atıf yaparak, hangi şirketlerin internet sitesi kurmakla yükümlü olduğunu belirlemiştir.

TTK m.552’ye göre SerPK’ya tabi olmayan şirketlerin halktan para toplamaları yasaktır. Buna göre, halka açık olmayan bir anonim şirket, sermaye artırımına gideceği zaman, halktan para toplama sayılabilecek faaliyette bulunamaz. Mevcut pay sahiplerinden sermaye artırımına katılım gerçekleştirebileceği gibi, rüçhan hakkının kullanılmaması halinde, sınırlı sayıdaki kişinin pay satın alması ve sermaye artışı için aranan kaynağa ulaşılması mümkündür. Bu durum halktan para toplama anlamına gelmez.

Ancak ilan ve diğer koşulların sağlanması ile, SerPK’da bahsedilen halka açılma koşulları oluşmuşsa, örneğin ortaklıktaki pay sahibi sayısı 500’ü aşmışsa, şirket halka açık anonim ortaklık statüsüne geçecek ve SerPK hükümlerine göre sermaye artışı gerçekleştirilecektir.

SONUÇ

Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi anonim ortaklıklarda etkin olarak kullanılan kayıtlı sermaye sisteminin halka açık olmayan anonim ortaklıklar için de kullanılabilir hale getirilmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu ile sağlanan en önemli yeniliklerdendir. Halka açık olmayan anonim şirketin ilk esas sözleşmesi ile veya sonradan yapılacak değişiklik ile belirlenmiş olan kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna devredilir. Sermaye artırım kararının alınması, böylece yönetim kurulunun takdirine bırakılmış olur. Bu sistemde sermaye artırmı, şirketin iç kaynakları ile gerçekleştirilebileceği gibi, yeni pay çıkarmak suretiyle dış kaynaklardan da sağlanabilir. Esas sözleşmeye hüküm dercetmek suretiyle sermaye artırımında uyulması gereken koşullar belirlenebilir, pay bedelleri, imtiyazlar ve rüçhan hakları konusunda düzenleme yapılabilir. Kayıtlı sermaye sisteminde, yönetim kuruluna tanınan artırım yetkisinin azami süresi beş yıldır ve bu süre son ermeden beş yıllık süreler halinde uzatma imkânı mevcuttur. Kayıtlı sermayenin tavanı, çıkarılmış sermaye miktarının beş katından fazla olamaz. Şirket tarafından çıkarılan payların tamamının satılarak bedelinin ödenmiş olması yahut satışı yapılmayan payların iptali gerçekleştirilmedikçe, yeni pay çıkarmak kayıtlı sermaye artırımında caiz değildir. Sermaye artırım kararı alan yönetim kurulu, bu kararın ardından hazırlayacağı beyan ile sermaye artırımını gerekçelendirir. Bu karar, Ticaret Sicili’ne tescil edilir.

Sermaye artırmı yetkisinin, yönetim kurulu tarafından, denetimden yoksun ve sınırsız kullanması düşünülemez. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, sermaye artırımının ön koşullarına ve artırım basamaklarına uyulup uyulmadığını denetler. Ayrıca mevzuata aykırı bir durumun varlığı ve tespiti halinde, yargıya başvurmak mümkündür. Kayıtlı sermaye sistemi, TTK yürürlüğe girmeden evvel yalnızca halka açık anonim ortaklıklarda, SPK ve ilgili SerPK Tebliği ile şekillendiğinden ve bu yapı uzun zamandan beri halka açık anonim ortaklıklarda kullanıldığından, TTK’ya tabi olan halka açık olmayan anonim şirketlerin kayıtlı sermayeye uyumu zaman alacaktır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sonucunda, mevcut SPK Tebliğlerinin TTK'ya ve 2499 sayılı SerPK'ya atıf yapmasından ötürü kayıtlı sermaye düzenlemesine ilişkin çelişkili ve birbiriyle uyum arz etmeyen hükümlerle karşılaşmak mümkündür. Bu aksaklıkların zamanla giderilmesi ve halka açık anonim ortaklıklarla halka açık olmayan anonim ortaklıklar arasındaki farklılıkların en aza indirilmesi beklenmektedir. Şirketlerin, ticari hayata ve büyük ölçekte bakıldığında ülke ekonomisine katkı sunabilmesi için, denetim, izin ve diğer koşullarla ilgili olarak dağınık hükümler yerine, kurumların birbirleriyle uyum ve dayanışma içinde olduğu mevzuat hükümleri yahut yaklaşımlar, beklenen faydanın sağlanmasına ve yaşanacak sorunların azalmasına yardımcı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Armour, John**; Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for A Modern Company Law?, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 148, 1999.
- Arslanlı, Halil**; Anonim Şirketlerde Hukuki Hükümler, C. 1, İstanbul, 1959.
- Aydın, Alihan**; Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m.376) Eleştirel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S.2, s.101-114, 2012.
- Bahtiyar, Mehmet**; Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul, 1996. (Kayıtlı Sermaye).
- Bahtiyar, Mehmet**; Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2007. (Ortaklıklar Hukuku).
- Biçer, Levent**; Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009.
- Böckli, Peter**; Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl, Zürich, 2009.
- Büchler, Benjamin**; Das Kapitalband, ZStP Band/Nr. 242, Schulthess Juristische Medien AG, 2012.
- Cain T. E.**; Charlesworth and Cain Company Law, London, 1972.
- Çağlar, Hayrettin**; Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara, 2010.

- Eynerci, Öner;** Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sosyal Diyalog ve İşçilerin Yönetime Katılması, AB ve Türkiye Endüstri İlişkileri, İstanbul, 2004.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter;** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Hannigan, Brenda;** Company Law, Oxford University Press, Ashford Colored Press Ltd., Gosport, Hampshire, 2012.
- Hirsch, Ernst;** Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1940.
- İmregün, Oğuz;** Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989. (Anonim Ortaklıklar).
- İmregün, Oğuz;** Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Anahatları, İstanbul, 1968.
- Kaya, Arslan;** Sermaye Artırımı, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997.
- Karayaalçın, Yaşar;** Para Değerinde Değişmeler- Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Ayni Pay, Koloğlu Armağanı, Ankara, 1975.
- Klaus, Cannive/ Andreas, Suerbaum;** Die Fairness Option bei Sachkapitalerhöhungen von Aktiengesellschaften: Rechtliche Anforderungen und Ausgestaltung nach IDW S8, Verlag Dr. Otto Schmidt, AG 2011, 317-326.
- Koç, Yalkın Yüksel;** Genel Muhasebe İlkeleri Uygulaması, Tek Düzen Muhasebe Sistemi, Ankara, 2001.
- Moroğlu, Erdoğan;** Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, İstanbul, 2003.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin;** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010.
- Pulaşlı, Hasan;** İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelik ve Tebliğlere ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Hazırlanmış Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Bası, Ankara, 2013. (Genel Esaslar).
- Pulaşlı, Hasan;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı, BATİDER, C.23, S.4, 2006, s. 41 vd. (Sermaye Artırımı).
- Roser in Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger;** GmbH-Beratung, Kapitalerhöhung; Vertiefende Recherche, Genehmigtes Kapital, 2011.

Saraç, Tahir; Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Asil Yayın, Ankara, 2009.

Tekil, Fahiman; Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998.

Tekinalp, Ünal; Sermaye Artırmada Çift Usulün Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu, BATİDER, C.18, S.4, 1996, s.3-7. (Sermaye Artırma).

Tekinalp, Ünal; Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul, 2011. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku).

Tekinalp, Ünal; Grundzüge der türkischen Handelsrechtsreform 2011, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Stämpfli Verlag AG, Bern, ZBCV 149, 2013. (Grundzüge).

Teoman, Ömer; Otuz Yıl Ticaret Hukuku Tüm Makalelerim, 1957 Tarihli Son Tasarıya Göre Avrupa Anonim Ortaklığında Genel Kurul, İstanbul, 2000, s.397 vd.

United States Company Laws and Regulations Handboook, International Business Publications, Washington DC, USA, 2012.

Ünsal, Erdal M.; Makro İktisada Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004.

Yasaman, Hamdi; İsviçre ve Fransız Hukukunda Yatırım Fonları ve Türk Hukukunda Uygulanma İmkânları, İstanbul, 1980.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

-von der Crone, Hans Carpar;“Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag”, http://www.vondercrone.ch/publikationen/Kapitalerhoehung_mit_Maximalbetrag.pdf

(Erişim tarihi:07.01.2013).

-http://law.jnu.edu.cn/blaw/kyyd/
UploadFiles_3666/200705/20070518014549792.pdf

(Erişim tarihi: 03.03.2012).

-Companies Act, 2006, Chapter 46, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf

(Erişim tarihi 04.03.2012).

-Roma Anlaşması/ The Treaty of Rome, 25.03.1957, http://ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf (Erişim tarihi:03.03.2012).

-www.erdemir.com.tr/images/yatirimcilar/ana_sozlesme_r.pdf

(Erişim tarihi: 20.02.2013).

-Yeni Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, Madde Gerekçeleri, (Gerekçe).

www.basbakanlik.gov.tr (Erişim tarihi: 20.03.2013).

TÜRK KURUMSAL YÖNETİM DÜZENLEMELERİ KAPSAMINDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU

Mehmet Ali AKSOY*

ÖZET

657 Sayılı KHK ile 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa 2011 yılında 22/1-z bendi eklenmiştir. Söz konusu düzenlemenin en önemli etkisi, şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerine başvurmak veya başvurmuyorlarsa gerekçeleriyle birlikte kamuoyuna açıklamak zorunda oldukları “uygula, uygulamıyorsan açıkla” yönündeki mevcut kurumsal yönetim politikasını değiştirmesidir. Düzenlemeyle kabul edilen kurumsal yönetim politikasında ise şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerine uyma zorunluluğu bulunmaktadır. 2012 yılında kabul edilen 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda da aynı yönde düzenlemeler yer almaktadır. Emredici nitelikte olan kurumsal yönetim ilkelerinin en önemlileri ise: yönetim kurulunda icarada görevli olan ve olmayan üyelerin bulunması ve yönetim kurulunun çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması; icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri arasında görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine sahip bağımsız üyelerin bulunması; yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarını sağlıklı şekilde yürütmesi için şartlara ve şirket gereklerine göre yeterli sayıda komite ve komisyonlar oluşturulması şeklinde ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal Yönetim, Uygula- Uygulamıyorsan Açıkla İlkesi, Uygulanması Zorunlu Kurumsal Yönetim İlkeleri, Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi Olan Olmayan Üyeleri, Yönetim Kurulunun Bağımsız Üyeleri.

UNDER TURKISH CORPORATE GOVERNANCE REGULATIONS, CAPITAL MARKED BOARD OF DIRECTORS

ABSTRACT

The Article 22/1-z is added to Turkish Capital Markets Law (2499) [2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKan)] in October 2011 with based on corporate governance No 657 Degree Law. The most important effect such regulation is changing current Corporate Governance Policy. According to this policy (“apply or explain”), companies must apply or explain not to apply to the corporate governance principles. In the current corporate governance policy, companies should apply the corporate governance principles. Turkish Capital Markets Law (2499) is amended with Capital Markets Law (6362) regulating the same direction in December 2012.

* Dr., Gazi Üniversitesi Tapu Kadastro Yüksek Okulu Ticaret Hukuku Bilim Dalı Öğretim Görevlisi, aliaksoy@gazi.edu.tr.

The most important mandatory corporate governance principles are listed as follows: the board of directors should comprise of both executive and non-executive members and majority of the board of directors should consist of non-executive members; the board should be composed to comprise independent members who have the ability to execute their duties without being influenced under any circumstances; a member of the board who fulfil the below mentioned requirements may be qualified as an “independent member”; in accordance with the conditions and necessities of the company, an adequate number of committees should be formed so as to enable the board to execute its tasks in an efficient manner.

Keywords: *Corporate Governance, Apply or Explain, Mandatory Corporate Governance Principles, Executive and Non-executive Members of Board, Independent Members of Board.*

1. Giriş

Ülke ekonomileri, şirketlerinin idare edilmesine ve verimliliğine bağlıdır. Bu nedenle her ne kadar şirketlerin idaresinde serbestlik ilkesi geçerli olsa da söz konusu serbestliğin etkililik ve hesap verilebilirlikle sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Bu sınırlama ise kurumsal yönetimin özünü ifade eder¹. Böylece kurumsal yönetim ilkelerine uyan ve yatırımcıların menfaatlerini güvence altına alan şirketler, ekonomik kalkınmayı ve ulusal büyümeyi destekleyen güçlü mali sistemler kurmak için önemli bir rol üstlenmektedir². Kurumsal yönetimin kilit unsuru, ekonomik verimlilik ve büyümenin artırılması yanında ve aynı derecede yatırımcı güveninin de sağlanmasıdır. Bu nedenle kurumsal yönetim, şirket yönetimi, yönetim kurulu ve hissedarlar arasında bir dizi ilişkiler içerir, şirketin hedeflerini belirleyen yapı sağlar ve bu hedeflere ulaşma ve performans izleme araçları temin eder³.

Şirketlerin büyümesi ve sermayedarların tüm kararları almaya yetiştirmemesi gibi bazı nedenlerle bir takım sorumluluklar profesyonel yöneticilere devredilmektedir. Buna bağlı olarak sermayedarlarla şirketi yönetenlerin ayrı kişiler olması ve amaçlarının farklılık göstermesi, sermayedarların çıkarları ile yönetimin çıkarlarının zamanla çelişmesine neden olmakta; bu ise şirketlerde temsil problemi ortaya çıkarmaktadır⁴.

¹ PLESSIS/LUTTERMANN, s, 235.

² GÜRBÜZ/ERGİNCAN, s, 8.

³ PLESSIS/LUTTERMANN, s, 221.

⁴ AŞÇIGİL, s, 116; ÖNDER, s, 125.

Kurumsal yönetim ilkeleri şirket katılımcıları arasındaki ilişkileri çeşitli kurallara bağlarken⁵ iyi örgütlenmiş bir yönetim kurulu, hem şirkette oluşan temsil probleminin aşılması hem katılımcı menfaatlerinin korunması açısından “en iyi kurumsal yönetim mekanizması” olarak kabul edilmektedir⁶. Yani kurumsal yönetim amacına hizmet eder şekilde örgütlenmiş bir yönetim kurulu, tüm şirket katılımcıların menfaatlerinin korunması açısından önem arz etmekte ve yönetim örgütlenmesi, kurumsal yönetimin anahtarını teşkil etmektedir. Sermaye Piyasası Kurumu tarafından kabul edilen yirmi adet uygulanması zorunlu kurumsal yönetim ilkesinin on altı adeti yönetim kuruluna yöneliktir⁷. Çünkü bir şirkette bilginin kaynağı olan yönetim kurulu iyi bir şekilde örgütlenmeksizin kamuyu aydınlatma, şeffaflık gibi ilkeler de hayata geçirilmeyecektir. Bunun sonucunda yönetim kurulu, kurumsal yönetimi sağlamakla görevli kurul olarak görülmekte ve kurumsal yönetim açıklamalarını yapma yetkisi yönetim kurulunun devredemeyeceği yetkiler içerisinde zikredilmektedir (TTK m 377/f).

Türkiye’de kurumsal yönetime ilişkin düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde (m) 1529’da ve Sermaye Piyasası Kanunu (SPKan) m 17’de yer almaktadır. Kurumsal Yönetim İlkeleri (KYİ) ise Seri:IV No:56 Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına ilişkin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğ ile pay sahipleri, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, menfaat sahipleri ve yönetim kurulu genel başlıkları altında sırf prensipleri içerir şekilde⁸ düzenlenmektedir. İlgili çalışmada öncelikle kurumsal yönetime ilişkin Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemeleri ve söz konusu düzenlemelerin bağlayıcılığı genel bir bakış açısıyla incelenmekte daha sonra ise kurumsal yönetimin anahtarını teşkil eden yönetim kurulu örgütlenmesine ilişkin düzenlemeler teorik tartışmalara da yer verilmek suretiyle incelenmektedir.

2. Kurumsal Yönetimin Türk Hukukunda Düzenlenişi

Kurumsal yönetime ilişkin düzenlemeler gerek Türk Ticaret Kanununda gerekse Sermaye Piyasası Kurulu Düzenlemelerinde yer almaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanununda tek bir maddede ele alınan kurumsal yönetim,

⁵ ÖNDER, s, 126.

⁶ KULA, s, 35.

⁷ DOĞU, s, 3.

⁸ SPK KYİ, yalnızca ilkelerden ibaretken OECD prensipleri üç bölümde incelenmektedir. OECD prensiplerinin birinci bölümü sırf ilkeleri içerirken ikinci bölümdeki ilkeler, ilkeler üzerine yorum içeren ve okuyucuların ilkelerin mantığını anlamaları için tasarlanmış açıklamalarla desteklenmiştir. PLESSIS/LUTTERMANN, s, 221.

Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemelerinde ise tebliğ şeklinde ve kapsamlı olarak ele alınmaktadır. Aşağıda genel olarak kurumsal yönetime ilişkin Türk Hukukunda yer alan kurumsal yönetim düzenlemelerine kronolojik olarak yer verilmektedir.

2.1. Kurumsal Yönetimin Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenişi

Türk Ticaret Kanunu'nda kurumsal yönetim madde 1529'da tek madde halinde düzenlenmektedir. İlgili düzenlemeye göre Sermaye Piyasası Kurulu halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerini, yönetim kurulunun kurumsal yönetime ilişkin açıklamalarının esaslarını ve şirketlerin kurumsal yönetim açısından derecelendirme kural ve sonuçlarını belirlemeye yetkilidir (m 1529/I). Ayrıca diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, sadece kendi alanları için geçerli olan kurumsal yönetim ilkeleri ile ilgili düzenlemeleri, ancak ilgili düzenlemenin ayrıntıya ilişkin olması ve Sermaye Piyasası Kurumunun onayının alınması kaydıyla yapabilecekleri belirtilmektedir (m 1529/II). Kurumsal yönetime ilişkin Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinin unsurları aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- a) Türk Ticaret Kanununun kurumsal yönetim düzenlemeleri sadece halka açık anonim şirketleri kapsamına almaktadır.
- b) Kurumsal yönetim ilkeleri ile ilgili yetkili kuruluş olarak Sermaye Piyasası Kurulu belirlenmiştir. Böylece yetkili kuruluşa ilişkin oluşabilecek karışıklıkların önüne geçilmektedir.
- c) Sermaye piyasası kurulu, halka açık anonim şirketlerde aşağıdaki hususları belirlemeye yetkili kılınmıştır:
 - Kurumsal yönetim ilkelerini,
 - Yönetim kurulunun kurumsal yönetime ilişkin açıklamasının esaslarını,
 - Şirketlerin kurumsal yönetim açısından derecelendirme kural ve sonuçlarını.
- d) Diğer kamu kurum ve kuruluşlarına da kendi alanları ile ilgili olmak kaydıyla kurumsal yönetim ilkelerini belirleme yetkisi verilmektedir. Ancak bunun için:
 - Sermaye Piyasası Kurulunun onayının alınması
 - Kurum tarafından belirlenen ilkelerin ayrıntıya ilişkin olması gerekmektedir.

Böylelikle Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan düzenlemelerle diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından belirlenen ilkeler arasında uyum

sağlanması amaçlanmaktadır⁹. Ayrıca yönetim yetkisinin bölünmesine yönelik düzenleme, yönetim kurulu bünyesinde komite ve komisyonlar oluşturulmasına ilişkin düzenleme, yönetim kurulu üyelerinin görevleri sırasında şirkete kusurlarıyla verecekleri zararın sigorta ettirmelerine¹⁰ ilişkin düzenleme gibi bazı Türk Ticaret Kanunu düzenlemeleri de kurumsal yönetime hizmet etmekte ve kurumsal yönetimle yakından ilgili kabul edilmektedir.

2.2. Kurumsal Yönetimin Sermaye Piyasası Mevzuatında Düzenlenişi

Kurumsal yönetim düzenlemeleri, sermaye piyasası düzenlemelerinde önceleri bağlayıcı niteliği olmayan “Kurul İlke Kararı” şeklinde yer alırken 654 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname(KHK) ile Sermaye Piyasası Kanununun kapsamına alınmıştır. Kurumsal yönetimin Sermaye Piyasası Kanunu kapsamına girmesini takiben sırasıyla Seri:IV No:54, Seri:IV No:56 sayılı tebliğler yayınlanmıştır. Söz konusu gelişmeleri son olarak 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu yürürlüğe girmesi takip etmiştir. Söz konusu düzenlemelere ilişkin bilgilere aşağıda yer verilmektedir.

2.2.1.654 Sayılı KHK Öncesi Dönemde Kurumsal Yönetim İlkelerinin Düzenlenişi

654 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname(KHK)¹¹ öncesi dönemde kurumsal yönetim ilkeleri “*Kurul İlke Kararı*” niteliği taşımaktaydı. Bu dönemdeki düzenlemelerin amacı, mevcut mevzuat ve uygulamada kurumsal yönetim konusunda oluşan eksikliği gidermek, oluşan boşlukları doldurmak ve doktrine yol göstermekti. Böylece anonim şirketler faaliyetlerini uluslararası standartlarda sürdürebilecek ve daha etkin ve şeffaf bir yönetim anlayışına sahip şirketler uluslararası finans kaynaklarından daha rahat ve ucuz maliyetle faydalanabilecekti. 2003 yılında yayınlanan ve başta halka açık anonim şirketler olmak üzere özel sektör ve kamuda faaliyet gösteren tüm anonim şirketleri kapsayan kurumsal yönetim ilkeleri, kurul ilke karar niteliği taşıdığı için uygulama zorunluluğu içermemekte idi. Ancak zamanla söz konusu ilkelerin bir kısmı sermaye piyasası mevzuatına girmiş ve bu şekilde uyulması zorunlu hale gelmişti¹².

⁹ 6102 Sayılı TTK m 1529 Gerekçesi.

¹⁰ 6102 Sayılı TTK Genel Gerekçesi (no: 136)

¹¹ 11.10.2011 Tarih ve 28081 Sayılı 2. Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanan 654 Sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.

¹² Kurumsal Yönetim İlkeleri Değişiklik Taslağı.

2.2.2. 654 Sayılı KHK Sonrası Dönemde Kurumsal Yönetim İlkelerinin Düzenlenişi

654 sayılı KHK ile 2499 Sayılı SP Kan. m 22/1'e z bendine eklenmiştir. 6102 sayılı Kanun ile halka açık anonim şirketlerin kurumsal yönetim ilkeleri, yönetim kurulunun buna ilişkin açıklamasının esasları ve şirketlerin bu yönden derecelendirme kural ve sonuçlarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirleneceği hükme bağlanmışsa; 2499 Sayılı SP Kan. m 22/1-z bendinin kabulüyle ise bir adım daha ileri gidilerek sermaye piyasasında kurumsal yönetim ilkelerinin tespiti, ilan edilmesi ve halka açık anonim şirketlerden belirlemiş olduğu gruplarda yer alanların kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutma yetkisi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmektedir. Böylece kurumsal yönetim ilkeleri kurul ilke kararı niteliğinde bir düzenleme olmaktan çıkmakta, tebliğ ekine işlenmek suretiyle düzenlenmektedir¹³. Sermaye piyasası kanununun 22/1/z bendine dayanarak Seri:IV No:54 sayılı tebliğ çıkarılmış daha sonra söz konusu tebliğ Seri:IV No:56 sayılı tebliğle yürürlükten kaldırılmıştır ve Seri:IV No:57, 60 ve 61 sayılı tebliğleri ile ise Seri:IV No:56 sayılı tebliğin bazı hükümleri değiştirilmiştir.

2.2.2.1. Seri: IV No:54 Sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ

Söz konusu tebliğ ile halka açık anonim ortaklıkların esas alacakları kurumsal yönetim ilkeleri belirlenmiştir (m 1). İlgili düzenlemelerde her ne kadar “Halka Açık Anonim Ortaklıklar” tabiri kullanılmaktaysa da tebliğin düzenlemeleri borsa şirketlerine yöneliktir ve tebliğ, borsa şirketleri dışındaki halka açık anonim şirketler açısından söz konusu ilkeleri uygulama zorunluluğuna veya ilkelerin uygulanmaması durumunda açıklanma zorunluluğuna ilişkin bir hüküm içermemektedir. Tebliğ ile İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB)’nda işlem gören şirketlerden İMKB 30 endeksinde dahil olan ancak bankacılık konusunda faaliyet göstermeyen¹⁴ halka açık anonim şirketler için seçilmiş belirli ilkelere uyum zorunluluğu getirilmiş, diğerleri için ise “uygula-uygulamıyorsan açıkla” yönünde yaklaşım benimsenmiştir¹⁵. Böylece söz konusu tebliğ ile kurumsal yönetim

¹³ Kurumsal Yönetim İlkeleri Değişiklik Taslağı.

¹⁴ Tebliğ, payları İMKB’de işlem gören bankalar için yayımı tarihinden 1 yıl sonra, yürürlüğe gireceğine dair bir hüküm içermekte idi. Seri: IV, No: 56 Sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliği Açıklayıcı Not.

¹⁵ Kurumsal Yönetim İlkeleri Değişiklik Taslağı, m 5/1-2.

konusunda Sermaye Piyasası Kurulunun 2003 yılından itibaren benimsediği “Uygula-Uygulamıyorsan Açıkla” yönündeki yaklaşımının bir adım ötesine geçilmiştir¹⁶.

2.2.2.2. Seri:IV No:56 Sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ

SP Kan. m 22/1/z’ye dayanılarak Seri: IV No:56 sayılı tebliğ (Tebliğ) çıkarılmıştır. Tebliğ tüm halka açık anonim şirketleri kapsamına almamakta; Tebliğ ile yalnızca borsa şirketlerinin esas alacakları kurumsal yönetim ilkeleri düzenlemektedir(m 1). Borsa şirketleri dışındaki anonim şirketler ise Tebliğ kapsamı dışında bırakılmıştır. Tebliğde yer alan borsa şirketleri terimiyle, hisse senetleri İMKB’de işlem gören halka açık anonim şirketler ifade edilmektedir (m 3/I/b).

İMKB’de işlem gören şirketler, piyasa değerlerinin ortalaması ve fiili dolaşımdaki paylarının piyasa değerlerinin ortalamasına göre üç gruba ayrılmakta¹⁷ ve her bir grubun uyması zorunlu olan kurumsal yönetim ilkeleri düzeylerine göre farklılaştırılmaktadır(m 5/II). Söz konusu şirketlerin m 5’de belirtilen bazı kurumsal yönetim ilkelerine uyma zorunluluğu düzenlenmekte, diğer ilkeler açısından ise, “uygula-uygulamıyorsan açıkla” yaklaşımından hareketle, uyulmaması halinde gerekçesiyle birlikte kurumsal yönetim ilkelerine uyum raporu ile kamuya açıklama zorunluluğu getirilmektedir. Kurumsal yönetim ilkelerine uyum raporu yanında borsa şirketlerinin düzenleyecekleri yıllık faaliyet raporlarında da:

- a) Kurumsal yönetim ilkelerinde yer alan prensiplerin uygulanıp uygulanmadığına ve uygulanmıyor ise gerekçeli açıklamaya,
- b) Kurumsal yönetim ilkelerinde yer alan prensiplere tam olarak uymama sonucunda meydana gelen çıkar çatışmalarına ve gelecekte şirketin yönetim uygulamalarında ilkelere yer alan prensipler çerçevesinde bir değişiklik yapma planının olup olmadığına yer verilmesi gerekmektedir(m 6.).

¹⁶ Seri:IV No:56 sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ Hakkında Basın Duyurusu.

¹⁷ Birinci Grup: Piyasa değerinin ortalaması 3 milyar TL’nin ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerinin ortalaması 750 milyon TL’nin üzerinde olan ortaklıklar, İkinci Grup: Birinci Grup dışında kalan şirketlerden, piyasa değerinin ortalaması 1 milyar TL’nin ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerinin ortalaması 250 milyon TL’nin üzerinde olan ortaklıklar, Üçüncü Grup: Gelişen İşletmeler Piyasasında ve Gözaltı Pazarında işlem gören ortaklıklar ile birinci ve ikinci gruba dahil olan ortaklıklar hariç olmak üzere, borsa şirketlerinin tamamını içermektedir (Seri: IV No:54 Tebliğ, m 5/II-a,b,c).

Ayrıca uyulması zorunlu ilkelere uyulmaması durumunda Sermaye Piyasası Kuruluna ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi verildiği gibi Sermaye Piyasası Kurulu, ihtiyati tedbir kararı ile birlikte mevzuata aykırılığının tespitini ve Kurumsal Yönetim İlkelerine aykırı işlemlerin iptalini Asliye Ticaret Mahkemesinden talep edebilmektedir. Talebe, Kurumsal Yönetim İlkelerine uyum sağlamak üzere Kurulca yapılması gerektiği sonucuna varılan işlemleri içeren bir uyum önerisinin de eklenmesi gerekmektedir. Uyum önerisinin, borsa şirketlerinin faaliyetlerine ve esas sözleşmesi ile belirlenen yönetim yapısına asgari müdahalede bulunulması esasına uygun hazırlanması gerekmektedir (Seri IV no 56 Sayılı Tebliğ m 5/10).

2.2.3. Kurumsal Yönetimin İlkelerinin 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenişi

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 30/12/2012 Tarih ve 28513 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kurumsal yönetim ilkeleri, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun “Halka Açık Ortaklıklar” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemede, halka açık anonim şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerini; kurumsal yönetim uyum raporlarının içeriğine, yayımlanmasına, ortaklıkların kurumsal yönetim ilkelerine uyumlarının derecelendirilmesine ve bağımsız yönetim kurulu üyeliklerine ilişkin usul ve esasları belirleme görevi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmektedir. Sermaye Piyasası Kurulunun, söz konusu yetkilerini, halka açık şirketler arasında rekabet sınırlamasına neden olmayacak şekilde (düzenlemede haksız rekabetle sonuçlanmayacak şekilde ibaresi kullanılmakta) ve eşit koşullardaki şirketlere eşit işlem yapılması prensibini göz önünde bulundurarak kullanması gerekmektedir (SPKan m 17/I).

Söz konusu düzenleme ile Sermaye Piyasası Kuruluna tüm halka açık ortaklıklar için kurumsal yönetim ilkelerini ve uyum raporlarının içeriğini belirleme yetkisi verilmekte iken, SPSKan m 17/II ile halka açık ortaklıkların niteliklerine göre kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutma, buna ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi yalnızca borsa şirketleri açısından Sermaye Piyasası Kuruluna verilmektedir¹⁸.

¹⁸ SPSKan’da “halka arz olunmuş sayılma” AB müktesebatına uyum sağlanması amacıyla geçici statü olarak düzenlenmekte ve payları borsada işlem görmeyen şirketlere SPK kaydına alındıktan sonra en geç iki yıl içerisinde paylarının borsalarda işlem görmesi zorunluluğu getirilmekte ve bu zorunluluğa uymayan şirketlerin paylarının re’sen borsalarda işlem görmesi veya halka açık ortaklık statüsünden çıkmasını teminen, çağrı yapılarak ortak sayısının mevzuatta belirtilen sınırın altına düşürülmesi de dahil olmak üzere, gerekli kararları alma konusunda SPK’ye yetki veril-

Ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu, borsa şirketlerinin söz konusu ilkelere uymaması durumunda uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlayacak kararlar almaya ve buna ilişkin işlemleri resen yapmaya, herhangi bir süre vermemiş olsa dahi uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir istemeye, dava açmaya, açılan davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar alınmasını istemeye, bu işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye de yetkilidir (SPKan m 17/II). Söz konusu düzenleme ile Seri: IV, No: 61 tebliğde düzenlenen dava açma ve ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi Sermaye Piyasası Kanununa aktarılmıştır.

Ayrıca ilişkili taraflarla yapılacak işlemlere (SPKan m 17/III); kurumsal yönetime ilişkin düzenlemelerin, halka açık bankalar hakkında uygulanmasına yönelik usul ve esasların Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ancak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşü alınmak suretiyle belirlenebileceğine (SPKan m 17/V) ve halka açık anonim şirketlerin gerek Sermaye Piyasası Kanunu gerekse TTK m 1524’de düzenlenmiş olan yükümlülüklerini Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından sağlanan elektronik ortam vasıtasıyla da yerine getirebileceklerine (SPKan m 17/IV) yönelik düzenlemeler yeni Sermaye Piyasası Kanununun kurumsal yönetime yönelik diğer düzenlemelerini oluşturmaktadır.

Sermaye Piyasası Kanununun geçici birinci maddesi ile tali mevzuatın kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde yürürlüğe gireceği; tali mevzuat yürürlüğe girinceye kadar mevcut düzenlemelerin söz konusu kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulamaya devam edeceği düzenlenmektedir. Bu nedenle kurumsal yönetime ilişkin tebliğler ve tebliğ ekinde düzenlenen kurumsal yönetim ilkeleri yeni düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar 6263 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Döneminde de yürürlükte kalmaya devam edecektir.

3. Kurumsal Yönetim Açısından Yönetim Kurulunun Yapısı

Teoride yönetim yetkisinin yürütme ve gözetim kurulu olmak üzere iki organdan veya tek bir organdan oluşmasına göre anonim şirket yönetim kurulları yapısı bakımından ikili organ sistemi ve Anglo Sakson Sistemi olarak tasnif edilmektedir. Aşağıda bu sistemlere genel olarak yer verildikten sonra gerek Türk Ticaret Kanunu gerekse sermaye piyasası mevzuatının yönetim kurulu yapısına ilişkin düzenlemelerine yer verilecektir.

mektedir. 6362 Sayılı SPKan. m 16 Gerekçesi.

3.1. Yönetim Kurulunun Yapısı Açısından Kurumsal Yönetim Sistemleri

Yönetim kurulunun organizasyonu ve yapısına ilişkin olarak *İkili Organ Sistemi*(Alman- Japon Sistemi¹⁹) ve *Tek Organ Sistemi (Anglo Sakson Sistemi- Yönetim Kurulu Sistemi)* olmak üzere iki temel sistem mevcuttur²⁰.

Kıta Avrupa'sındaki şirketler genelde yoğunlaşmış olup şirket kontrolü büyük hissedarın elindedir. Bu nedenle kurumsal yönetim ilkeleri de yönetim kurulu kontrolü, yöneticilerin değişimi, büyük paydaşların kontrolü gibi direkt kontrol mekanizmaları üzerine yoğunlaşmaktadır²¹. Bu yapıda şirketler de, yönetimin ve şirket kontrolünün yönetici hissedarların elinde²² olmasına göre örgütlenmişlerdir. Öncelikle “*Kuvvetler Ayrılığı*” esasına dayalı ikili organ sisteminde, tamamen farklı organ nazarıyla bakılan, yürütme kurulu ve gözetim kurulu olmak üzere iki organ mevcuttur²³. Söz konusu organların görevleri birbirinden ayrılmıştır²⁴. Üyeleri genel kurul tarafından seçilen gözetim kurulu, yürütme kurulunun işlemlerini denetlemek, gözetlemek ve yol göstermekle görevli olup şirketin stratejik kararlarını vermektedir²⁵. Şirketin işletme örgütünü yani günlük işlerini yürütmek üzere atanan yürütme kurulu, şirketin idaresinden, şirketin işlerini yönetmek ve yönlendirmekten sorumludur. Yürütme kurulunun atanması ve görevden alınması yetkisi ise bu kurulu gözetmek ve tavsiyede bulunmaktan sorumlu olan gözetim kuruluna aittir²⁶ ve gözetim kurulu tavsiye ve denge unsuru olarak hareket etmektedir²⁷. Yürütme kurulu, aldığı kararlarda gözetim kurulundan bağımsızdır²⁸. Söz

¹⁹ Her iki sistem birbirine benzemekle birlikte, Alman Modeli, küresel pazarda rekabet edebilmek için gerekli sermaye teminine yönelik kurumsal yönetim düzenini sağlayamadığı eleştirisine uğramaktadır. AŞÇIGİL, s, 115.

²⁰ PULAŞLI, Şirketler, s. 872; PASLI, s, 37.

²¹ KULA, s, 42.

²² KULA, s, 40.

²³ PLESSIS/SAENGER, s, 37.

²⁴ PLESSIS/SAENGER, s, 51.

²⁵ PASLI, s, 39.

²⁶ Almanya'da çalışanlara yönetim kurulu üyelerinin 1/3-1/2 sini seçme hakkı verilebilmektedir. Bu durumda kalan üyeler genel kurul tarafından seçilir. Bu durumda her iki grup birbirinin adayını veto hakkını haizdir. AŞÇIGİL, s, 115. Bu nedenle denetim işçi katımlı yönetim kurullarına üye seçimi daha karmaşık bir hal alır. Çünkü yönetim kurulu, ilk turda 2/3 çoğunlukla seçilir. Başkan, başkan yardımcısı, hissedar ve işçi temsilcilerinden komite oluşturulması da gerekmektedir. PLESSIS ve SAENGER, s, 43, 51.

²⁷ PLESSIS/SAENGER, s, 106.

²⁸ PASLI, s, 40.

konusu yönetim yetkisi, genel kurul veya gözetim kurulundan türetilmiş veya delege edilmiş yetkiler değildir; özgün ve vazgeçilemez bir yetki olarak görülmektedir.²⁹ Bir kişinin hem gözetim hem de yürütme kurulu üyesi olması kural olarak mümkün değildir³⁰. Bu sistemde gözetim kurulu, bilgiyi genelde yönetim kurulundan sağlamaktadır. Yönetim kurulunun ayrı teşkil edilme fikrine dayanan iki organ sisteminde yönetim organının azami düzeyde tarafsız olması ve organların görev bakımından kesin şekilde ayrılması avantaj sağlamaktadır. Ancak iki ayrı organ teşkil edildiği için kontrolün tekli sisteme göre zorlaşması ve katılık söz konusu sistemin mahsurlarını oluşturmaktadır. Ancak her ne kadar aralarında fiili bir bağlılık bulunmasa da uygulamada, yönetim kurulunun eski üyeleri gözetim kuruluna başkan veya üye olarak seçileceği için, bu sistemde de denetim kurulu genelde yönetim kuruluna fiili olarak bağlıdır³¹.

Anglo sakson ülkelerinde genelde kurumsal yatırımcılar haricinde ortaklık yapısı dağınıktır. Bu nedenle anglo sakson modelinde Kurumsal Yönetim İlkeleri ile düşmanca satın alma, yatırımdan çıkma, performansa dayalı ödeme, azınlık hissedarların korunması gibi dolaylı koruma mekanizmaları üzerine yoğunlaşmaktadır³². Bu ülkeler tek bir yönetim organı mevcuttur ve şirketin kontrolü bağımsız üyelerin önemli rol oynadığı yönetim kurulundadır³³. Söz konusu sistemde genel kurul tarafından seçilen yönetim kurulu hem yönetim hem de gözetim fonksiyonlarını bünyesinde barındırmaktadır³⁴. Kendilerini seçen pay sahiplerine karşı sorumlu olan yönetim kurulu üyeleri ancak pay sahipleri tarafından azledilebilmektedir³⁵. Bu sistemde yönetim kurulu genel bir organ olarak seçilmekle birlikte eğilim olarak yönetim kurulu üyelerinin şirketin günlük işlerinde rol oynayan icrai yetkisi olan üyeler ve kurul bünyesinde denetimle görevli olan ancak yönetimde görev almayan icrai yetkisi olmayan üyeler şeklinde ayrıma tabi tutulmasına olanak sağlanmaktadır³⁶. Söz konusu sistem yönetimde görev alanlarının esnek bir şekilde ayrılmasına ve ortak bir sorumluluğun oluşturulmasına olanak

²⁹ PLESSİS/SAENGER, s, 51.

³⁰ PASLI, s, 39, PLESSİS/SAENGER, s, 67.

³¹ PLESSİS/SAENGER, s, 107.

³² KULA, s, 42.

³³ KULA, s, 40.

³⁴ PASLI, s, 38.

³⁵ PASLI, s, 39.

³⁶ PLESSİS/SAENGER, s, 106; PASLI, s, 39.

sağlar. İcrai yetkisi olan ve olmayan üyelerin birlikte sorumluluğu ise gerekli bilgilerin tüm üyelerden elde edilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak icrai yetkiye sahip üyelerin atanması, denetimi ve görevden alınması süreçlerinin kurul içinden gerçekleştirilmesi, icrai yetkisi olmayan üyelerin tarafsızlığını sorgulanmasına neden olmaktadır³⁷. Ayrıca tekli sistemde icrai yetkisi olan, olmayan üyeler ayırımına gidilmesi durumunda, icrai yetkisi olmayan üyeler ikili sistemde gözetim kurulunun sahip olduğu problemlere benzer problemlerle karşılaşmaktadır. Örneğin bu durumda denetim kurulunun bilgiyi yönetim kurulundan sağlaması dezavantajı tekli sistem içinde mevcuttur³⁸.

3.2. Yönetim Kurulunun Yapısı Açısından Türk Kurumsal Yönetim Sistemi

KYİ m 4.3’de yönetim kurulunun yapısı düzenlenmektedir. Kurumsal Yönetim İlkelerinin yönetim kurulunun yapısına ilişkin düzenlemeleri, Türk Ticaret Kanununun yönetim kuruluna ilişkin düzenlemeleri ile bazı açılardan farklılık göstermekte ve Kurumsal Yönetim İlkeleri ile doğal bir eğilim olarak kabul edilen³⁹ icrai yetkisi olan – olmayan yönetim kurulu üyesi yapılanması zorunlu hale getirilmektedir. Aşağıda Türk Ticaret Kanununun anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin hükümleri ışığında yönetim kurulunun yapısına ilişkin Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemelerine yer verilmektedir.

3.2.1. Yönetim Kurulunun Oluşumu

Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yönetim kurulu, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşturulabilir (TTK m 359/I). Yönetim yetkisinin bölünmesine ilişkin TTK m 367 düzenlemesi ile icrai yetkisi olan – olmayan yönetim kurulu üyesi ayırımı yapılmasına bu sayede Alman Sistemindeki ikili yapıya benzer bir yapı oluşturulmasına olanak sağlanmaktadır.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun yönetim kurulu üyelerinin sayısı ve niteliklerini düzenleyen 359. madde hükmünde, 6762 Sayılı Mülga Türk Ticaret Kanununda yer alan yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmasına ilişkin zorunluluğa yer verilmemesi, kurumsal yönetim açısından önem arz etmektedir. Çünkü söz konusu düzenleme ile yönetim kuruluna dışarıdan üye seçilmesine olanak sağlanmakta; seçilen üyeler ise Murahhas Müdürden farklı olarak yönetim kurulu üyesi sıfatını taşımakta ve düzenleme bu şekildeyle yönetim

³⁷ PLESSİS/SAENGER, s, 106.

³⁸ PLESSİS/SAENGER, s, 107.

³⁹ PLESSİS/SAENGER, s, 107.

kurulu üyelerinin profesyonel yöneticilerden oluşmasına hizmet etmektedir. Ayrıca yönetim yetkisinin bölünmesi durumunda, profesyonel yöneticinin icrai yetkisi olan üye olarak yönetim kurulunda görev alması yanında icrai yetkisi olmayan (gözetimle görevli) üye olarak da yönetim kurulunda yer almasına olanak sağlanmaktadır. Zira profesyonel yöneticinin şirket yönetiminde görev almasına hizmet eden diğer müesseseler bakımından murahhas müdürler, yönetim kurulu üyesi sıfatı taşımamakta ayrıca murahhas müdürlere yalnızca icrai yetkiler verilebilmekte, işletme örgütüne ilişkin görevler dışında gözetim görevi yüklenememektedir. Komite ve komisyonların oluşturulması ve uzman kişilerin bu komisyonlarda icrai yetkisi olmayan yönetim kurulu üyelerine bağlı olarak çalışması ise profesyonel yönetim amacına dolaylı olarak hizmet etmektedir.

3.2.1. Üyelerin Sayısı ve Nitelikleri

Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yönetim kurulu, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşabilmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda tek kişilik yönetim kuruluna izin verildiği gibi tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye olarak seçilmesine de olanak sağlanmaktadır (TTK m 359/I). TTK m. 360 ile ise belirli grupların –özellikle azlığın- yönetimde temsiline olanak sağlanmaktadır⁴⁰.

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenen kurumsal yönetim ilkelerine göre ise yönetim kurulu, yönetim kurulu üyelerinin verimli ve yapıcı çalışmalar yapmalarına, hızlı ve rasyonel kararlar almalarına, komitelerin oluşumuna ve çalışmalarını etkin bir şekilde organize etmelerine imkân sağlayacak şekilde *beş kişiden az olmamak* üzere belirlenmektedir (KYİ m 4.3.1). Bu düzenleme *uyulması zorunlu ilke* olarak belirlenmiştir. Ayrıca Kurumsal Yönetim İlkelerine göre yönetim kurulu üyelerinden *en az birinin kadın olması* gerekmektedir (m 4.3.10.). Söz konusu ilke emredici

⁴⁰ Söz konusu düzenlemeye göre esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır. Bu şekilde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır (TTK m. 360).

nitelikte değil, “uygula uygulamıyorsan açıkla” prensibi gereğince tavsiye niteliğindedir⁴¹. Bu nedenle yönetim kurulunda kadın üyenin yer almadığının kurumsal yönetime uyum raporu ve yıllık faaliyet raporunda belirtilmesi gerekmektedir (Tebliğ, m5-6).

Kurumsal Yönetim İlkelerinde yönetim kurulunun asgari beş kişiden oluşması gereği bir ilke olarak belirlenmişken, Alman Mevzuatından farklı olarak⁴² tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye seçilmesini veya icrai yetkisi olan üye olarak atanmasını engelleyen bir hüküm Kurumsal Yönetim İlkelerinde yer almamaktadır. Bu durumda TTK m 359/2 gereği şirketle birlikte şirket adına tam yetkili bir gerçek kişinin de tescil edilmesi gerekmektedir. Söz konusu üyede, tam ehliyet dışında yükseköğrenim görmüş olma gibi her hangi bir şart aranmamaktadır. Ancak söz konusu üyenin bağımsız üye olarak atanması durumunda, bağımsız üye için aranan kıstasların⁴³, şirket yanında temsilcisi içinde aranması gerekir.

Ayrıca yönetim kurulu üyeleri için Türk Ticaret Kanununda aranan nitelikler, asgari nitelikler olup Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmassa dahi her anonim şirket, yöneticilerinde Kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar koymak; komisyonlar ve kurullar oluşturmak; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas etmek, hakkına sahiptir⁴⁴. Aynı şekilde kurumsal yönetim ilkeleri de asgari uyulması zorunlu ilkeler niteliği taşımaktadır. Bu nedenle her şirket esas sözleşmeyle, uyulması zorunlu kurumsal yönetim ilkelerine ilave olarak, kurumsal yönetime hizmet eden ilave şartlar getirebilir.

3.2.2. Üyelerin Bağımsızlığı

İyi bir kurumsal yönetimin sağlanması için yönetim kurulunda bir kişi yada azlığa güç kazandırılmaması ve yönetim kurulu yetkilerinin bir kişi veya gruba devredilememesi yani yönetim kurulunun çıkar guruplarından bağımsız olması gerekmektedir⁴⁵. Yönetim kurulunun bağımsızlığını sağlamakla ilgili eğilim halka açık şirketlerin yönetim kurullarında yönetici

⁴¹ Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:IV, No:57) Hakkında Basın Duyurusu.

⁴² Alman Mevzuatında yalnızca gerçek kişilerin gözetim ve yürütme kuruluna üye olarak atanabileceği düzenlenmekte ve tüzel kişilerin üye olmasına izin verilmemektedir. PLESSIS/SAENGER, s, 41-67.

⁴³ Bakınız 3.2.5.

⁴⁴ 6102 Sayılı TTK 340. Madde Gereğesi.

⁴⁵ PLESSIS/SAENGER, s, 51.

olmayan, yöneticilerle akrabalık ve iş ilişkisi olmayan bir kaç bağımsız üyenin bulunması şeklindedir⁴⁶. Yöneticiler şirketten iş, aile veya diğer ilişkiler bakımından ayrıldığı takdirde yönetim bağımsız olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluk arz etmesi, icrai yetkiye sahip üyelerin gerçekten yönetimden bağımsız olması, CEO ile yönetim kurulu başkanının ayrı kişiler olması, bağımsız kişilerden oluşan denetim ve aday gösterme komitelerinin varlığı bu konuda genel kabul gören diğer kurumsal yönetim ilkelerini oluşturmaktadır⁴⁸. Ayrıca özel komiteler oluşturulması⁴⁹, yönetim kurulu üyelerinin belirli bir süreden fazla görev yapmaması, şirketin iştiraklerinden birinin yasal temsilcisi olmaması da yönetimin bağımsızlığına hizmet etmektedir⁵⁰.

Kurumsal Yönetim İlkelerine göre de icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri içerisinde, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine sahip bağımsız üyelerin bulunması gerekmektedir (KYİ m 4.3.3) .

Yönetim kurulu içerisindeki bağımsız üye sayısının, ikiden az olmamak üzere toplam üye sayısının üçte birinden az olmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Bağımsız üye sayısının hesaplanmasında kusuratlardan izleyen tam sayı olarak dikkate alınmaktadır (KYİ m 4.3.4). Üçüncü grup şirketler ve bazı şartları taşımak şartıyla iş ortaklıkları için ise bağımsız üye sayısının iki olması yeterli kabul edilmektedir (Tebliğ m 5/II/5)⁵¹. Yani kurumsal yönetim ilkeleri açısından yöneticilerin çoğunluğunun değil asgari 1/3 ünün bağımsız nitelik taşıması yeterli kabul edilmektedir.

KYİ m 4.3.5’ye göre ise, yönetim kurulu üyelerinin görev süresine paralel olarak bağımsız yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin üç yıla kadar olabileceği ve tekrar seçilmenin caiz olduğu düzenlenmektedir. Bağımsız üyelerin görev süreleriyle ilgili olarak bir üst sınır ise öngörülmemektedir.

⁴⁶ ÖNDER, s, 144.

⁴⁷ PLESSIS/SAENGER, s, 68.

⁴⁸ KULA, s, 35.

⁴⁹ ÖNDER, s, 135.

⁵⁰ PLESSIS/SAENGER, s, 67.

⁵¹ Bağımsız yönetim kurulu üye sayısına ilişkin olarak KYİ m 4.3.4’de belirtilen ilkeler, üçüncü gruptaki şirketler ile yapılacak başvurunun SPK tarafından uygun görülmesi koşuluyla, sermayesinin aralarında eşit olarak en az %51’inin doğrudan veya dolaylı olarak sermaye, yönetim veya denetim ilişkisi bulunmayan, birbirinden bağımsız ve şirketle ilgili önemli kararlarda her bir tarafın olumlu oyu gerekecek şekilde şirketin yönetim kontrolünü sözleşme ile eşit olarak paylaşan iki gerçek veya tüzel kişiden oluşan iş ortaklıklarında uygulanmaz. Söz konusu şirketler açısından bağımsız üye sayısının iki olması yeterlidir(Tebliğ m 5.5).

Bağımsız üyede aranan nitelikler sermaye SPK, KYİ m 4.3.7’de düzenlenmektedir. Şirketle söz konusu düzenlemede belirtilen aile ve iş ilişkilerini taşımayan yönetim kurulu üyesi “bağımsız üye” olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu kıstaslar;

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 ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları arasında, son beş yıl içinde, doğrudan veya dolaylı önemli görev ve sorumluluklar üstlenecek yönetici pozisyonunda istihdam, sermaye veya önemli nitelikte ticari ilişkinin kurulmamış olması,

b) Son beş yıl içerisinde, şirketin denetimini-derecelendirilmesini-danışmanlığını yapan şirketlerde ve yapılan anlaşmalar çerçevesinde şirketin faaliyet ve organizasyonunun tamamını veya belli bir bölümünü yürüten şirketlerde çalışmamış ve yönetim kurulu üyesi olarak görev almamış olması,

c) Son beş yıl içerisinde, şirkete önemli ölçüde hizmet-ürün sağlayan firmaların herhangi birisinde ortak-çalışan-yönetim kurulu üyesi olmaması,

d) Yönetim kurulundaki görevi nedeniyle hissedarlık hakkına sahipse sermayede sahip olduğu pay oranının %1’den fazla olmaması ve bu payların imtiyazlı olmaması,

e) Bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak üstleneceği görevleri gerektiği gibi yerine getirecek mesleki eğitim-bilgi-tecrübeye sahip olması,

f) Bağlı oldukları mevzuata uygun olması şartıyla üniversite öğretim üyeleri hariç, kamu kurum ve kuruluşlarında üye olarak seçildikten sonra tam zamanlı çalışmıyor olması,

g) Gelir Vergisi Kanunu’na göre Türkiye’de yerleşmiş sayılması ve Tebliğ m 5.8’e göre ise söz konusu kıstasın üyelerin yarısı tarafından sağlanması

h) Şirket faaliyetlerine pozitif katkılar sağlayabilecek, şirket ortakları arasında oluşabilecek çıkar çatışmalarında tarafsız olabilecek, menfaat sahiplerinin haklarını gözeterek özgürce karar verebilecek güçlü etik standartlara-mesleki itibara- tecrübeye sahip olması,

i) Şirketteki görevlerini gerektiği şekilde yerine getirip faaliyetlerin işleyişini takip edebilecek kadar şirket faaliyetlerine zaman ayırıyor olması (Seri: IV, No: 57 Tebliğ m 1.) şeklinde belirtilmektedir.

Söz konusu kıstasların tümü kümülatif olarak uygulanmaktadır. Bu nedenle belirtilen kıstaslardan herhangi birini yerine getirmeyenler ile şirketin yönetim kurulunda son on yıl içerisinde altı yıldan fazla yönetim kurulu üyeliği yapmış olan kişilerin yönetim kuruluna bağımsız üye olarak atanamayacağı kabul edilmektedir (KYİ m 4.3.6). Ancak söz konusu ilkede belirtilen kriterler, Seri IV no 56 sayılı Tebliğ m 5/9 nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarının imtiyazlı pay sahibi olduğu veya ana faaliyet konusu, kamu hizmeti vermek üzere kamu kurum ve kuruluşları tarafından süreli veya süresiz olarak verilmiş bir lisansın veya bir imtiyazın kullanılması olan borsa şirketlerinin bağımsız yönetim kurulu üyeleri için, Sermaye Piyasası Kurulunun uygun görüşünün alınması kaydıyla KYİ m 4.3.6 da yer alan kriterlerin tümü, 4.3.7’de yer alan kriterlerin ise d ve e bentleri uygulanmayabilecektir.

Borsa şirketlerinin bağımsız yönetim kurulu üyesi seçmesi için verilen süre 30/6/2012 tarihinde dolmuştur. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin seçilmemesi veya yukarıda belirtilen ilkelere aykırı olarak seçmesi veya kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin uyum amacıyla esas sözleşme değişikliği yapmaması halinde Sermaye Piyasası Kurulunca, somut olayın özellikleri ve tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması ilkesi çerçevesinde, uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak içerikte karar verilmesi talebiyle Asliye Ticaret Mahkemesine başvurulur. Başvuruya, Kurumsal Yönetim İlkelerine uyum sağlamak üzere Kurulca yapılması gerektiği sonucuna varılan işlemleri içeren bir uyum önerisi eklenmelidir. Esas sözleşme değişikliğine ilişkin ilkelere uyum sağlanması gereken hallerde, şirketlerin esas sözleşme yapısına asgari müdahalede bulunulması esas çerçevesinde hazırlanan tadil tasarılarına da uyum önerisinde yer verilmesi gerekmektedir. Bağımsız yönetim kurulu üyesi seçimine ilişkin ilkelere uyum sağlanması gereken hallerde ise bulunması gereken asgari bağımsız üye sayısının en az iki katı kadar adayı içeren, kriterlere uygun bağımsız yönetim kurulu üyesi aday listesinin uyum önerisine eklenmesi gerekmektedir. Mahkemece atanan ve tesciline karar verilen bağımsız yönetim kurulu üyeleri, şirket genel kurulunca mevzuata uygun bağımsız üyeler seçilinceye kadar veya Sermaye Piyasası Kurulunun başvurusu üzerine haklarında mahkemece yeni bir karar alınıncaya kadar görev yapar. Söz konusu başvuruyu yapması için Sermaye Piyasası Kuruluna verilen süre 31.12.2012 tarihinde sonra ermiştir (Seri IV no 56 Sayılı Tebliğ Seri IV no 61 Sayılı Tebliğ m 2/1 ile eklenen geçici madde).

3.2.3. İlişkili Taraflarla Yapılan İşlemler

Şirket yönetiminin bağımsızlığını sağlamaya yönelik bir diğer düzenleme de 6362 Sayılı SPKan m 17/III’ de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre halka açık ortaklıkların ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri, nitelikleri Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenecek işlemlerden önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alınması zorunludur. Yani işlemin geçerliliği, önceden onay alınmasına bağlanmaktadır. Söz konusu yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için ayrıca bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun da onayı gerekmektedir.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun sağlanamaması hâlinde ise bu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur ve işlem genel kurul onayına sunulur. Bu durumda genel kurul toplantı nisabı aranmaz, oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu karar alınması için yeterlidir. Ancak belirtilen genel kurul toplantısında işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişiler oy kullanamazlar (SPKan m 17/III).

“İlişkili taraf” terimi ile ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme SPKan’da yer almamakla birlikte bir tarafın bir işletme ile ilişkili olup olmadığının tespitinde, “İlişkili Taraf Açıklamaları” başlıklı Türkiye Muhasebe Standardı ve Uluslararası Muhasebe Standardı 24 hükmünden faydalanılabilir⁵².

3.2.4. Yönetim Yetkisinin Bölünmesi

Türk Ticaret Kanununda yönetim hakkı ve temsil yetkisinin devredilmesi farklı iki maddede birbirinden ayrılarak düzenlenmektedir. Türk Ticaret Kanununda yönetim yetkisinin kural olarak yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olduğu belirtilerek tekli sistem kabul edilmektedir (m 367/II). Ancak yönetim yetkisinin esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenlenen bir iç yönergeye göre, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilmesine olanak sağlanmaktadır (m 367/I)⁵³. Madde

⁵² Bakınız **Kurumsal Yönetim İlkelerinin Uygulanmasına Yönelik Tereddüt Oluşturan Hususlar Hakkında Basın Duyurusu**.

⁵³ Söz konusu iç yönerge, üretim öncesini, üretimi, pazarlamayı, muhasebenin yapısını, işleyişini, görev tanımlarıyla şemasını içerir; “yönetimi” bir bütün halinde düzenler. Yönergede örgüt şemasının verilmesi yeterli değildir; (TTK 397. Madde Gereğesi) İç yönerge ile şirketin yönetimi düzenlenmekte, bunun için gerekli olan görevler tanımlanmakta, yerleri gösterilmekte, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğu belirlenmektedir. Yönetim kurulunun, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini

gerekçesinde her ne kadar Türk Ticaret Kanunu sisteminin Almanya’da uygulanan ikili sisteme göre oluşturulmasına olanak sağlandığı ifade edilmekteyse de söz konusu sistemler; organlar arası ilişkiler, sistemin işleyişi ve görevleri açısından farklılık arz etmektedir⁵⁴. Çünkü söz konusu düzenlemeyle kuvvetler ayrımına dayanan sistemde olduğu gibi yönetim kurulu tarafından ondan tamamen bağımsız bir organ oluşturulmamış yönetim kurulu ile yönetim arasında kesin bir ayrım bulunduğu reddedilmiş; yalnızca yönetimin kısmen veya tamamen devrine olanak sağlanmıştır⁵⁵. TTK m 370/II’de ise yönetim kurulu tarafından temsil yetkisinin bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdüre devredilebileceği düzenlenmektedir. Düzenlemeden de anlaşılabileceği üzere temsil yetkisinin devredilmesi için şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunması ve bir iç yönetmeliğe göre devir yapılması gerekmektedir. Bu durumda ise en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması gerekmektedir (m 370/II.)⁵⁶. Yönetim kurulunun devredilmesi mümkün yetkileri açısından tüm yetki ve sorumluluğu haiz olan söz konusu üyelere *murahhas üye*, kurumsal yönetim ilkeleri açısından ise *icrai yetkisi olan üye* denilmektedir⁵⁷. Bu iki sınıf üyenin yetkileri, şirket bilgi ve belgelerine ulaşabilme olanakları ve şirketi bağlayıcı karar alabilme konuları farklı olduğu için hukukî, cezaî

ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları söz konusu iç yönerge hakkında yazılı olarak bilgilendirmesi gerekmektedir (TTK m 367). Yönergenin tescil ve ilanı gerekli değildir (TTK 397. Madde Gereğesi) .

⁵⁴ PULAŞLI, Şirketler, s. 873.

⁵⁵ PULAŞLI, Şirketler, s. 1006.

⁵⁶ Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayınlanan, Seri: IV, No: 56 Sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Uygulanmasına Yönelik Tereddüt Oluşturan Hususlar Hakkında Basın Duyurusu’da ise belirtilen emredici nitelikteki düzenlemeye aykırı olarak yönetim kurulunun tamamen icrada görevli olmayan üyelere devredilebileceği belirtilmektedir.

⁵⁷ PULAŞLI, Şirketler, s. 924. İcrai yetkiye sahip üyelerin karar alma yetkisi yanında Alman Hukukunda yer alan yönetim organına benzer şekilde işletme örgütünde de görevleri bulunmaktadır. Sönmez, icrai yetkiye sahip üyenin bu anlamıyla TTK m 342’den daha geniş bir anlam taşıdığından ayrıca şirkete hizmet sözleşmesi ile bağlı olduğundan söz eder (SÖNMEZ, s. 13). İcrai yetkisi olmayan üyeler ise yönetimi (management) ifade eder ve hissedarlara değer yaratmak amacıyla şirketi yönetir (ÇOLAK s. 5). İcra başkanı ise “CEO” olarak adlandırılmaktadır. İcrai yetkisi olmayan üyelerin işletme örgütüne ilişkin görevleri bulunmaz, bu üyeler, şirketin günlük işleri ile meşgul olmadığı gibi, aktif yönetsel sorumluluk da taşımazlar, alman hukukundaki gözetim kurulunda olduğu gibi strateji geliştirme ve gözetim görevlerinin ifasına katkı sağlar, özetle icrai yetkisi olmayan üye kavramı; danışmanlık ve yönetimi gözetleme ve denetim görevlerini yerine getiren üyeyi ifade eder ki bu görevlerin ifası, yönetimden bağımsız olmasını gerektirir (SÖNMEZ, s. 13; Çolak, s. 3). Kurumsal yönetim ise şirket idaresindeki tüm birimlerin rollerini belirler ve bunlar arasında bir denge ve kontrol mekanizması sunar. ÇOLAK, s. 5.

ve malî sorumlulukları da farklı düzenlenmiştir⁵⁸. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile kabul edilen farklılaştırılmış teselsül de söz konusu amaca hizmet etmektedir (TTK m 557). Genel kurulun karar verme yetkileri veya buna ilişkin üst gözetim yetkisinin devredilmesi ve söz konusu yetkilerden feragat edilmesi ise mümkün değildir⁵⁹.

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenen Kurumsal Yönetim İlkelerinde ise, borsa şirketlerinde yönetim yetkisinin bölünmesi ve yönetim kurulunda icrada görevli olan ve olmayan üyelerin bulunması zorunlu ilke olarak kabul edilmektedir. Kurumsal yönetim açısından yönetim yetkisinin yönetim kurulu üyeleri arasında bölünmesi yeterli olmamakta, aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gerekmektedir. (KYİ, m 4.3.2.) İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin bağımsızlıklarının sağlanması amacıyla söz konusu üyelerin yönetim kurulu üyeliği haricinde şirketle başkaca iş veya ticari ilişkisi veya idari görevi bulunmayan ve şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan kişi konumunda bulunmaları gerektiği de kurumsal yönetim ilkelerinde ifade edilmektedir (KYİ, m 4.3.2.).

4. Kurumsal Yönetim Açısından Yönetim Kurulu Bünyesinde Komiteler Oluşturulması

Yönetim kurulunun karar verme ve üst gözetime ilişkin çok sayıda yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkilerin kullanılması önemli derecede emek ve zaman gerektireceğinden, yönetim kurulularının, yetkisi kapsamına giren tüm işleri bizzat yapması yerine işlerin hazırlık ve karar aşamalarında komite ve komisyonlar oluşturulmasına olanak sağlanmaktadır⁶⁰. TTK m 366/II' de işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabileceği; yönetim kurulu kararlarının alınmasına hazırlık yapılması, bu kararların uygulanması ya da işlerin gidişini izlemek konusunda kurullara veya münferit yönetim kurulu üyelerine yetki verilebileceği⁶¹ düzenlenmekte, KYİ m 4.5'de ise yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarını sağlıklı şekilde yürütmesi için komitelerin oluşturulacağı ifade edilmektedir. Söz konusu düzenlemelerden

⁵⁸ 6102 Sayılı TTK Genel Gerekçesi 90/a

⁵⁹ PULAŞLI, Şirketler, s. 1004.

⁶⁰ PULAŞLI, Şirketler, s. 1004.

⁶¹ 6102 Sayılı Genel Gerekçesi 90/b.

de anlaşılacağı üzere Türk Hukukunda komite ve komisyonlar; işlerin gidişini izlemek, rapor hazırlamak, iç denetim gibi şirketin iç işlerine dönük görevleri yerine getirmekte olup komite ve komisyonların yetki ve görevi şirketin dışı karşı sevk ve idaresini kapsamamaktadır⁶².

Anonim şirketlerde arzulanan yönetim şekli, mülkiyetin hissedarlarda, kontrolün ise yönetim kurulunda olduğu yönetim şeklidir. Ancak elinde daha fazla veri mevcut olan ve risk alma eğilimi fazla olan yöneticilerle yönetim kurulları arasında bilgiye ulaşma ve sahip olma açısından bir asimetri ortaya çıktığı görülmektedir. Bu nedenle yönetim kurulları bağımsız karar alma kabiliyetini yitirmekte ve sonuç olarak, yönetim kurullarının etkinliğini kaybetmektedir⁶³. Komite ve komisyonlar oluşturulmasının, işlerin hazırlık aşamasına ilişkin işlevi yanında yönetim kurullarına etkinlik ve yönetim kuruluna bağımsız karar alma kabiliyeti kazandırmak işlevi de bulunmaktadır⁶⁴. Söz konusu amaca uygun olarak Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde ise bu komitelerin icarai yetkisi olmayan yönetim kurulu üyelerine bağlı çalışması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵.

Yönetim yetkisinin murahhaslara devri ile komite ve komisyonlar oluşturulması birbirinden farklı özellikler arz etmektedir. Murahhaslar, kendilerine devredilen alanda yönetim kurulunca devredilebilir tüm yetki ve sorumluluğu alırken komite veya komisyonlar oluşturulması bu şekilde yönetim yetkisinin devredilmesi veya bırakılması anlamına gelmemekte; yalnızca yönetim kurulunun daha bilinçli kararlar alabilmesine olanak sağlamak amacıyla yapılmış bir iş bölümü niteliği taşımaktadır⁶⁶.

4.1. Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulması Gereken Komiteler

TTK'nın 378. maddesinde sadece riskin erken saptanması komitesi düzenlenmekte; Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde ise söz konu komite yanında denetim komitesi ve atamalar komitesinin de kurulması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷. Kurumsal Yönetim İlkeleri kapsamında ise Denetimden Sorumlu Komite, Kurumsal Yönetim Komitesi, Aday Gösterme Komitesi, Riskin Erken Saptanması Komitesi ve Ücret Komitesi oluşturulması

⁶² PULAŞLI, Şirketler, s. 969.

⁶³ AŞÇIGİL, s. 120.

⁶⁴ AŞÇIGİL, s. 121.

⁶⁵ 6102 Sayılı TTK Genel Gerekçesi 90/b.

⁶⁶ PULAŞLI, Şirketler, s. 968.

⁶⁷ 6102 Sayılı TTK Genel Gerekçesi 90/b.

uygulanması zorunlu ilke olarak kabul edilmektedir(KYİ m 4.5.1.). Ancak yönetim kurulu yapılanması gereği ayrı bir Aday Gösterme Komitesi, Riskin Erken Saptanması Komitesi ve Ücret Komitesi oluşturulamaması durumunda, Kurumsal Yönetim Komitesinin söz konusu komitelerin görevlerini yerine getirebileceği kabul edilmektedir(KYİ m 4.5.1.). Komitelerin görev alanlarının, çalışma esaslarının ve hangi üyelerden oluşacağının yönetim kurulu tarafından belirlenmesi ve kamuya açıklanması gerekmektedir (KYİ m 4.5.2.) .

4.1.1. Kurumsal Yönetim Komitesi

Kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına yönelik bir komitedir. Kurumsal yönetim komitesi, şirkette kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanıp uygulanmadığını, uygulanmıyor ise sebebini ve ilkelere tam olarak uymama sonucunda ortaya çıkan çıkar çatışmalarını tespit etmekle ve yönetim kuruluna kurumsal yönetim uygulamalarını daha iyi hale getirmeyi sağlayıcı tavsiyelerde bulunmakla ve pay sahipleri ile ilişkiler biriminin çalışmalarını gözlemlemekle görevlidir (KYİ m 4.5.10).

Kurumsal Yönetim Komitesinin ikiden fazla üyeden oluşması durumunda üyelerin çoğunluğunun, iki üyeden oluşması durumunda ise her ikisinin de icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşturulması gerekmektedir (KYİ m 4.5.9).

4.1.2. Aday Gösterme Komitesi

Aday gösterme komitesi, yönetim kurulunda yer alacak adaylar ve yönetim kurulunun yapısı ile ilgili işlemleri yürütmekle görevlidir. Söz konusu komitenin görevleri:

a)Yönetim kurulunda yer alacak adayların saptanması, değerlendirilmesi ve eğitilmesi konularında şeffaf bir yapının oluşturulması ve bu amaçla politika ve stratejilerin belirlenmesi amacıyla çalışmalar yapmak,

b) Yönetim kurulunun yapısına ve verimliliğine ilişkin düzenli olarak değerlendirmeler yapmak ve bu konularda yapılabilecek değişikliklere ilişkin tavsiyelerini yönetim kuruluna sunmak,

c) Yönetim Kurulu üyelerinin ve üst düzey yöneticilerinin performans değerlendirmesi ve kariyer planlaması ile ilgili yaklaşım, ilke ve uygulamaları belirlemek ve bunların gözetimini yapmak şeklinde belirtilmektedir (KYİ m 4.5.11).

4.1.3. Riskin Erken Saptanması Komitesi

Türk Ticaret Kanununda düzenlenen tek komite olan riskin erken saptanması komitesi, şirketi gelecekte tehdit edebilecek olası risklerle ilgilenmekle görevli olan ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde borsa şirketleri açısından kurulması zorunlu tutulan komitedir (TTK m. 378). Denetim komitesinden farklı olmakla birlikte her iki komite aynı komitede altında birleştirilebilir⁶⁸. Söz konusu komitenin görevleri, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhis edilmesi, tespit edilen risklerle ilgili gerekli önlemlerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla çalışmalar yapılmasıdır. Komite aynı zamanda sistemin çalıştırılması ve geliştirilmesinden de sorumludur ve şirketin yönetim sistemlerini en az yılda bir kez gözden geçirir (TTK m 378/1; KYİ m 4.5.12). Riskin erken saptanması komitesi, riske ilişkin değerlendirmelerini, varsa tehlikeleri ve çözüm yollarını iki ayda bir düzenleyeceği bir raporla yönetim kuruluna sunar. Komitenin düzenleyeceği rapor ayrıca denetçiye de gönderilmelidir(m 378/2). Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre borsa şirketlerinde kurulması zorunlu olan komite, borsa şirketleri dışındaki şirketlerde denetçinin bu kurulu gerekli görerek durumu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen ilk ayın sonunda verir (TTK m 378/1).

4.2. Komite Üyelerinde Aranacak Nitelikler

Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde komitelerin icarai yetkisi olmayan yönetim kurulu üyelerine bağlı çalışması gerektiği ilke olarak ifade edilmektedir⁶⁹. Buna uygun olarak Kurumsal Yönetim İlkelerinde denetimden sorumlu komite üyelerinin tamamının, kurumsal yönetim komitesinin üyelerin çoğunluğunun, iki üyeden oluşması durumunda ise her ikisinin de diğer komitelerin ise başkanlarının, bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir(KYİ m 4.5.3; KYİ m 4.5.9). Ayrıca bir yönetim kurulu üyesinin birden fazla komitede görev almamasına özen gösterilmelidir(KYİ m 4.5.5.). İcra başkanı veya genel müdürler ise komitelerde hiçbir şekilde görev alamazlar (KYİ m 4.5.4.).

4.3. Komitelerin Çalışma Usulü

Komiteler, klasik karar yetkisine sahip komite ve rapor sunan komite olarak tasnife tabi tutulmaktadır⁷⁰. Gerek Türk Ticaret Kanunu açısından

⁶⁸ 6102 Sayılı TTK Genel Gerekçesi 127.

⁶⁹ 6102 Sayılı TTK Genel Gerekçesi 90/b.

⁷⁰ PULAŞLI, Şirketler, s. 969.

gerekse Kurumsal Yönetim İlkeleri açısından belirlenen komiteler tamamen içe dönük bir organ niteliği taşımakta, komitelerin şirketin sevk ve idaresi görevi bulunmamaktadır. Komitelerin görevlerini yerine getirebilmeleri için gerekli tüm kaynak ve destek yönetim kurulu tarafından sağlanmaktadır. Komiteler çalışma alanları ile ilgili olarak gerekli gördükleri yöneticileri toplantılarına davet ederek görüş alabilmekte (KYİ m 4.5.6.) ayrıca faaliyetleriyle ilgili olarak ihtiyaç gördükleri konularda bağımsız uzman görüşlerinden yararlanabilmektedirler (KYİ m 4.5.7.).

Komiteler yaptıkları tüm çalışmaları yazılı hale getirir ve kaydını tutar. Komiteler, çalışmaların etkinliği için gerekli görülen ve çalışma ilkelerinde açıklanan sıklıkta toplanırlar ve çalışmaları hakkındaki bilgiyi ve toplantı sonuçlarını içeren raporları yönetim kuruluna sunar (KYİ m 4.5.8).

5. Sonuç

İlgili çalışmada incelenen son gelişmelere kadar Türkiye’de kurumsal yönetim ilkeleri çeşitli kurumlar tarafından etik kurallar kapsamında düzenlenmiş olup bu kapsamda Sermaye Piyasası Kurulu da 2003 yılından itibaren kurumsal yönetim ilkeleri yayınlamıştır. Bu kapsamda Sermaye Piyasası Kurulu tarafından 2011 yılına kadar kurul ilke kararı niteliği taşıyan kurumsal yönetim ilkeleri yayınlanmaktayken 2011 yılında 654 sayılı KHK ile 2499 Sayılı SPKan. m 22/1-z bendinin eklenmesiyle sermaye piyasasında kurumsal yönetim ilkelerinin tespiti, ilan edilmesi ve halka açık anonim şirketlerden belirlemiş olduğu gruplarda yer alanların kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutma yetkisi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmiştir. Bunun sonucunda 2011 yılından itibaren tebliğ ekine işlenmek suretiyle düzenlenen kurumsal yönetim ilkeleri, daha önce ki yaklaşım olan kurul ilke kararı niteliğinde bir düzenleme olmaktan çıkmış ve “uygula- uygulamıyorsan açıla” yaklaşımının bir adım daha önüne geçilerek uygulaması zorunlu hale getirilmiştir. Söz konusu yaklaşım 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda da devam etmektedir. 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda da halka açık ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkelerini; kurumsal yönetim uyum raporlarının içeriğine, yayımlanmasına, ortaklıkların kurumsal yönetim ilkelerine uyumlarının derecelendirilmesine ve bağımsız yönetim kurulu üyeliklerine ilişkin usul ve esasları belirleme görevi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmektedir. (SPKan m 17/I). Halka açık ortaklıkların niteliklerine göre, kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutma, buna ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi ise

Sermaye Piyasası Kuruluna yalnızca borsa şirketleri açısından verilmektedir.

2499 Sayılı Sermaye piyasası kanunu döneminde SPKan. m 22/1/z'ye dayanılarak Seri: IV No:56 sayılı tebliğ çıkarılmış ve kurumsal yönetim ilkeleri tebliğ eki şeklinde düzenlenmiştir. 6362 Sayılı SPKan geçici 1. maddesi gereğince ikincil mevzuat hazırlanıncaya kadar söz konusu tebliğ yürürlükte kalmaya devam edecektir. Tebliğ, tüm halka açık anonim şirketleri kapsamına almamakta; borsa şirketlerine yönelik düzenlemeler getirmektedir. Tebliğ ile uygulanması zorunlu kurumsal yönetim ilkelere uyulmaması durumunda Sermaye Piyasası Kuruluna ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi verildiği gibi ihtiyati tedbir kararı ile birlikte mevzuata aykırılığının tespiti ve işlemlerin iptalini asliye ticaret mahkemesinden talep etme yetkisi de verilmektedir. (Seri: IV No: 56 Tebliğ, m 5 /10). Ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu, söz konusu ilkelere uyulmaması durumunda uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlayacak kararlar almaya uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için ihtiyati tedbir istemeye, dava açmaya, bu işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye de yetkilidir (SPKan m 17/II). Emredici nitelik taşımayan ilkelere uyulmaması halinde, bu durumun gerekçesiyle birlikte Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu ile kamuya açıklanması gerekmektedir. (Seri: IV No: 56 Tebliğ, m 5 /1; SPKan m 17/II).

Türk Ticaret Kanunu'nda ise kurumsal yönetim madde (m) 1529'da tek madde halinde düzenlenmektedir. İlgili düzenlemeye göre Sermaye Piyasası Kurulu halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerini, yönetim kurulunun kurumsal yönetime ilişkin açıklamalarının esaslarını ve şirketlerin kurumsal yönetim açısından derecelendirme kural ve sonuçlarını belirlemeye yetkilidir. Ayrıca diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, sadece kendi alanları için geçerli olan kurumsal yönetim ilkeleri ile ilgili düzenlemeleri, ancak ilgili düzenlemenin ayrıntıya ilişkin olması ve Sermaye Piyasası Kurumunun onayının alınması kaydıyla yapabilecekleri belirtilmektedir. Böylelikle Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan düzenlemelerle diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından belirlenen ilkeler arasında uyum sağlanması amaçlanmaktadır.

Türk Hukukunda kurumsal yönetime ilişkin düzenlemeler ve söz konusu düzenlemelerin bağlayıcılıkları belirtilen şekilde özetlenen kurumsal yönetim ilkeleri, şirket katılımcıları arasındaki ilişkileri çeşitli kurallara bağlar. Söz konusu ilişkiler açısından iyi örgütlenmiş bir yönetim kurulu,

hem şirkette oluşan temsil probleminin aşılması hem katılımcı menfaatlerinin korunması açısından “en iyi kurumsal yönetim mekanizması” olarak kabul edilmekte bu nedenle yönetim kurulu, iyi bir kurumsal yönetimin anahtarı olarak nitelenmektedir.

Anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin temel düzenlemeler Türk Ticaret Kanununda yer almakta ve Türk Ticaret Kanununun yönetim kuruluna ilişkin düzenlemeleri, kurumsal yönetimle yakından ilgili kabul edilmektedir. Ancak Kurumsal Yönetim İlkeleri, Türk Ticaret Kanununda yer alan yönetim kurulu düzenlemeleri ile bazı açılardan farklılıklar göstermektedir. Yukarıda geniş şekilde ele alınan bu karşılaştırma kısaca aşağıdaki tablo ile özetlenebilir:

Yönetim Kurulunun Yapısına İlişkin Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatı Düzenlemeleri		
Karşılaştırılacak Kriter	Sermaye Piyasası Mevzuatı Düzenlemeleri	Türk Ticaret Kanunu Düzenlemeleri
Üyelerin Sayısı ve Nitelikleri	En az 5 kişiden oluşur. Alman mevzuatından farklı olarak tüzel kişilerin üye seçilmesini engelleyen bir hüküm yer almamaktadır.	Yönetim kurulu, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşabilmektedir

Y ö n e t i m Kurulunda Kadın Üye Yer Alması	Uygulanması zorunlu bir ilke değildir. Uygula uygulamıyorsan açıkla prensibi gereğince yönetim kurulunda kadın üye bulunmaması durumunda bunun kurumsal yönetime uyum raporu ve yıllık faaliyet raporu ile kamuya açıklaması gerekmektedir	
İcrai Yetkisi Olan Olmayan Üye Ayırımı	Borsa şirketlerinde yönetim yetkisinin bölünmesi ve yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelere oluşması zorunlu tutulmuştur.	Türk Ticaret Kanununda yönetim yetkisinin kural olarak yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olduğu belirtilerek tekli sistem kabul edilmektedir (m 367/ II). Ancak yönetim yetkisinin esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenlenen bir iç yönergeye göre, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilmesine ve bu sayede Alman Sistemindeki ikili yapıya benzer bir yapı oluşturulmasına olanak sağlanmaktadır
Yönetim Kuruluna Dışarıdan Üye Atanması		6102 Sayılı TTK'de 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununda mevcut olan pay sahibi olma zorunluluğuna yer vermeyerek dışarıdan yönetim kuruluna üye seçilmesine ve söz konusu üyenin hem icrai yetkisi olan üye hem de gözetimle görevli üye olarak görev yapmasına olanak sağlanmaktadır.

Bağımsız Üye	İcrai yetkisi olmayan üyeler içerisinde ikiden az olmamak üzere toplam üye sayısının üçte birinden az olmayacak şekilde KYİ m 4.3.7’de yer alan niteliklere sahip bağımsız üyelerin bulunması zorunludur. Bağımsız yönetim kurulu üyesi seçilmemesi veya ilgili düzenlemelere aykırı olarak seçmesi halinde Sermaye Piyasası Kurulu, uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak içerikte karar verilmesi talebiyle, asliye ticaret mahkemesine başvurur (Seri: IV No: 56 Tebliğ, Geçici madde 2).	

İlişkili Taraflarla Gerçekleştirilen İşlemler	Nitelikleri Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenecek işlemlerin geçerliliği işlemiden önce, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun da onayıyla bir yönetim kurulu kararı alınmasına bağlanmaktadır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun sağlanamaması durumunda ise bu durum kamuya duyurulur ve işlem genel kurul onayına sunulur (6362 Sayılı SPKan. m 17/III) .	Yalnızca yönetim kurulu üyelerinin şirketle kendisi veya başkası adına işlem yapma yasağına yönelik düzenleme bulunmaktadır. İşlem yapılmasına izin verecek makam genel kuruldur. Tek taraflı bağlanmazlık söz konusu olur. Şirkete borçlanma yasağı ise pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve TTK m 393’de sayılan ve pay sahibi olmayan yakınları hakkında düzenlenmektedir. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir (TTK m 395).

Komite ve Komisyonlar Oluşturulması	Denetimden Sorumlu Komite, Kurumsal Yönetim Komitesi, Aday Gösterme Komitesi, Riskin Erken Saptanması Komitesi ve Ücret Komitesi düzenlenmekte ve belirtilen komitelerin oluşturulması u y g u l a n m a s ı zorunlu ilke olarak kabul edilmektedir. Ancak yönetim kurulu yapılanması gereği ayrı bir Aday Gösterme Komitesi, Riskin Erken Saptanması Komitesi ve Ücret Komitesi oluşturulamaması d u r u m u n d a , Kurumsal Yönetim Komitesinin söz konusu komitelerin görevlerini yerine getirebileceği kabul edilmektedir	Sadece riskin erken saptanması komitesi düzenlenmekte(TTK m 378); Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde ise söz konu komite yanında denetim komitesi ve atamalar komitesinin de kurulması gerektiği ifade edilmektedir

KAYNAKÇA

- AŞÇIGİL, Semra, Kurumsal Şirket Yönetimi Alanında OECD İlkeleri, Diğer İlkeler Ve Türkiye, Kurumsal Şirket Yönetimi (Corporate Governance Konferansı 14-18 Nisan 2003) Ankara 2003, s. 115-124
- ÇOLAK, Ender, Kurumsal Yönetim Uyum ve Raporlama, (<http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=63&fn=63.pdf&submenuheader=null#674,2>, erişim, 22 Aralık 2012).

DOĞU, Murat, Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (SERİ: IV No: 57 ile Değişik Seri: IV, NO:56), İstanbul 2012, (http://www.tkyd.org/files/kurumsal_yonetim_tebligi_sunumu_dr.%20murat_dogu.pdf, erişim, 22 Aralık 2012).

GÜÇLÜ Hakan, kurumsal yönetim uyum derecelendirmesi, İstanbul 2010.

GÜRBÜZ, A. Osman ve ERGİNCAN, Yakup, Kurumsal Yönetim, Türkiye'deki Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler, İstanbul 2004.

KULA, Veysel, Kurumsal yönetim: hissedarların korunması uygulamaları ve Türkiye Örneği, İstanbul 2006.

Kurumsal Yönetim İlkeleri Değişiklik Taslağı, Ekleme Tarihi: 04.11.2012,: www.spk.gov.tr/printerfriendly.aspx?tyoe=duyuru&aid=20111104&su_bid=s... , erişim 22 Aralık 2011).

Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:IV, No:57) Hakkında Basın Duyurusu, http://www.tuyid.org/files/duyurular/Teblig_Seri_IV_57_Basin_Duyurusu.pdf, erişim, 22 Aralık 2012).

Kurumsal Yönetim İlkelerinin Uygulanmasına Yönelik Tereddüt Oluşturan Hususlar Hakkında Basın Duyurusu, : (<http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20120211&subid=1&ct=c>, erişim 22 Aralık 2012).

ÖNDER Zeynep, Türkiye'de Sermaye Piyasaları ve Kurumsal Şirket Yönetimi, Kurumsal Şirket Yönetimi (Corporate Governance Konferansı 14-18 Nisan 2003), Ankara 2003, s, 125-149.

PASLI, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance), İstanbul 2003.

PLESSİS, Jean du ve LUTTERMANN, Claus, Corporate Governance in the EU, the OECD Principles Of Corporate Governance And Corporate Governance In Selected Other Jurisdictions, German corporate Governance In International And European Context, s. 215-256. Springer, 2007.

PLESSİS, Jean du ve SAENGER, Ingo, The General Meeting And The Managemet Borad As Company Organs. German corporate Governance In International And European Context, s. 37-64. Springer, 2007.

PLESSİS, Jean du ve SAENGER, Ingo, The Supervisory Board As Company Organ. German corporate Governance İn International And European Context, s. 65-110. Springer, 2007.

PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi C.I Ankara 2011.

PULAŞLI, Hasan, Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003.

Seri:IV No:56 sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ Hakkında Basın Duyurusu, (<http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20111230&subid=0&ct=c>, erişim 22 Aralık 2012).

SÖNMEZ, Yusuf Z., Uyum Raporu: Pay Sahipleri ve Yönetim Kurulu, (<http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=65&fn=65.pdf&submenuheader=null#683,13>, erişim 22 Aralık 2012).

TÜRKİYE'DE MİLLETVEKİLLERİNİN SOSYAL GÜVENLİĞİ MESELESİ

Kadir ARICI*

ÖZET

Türk sosyal güvenlik hukukunda milletvekillerinin sosyal güvenliği, hem hukuk hem de kamuoyunda son otuz yılda üzerinde büyük tartışmaların yapıldığı bir meseledir. Milletvekilleri kendi sosyal güvenliklerini daha da iyileştirmek için sürekli bir arayış içinde olmuşlardır. Çok sayıda kanuni düzenleme yapılmış ; yapılan kanuni düzenlemeler anayasa mahkemesince çok sayıda kararla eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık gerekçesi ile anayasaya aykırı bulunmuştur. Milletvekilleri emeklilik taleplerini sürdürmüşler ve anayasaya özel hüküm koymak suretiyle anayasa mahkemesine meseleyi götürülemez hale getirmişlerdir .Milletvekilleri emekliliklerinin iyileştirmek için çabalarını sürekli olarak sürdürmektedirler. Mesele artık kamuoyunda parlamentonun itibarına zarar verecek ölçülere varmış durumdadır. Bu çalışmada geçmişten günümüze bu alanda meydana gelen gelişmeler ortaya konulmakta ve sosyal güvenlik hukuku bakımından bir değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: sosyal güvenlik, milletvekillerinin sosyal güvenliği, Anayasa Mahkemesi

SOCIAL SECURITY OF THE MEMBERS OF THE PARLIAMENT IN TURKEY

ABSTRACT

Social security of the Turkish member of parliaments in Turkish Social Security Law has become a matter of great debate as a legal and social problem in the public opinion in the last thirty years. The MP's has always been in a search in order to develop their social security. A lot of Acts has been annacted in order to solve this problem. However the laws has been found as against constitution by the Counstitutional Court. The problem has come to a point to give harm to the reputation of the Turkish Parliament. This article reveals all the historical developments related to the social security of the parliaments.

Keywords: social security, social security of the Members of the parliament, Constitutional Court

* Prof.Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

SUNUŞ

Türk sosyal güvenlik sistemi çağdaş standartlarda kurgulanmış ancak çağdaş standartlarda yönetilememesi nedeniyle çökmüştür¹. Sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilir bir biçimde yeniden kurulması, sistemin Türk ekonomisine yük olmaktan çıkarılması; hatta ekonomiye destek olmasının sağlanması için Sosyal Güvenlik Reformu çalışmaları başlatılmıştır². Reform çalışmaları sonunda Türk sosyal güvenlik sisteminin teşkilat yapısı 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile tek çatı altında yeni baştan düzenlenmiştir. Sosyal güvenlik reformunun amaçlarından birisi de sistem içinde haklar ve yükümlülükler bakımından norm ve standart birliğinin sağlanması olmuştur. Bu maksatla çok farklı kanunlarla düzenlenmiş olan sosyal güvenlik mevzuatımız 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) yürürlüğe konularak tek bir kanun ile yeniden kodifiye edilmiştir.

Reform sürecinde Türk sosyal güvenlik sisteminin sosyal yardım ve sosyal hizmetler ayağı tam olarak kurulamamış ve bu reform bu anlamda yarım kalmıştır. Bu eksikliği tamamlamak üzere 665 Sayılı KHK ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kurulmuştur. Türk sosyal güvenlik sisteminin yeniden yapılandırılmasında eksik kalan sosyal yardım ve sosyal hizmetler alanı bu Bakanlık çatısı altında yeniden yapılandırılmış; çağdaş bir sosyal yardım ve sosyal hizmet sisteminin kurulması için gerekli adımlar atılmaya başlanmıştır.

Türk sosyal güvenlik sistemi yeniden yapılandırılıp sürdürülebilir bir biçimde yeniden hayata geçirilmeye başlandığı bir dönem de ; Türkiye'nin pek çok meselesi ortada durmakta ve toplum pek çok dış ve iç meselelerin çözümünü siyasi iktidarlardan ve parlamentodan beklerken gündeme yeni bir mesele girmiştir; milletvekillerinin emekliliği meselesi.

Milletvekillerinin sosyal güvenliği sorununu çözen bir yasa Ocak 2012 de TBMM den geçirilmiştir. TBMM de bütün partilerin oybirliği ile geçen bu yasa ne kamu oyunda ne de akademik dünyada bir karşılık bulmamıştır. Milletvekili emekliliğine dair yasa Fransız Parlamentosunda Osmanlı'da Ermeni soykırımının olmadığını iddia etmenin Fransa'da suç sayılmasına dair bir tasarının görüşüldüğü ve Türk kamuoyunun bu tasarıya haklı olarak tepki gösterdiği bir dönemde kanunlaştırılmıştır.

¹ ARICI,Kadir:Bataktan Gün Işığına ,Ankara 1998,

² Reform önerisinin varsayımları için bkz: ALPER,Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi – Sosyal sigortalar Hukuku,5.Bası Bursa 2013 ., s. 33 -35 .

Milletvekillerinin emekliliği meselesi Türk hukukunda ilginç bir tarihi geçmişi olan bir meseledir. Yasama organı ile Anayasa mahkemesinin birden çok defa karşı karşıya kaldığı; basında ve Türk kamuoyunda sürekli bir biçimde tartışmalara konu olan bir meseledir. Türk kamuoyu milletvekillerinin emekliliği meselesine parlamentonun ve milletvekillerinin yaklaşımını hiçbir zaman tasvip etmemiştir. Ancak parlamento her şeye ve herkese rağmen milletvekillerine en iyi emeklilik şartlarının sağlanması için biteviye bir gayret içinde olmaktan vazgeçmemiştir.

Meselenin bu ilginç yönü ve geçmişi bizi milletvekillerinin emekliliği sorununun başlangıçtan bu güne gelişimin ortaya koymak ve özellikle adeta meseleye tüy diken son yasa ile getirilen çözümü tartışmak maksadı ile konuyu bir makale çerçevesinde ele almak ve değerlendirmeye sevk etmiştir.

Hemen ifade edelim ki milletvekillerinin maaşları ve diğer özlük hakları bu makalenin konusu dışında bırakılmıştır. Zira Milletvekillerinin maaş ve özlük hakları, onların görevlerini layığı bir şekilde yapmaları bakımından ayrı ve özel bir çalışma konusudur³. Öte yandan Türk kamuoyu milletvekillerinin aylık ve diğer haklarını hiçbir zaman bir mesele olarak görmemiştir.

I- MİLLETVEKİLLERİNİN EMEKLİLİĞİ MESELESİNİN ÖNEMİ YA DA BİZİ KONUYU İNCELEMeye İTEN TEMEL SAİKLER

Sosyal güvenlik temel bir insan hakkıdır. İnsan haklarına dair önemli milletlerarası sözleşmelerde de sosyal güvenliğin temel insan hakkı olduğu kabul edilmiştir⁴. Sosyal güvenliğin temel insan hakkı olduğunu kabul eden belgelerin büyük çoğunluğu da Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından imzalanmış ve kanunla onaylanmak suretiyle milli mevzuatın bir parçası haline getirilmiştir. Bu çerçevede Anayasamız da sosyal güvenlik hakkı sosyal ve ekonomik bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu hak bir insan hakkı olarak vatandaş olsun olmasın Türkiye’de yaşayan herkese tanınmıştır(A.Y.m.60).

Herkesin hakkı olduğu gibi sosyal güvenlik milletvekilleri için de bir anayasal haktır. Bir insan ve vatandaş olarak bunun tartışılacak bir yanı da olmamak gerekir. Milletvekillerinin emekliliğinin tartışma yaratan yönü

³ Bu konuda özellikle mukayeseli hukuk açısından da inceleyen yeterli sayıda ve doyurucu çalışma bulunmamaktadır. Geniş bilgi için bkz: BAKIRCI, Fahri: “Meclis Üyelerinin Aylık ve Ödenekleri”, Yasama Dergisi, Ekim-Aralık 2006.

⁴ Geniş bilgi için bkz.: ARICI, Kadir :Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 1997, s.14-54

milletvekillerinin kendilerine özel, halkın ifadesi ile kıyak, bir emeklilik hakkı talep etmelerinden kaynaklanmaktadır.

Milletvekilliği, demokratik cumhuriyet rejimlerinin ortaya çıkardığı bir kurumdur. Milletvekilliği, temsili demokrasinin zorunlu bir ürünüdür. Milletvekilleri, vatandaşların siyasi temsil ve katılım hakkını vatandaşlara vekaleten kullanan kimselerdir. Milletvekilleri, milletin vekilleridir ve temsilcileridir. Dolayısı ile milletvekilliği, son derece önemli ve saygın bir temsil görevidir. Milletvekilleri de milletin yasama organındaki hak ve yetkilerini kullanan temsilcileri olarak çok saygıya değer bir temsil görevini yapan kimselerdir. Milletvekili olmak, kişi için tek başına saygı görmek bakımından yeterlidir.

Buna karşılık demokrasi ve cumhuriyet rejimine inanan ve onun faziletini kabul eden Milletvekillerinin de TBMM'nin saygınlığına zarar verecek tavır ve davranışlardan kaçınmak için gerekli gayreti göstermek gibi bir vazifeleri vardır. Parlamentonun saygınlığını korumak öncelikle parlamento üyelerine, milletin vekillerine düşen bir görevdir.

Bütün Dünyada parlamentonun saygınlığının korunması; milletin parlamentoya olan güveninin zarar görmesini önlemek için birtakım tedbirler alınmaktadır. Bu anlamda demokrasinin beşiği olan İngiltere'de belirli ilkeler belirlenmiştir. ABD ise parlamentoya duyulan güveni sarsacak hal ve hareketlerde bulunmamak; kamunun Parlamentaoya olan güvenini artıracak ve güçlendirecek tedbirler almakta; parlamenterlerin parlamentoyu itibarsızlaştıracak hiçbir faaliyette bulunamaması yönünden siyasi etik kuralları belirleme yoluna gidilmektedir. Parlamento için siyasi etik davranış standartlarının belirlenmesi ve bunların kurumsal kültür haline getirilmesi ve kurumsal dürüstlük ve hesap verilebilirliğin geliştirilmesi için tedbirler alınmaktadır⁵.

Milletvekillerinin milletin temsilcileri olarak makamlarının gerektirdiği saygınlığı hak edecek bir tavır ve davranış içinde olmaları beklenir. Milletin vekillerinin milletin üzerinde bir sosyal statü içinde olmayı bekleme hakları olamaz. Onlar, milletvekilliği görevini onurlu bir biçimde tamamladıktan sonra milletin saygın birer ferdi olarak toplum içinde sade bir vatandaş olarak yaşamayı sürdürebilme becerisini göstermeli ve bunu içlerine sindirmelidirler⁶.

⁵ Geniş bilgi için bkz: YÜKSEL, Cüneyt: “Ülkemizde ve Dünya’da Siyasette Etik Değerler “, İÜHFİM., C.69., Sa.1-2., ., s. 617- 634.

⁶ Konu ile ilgili olarak basında yer alan çok anlamlı bir eleştiri göz ardı edilmemek lazım-

Demokrat olmanın ,demokrasiye saygılı olmanın ilk şartı da budur.

Milletvekillerinin emekliliği meselesi dünden bu güne çok farklı bir süreç olarak seyretmiştir. Milletvekillerimiz millete göre ayrıcalıklı ve farklı bir emeklilik hakkını elde etmek için bitmeyen bir mücadele başlatmışlardır. Milletvekillerine ayrıcalıklı emeklilik sistemi getiren kanuni düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından mahkemenin birden çok kararı ile eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Her defasında parlamento bu iptalleri etkisiz kılan yeni düzenlemeler yapmıştır. Dahası en sonunda Anayasa değiştirilmiş: anayasaya özel hüküm konulmak suretiyle milletvekillerinin ayrıcalıklı emeklilik sistemini kuran kanunların anayasa mahkemesine götürülme yolları kapatılmıştır. Son olarak da milletvekillerinin emekli aylıklarının Cumhurbaşkanının emekli aylığına endeksleyen bir kanuni düzenleme yapılmıştır.

Bizi milletvekillerinin emekliliği konusunu incelemeye iten esas sebep milletvekillerinin kendi emekliliklerine ilişkin ısrarlı tutumlarıdır. Milletvekilleri bu tutumları ile milletin eşit ve adil bir emekli aylığı almaya razı olmayacaklarını ortaya koyarak; ayrıcalıklı ve milletvekillerine özel bir emeklilik sistemi tesis etmişlerdir.Bu sistem vatandaşlarca “kıyak emeklilik” olarak nitelendirilmiştir.

Milletvekillerinin dünden bu güne kadar özel ve ayrıcalıklı bir emeklilik hakkı için verdikleri mücadelenin tarihi ve geline aşamanın millet vicdanında kabul görmediğini; kabul görmeyeceğini düşünüyoruz.Bu düzenlemenin Parlatentonun saygınlığına zarar vereceğini düşünüyoruz⁷. Parlatentonun devlette etik sistemin temelini oluşturduğu kabul edilir⁸.

dır.Mehmet Y. YILMAZ, bir yazısında “ Halk adına yasama yetkisi verdiğimiz milletvekillerimiz ,halk kendilerinden bu yetkiyi aldıktan sonra , sanki o yetkiye hala sahiplermiş gibi yaşamaya devam edebilirler mi ? “ çok anlamlı bir değerlendirme yapmaktadır.Bkz.: YILMAZ,M.Y.: “Türkiye Özel Bir Şirket Olsaydı “ ,Radikal Gazetesi 18 Aralık 1999. (www.belgenet.com/belge/kiyak-07.html. erişim 30.02.2012)

⁷ Milletvekillerinin emekliliğini iyileştirmek için zaman zaman Türkiye büyük Millet Meclisinin manevi şahsiyetine zarar verecek nitelikte tasarılar hazırlanmıştır.Öyle ki anayasa mahkemesi üyelerine özlük haklar tanıyan düzenleme ile milletvekillerine eşitliğe aykırı haklar tanıyan düzenlemelerin birlikte TBMM de yasalaştırılması için çaba gösterilmiş ve bu durum basında tenkit konusu olmuştur.Bkz:YILMAZ, M.Y. : “Ödlekler meclisi (m küçük) “ , Radikal Gazetesi 16.12. 1999 (www.belgenet.com/belge/kiyak-07.html. erişim 30.02.2012) . ; Güngör Mengi aynı konudaki yazısında yasa teklifinin “Anayasa mahkemesinden dönmesin diye ilkel kavimlere özgü tuzak içeriyor “ değerlendirmesini yapmıştır. Bkz.:MENGI,Güngör: “Yapmayın Ayıp “ Sabah Gazetesi 16.Aralık 1999. (www.belgenet.com/belge/kiyak-07.html. erişim 30.02.2012).

⁸ YÜKSEL,C.: a.g.m. s. 612.

Milletvekilliği emekliliği sistemi, kanuna uygun olmasına rağmen hukuka aykırı bir sistem olarak ortaya çıkmıştır .

Ocak 2012 de yapılan kanuni düzenleme ile millete tanınmamış statüde bir emeklilik hakkını milletvekilleri kendilerine hak görmüşlerdir. Dünden bu güne gazetelerde yer alan yazılar ve kısa değerlendirmeler dışında kimse mesele üzerinde durmamıştır. Milletvekilliği emekliliği meselesi geçmiş ile birlikte ayrıntılı bir değerlendirmeyi hak eden bir konudur. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyetini kuran müessesedir.Bu müessesede milletvekilliği yapmak tek başına bir şeref olarak yeter de artar. Milletvekillerinin kendileri için özel ve ayrıcalıklı bir emeklilik hakkı tesis etmek için verdikleri mücadele; TBMM’ nin saygınlığına gölge düşürmektedir. Bu çalışma bu duyarlılık içinde kaleme alınmıştır .

II-MİLLETVEKİLLERİNİN SOSYAL GÜVENLİĞİ MESELESİNE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

Milletvekillerinin sosyal güvenliği, sosyal güvenlik hakkı kapsamında tartışılması ve çözülmesi gereken bir meseledir. Herkes sosyal güvenlik hakkını haizdir. Milletvekilleri de milletin bir ferdi olarak sosyal güvenlik hakkını haizdirler. Devlet bu güvenliği sağlamak için gerekli tedbiri almak ve teşkilatı kurmakla yükümlüdür(A.Y.m.60). Sosyal güvenlik hakkı bütün vatandaşlar için bir hak olarak kabul edilmiş iken milletvekillerinin sosyal güvenliğinin ayrı bir mesele olarak gündeme gelmesine gerek var mıdır? Şu halde milletvekillerinin sosyal güvenlik sorunu da ne olmaktadır? Böyle bir ihtiyaç var mıdır? Bu ihtiyacın kaynağı,dayanağı ve gerekçesi nedir? Milletvekillerine özgü bir sosyal güvenlik düzenlemesine ihtiyaç var mıdır? Bu soruların cevabını biz milletvekillerinin sosyal güvenliği ile ilgili yaklaşımlarda bulmaktayız. Bu hususta belli başlı üç görüş mevcut bulunmaktadır .

1. Özel Bir Düzenlemeye İhtiyaç Yoktur Görüşü :

Bu görüşe göre milletvekillerinin emekliliği için özel bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Devlet, her vatandaşın olduğu gibi milletvekillerinin de sosyal güvenliğini sağlamak zorundadır. Bu ülkede bir insan hakkı olarak sosyal güvenlik düzenlenmiş ve devlet de bu konuda görevlendirilmiş ise milletvekilleri de bir insan, bir vatandaş olarak bu çerçevede sosyal güvenliğe hakları vardır. Devlet, milletvekillerinin sosyal güvenliklerini de diğer bütün vatandaşlar gibi sağlamakla yükümlüdür.Milletvekillerinin sosyal güvenliğini vatandaşların sosyal güvenliğinden soyutlayarak düşünmek ve bir mesele olarak görmek hem anayasaya hem de insan haklarına aykırıdır.

Sosyal güvenlik alanında birtakım meseleler mevcut ise herkes için bu mesele çözümlenmelidir. Milletvekillerinin vatandaşlardan ayrı bir sosyal güvenlik ihtiyaçlarının olduğunu düşünmek demokratik devlete yakışmaz; demokratik devlet anlayışı ile bağdaşmaz. Ayrıca milletvekillerine özel bir emeklilik sistemi kurmak; onlara özel bir sosyal güvenlik sistemi düşünmek Anayasada vatandaşların eşitliği ilkesine (AY.m.10) de aykırı olur.

2. Milletvekillerine Sosyal Güvenlik Bakımından Özel Bir Koruma Sağlanmalıdır Görüşü

Milletvekillerinin sosyal güvenliğine ilişkin ikinci bir görüş ise milletvekilliğinin şerefli bir makam olduğu ve sosyal güvenlik bakımından özel bir korumaya gerek olduğu şeklinde özetlenebilecek görüştür. Bu görüş tarafları görüşlerini şu şekilde gerekçelendirmektedirler: Milletvekilliği yapmış bir kimseye herhangi bir vatandaş gibi muamele gösterilemez. Çünkü onları millet vekalet vererek şerefli bir mevkie yükseltmişlerdir. Milletvekilliği sona ermiş olanlar da emekliliklerinde de milletvekilliği yapmış olmakla elde ettikleri sosyal statüyü koruyacak bir emekli aylığına; başka bir ifade ile sosyal güvenliğe sahip kılınmalıdırlar. Eski milletvekilleri sosyal yardıma muhtaç kimseler durumuna düşürülemez. Normal bir vatandaş muamelesi göremez, görmemelidir. Millete hizmet etmiş bu kimselere özel bir emeklilik statüsü vermek gerekir. Dolayısı ile milletvekilliği sona ermiş kimseler , emeklilikte de istisnai bir muamele görmeleri gerekir.Milletvekillerinin emekliliği özel bir yasa ile düzenlenmeli ve milletvekillerine emeklilikte de sosyal statülerine uygun bir emeklilik hakkı tanınmalıdır. Emeklilikte milletvekili yapmış olanlara ayrıcalık tanınmış olması eşitlik ilkesine aykırılık olarak görülmemelidir. Milletvekilleri istisnai bir emeklilik statüsüne kavuşturulmalıdır. Kendilerine milletvekilliği bittikten sonra da sosyal statülerine yakışır bir hayat seviyesini koruyacak bir emekli aylığını devlet ödemelidir. Kendileri ve ölümleri halinde eş ve çocukları bu statüde bir sosyal korumaya kavuşturulmalıdırlar.

Bu koruma sağlanmaz ise milletvekilleri emeklilik günlerini düşünerek değişik davranış geliştirebilir.Böylece milletvekilleri görevlerini aksatabilecekleri gibi etik dışı davranışlara da yönelebilirler. Bu sebeplerle emekliliklerinde de milletvekillerine sosyal statülerine zarar vermeyecek şartlar sağlanmalıdır. Anayasa’ya konu ile ilgili özel hüküm koyan değişiklik bu bakımdan yerinde bir değişikliktir .

3- Karma Görüş :

Karma görüş olarak özetlenebilecek üçüncü görüş ise birinci ve ikinci görüşler arasında bir orta yolu öneren bir görüştür. Bu görüşe göre her

vatandaşın seçme ve seçilme hakkı vardır. Dolayısı ile seçilme şartlarını haiz olan her Türk vatandaşı milletvekili adayı olabilir ve milletvekili seçilebilir. Milletvekili olmak kişinin sosyal güvenlik haklarının kaybolması anlamına gelmez. Dolayısı ile milletvekili seçilen kimselerin varsa sigortalılık hakları devam ettirilmeli yoksa sosyal sigorta ile ilişkisi kurulmalıdır. Milletvekillikleri süresince milletvekilleri de devletin zorunlu sigorta sistemi içinde kalmalı; sigortalılık hakları korunmalıdır. Milletvekilleri daha önce bir sigorta ile ilişkili bir vatandaş ise bu ilişkiyi sürdürebilmeli; hiç sigorta ile ilişkisi kurulmamış ise belirlenecek bir zorunlu sigorta kuruluşu ile ilişkilendirilmek suretiyle milletvekilliği süresini sosyal sigorta ile ilişkilendirilmiş olarak sürdürebilmelidirler.

Karma görüş milletvekillerinin sosyal güvenliklerinin sağlanması için sosyal sigorta sisteminde bazı ayrıcalıkların tanınabileceğini kabul etmekte; ancak bu ayrıcalıkların birer imtiyaza dönüşmeyecek ölçüde kalması gerektiğinde ısrarcı olmaktadırlar.

Milletvekilliği sona ermiş olup da sosyal güvenlik bakımından yaşlılık aylığına (emeklilik hakkına) kavuşamamış milletvekilleri olabilir. Bu durumda sosyal sigorta sisteminden yaşlılık aylığı bağlanma imkanı olmayan milletvekillerine bu aylığın bağlanması için gerekli eksik kalan süreyi borçlanma hakkı tanınmalıdır. Bu suretle milletvekillerinin emeklilik hakkından mahrum kalmaları önlenmiş olur. Milletvekillerinin sosyal yardıma muhtaç bırakılmaları; onların sosyal statülerinin korunması ve sosyal yardıma muhtaç hale düşmelerinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması şarttır. Bu yönden pozitif bir ayrımcılık yapılabilir.

Milletin temsilcilerine hiçbir vatandaşın ulaşamayacağı nitelikte ayrıcalıklı bir emeklilik hakkının tanınması yanlıştır. Hem sosyal güvenlik adaletine hem de vatandaşların eşitliği ilkesine aykırı özel bir emeklilik hakkı milletvekilliği kurumuna ve parlamentonun saygınlığına zarar verir. Kıyak emeklilik ifadesi halkın bu ayrıcalıklı uygulamaya karşı olduğunu ortaya koyan bir söylemdir.

Özetle belirtelim ki milletvekilliğinin emekliliği hususunda yukarıda özetlenen üç görüş yarışmış ve sonunda ikinci görüş galip gelmiştir.

III-MİLLETVEKİLLERİNİN EMEKLİLİĞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ :

Milletvekilliği emekliliği meselesi, tarihi geçmişi itibarı ile Türk hukukunda Meşrutiyet dönemine kadar uzanan bir meseledir. Cumhuriyet döneminde de milletvekillerinin emekliliği sorunu parlamentonun gündemini

meşgul etmiştir. Bu alanda muhtelif kanunlar çıkartılmış ve anayasa değişikliğine gidilmiştir. Aşağıda bu alandaki gelişmeler ana hatları ile ortaya konulacaktır .

Milletvekili emekliliğinde tarihi gelişimini Osmanlı ve Cumhuriyet dönemi olarak ikiye ayırmak; daha sonra da özellikle cumhuriyet dönemindeki gelişimi belirli bir sınıflandırma perspektifi içinden ele alıp ortaya koymak daha doğru olacaktır: Milletvekilliği emekliliğinde nasıl bir gelişim süreci yaşanmıştır? Bu gelişim süreci beraberinde nasıl bir bakış değişikliği getirmiştir? Bu soruların cevaplarını da ihtiva eden bir tasnif içinde mesele ortaya konulur ise konu daha iyi anlaşılabilir .

1-Osmanlı Dönemi :

Osmanlı döneminde günümüzdeki milletvekilliğinin karşılığı olan mebusluk, Birinci Meşrutiyetle başlayan bir kurumdur. Daha önceki dönemde Osmanlı’da ayanlık müessesesi vardır ki bu müessese Meşrutiyet’le birlikte yeni bir şekle bürünmüş ve ayanlar ayrı bir meclis oluşturarak hayatîyetlerini sürdürmüşlerdir ⁹.

Meşrutiyet ile başlayan dönemde Kanun-i Esasi ile kurulan Meclis-i Umumi iki meclisten meydana gelmekteydi. Bunlardan birisi Meclis-i Ayan yani Ayan Meclisi diğeri ise Meclis-i Mebussan. Meclis-i Ayan üyelerini Padişah belirlemekte ve tayin etmekteydi. Meclis-i Mebussan üyeleri ise halkın seçtiği mebuslardan (milletvekillerinden) kurulmaktaydı. Meclis-i ayan üyeliği ömür boyu devam ederdi¹⁰. Bu dönemde her iki meclis üyelerinin özel bir emeklilik hakkına haiz değildiler¹¹. Bu dönemde ayan ve mebussan üyelerinin emeklilik haklarına dair de özel bir mevzuata rastlanmamıştır.

2-Cumhuriyet Dönemi :

Cumhuriyet döneminde TBMM üyelerinin emeklilikleri ile ilgili gelişmeleri gelişmenin niteliğine göre dönemlere ayırarak sınıflandırmak mümkündür.

⁹ Ayanlık ile ilgili geniş bilgi için bkz:ÖZKAYA,Yücel:Osmanlı İmparatorluğunda Ayanlık, Ankara 1977.;

¹⁰ AKYILDIZ,Ali: “Meclis-i Ayan “ ve Meclisi—i Mebussan “maddeleri,Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi,C.28., s.243-247.,Ankara 2003.

¹¹ Konu ile ilgili en kapsamlı çalışmayı sayın Fahri Bakırcı’nın yaptığını görmekteyiz.Bu makalede de geniş ölçüde yararlandığımız bir çalışma olarak Bkz: BAKIRCI,Fahri : “ Meclis Üyelerinin Emeklilik ve Diğer Sosyal Hakları “,Yasama Dergisi ,Sa.5,Nisan-Haziran 2007, s. 150-184., s.152 .

A- Eşitlik Dönemi : (1960 Öncesi Dönem)

Eşitlik Dönemi olarak nitelendirebileceğimiz bu dönemde milletvekilleri sosyal güvenlik bakımından herhangi bir vatandaş gibi kabul edilmişler ve milletvekili olmaktan dolayı sosyal güvenlik bakımından özel bir koruma ya da özel bir sosyal güvenlik imtiyaz ya da ayrıcalığına sahip kılınmamışlardır.

Bu dönemde Anayasada yer alan “**eşitlik ilkesi**” esas alınmış ve milletvekillerine sosyal güvenlik alanında herhangi bir imtiyaz tanınmamıştır¹². Bu dönemde milletvekillerine bir zümre olarak sosyal güvenlikleri ile ilgili bir takım ayrıcalıkların tanınması söz konusu olmamıştır. Ancak memur olarak grev yapmakta iken milletvekili seçilen kimselerin milletvekilliğinde geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin olarak doğan meselenin çözümü için birtakım adımların atıldığı gözlemlenmektedir.

(i) Eşitlik döneminde milletvekilliğinde geçen sürelerin sosyal güvenlik bakımından değerlendirilmesine yönelik atılan ilk adım, 31.03.1926 tarih ve 788 sayılı Memurin Kanunu (m.70 ve 73) ile atılmıştır.Bu kanunla daha önce memur olarak çalışmış kimseler bakımından milletvekilliğinde geçen sürelerin memuriyette geçmiş süre gibi değerlendirilmesi ve milletvekilliğinde geçen süre de dahil emekliliğe esas fiili çalışma sürelerini dolduran ve emekliliğe hak kazanan milletvekillerine 10 bin kuruş üzerinden emekli aylığı bağlanmasının kabul edilmiş olmasıdır.Emekli aylık miktarının kanunla belirlenmiş olması milletvekilli emekliliği tarihi içinde göz ardı edilmemesi

¹² Eşitlik ilkesi 1924 Anayasasında şu şekilde düzenlenmiş idi.” Madde 69- Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır.”(m.69) ; Bu ilke 1961 Anayasasında ise “ Herkes dil,ırk,cinsiyet,siyasi düşünce,felsefi inanç,din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.Hiç bir kişiye,aileye ve sınıfa imtiyaz tanınamaz “(m.12) .1982 Anayasasında ise bu ilke m.10 da “ Herkes ,dil,ırk,renk,cinsiyet,siyasi düşünce ,felsefi inanç din,mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.Hiçbir kişiye ,aileye zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Bu maddenin gerekçesinde yer alan şu ifadeler üzerinde durulması gereken ifadelerdir “ Madde,demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir.İnsanın insan olması dolayısıyla ,doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır.Bu onun tabii hakkıdır.Bu hak dolayısı ile herhangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz.İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez.İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar.Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idari makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir.Devletin organları ve idari makamları,bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar “ ÖZER,Atilla (Derl.) Gerekçe- li ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası,Ankara 1996., s.61.

gereken bir düzenlemedir¹³.

(ii) Bu alanda ikinci bir düzenleme 3.6.1930 gün ve 1683 sayılı Askeri ve Mülki Tekaüt Kanunu ile yapılmıştır. Bu kanun ile 788 sayılı Kanunda getirilen esaslar aynen kabul edilmiştir; kanunun getirdiği önemli değişiklik ise milletvekilliği yapmış kimselerin emekli aylıklarının hesabında daha önce 3. derece memuriyet aylığı esas alınarak emekli aylığı aylık bağlanır iken 2. Derece memur aylığı esas alınarak emekli aylığı bağlanması esasının benimsenmiş olmasıdır. Dolayısı ile bu değişiklikte memurluk yaparken milletvekili olup da bu hizmetleri itibarı ile emekliliğe hak kazanan milletvekillerine bağlanacak emekli aylığının miktarı artırılmıştır.

(iii) Bu dönemde atılan bir başka adım 3.08.1944 tarih ve 4644 sayılı Kanunla yapılmıştır. Bu kanunla daha önce işçi olarak çalışmakta iken milletvekili seçilen kimselerin milletvekilliği döneminde de sigortalılık haklarının devam etmesi; sigortalılıklarının milletvekilliği süresi içinde de sürmesi kabul edilmiştir. Bu değişikli ile memur iken milletvekili olanlara tanına bir hakkın işçi iken milletvekili olanlara da tanınması sağlanmıştır. İşçi ve memurlar bakımından bir eşitlik sağlanmıştır .

(iv) 8.6.1949 tarih ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile de milletvekilliği emekliliğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır¹⁴. Bu kanun ile milletvekilleri için özel emeklilik imkanı bütünüyle kaldırılmış ancak kazanılmış haklar geçici maddelerle korunmuştur (m.55-64 .)

(v) 9.6.1952 tarih ve 5951 sayılı Kanun ile 5434 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak milletvekili emekliliğinde eski sisteme geriye dönmüştür. Emeklilik hakkı tanınan görevlerde bulunduktan sonra milletvekili seçilenlerin 6 ay içinde Emekli Sandığına başvurmaları şartı ile emeklilik durumlarının devam etmesi hükme bağlanmış; kişilerin emeklilikte diğer insanlar gibi gelecekleri derecenin aylığını alacakları kabul edilmiştir.

¹³ Emekliliği hak etmiş olmak şartı ile milletvekillerine ödenecek aylık miktarının ayrıca ve kanunla belirlenmiş olması bakımından bu kanuni düzenleme daha sonraları hakim hale gelecek bir anlayışın da ilk işaretlerini veren bir düzenleme niteliğindedir.

¹⁴ Bilindiği gibi bu kanun daha önceki dönemde çıkartılan çok sayıda tekaüt Sandığı kanunlarını yürürlükten kaldıran ve bu kanunlar kapsamındaki kişilerin haklarını koruyarak tek bir kurum ‘T.C.Emekli sandığı Genel müdürlüğü) ve Tem bir Kanun (5434 sayılı kanun) çatısı altında birleştiren bir kanundur .

Bağlanacak emekli aylığının tavan getirilmiş ve tavan olarak da devlet memurları sistemindeki 2. derece aylığı olarak kabul edilmiştir (m.3). Ayrıca milletvekilliği döneminde işveren primlerinin de milletvekilleri tarafından ödenmesi kabul edilmiştir (m.2).

- (vi) 5434 sayılı kanunda 13.2. 1954 tarih ve 6244 sayılı kanun ile bir değişiklik yapılmış ve keseneklerin milletvekilleri tarafından ödenmesi ve aylık miktarlarının 2. derece aylığını geçememesi esasından vazgeçilmiştir. Yani tavan kaldırılmıştır.

Özetlenmek gerekirse bu dönemde milletvekilliğinde geçen sürelerin hem işçi hem de memur kökenli milletvekilleri bakımından sigortalılığa esas sayılmaları kabul edilmiştir. Bu dönemde milletvekilleri bakımından emeklilik hakkı ayrıcalıklı olarak düzenlenmemiştir. Memurlara paralel bir statü içinde milletvekillerinin emekliliği düzenlenmiştir. Süreler yönünden bir ayrıcalık tanınmamıştır¹⁵. Bu dönemin hakim karakteri milletvekillerinin eşit şartlarda kesenek ödeyen öteki iştirakçilerden farklı ve imtiyazlı bir duruma sokulmamış olmasıdır ¹⁶.

B- Eşitlikten Sınırlı Sapma Dönemi :

Eşitlikten sınırlı sapma dönemi olarak ifade edebileceğimiz bu dönemde milletvekillerine , milletvekili olmak dolayısı ile sınırlı ölçüde de olsa emeklilik hakkının tanındığı gözlemlenmektedir.

- (i) Eşitlikten sapma dönemi içinde ilk düzenleme 1948 tarih ve 5269 sayılı Kanun ile yapılmış olup bu kanun ile TBMM nin kuruluş döneminde görev yapan Temsil Heyeti Üyeleri (Heyet-i Temsiliye üyeleri) ile TBMM’nde Birinci Dönem de milletvekili olarak görev yapan ve Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarı ile hayatta olan milletvekillerine yaşadıkları sürece aylık (350 T.L.) bağlanması ; emekli aylığı bağlanmış kişilerin ölümleri halinde dul ve yetimlerine bu aylığın yarısının dul ve yetim aylığı olarak bağlanması kabul edilmiştir. Bu kanuna göre bağlanan aylıklar ancak başkaca bir gelir elde etmeme şartı ile ödenebilecektir ¹⁷.

¹⁵ BAKIRCI,Fahri : a.g.m. s. 156 .

¹⁶ AYM 1971/ 44 E., 1972/ 29 K sayılı kararında bu döneme ilişkin hem gelişmelerin özeti- ni hem de mahkemenin değerlendirmesini bulunmaktadır.

¹⁷ Bu düzenleme milletvekilleri bakımından eşitlikten sapma düzenlemesi olmaktan öte milletvekilliği yapmış olan kimselere sosyal güvenlik sağlayarak yaşlılıklarında saygınlıklarını

- (ii) Eşitlikten sapma döneminde ikinci bir düzenleme 1951 tarih ve 5814 sayılı kanunla yapılmıştır . Bu düzenleme ile başka kanunlara bağlı olarak kendilerine emekli,dul ve yetim aylığı bağlanmış olan milletvekilleri ile dul ve yetimlerinin 5269 sayılı kanunla bağlanmış emekli aylığını da aynı anda alabilmeleri sağlanmıştır. Dolayısı ile 5269 sayılı kanunla kendilerine emekli veya dul ve yetim aylığı bağlanmış olan milletvekilleri ve dul ve yetimleri hem kendi emekli aylıklarını hem de milletvekili emekli, dul ve yetim aylığını aynı anda alabilme hakkını elde etmişlerdir.Bu değişiklik milletvekili emeklilerine sağlanmış pozitif bir ayrımcılık olarak nitelendirilebilir.
- (iii) Eşitlikten sapma kapsamında bir başka düzenleme 342 sayılı Kanun ile yapılmıştır. 02.10.1963 tarih ve 342 sayılı “ Sivas Kongresince Seçilen temsil Heyeti Üyeleriyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Birinci Döneminde Bulunan Üyelere Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna geçici Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun “ile 5269 sayılı kanunda değişiklik yapılarak bu kapsamda halen yaşamakta olan milletvekillerine emekli aylıklarında iyileştirme maksadı ile aylıklara 500 TL iyileştirme zammı yapılmıştır .Ancak iyileştirme zamlarının milletvekillerinin dul ve yetimlerine intikal etmemesi öngörülmüştür.
- (iv) Bu dönemde geçmişte yapılan bazı kanuni düzenlemelerle emeklilik yönünden mağdur olan milletvekillerinin mağduriyetlerinin önlenmesine yönelik düzenlemeler de yapılmıştır.Bu anlamda;
 - a. 1968 tarihinde 1031 sayılı kanunla 5951 sayılı Kanunun tanıdığı 6 aylık süre içerisinde başvuruda bulunmayan milletvekillerine yeniden bir yıllık başvuru süresi tanınmış ve böylece başvuru süresini kaçırmaması nedeniyle emeklilik hakkı kazanamayan milletvekillerinin emekli olmaları sağlanmıştır.
 - b. 1969 tarih ve 1186 sayılı kanun ile de sigortalılık hakkı tanınan görevlerde bulunduktan sonra milletvekili seçilenlere seçildikleri tarihten itibaren 6 ay içinde başvurmaları şartı ile SSK ya başvurduklarında SSK kapsamında sigortalılık

korumaya yönelik bir düzenleme olarak değerlendirmek de mümkündür .

haklarını sürdürmeleri ve SSK primlerinin TBMM tarafından ödenmesi hükmü getirilmiştir .

Bu dönem, milletvekillerinin emeklilik hakları bakımından korunması ve onlara pozitif bir ayrımcılık yapılmaya yönelik ilk adımların atıldığı dönem olarak değerlendirilebilir.

C- Eşitlikten Vazgeçme Dönemi : Kıyak Emeklilik Dönemi :

Sosyal güvenlik bakımından milletvekilliği emekliliğinde eşitlikten vazgeçme anlayışının hakim olduğu dönemin 1970 sonrasında başladığını söylemek mümkündür .Bu dönemde milletvekilliği yapmış olmak tek başına emeklilik hakkını kazanmak , emekli aylığı bağlanmak için gerekli ve yeterli kabul edilmiştir.Bu anlayış zaman içinde daha da güçlendirilmeye ve hiçbir eleştiriye kabul etmemeye; Anayasa Mahkemesi kararlarını dahi göz ardı etmeye varacak bir niteliğe bürünmüştür.

a- 1971 Tarih ve 1377 Sayılı Kanun :

Bu kanunla daha önce sigorta kurumları ile hiç ilişkilendirilmemiş, zorunlu sigorta kurumlarına (SSK ve Emekli Sandığı ya da Banka Sandıkları(SSK geçici m.20 ye tabi sandıklara)) ile hiçbir ilişkisi olmamış; sigortalı ya da iştirakçi durumunda bulunmamış kimselerden milletvekili seçilenlere emekli olma hakkı tanınmıştır.

Bu düzenleme hiçbir vatandaşa tanınmamış bir hakkın milletvekili seçilmiş olanlara tanıyan bir kanuni düzenlemedir . Bu kanuna göre milletvekili seçilen kimseler seçimlerinden itibaren 6 ay içinde emeklilikle ilişkilendirilmek istedikleri ve emekli olmak için gerekli primlerini kendileri ödemeyi kabul ettikleri takdirde emekli olabilecekler ve kendilerine emekli aylığı bağlanabilecektir .

b- 8 Temmuz 1971 tarih ve 1425 sayılı Kanun

3.7.1971 tarih ve 1425 Sayılı 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine ve Bu Kanun İle Diğer Kanunların Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesine ve Kaldırılmasına Dair Kanun (RG 11.7.1971 Tarih Ve 13892 Sayı) ile milletvekilleri için ayrıcalıklı olarak bir emeklilik hakkı tanınmıştır.

Bu kanuna eklenen geçici m.2 ile aylık bağlanmada esas olacak derece ve kademeler değiştirilmiş;daha önce kendilerine aylık bağlanmış bulunan Temsil Heyeti Üyeleri ile Türkiye Büyük Millet meclisi Üyeleri, eş ve çocuklarının

aylıkları yüzde yüz artırılmış(geçici m.4); milletvekili aylık bağlanmasına esas kazançlarına ve borçlanma ilişkin düzenlemeler yapılmıştır (Geçici m.6 ve 20) .Kanunun anayasaya aykırılığı iddiası üzerine Anayasa mahkemesinde konu ele alınmış ve kanun anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁸ .Anayasa mahkemesi kararının gerekçesinde “ **Demokratik Hukuk Devleti ilkesini Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayan bir devlet yapısı içinde yasama meclisi üyelerinin “faikiyet ve imtiyaz istemeleri düşünülemez . “ Yani tüm iştirakçilerin yeni aylık tutarları üzerinden borçlandıkları bir devreyi ,Yasama meclisleri üyeleri daha düşük olan eski aylık tutarları üzerinden borçlanabilmektedirler Yasama meclisleri üyeleri için özel bir yarar ve imtiyaz sağlayıcı nitelikte oldukları görülmektedir...Eşitlik ilkesine aykırılığı ortadadır.İpali ne karar verilmelidir.”** Gerekçesi ile iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında Kanunun milletvekillerine kazanmadıkları kademe üzerinden aylık bağlanmasını sağladığı, borçlanmada miktar ve süre bakımından imtiyaz sağladığı, için Anayasa m.2 (devletin nitelikleri) ve m.12 (eşitlik ilkesine) aykırı bulmuştur.

c-Kıyak Emeklilik Kanunları Dönemi :

1986 tarih ve 3284 sayılı kanunla başlayan ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nda yapılan değişikliklerle milletvekili emekliliği bakımından yeni bir dönemin kapıları açılmıştır .Bu dönemde bir dizi kanun çıkarılmış ve çıkarılan bütün kanunlar anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir .Çıkarılan kanunlar halk tarafından “kıyak emeklilik kanunları” olarak nitelendirilmiştir . Bu süreç içinde milletvekili olmak itibarı ile özel bir emeklilik statüsü ihdas edilmiş ve hiçbir vatandaşın sahip olmadığı ve de olamayacağı bir emeklilik statüsünün ihdas edilmesini sağlamak bakımından yasama organı kararlı bir tavır sergilemiştir.

Bu kanunlar anayasa mahkemesine taşınmış ve anayasa mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırılık gerekçesi ile iptal edilmiştir .Ancak bu kanun ve arkasından gelen süreç içerisinde milletvekilleri bakımından özel ve ayrıcalıklı emeklilik hakları kazandırılması için başlayan bir mücadele dönemi yaşanmıştır.Bu dönemde parlamento adeta Anayasa Mahkemesi ile köşe kapmaca oynamıştır . Anayasa Mahkemesi düzenlemelerin anayasaya aykırı olduğuna hükmederek düzenlemeleri iptal etmiş ancak yasama organı

¹⁸ Anayasa Mahkemesi E.1971/ 44,K.1072/ 29., 6.06.1972 T.(RG 3.3.1973 T., ve 14465 sayı).

iptal kararı yürürlüğe girmeden yeni yasa çıkarmak suretiyle iptali etkisiz hale getirmiştir.

Aşağıda bu kanunlar hakkında kısa bilgi sunulacaktır.

aa-3284 Sayılı Kanun

5434 sayılı Kanunda değişiklik yapan 7.5.1986 tarih ve 3284 Sayılı Kanun ile milletvekillerine emeklilik hakkı bakımından özel bir statü tanınması hususunda kapsamlı ve radikal bir adım atılmıştır. Bu kanun ile yasama organı üyeliği yapanların yaşlarına bakılmaksızın T.C.Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesi; kesenekleri ve kurum karşılıkları bakımından ise birinci derecenin son kademesinin göstergesinin esas alınması (Ek.m.1) öngörülmüştür. Yine aynı kanunla milletvekilliği görevi sona erenlerin de Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesi ve Emekli Sandığı ile ilgili bir göreve girenler için de birinci derecenin son kademesi üzerinden kesenek ve karşılık ödenmesi öngörülmüştür (Ek m.4).Kanun diğer sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilendirilmiş olanların da Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesini öngörmektedir(Ek m.4/b).

5434 sayılı kanunda değişiklik yapan 3284 sayılı kanun değişikliği Cumhurbaşkanlığı tarafından Anayasa ya aykırılığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine taşınmıştır .Anayasa Mahkemesi 2.12.1986 tarih ve 1986/22 E.,1986/28 K. Sayılı kararı ile (RG.30.4.1987 T ve 19446 sayı) Kanunun anayasaya aykırılığına hükmetmiştir.Mahkeme kararında ; yasama organı üyelerinin “ **iştirakçi oldukları bir sosyal güvenlik kuruluşundan ,diğer iştirakçilerle eşit şartlarla faydalanmaları gerekirken ,öteki iştirakçilerin hiçbirisi için söz konusu olmayan bazı imtiyazlarla donatılmaları ,savunulması mümkün olmayan bir eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açmaktadır**” diyerek kanunu Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir .

bb-3430 Sayılı Kanun .

3284 sayılı kanunun Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi üzerine milletvekilliği emekliliği ile ilgili olmak üzere 21.4.1988 tarih ve 3430 sayılı Kanun ile yeni bir düzenleme yapılmıştır .

5434 sayılı kanunda değişiklik yapan Kanunla 5434 sayılı Kanuna 6 ek madde (Ek m.60-61-62-63-64-65-) eklenmiştir. Yasama organı üyeliği yapanlar Emekli Sandığı ya da başka sosyal güvenlik kurumları ile

ilişkilendirilmiş olanların Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmeleri (Ek.m. 60), yasama organı üyeliği yapanların tahsil durumlarına göre girebilecekleri derecenin 5. Kademesi aylıklarının esas alınması, borçlanma durumunda her yılı için bir kademe , iki yılda bir derece yükseltmek suretiyle emekli aylığına esas keseneklerinin tespit edilmesi ; birinci dereceye yükselmiş olanlar için birinci derecenin dördüncü kademesi üzerinden kesinti yapılması (Ek m. 61), Yasama organı üyeliği yapmış olanların 18 yaşını doldurdıkları tarihten sonra geçen çalışma sürelerinin en çok 15 yılını borçlanabilecekleri ; borçlanma başlangıcı olarak 4 yıllık yüksek okulu mezunlarının girebilecekleri derecenin ilk kademesinin esas alınması (Ek.m. 62) , Çeşitli sosyal güvenlik kurumlarından emekli olduktan sonra milletvekili olanların Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesi ve eski aylıklarının kesilerek Emekli Sandığından aylık bağlanma hakkı tanınması; aylık bağlanması için süresi eksik olanlara eksik sürelerini borçlanma hakkının verilmesi (Ek m.63) ,Milletvekilliği sona erenlerin Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesi , Emekli Sandığı dışında sosyal güvenlik kurumlarından ayrılanların da Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmeleri ve borçlanılan hizmet süreleri toplamı 20 yılı dolduranlara aylık bağlanması (EK.m. 65) öngörülmüştür.

Kanunla, milletvekillerinin emeklilikle ilişkilendirilmesinde yaş şartının aranmaması, derece ilerlemesinde 3 yıl yerine iki yılda bir derece ilerleme imkanı tanınması, borçlanma hakkı tanınarak eğitimleri ne olursa olsun yüksek okul mezunu gibi emekli hakkının tanınması ve on beş yıllık borçlanma süresi de dahil olmak üzere yirmi yılını dolduran her milletvekiline, emekli olma hakkı tanınması üzerinde durulması gereken yeni düzenlemelerdi.

3430 sayılı Kanun, 3284 sayılı Kanunun başka bir türevi olması gerekçe gösterilerek Anayasaya aykırılığı iddia edilmiş ve Cumhurbaşkanlığı tarafından Anayasanın m.2 (cumhuriyetin nitelikleri) ve m.10 (kanun önüne eşitlik) hükümlerine aykırılığı iddia edilerek iptal davasına konu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi 3430 sayılı kanunu incelemiş ve 24.5.1988 tarih ve 1988/11 E., 1988/ 11 K sayılı kararı ile (RG. 28.7.1988 T ve 19882 Sa.) Kanunu Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi Anayasa mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı (Any.m.153)’na vurgu **yaparak TBMM nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanun hükmünün aynısını veya benzerini yeniden yasalaştıramayacağını** ; 3430 sayılı inceleme konusu olan kanunun daha önce Mahkeme tarafından iptal edilen 3284 sayılı Kanunun farklı

biçimde düzenlenmiş bir şekli olduğunu ve bu suretle TBMM'nin Anayasa Mahkemesinin iptal kararına aykırı davrandığını tespit etmiştir.

Mahkeme kararında ayrıca Kanunda Emekli Sandığı iştirakçileri ile yasama organı yaptıktan sonra Emekli Sandığı ile ilişkilendirilenler arasında derece yükselmesi, 65 yaşını tamamladıktan sonra Sandığa girebilme imkanının tanınmış olması, eğitim durumunun dikkate alınmaması, 15 yıllık borçlanma hakkının tanınmış olması gibi öteki emekli sandığı iştirakçilerine tanınmamış olan ayrıcalıkların getirildiği; **“milletvekilleri öteki iştirakçilerle eşit koşullarla Sandıktan faydalanmaları gerekirken onlardan üstün haklarla ve öteki iştirakçilere tanımayan kimi ayrıcalıklarla donatılmaları savunulması mümkün olmayan bir eşitsizliğe ve adaletsizliğe yol açmaktadır”, “Demokratik hukuk devleti ilkesinin Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayan bir devlet yapısı içinde yasama meclisi üyelerine, salt bu sıfatları nedeniyle katıldıkları güvenlik kuruluşunun öteki iştirakçilerine göre üstünlük ve ayrıcalık tanınmasının haklı bir nedeni bulunmamaktadır”,** biçimindeki tespitleri ile bu kanunu Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

cc-3671 sayılı Kanun

26.10.1990 tarih ve 3671 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun (RG.28.10.1990 T., 20679 sa.) ile milletvekillerinin ödenek, yolluk ve emekliliklerine dair özel bir kanuni düzenleme yapılmıştır. Daha önceleri 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleme yapılırken; bu kanun ile milletvekillerinin emeklilik konusu, milletvekillerinin ödenek ve yollukları ile birleştirilerek milletvekillerine münhasır bir kanuni düzenleme olarak yasalaştırılmıştır¹⁹.

Kanunun 2.maddesi milletvekillerinin emekliliğine ilişkindir. Bu kanun değişikliği ile milletvekillerinin daha önce hangi sigorta kurumu ile ilişkilendirilmiş olursa olsun hepsinin bütün hizmetlerinin birleştirilerek T.C.Emekli Sandığında birleştirilerek Emekli Sandığı ile ilişkilendirileceği; hak ettikleri esas aylıklarına 4500 ek gösterge eklenmesi, milletvekilleri arasında emekli aylık farklarının kaldırılması ve milletvekili emekli aylıklarının eşitlenmesi; ortaya çıkan farkın kurum hazinece ödenmesi öngörülmektedir.

¹⁹ BAKIRCI, Fahri: “Meclis Üyelerinin Aylık ve Ödenekleri”, Yasama Dergisi, Ekim-Aralık 2006., s. 3 v.d.

Bu kanun ile ayrıca milletvekillerinin ödenek ve yolluklarından % 3 kesinti yapılarak bir fon kurulması , iki yılını doldurmuş ve yasama organı üyeliği sona ermiş her milletvekiline emekli olup olmadığına bakılmaksızın aylık bağlanmasına ,fonun yetersiz olması halinde, TBMM bütçesinden bu fona kaynak aktarılması kabul edilmiştir .

3671 sayılı Kanun da idare mahkemesi yolu ile Anayasa Mahkemesine taşınmıştır²⁰.Anayasa Mahkemesi 2.2.1993 tarih ve E.1993/ 38 E., 1993/5 K sayılı kararı ile 3671 sayılı Kanunun 2.maddesi anayasaya aykırı bularak iptal edilmiştir .

Anayasa Mahkemesi hizmet süresi ve tahsil durumu dikkate alınmaksızın milletvekillerine emekli keseneklerine esas aylıklarına 4500 ek gösterge (1990 tarihi itibarı ile en yüksek göstergedir) gibi en yüksek ek gösterge eklenmek suretiyle emekli aylığı bağlanmasının Anayasanın 2 ve 12 maddelerine aykırı olduğu ve Kanunun Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesini ihlal ettiğini hükme bağlamıştır. Mahkeme bütün sosyal güvenlik kurumları ile ilişki olan milletvekillerinin emekli sandığı ile ilişkilendirilmelerini, emekli aylıklarına makam tazminatının eklenmesini, milletvekilliği sona eren vekillerin başka bir göreve atanmış olsalar dahi emekli aylıklarını almaya devam etmelerinin eşitliğe aykırı olduğunu, iki yıl milletvekilliği yapmış olanlara emekli aylığının tazminat adı altında bağlanmasını eşitlikle bağdaşmadığını, tespit ederek anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir .

dd- 3855 sayılı Kanun

3671 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine TBMM milletvekillerinin emekliliği ile ilgili yeni bir kanuni düzenleme yapılmıştır. 3.12.1992 tarih ve 3855 sayılı 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunun 68. Maddesi ile TBMM Üyelerinin Ödenek ,Yolluk ve Emekliliklerine Dair 26.10. 1990 tarih ve 3671 sayılı Kanunun Bazı maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (RG.12.12.1992 tarih ve 21433 sayı) adı ile bir kanunu kabul etmiştir.Bu kanun 3671 sayılı Kanun ile ilgili Anayasa Mahkemesinin kararı beklenmeden çıkarılmış bir kanundur.

3855 sayılı kanun ile milletvekillerinin seçildikleri tarihten emekli olanların ise talep ettikleri tarihi takip eden ay başı itibarı ile T.C.Emekli Sandığı ile ilişkilendirileceği, emeklilik keseneğine esas aylığına 6.200 ek gösterge tutarı eklenmek suretiyle T.C.Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesi

²⁰ BAKIRCI,Fahri:a.g.m. s. 168 .

öngörülmektedir. Kanun ile başka sigorta kurumlarından emekli olan milletvekillerinin de Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesini öngörmektedir. Emekli Sandığı emeklisi milletvekilleri ile diğer sigorta kuruluşları emeklisi milletvekilleri arasındaki aylık farkı ortadan kaldırılabacak ve bu fark hazineden karşılanacaktır. İki yıl milletvekilliği yapmış olan ve milletvekilliği sona eren kimselere milletvekillerinden kesilecek % 3 keseneklerden oluşacak bir fon kurulacak ve emekli olup olmamalarına bakılmaksızın 7.500 gösterge rakamının memur maaş katsayısı ile çarpımı ile bulunan miktar her ay için tazminat olarak ödenecektir. Fonun bu miktarı karşılayamaması halinde aradaki fark TBMM bütçesine konulacak ödenekten karşılanacaktır. Gösterge rakamı her yıl artırılacak ve 1995 den sonrası için 7500 rakamı 10 bin gösterge rakamına yükseltilecektir.

3855 sayılı Kanun da Ankara 7.İdare Mahkemesi kanalı ile ve itiraz yolu ile Milletvekillerine Devlet memurlarının emeklilik haklarından ayrıcalıklı haklar tanınmanın Anayasa'nın 2. ve 10. Maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine taşınmıştır .Anayasa Mahkemesi, Kanunu 28.12.1994 tarih ve 1994/ 59 E., 1994/ 83 K sayılı kararı ile iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararında dikkat çeken husus mahkemenin , düzenlemelerin daha önce iptal edildiğini gerekçe göstermiş olmasıdır . TBMM üyeleri ile dışarıdan atanan Bakanlara ve bunların dul ve yetimlerine ayrıcalıklı ödemeler yapılmasını sağlayan 3284, 3430 ve 3671 sayılı Yasaların kimi maddeleri, Anayasa Mahkemesince,yasama organı üyelerinin, iştirakçi oldukları bir sosyal güvenlik kuruluşundan diğer iştirakçilerle eşit şartlarda yararlandırılmaları gerekirken öteki iştirakçilerin hiçbirisi için söz konusu olmayan kimi ayrıcalıklarla donatılmalarının savunulması mümkün olmayan bir eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açtığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ile 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Mahkeme özellikle dava konusu 3855 sayılı Yasa ile 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Yasası'ndan ayrı milletvekillerinin özlük haklarını düzenleyen bir yasa getirilmiş olması Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararının sonuçlarından kurtulmaya ve ayrıcalıklı durumun devamını sağlamaya yöneliktir tespiti yapmıştır .Mahkeme kararında ayrıca TBMM üyeleri ile dışarıdan atanan Bakanlara ve bunların dul ve yetimlerine ayrıcalıklı ödemeler yapılmasını sağlayan 3284, 3430 ve 3671 sayılı Yasaların kimi maddeleri, Anayasa Mahkemesi'nce, yasama organı üyelerinin, iştirakçi oldukları bir sosyal güvenlik kuruluşundan diğer iştirakçilerle eşit

şartlarda yararlandırılmaları gerekirken öteki iştirakçilerin hiçbiri için söz konusu olmayan kimi ayrıcalıklarla donatılmalarının savunulması mümkün olmayan bir eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açtığı gerekçesiyle Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ile 10. maddesindeki “eşitlik” ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Mahkeme ayrıca Kanunun Anayasa m.153 e de aykırı olduğu tespiti yapmıştır. Bu hususta kararda şu hususlara yer verilmiştir .Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, **Yasama Organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak; bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak; Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir.** Başta Yasama Organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, Yasama Organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmamak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması Anayasa’nın 153. maddesine aykırı olur görüşüne de yer vermiştir .

Bu düzenlemenin dikkatten kaçmaması gereken bir başka yönü vardır. Kanuni düzenleme ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ayrı bir kanunun iptal hükmü yürürlüğe girmeden yeni bir yasal düzenleme yapılmış olmaktadır. Bu düzenleme TBMM tarihinde yasama organının yargı organının kararlarını “ **boşa çıkarma,boşta bırakma**” maksadı taşıyan bir kanuni düzenleme olarak nitelendirilebilir.

ee- 4049 Sayılı Kanun ²¹

4049 sayılı ve 24.11.1994 tarihli Kanun, **3855** sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine çıkarılmıştır (RG. 6.12.1994 T ve 22133 Sa.).

²¹ Kanunun tam adı 11.10.1983 Tarih ve 2913 Sayılı Kanun, 28.5.1986 Tarih ve 3292 Sayılı Kanun, 26.10.1990 Tarih ve 3671 Sayılı Kanun, 8.6.1949 Tarih ve 5434 Sayılı Kanun İle 14.7.1965 Tarih ve 657 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun

Bu kanun ile milletvekillerine tanınan ayrıcalıklı emeklilik hakların daha da güçlendirilerek yeniden düzenlenmiş; gösterge rakamları artırılmış; milletvekillerine sağlanan hakları genişletilmiş, fondan ödenecek emekli aylığı miktarı artırılmış, ölen milletvekillerinin dul ve yetimlerine aylık bağlanmak için iki yıl milletvekilliği yapmış olma şartı da kaldırılmıştır.

4049 sayılı Kanunun da anayasaya aykırılığı da itiraz yolu ile ileri sürülmüş ve kanun Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa mahkemesi 17.10.1996 tarih ve 1996/ 4 E., 1996/ 39 K sayılı kararı ile kanunun emeklilikle ilgili maddelerini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir .

Anayasa mahkemesi hukuk devletine ve kuvvetler ayrılığına işaret ederek Anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili Anayasa m.153 hükmüne dikkati çekerek “ **Anayasa mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı ilkesine uyulmadan** “ kanunun yasalaştırıldığına işaret etmiş ve anayasaya aykırılık incelemesi yapmaksızın kanunu iptal etmiştir .

ff-4080 sayılı Kanun

TBMM milletvekili emekliliği ile ilgili 4049 sayılı kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptali üzerine yeni bir yasal düzenleme yapmıştır. Bu yasal düzenleme 28.2. 1995 tarih ve 4080 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna İki Geçici Madde Eklenmesi Hakkında 4080 sayılı Kanun*’dur.

5434 sayılı kanuna geçici m.201 adı altında bir ek madde ekleyerek değişiklik yaparak milletvekilliği emekliliğin meselesini çözmeye çalışan bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükümleri iptal kararları göz ardı edilerek yeniden getiren bir değişikliktir. Kanun Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi kararlarını göz ardı etmesi gerekçe gösterilerek bir defa daha görüşülmek üzere geri gönderilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı veto gerekçesinde “Kanun tasarısının Başkanlıkça havale edildiği Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunda, kanun tasarısında yer almayan ve emniyet hizmetleri sınıfıyla hukukî ve fiilî yönden herhangi bir bağlantısı bulunmayan Yasama Organı üyeleri ile dul ve yetimlerine bağlanan aylık ve sair hak ve tazminatlarla ilgili yeni bir hüküm ilave edilmiştir . Her ne kadar, Meclis İçtüzüğünde bunun aksine bir hüküm bulunmamakla beraber, kanun yapma tekniği ve Parlamento teamülü itibariyle böyle bir düzenlemenin, Yüce Meclisçe ayrı ayrı yasalarda ele alınarak ve geniş bir şekilde müzakere edilerek hükme bağlanması yerinde olacaktır.” İfadelerine yer vermiştir²².

²² TBMM Birleşim 82., 7.3. 1995 , Tezkere No. 311759).

gg-4104 Sayılı Yasa :

4.4.1995 tarih ve 4104 sayılı Kanun Cumhurbaşkanının veto ettiği 4080 sayılı kanun yerine geçmek üzere yeniden kabul edilmiş bir kanundur (RG. 18.4.1995 Tarih ve 22262 Sayı) .Bu kanunla Emekli Sandığı Kanunu’na eklenen geçici madde m.201 ile milletvekillerinin emekliliğine ilişkin düzenleme yapılmıştır.4104 sayılı Yasa ile 5434 sayılı Yasa’ya bir madde eklenmiştir .Buna göre ;

“31 Aralık 1994 tarihinden önce , 7.5.1986 tarihli ve 3284, 21.4.1988 tarihli ve 3430, 26.10.1990 tarihli ve 3671, 3.12.1992 tarihli ve 3855 sayılı kanunlarda yer alan hükümlerle, diğer kanunlarda öngörülen düzenlemeler uyarınca, kendilerine veya dul ve yetimlerine bağlanmış bulunan aylık ve sair tazminatlarla, bunların diğer özlük, sağlık ve sosyal haklarına ilişkin olarak yapılmış bulunan her türlü işlem ve tahsisler geçerli olduğu gibi bu kanunların uygulamasından doğmuş olan haklar ve bağlanmış bulunan aylık ve tazminatlar kazanılmış hak olarak saklı olup, ilgilileri hakkında uygulanmasına ve bağlanmış bulunan emekli, dul ve yetim aylık, tazminat ve sair haklarının ödenmesine devam edilir.Birinci fıkra kapsamında bulunan aylık ve sair hak ve tazminatların tahsis ve bağlanmasına ilişkin her türlü işlemler, 31.12.1994 tarihinden önce veya sonra ölenlerin dul ve yetimleri bakımından da geçerli ve ilgililerinin bu madde ve kanundan doğmuş kazanılmış hakları saklı olup, dul ve yetim aylıkları bu Kanundaki oranlar dahilinde bağlanır ve sair özlük, sağlık ve sosyal haklarının sağlanmasına da devam olunur.” (Geçici m.202)

Bu madde incelendiği zaman 4104 sayılı kanun ile daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemelerin yeniden yürürlüğe konulduğu anlaşılmaktadır ²³.

Kanun anayasaya aykırılık iddiası ile Ankara 7.İdare mahkemesi tarafından itiraz usulü ile Anayasa mahkemesine taşınmıştır.Kanun Anayasa Mahkemesinin 13.5. 1998 tarih ve 1996/ 51 E. , 1998 / 17 K sayılı kararı ile anayasaya aykırı bulunmuştur .Anayasa mahkemesi kararında özetle ;

“Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak

²³ BAKIRCI,Fahri .a.g.m. s. 173.

biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere yasama ve yürütme, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Gerekçeleriyle birlikte kararlar, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, **yasama organı düzenlemelerde bulunurken, iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır.** İptal edilen yasalarla, sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur.

Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde, hukukun ve Anayasa'nın mutlak egemenliği vardır. Yasa koyucu her zaman hukukun ve Anayasa'nın üstün kuralları ile bağlıdır. Anayasal denetim bu amacı gerçekleştirmektedir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine yer verilmiştir. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralın yeniden yasalaşmasına Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki bağlayıcılık ilkesi engeldir. Yasama organının, iptal edilen kuralın aynısını veya benzerini yasalaştırması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin etkinliği ortadan kaldırılarak yasaların yargısal denetimi anlamını yitirir.

Bir yasa kuralının, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kural ile “aynı” ya da “benzer nitelikte” olması gerekir. Bunların saptanabilmesi ise öncelikle, aralarında “özdeşlik”, yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığının incelenmesine bağlıdır.

25.2.1966 günlü, 751 sayılı; 8.7.1971 günlü , 1425 sayılı; 25.12.1979 günlü, 2254 sayılı; 7.5.1986 günlü, 3284 sayılı; 21.4.1988 günlü, 3430 sayılı; 26.10.1990 günlü, 3671 sayılı; 3.12.1992 günlü, 3855 sayılı; 24.11.1994 günlü, 4049 sayılı Yasalarla TBMM üyeleri ile dışarıdan atanan Bakanlara, T.C. Emekli Sandığı'nın diğer iştirakçilerinden farklı kurallar getirilmiş ancak, bunlar Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir.

31.12.1994 tarihinden önce, kimi yasalarda yer alan kurallara göre, yasama organı üyelerinin kendilerine veya dul ve yetimlerine bağlanan aylık ve tazminatlarla, bunların özlük, sağlık ve sosyal haklarına ilişkin olarak yapılan her türlü işlem ve tahsislerin geçerli olduğu, bağlanan aylıklarla, hak ve tazminatların kazanılmış hak olarak saklı tutulacağı ve bunların

ödenmesine devam edileceği, bunların 31.12.1994 tarihinden önce veya sonra ölenlerin dul ve yetimleri için de geçerli olacağı ve Yasa’da belirtilen oranların esas alınacağı ve diğer özlük, sağlık ve sosyal haklarının da sağlanmasına devam olunacağı öngörülmüştür. Böylece, yukarıda değinildiği gibi, Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen 3284, 3430, 3671, 3855 ve 4049 sayılı Yasalarla düzenlenen her türlü işlem ve tahsislerin geçerli olduğu belirtilerek bunlardan yararlananlar için kazanılmış hak statüsü getirilmek istenilmiştir. Oysa, bir kuralın, Anayasa’ya aykırı bulunarak iptali, yeni bir hukuksal durum doğurur, uygulama da bu yeni duruma göre devam eder. Anayasa Mahkemesi kararıyla Anayasa’ya aykırılığı saptanan bir yasadaki hakların yeni bir yasa çıkarılarak sürdürülmesi olanaksızdır. İtiraz konusu kural da olduğu gibi “kazanılmış hak olarak saklı” ibaresinin yer alması “kazanılmış hak” oluşturmaz.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa’nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlik kazandırılmaz. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarının etkisini ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu kuşkusuz olan itiraz konusu kural, iptal edilen kurallarla teknik, içerik ve kapsam yönünden özdeştir. Bu nedenlerle, T.C. Emekli Sandığı Kanunu’na 4104 sayılı Yasa ile eklenen geçici 201. madde Anayasa’nın 153. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. “ gerekçesi ile yasayı iptal etmiştir .Bu karar ile Anayasa mahkemesi milletvekili emekliliğine ilişkin görüş açıklamamakta ancak yasama organına bir anayasa dersi vermekte ve kuvvetler ayrılığına saygılı olmak gerektiğini vurgulamaktadır .

ii-4234 sayılı Kanun

15.04.1997 tarih ve 4234 sayılı 26.10.1990 Tarih ve 3671 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun 4049 sayılı kanununun anayasa tarafından iptal edilmesi üzerine boşluğu doldurmak üzere çıkarılmıştır (RG. 15.4.1997 T. Ve 22965 Sa.) Kanunla 1990 tarih ve 3671 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanunun 24.11.1994 tarihli ve 4049 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi değiştirilmektedir. Yapılan değişikliklerle ;

- Milletvekillerinin seçildikleri tarih itibari ile Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmeleri; emekli milletvekillerinin talepte bulunmaları halinde talebi izleyen aybaşından itibaren Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmeleri (m.1) ,

- Emekli Sandığı ile ilişkilendirilen milletvekilleri için en yüksek ek gösterge nin uygulanması(m.2) ,
- Makam tazminatlarının emekli sandığı iştirakçilerinin almakta oldukları en yüksek tutarın ¾ ünün ödenmesi ,
- Tazminat biçiminde ödenen emekli aylıklarında uygulanan göstergenin 24 bine yükseltilmesi ve fon kesintilerinin % 8 e yükseltilmesi ,
- Kanunun yürürlüğe girmesinden önce milletvekilleri ve emeklilerine ödenmekte olan aylıkların ve diğer hakların geçerliliğinin devam etmesi ; bunların kazanılmış hak olarak devam etmesi (Ek geçici m.6).
- Aylık bağlanmak için hizmet süresi eksik olan milletvekillerine borçlanma hakkının tanınması (Ek geçici m.7) .

öngörülmekteydi.

Bu değişiklikler incelendiği zaman daha önceki anayasa mahkemesi kararları ile yürürlükten kaldırılan kanun hükümlerinin tekrar yürürlüğe konulduğu gözlemlenmektedir . 4234 sayılı kanun da Ankara 1.İdare Mahkemesi tarafından itiraz yolu ile Anayasa mahkemesine taşınmıştır. .Anayasa Mahkemesi (27.5. 1999 tarih ve 1998/ 58 E., ve 1999/ 19 K sayılı) kararı ile kanunu iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında Anayasa m.153 e dikkat çekerek bu maddenin Yasama Organını da bağladığına işaret ederek kanunun Anayasa m.153 e aykırı olduğuna hükmetmektedir. Anayasa Mahkemesi daha sonra ise Anayasa m. 2 ve ona aykırılık tespiti yapmakta ve bu hususta “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, **hukuk devletinde kanun koyucu , yalnız yasaların Anayasa’ya uygunluğunu değil, Anayasa’nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.** Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun

önünde eşittir. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

“Yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Kimilerinin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumları farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’ da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Eşitlik temeline dayanan adil bir hukuk düzeni kurma hukuk devletinin en önemli işlevlerinden biri olduğundan hukuksal eşitlik sağlanmadan hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmeyeceği açıktır.

Bu durumda,TBMM üyelerine T.C. Emekli Sandığı dışındaki sosyal güvenlik kuruluşlarınca bağlanacak emekli aylıklarında, aynı hizmet süresi ve aynı öğrenim durumuna sahip emsali yasama organı üyelerine makam tazminatı, ek gösterge ve diğer unsurlar eklenerek T.C. Emekli Sandığı’nca bağlanması gereken emekli aylığı tutarının esas alınması, bu kişilerin de ikinci fıkra uyarınca Sandık iştirakçilerinin derece ve kademelerine göre yararlanmakta oldukları en yüksek ek göstergeye bağlı tutularak bu fıkradaki imtiyazlı durumdan yararlanmaları sonucunu doğuracağından üçüncü ve dördüncü fıkralar, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.” sonucuna varmaktadır .²⁴ .

ii-4505 Sayılı Kanun

4234 sayılı kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra Yasama Organı milletvekillerine imtiyazlı emeklilik sağlanması iddiasını sürdürmüş ve Kanunun iptali ile doğan boşluğu tamamlamak maksadı ile yeni bir Kanuni düzenleme yapmıştır.27.1.2000 tarih ve 4505 sayılı Sosyal Güvenlikle İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Temsil Tazminatı Ödenmesi Hakkında Kanun (RG. 12.2. 2000 T ve 23962 sayı) ile yapılan

²⁴ RG 4.3.200 T ve 23983 Sa.

düzenleme(m.2) ve değişiklik (m.3-4) ile 1990 tarih ve 3671 sayılı kanunda yapılan ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükümler yeniden düzenlenmiştir .

Anayasa Mahkemesi kararının hukuki sonuç doğurmamasından önce meclisin iptalin etkilerini yok etmek için bir kanun çıkarması kamuoyunda büyük tepki toplamıştır.Bu tepkiyi izale etmek maksadı ile cumhurbaşkanlığı bir açıklama yayınlamak zorunda kalmıştır.Cumhurbaşkanlığının açıklaması aynen şu şekildedir :” Cumhurbaşkanı Sayın Süleyman Demirel, 27 Ocak 2000 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilen 4505 sayılı “Sosyal Güvenlikle İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Temsil Tazminatı Ödenmesi Hakkındaki Kanun”un yayımı ile ilgili olarak aşağıdaki hususların kamuoyuna duyurulmasını istemişlerdir:

“ 1 - Milletvekillerinin emekliliği ile ilgili olarak bugünkü durum nedir? 26 Ekim 1990 tarihinde çıkarılmış, 3671 sayılı Kanun, 3 Nisan 1997 tarih ve 4234 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek, yolluk ve emekliliklerine dair hâlen yürürlükte olan kanun budur. Bu kanuna göre emekli milletvekilleri, bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumuna bakılmaksızın, 720 milyon TL. emekli maaşı almaktadırlar.

2 - 4234 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından 27 Mayıs 1999 tarihinde bir ara kararla iptal edildiği, kamuoyuna duyurulmuştur. Henüz gerekçeli karar yayımlanmadığı için bu Kanun hala yürürlüktedir.

3- 27 Ocak 2000 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce kabul edilen 4505 sayılı kanun, ne getiriyor?
a) Bugünkü milletvekillerinin maaşlarına bu kanunla bir ilâve getirilmemektedir.
b) Bu Kanunla, hâlen 4234 sayılı Kanuna göre, emekli maaşı alan eski Milletvekillerinin aldıkları miktara bir ilave getirilmemektedir.

4- Öyleyse, böyle bir kanun niçin çıkarılıyor? 4234 sayılı Kanunun iptaline dair gerekçeli karar yayımlandığı takdirde; bugün 720 milyon TL olan emekli aylığı, T.C. Emekli Sandığı’na bağlı olanlar için 622 milyon TL, yani bugünkünden biraz daha az; SSK emeklisine 110 milyon TL, Bağ-Kur emeklisine 90 milyon TL ödenmesi gerekecektir. 4505 sayılı Kanun, bu durumu karşılamak üzere ve mevcut durumu muhafaza etmek için çıkarılmıştır. Bu kanunla; devlet, Hazine ve sosyal güvenlik kurumlarına yeni bir yük getirilmemektedir. Bu kanun ayrıca, bazı devlet görevlilerine “temsil tazminatı” adı ile ödemeler yapılmasını öngörmektedir. Bu hususun, milletvekilleri ile bir ilgisi yoktur.

5- Milletvekillerinin ödenek ve yollukları ile ilgili tartışmalar: 1971 tarihinden itibaren; 3.7.1971 tarih ve 1425, 25.12.1979 tarih ve 2254, 7.5.1986 tarih ve 3284, 21.4.1988 tarih ve 3430, 26.10.1990 tarih ve 3671, 3.12.1992 tarih ve 3855, 24.11.1994 tarih ve 4049, 4.4.1995 tarih ve 4104, 3.4.1997 tarih ve 4234 sayılı 9 ayrı kanun Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Bu iptal edilen kanunlardan 3’ünün; 1994, 95 ve 97 tarihlerinde yayımlanması, tarafımdan uygun görülmüştür.

6- Her defasında yapılan **tartışmalar, çok kere incitici olmakta ve demokratik rejimin kalbi olan Türkiye Büyük Millet Meclisi’ni kurum olarak yıpratmaktadır.** Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek ve yollukları, bir hizmetin icabıdır. Bu hizmetin iyi görülebilmesi de şarttır. Bu konuyu “tartışılır durum”dan çıkarmak lazımdır. Her defasında, milletin seçtiği Meclis ile kamuoyunu karşı karşıya bırakmaktan kaçınılmalıdır.

7-Neyapılmalıdır? **Tartışma, Anayasanın 86. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu maddenin kaldırılarak, “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin özlük hakları, kanunla düzenlenir” şeklinde bir hükmün getirilmesi ve bir şarta bağlanmaması, sorunu çözecektir.** Dünyanın bütün demokratik ülkelerinde olduğu gibi Türkiye’de de, “özlük haklarına ait kanun çıkartma yetkisi” yasama organına ait olmalıdır. Yasama meclisleri, yetkilerini, görevlerinin yapısına ve gereklerine göre ve günün ekonomik şartlarını dikkate alarak kullanacaklardır. Böylece çıkarılacak kanunların, o dönem için değil, ondan sonraki dönem için yürürlüğe girme imkânının getirilmesi, gereksiz tartışmaları önleyecektir.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamaların ışığında, sosyal güvenlik ile ilgili bazı kanunlarda değişiklik yapılması ve temsil tazminatı ödenmesi hakkındaki 27.1.2000 tarihli ve 4505 sayılı Kanunun “yayımlanmasını” uygun buldum. Kanunun yeniden görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne gönderilmesinin bir gereğini ve bundan doğacak bir fiilî neticeyi öngörmedim. Zira, Anayasa Mahkemesi’nin 4234 sayılı Kanunun iptal kararının gerekçesi, henüz ilân edilmiş değildir. 4505 sayılı Kanunun 4234 sayılı kanundan ayrı bir Kanun olduğu da bir gerçektir. Anayasa Mahkemesi’nin 4234 sayılı Kanuna karşı ileri sürdüğü itirazların ne kadarının, 4505 sayılı Yasa ile karşılandığı hakkında, bu aşamada bilgimiz yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesini bekleyecek zaman da yoktur. Çünkü, 15 günlük süre bugün dolmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından son defa iptal olunan 3.4.1997 tarih ve 4234 sayılı Kanunun iptal gerekçesi yayımlandıktan sonra durum tarafımdan tetkik ettirilecek, yeniden Anayasa Mahkemesine başvurulup vurulmayacağı hususunda, bir karara varılacaktır. Ayrıca, yukarıda izah ettiğim hususları, ilgili mercilere bildirdim.”

4505 sayılı kanun ile 3671 sayılı kanun a geçici m.8 eklenmiş ve milletvekilliği emekliliği ile ilgili olarak ;

- Kanunun yürürlüğe girmesinden önce milletvekili olanlardan 65 yaşını doldurmuş bulunanlar ve onların dul ve yetimlerine bağlanmış bulunan aylıkları ve sair tazminatları kesilenler bakımından yapılan işlem ve tahsislerin kazanılmış hale getirilmekte ve bağlanmış bulunan aylıkların ve tazminatların Emekli Sandığı tarafından ödenmesine devam olunacağı hükmüne bağlanması,
- TBMM den tazminat almakta iken kanunun yürürlükten kaldırılması nedeniyle tazminatları kesilen milletvekilleri ile tazminat alamayan milletvekillerine ve onların dul ve yetimlerine 5434 sayılı kanun ek m.68 esasları içinde TBMM tarafından temsil tazminatı ödenmesi ,

öngörülmektedir .

Bu kanun ile iki yıl görev yapan milletvekillerine temsil tazminatı ödenmesine ilişkin düzenleme bütün üst düzey kamu görevlileri için de öngörülerek güya Anayasa Mahkemesinin eşitliğe aykırı olduğu ve iptal ettiği düzenleme aşılmaya çalışılmaktadır.Bu suretle eşitlik sorunun giderilmiş olduğu görüşüne²⁵ katılmak mümkün değildir .Çünkü milletvekillerinin tahsil v.sair özel durumları hiç dikkate alınmamaktadır.Milletvekilleri en yüksek kamu görevlilerine eşit bir statüyü milletvekilliğine yükseltilmekle hak etmiş kabul eden bir düşünceyi eşitlik ilkesine aykırılığın aşılması mümkün olabilir mi? 4505 sayılı kanun milletvekillerinin emeklilik hakları yönü ile Anayasa Mahkemesine götürülmemiştir.

D- Milletvekillerine Münhasır (Anayasal Dayanaklı)Emeklilik Dönemi :

Milletvekillerimiz kendi emeklilik durumlarını iyileştirmek ve garanti altına almak için çok uzun süreli bir mücadele vermişlerdir.Özellikle 1986 dan

²⁵ BAKIRCI,Fahri :a.g.m. s. 178 .

İtibaren bu mücadele hızlanmıştır. Çok sayıda yasa çıkarılmış, çok sayıda yasal düzenleme yapılmış ve bu yasal düzenlemelerin bir kısmı Cumhurbaşkanlığı ve parlamento üyeleri diğer çoğunluğu ise vatandaşlar tarafından itiraz üzerine Anayasa mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi bütün bu düzenlemeleri Anayasanın m.2, (hukuk devleti), m.10 (eşitlik ilkesi) ve m.153 (Anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi) aykırı bularak iptal etmiştir. TBMM bu anlamda Anayasa Mahkemesi ile saklambaç oynamaya başlamıştır. İptal edilen yasaların iptal kararları yürürlüğe girmeden yenileri çıkarılmış ve Anayasa Mahkemesi kararları etkisiz hale getirilmiştir. Öyle ki her parlamento seçimlerinin ertesinde yeni bir yasa çıkarılarak bütün milletvekilleri Anayasa Mahkemesinin kararlarına rağmen emekliliklerini garanti altına alma yoluna girmiştir.

Bu süreç halk içinde kıyak emeklilik uygulaması olarak tenkit edilmiş hatta protesto edilmiştir. Cumhurbaşkanlığının yukarıdaki açıklaması bu sürecin parlamentonun saygınlığına zarar verici bir konuma gelmiş olduğunu ortaya koymaktadır.

Cumhurbaşkanı sn. Süleyman Demirel’in açıklamadaki teklifi milletvekilleri için de bir çıkış ve çözüm yolu olarak görülmüş ve Anayasa ‘da değişiklik yapılarak milletvekillerinin emekliliği ile ilgili olarak konunun Anayasa Mahkemesine götürülme yolları kapatılmıştır. Yani Anayasada yapılan değişiklik ile Anayasa Mahkemesi baypas edilmiş ve milletvekilliği emekliliğine ilişkin eşitlik tartışmaları da bu suretle güya sona erdirilmiş olmuştur.

a-4720 Sayılı Kanun ;

21.11.2001 tarih ve 2001 tarih ve 4720 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bir maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasa m.86 da değişiklik yapılmıştır²⁶(RG.1.12. 2001 tarih ve 24600 Sa.) .Değişiklik Cumhurbaşkanının önerisi doğrultusunda yapılmıştır . Anayasa m.86 nın ilk şekli aşağıdaki şekilde iken ;

²⁶ 4720 sayılı kanun metni şu şekildedir :

“**MADDE 1.** — 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 86 ncı maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek, yolluk ve emeklilik işlemleri kanunla düzenlenir.” şeklinde değiştirilmiş; fıkranın sonuna “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile bunların emeklileri T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler ve üyeliği sona erenlerin istekleri halinde ilgileri devam eder.” ibaresi eklenmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrasında geçen “sosyal güvenlik kuruluşları” ibaresi “T.C. Emekli Sandığı” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 2. — Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde oylanır.”

“ 7. ödenek ve yolluklar

MADDE 86. — Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek ve yollukları

kanunla düzenlenir, ödeneğin aylık tutarı en yüksek Devlet memurunun almakta olduğu miktarı, yolluk da ödenek miktarının yarısını aşamaz. **Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine ödenecek ödenek ve yolluklar, kendilerine sosyal güvenlik kuruluşları tarafından bağlanan emekli aylığı ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez.** Ödenek ve yollukların en çok üç aylığı önceden ödenebilir.”

4720 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle madde ;

“

7. Ödenek ve yolluklar

Madde 86 – (Değişik birinci cümle: 21/11/2001-4720/1 md) (1) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek, yolluk ve emeklilik işlemleri kanunla düzenlenir. Ödeneğin aylık tutarı en yüksek Devlet memurunun almakta olduğu miktarı, yolluk da ödenek miktarının yarısını aşamaz. **(Ek ibare: 21/11/2001-4720/1 md) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile bunların emeklileri T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler ve üyeliği sona erenlerin istekleri halinde ilgileri devam eder.** Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine ödenecek ödenek ve yolluklar, kendilerine T.C.Emekli Sandığı tarafından bağlanan emekli aylığı ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez.(2) Ödenek ve yollukların en çok üç aylığı önceden ödenebilir.”

şeklini almıştır.

Anayasa m.86 da yapılan değişiklik ile milletvekillerinin emeklilik işlemlerinin özel bir kanunla düzenlenebileceği açıklığa kavuşturulmuş ; emeklilikleri bakımından ise Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesi anayasal garanti altına alınmıştır .

Biz bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesinin bir tür baypas edilmiştir .Ancak Anayasaya madde eklemenin Anayasada yer alan eşitlik ilkesini göz ardı edilmesine haklılık kazandırıp kazandırmayacağı hususunda tereddütlerimiz vardır.Bu düzenleme Anayasa m.10 hükmünü milletvekilleri bakımından aşmış olmakta mıdır ? Bu düzenlemeye rağmen , milletvekillerinin emekliliği ile ilgili kanuni düzenlemelerin eşitlik ilkesine ve Anayasa m.2 ve 153 hükümlerine aykırı olduğu yönünde bir iddianın Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile getirilebilir mi ?

Anayasa m.86 ya rağmen milletvekillerinin emekliliklerine ilişkin kanuni düzenlemelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi ve Anayasa Mahkemesine taşınmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü milletin temsilcilerinin AY m.10 a rağmen millettten daha iyi emeklilik haklarına kavuşturulmasının Anayasaya ve demokratik hukuk devletine ve eşitlik ilkesine aykırılığının iddia edilebileceği görüşündeyiz.

Bu düzenleme anayasa mahkemesine götürülmemiş;dolayısı ile anayasaya aykırı olup olmadığına dair Anayasa Mahkemesinin görüşü ortaya çıkmamıştır .

b-Bir Adım Daha İleri :6262 Sayılı Kanun

Milletvekilliği emekliliği konusunda milletvekillerinin arzu ve istekleri Anayasa değişikliği ile sona ermemiştir.Milletvekilleri daha iyi emeklilik şartlarına kavuşma arayışı içinde çabalarını sürdürmüşlerdir.23.12.2011 tarih ve 6262 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunun Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile emeklilik şartlarını yeniden düzenlenmiştir.Bu Kanun milletvekilliği emeklilik şartlarını daha da iyileştiren bir kanun olarak ortaya çıkmıştır .Kanunla , üç önemli değişiklik yapılmıştır.Bunlar :

- (i) 5510 sayılı SSGSSK m.43 de değişiklik yapılarak milletvekilleri de 2 YILLIK GÖREV YAPMIŞ OLMALARI HALİNDE Cumhurbaşkanına ödenmekte olan aylık ödeneğin % 40’ı esas alınarak Cumhurbaşkanına bağlanacak yaşlılık aylığının % 42’si oranında malullük, emeklilik veya yaşlılık aylığı ödenmesi hükme bağlanmıştır(m.5) .
- (ii) Daha önce aylık bağlanmış olanlar ile aylık bağlanmamış olanlardan başbakanlık müsteşarının ödemesi gereken miktar üzerinden iki yıl prim ödeyen en az iki yıl milletvekili yapmış olanların da bu haktan faydalanması sağlanmıştır (m.5) .
- (iii) Cumhurbaşkanının aylığı arttıkça milletvekillerinin de aylıklarının artırılması kabul edilmiştir.Yani milletvekili aylıkları Cumhurbaşkanı maaşına endeks edilmiştir(m.5) .
- (iv) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile dışarıdan bakanlığa atanarlardan bu görevleri sona erdiği halde, yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığının hak kazanamayanların 4 yıl daha primlerinin TBMM tarafından ödenerek emekli aylığı bağlanmaları sağlanmıştır(m.12).

- (v) Milletvekillerinin maaş ağırlamada esas olan %42 oranının 31.12.2020 tarihine kadar %60 üzerinden ödenmesi hükme bağlanmıştır (m.16).

6262 sayılı kanun Cumhurbaşkanlığı tarafından bir defa daha görüşülmek üzere TBMM ne geri gönderilmiştir.

Cumhurbaşkanlığının veto gerekçesi metni üzerinde durulmaya değer ifadeler taşımaktadır.Cumhurbaşkanlığı 21.11.2001 tarih ve 4720 sayılı yasa ile milletvekillerinin emekliliklerinin anayasal dayanağa kavuştuğuna işaret edilmekte ; bütün milletvekillerinin Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmeleri ile milletvekilleri arasındaki emekli aylık farklarının giderildiği vurgulanmakta , milletvekillerinin milletvekili ödeneklerini almalarının emekli aylıklarının kesilmesine neden olmamasının sağlanmış olmasına da dikkat çekilmektedir .

Cumhurbaşkanlığı veto yazısında Anayasa Komisyonu raporunda yer alan şu ifadeye işaret ederek bu görüşü paylaştığını zımnen ifade etmektedir :” yasama organı üyelerinin,siyaset kurumunun yapısı ve uzun süreci içinde saygınlıklarını emeklilik dönemlerinde de sürdürmek durumunda oldukları ve milletvekilliğinden sonra da toplumsal sorumluluklarının devam ettiği; siyasetin ve milletvekilliğinin sadece ekonomik durumları yüksek düzeyde olanların uğraş alanı olmaktan çıkarılması amacıyla da milletvekillerinin ve emeklilerinin durumlarının bir bütünlük içinde ele alınmasının gerektiğini belirtmiştir.” Veto metninde Anayasa değişikliği sonrasında gerekli değişikliklerin yapılmaması nedeniyle milletvekilleri arasında emekli aylık farklarının oluştuğuna da dikkat çekilmektedir .Yapılan değişiklikle milletvekilleri arasındaki emekli aylıkları farklarının giderildiği belirtilmektedir.

Sonuç olarak bu veto metninden çıkan sonuç şudur ki bu yasa değişikliğinden Cumhurbaşkanlığı memnundur. Değişikliği tasvip etmektedir .Veto yalnızca bir noktada yapılmış gözükmektedir.Cumhurbaşkanlığı makamının onaylamadığı ve tekrar görüşülmek üzere TBMM ne yasayı göndermesini gerektiren o çok önemli husus yasanın 16.maddesinde yer alan ifade olmuştur.Bu maddede aylık bağlama oranının % 42 olan oranının 31.12 2020 tarihine kadar % 60 olarak uygulanacağına ilişkin düzenleme Cumhurbaşkanlığı tarafından anlaşılamamış gözükmektedir.Veto metninde “ **Yasama organının söz konusu oranların belirlenmesi konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte ,emekli aylıklarının belirlenmesine esas olan oranın sekiz yıllık bir süre için yüksek oranda artırılarak uygulanmasının**

kamu vicdanında da rahatsızlığa yol açtığı görülmektedir” ifadeleri dikkat çekicidir.

Hemen akla şu soru gelmektedir. Cumhurbaşkanlığı makamı , acaba , milletvekillerinin emekli aylıklarının Cumhurbaşkanı aylığına endeks edilmiş olmasından kamu vicdanının rahatsız olup olmayacağını sorgulama gereğini duymuş mudur ? Duymamış ise niçin duymamıştır ?

Sosyal güvenlik tarihimizde yalnızca Cumhurbaşkanları için öngörülen ve ona özgülünen özel bir emeklilik düzenlemesi vardı. Maalesef bu hak 2003 sonrası AKP Hükümetleri döneminde TBMM Başkanları ve Başbakanları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.6262 sayılı kanunlar da bu hak bütün yasama organı üyelerine ,bütün milletvekillerine, yönelik olarak genişletilmiştir .Bu genişletilmenin millet vicdanında nasıl bir etki yarattığı niçin sorgulanmamaktadır? Milletin vekiline tanınan böyle bir hak niçin milletin aslına tanınmamaktadır? Cumhurbaşkanlığı makamının bu noktada da sosyal güvenlik adaleti bakımından bir milli vicdan sorgulaması yapması gerekmez miydi ?

d-6270 sayılı Kanun

6262 sayılı Kanunun veto edilmesi üzerine TBMM den konu ile ilgili yeni bir kanuni düzenleme yapılmıştır. 17.01.2012 tarih ve 6270 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Cumhurbaşkanı tarafından bir defa daha görüşülmek üzere geri gönderilen 6262 sayılı kanunun yerine çıkarılmış bir kanundur .Kanuni düzenleme yapılırken yalnızca Cumhurbaşkanının veto gerekçesi esasında dikkate alınmış gibi gözükmekte ise de hiç dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

6262 sayılı kanunda sekiz yıl süre ile % 42 olan milletvekillerinin aylık bağlama oranı Cumhurbaşkanı emekli aylığının % 60 olarak uygulanması hükme bağlanmış iken 6270 sayılı Kanunda bu oran % 45 e düşürülmektedir. 6270 sayılı Kanun m.16 da bu husus “ Bu Kanunun 43 üncü maddesindeki % 42 oranı yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar % 45 olarak uygulanır” .Yeni bir yasa ne zaman çıkarılacaktır? Bu zaman TBMM üyelerinin takdirine kalmıştır.Bu düzenleme yasama organının “ **mühür kimde ise müdür odur**” mantığı ile yasa çıkardığını ; hiçbir ilkesi olmayan bir düzenleme yaptığını göstermektedir .Bu yasa ,milletvekillerinin emekliliğine ilişkin son noktayı koyan bir yasa niteliğindedir .

e-6385 sayılı Kanun ve Milletvekillerine Fiili hizmet Zammı Hakkı Tanınması

6270 sayılı kanunla milletvekillerine ödenecek aylıklar miktar bakımından sabitlenmiş iken millet vekillerinin sosyal güvenliklerini geliştirmeye yönelik kanuni düzenlemeler süreci sürmektedir. Bu sefer de milletvekilleri daha kısa zamanda emekli aylığı bağlanmasına hak kazanma yollarını açmaya çalışmaktadırlar. Bu maksatla .10 Ocak 2013 Tarih Ve 6385 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 19.01.2013 tarih ve 28533 sayı) kabul edilmiştir .

6385 sayılı Kanun m.15 ile 5510 sayılı SSGSSK m.40 da değişiklik yapılmakta ve yasama organı üyeleri ile dışarıdan atanmış bakanlara fiili hizmet zammı hakkı tanınmaktadır. Kanuni düzenleme ile milletvekili ile dışarıdan atanmış bakanlar fiilen bu görevlerde bulundukları her 360 gün için 90 gün fiili hizmet zammı hakkı elde etmektedirler. Fiili görevlerine ilave edilecek fiili hizmet zammı süresi beş yılı geçmemek üzere sınırlandırılmıştır. Ayrıca fiili hizmet zammı süreleri için de her 360 gün için bir yıl olmak ve azami süresi 3 yılı aşmamak üzere yaşlılık aylığına hak kazanma bakımından avantaj sağlanmakta ve erken emekli olma hakkı kazanmaktadırlar. Kanun bu hakkı milletvekillerine 1.Ekim 2008 tarihinden Şubat 2013 tarihine kadar geçen süreler için de geçerli olmak üzere tanımaktadır. Yasama organı üyelerine bu süreler için prim farklarını 6 ay içinde ödeme şartı getirmiştir.

6385 sayılı kanunla ayrıca 17 inci madde ile 5510 sayılı Kanunun geçici 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere bir fıkra eklenmektedir . Buna göre “**MADDE 17-** 5510 sayılı Kanunun geçici 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Bu fikanın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği görevi devam edenlerden, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) veya (b) bentleri kapsamında aylık almakta iken aylıklarını kestirip 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalılık talebinde bulunanların, bu Kanunun 43 üncü maddesine göre aylığa hak kazanabilmesinde, 2 yıl süreyle bu görevlerde bulunmuş olma ve sigorta primi veya emekli keseneği ile kurum karşılığı ödenmesine ilişkin şartlar aranmaz. Bunların müracaatları halinde bu fikanın yürürlüğe girdiği tarihi takip eden ay başından itibaren Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) veya (b) bentleri kapsamında olan ve kesilen aylıkları bu Kanunun 43 üncü

maddesindeki aylık seviyesine yükseltmek suretiyle yeniden bağlanır.”Bu düzenleme ile 24. Dönem milletvekili seçimleri öncesinde SSK ve Bağ-Kur’dan emekli olan 24 dönemde görev yapan milletvekillerine 1/2/2013 tarihi itibarıyla 2 yıllık bekleme şartı aranmaksızın milletvekilliğinden emekli olma imkânı vermektedir. 25. Dönem ve sonraki dönemlerde milletvekili seçilenler mutlaka en az 2 yıl milletvekilliği yaptıktan sonra milletvekili emeklisi olabileceklerdir.

6385 sayılı Kanun ile milletvekilleri bakımından çok önemli ve ayrıcalıklı düzenlemeler yapılmıştır.Öncelikle bu düzenleme ile milletvekilliği mesela asit üretiminde ya da civa işlerinde ya da demir çelik fabrikalarında en ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlarla aynı nitelikte bir iş olarak kabul edilmekte ve onlarla denk fiili hizmet zammı hakkı tanınmaktadır.Ayrıca hiçbir vatandaşa tanınmayan erken emekli olma hakkı verilmektedir.Daha önce aylık bağlanmış olan milletvekillerine 2 yıl görev yapmamış olsa dahi emeklilik bakımından 2 yıl görev yapmış gibi hak tanınmaktadır. Sonuçta düzenleme milletvekillerine istisna ve vatandaşın yine kıyak diye nitelendireceği ayrıcalıklı haklar tanıyan bir kanun niteliğindedir²⁷.

IV-GÜNÜMÜZDE MİLLETVEKİLLERİNİN EMEKLİLİĞİ

Milletvekili emekliliği meselesi ile ilgili tarihi gelişim izlendiği zaman bu konuda TBMM’nin uzun ve zorlu bir mücadele verdiği görülür.TBMM ‘nde mesele meclis tarafından ve milletvekillerinin istekleri doğrultusunda çözülmüştür . Milletvekili emekliliği ile ilgili mevcut hukuki durum nedir? Aşağıda konu ile genel bir bilgi verilecektir.

1-Hukuki Çerçevesi :

Milletvekillerinin emekliliği ile ilgili olmak üzere Anayasa m.86 da özel bir düzenleme mevcuttur.²⁸.Anayasa m.86 da yer alan bu hükme göre “TBMM Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin emeklilik işlemleri kanunla düzenlenir.”. Anayasa “ Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile

²⁷ 6385 sayılı kanunda fiili hizmet zammı tanınan kesimler içinde Basın ve gazetecilik mesleğinde ve Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Basın Kartı Yönetmeliğine göre basın kartı sahibi olarak çalışanlara da yer verilmiştir.Aynı kanunda sosyal güvenlik reformunu anlamsız kılan değişiklik yapılarak milletvekilleri ile basın mensuplarına fiili hizmet zammı hakkı tanınması ve kanun çıktıktan sonra konunun basında hiç yer almamış olması anlamlı bulunmuştur.Bu düzenlemenin ileride sosyal etik bakımından değerlendirileceğini düşünüyoruz.

²⁸ Milletvekillerinin emekliliklerinin de kanunla düzenleneceğine ilişkin ifade Anayasa m.86 ya 21.11.2001 sayılı 6270 sayılı Kanun m.1 ile eklenmiştir.

bunların emeklileri T.C. Emekli Sandığı ile” ilgilendirilmelerini “ TBMM üyelikleri sona erenlerin de istekleri halinde T.C.Emekli Sandığı ile ilgilerinin devam edeceğine amirdir.Yine Anayasa “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine ödenecek ödenek ve yolluklar, kendilerine T.C.Emekli Sandığı tarafından bağlanan emekli aylığı ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez.” (m.86/3) hükmü ile milletvekillerinin görevleri devam ettiği sürece milletvekili ödenek ve yolluklarını almaya devam etmesine amir bir düzenleme yapmıştır .

Anayasa m.86 da milletvekili aylık ve ödenekleri için bir sınır getirdiği halde emekli aylıkları ile ilgili bir sınır getirmemiş ve koynu konu ile ilgili kanunlara bırakmıştır .milletvekili emekli aylıklarının miktarı ile ilgili bir sınırlama yapmamıştır.

Günümüzde milletvekili emekli aylıkları ile ilgili sayılabilecek iki kanuni düzenleme mevcuttur.Bunlardan birisi “26.10.1990 tarih ve 3671 sayılı Türkiye büyük Millet meclisi Üyelerinin Ödenek ,Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun (RG 28.10.1990 tarih ve 20679) diğeri ise 31.5.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık sigortası Kanunu (16.06.2006 tarih ve 26200 sayı)

2-Milletvekilli Emekliliği Uygulaması

A-Şahıs bakımından kapsam:

Bu çalışmada Milletvekili emekliliği kavramı genel bir ifade olarak kullanılmıştır ..Bu kapsamda Türkiye Büyük Millet meclisi üyeleri, dışarıdan atanan bakanlar ve bu görevlerde bulunmuş olup da görevleri sona ermiş olanlar ile sayılan kimselerin ölümleri halinde geride bıraktığı dul ve yetimleri ve bakmakta olduğu ana-babaları yer alır.Dolayısı ile milletvekili emekliliği meselesi yalnızca hali hazırda TBMM de milletvekili olarak görev yapmış olanları kapsamaz.Bu kavram daha önceki dönemde TBMM de üye olarak görev yapmış olan herkesi kapsar.Dolayısı ile daha 1980 öncesi mevcut olan Cumhuriyet Senatosunda görev yapmış olanlar ile 27 Mayıs sonrasında görev yapmış olan Milli Birlik Komitesi ve Kurucu Meclis. Üyeleri ile 12 Eylül Döneminde görev yapan Danışma meclisi üyeleri de bu kapsamda tanınan ve düzenlenen emeklilik haklarından faydalanma hakkını haizdirler .

B- SGK ile İlgilendirilmeleri :

TBMM üyeleri ile dışarıdan atanan bakanlar milletvekili seçildikleri veya atandıkları zaman SGK ile ilişkilendirilirler.3671 sayılı kanun

T.C.Emekli Sandığı ile ilişkilendirilmesini öngörmektedir(m.2).5502 sayılı kanun ile Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü SGK na devredilmiş olduğu için bu ilişkilendirilmenin kurum olarak 5502 sayılı Kanun ile kurulan Sosyal Güvenlik kurumu olarak ; sigortalılık bakımından ise 5510 sayılı kanun m.4/c kapsamında sigortalı olarak ilişkilendirme olarak anlaşılması gerekecektir.

Seçilme tarihi itibarı ile emekli durumda olmayanlar m.4/C sigortalısı olarak SGK ile ilişkilendirilecekler : Emekli iken TBMM üyeliğine seçilenler ise talepte bulunmaları halinde ve talep tarihi izleyen ay başından itibaren m.4/ C kapsamında SGK ile ilişkilendirileceklerdir .

C- Aylık bağlanmayla İlgili Esaslar :

3671 sayılı kanun milletvekillerinin emekliliklerinde ve emekli aylıklarının bağlanmasında emekli aylığı bağlayacak ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu’nun mevzuatında yer alan genel hükümlerin uygulanmasını öngörür(m.3).Bu çerçevede milletvekili emekliliği ile ilgili olmak üzere 5510 sayılı kanun hükümleri esas alınacak ve bu hükümlere göre emekli aylıkları bağlanacaktır .

3671 sayılı kanun milletvekili emekliliği ile ilgili olarak bir başka önemli hükme yer vermiştir .Buna göre milletvekillerine 5434 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren (1950) , milletvekilleri ve dışarıdan atanan bakanlara bu görevlerinde geçen her hizmet yılı için aynı kanunun 32 inci maddesi çerçevesinde üç aylık fiili hizmet zammı uygulanır(m. 2/2). 5510 sayılı kanun kapsamında olan milletvekilleri bakımından da fiili hizmet zammı 10 Ocak 2013 Tarih Ve 6385 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 19.01.2013 tarih ve 28533 sayı) ile 90 gün olarak kabul edilmiştir .

5510 sayılı kanun milletvekili emekliliğinde temel kanun durumundadır. Milletvekili Emekliliğini yeni baştan düzenleyen 17.01.2012 tarih ve 6270 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli sandığı Kanunu ile Bazı kanunlarda Değişiklik yapılmasına dair kanun ile 5510 sayılı kanunun 43. maddesinde değişiklik yapılmış (m.5) ; Kanuna Ek m.7 adı altında bir ek madde eklenmiş(m.12) ; ayrıca kanuna Geçici Madde 38 adı altında bir geçici madde eklenmiştir(m.16).Bu hükümler çerçevesinde milletvekillerine aşağıdaki esaslara göre emekli aylığı bağlanır:

a- Aylığa Hak Kazanmış Durumda Olanlar Bakımından

Milletvekili seçildikleri zaman itibarı ile emekli aylığı bağlanması için gerekli şartları sağlamış ve aylığa hak kazanmış olanlar ile milletvekilliği

süresi içinde yahut ta milletvekilliği sona erdiği zaman itibarı ile emekli aylığı bağlanması için gerekli şartları haiz durumda olanlar ;

- (i) 5510 sayılı kanun m.43 hükmüne bağlı olarak 5510 sayılı kanunun m. 26,28, 44 ve geçici m.2 ve 4. maddelerine göre aylık bağlanma şartlarını taşımaları,
- (ii) En az iki yıl süre ile milletvekilliği yapmış yahut ta dışardan bakan olarak görev yapmış olmaları,
- (iii) 5510 sayılı kanun m. 27,29 geçici m.2 ve 4 hükümlerine hesaplanacak aylık tutarından az olmamak şartı ile

Aylık bağlanır.

Bağlanacak aylık Cumhurbaşkanına ödenmekte olan aylık ödeneğin %40 esas alınarak (cumhurbaşkanının kanuni emekli aylığı), Cumhurbaşkanına bağlanacak yaşlılık aylığının % 42 si oranında malullük, emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanır(m.43/6).

Milletvekili emekli aylığı daha önce bağlanmış olanlar için yukarıdaki esaslara göre hesap edilecek aylık bağlanacaktır. Daha doğrusu daha önce bağlanmış milletvekili emekli aylıkları Cumhurbaşkanı emekli aylığının % 42 si esas alınmak suretiyle yeniden düzenlenecek- ayarlanacaktır .

b- Emekli aylığına Hak Kazanmayanlar Bakımından :

Milletvekili seçildikleri tarih itibarı ile emekli aylığı bağlanması için gerekli şartları haiz olmayanlara emekli aylığı bağlanmaz. Ancak bu kimselerin sosyal güvenlik bakımından korumasız bir duruma düşmelerini önlemek için mevzuatta gerekli düzenlemeler yapılmıştır . Milletvekilliği sona erdiği tarih itibarı ile yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığına hak kazanamayanların sosyal güvenlik meselesini çözmek üzere de 6270 sayılı Kanun m. 12 ile 5510 sayılı kanuna Ek m.7 adı altında bir madde eklenmiş ve durumları düzenlenmiştir.

Milletvekili seçildikleri tarihte emekli aylığı bağlanması için gerekli şartları haiz olmayan ve yaşlılık, malullük ve ölüm sigortası yönünden zorunlu sigortalı olarak çalışmayan milletvekilleri ; milletvekilliği görevleri sona erdiği tarihten itibaren 30 gün içinde SGK na m.4/c sigortalısı olarak tescil edilmeleri için başvuruda bulunacaktır. Bu kimselere 4 yıl süre ile TBMM üyelerine ödenen ödenek ödenmeye devam edilir. Bu ödeneğin ödendiği süre

için de TBMM tarafından Başbakanlık Müsteşarı için esas alınan prime esas kazanç üzerinden SGK na primleri ve kurum karşılığı ödenir. Bu kimselere bu süre içinde yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli şartları sağladığı en erken döneme de TBMM tarafından sağlanan destek ve ödemeler sona erdirilir. Kendilerine yeni kapsamda milletvekili emekli aylığı bağlanır (Ek.m.7/1).

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile dışarıdan bakanlığa atananlardan bu görevleri sona erdiği halde, yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı bağlanmasına hak kazanamayan ve uzun vadeli sigorta kolları yönünden sigortalı olmayı gerektiren bir işte çalışanlar için de 4 yıl süre ile TBMM tarafından destek sağlanacaktır. Buna göre bu kimseler başbakanlık müstearının aylık kazancı üzerinden gelir elde ediyormuş gibi prim hesaplaması yapılacak; mevcut ödemekte olan primler ile aradaki prime karşılık farkları TBMM tarafından 4 yıl süre ile ödenecektir (Ek.m.7/2).

Sigorta primlerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi bütçesinden karşılanacağı süre içerisinde Kanuna göre uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı olmayı gerektiren bir işte çalışmakta iken bu çalışmaları sona erenler ise milletvekilliği sona ermiş olup da zorunlu sigortalı olarak çalışmayanlar gibi hem primleri SGK na 4 yıl süre ile ödenecek hem de kendilerine bu süre ile sınırlı olmak üzere milletvekillerine ödenen milletvekili aylığı ödenecektir. (Ek.m.7/3).

4 yıl süreyle sigorta primlerinin veya emekli kesenekleri ile kurum karşılıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisi bütçesinden karşılanmasına ilişkin uygulamadan bir dönemden fazla yararlanılamaz Ek.m.7/5).

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile dışarıdan bakanlığa atananlardan bu görevleri sona erdiği halde, birinci fıkrada belirtilen 4 yıllık süre sonunda da yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı bağlanmasına hak kazanamayanlardan, uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışanların veya isteğe bağlı sigortalı olanların sigorta primine esas kazançları veya emekli keseneğine esas aylık tutarları da birinci fıkraya göre belirlenecek tutardan az olamaz. Ayrıca, bu tutar ile Kanunun 80 inci maddesi veya geçici 4 üncü maddesi uyarınca fiilen çalıştığı iş için tespit olunan prime esas kazanç veya emeklilik keseneğine esas aylık arasındaki farka ilişkin işveren payı veya kurum karşılığı farkı da kendileri tarafından ödenir.”(Ek m.7 / son .) .

D- Dul ve Yetim Aylıkları :

Milletvekili emekli aylığı bağlanmış ve bu aylığı almakta olan milletvekillerinin ölmesi halinde 5510 sayılı kanunun ölüm sigortasını

düzenleyen m. 32-36 hükmü çerçevesinde bu aylıklar dul ve yetimlerine kanundaki payları ölçüsünde paylaştırılarak bağlanır .

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine seçilmiş ve hiç göreve başlamamış olanlar ile görevleri sırasında veya bu görevlerinin sona ermesinden sonra ölen milletvekillerinin 5510 sayılı kanunda öngörülen şartları taşıyan hak sahiplerine, 2 yıl süreyle bu görevlerde bulunmuş olma ve sigorta primi veya emekli keseneği ile kurum karşılığı ödenmesi açısından yukarıdaki fıkra düzenlenmiş olan şart aranmaksızın, bu maddeye göre hesap edilen aylık esas alınarak ölüm ya da dul ve yetim aylığı bağlanır.

V- GEÇİCİ HÜKÜMLER : EVET AMA YETMEZ

6270 SAYILI Kanun ile milletvekili emekliliği meselesine köklü bir çözüm getirme amaçlanmıştır. Kanuni düzenleme incelendiği zaman eski ya da yeni; geçmişte ve gelecekte milletvekilliği yapmış olan milletvekillerine norm ve standart birliği içinde aynı miktarda aylık bağlanması için gerekli tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Bu amaçla kanunla 5510 sayılı kanuna geçici m.38 eklenmiştir .Bu geçici madde ile kanun milletvekillerinin görevde oldukları dönem ile görevden ayrıldıkları dönemde cumhurbaşkanının veto gerekçesinde ifade edilen saygın bir emeklilik dönemi garanti altına alınmaya çalışılmıştır.

Bu geçici madde ile getirilen bazı hükümler vardır ki biz kanuni düzenleme yapanların bu düzenlemeyi de yeterli bulmadıklarını yani “ evet ama yetmez “ dediklerini görmekteyiz.

Bu hükümlerden birisi aylık bağlama oranı ile ilgili olan hükümdür. Buna göre milletvekilli emekliliğine esas aylık bağlama oranı kanunda öngörüldüğü gibi Cumhurbaşkanının emekli aylığının % 42 si değil % 45 i olarak uygulanacaktır. Dolayısı ile TBMM %42 ile yetinmemiş bu oranı %45 olarak ve TBMM yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar uygulanmasını hükme bağlamıştır.(Geç.m.38/1) .Şu halde ileride –belki de kamuoyunun konuyu unuttuğu bir zamana kadar - %45 uygulanacaktır. Ucu açık bir kanuni düzenleme yapılmasına niçin gerek görülmüştür? “Yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar “ ifadesine kanunda yer verilmesini nasıl izah edilecektir?

Kanunla getirilen istisnai bir başka düzenleme ise “Halen milletvekili görevi devam edenler ile daha önce yasama organı üyeliği görevi sona ermiş olanlardan veya dışarıdan bakanlığa atanmış olanlardan halen milletvekilliği esas alınarak emekli aylığı ödenenlerin m.43 hükümlerinden

faydalanabilmeleri için en az iki yıl milletvekilliği yapmış olma şartı aranmaz (Geç.m.38/2).” hükmüdür.Bu hüküm ile halen milletvekili olarak TBMM nde görev yapmakta olanlardan SGK mevzuatına göre emekli /yaşlılık aylığı almaya hak kazanmış olanlara iki yıl milletvekilliği yapma şartı aranmaksızın milletvekili emekli aylığı bağlanacaktır.Yine daha önce milletvekilliği yapmış olanlar ile dışarıdan bakanlığa atanmış olanlar dan kendilerine milletvekilliği esas olarak aylık bağlanmış olanlar için de 2 yıl milletvekilliği yapmış olma şartı aranmaksızın milletvekili aylığı bağlanacaktır (Geçici m.38/2)..

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile dışarıdan atandığı bakanlık görevi sona erdiği halde, malullük, yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanamayanlardan, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalılık ilişkisi devam edenlerin veya bu kapsamda sigortalılık ilişkisi kurmaları gerekenlerin bu sigortalılık ilişkisinden kaynaklanan emekli kesenekleri ve kurum karşılıkları, bu Kanunun ek 7 nci maddesi ile belirlenmiş olan esas ve usuller çerçevesinde ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60 gün içinde Kuruma başvurmaları halinde, başvurularını izleyen aybaşından başlayarak 4 yıl süreyle Türkiye Büyük Millet Meclisi bütçesinden karşılanır (Geç.m.38/1).Bu düzenleme de geçmişte milletvekili yapmış olup da milletvekilliği nedeniyle emekli aylığı bağlanamayanlara yeni milletvekili aylığı bağlanmak için önemli bir devlet desteği sağlanmış olmaktadır .Ancak bu hükümden faydalanan kimselere yeni milletvekili aylığı bağlanacak ancak “ geriye dönük herhangi bir hak talebinde bulunamayacaklar ve kendilerine de daha öncesi için bir aylık ödemesi ya da fark ödemesi yapılmayacaktır (Geç.m.38/ 5).

SONUÇ

Milletvekilliği, demokratik sistem içinde çok saygın bir görevdir. Milletvekillerinin saygınlıklarına yakışır ödenek ve haklara sahip olmaları da çok tabidir.Milletvekillerine, saygınlıklarına yakışır bir hayat seviyesini milletvekilliği süresince sağlanmalıdır.Milletvekillerine görevlerini yaptıkları süre içerisinde saygınlığına uygun aylık ve ödenek verilmesi konusunda kamuoyunda bir görüş birliği vardır .Millet vekillerine sağlanan aylık,ödenek ve sosyal haklar hiçbir biçimde tartışma konusu değildir.Devlet Anayasa m.65 ölçüsü içinde milletvekillerine bu imkanı sağlamalıdır.

Bizi bu çalışmayı yapmaya iten temel sebep milletvekilliği sona eren kimselerin , emeklilik bakımından da ayrıcalıklı bir statü talep edilmesi ve böyle bir statüde kendilerine emeklilik statüsü sağlanması ve emekli aylığı ödenmesinin yerindeliği meselesi olmuştur.

Milletin vekilliğini yapmış olanlar ile onların dul ve yetimlerine başkalarına muhtaç duruma düşmelerini önlemek için devletin sosyal tazmin kapsamında birtakım destekler sağlaması düşünülebilir .Ancak Anayasa m.86 ya hüküm konularak sosyal güvenlik bakımından milletvekilliği yapmış olanların ayrıcalıklı bir konuma getirilmesi ,hiçbir millet ferdinin ulaşamayacağı bir aylıkla emeklilik hakkının tanınması açıklanması zor bir soru olmuştur.

Milletvekilliği emekliliği ile ilgili yasama organının tutumu demokratik hukuk devletine hiç yakışmayacak bir tarihi geçmişe sahiptir. Devletin üç asli organından birisi olan yasama organı kendi üyelerinin sosyal güvenliği için yargı organının uyarılarını ve kararlarını göz ardı etmekle kalmamış ; bu kararları uygulanamaz hale getiren- etkisizleştiren kanuni düzenlemeler yapmak suretiyle Anayasa mahkemesi ile deyim yerinde ise köşe kapmaca oynamıştır.Yasama organı bu tavrı ile anayasal bir ilke olan Kuvvetler ayrılığı ilkesini hiçe sayan bir tavır içinde olmuştur .

5510 sayılı kanunda 6270 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ve ek maddelerle milletvekillilerine sağlanan emeklilik hakları , Anayasa m.2 de yer alan devletin niteliklerine ve m.10 da yer alan eşitlik ilkesine bütünüyle aykırı olarak düzenlenmiştir.Yasama organı “Bal tutan parmağını yalar “ atasözünde olduğu gibi milletin hiçbir ferdinin sahip olamayacağı bir emeklilik hakkını kendileri için ve yine kendi kararları ile elde etmişlerdir.Pek çok konuda gidildiği gibi bu konuda da halk oyuna gidilmiş olsa idi millet buna ne derdi sorusunu parlamento üyeleri kendilerine sormalıdılar.

Anayasada milletvekillerinin emekliliklerinin özel bir yasa ile düzenleneceğine ilişkin düzenlemenin varlığı Yasama organına Anayasa m. 10 a aykırı bir düzenleme yapma hakkı vermez.Eşitlik ilkesine yasama organı da saygılı olmak ve kendi üyeleri için çıkaracağı yasalarda bu ilkeyi göz ardı etmemek durumundadır .Ayrıca yasama organı üyelerinin bir zümre olarak ayrıcalıklı bir emeklilik hakkını kendi kararları ile sağlamaları Cumhuriyetin niteliklerine(Anayasa m.2) de aykırı bir düzenlemedir

Milletvekilleri seçilemedikleri zaman yeniden bir vatandaş olarak hayatlarını sürdürmeyi kabul edip içlerine sindirebilmeleri gerekir.Bu husus

demokrasinin bir gereğidir.Aksi takdirde seçimle gelenler zümresi oluşur ve bu zümre uzun dönemde halk tarafından Cumhuriyete özgü yeni tür bir ayanlık olarak nitelendirilebilir.

Millet vekilleri ,hem kendilerinin hem de milletin sosyal güvenliğini sağlamak için çaba göstermek ve kendi sosyal güvenliklerini de bu çerçevede düşünmek durumundadırlar.Milletin seçtiği ve görev verdiği vekillerine milletvekili olarak sağladığı imkan ve hakları, emekliliklerinde de sağlama yükümlülüğü olamaz.olmamalıdır.

Milletvekilliği emekliliğine ilişkin süreç ,bu ülkede eşitlik , insan hakları,demokrasi ve hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı kavramlarının yerleşmesine ilişkin tarihi gelişimde ibretle izlenmesi gereken ve maalesef devam eden bir süreçtir.

Faydalanılan Kaynaklar :

- AKYILDIZ,Ali: “Meclis-i Ayan“ ve Meclisi—i Mebussan“ maddeleri,Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi,C.28., s.243-247.,Ankara 2003.
- ARICI,Kadir:Bataktan Gün Işığına ,Ankara 1998,
- .- ARICI,Kadir :Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku ,Ankara 1997, s.14-54
- ALPER,Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi –Sosyal Sigortalar Hukuku,5. Bası Bursa 2013
- BAKIRCI,Fahri : “ Meclis Üyelerinin Emeklilik ve Diğer Sosyal Hakları “,Yasama Dergisi ,Sa.5,Nisan-Haziran 2007 , s. 150-184.
- BAKIRCI,Fahri: “Meclis Üyelerinin Aylık ve Ödenekleri “,Yasama Dergisi ,Ekim-Aralık 2006.
- ÖZKAYA,Yücel:Osmanlı İmparatorluğunda Ayanlık ,Ankara 1977.;
- ÖZER,Attila (Derl.) Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası,Ankara 1996.

BOŞ

ÇARTER PARTİDEKİ TAHKİM KLOZUNUN KONİŞMENTO HAMİLİNİNE ETKİSİ

İbrahim ARSLAN*

Sevgican AYDIN**

ÖZET

Deniz hukukunda tahkim, ticaret gemilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri dışında hakem adı verilen kişilerce bağlayıcı bir şekilde çözüme ulaştırılması olup; devlet mahkemelerinden daha çok başvuru alan bir yargılama yoludur. Deniz ticareti alanında akdedilen çarter sözleşmelerinde genellikle matbu formlar kullanılmaktadır. Bu formların çoğunda ise tahkim klozu da bulunmaktadır. Taraflar “incorporation” metodunu uygulayarak atıfta bulundukları metnin kendilerinin düzenledikleri metin gibi uygulanacağını beyan etmiş olmaktadır. Bu durumda aralarındaki bir ihtilafta tahkim uygulamasını da kabul etmiş sayılırlar. Yani atıf yapılan matbu form ya da herhangi bir sözleşmede bulunan tahkim klozu taraflar için bağlayıcı hale gelmektedir. Bu husus 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve 1985 UNCITRAL Model Kanunu’nda açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bizim çalışma konumuzu ise taraflar için bağlayıcı olan tahkim şartının konişmento hamili için de bağlayıcı olup olmadığı hususu oluşturmaktadır. Bu kapsamda konu Türk ve yabancı mahkeme kararları ışığı altında incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler : deniz ticareti, tahkim, incorporation, konişmento hamili, çarter parti.

THE EFFECT OF THE ARBITRATION CLAUSE ON THE BILL OF LADING HOLDER UNDER THE CHARTER PARTY

ABSTRACT

In maritime law, arbitration is the resolution of the conflicts due to the commercial vessels by the persons named arbitrators other than the state courts and it is a litigation course more referred to in comparison to state courts. In the charter contracts concluded in the field of maritime, generally two printed Forms are used. The arbitration clause is present in most of these forms. The Parties declare that by implementing the “incorporation”, they will have declared that the form they referred to is to be executed in the same way as the form they have arranged. In this case, they will have accepted an arbitration implementation should any conflicts arise between them. Thus, the printed form they referred to or the arbitration clause within

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Araştırma Görevlisi

a contract becomes binding for the parties. This matter was extensively considered and explained with the “International Arbitration Law under no. 4686” and “New York Covenant of 1958” and “UNCITRAL Model Law of 1985”. This study analyzes whether the arbitration clause which is binding for the parties is also binding for the bill of lading holder. In this scope, this matter was studied under the frame of the decisions of Turkish and foreign courts.

Keywords: *maritime, arbitration, incorporation, bill of lading holder, charter party.*

GİRİŞ

Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak kaydıyla, taraflar arasında belirli bir maddi ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların tarafların anlaşması ile devlet yargısı yerine hakem denilen özel kişilerce çözümlenmesidir. Deniz hukukunda tahkim de ticaret gemilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri dışında hakem adı verilen kişilerce bağlayıcı bir şekilde çözüme ulaştırılmasıdır.

Deniz ticareti alanında tahkim devlet mahkemelerinden daha çok başvurulmuş bir yargılama yolu haline gelmiştir. Bunun en önemli sebebi olarak da deniz ticaretinde hızlı işlem ihtiyacı karşısında, tarafların uzun müzakereler yaparak sözleşme şartlarını tespit etmek yerine genel işlem şartlarını kullanmaları ve bu genel işlem şartlarının çoğunda da tahkim kayıtlarının yer alması gösterilebilir.

Deniz ticareti alanında akdedilen charter sözleşmelerinde genellikle matbu formlar kullanılmaktadır. İşte bu matbu formlara atıf yapılması yoluyla kurulan charter sözleşmeleri deniz ticaretinde tahkimin en önemli kaynaklarından birini oluşturmaktadır.

I. Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Olarak Tahkim

A. Genel Olarak Tahkim

Devlete ait olan yargı yetkisi bazı hallerde tarafların tahkim anlaşması ile mahkeme yerine üçüncü kişi veya kişilerce kullanılabilir¹. Tahkim;

¹ Hangi hallerde tahkime gidilebileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özokes, **Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Ankara, 2011, s. 738-741; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 941-946; Ya-

tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın özel kişi veya kişilerce çözümlenmesi için yaptıkları anlaşma olarak tanımlanabilir². Tahkim genel mahkemelerin dışında yürütülen bir yargı olup, genel mahkemelerin yetkisini bertaraf etmektedir. Bu nitelikleri itibari ile tahkim özel ve istisnai bir yargılama yoludur³.

Tahkim anlaşması uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce yapılabileceği gibi uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra da yapılabilir. Bununla birlikte tahkim yoluna hem akdi hem de akit dışı ilişkilerden kaynaklanan ihtilaflar için başvurmak mümkündür⁴. Tahkim anlaşması ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi asıl sözleşmenin içerisinde bir şartla da kurulabilir. Her iki durumda da tahkim asıl sözleşmeden bağımsız ve ayrı bir anlaşma niteliğindedir. Tahkim anlaşması yazılı bir şekilde yapılmalıdır. Yazılı şekil ispat şartı olmayıp; geçerlilik şartıdır⁵.

Türk Hukukunda geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların tahkim iradeleri, yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde açıkça belirtilmelidir⁶. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi, isterse bir tahkim şartı şeklinde yapılsın, akdin geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır⁷. Dolayısıyla tahkim iradesini içermeyen tahkim sözleşmesinin hukuken hiçbir geçerliliği de bulunmamaktadır⁸.

vuz Alangoya, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 3. Baskı, İstanbul, 2003, s. 597-599.

² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 734; Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 23. Bası, Ankara, 2012, s. 800.

³ **Üstündağ**, s. 933-934; **Alangoya**, s. 597; Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, 2. Bası, İstanbul, 2010, s. 44-45; Bruce Harris, “**Maritime Arbitration in the U.S and the U.K, Past, Present and Future: The View from London**”, William Tetley Maritime Law Lecture 2008, http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/Bruce_Harris_Tetley_lecture_2008.rtf (Çevrimiçi, 28.04.2012).

⁴ Aleksander Barever, “**Deniz Hukuku İhtilafları Hakkında Tahkime İlişkin Bazı Meseleler**”, Çev. Şebnem Akipek / Mertol Can, **BATİDER**, Ankara, C. XIX, S. 2, Aralık, 1997, s. 113.

⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 734.

⁶ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 82.

⁷ Cevdet Yavuz, “**Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi olduğu Hükümler**”, II. Uluslararası Özel hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 150.

⁸ Ünal Ertabak, **Tahkim Sözleşmesi İle İlgili İhtilaflar**, İstanbul, 2009, s. 47.

“...iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmeyeceğinden, bunun dışında kalan ihtilaflar için davanın hakemde görülmesi kararlaştırılabilir. Ancak, tahkim iradesi hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafların hakemde

B. Milletlerarası Deniz Ticaretinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü

1. Tahkimin Tercih Sebepleri

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çoğunun çözümünde yargı yolu yerine tahkim tercih edilmektedir. Deniz ticareti bu alandaki teknik bilgi ve tecrübeyi gerekli kıldığından taraflar uyuşmazlıkların çözümü için genel mahkemeler yerine deniz ticareti ile ilgili teknik konuları ve uygulamaları bilen kişileri hakem olarak seçmeyi tercih etmeleri anlaşılır bir durumdur. Bununla birlikte tahkimin tercih edilmesinin bir diğer sebebi de tahkimin yargı yoluna göre çok daha kısa sürede, maksimum birkaç ayda, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasından kaynaklanmaktadır⁹.

Ulusal mahkemelere başvurulduğunda ortaya çıkacak olan yetki ve uygulanacak hukuk probleminin ortaya çıkması, ulusal hukukların ihtilafların çözümünde yetersiz kalması, teknik konular iyi bilen kişilere duyulan ihtiyaç tahkimin deniz ticareti alanında önemli bir yer edinmesinin ana sebeplerini oluşturmaktadır¹⁰.

Deniz hukukunda gemi kullanımına ilişkin sözleşmeler, gemi inşaat sözleşmesi, gemi onarım sözleşmesi, deniz sigortası sözleşmesi ile ham petrol satışı ve taşımacılığı alanında giderek artan sayıda yapılan ticari sözleşmelerde tahkimin yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir¹¹.

2. Tahkim Merkezleri

Deniz ticaretinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüne ilişkin birçok ülkede tahkim merkezleri bulunmaktadır. New York Deniz Tahkim Derneği (Society of Maritime Arbitrators – SMA), Londra Deniz Tahkim Derneği (London Maritime Arbitrators Association – LMAA), Alman

görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Her ne kadar davaya esas sözleşmenin 15. maddesinde, uyuşmazlık halinde ihtilafların hakem kurulunda çözümlenmesi öngörülmüşse de, aynı maddenin sonunda, ihtilaflar halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili bulunduğu kabul edilmiştir. Bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden ve kural olarak mahkemelerin ihtilafları çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması yerine, dava dilekçesinin görev yönünden reddi doğru olmuştur, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” (Bkz. 15. HD., 13.04.2009 T., 2009/1438 E., 2009/2153 K., www.kazanci.com).

⁹ Pınar Akan, “Yargıtay Kararların Işığı Altında Tahkim Uygulaması”, İstanbul Barosu Deniz Ticareti Hukuku Sorunları Paneli-I.

¹⁰ Ekşi, s. 16.

¹¹ Braver, s. 113.

Deniz Tahkim Derneği (German Maritime Arbitration Association – GMAA), Moskova Deniz Tahkim Derneği (Moscow Maritime Arbitration Commission) , Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce – ICC)’nın tahkim prosedürü deniz ticaretinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanabilir niteliktedir¹².

Araştırmalar Londra’nın en çok tercih edilen uluslararası tahkim merkezi olduğunu göstermektedir¹³. Londra’nın tercih edilmesinin başlıca nedenleri şöyle sıralanabilir:

- Tarafsız bir yargılama yaptığının kabul edilmesi
- İngiliz hukukunun geçerli hukuk olarak yaygın olması
- Londra aynı zamanda uluslararası seyahat ve iş merkezi de olduğundan dñyanın en büyük hukuk firmalarının ve deniz ticareti alanında çok sayıda uzman avukatın Londra’da bulunması¹⁴.

II. Birleştirme (Incorporation) Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları

A. Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Kavramı

Herhangi bir belgenin diğer bir belgenin eki veya parçası haline getirilmesi incorporation (birleştirme) metoduyla mümkün olabilmektedir. Taraflar incorporation metodunu uygulayarak atıfta bulundukları metnin (incorporation by reference) kendilerinin düzenledikleri metin gibi uygulanacağını beyan etmiş olmaktadır¹⁵. Özellikle genel işlem şartlarının yaygın bir şekilde kullanılması incorporation metodunun milletlerarası deniz ticareti alanındaki önemini daha da artırmıştır. Bunlara ek olarak taraflar henüz onaylanmamış ve bağlayıcılık kazanmamış olan sözleşme hükümlerine de atıfta bulunarak bunları da sözleşmenin eki veya sözleşmenin hükmü haline getirebilmektedir¹⁶.

Milletlerarası deniz ticaretinde sıkça kullanılan genel işlem şartları, standart sözleşmeler, kodlar ve broşürlerde yer alan kurallar arasında tahkim şartını düzenleyen hükümler de bulunmaktadır. Söz konusu genel

¹² Ekşi, s. 16-19.

¹³ Harris, http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/Bruce_Harris_Tetley_lecture_2008.rtf (Çevrimiçi, 02.05.2012).

¹⁴ “The battle of the seats: Paris, London or New York?”, www.whitecase.com/articles-12142011, (çevrimiçi, 02.05.2012).

¹⁵ Ekşi, s. 52; Kerem Ertan, **Deniz Hukuku’nda Londra’da Tahkim**, İstanbul, 2010, s. 146.

¹⁶ Ekşi, s. 21.

işlem şartlarına, standart sözleşmelere, kodlara ve broşürlere sözleşmelerde atıf yapılması halinde bu düzenlemelerin içerisinde bulunan tahkim şartı da taraflar için bağlayıcı olacaktır. Örneğin, taraflar zaman kaybetmemek amacıyla sözleşmenin ayrıntılarını tek tek belirlemek yerine BIMCO¹⁷ ve daha bir çok kuruluş tarafından hazırlanan charter parti ve konişmento metinlerini kullanmaktadırlar¹⁸. Bu metinlerde konişmentodan veya charter partiden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüne ilişkin yer alan tahkim klozu tarafların bu metinleri kabul etmesiyle birlikte taraflar açısından da bağlayıcılık kazanmaktadır.

Milletlerarası deniz ticaretinde tarafların tahkim kloxunun bulunduğu tip sözleşmelere atıf yapmaları yaygın bir kullanımdır. Tip sözleşmede yer alan tahkim kloxundan açıkça söz edilerek yapılan atıflarda tahkim kloxunun tarafları bağlayacağı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak tahkim kloxundan söz edilmeksizin tip sözleşmeye yapılan genel atıf halinde tip sözleşmedeki tahkim kloxunun tarafları bağlayıp bağlamayacağı tereddüt uyandırabilmektedir¹⁹.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda²⁰ incorporation yoluyla tahkim anlaşmasının yapılabileceği öngörülmüştür. Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasına göre asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

B.Milletlerarası Deniz Ticaretine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Incorporation Yoluyla Sözleşmelere Dâhil Edilmesi

Incorporation yoluyla genel işlem şartlarına yapılan atıfta tahkim klozu ayrıca belirtilmemişse yapılan atfın tahkim şartını kapsamadığı kabul edilir. Ancak yapılan atıfta tahkim kloxunun da atfa dâhil olduğu ayrıca belirtildiği durumlarda tarafların genel işlem şartlarındaki tahkim şartıyla bağlı oldukları kabul edilmektedir²¹. Ancak aksi yönde bir görüşe göre de bir genel işlem

¹⁷ Baltic and International Maritime Conference.

¹⁸ **Ekşi**, s. 37.

¹⁹ **Ekşi**, s. 38.

²⁰ RG. 05.07.2001, S. 24453.

²¹ Cemal Şanlı, “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2002. Sayı 2, 774.

şartına atıf yapılmışsa yapılan atıf sözleşmenin tamamına yapılmış sayılır ve böylece tahkim şartını da kapsar²².

Tarafların faaliyet gösterdikleri sektörde kullanılan genel işlem şartlarında tahkim şartlarının yer aldığı yaygın olarak biliniyorsa ve ilgili sektörde yapılan atıfların tahkim şartını da kapsadığı yönünde bir teamül varsa bu halde de tahkime gidilebileceği genel olarak kabul edilmektedir²³. Ancak KALPSÜZ'e göre, atıf yapılan belgede tahkim şartının bulunup bulunmadığının yaygın olarak bilinmesine gerek yoktur. Zira milletlerarası ticaretle uğraşan her tacirin göstermekle yükümlü olduğu bir özen vardır ve bu özen yükümlülüğü çerçevesinde imzaladığı veya kabul ettiği belgeden başka bir belgeye atıf yapıyorsa, tacirin atıf yapılan bu belgeyi de kabul ettiği ve belgedeki tahkim şartı ile bağlı olduğu kabul edilmelidir²⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında tahkim şartı içeren genel işlem şartlarına atıfla tahkim anlaşmasının kurulmuş olacağı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu'nda da tahkim şartı içeren genel işlem şartlarına atıfla tahkim anlaşmasının kurulmuş olacağı açıkça zikredilmiştir²⁵.

C. Konışmento ile Çarter Parti Arasındaki İlişki

Çarter mukavelesi kapsamında düzenlenen konışmentolarda (çarter konışmentosu) açık hukuk seçiminin en yaygın örneğini *incorporation* kayıtları oluşturmaktadır. Konışmentoda *incorporation* kaydı ile hukuk seçimi, kapsamında düzenlendiği çarter mukavelesine açıkça atıf suretiyle yapılmakta ve söz konusu mukavele bakımından seçilen hukukun, konışmento bakımından da uygulanacağını ifade etmektedir²⁶. Konışmentoda *incorporation* kaydına yer verilmesi durumunda, konışmento hâmilinin

²² Fouchard/Gaillard/Goldman, International Commercial Arbitration, 1999, s. 272,273 (Duygu Damar, “Konışmentodan Çarter Partiye Yapılan Atıfta Tahkim Anlaşmasının Kurulması Meselesi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Hükmün Değerlendirilmesi, İÜHFİM, 2006, C. LXIV, S. 2, s. 253, dñn. 33'ten naklen).

²³ Cemal Şanlı, Uluslar Arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, İstanbul, 2005, s. 306; Ekşi, s. 38-41.

²⁴ Turgut Kalpsüz, “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 1038-1040.

²⁵ Kalpsüz, s. 1032; Nevhis Deren-Yıldırım, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004, s. 49.

²⁶ Gülüm Özçelik, Konışmentodan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007, s. 172-173.

durumu önem arz eder. Konişmento hâmilinin, çarter mukavelesinin tarafı olan çarterer olması durumunda, *incorporation* kaydı yoluyla yapılan hukuk seçiminin, hâmilin durumunu zorlaştırıcı bir etkisi mevcut olmadığı; çünkü bu kişinin aynı zamanda taşıma akdinin tarafı olması sebebiyle, taşıma akdinde hangi hukukun uygulanacak hukuk olarak seçildiğinden haberdar olduğunun ifade edilmesi gerekir.

Çarter mukavelesinde seçilen hukukun konişmento bakımından da uygulanabilir olması için, konişmento hâmilinin çarterer sıfatını da haiz olması gerekmektedir. Zira bu durumda, aynı zamanda senet hâmili olan çarterer ile taşıyan arasındaki ilişkilerde esas alınacak olan çarter mukavelesidir. Bu itibarla, konişmentonun söz konusu kişiler arasında yeni bir akdî ilişki yaratmadığından cihetle, çarter mukavelesinde seçilmiş olan hukukun, konişmento bakımından da uygulanacağı kabul edilebilecektir²⁷. Buna karşılık, konişmento hâmilinin üçüncü kişi olması halinde, çarter mukavelesinde seçilen hukukun, bu kişiye karşı ileri sürülmesi mümkün gözükmemektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, konişmentoda çarter mukavelesine atıf yapılmamış olması durumunda taşıyan ile konişmento hâmili arasındaki ilişkileri münhasıran konişmento hükümleri idare edecektir²⁸. Bu itibarla, böyle bir durumun varlığı halinde, kanaatimizce, konişmentoda hukuk seçimine yer verilmemiş olmasından hareketle uygulanacak hukuk, objektif bağlama esasları uyarınca tespit edilmelidir.

Konişmentoda çarter partiye atıf yapılması ile çarter partide yer alan hükümler konişmentonun bir parçası haline gelmektedir. Bu durumda konişmentoyu devralan kişinin konişmentonun bir parçası haline gelen çarter partideki tahkim şartı ile bağlı olup olmadığı hususu ortaya çıkmaktadır²⁹. Kendisine atıfta bulunulan çarter parti ise genellikle konişmentoya eklenmemektedir³⁰. Bu durum çarter partide yer alan tahkim şartının *incorporation* yoluyla konişmento hamiline karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği sorununu da gündeme getirmektedir.

Çarter partide yer alan tahkim şartının *incorporation* yoluyla konişmento hamiline karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu doktrinde farklı yorumların yapılmasına sebep olmaktadır. Söz konusu farklı yorumlar özellikle tahkim

²⁷ Özcelik, s. 174.

²⁸ Sami Okay, *Deniz Ticareti Hukuku*, C.2, 2. Bası, İstanbul, 1971, s. 39.

²⁹ Ekşi, s. 111.

³⁰ Hakan Karan, *Elektronik Konişmento*, Ankara, 2004, s. 45.

klotunun konışmentoda yer alıp almaması, yer alıyorsa konışmentodaki kayıtlarla çarter partideki kayıtların birbirine uygun olup olmamasına göre değışiklik göstermektedir. Keza, konışmentoda çarter partiye yapılan atıfların genel veya özel olmasına göre yorumlar değışiklik arz etmektedir.

III.Çarter Partideki Tahkim Klotunun Konışmento Hamiline Karşı Bağlayıcılığı

A. Konışmentoda Tahkim Klotunun Yer Alması ve Çarter Partideki Kayıtlarla Uyumsuzluk

1. Konışmentoda Tahkim Klotunun Yer Alması

Konışmentoda çarter partiye herhangi bir atıf bulunmadığı takdirde çarter partideki tahkimle ilgili klot konışmento hamili bakımından bağlayıcı değildir. Konışmento hamili aynı zamanda yükleten bile olsa sonuç değışmeyecektir³¹. Ancak taraflar çarter parti veya konışmentoya tahkim klotu koyarak aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüme kavuşturulmasını kararlaştırabilirler. Konışmento ile kıyaslandığında uygulamada çarter partilerde tahkim klotuna daha sık rastlandığı görülmektedir³².

Bir kıymetli evrak olan konışmentoya tahkim şartının eklenebileceği ve bu durumda tüm konışmento hamillerinin bu tahkim şartı ile bağlı olacağı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir³³. Konışmentoda bulunan

³¹ Sami Okay, “Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı”, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası: Tahkim, Ankara, 1965, s. 428.

³² Okay, s. 427; Bravar, s. 113.

³³ Ekşi, s. 110; Fehmi Ülgener, **Çarter Sözleşmeleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2000, s. 615; Fehmi Ülgener, **Konışmento ve Navlun Sözleşmesindeki Tahkim/Yetki Klotlarının Uygulanması İle İlgili Sorunlar** (3. Deniz Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları Sempozyumu’na Sunulan Tebliğ), Deniz Hukuku Dergisi, Yıl: 4, 1999, Sayı 1-2, s. 74; Kerim Atamer, “**Konışmentodan Navlun Sözleşmesine Atıf ve Tahkim Şartı**”, İstanbul Barosu Deniz Ticareti Hukuku Sorunları Paneli-I.

“...Davacının sigortalısı taşıtan, aynı zamanda alıcı-gönderilen olup, bu husus konışmentodan da anlaşılmaktadır. TTK’nın 1110/1. maddesi uyarınca, taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki münasebetlerde konışmento esastır. Dosyada mevcut konışmentonun 24. maddesinde, “Konışmento kapsamında nakliyeciyeye yöneltilecek herhangi bir talep, İngiliz Yasalarına göre ve sadece Londra’daki Yüksek Adalet Mahkemesi nezdinde karar altına alınacaktır.”” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde geçen tahkim şartı, mahkemeye gitme yetkisi vermemekle, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmekle, kesin, tereddütsüz ve açık olup, davacının sigortalısı, konışmentonun şartları ile de bağlanmıştır. Tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin 3. şahıs durumunda bulunduğunu ve bu nedenle konışmentoda kararlaştırılan tahkim şartı ile bağlı tutulamayacağını iddia edemez. Konışmentoda yer alan tahkim şartı böylece gönderileni bağlayacağı gibi, TTK’nın 1361. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca davacı sigorta şirketini de bağ-

tahkim klozu konişmentoya dayanarak talepte bulunabilecek kişileri bağlar. Buna göre hamil tahkim şartını kabul etmek istemiyorsa bu şartı çizerek konişmentoyu teslim almalıdır³⁴. Yargıtay’a göre de hamil, konişmentodaki tahkim şartını çizerek ciro etmediği sürece tahkim şartı gönderileni ve diğer hamilleri bağlayacaktır³⁵. 6102 sayılı TTK’nın 1237/1 hükmü de “*taşıyan ile konişmento hamili arasındaki hukuki ilişkilerde konişmento esas alınır*” diyerek konuya açıklık getirmektedir. Ayrıca TTK’nın 1237/3 hükmü de *konişmentodan yolculuk charterine atıf varsa konişmento devredilirken charter partinin bir suretinin de yeni hamile ibraz edilmesi gerektiğini ve böylece charter partide yer alan hükümlerin nitelikleri elverdiği ölçüde konişmento hamilini de bağlayacağını* açıklığa kavuşturmuştur.

2. Çarter Partideki Kayıtlarla Konişmentodaki Kayıtların Farklı Olması

Konişmentonun atıf yaptığı çarter parti kayıtlarının konişmentoda yer alan hükümlerden farklı olması halinde bu durumun nasıl çözüleceği sorusu söz konusu olabilir. Böyle bir durumda çarter partinin hükümlerinin konişmento hamilini bağlamayacağı kabul edilmektedir³⁶. Çarter partinin genel ya da özel atıfla konişmento kayıtlarıyla birleştirilmiş olması halinde de yine varılacak sonuç aynıdır³⁷. Bu durumu İngiliz mahkemesinin vermiş olduğu bir kararla açıklamak daha yerinde olacaktır.

İngiliz mahkemesi önüne gelen bir davada, konişmentoda “*ağırlık, ölçü, kalite, miktar, durum, içerik ve değer bilinmiyor*” şeklinde kayıt bulunduğunu, bu kayıt karşısında konişmentoda yükün miktarının yazılmış

lar. Tahkim sözleşmesi ile, taraflar, aralarındaki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna başvurmayı (gitmeyi) kararlaştırırlar (HUMK.nun 516. md.) 24. maddedeki şart, önce göreve, sonra yetkiye ilişkin olup, mahkemenin önce göreve ilişkin olan tahkim şartına göre, değerlendirme yapması gerekirken, önce yetki yönünden davayı ele alması doğru değildir...” (Bkz. 11 HD, 04.10.2004 T., 2004/189 E., 2004/9234 K., www.kazanci.com.tr).

³⁴ **Eksi**, s. 110-111.

³⁵ “...Nasıl ki tarafların, bonodan dolayı aralarında bir uyuşmazlık çıktığı takdirde, bu uyuşmazlığı çözmek için mahkemeye değil, hakeme gitmeyi kararlaştırmaları ve bonoya hakemlerin ad ve soyadlarını yazmaları mümkün ve bu tahkim kaydı, senedi ciro yolu ile alanları bağlar ise, kıymetli evrak olan konişmentoya da aynen bono gibi tahkim şartını yazmaları mümkün ve yasaldir. Hamil bu şartı kabul etmiyorsa konişmentodaki tahkim şartını çizerek ciro etmesi gerekir. Aksi halde bu tahkim şartı gönderileni bağlayacaktır...” (Bkz. 11 HD, 13.03.1998 T., 1997/9447 E., 1998/1703 K., www.kazanci.com.tr).

³⁶ Sir Guenter Treitel Q.C., Carver on Bills of Lading, 2. Ed., London: sweet&maxwell, 2005, s. 88 (**Ertan**, s. 164’ten naklen).

³⁷ **Ertan**, s. 164.

olmasının bir anlam ifade etmediğini, birleştirme klotu uyarınca konışmento kayıtlarıyla birleşen çarter partinin hükümlerinin konışmento hükümlerine aykırı olduğu ölçüde uygulama alanı bulamayacağını belirterek, davalı donatanın iddia olunan eksiklikten sorumlu olmayacağına hükmetmiştir³⁸.

B. Konışmentoda Tahkim Klotunun Yer Almayıp Çarter Partiye Atıf Yapılması

1. Konışmentoda Hangi Çarter Partiye Atıf Yapıldığının Belli Olmaması

Konışmentoda hangi çarter partiye atıf yapıldığının belirsiz olması uygulamada sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira uygulamada aynı taşımaya ilişkin olarak birden fazla çarter partinin, yani donatan ya da gemi işletme müteahhidi ile yapılmış olan asıl navlun sözleşmesinin yanı sıra bir ya da daha fazla sayıda alt navlun sözleşmesi yapılmaktadır³⁹. Böyle bir durumda konışmentoda çarter parti tarihi olarak gösterilen tarihi taşıyan tek bir çarter parti varsa konışmentonun atıf yaptığı çarter partiyi tespit etmek kolaydır. Ancak çarter partilerin birkaçının veya tümünün aynı tarihli olması halinde konışmentonun hangi çarter partiye atıf yapıldığının belirlenmesi oldukça zordur. Ya da çarter partinin tarihinin hiç yazılmaması durumu da söz konusu olabilir. İngiliz mahkemesi tarafından verilen bir kararda konışmentoda atıf yapılan çarter partinin tarihi belirtilmemiş olsa bile çarter partideki tahkim klotunun konışmento hamili açısından bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir⁴⁰. Buna karşılık Amerikan SDNY Bölge Mahkemesi ise vermiş olduğu bir kararda konışmentoda hangi çarter partiye atıf yapıldığının

³⁸ Ertan, s. 164.

³⁹ Ertan, s. 158.

⁴⁰ “Karara konu olayda, Ukrayna’dan Polonya’ya taşınan çelik levhanın boşaltma limanında yapılan gözetim neticesinde hasarlı olduğu ve bu hasarın deniz suyundan kaynaklandığı tespit edilmiştir. Açılan davada davalı, taraflar arasında tahkim anlaşması sebebiyle davanın reddini talep etmiştir. Davacı taraf ise konışmentoda tarihi belirtilmeden çarter partiye atıf yapıldığını, oysa taraflar arasında bir çarter partinin mevcut olmadığını, bu nedenle tahkim itirazının kabul edilemeyeceğini iddia etmiştir. 09.04.2001 tarihli konışmento “congenbill” standart formundaydı. Konışmentoda belirli bir çarter parti belirtilmemiş; konışmentonun arka yüzünde yer alan klotla tahkim şartı da dahil olmak üzere çarter partiye atıf yapılarak konışmentonun çarter parti ile birlikte kullanılacağı ifade edilmiştir. Mahkeme konışmentoda çarter partinin tarihinin belirtilmemiş olmasının önem taşımadığını, davacının kendisine telex ile gönderilen ve çarter partide değişiklik yapan üst yazıda tahkim klotunun yer aldığını, bu üst yazıyı davacının kabul ettiğini, üst yazı ile çarter partinin bir bütün olduğunu, konışmentonun çarter partiye ve dolayısıyla üst yazıya atıf yapması sebebiyle tahkim klotunun konışmentoya dahil edildiğini (incorporate) kabul etmiştir”. (Eksi, s. 112-113).

açıkça gösterilmesini aramıştır⁴¹. İngiliz mahkemesi tarafından verilen kararın üçüncü kişi olan konişmento hamilinin aleyhine olduğu açıktır. Bu hükmün genelleştirilmesinin doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak eğer konişmentodan çarter partinin bütün hükümlerine atıf yapılıyorsa çarter partiyi en azından isim ve gün olarak belirtmek zorunludur. Hatta tarafların kimliklerinin de açıklanması uygun olur⁴².

2. Çarter Partinin Hangi Hükümlerinin Konişmentonun Parçası Haline Getirildiğinin Tespiti

Konışmentolardaki birleştirme klotlarında farklı metinler kullanılmaktadır. Konışmentodan çarter partiye yapılan atıfta ya çarter partinin belirli bir veya birkaç maddesinin o maddelerin numarasını, başlığını veya içeriğini zikretmek suretiyle konişmentonun parçası haline getirilmesi yolu tercih edilmekte ya da çarter partiye genel bir takım ifadelerle atıf yapılmaktadır⁴³. İlk yol tercih edildiğinde çarter partinin hangi hükmünün konişmentonun parçası haline geldiğinin tespitinde bir sorun bulunmamaktadır. Ancak ikinci yolun tercih edilmesi halinde bazı yorum farklılıklarına rastlanması muhtemeldir.

Konışmentodan çarter partiye genel ifadelerle yapılan atıflarda uygulamada en çok “*conditions*” (şartlar), “*terms*” (kayıtlar), “*clauses*” (klotlar) gibi kelimeler kullanılmaktadır. Her ne kadar bu kelimelerin aynı şeyi ifade ettiği düşünülse de İngiliz mahkemesi kararlarında bu kelimelere farklı anlamlar yüklendiği görülmektedir. Örneğin, mahkeme bir kararında “*conditions*” kelimesinin yer alması halinde, yalnızca çarter partinin yükün gönderilen tarafından teslim alınabilmesi için yerine getirilmesi gereken şartların konişmentonun parçası haline geleceği, çarter partinin yükün teslimi için gönderilen tarafından ifası gereken borç ve yükümlülükler dışında kalan

⁴¹ “Karara konu olayda gemi sahibi Londra’da tahkimi içeren Gencon formatında bir zaman çarter parti imzalamıştır. Çarterer yine Gencon zaman çarteri formatında bir alt çarter parti yapmıştır. yapılan alt zaman çarterinde tahkim klotu bulunmamakta; ancak ikinci çarterer tarafından düzenlenen konişmentoda çarter partideki tahkim klotuna atıf yapılmıştır. Mahkeme de konişmento hamilinin tahkim yoluna başvurmak zorunda olmadığını, iki çarter partinin bulunduğunu, bunlardan hangisinin kastedildiğinin belirtilmediğini, konişmentoda çarter partilerden hangisine atıf yapıldığının müphem olduğunu, bu sebeple tahkim klotunun konişmento hamiline karşı ileri sürülemeyeceğini belirterek tahkim itirazının reddine karar vermiştir” (ER Hardy IVAMY/DJ HILL/GJ TIMAGENIS, International Case Notes, 1997, LMCLQ, s. 69 (Ekşi, s. 113’ten naklen)).

⁴² Tetley, s. 602.

⁴³ Ertan, s. 160-161.

hükümlerinin ise konışmentonun parçası haline gelmeyeceği belirtilmiştir⁴⁴. Buna karşın mahkeme “*terms*” ifadesini daha geni yorumlamış ve bununla atıf yapılan çarter partinin hemen tüm hükümlerinin konışmentonun bir parçası haline geldiğinin kabulüne hükmetmiştir⁴⁵.

3. Konışmentodan Çarter Partiye Özel Atıf Yapılması

Konışmentodan çarter partiye yapılan atıfta açıkça “*tahkim klotu da dahil diğer bütün şartlar çarter partideki gibidir*” şeklinde bir ifade varsa, konışmentoyu devralan kimsenin tahkim şartı ile bağlı olacağı kabul edilmektedir⁴⁶. Zira konışmentodaki atıf dolayısıyla çarter partideki tahkim klotu, konışmento kayıtlarının bir parçası haline gelmiştir. Yargıtay da konışmentodan çarter partiye özel atıf yapılmasını kabul etmiştir⁴⁷.

İngiliz ve Amerikan hukukunda da mahkemeler tahkim şartlarına yapılan özel atıfların varlığı halinde tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulmuş sayıldığını kabul etmektedirler⁴⁸.

4. Konışmentodan Çarter Partiye Genel Atıf Yapılması

Konışmentodan çarter partiye, tahkim şartından hiç söz edilmeden genel bir atıf yapılmış olabilir. Bu durumda tahkim şartından açıkça söz edilmediğinden çarter partiye yapılan genel atıfla tahkimin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı hususu tereddüte yol açmaktadır. Bu hususta doktrinde fikir birliği sağlanamamıştır. Yargıtay ise konışmentoda çarter partiye genel atıf yapılmasını yeterli kabul etmektedir⁴⁹.

⁴⁴ Ekşi, s. 161.

⁴⁵ “Mahkeme bir davasında içindeki birleştirme klotunda “*terms*” kelimesi bulunan bir konışmentoyu devralan kişinin, konışmentonun atıf yaptığı çarter partinin yükleme, taşıma ve tahliyeyle ilişkin tüm kayıtlarını kabul etmiş olacağını belirtmiştir” (Ekşi, s. 161-162).

⁴⁶ Şanlı, Konışmento, s. 774-776; Şanlı, Ticari Akitler, s. 308; Okay, s. 428-429; Ülgener, s. 615; Ülgener, Sorunlar, s. 74; Ekşi, s. 114.

⁴⁷ “...Davalı vekili, dava konusu taşıma ile ilgili olarak düzenlenen konışmentolarda atıfta bulunulan Navlun Mukavelesi uyarınca ihtilafın Londra’da Tahkim yoluyla halledilmesi gerektiğini belirterek, davanın görev nedeniyle reddini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davacı tarafından sunulan konışmentoda taşıma ile ilgili olarak Gencon Çarter Parti hükümlerine tabi olacağının yazıldığı ve arka sayfasında da gemi kiralama sözleşmesinin tüm hüküm ve koşulları muafiyet ve istisnaları yasa ve tahkim maddesinin konışmentoya dahil edildiğinin yazılı olduğu ve bu sözleşmenin 19. maddesine göre her türlü ihtilafın Londra’da tahkime müracaat ile halledilmesi gerektiği sonucuna varılarak, davalının tahkim itirazının kabulü ile görev noktasından davanın reddine karar verilmiştir. (Bkz. 11 HD, 21.10.2003 T., 2003/3623 E., 2003/9639 K., www.kazanci.com.tr).

⁴⁸ William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3. Ed., Montreal, 1988, s. 603-604.

⁴⁹ “...TTK’nun 1110/1.maddesi uyarınca, taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki münasebet-

KALPSÜZ'e göre, uluslararası ticarete tacirler ticaretlerine ait bütün faaliyetlerinde basiretli davranmak zorundadır. Dolayısıyla uluslararası ticari bir sözleşmeyi imzalarken tacir sözleşmede atıf yapılan bütün belgeleri inceleyerek içeriğine vakıf olmalıdır. Yani atıfta bulunulan belgedeki tüm kayıtlar bağlayıcı olur⁵⁰.

OKAY⁵¹ ve ŞANLI'ya⁵² göre, genel bir atıfla charter partideki tahkim klozu konişmentoya aktarılmış olmaz ve taşıyıcı ile konişmento hamili arasında tahkim sözleşmesi kurulmuş sayılmaz.

ÜLGENER'e⁵³ göre ise charter partideki tahkim klotunun konişmento hamili bakımından geçerli sayılabilmesi için hamilin konişmentoyu devralması sırasında herhangi bir tereddüte yer bırakmayacak şekilde tahkim klotunu fark etmesi gerekir.

SONUÇ

Tahkimin özel bir yargılama usulü olması nedeniyle yazılı şekil şartı geniş yorumlanmakta ve atıf yoluyla tahkim anlaşmasının kurulması genel anlamda geçerli kabul edilmektedir.

Konişmentodan charter partiye atıf yaparak tahkim anlaşması kurmak mümkündür. Bu durumda, konişmento henüz devredilmemişse sorun yoktur. Çünkü charter sözleşmesinin ve tahkimin tarafı olan şahıs halen konişmentoyu elinde bulundurmaktadır. Bu halde tahkim sözleşmesi konişmento hamilini de bağlayıcı niteliktedir.

lerde konişmento esastır...Gönderilen konişmentoyu ciro ile alıp, bunu ibrazla yükü teslim almada kullandığı anda, konişmentonun şartları ile de bağlanmış olur; tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin 3.şahıs durumunda bulunduğunu ve bu nedenle konişmentoda kararlaştırılan tahkim şartı ile bağlı tutulamayacağıni iddia edemez, konişmentoda yer alan tahkim şartı böylece gönderileni bağlayacağı gibi, TTK'nun 1361. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca davacı sigorta şirketini de bağlar. Mahkemece, kararın gerekçesinde Charter Party'e atıf bulunmadığı belirtilmiş ise de, dosyada mevcut Charter Party'nin 12.4.2000 tarihini taşıyıp, davaya konu uyumsuzlukla bir ilgisinin saptanamamış olması karşısında, konişmentoda yer alan tahkim şartı uyarınca, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ve hatalı gerekçe ile işin esasına girilmesi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.” (Bkz. 11 HD, 06.05.2002 T., 2002/216 E., 2002/4357 K., www.kazanci.com.tr).

⁵⁰ Kalpsüz, s. 1037-1038. Aynı yönde görüş için bkz. Atamer, “Konişmentodan Navlun Sözleşmesine Atıf ve Tahkim Şartı”, İstanbul Barosu Deniz Ticareti Hukuku Sorunları Paneli-I.

⁵¹ Okay, s. 432-433.

⁵² Şanlı, Ticari Akitler, s. 289-290.

⁵³ Ülgener, s. 615.

Asıl tartışılması gereken husus, taşıyan ile tahkim şartını da içeren bir çarter sözleşmesi yapan şahsın bu taşıma sözleşmesine istinaden düzenlenen konişımentoyu üçüncü kişilere devretmesi durumunda tahkim şartının, konişımentonun yeni hamili bakımından geçerli olup olmayacağıdır.

Konişımentonun devredilmiş olması durumunda son konişımento hamili ile taşıyan arasında tahkim anlaşmasının varlığından bahsedebilmek için konişımentodan çarter partiye özel atıf yapılmış olması gerekmektedir. Konişımentodan çarter partiye yapılan genel atıfların varlığı halinde ise genel atıfların tahkim anlaşmasının kurulmasına yeterli olmayacağı genellikle kabul edilmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi Yargıtay kararları bunun aksi yönde oluşmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu bu konuda açık bir hükme yer vermektedir. Gerçekten, Türk Ticaret Kanununun 1237. maddesinin üçüncü fıkrası *“Konişımentoda, yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme varsa, konişımento devredilirken çarter partinin bir suretinin de yeni hamile ibraz edilmesi gerekir. Bu takdirde çarter partide yer alan hükümler, nitelikleri elverdiği ölçüde konişımento hamiline karşı da ileri sürülebilir. Ancak, 1245 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü saklıdır”* hükmünü haizdir.

Bu durumda, çarter partide yer alan hükümlerin (varsa tahkim kaydının) kural olarak taraflar arasında geçerli olduğunun kabulü gerekir. Bunun aksi yorumundan, taşıma sözleşmesinin tarafları arasında kararlaştırılan tahkim kaydının esasen konişımentoyu devralan hamile karşı ileri sürülemeyeceğinin kabul edilmesi lâzımdır. Ancak maddede de açıkça ifade edildiği gibi, konişımentonun üçüncü kişilere devri durumunda çarter partinin bir suretinin de konişımentoyla birlikte devralana ibrazı gerekir. Çarter parti konişımentoyla birlikte hamile ibraz edilmişse çarter partideki diğer kayıtlarda olduğu gibi tahkim kaydı da hamile karşı ileri sürülebilecektir. Buna karşılık, konişımento devredilmesine rağmen tahkim şartını da ihtiva eden çarter parti hamile ibraz edilmemişse tahkim şartı ancak sözleşmenin tarafları arasında geçerli olacak, hamile karşı ise geçerli olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Akan, Pınar : **“Yargıtay Kararların Işığında Tahkim Uygulaması”**, İstanbul Barosu Deniz Ticareti Hukuku Sorunları Paneli-I, 20.03.2010.

Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Ankara, 2007.

Alangoya, Yavuz : **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 3. Baskı, İstanbul, 2003.

Atamer, Kerim : **“Konişmentodan Navlun Sözleşmesine Atıf ve Tahkim Şartı”**, İstanbul Barosu Deniz Ticareti Hukuku Sorunları Paneli-I, 20.03.2010.

Barever, Aleksander : **“Deniz Hukuku İhtilafları Hakkında Tahkime İlişkin Bazı Meseleler”**, Çev. Şebnem Akipek / Mertol Can, BATİDER, Ankara, C. XIX, S. 2, Aralık, 1997, s. 111-123.

Damar, Duygu : **“Konşimentodan Çarter Partiye Yapılan Atıfta Tahkim Anlaşmasının Kurulması Meselesi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Hükmün Değerlendirilmesi”**, İÜHFM, 2006, C. LXIV, S. 2, s. 247-271.

Deren-Yıldırım, Nevhis : **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, 2004.

Ekşi, Nuray : **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, 2. Bası, İstanbul, 2010.

Ertan, Kerem : **Deniz Hukuku’nda Londra’da Tahkim**, İstanbul, 2010.

Ertabak, Ünal : **Tahkim Sözleşmesi İle İlgili İhtilaflar**, İstanbul, 2009.

Harris, Bruce : **“Maritime Arbitration in the U.S and the U.k, Past Present and Future: The View from London”**, The Tulane Maritime Law Center William Tetley Maritime Law Lecture 2008, http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/Bruce_Harris_Tetley_lecture_2008.rtf.

Kalpsüz, Turgut : **“Tahkim Anlaşması”**, **Bilgi Toplumunda Hukuk**, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 1027-1054.

Karan, Hakan : **Elektronik Konişmento**, Ankara, 2004.

Kuru, Baki/

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder : **Medeni Usul Hukuku**, 23. Bası, Yetkin, Ankara, 2012.

Okay, Sami : **“Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı”**, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası: Tahkim, Ankara, 1965, s. 425 vd.

Okay, Sami : **Deniz Ticareti Hukuku**, C.2, 2. Bası, İstanbul, 1971. (Deniz Ticareti).

Özçelik, Gülüm : **Konışmentodan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 2007, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz /

Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Ankara, 2011

Şanlı, Cemal : **“Konışmenonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konışmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”**, MHB Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Y. 22, s. 2, 2002, s. 773-789.

Şanlı, Cemal : **Uluslar Arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul, 2005. (Ticari Akitler).

Tetley, William : **Marine Cargo Claims**, 3. Ed., Montreal, 1988.

Ülgener, M. Fehmi : **Çarter Sözleşmeleri**, İstanbul, 2000.

Ülgener, M. Fehmi : **“Konışmento ve Navlun Sözleşmesindeki Tahkim/Yetki Klotlarının Uygulanması İle İlgili Sorunlar”** (3. Deniz Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları Sempozyumu’na Sunulan Tebliğ), Deniz Hukuku Dergisi, Yıl: 4, 1999, Sayı 1-2, s. 59 vd. (Sorunlar).

Üstündağ, Saim : **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 2000.

Yavuz, Cevdet : **“Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi olduğu Hükümler”**, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 133-177.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

“The battle of the seats: Paris, London or New York?”, www.whitecase.com/articles-12142011, (çevrimiçi, 02.05.2012).

www.kazanci.com.tr

BOŞ

6356 SAYILI YENİ SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU’NUN SENDİKAL GÜVENCELER KONUSUNDA GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER VE HUKUKİ SONUÇLARI

Muhittin ASTARLI*

ÖZET

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 18.10.2012 tarihinde kabul edilmiştir. Yeni Kanun sendikal güvenceler konusunda önemli yenilik ve değişiklikler getirmektedir. Bu çalışmada Kanunun işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesine ilişkin 23. maddesi; işyeri sendika temsilciliğinin güvencesine ilişkin 24. maddesi ve sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin 25. maddesi inceleme konusu yapılacaktır. İnceleme 2821 sayılı Sendikalar Kanununun bu konulara ilişkin hükümleri ile karşılaştırmalı olarak yapılacak ve 6356 sayılı Kanunun getirdiği yenilik ve değişiklikler ile bunların hukuki sonuçları belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sendikal güvenceler, İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi, işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi, sendika özgürlüğünün güvencesi.

REVISIONS INTRODUCED IN TRADE UNIONS AND COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS CODE NO 6356 AND LEGAL CONSEQUENCES THEREOF REGARDING UNION ASSURANCES

ABSTRACT

Trade Unions and Collective Bargaining Agreements Code no 6356 is enacted in October 18th 2012. New Code features some important changes and revisions regarding union rights and assurances. In this paper, article 23 which is about workers organization directorship assurances, article 24 which is about workplace union representative assurances and article 25 which is about union freedom assurances will be examined. Examination will be made comparatively with the articles of Trade Unions Code no 2821 and the revisions introduced in Code no 6356 and legal consequences thereof will be identified.

Keywords: Trade union assurances, workers organization directorship assurances, workplace union representative assurances, union freedom assurances.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 18.10.2012 tarihinde kabul edilmiş ve yaklaşık yirmi yılından bu yana uygulanagelen 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. 6356 sayılı Kanunun getirdiği değişiklik ve yeniliklerin önemli bir kısmı da sendikal güvencelere ilişkindir. Zaten bu düzenlemeler, iş hukuku uygulamasında en çok tartışmaya neden olan hükümlerindendir. Bu çalışmada Kanunun sendikal güvenceler kapsamında düzenleme konusu yaptığı işçi kuruluştan yöneticiliğinin güvencesine ilişkin 23. maddesi; işyeri sendika temsilciliğinin güvencesine ilişkin 24. maddesi ve sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin 25. maddesi inceleme konusu yapılacak ve yeni Kanunun 2821 sayılı Kanununun aynı konuya ilişkin hükümlerine göre getirdiği yenilik ve değişiklikler tespit edilecektir. Bu kapsamda Kanunun ortaya çıkardığı hukuki problemlerin çözümüne ilişkin yöntemler de tartışılacaktır.

1. İŞÇİ KURULUŞU YÖNETİCİLİĞİ GÜVENCESİ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu profesyonel sendika yöneticilerinin iş güvencesine yeni bir boyut getirmiştir. Bilindiği üzere profesyonel yönetici, sendika yöneticiliği sıfatıyla sendikal faaliyette bulunmak üzere işyerinden ayrılan, bunun karşılığında da sendikadan belirli bir ücret alan işçidir. Amatör sendikacı ise, sendika yöneticiliği sıfatıyla sendikacılık faaliyetlerini işyerinden ayrılmadan çalışmaya devam ederek gerçekleştiren işçidir. Sendika yöneticiliği olarak sendikal faaliyette bulunmayı özendirmek amacıyla profesyonel sendika yöneticilerine kimi güvencelerin sağlanması hukukumuzda 274 sayılı Sendikalar Kanunundan bugüne kabul görmüş bir husustur. Kanunda amatör sendika yöneticileri için de bir güvence öngörülmüştür.

Kanunda getirilen güvencenin sendika ile yönetici arasındaki ilişki ve bu ilişkinin hukuki niteliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır. İşçinin iş sözleşmesinin yöneticilik görevi nedeniyle askıya alınması, sendika ile arasında da bir iş sözleşmesi bulunduğu şekilde yorumlanamaz; sendika ile yöneticileri arasındaki ilişki kural olarak bir vekalet ilişkisidir¹.

¹ Kanun Tasarısında, profesyonel yöneticilerin görevleri süresince iş sözleşmelerinin askıya alınması kuralı getirildiğinden; artık bu kişilerin sendika ile aralarındaki ilişkinin vekalet sözleşmesine değil, iş sözleşmesine dayanacağı yönündeki karşı görüş için bkz. Savaş Fatma Burcu, “Sendikal Güvencelerde Son Durum”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, sh.124.

A. PROFESYONEL SENDİKA YÖNETİCİLERİNİN GÜVENCESİ

1. GÜVENCENİN KAPSAMINDAKİ YÖNETİCİLER

6356 sayılı Kanunun 23. maddesi işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencelerini düzenlemektedir. Öncelikli olarak bu güvencenin kapsamına hangi yöneticilerin girdiğinin belirlenmesi gerekir. Kanun 23. maddenin ilk fıkrasında “işçi kuruluşunda yönetici olanlar”dan bahsetmektedir. Zaten hükmün başlığı da “işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi”dir. Dolayısıyla işçi kuruluşu ve bunların yöneticilerinin kim olduğunun belirlenmesi gerekir. Kanunun “tanımlar” başlıklı 2. maddesine göre “işçi kuruluşu”, sendika ve konfederasyonları, “yönetici” ise, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade eder. Buradan hareketle güvenceye sahip yöneticilerin, işçi konfederasyonları, sendikaları ve sendika şubelerinin yönetim kurulu üyeleri şeklinde anlaşılması daha isabetli olur². Zira burada vurgu yapılan yöneticilik sıfatıdır ki, işçi kuruluşu olan sendikalar ve onun şubeleri yönetim kurulu üyeleri, Kanunun yönetici tanımının kapsamına girmektedir.

2821 sayılı Kanunda denetleme kurulu üyeleri de bu Kanun anlamında yönetici sayıldıklarından (md.9/f.7), yöneticilik teminatından denetleme kurulu üyelerinin de yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıydı. Bu dönemde kanaatimiz md.29’da genel olarak “yönetici” tabiri kullanılmadığı, yeniden işe alma yükümlülüğü şeklinde öngörülen sendikal teminatın “yönetim kurullarında veya başkanlığında görev” alanlara hasredildiği; bu nedenle denetim kurulu üyelerinin 29. madde uyarınca işe alınmalarını talep edemeyeceği; md.29/f.2’deki “Yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar bu haktan yararlanamazlar” ifadesinin de aksi bir yorumu engeller mahiyette olduğu yönündeydi³. Oysa 6356 sayılı yeni Kanun yönetici tanımını, kuruluşun ve şubenin “yönetim kurulu üyeleri” ile sınırlandırdığından, artık bu yönde bir tartışmaya girmeye de gerek kalmamıştır.

2. KURAL: YÖNETİCİLİK GÖREVİ NEDENİYLE İŞYERİNDEN AYRILMA HALİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIYA ALINMASI

2821 sayılı Kanunun 29. maddesi “Sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile

² Krş. sadece sendika ve konfederasyonların yönetim kurulunda görev alan profesyonel yöneticiler bu güvenceden yararlanabilecekleri yönünde Savaş sh.124.

³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, sh.486.

çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler” ibaresiyle, sendika yönetim kurulu veya başkanlığında görev almak nedeniyle işçinin işinden ayrılmasının bir işçi feshi niteliğinde olduğunu kabul etmişti. Bu durumda yöneticilik görevine seçilen işçi ya açık bir şekilde ya da çalışmamak suretiyle zımni olarak iş sözleşmesini feshetmek durumunda kalmakta idi. İş sözleşmesinin yönetici işçinin feshi suretiyle sona ermesi nedeniyledir ki, 2821 sayılı Kanunun 29. maddesi işverene, işyerinde “işe alınmalarını” isteyen yöneticileri “işe alma zorunluluğu” getirmekteydi. İş sözleşmesi yapma zorunlulukları kapsamında değerlendirilen bu yükümlülüğe aykırılığın cezai yaptırımını kanun koyucu belirlemişti. Kanunun 59. maddesi uyarınca 29. maddenin birinci fıkrasına göre iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna aykırı davranan işveren hakkında idari para cezası düzenlenecekti. Bu yükümlülüğe aykırılığın cezai yaptırımını öngören kanun koyucu, hukuki bir yaptırıma ise Kanun’da yer vermemiştir⁴.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, bu konuda esaslı bir değişiklik getirmiştir. Kanunun 23. maddesinin yeni düzenlemesine göre, işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalacaktır. Bu durumda profesyonel yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılması gereken işçi, iş sözleşmesini sona erdirmek zorunda kalmayacak, iş sözleşmesi kanun gereği askıya alınmış olacaktır. Diğer bir ifade ile iş sözleşmesi varlığını devam ettirmekle birlikte, tarafların bu sözleşmeden doğan temel edim yükümlülükleri olan, iş görme ve ücret ödeme borçları askı süresince hüküm doğurmayacaktır. Hukuken kabul

⁴ Hukuki bir yaptırımın varolup olmadığı, bir yaptırımın varlığının kabul edilmesi halinde bunun ne olması gerektiği doktrinde tartışmalı idi. İşverene getirilen tüm iş sözleşmesi yapma halleri bakımından genel kanaatimiz, kanun koyucunun iş sözleşmesi yapma zorunluluğu öngördüğü hallerde kimi zaman hukuksal yaptırım (tazminat) (4857 sayılı İş Kanunu md.30/f.5, md.31/son fıkra); kimi zaman cezai yaptırım (idari para cezası; 4857 sayılı İş K. md.101) (idari para cezası; 854 sayılı Deniz İş K. md.50/ç; 2821 sayılı Kanun md.59/2) öngördüğü; kimi zaman da tamamen yaptırımsız bıraktığı (4857 sayılı K. md.29/f.2; 5953 sayılı Basın İş Kanunu md.12/f.2); bu durum karşısında md.30/f.5 ve md.31/son fıkrada öngörülen haller dışında Türk Hukukunda iş sözleşmesi yapma yükümlülüklerine aykırılığın tazminat şeklinde hukuki bir yaptırımından söz edilemeyeceği; zira İş K. md.29/f.6’ya göre toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkarılanların yeniden işe alınması yükümlülüğüne aykırılık halinde Kanun bir ceza yaptırımı dahi öngörmediği; kanun koyucunun öngördüğü bu yükümlülük için tazminat şeklinde bir hukuksal yaptırım getirmesi gerekirken ceza yaptırımına bile gerek görmemesi karşısında işverenin bu hüküm kapsamında iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünden söz etmenin anlamsız kalacağı; kanun koyucunun gerek gördüğü hallerde cezai yaptırım, gerek gördüğü hallerde hukuksal yaptırım, gerek gördüğü hallerde ise her ikisini de öngördüğü, dolayısıyla kanun koyucunun hukuksal yaptırım öngörmediği hallerde, işe alma zorunluluğu ile ilgili düzenlemelere aykırılık halinde hükmün amaçsal yorumu yoluyla tazminat şeklinde bir hukuksal yaptırım getirmenin olanaklı olmadığı yönündeydi (Mollamahmutoğlu/Astarlı, sh.494 vd.)

edilebilir olan da zaten budur; işverenin işe başlatma zorunluluğundan söz edebilmek için, iş sözleşmesinin varlığı mecburidir ki, bu, sözleşmenin askıya alınması ile sağlanabilecektir.

Ancak unutulmamalıdır ki, askıya alınan sadece işçinin iş görme ve işverenin bunun karşılığı olan ücret ödeme borcudur; bunlar dışında iş sözleşmesinden işçi ve işveren bakımından doğan borçlar, örneğin işçi bakımından sadakat, işveren bakımından gözetme borçları varlıklarını sürdürmektedirler.

İşçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa, bilindiği üzere iş sözleşmesinin belirli olan süresi askı halinde de işlemeye devam edeceğinden askı dönemindeki iş sözleşmesi vadesinin gelmesi ile kendiliğinden sona erecektir. Bu durumda yöneticinin kıdem tazminatı talep hakkı doğmayacaktır. Çünkü hükmün 1. fıkrasında askıda olan iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi haline hukuki sonuç bağlanmıştır. Oysa işçi işyerinden ayrılırken iş sözleşmesinin yöneticilik görevi nedeniyle sona erdirmiş olsaydı md.23/f.1 uyarınca kıdem tazminatına hak kazanacaktı. Belirli süreli iş sözleşmesi sona eren yönetici işçinin 23/f.2 uyarınca da kıdem tazminatı talep etmesi mümkün olmasa gerekir. Çünkü bu hükümde iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından değil, yöneticilik görevinin sona ermesi bakımından bir ayırım yapılmıştır. Ancak her halükarda yöneticilik görevinin sona erdiğinde iş sözleşmesinin de var ve askıda olması gerekir.

3. İSTİSNA: YÖNETİCİLİK GÖREVİ NEDENİYLE İŞYERİNDEN AYRILAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ DERHAL SONA ERDİREBİLMESİ VE KIDEM TAZMİNATI HAKKI

6356 Kanunun 23/f.1 maddesinde öngörülen kural, işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalmasıdır. İş sözleşmesinin askıya alındığının kabul edilebilmesi için, işçinin “yönetici olduğu için” çalıştığı işyerinden ayrılması gerekir.

Yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılma halinde iş sözleşmesinin askıya alınması bir kanuni zorunluluk değildir. Yönetici işçi, bu görevinin sona ermesinin akabinde işyerine dönüp çalışmaya başlamayı düşünmüyorsa iş sözleşmesini sona erdirebilir. Kanuna göre, “Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder” (md.23/f.1). Kanun koyucunun burada öngördüğü fesih hakkı, bir bildirimsiz/olağanüstü fesih hakkıdır. Çünkü işçi

iş sözleşmesini, belirsiz süreli ise bildirim süresine uymaksızın, belirli süreli ise, sözleşmede öngörülen vadeyi beklemeksizin derhal sona erdirebilecektir. Burada yönetici işçiye Kanunun sağladığı avantaj, yöneticilik görevi nedeniyle iş sözleşmesini askıya almak yerine haklı nedenle sona erdirmeyi tercih eden işçinin, kıdem tazminatına da hak kazanacak olmasıdır (md.23/f.1).

İşçi iş sözleşmesine devam etmemeye ilişkin iradesini yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılırken açıklayabileceği gibi, yöneticilik nedeniyle işten ayrılıp iş sözleşmesi askıya alındıktan sonra, yöneticilik görevinin devamında da yani askı süresi içerisinde de açıklayabilir.

Yönetici, bu göreve getirilmek dolayısıyla iş sözleşmesini askıya almadan derhal sona erdirirse kıdem tazminatı, işten ayrıldığı tarihteki son ücreti üzerinden hesaplanacaktır. Buna karşılık yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin askıya alındığı tarihteki değil, fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanacaktır. Kanun koyucu burada, yöneticilik görevi uzunca bir süre devam eden, dolayısıyla da iş sözleşmesi bu nedenle askıda kalan işçinin kıdem tazminatı konusunda mağdur olmamasını, en azından tazminatın işyerindeki emsal işçi ücretleri ve hakları dikkate alınarak hesaplanmasını istemiştir.

4. İŞVERENİN İŞE BAŞLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

a. İşe Başlatma Yükümlülüğünün Koşulları

6356 sayılı Kanun yukarıda da belirttiğimiz üzere, yönetici olduğu için işten ayrılan işçinin iş sözleşmesinin, 2821 sayılı eski Kanunda olduğu gibi işçi tarafından sona erdirildiğini değil, askıya alındığını kabul etmiştir. Dolayısıyla yönetici işçi, işyerinden ayrılırken veya görevin devamı sırasında iş sözleşmesini derhal sona erdirmemişse iş sözleşmesi askıda kalmaya devam edecektir. İş sözleşmesinin askıya alınması neticesinde eğer işçi işyerine dönüp yeniden çalışmaya başlamak isterse işverenin kural olarak işçiye işe başlatması gerekir.

Kanun koyucu da iş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin görevinin; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona ermesi hallerinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabileceğini; işverenin de, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu işçiye o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe başlatmak zorunda olduğunu kabul etmiştir (md.23/f.2).

Kanun koyucu, işverenin belirli şartlarda işyerine dönüp işe başlamak

için başvuran işçiyi işe başlatması zorunluluğuna Kanunda yer vermemiş olsaydı da İş Hukukunda askı teorisinin bir sonucu olarak, işverenin kendisine işyerinde işe başlamak üzere başvuran işçiyi işe başlatması gerekecekti⁵. Ancak kanun koyucunun işe başlatma yükümlülüğünü, başvuru ve işe başlatma süresi, başlatma yükümlülüğünün niteliği ve bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını tereddütleri ortadan kaldırmaya yönelik olarak düzenlemiş olması isabetlidir.

İşverenin yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılan işçiyi işe başlatma yükümlülüğünden bahsedebilmek için, yöneticinin bu görevinin “sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek” suretiyle sona ermesi gerekir. Kanunda sayılan bu nedenler tahdididir. Oysa askı teorisinin yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılmalara uygulanması halinde, bu görevin herhangi bir şekilde sona ermesi ve işçinin işe başlamak için işverene başvurması halinde işverenin işe başlatma yükümlülüğünün kabul edilmesi gerekirdi. Ancak kanun koyucu sadece yukarıda sayılan tahdidi haller bakımından işverene bu yükümlülüğü öngörmüştür.

Bu nedenler içerisinde yeni olan “sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi” halidir. 2821 sayılı Kanunun uygulanması döneminde tereddüt oluşturan bu halin Kanuna alınması ile birlikte tartışmalar da son bulmuş olacaktır. Bu durumda sendika veya şubenin herhangi bir nedenle tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde de sona erme tarihinde işçi kuruluşlarında yönetim kurulu üyesi olanlar, daha önce iş sözleşmelerini sona erdirmemiş olmak kaydıyla işverenlerine işe başlatılmak üzere başvurabileceklerdir.

Görevi kanunda belirtilen nedenlerle sona eren yöneticinin, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurması gerekir. Bu süre hak düşürücü süredir; bu süre içerisinde işverene işe başlatılmak üzere başvurmayan yönetici, bilahare işe başlatılmayı talep edemeyecektir. Bunların maddenin üçüncü fıkrasında, kanunda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisi gibi değerlendirilerek, işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunup bulunamayacakları da tartışmalıdır. Zira üçüncü fıkra hükmünde ikinci fıkrada sayılan nedenler dışında görevi sona eren yöneticilerin durumu düzenleme konusu yapılmaktadır. Ancak kanunda görevi sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona eren yöneticilerin işe başlatılmak istememeleri durumunda

⁵ Aynı yönde Uçum Mehmet/Okcan Necdet, “2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004, sh.91.

sahip olacakları haklar konusundaki boşluğun da doldurulması gereklidir ki, bu durumda üçüncü fıkra hükmünün kıyasen uygulanması mümkün olabilir. Şöyle ki, Kanunun 23. maddesinin vazediliş amacı, yönetici işçiye, işe başlatılmayı talep edebilmeye ilişkin ekstra bir koruma sağlamaktır. Bu ekstra güvenceden işçinin faydalanmaması, onun kıdem tazminatını talep hakkına engel olmasa gerekir. Üstelik 23. maddenin üçüncü fıkrası kapsamında görevi kanunda sayılmayan nedenlerle sona eren bir yönetici kıdem tazminatına hak kazanabiliyorsa, kanunda sayılan nedenlerle görevi sona eren yöneticinin işe başlatılmak yerine kıdem tazminatını talep hakkının evleviyetle bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Bu durumda bir aylık hak düşürücü süre içerisinde işe başlatılmak üzere işverene başvurmayan yönetici işçi, işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunabilecektir.

İşverenin işe başlatma yükümlülüğü yönetici işçinin süresinde işe başlatılmak üzere işverene başvurusu ile başlamaktadır. 6356 sayılı Kanun md.23/f.2'e göre, işveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu işverenin kanundaki şartlara uygun olarak yapılan başvuru karşısındaki işe başlatma yükümlülüğünü mutlak bir şekilde düzenlemiştir. İşverene bu konuda bir seçim hakkı tanınmamıştır. İşveren yöneticiyi bir aylık süre içerisinde işe başlatacaktır. İşverenin yöneticiyi başlatmak zorunda olduğu iş, yöneticinin ayrıldığı işyerindeki eski işi veya bu işe uygun yani benzer başka bir iştir. İşyerinde yöneticinin başlatılabileceği boş bir yerin bulunup bulunmadığının, işe başlatma yükümlülüğü bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁶. Zira kanunda, işçinin işe başlatılacağı boş yerin bulunmasından veya çıkacak boş yerin beklenmesinden bahsedilmeksizin, yükümlülük mutlak şekilde düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin askıda olması karşısında da, 2821 sayılı Kanun bakımından olduğu gibi bir iş sözleşmesi yapma zorunluluğundan bahsedilemeyeceği, işveren yükümlülüğünün işe alma değil işe başlatma şeklinde olduğu gerçeği karşısında farklı bir yorum da mümkün görülmemektedir.

b. İşe Başlatma Yükümlülüğüne Aykırılığın Yaptırımı

İşyerinden yöneticilik görevi nedeniyle ayrılan ve askı süresince de iş sözleşmesini sona erdirmeyen yönetici işçinin görevinin kanundaki nedenlerle sona ermesi halinde başvurusu üzerine işveren işçiye bir ay içerisinde işe başlatmak zorundadır. Çünkü iş sözleşmesi yöneticilik görevi

⁶ Savaş, sh.120.

askıya alınan iş ilişkisinde, sözleşmeyi askıya alan neden ortadan kalktığında kural olarak işçinin de gelip işe başlaması gerekir. Bu durumda işveren askı dönemi sonunda işçiyi işe başlatmakla yükümlüdür. İşverenin işe başlatmama yönündeki iradesi, olması gerektiği gibi Kanunda da işveren feshi olarak değerlendirilmiştir. 6356 sayılı K. md.23/f.2 son cümleye göre, “Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır”. 2821 sayılı Kanunda, yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılmak bir askı hali olarak görülmediğinden ve bu durumda iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği kabul edildiğinden, işverenin yöneticiyi işe başlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının hukuken bir işveren feshi olarak değerlendirilmesi ve bunun sonuçlarının bağlanması mümkün değildir. Aynı şekilde iş sözleşmesi yapmamak hukuken bir işveren temerrüdü olarak da değerlendirilemezdi. Zira ifade etmeye çalıştığımız gibi, taraflar arasında bu dönemde bir iş sözleşmesi mevcut değildir.

Kanunda işverenin işe başlatma yükümlülüğü, boş yer bulunup bulunmamasından bağımsız olarak düzenlemiş ve bu yükümlülüğe aykırılığın hukuki sonucunun iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş olduğunun tespitiyle yetinilmiştir. Kanunun ceza hükümlerinde 2821 sayılı Kanunun 59. maddesinde olduğu gibi, işe başlatma yükümlülüğüne aykırılığın bir cezai yaptırımı öngörülmemiştir.

Kanunen işe başlatmamak bir işveren feshi olduğundan kural olarak iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimsiz ve haksız olarak feshine bağlanmış sonuçların bu halde doğup doğmayacağının tartışılması gerekir⁷. Kanunda bu feshi diğer fesihlerden ayrı olarak değerlendirmeye imkan veren bir hükme yer verilmediği, dolayısıyla da işe başlatmama nedeniyle ortaya çıkan feshin, normal bir feshin hukuki sonuçlarına tabi olması gerektiği ve bu kapsamda yönetici işçi iş güvencesi kapsamında ise feshin geçerliliğinin denetlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce, işe başlatmamanın bir işveren feshi sayılacağını söyleyen bizzat Kanunun kendisidir. Kanunun herhangi bir haklı veya geçerli neden aramaksızın bir davranışı fesih olarak sayması söz konusudur⁸. Dolayısıyla buradaki feshin, klasik bir fesih olarak değerlendirilmesi ve denetime tabi tutulması mümkün olmasa gerekir. Aksi

⁷ Bu düzenlemenin tartışmalı olduğu yönünde bkz. Ulucan Devrim/Nazlı Seçkin, “Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan II, Beta Yay. İstanbul, 2011, sh.1677.

⁸ Ön Tasarı ile ilgili olarak aynı hüküm bakımından Uçum/Okcan’a göre de burada işverene sebep göstermeden fesih yapma yetkisi verilmiş olduğundan, işveren feshi yarı denetimine bağlı değildir (sh.91).

takdirde, Kanunun fesih olarak saydığı bir işveren davranışının, iş güvencesi kapsamında geçerlilik denetimine tabi tutulması söz konusu olur ki, Kanunun fesih saydığı davranışla iş sözleşmesinin sona erdiğini kabul ettiği bir durumda, hakimin nasıl olup da bu feshin geçersizliğini tespit edebileceği tartışmalı bir hal alır. Aslında kanunun koyucunun sendika yöneticilerine getirmek istediği güvence, bu göreve gelmek dolayısıyla işyerinden ayrılmak zorunda kalan ve görevi sona eren yöneticinin kıdem tazminatına hak kazanmasını sağlamaktır. Yoksa kanun koyucunun yönetici işçinin iş ilişkisinin mutlak bir şekilde devamını öngörmesi söz konusu değildir. Böyle bir amacı olsa idi, bir sonraki maddede işyeri sendika temsilcilerine tanınan türde bir güvence benimser ve işe başlatmamanın bir işveren temerrüdü olduğu sonucunu kabul ederdi. Kanunun amacı bu olmadığından, hükmün lafzına mutlak bir anlam vererek feshin hukuki sonuçlarını doğurmak yanlış sonuçlara neden olur. Kanaatimizce burada, Kanunun, yöneticilik görevinin hitamında iş ilişkisinin devamını sağlamayı değil, iş ilişkisinin işveren tarafından feshedilmiş sayılması ile işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasını sağlamayı amaçladığı kabul edilmeli ve sendika yöneticisi iş güvencesi kapsamında olsa da feshin geçersizliği iddiası ile işe iade davası açamayacağının kabul edilmesi gerekir⁹. Aynı şekilde işçi işverenden ihbar tazminatı talep edemeyeceği gibi, feshin sendikal nedene dayandığı iddiasıyla sendikal tazminat talebinde de bulunamaz¹⁰.

5. GÖREVİ KANUNDA SAYILAN NEDENLER DIŞINDA SONA EREN YÖNETİCİNİN DURUMU

İş sözleşmesi md.23/f.1 uyarınca askıya alınan yönetici, görevinin sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona ermesi halinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilecek, işverenin de bu durumda süresinde yapılan başvuru karşısında işe başlatma yükümlülüğü doğacaktır.

İş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin görevi Kanunda sayılan nedenler dışında sona ererse, yönetici md.23/f.2’de olduğu şekilde işverenden işe başlatılmasını talep edemeyecek, ancak üçüncü fıkra hükmü dolayısıyla

⁹ Düzenlemenin eski yönetici işçiye iş güvencesi prosedürüne başvurma imkanı vermeyeceği yönünde bkz. Narmanlıoğlu Ünal, “19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, Eylül 2012, sh.146, dipnot 15.

¹⁰ Kanunun Tasarı dönemindeki bir görüşe göre, işe başlatmama bir sendikal nedene dayanıyorsa bu, md.25/f.5’e göre sendikal fesih sayılarak iş güvencesi kapsamı dışındaki işçinin sendikal tazminat talebiyle dava açabilmesi gerekir (Tuncay A. Can, “Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri” Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, Mart 2011, sh.159)

işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunabilecektir. 2821 sayılı Kanunda yöneticilik görevleri nedeniyle hüküm giymiş olanların yöneticilik güvencesinden yararlanma imkanının bulunmadığına ilişkin hüküm (md.29/f.2) yeni Kanuna alınmamıştır¹¹.

Oysa iş sözleşmesi yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılmak suretiyle askıya alınan yöneticinin herhangi bir nedenle bu görevinin sona ermesi, yani askı halinin ortadan kalkması ile işe başlamak üzere işverene başvurabilmesi gerekirdi. Üstelik bu, işçi bakımından hukuki bir zorunluluk olarak da değerlendirilmesi gereken bir durumdu. Zira kural olarak askı dönemi sonunda işe başlamayan işçinin kendisi iş sözleşmesini feshetmiş olur. Ancak kanun koyucu buradaki askı halini tipik bir askı hali olarak görmediğinden veya yöneticilik görevi hukuka aykırı fiilleri nedeniyle sona eren işçilere bu tür bir güvence vermek istemediğinden olsa gerek, kanunda sayılan nedenler dışında görevi sona eren yöneticilere işe başlatılmak üzere işverene başvurma imkanı tanınmamıştır. Bizi bu sonucu düşündürmeye iten, yeni Kanunun 23. maddesinde “yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar”ın yöneticilik teminatından yararlanamayacaklarına dair olan hükme (2821 sayılı Kanun md.29) yer verilmemiş olmasıdır.

Görevi kanunda sayılan nedenler dışında sona eren yöneticiye ödenecek kıdem tazminatının hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulacak ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınacaktır (md.23/f.3). Kanunun bu hükmünden işçinin iş sözleşmesinin fesih suretiyle sona erdiği anlaşılmaktadır. Buradaki feshin işçi tarafından yapılmış ancak kendisine kıdem tazminatı hakkı kazandıran bir fesih olarak değerlendirilmesi daha yerinde olur. Çünkü görevin kanunda sayılmayan nedenlerle sona ermesi üzerine işverene kıdem tazminatı talebi yöneltmek, sözleşmenin en geç bu taleple işçi tarafından sona erdirildiği anlamına gelmektedir.

Yöneticilik görevi ve aynı zamanda askıda olan iş sözleşmesi ölüm ile sona eren işçinin mirasçılarının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacakları üzerinde de kısaca durulmalıdır. 6356 sayılı Kanun md.23/f.3'te, ikinci fıkrada sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren

¹¹ Tasarı döneminde, 2821 sayılı Kanundaki hükmün varlığını sürdürmesi gerektiği, zira yöneticilik görevini kötüye kullananların da aynı haklardan yararlanıyor olmasının hakkın kötüye kullanımı anlamına geleceği yönündeki görüş için bkz. Ulucan/Nazlı, sh.1676; bu hükme yer verilmemiş olmasının yerindeliği yönündeki görüş için bkz. Uçum/Okcan, sh.92.

sendika yöneticinin işveren tarafından kıdem tazminatı talep edebileceği düzenlenmiştir. Ölüm ile yöneticilik görevinin sona ermesi de, ikinci fıkrada sayılan haller dışında bir sona erme halidir; dolayısıyla da üçüncü fıkra kapsamında değerlendirilerek mirasçılarının kıdem tazminatına hak kazanacaklarının kabul edilmesi gerekir¹². Bu aynı zamanda, iş sözleşmesinin askıya alınmış olmasının da bir sonucudur. Temel edim yükümlülükleri askıda olsa da iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden, iş sözleşmesinin sona erdirmen yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılan yöneticinin ölmesi halinde iş sözleşmesi bu nedenle sona ermekte ve ölüm ile iş sözleşmesinin sona ermesi 1475 sayılı İş K. md. 14 kapsamında kıdem tazminatına hak kazandıran bir neden olduğundan mirasçılar kıdem tazminatına hak kazanmaktadırlar.

Görevi belediye başkanı veya milletvekili seçilmeleri nedeniyle md.9/f.6'ya göre sona eren işçi kuruluğu yönetim kurulu üyeleri de bu fıkra kapsamında değerlendirilmelidir. Yani milletvekili veya belediye başkanı seçilmek nedeniyle yöneticilik görevi kanun nedeniyle sona eren yöneticinin askıda olan iş sözleşmesinin de bu tarihte kanun gereği sona erdiğinin ve yöneticinin md.23/f.3 hükmü gereği işverenden kıdem tazminatı talep edebileceğinin kabul edilmesi gerekecektir.

B.AMATÖR SENDİKA YÖNETİCİLERİNİN GÜVENCESİ

Kanun koyucu, sendika yöneticilerini profesyonel ve amatör yöneticiler olarak ikiye ayırmış ve yöneticilik güvencesi bakımından ayrı ayrı değerlendirmiştir. Profesyonel yönetici, sendikadaki yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılan yöneticiyi, amatör yönetici ise, sendikadaki yöneticilik görevini işyerinden ayrılmadan, diğer bir ifade ile işyerinde çalışmaya devam ederek yerine getiren yöneticiyi ifade eder. Kanun koyucu profesyonel sendika yöneticilerinin güvencesini 23. maddede düzenlemiştir. Amatör sendika yöneticilerine ise, işyerinde işveren karşısındaki konumları ve korunma gereklilikleri işyeri sendika temsilcilerine benzediğinden, 6356 sayılı Kanunun 24. maddesinde düzenlenen işyeri sendika temsilcisinin güvencesi uygulanacaktır¹³. İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesine aşağıda değineceğimizden burada ayrıca açıklama yapmaya gerek duymuyoruz.

¹² Aynı yönde Savaş, sh.121; Uçum/Okcan, sh.92.

¹³ Düzenlemenin isabetli olduğu yönünde bkz. Kutal, sh.80.

C. KANUNUN YÜRÜRLÜĞE GİRDİĞİ TARİHTE İŞÇİ KURULUŞU YÖNETİCİLİĞİ GÖREVİNDE BULUNANLARIN HUKUKİ DURUMU

1. İş Sözleşmelerini Kanunun Yürürlük Tarihinden Önce Yöneticilik Görevi Nedeniyle Sona Erdirmiş Yöneticilerin Hukuki Durumu

6356 sayılı Kanunun Geçici 5. maddesine göre, “Kanunun yayımı tarihinde sendika yöneticisi olduğu için iş sözleşmesini feshetmiş olan yöneticiler hakkında 23 üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanır. Ancak 23 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki nedenlerden biri ile görevi sona eren yöneticiler, bu tarihten itibaren bir ay içerisinde işverene başvurmak kaydıyla emsal ücret üzerinden kıdem tazminatına hak kazanır”.

Kanun koyucu bu hükümle Kanunun yürürlük tarihinden önce işyerlerinden yöneticilik görevi nedeniyle ayrılan sendika yöneticilerine de 23. maddede öngörülen yöneticilik güvencesinin kısmen uygulanacağını kabul etmiştir. Buna göre iş sözleşmesini feshederek işyerinden ayrılan yöneticiler maddenin birinci fıkrasındaki imkandan yararlanamayacaklar, yani bunların iş sözleşmelerini askıya alındığı kabul edilemeyecektir. Ancak geçici maddede de belirtildiği üzere maddenin 2. ve 3. fıkralarında belirlenen güvenceden yararlanmaları mümkün olabilecektir. Ancak bu imkan sınırlıdır. Zira madde lafzından anlaşıldığı kadarıyla Kanunun yürürlüğünden önce işyerinden ayrılan yöneticiler 23. maddenin ikinci fıkrasında sayılan nedenlerle görevlerinin sona ermesi üzerine işverenden işe başlatılmalarını talep edemeyeceklerdir. Zira bunlar hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanacak olsa da iş sözleşmeleri askıda olmadığından işverenden işe başlatılmayı da talep etmeleri mümkün olmayacaktır. Bu yöneticiler geçici madde hükmünde de belirtildiği üzere, görevlerinin 23. maddenin ikinci fıkrasında sayılan nedenlerle sona ermesi halinde bir ay içerisinde işverene başvurmaları kaydıyla kıdem tazminatı talep edebileceklerdir. Ödenecek kıdem tazminatı iş sözleşmesinin fesih tarihindeki değil, işverene başvuru tarihindeki emsal ücrete göre ödenecektir.

Geçici 5. madde hükmü dolayısıyla kanunun yürürlüğü tarihinden önce yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılmış yöneticiler hakkında 23. maddenin 3. fıkrası da uygulama alanı bulacak ve 23. maddenin ikinci fıkrasında sayılan nedenler dışında bir nedenle yöneticilik görevi sona eren yönetici de işverene başvurarak kıdem tazminatı talep edebilecektir. Geçici maddenin görevi sona eren yöneticiler hakkında 23. maddenin ikinci fıkrasının uygulanacağına söylemek yanında bunları işe başlatılmayı değil

kıdem tazminatı talep edebileceklerini kabulü karşısında aslında yöneticilik görevi 23. maddenin ikinci fıkrasındaki nedenlerle sona eren yöneticilerle, bu nedenler dışında görevi sona eren yöneticilerin talep hakları bakımından bir fark bulunmamaktadır. Her ikisi de kıdem tazminatı talebinde bulunacaktır.

2. İş Sözleşmesi Kanunun Yürürlük Tarihinden Önce Yöneticilik Görevi Nedeniyle Askıya Alınmış Olan Yöneticilerin Hukuki Durumu

Kanunun yürürlük tarihinde işçi kuruluştaki yöneticisi olan, ancak Geçici 5. maddede belirtildiğinin aksine iş sözleşmesini feshetmemiş yani işverenle karşılıklı anlaşma ile askıya almış yöneticilerin 23. maddedeki güvenceden yararlanıp yararlanamayacağı da soru olarak akla gelebilir. Kanaatimizce bunların yönetici olmak hasebiyle Kanunun 23. maddesinde öngörülen güvenceden yararlandırılmaları gerekir. Kanun yürürlük tarihinden sonraki hukuki ilişkilere uygulanacağından, yürürlük tarihinden önce de olsa kanunda belirtildiği şekilde iş sözleşmesi yöneticilik görevi nedeniyle askıya alınanlar birinci fıkra uyarınca görevin devamı sırasında iş sözleşmesini feshederek, fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden kıdem tazminatına hak kazanırlar. İş sözleşmelerini feshetmeyen yöneticiler ise yine Kanunun ikinci ve üçüncü fıkralarındaki güvencelerden yararlanabileceklerdir.

II. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN GÜVENCESİ

A. GENEL OLARAK

İşyeri sendika temsilcisi, işyerinde işçileri ve mensubu olduğu sendikayı temsil eden, bu kapsamda işçiler ile sendika ve bunlar ile işveren arasında bir köprü vazifesi gören, bu görevi itibarıyla de işyerinde işveren veya işveren vekilleri ile sıklıkla karşı karşıya gelen ve bu itibarla da işyerinden işveren veya vekillerinden kaynaklanacak olumsuz davranışlara ve fesih dahil bir kısım yaptırımlara maruz kalması muhtemel olan işçidir. 6356 sayılı Kanunun 27/f.3 maddesine göre, “İşyeri sendika temsilcileri ve baş temsilcisi; işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlemek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir”. Sendika temsilcisinin bu görevlerini sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi için işveren veya vekillerinden sadır olacak olumsuz davranış ve yaptırımlara maruz kalmayacağına ilişkin bir güvenin sağlanması, bunun içinde işçiye bu konuda yeterli bir korumanın tesisi gerekir. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak

Kolaylıklara İlişkin Sözleşme’nin 1. maddesine göre de “İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara toplu sözleşmelere veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile işten çıkarma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan yararlanırlar”.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30 maddesi, 4773 sayılı Kanunla değişmeden evvel işyeri sendika temsilcileri için kuvvetli bir koruma öngörmektedir¹⁴. Ancak 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle işyeri sendika temsilcileri için öngörülen bu koruma zayıflatılmış, işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunması normal iş güvencesi rejimi için alınmıştır. Kanunun değişik halindeki feshe karşı korumanın iş güvencesi kapsamındaki herhangi bir işçinin feshe karşı korunmasından tek farkı, işyeri sendika temsilcisinin işe başlatılmaması halinde hukuki yaptırım olarak öngörülen iş güvencesi tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında hesaplanacak olmasıdır.

6356 sayılı Kanunun ise, 2821 sayılı Kanunun değişik 30. maddesine karşı yöneltilen eleştirileri dikkate alarak işyeri sendika temsilcilerine etkili bir koruma getirmek amacıyla “işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi” başlıklı 24. maddeyi düzenlediği görülmektedir. Aslında Kanunun bu hükmü, 2821 sayılı Kanunun 30. maddesinin 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki haline ana hatları bakımından benzemektedir. Kanun koyucu değişiklikle zayıflattığı korumayı, yeniden tesis etmeye çalışmaktadır¹⁵.

B. GÜVENCEDEN YARARLANACAK İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLERİ

Bir işçinin işyeri sendika temsilcisi olarak Kanunun 24. maddesindeki

¹⁴ Md.30: “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimimin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı vardır. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin kararı kesindir. Mahkeme temsilcinin işine iade edilmesine karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş gördürülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün hakları işveren tarafından ödenir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır. İşine iade kararı verilen işçi, altı işgünü içinde işe başlamak zorundadır. Bu süre içinde işe başlamayan işçiye mahkemece öngörülen tazminat ödenemez (f.1). Mahkemenin kararı kesin olmakla beraber işçinin kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları saklıdır. (f.2)”.

¹⁵ Tuncay, sh.160.

korumadan yararlanabilmesi için, Kanunun 27. maddesine uygun olarak atanmış bir işyeri sendika temsilcisi olması gerekir.

2821 sayılı Kanunun 4473 sayılı Kanunla değişik 30. maddesinde, işyeri sendika temsilcisinin “belirsiz süreli hizmet akdinin” işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı yazılı idi. Bu nedenle kanunda öngörülen bu feshe karşı korumadan sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işyeri sendika temsilcileri faydalanabilmekteydi. Kanunun belirsiz süreli iş sözleşmelerini esas alması ve işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunmasının klasik iş güvencesi sistemi içerisinde sağlanmaya çalışılması karşısında farklı bir şekilde düşünmeye imkan yoktu. Ancak 6356 sayılı Kanun, bu problemi ortadan kaldırmıştır. Kanunun 24. maddesinde işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin haklı bir neden olmadıkça ve nedeni yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedilemeyeceği belirtilirken, iş sözleşmesinin türleri konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla hem belirli süreli hem belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işyeri sendika temsilcisi, 24. maddedeki güvenceden yararlanacaktır¹⁶.

C. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLERİNİN FESHE KARŞI KORUNMASI

1. Feshin Nedeni Bakımından

6356 sayılı Kanunun 24. maddesi ilk fıkrasına göre, “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez”. Bu hüküm, yazılı şekil şartı dışında 2821 sayılı Kanunun değişiklikten öncesi 30. maddesi ile aynıdır. Buna göre işveren işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini ancak iş kanunlarında veya Borçlar Kanununda belirtilen haklı nedenlerle sona erdirebilecektir. Bu yolla işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haklı nedenler dışında bir nedenle, bu kapsamda özellikle haklı neden ağırlığına ulaşmamış geçerli nedenlerle sona erdirilmesinin önü kapatılmıştır. İşveren işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini İş K. md.18’deki işçinin davranışına, verimliliğine veya işletmeye ilişkin nedenlerle feshedemez. Fesih nedeninin iş kanunlarında ve Borçlar kanununda belirtilen haklı nedenler ağırlığında bir neden olması gerekir.

¹⁶ Değişiklik Teklifi ile ilgili olarak aynı sonuç için bkz. Kutal Metin, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, Eylül 2008, sh.80.

2. Feshin Şekli Bakımından

Kanun feshin şeklini de belirlemiştir. Buna göre fesih haklı nedene dayansa da, bu neden açık ve kesin bir şekilde yazılı olarak muhatabı işyeri sendika temsilcisine bildirilmeden yapılamayacaktır. Kanaatimizce feshin usulüne ilişkin bu şart bir geçerlilik şartıdır. Buna uygun olarak yapılmayan fesihler md.24/f.3'de öngörülen geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacak ve fıkradaki hukuki sonuçlar doğacaktır.

3. Kanuna Aykırı Feshin Denetimi ve Aykırılığın Yaptırımı

Feshin hukuka uygun olmadığı iddiasında bulunan sendika temsilcisi veya üyesi bulunduğu sendika, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde dava açabilir. Açılacak bu dava aslında bir tespit davası niteliğindeki işe iade davasıdır.

Kanun dava açma hakkını, 2821 sayılı Kanunun 4773 sayılı Kanunda değiştirilmesinden önce de olduğu gibi, temsilcinin üyesi olduğu sendikaya da vermiştir. Bireysel nitelikte bir dava olan işe iade davasını sendikanın açabilmesi için, sendika temsilcisinin md.26'ya göre yazılı başvurusunun bulunması gerekir¹⁷. Sendika temsilcinin dava açma iradesi yokken veya sendikaya dava açma konusunda yazılı başvuru yapmamışken sendika bu davayı kendisi açamaz.

Dava İş Kanunu md.20'de olduğu şekilde, basit yargılama usulüne göre görülecek ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verecektir (md.24/f.2).

Mahkeme işveren feshinin haklı nedenlere dayanmadığını veya usulüne uygun olarak yapılmadığını tespit ederse, feshin geçersizliğine karar verecektir. Buradaki geçersizliğin hukuki niteliği kesin hükümsüzlüktür; yani fesih hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu durumda iş sözleşmesi, hiç feshedilmemiş gibi varlığını devam ettirecektir. İşveren geçersiz bir fesihle işçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini haklı bir nedene dayanmaksızın kabulde temerrüt ettiğinden, burada bir alacaklı temerrüdü hali olan işveren temerrüdü söz konusu olacaktır. Zira bu nedenlerdir ki Kanun, 3. fıkarda temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakların ödeneceğini amirdir. İş Kanunu md.21/f.3'teki en çok dört aya kadar öngörülen sınırlama burada söz konusu olmamaktadır.

¹⁷ Ulucan/Nazlı, sh.1678.

Temsilci işçinin, feshin geçersizliği karşısında boşta geçen sürenin ücretine hak kazanması için, İş K. md.21/f.5'te olduğu üzere, işe başlatılmak üzere işverene başvurmuş olması zorunluluğu yoktur. Feshin geçersizliğini tespit eden mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra altı iş günü içerisinde işe başlatılmak üzere işverene başvurmasa da temsilci, boşta geçen sürenin ücretine hak kazanacaktır. Çünkü kanun koyucu, işçinin altı iş günü içerisinde işe başlamak için başvurusunu, sadece işe başlatılmanın, diğer bir ifadeyle işverenin işe başlatma yükümlülüğünün başlaması için bir şart olarak öngörmüştür. Üstelik İş K. md.21/f.5'teki gibi, işçinin on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmaması halinde, işverence yapılmış feshin geçerli hale geleceğine ilişkin bir hükme de Kanunda yer verilmemiştir. Netice itibarıyla işçi işe başlamak için süresinde başvursun veya başvurmasın, temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla, fesih tarihi ile mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçecek süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir.

İşçinin boşta geçen süreye ilişkin ücretin tamamına hak kazanabilmesi için bu sürede temsilcilik görevinin devam etmiş olması gerekir. Eğer fesih tarihi ile kararın kesinleşmesi tarihi arasında işçinin temsilcilik görevi sona ermişse işçi, sadece görevin devam ettiği süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir.

Kanunun md.24/f.3 hükmüne göre, “Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilcilğe atanma halinde de uygulanır”. Buna göre temsilcinin veya üyesi sendikanın açtığı işe iade davasında mahkeme feshin geçersizliğine karar verir ise, işçinin işe başlatılmak üzere altı iş günü içerisinde işverene başvuruda bulunması gerekir. İşverenin işe başlatma yükümlülüğü bu tarihte başlamakta ve altı iş günü içerisinde temsilciyi işe başlatması gerekmektedir. İş Kanununda işe iade prosedürü kapsamında işçinin işe başlama başvurusu için öngörülen on işgünlük ve işverenin işe başlatması için belirlenen bir aylık sürenin, sendika temsilcisi söz konusu olduğunda kısaltıldığını görüyoruz ki bunun yerinde olduğu söylenebilir.

İşverenin, kesinleşmiş mahkeme kararına ve süresi içerisinde kendisine başvurulmasına rağmen sendika temsilcisini işe başlatmamış olmasının hukuki yaptırımı, İş K. md.21'de öngörülen iş güvencesi sisteminden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. İş K. md.21'de işverenin işe başlatma yükümlülüğüne aykırılığının hukuki yaptırımı iş güvencesi tazminatıdır. Bu durumda işverenin

işe başlatmaması, feshin geçersizliği karşısında, yeni bir fesih olarak kabul edilmekte ve işveren feshin sonuçları yanında hukuki bir yaptırım olarak iş güvencesi tazminatı da ödemek zorunda kalmaktadır. Oysa burada kanun koyucu işyeri sendika temsilcilerinin işe başlatılmamış olmalarını yeni bir fesih olarak değerlendirmemiş ve bu itibarla da bir iş güvencesi tazminatı öngörmemiştir. Kanun işe başlatmamayı bir işveren temerrüdü olarak ele almaktadır. Zira geçersizliğine hükmedilen fesih ile birlikte iş sözleşmesi hiç feshedilmemişçesine kesintisiz bir şekilde devam etmekte, devam eden bir iş sözleşmesinde iş görme edimini usulüne uygun olarak işverene sunan işçi karşısında, edimi haklı bir neden bulunmaksızın kabulden kaçınan işverenin temerrüde düşmesi söz konusu olmaktadır. Nitekim bunun sonucu olarak da Kanun, iş ilişkisinin devam ettiğini kabul ederek temerrüde düşen işverenin, temsilcinin ücretini ve diğer haklarını temsilcilik süresince ödenmeye devam edeceğini öngörmüştür.

Aslında burada Türk Borçlar Kanunu md.408'de düzenlenen bir işveren temerrüdü hali söz konusudur. İşe başlatmamakla temerrüde düşen işveren, hukuka aykırı olarak kabul etmediği iş görme ediminin sonradan ifasını talep edememeksizin, işçinin ücret ve diğer haklarının temsilcilik süresince ödeyecektir. İşçi, işveren temerrüdü hali devam ederken yeniden temsilci seçilirse, iş görme edimini ifa etmesi gerekmeksizin ücret ve diğer haklarını temerrüt hali ve temsilcilik görevi devam ettiği sürece talep edebilecektir (md.24/f.3 son cümle).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin başvurusuna rağmen işverenin işçiyi işe başlatmaması bir işveren temerrüdüdür. Bu durumda TBK. md.408 hükmünün işçinin ücret ve diğer haklarının belirlenmesi bakımından uygulanmasının gerekip gerekmeyeceği tartışılabilir. Özellikle işyeri sendika temsilcisine işe başlatılmamak dolayısıyla ödenecek ücretlerden, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların indirilip indirilmeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Çünkü işveren temerrüdünü düzenleyen TBK. md.408'e göre, "işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir". Kanaatimizce burada TBK. md.408'e göre işe başlatılmayan işçinin ücretinden bir indirim yapılması doğru olmaz. Aynı sonuç temsilcinin fesih tarihi ile mahkeme kararının kesinleştiği tarihe kadar ki dönemdeki ücret ve diğer hakları bakımından da söz konusudur. Çünkü her ne kadar, geçersiz fesihte

bulunan ve işçiyi kesinleşen mahkeme kararına rağmen işe başlatmayan işveren temerrüde düşmüş olsa da, Kanun temsilciye fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakların ödeneceğini ve işveren tarafından işe başlatılmazsa iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarının temsilciye ödenmeye devam edileceğini emretmektedir. Ücretlerden bir indirim yapılacağına ilişkin bir hüküm kanunda yer almamaktadır. TBK md.408'deki genel hükmün de burada uygulanabilme kabiliyeti yoktur. Zira genel hüküm olarak Borçlar Kanunu hükümleri işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde iş ilişkilerine uygulanabilirler (Medeni Kanun md.5). Kanunun 24. madde hükmü açıkça bir güvence hükmüdür ve kanun bu güvence kapsamında hem işyeri sendika temsilcisini korumak hem işvereni bu tür hukuka aykırı davranışlardan vazgeçirmek istemektedir. Özel olarak korunması amaçlanan işyeri sendika temsilcisine boşta geçen süre ücretini ve işe başlatılmamak dolayısıyla devam eden iş sözleşmesinde ödenmesi gereken ücretlerde bu anlamda bir indirimde gidilmesi mümkün olmasa gerekir. İşin niteliğine uygun düşmeyen TBK. hükmünün, burada uygulaması hukuken doğru olmaz. Aslında benzer sonuç, İş K. md.21 gereği işçinin dört aya kadar boşta geçen süre ücreti bakımından da uygulamada tereddütsüz kabul edilmektedir. Zira aslında bir temerrüt hali olan bu halde de geçersiz fesih dolayısıyla işveren iş görme edimini hukuka aykırı olarak kabulden kaçınmakta, ancak kanundaki sınırlama dolayısıyla sadece dört aylık dönem bakımından sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Boşta geçen bu dört aylık süre ücretinden de 818 sayılı BK'nın 325., 6098 sayılı TBK'nın 408. maddeleri gereğince bir indirim yapılmamaktadır. Netice itibarıyla, işyeri sendika temsilcisinin korunan menfaatleri bakımından md.24/f.3'te öngörülen boşta geçen süre ve işe başlatılmama dolayısıyla ödenmeye devam edilecek ücretlerden bir indirim yapılamaması gerekir.

Kanun, işe iadesine karar verilen işyeri sendika temsilcisinin işe başlatılmak için işverene başvurmamasının hukuki sonucunu düzenlemiş değildir. Kanaatimizce işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren altı işgünü içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurmamış olmasının hukuki sonucu istifa yani işyeri sendika temsilcisinin bildirimsiz feshi olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira mahkeme kararının geçersizliği tespiti ile birlikte iş sözleşmesi hiç feshedilmemişçesine devam etmekte, temsilcinin devam eden bir iş sözleşmesinde işe başlamayı kabul etmemesi, iş görme borcunun reddi dolayısıyla da fesih olarak yorumlanacaktır. Ancak bu durumda temsilcinin fesih tarihi ile işe iade kararının kesinleşmesi tarihi arasındaki boşta geçen süre ücretlerini talep hakkı saklıdır.

D. ÇALIŞMA KOŞULLARINDAKİ ESASLI DEĞİŞİKLİKLERE KARŞI KORUNMASI

Kanun işyeri sendika temsilcilerini 2821 sayılı Kanunda olduğu gibi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik halleri bakımından da korumuştur. Buna göre, işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır (md.24/f.4). Kanun bu konuda bir yenilik getirmedikten dolayı değerlendirilmeyecektir.

III. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ

6356 sayılı Sendikalar Kanununun 25. maddesi 2821 sayılı Kanunun 31. maddesinde olduğu üzere, sendika özgürlüğünün güvencelerini düzenlemektedir. Kanun temel olarak iki konuda koruma getirmektedir. Birincisi sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerin güvencesi, ikincisi ise sendikal feshe karşı korumadır.

A. SENDİKA ÜYELİĞİ VE SENDİKAL FAALİYET ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ

1. İşe Alınmada Sendikaya Üye Olup Olmama Özgürlüğü

Kanunun 25. maddesine göre, “İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz”.

Hüküm 2821 sayılı Kanunun 31/f.1. maddesiyle birkaç kelime farklılığı dışında aynıdır. Bu hükümle Anayasanın 51. maddesinde yer alan sendikaya üye olma veya olmama özgürlüğü güvenceye alınmaktadır. Anayasa mad.51/f.1'e göre, “Çalışanlar ve işverenler... serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz”. Üstelik bu özgürlüğün ihlali 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 118. maddesinde hapis cezasına bağlanmıştır.

Buradaki tek fark, 2821 sayılı Kanunda sendika üyeliğinin güvencesinin ardından gelen ikinci fıkrada “Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz” hükmü yer almaktaydı. Dolayısıyla söz konusu kayıtların geçersizliği, sendikaya üye olup olmamaya münhasır olarak anlaşılabilir. Yeni Kanunda bu hüküm yerinde bir şekilde maddenin sonundan önceki fıkrasında, tüm sendika üyeliği güvencelerinin ardından düzenlemiş ve böylece daha kapsayıcı bir hükme yer verilmiştir.

2. Sendika Üyeliği ve Sendikal Faaliyetler Nedeniyle İşten Çıkarma ve Ayrımcılık Yasağı

Kanunun sendikal temele dayalı ayrımcılıkla ilgili ikinci fıkra hükmü de 2821 sayılı Kanunla büyük benzerlik göstermektedir. Buna göre “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır”. Eski kanundaki “işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması” hususu yeni Kanunda daha sadece ve kapsayıcı bir şekilde “çalışma şartları” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla işveren kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri uygulamaları veya iç yönetmeliklerle oluşmuş çalışma koşullarında sendika üyesi olan ve olmayan işçilerle ayrı sendikaya üye olan işçiler arasında ayırım yapamayacaktır.

İşveren yeni Kanunda da, “çalıştırmaya son verilmesi bakımından” sendikaya üye olan ve olmayan veya farklı sendikaya üye olan işçiler arasında ayrımcılık oluşturacak bir davranışta bulunamaz.

2821 sayılı Kanunun beşinci fıkrasındaki sendikal faaliyetlerde bulunma özgürlüğü ve güvencesi, yeni kanunun md.25/f.3 hükmünde tekrar edilmiştir. Buna göre, “İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz”.

3. İşe Alınma, Çalışma Şartları ve Sendikal Faaliyetler Bakımından Sendikal Nedenle Ayrım Yasağına Aykırılığın Yaptırımı: Sendikal Tazminat

6356 sayılı Kanun md.25/f.4 uyarınca, işçilerin işe alınmalarını belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlayan; bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları bakımından herhangi bir ayırım yapan; iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işçilere farklı işleme tabi tutan işveren, hukuki yaptırım olarak işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat yaptırımı ile karşılaşacaktır.

Yukarıdaki hüküm 2821 sayılı Kanunla benzerlik gösterse de, işe alınmada ayrımcı davranışın yaptırımı bakımından iki kanun arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki, 2821 sayılı Kanunun 31. maddesi 6. fıkrasındaki sendikal tazminat, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapan (f.3) ve işçileri sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkaran veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutan (f.5) işverenler bakımından öngörülmüştü. Dolayısıyla hükmün ilk fıkrası uyarınca işe alınmalarında sendikal nedenle ayırma maruz kalan işçiler Kanunun 6. fıkrasında öngörülen sendikal tazminatı talep edememekteydiler. Oysa 6356 sayılı Kanun bu boşluğu doldurmuş ve maddenin dördüncü fıkrasındaki sendikal tazminatı kendinden önce gelen ilk üç fıkra hükmüne aykırılık halinde, dolayısıyla işe alınmada sendikal ayrımcılık yapılması durumunda da öngörmüştür. Buna göre çalışma şartlarında ve sendikal faaliyetlerde sendikal nedenle ayırım yanında yeni Kanunla birlikte işe alınmada da sendikal nedenlerle ayırım yapan işveren sendikal tazminat yaptırımı ile karşılaşacaktır. Netice itibarıyla işçilerin işe alınmalarını belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlayan işveren karşısında işçiler bakımından öngörülen koruma bir hukuki yaptırımla desteklenmiş olmaktadır. Ancak burada uygulamada ortaya çıkması muhtemel problem, henüz iş ilişkisi kurulmadan, bu aşamada sendikal ayrımcılığa maruz kalan kişinin, sendikal tazminat talebinde tazminat miktarının belirlenmesidir. Çünkü Kanunun 25/f.4 hükmünde “işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere” belirlenecek sendikal tazminattan bahsedilmektedir. Henüz işçilik sıfatı kazanmamış ve bu anlamda tazminatın hesabına esas ücreti söz konusu olmamış kişi bakımından sendikal tazminatın nasıl belirleneceği belirli değildir. Ancak bu durumda işçi adayının başvurduğu, ancak sendikal ayrımcılık nedeniyle alınmadığı işte söz konusu olacak ücretin, bu belirli değilse emsal ücretin sendikal tazminat hesaplanırken esas alınması uygun olabilir¹⁸.

¹⁸ Ulucan/Nazlı, sh.1680.

B. SENDİKAL FESHE KARŞI KORUMA

1. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Bakımından

a. İşe İade Davası, Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Sendikal Tazminat

6356 sayılı Kanunun 25. maddesinin beşinci fıkrasına göre sendikal bir nedenle iş sözleşmeleri feshedilen işçiler 4857 sayılı Kanunun 18., 20., 21. maddelerine göre bir işe iade davası açma hakkına sahiptirler. İş Kanunu md.18'deki şartlar gereğince iş güvencesi hükümlerinin kapsamında kalan sendika üyesi işçiler sendikal nedenlerle işten çıkarıldıklarında, İş K. md.20 uyarınca bir işe iade davası açarak feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadesine karar verilmesini talep edebileceklerdir.

2821 sayılı Kanunun 31. maddesi düzenlemesi neticesinde doktrinde ve yargı kararlarında sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği iddiasında olan iş güvencesi kapsamındaki işçinin feshin geçersizliğinin tespiti için bir işe iade davası açması gerekeceği, bunun yerine doğrudan sendikal tazminat talebiyle bir dava açamayacağı kabul ediliyordu. Ancak yeni Kanun bu yöndeki bir zorunluluğu kaldırmış ve iş güvencesi kapsamındaki işçinin 4857 sayılı Kanunun 20 ve 21. maddelerine göre işe iade davası açmamış olmasının, ayrıca sendikal tazminat talep hakkını engellemeyeceğini kabul etmiştir (md.25/f.5 son cümle). Bu durumda işçinin önünde iki ihtimal bulunmaktadır; feshin geçersizliğinin tespiti ve işe başlatılması için işe iade davası açmak veya mevcut koşulların değerlendirilmesi sonucu işe başlatılmayı, tekrar aynı işyerinde çalışmayı istemiyorsa doğrudan sendikal tazminat talebi ile dava açmak.

Sendikal fesih karşısında işe iade davası açılması halinde eğer mahkeme feshin geçersizliğini tespit ederse işe iade yanında, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata da karar verecektir. Kanun “iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, ... sendikal tazminata karar verilir” dediğinden, sendikal tazminat İş K. md.21'deki işe iade tazminatı gibi, işe başlatmamanın bir hukuki yaptırımı değil, feshin sendikal nedenle yapılmasının ve bu nedenle geçersiz olmasının bir sonucudur. Zira bu nedenledir ki, feshin geçersizliğinin tespiti sonucuna bağladığı sendikal tazminata hak kazanmak için, İş K. md.21'de olduğu üzere işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurusu ve işverenin işçiyi işe başlatmamış olması gerekmez. Feshin geçersizliğinin tespiti ardından işe başlatılmayı istemeyen işçi de, işveren tarafından işe iade yönündeki mahkeme kararına uyarak işveren tarafından işe başlatılan işçi de sendikal tazminat talep

edebilecektir. Oysa İş Kanununda öngörülen iş güvencesi sisteminde işçinin iş güvencesi tazminatına hak kazanması, işçinin başvurusu üzerine bir ay içinde işveren tarafından işe başlatılmaması halinde söz konusu olacaktır. Çünkü İş K. md.21'de iş güvencesi tazminatı feshin geçersizliğinin değil, bunun tespiti ve işe iade kararına rağmen işe başlatma yükümlülüğüne uymamanın hukuki yaptırımıdır.

İşverenin işe başlatma yükümlülüğü işçinin usulüne uygun başvurusu üzerine başlayacaktır. Bu durumda işverenin İş K. md.21/f.1 uyarınca işçiyi bir ay içerisinde işe başlatması gerekecektir. Ancak işveren bu süre içerisinde işçiyi mahkeme kararına uyarak işe başlatsın veya başlatmasın sendikal nedene dayalı geçersiz feshin sonucu olan sendikal tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. İşçinin işe başlatılmaması halinde ayrıca bir iş güvencesi tazminatı talep hakkı ortaya çıkmayacaktır. Zira 6356 sayılı Kanun md.25/f.5'e göre, "Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez"¹⁹. Bu hüküm kanunda yer almasaydı işçinin işe başlatılmama halinde ayrıca iş güvencesi tazminatı da talep etmesi mümkün olabilecekti. Çünkü ortada hukuki kaynakları farklı iki tazminat söz konusudur: sendikal tazminat, feshin sendikal nedenle yapılmasından ötürü geçersizliğinin; iş güvencesi tazminatı ise işçinin mahkeme kararına rağmen işveren tarafından işe başlatılmamış olmasının sonucudur.

b. Boşta Geçen Süre Ücretini Talep Hakkı

İşçinin açtığı davanın işe iade kararıyla sonuçlanması durumunda işe başlatılmak isteyen işçi İş K. md.21/f.5 uyarınca, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere işçinin süresi içinde başvurmamış olması sendikal tazminat hakkına engel olmaz. Ancak on iş günü içerisinde işe başlatılmak için işverene başvuruda bulunmazsa işçi, kural olarak İş K. md.21/f.3'deki kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını talep edemeyecektir. Çünkü İş K. md.21/f.5 uyarınca işçi on iş günlük süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Esasen boşta geçen süre ücretinin muaccel hale gelebilmesi için işçinin

¹⁹ Düzenlemenin isabetli olmadığı kanundan çıkartılması gerektiği görüşü için bkz. Baskan Esra, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, sh.191-192.

işveren başvuruda bulunması gerekir. 6356 sayılı Kanunun 25/f.5 maddesinde, sendikal fesih halinde işçinin 4857 sayılı İş K. md.18, 20 ve 21 hükümlerine göre dava açacağı öngörüldüğünden ve 21/f.5 maddesinde boşta geçen süre ücretinin muaccel hale gelebilmesi için işçinin süresinde işveren başvurması gerekeceğinden farklı bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir.

2. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından

a. Kanun Tasarısında Öngörülen Düzen

Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısında sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin 25. madde, sendikal fesihlere karşı koruma konusunda işçilere oldukça önemli ve kapsamlı bir güvence getirmekteydi. Madde kapsayıcı bir şekilde düzenlenmiş ve iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın Kanunun kapsamına giren tüm işçilerin sendikal fesihler karşısında 4857 sayılı Kanunun 20. ve 21. maddelerine göre işe iade davası açabilecekleri kabul edilmişti. Bu durumda feshin sendikal nedenle yapıldığı ve geçersizliğinin tespiti halinde işçi sendikal tazminata hak kazanacaktı. Üstelik bu tazminat işçiye 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurusu, işveren tarafından işe başlatılması veya başlatılmamasından bağımsız bir şekilde düzenlenmişti.

Hüküm aynı zamanda, 4857 sayılı Kanunun 20. ve 21. maddelerine göre dava açmayan işçilerin sendikal tazminat talep haklarının saklı olduğunu öngörmekte ve 2821 sayılı Kanun dönemindeki bu çelişkiyi ortadan kaldırmaktaydı. Zaten tasarının 25. maddesinin 4. fıkrasında da, “işverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir” düzenlemesiyle, üçüncü fıkradaki “İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz” hükmüne aykırı olarak davranan işverenden işçinin sendikal tazminat talep edebileceği de ayrıca ifade edilmişti. Hükmün devamında da işçilerin iş güvencesi kapsamında olup olmadıklarına bakmaksızın sendikal fesih nedeniyle açtıkları (f.6) ve işe alınmada, çalışma koşullarında ve sendikal faaliyetlerde ayrımcılık nedeniyle sendikal tazminat talebiyle ilgili davadaki ispat yükümlükleri düzenlenmişti. Tasarının 25. maddesi bu haliyle olması gereken hukuka oldukça yaklaşmış şekilde sendika üyeliği özgürlüğüne gerçek bir koruma getirmekteydi.

b. Değişiklik Önergesinin Kabulü ile Kanunun Lafzında Ortaya Çıkan Farklılık

Tasarının bu olumlu düzenlemesine rağmen, kanunlaşma sürecinde yine hükümet kanadından verilen bir önerge ile tasarıda değişiklik önerilmiş ve 25. madde bu değişiklik önerisi ile kabul edilmiştir. Önerge ile maddenin dördüncü fıkrasına “İşverenin” ifadesinden sonra gelmek üzere “fesih dışında” ifadesi eklenmiş ve beşinci fıkranın ilk cümlesi de “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21’inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir” şeklinde değiştirilmiştir²⁰.

Bu değişiklik önergesinin kabulüyle birlikte Kanunun 25. maddesinin 4. fıkrasının lafzı, “İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir” şeklinde oluşmuştur. Bunun neticesinde Tasarıda hem sendikal ayrımcılık halinde hem sendikal nedenle işten çıkarmalar halinde öngörülen sendikal tazminat talep etme hakkı sınırlandırılmış, bu fıkra uyarınca sendikal tazminat talep hakkı, sendikal nedenlerle yapılan fesih dışındaki ayrımcılık hallerine münhasır olacak şekilde düzenlenmiştir.

Değişiklik önergesi neticesinde maddenin sendikal fesihlerin yaptırımı düzenleyen beşinci fıkrası ise şu hale gelmiştir: “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini

²⁰ Değişiklik Önergesi: Görüşülmekte olan 197 Sıra Sayılı Toplu İş İlişkileri Kanunu tasarısının 25’inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki “İşverenin” ifadesinden sonra gelmek üzere “fesih dışında” ifadesinin eklenmesini, beşinci fıkrasının ilk cümlesinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesini, altıncı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ispat ettiği” ifadesinin “ileri sürdüğü” olarak değiştirilmesini arz ve teklif ederiz.

“Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21’inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir.”

Gerekçe:

Maddenin beşinci maddesinin ilk cümlesinde yapılan değişiklikle iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat alması düzenlenmiştir. Altıncı fıkra da yapılan değişiklik, işveren dayandığı haklı neden ya da geçerli nedeni ispatladığı takdirde artık sendikal nedenin işçi tarafından ispatlanamayacağı başka bir ifade ile ispat yükünün yer değiştirmeyeceğine ilişkin yaklaşıma uyum sağlamayı amaçlamaktadır.

engellemez”.

Bu değişiklikler neticesinde kanunun lafzına baktığımızda, sendikal fesihlere karşı korumanın sadece İş Kanununun 18. maddesi kapsamındaki işçiler bakımından söze konu olacağı, işçi iş güvencesi kapsamında ise 4857 sayılı Kanunun 20. ve 21. maddelerine göre dava açabileceği ve işçinin başvurusu veya işverenin işe başlatmasından veya başlatmamasından bağımsız olarak sendikal tazminata hak kazanacağıdır. Üstelik iş güvencesi kapsamında olan ve iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, feshin geçersizliği iddiası ile bir işe iade davası açmak yerine doğrudan sendikal tazminat talebinde de bulunabilecektir.

Buna karşılık kanunun lafzına bağlı kalınırsa İş K. md.18 kapsamı dışında kalan işçilerin sendika üyeliğinin güvencesi, fesih dışında kalan alanlarla sınırlandırılmış olacaktır. Buna göre, işe alınmada, çalışma koşullarında veya sendikal faaliyetlere katılmada sendikal nedenlerle bir ayrımcılığa maruz kalan iş güvencesi kapsamında olmayan işçi, md.25/f.4 uyarınca sendikal tazminat talep edebilecektir. Ancak iş sözleşmesi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılma nedeniyle feshedilirse, sendikal tazminat talebiyle dava açamayacaktır. Çünkü maddenin dördüncü fıkrasında işverenin “fesih dışında”ki ayırım yasaklarına aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacağı öngörülmüştür. Kanuna göre, sendikal nedenle işten çıkarılan iş güvencesi kapsamı dışındaki işçi, sendikal tazminat talebinde bulunamayacağı gibi, sendikal feshin geçersizliği iddiasıyla beşinci fıkra hükmüne göre İş Kanunu md.20 ve 21 hükümlerine göre işe iade davası da açamayacaktır. Zira beşinci fıkranın ilk cümlesinde işçinin sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahip olduğu yazılıdır. Bu durumda kanun maddesinin sadece lafzı dikkate alındığında, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin iş sözleşmesini kanuna aykırı bir şekilde sendikal nedenlerle fesheden işveren herhangi bir hukuki yaptırımla karşılaşmayacaktır. Diğer bir ifade ile iş sözleşmesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyetleri dolayısıyla feshedilen ancak İş K. md.18 uyarınca iş güvencesi kapsamında olmayan işçi Tasarıda öngörüldüğü şekilde ne işe iade davası açabilecek ne bundan bağımsız olarak sendikal tazminat talebinde bulunabilecektir. Doktrinde kanun bu düzenlemesine rağmen iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesine göre sendikal tazminat talebinde bulunabileceği yönünde görüşler de mevcuttur²¹.

²¹ Baskan, sh.167.

c. İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin İş Sözleşmesini Sendikal Nedenlerle Sona Erdiren İşverene Uygulanacak Hukuki Yaptırım Konusundaki Problemin Çözümü Yönündeki İhtimaller

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Tasarıda yapılan değişikliğin kabulü neticesinde eğer Kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, Türk İş hukukunda, iş güvencesi kapsamı dışında kalan bir işçinin iş sözleşmesini sendikal nedenlerle sona erdiren bir işveren, işe iade veya sendikal tazminat gibi bir hukuki yaptırımla karşılaşmayacak gibi görünmektedir. İş sözleşmesinin devamında çalışma koşulları ve sendikal faaliyetlere katılma bakımından, hatta daha iş ilişkisinin kurulmadığı bir dönemde işe alınma sırasında sendikaya üye olup olmaması veya belirli bir sendikaya üyeliği konularında ayrımcılığa maruz kalan iş güvencesi kapsamı dışında olan işçi, md.25/f.4 uyarınca sendikal tazminat talep edebilirken, ayrımcılığın en ileri boyutu olan ve ayrımcılık neticesinde işçinin karşılaşabileceği en olumsuz ve zarar verici sonuç olan işten çıkarma halinde sendikal tazminat talep edemeyecektir. İşçinin bu hukuka aykırılık neticesinde sendikal tazminat da dahil herhangi bir talepte bulunamaması büyük bir çelişkidir ve hukukun kabul edebileceği bir sonuç değildir

ca. Hükümün Anayasaya Aykırılığı

İş güvencesi kapsamında olmayan sendika üyesi işçilerin iş sözleşmelerinin sendika üyeliği nedeniyle iş sözleşmelerinin feshini hukuki yaptırımdan yoksun bırakan bu düzenleme, Anayasanın 51. maddesinde temel bir sosyal hak olarak düzenlenen sendika hakkına aykırılık taşır. Anayasanın md.51/f1 hükmüne göre, “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz”. Anayasanın bu hükmüne rağmen, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere Anayasanın öngördüğü bu korumayı sağlamamak, hatta 2821 sayılı Kanunda öngörülen sendikal tazminat yaptırımını dahi kaldırarak, işçileri sendikal fesihlere karşı korumasız bırakmak açık bir anayasa ihlalidir.

Bu düzenleme aynı zamanda Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan genel eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira bu düzenlemeyle iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında, sendikal özgürlüklerden yararlanma konusunda herhangi bir objektif haklı nedene dayanmayan bir

ayrım yapılmıştır. Oysa Anayasada da belirtildiği üzere, sendika hakkı temel bir insan hakkıdır. İşçinin İş Kanunu bakımından iş güvencesi kapsamında olup olmaması ile sendikal özgürlüklere sahip olma ve bu özgürlükleri ihlal eden davranışlardan korunma talep etme hakkı arasında bir ilişki yoktur. İş güvencesinden yararlanmanın esasları ile sendikal güvenceden yararlanmanın esasları birbirinden farklıdır. İş güvencesinden yararlanma koşullarının, sendikal özgürlüklerin korunmasından yararlanmak anlamında bir ölçüt olarak belirlenmiş olması isabetli değildir. Hukuki dayanaklarının ve normların koruma amaçlarının farklılığı karşısında, iş güvencesinden yararlanma sendikal fesihlere karşı korunmanın ölçütü olarak belirlendiğinde, iş güvencesinin kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında haksız bir ayrım yaratılmış olmaktadır. Bu itibarla öngörümüz, Tasarıya değişiklik önermeleri ile eklenen hükümlerin, açılacak bir iptal davasında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğidir. Dolayısıyla md.25/f.4'e eklenen "fesih dışında" ibaresinin ve md.25/f.5 ilk cümlede işçinin dava açma hakkı ile ilgili olarak eklenen "18. maddenin" iptali ile hükmün Tasarıda olduğu şekle getirilmesi gerekir. Bu durumda iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın, iş sözleşmesi sendikal nedenlerle feshedilen işçi İş K. md.20 ve 21 hükümlerine göre işe iade davası açabilecek, mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra işverene başvursun veya başvurmasın, işveren tarafından işe başlatılsın veya başlatılmasın sendikal tazminata hak kazanacaktır. İşçi işe iade davası açmak yerine md.25/f.5 son cümle gereğince sendikal tazminat talebinde de bulunabilecektir.

cb. Hükmün Uluslararası Normlara Aykırılığı

Kanun Tasarısının Genel Gerekçesine baktığımızda Tasarı hazırlanırken, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepki dikkate alınarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlediğini; ILO normları, Türkiye'nin AB'ye üyelik perspektifi, çalışma hayatının yapısal sorunları, yargı içtihatları ve doktrindeki eleştirilerin Kanunun hazırlık safhasında dikkate alındığını; Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlendiğini; sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, sendikal güvenceler, sendikal faaliyetler, sendikaların işleyişleri, denetimleri, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu sözleşmeler paralelinde düzenlendiğini; Kanunda, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının

örgütlenme hakkını düzenleyen 5. maddesi ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını düzenleyen 6. maddesi başta olmak üzere birçok hükmünün dikkate alındığını görmekteyiz.

Oysa 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinde çalışanların ve işverenlerin serbestçe sendika ve üst kuruluşlar kurmaları ve kurulmuş sendika ve üst kuruluşlara serbestçe üye olmaları güvence altına alınmıştır. 87 sayılı sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrası hükmü konumuz bakımından ayrıca önemlidir. Zira bu hükme göre “Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek şekilde uygulanamaz”. Sözleşmenin 11. maddesine göre de “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür”. Buna göre Kanunun gerekçesinde ifade edilen ve kanun düzenlenirken uluslararası bir yükümlülük olarak göz önünde bulundurulmuş 87 sayılı UÇÖ sözleşmesi öncelikli olarak bu sözleşmeyi onaylayan ve yürürlüğe koyan üye ülkeye iç hukukunda çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla “gerekli ve uygun bütün önlemleri” almakla yükümlü kılmaaktadır. Oysa 6356 sayılı Kanunun bu halinde iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendika üyeliği ve faaliyetleri nedeniyle işten çıkarmalara karşı bilinçli olarak korumasız bırakıldığı görülmektedir; yani kanun koyucu iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin örgütlenme haklarını serbestçe kullanmalarını sağlayacak gerekli ve uygun önlemleri almamıştır. Dolayısıyla md.25 düzenlemesi 87 sayılı Sözleşmenin 11. maddesine aykırılık taşır. Kanunun mevcut düzenlemesinin lafzı az önce zikrettiğimiz 87 sayılı Sözleşmenin 8. maddesine de aykırılık taşımaktadır. Zira Kanunun lafzı, işçilere Anayasa ve yasalarca ve 87 sayılı Sözleşme ile verilen sendika üyelik güvencesini iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından bertaraf etmektedir.

Kanunun 25. maddesinin değişiklik önergesi sonucu oluşan lafzı Kanunun Genel Gerekçesinde ifade edilen 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına Dair UÇÖ Sözleşmesine de aykırıdır. Sözleşmenin 1. maddesine göre “İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine halel getirmeye yönelik her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır./ Böyle bir himaye bilhassa,/ Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak;/Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati

ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu ızzar etmek maksatları güden hareketlere müteallik hususlarda uygulanacaktır”. Görüldüğü üzere 98 sayılı Sözleşme sendika özgürlüğüne aykırı her türlü, özellikle sendikal nedenlerle işten çıkarmalara karşı işçilerin tam bir korumadan faydalanacaklarını öngörmüştür. Oysa Kanunun 25. maddesi lafzı iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçileri bu korumadan muaf tutmakta, onları sendikal fesihlere karşı korumasız bırakmaktadır.

Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin lafzı, Genel Gerekçede kanun düzenlenirken dikkate alındığı belirtilen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 5. maddesine de aykırılık taşımaktadır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, “Akit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler”. Halbuki, Tasarının 25. maddesi hükmünün Önerge ile değiştirilerek kabulüyle, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nı kabul eden Türkiye’nin iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından sendikaya üye olma özgürlüğünü sağlamaya ve bu özgürlüğün zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeye yönelik taahhüdünü yetine getirdiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Zira Kanunun lafzı iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere, iş güvencesi kapsamı içinde kalan işçilere tanıdığı korumayı tanınamakta, hatta işe alınma, çalışma koşulları ve sendikal faaliyetler bakımından ayrımcılık halinde öngörülen güvenceyi dahi sendikal nedenlerle işten çıkarmalara uygulamamaktadır.

cc. Kanunda “Boşluk” Bulunduğu Hususunun Kabulüyle Sorunun Çözümü

Kanun boşluğu, gerekli kanuni düzenlemelerin yapılmamış olması şeklinde tanımlanabilir²². Boşluk, yürürlükte olan hukuk düzeni dahilinde, pozitif hukukun plana aykırı eksikliğidir²³. Hukuk düzeninin bir bütün

²² Muhtelif tanımlar için bkz. Edis Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993, sh.121; Esener Turhan, *Hukuk Başlangıcı* 7. Baskı, İstanbul 2004, sh.256; Kırca, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 50, Sayı 1, 2001, sh.91; Aktaş Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, S.1-2, 2010, sh.10.

²³ Kırca, sh.92.

olarak pozitif bir kuralın varlığını gerektirmesine rağmen (kelimelerden çıkarılabilen anlam çerçevesinde), kanun veya örf ve adet hukuku bunu düzenlememiş ise, boşluk söz konusudur²⁴. Bir hukuki konunun pozitif bir düzenlemede yer almasının gerekliliği mevcut hukuk kurallarının bütününe amaca uygun olarak değerlendirilmesi ile tespit edilebilir; bir diğer ifadeyle eksiklik, kanundaki bir düzenlemenin onun amacı ve ruhuna bakıldığında eksik ve tamamlanmaya muhtaç olduğu takdirde söz konusudur²⁵. Burada esas olan kanunun amacıdır (Ratio Legis). Bu eksikliği belirleyen ölçü, pozitif hukukun temelinde yer alan değerler ve amaçlar olup, yürürlükteki hukukta temelini bulmayan, sadece olması gereken hukuk açısından önerilen talepler eksiklik kavramına dahil değildir²⁶. Dolayısıyla yürürlükteki hukukta temeli bulunmayan, hukuk politikası dahilinde olması gereken hukuka ilişkin boşluklar, hakim değil kanun koyucunun düzenleme yetkisine dahil olan boşluklardır. Kanun boşluğunun tespit edilmesi halinde ise hakimin Medeni Kanunun 1. maddesine göre hukuk yaratma yetkisini kullanması gerekir ki, bu hakime verilmiş sadece bir yetki olmayıp, aynı zamanda bir ödev niteliği de taşır²⁷.

Yürürlükteki hukukta temelini bulan boşlukları açık ve örtülü boşluk olarak ikiye ayırmak mümkündür: Açık boşluk, düzenlemenin amacına göre cevap verilmesi gereken bir soruna kanunun cevap vermemesi, bu konuda uygulanabilir bir hükmün bulunmamasıdır; diğer bir ifade ile somut uyumsuzluğa kanunun ne lafzına ne onun yorumu ile elde edilen içeriğine göre olumlu veya olumsuz herhangi bir çözüm getiren kurala rastlanılmazsa, bu durumda açık boşluk vardır²⁸. Örtülü boşluk halinde ise, somut olaya uygulanması mümkün bir kural mevcut olmakla birlikte, kanun hükmünün amacı esas alındığında düzenlemenin somut olaya ve adalete uygun olmaması söz konusudur²⁹. Çünkü kanun, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan bazı özellikleri dikkate almamış, kanunun lafzından çıkan sonuç gerçek duruma uymayan, haksız, adalete aykırı ve toplumsal vicdanı tatmin etmeyen, onu yaralayan bir düzenleme getirmiştir. Edis'e göre, kanunda bir hüküm bulunmakla beraber, kuralın sözü ile özünün bağdaştırılması mümkün

²⁴ Kırca, sh.92.

²⁵ Kırca, sh.92.

²⁶ Kırca, sh.92.

²⁷ Edis, sh.118.

²⁸ Edis, sh.134; Kırca, sh.94; Aktaş, sh.19.

²⁹ Kırca, sh.95-96; Aktaş, sh.20.

görülmüyorsa, bir kural aynı değerde ve güçte başka bir kural ile çatışma halinde ise veya bir kuralın yorumundan elde edilen anlamda uygulanmasının doğruluk ve güven ilkeleri ile bağdaşmaması nedeniyle hakkın kötüye kullanımı nitelendirilebiliyorsa örtülü kanun boşluğu söz konusudur³⁰.

6356 sayılı Kanunun 25. maddesinde iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler işe alınmada, iş ilişkisinin devamında, çalışma koşulları ve sendikal faaliyetlere katılmada sendikal ayrımcılığa karşı korunmakta ve bu tür bir ayrımcı davranış işverene karşı sendikal tazminat talebi ile karşılık bulmaktadır. Ancak iş güvencesi kapsamı dışındaki bu işçilerin Kanunun lafzı dikkate alındığında, sendika üyeliğinden kaynaklanan ayrımcılığın en uç noktası olan iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshine karşı korunmadıklarını, Kanunda buna ilişkin bir düzenlemenin yer almadığını görmekteyiz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere maddenin 4. fıkrasındaki sendikal tazminat, sadece fesih dışındaki ayrımcılık hallerinde talep edilebilecek ve 5. fıkraya göre de sendikal fesihlere karşı İş K. md.18 kapsamındaki iş güvencesine sahip işçiler işe iade davası açabilecekler veya dava açmaksızın sendikal tazminat talep edebileceklerdir.

Bu tablo karşısında kanaatimizce 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinde açık bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilebilir. Çünkü yukarıda tanımladığımız üzere, pozitif hukukun temelinde yer alan değerler ve amaçlar dikkate alındığında, yürürlükteki hukukta temelini bulan boşluklardan “açık boşluk”, düzenlemenin amacına ve temel düşüncelerine göre cevap verilmesi gereken bir soruna kanunun cevap vermemesi, diğer bir ifade ile somut uyuşmazlığa kanunun ne lafzına, ne de onun yorumu ile elde edilen içeriğine göre olumlu veya olumsuz herhangi bir çözüm getirmemesidir. İşçilerin işe alınmada, iş ilişkisinin devamında çalışma koşulları ve sendikal faaliyetlerde bulunma dolayısıyla ayrımcı davranışlara ve nihayetinde sendikal feshe karşı gerekli ve yeterli bir korumadan yararlanmalarının pozitif hukukta ulusal ve uluslararası anlamda temelleri mevcuttur. Anayasanın 51/f.1, 6356 sayılı Kanunun 25/f.3 maddesi bu güvencenin ulusal kaynaklarını oluşturur. Yukarıda ayrıntılı olarak bahsettiğimiz, 87 sayılı UÇÖ Sözleşmesinin 8. ve 11. madde hükümleri, 98 Sayılı UÇÖ Sözleşmesinin 1. maddesi, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 5. maddesi ise sendika üyeliğinin uluslararası kaynaklarıdır. Anayasanın 90. maddesine göre, söz konusu kurallar kanunlarla eş düzeyde hukuk kaynaklarıdır. Hatta, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla

³⁰ Edis, sh.134.

kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü esas alındığından söz konusu uluslararası andlaşmaların, uygulanma bakımından Kanunun 25. maddesine göre önceliğe sahip oldukları da söylenebilir. Ulusal ve uluslararası hukukun bu pozitif düzenlemeleri karşısında, iş güvencesi kapsamında olmayan işçileri sendikal fesihlere karşı korumayan, bu konuda hukuki bir yaptırım öngörmeyen 6356 sayılı Kanunun 25. maddesinde açık bir boşluğun bulunduğu kabul edilebilir. Bu durumda hakim söz konusu boşluğu 25. madde hükmünün ve 6356 sayılı Kanunun koruma amaçlarını, Anayasanın 51. maddesini, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız UÇÖ Sözleşmeleri ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı hükümlerini göz önünde bulundurarak dolduracaktır. Boşluğu dolduracak hakim, işçiler arasında sendikal güvenceler bakımından yaratılan haksız ayrımı kaldırarak, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından öngörülen hukuki korumayı iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere kıyasen uygulayabilir ki, bu durumda iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın tüm işçilerin Tasarı’da olduğu üzere sendikal fesihler karşısında işe iade davası açması veya işe iade davası açmaksızın sendikal tazminat talep edebilmesinin önü açılmış olur. Yahut boşluğu doldurmakla görevli hakim, 25. maddenin 5. fıkrasındaki korumanın iş güvencesi kapsamındaki işçilere münhasır olarak öngörüldüğünü kabul ederek, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin işe iade davası açamamakla birlikte, işe alınma veya iş ilişkisinin devamında çalışma koşulları veya sendikal faaliyetlere katılma dolayısıyla ayrımcı davranışlara maruz kalmasında olduğu gibi, sendikal nedenle işten çıkarılmasında da 25. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen sendikal tazminatı talep edebileceğini kabul edebilir. Bu yolla da ulusal yasaların ve uluslararası kuralların öngördüğü gerekli ve yeterli bir koruma sağlanmış olur.

Kanunda iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal fesihlere karşı korunması konusunda açık bir boşluk bulunduğu yönündeki değerlendirmeye; kanunun yasalaşması sırasında 25. maddeye ilişkin olarak kabul edilen değişiklik önergesinin amacının bu işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshinde sendikal tazminat talep etmelerini engellemek olduğu, Kanunun iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal feshini bilinçli olarak hukuki yaptırıma bağlamadığı, dolayısıyla da bu konuda bir açık boşluktan söz edilemeyeceği yönünde itirazlar yöneltilebilir. Gerçekten de Tasarının 25. maddesi yasalaşırken verilen değişiklik önergesinin gerekçesi ve maddenin görüşülmesine ilişkin

TBMM tutanakları incelendiğinde mevcut düzenlemeyle, sendikal tazminat şeklindeki hukuki yaptırımın sadece iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sendikal nedenlerle işten çıkarılmaları ile sınırlandırmasının, otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde, özellikle KOBİ tarzı işletmelerde, işverenlerin sendikal tazminat talepleri ile karşı karşıya kalmalarının engellenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Eğer kanun hükmünün yorumunda, kanunun lafzından ziyade tarihsel yorum metoduyla, Meclis Tutanaklarına geçen bu değerlendirmeler dikkate alınacaksa, açık bir boşluğun bulunduğunu söylemek zorlaşır. Ancak bu takdirde de, 25. madde hükmünde bir “örtülü boşluğun” bulunduğu söylenebilir. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere örtülü boşluk, somut olaya uygulanması mümkün bir kural mevcut olmakla birlikte, kanun hükmünün amacı esas alındığında düzenlemenin somut olaya uygun olmaması halini ifade eder³¹. Çünkü kanun, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan bazı özellikleri dikkate almamış, kanunun lafzından çıkan sonuç gerçek duruma uymayan, aynı değerde ve güçte başka bir kural ile çatışma halinde olan, haksız, adalete uymayan ve toplumsal vicdanı tatmin etmeyen, onu yaralayan, yorumundan elde edilen anlamda uygulanması doğruluk ve güven ilkeleri ile bağdaşmaması nedeniyle hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilecek bir düzenleme getirmiştir³². Burada bir hukuk politikasına ilişkin olması gereken hukuka ilişkin bir boşluğun varlığından söz edilemez kanısındayız. Çünkü pozitif hukukun temelinde yer alan değerler ve amaçlar dikkate alındığında yürürlükteki hukukta temelini bulan bir boşluk söz konusudur. Kanun koyucu iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal fesihlerinde bir hukuki yaptırım öngörmemiş olsa da, bunun 6356 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de ifade edilen amacı ve 25. maddenin sendika özgürlüklerine ilişkin koruma amacı esas alındığında gerçek duruma uymayan açıkça haksız ve adaletsiz bir sonuç doğurduğu ortadadır. Kanun koyucunun değişiklikle öngördüğü düzen ulusal hukuka, yani Anayasa md.51, 6356 sayılı kanunun genel ve 25. maddenin özel amacı yanında Türkiye'nin usulüne uygun olarak yürürlüğe koyduğu ve iç hukukta kanunlarla eş değer, hatta Anayasa md.90/f.2 bakımından kanunlara önceliği olduğu kabul edilebilecek uluslararası sözleşmelerin öngördüğü korumaya da açıkça aykırıdır. Sendikal fesihlere karşı tüm işçilerin korunmasını ve buna karşı koruyacak hukuki yolların ve yaptırımların belirlenmesini öngören UÇÖ

³¹ Kırca, sh.95-96.

³² Edis, sh.134; Kırca, sh.95-96; Aktaş, sh.20.

sözleşmeleri ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı karşısında mevcut 25. madde düzenlemesinin açık olmasa da, yarattığı sonuç bakımından ulusal ve uluslararası hukukun temel ilkelerini ihlal eden örtülü bir boşluk ihtiva ettiği söylenebilir. Üstelik Türkiye’de kurulu işyerlerinin büyük ölçüde küçük ve orta ölçekli işletmelerden oluştuğu, bu nedenle 30 işçiden az işçi çalıştıran işyerlerinin tüm işyerlerine oranının % 60-70 civarında olduğu dikkate alındığında, işçilerin çok önemli bir kısmının sendikal özgürlüklere ilişkin korumanın dışında kalacağı da açıktır. Kanun koyucunun değişiklik önergesini kabul ederken bu gerçekliği göz ardı ettiği ortadadır. Tüm bu anlatılanlar neticesinde 25. madde düzenlemesinin mevcut halinin somut olaya uygun olmadığı, somut gerçekliklerle bağdaşmadığı, Kanunun kendi ve sendikal özgürlüklere ilişkin hükmün amacıyla çeliştiği, ulusal ve uluslararası kurallarla öngörülen korumayı ortadan kaldırarak haksız, adalete aykırı ve toplum vicdanını yaralayan bir nitelikte olduğu, bu itibarla da hükümde iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal fesihlere karşı korunması bakımından örtülü bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilebilir.

Örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemiyle yani, gerçek boşluk niteliğindeki örtülü boşluğun kanunun amacının gerektirdiği istisnanın eklenmesi veya geniş kanun lafzının somut olaya uygulanması yoluyla doldurulması gerekir³³. Kanaatimizce 25. maddede örtülü boşluğun kabulü halinde de boşluğu doldurmakla görevli hakim, yukarıda açık boşluk halinde olduğu şekilde ya 25. maddenin 5. fıkrasındaki düzenlemeyi, 18. maddeyi göz ardı ederek uygulayacak yani, Tasarı’da olduğu gibi, iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın tüm işçilerin sendikal fesih karşısında işe iade davası açabileceğini kabul edebilecek veya 5. fıkra da öngörülen korumayı iş güvencesi kapsamındaki işçilere münhasır olarak kabul ederek, iş güvencesi kapsamında olmayan işçi nasıl işe alınmada ve iş ilişkisinin devamında sendikal nedenlerle ayrımcılığa maruz kaldığında sendikal tazminat talep edebiliyorsa, ayrımcılığın uç noktası olan sendikal fesih halinde de sendikal tazminat talep edebileceğini kabul edebilecektir.

cd. Anayasa md.90’a Başvurmak Yoluyla Sorunun Çözümü

Anayasa md.90/f.5’e göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere

³³ Örtülü boşlukların doldurulmasında amaca uygun sınırlama yoluyla doldurulmasına ilişkin bkz. Kırca, sh.98 vd.

ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

Yukarıda sendikal özgürlüklerin uluslararası kaynakları olarak belirttiğimiz ve 6356 sayılı Kanunun hazırlanılırken de temel alındığı Kanunun Gerekçesinden anlaşılan 87 ve 98 sayılı UÇÖ Sözleşmeleri ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı hükümleri Anayasa md.90 uyarınca esas alınarak da sorunun çözümü mümkün olabilir. Şöyle ki, tüm bu sözleşmeler Türkiye tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalardandır. Dolayısıyla kanunlarla eşdeğer bir etkiye sahiptir. Hatta sendika özgürlüğünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunun kabulü karşısında ulusal kanunlara göre uygulama önceliğine de sahiptirler. Elbette ki, her usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmanın iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği söz konusu değildir; bunun için hükümlerin değerlendirilmesi gerekir.

87 sayılı Sözleşmenin 8. maddesine göre, “Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek şekilde uygulanamaz”. Sözleşmenin 11. maddesine göre de “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür”.

98 sayılı Sözleşmenin 1. maddesine göre “İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine halel getirmeye yönelik her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır./ Böyle bir himaye bilhassa,/ Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak;/Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiye işinden çıkarmak veya başka suretle onu ızzar etmek maksatları güden hareketlere müteallik hususlarda uygulanacaktır”.

Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 5. maddesine göre ise, “Akit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler”.

Yukarıdaki hükümler göz önüne bulunduğunda, 25. maddenin mevcut düzenlemesi açıkça bu uluslararası kurallara aykırılık taşımaktadır. Dolayısıyla

uluslararası andlaşma hükümleri ile mevcut ulusal kanun arasında Anayasa md.90/f.5 son cümle anlamında bir uyumsuzluk bulunduğu söylenebilir. Bu durumda uluslararası andlaşma hükümlerinin somut olaya uygulanması gerekecektir. Burada zikrettiğimiz sözleşme hükümleri sendikal fesihlere karşı hukuki bir yaptırım olarak sendikal bir tazminat şeklinde bir yaptırıma, bunun koşullarına ve miktarına ilişkin iç hukuka doğrudan uygulanabilecek açık bir düzenlemeye yer vermemektedirler. Ancak bu durum söz konusu andlaşma hükümlerinin iç hukuka uygulanması engel olmasa gerekir. 87 sayılı Sözleşmenin 8. maddesindeki, “Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek şekilde uygulanamaz” şeklindeki hüküm de dikkate alındığında Tasarı yasalaşırken değişiklik önermeleri ile getirilen ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçileri sendikal fesihlere karşı korumasız bırakan, sendikal tazminat dahi talep etmelerine engel olan düzenlemenin sendikal özgürlüklere zarar verdiği ve bu nedenle de uygulanamayacağı düşünülebilir. Bu durumda iç hukukta iş güvencesinden yararlanmayan işçiler karşısında sendikal nedene dayanan fesihlerde bulunan işverene uygulanacak hukuki yaptırım konusunda bir boşluk ortaya çıkmakta ve bu boşluğun da yukarıda belirttiğimiz üzere, hakim tarafından doldurulması gerekmektedir.

SONUÇ

Kanun sendikal güvenceler konusunda da üç temel güvence öngörmektedir. Bunlardan ilki Kanunun 23. maddesinde düzenlenen işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesidir. Bu güvencenin kapsamına işçi konfederasyonları ve sendikaları yanında sendika şube yönetim kurulu üyeleri girmektedir. Kanunun 23. maddesinin yeni düzenlemesine göre, profesyonel yöneticilik yapmak için işyerinden ayrılan işçi, iş sözleşmesini istifa suretiyle sona erdirmiş olmayacak, iş sözleşmesi kanun gereği askıya alınacaktır. Kanun işyerinden ayrılan profesyonel yöneticiye askı dışında bir imkan daha vermiştir ki, buna göre “Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin feshedebilir”. Bu olağanüstü fesih neticesinde yönetici işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İş sözleşmesini işyerinde ayrılma tarihinde feshetmeyen yönetici, yöneticilik görevinin devamında da askıda olan iş sözleşmesini feshedebilir. İş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin görevi; sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona ererse, yönetici, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene

başvurabilme imkanına sahiptir. Görevin sona ermesi türleri bakımından yeni olan “sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi halidir. Güvenceden faydalanmak ve işe başlatılmak isteyen yöneticinin bir aylık hak düşürücü sürede işverene başvurması gerekir. Bu sürede başvurmayan yönetici bu hakkını kaybetmekle birlikte, kıdem tazminatı talep hakkından mahrum kalmaz. İşverenin, talep tarihinden itibaren bir ay içinde eski yöneticiyi o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe başlatmak zorunluluğu vardır. Kanun koyucu işverenin işe başlatma yükümlülüğünü mutlak bir şekilde düzenlemiştir. İşverenin işe başlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının neticesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayılmasıdır. Bu durumda yönetici koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşveren tarafından işe başlatmamanın bir fesih sayılacağını söyleyen bizzat Kanunun kendisi olduğundan, buradaki feshin, klasik bir fesih olarak değerlendirilmesi ve denetime tabi tutulması mümkün olmasa gerekir. İş sözleşmesi askıya alınan yöneticinin görevi Kanunda sayılan nedenler dışında sona ererse, yönetici işe başlatılmasını talep edemeyecek, ancak işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunabilecektir. Eğer işçi amatör yönetici ise, yani sendikadaki yöneticilik görevini işyerinden ayrılmadan ifa ediyorsa, bunlar da sendikal güvencelerden yararlanacaklardır. Ancak bunların işveren karşısındaki konumları ve korunma gereklilikleri işyeri sendika temsilcilerine benzediğinden, bunlar hakkında, Kanunun yöneticilik güvencesine ilişkin 23. maddesi değil, işyeri sendika temsilcisinin güvencesi düzenleyen 24. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30 maddesi, 4773 sayılı Kanunla değişmeden evvel işyeri sendika temsilcileri için kuvvetli bir koruma öngörmekteydi. Ancak yapılan değişiklikte öngörülen bu koruma zayıflatılmış ve işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunması normal iş güvencesi rejimine tabi kılınmıştı. Yeni Kanun ise, Sendikalar Kanuna bu konuda karşı yöneltilen eleştirileri dikkate alarak 24. maddeyi düzenlemiştir. Bu kapsamda önemli bir yenilik, işyeri sendika temsilcisinin güvencesi düzenlenirken, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamış olmasıdır. 24. maddedeki güvence kapsamında işveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Kanun koyucu burada haklı nedenlerle fesihten bahsettiğinden, haklı neden ağırlığına ulaşmayan geçerli nedenlere dayalı olarak işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmesinin feshi mümkün değildir. İşverenin geçersiz bir fesihle işyeri sendika temsilcisini işten çıkartması aslında bir işveren temerrüdüdür. Zira bu nedenlerdir ki, temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak

fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasında boşta geçen süredeki ücret ve diğer hakların tamamının işçiye ödenmesi gerekir.

6356 sayılı Kanunun 25. maddesi, eski Sendikalar Kanununun 31. maddesinde olduğu gibi, işçileri işe alınmada, çalışma koşullarının belirlenmesinde, sendikal faaliyetlere katılmada sendikal ayrımcılığa karşı koruyucu düzenlemeler öngörmektedir. Bunlara aykırılığın yaptırımı ise sendikal tazminattır. Yeni kanun sendikal tazminatı, işe alınmada sendikal nedenlerle ayrımcı davranan işveren bakımından da öngörmüştür.

Kanunun en çok tartışılan konusu ise, kanun koyucunun sendikal fesihler bakımından öngördüğü veya öngörmediği hukuki korumadır. Kanunun lafzına göre, sadece İş Kanununun 18. maddesi kapsamındaki işçiler, sendikal fesihler karşısında işe iade davası açabileceklerdir. Bu davada işe iadeye karar verilmesi halinde mahkeme sendikal tazminatı da hüküm altına alacaktır. Buradaki sendikal tazminat, İş K. md.21'de olduğu gibi işverence işe başlatmamanın değil, feshin sendikal nedenle yapılmak dolayısıyla geçersizliğinin bir sonucudur. Bu nedenle de işçi, mahkeme kararına rağmen işe başlatılmak için işverene başvursun, başvurmasın veya işveren tarafından işe başlatılsın başlatılmasın, işverenin işçiye sendikal tazminatı ödemesi gerekir. Ancak işverenin işe başlatmaması durumunda ayrıca bir iş güvencesi tazminatı söz konusu olmaz. Yeni Kanunun verdiği imkanla sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi, feshin geçersizliği iddiası ile bir işe iade davası açmak yerine, doğrudan sendikal tazminat talebinde de bulunabilecektir. Buna karşılık eğer Kanunun lafzına bağlı kalınırsa, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendika üyeliğinin güvencesi, sadece fesih dışında kalan alanlarla sınırlandırılmış olur. Yani, işe alınmada, çalışma koşullarında veya sendikal faaliyetlere katılmada sendikal nedenlerle bir ayrımcılığa maruz kalan iş güvencesinden yararlanmayan işçi, sendikal tazminat talep edebilecektir. Ancak iş sözleşmesi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılma nedeniyle feshedilirse, sendikal tazminat talebiyle dava açamayacaktır. Sendikal feshe karşı korumanın sadece iş güvencesi kapsamındaki işçilere tanınması, iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin sendikal fesihlere karşı korumasız bırakılması hukuken kabul edilemez. Öncelikle bu durum, Anayasanın 51. maddesinde temel bir sosyal hak olarak düzenlenen sendika hakkına aykırılık taşır. Bu düzenleme aynı zamanda Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan genel eşitlik ilkesine de aykırıdır. 25. maddenin bu düzenlemesi, Gerekçede Kanun hazırlanırken göz önünde bulundurulduğu belirtilen 87 ve 98 sayılı UÇÖ Sözleşmelerine ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına da aykırılık taşır. Bu durumda hakim

söz konusu boşluğu Kanunun ve 25. maddenin kanunun koruma amaçlarını, Anayasanın 51. maddesini ve yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız uluslararası sözleşme hükümlerini göz önünde bulundurarak dolduracaktır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal fesihlere karşı korunmasına ilişkin olarak yeni kanunun ortaya çıkardığı problem, Anayasanın uluslararası sözleşmelere ilişkin 90. maddesine başvurmak yoluyla da çözümlenebilir.

KAYNAKÇA

- Aktaş Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, S.1-2, 2010.
- Baskan Esra, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993.
- Kırca, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama”, Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 50, Sayı 1, 2001.
- Kutal Metin, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, Eylül 2008.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Narmanlıoğlu Ünal, “19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, Eylül 2012.
- Savaş Fatma Burcu, “Sendikal Güvencelerde Son Durum”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2012.
- Tuncay A. Can, “Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri” Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, Mart 2011.
- Uçum Mehmet/Okcan Necdet, “2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004.
- Ulucan Devrim/Nazlı Seçkin, “Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan II, Beta Yay. İstanbul, 2011.

BOŞ

ANONİM ŞİRKETİN GENEL KURUL KARARI İLE KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ VEYA REHİN ALMASININ KOŞULLARI (TTK 379)

Özge AYAN*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, 6762 sayılı önceki Ticaret Kanunumuzda yasak olan şirketin kendi paylarını iktisap etmesi sınırlı olarak serbest bırakılmıştır. Anonim şirketlerin genel kurul kararı ile, esas veya çıkarılmış sermayelerinin en az onda biri oranında paylarını iktisap edebilecekleri öngörülmüştür.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile bir yenilik olarak getirilen anonim şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul etmesinin koşulları çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır (TTK 379).

Şirketin kendi paylarını genel kurul kararı ile iktisap edebilmesinin koşulları bulunmaktadır. Bu koşullar şunlardır: Şirketin bu konuda genel kurul kararı alması gerekmektedir. İktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifinin, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması gerekir. İktisap edilecek payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması gerekmektedir. Tüm bu koşullar gerçekleştiğinde, şirketin iktisap edebileceği kendi payları, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşmamalıdır. Tüm bu koşullar, şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi halinde de aranır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Pay, Genel Kurul Kararı, Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Şirketin Kendi Payını Rehin Alması

CONDITIONS FOR JOINT-STOCK COMPANY TO ACQUIRE OR HOLD ITS OWN SHARES IN PLEDGE UPON GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION (TURKISH CODE OF COMMERCE 379)

ABSTRACT

In the Turkish Code of Commerce no. 6102 acquisition of its own shares by a joint stock corporation which was forbidden in the previous code of commerce no. 6762 is limitedly allowed. It is stipulated that it is possible for Joint-Stock Corporations to acquire its shares at the rate of minimum one tenth of principal or issued capital upon general assembly resolution of joint stock corporations.

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

Conditions for joint-stock company to acquire or hold its own shares in pledge upon general assembly resolution, brought by Turkish Code of Commerce No. 6102 constitute the subject of our study (Turkish code of commerce 379).

There are conditions for company to acquire its own shares upon general assembly resolution. These conditions: It is required for company to take a general assembly resolution for the matter concerned. After deduction of the values of the shares to be acquired, net amount of remaining assets should be equivalent to the sum of the reserves not allowed to be distributed pursuant to related law and articles of incorporation at least. Values of the shares to be acquired should have been paid fully. When all these conditions are fulfilled, shares to be acquired by company shouldn't exceed one-tenth of its principal or issued capital. All these conditions are required also when company holds its own shares in pledge.

Keywords: *Joint Stock Company, Share, General Assembly Resolution, The fact that company acquires its Own Shares, The fact that company holds its own shares in pledge*

Giriş

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ve rehin alması, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununun 379. ilâ 389. maddeleri arasında düzenlenmektedir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ve rehin alması konusunda önemli yenilikler getirmiştir. Bu Kanunda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda yer alan anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi yasağı¹ yumuşatılmıştır. İlke olarak, anonim şirketin genel kurul kararı ile serbest malvarlığından ve karşılık yedek akçe oluşturması kaydıyla, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşmayacak şekilde kendi paylarını ivazlı olarak iktisap edebileceği veya rehin alabileceği kabul edilmiştir. Böylece 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile, Avrupa Birliği²

¹ 6762 sayılı önceki Türk Ticaret Kanununda şirketin kendi paylarını iktisap etmesi yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. ÖZDAMAR, s. 163 vd.; ÇELİKTAŞ, s. 172 vd.; AYDIN, s. 182 vd.; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 91-118; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 835-842, s. 498-501.

² Avrupa Birliği Hukukunda anonim şirketin kendi paylarını iktisabı “Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin 13 Aralık 1976 Tarihli 77/91 Nolu İkinci Şirketler Yönergesi”nde 19. ilâ 24a maddeleri arasında düzenlenmiştir (ATRG, 31.1.1977, L. 026/I). Yönergenin 19. maddesi şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisabını düzenlemektedir.

Bu yönerge, 92/101 sayılı yönerge ile [ATRG (1992) No. L 347/64] değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesini sınırlayan kuralların, yavru or-

(77/91 nolu İkinci Şirketler Yönergesinin 2006/68 nolu Yönerge ile yapılan değişiklik öncesindeki düzenlemeleri), Alman³ ve İsviçre⁴ hukuklarındaki düzenlemelerle uyum sağlanmıştır.

Yeni Ticaret Kanunu anonim şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisap etmesinde, sınırlı serbestlik getirmiştir⁵. Bu iktisabın koşulları, sınırları, istisnai halleri, aykırılığın yaptırımını ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Kanunun 379. maddesinde, anonim şirketin kendi paylarını esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşmamak kaydıyla ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul etmesinin koşulları düzenlenmiştir. 379. maddenin istisnaları 381. ve 382. maddelerinde yer almaktadır. Kanunun 381. maddesinde “yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesi” için yönetim kurulunun genel kurulun yetkilendirmesi olmaksızın şirketin paylarını iktisap edebileceği, bu iktisapla ilgili ilk genel kurulda ayrıntılı bilgi vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Kanunun 382. maddesinde şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesinin istisnaları beş fıkra halinde sayılmıştır.

taklıkları veya alt-yavru ortaklıkları tarafından yapılan iktisaplara da uygulanması amaçlanmıştır.

77/91 nolu Yönergenin anonim şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını esas veya çıkarılmış sermayesinin %10'unu aşmamak kaydıyla ivazlı olarak iktisap edebileceğini düzenleyen 19/1.b maddesi, 2006/68 nolu Yönerge ile değiştirilmiştir. 2006/68 nolu Yönergenin 4. maddesi (ABİ L 264, 25.9.2006, s. 32-36) ile 77/91 nolu Yönergedeki % 10'luk iktisap sınırı kaldırmıştır. Şirketin serbest malvarlığının karşılayacağı miktarda kendi paylarını, bizzat veya şirket hesabına hareket eden üçüncü kişiler aracılığıyla iktisap edebileceği öngörülmüştür.

³ Alman Hukukunda, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin düzenleme Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun [Aktiengesetz (AktG)] § 71-71e hükümleri arasında yer almaktadır. Alman hukukunda şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin bu maddelerde, İşletmeler Alanındaki Kontrol ve Şeffaflığa İlişkin Kanun [(Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) 6. 3. 1998, BGBI. I, 30.04.1998, G 5702 – N. 24, s. 786–794] ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile, şirketin kendi paylarını iktisabı yasak olmaktan çıkmış, bu konuda sınırlı bir serbestlik tanınmıştır.

⁴ İsviçre Borçlar Kanununda 1991 yılında yapılan revizyon çalışması ile anonim şirketlerin paylarını iktisap etmelerine kısmen izin verilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunun 659. maddesinin yeni halinde, anonim şirketin kendi payını iktisabı, % 10'luk sınır (nama bağlı paylarda % 20'lik sınır) ve şirketin serbest malvarlığına sahip olması koşullarına bağlanmıştır.

⁵ Kanun Tasarısının Gerekçesinde, 379. ilâ 387. maddelerinin Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun şirketlere ilişkin 77/91 sayılı 2. yönergesini hukukumuzda yansıtan ve reform niteliği taşıyan maddeler olduğu, bu maddeler ile getirilen yeniliklerin her anonim şirketin genel kurulun yönetim kuruluna verdiği yetkiye dayanarak sermayesinin % 10'unu aşmamak şartıyla kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul edebileceği, genel kurulun yetkilendirmesinin 18 ay süre için geçerli olduğu ve yenilerek sürekli hale getirilebileceği, sermayenin % 10'luk kısmının yasak dışı bırakıldığı ifade edilmektedir. (Tasarı Gerekçe, Madde 379, s. 511-512).

Kanunun 380. maddesinde şirketin payını iktisap etmesinde kanuna karşı hile oluşturacak haller düzenlenmiştir. 383. madde ivazsız iktisabı, 384. madde şirketin iktisap ettiği payları elden çıkarmasını, 385. madde ise aykırı iktisap halinde elden çıkarmayı düzenlemektedir.

Çalışmamızın konusunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile bir yenilik olarak getirilen anonim şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul etmesinin koşulları oluşturmaktadır (TTK 379). Şirketin kendi paylarını iktisabında kanuna karşı hile oluşturacak haller, yakın ve ciddi bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılan iktisap, şirketin kendi paylarını iktisap edebileceği istisnai haller, ivazsız iktisap halleri ve iktisabın sonuçları çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde anonim şirkette pay, payın iktisabı ve rehni kavramları ile şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin sebepleri ve sakıncaları ele alınacaktır. İkinci bölümde anonim şirketin kendi paylarını iktisabı ile sermayenin iadesi yasağı, alacaklıların korunması ve eşitlik ilkeleri arasındaki ilişki açıklanmaya çalışılacaktır. Üçüncü bölümünde anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin koşulları, son bölümünde ise şirketin kendi paylarını rehin alması incelenecektir.

I. ANONİM ŞİRKETTE PAY, PAYIN İKTİSABI VE PAYIN REHNİ KAVRAMLARI İLE ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİNİN SEBEPLERİ VE SAKINCALARI

A. Genel Olarak Pay, Payın İktisabı ve Rehni

Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız malvarlığı ile sorumlu bulunan sermaye şirkettir (TTK 329). Anonim şirketlerde pay terimi, birçok kavramı karşılamaktadır⁶. Şirketin iktisabına konu olan paylar, ortaklık hakkını belgeleyen paylar anlamında kullanılmaktadır⁷.

⁶ Anonim şirkette pay, esas sermayenin bir bölümü, pay sahipliği mevkii ve paydan kaynaklanan hakları içeren ortaklık belgesi olarak çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır; PULAŞLI, C. II, s. 1158-1162; BENCKENDORFF, s. 31; BEDNARZ, s. 3; BERTHEIM, s. 3; DRUEY, s. 131-133; HENN/FRODERMANN/JANNOT, N. 45-47, s. 38; GULH/KUMMER/DRUEY, § 65, s. 634; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 5-6; GIGER, s. 15-20; ÖZDAMAR, s. 42; ÇELİKTAŞ, s. 14-29; YILMAZ, İÜHF, s. 241.

⁷ BENCKENDORFF, s. 33; BEDNARZ, s. 3; BERTHEIM, s. 3; BLOCK, § 71, N. 4, s. 362.

Payın iktisabı, payın satın alınması, edinilmesi, geri kazanılması anlamına gelmektedir⁸. Pay⁹, kural olarak aslen veya devren iktisap edilebilir. Anonim şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi yasaklandığı için (TTK 388) şirket paylarını ancak devren iktisap edebilir.

Anonim şirket isterse, paylarını hamiline veya nama yazılı pay senetlerine bağlayabilir (TTK 484). Anonim şirkette hamiline yazılı payların, pay bedellerinin ödendiği tarihten itibaren üç ay içinde pay senetlerinin bastırılıp pay sahiplerine dağıtılması gerektiği düzenlenmiştir (TTK 486/2). Nama yazılı payların pay senedine bağlanması zorunluluğu öngörülmemiştir. Ancak azınlık isterse, nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay sahiplerine dağıtılması gerekmektedir (TTK 486/3). Paylar, senede bağlanmış olsun olmasın devredilebilirler. Ancak payların devir edilme şekillerinde farklılıklar bulunmaktadır. Şirket paylarını bu devir şekillerine uygun olarak iktisap edebilir¹⁰.

Anonim şirketin payını rehin alması ise, Medeni Kanunun 955. ve 956. maddeleri çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Pay senedine bağlanmamış payın rehni için yazılı rehin sözleşmesi yapılmalıdır (MK 955). Hamiline yazılı pay senetlerinin rehni, senedin rehin alacaklısına teslimi yoluyla gerçekleşir. Alacaklı veya rehneden, rehni borçluya ihbar etmelidir. Nama yazılı pay senetleri ise, ciro veya yazılı devir beyanı ve senedin teslimi ile rehin edilebilirler¹¹.

⁸ Şirketin kendi payını iktisabı, satın alma, değiş tokuş yapılması, bağışlama, miras, birleşme, devralma sonucunda gerçekleşebilir. Ancak çalışmamızda payın iktisabı terimini, payın bedeli ödenerek satın alınması anlamında kullanmaktayız.

⁹ Anonim şirket tarafından iktisap edilebilecek paylar, şirketin oluşturduğu paylar ve çıkardığı pay senetleridir. Ayrıca ilmhaberler de bu kapsamda değerlendirilir. Şirketteki ortaklık haklarını içermeyen intifa senetleri ile borçlanma senetleriyle alma ve değiştirme hakkını içeren menkul kıymetler (tahviller, finansman bonoları, varlığa dayalı senetler vs) şirketin iktisap edeceği payları olarak değerlendirilmez; ÖZDAMAR, s. 166; ÇELİKTAŞ, s. 31-32; YILMAZ, İÜHF, s. 241.

¹⁰ Senede bağlanmamış (çıplak) paylar, alacağın temlik hükümleri gereğince devredilebilir. Bunun için yazılı devir sözleşmesi gerekir. Hisse senedine veya ilmhabere bağlanmamış (çıplak) nama veya hamiline yazılı payların devrinde anonim şirket karşı pay sahipliği sıfatının kazanılması için pay defterine kayıt gereklidir. Senede bağlanmış, hamiline veya nama yazılı payların devir şekilleri ise Türk Ticaret Kanununda açıklanmıştır. Hamiline yazılı pay senetleri, senedin teslimi ile olur (TTK 489). Nama yazılı pay senetleri ise ciro ve teslim ile gerçekleşir (TTK 490). Nama yazılı pay senetlerinin devrinin şirket karşı geçerli olması için, devrin pay defterine kaydı gerekir (TTK 499/4).

¹¹ BLOCK, § 71e, N. 1, s. 415; ÖZDAMAR, s. 56.

B. Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesinin Sebepleri ve Sakıncaları

Anonim şirketlerin halka açılmaları ve özellikle borsaya kote olmaları, kendi paylarını iktisap etme isteklerini arttırmıştır. Bunun başta ekonomik olmak üzere birçok nedeni bulunmaktadır. Şirketler kendi paylarını iktisap ederek, kazanç elde etmeyi, kur dengelemeyi, kar dağıtımını yapmayı, genel kurulda oluşabilecek kötü niyetli girişimleri önlemeyi amaçlar¹².

Anonim şirket, serbest yedek akçelerini, başka bir ifade ile kullanmadığı likidini, kendi paylarını satın alarak değerlendirilebilir. Şirketin yöneticileri, şirketin mali durumunu iyi bildikleri için, hata yapma riskleri azdır. Serbesti sınırı içinde satın alınan paylar, doğru zamanda tekrar satılarak kazanç elde edilebilir¹³.

Borsaya kote anonim şirketlerde, şirketin paylarını iktisap etmesi, kur dengeleyici bir araç olarak kullanılabilir. Şirket kendi paylarını satın alarak, borsadaki olası düşüşü engelleyebilir. Yine şirketin paylarını satın alınması, kaldıraç etkisi yaratarak¹⁴, payların değerlerinin artmasına neden olabilir. Böylelikle şirketin mali durumu daha güçlenebilir¹⁵.

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, şirketin kazancının, kar dağıtımına göre daha esnek bir şekilde pay sahipleri ile paylaşılmasını sağlar (TTK 507-509). Ayrıca iktisap edilen payların, tekrar satılabilme ihtimali, şirketi kar dağıtımına göre, daha avantajlı bir konuma getirir¹⁶.

¹² OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 1, s. 1723; BERTHEIM, s. 5; KRAFT/ALT-VATER, s. 448; HONSELL, s. 564-565; LÜKEN, s. 67 vd.; ÖZDAMAR, s. 57 vd.; AYDIN, s. 66 vd.

¹³ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 9, s. 499; BEDNARZ, s. 13; GREUTER, s. 1; LÜKEN, s. 68; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 38; PULAŞLI, C. II, s. 1228; ÖZDAMAR, s. 57-59; ÇELİKTAŞ, s. 123; AYDIN, s. 66-69.

¹⁴ Yatırımcılar şirketin kendi paylarını satın almasına genellikle olumlu tepki verirler. Çünkü şirketin kendi paylarını alabilmesi için iyi bir mali yapısının, yeterli miktarda serbest yedek akçesinin olması gerekir. Payların satın alınması ile ileride dağıtılacak karın daha az sayıda paya dağıtılacağı öngörülür. Özellikle şirket, satın aldığı payları itfa edeceğini bildirdiğinde, şirketin borsa kuru değeri yükselir; LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 11, s. 500; KINDL, s. 1277; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 5, s. 1726; BEDNARZ, s. 12-13; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 46; AYDIN, s. 78; BEZZENBERGER, Aktien-gesetz Komm., § 71b, N. 4, s. 1015.

¹⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N. 78, s. 408; LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 6-9, s. 498-500; BENCKENDORFF, s. 59; BURCKHARDT, s. 51-52; BEDNARZ, s. 15; BERTHEIM, s. 5; KINDL, s. 1277; LÜKEN, s. 73; CAHN, § 71, N. 3, s. 696; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 45; ÇELİKTAŞ, s. 121; PULAŞLI, C. II, s. 1229.

¹⁶ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 9, s. 499-500; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 8, s. 1727; BENCKENDORFF, s. 54-55; BEDNARZ, s. 14-15; BERTHEIM,

Şirketin kendi paylarını edinmesi bir nevi esas sermaye azaltılmasıdır. Bu paylar iktisap edilip, itfa edilerek esas sermayeden düşülebilir. Bu yolla esas sermaye azaltılabilir. Şirketin kendi paylarını edinmesi, alacaklılara çağrı, teminat gösterilmesi, tescil, ilan gibi prosedürleri olan sermaye azaltılmasına göre daha pratik bir yöntemdir (TTK 473-475)¹⁷.

Şirket kendi paylarını, yönetime karşı gruptaki payların yoğunlaşmasını önlemek için iktisap edebilir. Şirketin paylarını satın alması durumunda, pay sahibi sayısı düşer. Şirketin iktisap ettiği paylar oy hakkı vermeyeceği için, şirkette kalan pay sahiplerinin oylarının etkisi artar¹⁸. Şirkette kalan pay sahiplerinin istedikleri yönde karar almaları kolaylaşır. Şirketin yönetimini ele geçirmek isteyen kötü niyetli girişimler daha kolay engellenebilir¹⁹.

Şirket birleşmelerinde veya tam hakimiyet durumunda, gerekli koşullar gerçekleşmişse, azınlıkta kalan pay sahiplerine pay bedelleri bu yolla ödenebilir (TTK 141, 208)²⁰.

s. 322; BURCKHARDT, s. 46; LÜKEN, s. 70; CAHN, § 71, N. 5, s. 696; PULAŞLI, C. II, s. 1228-1229; ÖZDAMAR, s. 59-60; ÇELİKTAŞ, s. 116; AYDIN, s. 76-77.

¹⁷ BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 36-40, s. 27-30; BÖCKLI, § 4, N. 265-268, s. 564-565; ZINDEL, s. 571; LÜKEN, s. 72-73.

¹⁸ TTK 389. maddesinde şirket veya yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin paylarının, ana şirketin genel kurul toplantı nisabında dikkate alınmaması gerektiği, bedelsiz pay iktisabı hariç, şirketin devraldığı payların hiçbir pay sahipliği hakkı vermediği ve yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı hakların donduğu düzenlenmiştir. Anonim şirket, kendi paylarını iktisap ettiği sürece, bu paylardan kaynaklanan ortaklık ve mali haklardan yararlanamaz. Bu paylar genel kurul toplantı ve karar alma yeter sayısında dikkate alınmaz. Bu paylardaki oy hakkı bizzat veya temsilci aracılığıyla kullanılamaz. Paylar geri satıldığında, paydaki haklar canlanır.

¹⁹ Avrupa Birliği, Alman ve İsviçre hukuklarında da paralel düzenlemeler bulunmaktadır. Avrupa Birliği Yönergesinin 22. maddesinin 2. fıkrası ile Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun § 71b maddesinde şirketin kendi payını iktisabı halinde, bu paylardan kaynaklanan hakların donacağı belirtilmiştir. İsviçre Borçlar Kanununun 659a maddesinde de, şirketin iktisap ettiği paylardaki oy hakkı ve ona bağlı hakların donacağı düzenlenmiştir; BENCKENDORFF, s. 252-253; WIENEKE, § 71b, N. 1, s. 464; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N. 81, s. 409; LANGE, § 71b, N. 1-3, s. 1496; BÖCKLI, § 4, N. 242-244, s. 557-558; LENZ/VON PLANTA, Art. 659a, N. 1-2c, s. 516-518; BLOCK, § 71b, N. 4, s. 393; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71b, N. 1-4, s. 1014-1015; BURCKHARDT, s. 93; WIENEKE, § 71b, N. 3-4, s. 465; HENN/FRODERMANN/JANNOT, N. 190, s. 80; AYDIN, s. 139; BAUEN/BERNET, N. 162, s. 49; LÜKEN, s. 183; NÜRNBERGER, s. 36.

¹⁹ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 9-10, s. 1727-1728; LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 10, s. 500; BEDNARZ, s. 19; BERTHEIM, s. 24-25; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 49-50, s. 37-38; GREUTER, s. 4; HAHN, s. 1 vd.; LÜKEN, s. 76; PULAŞLI, C. II, s. 1233; ÖZDAMAR, s. 64-68; ÇELİKTAŞ, s. 124-125; AYDIN, s. 80-84.

²⁰ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 12, s. 1729; BENCKENDORFF, s. 65; ÇELİKTAŞ, s. 129.

Az sayıda pay sahibinden oluşan anonim şirketlerde, pay sahiplerinden birinin payını devretmek istemesi, ancak devredecek kimse bulamaması durumunda, şirket kendi payını satın alarak bu sorunu çözebilir. Yine haklı nedenle fesih davasında, davacının paylarının satın alınması yönündeki kararın yerine getirilmesi için şirketin kendi paylarını satın alması gerekmektedir (TTK 531)²¹.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin yararlı yönleri olduğu kadar, sakıncalı yönleri de bulunmaktadır. Bunların başında, şirketin kendi paylarını edinmesinin şirketin malvarlığını azaltması gelir. İktisap edilen payların bedeli, şirket tarafından pay sahibine ödenir²². Ancak iktisap edilen paylar, şirkete ortaksal veya mali bir hak kazandırmazlar (TTK 389). Şirket, serbest malvarlığından (şirketin karı ve kanunen veya ana sözleşme ile belli bir amaca özgülenmemiş serbest yedek akçeler toplamı) bedelini ödediği, ancak hâkimiyetinde bulunduğu sürece yararlanamadığı bir karşılık edinmiş olur.

Diğer bir sakınca, payların iktisabından sonra, şirketin mali durumunun kötüye gitmesi halinde, şirketin mükerrer zarara uğramasıdır. Şirketin paylarının değer kaybetmesi, şirketin kendi elinde bulunan payları da etkiler. Bu payların da değeri azalır. Böylece çifte etki oluşur ve payların değeri iyice düşer. Şirket iktisap ettiği payları satsa dahi, paylarda meydana gelen değer düşüklüğü nedeniyle yine zarar eder. Şirketin ekonomik durumu daha da kötüleşir²³.

Şirketin iktisap ettiği paylar üzerinde oy hakkı donacağı için, mevcut yönetim fazlaca güçlenir. Hatta bu sonuç, yönetim kurulunu kendi konumunu korumak veya güçlendirmek için, gereksiz ve değerinin üzerinde bedelle pay iktisabına yöneltebilir²⁴.

²¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N. 78, s. 408; LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 6, s. 498; BÖCKLI, § 4, N. 220, s. 549; GIGER, s. 53-54; ÖZDAMAR, s. 72-73; AYDIN, s. 92-93; AYAN, Legal Hukuk Dergisi, s. 2237 vd.

²² BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 1, s. 961; BEDNARZ, s. 4; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 60, s. 49; LÜKEN, s. 82.

²³ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 2, s. 497; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 19, s. 1731; BURCKHARDT, s. 44; GEßLER, § 71, N. 1, s. 3-4; BÖCKLI, § 4, N. 197-199, s. 545-546; ÖZDAMAR, s. 75-76; AYDIN, s. 109-110.

²⁴ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 3, s. 497; BÖCKLI, § 4, N. 202, s. 546; ÖZDAMAR, s. 83-85; AYDIN, s. 103-106; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 24, s. 1732; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 63, s. 987-988; BENCKEN-DORFF, s. 89; KORT, s. 823-825.

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, pay sahiplerine eşit davranma ilkesine zarar verebilir. Özellikle borsaya kote olmayan şirketlerdeki paylar veya devri bağlam nedeniyle zor olan paylar, değerinden daha yüksek bedelle iktisap edilebilir. Şirketin değerinin üzerinde iktisap ettiği paylar, bu payların sahiplerini diğer pay sahiplerine göre daha avantajlı konuma getirir. Eşitlik ilkesine zarar verir²⁵.

Şirket paylarını sürekli alıp, satarak kazanç elde etmeyi amaç edinmemelidir²⁶. Şirketin kendi paylarını satın alıp, tekrar satarak borsada sürekli aktif bir rol alması, borsayı etkileme ve kötüleştirme (manipule etme) tehlikesini ortaya çıkarır. Şirket devamlı alımlarla, yapay şekilde kur değerini artırabilir. Ancak, alımın sona ermesi veya gecikmesi durumunda, güven kaybı, panik satışları gibi çeşitli birçok sonuç ortaya çıkabilir²⁷.

Kanunkoyucu, şirketlerin kendi paylarını iktisap etme yönünde artan taleplerini, şirketin kendi paylarını iktisabındaki yararları, sakıncaları ve Avrupa Birliği başta olmak üzere yabancı hukuklardaki gelişmeleri dikkate alarak, sınırlı serbesti ilkesini benimsemiştir. Anonim şirketin genel kurul kararı ile serbest malvarlığından ve karşılık yedek akçe oluşturması kaydıyla, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşmayacak şekilde kendi paylarını ivazlı olarak iktisap edebileceği veya rehin alabileceği kabul edilmiştir (TTK 379).

II. ANONİM ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABI İLE SERMAYENİN İADESİ YASAĞI, ALACAKLILARIN KORUNMASI VE EŞİTLİK İLKELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Sermayenin İadesi Yasağı ve Alacaklıların Korunması Bakımından

Anonim şirketin kendi paylarını edinmesine ilişkin kurallar getirilirken şirketin sermayesinin iadesinin önlenmesi, alacaklıların korunması ve eşitlik

²⁵ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 63, s. 987-988; LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 4, s. 497; BENCKENDORFF, s. 90-91; GREUTER, s. 6; BÖCKLI, § 4, N. 203, s. 546; ÖZDAMAR, s. 79-83; AYDIN, s. 106-109.

²⁶ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 214, s. 1795; BENCKENDORFF, s. 91-92; EISENHARDT, N. 530, s. 297; GEßLER, § 71, N. 27e, s. 13; GREUTER, s. 6; HÜFFER, § 71, N. 19i, s. 355-356; KRAFT/ALTVATER, s. 448-450; ÇELİKTAŞ, s. 148-150.

²⁷ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 5, s. 497-498; GRÜGER, s. 224-226; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 25, s. 1732-1733; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 80-82; ÖZDAMAR, s. 86-93; AYDIN, s. 111-113.

ilkesine önem verilmiştir²⁸. Kanun koyucu bu ilkelerin ihlal edilmemesi için, şirketin kendi paylarını iktisabının koşullarını, sınırını, istisnai halleri belirlemiş ve aykırılık halinde yaptırımları ayrıntılı olarak düzenlemiştir (TTK 379-389).

Kanunun 379. maddesinin birinci fıkrası gereğince, anonim şirket sadece esas sermayesinin veya çıkarılmış sermayesinin onda birlik kısmını serbestçe iktisap edebilir. Şirket iktisabı gerçekleştirebilmek için öncelikle, gerekli koşulları taşıyan bir genel kurul kararı almalıdır (TTK 379/2).

İktisabın diğer bir koşulu, 379. maddenin üçüncü fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “...*iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktif, en az esas sermaye veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve ana sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır*”. Bu hüküm gereğince, şirketin payını iktisap edebilmesi için, iktisap anında payın bedelini karşılayacak miktarda serbest malvarlığı (kar ve serbest yedek akçesi) olmalıdır. Paylara yapılacak ödeme, şirketin esas sermayesi ile kanunen ve esas sözleşme gereğince ayrılan yedek akçeleri azaltmamalıdır. Ayrıca şirket tarafından iktisap edilecek paylar, bedelinin tamamı ödenmiş paylar olmalıdır (TTK 379/4).

Tüm bu sınırlamaların nedeni, şirketin bağlı malvarlığının (esas veya çıkarılmış sermaye ile kanunen veya ana sözleşme ile ayrılması zorunlu yedek akçeler toplamı) harcanmasının ve sermaye iadesi yapılmasının önlenmesidir (TTK 480/3).

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi için, pay sahibinden bu payları devralması ve karşılık değerini ödemesi gerekmektedir. Payın iktisabı, malvarlığının azalması sonucunu doğurur. Şirketin serbest yedek akçesi, payına ödediği bedel kadar azalır²⁹.

Şirketin başka bir şirketin paylarını iktisap etmesi ile kendi paylarını iktisap etmesi arasında fark vardır. Her iki halde de, payların iktisabı için ödenen bedel şirketin malvarlığını azaltacaktır. Ancak başka bir şirketin payı, şirketin malvarlığına artı değer olarak girecektir. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi durumunda ise, şirketin sermayesi azalacak, ancak karşılığında artı bir değer kazanılmayacaktır. Çünkü bu paylar şirketin malvarlığının bir

²⁸ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 1, s. 496-497; WIENEKE, § 71, N. 1, s. 444; BÖCKLI, § 4, s. 550 vd.; CAHN, § 71, N. 118-121, s. 722.

²⁹ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 58, s. 985; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 60, s. 49; LÜKEN, s. 82; BEDNARZ, s. 4.

parçasıdır. Şirket kendi paylarını iktisap ettiğinde, şirket için bu payların değeri kalmaz. Şirket bu paylardaki hiçbir hakkı kullanamaz. Bu paylar hukuken vardır. Şirketin elinde bulundukları süre boyunca payların karşılıkları bulunmamaktadır. Bu paylar, ileride belli bir bedelle devredilirlerse, şirket gelir elde edebilir³⁰. Bu nedenle şirketin paylarına yapacağı ödemenin, bağlı malvarlığından karşılanması, sermayenin iadesine yol açacağı için yasaktır³¹.

Kanunun 520. maddesinde şirketin iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırması gerektiği düzenlenmiştir. Bu yedek akçeler, iktisap edilen paylar devredildiğinde veya yok edildiğinde, iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebilirler. İktisap pay karşılığı ayrılan yedek akçeler, şirketin ileride yapılacağı yeni iktisaplarda kanunen öngörülen yedek akçe olarak bağlı malvarlığı içinde yer alacaktır.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, şirketin net aktifinin iktisap edilecek pay miktarına yeterli olması, iktisabın serbest malvarlığından yapılması ve karşılık yedek akçe ayrılması koşullarını getirerek, sermaye iadesini önlemiştir. Böylece, şirketin kanunen bağlı malvarlığı korunarak, alacaklıların zarar görmesi engellenmek istenmiştir³².

Şirket kendi paylarını iktisap kurallarına uygun şekilde serbest malvarlığından yaptığı sürece sermaye iadesi ve alacaklıların zarara uğraması söz konusu olmaz³³. Ancak kanuna aykırı yapılan iktisaplar, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara zarar verebilir. Bağlı malvarlığından yapılan ödemeler veya payların gerçek değerinin çok üzerinde satın alınması, sermayenin azalmasına yol açar. Özellikle şirketin iktisap ettiği paylara değerinden çok yüksek bedel ödemesi, pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratır.

³⁰ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 2, s. 961; BAUEN/BERNET, N. 158, s. 47; BENCKENDORFF, s. 54; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 54-55, s. 44; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N. 78, s. 408; GREUTER, s. 8-9; CAHN, § 71, N. 1, s. 696; HIRSCH, s. 165; PULAŞLI, C. II, s. 1225; AYDIN, s. 38.

³¹ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 2, s. 497; DIREKGRÄF, s. 99-100; HIRSCH, s. 165-169.

³² BENCKENDORFF, s. 85; BEDNARZ, s. 57-60; BURCKHARDT, s. 20; LÜKEN, s. 89-92; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 5, s. 963; CAHN, § 71, N. 14, s. 699; PULAŞLI, C. II, s. 1224. Şirketin esas sermayesinden pay sahiplerine ödeme, esas sermaye azaltılması ve tasfiye payı ödemesi şeklinde gerçekleşebilir. Bunun dışında sermaye iadesi yapılamaz; BINDER, s. 18.

³³ Doktrinde, şirketin edindiği payların şirketin tasfiyesi durumunda, herhangi bir değerinin olmaması ve şirketin zarara uğraması durumunda çifte zararın gerçekleşmesi nedenleriyle, şirketin edindiği payların alacaklılara dolaylı da olsa zarar verdiği ifade edilmektedir; BEDNARZ, s. 62; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 56, s. 46; GREUTER, s. 5; CAHN, § 71, N. 14, s. 699; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 71-73.

Bu ödeme şirketin malvarlığını azaltacağı için pay sahipleri halinde, payı iktisap edilen pay sahibine haksız kazandırma sağlanır. Ödenen yüksek bedel, pay devir sözleşmesine dayandığı için, haksız ödenen kar payının iadesi kapsamında değerlendirilemez (TTK 512/1)³⁴. Şirketin bu iktisap nedeniyle zarara uğraması halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğabilir³⁵. Bu tip kötüye kullanmaların önlenmesi için, genel kurul kararında, iktisap edilecek paylara ödenecek en yüksek bedelin payların gerçek değerlerine yakın tespit edilmesi gerekir. Böylece geniş takdir yetkisi kalmayan yönetim kurulunun kötü niyetli girişimleri önlenerek, şirket sermayesi ve dolayısıyla diğer pay sahipleri ve alacaklılar korunabilir.

B. Eşitlik İlkesi Bakımından

1. Payların İktisabında

Şirketin paylarını iktisap etmesi, şirketle pay sahibi arasında yapılan bir devir sözleşmesi neticesinde gerçekleşir. Şirket, iktisap edeceği payın bedelini pay sahibine öder. İktisap işlemi, şirket ile pay sahipleri arasında gerçekleşecektir.

Payların iktisabında takdir yetkisi yönetim kurulundadır. Genel kurulun yetkilendirmesi üzerine, yönetim kurulu kendisine tanınan süre, bedel ve oran sınırları içinde pay iktisabı yapabilir. Yönetim kurulu kendine tanınan süre içinde uygun gördüğü bir zamanda ve uygun bulduğu payları bedelini ödeyerek iktisap edebilir. Bu iktisap eşitlik ilkesi gözetilerek gerçekleştirilmelidir. Eşitlik ilkesi, yönetim kurulunun takdir yetkisini sınırlar. Eşitlik ilkesi yönetim kurulunun kendisine yakın kişilerin paylarını gerçek değerinin çok üzerinde bedel ödeyerek satın almasını ve o kişilere avantaj sağlamasını engeller. Yine yönetim kurulunun kendine muhalif gördüğü, şirketten ayrılmasını istediği kişileri uzaklaştırmak için bu kişilerin paylarına gereğinden yüksek bedel ödemesi önlenir³⁶.

Şirketin paylarını iktisabı, kar dağıtımı gibi toptan ve eşit bir şekilde gerçekleşmediği, ödeme, payı devralınan pay sahibine yapıldığı için, burada eşitlik ilkesinin gözetilmesi büyük önem taşır³⁷.

³⁴ BENCKENDORFF, s. 242; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 73.

³⁵ BENCKENDORFF, s. 87; LÜKEN, s. 171; CAHN, § 71, N. 14, s. 699.

³⁶ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 22, s. 1732; BURCKHARDT, s. 12-13; GREUTER, s. 32.

³⁷ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 4, s. 962; LÜKEN, s. 152.

Doktrinde bazı yazarlar, şirketin kar payı dağıtımını yapmak yerine, kendi paylarını iktisap etme-

Alman hukukunda şirketin paylarını iktisabında eşit davranması zorunluluğu, şirketin paylarını iktisabını düzenleyen maddede açıkça belirtilmiştir (AktG § 71/1 8). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin maddelerinde böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu bir eksiklik değildir. Pay sahiplerine eşit davranılmasına ilişkin 357. madde, yönetim kurulunun özen ve bağlılık yükümlülüğüne ilişkin 369. madde ve eşitlik ilkesine aykırı yönetim kurulu kararlarının batıl olduğuna ilişkin 391. madde gereğince, yönetim kurulunun pay iktisabında eşit davranması gerektiği sonucuna kolayca ulaşılabılır³⁸.

Pay alım satımında her pay sahibi bilgilendirilmeli, herkes payını satmak ve almak konusunda eşit şansa sahip olmalıdır³⁹. Eşitlik ilkesi en kolay borsaya kote şirketlerde uygulanır⁴⁰. Özellikle açık alım teklifi⁴¹ yapılması durumunda, artık eşitlik ilkesine uygun davranıldığı kabul edilmelidir.

Borsaya kayıtlı olmayan anonim şirketlerde eşitlik ilkesinin uygulanmasında daha titiz davranılmalıdır. Yönetim kurulu satın alma teklifini tüm paydaşlara, pay oranlarını dikkate alarak yöneltmelidir⁴².

sinin eşitlik ilkesini zedelediği görüşündedirler. Bu yazarlara göre, şirket kendi payını iktisap ettiğinde tüm pay sahiplerine ödenecek, paya orantılı kar payını ödememekte aksine belli bir pay sahibine sermaye iadesi yapmaktadır. Payları şirket tarafından satın alınan pay sahipleri, hem şirkete ödedikleri sermayeyi geri alır hem de şirketin ileride uğrayacağı zarardan korunurlar. Bu ödeme, şirket malvarlığından yapıldığı için şirkete ve diğer kalan pay sahiplerine zarar verir; WINTER, s. 31, SCHRERRER, s. 26, (BURCKHARDT, s. 12-13).

³⁸ Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda şirketin kendi paylarını edinmesine ilişkin düzenlemede, payların eşitlik ilkesi gereğince iktisap edileceğine ilişkin hükmün gereksiz, mükerrer bir düzenleme olduğu, bu sonuca sözkonusu kanunun 53. maddesinin yorumuyla ulaşılabileceği yönünde eleştiriler için bk. OECHSLER, Münch. Komm., AktG, § 71, N. 221, s. 1797; HÜFFER, § 71, N. 19j, s. 358; YILMAZ, İÜHF, s. 265.

³⁹sviçre hukukunda şirketin paylarını iktisap ederken eşit davranması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak şirketin paylarını iktisap ederken ve tekrar elden çıkarırken eşit davranması gerektiği kabul edilmektedir; BÖCKLI, § 4, N. 248, s. 559.

³⁹ BURCKHARDT, s. 16; HENZE/NOTZ, § 53a, N. 33, s. 36; YILMAZ, İÜHF, s. 268.

⁴⁰ BENCKENDORFF, s. 243; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 137, s. 115; WIENEKE, § 71, N. 37, s. 453; GROß, N. 10, s. 1722; BÖCKLI, § 4, N. 253, s. 560; BOSSE, s. 17; VELLER, s. 80.

⁴¹ Şirketin paylarını borsa üzerinden satın alma yöntemleri hakkında ayrıntılı bk. BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 64-70, s. 988-991; OECHSLER, Münch. Komm., AktG § 71, N. 13-17, s. 1729-1731; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 137-142, s. 117-119; GROß, N. 8, s. 1719; BLOCK, § 71, N. 65, s. 376; LÜKEN, s. 156-164; VELLER, s. 18-28; DOĞAN, Erwerb eigener Aktien, s. 26-36; MANAVGAT, s. 215 vd.

⁴² BÖCKLI, § 4, N. 249, s. 559; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 223, s. 1799; HÜFFER, § 71, N. 19k, s. 360; BOSSE, s. 19; VELLER, s. 69.

Bazı hallerde yönetim kurulunun pay sahipleri arasında farklı davranması ve belli bir pay sahibine pay alım teklifi yöneltmesi eşitlik ilkesini zedelemeyebilir. Pay sahibinin şirkete karşı davalar açarak şirketin işleyişini zorlaştırdığı, küçük pay sahibinin şirketten çıkmak istediği ve diğer paydaşlarla huzursuzluklar yaşadığı istisnai durumlarda, şirketin payın değerinden fazla bedel ödeyerek bu paydaşın payını satın alması şirketin menfaatinde. Bu davranış, eşitlik ilkesini zedelemeyebilir⁴³. Yine yakın ve ciddi tehlikenin varlığı nedeniyle pay iktisabında yönetim kurulunun eşitlik ilkesine uyması beklenmez⁴⁴. Bu istisnai haller dışında, yönetim kurulunun şirketin kendi paylarını edinirken eşitlik ilkesini gözetmesi beklenir. Aksi halde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğabilir (TTK 553).

2. Payların Elden Çıkarılmasında

Anonim şirket, esas veya çıkarılmış sermayelerinin onda biri oranında, başka bir ifade ile yasal sınır içinde iktisap ettiği paylarını elden çıkarmak zorunda değildir. Bu paylara herhangi bir süre sınırı olmadan sahip olabilir. Yönetim kurulunun, onda birlik yasal sınır içinde iktisap edilmiş payları, satıp satmama konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Genel kurulca satış konusunda yetkilendirilen yönetim kurulu, uygun bir teklif aldığı anda veya gerekli koşullar oluştuğunda bu payları elden çıkarabilir⁴⁵.

Şirketin iktisap ettiği payları, yasal sınır olan esas veya çıkarılmış sermayenin onda birlik kısmını aşmışsa, aşan kısmın derhal elden çıkarılması gerekir. Yine geçerli bir genel kurul kararı olmaksızın veya genel kurulda belirtilen talimatlara aykırı iktisap edilen paylar, iktisap bedelinin bağlı malvarlığından ödendiği paylar⁴⁶ veya pay bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar da bir an önce elden çıkarılmalıdır (TTK 385)⁴⁷.

⁴³ WIENEKE, § 71, N. 36, s. 453; BAUEN/BERNET, N. 162, s. 49; BEDNARZ, s. 66; BEZZENBERGER, *Erwerb eigener Aktien*, N. 143, s. 120; BURCKHARDT, s. 16; BOSSE, s. 17; GIGER, s. 65; AYAN, MÜHFD, s. 83.

Federal Mahkemenin, özel durumların gereği yapılan farklı davranışların eşitlik ilkesini zedelemeyeceği yönünde kararı bulunmaktadır. Bk. BGE 88 II 105; BGHZ 33, 175, 186 (NJW 1961, 2671, 40, 44).

⁴⁴ OECHSLER, *Münch. Komm., AktG*, § 71, N. 221, s. 1797; BALDAMUS, s. 179; LENZ/VON PLANTA, *Art. 659, N. 7c*, s. 505; BÖCKLI, § 4, N. 254-256, s. 561.

⁴⁵ BEZZENBERGER, *Aktiengesetz Komm.*, § 71, N. 82, s. 996; BEZZENBERGER, *Erwerb eigener Aktien*, N. 145, s. 122; LÜKEN, s. 194.

⁴⁶ BURCKHARDT, s. 84.

⁴⁷ BLOCK, § 71c, N. 1, s. 396; BEZZENBERGER, *Erwerb eigener Aktien*, N. 166, s. 140-141; WIENEKE, § 71c, N. 2-6, s. 467; BEZZENBERGER, *Aktiengesetz Komm.*, § 71c, N. 1, s. 1016.

Kanunun 385. maddesinde, 379 ilâ 381'inci maddelere aykırı şekilde iktisap edilen veya rehin alınan payların, altı ay içinde elden çıkarılması veya üzerindeki rehmin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. Yine Kanunun 386. maddesinde de, 384 ve 385'inci maddeler uyarınca elden çıkarılamayan payların, sermaye azaltılması yoluyla⁴⁸ hemen yok edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yönetim kurulu altı aylık süre içinde bu payları satmalı, bu mümkün değilse itfa etmelidir. Bu süre, aykırı iktisap tarihinden başlar⁴⁹. Bu hallerde yönetim kurulunun satış için genel kurul tarafından yetkilendirilmesine gerek yoktur.

Görüldüğü gibi, yönetim kurulu bazen isteğe bağlı olarak, bazen de zorunlu sebeplerle şirketin iktisap ettiği kendi paylarını satabilir. Şirketin paylarını satın alacak kişi, mevcut pay sahipleri arasından olabileceği gibi, dışarıdan üçüncü bir kişi de olabilir. Bu işlemde pay sahibi ile üçüncü kişi aynı konumdadır. Payın bedeli ödenip usulüne uygun devir gerçekleştiğinde, sözleşmenin karşı tarafı pay sahibi sıfatını kazanacaktır.

Yönetim kurulunun şirketin iktisap ettiği kendi paylarını tekrar satarken eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğünün olup olmadığı incelenmelidir.

Kanunda söz konusu payların, mevcut pay sahiplerine satılması zorunluluğu getirilmemiştir. Yönetim kurulu bu payları, pay sahiplerine veya üçüncü kişilere satmakta serbestir⁵⁰. Ancak doktrinde, yönetim kurulunun sadakat yükümlülüğü ve eşit davranma yükümlülüğü nedeniyle, satın alma teklifini öncelikle mevcut pay sahiplerine, payları ile orantılı olarak yapması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, şirketin kendi paylarını satmasında, sermaye artırımına ilişkin kurallar kıyasen uygulanmalıdır. Çünkü şirketin iktisap ettiği payların satılması halinde, şirketteki mevcut payların oranları değişebilir⁵¹.

Yönetim kurulunun satış teklifini pay sahiplerine yapmaya karar vermesi halinde, pay sahiplerinin rüçhan haklarını (TTK 461, 466) kullanıp kullanamayacakları irdelenmelidir.

⁴⁸ Anonim şirketlerde esas sermayenin azaltılması prosedürü hakkında ayrıntılı bilgileri için bk. ÇAĞLAR, s. 60 vd.; TÜRK, s. 165 vd.

⁴⁹ WIENEKE, § 71c, N. 7, s. 467; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71c, N. 7, s. 1018.

⁵⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 846, s. 503.

⁵¹ LENZ/VON PLANTA, Art. 659, N. 9a, s. 506.

Doktrinde, şirketin kendi paylarını satışında, pay sahiplerinin rüçhan haklarını kullanamayacakları görüşü savunulmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, rüçhan hakkı, dış kaynaklardan sermaye artışında kullanılan bir haktır. Sermaye artışında şirket yeni paylar yaratmaktadır. Şirketin kendi paylarını satmasında ise, yeni bir pay yaratılmaz. Şirket mevcut paylarını elden çıkarır. Şirketin elindeyken pay sahipliği hakkı vermeyen bu paylardaki haklar satışla birlikte tekrar canlanır. Sermaye artışı, ağırlaştırılmış yeter sayıların alınmasının gerektiği, ilanının yapıldığı ve diğer prosedürlerin gerçekleştiği bir hukuksal süreçtir. Şirketin kendi paylarını edinmesi ve elden çıkarmasında bu prosedürler yoktur. Sermaye artışının amacı, şirketin sermayesinin artması ve yeni paylarla kaynak aktarımı yapılmayarak şirketin sermayesinin güçlenmesidir. Şirketin kendi paylarını satın almasında ise, daha çok kur dengeleme, kar dağıtımına alternatif yaratma gibi yukarıda açıkladığımız amaçlar güdülür. Sermaye artışında rüçhan hakkı tanınarak şirket içi dengelerin korunması amaçlanmaktadır. Şirketin kendi paylarını edinmesinde böyle bir amaç yoktur. Burada dikkat edilen hususlar sermayenin iade edilmemesi ve eşitlik ilkesinin zedelenmemesidir. Bu nedenle sermaye artırımında düzenlenen rüçhan hakkının, şirketin kendi paylarını satmasında kıyasen uygulanması mümkün değildir⁵².

Yönetim kurulu, eşitlik ilkesine uygun olarak tüm pay sahiplerinin satış işleminden zamanında haberdar olmasını sağlamalıdır. Yönetim kurulu sadakat yükümlülüğü gereğince, tüm teklifleri değerlendirerek şirketin menfaatine en uygun olan teklifi kabul etmelidir. Satış işlemi pay sahiplerine gerçekleştirilecekse, şirket içi dengeler gözetilmeli ve pay sahiplerine payları oranında satış yapılmalıdır⁵³.

Yönetim kurulunun eşitlik ilkesini ihlal eden satışları, ancak şirketin menfaati için gerekli bir nedenden kaynaklanıyorsa sorumluluk doğurmaz. Aksi halde, hakkı zedelenen pay sahipleri yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açabilirler (TTK 553). Ayrıca eşitlik ilkesini zedeleyen yönetim kurulu kararının batıl olduğunun tespiti talep edilebilir (TTK 391).

⁵² BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 79, s. 994; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 149-151, s. 125-126; BURCKHARDT, s. 102; WIENEKE, § 71b, N. 5, s. 465; BLOCK, § 71b, N. 12, s. 394; KRAFT/ALTVATER, s. 449; KITANOFF, s. 199-202; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 846, s. 503.

⁵³ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 80, s. 995; BENCKENDORFF, s. 282-283; KINDL, § 1279; KRAFT/ALTVATER, s. 449; LÜKEN, s. 195; BÖCKLI, § 4, N. 301, s. 557.

Eğer yönetim kurulu, altı aylık süre içinde paylarını satamazsa, payları sermaye azaltılması yoluyla hemen itfa etmesi gerekir (TTK 386)⁵⁴. Yönetim kurulu payların elden çıkarılması için gerekli işlemleri zamanında yapmazsa, yani payları altı ay içinde satışa çıkarmaz ve paylar bu süre içinde satılmadığında hemen itfa etmezse, sorumluluğu doğabilir⁵⁵.

III. ANONİM ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP VEYA REHİN OLARAK KABUL ETMESİ

A. Genel Olarak

Anonim şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda iki sistem bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Avrupa Birliğinin 77/91 nolu Yönergesinin 2006 yılı değişikliğinden önceki haline göre şekillenen, kural olarak pay iktisabının yasak olduğu, kanundaki koşullara uyulmak suretiyle belli bir oranda pay iktisabını mümkün kılan ve istisnai hallerde payın bu koşul ve sınırlara uyulmaksızın iktisabına izin veren sistemdir⁵⁶. Avrupa Birliği Yönergesinin etkisiyle, gerek Alman hukukunda ve gerekse İsviçre hukukunda bu sistem benimsenmiştir.

İkinci sistem ise, Amerikan sistemidir. Bu sistemde şirketin kendi paylarını iktisap etmesi serbesttir. Şirketin pay iktisap etmesi, genel kurul kararı alınması, iktisap edilecek payların sermayenin belli bir bölümünü aşmaması gibi herhangi bir koşula veya kısıtlamaya tabi değildir. Amerikan sistemi, şirketin kendi paylarını iktisabında, payın satın alınmasının kötüye kullanılmasına karşı önlemler almakla yetinmiştir⁵⁷.

⁵⁴ Doktrinde, itfa işlemi için genel kurul kararı alınmasına gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, satış işlemi içinde, itfanın gerçekleşmesi için gerekli sermaye azaltılması işlemi içinde, genel kurul kararı alınması gerektiğini ileri sürerler. Bu görüşteki yazarlara göre, payların itfası için, sermaye azaltılmasına ilişkin prosedür uygulanmalı ve paylar karşılıksız olarak itfa edilmelidir; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 82, s. 996; WIENEKE, § 71c, N. 11-13, s. 468; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 145, s. 122. Aksi görüşteki Block ise, payların itfasında, esas sermaye azaltılması için prosedürünün gerçekleştirilmesine gerek olmadığını ileri sürmektedir; BLOCK, § 71c, N. 20, s. 398. Türk Ticaret Kanunun 386. maddesinde öngörülen süre içinde elden çıkarılmayan payların sermaye azaltılması yoluyla itfa edilmesi gerektiği düzenlendiği için, sermaye azaltılmasını düzenleyen 473 ila 475 maddelerindeki prosedüre uygun olarak bu payların yok edilmesi gerekmektedir.

⁵⁵ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71c, N. 11, s. 1020; WIENEKE, § 71c, N. 14, s. 468.

⁵⁶ Bk. yuk. dn. 2.

⁵⁷ Amerikan hukukunda anonim şirketin kendi payını satın alması serbesttir. Amerika'da, şirketin paylarını iktisap etmesinin kötüye kullanımı esas alınıp, istisnai olarak pay alımına izin verme görüşü (minority rule) desteklenmemektedir. Payın satın alınmasının yararları dikkate

Türk kanun koyucusu, bu iki sistem arasında bir tercih yapmış ve sınırlı serbesti sistemini benimsemiştir. Bu nedenle, çalışmamızda, Avrupa Birliği'nin 77/91 nolu Yönergesi, Alman Hukuku ve İsviçre hukukundaki şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin düzenlemeler incelenerek, karşılaştırma yoluyla Türk hukukundaki düzenlemeler açıklanmaya çalışılacaktır.

B. Şirketin Paylarını İktisap Etmesinin Koşulları

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi kural olarak yasaktır. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesine izin verilen haller, genel kurul kararı ile iktisap (TTK 379), yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesi amacıyla iktisap (TTK 381), istisnai hallerde iktisap (TTK 382) ve ivazsız iktisap (TTK 383) olarak sıralanabilir. Çalışmamızın konusunu 379. maddede düzenlenen şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisap etmesi oluşturmaktadır. Bu nedenle aşağıda, sadece şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisap etmesinin sınırı ve koşulları incelenecektir.

1. Şirketin İktisap Edebileceği Paylarının Yasal Sınırı (1/10'luk Sınır)

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 379. maddesinin birinci fıkrası şöyledir *“Bir şirket kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez. Bu hüküm, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap veya rehin olarak kabul ettiği paylar için de geçerlidir”*

Kanunda şirketin ivazlı olarak iktisap edebileceği paylara, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda biri oranında üst sınır getirilmiştir. Şirketin serbest malvarlığı ne kadar fazla olursa olsun, şirketin genel kurul kararı ile iktisap edebileceği kendi paylarının itibari değerlerinin toplamı, en fazla esas veya çıkarılmış sermayesinin onda biri oranına karşılık gelen miktar kadar olabilir⁵⁸. Bu miktarı aşan iktisaplar, yasaklanmıştır

Şirketin iktisap edebileceği paylara üst sınır getiren düzenlemelere 77/91 nolu Avrupa Birliği Yönergesinin 2006/68 nolu Yönerge ile yapılan değişiklikten önceki halinde, Alman ve İsviçre hukuklarında da rastlanır⁵⁹.

alınarak, kurumun kötüye kullanılması durumunda tedbir alma olarak özetlenen görüş (Majority rule) desteklenmektedir. Amerika'da 19. yüzyılın başlarından beri, mahkemeler genellikle Hartridge v. Rockwell davasından esinlenerek, şirketin paylarının iktisap edilmesine izin veren sistemi kabul etmektedirler. Amerika'daki bu sistem, Avrupa Birliği mevzuatı ve üye ülke kanunları üzerinde etkili olmaktadır; BENCKENDORFF, s. 104-105; ÖZDAMAR, s. 128; AYDIN, s. 156-159; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, s. 1745-1747; BEDNARZ, s. 11; KINDL, s. 1277.

⁵⁸ BEDNARZ, s. 85; GROBECKER/MICHEL, s. 1757; GRÜGER, s. 222.

⁵⁹ % 10'luk sınırın ilk kez, Alman hukukunda 19.9.1931 tarihli kanun hükmünde kararname

77/91 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin 19. maddesinde öngörülen % 10'luk sınır, 2006/68 nolu Yönergenin 4. maddesi ile (AB1 L 264 25.9.2006 S.32-36) kaldırılmıştır⁶⁰. Yönergenin son haline göre, anonim şirketlerin, serbest malvarlığı kadar (serbest sermaye miktarı kadar) payını iktisap edebileceği düzenlenebilir (Art 19/1.b). Ancak şirketler isterlerse, kendileri ve üçüncü kişiler aracılığıyla edinebilecekleri toplam pay miktarının sermayeye oranını serbestçe belirleyebilirler. Ancak sınır getiren bu oran, şirket ana sermayesinin %10'undan aşağı olamaz (m. 19/1,c,i). Anonim şirketler, payların iktisabına ilişkin genel kurul tarafından verilen iznin süresini ve geri edinilebilecek pay miktarına ilişkin sınırlamayı ana sözleşmelerinde belirtmek zorundadırlar (m. 19/1,c,ii).

Alman hukukunda, anonim şirketin genel kurul kararı ile paylarını iktisabında % 10 sınırı korunmuştur (AktG § 71/1.8, § 71/2)⁶¹.

İsviçre hukukunda şirketin paylarını iktisap etmesinin üst sınırı öngörülmüştür. Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi için yeterli serbest malvarlığının bulunması ve iktisap edilecek payların toplam itibari değerinin esas sermayenin yüzde onunu aşmaması gerektiği düzenlenmiştir (OR Art 659). İsviçre Borçlar Kanununun 659. maddesinin ikinci fıkrasında, bağlı nama yazılı payların iktisabında yasal sınırın yüzde yirmi olduğu belirtilmektedir. Bu fıkranın devamında iktisap edilen payların % 10'u aşan kısmının 2 yıl içinde elden çıkarılması veya sermaye azaltılması yoluyla yok edilmesi gerektiği düzenlenmektedir⁶².

Türk hukukunda da, kendi paylarını iktisap etmek isteyen anonim şirketlerin, genel kurul kararında yönetim kurulunu en fazla esas veya

ile getirildiği görülmektedir. Bu oranın, 1931 yılı ekonomik krizi sonrasında, alacaklıların ve manipülasyonların önlenmesi yoluyla sermaye piyasasının korunması amacıyla getirildiği ileri sürülmektedir; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 42 s. 1742; BENCKEN-DORFF, s. 41-42; BEDNARZ, s. 41; BEDNARZ, s. 88-91; WIENEKE, § 71, N. 30, s. 451; GEBLER, § 71, N. 5, s. 4; GROß, N. 6, s. 1717; DOĞAN, AÇD, s. 8; HÜFFER, § 71, N. 19e, s. 353-354; LÜKEN, s. 58; CAHN, § 71, N. 24, s. 702; HIRSCH, s. 19; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 15, s. 968-969.

⁶⁰ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 8a-d, s. 488-499; GRÜGER, s. 224; DOĞAN, AÇD, s. 7-8.

⁶¹ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 42, s. 1742-1743; BEDNARZ, s. 88-91; WIENEKE, § 71, N. 30, s. 451; GEBLER, § 71, N. 5, s. 4; GROß, N. 6, s. 1717; GROBECKER/MICHEL, s. 1757; KINDL, s. 1278; KRAFT/ALTVATER, s. 450; HÜFFER, § 71, N. 19e, s. 353-354; VELLER, s. 62.

⁶² LENZ/VON PLANTA, Art 659, N. 2, s. 502; BAUEN/BERNET, N. 159, s. 48; DRUEY, s. 101; BÖCKLI, § 4, N. 231-234a, s. 553-554; HONSELL, s. 563.

çıkarılmış sermayenin onda birini iktisap etme hususunda yetkilendirilebileceği düzenlenmiştir (TTK 379/1). Buradaki onda birlik sınır, bir pay sahibinden alınacak pay oranı değil, şirketin iktisap edebileceği payların itibari değerlerinin toplamının esas veya çıkarılmış sermayeye oranıdır⁶³.

Yönetim kurulu, onda birlik sınırı tespit ederken, payların iktisap anındaki koşulları dikkate almalıdır⁶⁴. Sınırın tespitinde, şirketin iktisap anındaki esas veya çıkarılmış sermayesi ve şirketin elinde bulunan paylarının oranı hesaplanmalıdır. Şirketin elinde bulunan kendine ait payların ivazlı, ivazsız, hukuka uygun veya aykırı iktisap edilmiş olmasının bir önemi yoktur⁶⁵. Sonuç olarak, genel kurul daha düşük bir oran belirlememişse, şirketin en fazla esas veya çıkarılmış sermayesinin onda biri oranında kendi payını elinde bulundurabilir.

Örneğin şirket külli halefiyet yoluyla esas sermayenin % 8'i oranında kendi payını iktisap etmişse, genel kurul kararı ile sadece % 2'si oranında pay iktisap edebilir. Çünkü iktisap edilecek payların miktarı belirlenirken, hangi yoldan iktisap edilmiş olursa olsun tüm paylar toplamı esas alınmalıdır. Ancak, şirket % 2 oranında payı genel kurul kararı ile iktisap etmişse, daha sonra külli halefiyet yoluyla elde edeceği payların miktarı % 8 değildir. İstisnai hal olan külli halefiyette onda birlik yasal sınır uygulanmaz. Bu durumda şirket, kendi paylarının onda birini aşan kısmını 3 yıl içinde elden çıkarmak zorundadır (TTK 384)⁶⁶.

Yine şirket genel kurul kararına dayanarak % 10 oranında pay iktisap etmiş ve daha sonra bunların %3'ünü satmış olabilir. Bu durumda şirketin elinde esas sermayesinin % 7'si oranında kendi payı bulunmaktadır. Şirket yeni bir genel kurul kararı alıp, yönetim kurulunu % 10 oranda pay iktisap etmesi konusunda yetkilendirse bile, yönetim kurulunun iktisap edebileceği pay oranı % 3'tür⁶⁷.

Şirketin kendi payını iktisap etmesi ile, payın yavru şirket tarafından iktisap edilmesi veya şirket hesabına hareket eden üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesi de, payların şirket tarafında iktisap edilmiş gibi sayılmasına

⁶³ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 204-205, s. 1792-1793; HÜFFER, § 71, N. 19e, s. 353-354; LÜKEN, s. 139; VELLER, s. 62; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 51, s. 983; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 44, s. 32-33.

⁶⁴ BENCKENDORFF, s. 227; WIENEKE, § 71, N. 46, s. 456.

⁶⁵ BENCKENDORFF, s. 228; BEDNARZ, s. 136-137.

⁶⁶ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 52, s. 983.

⁶⁷ GROBECKER/MICHEL, s. 1757-1759.

yol açar (TTK 379/1, 380/2). İktisap edilebilecek payların hesaplanmasında şirketin kendisi, yavru şirket veya temsilcisi tarafından iktisap edilen paylar bütün olarak hesaplanır⁶⁸.

Şirketin genel kurul kararı ile iktisap ettiği paylar yasal sınırı aşarsa, yönetim kurulu bu payları altı ay içinde elden çıkarmak, bu mümkün değilse itfa etmekle yükümlüdür (TTK 385, 386). Bu süre, aykırı iktisap tarihinden başlar. Kanun koyucu şirketin kurallara aykırı şekilde kendi paylarını iktisabını ve bu payların uzun süre şirkette kalmasını önlemek istemiştir⁶⁹.

2. Genel Kurul Kararı

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 379. maddesinin ikinci fıkrasında, anonim şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için, öncelikle bu yönde bir genel kurul kararı alınması gerektiği düzenlenmiştir⁷⁰.

⁶⁸ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 53, s. 983; BURCKHARDT, s. 5-6; EISENHARDT, N. 530, s. 297.

⁶⁹ Alman ve İsviçre Hukuklarında da paralel düzenlemeler bulunmaktadır.

⁷⁰ Alman Paylı Ortaklıklar Kanuna göre, §71 maddenin 1. ve 2. fıkrasına aykırı iktisabın yaptırımını geçersizlikler (AktG § 71/1.4). § 71. maddenin 1. ve 2. fıkrasına aykırı şekilde edinilen paylar, ortaklık tarafından 1 yıl içinde elden çıkarılmak zorundadır. §71 maddenin 1. fıkrasına uygun şekilde iktisap edilen ancak iktisap neticesinde % 10'luk sınırı aşan paylar ise, 3 yıl içinde % 10'luk sınıra çekilmelidir. Bu süreler içinde işlem gerçekleştirilmezse, paylar sermaye azaltılması yoluyla itfa edilmelidir (AktG § 71c); BENCKENDORFF, s. 254; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 165-168, s. 140-142; WIENEKE, § 71, N. 54, s. 458; § 71c, N. 1, s. 466; GEBLER, § 71, N. 7, s. 5; § 71c, N. 2, s. 2; LANGE, § 71, N. 14, s. 1494; § 71c, N. 2-6, s. 1497; SPICKHOFF, s. 2593; HÜFFER, § 71, N. 24, s. 360; LÜKEN, s. 183-184; HIRSCH, s. 165; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71c, N. 7, s. 1018. İsviçre Borçlar Kanunun 659. maddesinin ikinci fıkrasına göre, şirket, esas sermayenin % 10'luk kısmını aşmayacak şekilde kendi paylarını iktisap edebilir. Şirketin iktisap edeceği paylar bağlı nama yazılı ise bu oran % 20'ye çıkarılmıştır. Şirket iktisap ettiği payların % 10'u aşan kısmını 2 yıl içinde elden çıkarmalı veya sermaye azaltılması yoluyla itfa etmelidir; GIGER, s. 77-80; BÖCKLI, § 4, N. 298-299, s. 575, 576; BURCKHARDT, s. 73; GULH/KUMMER/DRUEY, § 66, s. 657-658; LENZ/VON PLANTA, Art. 659, N. 10, s. 507; ÖZDAMAR, s. 96; AYDIN, s. 136-137.

⁷⁰ Genel kurul kararı olmaksızın şirketin paylarını iktisap edebileceği haller, yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığı hali (TTK 381), istisnai hallerin gerçekleşmesi halleri (TTK 382) ve ivazsız iktisap hali (TTK 383) olarak sıralanabilir.

Avrupa Birliğinin 77/91 nolu Yönergesinin 19. maddesinin 2. fıkrasında da, şirketin yakın ve ciddi tehlikelere karşı genel kurul kararı olmaksızın kendi paylarını iktisap edebileceği düzenlenmektedir. Yönergenin 20. maddesinde düzenlenen istisnai hallerde genel kurul kararı aranmayacağının öngörülebileceği belirtilmiştir.

Alman hukukunda, yönetim kurulunun genel kurul kararı olmaksızın şirketin uğrayacağı zararlardan korunmak amacıyla şirketin paylarını edinebileceği düzenlenmiştir (AktG § 71/1, I). Kanunda öngörülen istisnai hallerin gerçekleşmesi halinde genel kurul kararına gerek yoktur; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 193, s. 1790; HÜFFER, § 71, N. 19d, s. 353; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 17, s. 969; WIENEKE, § 71, N.

Şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için genel kurul kararı alınması zorunluluğu, Avrupa Birliğinin 77/91 nolu Yönergesinin 19. maddesinin (a) fıkrasında, Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun § 71 maddesinin birinci fıkrasının sekizinci bendinde de yer almaktadır⁷¹. İsviçre Borçlar Kanununda ise, şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için genel kurul kararı aranmamaktadır⁷².

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, genel kurulun şirketin kendi paylarını edinmesi kararını alacağı, yönetim kurulunun genel kurul kararı olmaksızın pay iktisap edemeyeceği düzenlenmiştir (TTK 379/2). Böylece, genel kurul ile yönetim kurulunun yetki sınırı belirlenmiştir. Bu düzenleme, kar payı dağıtılması, sermaye azaltılması veya artırılması gibi konularda genel kurulun yetkili olmasına ilişkin düzenlemelerle uyumludur.

a. Karar alma yeter sayısı

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi kararı, olağan genel kurul veya olağanüstü genel kurul toplantısında alınabilir. Bu kararın alınması için, olağan toplantı ve karar alma yeter sayılarının sağlanması yeterlidir (TTK 418)⁷³.

b. Yönetim kurulunun yetkilendirilmesi

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin genel kurul kararında, bu işlemi gerçekleştirmesi için yönetim kurulunun yetkilendirilmesi gerekir. Aynı genel kurul kararı içinde yönetim kuruluna hem payları satın alma, hem de satma yetkisi verilmesi mümkündür⁷⁴.

Yönetim kurulu genel kurul kararı olmaksızın, şirketin paylarını iktisap edemez. Genel kurul kararı olmaksızın yapılan bir iktisap, sonradan genel kurul kararı alınarak geçerli hale getirilemez⁷⁵.

31, s. 451; GROß, N. 2, s. 1714.

İsviçre hukukunda ise, şirketin paylarını iktisap etmesi için genel kurul kararı aranmadığı için, şirketin karşılaştığı yakın ve ciddi tehlikeye ilişkin özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamıştır.

⁷¹ BENCKENDORFF, s. 223; BEDNARZ, s. 1; GROß, N. 2, s. 1714; KINDL, s. 1278; HÜFFER, § 71, N. 19d, s. 353; LÜKEN, s. 138; CAHN, § 71, N. 93, s. 717; VELLER, s. 64.

⁷² BÖCKLI, § 4, N. 235, s. 554.

⁷³ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 190-192, s. 1788-1789; KINDL, s. 1278; KRAFT/ALTVATER, s. 449; HÜFFER, § 71, N. 19d, s. 353; LÜKEN, s. 128; CAHN, § 71, N. 110, s. 721; VELLER, s. 64-65.

⁷⁴ BLOCK, § 71, N. 62, s. 374; LÜKEN, s. 194-195.

⁷⁵ BÖCKLI, § 4, N. 225-226, s. 551; KRAFT/ALTVATER, s. 448-449; HÜFFER, § 71, N. 19d, s. 353; LÜKEN, s. 5138; CAHN, § 71, N. 96, s. 718; PULAŞLI, C. II, s. 1235.

Genel kurul kararında yönetim kurulunun hangi oranda pay iktisap edebileceğini belirlemelidir. Bu yetkilendirme de üst sınır onda birlik yasal sınırdır. Ancak genel kurul isterse yönetim kuruluna daha az oranda pay iktisap etme yetkisi verebilir⁷⁶.

Genel kurul kararında yetkilendirme süresi, iktisap veya rehin olacak payların toplam itibari değerleri, paylara ödenecek bedelin alt ve üst sınırı belirtilmelidir (TTK 379/2)⁷⁷.

Genel kurul kararı ile verilen yetki süresi ve sınırı, yeni bir genel kurul kararı ile azaltılıp, artırılabilir veya ortadan kaldırılabilir. Tüm bu işlemlerin onda birlik yasal sınır içinde olması gerekmektedir⁷⁸.

Genel kurul kararında şirketin paylarını iktisap etme amacının belirtilmesine gerek yoktur. Genel kurulun yönetim kurulunu payların iktisabı konusunda yetkilendirmesi yeterli ve gereklidir. Böylece yönetim kuruluna payların iktisabında daha geniş bir takdir yetkisi verilir⁷⁹.

Genel kurul, isterse yetkilendirmesinde bazı talimatlar vererek yönetim kurulunun yetkisini sınırlandırabilir. Bu talimatlara, pay alımının açık teklif usulüyle yapılması gerektiği, payların şirketin bünyesinde tutulacağı en uzun zaman diliminin belirlenmesi örnek gösterilebilir. Ancak bu talimatlar, yönetim kurulunun yetkisini kullanmasını aşırı zorlaştırmamalı veya belli bir payı tarif etmemelidir⁸⁰.

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunun § 71 maddesinin birinci fıkrasının 8. bendinde genel kurulun yetkilendirmesinin şirketin kendi paylarının ticaretini kapsamaması gerektiği açıkça belirlenmiştir. Türk Ticaret Kanununun 379 maddesinde böyle bir açıklık bulunmamaktadır. Madde gerekçesindeki açıklama şöyledir “...Ancak, genel kurul yetkinin kullanılmasını belli amaçlara bağlayabilir. Genel kurulun belirleyeceği amaç (yetkiyi kullanma

⁷⁶ BLOCK, § 71, N. 61, s. 374.

⁷⁷ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 16, s. 969; BURCKHARDT, s. 10; KRAFT/ALTVATER, s. 448-449; BENCKENDORFF, s. 190; BEDNARZ, s. 126; LÜKEN, s. 139; CAHN, § 71, N. 109, s. 710-711.

⁷⁸ GROBECKER/MICHEL, s. 1759.

⁷⁹ BENCKENDORFF, s. 224; BEDNARZ, s. 131; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 42, s. 31; WIENEKE, § 71, N. 31, s. 451; GROß, N. 5, s. 1716; BLOCK, § 71, N. 60, s. 373; LANGE, § 71, N. 10, s. 1493; KINDL, s. 1278; HÜFFER, § 71, N. 19f, s. 354.

⁸⁰ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 206-208, s. 1793-1794; WIENEKE, § 71, N. 34, s. 452-453; BLOCK, § 71, N. 64, s. 375; LANGE, § 71, N. 10, s. 1493; HÜFFER, § 71, N. 19f, s. 354.

sebebi) kanuna, ahlâka ve adâba aykırı ve borsa ticareti yapmaya yönelik olamaz. Alm. POK 71, b.8 paragrafında genel kurulun verdiği iznin amacının borsa ticareti olamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Tasarıda böyle bir açıklık bulunmamasının sebebi, Alman hükmünün hem gereksiz olması hem de yanlış yorumlara müsait bulunmasıdır. Yetkiye dayalı iktisabın sebebi şirketin, pay sahiplerinin ve çalışanlarının korunmasıdır; yoksa yüzde on serbestisi şirkete kazanç sağlanması amacıyla öngörülmemiştir. Yasağın sadece borsa ticaretine özgülenmesi, diğer kazanca yönelik iktisapların caiz olduğu anlayışına destek verebilirdi. Diğer yandan, borsa ticareti yasağı doğal olup, hükmün amaçsal içeriğine dahildir... ”.

Genel kurul kararı, yönetim kuruluna öngörülen süre ve sınırlar içinde pay iktisap etme yetkisi verir. Yönetim kurulu pay iktisabını gerçekleştirip gerçekleştirmemekte özgürdür.

c. En fazla beş yıllık yetki süresi

Genel kurul kararında, yönetim kurulunun şirketin paylarını iktisap etmesi için yetkilendirildiği süre belirtilmelidir. Genel kurul, yönetim kurulunu en fazla beş yıllık süre ile yetkilendirebilir⁸¹.

Kararda yetkinin süresi kesin bir tarih (örneğin 21.4.2012'ye kadar) veya bir zaman aralığı (örneğin genel kurul tarihinden itibaren 4 ay veya 4 yıl) olarak gösterilmelidir. Yetkilendirmede, payın iktisabı için belli bir süre kararlaştırılmazsa, en yüksek süre olan beş yıl yetkilendirme süresi olarak kabul edilmez. Sürenin belirtilmediği yönetim kurulun yetkilendirmesine ilişkin genel kurul kararı geçersizdir⁸².

77/91 nolu Avrupa Birliği Yönergesinde, 2006/68 nolu Yönerge ile yapılan değişiklik ile genel kurulun yönetim kurulunu azami yetkilendirme süresi on sekiz aydan beş yıla çıkarılmıştır (Art 19/1.b). 1.9.2009 tarihinde yürürlüğe giren ARUG (Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie) 6. maddesi ile Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun § 71 maddesinde değişiklik yapılmış ve yönetim kurulunun azami yetkilendirilme süresi on sekiz aydan, beş yıla çıkarılmıştır (§ 71/1.8)⁸³.

⁸¹ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 28, s. 974; BEDNARZ, s. 150; WIENEKE, § 71, N. 31, s. 451-452; BLOCK, § 71, N. 61, s. 374; LANGE, § 71, N. 10, s. 1493; KOCHER, s. 172; HÜFFER, § 71, N. 19b, s. 352 ; LÜKEN, s. 5139.

⁸² OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 197, s. 1791; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 20, s. 970; HÜFFER, § 71, N. 19e, s. 353-354; CAHN, § 71, N. 107, s. 720.

⁸³ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 41, s. 1742; GROß, N. 4, s. 1716; BLOCK, §

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun kanunlaşma sürecinde de yönetim kurulunun yetkilendirme süresine ilişkin Avrupa Birliği Yönergesindeki değişiklik dikkate alınmış ve benimsenmiştir. Tasarıda on sekiz ay olarak öngörülen yetkilendirme süresinin üst sınırı, beş yıl olarak değiştirilmiştir.

Doktrinde, on sekiz aylık süre sınırının, gereksiz ve masraf çıkaran bir formalite olduğu ileri sürülmektedir. Genellikle yılda bir kere toplanan genel kurulda verilen on sekiz aylık sürenin dolması ile yeni genel kurul toplanıncaya kadar pay alımı yapılamamaktaydı. Bu nedenle uygulamada yönetim kurulu bir yıllık süreyle yetkilendirilmekteydi. Sürenin kısalığı, birden fazla yıla yayılan payların geri alım programlarını aksatmakta ve uzun süreli pay alım programları, pay sahiplerinin açtığı genel kurul iptali davaları ile tehdit edilebilmeydi⁸⁴.

Aksi görüşteki *Baldamus*, beş yıllık sürenin, şirkete sonradan katılan pay sahiplerini de etkileyeceğini, bunun çok uzun bir süre olduğunu ileri sürmektedir⁸⁵.

Kanaatimizce yönetim kurulunun şirketin paylarını iktisabı konusunda uzun süreli yetkilendirilmesi yerindedir. Çünkü yetkilendirme süresi olarak öngörülen beş yıllık süre azami süredir. Genel kurul isterse bu süreyi azaltabilir.

Beş yıllık sürenin dolması durumunda, genel kurulun tekrar bir karar alması gerekir. Genel kurulun zincirleme olarak (birçok kere) yönetim kuruluna bu konuda yetki vermesi mümkündür⁸⁶. Ancak, bir genel kurulunda otomatik olarak yönetim kurulunun yetkisinin yenileceği kararlaştırılmaz. Bu süre, şirketin yönetim kurulunu denetim altında tutmasına hizmet eder.

Beş yıllık süre, sadece payların iktisap edilmesi için öngörülen süredir. İktisap edilen payların yasal sınır içinde kalan kısmının elden çıkarılması bu süreye veya herhangi bir süreye tabi değildir⁸⁷.

71, N. 59, s. 373; KOCHER, s. 173-174; DOĞAN, AÇD, s. 7; KITANOFF, s. 283.

⁸⁴ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 43 s. 1743; BOSSE, NZG 2001, s. 594; BEDNARZ, s. 126-127; DOĞAN, AÇD, s. 7.

⁸⁵ BALDAMUS, s. 174.

⁸⁶ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 198, s. 1791; HÜFFER, § 71, N. 19b, s. 351-352.

⁸⁷ BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 42, s. 31; KINDL, s. 1278; KOCHER, s. 173.

d. Payların toplam itibari değerinin ve paylara ödenecek alt-üst sınırın belirlenmesi

Kanunun 379. maddesinin ikinci fıkrasında “... *İktisap veya rehin olarak kabul edilecek payların itibari değer sayıları belirtilerek toplam itibari değerleriyle söz konusu edilecek paylara ödenebilecek bedelin alt ve üst sınırı gösterilir...*” ifadesi bulunmaktadır. Bu madde 77/91 nolu Avrupa Birliği Yönergesinin 19. maddesinde ve Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun § 71 maddesinin birinci fıkrasının sekizinci bendindeki düzenlemeler ile paraleldir.

Genel kurul yetkilendirme kararında, sadece iktisap edilecek payların oranı değil, aynı zamanda bu paylara ödenecek en çok ve en az değer karşılıkları, payların itibari bedelleri toplamı belirlenmelidir. Yönetim kurulu, iktisabı bu sınırlar çerçevesinde yapabilir. Bu genel kurul kararının geçerliliğini etkileyen unsurlardan biridir. İktisap edilecek payların toplam itibari değerlerini ve paylara ödenecek alt ve üst bedelleri göstermeyen genel kurul kararı geçersizdir⁸⁸.

Paya ödenecek bedel, önceden kesin olarak belirlenemez. Somut olayın özellikleri ve şirket borsaya kote ise, iktisap anındaki borsa fiyatı, bu bedeli belirler⁸⁹. Bu nedenle yönetim kuruluna verilen yetkide üst fiyat aralığı olarak, payın iktisap edileceği tarihteki kur fiyatı veya ortalama kur fiyatı, satın alma günü borsa fiyatının belli bir oranına kadar (örneğin % 10'u) aşılması şeklinde yetki verilebilir. Genel kurul kararında haklı bir sebebin varlığı halinde öngörülen bedelden daha yüksek bedel ödenebileceği de kararlaştırılabilir⁹⁰.

Genel kurulda ödenecek en düşük bedelin de kararlaştırılması gerekir. Bunun anlamsız bir düzenleme olduğu, yönetim kurulunun öngörülen bedelden daha aşağı bir bedelle pay iktisap etmesinin şirkete veya alacaklılara zarar verici bir yönü olmadığına ilişkin haklı eleştiriler ileri sürülmektedir⁹¹. Ancak kanunda öngörülen bu koşulun yerine getirilmesi için, payın asgari itibari değeri, en düşük alım fiyatı olarak kararlaştırılabilir (TTK 476).

⁸⁸ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 203, s. 1792; BEDNARZ, s. 176; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 43, s. 33; WIENEKE, § 71, N. 32, s. 452; LÜKEN, s. 139; CAHN, § 71, N. 109, s. 720-721.

⁸⁹ SPK 26/767 sayılı ilke kararının (e) maddesinin (ii) bendi “*Geri alım için verilen fiyat emri, mevcut fiyat tekliflerinden veya en son gerçekleşen satış fiyatından daha yüksek olamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. SPK'ya tabi şirketlerde iktisap edilecek şirket paylarında bu düzenleme dikkate alınarak paya ödenecek bedel tespit edilmelidir.

⁹⁰ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 22, s. 971; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 199, s. 1791; HÜFFER, § 71, N. 19e, s. 353-354; BENCKENDORFF, s. 227; GROß, N. 9, s. 1720-1721.

⁹¹ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 22, s. 971-972.

En yüksek ve en düşük değerin belirtilmesi, yönetim kurulunun denetimsiz bırakılmamasına hizmet eder. Böylece, şirketin alacaklıları ve gelecekteki yatırımcıların korunması ve yönetim kurulunun şirketin serbest malvarlığını harcarken sınırsız davranmaması sağlanır⁹². Bu bedeller belirlenirken çok geniş fiyat aralıklarının öngörülmemesi, payın rayiç değerinin esas alınarak alt ve üst bedellerin ödenmesinin kararlaştırılması yerindedir⁹³.

Yönetim kurulunun genel kurulda öngörülen en yüksek bedelin üzerinde payı satın alması, yönetim kurulunun sorumluluğunu doğurabilir (TTK 553). Öngörülen en düşük bedelden daha aşağı alınması halinde, zarar koşulu gerçekleşmediği için yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğmaz.

e. Yönetim kurulunun bildirim yükümlülüğü

Kanunun 379. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi şu şekildedir: “*Her izin talebinde yönetim kurulu kanuni şartların gerçekleştiğini belirtir*”. Bu hüküm ile, yönetim kuruluna şirketin paylarını iktisap edebilmesi için gerekli koşulların oluşup oluşmadığını inceleme ve bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde, yönetim kurulunun her izin talebinde gerekli kanunî şartların mevcut olduğunu, özellikle hisse senetlerinin bedellerinin karşılanacağı kaynağın durumunun hükmün üçüncü fıkrasındaki hesaba uygun bulunduğunu açıklaması ve kanıtlaması gerektiği belirtilmiştir.

Bu yükümlülüğe, benzer bir yükümlülüğe Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun § 71 maddesinin üçüncü fıkrasında rastlanır. Bu maddede şirketin genel kurul kararı veya diğer yollarla kendi paylarını iktisap etmesi halinde, yönetim kurulunun ilk genel kurul toplantısında, iktisabın nedeni, amacı, iktisap edilen payların sayısı, esas sermayeye oranı, ödenen bedel hakkında pay sahiplerini bilgilendirmekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir⁹⁴.

77/91 nolu Avrupa Birliği Yönergesinin 19. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendinde de, şirketin yakın ve ciddi bir tehlike nedeniyle genel kurul kararı olmaksızın pay iktisap ettiği hallerde yönetim kuruluna bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Yakın ve ciddi bir tehlike nedeniyle genel kurul kararı olmaksızın, şirketin paylarını iktisap eden yönetim kurulu, ilk genel kurul toplantısında, gerçekleştirilen iktisabın nedenlerini, iktisap edilen payların sayısını, itibari değerini, iktisap edilen payların sermayeye oranını ve bu paylara ödenen bedeli bildirmelidir.

⁹² OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 199, s. 1791; BEDNARZ, s. 139-140.

⁹³ OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 199, s. 1791; WIENEKE, § 71, N. 32, s. 452.

⁹⁴ BENCKENDORFF, s. 265; HÜFFER, § 71, N. 22, s. 359.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 381. maddesinin ikinci fıkrasında da yönetim kurulunun ivazsız iktisap sonrası ilk genel kurulda bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir (TTK 381/2). Bu düzenleme şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin kurallara ve yabancı mevzuata uygundur.

Ancak Türk Ticaret Kanununun 379. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen, yönetim kurulunun izin talebinde bildirim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme kanaatimizce gerekli değildir. Çünkü şirketin iktisap edeceği paylarının onda birlik yasal sınırı aşıp aşmadığı, şirketin net aktifinin iktisap edilecek payları karşılayıp karşılamadığı iktisap anına göre değerlendirilebilir. Genel kurul tarafından yetkilendirilen yönetim kurulu, iktisap anında tekrar bir izin veya onay almak zorunda değildir. Yetkisi dâhilinde şirketin paylarını iktisap edebilir. Bu nedenle iktisap tarihinden önce yönetim kurulunun genel kurula bildirimi, ancak varsa o anki şirketin elinde bulunan paylarının ve genel kurul tarihi itibarıyla pay iktisabında kullanılabilecek serbest malvarlığının miktarı ile sınırlı olabilir. Bu bilgilerin şirketin kendi paylarını iktisap etmesi kararına ve uygulanmasına katkısının bulunmadığı, bu düzenlemenin yerinde bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz.

3. İktisap Edilecek Payların Bedelleri Düşüldükten Sonra, Kalan Şirket Net Aktifinin, En Az Esas veya Çıkarılmış Sermaye ile Kanun ve Esas Sözleşme Uyarınca Dağıtılmasına İzin Verilmeyen Yedek Akçelerin Toplamı Kadar Olması

İktisabın üçüncü koşulu, Türk Ticaret Kanununun 379. maddesinin üçüncü fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “...*iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktif, en az esas sermaye veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve ana sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır*”. Bu hüküm, şirketin payını iktisap edebilmesi için, iktisap anında malvarlığının bulunması gereken durumu göstermektedir.

Şirketin paylarını iktisap edebilmesi için, şirketin iktisap edeceği pay bedelleri, şirketin malvarlığından düşülmelidir. Bu bedel düşüldükten sonra, şirketin net aktif en az, şirketin esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve ana sözleşme gereğince dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır.

Şirketin iktisap edebileceği paylarının hesaplanması için, öncelikle esas veya çıkarılmış sermayesinin ve kanuni yedek akçelerinin tespit edilmesi gerekir.

Anonim şirketlerde esas sermaye, tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan en az elli bin lira olan sermayedir. (TTK 332/1). Yönetim kurulunun artırabileceği tavan miktarın belirlendiği kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi olarak en az yüzbin lira belirlenebilir (TTK 332/1). Çıkarılmış sermaye ise, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş şirketlerde, çıkarılmış paylarının tümünün toplam değeridir (TTK 332/2). Şirketin sermayesi, sermaye azaltılması (TTK 473-475) ve sermaye artırımı (TTK 456-472) ile değişir⁹⁵.

Yedek akçeler, kanuni yedek akçeler⁹⁶ ve şirketin isteğiyle ayırdığı yedek akçeler olarak ikiye ayrılır. Kanuni yedek akçeler, 519. maddede düzenlenen genel kanuni yedek akçe ve şirketin kendi iktisap ettiği pay senetleri için ayrılan yedek akçe ve değerlendirme fonlarıdır. (TTK 520). İsteğe bağlı ayrılan yedek akçeler ise, ana sözleşme ile öngörülen yedek akçeler (TTK 521)⁹⁷ ile çalışanlar ve işçiler lehine yardım akçesi (TTK 522) olarak sıralanabilir.

Şirketin esas ve çıkarılmış sermayesi ile kanuni yedek akçeler ve ana sözleşme ile öngörülen yedek akçelerden oluşan bölümü bağlı malvarlığını oluşturur. Bağlı malvarlığının kullanılması, pay sahiplerine sermaye iadesi yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle sermayenin bu kısmı harcanamaz⁹⁸.

Şirketin payını iktisap edebilmesi için serbest malvarlığının bulunması gerekir. Bunlar şirketin karı ile kanunen veya ana sözleşme ile belli bir amaca özgülenmemiş serbest yedek akçelerden oluşur⁹⁹.

Payların iktisap edilebilmesi için, iktisap anında serbest malvarlığı yeterli olmalıdır. Kanunda açıkça, iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifi, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve

⁹⁵ BINDER, s. 11-12; DRUEY, s. 94-95; EISENHARDT, s. 280-281; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE, § 16, N. 45, s. 401; GRUNEWALD, N. 148, s. 304; ZINDEL, s. 578; PULAŞLI, C. I, s. 592-597.

⁹⁶ BINDER, s. 13; EISENHARDT, N. 496, s. 281; GULH/KUMMER/DRUEY, § 66, s. 656-657.

⁹⁷ BINDER, s. 14; EISENHARDT, N. 496, s. 281; GULH/KUMMER/DRUEY, § 66, s. 656-657.

⁹⁸ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 4, s. 962; BEZZENBERGER, Erwerb eigener Aktien, N. 11, s. 8; BEDNARZ, s. 62-63; GEßLER, § 71, N. 5, s. 4; BENCKENDORFF, s. 85; GIGER, s. 58; EISENHARDT, N. 530, s. 297; BINDER, s. 18.

⁹⁹ LENZ/VON PLANTA, Art. 659, N. 6, s. 504; BENCKENDORFF, s. 210; DRUEY, s. 102; BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 4, s. 962; BINDER, s. 16; WIENEKE, § 71, N. 1, s. 444; OECHSLER, Münch. Komm. AktG, § 71, N. 21, s. 1731; BEDNARZ, s. 65; BÖCKLI, § 4, N. 223, s. 550-551; GIGER, s. 85-86.

esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması gerektiği belirtilmiştir. Net aktif, şirketin esas veya çıkarılmış sermayesini aşan kısımdır. Ancak şirket, net aktifinin tümünü pay iktisabında kullanamaz. Şirketin paylarına ödeyeceği bedel çıkarıldıktan sonra net aktif kalmalıdır. Payların iktisabında esas sermaye miktarı ve kanunen veya esas sözleşme ile zorunlu tutulan yedek akçeler azaltılmamalı ve iktisap edilen pay miktarı kadar yedek akçe ayrılmalıdır¹⁰⁰.

Örneğin iktisap anında, şirketin esas sermayesi 50.000 TL, kanuni veya sözleşmesel yedek akçeler toplamı 20.000 TL, şirketin iktisap etmeyi düşündüğü payların bedeli toplamı 5.000 TL ise şirketin bu payları iktisap edebilmesi için net aktifinin en az 75.000 TL olması gerekir.

Şirketin serbest malvarlığı yeterli olsa dahi, iktisap edilecek paylar yasal sınırı aşamaz. Şirket, iktisap anındaki esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birinden fazla pay iktisap edilemez. Örneğin esas sermayesi 200.000 TL olan şirketin, kanuni ve sözleşmesel yedek akçeler toplamı 40.000 TL, serbest malvarlığı 50.000 TL ise, iktisap edebileceği kendi payı en fazla 20.000 TL karşılığı paydır.

Uzun süreye yayılan pay iktisaplarında, her payın iktisap anı esas alınarak bu değerlendirme yapılır¹⁰¹. Bu hesaplama, şirketin payını iktisap edeceği andaki bilanço durumuna göre yapılmalıdır¹⁰². Yönetim kurulu, iktisap anına en yakın tarihi gösteren bir ara bilanço çıkarmalı ve bu bilançodaki rakamlara göre iktisap edeceği payları hesaplamalıdır.

4. Payların Bedellerinin Tamamen Ödenmiş Olması Zorunluluğu

Şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisap edebilmesinin son koşulu, iktisap edilecek payların bedellerinin tamamen ödenmiş olmasıdır (TTK 379/4). Ödeme hem taahhüt edilen sermaye miktarını hem de varsa payın itibari değerini aşan primini kapsamalıdır¹⁰³ (TTK 480/1). Pay bedellerinin tamamen ödenmiş olması koşulu, sermayenin korunması ilkesinin bir yansımasıdır. Böylece şirketin hem alacaklı hem borçlu olmaması önlenir (TTK 388).

¹⁰⁰ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 54, s. 984; BÖCKLI, § 4, N. 222-223, s. 550.

¹⁰¹ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 59, s. 986.

¹⁰² BAUEN/BERNET, N. 159, s. 48; LENZ/VON PLANTA, Art. 659, N. 7, s. 504; BÖCKLI, § 4, N. 228, s. 552.

¹⁰³ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71, N. 62, s. 987; GREUTER, s. 36; LÜKEN, s. 143; PULAŞLI, C. II, s. 1225.

C. Yavru Şirketin Ana Şirketin Paylarını İktisap Etmesi

Anonim şirketin paylarını genel kurul kararı ile iktisap etmesindeki sınırın ve koşulların dolanılmasının en kolay yollarından biri, şirketin paylarının yavru şirketi tarafından iktisap edilmesidir. Yine şirketin üçüncü kişileri finansal olarak desteklemesi ve bu kişiler aracılığıyla şirketin paylarının, 379. maddedeki koşullara uyulmaksızın iktisap edilmesi düşünülebilir. Kanun koyucu bu riskleri dikkate alarak, 379. maddenin beşinci fıkrası ile yavru şirketin iktisap ettiği payların 379. madde koşullarına tabi olduğunu düzenlemiştir. Kanuna karşı hile başlıklı 380. madde de anonim şirketin, kendi paylarını üçüncü kişinin satın alması için bu kişiyi finanse etmesine, ödünç veya teminat vererek veya diğer araçlarla desteklemesine yönelik hukukî işlemler batıl sayılmıştır. Bu düzenlemelerle kanunun dolanılması engellenmiştir.

Benzer düzenlemeler yabancı hukuklarda da bulunmaktadır. Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun § 71d maddesinin ikinci fıkrasında ve İsviçre Borçlar Kanununun 659b maddesinde, şirketin paylarını edinmesindeki koşulların ve sınırların, yavru şirket bakımından da geçerli olacağı düzenlenmektedir.

77/91 nolu Avrupa Birliği Yönergesinde değişiklik yapan 92/101 sayılı 23.11.1992 tarihli Yönergenin 24/a maddesi gereğince, yönergede belirtilen koşullara uygun yavru şirket ana şirket ilişkisinin kurulması durumunda, yavru şirketin, ana şirketin paylarını edinmesi, ana şirketin kendisi tarafından gerçekleştirilmiş pay iktisabı sayılacaktır.

Tüm bu düzenlemeler, ana şirketin sermayesi ile oy dengelerini korunmayı ve yavru şirketler aracılığıyla payların yasağa aykırı iktisabını engellemeyi amaçlamaktadır¹⁰⁴.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, yavru şirket aracılığıyla ana şirketin paylarının iktisap edilmesi, 379. maddedeki kurallara tabidir. (TTK 379/5). Buna göre, yavru şirketin pay iktisabı yapabilmesi için, yavru şirketin genel kurulunda ana şirketin paylarının iktisabı yönünde karar alınması gerekir¹⁰⁵. Bu genel kurul kararında yavru şirket yönetim kurulu, ana şirketin paylarının iktisabı konusunda yetkilendirilmelidir. Paylara ödenecek alt ve üst bedeller ve iktisap edilebilecek pay oranı genel kurul kararında belirtilmelidir.

¹⁰⁴ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71d, N. 13, s. 1025; BENCKENDORFF, s. 269-273; DRUEY, s. 101; NÜRNBERGER, s. 10-12; BÖCKLI, § 4, N. 327-332, s. 583-584; YILMAZ, İÜHFM, s. 279-280; YILMAZ, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 42-43.

¹⁰⁵ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71d, N. 14, s. 1025-1026; BENCKENDORFF, s. 271; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N. 80, s. 409.

Yavru şirket tarafından yapılan pay iktisabında esas sermayenin veya çıkarılmış sermayenin onda biri oranında pay iktisap etme sınırı vardır. Burada onda birlik sınırın hesaplanmasında, ana şirketin malvarlığı esas alınır. Ana şirketin malvarlığı esas alınarak yapılan hesaplamada, yavru şirket tarafından iktisap edilen paylar onda birlik sınırı geçerse, ana şirket paylarını elden çıkararak veya itfa ederek, iktisap ettiği kendi paylarını onda birlik sınıra çekmelidir. Bu yükümlülük ana şirkete aittir. Ana şirket, yavru şirketten kendisine ait payları elinden çıkarması talebinde bulunabilir. Yavru şirket payları kendisi elden çıkarırsa, sorun çözülür, kanuna aykırılık ortadan kalkar¹⁰⁶.

Yavru şirket bu payları kendi adına ve hesabına alıyorsa, bu miktar kadar karşılık yedek akçe ayırmalıdır. Bu yedek akçeler, yavru şirket bu payları satarsa, serbest kalır (TTK 520).

Ana şirket gibi yavru şirkette, ana şirketin paylarının iktisabı konusunda üçüncü kişilere finansal destek sağlamamalıdır. Yine yavru şirket bu konuda ana şirketten kredi talep etmemelidir (TTK 380)¹⁰⁷.

Görüldüğü gibi, yavru şirket, ana şirkete ait payları, ana şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin kurallar gereğince iktisap edebilir (TTK 379/5).

Ana şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirkete ait paylar, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabında dikkate alınmaz (TTK 389). Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakkı ve buna bağlı haklar donar¹⁰⁸. Payların kanuna uygun veya aykırı şekilde iktisap edilmesinin bu sonuca etkisi yoktur¹⁰⁹.

D. Karşılık Yedek Akçe Ayrılması Zorunluluğu

Kanunun 520. maddesinde, şirketin iktisap ettiği payları için iktisap değerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırması gerektiği düzenlenmiştir. Bu yedek akçelerin, ancak, iktisap edilen paylar devredildikleri veya yok

¹⁰⁶ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71d, N. 15-20, s. 1026-1028; BENCKENDORFF, s. 272-276.

¹⁰⁷ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71d, N. 21, s. 1028.

¹⁰⁸ BENCKENDORFF, s. 274; BURCKHARDT, s. 94; YILMAZ, İÜHF, s. 280. Yavru şirketin kar payı alma gibi mali haklardan yararlanabileceği görüşü için bk. LENZ/VON PLAN-TA, Art. 659a, N. 9-10, s. 520-521; BÖCKLI, § 4, N. 244, s. 557-558.

¹⁰⁹ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71d, N. 18, s. 1026-1027; BENCKENDORFF, s. 274; GREUTER, s. 43-44; BLOCK, § 71b, N. 2, s. 393.

edildikleri takdirde, iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebileceği öngörülmüştür.

Yabancı hukuklarda da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. 77/91 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin 19/1.c,iv ve 22. maddesinde, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunun § 71 maddesinin ikinci fıkrasında, İsviçre Borçlar Kanunun 659a/II, 671a ve 671b maddelerinde de şirketin iktisap ettiği payların miktarını karşılayan yedek akçe ayırma zorunluluğu düzenlenmiştir.

Şirketin iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırmasına ilişkin düzenlemelerin amacı, şirket sermayesinin ve alacaklıların korunmasıdır¹¹⁰.

E. Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmeleri

Türk Ticaret Kanunu'nun 379. maddesinin beşinci fıkrasında, pay senetleri borsada işlem gören şirketler hakkında, Sermaye Piyasası Kurulunun şeffaflık ilkeleri ile fiyata ilişkin kurallar yönünden gerekli düzenlemeleri yapacağı belirtilmiştir.

Sermaye Piyasası Kurulu, 10.08.2011 tarih ve 26/767 sayılı 'Payları İMKB'de İşlem Gören Şirketlerin Kendi Paylarını Satın Almaları Sırasında Uyacakları İlke ve Esaslar' a ilişkin İlke kararı ile bu hususu düzenlemiştir.

Bu ilke ve esaslar, TTK 379. maddesi ile genellikle uyumludur. Bu karar gereğince, payları İMKB'de işlem gören şirketler, esas veya çıkarılmış sermayenin % 10'unun aşmayacak oranda paylarını iktisap edebilirler. Bu iktisap için genel kurul kararı ile yönetim kurulunun yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Yetkilendirme süresi 18 aydır¹¹¹. İktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifi (özkaynak), en az ödenmiş/ çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır. Kararda ayrıca, İMBK'de yapılacak iktisaplara ilişkin borsa tarafından belirlenen işlem kurallarına uyulmasının zorunlu olduğu belirtilmiş ve bu kurallar ayrıntılı olarak açıklanmıştır¹¹².

¹¹⁰ LENZ/VON PLANTA, Art. 659a, N. 3-8, s. 519-520; BAUEN/BERNET, N. 161, s. 49; GIGER, s. 92-93; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 834a, s. 498.

¹¹¹ TTK 379. maddesinde 5 yıl olarak öngörülen yetkilendirme süresi, SPK ilke kararında daha kısa bir süre olarak düzenlenmiştir.

¹¹² SPK 10.08.2011 Tarih ve 26/767 Sayılı İlke Kararı "Payları İMKB'de işlem gören şirketlerin kendi paylarını satın almaları sırasında uyacakları ilke ve esaslar aşağıdaki şekilde

belirlenmiştir:

- a) Geri alım işlemleri, genel kurul tarafından onaylanmış geri alım programı çerçevesinde ve azami 18 aylık bir süre için verilebilecek yetki dahilinde yönetim kurulu tarafından yapılır.
- b) Geri alımı yapılacak paylar İMKB'de işlem gören nitelikte olmalı ve alımlar yalnızca İMKB'de gerçekleştirilmelidir.
- c) Geri alımı yapılacak payların, daha önce iktisap edilenler dahil, toplam nominal değeri, şirketin ödenmiş/çıkarılmış sermayesinin %10'unu aşamaz. Bu oranın aşılması halinde aşım sebep olan paylar, alım tarihini müteakip 6 ay içerisinde elden çıkarılır.
- d) İktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktif (özkaynak), en az ödenmiş/çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır.
- e) İMKB'de yapılacak geri alımlara ilişkin borsa tarafından belirlenen işlem kurallarına ek olarak aşağıdaki kurallara uyulması zorunludur:
 - i. Açılış seansı ve 1'inci seansın son 15 dakikası ile 2'nci seansın ilk ve son 15 dakikası içinde geri alım emri verilemez.
 - ii. Geri alım için verilen fiyat emri, mevcut fiyat tekliflerinden veya en son gerçekleşen satış fiyatından daha yüksek olamaz.
 - iii. Şirket tarafından bir günde geri alımı yapılacak toplam pay miktarı, payların son üç aydaki günlük işlem miktarı ortalamasının %25'ini geçemez.
- f) Şirketin iktisap ettiği kendi payları ile şirketin tam konsolidasyona tabi tuttuğu finansal duran varlıkları tarafından iktisap edilen ana şirket payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Tam konsolidasyona dahil edilen şirketlerin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar.
- g) Geri alınan paylar ile söz konusu paylar çerçevesinde edinilmiş bedelsiz paylar için azami elde tutma süresi 3 yılı aşmamak üzere şirket tarafından serbestçe belirlenebilecek olup, bu süre zarfında elden çıkarılmayan paylar sermaye azaltımı yapılmak suretiyle iptal edilir.
- h) Geri alınan paylar, 32 no'lu Türkiye Muhasebe Standardı çerçevesinde, bilançoda özkaynaklar altında bir indirim kalemi olarak izlenir ve finansal tablo dipnotlarında gerekli açıklamalar yapılır. Söz konusu payların elden çıkarılmasından kaynaklanan kazanç ve kayıplar gelir tablosu ile ilişkilendirilemez.
- i) Geri alım işlemleri ile ilgili olarak;
 - i. Şirket yönetim kurulu tarafından, geri alımın amacını, geri alım için ayrılan fonun toplam tutarı ile kaynağını, geri alınabilecek azami pay sayısını, payların geri alınması için belirlenen alt ve üst fiyat limitlerini, alımlar için yetkilendirilen kişileri (tüzel kişi ve yetkilileri dahil), genel kuruldan talep edilecek yetki süresi ile söz konusu programın onaya sunulacağı genel kurul tarihini ve tamamlanmış en son geri alım programının özetini içeren bir geri alım programı hazırlanır ve bu program onaya sunulacağı genel kurul tarihinden en az 15 gün önce şirket web sitesinde yayımlanarak kamuya duyurulur.
 - ii. Genel kurul onayına sunulmuş geri alım programında genel kurul tarafından herhangi bir değişiklik yapılması durumunda değiştirilmiş geri alım programı genel kurul tarihini izleyen iş günü içerisinde yapılacak bir özel durum açıklaması ile kamuya duyurulur ve eşanlı olarak şirketin web sitesinde yayımlanır.
 - iii. Şirket tarafından geri alım programı çerçevesinde gerçekleşen her bir işlem için, işlem tarihini izleyen iş günü içerisinde, işleme konu payların nominal tutarını, işlem fiyatını, sermayeye oranını, varsa bu paylara bağlı imtiyazları ve işlem tarihini içeren bir özel durum açıklaması yapılır.
 - iv. Şirket tarafından, geri alım programının sona ermesini izleyen 5 iş günü içerisinde, geri alım programı çerçevesinde geri alınan paylardan iptal edilenler ve elde tutulanlar için ayrı ayrı belirtmek suretiyle, bir pay için ödenmiş olan maksimum ve ortalama geri alım be-

Bu karar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce, 10.8.2011 tarihinde açıklanıp yürürlüğe girmiştir. 10.8.2011 tarihinden 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadarki sürede, bu düzenleme 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda yasaklanan şirketin kendi paylarını iktisap etmesi yasağına aykırılık taşıyan bir düzenleme niteliğindedir. Bu nedenle doktrinde, SPK düzenlemesinin kanuna aykırı bir düzenleme olduğu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girinceye kadar bu karara dayalı olarak yapılacak işlemlerin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı ileri sürülmektedir¹¹³.

delini, geri alımın maliyetini, geri alınan toplam pay sayısını, bu payların sermayeye oranını, varsa bu paylara bağlı imtiyazları ve işlem tarihlerini içeren özel durum açıklaması yapılır. Geri alım programının özeti mahiyetindeki bu bilgiler ayrıca ilk genel kurulda ortakların bilgisine sunulur.

v. Onaylanmış geri alım programında sonradan genel kurul kararı ile değişiklik yapılması durumunda söz konusu değişiklikler, sebeplerini de içeren bir özel durum açıklaması ile kamuya duyurulur.

j) Geri alımı yapılan paylar sadece borsada satış yoluyla ve ancak açıklanan geri alım programı sona erdikten sonra elden çıkarılır. Geri alınan paylar çerçevesinde edinilmiş bedelsiz paylar için de aynı esaslar uygulanır.

k) Geri alınan payların elden çıkarılması halinde gerçekleşen her bir satış işlemi, işlem tarihini izleyen iş günü içerisinde şirket tarafından, işleme konu payların nominal tutarını, işlem fiyatını, sermayeye oranını, varsa bu paylara bağlı imtiyazları ve işlem tarihini içeren bir özel durum açıklaması yapılması suretiyle kamuya duyurulur.

l) Geri alım işlemini müteakip dönemlerde, ilgili paylar elden çıkarılınca kadar, yatırım ortaklıkları için hesaplanan birim pay değeri, toplam pay sayısından geri alınan payların çıkarılması sonucunda bulunacak tedavüldeki pay sayısı esas alınarak hesaplanır.

m) Şirketlerce açıklanması ertelenmiş içsel bilgiler olması durumunda veya pay fiyatını etkilemesi muhtemel özel durumların varlığı halinde herhangi bir alım veya satım işlemi yapılmaz.

n) Makul gerekçelerin varlığı halinde yönetim kurulu tarafından genel kurulun yetkilendirmeye ilişkin kararı olmadan da geri alım yapılabilir. Bu kapsamda yapılacak geri alımlara ilişkin olarak;

i. Geri alım işlemlerine başlanmasından en az 2 iş günü önce şirket tarafından yapılacak bir özel durum açıklaması ile, geri alım yapılacağı hususu, söz konusu geri alımın sebep ve amacı, alınması planlanan pay miktarı ve ödenecek maksimum tutar kamuya duyurulur.

ii. İşlem tarihini izleyen iş günü içerisinde, geri alınan payların nominal tutarını, işlem fiyatını, sermayeye oranını, varsa bu paylara bağlı imtiyazları ve işlem tarihini içeren bir özel durum açıklaması yapılarak gerçekleşen alımlar kamuya duyurulur.

iii. Yönetim kurulu tarafından ayrıca, geri alımın sebep ve amacı, geri alınan payların işlem tarihi, nominal tutarı, işlem fiyatı, geri alımın maliyeti, sermayeye oranı ve varsa bu paylara bağlı imtiyazlar hakkında ilk genel kurulda bilgi verilir.

o) Esas sermaye sisteminde olan şirketler tarafından sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının alındığı tarihten, kayıtlı sermaye sisteminde olan şirketler tarafından ise sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu kararının alındığı tarihten sermaye artırım işlemlerinin sona erdiği tarihe kadar geri alım işlemi yapılamaz. (Bu İlke kararı için bk. 2011/32 sayılı SPK Haftalık Bülteni).

¹¹³ YANLI/OKUTAN NILSSON, s. 1-6; ÖZKORKUT, s. 32-40.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, düzenleme ile Kanun arasında aykırılık ortadan kalkmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlük tarihi olan 01.07.2012 tarihinden itibaren, borsada işlem gören anonim şirketler, 26/767 sayılı İlke kararındaki koşulları yerine getirerek kendi paylarını geçerli bir şekilde iktisap edebilirler.

VI. ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI REHİN ALMASI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda şirketin kendi paylarını rehin alması, şirketin paylarını iktisap etmesi ile birlikte 379. maddede düzenlenmiş ve aynı kurallara tabi tutulmuştur. Kanun koyucu, şirketin paylarını rehin alırken, payların iktisabındaki sınır ve kurallara uyması gerektiğini öngörerek, kanunun dolanılmasını engellemek istemiştir¹¹⁴.

77/91 nolu Avrupa Birliği Yönergesinin 24. maddesinin birinci fıkrasında, şirketin paylarını teminat olarak kabul etmesinin, şirketin paylarını iktisabı ile aynı sonuçları doğuracağı belirtilmiştir. Yönergenin 24. maddesinin ikinci fıkrasında üye devletlerin, bankalar ve diğer finans kuruluşları tarafından yapılan rehin işlemlerini, payların iktisabı kuralları dışında bırakabilecekleri düzenlenmiştir.

Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda şirketin paylarını rehin etmesi ayrı bir maddede düzenlenmiştir (AktG § 71e). Bu maddede şirketin kendi paylarını rehin etmesinin, paylarını iktisap etmesine ilişkin kurallara tabi olduğu, banka ve finans kuruluşlarının olağan ticari faaliyetleri gereğince yaptıkları rehin işlemlerini genel kurul kararı olmaksızın gerçekleştirebilecekleri belirtilmiştir¹¹⁵.

İsviçre hukukunda, şirketin kendi paylarını rehin etmesini düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Bu nedenle, şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin kuralların şirketin kendi paylarını rehin almasında uygulanamayacağı ileri sürülmektedir¹¹⁶.

¹¹⁴ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71e, N. 1, s. 1030-1031; WIENEKE, § 71e, N. 8, s. 477; Geßler, § 71e, N. 1-3, s. 1; GREUTER, s. 37-38; AYDIN, s. 249; YILMAZ, İÜHF, s. 282; YILMAZ, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 37-38; BLOCK, § 71e, N. 1, s. 415. Aksi görüşte OERTLI, s. 264.

¹¹⁵ BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71e, N. 1, s. 1030-1031; BLOCK, § 71e, N. 2, s. 415; WIENEKE, § 71e, N. 8, s. 477; GEßLER, § 71e, N. 1-3, s. 1; GREUTER, s. 37-38; YILMAZ, İÜHF, s. 282-283.

¹¹⁶ BÖCKLI, § 4, N. 348, s. 589; GIGER, s. 33. Aksi görüşte LENZ/VON PLANTA, Art 659, N. 13, s. 508.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, payın rehin alınması, payın iktisabındaki kurallara tabi tutulduğu için, şirketin kendi payını geçerli bir şekilde rehin olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle bu yönde genel kurul kararı alınması gerekir (TTK 379)¹¹⁷. Bu genel kurul kararında yönetim kurulu şirketin paylarını rehin alması konusunda yetkilendirilmelidir. Genel kurul kararında rehin miktarının üst ve alt sınırı belirlenmelidir. Şirketin rehin alabileceği payların itibari değeri toplamı, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birinden fazla olmamalıdır. Rehlin alınacak payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması gerekir.

Şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul edebilmesi için, net aktifinin ve serbest malvarlığının yeterli olması gerekir. Şirket kendi paylarını rehin olarak kabul ettiğinde, payların mülkiyetini kazanmaz¹¹⁸. Sadece bu paylar üzerinde rehin hakkı kazanılır. Burada şirketin serbest malvarlığı hesaplanırken, borcun miktarı değil, rehin alınan payların miktarı dikkate alınmalıdır¹¹⁹.

Şirketin rehin aldığı paylar için karşılık ayırmasına gerek yoktur¹²⁰.

Şirketin rehin alabileceği payların yasal sınırının (en fazla 1/10) hesaplanmasında hem rehin alınan paylar hem de iktisap edilen paylar birlikte hesaplanmalıdır (TTK 379/1)¹²¹. Burada sınır aşımı varsa, iktisap edilen paylar elden çıkarılmalı veya rehin alınan paylar azaltılmalıdır (TTK 385).

Payın yavru şirket tarafından rehin alınması, ana şirket tarafından rehin alınması ile aynı koşullara tabidir¹²².

¹¹⁷Şirketin alacağının borçlu tarafından ödenmemesi ve borcunun başka bir malvarlığı olmaması gibi yakın ve ciddi bir tehlikenin önlenmesi için rehin alınması gerekiyorsa genel kurul kararı olmaksızın işlem yapılabilir (TTK 381); BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71e, N. 3, s. 1031; WIENEKE, § 71e, N. 5, s. 476; HÜFFER, § 71e, N. 1, s. 373; BLOCK, § 71e, N. 13, s. 417.

¹¹⁸Rehin alınan payda, oy hakkı rehin veren pay sahibine aittir; LENZ/VON PLANTA, Art. 659, N. 13, s. 508; WIENEKE, § 71e, N. 1, s. 475; BLOCK, § 71e, N. 1, s. 415; LANGE, § 71e, N. 1-7, s. 1499-1500.

¹¹⁹BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71e, N. 5, s. 1032; HÜFFER, § 71e, N. 4, s. 373; BLOCK, § 71e, N. 12, s. 417.

¹²⁰BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71e, N. 6, s. 1032.

¹²¹BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71e, N. 9, s. 1033; WIENEKE, § 71e, N. 11-12, s. 477-478; HÜFFER, § 71e, N. 4, s. 373; BLOCK, § 71e, N. 34-371, s. 421. Doktrinde bazı yazarlar Kanunun 379. maddesinin metninin yeterince açık olmadığını, onda birlik yasal sınırın tespitinde, şirketin iktisap edeceği pay ile rehin alacağı payların toplamının mı yoksa her birinin ayrı ayrı mı esas alınacağını tam olarak anlayamadığını ileri sürmektedir; MO-ROĞLU, s. 117; ÇAĞLAR, s. 41-42.

¹²²BEZZENBERGER, Aktiengesetz Komm., § 71e, N. 10, s. 1033; HÜFFER, § 71e, N. 9, s. 375; BLOCK, § 71e, N. 26-27, s. 419.

SONUÇ

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi kural olarak yasaklanmıştı. Şirketin paylarını edinmesine, istisnai hallerde izin verilmekteydi. Bu istisnaların gerçekleşmesi ile iktisap edilen payların ilk fırsatta elden çıkarılması öngörülmekteydi (6762 sy TTK 329).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi konusunda önemli bir yenilik getirmiştir. Bu kanun ile, anonim şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisap etmesi sınırlı olarak serbest bırakılmıştır. Sınırlı serbestlik ilkesi gereğince, anonim şirketlere, esas veya çıkarılmış sermayelerinin en fazla onda biri oranında kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etme hakkı tanınmıştır (TTK 379/1).

Anonim şirketlere bu hakkın tanınmasında, halka açık, özellikle borsaya kote olan anonim şirketlerden gelen talepler ve yabancı hukuklardaki gelişmeler etkili olmuştur. Anonim şirketler, kar dağıtımının alternatifi olarak kullanma, borsada kendi paylarının alım satımı ile kar elde etme, kur dengeleme, yönetim kurulunun gücünü artırma, şirketi kötü niyetli devralmalara karşı korunma gibi amaçlarla kendi paylarını iktisap etmek istemektedirler.

77/91 nolu Avrupa Birliği Yönergesinin 2006/68 nolu Yönergenin 4. maddesi ile değişiklik yapılmasından önceki halindeki düzenleme (Art 19-24a) başta olmak üzere, Alman (AktG § 71-71e) ve İsviçre hukuklarında (OR Art 659-659b), şirketin kendi paylarını sınırlı olarak iktisabına olanak veren düzenlemeler bulunmaktadır.

Şirketlerin birleşmesi veya tam hakimiyet halinde gerekli koşullar gerçekleştiğinde (TTK 141, 208), haklı nedenle fesih davasında davacı pay sahiplerinin çıkarılmasına karar verildiği durumlarda (TTK 531) azınlığa pay bedelinin ödenmesi için şirketin paylarını iktisap etmesi gerekmektedir.

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin yararlı sonuçları olduğu kadar, sakıncalı yönleri de bulunmaktadır. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, şirketin borsa manipülasyonu yapabilmesi, şirketin mali durumunun bozulması halinde şirketin iktisap ettiği payların değerlerinin düşmesi ile çifte zararın oluşması, mevcut yönetim kurulunun konumunu korumak veya güçlendirmek için muhalif kişilerin paylarının yüksek değerden iktisap etmesi, pay iktisabında eşitlik ilkesine uyulmaması, yönetime yakın kişilerin paylarının değerinden yüksek bedellerle iktisap edilmesi gibi tehlikeleri

ortaya çıkarabilmektir. Kanun koyucu, yabancı hukuklardaki düzenlemeleri ve şirketin kendi paylarını iktisabının yararları ve sakıncalı yönlerini dikkate alınarak, sınırlı serbesti sistemini benimsemiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda şirketin kendi paylarını genel kurul kararı ile iktisap etmesi belli kurallara bağlamıştır. Şirketin kendi paylarını rehni de, payların iktisap edilmesine ilişkin kurallara tabi kılmıştır (TTK 379).

Bu kuralların başında, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi yönünde bir genel kurul kararı alınması gelir (TTK 379/2). Bu genel kurul kararında yönetim kurulu şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hususunda yetkilendirilmelidir.

Yönetim kuruluna bu yetki en fazla beş yıllık süre için verilebilir. Genel kurul kararında, yönetim kurulunun iktisap edeceği veya rehin alacağı paylarının toplam itibari değerleri ve paylara ödenebilecek en yüksek ve en düşük bedel belirlenmelidir (TTK 379/2).

Bunların yanı sıra, şirketin malvarlığının kendi paylarını iktisap etmesine yeterli olması gerekir. Şirketin net aktifinin, iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, en az esas sermaye veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve ana sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması gerektiği belirtilmiştir (TTK 379/3). Başka bir ifade ile şirket pay iktisabı için yapacağı ödemeyi, bağlı malvarlığı unsurlarından değil, bilanço karı ve serbest yedek akçelerden oluşan serbest malvarlığından yapmalıdır.

Ancak şirketin serbest malvarlığı ne kadar fazla olursa olsun yapılabilecek en fazla iktisap esas veya çıkarılmış sermayenin onda birine karşılık gelen miktardır (TTK 379/1). Şirket, yasal sınırı aşacak şekilde kendi paylarını iktisap edemez. Yasal sınırı aşan iktisaplar ve 379. maddedeki koşullara aykırı olarak yapılan iktisaplar, altı ay içinde elden çıkarılmalıdır (TTK 385). Yönetim kurulu altı aylık süre içinde bu payları satamazsa, sermaye azaltılması yoluyla bu paylar derhal itfa edilmelidir (TTK 386).

Şirketin iktisap edebileceği paylarının bedellerinin tamamen ödenmiş olması gereği de diğer bir unsurdur (TTK 379/4).

Şirket paylarını iktisap ettikten sonra, iktisap bedelini karşılayacak miktarda yedek akçe ayırmakla yükümlüdür. Bu yedek akçeler, ancak iktisap edilen tekrar elden çıkarılır veya itfa edilirse çözülürler (TTK 520/1).

Şirketin kendi paylarını iktisabında, yönetim kurulunun izin talebinde kanuni şartların gerçekleştiğine ilişkin bildirim yükümlülüğünü öngören, kanaatimizce gereksiz bir düzenlemede bulunmaktadır (TTK 379/2.son

cümle). İktisapta aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, iktisap anındaki şirketin malvarlığı ve elinde bulundurduğu kendine ait pay oranına göre tespit edilmektedir. Bu nedenle yönetim kurulunun iktisap anından önceki, iktisap koşullarını varlığına ilişkin bildiriminin herhangi bir işlevi bulunmamaktadır.

Kanun koyucu, şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin sınırın ve koşulların yavru şirket tarafından hâkim şirketin paylarının edinilmesi yoluyla dolanılmasını önlemek istemiştir. Bu nedenle, yavru şirketin yapacağı iktisapların ana şirketin paylarını iktisap etmesine ilişkin kurallara tabi olduğunu düzenlenmiştir (TTK 379/5). Yavru şirket, ancak 379. maddedeki koşulları gerçekleştirebilirse, ana şirketin paylarını iktisap edebilir.

Kanunun 379. maddesinin beşinci fıkrasında pay senetleri borsada işlem gören şirketler hakkında Sermaye Piyasası Kurulunun gerekli düzenlemeleri yapacağı belirtilmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu, “Payları İMKB’de İşlem Gören Şirketlerin Kendi Paylarını Satın Almaları Sırasında Uyacakları İlke ve Esaslar’ a ilişkin İlke kararı ile 10.08.2011 tarih ve 26/767 sayılı kararı ile şirketin genel kurul kararı ile kendi paylarını iktisabına ilişkin kuralları belirlemiştir. Bu ilke ve esaslar, TTK 379. maddesi ile büyük ölçüde uyumludur.

Bu ilke kararı gereğince, payları İMKB’de işlem gören şirketler, esas veya çıkarılmış sermayenin % 10’unun aşmayacak oranda paylarını iktisap edebilirler. Bu iktisap için genel kurul kararı ile yönetim kurulunun yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Yetkilendirme süresi on sekiz aydır. İktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktif (öz kaynak), en az ödenmiş/çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır. Kararda ayrıca, İMKB’de yapılacak iktisaplara ilişkin borsa tarafından belirlenen işlem kurallarına uyulmasının zorunlu olduğu belirtilmiş ve bu kurallar ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Borsada işlem gören şirketler, 26/767 sayılı İlke kararındaki koşulları yerine getirerek kendi paylarını geçerli bir şekilde iktisap edebilirler.

KAYNAKÇA

- AYAN, Özge, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)”, *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran 2011, s. 2237-2266 (Legal Hukuk Dergisi).
- AYAN, Özge, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yönetimle Görevli Üçüncü Kişilerin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.1-2, 2011, s. 63-89 (MÜHFD).
- AYDIN, Alihan, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008.
- BALDAMUS, Ernst-August, Reform der Kapitalrichtlinie, Köln-Berlin-Bonn-München 2002.
- BASLER KOMMENTAR, Honsell Vogt Watter (Hrsg), Obligationenrecht II, Art 530-1186 OR, 3. Auflage, Zürich 2008 (Lenz, Christian/von Planta, Andreas, Art 659-659b).
- BAUEN, Marc/BERNET, Robert, Schweizerischer Aktiengesellschaft, Zürich, Basel, Genf 2007.
- BEDNARZ, Laine, Der Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung zum Erwerb eigener Aktien, Frankfurt am Main 2006.
- BENCKENDORFF, Andreas, Erwerb eigener Aktien im deutschen und US-amerikanischen Recht, Baden Baden 1998.
- BERTHEIM, Curt, Erwerb eigener Aktien, Frankfurt am Main 1933.
- BEZZENBERGER, Tilman, Erwerb eigener Aktien durch die AG, Köln 2002 (Erwerb eigener Aktien).
- BINDER, Peter M., Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Aktienrecht, Bern 1981.
- BOSSE, Christian, “Zulässigkeit des individuell ausgehandelten Rückkaufs eigener Aktien (Negotiated repurchase) in Deutschland”, *NZG*, 2000, s. 16-20.
- BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009.
- BURCKHARDT, Sebastian, Der Erwerb eigener Aktien und Stammanteile, Basel, Frankfurt, Hebling und Lichtenhahn 1983.
- ÇAĞLAR, Hayrettin: Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara 2010.
- ÇELİKTAŞ, İlyas, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, İstanbul 2006.
- DİREKGRÄF, Robert, Sonderzahlungen an opponierende Kleinaktionäre im Rahmen von Anfechtungs- und Spruchstellenverfahren, Heilderberg

1990.

DOĞAN, Beşir Fatih, “Avrupa Birliği Şirketler Hukuku Modernizasyon Çalışmaları”, *Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 7, S. 2, 2008, s. 1-13 (AÇD).

DOĞAN, Beşir Fatih, *Der Erwerb eigener Aktien im deutschen und türkischen Recht im Hinblick auf europäisches Recht*, Hamburg 2004 (Erwerb eigener Aktien).

DRUEY, Jean Nicolas, *Gesellschafts-und Handelsrecht*, Zürich, Basel, Genf 2010.

EISENHARDT, Ulrich, *Gesellschaftsrecht*, 14. Auflage, München 2009.

GEßLER, Jörg H., *Aktiengesetz*, Berlin 1999.

GIGER, Ernst, *Der Erwerb eigener Aktien aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Bern 1995.

GREUTER, Bernard, *Das Problem des Erwerb eigener Aktien im revidierten Obligationenrecht*, Zürich 1948.

GROBECKER, Wolfgang/ MICHÉL, Arndt, “Rückkauf eigener Aktien: Die Grenzen des § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG”, *DStR*, 2001, s. 1757-1764.

GRUNEWALD, Barbara, *Gesellschaftsrecht*, 7. Auflage, Tübingen 2008.

GRÜGER, Tobias, “Kurspflegemaßnahmen durch den Erwerb eigener Aktien – Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation nach § 20a WpHG?”, *BKR*, 2010, s. 221-232.

GULH, Theo/KOLLER, Alfred/DRUEY, Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8. Auflage, Zürich 1991 (Gulh/Kummer/Druey, §§ 59-110).

HAHN, Dieter, *Die feindlichen Übernahme von Aktiengesellschaften*, München 1992.

HAPP, Wilhelm, *Aktienrecht*, 3. Auflage, München 2007 (Groß, § 71 Abs 1 Nr. 8).

HEIDEL, Thomas, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2011 (Block, § 71-71e).

HEIDELBERGER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, Hrsg. Bürgers, Tobias/Körber, Torsten, Heidelberg-München-Landsberg-Berlin 2008 (Wieneke, § 71-71e).

HENN, Günter/FRODERMANN, Jüngen/JANNOT, Dirk, *Handbuch des Aktienrecht*, 8. Auflage, Heidelberg 2009.

- HENSSLER, Martin/STROHN, Lutz: Gesellschaftsrecht, München 2011 (Lange, § 71-71e).
- HIRSCH, Hendrik, Der Erwerb eigener Aktien nach dem KonTraG, Köln 2004.
- HONSELL, Heinrich, “Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft”, *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, 2003, s. 561-569.
- HOPT, Klaus J./WIEDEMANN, Herbert: Aktiengesetz, Grosskommentar, 4. Auflage, Berlin 2008 (Henze/Notz, §§ vor 53a-75, Merkt, § 67-75).
- HÜFFER, Uwe, Aktiengesetz, 9. Auflage, München 2010.
- KINDL, Johann, Der Erwerb eigener Aktien nach dem KonTraG, *DSiR* 1999, s. 1276-1281.
- KITANOFF, Alexander, Der Erwerb eigener Aktien, Frankfurt am Main 2009.
- KOCHER, Dirk, “Sind Ermächtigungen der Hauptversammlung zur Verwendung eigener Aktien analog § 202 I AktG auf fünf Jahre befristet?”, *NZG*, 2010, s. 172-174.
- KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, Hrsg von Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard, Band 1, §§ 1-149, München 2010 (Cahn, §§ 59-75).
- KORT, Michael, “Pflichten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern beim Erwerb eigener Aktien zwecks Vorstandsvergütung”, *NZG*, 2008, s. 823-826.
- KRAFT, Gerhard/ALTVATER, Christian, “Die zivilrechtliche, bilanzielle und steuerliche Behandlung des Rückkaufs eigener Aktien”, *NZG*, 1998, s. 448-452.
- LÜKEN, Christian P., Der Erwerb eigener Aktien nach §§ 71 ff. AktG, Berlin 2004.
- MANAVGAT, Çağlar, Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer- Takeover Bid), Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın No: 64, Ankara 1997.
- MEIER-HAYOZ, Arthur/FORSTMOSER, Peter, Schweizerisches Gesellschaft, 10. Auflage, Bern 2007.
- MOROĞLU, ERDOĞAN: Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Değerlendirme ve Öneriler, B. 6, İstanbul 2009.
- MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, § 1-75, 3. Auflage, 2008 (Oechsler, § 71-71e).
- NÜRNBERGER, Rudolf, Der Erwerb eigener Aktien durch die

- Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1938.
- OERTLI, Reinhard, “Zum Erwerb eigener Aktien”, *SZW-RSDA*, 6/94, s. 261-272.
- ÖZDAMAR, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi (TTK md. 329), Ankara 2005.
- ÖZKORKUT, Korkut, “Sermaye Piyasası Kurulunun 10.08.2011 Tarih ve 26/767 Sayılı İlke Kararı İle Tüm Borsa Şirketlerinin Kendi Paylarını İktisap Edebilmesi Mümkün Hale Gelmiş Midir?”, *Batider* 2011, C. XXVII, S. 3, s. 17-40.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 11, İstanbul 2009.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2011 (C. I).
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Ankara 2011 (C. II).
- SCHMIDT, Karsten/ LUTTER, Marcus, Aktiengesetz Kommentar, I. Band, § 1-149, 2. Auflage, Köln 2010 (Bezzenger, § 71- 71e).
- SPICKHOFF, Andreas, “Der verbotswidrige Rückerwerb eigener Aktien: Internationales Privatrecht und europäische Rechtsangleichung”, *BB*, 1997, s. 2593-2603.
- TÜRK, Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (TTK. m. 324), Ankara 1999.
- VELLER, Moritz, Öffentliche Angebote uzm Erwerb eigener Aktien, Baden-Baden 2009.
- YANLI, Veliye/OKUTAN NİLSSON, Gül, “Şirketin Kendi Paylarını İktisabına İlişkin 10.08.2011 Tarih ve 26/767 Sayılı SPK İlke Kararının 6762 Sayılı TTK Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Arslanlı Bilim Arşivi*, s. 1-15 (<http://www.arslanlibilimarsivi.com>, erişim 10.9.2012).
- YILMAZ, Asuman, “Alman Hukuku’nda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması ve “KonTraG” ile Getirilen Değişiklikler”, *İÜHFM*, 2005, C. LXIII, S. 1-2, s. 239-290 (İÜHFM).
- YILMAZ, Asuman, “Avrupa Birliği Hukuku’nda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, 2004, s. 27-48 (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan).
- ZINDEL, Gaudenz G., “Aktienrückkäufe und Kapitalherabsetzungen, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht”, *Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, 2003, s. 571-594.

TİCARİ İŞLETME DEVRİ VE DEVRİN HUKUKİ SONUÇLARI

Sema AYDIN*

Hasan Ali KAPLAN**

Arzu ŞEN KALYON***

ÖZET

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 11. maddesi ile ticari işletme devir sözleşmesinin ve de ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı belirterek yazılı şekil şartı ilk kez hukukumuzda getirilmiştir. Bunun yanı sıra, yeni Ticaret Kanunumuz, ticari işletme devri prosedürünü kolaylaştırmak adına tescilsiz kazanım öngörmekte ve de aktif unsurların devri için genel hükümlerin gerektirdiği kurucu işlemlerin yapılmasına gerek olmadan devrin gerçekleşeceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin sicile güven ilkesi açısından sonuçları ve doğurabileceği hukuki sakıncalar makalemizde incelenmiştir. Ticari işletme devri esas itibarıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu Kanunun 202. maddesi anlamında bir işletme devrinden bahsedebilmek için işletmenin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bu ifadeden, bir ticari işletmenin malvarlığına dâhil bütün unsurlarının devrinin anlaşılıp anlaşılmayacağı yine makalemizde tartışma konusu yapılmış ve ticari işletme devrinin, bir işletmenin hangi unsurlarını kapsadığı irdelenmiştir. Ticari işletme devrinin, iş hukuku açısından sonuçları da önemi nedeniyle çalışmamızda tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşletme, Ticari İşletme, İşletme Devri, İşyeri, Devir Sözleşmesi

TRANSFER OF COMMERCIAL ENTERPRISE AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

ABSTRACT

The “written form” condition for the transfer of the commercial enterprise agreements and the other agreements in relation to the commercial enterprise has firstly regulated under the Article 11 of the Turkish Commercial Code numbered 6102,

* Yrd. Doç. Dr., Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

*** Arş. Gör., Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

has entered into force on July 1, 2012. In addition to this, in order to facilitate the transfer of the commercial enterprise procedure, New Commercial Code stipulates the acquisition without registration officially and transfers of the assets without performing the transaction required by the general provisions. The results and legal inconveniency of the said regulation with respect to the “believe in registration” principle will be discussed in our article. Transfer of commercial enterprise has also regulated under the Turkish Obligation Code numbered 6098. Pursuant to the article 202 of the said Code, in order to mention the transfer of the commercial enterprise, all assets and liabilities of the enterprises shall be transferred. However, we discuss whether transfer of the assets and liabilities means the transfer of the all elements specific to enterprise. With regard to the labor law, consequences of the transfer of the commercial enterprises are also discussed due to its importance.

Keywords: *Enterprise, commercial enterprise, transfer of the commercial enterprise workplace, transfer of the commercial enterprise agreement.*

I. GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹’nun (YTTK) 11. maddesinde ilk kez ticari işletmenin tanımı yapılarak, ticari işletmenin hangi unsurlarının devre konu olacağı ve ayrıca devir sözleşmesinin kapsamı ve şekline ilişkin bazı şartları düzenlenmiş ve böylelikle mevzuatımıza bu konuda önemli bir yenilik getirilmiştir. Çalışmamızda; ticari işletme devrine ilişkin olarak yapılan bu düzenlemenin, yine aynı tarihte yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²’nun (TBK) 202. maddesi hükümlerini de dikkate alarak hukuki sonuçlarını bir mercek altına almayı amaçladık. Nitekim ticari işletme devrinde aktiflerin geçişi YTTK’da, pasiflerin geçişi ise TBK’da düzenlenmiş olduğu için her iki kanunda yapılan düzenlemelerin bir bütün olarak yorumlanması son derece önemlidir. Ticari işletme devrinin, iş hukuku açısından doğurduğu sonuçları da önemi nedeniyle çalışmamız kapsamında inceledik.

II. TİCARİ İŞLETMENİN TANIMI

Türk Ticaret Kanunu’nda merkez kavram, ticari işletme olmasına rağmen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda³ (ETTK) bu kavramın tanımı

¹ Resmi Gazete Tarihi – No: 14.02.2011 – 27846.

² Resmi Gazete Tarihi – No : 04.02.2011 – 27836.

³ Resmi Gazete Tarihi – No: 29.06.1956 – 9353.

doğrudan yapılmayarak, bu iş, Ticaret Sicil Tüzüğü⁴'ne (TST) bırakılmış, ETTK'nın 11-13. maddelerinde ise sadece ticari işletmenin bazı türleri belirtilerek, ticari işletme kavramının tanımlanması ve öğelerinin saptanması hukuk öğretisine ve uygulamasına bırakılmıştı. Doktrinde; ticari işletme kavramının tanımlanması işinin Ticaret Sicil Tüzüğü'ne bırakılmış olması eleştirilmiş⁵, ETTK'nın ticari işletme türlerini, ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler olarak belirleyen maddeleri YTTK'nın gerekçesinde belirtildiği gibi ticari işletmelerin bu üç birime özgülendiği izlenimini uyandırarak yanlış anlamalara yol açmıştır. Bu sebeple ilgili maddelerin YTTK'ya alınmasına gerek görülmemiş ve ticari işletme kavramı ilk kez YTTK'da tanımlanmıştır. YTTK'nın 11. maddesinde; ticari işletme kavramı, TST'den esinlenilerek “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme” olarak ifade edilmiştir. Her ticari işletmenin özünde bir işletme vardır, ancak her işletmenin bir ticari işletme olarak tanımlanması mümkün değildir⁶. Bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilebilmesi için tanımından hareketle bazı koşulların varlığı aranır. Bunlar; esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlama, devamlılık, bağımsızlık, gelir sağlamayı hedef tutma olarak sayılabilir.

III. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN ŞARTLARI

A. Aktif ve Pasiflerin Birlikte Devri

TBK 202. madde anlamında bir işletme devrinin söz konusu olması için işletmenin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır⁷. Nitekim ilgili maddenin başlangıç cümlesinde “*bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan.....*” ibaresi bizi bu sonuca götürmektedir. Ancak, bu ifadeden, bir ticari işletmenin malvarlığına dâhil bütün unsurlarının devrinin anlaşılmaması gerekir.

⁴ Resmi Gazete Tarihi - No: 08.02.1957 – 9530, 29.07.1998 tarih ve 98/11548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, “Ticaret Sicili Nizamnamesi” olan tüzük ismi, “Ticaret Sicili Tüzüğü” olarak değiştirilmiştir.

⁵ Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, s. 26, dn. 3’de belirttiği yazarlar için bkz. Reha POROY/Hamdi YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004, s. 32; Oğuz İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994, s. 8-9; Fahiman TEKİL, Ticaret Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Düşünceler, Prof.Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 569.

⁶ ARKAN, s. 27.

⁷ ARKAN, s. 42; Ali BOZER/Celal GÖLE, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011, POROY/YASAMAN, s. 42.

Eğer, ticari işletme devri sonucu devredilen malvarlığı ile ticari işletmenin faaliyetinin devamı mümkün ise, münferit bazı unsurların devredilmemesi TBK m. 202'nin uygulanmasına engel olmaz⁸. Yeter ki devrolunan unsurlarla ticari işletmenin devamı mümkün görülsün⁹. Ancak, ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devredilmesini öngören sözleşme, doktrinde çoğunluk bulan görüşe göre TBK m. 202 kapsamında hükümsüz sayılacaktır¹⁰. Çoğunluk görüşü¹¹, sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşmenin tamamen geçersiz olduğunu kabul ederken, aksi görüş¹², 818 sayılı Borçlar Kanunu¹³ (EBK) m. 179'un (TBK m.202) emredici nitelikte bir düzenleme olmadığını ve söz konusu devri geçersiz kılamayacağını belirtmektedir.

Doktrinde, ticari işletme devrinde aktiflerin yanında pasiflerin devrinin de öngörülmesinin, alacaklıları korumak amacıyla konulduğu kabul edilmektedir¹⁴. Nitekim aktifler, pasiflerin teminatı niteliğindedir ve ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devredilip, pasiflerin (borçların) devredilmemesi bu borcun alacaklılarının, teminatsız kalması sonucunu doğurabilecektir. Kanımızca, işletmenin borçları, devreden tarafından başka bir şekilde güvence altına alındığı takdirde, tarafların ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devrini sözleşmelerinde öngörmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır. Böyle bir güvence bulunmadığı takdirde, pasiflerin kapsam dışı bırakılmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılarak işletmenin tüm aktifi ve pasifi ile birlikte kanunen geçtiğini kabul etmek gerekir.

İsviçre'de 1 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren Fusionengesetz – Loi sur la Fusion –Swiss Merger Act (FusG - LFus) ile birleşme, bölünme, nev'i değiştirme ve malvarlığı devri tek bir kanunda düzenlenmiş olup EBK m. 179 ve TBK m. 202'nin kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu 181. maddesinin

⁸ ARKAN, s. 42.

⁹ ARKAN, s. 42, Mehmet BAHTİYAR, Ticari İşletme Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2012, s. 35.

¹⁰ POROY/YASAMAN, s. 42; ARKAN, s. 42.

¹¹ ARKAN, s. 42; BAHTİYAR, s. 35, POROY/YASAMAN, s. 42, İMREGÜN, s. 12, ACEMOĞLU'na göre ise devredilen sadece pasifden ibaret ise artık bu ilişkiye borcun nakli hükümlerini uygulamak gerekmektedir (Dr. Kevork ACEMOĞLU, Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 34).

¹² Fatih ARICI, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008 s. 150. Aynı yazar, sözleşme serbestisi prensibi gereği taraflarca sadece aktiflerin devrinin öngörülebileceğini; pasiflerin de aktiflerle birlikte devralana geçirilmesi zorunluluğunun ticari işletme devrini zorlaştırdığını belirtmektedir.

¹³ Resmi Gazete Tarihi – No : 29.4.1926 – 359.

¹⁴ ACEMOĞLU, s. 35; ARKAN, s. 42, BAHTİYAR, s. 35.

kapsamı daraltılmıştır. Buna göre, ticaret şirketlerinin, kooperatiflerin veya ticaret siciline kayıtlı diğer tacirlerin malvarlığı ve işletme devirleri FusG'a tabi olacaktır. Türk hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da (FusG 69. madde) aktif ve pasiflerin devredilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemeden, İsviçre hukukunda sadece aktiflerin devrine izin verilemeyeceği sonucu çıkartılabilir. Bunun yanı sıra, FusG'un 71. maddesi kapsamında gerçekleştirilecek olan malvarlığı devrinin, envanterde aktif fazlalığı olduğu takdirde gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Bu ifadeden İsviçre hukukunda da, ticari işletme devrinde aktiflerin yanında pasiflerin devrinin de öngörülüp alacaklıları koruma amacı güdüldüğü söylenebilecektir. Türk Hukukunda ise, ticari işletme devrinde aktif malvarlığı toplamının pasif malvarlığı toplamını geçmesi şartı kanunda belirtilmemiştir.

Burada son olarak, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devredilebilmesi için TBK'nun 202. maddesi uyarınca alacaklıların onayının aranmadığını söyleyebiliriz¹⁵. Buna göre, borcun nakli için alacaklının rızasının aranması kuralı TBK 202. madde kapsamında gerçekleştirilen ticari işletme devri için aranmayacak olup, ticari işletme devirleri için bu genel kurala bir istisna hükmü getirilmektedir¹⁶.

B. Devir Sözleşmesinde Yazılı Şekil Şartı

TBK 202. maddesi uyarınca ticari işletmenin devredilmesinin ilk şartı, ticari işletme devrini öngören sözleşmenin mevcut ve geçerli olmasıdır¹⁷.

EBK m. 179 ile ticari işletme devri sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlanmamış iken, YTTK'nun 11. maddesi ile ticari işletme devir sözleşmesinin ve ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı belirtilerek yazılı şekil şartı getirilmiştir. Bunun yanı sıra, yazılı olarak yapılan bu sözleşmelerin ticaret siciline tescil ve ilan edileceği de belirtilmiştir¹⁸. Kaynak İsviçre Hukukunda, FusG'un 73. maddesinde ticari işletme devri sözleşmesinin sicile tescil ile hüküm doğuracağı belirtilerek, sicile tescil kurucu unsur olarak belirlenmiş, buna karşın YTTK'nun 11. maddesi ile bu konuda açık bir hüküm konulmamış¹⁹ olduğu için kanımızca, yazılı olarak yapılan ticari işletme devir sözleşmesinin sicile tescil anını

¹⁵ ARICI, s. 138.

¹⁶ ARICI, s. 138.

¹⁷ ARICI, s. 178.

¹⁸ ARICI, s. 215.

¹⁹ ARICI, s. 215.

devrin kurucu unsuru olarak kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Tescilin kurucu unsur olduğunun vurgulanmamış olması ise YTTK sisteminde önemli bir eksiklik olarak görülmektedir²⁰. Ticari işletme devrine ilişkin sözleşmenin geçerliliğini yazılı olarak yapılması şartına bağlayan düzenlemenin YTTK’da yer alması bir yeniliktir. Ancak ticari işletme rehninde bile resmi şekil aranmaktayken, ondan daha kapsamlı bir işlem olan ticari işletme devrinde yazılı şeklin yeterli görülmesi ve tescilin kurucu olduğunun vurgulanmamış olması bizim de katıldığımız gibi önemli bir eksikliktir²¹.

Yazılı şekil şartı, sadece ticari işletme devrinde değil aynı zamanda ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerde de uygulanacak bir hükümdür. Ticari işletmenin, ürün kirasına verilmesi, ticari işletmenin bir şirkete sermaye olarak konulması (YTTK m. 127), ticari işletmenin üzerinde rehin sözleşmesi kurulması işletmeyi bir bütün halinde konu alabilecek sözleşmelerdir. YTTK m. 11’de yer alan düzenleme bizi ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan bu sözleşmelerin de yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna götürmektedir. Dolayısıyla taşınmazlar için tapu siciline tescile, taşınırılar için teslimine gerek kalmadan rehin sözleşmesi kurulmuş olacaktır²². Oysa 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu²³ (TİRK) ticari işletme rehin sözleşmelerinin noterde düzenlenmesi şartını getirmiştir. Dolayısıyla ilk bakışta birbiriyle çelişen iki düzenleme mevcuttur ve ileride ticari işletme rehnine ilişkin sözleşmelerin noterde mi yapılması gerektiği ya da yazılı olarak yapılmasının yeterli olup olmadığı noktasında tartışmaları beraberinde getirebilecek niteliktedir. Kanımızca ileride bu nitelikte bir tartışma ortaya çıktığında hukukun genel ilkeleri uyarınca; YTTK’ya nazaran daha özel hükümler içeren TİRK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Yine aynı şekilde YTTK’nın 127 ve 128. maddelerinde²⁴ ticari işletmenin bir şirkete

²⁰ BAHTİYAR, s. 37.

²¹ BAHTİYAR, s. 37.

²² ARKAN, s. 43.

²³ Resmi Gazete Tarihi - No: 28.07.1971 – 13909.

²⁴ *YTTK m. 127- (1) Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak;*

- a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar,
- b) Fikrî mülkiyet hakları,
- c) Taşınırılar ve her çeşit taşınmaz,
- d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları,
- e) Kişisel emek,
- f) Ticari itibar,
- g) Ticari işletmeler,
- h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler,
- i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar,

sermaye olarak konulabilmesini öngören özel düzenlemeler vardır. Her ne kadar YTTK'nın 11. maddesinde ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı şart edilmişse de bir ticari işletmenin bir şirkete sermaye olarak konulması halinde öncelikle YTTK m. 128 hükümleri uygulanmak zorundadır.

Devrin şekli açısından genel hükümler çerçevesinde taahhüt ve tasarruf aşamalarını ayrı ayrı ele almak gerekirken, YTTK'nun 11/3. maddesinde; ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebileceği, devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceği düzenlenmiştir²⁵. Böylece devir için tek bir sözleşmenin yapılması yeterli görülmüş, malvarlığının devri için genel hükümlerin gerektirdiği tasarruf işlemlerinin (taşınmazların tapuda tescili, taşınırınların zilyetliğinin devredilmesi gibi) ayrı ayrı yapılmasına gerek dahi

j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer, konabilir.

(2) Kanunun 307 nci maddesinin ikinci, 342 nci maddesinin birinci ve 581 inci maddesinin birinci fıkra hükümleri saklıdır.

YTTK m. 128- (1) Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur.

(2) Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler; varsa özel sicillerine, bu hüküm uyarınca kaydedildikleri ve taşınırılar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynı sermaye kabul olunur. Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır.

(3) Sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmî şekil aranmaksızın geçerlidir.

(4) Paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir.

(5) Taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın sermaye olarak konulması hâlinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir.

(6) Mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemi ile diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimler, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılır. Şirketin tek taraflı istemde bulunabilme hakkı saklıdır.

(7) Şirket, her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve dava edebileceği gibi, yerine getirmede gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir. Tazminat istemi için ihtar şarttır. Şahıs şirketlerinde bu davayı ortaklar da açabilir.

(8) Ortaklarca, sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir. Tedbir üzerine açılacak davalar için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen süre ancak şirketin tescil ve ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlar.

²⁵ BAHTİYAR, s. 36.

bulunmadığı açıkça belirtilerek genel hükümlerin öngördüğü taahhüt ve tasarruf aşamaları ayrımı yapılmamıştır.

Dolayısıyla YTTK'da yer alan bu düzenlemeye göre; ticari işletme kapsamında yer alan taşınmazların, yazılı bir sözleşme ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile tapuya tescil edilmeden kazanılması mümkün hale gelecektir²⁶. Aynı zamanda bu hüküm, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarından olan fikri mülkiyet haklarının da tescilsiz olarak iktisap edilmesine olanak tanımaktadır²⁷. İşletmenin aktiflerinin devri sırasında zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadığı, tek bir devir sözleşmesi ile işletme devrinin geçerli bir şekilde hüküm ifade edebileceği kanımızca uygulamada sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir²⁸. İsviçre Hukukunda birleşmeleri düzenleyen FusG'un 70. maddesine göre malvarlığının devri için yazılı sözleşme şartı yeterli görülmesine karşın taşınmazların devrinin gerçekleşmesi için resmi sözleşme şartı korunmuştur. Ancak, söz konusu düzenlemede, farklı kantonlarda yer alan birden fazla taşınmazın devri söz konusu olsa bile tek bir resmi sözleşme akdedilmesi yeterli görülmüş olup bu resmi sözleşmeyi ise devredenın oturduğu yerdeki kamu görevlisinin yapmaya yetkili olduğu kabul edilmiştir. Kuşkusuz İsviçre hukukunda, taşınmaz devri için resmi sözleşme düzenleme şartının korunması ile YTTK ile Türk Hukukuna getirilen yukarıda bahsettiğimiz sakıncaların önüne geçilmek istenmiştir.

Kanun koyucunun, ticari işletme devri prosedürünü kolaylaştırmak adına tescilsiz kazanım öngörmesi ve aktif unsurların devri için genel hükümlerin gerektirdiği kurucu işlemlerin yapılmasına gerek olmadan devrin gerçekleşeceğini düzenlemesi sicile güven ilkesinin korunması prensibi ile çelişmektedir²⁹. Örneğin, ticari işletme devri sözleşmesi ile bir taşınmazın devri tapuda tescil ile değil yazılı devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması ve ticaret siciline tescil ve ilan ile gerçekleşecektir. Üstelik daha önce de belirttiğimiz gibi YTTK'da sicile tescilin, kurucu olduğu da açıkça anlaşılamamaktadır. Geçerli bir şekilde kurulan devir sözleşmesinin tescil ve ilanı ile ticari işletmenin aktifinde bulunan taşınmazın devri, tapu siciline tescil olmaksızın gerçekleşeceğinden, tapu sicilindeki kayda güvenerek hak iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde bu iktisabının korunması

²⁶ ARKAN, s. 43; BOZER/GÖLE, s. 20, BAHTİYAR, s. 37.

²⁷ ARKAN, s. 43, BAHTİYAR, s. 37.

²⁸ ARKAN, s. 43; BAHTİYAR, s. 39.

²⁹ BAHTİYAR, s. 39-40.

gerekecek midir sorusu karşımıza çıkacaktır. Eğer üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunduğu kabul edilirse bu durumda, işletmenin aktifindeki taşınmazın devri mümkün olmayacak ve eğer o taşınmazın devri olmaksızın ticari işletmenin devri mümkün değilse ticari işletme devri sözleşmesinin hükümsüz olduğu kabul edilecektir. Ancak, tapudaki kayda güvenerek hak iktisap eden kişinin, ticaret sicilinde tescil ve ilan edilen devir sözleşmesini bilmesi gerektiği kabul edilirse, yeni düzenleme ile tapu kaydına güven ilkesine ticari işletme devri için kanunun burada bir istisna hükmü öngördüğü kabul edilecektir. Hak kaybına uğramak istemeyen üçüncü kişilerin, sadece tapudaki kaydı değil ayrıca ticaret sicilindeki kayıtları da incelemesi gerekecektir. Kanun koyucunun, devir prosedürünü kolaylaştırmak adına kabul ettiği ve uygulamada sakıncalar yaratabilecek olan ve özellikle Eşya Hukuku (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)³⁰ m. 705, 706 ve 1023) ve Borçlar Hukuku ilkeleri ile çelişen bu uygulamanın yeni bir tescilsiz kazanım hali öngördüğü görülmektedir³¹. Sicile güvenin korunması ilkesi ile çelişen bu düzenlemenin tapu sicili, trafik, marka ve patent sicilleri yönünden uygulamada tereddütlere ve sakıncalara neden olabileceği haklı olarak belirtilmektedir³².

Şirkete aynı sermaye konulmasını düzenleyen YTTK m. 128/f.2’de, şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazların tapuya şerh verildiği, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerlerin, varsa özel sicillerine kaydedildikleri takdirde şirkete aynı sermaye olarak kabul olunacağı düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın şirkete aynı sermaye olarak konulması halinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescili gereklidir. Aynı zamanda, mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemi ile diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimlerin, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılacağı YTTK m. 128/f.6’da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlenmenin benzer biçimde, ticari işletme devri içinde öngörülmesi kanımızca yerinde olacaktır.

3. Rekabet Kurulu İzni

Ticari işletme devri için, Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gereken hallerde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun³³’un 7. maddesi uyarınca devir sözleşmesi imzalandıktan sonra Rekabet Kurulu’ndan söz

³⁰ Resmi Gazete Tarihi - No: 8.12.2001 – 24607.

³¹ ARKAN, s. 43; BAHTİYAR, s. 37.

³² BAHTİYAR, s. 37.

³³ Resmi Gazete Tarihi - No: 13.12.1994 – 22140.

konusu devre izin alınması gerekmektedir. Söz konusu kanunun 7. maddesinde, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirilerek izin alınması gerektiği Kurulun, çıkaracağı tebliğlerle ilan edileceği belirtilmiştir. Söz konusu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ³⁴'in izne tabi birleşme veya devralmalar başlıklı 7. maddesinde hangi birleşme ve devralmaların izne tabi olduğu sayılmıştır. Buna göre, Bu Tebliğ'in 5'inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;

- İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya

- İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi,

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması zorunludur.

Ortak girişimler hariç olmak üzere, yukarıda yer alan eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmemektedir.

IV. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN SONUÇLARI

A. Tacir Sifatının Sona Ermesi

Ticari işletme devri sonucu, devreden başka bir ticari işletmenin sahibi değil ise "tacir" sıfatını kaybeder³⁵. Ancak, devreden tacir sıfatını kaybettiği durumda bile, TBK 202/2. madde uyarınca devralanla birlikte iki yıl boyunca ticari işletmenin borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmaya devam eder.

B. İşletmeye Tahsis Olunan Unsurların Devralana Geçmesi

Kural olarak, ticari işletmenin devri ile birlikte, işletmeye daimi olarak tahsis olunan tüm unsurlar devralana geçer³⁶. YTTK'nun 11. maddesinin 3.

³⁴ Resmi Gazete Tarihi - No: 7.10.2010 – 27722.

³⁵ ARKAN, s 44; BAHTİYAR, s. 31; Yargıtay 11. HD'nin 10.4.2007 tarih ve 2006/12344 E., 2007/6279 K. sayılı kararına göre; "Borçlu, ticari işletmesini devrettiğini ticaret siciline bildirip ilan etmeli ve mal beyanında bulunmalıdır. Ticari işletmenin devri, alacaklıların haklarını etkilemeyeceği gibi, devralan 3. kişi de işletmenin borçlarından dolayı sorumludur." (www.corpus.com.tr)

³⁶ ARKAN s. 44, BAHTİYAR, s. 38; ; Yargıtay HGK'nun 11.4.1984 tarih ve 1982/11-938 E., 1984/388 K. sayılı kararına göre; "Taraflar arasındaki, davalılara ait İpragaz bayiliğinin sı-

fıkrasının 2. cümlesine göre taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise ticari işletme devri ile ticari işletmede yer alan duran malvarlığının, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarının devredildiği kabul edilir. Ancak, taraflar aralarında kararlaştırdıkları takdirde münferit bazı unsurları devir dışında tutabilirler, örneğin, ticaret unvanının ticari işletme ile birlikte devredilmeyeceğini kararlaştırabilirler³⁷.

1.DURAN MALVARLIĞI

ETTK'nun 11. maddesinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletme devri kapsamına işletmede yer alan tesisat'ın da gireceği düzenlenmiştir. YTTK'da ise "tesisat" kavramı yerine "duran malvarlığı" kavramı kullanılmıştır³⁸. Duran malvarlığı kavramından, ilk olarak işletmeye ait olan gayrimenkuller anlaşılmaktadır. Ancak bunun yanı sıra, işletmede kullanılan kamyon, gemi, otobüs gibi menkuller de bu kavrama dahildir.

Ticari işletmenin duran malvarlığı, bir ticari işletmenin faaliyetini devam ettirebilmesi için gerekli olan gayrimenkul ve menkuller ile aynı amaca tahsis edilmiş olunan makineler, büro malzemeleri, hammadde ve mamul maddelerden oluşur. Buna göre, bir ticari işletmenin faaliyetini sürdürdüğü binası, üretimin devamını sağlayan makine ve teçhizatlar, o ticari işletmenin duran malvarlığıdır³⁹.

vilandırılmış petrol gazı tüpleriyle birlikte devrine ait ilişki, Borçlar Yasasının 179. maddesinde öngörülen ticari işletme devri niteliğindedir. Bu nedenle dava konusu ilişkinin tıp satımı olarak nitelendirilmesi doğru değildir.

Hukuki ilişki ticari işletme devri olduğuna göre, 31.3.1981 günlü fatura TTK. nun 23. maddesinde belirtilen fatura niteliğinde kabul edilemez. Bu belgenin, işletme devri nedeniyle, tüplerin fiilen teslimini kanıtlamak amacıyla düzenlendiğinin kabulü zorunludur. Her şeyden önce, İpragaz A.Ş. 'nin mülkiyetinde olduğu bilinen tüplerin satım konusu olamayacağı açıktır. Adı geçen şirket genel müdürlüğünün 5/1/ 1982 günlü yazısında da belirtildiği gibi, bu şirketin malik olduğu ancak belirli depozito karşılığı bayisine gönderdiği tüplerin, satım konusu olamayacağını her iki taraf da bilebilecek durumdadır. Nitekim davacının da bu konuda aldatıldığı yolunda bir iddiası yoktur. Esasen sözü edilen işletmeyi devralmakla tacir sıfatı doğmuş bulunan davacı TTK. nun 20. maddesi uyarınca, basiretli bir işadamı gibi davranmak durumundadır. Bayilik üstlenen ve tacir sıfatı kazanan bir kişinin, depozito karşılığı bayiyeye gönderilen gaz tüplerinin satım konusu olmayacağını bilmesi gerekir." (www.mevbank.com)

³⁷ ARKAN, s. 44.

³⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. madde gerekçesi.

³⁹ BAHTİYAR, s. 26. Yargıtay 11. HD'nin 20.2.1975 tarih ve 1974/3620 E., 1975/1217 K. sayılı kararına göre; "Bir ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilen şeyler; sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça işletmeye dahil unsurlar olarak kabul edilir. Davalılara ait devir sözleşmelerinde özel hat ile telefon hariç tutulduğu yazılı bulunmadığına göre, artık bunla-

2.İŞLETME DEĞERİ

ETTK’unda yer almayan, “işletme değeri” kavramı, YTTK ile ticari işletme devir sözleşmesine dahil unsurlardan biri olarak düzenlenmiştir. İşletme değeri, YTTK gerekçesinde, işletmeye bağlı olan müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılmaktadır. Söz konusu gerekçe de işletme değeri için hukukumuzda çok kullanılan “peştemaliye” ve “good-will” terimi de kullanılmıştır.

Her ticari işletmenin uzun yıllar belirli bir çevrede faaliyetini sürdürmesi sonucu belli bir müşteri çevresi vardır. İşte, ticari işletmenin belirli bir süre faaliyet göstermesi sonucu elde etmiş olduğu müşteri çevresi (peştemaliye – good-will), o işletmenin gayrimaddi unsurunu oluşturur⁴⁰. Peştemaliye, YTTK gerekçesinde de belirtildiği gibi ekonomik değeri olan bir unsurdur ve işletme değeri, bazen işletmede yer alan duran malvarlığı ve diğer işletmeye özgülenen unsurların bütününden, edindiği müşteri çevresi sonucu daha fazla ekonomik bir değere sahip olabilir. YTTK’nun düzenlenmesine göre de, taraflarca aksi kararlaştırmadığı sürece ticari işletme devri sözleşmesinin kapsamına işletme değeri de girmektedir. Taraflar eğer “peştemaliye-good-will”i, ticari işletme devir sözleşmesi kapsamı dışında tutmak isterler ise, bunu söz konusu sözleşme de açıkça belirtmeleri gerekmektedir; aksi halde bunlar devrin kapsamına dahil olur.

3. KİRACILIK HAKKI

YTTK’nun 11/3. maddesine göre, ticari işletme devri ile birlikte, eğer işletmenin faaliyetini sürdürdüğü taşınmaz devredene ait değilse, devir ile birlikte kiracılık hakkının da devralana geçtiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁴¹. 6098 sayılı TBK m. 323’de yapılan düzenleme ile işyeri kiralarda kiraya verenin, haklı bir sebep olmadıkça kiracılık hakkının devrine onay vermekten kaçınamayacağı düzenlenmektedir. Buna göre, kiralayan haklı bir sebebi olmadıkça devreden tarafından kullanılan ticari işletmeye ait taşınmazı devralana kiralamaktan kaçınamayacaktır.

rın işletme ile birlikte davalılara devredildiği kabul etmekte zorunluluk vardır. Bu nedenle, davalıların, özel hat ile telefonu kullanmadıkları yolundaki savunmaları geçerli olmayacağından, devirden sonra meydana gelen borçtan, sorumlu tutulmaları gerekir.” (www.corpus.com.tr)

⁴⁰ BAHTİYAR, s. 28; ACEMOĞLU s. 84.

⁴¹ ARKAN, s. 44; BAHTİYAR, s. 27.

4. TİCARET UNVANI

Ticaret unvanı, YTTK'nun 49 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ticaret unvanını tacirin ticari işlerinde kullandığı isim olarak tanımlayabiliriz⁴². Ayrıca YTTK düzenlemesine göre ticaret unvanı, işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez. Bir işletmenin devri sırasında, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, işletme devri ticaret unvanının da devri sonucunu doğurur⁴³. Devir hâlinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir. Buna göre, taraflar ticari işletme devri sözleşmesinde aksini kararlaştırmadıkları sürece, devreden ticaret unvanının devrini de gerçekleştirmeyi kabul etmiş olmaktadır. Devreden taraf, ticaret unvanını devretmek istemiyorsa bunun açık bir şekilde ticari işletme devri sözleşmesinde belirtilmesi gerekmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir kararında da, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bir ticari işletme devrinin ticaret unvanının devrini içerdiği kabul edilmiştir⁴⁴.

5. DİĞER FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

YTTK'nun 11. maddesinde tarafların aksini kararlaştırmadığı müddetçe devir sözleşmesinin diğer fikrî mülkiyet haklarının devrini de içerdiği kabul edilmektedir. Buna göre, bir işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devrinde, devir sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadığı sürece işletmeye ait markaların veya işletmedeki üretim için önem taşıyan patent⁴⁵ devrini de kapsar⁴⁶. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴⁷'nin 15 vd. maddelerine göre markanın devri yazılı olarak yapılmalıdır ve ayrıca marka siciline kaydedilmeyen devir, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Ancak, YTTK'nun 11. maddesinde devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir

⁴² BAHTİYAR, s. 110.

⁴³ Yargıtay 11. HD'nin 25.9.1995 tarih ve 1995/5933 E., 1995/6728 K. sayılı kararına göre; "TTK.nun 51. maddesine göre; bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmedikçe ünvanının devrini dahi tazammun eder. Şirketin davacılar devri sırasında, ünvanının devredilmediği yolunda ayrıca bir anlaşma olmadığından, ünvanın da devredildiğinin kabulü gerekir." (www.corpus.com.tr)

⁴⁴ Yargıtay 11. HD. 09.11.1989, E. 8241, K. 6118 (ARICI, s. 119.)

⁴⁵ ARICI, s. 136.

⁴⁶ Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, Aralık 2005, 4. Bası, s. 431; Yargıtay 11. HD'nin 14.9.1999 tarih ve 1999/1896 E., 1999/6794 K. sayılı kararına göre; "İlke olarak marka devir sözleşmesinin yazılı yapılması sözleşmenin geçerliliği için şart ise de, marka sahibinin içinde bu hakkın da yer aldığı işletmesinin bir bütün olarak devretmesi de mümkündür. 556 s. KHK. m.16/2 uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrolunması, aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan markanın da devrini kapsar." (www.corpus.com.tr)

⁴⁷ Resmi Gazete Tarihi - No: 27.06.1995 – 22326.

bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceği belirtildiğinden ticari işletme kapsamında yer alan markanın, yazılı bir sözleşme ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile markalar siciline kaydedilmeden kazanılması mümkün hale gelecektir⁴⁸.

Patent veya patent başvurusu bir bütün olarak kabul edildiği için buluş birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmişse, patent isteme hakkı müştereken bunlara aittir. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴⁹'nin (PatKHK) 87. maddesine göre, patent üzerinde birden çok şahsın hak sahipliği söz konusu olsa bile bunların devri veya üzerinde hak sahipliği tesis edilebilmeleri için bölünebilmeleri imkansızdır. Müşterek hak sahibi kendisine düşen payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecektir. Ancak böyle bir tasarrufta bulunabilmesi yani payın üçüncü bir şahsa devredilmesi halinde diğer pay sahiplerine önallım haklarını kullanabilmeleri için Patent Enstitüsü tarafından durum iki ay içinde bildirilecektir.

PatKHK'nın 90. maddesine göre, patent başvurusu veya patentten doğan haklar, bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak devredilebilir. Devreden veya lisans veren kişinin bu işlemleri yapmaya yetkili olmadığı sonradan anlaşılırsa, söz konusu kişi bu durumdan ilgililere karşı sorumlu olur. Devreden veya lisans verenin kötü niyetle hareketi halinde, bunlar, fillerinden doğan zararlardan her zaman sorumlu olarak kabul edilmektedir. Buna göre, ticari işletme devri sırasında, patent devri söz konusu ise devreden taraf ancak hak sahibi olduğu ölçüde patent devrini gerçekleştirecektir ve devralanın patentin devredilmemesinden veya devrin hükümsüzlüğünden doğan zararını karşılamakla, yükümlüdür.

6. İŞLETMEYE SÜREKLİ OLARAK ÖZGÜLENEN MALVARLIĞI

Ticari işletmeye daimi olarak tahsis olunan unsurların neler olduğu kanunda tek tek sayılmamaktadır, her olayın özelliklerine göre *sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını* yorumlamak gerekir. Örneğin, bir Yargıtay kararında, konusu gazete yayınlamak olan bir işletmede, özel hat ve telefon, işletmeye devamlı olarak tahsis edilmiş unsurlar olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Buna göre, devir sözleşmesinde açıkça özel hat ve telefonların

⁴⁸ ARICI, s. 116.

⁴⁹ Resmi Gazete Tarihi – No: 27.6.1995 – 22326.

⁵⁰ Yargıtay 11. HD'nin, 20.02.1975 tarih ve 1974/3626 E., 1975/1217 K. sayılı kararı (www.

da devir kapsamında olduğu belirtilmemiş olsa bile, ticari işletme devri ile işletmeye devamlı olarak tahsis olunduğu kabul edildiğinden bu unsurlar da devrin kapsamı içinde olacaktır.

Ticari işletme devri ile müşteri çevresi de devredene geçmiş olur⁵¹. Taraflar aralarında akdettikleri devir sözleşmesinde rekabet yasağı öngörmemiş olsa bile TMK m. 2 gereği devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu altına girer⁵². Ticari işletmenin devrinden sonra devredenin aynı müşteri çevresinde ve aynı tür ticari işleri yürütecek bir ticari işletme açması, devralan tacirin müşteriler üzerindeki hakkının ihlali anlamına gelir. Bu noktada, TMK m. 2'nin yanı sıra, haksız rekabete ilişkin hükümler ile devralanın hakkını korumak da mümkündür⁵³.

C. Devralan Tarafından Borçların Üstlenilmesi

TBK 202. madde uyarınca, devralan, işletme devrini alacaklılara bildirildiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Buna göre, ticari işletmeye ait borçlar ayrıca bir borcun nakli sözleşmesi yapılmadan kanun gereği devralana geçmektedir⁵⁴. Devralanın sorumluluğu, devreden gibi belli bir zaman dilimi ile sınırlı olmayıp söz konusu borçlar zamanaşımına uğrayana kadar devam eder⁵⁵.

corpus.com.tr)

⁵¹ ARKAN, s. 44; BOZER/GÖLE, s. 19.

⁵² ACEMOĞLU, s. 85-86; ARKAN, s. 44.

⁵³ BOZER/GÖLE, s. 19.

⁵⁴ ARKAN, s. 45; BAHTİYAR, s. 38, Yargıtay 21. HD'nin 14.11.2000 tarih ve 2000/8071 E., 2000/7999 K. sayılı kararında kanunun öngördüğü koşullar yerine getirilmeden yapılan şirket devrinin alacaklının haklarını etkilemeyeceği ve devralanın da işletmenin borçlarından sorumlu olacağı belirtilmektedir: “*Borçlu ile davacı arasındaki ilişki ticari işletmenin devri niteliğinde bulunduğundan İİK'nun 44. ve BK'nun 179. maddelerinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. Anılan maddelerde öngörülen koşulların yerine getirildiği iddia ve ispat edilmemiştir. Gerçekten borçlunun devri kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiği ilişkinde dosyada hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda, devir alacaklının haklarını etkileyeceği gibi, devralan davacıda BK'nun 179. maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumlu bulunduğundan davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır. Dairemizin ve Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir.*” (www.mevbank.com); Yargıtay 15. HD'nin 28.2.1994 tarih ve 1993/5796 E., 1994/1128 K. sayılı kararına göre de; “*İşyerinin devri halinde, ticareti terk edenlerin uyması gereken kurallar uyarınca işlem yapılmamışsa, alacaklının hakları devirden etkilenmez....*” (www.corpus.com.tr)

⁵⁵ ARKAN, s. 45.

Devralan, kanun gereği ticari işletmeye ait borçlardan sorumlu tutulmaktadır⁵⁶ ancak devralanın ticari işletmeye ait olup da ancak devir esnasında bilmediği borçlardan da sorumlu olup olmayacağı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, devreden ile devralan arasında devralanın bazı borçlardan sorumlu olmayacağı ya da belli bir miktara kadar sorumlu olacağı kararlaştırılmış ise ve sorumluluk sınırlaması bildirim ve ilanlarda belirtilmiş ise artık alacaklılara karşı bu sınırlamanın geçerli olması gerekir⁵⁷. Aksi görüşe göre⁵⁸, devralanın sorumluluğuna ilişkin sınırlamalar devralanla devreden arasındaki iç ilişkide geçerlidir, hatta bu sınırlamalar bildirim ve ilanla da belirtilmiş olsa dahi alacaklılara karşı geçerli olmamalıdır. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Zira sözleşme serbestisi prensibi uyarınca taraflar arasında akdedilen bu sorumluluk sınırlamalarını alacaklıların haberdar olması ve alacaklarının yeteri kadar güvenceye bağlanması koşuluyla geçerli kabul etmek gerekmektedir.

D. Devredenin Müteselsil Sorumluluğu

Ticari işletme devrinde, işletmeye ait borçlar alacaklıların rızası olmaksızın devralana geçmektedir. Bu noktada, Kanun koyucu alacaklıları koruma gayesiyle, devreden de devralanla birlikte devirden sonra iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olmasını düzenlemiştir⁵⁹. Devreden,

⁵⁶ Yargıtay 21. HD'nin 26.9.2005 tarih ve 2005/2921 E., 2005/8294 K. sayılı kararına göre; "... arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğundan İ.İ.K. 'nun 44 ve B.K. 'nun 179. maddesinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. İşyeri devri ile ilgili İ.İ.K. 'nun 44. maddesinde öngörülen koşulların yerine getirildiği 3. kişi tarafından iddia ve ispat edilmemiştir. Gerçekten borçlunun devri, kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiği ilişkin hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda devir, alacaklının haklarını etkilemez. Devralan davacı B.K. 'nun 179. md. 'si uyarınca işletmenin borçlarından sorumlu olduğu göz ardı edilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." (www.mevbank.com)

⁵⁷ Halil ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 116; Selahattin Sulhi TEKİNAY/ Sermet AKMAN/ Haluk BURCUOĞLU/ Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 289

⁵⁸ ARKAN, s. 46.; ACEMOĞLU, s. 117.

⁵⁹ Yargıtay HGK'nun 14.5.2008 tarih ve 2008/19-355 E., 2008/372 K. sayılı kararına göre; "Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca bir işletmenin devrinde önceki borçlunun, devralanla birlikte iki yıl süreyle işletmenin borçlarından müteselsilen sorumlu bulunmasına, aynı kanunun 142. maddesine göre de, alacaklının müteselsil borçluların tamamından veya birinden borcun ödenmesini istemesinin mümkün olmasına ve borç tamamen ödeninceye kadar müteselsil borçluların sorumlulukları devam eder." (www.mevbank.com); Yargıtay HGK'nun 26.12.2001 tarih ve 2001/11-1155 E., 2001/1165 K. sayılı kararına göre; ".... Ancak, ticari işletmenin devrinden itibaren iki yıl süreyle devreden devralanla birlikte işletmenin borçlarından sorumlu olacağı yönündeki Borçlar Kanunu'nun 179 ncu maddesinin buyurucu hükmüne nazaran ticari işletmeyi devreden davacının, kendi adına devam eden doğal aboneliğinden doğan tüketim borcundan davalıyla birlikte müteselsilen sorumlu

ticari işletme devrinin ilan veya bildiriminden önce mevcut ve geçerli borçlar için sorumlu olur⁶⁰. Devredenin, devralanla birlikte sorumlu olacağı sürenin başlangıcı, borcun muaccel veya müeccel olmasına göre özellik arz etmektedir. Muaccel borçlarda, devreden ilan veya ihbar tarihinden itibaren; müeccel borçlarda ise borcun muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıl boyunca devreden devralanla birlikte sorumlu olacaktır⁶¹.

Ticari işletme devrinde, devredenin devralanla birlikte iki yıl birlikte sorumlu olması kefilin durumunu ağırlaştıran bir durum değildir. Buna göre, kefilin sorumluluğunun devamı için ticari işletme devrinde kefilin onayı aranmaz⁶². Ancak, kefilin 2 yılın sonunda devralanla birlikte sorumlu tutulabilmesi için iki yıllık sürenin geçmesinden sonra onayının alınması gereklidir⁶³.

YTTK 264. madde⁶⁴ de kolektif şirketin borçları için, şirket

olduğunun gözden kaçırılması doğru olmadığı gibi, dava dışı idare İGDAŞ tarafından tahakkuk ettirilerek bildirilen fatura bedelinden zamanında davalıyı ihbar etmemesi halinde borcun ferilerinin kendi kusurundan kaynaklandığı ve bunun sonucunda borcun ağırlaşmasından davalıyı sorumlu tutamayacağı düşünülmeyen bunun tamamının davalıdan rücuhan tahsiline karar verilmesi de isabetsiz bulunmuştur.” (www.corpus.com.tr)

⁶⁰ ARKAN, s. 46, Yargıtay HGK’nun 23.2.2005 tarih ve 2005/9-90 E., 2005/97 K. sayılı kararına göre; “ davacının elektrik borcuna konu işyerini 01.09.2000 tarihinden geçerli kira sözleşmesi ile devraldığı, BK.nun 179. maddesi uyarınca devralınan şirketin borçlarından da sorumlu olacağı” (www.corpus.com.tr)

⁶¹ Yargıtay HGK’nun 17.10.2007 tarih ve 2007/21-664 E., 2007/745 K. sayılı kararına göre; “ Kural olarak, ihbar veya ilan tarihinden itibaren iki yıl boyunca işletmeyi ya da malvarlığını devreden devralanla birlikte müteselsil borçlu olacaktır. İhbar, alacaklıya ulaşmak şartıyla hüküm ifade edecektir.....” (www.corpus.com.tr); Yargıtay HGK’nun 28.11.2001 tarih ve 2001/21 E., 2001/1077 K. sayılı kararına göre; “Eski ve yeni borçlu müteselsil sorumluluğu iki yıllık bir devre için kabul edilmiş olup, bu iki yıl (muaccel borçlar için) devrin, alacaklının ihbarı yada gazetelerde ilan tarihinden itibaren başlar....” (www.corpus.com.tr); Yargıtay 15. HD’nin 6.3.1995 tarih ve 1995/1063 E., 1995/1252 K. sayılı kararına göre; “ ... Bu şekilde yapılan devir ve temlik ticari işletmenin devri niteliğinde olduğundan bu devrin alacaklılara karşı geçerli olabilmesi için BK.nun 179. maddesinde öngörülen şekilde devrin alacaklılara ihbar edilmesi veya gazetelerle ilan edilmesi gerekir.” (www.corpus.com.tr)

⁶² ARKAN, s. 47.

⁶³ Cevdet YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 700; Elçin GRASSINGER, Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Oldukları Savunma İmkânları, İstanbul 1996, s. 142; ARKAN, s. 47.

⁶⁴ **YTTK m. 264-** (1) Şirketin borçları için, şirket alacaklılarının ortaklara ileri sürebilecekleri istem hakları, ortağın şirketten ayrılmasının, şirketin sona erdiğinin veya iflasının ilan edildiğinin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmasından itibaren üç yıl geçmesiyle zaman aşımına uğrar; ancak, niteliği nedeniyle, alacağın daha kısa bir zaman aşımına bağlandığı durumlarda o zaman aşımı süresi uygulanır.

(2) Alacak ilandan sonra muaccel olursa, zaman aşımı muacceliyet anından itibaren işleme-

alacaklılarının ortaklara ileri sürebilecekleri istem hakları 3 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutularak genel bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür; ancak YTTK m. 265/2 ile söz konusu genel hükme, ticari işletme devri bakımından bir istisna hükmü getirilmiştir. Buna göre; “*Bir ortak, şirketin ticari işletmesini devralırsa, alacaklılara karşı üç yıllık zamanaşımını ileri süremez. Buna karşılık, devralma sebebiyle ayrılan ortaklar hakkında borcun nakli hükümlerine göre iki yıllık zamanaşımı uygulanır. Üçüncü kişinin ticari işletmeyi alacak ve borçlarıyla devralması hâlinde iki yıllık zamanaşımı geçerli olur.*”

İki yıllık süre hak düşürücü süredir, taraflar duruşma esnasında belirtmemiş olsa bile hâkim tarafından re’sen nazara alınır⁶⁵.

İsviçre’de, FusG’un 75. maddesi ile de devreden devralanla devirden sonra üç yıl boyunca ticari işletmenin borçlarından birlikte sorumlu olması düzenlenmiştir. Devreden, devralanla birlikte sorumlu olacağı sürenin başlangıcı, Türk hukukunda olduğu gibi borcun muaccel veya müeccel olmasına göre özellik arz etmektedir. İsviçre hukukunda, muaccel borçlarda, devreden ilan tarihinden itibaren; müeccel borçlarda ise borcun muaccel olduğu tarihten itibaren üç yıl boyunca devreden devralanla birlikte sorumlu olacaktır.

V. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN İŞ HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

E. İş Hukukunda İşyeri Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu⁶⁶ (İŞK) işyerini şu şekilde tanımlamaktadır: “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir*” (m. 2/1/c. 2)⁶⁷. Bu düzenleme ile 1475 sayılı İş Kanunu’ndan⁶⁸ farklı olarak daha

ye başlar.

(3) Bu maddede öngörülen zamanaşımı ortakların birbirlerine karşı olan alacaklarına uygulanmaz.

⁶⁵ ARKAN, s. 46

⁶⁶ Resmi Gazete Tarihi – No: 10.6.2003 – 25134.

⁶⁷ İşyeri kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ercüment ÖZKARACA, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 7 vd. ve aynı eser dn. 2’de belirtilen eserler.

⁶⁸ Resmi Gazete Tarihi – No: 1.9.1971 – 13943. 1475 sayılı kanun 14. maddesi hariç, 4857 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

ayrıntılı bir tanıma yer verilmiştir⁶⁹. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen⁷⁰ yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler⁷¹ ile araçların⁷² da işyerinden sayılacağı belirtilmektedir. Nitekim

⁶⁹ 1475 sayılı İş Kanunu m. 1/1'de “işin yapıldığı yere işyeri denir” şeklinde bir tanım bulunmakta ve maddenin ikinci fıkrasında şu hüküm yer almaktaydı; “İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.” Bu tanıma yönelik eleştiriler için bkz. Ali Cengiz KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004, s. 9 vd. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu da 2. maddesinin sekiz ve dokuzuncu fıkralarında 1475 sayılı kanunda yer alan tanıma aynen yer vermiştir.

⁷⁰ Bu yerlerin yönetim yönünden örgütlenmeleri farklıysa, birbirinden bağımsız iki işyeri söz konusu olur. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 10 ve aynı yer dn. 15'te belirtilen yazarlar. Bu anlamda, işyeri asıl işyeri ile kanuna göre işyerinden sayılan yerleri de içine alan bir bütündür. Söz konusu bütünlük sıradan bir bütünleşme olmayıp, örgütlenmiş bir bütünleşmeyi içerir. Nitekim işyerinde yapılar, makineler, çeşitli araçlar ile bunları birleştiren belirli bir örgütlenmeye ve teknik yönetimde birliğe rastlanır. Bkz. A. Murat DEMİRCİOĞLU/Tankut CENTEL, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 56; Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s. 63; Cevdet İlhan GÜNAY, İş Hukuku-Yeni İş Yasaları, Ankara 2005, s. 291; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2011, s. 175 vd.; Mustafa KILIÇOĞLU, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, s. 16.

⁷¹ Eklenti, işin niteliği ve yürütümü bakımından doğrudan bir bağlantısı bulunmasa da, bir bütün oluşturmadaki önem ve bağlantıları nedeniyle işyerinin bir parçası olarak sayılan yerler olarak tanımlanmakta ve eklentilerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığı ifade edilerek sosyal tesisler, otopark, yükleme ve boşaltma yerlerinin de işyerinden sayılacağı ve eklentilerin mutlaka işin görüldüğü yerin coğrafi sınırları içerisinde yer almasının zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 14 ve aynı yer dn. 30'da belirtilen yazarlar. Aynı yönde bkz. DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 57-58; GÜNAY, s. 297; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 65; Şahin ÇİL, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2004, s. 17.

Yargıtay 10. HD'nin 18.3.2004 tarih ve 2004/28 E., 2004/2048 K. sayılı kararında da işin niteliği gereği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yemek-uyku ve dinlenme yeri olan karavanın işyerinden sayılacağı belirtilmektedir (www.corpus.com.tr).

⁷² Araçların işyerinden sayılabilmesi için, yapılan işle ilgili olması gereklidir. Bu kapsamda araç işin yapılması ve hizmetlerin yerine getirilmesinde kullanılan sabit veya yer değiştirebilen her türlü makine ya da taşıt araçları olarak tanımlanmakta ve bunların işyerinden sayılabilmesi için, mutlaka işyerinin coğrafi sınırları içerisinde bulunmasının gerekli olmadığı, hatta mülkiyetinin işverene ait olmasının dahi zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 14; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 58; SÜZEK, s. 178. Ayrıca araçları harekete geçiren itici gücün; benzin, mazot, elektrik, hayvan veya insan olması herhangi bir öneme sahip değildir. Bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 65.

Yargıtay 9. HD'nin 28.1.2011 tarih ve 2009/2058 E., 2011/1191 K. sayılı kararında da, işveren tarafından kendisine tahsis edilen aracı alkollü olarak kullanan işçinin davranışı işyerinde alkol kullanımı olarak nitelendirilmiş ve sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedenle fesih olduğu kabul edilmiştir (www.corpus.com.tr).

üçüncü fıkrada, işyerinin işyerine bağlı yerler⁷³, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu vurgulanmaktadır⁷⁴.

Asıl işyeri ile ona bağlı yerlerin tek bir işyeri sayılabilmesi için işyerinde üretilen mal veya hizmet ile “nitelik yönünden” bir bağıllık bulunmalıdır⁷⁵. Aynı işverene ait işyerlerinde görülen işler arasında nitelik farkı bulunuyor ise, yani işin nitelik ve yürütümündeki farklılık açıkça görülüyorsa, bu yerler ayrı işyerleri sayılacaktır⁷⁶. Örneğin aynı işverenin televizyon fabrikası ile tekstil atölyesi varsa bunlar iki ayrı işyeri sayılacaktır. Buna karşılık yapılan işler arasında nitelik yönünden bir farklılığın bulunmadığı durumlarda, bu yerlerin birbirinden bağımsız yönetim organizasyonuna sahip olup olmadıklarına bakılmalıdır⁷⁷. Örneğin bir tekstil atölyesinde üretilen elbiseler ayrı bir yerde satışa sunuluyor ise, satış mağazasının atölyeden bağımsız bir yönetim organizasyonuna sahip olup olmadığı incelenmelidir⁷⁸.

Bir işyerine bağlı yerler ile bir işletmeye bağlı birden çok işyeri birbiriyle karıştırılmamalıdır. Nitekim bir işletme aynı sonuca yönelmiş birbirinden bağımsız birden çok işyerinden oluşabilir. Örneğin bir banka işletmesinin şubeleri bu nitelikte bir işletmeye bağlı bağımsız işyerleridir⁷⁹.

⁷³ Bir işyerine bağlı yerlerden söz edebilmek ve bu yerleri tek bir işyeri sayabilmek için, bunlar arasında “hukuki bir bağıllığın” bulunması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca hukuki bağıllığın bu yerlerin aynı işverene ait olması anlamına geldiği, ancak bu anlamda salt hukuki bağıllığın yeterli olmadığı (örneğin; aynı işverene ait bir dokuma fabrikası ile bir fırının tek işyeri sayılamayacağı) ifade edilerek; ayrı ayrı kimselere ait olan yerlerin ise birbirini ne kadar tamamlarsa tamamlasın tümünün tek işyeri sayılmasının mümkün olamayacağı yönünde bkz. SÜZEK, s. 175-176.

⁷⁴ Bir işyerinde mal veya hizmet üretimi için başka mekânların da kullanıldığı durumlarda bunların bağımsız birer işyeri mi, yoksa tek bir işyeri mi kabul edilmesi gerektiği hususunda “örgütte birlik” ölçütüne başvurulması ve örgütte birliğin bulunmadığı durumlarda değişik işyerlerinin varlığının kabul edilmesi önerilmektedir. Örgütte birlikte anlaşılması gerekenin ise teknik yönetim birliği olduğu ifade edilmektedir. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 9; GÜNAY, s. 287-288.

⁷⁵ GÜNAY, s. 293; KÖSEOĞLU, s. 10. Söz konusu işyeri bölümlerinin işyeri bütünü içerisinde görülebilmesi için, bunlar arasında iktisadi ve hukuki bir bağlantının bulunması gerekir. Buna göre, aynı iş tekniği amacının gerçekleşmesine yarayan, aynı teknik yönetime bağlı bulunan ve aynı kişi veya kişilere ait olan birimler aynı işyerinin kapsamına girer. Bkz. DEMİRCIOĞLU/CENTEL, s. 57. Ancak aynı kişiye ait olma ölçütünden hareketle mutlaka tek bir işyerinin olduğu sonucu çıkarılamaz. Çünkü aynı kişi birden çok işyerinin sahibi olabilir. Bu nedenle tek bir işyeri olup olmadığını saptamada ölçütün sadece “birlik halindeki örgüt” olduğu ve bunun en açık olarak “teknik yönetimin birliğinde” kendisini gösterdiği belirtilmektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 63-64.

⁷⁶ Nuri ÇELİK, İş Hukuku, İstanbul 2011, 24. Bası, s. 59; KÖSEOĞLU, s. 11.

⁷⁷ KÖSEOĞLU, s. 11.

⁷⁸ KÖSEOĞLU, s. 11.

⁷⁹ GÜNAY, s. 293; ÇELİK, s. 69; KÖSEOĞLU, s. 14; ÇİL, s. 17; Yargıtay kararına atıfla aynı

Değişik işverenlerin aynı mekânda faaliyet göstermeleri halinde, her işveren yönünden bağımsız işyerleri söz konusu olur. Benzer şekilde asıl işverenden iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran alt işveren için de, söz konusu yer ayrı bir işyeri niteliğindedir⁸⁰.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde dar bir işyeri tanımı yerine geniş bir tanıma yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda, bir işyerinin var olabilmesi için eşyalar, iş araçları, personel, makineler, binalar, hammaddeler gibi maddi; fikri ve sınai haklar, alacak hakları, müşteri çevresi, tecrübe ve sosyal ilişkiler gibi maddi olmayan unsurlardan bir ya da bir kaçının bir araya gelmesi gereklidir⁸¹.

İşyerinin gerçek veya tüzel kişiye ait olması ya da işverenin o yerin maliki veya kiracısı olması, işyeri niteliği açısından bir öneme sahip

sonuç için bkz. SÜZEK, s. 176. İşletme kavramının işyerine oranla daha geniş ve iktisadi anlamda bir üniteyi içerdiği; bu anlamda işletmenin iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya birkaç işyerinin bağlı bulunduğu örgütlenmiş bir bütünü ifade ettiği yönünde bkz. DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 59; SÜZEK, s. 178-179; ÇELİK, s. 69.

⁸⁰ Savaş TAŞKENT, Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Yıl: 2004, s. 363-364; KÖSEOĞLU, s. 13.

Yargıtay'ın vermiş olduğu çeşitli kararlarında sunulan hizmetin belirli süreli sözleşmelerle değişik alt işverenler tarafından yerine getirilmesine rağmen, işyerindeki malzemelerin asıl işveren tarafından sağlanıp sabit kaldığı, işçilerin de her seferinde yeni alt işveren tarafından kesintisiz biçimde çalıştırılmaya devam edildiği durumlarda (alt işverenler arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunmasa bile) bir işyeri devrinin varlığını kabul ettiği yönünde bkz. Ercüment ÖZKARACA, İşyeri Devri-Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, C: 2009/1, S:20, s. 137-138. Yazar, bu konuda alt işverenin iradesinin doğru olarak saptanmasının büyük bir öneme sahip olduğunu, sözleşme süresi sona eren alt işverenin işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi ve bu işçilerin aynı işi üstlenen yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmeleri halinde, bu ilişkinin yeni bir iş sözleşmesine dayandığı ve alt işverenler arasında işyeri devrinin söz konusu olmadığı sonucuna varılması gerektiğini ifade etmektedir (s. 140). Yargıtay HGK'nun 14.11.2001 tarih ve 2001/9-711 E., 2001/820 K. sayılı kararı da aynı yöndedir (www.corpus.com.tr).

Yargıtay 9. HD'nin 12.6.2006 tarih ve 2005/37343 E., 2006/16607 K. sayılı kararında da, işçinin yeni ihaleyi alan şirket nezdinde ara vermeden çalışmasını sürdürmesi halinde işyeri devrinin söz konusu olacağı belirtilmektedir. Karar metni ve kararı uygun bulan karar değerlendirmesi için bkz. Fevzi ŞAHLANAN, İşyeri Devri İle Asıl İşveren-Alt İşveren (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Kasım 2007, S. 333 (Hukuk 18), s. 2-4.

⁸¹ ÇELİK, s. 58; GÜNAY, s. 288; SÜZEK, s. 174; KILIÇOĞLU, s. 15-16. Ancak gözden kaçırılmaması gereken bir husus, içinde "işçi" bulunmayan bir yerin iş hukuku anlamında işyeri olarak kabulünün mümkün olmadığıdır. Bkz. KÖSEOĞLU, s. 8, dn. 7. Bu bağlamda çalışan işçi sayısının bir veya daha fazla olması İşK m. 4'te öngörülen istisnalar hariç işyeri kavramına etkili değildir. Bkz. GÜNAY, s. 289; SÜZEK, s. 174. İşgücü dışındaki unsurların (maddi olan veya olmayan) işyerinin vazgeçilmez unsuru olmadığı yönünde bkz. Kübra DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 22.

değildir⁸². Yapılan işin türünün de işyeri niteliğinin kazanılmasında bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin ekonomik ve ticari nitelikte işlerin yapıldığı yerler yanında, kültürel faaliyetlerin yürütüldüğü yerler de işyeri olarak değerlendirilir⁸³.

F. İş Hukukunda İşyerinin Devri ve Devrin İş Sözleşmelerine Etkisi

İşçilerin iş güvencelerini tehlikeye sokan en önemli nedenlerden biri çalıştıkları işyerinin el değiştirmesi; devir yoluyla bir işverenden başka bir işverene geçmesidir⁸⁴. Klasik borçlar hukuku teorisi açısından bakıldığında, sözleşme sadece tarafları bağladığı için, devreden işverenle yapılmış olan iş sözleşmeleri devralan işvereni bağlamaz. Bu durumda işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona erecektir. Bu nedenle modern iş hukukunda işyerinin devredilmesine karşı, iş sözleşmesinin yeni işverenle devamı öngörülerek işçiye daha etkin bir koruma sağlanmaya çalışılmaktadır⁸⁵.

Devrin söz konusu olabilmesi için, işyerinde yürütülen faaliyetin devralan tarafından devam ettirilmesi gerekir⁸⁶. İşyerinin devri uygulamada genellikle mülkiyetin devri şeklinde gerçekleşmekle birlikte, satış dışında çeşitli şekillerde de devir mümkün olabilmektedir. Örneğin işverenin iflası, intifa hakkı kurulması, miras, bağış, ticaret ortaklıklarının birleşmesi veya bölünmesi ya da özelleştirme veya devletleştirme ile de devir gerçekleşebilir⁸⁷.

Hukukumuzda 4857 sayılı İşK'dan önce, sözleşmenin işverenin kişiliği dikkate alınarak yapıldığı haller hariç işverenin ölümü halinde iş sözleşmesinin sona ermeyip mirasçılarla devam edeceğini öngören EBK m. 347/2 hükmü dışında, devir halinde o işyerinde çalışan işçilerin durumunu düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktaydı. Yargıtay bu dönemde sorunu EBK m. 179 hükmü çerçevesinde değerlendirmekte ve devirle birlikte iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam edeceği görüşünü benimsemişti⁸⁸. Öğreti de, işyeri devirlerinde sözleşmenin yeni işverenle devamını öngören genel bir yasal düzenleme bulunmasa dahi, iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamını sağlayan değişik hükümlerden hareketle, bu konuda genel bir

⁸² SÜZEK, s. 174; GÜNAY, s. 289; KÖSEOĞLU, s. 9.

⁸³ SÜZEK, s. 173-174; GÜNAY, s. 289; KÖSEOĞLU, s. 9.

⁸⁴ SÜZEK, s. 183.

⁸⁵ SÜZEK, s. 183.

⁸⁶ ÇELİK, s. 61, dn. 19 ve orada belirtilen yazarlar.

⁸⁷ KÖSEOĞLU, s. 57; SÜZEK, s. 183; ÇELİK, s. 62.

⁸⁸ Yargıtay 9. HD'nin 29.9.1983 tarih ve 1983/4362 E., 1983/5947 K. Sayılı kararı (YKD, Mart 1984, s. 398-399).

ilkenin oluşturulabileceğini kabul etmekteydi⁸⁹. Belirtilmelidir ki TBK m. 428’de işyerinin tamamı veya bir kısmının devri İŞK m. 6’ya benzer şekilde düzenlenmiştir.

İŞK m. 6/1’e göre; “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”⁹⁰. İş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile işverene geçmesi için işçinin onayı aranmamaktadır, ayrıca bu hüküm emredici nitelikte olup aksi kararlaştırılamaz. Madde gerekçesinde gerçek kişi işverenin ölümü halinde işyerinin mirasçılara geçmesi hali dışında, maddenin kapsamına, hukuki bir işlem nedeniyle işyerinin veya bir bölümünün başka bir işverene geçtiği bütün hallerin girdiği; ancak işlemin özelliğine göre sonuçlardaki farklılıkların ele alındığı ve istisnaların gösterildiği belirtilmiştir⁹¹. İşyeri devrinde İŞK m. 6’nın sağladığı korumadan yararlanabilmek için İŞK’ya göre iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi statüsünde olmak zorunludur, işyerinin bir bölümünün devri halinde işçinin çalışmasını devre konu bölümde gerçekleştiriyor olması gerekir⁹².

⁸⁹ Bu konuda 1475 sayılı İŞK m. 14 ve 53, Deniz İş Kanunu (Deniz İŞK) m. 19 ve 20/2, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) m. 8 hükümleri örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Murat ENGİN, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara 1993, s. 172. İşyerinin devrinin iş sözleşmelerine etkisi açısından Fransız, Alman ve İtalyan hukuklarındaki düzenlemeler için bkz. KÖSEOĞLU, s. 61, dn. 20. Ayrıca sözleşmenin devri için, eski ve yeni işverenle işçinin onayının gerektiği, yeni işverenin açık veya zımni bir onay vermemesi halinde sözleşmenin onu bağlamayacağı, bu durumda işçinin ancak eski işverenden kusurlu ifa imkânsızlığı yaratmasından ötürü tazminat talep edebileceği yönünde bkz. KÖSEOĞLU, s. 60, dn. 15.

⁹⁰ Ödünç (geçici) iş ilişkisi kapsamında çalışan işçiler açısından, işçiyi ödünç alan işverenin işyerinin devri halinde işçinin iş sözleşmesi devredilmiş olmayacak, sadece işçi ile ödünç veren arasındaki mevcut iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun alacaklı olan ödünç alan işveren tarafında bir değişiklik meydana gelecektir; zira ödünç alan ile ödünç işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Bkz. SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara-2011, s. 71.

⁹¹ Yine gerekçede işyerinin bir kira sözleşmesine bağlı olarak geçici ve süreli olarak bir başkasına devrinin de madde kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Öğretide madde metninde yer alan “hukuki işlem” yerine “hukuki bağ”a yer verilmesi önerilmekte ve hukuki bağın her zaman satış ile kurulmasının zorunlu olmadığı; miras, intifa hakkı, kira, birleşme, devletleştirme, özelleştirme gibi hallerde de hukuki bir bağın var olduğu belirtilmektedir, bkz. KÖSEOĞLU, s. 62, dn. 21. Maddede devrin “hukuki işleme” dayanmasından söz edilmesine rağmen, fiili durumlarda da sonuçta bir değişiklik olmayacağı yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s. 43. Ölüm halinde tüm hak ve borçların külli halefiyet yoluyla, bir hukuki işleme gerek kalmaksızın mirasçılara intikal edeceği ve iş sözleşmelerinin de kendiliğinden yeni işverene (mirasçılara) geçeceği yönünde bkz. SÜZEK, s. 184.

⁹² SÖNMEZ TATAR, s. 68. Yazar, devreden işveren döneminde askı halindeki iş sözleşmelerinin de işyerinin devri ile devralan işverene geçeceğini ve askı süresinin dolması ile birlikte

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İşK m. 6/2). Bu çerçevede işçinin yıllık ücretli izne hak kazanıp kazanmadığı ve izin süresinin tespitinde (İşK m. 53), iş güvencesinin kapsamına girmek için gerekli 6 aylık kıdem hesabında (İşK m. 18), sözleşmenin feshi ihbarla sona erdirilmesinde ihbar süresi ve ihbar tazminatının tespitinde (İşK m. 17), kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı ve kıdem tazminatı miktarının tespitinde⁹³ (1475 sayılı kanun m. 14) işçinin devreden ve devralan işveren nezdinde yaptığı toplam çalışma süresi dikkate alınmaktadır. Ancak iş sözleşmeleri işyerinin devrinden önce sona eren ve devirden sonra tekrar işe alınan işçiler için, devralan işverenin devirden önceki çalışma süreleri bakımından bir sorumluluğu söz konusu değildir⁹⁴. İşyerinin bir bölümünün ya da işletmeye dahil işyerlerinden birinin devri halinde devreden işverenin işveren sıfatı devam edecektir⁹⁵.

Devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur.⁹⁶ Ancak bu

işçilerin devralan işveren yanında çalışmalarına devam edeceklerini de belirtmektedir.

⁹³ 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/3'e göre işçinin kıdem tazminatından devralan işveren tamamen; devreden işveren ise işçinin kendi yanında yaptığı çalışma süresinden ve devir sırasındaki ücret seviyesiyle sorumludur. Devreden işveren dönemine ait kıdem tazminatından her iki işverenin sorumluluğu müteselsildir. Bu bağlamda devreden işverenin sorumluluğunu iki yılla sınırlayan hükmün, kıdem tazminatı dışındaki alacaklar için geçerli olduğu ve kıdem tazminatının bu iki yıllık süre ile sınırlı olmaksızın, kanunda öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde talep edilebileceği yönünde bkz. ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s. 156; KÖSE-OĞLU, s. 63, dn. 23 ve orada belirtilen yazarlar.

Yargıtay 9. HD'nin 8.12.1994 tarih ve 1994/13155 E., 1994/17394 K. sayılı kararında da işyerini devreden işverenin, işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasında işçinin aldığı ücretle sınırlı olmak üzere kıdem tazminatını ödemekle yükümlü olduğu, bu sorumluluğun sözleşmeyle ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir (www.corpus.com.tr). Yargıtay 9. HD'nin 4.3.2011 tarih ve 2009/7084 E., 2011/6085 K. sayılı kararında ise, işyeri devrinde kıdem tazminatı bakımından devreden işverenin kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücretiyle sınırlı olmak üzere sorumlu olduğu, 1475 sayılı kanun m. 14/2'de devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İşK m. 6'da sözü edilen devreden işveren için 2 yıllık süre sınırlamasının kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmayacağı açıkça ifade edilmektedir (www.corpus.com.tr).

⁹⁴ SÜZEK, s. 185; ÇELİK, s. 63. Ancak işyerinin devrinden önce ihbar süresine uyularak feshi ihbarda bulunulan ve ihbar süresi devirden sonra sona eren iş sözleşmeleri açısından devralan işverenin de sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bkz. ÖZKARACA, s. 178-179; SÖNMEZ TATAR, s. 72.

⁹⁵ SÖNMEZ TATAR, s. 67.

⁹⁶ İhbar tazminatı ve izin alacağının devir anında doğmuş haklardan olmadığı belirtilerek, devreden işverenin ihbar tazminatı ile kullanılmayan izin ücretinden sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. ÇİL, s. 93; ÇELİK, s. 63-64; ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s. 153-

yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır⁹⁷ (İşK m. 6/3). Birlikte sorumluluğun kabul edilmesiyle işçi alacakları güvence altına alınmaktadır. Ticaret ortaklıklarının birleşmesi, bölünmesi ya da tür değiştirmesi halinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı İşK m. 6/4’de açıkça belirtilmiştir.

İşK m. 6/5’e göre; “Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır”. Madde hükmü ile salt işyeri devrinin gerek işçi gerekse işveren açısından fesih için haklı bir neden oluşturmayacağı kabul edilmiş ve ekonomik nedenlerle yapılacak fesih hakkı da saklı tutularak, salt devrin tek başına ekonomik bir neden sayılmayacağı açıkça belirtilmiştir⁹⁸. Devirde iş sözleşmesinin yeni işverenle devam edeceği

154. Benzer şekilde Yargıtay 9. HD’nin 11.3.2010 tarih ve 2008/21713 E., 2010/6562 K. sayılı kararında da devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan işçilik alacaklarından ötürü devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı, bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işverenin tek başına sorumlu olduğu belirtilmektedir (www.corpus.com.tr). Bu durumda, iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçtiğinden, yani devralan işveren devreden işverenin hukuki konumunu üstlendiğinden, işyerini devralan işverenin sadece kendi döneminde gerçekleşen haklardan değil, aynı zamanda işçinin devreden işveren yanındaki çalışması nedeniyle kazandığı haklardan da sorumlu olacağı yönünde bkz. ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s. 142-143.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası m. 89/1’e göre, işyerinin devir veya intikali halinde, eski işverenin kuruma olan sigorta primi, gecikme zammı ve faizi borçlarından yeni işveren de eski işverenle birlikte sorumlu olur. Bu hükme aykırı sözleşmeler geçersizdir.

⁹⁷ Hak düşürücü nitelikte olan bu iki yıllık süre sınırlaması, devreden işverenin sadece devir tarihinden geriye doğru hesaplanacak iki yıllık süre içinde gerçekleşen işçilik alacaklarından sorumlu olduğu gibi bir anlamı içermeyip, iş sözleşmesi devralan işverene geçen bir işçi, devir tarihinden itibaren iki yıllık süre içinde devreden işverene başvurarak devir tarihinde muaccel olup ifa edilmeyen tüm alacaklarını talep edebilir. Bkz. ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s. 150. Yazar, devreden işverenin kendi döneminde gerçekleşen işçilik haklarından sadece iki yıl süreyle sorumlu tutulmasının işçiler açısından sakıncalı sonuçlar doğurabileceğini, özellikle işyerini devralan işverenin devreden işverenle eşit finansal imkanlara sahip olmaması durumunda işçi alacaklarının tahsil edilememesi tehlikesinin ortaya çıkabileceğini, devreden işverenin (kıdem tazminatı dışındaki işçilik alacaklarından) birlikte sorumluluğu için öngörülen iki yıllık süre sınırının kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir (s. 151).

⁹⁸ Yargıtay HGK’nun 17.1.1990 tarih ve 1989/9-610 E., 1990/5 K. sayılı kararında da şu tespitler yapılmaktadır: “İşyerinin devir veya intikali yahut herhangi bir surette bir işverenden başka bir işverene geçmesi kural olarak 1475 sayılı İş Kanunu’nun 16 ncı maddesinin II. bendinin (a) fıkrasındaki iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi, başkalaşması halini teşkil etmez.

yönündeki kural, yeni işverenin işyerini veya işletmeyi yeniden yapılanmaya tabi tutmasına ve buralarda teknolojik değişiklikler yapmasına engel değildir. Yeni işveren işyerinin kârlılığını, rekabet gücünü arttırmak amacıyla bazı faaliyetlerin durdurulmasına, devraldığı işyerinin veya bir bölümünün kendi işyeri ile birleştirilmesine ve bazı işçilerin iş sözleşmelerinin işyerinin veya işin gereklerinden ötürü feshine karar verebilir⁹⁹. Ayrıca, işyerinin devri başlı başına işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak değerlendirilemez ve işçiye İşK m. 22 hükmüne göre fesih hakkı vermez. Kanunun bu hükmünün süreli fesih hakkını da sınırlandırdığı ve işyerinin veya bir bölümünün devrinin süreli fesih için işveren bakımından başlı başına geçerli bir neden oluşturmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰.

İşletme, işyeri veya işyerinin bir bölümün devri halinde işçi haklarının korunması, Avrupa Konseyi'nin 14 Şubat 1977 tarihli ve 1977/187 sayılı Yönergesi ile düzenlenmiş olup, bu Yönerge 1998 yılında değiştirilmiş ve 12 Mart 2001 tarihli 2001/23 sayılı Yönergeyle son şeklini almıştır. Kâr elde etme amacı bulunup bulunmadığına, faaliyet konusuna ve özel ya da kamu sektörü işletmesi olup olmadığına bakılmaksızın, ekonomik bir faaliyete sahip olan tüm işletmeler Yönergenin kapsamına alınmıştır ve Yönerge işletmenin, işyerinin veya işyerinin bir bölümünün birleşme ya da sözleşmeye dayanan bütün devir hallerinde uygulanmaktadır¹⁰¹. Yönerge kapsamında bir devir söz konusu olduğunda, devir tarihinde devreden iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden doğan hak ve borçlar bir bütün olarak devralana geçer (Yönerge m. 3); devirden önce bir iş sözleşmesi feshedilmekle birlikte bildirim süreleri henüz dolmamışsa devralan işverenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹⁰². Yönergenin 4. maddesi ile de fesih yasağı getirilerek işçinin korunması

Olayda davacının çalışmış olduğu işyeri bir yabancı şirket tarafından işletilmekte iken ihale suretiyle diğer bir yabancı şirkete el değiştirmiştir. Burada az önce açıklanan kuralın uygulanmasına engel bir durum söz konusu değildir. Böylece davacı için hizmet akdini fesih hakkı doğmamış olduğundan kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekir". (www.corpus.com.tr). Ancak devir tarihinde henüz iş sözleşmesinde öngörülen deneme süresi sona ermemiş ise, devralan işveren ya da işçi sözleşmeyi herhangi bir tazminat ya da bildirim süresi vermeksizin feshedebilecektir. Bkz. SÖNMEZ TATAR, s. 70-71.

⁹⁹ KÖSEOĞLU, s. 66; KILIÇOĞLU, s. 45; ÇİL, s. 94.

¹⁰⁰ SÜZEK, s. 188. Ancak işçinin İşK m. 17 hükmünde belirtilen ihbar sürelerine uyarak fesih hakkı her zaman saklıdır. Böyle bir fesihte işçi kıdem tazminatı talep edemez.

¹⁰¹ Ancak kısmi bir devirden söz edebilmek için, devredilen malvarlığı değerinin ekonomik kimliğini koruması gerektiği yönünde bkz. KÖSEOĞLU, s. 58 dn. 9 ve s. 59.

¹⁰² Üye ülkeler devirden sonra devralanın sorumluluğunun yanında, devreden de iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden kaynaklanan borçlardan sorumluluğunun devam edeceğini kararlaştırabilirler (Yönerge m. 3/I). Bkz. KÖSEOĞLU, s. 59 ve aynı yer dn. 13.

amaçlanmaktadır. Buna göre, işletmenin veya işyerinin tamamen veya kısmen devri her iki işveren bakımından iş sözleşmesinin feshi için başlı başına bir neden oluşturmaz¹⁰³.

Sonuç olarak işyerinin devrine yönelik olarak İşK'da yer alan düzenlemenin yukarıda değinilen Yönergeler ile uyum içerisinde olduğu söylenebilir¹⁰⁴.

SONUÇ

Ticari işletme kavramı ilk kez YTTK'da tanımlanmıştır. YTTK'nın 11. maddesinde; ticari işletme kavramı, TST'den esinlenilerek "esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme" olarak ifade edilmiştir. Kural olarak, ticari işletmenin devri ile birlikte, işletmeye daimi olarak tahsis olunan tüm unsurlar devralana geçer. YTTK'nun 11. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesine göre taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise ticari işletme devri ile ticari işletmede yer alan duran malvarlığının, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarının devredildiği kabul edilir. Ancak, taraflar aralarında kararlaştırdıkları takdirde münferit bazı unsurları devir dışında tutabilirler, örneğin, ticaret unvanının ticari işletme ile birlikte devredilmeyeceğini kararlaştırabilirler.

TBK 202. madde anlamında bir işletme devrinin söz konusu olması için işletmenin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bu ifadeden, bir ticari işletmenin malvarlığına dâhil bütün unsurlarının devrinin anlaşılmaması gerekir. Eğer, ticari işletme devri sonucu devredilen malvarlığı ile ticari işletmenin faaliyetinin devamı mümkün ise, münferit bazı unsurların devredilmemesi TBK madde 202'nin uygulanmasına engel olmaz. Yeter ki devrolunan unsurlarla ticari işletmenin devamı mümkün görülsün. Ancak, ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devredilmesini öngören sözleşme, doktrinde çoğunluk bulan görüşe göre TBK m. 202 kapsamında hükümsüz sayılacaktır. Kanımızca, işletmenin borçları,

¹⁰³ Ancak bu hüküm, ekonomik, teknik veya organizasyona ilişkin sebeplerle yapılacak fesihlerle engellenemez. Bu bağlamda işletme veya işyerinde işçinin gördüğü iş üzerinde değişiklikler yapılabilecek, ekonomik, teknik veya örgütsel nedenlerle işveren iş sözleşmesini feshedebilecektir. Bu fesih hakkı işçiler yönünden de söz konusu olabilir. Devir nedeniyle çalışma koşullarında esaslı değişiklikler olmuş ise, sözleşme işçi tarafından feshedilebilir. Bkz. KÖSE-OĞLU, s. 59-60.

¹⁰⁴ SÜZEK, s. 183-184.

devreden tarafından başka bir şekilde güvence altına alındığı takdirde, tarafların ticari işletme devrinde sadece aktiflerin devrini sözleşmelerinde öngörmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır. Böyle bir güvence bulunmadığı takdirde, pasiflerin kapsam dışı bırakılmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılarak işletmenin tüm aktifi ve pasifi ile birlikte kanunen geçtiğini kabul etmek gerekir.

YTTK'nun 11. maddesi ile ticari işletme devir sözleşmesinin ve de ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağını belirterek yazılı şekil şartı getirilmiştir. Kaynak İsviçre Hukukunda, FusG'un 73. maddesinde ticari işletme devri sözleşmesinin sicile tescil ile hüküm doğuracağı belirtilerek, sicile tescil kurucu unsur olarak belirlenmiş, buna karşın YTTK'nun 11. maddesi ile bu konuda açık bir hüküm konulmamış olduğu için kanımızca, yazılı olarak yapılan ticari işletme devir sözleşmesinin sicile tescil anını devrin kurucu unsuru olarak kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Kural olarak tescile açıklayıcı bir işlev yükleyen ETTK sisteminde tescilin kurucu unsur olduğunun vurgulanmamış olması ise YTTK sisteminde önemli bir eksiklik olarak görülmektedir. Ticari işletme devrine ilişkin sözleşmenin geçerliliğini yazılı olarak yapılması şartına bağlayan düzenlemenin YTTK'da yer alması bir yeniliktir. Ancak ticari işletme rehniinde bile resmi şekil aranmaktayken ondan daha kapsamlı bir işlem olan ticari işletme devrinde yazılı şeklin yeterli görülmesi ve tescilin kurucu olduğunun vurgulanmamış olması bizim de katıldığımız gibi önemli bir eksikliktir. Yazılı şekil şartı sadece ticari işletme devrinde değil aynı zamanda ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerde de uygulanacak bir hükümdür. Ticari işletmenin, ürün kirasına verilmesi, ticari işletmenin bir şirkete sermaye olarak konulması, ticari işletmenin üzerinde rehin sözleşmesi kurulması işletmeyi bir bütün halinde konu alabilecek sözleşmelerdir. YTTK m.11'de yer alan düzenleme bizi ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan bu sözleşmelerin de yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna götürmektedir. Oysa bu konuda gerek TİRK, gerekse ticari işletmenin şirkete sermaye olarak konulması ile ilgili olarak YTTK'nın 127 ve 128. maddelerinde özel düzenlemeler vardır. Bu hallerde ise konuya ilişkin özel hüküm öncelikle uygulanmak zorundadır.

Devrin şekli açısından genel hükümler çerçevesinde taahhüt ve tasarruf aşamalarını ayrı ayrı ele almak gerekirken, YTTK'nun 11/3. maddesinde; ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde

devredilebileceği, devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceği düzenlenmiştir. Böylece devir için tek bir sözleşmenin yapılması yeterli görülmüş, malvarlığının devri için genel hükümlerin gerektirdiği tasarruf işlemlerinin (taşınmazların tapuda tescili, taşınırın zilyetliğinin devredilmesi gibi) ayrı ayrı yapılmasına gerek dahi bulunmadığı açıkça belirtilerek genel hükümlerin öngördüğü taahhüt ve tasarruf aşamaları ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla YTTK’da yer alan bu düzenlemeye göre; ticari işletme kapsamında yer alan taşınmazların, yazılı bir sözleşme ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile tapuya tescil edilmeden kazanılması mümkün hale gelecektir. Aynı zamanda bu hüküm, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarından olan fikri mülkiyet haklarının da tescilsiz olarak iktisap edilmesine olanak tanımaktadır. İşletmenin aktiflerinin devri sırasında zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadığı, tek bir devir sözleşmesi ile işletme devrinin geçerli bir şekilde hüküm ifade edebileceği kanımızca uygulamada sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. İsviçre Hukukunda birleşmeleri düzenleyen FusG’un 70. maddesine göre malvarlığının devri için yazılı sözleşme şartı yeterli görülmesine karşın taşınmazların devrinin gerçekleşmesi için resmi sözleşme şartı korunmuştur. YTTK hazırlanırken mevcut sakıncaların ortaya çıkmaması için benzeri bir düzenlemenin kanunda yer alması olumlu olurdu. Sicile tabi malvarlığı unsurlarının devri söz konusu olduğu takdirde, aynı sermaye konulması halinde ticaret sicil müdürünün aynı sermaye olarak konulan malvarlığı unsurunun tabi olduğu sicile yaptığı bir bildirim gibi, ticari işletme devrinde de devrolunacak malvarlığı unsurunun tabi olduğu sicile bildirim öngörülmesi hukuk güvenliği açısından gereklidir.

Kanun koyucunun, ticari işletme devri prosedürünü kolaylaştırmak adına tescilsiz kazanım öngörmesi ve de aktif unsurların devri için genel hükümlerin gerektirdiği kurucu işlemlerin yapılmasına gerek olmadan devrin gerçekleşeceğini düzenlemesi kanımızca sicile güven ilkesinin korunması prensibi ile çelişmektedir. Örneğin, ticari işletme devri sözleşmesi ile bir taşınmazın devri tapuda tescil ile değil yazılı devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması ve ticaret siciline tescil ve ilan ile gerçekleşecektir. Üstelik daha önce de belirttiğimiz gibi YTTK’da sicile tescilin, kurucu olduğu da açıkça anlaşılamamaktadır. Geçerli bir şekilde kurulan devir sözleşmesinin tescil ve ilan ile ticari işletmenin aktifinde bulunan taşınmazın devri, tapu siciline tescil olmaksızın gerçekleşeceğinden, tapu sicilindeki kayda güvenerek hak iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde bu iktisabının

korunması gerekecek midir sorusu karşımıza çıkacaktır. Kanun koyucunun, devir prosedürünü kolaylaştırmak adına kabul ettiği ve uygulamada sakıncalar yaratabilecek olan ve özellikle Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku ilkeleri ile çelişen bu uygulamanın yeni bir tescilsiz kazanım hali öngördüğü görülmektedir. Sicile güvenin korunması ilkesi ile çelişen bu düzenlemenin tapu sicili, trafik, marka ve patent sicilleri yönünden uygulamada tereddütlere ve sakıncalara neden olabilecek niteliktedir.

Ticari işletme devrinin İş Hukuku alanında da bazı önemli sonuçları bulunmaktadır. Özellikle işletmeyi devralan işverenin, devralan işveren ile aynı ekonomik güce sahip olmaması halinde işçilik alacaklarının ne şekilde güvenceye alınabileceği önemli bir konudur. Bu konuyla ilgili İşK m. 6'da açık bir düzenleme bulunmaktadır. Nitekim anılan hükümde devir sırasında mevcut olan işçilik alacakları için devir tarihinden itibaren devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olacakları belirtilmektedir. Ayrıca anılan hükümde salt devrin, işveren veya işçi açısından iş sözleşmesinin feshi için gerekçe teşkil etmeyeceği de açıkça vurgulanmaktadır.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971
- ARICI, Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011
- ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku, Umumi Hükümler, 3. B. İstanbul 1960
- BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2012
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, İstanbul 2011, 24. Bası
- ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2004
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat/CENTEL, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2012
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007
- ENGİN, Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara 1993
- GRASSINGER, Elçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Oldukları Savunma İmkânları, İstanbul, 1996
- GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku-Yeni İş Yasaları, Ankara 2005
- İMREGÜN, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994
- KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004
- ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008
- ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devri-Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk, (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, C: 2009/1, S:20
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004

SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara-2011

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2011

ŞAHLANAN, Fevzi, İşyeri Devri İle Asıl İşveren-Alt İşveren (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Kasım 2007

TAŞKENT, Savaş, Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Yıl: 2004

TEKİL, Fahiman, Ticaret Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Aralık 2005, 4. Bası

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP,Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler), İstanbul 2011

www.corpus.com.tr

www.mevbank.com

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİMDE DELİLLERİN MİLLETLERARASI İSTİNABE YOLUYLA ELDE EDİLMESİ VE KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

Musa AYGÜL*

ÖZET

Milletlerarası ticarî tahkimde, tahkim yerinin tarafsız olması sebebiyle seçilmesi halinde, deliller tahkim yeri dışında başka bir ülkede bulunabilirler. Tahkim yeri dışında bulunan delillerin elde edilmesinde mahkemelerin yardımı, işbu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Makalede, tahkim yeri dışında bulunan delillerin hakem mahkemesi tarafından elde edilmesi yöntemleri üzerinde durulmuştur. Öncelikle hakem mahkemesi, tahkim yeri dışında bulunan delilleri doğrudan elde edebilir. İkinci olarak hakem mahkemesi, tahkim yeri dışında bulunan delilleri, yabancı mahkemeler aracılığı ile elde edebilir. Hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edip edemeyeceği de, hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bir kısmında hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabesine imkân tanınmış iken, diğer bir kısmında hakem mahkemesine bu hak tanınmamıştır. Yine makalede, yabancı hakem mahkemesi tarafından talep edilen istinabe taleplerinin kabul edilebilirliği ve yerine getirilmesi usulü de incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası ticarî tahkim, milletlerarası istinabe, istinabe talebinin kabul edilebilirliği, istinabe talebinin yerine getirilme usulü

TAKING EVIDENCE ABROAD BY INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE AND SOME PROBLEMS THAT MAY OCCUR IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

ABSTRACT

The place of arbitration is often chosen because of its neutrality, evidence will be normally located outside of that place. In this article, we analyzed the taking evidence located outside of the place of arbitration by assistance of court. There has been a continuing process in international legal practice of developing a variety of mechanisms by which state courts assist foreign arbitral tribunals in the taking of evidence. First of all the arbitral tribunals legally could take the evidence abroad themselves. Secondly the arbitral tribunals may request from court assistance in the taking of evidence. Although some jurisdictions grant direct assistance to foreign

* Yrd. Doç. Dr. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

arbitral tribunals, most of jurisdictions limit the courts direct judicial assistance to domestic tribunals. In this article we also analyzed the admissibility of requested assistance and prerequisites for judicial assistance.

Keywords: *International commercial arbitration, international judicial assistance, admissibility of international judicial assistance, the procedure for taking evidence.*

I. GİRİŞ

Bir hukuk davasının kazanılması ya da kaybı, delillerin ikame edilebilmesine bağlı olabilmektedir. Örneğin bir tanığın dinlenmesi ya da üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmesi, davanın kaybı ya da kazanılması bakımından önem arz edebilmektedir. Bir kimsenin, tanıklık yapmaya ya da bir belgeyi ibraz etmeye zorlanamaması, delil yokluğuna eşit kabul edilmekte ve bu durum da davanın sonucuna etkili olmaktadır¹.

Milletlerarası ticarî tahkime ilişkin pek çok konuda bir yeknesaklık sağlandığı ifade edilebilir. Özellikle yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi², hakem kararlarının millî mahkemeler aracılığı ile tenfizinde ortak bir rejim oluşturmuştur³. Yine tahkime ilişkin bazı konularda, millî hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan kaynaklanan sorunlar, bazı milletlerarası araçlar (örneğin Milletlerarası Ticarî Tahkim Hakkında UNCITRAL⁴ Model Kanun) veya rehber kurallar (Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanmasına İlişkin IBA Kuralları⁵ gibi) ya da pratik

¹ WOLFF, s. 145.

² “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York’da Yapılan Sözleşmesi”: R.G. 25.09.1991-21002.

³ HUNTER/PANOV, s. 213. Sözleşmenin Dünyada yaygın olarak kabul edilmesi sebebiyle, yabancı hakem kararlarının tanınmasında *sütun* görevi gördüğü ifade edilmektedir: NÖMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 84. Dünyadaki en başarılı sözleşmelerden birisi olduğu ve milletlerarası ticarî tahkimin temel kurumlarından birisi olduğu kabul edilmektedir: CHENG, s. 679. New York Sözleşmesine göre hakem kararlarının tenfizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: AKINCI, s. 249.

⁴ Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL (= United Nations Commission on International Trade Law) tarafından yayınlanan 2006 tarihli değişiklikleri içeren metin için bkz: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (21.03.2013).

⁵ Milletlerarası Barolar Birliği (International Bar Association=IBA) yayınlanan Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanmasına İlişkin IBA Kurallarının İngilizce metni için bkz: www.ibanet.org (23.03.2013).

uygulamalar ile çözülmüştür. Bu düzenlemeler ile milletlerarası tahkim bakımından pratik sonuçları haiz, genel kabul gören hukukî varsayım ya da teoriler geliştirilmiştir. Bunların en önemlilerinden birisi, tahkim sözleşmesinin bağımsızlığına ilişkin teoridir. Ancak bazı konular bakımından halen bir uyumlulaştırma da sağlanamamıştır. İşte milletlerarası tahkimde, üzerinde çok fazla durulmamış ve bir çözüme kavuşturulmamış konulardan birisi de, tahkim yeri dışında bulunan delillerin elde edilmesidir⁶.

Günümüzde, milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, taraflar, delilleri hakem mahkemesine bizzat sunmaktadırlar. Örneğin iddia ya da savunmalarını dayandırdıkları vakıaları ispatlamak amacıyla belgeleri bizzat getirmekte ve tanıkların da duruşmada dinlenmesini sağlamaktadırlar⁷. Hatta belgeleri ibraz etmeme ya da tanığın duruşmada hazır edilmemesi, hakem mahkemesinin bir kararının ihlâlini oluşturmakta ise, bu durum aleyhe değerlendirme (*adverse inference*) sebebi de teşkil edebilmektedir⁸. Bu sebeple, milletlerarası ticarî tahkimde, tahkim yeri mahkemelerinin yetkisi dışında bulunan delillerin elde edilmesi amacıyla, milletlerarası istinabeye çok sık ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmektedir⁹. Bununla birlikte bazı davalarda, delillerin üçüncü kişilerin elinde olması gibi sebepler ile tahkim yargılamasının yapıldığı ülke dışında bulunan delillerin elde edilmesi ihtiyacı da olabilmektedir¹⁰. Çünkü, milletlerarası ticarî tahkimde, tahkim yeri, tarafsızlığı sebebiyle seçildiği için, deliller, tahkim yeri dışında başka bir ülkede bulunabilir¹¹.

Devlet mahkemelerinin aksine, hakem mahkemelerinin delillerin temini bakımından zorlayıcı karar verme yetkileri (*yargı makamlarına sağlanmış buyurma gücü*¹²) bulunmamaktadır¹³. Tahkim davasında bir belgenin elde edilmesi ya da bir tanığın dinlenmesi, mahkemelerin yardımını gerekli kılabilir. Çünkü ancak mahkemeler, bir tanığı zorla mahkemeye getirebilir ve üçüncü kişinin elindeki bir belgenin ibrazını emredebilir. Fakat ülke dışında bulunan

⁶ HUNTER/PANOV, s. 213.

⁷ KNÖFEL, s. 281; HUNTER/PANOV, s. 213.

⁸ HUNTER/PANOV, s. 214; BERGER, s. 604.

⁹ KNÖFEL, s. 281.

¹⁰ KNÖFEL, s. 281; HUNTER/PANOV, s. 214.

¹¹ HUNTER/PANOV, s. 213. WOLFF, s. 145; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 580; ERTEN, s. 92.

¹² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 579 – 580. WOLFF, s. 145; GAILLARD/SAVAGE, s. 727. HEUMAN, s. 456.

¹³ WOLFF, s. 145.

delillerin elde edilmesi karmaşık olabilmekte ve işlemler gecikebilmektedir. Özellikle bu tür problemler, tahkim yerinin delillere uzak olması hallerinde ortaya çıkmaktadır¹⁴.

II. TAHKİM YERİ DIŞINDA BULUNAN DELİLLERİN ELDE EDİLMESİ YÖNTEMLERİ

Tahkim yeri dışında bulunan deliller, değişik yöntemler ile elde edilebilir. Öncelikle hakem mahkemesi, delili herhangi bir mahkemenin aracılığı olmaksızın elde edebilir. İkinci olarak hakem mahkemesi, yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilir. Nihayet hakem mahkemesi, yabancı mahkemenin istinabesi için tahkim yeri mahkemesinden yardım talep edebilir.

A) TAHKİM YERİ DIŞINDA BULUNAN DELİLLERİN HAKEM MAHKEMESİNCE DOĞRUDAN ELDE EDİLMESİ

Genel olarak, tahkim yeri dışında bulunan bir delilin, hakem mahkemesince doğrudan elde edilebileceği kabul edilmektedir¹⁵. Çünkü hakem mahkemesi, bir kamu kurumu ya da organı gibi faaliyette bulunmaz. Bu sebeple, hakem mahkemelerinin, delillerin toplaması da dâhil olmak üzere, bir başka ülkede gerçekleştirdikleri yargılama faaliyetleri, milletlerarası hukuka aykırı bir davranış olarak kabul edilmemektedir. Yabancı ülkede bulunan delillerin, hakemlerce bizzat elde edilmesi, bir başka devletin egemenlik hakkının ihlâli olarak değerlendirilmez. Mesela, hakem mahkemesinin delilleri, delilin bulunduğu ülkeye giderek ya da video konferans yöntemi gibi yollarla elde etmesi, milletlerarası hukuk tarafından kabul edilmektedir¹⁶.

Ancak hakem mahkemesinin, yabancı ülkedeki delilin elde edilmesinde zorlayıcı bir yetkisi de (buyurma gücü) bulunmamaktadır. Bu sebeple mesela tanığın, tanıklık yapmaktan kaçınması veya belgelerin elinde bulunduğu kimsenin bunu ibraz etmekten imtina etmesi gibi durumlarda, mahallî makamların yardımına ihtiyaç vardır¹⁷.

¹⁴ Milletlerarası tahkim ile ilgili düzenlemelere göre, hakemler yabancı mahkemelerin yardımları aracılığı ile delil elde edebilmesi bakımından seçim hakkına sahiptirler: KNÖFEL, s. 283.

¹⁵ KNÖFEL, s. 284.

¹⁶ KNÖFEL, s. 284.

¹⁷ HUNTER/PANOV, s. 222; DEREN – YILDIRIM, s. 113.

B) TAHKİM YERİ DIŞINDA BULUNAN DELİLLERİN MİLLETLERARASI İSTİNABE YOLUYLA ELDE EDİLMESİ

Tahkim yeri dışında bulunan deliller, delilin bulunduğu ülkedeki devlet mahkemelerinin milletlerarası istinabesi suretiyle de elde edilebilir. Bu halde de, bazı hukuk sistemleri yabancı hakem mahkemesinin delilin bulunduğu devlet mahkemesini doğrudan istinabesini kabul ettikleri halde, bazıları ancak tahkim yeri mahkemelerinin aracılığı ile buna izin vermektedirler.

1. Tahkim Yeri Dışında Bulunan Delillerin Doğrudan İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi

Tahkim yeri dışında bulunan delillerin, delillerin bulunduğu ülkedeki devlet mahkemelerinin yardımı ile elde edilmesinin yollarından birisi de, hakem mahkemesinin doğrudan yabancı devlet mahkemesini istinabe edebilmesidir. Hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi, süreci hem kısaltacak hem de kolaylaştıracaktır. Bir görüşe göre, hakem mahkemesinin yabancı ülke mahkemesini doğrudan istinabe edebilmesi için, *lex arbitri*'ye göre yetkisinin olması gerekir. Dolayısı ile bir hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi, öncelikle tahkim yeri hukukuna bağlı olmaktadır¹⁸. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi, *lex arbitri*'den ziyade, kendisinden yardım talep edilen devlet hukukuna bağlı bir husustur. Bu halde hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi için, millî hukuk sistemlerinin yabancı hakem mahkemesinden gelen istinabe taleplerinin yerine getirilmesini kabul etmeleri gerekmektedir. Delillerin bulunduğu ülke hukuku, hakem mahkemesini yabancı mahkeme olarak kabul ederse, hakem mahkemesinin milletlerarası istinabe talebini yerine getirebilecektir¹⁹. Ancak milletlerarası uygulamada buna izin veren ülkelerin sayısı azdır²⁰.

¹⁸ WOLFF, s. 147; KNÖFEL, s. 286. Tahkim yeri Cenevre olan bir ICC (International Chamber of Commerce) tahkim davasında, *lex arbitri*'ye göre ancak yabancı mahkemeler istinabe talebinde bulunabildikleri halde, (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 184/II), hakem mahkemesi, İsviçre mahkemelerinin aracılığı olmaksızın doğrudan ABD (Amerika Birleşik Devletleri) mahkemelerini istinabe etmiştir: CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 491.

¹⁹ WOLFF, s. 147; KNÖFEL, s. 286.

²⁰ Milletler Cemiyetinin Tahkim Klotu Hakkında Cenevre Protokolünün 2. maddesinde âkit devletler, tahkimin tâbi olduğu usul kuralları gereğince, kendi ülkesinde yapılması gerekli tüm faaliyetleri kabul edeceklerini taahhüt etmişlerdir. Avrupa Konseyinin 1962 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkim Konusunda Avrupa Sözleşmesine dair Paris Anlaşmasının 1. maddesinde, hakem mahkemesinin teşekkülü ve faaliyetlerine üye devlet mahkemelerinin yardım edeceğine dair hüküm, dolaylı olarak, hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğru-

Hakem mahkemelerinin yabancı ülke mahkemesini doğrudan istinabe edebilmesi hakkında, milletlerarası düzenlemelerde çok fazla hüküm yer almamaktadır. Buna Avrupa Birliğindeki düzenlemeler de dâhildir. Ancak milletlerarası düzenlemelerde doğrudan olmasa da, dolaylı olarak bazı hükümlere işaret edilmektedir²¹. Ayrıca olması gereken hukuk bakımından, milletlerarası sözleşmeler aracılığıyla yeknesak bir usulün benimsenmesi gerektiği de savunulmaktadır²².

Sonuç olarak, hakem mahkemesinin yabancı bir mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesinin hukukî dayanaklarını milletlerarası düzenlemelerden ziyade, millî hukuk sistemlerinde aramak gerekir. Modern hukuk sistemlerinin çoğunda, delillerin elde edilmesi bakımından devlet mahkemelerinin yardımı, tahkim yeri ile sınırlandırılmıştır. Mahkemeler, ancak tahkim yeri ülkelerinde bulunan hakem mahkemelerine yardımla yükümlü tutulmuşlardır. Bunun sonucu olarak mahkemeler, yabancı hakem mahkemesinden gelen istinabe taleplerini kabul etmemektedirler²³.

2. Tahkim Yeri Dışında Bulunan Delillerin Dolaylı İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi

Milletlerarası ticarî tahkim yargılamasında, delilin bulunduğu ülke mahkemesinin yardımının, genellikle tahkim yerindeki mahkemenin aracılığı ile talep edilebileceği kabul edilmektedir²⁴. Özellikle Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu usul benimsenmiştir²⁵. Bir görüşe göre, yardım talebinin tahkim yerindeki devlet mahkemesi tarafından yapılmasının gerekçesi, hakem mahkemesinin, kamu gücünü haiz olmamasıdır. Eğer ilgili tanık ya da üçüncü kişi ya da herhangi bir belge, hakem mahkemesine yardımla yükümlü mahkemenin yetki alanında değil ise, tahkim yeri mahkemesi, milletlerarası istinabe talebinde bulunacaktır. Dolayısı ile hakem mahkemesi, yabancı mahkemenin yardımını doğrudan talep edemez²⁶.

Yabancı ülkede bulunan bir delilin tahkim yeri devlet mahkemelerinin aracılığı ile elde edilmesi, sürecin uzamasına sebebiyet vermektedir. Çünkü delilin elde edilebilmesi için iki ülke mahkemesinin adlî faaliyetine ihtiyaç

dan istinabesinin dayanakları arasında gösterilmektedir: KNÖFEL, s. 286 – 287.

²¹ HUNTER/PANOV, s. 222.

²² KNÖFEL, s. 288.

²³ KNÖFEL, s. 284.

²⁴ CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 489 – 490.

²⁵ MÜLLER-CHEN, 206.

²⁶ CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 490.

vardır. Bu usulde hakemler, delillerin toplanması bakımından sahip oldukları kontrolü kaybetme kaygısı da duymaktadırlar. Zaman baskısı sebebiyle, hakemlerin bu usule ikna edilmelerinin zor olacağı ileri sürülmektedir²⁷. Bu sebeplerle de uygulamada, bu şekilde adli yardım talebinin çok tercih edilmediği ifade edilmektedir²⁸.

Bu yöntem için müracaat edilebilecek hukukî yollardan birisi de, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında La Haye Sözleşmesidir²⁹. Eğer ilgili devletler taraf iseler, bu Sözleşme hükümlerine istinaden yardım talebinde bulunabileceklerdir³⁰. Sözleşme, ülke dışında bulunan delillerin elde edilmesi bakımından mahkemelerin birbirlerine yardım mecburiyetini getirmektedir³¹.

Sözleşmenin uygulama alanını gösteren 1. maddesinde, “adli makam=*judicial authority*” dan bahsedilmiştir. Genel olarak, adli makam kavramına, hakem mahkemelerinin girmediği kabul edilmektedir³². Bu sebeple hakem mahkemelerinin La Haye Delil Sözleşmesine istinaden yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe yetkileri bulunmamaktadır. Ancak hakem mahkemesinin ya da hakem mahkemesinin onayı ile tarafların, tahkim yerindeki mahkemeden, yabancı mahkemenin istinabe edilmesini talep edebilecekleri genel olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple La Haye Delil Sözleşmesi, tahkim davalarında dolaylı olarak uygulanmış olacaktır³³.

²⁷ KNÖFEL, s. 284. WOLFF, s. 146 – 147. CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 490; BERGER, s. 603 – 604. Ayrıca hakem mahkemesinin istinabe için müracaat edeceği mahkeme bakımından da bazı tereddütler söz konusu olabilir. Çünkü hangi mahkemenin yetkili olacağı hakkında, ne milletlerarası sözleşmelerde ne de milletlerarası yeknesak kurallarda bir hüküm vardır: KNÖFEL, s. 285.

²⁸ Sözleşme Türkiye tarafından 7.4.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunla onaylanmış (R.G.: 14.4.2004 – 25433) ve 15.06.2004 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Bundan sonra La Haye Delil Sözleşmesi olarak anılacaktır.

²⁹ WOLFF, s. 146.

³⁰ Sözleşmenin tarihçesi ve amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 21 vd.

³¹ HUNTER/PANOV, s. 217 – 218. Devletler Özel Hukuku Konferansının 2003 ve 2008 tarihli toplantılarında yapılan iki anketin sonucu, Sözleşmeye taraf devlet hükümetlerinin yukarıdaki görüşte olduklarını ortaya çıkarmıştır. Bunun sonucunda, La Haye Delil Sözleşmesinin milletlerarası (özel) tahkimde kullanılabileceğine dair ileri sürülen görüşler azınlıkta kalmaktadır: KNÖFEL, s. 300.

³² BORN, s. 1939; ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 38. Sözleşmeyi hazırlayanların dahi bu konuda açık bir niyetlerinin olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca hakem mahkemesinin ya da tarafların, delillerin toplanması sürecine sınırlı olarak katılabilmeleri sebebiyle, bu usulün çok güvenilir ve verimli olmadığı itirazları söz konusudur: HUNTER/PANOV, s. 218, BORN, s. 1939.

³³ Aksi görüşler de vardır: “*Calavros, taraf iradesine dayanmakla birlikte tahkim yargılama-*

Doktrinde bir görüşe göre, Sözleşmenin 1. maddesindeki “bir âkit devletin bir adli makâmı” (*a judicial authority of a Contracting State*) ifadesi, geniş yorumlanmalıdır. Gerçekten hakem mahkemesinin, kamu otoritesi ya da kamu faaliyetleri ile gerçek bir bağı bulunmamaktadır³⁴. Ancak La Haye Delil Sözleşmesi bu açıdan değerlendirilirken, hakem mahkemesi ile kamu otoritesi arasında, mahkemelerde olduğu gibi bir bağı aranması gerekir. Bu ifadenin yorumunda, hakem mahkemesinin doğrudan talepte bulunmasının yararları göz önüne alınmalıdır. Burada dikkat edilmesi ve göz önüne alınması gerekenin, hakem mahkemesi kararının, bir mahkeme kararına benzetilip benzetilemeyeceği hususudur. La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansının kuruluş amaçları arasında, üye devletler arasında karşılıklı adli bir güven tesis etmek ve mahkeme kararlarının serbest dolaşımını sağlamak da bulunmaktadır. Bu sebeple Konferansa taraf devletleri ilgilendiren milletlerarası unsurlu ihtilâflar, farklı hukuk sistemlerinin koordinesi ve milletlerarası işbirliğini gerekli kılan karşılıklı güven anlayışına göre değerlendirilmelidir. Bu güven anlayışı, hakem mahkemesinin de, Sözleşmenin uygulama alanına dâhil olmasını sağlayacak şekilde “bir âkit devletin bir adli makâmı” olarak değerlendirilmesini gerektirebilir³⁵. Ancak bu görüş, olması gereken hukuk açısından savunulabilirse de, La Haye Delil Sözleşmesinin uygulamasında, benimsenmiş değildir. La Haye Delil Sözleşmesine göre, yabancı hakem mahkemesinin istinabe talebinin yerine getirilmesi bakımından hukuk sistemlerinin uygulamaları arasında farklılıklar vardır. İngiliz mahkemeleri, La Haye Delil Sözleşmesine istinaden yabancı hakem mahkemelerinden gelen istinabe taleplerini reddetmektedir³⁶. Alman mahkemeleri tahkim yeri ülke dışında bulunan hakem mahkemelerinin adli yardım taleplerini, La Haye delil sözleşmesine istinaden kabul etmektedir³⁷. Ancak aşağıda³⁸ izah edileceği üzere, Alman mahkemelerinin, yabancı hakem mahkemesinin istinabe taleplerini kabul etmesinin asıl sebebi, iç hukukunda (Alman Medenî Usul Kanunu m. 1050 ve m. 1025/II) yabancı hakem mahkemesinin istinabe taleplerinin kabul edileceğine dair düzenlemedir.

sının da kanuni ve anayasal temellere dayanmasından ötürü gerçek bir yargılama faaliyeti olduğunu...”: DEREN – YILDIRIM, s. 113’den naklen.

³⁴ KNÖFEL, s. 301.

³⁵ HUNTER/PANOV, s. 218.

³⁶ KNÖFEL, s. 300 – 301.

³⁷ Dpn. 54 ve 55 civarı.

³⁸ R.G. 15.06.2004, Sayı 25493.

Türkiye, La Haye Delil Sözleşmesine taraftır³⁹. Türk Doktrininde de, La Haye Delil Sözleşmesinin dolaylı olarak tahkimde uygulanabileceği kabul edilmektedir. Çünkü bu durumda istinabe talebinde bulunan, mahkemedir⁴⁰.

III. UNCITRAL MODEL KANUN, KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU

Milletlerarası ticarî tahkim yargılamasında, tahkim yeri dışında bulunan delillerin milletlerarası istinabe yoluyla elde edilmesi, milletlerarası düzenlemelere konu olmamıştır. Bu konudaki istinabe talepleri, kendisinden istinabe talep edilen devletin iç hukuk kurallarına göre yerine getirilmektedir. Bu sebeple, öncelikle millî hukuk sistemlerine yol göstermek amacıyla kabul edilmiş UNCITRAL Model Kanun inceleme konusu yapılmıştır. Ardından konu, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku bakımından incelenmiştir.

A) UNCITRAL MODEL KANUN⁴¹

UNCITRAL Model Kanunun 27. maddesine göre, delillerin toplanmasında hakem mahkemesi ya da hakem mahkemesinin onayı ile taraflardan birisi, yetkili devlet mahkemesinden yardım talep edebilir. Maddedeki düzenlemeye göre, kendisinden yardım talep edilen mahkeme, talebi, yetkisi dâhilinde kendi hukukuna uygun olarak yerine getirecektir⁴².

UNCITRAL Model Kanunda, delillerin toplanması için devlet mahkemelerinden yardım talep edilmesinde, iki sınırlama getirilmiştir. Bunlardan ilki, delillerin elde edilmesi bakımından devlet mahkemelerinin yardımının, tahkim yeri ile sınırlandırılmasıdır. İkincisi ise, istinabe talebine konu adlî işlemin, devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisi içinde olmasıdır⁴³.

³⁹ ŞANLI, s. 166; ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 38.

⁴⁰ Bkz: Dpn. 4.

⁴¹ UNCITRAL Model Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, yabancı hakem mahkemesinin, milletlerarası istinabe talebinde bulunup bulunamayacağı hususu önemli tartışma konularından birisi olmuştur. Bazı üyeler, bunun kabul edilmesini isterken bazıları da karşısında olmuşlardır. Sonuçta UNCITRAL Model Kanun hazırlayıcıları, Model Kanunda, yabancı hakem mahkemesine yardım bakımından hukukî bir yükümlülük getirilmemesine ve konunun, aynı dönemlerde La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansındaki çalışmalarda çözüme bağlanmasına karar vermişlerdir. Ancak Konferansta da, konunun UNCITRAL'i ilgilendirmesi sebebiyle UNCITRAL ile işbirliği içinde La Haye Delil Sözleşmesine ek bir protokol hazırlanmasını kararlaştırılmıştır. Bu sefer de, La Haye Delil Sözleşmesi hakkında oluşturulan özel komisyonun çalışmalarını tamamladığı sıralarda, UNCITRAL Model Kanunu, milletlerarası istinabe hakkında bir düzenleme içermeksizin kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: KNÖFEL, s. 300; BINDER, s. 330; DEREN – YILDIRIM, s. 113.

⁴² Bu sınırlamalar hakkında geniş bilgi için bkz: POUDRET/BESSON, s. 567.

⁴³ KNÖFEL, s. 289; HUNTER/PANOV, s. 214. WOLFF, s. 147. Ayrıca Çalışma Grubu, tah-

UNCITRAL Model Kanundaki düzenlemeye göre, hakem mahkemesi ya da taraflar, ancak tahkim yerindeki mahkemeden yardım talep edebilirler. Mahkemenin yardım yükümlülüğü, tahkim yeri kendi ülkesinde olan tahkim davaları için söz konusudur. Mahkeme, tahkim yeri ülke dışında bulunan hakem mahkemelerine yardımla yükümlü değildir. Çünkü, UNCITRAL Model Kanunun uygulama alanını belirleyen 1/II. maddesinde, hangi hükümlerin tahkim yeri dışında da uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir. Bunların arasında 27. madde bulunmadığı için, söz konusu hüküm ancak tahkim yerinde uygulanabilecektir⁴⁴. Dolayısı ile UNCITRAL Model Kanunun benimsediği sistem, tahkim yeri dışındaki delilin dolaylı istinabe yoluyla elde edilmesidir.

B) KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1. Yabancı Hakem Mahkemesinin Doğrudan İstinabesini Kabul Etmeyen Ülkeler

Bulgaristan, Kıbrıs, Macaristan, Malta ve Litvanya gibi UNCITRAL Model Kanunu aynen iktibas eden ülkeler, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan milletlerarası istinabe taleplerini reddetmektedirler⁴⁵.

Model Kanunu revizyon ederek kabul eden bazı ülkeler de aynı şekilde düzenleme yapmışlardır. Model Kanunu takip etmeyen İsviçre MÖH (Milletlerarası Özel Hukuk) Kanununun⁴⁶ 184/II. maddesi, Model Kanunun 27. maddesi ile aynı etkiyi haizdir. Söz konusu madde, ancak tahkim yeri İsviçre olan davalarda uygulanabilecek bir hükümdür⁴⁷. İsviçre hukukunda pozitif düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, olması gereken hukuk açısından, yabancı hakem mahkemelerinin de, İsviçre mahkemelerini doğrudan istinabe edebilmesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁴⁸.

Fransız hukukunda da hiçbir hükmün bulunmaması karşın, Model Kanunun 27. maddesinin ortaya çıkardığı sonuçlar, Fransa için de geçerli kabul edilmektedir. Fransız mahkemeleri, tahkim yeri Fransa'da bulunan hakem

kim yargılamasında milletlerarası istinabenin ancak çok ya da iki taraflı milletlerarası sözleşmeler aracılığı ile etkin olarak sağlanabileceğini ifade etmiştir: BINDER, s. 330 - 331.

⁴⁴ WOLFF, s. 148.

⁴⁵ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun ilgili maddesinin İngilizce metni için bkz: KARRER/ARNOLD/PATOCCHI, s. 154.

⁴⁶ GIRSBERGER/VOSER, s. 235; BERGER/KELLERHALLS, s. 358; POUDRET/BESSON, s. 567; WOLFF, s. 148 - 149.

⁴⁷ BERGER/KELLERHALLS, s. 358.

⁴⁸ WOLFF, s. 149.

mahkemelerinin yardım taleplerini kabul ederken, tahkim yeri Fransa dışında bulunan hakem mahkemelerinin istinabe taleplerini ise reddetmektedirler⁴⁹. Yine, Hollanda, İtalya, Macaristan, Portekiz, Hırvatistan Kanada ve Japonya gibi ülkeler yardım taleplerini, ülkelerindeki hakem mahkemeleri ile sınırlandırmaktadır⁵⁰.

2. Yabancı Hakem Mahkemesinin Doğrudan İstinabe Talebini Kabul Eden Ülkeler

Model Kanunun 27. maddesine rağmen bazı ülkeler, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabe taleplerini kabul etmektedirler. Model Kanuna göre düzenleme yapsalar bile, yabancı hakem mahkemesi tarafından yapılan istinabe taleplerini karşılamak niyetinde olan devletler, Model Kanunun 27. maddesine tekabül eden millî usul hukuku kuralının bölgesel uygulama alanının genişletilmesine karar vermektedirler. Örneğin, Singapur, Avusturya⁵¹, Cezayir, Peru, Slovenya, İspanya ve Polonya gibi ülkeler, tahkim yeri yabancı ülkede bulunan hakem mahkemelerinden gelen istinabe taleplerinin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemeler kabul etmişlerdir⁵².

Almanya da yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabesini kabul eden ülkelerden birisidir. Alman Medenî Usul Kanununun⁵³ 1050.

⁴⁹ PENNY, s. 259.

⁵⁰ Avusturya Medenî Usul Kanununun 602. maddesi, delillerin toplanmasında mahkemelerin yardımını düzenlemektedir. Bu hükmün, tahkim yeri Avusturya dışında ya da henüz belirlenmemiş davalarda da uygulanacağı kabul edilmiştir. Hükme göre, hakem mahkemesi, hakem mahkemesi tarafından yetkilendirilen bir hakem veya hakem mahkemesinin onayı ile taraflardan birisi, hakem mahkemesinin icra edemeyeceği bir adli işlem için mahkemeden yardım talep edebilir. Yardım talebi, yabancı bir mahkemenin ya da kurumun milletlerarası istinabesini de kapsamaktadır: SCHWARZ/KONRAD, s. 511 - 512.

⁵¹ KNÖFEL, s. 288.

⁵² Alman Medenî Usul Kanununun 1050. maddesinin İngilizce metni için bkz: SACHS/LÖRCHER, s. 341. Ayrıca Alman Medenî Usul Kanununun tahkim kısmı ile ilgili 1025 -1066. maddelerinin Alman Tahkim Enstitüsü (DIS=Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V) tarafından İngilizceye çevrilmiş metni için bkz: <http://www.dis-arb.de/de/51/materialien/german-arbitration-law-98-id3>, (23.03.2013). Almanya'nın tahkim merkezi olmasını sağlayacak elverişli kurallar getirilmesi amacıyla Alman Medenî Usul Kanununun tahkime ilişkin 100 yıllık hükümleri 1998 yılında değiştirilmiştir. Almanya büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanununu kabul etmiştir: WOLFF, s. 153.

⁵³ Alman Medenî Usul Kanunun m. 1050: “Hakem mahkemesi ya da hakem mahkemesince onaylanmak kaydıyla taraflardan birisi, hakem mahkemesinin yetkisi olmadığı durumlarda, delilin elde edilmesi ya da diğer adli işlemlerin yapılması hususunda mahkemelerden yardım talep edebilirler. Müracaat kabul edilemez görülmedikçe, mahkeme kendi hukukuna göre, delillerin elde edilmesi ve diğer adli işlemlerin yerine getirilmesi taleplerini yerine getirir. Hakemler, delillerin temini için yapılan adli işlemlere katılabilme ve soru sorma yetkisini ha-

maddesi⁵⁴, delillerin toplanmasında ve diğer adlî işlemlerin yapılmasında devlet mahkemelerinden yardımını düzenlemektedir. Alman Usul Kanunu, bu hükmün, tahkim yeri Almanya dışında olan ya da tahkim yerinin henüz kararlaştırılmadığı durumlarda da uygulanacağını kabul etmiştir (Alman Medenî Usul Kanunu m. 1025/II)⁵⁵.

Ayrıca Alman Medenî Usul Kanununda, mehzaz UNCITRAL Model Kanunundan farklı olarak, delillerin yanı sıra hakemlerin icra edemeyecekleri diğer adlî işlemler için de, hakemlerin ve tarafların mahkemelerden yardım talep edebileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda tebligat, bir kamu görevlisinin tanıklığı için izin talebi ya da bir kamu kurumundaki bir belgenin elde edilmesi amacıyla idareye müracaat edilmesi, diğer adlî işlemlere örnek olarak verilebilir⁵⁶.

İngiliz hukukunda 1996 tarihli Tahkim Kanununun⁵⁷ 43 ve 44. maddeleri, mahkemelerin yardımını düzenlemektedir⁵⁸. Bu hükümlerin, tahkim yeri ülke dışında olan hakem mahkemelerini kapsayıp kapsamadığı İngiliz hukukunda tartışmalıdır. Yazarların bir kısmı, 1996 tarihli Tahkim Kanununun hükümlerinin, yabancı hakem mahkemesinin yardım taleplerinin İngiliz mahkemelerince yerine getirilmesine imkân tanıdığını belirtmektedir⁵⁹. Mahkemeye takdir yetkisi tanıyan 43. maddenin, Kanunun 2/III. maddesindeki hüküm⁶⁰ birlikte değerlendirildiğinde, tahkim yeri İngiltere dışında olan

izdirler”: Sachs/Lörcher, s. 341

⁵⁴ KNÖFEL, s. 295; SACHS/LÖRCHER, s. 342; BERGER, s. 601.

⁵⁵ SACHS/LÖRCHER, s. 341. Adlî işlemler için başkaca örnekler için bkz: WOLFF, s. 156 vd. Ayrıca, hakem mahkemelerinin Alman mahkemelerinden, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na Ön Karar davasına müracaat etmesi bakımından yardım talep edip edemeyeceği hakkında farklı görüş ve tartışmalar bulunmaktadır. Tartışmalar için bkz: WOLFF, 156 vd.

⁵⁶ Kanunun metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, (23.03.2013).

⁵⁷ İngiliz Tahkim Kanunun 43. maddesine göre, taraflardan birisinin, üçüncü bir kimsenin elinde bulunan delilleri ve belgeleri vermesi ve İngiltere’de bulunan bir tanığın dinlenmesi için mahkemenin yardımını isteyebilir. Aynı Kanunun 44. maddesinde de, tahkim yeri İngiltere dışında olanlar da dâhil olmak üzere, tahkim usulünün millî mahkemelerce desteklenmesine ilişkin hükümler yer almıştır: KNÖFEL, s. 290; WOLFF, s. 149 – 150.

⁵⁸ HUNTER/PANOV, s. 215; POUDRET/BESSON, s. 567; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 581.

⁵⁹ İngiliz Tahkim Kanunun 2/III. maddesi, 43 ve 44. madde hükümlerinin tahkim yeri İngiltere dışında olan davalarda da uygulanmasını düzenlemektedir.

⁶⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 581; HARRIS/PLANTEROS/TECKS, s. 35; WOLFF, s. 150. Özellikle maddede, tahkim yerinin mi yoksa duruşmanın yapılacağı yerin mi İngiltere olması gerektiğinin açık olmadığı ifade edilmektedir: HUNTER/PANOV, s. 215 – 216. Bir

davalar için de uygulanabileceği ifade edilmektedir⁶¹. Söz konusu hüküm, hem tanıklar hem de belgeler için kabili tatbiktir⁶². Bu görüşe göre, İngiliz tahkim hukuku, delillerin elde edilmesine yönelik yabancı hakem mahkemesinin istinabe talepleri de dâhil olmak üzere, milletlerarası tahkim usulünün etkinliğini ve icrasını destekler niteliktedir⁶³. Aynı Kanunun 44. maddesine göre, uygun görmemesi halinde mahkeme, bu şekilde bir yardım talebini reddedebilir. Ancak kanun hükmünün çok açık olmadığı ve hangi hallerde yardım talebinin reddedileceğinin belirsiz olduğu ifade edilmektedir⁶⁴.

Ancak bazı yazarlar ise, daha temkinlidir. Genel olarak İngiliz Tahkim Kanununa göre, yabancı hakem mahkemelerinin yardım taleplerinin karşılanmasında mahkemelere takdir yetkisinin tanınmış olmasına rağmen, istinabe taleplerinin çok az bir kısmının karşılandığı ifade edilmektedir⁶⁴. İngiliz mahkemeleri istinabe taleplerini yerine getirmek zorunda değildirler. Bu sebeple, uygulamada yardım talebinin kabul edilebilmesi için, yabancı ülkedeki tahkim davasının İngiltere ile bir şekilde bağlantılı olması aranmaktadır⁶⁵. Örneğin, tarafların mal varlıklarının İngiltere olması ya da sözleşmeye İngiliz hukukunun uygulanması gibi. Ayrıca, yardım talebinin karşılanmasını tahkim yargılamasının ancak ülke içinde icra edilmesine bağlanması da (m. 43/III-b), mahkemelerin yardımının, tahkim yeri İngiltere olan davalarda mümkün olabileceği yönündeki görüşlerin dayanağı olarak gösterilmektedir⁶⁶. Yine İngiliz hukukunda yabancı hakem mahkemesinin istinabe talepleri, İngiliz hukukuna aykırılık veya istinabe konusu delilin dava ile ilgisi olmadığı gibi gerekçelerle reddedilebilmektedir⁶⁷.

görüğe göre, 43. maddenin uygulanabilmesi için, duruşma yerinin İngiltere’de olması yeterlidir. Bu görüşe göre, tahkim yerinin İngiltere dışında olduğu ancak duruşmaların İngiltere’de yapıldığı durumlarda, İngiliz mahkemeleri hakem mahkemesine yardımcı olabilecektir: POUDRET/BESSON, s. 566.

⁶¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 582. Ancak 43. maddenin, üçüncü kişiler bakımından bütün belgeleri ibraz yükümlülüğü (*discovery*) getirme imkânı vermediğine dikkat çekilmektedir. Mahkeme, ayırt edici özellikleri ile tanımlanmış bir belgenin ibrazına ilişkin olarak yardım taleplerini kabul edecektir: HUNTER/PANOV, s. 216.

⁶² POUDRET/BESSON, s. 567; HUNTER/PANOV, s. 216; KNÖFEL, s. 289; WOLFF, s. 149 - 150.

⁶³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 582.

⁶⁴ KNÖFEL, s. 290, dpn. 58’de anılan yazarlar.

⁶⁵ KNÖFEL, s. 290.

⁶⁶ KNÖFEL, s. 290; WOLFF, s. 149 – 150.

⁶⁷ WOLFF, s. 150.

ABD (Amerika Birleşik Devletleri) hukukunda ise, durum farklıdır. Federal Tahkim Kanununa⁶⁸ (m. 7.) göre, hakem mahkemeleri, bir kimsenin tanık olarak dinlenmesi ya da bir belgenin ibrazı hususunda ABD mahkemelerinden karar vermesini talep edebilmektedir⁶⁹. Yabancı mahkemelerin istinabe talepleri ise, 28 U.S.C. (United States Code) § 1782 hükmüne göre yerine getirilmektedir. Bu hükme göre, “yabancı ve milletlerarası mahkemeler” (*foreign and international tribunals*), devam etmekte olan bir davada kullanılmak üzere, kendi bölgelerinde oturan bir kimsenin tanık olarak dinlenmesi ya da bir belgenin temini hususunda mahkemelerden yardım talep edebileceklerdir. ABD hukukundaki tartışma, “yabancı ve milletlerarası mahkeme” kavramının içine, yabancı hakem mahkemelerinin de dâhil olup olmadığı noktasındadır⁷⁰. Bazı federe devlet mahkemeleri, yabancı ve milletlerarası mahkemeler kavramı içine, yabancı hakem mahkemelerini de dâhil ederek, bu mahkemelerden gelen *pre-trial discovery*⁷¹ (ya da kısaca *discovery*⁷²) talepleri de dâhil olmak üzere istinabe taleplerini kabul etmişler, diğer bazı eyaletler mahkemeleri ise, söz konusu hükmün, hakem mahkemelerini kapsamadığı gerekçesiyle istinabe taleplerini reddetmişlerdir⁷³. ABD mahkemelerinde eğilim, Federal Mahkemenin 2004

⁶⁸ ABD Federal Tahkim Kanununun tam metni için bkz: <http://uscode.house.gov/uscode-cgi/fastweb.exe?search>, (23.03.2013).

⁶⁹ WOLFE, s. 150.

⁷⁰ HUNTER/PANOV, s. 216; KIRTLEY, s. 47.

⁷¹ *Pre-trial discovery* yöntemi, çok genel olarak, tarafların duruşma öncesinde dava ile ilgili lehlerine ve aleyhlerine olup olmadığına bakılmaksızın ellerinde bulunan bütün belgeleri ve hatta iç yazışmaları bile karşı tarafa vermeleri şeklinde tanımlanabilir: BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 299. *Pre-trial discovery* safhasında taraf vekilleri, kendilerine tanınan yetkiler çerçevesinde ihtiyaç duyacaklarını düşündükleri tüm bilgi ve bilgi kaynaklarına ulaşabilme hakları vardır. Dolayısı ile taraflar ve vekilleri, karşı taraftan ve üçüncü kişilerden dava ile ilgili tüm belgeleri isteyebilme hakkına sahiptirler. Bu da “delil avı” (*fishing expedition*) olarak vasıflandırılabilir. *Pre-trial discovery* yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: EKŞİ, s. 368 vd; ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 61 vd. La Haye Delil Sözleşmesinde, “*Pre-trial discovery of documents*” kavramı “belgelerin duruşma öncesi ortaya çıkarılması” olarak tercüme edilmiştir. İçeriği hukuk anlayışımıza tamamen yabancı olan bu terimin aynen kullanılması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Bu terimin, Fransızca ve Almanca kaynaklarda da, tercüme edilmeden aynen kullanıldığı ifade edilmektedir: ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 61, dpn. 112.

⁷² La Haye Delil Sözleşmesinde, “*Pre-trial discovery of documents*” kavramı “belgelerin duruşma öncesi ortaya çıkarılması” olarak tercüme edilmiştir. İçeriği hukuk anlayışımıza tamamen yabancı olan bu terimin aynen kullanılması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Bu terimin, Fransızca ve Almanca kaynaklarda da, tercüme edilmeden aynen kullanıldığı ifade edilmektedir: ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 61, dpn. 112.

⁷³ BAKER/ROMMAN, s. 10 – 11; KIRTLEY, s. 47.

tarihli *Intel v. Advanced Micro Devices* kararına değin, yabancı hakem mahkemelerinden gelen istinabe taleplerinin reddi yönünde idi⁷⁴. Çünkü, ABD mahkemeleri geleneksel olarak tahkim yeri yabancı ülkede bulunan hakem mahkemelerini “milletlerarası mahkeme” olarak kabul etmemekte idiler. Buna sebep olarak da, yabancı ülkedeki hakem mahkemelerinin, ABD’deki hakem mahkemelerinden daha avantajlı bir konuma gelmemesi konusundaki kaygı gösterilmektedir⁷⁵. Ancak Federal Mahkemenin *Intel v. Advanced Micro Devices*⁷⁶ kararından sonra, ABD’de yabancı hakem mahkemelerinden delillerin toplanmasına dair istinabe talepleri kabul edilmeye başlanmıştır⁷⁷. Çünkü Federal mahkeme, söz konusu hükmün, belirli şartlar⁷⁸ altında geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemenin kararına göre, yardım talepleri, somut şartlara göre değerlendirilmesi gerekir⁷⁹. Federal mahkemenin bu kararından sonra, New Jersey, Georgia, Colorado, Minnesota ve Massachusetts eyaletlerinin mahkemeleri, söz konusu hükmün yabancı hakem mahkemelerinde de uygulanabileceğine karar vermişlerdir. Ancak halen bazı

⁷⁴ Örnek eyalet mahkemesi kararları için bkz: KIRTLEY, s. 47 – 51.

⁷⁵ WOLFF, s. 150 – 151. ABD hukukunda 1782 nolu paragrafın, tahkim yeri yabancı ülkede olan davalarda uygulanmasına ilişkin tartışmalarda esas eleştiri noktası, söz konusu hükmün yabancı ülkedeki tahkim davalarında ABD’li tarafı dezavantajlı bir konuma sokması olarak gösterilmektedir. Çünkü söz konusu hüküm, karşılıklılıktan yoksundur. Örneğin, tahkim yeri Avrupa olan bir davada, ABD’li tarafın, Avrupa’da *discovery* yöntemi ile bir delilin elde edilmesini talep etmesi halinde, bu talebin, Avrupa hukuklarında 1782. paragraf muadili bir hüküm bulunmadığı için, reddedileceği ifade edilmektedir. Buna mukabil karşı taraf, ABD mahkemelerinden *discovery* yöntemi ile delil elde edilmesini talep edebilecektir: KNÖFEL, s. 295.

⁷⁶ Aslında dava konusu ihtilâfın yabancı hakem mahkemelerinin yardım talepleri ile bir ilgisi yoktu. Çünkü Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Direktörünün dâhil olduğu bir olay söz konusu idi: KIRTLEY, s. 51; WOLFF, s. 151. Söz konusu kararda, Avrupa Birliği Komisyonu, 1782. paragraf anlamında, yabancı ya da milletlerarası mahkeme olarak nitelendirilmiştir. Federal Mahkeme, Avrupa Birliği Komisyonunu “adliye benzeri=*quasi-judicial*” bir organ olarak kabul etmiştir. Federal Mahkeme kararında, yabancı hakem mahkemelerinin de, yabancı veya milletlerarası mahkeme olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine değinmemiştir: BAKER/ROMMAN, s. 11.

⁷⁷ KIRTLEY, s. 52; WOLFF, s. 152. Örnek Federe devlet mahkemelerine ait kararlar için bkz: BAKER/ROMMAN, s. 11 vd.

⁷⁸ Federal Mahkeme söz konusu hükmün uygulanmasını bazı şartlara bağlamıştır. Bunlar arasında, yabancı hukuka göre, istinabe konusu hususun kabul edilebilirliği, yabancı mahkemenin yapısı, takip edilen usulün karakteri, istinabe konusu delillerin elde edilmesinde külfet ya da elverişsizlik, istinabe talebinin yabancı ispat kurallarını ya da yabancı ülkenin ya da ABD’nin diğer politikalarını dolanmak için yapılıp yapılmadığı gibi hususlar yer almaktadır: KIRTLEY, s. 52; WOLFF, s. 152. Örneğin, tahkimin tâbi olduğu hukuka göre, *discovery* usulü mümkün değil ise, yardım talepleri düzenli bir şekilde reddedilmektedir: MÜLLER-CHEN, s. 201.

⁷⁹ HUNTER/PANOV, s. 217.

eyalet mahkemelerinin 1782. paragrafı bu şekilde geniş yorumlamadığı ve yabancı hakem mahkemelerinden gelen istinabe taleplerini reddettikleri ifade edilmektedir⁸⁰. Bu sebeple konunun ABD hukukunda netlik kazandığı söylenemez⁸¹. Çünkü Federal Mahkemenin kararı ile gerçekten bir içtihat değişikliği mi söz konusu yoksa bir geçici sapma mı olduğu hususunda bazı tereddütlerin olduğu vurgulanmaktadır⁸². Ayrıca son zamanlarda verilen kararlarda yabancı hakem mahkemesi tarafından talep edilen istinabe taleplerinin reddedildiği de ifade edilmekte⁸³ ve bazı yazarlarca önceki statüye geri dönüldüğü (*status quo ante*) ileri sürülmektedir⁸⁴.

3. Türk Hukuku

a) Yabancı Hakem Mahkemesinin Türk Mahkemesinden İstinabe Talebinde Bulunması

Türk hukukunda, tahkim yeri yabancı ülkede bulunan hakem mahkemelerinin, delillerin toplanması amacıyla doğrudan Türk mahkemelerini istinabe edip edemeyeceği hususunda açık bir hüküm yoktur. Milletlerarası Tahkim Kanunu⁸⁵ (MTK) m. 12/B’de, hakem veya hakem kurulunun, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddede, asliye hukuk mahkemesinin de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK)⁸⁶ hükümlerini uygulayacağı kabul edilmiştir. Kanunun uygulama alanını tespit eden, 1/II ve III. maddeleri dikkate alındığında, madde 12/B hükmünün yalnızca tahkim yeri Türkiye olan davalarda uygulanabileceği kabul olunabilir. Çünkü, MTK m. 1/III’de, sadece Kanunun 5 ve 6. maddelerinin tahkim yerinin Türkiye dışında bulunduğu durumlarda da uygulanacağı kabul edilmiştir⁸⁷. Eğer Kanun koyucunun

⁸⁰ WOLFF, s. 151 – 152; KIRTLEY, s. 52; Örneğin, Teksas Federe Devlet Mahkemesi, 2008 tarihli, *La Comision Ejecutiva Hidroelectric Del Rio Lempa v. El Paso Corp.* davasında, yabancı hakem mahkemesinin istinabe talebini reddetmiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: BAKER/ROMMAN, s. 9.

⁸¹ BERGER, s. 603.

⁸² HUNTER/PANOV, s. 217.

⁸³ BAKER/ROMMAN, s. 14; KNÖFEL, s. 294; KIRTLEY, s. 61; BERGER, s. 603.

⁸⁴ KNÖFEL, s. 294.

⁸⁵ R.G.:5.7.2001-24453.

⁸⁶ HUMK, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile yürürlükten kaldırılmıştır (R.G.:04.02.2011 – 27836). HMK’nın 447. maddesi gereğince, HUMK’na yapılan atıfların HMK’ya yapılmış sayıldığından, MTK’daki HUMK’na yapılan atıflar HMK’ya yapılmış sayılacaktır. Söz konusu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Maddede, milletlerarası sözleşmeleri de kapsamına alacak şekilde, “kendi hukukunu” kavramının kullanılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür: KALPSÜZ, s. 90.

⁸⁷ Geçici hukukî koruma önlemleri bakımından, Türk mahkemelerinin yabancı tahkime yardım

iradesi, UNCITRAL Model Kanunda benimsenen genel eğilimden ayrılmak olsa idi, MTK m. 1/III'ün kapsamına, m. 12/B'yi de açıkça dâhil etmesi gerekirdi. Nitekim Almanya'da bu şekilde bir düzenleme yapılmıştır.

Ayrıca bu yorumu, mülga HUMK m. 527'de desteklemekte idi. Çünkü, mülga HUMK m. 527'ye göre, hakemlerin mahkemelere müracaat edebilecekleri konular arasında, “*bir ecnebi mahkemesini istinabe*” de yer almakta idi. MTK m. 12/B hükmü, mülga HUMK m. 527 ile birlikte değerlendirildiğinde, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan Türk mahkemelerinden istinabe talep etmelerinin mümkün olmadığı sonucuna rahatlıkla ulaşılabildi. Ancak mülga HUMK m. 527'deki hüküm HMK'ya alınmamıştır. Bununla birlikte HMK döneminde de aynı sonuca ulaşabileceği kanaatindeyiz. Çünkü HMK'da bu görüşün değişmesini sağlayacak bir hüküm bulunmamaktadır. Netice olarak, tahkim yeri Türkiye dışında olan bir hakem mahkemesi, ancak tahkim yeri mahkemeleri aracılığı ile Türk mahkemelerinden milletlerarası istinabe talebinde bulunabilirler.

b) Tahkim Yeri Türkiye'de Bulunan Hakem Mahkemesinin Yabancı Mahkemeyi İstinabe Etmesi

aa) Yabancı Mahkemenin Doğrudan İstinabe Edilmesi

Tahkim yeri Türkiye'de bulunan bir hakem mahkemesinin, yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edip edemeyeceği ise, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin hukukuna göre belirlenmesi gereken bir konudur. Kendisinden yardım talep edilen mahkemenin hukukunun, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabesini kabul etmesi halinde, Türkiye'deki hakem mahkemesi, yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilir. Kanaatimizce, Türk hukukunda bunu engelleyecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim İsviçre hukukunda da, aynen Türk hukukunda olduğu gibi, devlet mahkemelerinin yardımı tahkim yeri ile sınırlandırılmış iken, İsviçre'deki hakem mahkemeleri ABD mahkemelerini doğrudan istinabe edilmektedirler⁸⁸.

bb) Yabancı Mahkemenin Dolaylı Olarak İstinabe Edilmesi

Kendisinden istinabe talep edilen mahkemenin hukukunun, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabe talebine izin vermemesi halinde ise, hakem mahkemesi Türk mahkemeleri aracılığı ile istinabe talebinde bulunabilecektir. HMK'da ya da MTK'da açık bir düzenleme yer almamakla

ve destek olacakları kabul edilmektedir: YEŞİLIRMAK, s. 81, dpn. 143; ERTEN, s. 92 vd.

⁸⁸ Bkz: Dpn. 16.

birlikte, mahkemelerin yardımının kapsamına, yabancı mahkemenin istinabesi de şüphesiz dâhil olacaktır. Türk mahkemesi bu halde varsa milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde istinabe talebinde bulunabilecektir⁸⁹. Örneğin kendisinden yardım talep edilen devlet, La Haye Delil Sözleşmesine taraf ise, Türk mahkemesi bu Sözleşmeye istinaden yardım talebinde bulunabilir.

cc) Milletlerarası İstinabe Talebinde Bulunabilecek Kimseler

UNCITRAL Model Kanunda, hem hakem mahkemesinin hem de hakem mahkemesinin onayı ile tarafların, delillerin elde edilmesi için mahkemeye müracaat edebileceği düzenlenmiştir (m. 27). Bu sebeple Model Kanunu benimseyen bazı hukuk sistemlerinde, taraflara da mahkemeye müracaat hakkı tanınmaktadır. Örneğin, İngiliz, İsviçre, İsveç, Almanya, Hollanda hukuklarında bu yaklaşım benimsenmiştir⁹⁰. Hakem mahkemesinin onayı ile tarafların mahkemeden yardım talebinde bulunmasında iki aşama olacaktır. Birincisi tarafın hakem mahkemesinden onay aşamasıdır. İkinci aşama ise, hakem mahkemesinin onay vermesi ile mahkemeye yapılan müracaat aşamasıdır⁹¹. Avusturya hukukunda ise, hakem mahkemesinin ataması ile hakemlerden birisinin de mahkemeden yardım isteyebileceği kabul edilmiştir⁹².

UNCITRAL Model Kanunundan farklı olarak, MTK m. 12/B'ye göre, ancak hakem ya da hakem kurulu mahkemeden yardım talep edebilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanuna göre, taraflara bu hak tanınmamış görünmektedir⁹³.

Mahkemelerin yardımı bakımından MTK m. 12/B hükmünün HMK'ya gönderme yapması sebebiyle, HMK'nın 432. maddesinin uygulanması da söz konusu olabilir. HMK'nın 432. maddesinde, taraflardan her birinin hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım isteyebileceği kabul edilmiştir. Bu sebeple, kanaatimizce, HMK'nın

⁸⁹ Türk hukukunda, gerek Türkiye'den yabancı ülkedeki bir mahkemenin gerek yabancı ülkedeki bir mahkemenin istinabe taleplerinde izlenmesi gereken usulî ve şeklî şartlar, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan Hukukî Konularda Uluslararası İstinabe Taleplerine Uygulanacak Esaslar isimli 16.11.2011 tarihli Genelgede belirlenmiştir. Genelge için bkz: <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr> (12.01.2013).

⁹⁰ GAILLARD/SAVAGE, s. 727; WOLFF, s. 161.

⁹¹ HEUMAN, s. 457.

⁹² Alman hukukunda da aynı şekilde bir çözümün kabul edilmesi hakkında bkz: WOLFF, s. 162.

⁹³ YEŞİLOVA, s. 738.

432. maddesi, MTK'ya tâbi tahkim davalarında da uygulanabilir. Bu halde, Türk hukukuna tâbi bir tahkim yargılamasında, hem hakem mahkemesi hem de hakem mahkemesinin onayı ile taraflar, milletlerarası istinabe için mahkemeden yardım talebinde bulunabileceklerdir.

IV. İSTİNABE TALEPLERİNİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

A) KONU İTİBARIYLA KABUL EDİLEBİLECEK İSTİNABE TALEPLERİ

Öncelikle istinabe yoluyla mahkemelerden yardım talep edilmesi, ancak mahkemelerin tasarrufundaki adlî işlemler için söz konusudur. Mahkemelerin görevi dışında kalan konular bakımından, istinabe talepleri kabul edilmez⁹⁴.

İkinci olarak, istinabe talebinin kabul edilebilmesi için, istinabe konusu hakkında hakem mahkemesinin yetkisinin olmaması gerekir. Diğer bir ifade ile istinabe konusu delil, hakem mahkemesince elde edilmesi mümkün olmamalıdır⁹⁵. Çünkü istinabe talebi, ancak hakem mahkemesinin buyurma gücü bulunmadığı konular için kabul edilmiş bir müessesedir. Örneğin hakem mahkemesi, gönüllü olarak tanıklık yapacak birisinin dinlenilmesinde, yalnızca farklı ülkelerde bulunması sebebiyle yabancı mahkemeyi istinabe edemez. Bu şekilde bir istinabe talebi, ancak devlet mahkemeleri arasında kabul edilmektedir. Milletlerarası tahkimde ise, taraflar ya da hakemler delili hukuken elde etme imkânına sahip ise, hakem mahkemesinin bu konudaki istinabe talebi kabul edilmemektedir⁹⁶.

Bazı hukuk sistemlerinde, mahkemelerin yardımının kapsamı daha geniş olarak düzenlenmiştir. Örneğin Alman Medenî Usul Kanununun 1050. maddesine göre, hem delillerin toplanması hem de diğer adlî işlemler için mahkemelerden yardım talep edilebilir. Türk hukukunda ise, MTK m. 12/B ve HMK m. 432'de, sadece delillerin toplanması için mahkemeden yardım istenebileceği kabul edilmiştir.

Bu kapsamda olmak üzere, hakem kurulunun davetine icabet etmeyen tanıkların dinlenilmesi, taraflara ve tanıklara yemin ettirilmesi, tanıkların yemin tahtında dinlenmesi, tanıklık ya da bilirkişilik yapma mecburiyetinin yüklenmesi, tanıklıktan ya da bilirkişilikten kaçınılması halinde uygulanacak müeyyideler, davaya taraf olmayan birisinin arazisinde keşif icrası, bilirkişi

⁹⁴ KALPSÜZ, s. 91; WOLFE, s. 158.

⁹⁵ KALPSÜZ, s. 90.

⁹⁶ WOLFE, s. 160 – 161.

ve hakemlerin kilitli mahallere girmesi, üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgelerin ibrazını emretme gibi hususlar, mahkemelerden istenebilecek yardım konuları arasında sayılabilir⁹⁷.

Hukukî konularda, hakem mahkemesinin yetkisinin olup olmadığının tespiti kolaydır. Örneğin hakemin tanığa, taraflara ya da bilirkişiye yemin ettirip ettirmeme yetkisinin olup olmadığı rahatlıkla tespit edilebilir. Ancak maddî vakıalar bakımından durum daha karmaşık olabilir. Örneğin bir tanığın sorgulamasında, eğer tanık kendi isteği ile tanıklık yapmakta ise, hakem mahkemesinin tanığı dinleme yetkisi vardır. Ancak tanığın kendi isteği ile tanıklık yapmaması halinde ise, mahkemenin yardımı gereklidir. İşte mahkemenin yardımı gerekli bu durumun tespiti, her zaman kolay olmayabilir⁹⁸.

B) İSTİNABE TALEBİNİN KENDİSİNDEN YARDIM TALEP EDİLEN ÜLKE HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİNE AYKIRI OLMAMASI KOŞULU

İstinabe talebinin kabul edilebilmesi için, istinabe konusunun kendisinden yardım talep edilen mahkemenin hukukuna aykırı olmaması, diğer bir ifade ile kabul edilemez olmaması gerekir⁹⁹.

Özellikle ABD hukukunda kabul edilen *discovery* amacıyla yapılan istinabe taleplerinin, kendisinden yardım talep edilen devletin hukukuna aykırılığı söz konusu olabilir. ABD hukukunda kabul edildiği şekli ile belgelerin ibrazına dair bir karar (*discovery*), kendisinden yardım talep edilen devletin hukukuna aykırılığı sebebiyle kabul edilmemesi ihtimâl dâhilindedir¹⁰⁰. Hangi belgenin istendiği açıkça belirtilmeksizin genel ve soyut ifadeler ile dava konusuna ilişkin tüm belgelerin ibrazı talebine ilişkin bir istinabe talebi, Türk usul hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmaz. Bu şekilde “delil avına” yönelik *discovery* yöntemine dayalı bir istinabe talebi, Türk usul hukukunun

⁹⁷ KALPSÜZ, s. 90; WOLFF, s. 154 – 155.

⁹⁸ WOLFF, s. 161; SACHS/LÖRCHER, s. 343.

⁹⁹ SACHS/LÖRCHER, s. 344.

¹⁰⁰ BERGER, s. 601. SACHS/LÖRCHER, s. 344; WOLFF, s. 166. İngiliz Mahkemelerinin ABD’den gelen “delil avı” niteliğindeki istinabe taleplerini kabul etmediği hakkında bkz: EKŞİ, s. 371.

prensiplerine¹⁰¹ aykırı olduğu için yerine getirilmeyecektir¹⁰². Ancak istinabe talebi, ayırt edilebilir özellikleri itibarı ile belirlenmiş bir delilin elde edilmesine yönelik ise, kabul edilmelidir. Çünkü bu halde istinabe talebi delil avına yönelik değildir¹⁰³.

C) MAHKEMENİN İSTİNABE TALEBİNİN İÇERİĞİNİ DENETLEYEMEMESİ

Tahkim davasında yargılama, hakemlerin mutlak kontrolü altındadır. Delillerin toplanmasına ve hangi delillerin dava için gerekli olduğu hususu, hakem mahkemesinin takdirindedir¹⁰⁴. Mahkemenin, istinabe talebine konu delilin gerekliliği hakkında değerlendirme ve bu bağlamda bir tanığın dinlenilmesinin gerekli olup olmadığı hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁵. Yine kendisinden istinabe talep edilen mahkeme, delilin, dava konusu ihtilâfla bağlantısı olup olmadığı veya davanın sonucuna etkili olup olmadığı hakkında bir inceleme ve denetim yetkisini haiz değildir¹⁰⁶. Örneğin Türk mahkemesinden bir tanığın dinlenilmesi konusunda yardım talep edildiğinde, mahkeme, HMK hükümlerine istinaden (m. 200), tanığın dinleneceği hususun ancak senetle ispatının mümkün olabileceği gerekçesiyle yardım talebini reddedemeyecektir. Çünkü uyumsuzluğun esası hakkında karar

¹⁰¹ Özellikle somutlaştırma yükü (HMK. m. 194) bu kapsamda sayılabilir. HMK'ya göre, taraflar dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Somutlaştırma yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 558 vd. “Ancak hemen belirtelim ki, bir belgenin ya da ticarî defterin belli parçalarının ibrazını talep eden taraf, öncelikle mümkün olduğu kadar bu belgelerin içeriğini ve neyi ispat edeceğini açıkça belirtmelidir.”: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 627; YILMAZ, s. 1108, 1109. Discovery yönteminin bu aykırılığına Alman hukukunda “delil araştırma yasağı” kavramı kullanıldığı hakkında bkz: ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 66, dph. 124.

¹⁰² ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 66 – 67, 71.

¹⁰³ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 71.

¹⁰⁴ HUNTER/PANOV, s. 223. Hakem mahkemesinin bu konuda tarafların eşitliği ilkesine dikkat etmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Örneğin bir ABD’li ve bir Fransız tacirin taraf olduğu bir davada, hakem mahkemesinin her iki tarafa da milletlerarası istinabe konusunda izin vermesi halinde, eşitsizlik söz konusu olabilecektir. Çünkü ABD hukukunda, yabancı hakem mahkemesinin milletlerarası istinabe talebi kabul edilebilirken, Fransız hukukunda aynı talep kabul görmeyecektir. Her iki hukuk sisteminde de, yabancı hakem mahkemesinin istinabe talepleri kabul edilse bile, muhtevaları değişik olacağından yine de bir eşitsizlik söz konusu olabilecektir. Çünkü ABD hukukunda benimsenen *discovery* yöntemi ile her türlü belgelere ulaşmak mümkün iken, Fransa’da ancak belli bir sınırlama dâhilinde belgelere ulaşmak mümkün olabilecektir: HUNTER/PANOV, s. 221. Aynı muhtevada farklı bir örnek için bkz: HEUMAN, s. 457.

¹⁰⁵ SACHS/LÖRCHER, s. 342 – 343; HUNTER/PANOV, s. 223.

¹⁰⁶ BERGER/KELLERHALLS, s. 356.

verme yetkisi, hakem mahkemesine aittir ve mahkemeler ancak kanunda öngörülen sebepler ile tahkime müdahale edebilirler (MTK m. 3/II).

D) TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNİN İNCELENMESİ

Kendisinden yardım talep olunan mahkemenin, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleyip incelemeyeceği ve inceleyebilecek ise bunun kapsamı, tartışmalıdır¹⁰⁷.

Bir görüşe¹⁰⁸ göre, kendisinden istinabe talep edilen mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını ayrıntılı bir şekilde inceleyebilir. Eğer mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunu tespit ederse, istinabe talebini reddedecektir. Bu görüşe göre, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin tahkim sözleşmesinin incelemesini sınırlandıracak haklı bir gerekçe yoktur¹⁰⁹. Diğer bir görüşe¹¹⁰ göre ise, *prima facie* bir inceleme ile tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin anlaşılması halinde, mahkeme, istinabe talebini reddedecektir. Bir başka görüşe¹¹¹ göre ise, kendisinden yardım talep edilen mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleyemez.

Alman ve İsviçre doktrininde, yardım talebinin kabulü için, *prima facie* bir inceleme ile tahkim sözleşmesinin geçerli olduğunun, mahkemece incelenebileceği görüşünün ağırlıklı olarak savunulduğu ifade edilmektedir¹¹².

Ancak kanaatimizce, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin, sınırlı ve *prima facie* bir inceleme ile dahi olsa, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleme yetkisinin olmadığı görüşü üstün kabul edilmelidir. Çünkü, milletlerarası ticarî tahkimde, hakem mahkemesinin kendi yetkisini belirleme yetkisi (*kompetenz-kompetenz*) genellikle kabul edilmektedir¹¹³. Dolayısı ile hakem mahkemesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine dair kararına karşı, tahkim yeri hukukuna göre mahkemeye müracaat edilebilir.

¹⁰⁷ SACHS/LÖRCHER, s. 343.

¹⁰⁸ SACHS/LÖRCHER, s. 343, dpn. 14'de anılan yazarlar. WOLFF, s. 165, dpn. 116'da anılan yazarlar.

¹⁰⁹ WOLFF, s. 166.

¹¹⁰ SACHS/LÖRCHER, s. 343, dpn. 15'de anılan yazarlar.; WOLFF, s. 165, dpn. 118'de anılan yazarlar.

¹¹¹ SACHS/LÖRCHER, s. 343. WOLFF, s. 165, dpn. 115'de anılan yazarlar.

¹¹² WOLFF, s. 165.

¹¹³ Hakem mahkemesinin yargılama yetkisi konusunda bizzat kendisinin karar vermesi prensibi anlamına gelen *kompetenz-kompetenz* kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZEL, s. 102 vd.

Kendisinden istinabe talep edilen mahkemeye de, tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin incelenmesi yetkisinin verilmesi halinde, tahkim sözleşmesinin geçersizliğini temin etmek bakımından yeni bir yol daha kabul edilmiş olacaktır. Bu şekilde bir çözüm ise, tahkim yargılamasının bloke edilmesini sağlayabilecek niteliktedir¹¹⁴.

Yabancı mahkemenin dolaylı istinabesinde ise, iki mahkemenin aracılığına ihtiyaç bulunmaktadır. Her iki mahkemenin de, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini denetlemesi halinde, farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple de, kendisinden istinabe talep edilen mahkemenin, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleyememesi gerekir. Nitekim MTK 7/H maddesinde, tahkim anlaşmasının mevcut ya da geçerli olup olmadığına ilişkin itirazların, hakem mahkemesince karara bağlanacağı kabul edilmiştir. Bu sebeple, yabancı mahkemenin istinabesi söz konusu olduğunda, Türk mahkemelerinin tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında bir inceleme yapmaması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü, tahkim sözleşmesinin geçerliliği meselesi, ya iptal ya da tenfiz davasında mahkemenin kontrolüne tâbi olacaktır¹¹⁵. Ayrıca Türk hukukunda, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan milletlerarası istinabesi kabul edilmediğinden, istinabe talebi yabancı mahkeme aracılığı ile gerçekleştirilecektir. Yabancı mahkeme de istinabe talebini değerlendirirken tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleme konusu yapmış olabilir. Bu gibi durumlarda, yabancı mahkemenin istinabe talebinin kabulü gerekir¹¹⁶.

Ancak istinabe taleplerinin meşru bir hakem mahkemesinden geldiği hususunda, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin emin olması gerektiği de ifade edilmektedir. Bunun da farklı şekillerde denetlenebileceği ifade edilmektedir. Örneğin tahkim yerindeki millî mahkemelerde hakem mahkemesinin yetkisi hususunda bir karar verilmesi söz konusu olabilir¹¹⁷.

¹¹⁴ SACHS/LÖRCHER, s. 343.

¹¹⁵ ÖZEL, s. 105.

¹¹⁶ Doktrinde, hakem mahkemesinin kendi yetkisine dair bir kararı varsa, bu karara istinaden de hakem mahkemesinin istinabe talepleri kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Böyle bir karar yoksa, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin, hakem mahkemesinin yetkisi hakkında *prima facie* bir inceleme ile karar verebileceği ifade edilmektedir: HUNTER/PANOV, s. 223.

¹¹⁷ HUNTER/PANOV, s. 223.

V. İSTİNABE TALEBİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

A) İSTİNABE TALEBİNİN YERİNE GETİRİLMESİNE UYGULANACAK HUKUK

Milletlerarası usul hukukunda istinabe taleplerinin yerine getirilmesine prensip olarak, istinabe olunan mahkemenin hukuku (*lex fori*) uygulanır¹¹⁸. Model Kanunun 27. maddesine göre, kendisinden yardım talep edilen mahkeme, kendi hukukuna göre istinabe taleplerini yerine getirecektir¹¹⁹. Nitekim bazı hukuk sistemlerinde bu ilke, kanunî düzenlemeye konu olmuştur. Örneğin Alman Medenî Usul Kanunun 1050. maddesi¹²⁰ ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 184/2. maddesine göre, mahkeme, yardım taleplerini kendi hukukuna göre yerine getirecektir. MTK m.12'ye göre, mahkeme, delillerin toplanması bakımından yardım talebini HMK hükümlerine göre yerine getirecektir. Bu şekilde bir düzenleme olmasa da, usul hukukunda *lex fori* ilkesi gereğince, mahkemeler, delillerin toplanması bakımından kendi hukukunu uygulayacaklardır. Örneğin tanığın dinlenilmesi usulü, tanıklıktan çekinme hakkı ya da tanıklık yapma yükümlülüğü gibi hususlarda, mahkeme prensip olarak kendi hukukunu tatbik edecektir¹²¹. Mahkeme her bir olayın özelliklerine göre, yardım konusu delilin toplanmasını kendi hukukuna göre yerine getirecektir¹²².

Mahkeme, görevi gereğince öncelikle istinabe talebini şekli şartlar bakımından inceleyecektir¹²³. İstinabe talepleri, daha çok şekli noksanlıklar sebebiyle reddedilmektedir¹²⁴. Örneğin istinabe talebinin mahkemenin dilinde yapılması¹²⁵, istinabe talebinin içeriğinde bulunması gerekli hususlar, hangi mahkemeden hangi adli işlem hakkında istinabe talebinde bulunulduğu, tarafların isimleri ve adresleri, tahkim şartı, hakemlerin isimleri ve adresleri ve hakem mahkemesinin söz konusu delili niçin elde edemediğine ilişkin

¹¹⁸ EKŞİ, s. 359; ATAMAN – FİGANMEŞE, s. 48.

¹¹⁹ BERGER, s. 601.

¹²⁰ SACHS/LÖRCHER, s. 342; BERGER, s. 601.

¹²¹ WOLFF, s. 169 – 170.

¹²² SACHS/LÖRCHER, s. 344.

¹²³ WOLFF, s. 164. Türk hukukunda, aranan usulî ve şekli şartlar, Hukukî Konularda Uluslararası İstinabe Taleplerine Uygulanacak Esaslar isimli 16.11.2011 tarihli Genelgede belirlenmiştir. Genelgede, hem milletlerarası sözleşmelere hem de milletlerarası sözleşmenin bulunmaması halinde takip edilecek usulî ve şekli şartlar tespit edilmiştir. Genelge için bkz: <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr> (12.01.2013).

¹²⁴ EKŞİ, s. 364.

¹²⁵ İstinabe talebinin dili hakkında bkz: ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 37.

açıklamaları içermesi gibi hususlar, istinabe taleplerinde aranabilecektir¹²⁶. Yine mahkemenin ilk inceleyeceği hususlardan birisi de, istinabe konusu delilin kendi yetkisi içinde olup olmadığıdır. Mahkeme hem coğrafi hem de maddi anlamda yetkisinin olup olmadığını inceleyecektir.¹²⁷

Ancak milletlerarası istinabe taleplerinin, *lex fori*'ye tâbi olması kuralına bazı istisnalar da getirilebilmektedir. Çünkü istinabe talebini yerine getiren devletin hukukunun uygulanması, delilin, esas davayı gören mahkemenin hukukuna göre geçersiz sayılmasına sebebiyet verebilir. Bu sebeple bazı hallerde, istinabe konusu delilin özel bir usul ile elde edilmesini kabul eden hukuk sistemleri vardır. Örneğin İsviçre hukukunda (İsviçre MÖH Kanunu m. 11/II), bazı şartlarda talep eden yabancı devletin hukukuna göre de delillerin toplanabileceği kabul edilmiştir. Bu hükmün, milletlerarası tahkimde de uygulanabileceği kabul edilmektedir¹²⁸. Bazı milletlerarası sözleşmelerde de, *lex fori* ilkesine istisnalar getirilmiştir. Örneğin La Haye Delil Sözleşmesinin 9/II. maddesinde, istinabe talep eden makamın özel bir usule uyulmasını isteyebileceği kabul olunmuştur. Bu halde istinabe olunan makam, bazı şartlarda bu talebi yerine getirmek zorundadır. Yine 1954 tarihli Hukuk Usulüne dair La Haye Sözleşmesinin 14. maddesinde de, istinabe eden devletin özel bir usule uyulmasını talep etmesi halinde, istinabe olunan devletin buna uyması zorunluluğu getirilmiştir¹²⁹.

B) TARAFLARIN VE HAKEMLERİN DELİLLERİN ELDE EDİLMESİNE KATILABİLMELERİ

Bazı hukuk sistemlerinde, hakemlerin de delillerin toplanmasına katılabilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Örneğin Alman hukukunda, hakemlerin de delillerin elde edilmesine yönelik her aşamada bulunabileceği ve soru sorabileceği açıkça düzenlenmiştir¹³⁰.

Türk hukukunda, tarafların ve hakemlerin delillerin elde edilmesine iştiraklerini düzenleyen bir kural, ne MTK'da ne HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri arasında yer almaktadır. Dolayısı ile HMK'daki genel hükümlerin dikkate alınması gerekir (MTK m. 12/B). HMK'nın 197/III. maddesine¹³¹

¹²⁶ WOLFF, s. 162.

¹²⁷ BERGER/KELLERHALLS, s. 356.

¹²⁸ WOLFF, s. 159.

¹²⁹ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 49.

¹³⁰ SACHS/LÖRCHER, s. 344; BINDER, s. 331.

¹³¹ HMK m. 197/III: Delillerin incelenmesi veya beyanların dinlenmesi sırasında taraflar, isti-

göre, delillerin incelenmesi veya beyanların dinlenmesi sırasında taraflar, istinabe olunan mahkemede hazır bulunabilir ve deliller ile ilgili açıklama haklarını kullanabilirler¹³². MTK da, HMK'ya atıf yaptığı için söz konusu hüküm, milletlerarası istinabe taleplerinde de uygulanabilecektir. Dolayısı ile taraflar, Türkiye'de delillerin elde edilmesi aşamasındaki adli faaliyetlere katılabileceklerdir. Ancak bunun için mahkeme, delilin toplanmasından uygun bir süre öncesinden tarafları (HMK m. 197/III) haberdar etmelidir.

Türkiye'nin taraf olduğu La Haye Delil Sözleşmesinin 8. maddesine göre, her âkit devlet, istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında istinabe talep eden yabancı makamın yargı mensuplarının da hazır bulunabileceğini beyan edebilir. Ancak Türkiye bu beyanı yapmamıştır¹³³. Bu sebeple, yabancı mahkemenin istinabe taleplerinde, yabancı makamın yargı mensupları Sözleşmeye istinaden Türkiye'deki istinabe taleplerinin yerine getirilmesi sırasında hazır bulunamayacaklardır. Ancak hakemlerin, delillerin elde edilmesi sürecine katılmalarını engelleyecek bir hukukî sebebin olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü yukarıda¹³⁴ izah edildiği üzere, hakem mahkemesi bir kamu kurumu ya da organı değildir. Üstelik hakemler, ihtilâfi çözmekle yetkilendirilmiş kimselerdir. Bu sebeple kanaatimizce, taraflarla birlikte hakemlerin de, istinabe konusu delilin elde edilmesine katılabilmesi, gerekirse soru sorabilmesi gerekir.

SONUÇ

Milletlerarası ticarî tahkimde tahkim yeri, tarafsızlık gibi sebepler ile seçilebildiği için, deliller tahkim yerinden farklı bir ülkede bulunabilmektedir. Milletlerarası ticarî tahkimde, deliller genellikle taraflarca hakem mahkemesine getirilmekte iken tahkim yeri dışında bulunan ve taraflarca elde edilemeyen deliller bakımından bazen mahkemelerin yardımına ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu halde delillerin bulunduğu ülke mahkemesinin milletlerarası istinabesinde farklı ihtimaller söz konusu olabilmektedir.

Tahkim yeri dışında bulunan delillerin, delillerin bulunduğu ülkedeki mahkemelerin istinabesi ile elde edilmesinde birinci ihtimâl, istinabe

nabe olunan mahkemede hazır bulunabilir ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabilirler. Bu hususu sağlamak için, taraflara incelemenin yapılacağı tarih ve yer bildirilir. Bu davet üzerine taraflar istinabe olunan mahkemede hazır bulunmasalar dahi deliller incelenir veya beyanlar dinlenir.

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz: UMAR, s. 572 – 573; YILMAZ, s. 1031.

¹³³ Bu beyanın yapılmaması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir: Ataman-Figanmeşe, s. 47.

¹³⁴ Dpn. 13 ve 30 civarı.

talebinin doğrudan hakem mahkemesi tarafından yapılabilmesidir. Aslında bu çözüm tarzı, milletlerarası ticarî tahkimin tercih sebeplerinden birisi olan seriliği sağladığından tercihe şayandır. İkinci ihtimal ise, UNCITRAL Model Kanunda öngörüldüğü üzere, delilin bulunduğu ülke mahkemesinin, tahkim yeri mahkemeleri aracılığı ile istinabe edilmesidir. Bu ise, delilin elde edilmesi bakımından iki mahkemenin işbirliğini gerektirdiğinden dolayı, daha uzun bir süreyi gerektirmektedir. İngiltere, Almanya gibi bazı ülkelerin mevzuatlarında tahkim yeri yabancı ülkelerde bulunan hakem mahkemelerinin, doğrudan istinabe taleplerinin kabulüne ilişkin düzenlemeler yapılmış ise de, ülkelerin çoğunda MODEL Kanununun da etkisiyle bu yaklaşım benimsenmemiştir. Günümüzde hukuk sistemlerin çoğunda, delilin bulunduğu ülke mahkemesinin milletlerarası istinabesinin, tahkim yeri mahkemeleri aracılığı yapılması kabul edilmektedir.

Çalışmada, MTK ve HMK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Türk hukuku bakımından tahkim yeri yabancı ülkelerde bulunan hakem mahkemelerinin ancak tahkim yeri mahkemeleri aracılığı Türk mahkemelerinden istinabe talep edebilecekleri kanaatine varılmıştır. Tahkim yeri Türkiye’de bulunan hakem mahkemelerinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi ise, kendisinden istinabe talep edilen devletin hukukuna bağlı bir konudur. Kendisinden yardım talep edilen devletin hukuku, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabe talebinde bulunmasına izin veriyor ise, tahkim yeri Türkiye olan hakem mahkemeleri de yabancı ülke mahkemesini doğrudan istinabe edebilir.

Kendisinden yardım talep edilen mahkeme öncelikle, yardım talebinin şekli ve maddî şartları haiz olup olmadığını inceleyecektir. Eğer istinabe talebi, mevzuatın aradığı şekli ve maddî şartları haiz ise, milletlerarası usul hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere, kendisinden yardım talep edilen mahkeme, istinabe talebini kendi usul kuralları (*lex fori*) gereğince yerine getirecektir. Ancak *lex fori* ilkesine bazı milletlerarası sözleşmelerde istisnalar da getirilmiştir. Örneğin, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delillerin Sağlanması Hakkında La Haye Sözleşmesinde, bazı şartlarda istinabe talep eden ülkenin hukukuna göre de, delillerin elde edilmesine imkân tanınmıştır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007.
- ATAMAN – FİĞANMEŞE, İnci :** Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında La Haye Sözleşmesi, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Y. 23, 2003, S. 1 – 2, s.19 – 89.
- BAKER, C. Mark/ROMMAN, Kinan H. :** Court Assistance in Obtaining Discovery in International Arbitration Proceedings: Applications Under 28 U.S.C. & 1782, yeri: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter (ed): The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, s. Köln 2010, s. 9 – 14.
- BERGER, Bernhard/KELLERHALLS, Franz :** International and Domestic Arbitration in Switzerland, London 2010.
- BERGER, Klaus Peter :** Private Dispute Resolution in International Business Negotiation, Mediation, Arbitration, Vol. II, 2009.
- BINDER, Peter :** International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, London 2010.
- BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine/REDFERN, Alan/HUNTER, Martin:** Redfern and Hunter on International Arbitration, New York 2009.
- BORN, B. Gary :** International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009.
- CHENG, Teresa :** Celebrating the Fiftieth Anniversary of the New York Convention, yeri: Van Den Berg, A. J. (ed): 50 Years of The Newyork Convention, ICCA Congress Series No:14, 2009, s. 679 – 689.
- CRAIG, Laurence W./PARK, William W./PAULSSON, Jan:** International Chamber of Commerce Arbitration, New York 2000.
- DEREN – YILDIRIM, Nevhis :** Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.
- EKŞİ, Nuray :** Milletlerarası İstinabe, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 337 – 384.
- ERTEN, Rifat :** Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri, Ankara 2010.
- GAILLARD, Emmanuel/SAVAGE, John :** Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague/Boston/London 1999.

GIRSBERGER, Daniel/VOSER, Nathalie : International Arbitration in Switzerland, 2012.

HARRIS, Bruce/PLANTEROSSE, Rowan/TECKS, Jonathan :The Arbitration Act 1996 A Commentary, 2007.

HEUMAN, Lars : Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, New York 2003.

HUNTER, Martin/PANOV, Andrey : Taking Evidence Abroad in International Arbitration in the 21st Century, yeri: Hobér, Kaj/Magnusson, Annette/Öhrström, Marie (ed): Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke, 2010, s. 213 – 225.

KALPSÜZ, Turgut : Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010.

KIRTLEY, William Lawton : Court-Ordered Discovery in the United States Under 28 USC s. 1782 for Use in Foreign International Arbitration: Its Evolution, Current Trends, Strategic Use and Dangers, International Arbitration Law Review, Vol. 14, No:2 s. 47 – 50.

KARRER, PIERRE A. / ARNOLD , KARL W. / PATOCCHI, PAOLO MICHELE: Switzerland’s Private International Law, Second Edition, Boston/Zurich 1994.

KNÖFEL, Oliver L. : Judicial Assistance in the Taking of Evidence Abroad in Aid of Arbitration: A German Perspective, Journal of Private International Law, Vol. 5, No:2, 2009, s. 281 – 309.

LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M.: Comparative International Commercial Arbitration, The Hague 2003.

MÜLLER-CHEN, Markus : The Use of Evidence Obtained in Us-American Discovery in International Civil Procedure Law and Arbitration in Switzerland, ASA Bulletin, Vol. 27, No:2, 2009, s. 196 – 212.

NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul 2008.

ÖZEL, Sibel : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilâfı Meseleleri, İstanbul 2008.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2012.

PENNY, Michael : Letters of Request: Will a Canadian Court Enforce a Letter

of Request from an International Arbitral Tribunal?, The American Review of International Arbitration, Vol. 12, 2001, s. 249 – 261.

POUDRET, Jean - François/BESSON, Sébastien (Tercüme: BERTI, stephen V./PONTI, Annette): Comparative Law of International Arbitration, London 2007.

SACHS, Klaus/LÖRCHER, Torsten : Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan Michael/Nacimiento, Patricia (ed): Arbitration in Germany The Model Law in Practice , 2007.

SCHWARZ, Franz, T./KONRAD, Christian W.: The Vienna Rules A Commentary on International Arbitration in Austria, 2009.

ŞANLI, Cemal : Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2005.

UMAR, Bilge : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

WOLFF, Reinmar : Judicial Assistance By German Courts in Aid of International Arbitration, The American Review of International Arbitration, Vol. 19, No:1, 2008, s. 145 – 171.

YEŞİLIRMAK, Ali :Provisional Measures in International Commercial Arbitration, The Hague 2005.

YEŞİLOVA, Bilgehan : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.

YILMAZ, Ejder : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

TİCARÎ İŞ KAVRAMI VE TACİR SIFATINA BAĞLANAN ÜCRET VE SÖZLEŞME CEZALARININ İNDİRİLMESİNİ İSTEYEMEME

Rıza AYHAN*

ÖZET

Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir (TBK m. 182/3). Ancak Türk Ticaret Kanunu m. 22'ye göre, tacir sıfatını haiz borçlu, aşırı ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez. TTK m. 22'nin uygulanabilmesi için, borçlunun tacir sıfatını haiz olması ve cezaî şartın borçlunun ticarî işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması gerekir. Ticari işletmenin asli unsurlarından biri “emek”tir. Ticari işletme sahibi tacir işveren ile “işçi” arasındaki “hizmet sözleşmesi” bir ticarî iştir. Dolayısıyla işçi ile yapılan hizmet sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun, aşırı olduğu iddiasıyla indirilmesinin, tacir işveren tarafından, mahkemeden talep edilmesi mümkün değildir. Bu haliyle tacir sıfatını haiz işveren hakkında, TTK m. 22 hükmünün tatbik edilemeyeceği yönündeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları Türk Ticaret Kanunu bakımından kabul edilebilir olmadığı gibi, İş Kanununun ruhuna da aykırıdır.

Anahtar Kelimeler: Ticari iş, tacir olmanın hüküm ve sonuçları, ceza koşulu, aşırı ceza koşulunun indirilmesi, tacir işveren.

CONCEPT OF COMMERCIAL BUSINESS AND NOT TO MOVE FOR REDUCTION OF CHARGE AND PENAL CLAUSE LINKED TO MERCHANT CAPACITY

ABSTRACT

Judge reduce excessive penal clause ex officio (Turkish Code of Obligations Art. 182/3). However, according to Art. 22 of Turkish Commercial Code (TCC), merchant capacity having debtor cannot move for reduction of penalty of contract because of its excess. To carry out Art. 22 of TCC, debtor must have merchant capacity and penal clause must be referred to a debt related to debtor's commercial enterprise. One of the fundamental elements of commercial enterprise is “labour (employee)”. “Contract of employment” between “employee” and merchant employer, who is owner of commercial enterprise, is a commercial business. Consequently, merchant employer cannot move for reduction of penal clause because of its excess, agreed in contract

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi

of employment made with employee. In the present case, decisions of Assembly of Civil Chambers of Supreme Court that Art. 22 of TCC cannot be applied to merchant capacity employer, are not acceptable in terms of Turkish Commercial Code and also they are against the essence of Labour Law.

Keywords: *Commercial Business, Effects and Outcomes of Being a Merchant, Penal Clause, Reduction of Excessive Penal Clause, Merchant Employer.*

GİRİŞ

Özel hukukun ikiliği ilkesini kabul eden, bir diğer ifadeyle, kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen Borçlar Kanunu yanında ayrıca Ticaret Kanunu olan hukuk sistemlerinde, özel hukukun birliğini korumak ve Ticaret Kanununda özel hüküm bulunmadıkça Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla, özel hükümler öngörölmüştür.

Bu esastan olmak üzere, şekli açıdan bağımsız kanunlar niteliğinde olan 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu arasındaki ilişki, “*Bu Kanun, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun beşinci kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.*” (TBK m. 646) şeklinde kurulmuş, Türk Medenî Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında bir bağ oluşturulmuştur¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 646’da düzenlenen bu hükümden başka, TMK’nun 5’inci maddesinde, “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikteki hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*” denilmiştir.

Benzer bir düzenlemeye Türk Ticaret Kanununda da yer verilmiş, “*Türk Ticaret Kanunu 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır.*” denilmiş; ayrıca Türk Ticaret Kanununun gerekçesinde de “*...ticari işlere bakan mahkemeler...ticari işlere mahsus hüküm olmadıkça, onlar hakkında da diğer bütün işlerinde olduğu*

¹ Bu husus, 818 sayılı Borçlar Kanununda, “*Kanunu Medenin müttemmimi olan işbu kanun merbut tashihler ile beraber kabul edilmiştir.*”(m. 544) şeklinde ifade edilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki hüküm (m. 646), mehz İsviçre Borçlar Kanununa daha uygundur. Bilindiği üzere İsviçre Borçlar Kanununun (OR) resmi adı “*İsviçre Medenî Kanununu Tamamlamaya İlişkin Federal Kanun (Beşinci Kısım: Borçlar Kanunu)*”dur (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*).

gibi, *Medenî Kanunla Borçlar Kanunu hükümlerini uygulamak yoluna gideceklerdir.*"²diyerek hükmün konuluş amacını açıklamıştır.

Bütün bu düzenlemelerin doğal sonucu, adî iş-ticarî iş ayrımı yapılmasını gerekli hâle getirmiş; ticarî işlere, esas itibarıyla, ticarî hükümlerin uygulanması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu konunun hükme bağlandığı TTK m.1/2'de de, "*Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*" denilmek suretiyle, TTK m. 1/1'deki hükme yollama yaparak, adî hüküm-ticarî hüküm ayrışması vurgulanmıştır.

Buna göre, borç ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ticarî hükümlerin mi? yoksa genel hükümlerin mi? uygulanacağını kesin bir surette tespit ve tâyin edilebilmesi, o olayın "*ticarî iş*" niteliğinde olup olmamasına bağlanmıştır. Uyuşmazlık "*ticarî iş*" niteliğinde ise, Türk Ticaret Kanununun birinci maddesindeki sıraya göre, "*ticarî hükümler*"; uyuşmazlık ticarî iş niteliğini haiz değilse, bu takdirde ticarî hükümler uygulanamayacağından, "*genel hukuk kuralları*" tatbik edilecektir.

Türk Ticaret Kanununda iki ayrı maddede "*ticarî iş*" ele alınmış; Türk ticaret Kanununun 3'üncü maddesi "*ticarî işler*"e ayrılırken, Kanunun 19'uncu maddesinde "*ticarî iş karinesi*" düzenlenmiştir.

I. Türk Ticaret Kanununun 3'üncü Maddesine Göre "Ticarî İş"

Türk Ticaret Kanununun 3'üncü maddesi uyarınca, "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*"

Kanun koyucu TTK m. 3'te, ticari işleri iki başlık altında ele almıştır. Bunlar:

A) Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen İşler

Türk Ticaret Kanunu m. 3'ün düzenlemesine nazaran, "*Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş bütün işler*", ticarî işletmeyle veya tacirle ilgili olmasa dahi, kanun gereği ticarî iş kabul edilmektedir. Bu hâliyle kanun koyucunun, Türk Ticaret Kanununda hükme bağlanmış işleri, hukukî yapıları itibarıyla ticarî iş niteliğinde olup olmamasına bakılmaksızın, sadece Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için, "*ticarî iş*" olarak kabul ettiğini görüyoruz.

² 6762 sayılı Türk ticaret Kanunu gerekçesi. 6102 sayılı Kanunun gerekçesinde, sadece 6762 sayılı Kanundan farklı olan düzenlemelerin sebebi açıklanmaktadır.

Aslında, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen bu hususların büyük bir çoğunluğu “*ticarî işletme*” ile ilgilidir. Fakat doğrudan ticarî işletmeyle ilgili bulunmayan, sadece şeklen Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olması dolayısıyla ticarî iş sayılan işler de mevcuttur. Gerçekten de “*Cari Hesap Sözleşmesi*” (TTK m. 89-101), tacir olsun olmasın, ticarî işletmeyi ilgilendirsin ilgilendirmesin, herkes tarafından yapılabilir. Bunun gibi, ne işle uğraştığına bakılmaksızın, bir kişi, bono tanzim edebilir; çek keşide edebilir. Bu işler sadece Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için “*ticarî iş*” sayılmaktadır. Benzer şekilde, aslında birer haksız fiil olan “*Haksız Rekabet*” (TTK m. 54 vd.) ve “*Çatma*” (TTK m. 1286 vd.), Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için “*ticarî iş*” olarak kabul edilmektedir³.

B) Ticarî İşletmeyi İlgilendiren Bütün İşlem ve Fiiller

Türk Ticaret Kanunu m. 3’te belirtilen bu kıstasa göre, hangi işlem ve fiillerin ticarî işlerden olduğunu belirleyebilmek için öncelikle “*ticarî işletme*” ve “*ticarî işletmeyi ilgilendirmek*” kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekir.

1) Ticarî İşletme

Ticarî işletme TTK m. 11/1’de, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*”, şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanıma nazaran, ticarî bir işletmeden bahsedilebilmesi için her şeyden evvel bir “*işletme*”nin bulunması gerekir. İktisadi bir kavran olan “*işletme*” İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğünde (Handelsregisterordnung) (HRegV), “*bağımsız, sürekli bir iktisadi faaliyet*” (m. 2/b) olarak tanımlanmıştır.

İşletmeciler ise, “*insanların istek ve ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla üretim faaliyetlerini en uygun bir şekilde bir araya getirerek, mal veya hizmet üretilip satışa sunan temel olarak kâr, sosyal fayda ve varlığını sürdürme amacı güden ekonomik birimlere işletme adı verilir.*” demektedirler⁴.

İşletmecilere göre, üretim (ekonomik) faktörleri, doğal kaynaklar, sermaye, girişimci ve iş gücünden (emek) ibarettir⁵. Emek, üretim faktörleri içinde en önemli olanlardan birisidir. İnsanların üretim için harcadıkları bedensel ve zihinsel çabaların tümü “*emek*” olarak nitelendirilir; emek olmadan (en azından bu günkü bilgi birikimiyle) üretimde bulunulamaz.

³ Ayhan, R., Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Ankara 2007, s. 19-20.

⁴ Üner, M., (Editör), Genel İşletmecilik, 2. Bası, Ankara 2011, s. 20.

⁵ Üner, s. 13 vd.

Emek işletmenin aslî unsurlarındandır; ücret, emeğin karşılığında yapılan ödemedir⁶.

İktisadi bir kavram olan işletme, ekonomistler tarafından da benzer şekilde ifade edilmiş; üretim faktörleri, tabiat (toprak), emek, sermaye ve girişim olarak nitelendirilmiştir. Ekonomistlere göre de, üretim faktörleri içinde en önemlilerinden biri “emek”tir; emek olmadan hiçbir üretimin yapılamayacağı bir gerçektir⁷.

Bütün bu değerlendirmeler ışığında “işletme”yi, doğal kaynaklar, sermaye, emek ve girişimcinin oluşturduğu, bağımsız, sürekli iktisadi faaliyet olarak nitelendirmek mümkündür.

Her işletme, ticarî işletme değildir. Bir işletmenin ticarî işletme sayılabilmesi için, bir işletmenin bulunması yanında, bu işletmenin “*esnaf faaliyetlerini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutması*” da gerekir⁸.

Buna göre, ticarî işletmeden bahsedebilmek için bir “işletme”nin bulunması ön şarttır; işletmeden söz edebilmek için ise, işletmeyi oluşturan unsurların, yani doğal kaynaklar, sermaye, emek ve girişimcinin bulunması şarttır. Girişimci, emek, sermaye ve doğal kaynaklar işletmenin aslî unsurudur; ekonomistlerin ve işletmecilerin ifadesine göre de “emek” işletmenin vazgeçilmez ögesidir.

2) Ticarî İşletmeyi İlgilendiren İşler

İşletmeler insan ihtiyaç ve isteklerini karşılamak amacıyla kurulur. Ancak, insan ihtiyaç ve isteklerini karşılamak maksadıyla üretim faktörlerini (doğal kaynak, sermaye, emek) bir araya getiren girişimcinin de (müteşebbis) bir kısım istek ve ihtiyaçları vardır; bunlar, gelir ve buna bağlı olarak kâr elde etmek isterler⁹.

Bu değerlendirmeye göre, girişimcinin gelir ve buna bağlı olarak kâr elde etmek amacıyla, insan istek ve ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla yapacağı her türlü işlem ve fiiller, işletmeyi ilgilendirir. İşletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller geniş yorumlanmalı; işletmeyle ilgili bir işin icrasına hazırlık oluşturmak ya da icrasını kolaylaştırmak amacıyla yapılan işlerin

⁶ Ünner, s. 14.

⁷ Altınok, S./Çetinkaya, M., İktisada Giriş, Ankara 2012, s. 41.

⁸ Arkan, S., Ticarî İşletme Hukuku, 16. Bası, Ankara 2012, s. 27-32; Karahan, S., Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, İstanbul 2012, 19-24; Yasaman H./Poroy, R., Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 37-39.

⁹ Ünner, s. 29.

de “işletmeyle ilgili” olduğu kabul edilmelidir¹⁰. Diğer bir söyleyişle, ticarî hayatta geçerli olan görüşler uyarınca, ticarî işletmede yürütülen faaliyet ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisinin bulunduğu kabul edilen her işlem ve fiilin ticarî işletmeyi ilgilendirdiği varsayılmalıdır¹¹.

Bu bağlamda, işletmenin unsurlarını oluşturan üretim faktörleri yanında, tacirin ticarî işletmesinde kullanmak maksadıyla mamul, yarı mamul veya ham madde satın almasını, işletmede çalışan işçilerle hizmet sözleşmesi yapılmasını vs., ticarî işletmeyi ilgilendiren işlemlerden kabul etmek gerekir.

a) Ticarî İşletmeyi İlgilendiren İşlemler

Türk Ticaret Kanununun 3’üncü maddesinde ifadesini bulan “*ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem*”den, “*ticarî işletmeyi ilgilendiren hukukî işlem*” anlaşılmaktadır¹².

Bilindiği gibi hukukî işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde, gerektiğinde diğer unsurlar ile birlikte hukukî sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan bir hukukî olgudur. İrade açıklamasının yönelmiş olduğu hukukî sonuç, bir hakkın veya hukukî ilişkinin kurulması, değiştirilmesi, devredilmesi veya ortadan kaldırılması olabilir. Hukukî işlem ile bireyler, diğer kişiler ile doğrudan doğruya hukukî ilişkilerini kurar ve düzenler. Bu anlamda hukukî işlem, TBK m. 26’da düzenlenmiş olan irade özerkliğinin gerçekleştirme aracıdır. Hukukî işlem, belirli bir hukukî sonucun meydana gelmesine, dolayısıyla belirli bir amacın gerçekleşmesine yönelik bir hukukî fiil türüdür¹³.

Hukukî işlemleri, düzenlendikleri hukukî ilişkinin içeriğine, katılanların sayısına, sonuçlarını doğurdıkları ana, ivazlı ve ivazsız, sebebe bağlı veya soyut, şarta, süreye, şekle bağlı olup olmamalarına göre ayrıma tâbi tutmak mümkündür¹⁴. Diğer ayrımlar bir yana, hukukî işlemler, düzenlendikleri hukukî ilişkinin konusuna (içeriğine) göre, borçlar hukuku, eşya hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku işlemlerine ayrılır. Borçlar hukuku işlemleri ile bir borç ilişkisi kurulup, değiştirilip, ortadan kaldırılırken, eşya hukuku işlemleriyle bir aynî hak kurulur, değiştirilir veya ortadan kaldırılır. Borçlar hukuku işlemleriyle eşya hukuku işlemleri bir taraflı olabileceği gibi, iki taraflı da olabilir. Bir taraflı hukukî işlemlerin en tipik örneği ilân yoluyla

¹⁰ Arkan, s. 65.

¹¹ Arkan, s. 65.

¹² Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 65.

¹³ Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012, s. 119.

¹⁴ Hukukî işlem çeşitleri için bkz. Eren, s. 164 vd.

ödül sözü vermedir (TBK m. 26). Akdî nitelikteki borçlar hukuku işlemleri ise, satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerdir¹⁵.

Bu izahattan da açıkça anlaşıldığı gibi, hizmet sözleşmesi bir hukukî işlemdir; bu hizmet sözleşmesi ticarî işletme için yapılmışsa, ticarî işletmeyi ilgilendiren bir işlem mahiyetindedir.

Hâl böyle olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında¹⁶ “işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK’nun 3’üncü maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 (şu anda 4857) sayılı İş Kanunundan kaynaklanan ve İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir” denilmektedir.

Yukarıdaki izahlarımız karşısında Yargıtay’ın bu görüşüne katılabilmemiz mümkün değildir. Şöyle ki,

i) Kararlar 1475 sayılı İş Kanununa göre verilmiş; kararlarda işveren tacir ile işçi arasındaki hizmet akdi “İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir.” denilmiştir.

Hâlbuki 1475 sayılı İş Kanunu, hizmet akdini düzenlememiş; işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçinin çalışma şartlarını ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını hükme bağlamıştır. Gerçekten de 1475 sayılı Kanunun 9-25 maddeleri tetkik edildiğinde, işçinin korunması ilkesinden hareket edilerek, işveren karşısında zayıf durumda olan “işçi”nin çalışma ortamının ve şartlarının iyileştirilmesi maksadıyla düzenleme yapıldığı; hizmet akdinin ise Türk Borçlar Kanununun 393 vd. (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 313 vd.) maddelerinde düzenlendiği görülmektedir. Buna rağmen hizmet akdinin, İş Kanunu hükümlerine tâbi kendine özgü bir akit olarak nitelendirilmesi anlaşılamamaktadır.

ii) Kaldı ki, hizmet akdi, “kendine özgü bir akit” olsa bile, nihayet bir akittir. Bu akdin de, işletmeyi ilgilendirdiği, daha doğru bir ifadeyle, “işletme”nin aslî unsurlarına ilişkin bir akit olduğu da tartışmasızdır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bir işletmeden bahsedilebilmesi için “olmazsa olmaz” unsurlardan birisi de “emek”, yani işçinin çalışması, işçiyle bir hizmet akdinin yapılmasıdır. Bu hizmet akdinin İş Kanununa tâbi olduğunu ifade ederek, işletmeyle ilgili olmadığını ifade etmek mümkün

¹⁵ Eren, s. 164.

¹⁶ Yargıtay HGK’nun 15.10.1997 T. ve E. 1997/9-486, K. 1997/822; E. 2002/9-596, K. 2002/662, T. 02.10.2002 sayılı kararları (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.04.2013).

değildir; işletmede istihdam edilmek üzere işçiyle yapılan her hizmet akdi işletmeyi ilgilendirir.

iii) Aynı neticeye, yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri gereğince de varılır. 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanundan farklı düzenlemelere yer vermiş; hemen birinci maddesinde, “*Bu Kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumlulukları düzenlemektedir*” denilmiştir.

Görüldüğü gibi, 4857 sayılı Kanunun amacı, hizmet akdini düzenlemek değildir; Kanunun amacı “*işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumlulukları düzenlemektedir.*”

4857 sayılı Kanunun amacı bu olmasına rağmen, Kanunun 8 vd. maddelerinde “*İş sözleşmesi, türleri ve feshi*” de düzenlenmiş, Kanunun amacı aşılmıştır.

Bütün bunlara rağmen, 4857 sayılı İş Kanununda da “*iş sözleşmesi*” bir akit olarak nitelendirilmiş (m. 8); bir hukukî ilişki olduğu kabul edilmiştir. Bu hukukî ilişkinin, işletmeyle ilgili olmadığını ifade etmek de mümkün değildir; girişimci işçiye, işletmenin faaliyeti için istihdam etmekte “*hizmet sözleşmesi*”ni de işletmeyi işletmek maksadıyla yapmaktadır.

b) Ticarî İşletmeyi İlgilendiren Fiiller

TTK m. 3’te sözü edilen, “*ticarî işletmeyi ilgilendiren fiiller*”den maksat, “*hukukî fiiller*”dir.

Hukukî fiil kavramı geniş yorumlanmalı ve bundan “*bilinçli iradeye dayanan insan davranışı*” veya kısaca “*iradi davranış*” anlaşılmalıdır. Bu davranış, müspet bir davranış, bir yapma fiili olabileceği gibi, menfi bir davranış, yapmama şeklinde de ortaya çıkabilir.

Geniş anlamda hukukî fiiller, hukuka aykırı fiiller ve hukuka uygun fiiller olarak ikiye ayrılır¹⁷.

i) Hukuka Aykırı Fiiller

Hukuka aykırı fiillerin hukukî sonuç doğurmasının sebebi, bunların herkese veya sadece belirli kişilere (meselâ borçluya) genel veya özel nitelikte ödevler yükleyen hukuk normlarını ihlâl etmesidir. Hukuka aykırı fiiller de

¹⁷ Eren, s. 159-160.

kendi içinde “haksız fiil” ve “borca (sözleşmeye) aykırılık” olmak üzere ikiye ayrılır¹⁸.

Başkasının malvarlığı, şahıs varlığı gibi değerlerini ihlâl eden kusurlu haksız fiiller, başlıca hukuka aykırı fiil türleridir. Haksız fiilin, ticarî iş olarak kabul edilebilmesi için, “*ticarî işletmeyle ilgili olarak*” meydana gelmiş olması gerekir. Bu hâlde, zarar gören tacir olmasa bile, TTK m. 3 uyarınca, ticarî işletmesi münasebetiyle haksız fiil ika eden tacirin bu fiili, ticarî iş sayılmaktadır¹⁹.

Hukuka aykırı fiillerden “*sözleşmeye aykırılık*”, sözleşmenin taraflarının, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemeleri, söz konusu yükümlülükleri ihlâl etmeleridir. Taraflar sözleşmeden doğan yükümlülüklerini hiç yahut gereği gibi ve zamanında ifa etmezlerse borca aykırı hareket etmiş olurlar.

6356 sayılı “*Sendikalar ve Toplu İş sözleşmesi Kanunu*”nda düzenlenen “*Toplu İş Sözleşmesi*”, “*iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan*” bir sözleşmedir (m. 2/h).

Toplu iş sözleşmesi, bir sözleşme olmasına karşın, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan ve hüküm ve neticeleri sadece akdin taraflarını ilgilendiren tipik borçlar hukuku sözleşmelerinden değildir. 818 sayılı Borçlar Kanununda (m. 316-317) “*Umumî Mukavele*” olarak nitelendirilen “*Toplu İş Sözleşmesi*”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa alınmamıştır. Buna rağmen, toplu iş sözleşmesi, bünyesinde özel hukuk hükümlerini de barındıran, kendine özgü bir sözleşmedir²⁰.

Toplu iş sözleşmesinin tarafları, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren ile işçi sendikasıdır. İşveren bu sözleşmeyi işletmesi münasebetiyle yapar. Bir diğer ifadeyle, işletme bulunduğu için işçi çalıştırılır; işçilerin ve işverenin karşılıklı olarak çalışma şartlarını belirlemek maksadıyla da toplu iş sözleşmesi yapılır (m. 1). Bu bakımdan toplu iş sözleşmelerinin de ticarî işletmeyi ilgilendirdiği kabul edilmeli; toplu iş sözleşmelerinden doğan ihtilâflarda, işveren tacirin borçları buna göre nitelendirilmelidir.

¹⁸ Eren, s. 160.

¹⁹ Ayhan, s. 20-21; Yargıtay HGK, T. 8.3.1995, E. 1995/11-61, K. 1995/141 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 03.04.2013).

²⁰ Aktay, A. N., Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Ankara 1990, s. 21 vd.

ii) Hukuka Uygun Fiiller

Hukuka uygun fiiller, hukuk düzeninin caiz gördüğü, onayladığı ve kendilerine hukukî sonuç bağladığı fiillerdir. Hukukî fiiller, “*irade açıklamaları*”, “*tasavvur (bilgi) açıklamaları*” ve “*duygu açıklamaları*” şeklinde görülür.

İrade açıklamaları, iradeyi dışa vuran fiiller olup, hukukî işlemler, hukukî işlem benzeri (TBK m. 117’de ifadesini bulan ihtarda olduğu gibi) veya maddi fiiller olarak üç kısma ayrılır.

Hukuka uygun fiillerden bir diğeri, zamanaşımının kesilmesiyle ilgili TBK m. 154’te olduğu gibi, hukuk düzeninin, hukukî sonuçlar bağladığı tasavvur açıklamalarıdır.

Hukuk düzeninin hukukî sonuç bağladığı hukuka uygun fiiller ticarî işletmeyi ilgilendiriyorsa, ticarî iş sayılır.

II) TTK’nun 19’uncu Maddesine Göre “Ticarî İş”

Kanun koyucu, TTK m. 3’te, ticarî iş kavramının belirlenmesinde, Türk Ticaret Kanununun sistematığına uygun bir şekilde, iki kriter öngörmüş; Türk Ticaret Kanununda düzenlenen işler ile ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiilleri “*ticarî iş*” olarak kabul etmişken, TTK m. 19’da sistemde karışıklığa ve yanlış anlaşılmalara yol açacak mahiyette “*ticarî iş karinesini*” kabul etmiştir.

Bilindiği üzere, ticaret hukukunun uygulama alanının tespiti, çeşitli kabullere göre yapılmaktadır. Bunlardan sübjektif sistem, ticarî faaliyetin “*özne*”sini esas alarak, ticaret hukuku tacirlerin hukukudur derken; objektif sistemde, ticaret hukuku, “*ticarî muamelelerin (işlemlerin)*” hukuku olarak kabul edilmiştir. 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanununda olduğu gibi bu iki sistemin özelliklerini bünyesinde toplayıp “*karma sistem*”i benimseyen hukuk sistemleri de mevcut olmuştur.

Gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ticaret hukukunu “*ticarî işletmenin hukuku*” olarak kabul etmiş; “*ticarî işletme*” sistemini benimsemiştir. Böylece 865 sayılı Kanun ile benimsenen sistem, önce 6762 sayılı Kanuna, oradan da şu anda yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa dâhil edilmiş olmaktadır.

Karma sistemi benimseyen 865 sayılı 1926 tarihli Ticaret Kanunu, ticarî akitlere ilişkin olarak “*ukutu ticariye*” adı altında, tıpkı Borçlar Kanununda olduğu gibi genel ve özel (Örn: bey, icar, rehin, komisyon vs.)

hükümleri içermekte ve bu hükümlere tâbi olanlar ise, ticarî muamelelerden kabul edilmekteydi. Ticari muamelelerin neler olduğu da, Kanunun birinci kitabının birinci babının üçüncü faslında düzenlenmiş; yeniden satılmak ya da kiralanmak için yapılan alım ve kira işleri, kim yaparsa yapsın ticarî muamele olarak kabul edilmiştir. 865 sayılı Ticaret Kanununda ayrıca bir karine de getirilmiş, tacirin akit ve borçlarının, adî işlere ilişkin olduğu ispatlanmadıkça, ticarî sayılacağı kabul edilmiştir (m.22). Bu karineden başka bir de yorum kuralına yer verilmiş, taraflardan biri için ticarî iş niteliğinde olan borçların, Kanunda aksine hüküm bulunmaması hâlinde, diğer taraf için de Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi olacağı belirtilmiştir (m. 23).

865 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde getirilen yorum kuralı, yapılan işin hangi Kanun (Borçlar-Ticaret) hükmüne tâbi olacağını belirlediğinden, söz konusu yorum kuralı, o dönemde önemli bir koordinasyon işlevine sahipti; işin tâbi olacağı kanunun belirlenmesinde önem taşımaktaydı. Bu hükme denk gelen yürürlükteki 19. madde hükmü ise, ticari işletme sistemine göre oluşturulan 6102 sayılı Kanun açısından sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

A) Ticarî İş Karinesi

Kanun koyucu, TTK m. 3'te, *“Türk Ticaret Kanununda düzenlenen hususlarla”*, *“ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller”*in ticarî iş olduğunu hükme bağladıktan sonra, TTK m. 19'da, *“sübjektif sistemden”* mülhem olarak, *“bir tacirin borçlarının ticarî olduğunu”* ve *“taraflardan sadece biri için “ticarî iş” niteliğinde sayılan sözleşmelerin de ticarî iş olduğunu”* hükme bağlamıştır.

Türk Ticaret Kanunu m. 19/1'e göre, *“Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.”*

Bu düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, kanun koyucu, *“Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır.”* dedikten sonra TTK m. 19'un 1'inci fıkrasının 2'inci cümlesinde, *“gerçek ve tüzel kişi tacir”* ayırımına gitmiş; tüzel kişi tacirin bütün işlem ve fiillerini ticarî iş olarak kabul etmiştir.

Kanun koyucunun kabulüne nazaran, tüzel kişi tacirin adî iş alanları yoktur²¹. Yargıtayın ve öğretinin ²² de kabulü bu yönde olmasına karşın,

²¹ **Yargıtay 11. HD**, T. 20.6.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112 (Kazancı bilgi Bankası, Erişim tarihi: 03.04.2013).

²² **Arkan**, s. 65-66; **Karahan**, s. 56; **Poroy/Yasaman**, s. 76; **Yargıtay HGK**, T. 11.10.2006, E. 2006/19-684, K. 2006/647.

Yargıtay HGK kararında²³ “işveren ile işçi arasındaki ilişki, TTK’nun 3’üncü maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve İş Yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir” denilerek, TTK m. 19/1’in konuluş sebebine aykırı bir sonuca varmıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki, yukarıda izah ettiğimiz gibi, “işçi ve işveren” arasındaki hizmet akdi, ticarî işletme münasebetiyle akdedildiği için, ticarî işletmeyi ilgilendirmiyor sonucuna varılamaz. Bir an için böyle bir sonuca varılabileceği düşünülse dahi, Türk Ticaret Kanununda, ticarî iş sadece TTK m. 3’te düzenlenmemiştir; TTK m. 19’da ticarî iş karinesi de “ticarî iş”i belirlemektedir. Yargıtay HGK’nun TTK m. 19’u ihmal ederek (hükümün gerekçesinde TTK m. 19’dan hiç bahsedilmemektedir), işçi ile işveren arasındaki hizmet akdinin ticarî iş niteliğinde olmadığını kabul etmesi isabetli olmamıştır.

Yargıtay HGK’nun kabulüne nazaran, bu hizmet akdi kendine özgü bir akit olsa bile, akdin diğer tarafı tüzel kişi tacirdir; tüzel kişi tacirin TTK m. 19/1 uyarınca bütün işleri ticarîdir. Bu hizmet akdinin ticarî iş olmadığını ifade etmek suretiyle, “işveren aleyhine öngörülen cezai şartın BK m. 161/son (6098 sayılı TBK m. 182/3) gereğince mahkemece indirimine tâbi tutulması mümkündür.” sonucuna varılması, asıl amacı işçinin korunmasını sağlamak olan İş Kanunu’nun da amacına aykırı olmuştur.

“Tacirin borçlarının ticari olması asıldır.” hükmü, tüzel kişi tacirler açısından mutlak olarak kabul edilmiş; gerçek kişi tacir bakımından ise, iki hâlde istisna kabul edilmiştir. TTK m. 19/1, c. 1’e göre, “gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.”

B) Taraflardan Yalnızca Biri İçin “Ticarî İş” Niteliğinde Olan Sözleşmeler

Türk Ticaret Kanununda “ticarî iş” olarak kabul edilen hususlar sadece 3’üncü maddede belirtilmemiş, TTK m. 19/1’de “tacirin borçlarının ticari olması asıldır.” denildikten sonra, TTK m. 19/2’de “Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler; Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.” karinesi kabul edilmiştir.

²³ 15.10.1997 tarihli yukarıda zikredilen karar.

Türk Ticaret Kanunu m. 19/2'deki kabule göre, taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğindeki sözleşmelerin, diğeri için de ticarî iş sayılması, şarta bağlanmıştır.

i) Taraflardan sadece biri için ticarî sayılan işlerin, diğeri taraf için de ticarî iş olarak kabul edilmesi ve TTK m. 19/2'nin uygulanabilmesi, sözleşmeyle ilgili olmasına bağlıdır; haksız fiillerden doğan ilişkilere uygulanmaz²⁴.

ii) Taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğinde olan sözleşmelerin, diğeri için de ticarî iş sayılabilmesi, kanunda aksine hüküm bulunmamasına da bağlıdır.

Buna göre, meselâ TTK m. 8/1'de hükme bağlanan “*bileşik faiz*”in uygulanabilmesi için, “*her iki tarafın da tacir olması şartına bağlandığından*”, tacir olmayanlara tatbik edilmez; taraflardan biri için ticarî iş sayılsa bile, diğeri taraf tacir olmadığı için TTK m. 8/1 uygulanmaz

III) Bir İşin “Ticarî İş” Olarak Nitelendirilmesinin Hukukî Sonuçları

Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanununun sistematigi içinde, bu kabullere göre de bunlara farklı sonuçlar bağlamıştır. Böyle bir kabul, ticarî iş için öngörülmüş, bir işin “*ticarî iş*” olarak kabul edilmesinin hukukî sonuçları ayrıca düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucunun hukukî sonuç bağladığı yegâne kavram “*ticarî iş*” değildir; varmak istediğimiz sonuç bakımından, “*tacir*” sıfatına da bazı hukukî sonuçlar bağladığı gözlenmektedir.

A) “Ticarî İş”e Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Bir işlem veya fiilin ticarî iş olarak sayılması, bunlara uygulanacak hükümlerin sırası ve seçimi bakımından önemli olduktan başka; bilhassa müteselsil sorumluluk, faiz ve zamanaşımı bakımından da önemli sonuçlar doğurur.

1) Teselsül Karinesi

Türk Borçlar Kanununa göre, borçlular arasında teselsül ya borçluların iradesinden ya da kanundan doğar; TBK m. 162 vd.'nin kabulüne nazaran, ticarî olmayan işlerde müteselsil borçluluk istisnai bir nitelik arz eder. Oysa, ticarî işlerde müteselsil borçluluk asıldır. Gerçekten de, TTK m. 7'ye göre, “*İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğeri bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda*

²⁴ Yargıtay HGK, T. 17.2.1999, E. 1999/19-73, K. 1999/106 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 03.04.2013)

veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar.” (TTK m. 7/1, c.1). *“Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur.”* (TTK m. 7/2).

2) Faiz

Mahrum kalınan bir miktar paraya, mahrumiyet süresi ve mahrum kalınan paranın miktarı ile orantılı olarak sağlanan medenî semere şeklinde tanımlanan faiz²⁵ hukukumuzda oldukça dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. Faizi düzenleyen genel nitelikteki hükümler esas itibarıyla Türk Borçlar Kanununda (m. 88, 104, 120-122, 131, 146-147, 152, 189, 377-378...), Türk Ticaret Kanununda (m. 8-10, 1530) ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanununun kabulüne nazaran, *“ticari olmayan tüketim öduncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez”* (TBK m. 387) iken, *“Ticari tüketim öduncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir.”* (TBK 387).

Bunun haricinde, akdi faiz oranının belirlenmesinde de, faiz borcunu doğuran sözleşmenin ticarî nitelikte olup olmamasına göre de ayırım yapılmış; ticarî olmayan işlerde sözleşmeyle kararlaştırılan faiz oranının kanuni faiz oranının yüzde ellisini aşamaz (TBK m. 88/2) denilirken, ticarî işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 8/1).

Ayrıca, ticarî olmayan işlerde bileşik faiz yasaklanmışken (TBK m. 388/3), ticarî işlerde bileşik faiz istisnai olarak iki hâlde, cari hesap ve tüketim öduncü sözleşmesinde kabul edilmiştir (TTK m. 8/2).

3) Zamanaşımı

Zamanaşımı, TBK’nun 146-161’inci maddeleri arasında hükme bağlanmış, *“belirlenen bu zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilemeyeceği”* öngörülmüştür (TBK m. 148). Emredici mahiyette bulunan bu hükümle, *“sürelerin kesinliği ve zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı”* kuralları kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki TBK m. 148’de öngörülen değiştirme yasağı, TBK 146-147’nci maddelerde yer alan sürelerle ilgilidir; bu maddeler dışında yer alan zamanaşımı süreleri değiştirilebilir. Ancak bu hâlde dahi zamanaşımı süresi en fazla on yıl (olağan süre) olabilir; yeni süre on yılı aşamaz²⁶.

²⁵ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 69.

²⁶ Eren, s. 1287.

Zamanaşımını düzenleyen TTK m. 6'da ise “*Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez.*” şeklinde bir düzenleme yapılmış; sadece TTK'daki zamanaşımı sürelerinin değil, ticarî işlerle ilgili hüküm koyan diğer kanunlardaki zamanaşımı sürelerinin de değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu zamanaşımı sürelerinin değiştirilebilmesi, Kanunun buna imkân sağlamasına bağlıdır.

B)Ticarî İşletmeyle İlgili Olması Nedeniyle Tacir Sifatına Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Tacir olmanın hükümleri TTK m. 18'de “*genel olarak*” ele alındıktan sonra, TTK m. 18-23 arasında tacir sıfatına bağlı özel hükümler düzenlenmiştir. Ancak, belirtmek gerekir ki, tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçlar sadece 18-23'üncü maddelerde yer alan düzenlemelerle sınırlı değildir; diğer kanunlarda da tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçlar öngörülmüştür.

Tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçların bazıları, ticarî işletmeyle ilgili olmasına bakılmaksızın, sadece tacir olması nedeniyle, tacir olmanın hukukî sonucu olarak kabul edilirken, diğerleri ticarî işletmeyle ilgili olması nedeniyle tacir sıfatına bağlanmıştır.

1) Ticarî İşletmeyle İlgili Olmasına Bakılmaksızın Tacir Sifatına Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Türk Ticaret Kanununda, tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçlar, esas itibariyle tacirin ticarî işletmesini ilgilendirmesi nedeniyle tacir sıfatının hukukî sonucu olarak kabul edilmiştir.

Buna karşın TTK m. 18/1'de, “*Tacir, her türlü borcu için iflâsa tâbidir.*” denilerek, genel kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, tüzel kişi tacirin ticarî işletmesi haricinde bir işi olamayacağından; gerçek kişi tacirin, sadece ticarî nitelikteki borçları için değil, ticarî işletmesini ilgilendirmeyen borçları için de iflâsının istenmesi mümkündür²⁷.

2) Ticarî İşletmeyle İlgili Olması Nedeniyle Tacir Sifatına Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Tacirin her türlü borçlarından dolayı iflâsa tâbi olacağını hükme bağlayan TTK m. 18/1 haricinde TTK m. 18-23'üncü maddeler arasında tacir sıfatına bağlanan hukukî sonuçlar, tacirin ticarî işletmesi icabı yaptığı işlemlere bağlanmıştır.

²⁷ Arkan, s. 131; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 150-151.

i) Genel Olarak

Türk Ticaret Kanununun 18-23'üncü maddeleri arasında “*Tacir Olmanın Hükümleri*” başlığı altında, tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçlar incelendiğinde, yukarıda bahsettiğimiz “*ıflâsa tâbi olma*”nın haricindeki sonuçlar, tacirin ticarî işletmesi münasebetiyle yaptığı veya yapmak zorunda olduğu işlerdir. Sadece bazı hukukî sonuçların uygulanmasında her iki tarafın da ticarî işletmesini ilgilendirme şartı aranırken, diğerlerinde bu şarttan da bahsedilemez.

Hâl böyle olmasına karşın, tacir sıfatına bağlanan bazı hukukî sonuçların, tacir sıfatına mı? yoksa ticarî işletmesiyle ilgisi nedeniyle mi? tacir olmanın hukukî sonucu olarak kabul edildiği tartışmalıdır. Bu tartışmaların başında da, TTK m. 22’de hükme bağlanan “*Ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi*”ni isteyememe gelmektedir.

ii) Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesini İsteyememe

Türk Ticaret Kanununun 22’inci maddesinde, “*ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi*” başlığı altında, “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121’inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182’inci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525’inci maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya cezaî şartın indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi, Türk Ticaret Kanunu aşırı olduğu ileri sürülen ücretin ve ceza koşulunun indirilip indirilememesi konusunda, tacir olan ve olmayanlar arasında bir ayrım yapmış; tacir sıfatını taşımayanlar “*aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini*” mahkemeden isteyebilirken, tacir olanlar bu imkândan istifade ettirilmemiştir. Aynı sonuç, tacir sayılanlar ile tacir gibi sorumlu olanlar bakımından da geçerlidir²⁸.

aa) Hükümün Konuluş Nedeni

TTK m. 22’deki hüküm, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 24’üncü maddesinden değişiklik yapılmadan alınmıştır. 6762 sayılı Kanunun 24’üncü maddesi ise, 865 sayılı Ticaret Kanununun 647’nci maddesinden mülhemdir.

Bilindiği gibi, 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanununun 4’üncü babında “*Taahhüdatı ticariye*” başlığı altında, ticarî borç ve akitlere müteallik hükümler bir araya toplanmış; 642-662’nci maddelerde bütün ticarî taahhütlere

²⁸ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 155.

tatbik edilecek genel hükümler tanzim edilirken 647'nci maddede “cezaî şart” hükme bağlanmıştır.

Kanun koyucu, temerrütten doğan zarar ve ziyanın tespit ve takdiri, ispat güçlükleri bakımından kolay olmadığı ve bu güçlükleri bertaraf etmek için en basit yolun, sözleşmeye cezaî şartın konulması olduğundan hareket etmiştir. 865 sayılı Ticaret Kanununun 647'nci maddesine göre cezaî şart, “*Hini mukavelede maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan*” bir tutardan başka bir şey değildir.

865 sayılı Kanunun 647'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, “*ceza miktarı, alacaklının, taahhüdün ifası halinde istihsal bedelini tecavüz etse dahi mahkemece tenzil edilemez.*”

865 sayılı kanundaki bu hüküm, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa “*Borçlar Kanununun bazı maddelerine göre fahiş bir ücret veya fahiş cezaî şart, yargı tarafından indirilebilir. Hâlbuki Ticaret Kanununun (647)nci maddesine göre, cezaî şart fahiş olsa bile indirilemez. Ticaret hukuku ile adi hukuk arasındaki bu farkı olduğu gibi bırakmak doğru addedilmiştir. Çünkü ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir, ne beklenir. Küçük tacir mefhumu kaldırıldıktan sonra; tacir sıfatını haiz olan bir borçluyu, olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezaî şartın indirilmesini talebetmek hakkından, şimdiye kadar olduğu gibi ileride de mahrum bırakmak, ticaretin icabındandır.*” gerekçesiyle²⁹dâhil edilmiştir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 24'üncü maddesindeki bu hüküm, herhangi bir açıklama yapılmadan 6102 sayılı Kanuna aynen alınmıştır. Bu değerlendirmeye göre, 6762 sayılı Kanunun gerekçesi, bugün için de geçerlidir.

bb) Hükümün Uygulama Şartları

Hem 818 sayılı Borçlar Kanununda (m. 158-161) hem de 865 sayılı Ticaret Kanununda ayrı ayrı ele alınan cezaî şart, fer'i nitelikte ve geciktirici şarta bağlı bir edim borcu olarak nitelendirilmektedir³⁰. Cezaî şartın iki ayrı kanunda ayrı ayrı düzenlenmesi, 865 sayılı Ticaret Kanununun sistematigiinden; “*Taahhüdatı ticariye*” başlığı altında, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, ticarî borç ve akitlere müteallik birçok hükümün bir araya toplanması,

²⁹ 6762 sayılı Kanunun gerekçesi, I, Ticaret Kanununun tadilini gerektiren sebepler, 2. Ahenksizlik, A/f.

³⁰ Eren, s. 1182-1183.

her kanunun kendi müessesesine ilişkin kendi hükümlerini koymasından kaynaklanmaktadır.

Bu halde 865 sayılı Kanunun öngördüğü hüküm ve bu bağlamda “*cezaî şart*”, Ticaret Kanununda düzenlenmiş hukukî ilişkilere tatbik edilecek, 818 sayılı Borçlar Kanunundaki “*cezaî şart*” ise, Borçlar Kanunundan doğan hukukî ilişkilere uygulanacak; kanunun tatbikinde bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

Ancak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda ve bu kanuna bağlı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda artık “*Taahhüdatı ticariye*” kitabı yoktur; hukukî ilişkiler sadece Borçlar Kanununda (Türk Borçlar Kanununda) düzenlenmektedir. Bu halde “*cezaî şart*”ın uygulanması şartlarının artık “*Taahhüdatı ticariye*” kitabı olmadığı için ayrıca ele alınması gerekir.

aaa) Genel Olarak

Cezaî şart, asıl sözleşmeyle öngörülebileceği gibi, bağımsız bir sözleşme ile asıl sözleşmeden ayrı olarak da kabul edilebilir. Buna göre, cezaî şarttan bahsedebilmek için, cezaî şartın bağlı bulunduğu bir asıl borcun bulunması ve cezaî şart olarak kararlaştırılan hususun geçerli olması gerekir. Cezaî şartın bağlı olduğu sözleşme geçersizse, cezaî şart da geçersiz olacaktır.

Kanun koyucu “*cezaî şart*”ın tâbi olduğu şekil hakkında herhangi bir hüküm vaz’etmemiştir. Bununla birlikte asıl borcun tâbi olduğu şeklin burada da geçerli olması gerekir³¹.

bbb) Cezanın Azaltılması

Türk Borçlar Kanununun 182’nci maddesinin birinci fıkrasında, “*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*” denildikten sonra; üçüncü fıkrada, “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” hükmü getirilmiş, cezanın hâkim kararı ile azaltılabileceği ifade edilmiştir.

Sözleşme cezasının ne zaman aşırı sayılacağını ve ne miktarda indirilebileceğini hâkim tâyin edecektir. Bununla birlikte hâkimin somut olayın bütün özelliklerini, adalet ve hakkaniyet çerçevesinde ele alması kaçınılmazdır. Bu bağlamda özellikle, alacaklının edimi elde etmedeki çıkarını, borçlunun davranışını, tarafların ekonomik durumlarının göz önünde tutulması gerekir. Hâkim, bütün bu değerlendirmeler sonucunda, çok aşırı ve hakkaniyete aykırı gördüğü cezaî şartı, makûl bir sınıra indirmelidir; cezaî şartı indirme yetkisi, cezaî şartı tamamen kaldırma şeklinde kullanılamaz³².

³¹ Eren, s. 1183-1184.

³² Oğuzman/Öz, s. 520-521.

ccc) Tacirin Aşırı Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesini İsteyememesi

Türk Ticaret Kanununun 22'nci maddesinde, “*ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi*” başlığı altında, “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121'nci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525'nci maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya cezanın kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” hükmü vaz'edilmiştir.

(aaaa) Genel Olarak

865 sayılı Ticaret Kanununun kendi sistematigi içinde yer alan bu hükmün, “*ticaret hukuku ile adi hukuk*” arasındaki farktan kaynaklandığı 6762 sayılı Kanunun gerekçesinde belirtilmiş; “*olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezaî şartın indirilmesini talebetmek hakkından, şimdiye kadar olduğu gibi, ileride de mahrum bırakmak, ticaretin icabındandır.*” denilmiştir.

Bu hükmün uygulanması süresince de, bu gerekçeden mülhem olarak, “*tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etmek*” mecburiyetinin (TTK m. 18/2) tabîi bir sonucunun, “*tacirin aşırı ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini istemeyeceği*” olduğu kabul edilmiştir³³.

Bir diğer ifadeyle, TTK m. 22'de, her ne kadar, “*indirim yasağı*” tacir sıfatına bağlanmış, sanki tacir ticaretini ilgilendirmeyen işlerde de, “*indirim yasağına*” tâbi tutulmuş gibi bir sonuç ortaya çıkıyorsa da, hükmün kaynağını teşkil eden 865 sayılı Ticaret Kanununun 647'nci maddesinde olduğu gibi, bu hükmün, tacirin ticaretine ilişkin işlerinde uygulanması gerektiği genel kabul görmektedir.

(bbbb) Koşulları

Hükmün konuluş nedeni ve zaman içinde uygulamanın gösterdiği özelliklere göre, tacirin aşırı ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini istememesinin koşullarını aşağıdaki gibi özetleyebiliriz:

(aaaaa) Borçlunun Tacir Sıfatını Haiz Olması

TTK m. 22 hükmünün uygulanabilmesi için, cezaî şartı ödeyecek borçlunun tacir veya tacir gibi sorumlu olan bir kişi (TTK m. 12/3) olması

³³ Poroy/Yasaman, N. 185; Arkan, s. 143.

gerekir³⁴. Tacir, gerçek kişi tacir olabileceği gibi (TTK m. 12), tüzel kişi tacir de olabilir (TTK m. 16).

(bbbb) Cezaî Şartın Borçlunun Ticarî İşletmesiyle İlgili Bir Borca İlişkin Olması

Hükmün kabul ediliş amacına göre, TTK m. 22'nin uygulanması bakımından, borçlunun tacir olması yeterli değildir; cezaî şartın aynı zamanda ticarî işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması gerekir.

Yukarıda da izah edildiği gibi, “*tacirin borçlarının ticarî olması asıldır.*” (TTK m. 19/1, c. 1.). “*Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirildiği veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.*” (TTK m. 19/1, c. 2.).

Buna göre, aşırı olan ücret ve sözleşme cezasının indirilmesinin istenemeyeceğine ilişkin kuralın, TTK m. 18/2’de hükme bağlanmış basiretli iş adamı gibi davranma yükümünün bir uzantısı olduğu dikkate alınarak, gerçek kişi tacirin sadece ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetleri nedeniyle üstlendiği ücret ve sözleşme cezaları bakımından uygulanması gerekecektir. Ancak gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmez veya işin adı sayılmasına hâlin icabı müsait olmazsa, işlem ticarî sayılır ve bu iş nedeniyle üstlenilen cezaî şart ve ücret, aşırı olsa dahi indirilemez³⁵.

Buna karşılık, tüzel kişi tacirlerin adı sahaları bulunmadığından, diğer bir söyleyişle, tüzel kişi tacirin her türlü işlemi ticarî olduğundan³⁶, cezaî şartın indirilemeyeceğine ilişkin TTK m. 22 hükmü, tüzel kişi tacir hakkında mutlak olarak uygulanır.

Hâl böyle olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, TTK m. 19 hükmünü ihmal ederek, meseleyi sadece TTK m. 3 kapsamında değerlendirerek, tüzel kişi tacirin “*adi*” işi olabileceği gibi bir sonuca vararak, tüzel kişi işveren ile işçi arasındaki ilişkinin “*ticarî iş*” olmadığına hükmederek, tüzel kişi tacirin, TTK m. 22’ye göre, aşırı olan cezaî şartın indirilmesini isteyebileceğine hükmetmiştir³⁷.

³⁴ Kocağa, K., Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart, Ankara 2003, s. 257; Arkan, s. 143; Poroy/Yasaman, N. 185.

³⁵ Arkan, s. 145.

³⁶ Poroy/Yasaman, N. 182.

³⁷ Yargıtay HGK’nun yukarıda bahsedilen 15.10.1997 tarihli kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararı isabetli olmamış ve bilimsel öğretide haklı olarak eleştirilmiş³⁸; ancak tüm bu eleştirilere karşın, Yargıtay daha sonraki kararlarında da “*Tacir olan işverenle işçi arasında yapılmış hizmet akdi, ticarî iş mahiyetinde değildir.*”³⁹ gerekçesiyle, iş akdindeki cezaî şartın indirilebileceğine karar vermiştir.

ddd) Tacirin Aşırı Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesini İsteyebileceği Hâller

TTK m. 22’de, tacir aşırı ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini isteyemez. Ancak, bu hükümden, tacirin her hâl ve şartta, cezaî şartın indirilemeyeceği sonucuna varmamak gerekir.

Her şeyden önce, borçlu gerçek kişi tacirse ve TTK m. 19’da belirtildiği şekilde, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa bildirilmişse veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli değilse, borç adî borç sayılacak, borçlu tacir olmasına karşın, cezaî şartın indirilmesini isteyebilecektir; aynı hak TTK m. 19’da tüzel kişi tacire tanınmamıştır.

Ayrıca TTK m. 22’de, TBK m. 182’ye atıf yapılarak, sadece aşırı olan cezaî şartın indirilmesinin istenemeyeceği hükme bağlanmış; kişilik haklarına, ahlâk ve adâba aykırı cezaî şartların geçerli olacağı kabul edilmemiştir. Buna göre, genel hükümler uyarınca, kişilik haklarına, ahlâk ve adâba aykırı cezaî şartın geçersizliği tacir tarafından ileri sürülebilir⁴⁰.

TTK m. 22’deki hükme nazaran, tacir sıfatını haiz borçlu, hâkimden aşırı cezanın indirilmesini isteyemez. Bununla birlikte, tacir sıfatını haiz borçlu, sözleşmenin içerdiği cezaî şartın miktarının “*ekonomik mahvına*” neden olacak düzeyde yüksek olduğunu, bu nedenle ticarî kişilik hakkına, adalet ve hakkaniyete aykırı bulunduğu gerekçesiyle, tamamen kaldırılmasını veya makûl bir düzeyde indirilmesini isteyebilmelidir⁴¹.

Ancak hemen belirtelim ki, cezaî şartın aşırı derecede yüksek olması ile ahlâka aykırı olmasını birbirinden ayırmak gerekir; sadece cezaî şart miktarının yüksek olması, ahlâka aykırılık oluşturmaz. Cezaî şartın, bu şekilde değerlendirilebilmesi için “*ekonomik mahvına*” sebebiyet verecek derecede

³⁸ Poroy/Yasaman, N. 185; Arkan, s. 144, dn. 2; Battal, s. 21 vd.; Nomer, s. 35 vd.

³⁹ Yargıtay HGK, E. 2004/9-759, K. 2005/9, T. 2.2.2005; Yargıtay HGK, E. 2002/9-596, K. 2002/662, T. 2.10.2002 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.04.2013).

⁴⁰ Kocaağa, s. 260.

⁴¹ Eren, s. 1189; Kocaağa, s. 261; Arkan, s. 146.

yüksek olması nedeniyle ticarî kişilik hakkına aykırı bulunması gerekir. Bu durumda cezaî şart, miktarı bakımından tacirin “*ekonomik mahvına*” sebebiyet veriyorsa ahlâka aykırı sayılır ve bunun sonucu olarak TBK m. 27 uyarınca batıl olur⁴².

Ancak bu karar tartışmaları da beraberinde getirmiş; yüksek cezaî şartın tamamını geçersiz saymak yerine, sadece aşırı kısmın geçersiz sayılmasının isabetli olduğu ifade edilmiştir⁴³. Buna karşılık diğer görüş taraftarları, sözleşmede yer alan cezaî şartın, sözleşmenin bir kısmını oluşturduğu, cezaî şart anlaşmasının içeriğinin sakat olması halinde tamamının batıl olduğunu ifade etmektedirler⁴⁴.

Yargıtay, cezaî şart miktarının tacir sıfatını haiz bir borçlunun ekonomik yönden yıkımına neden olacak derecede yüksek olması halinde, hâkim tarafından tamamen kaldırılacağı veya makûl düzeye indirileceği içtihatındadır⁴⁵.

Kanaatimizce, böyle bir hâlde, hâkim, ahlâk ve adâba aykırılığı takdir ederken, taahhüt edilen işin değerini, tarafların, özellikle borçlunun cezaî şartın kabul edildiği tarihteki ekonomik durumunun birlikişiler aracılığıyla tespit ettikten sonra; ahlâk ve adâba aykırı cezaî şartın borçlusu tacir bile olsa, bu şart mahkeme tarafından tamamen iptali gerekiyorsa tamamen iptal edilmeli, eğer somut olay müsaade ediyorsa, hakkaniyete daha uygun olduğunu düşündüğümüz şekilde, TTK m. 1530/1’den de istifade ederek cezaî şartı indirimine tâbi tutabilmelidir⁴⁶.

SONUÇ

“Ticarî iş” kavramı, TTK m. 3’de, hangi işlerin ticarî iş sayılacağı belirtilerek tespit edilmiş; TTK m. 19’da da, “*tacirin borçlarının ticarî olması asıdır.*”, “*taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğinde olan sözleşmeler; aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticarî iş sayılır*” şeklinde iki ayrı karine getirilmiştir.

⁴² Yargıtay HGK’nun 20.3.1974 tarihli bir kararında, “*fahiş olsa da cezaî şartın indirilemeyeceğini 6762 sayılı TTK’nun 24’üncü maddesinin buna izin vermediğini; ahlâk ve adâba aykırı cezaî şartın geçerli olmadığını*” içtihat etmiştir (E. 1970/1053, K. 1974/222, Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.04.2013).

⁴³ Eren, s. 1189, dn. 33; Arkan, s. 147.

⁴⁴ Kocaağa, s. 264.

⁴⁵ Yargıtayın kararı için bkz., Kocaağa, s. 264, dn. 248.

⁴⁶ Arkan, s. 147.

TTK m. 3'e göre, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen işlerin "*ticarî iş*" olduğu kabul edilmiştir. Bu hükmün uygulanmasında, esas alınacak ölçüt, işin Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olup olmamasıdır.

TTK m. 3'de, ticarî işi belirleyen ikinci kriter, "*ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller*"ın ticarî iş sayılmasıdır. Bu kriterde esas alınan "*ticarî işletme*"dir. TTK m. 11'e göre, "*ticarî işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*"

Bu hükme göre, bir ticarî işletmeden bahsedebilmek için her şeyden evvel "*işletme*"nin bulunması gerekir. İşletme, iktisadî bir müessesedir. İktisatçıların ve işletmecilerin genel kabulüne göre bir işletme, doğal kaynaklar, sermaye, emek ve girişimcinin oluşturduğu iktisadî bir birimdir. Bu iktisadî birim TTK m. 11'de belirtilen özelliklere sahipse, yani esnaf işletmesi için öngörülen düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetleri devamlı ve bağımsız şekilde yürütüyorsa, o işletme TTK m. 11/1 anlamında "*ticarî işletme*" sayılmaktadır.

Bu anlamda, ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller de, düzenlendikleri yere bakılmaksızın, ticarî iş olarak kabul edilmektedir (TTK m. 3). Bu hâlde, "*ticarî işletmeyi ilgilendirmek*" ifadesinden neyin anlaşıldığının da tespit edilmesi gerekir; hangi işler ve fiiller ticarî işletmeyi ilgilendirmektedir?

TTK m. 3'de ifadesini bulan "*işler*" hukukî işler; "*fiiller*" ise, hukuka uygun veya aykırı olan "*hukukî fiiller*"dir. Bu fiil ve işlerin ticarî işletmeyi ilgilendirmesinde esas alınacak unsur, işin veya fiilin niteliğine göre tespit edilecektir. Bununla birlikte, işletmenin esaslı unsurları (doğal kaynaklar, sermaye, emek ve girişimci) ile ilgili bütün fiil ve işlerin, işletmeyle ilgili olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararındaki kabulün aksine, işverenin (girişimci) işçi ile yaptığı hizmet sözleşmesinin ticarî işletme ile ilgili olmadığını söylemek mümkün değildir. Emek, işletmenin olmazsa olmaz unsurudur; emek tedarik etmek için yapılan tüm işlemler de ticarî işletmeyi ilgilendirir.

Ayrıca, TTK m. 19 uyarınca "*tacirin borçlarının ticarî olması asıldır.*" Bu kuralın gerçek kişi tacir açısından istisnası yine TTK m. 19'da hükme bağlanmıştır. Buna karşılık tüzel kişi tacirin "*adı*" sahasının bulunmadığı; bütün işlem ve fiillerinin ticarî iş olduğu kabul edilmiştir. Yargıtayın TTK m. 3 yönünden değerlendirmesine katılmak mümkün değildir; ayrıca ticarî işin belirlenmesinde tüzel kişi tacir yönünden TTK m. 19'un ihmal edilmesi de anlaşılamamıştır.

Yargıtayın kararında anlaşılamayan bir husus da, “işveren ile işçi arasındaki ilişki, TTK’nun 3’üncü maddesinde anlamını bulan ticarî iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir” görüşüdür. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu, hizmet akdini düzenlememiş; işverenler ile bir iş sözleşmesinde dayanarak çalıştırılan işçinin korunmasına yönelik olarak, çalışma şartlarını ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını hükme bağlamıştır. 1475 sayılı İş Kanununda “hizmet akdi” düzenlenmemişken, “işçi ile işveren arasındaki ilişkinin İş Kanunundan doğan kendine özgü bir hizmet akdi olarak nitelendirilmesi” de uygun olmamıştır. 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte olduğu dönemde “hizmet akdi”, 818 sayılı Borçlar Kanununa göre düzenlenmişti; sadece işçiyi korumak için, İş Kanununda, çalışma şartları ve çalışma ortamıyla ilgili düzenlemeler getirilmişti.

Hâl böyle olmasına karşın, işçiyi korumak ihtiyacından doğan bir kanuna, İş Kanununa dayanarak, işçi lehine konulan cezaî şartın, işveren lehine bir tutumla, indirilebileceğine karar vermek isabetli olmamıştır.

Kanaatimizce, yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu yönünden de aynı neticeye varılmalıdır. Zira 4857 sayılı İş Kanununda “iş sözleşmesi” tarif edilmiş (m. 8) olsa da, kanunun amacı iş sözleşmesini düzenlemekten ziyade, “işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını” düzenlemektir (m. 1). 4857 sayılı İş Kanununun amacı da “işçiyi korumaktır”; somut olayın buna göre değerlendirilmesi, “işçinin korunması”nın temin edilmesi gerekir.

Kaldı ki, TTK m. 22’deki hüküm, ticarî işe değil, tacir sıfatına bağlanan bir sonuçtur. Hükümün kaynağını oluşturan 865 sayılı Ticaret Kanunundan mülhem olarak, bu hükmün uygulanmasında, işin ticarî işletmeyle ilgili olması genel kabul görmektedir. Bu hâlde “hizmet akdi”nin TTK m. 3’e göre “ticarî iş” olarak kabul edilmesi mümkün değildir, denilmek suretiyle karara varılması da doğru olmamıştır. Yargıtayın kararı, “TTK m. 22’nin tahlili yapıldıktan sonra, bu iş ticarî işletmeyi ilgilendirmiyor; bu sebeple de TTK m. 22 tatbik edilemez” şeklinde olsaydı, yine de doğru olmamakla birlikte, hiç değilse hukukî bir zemine oturacaktı. Bu haliyle işletmenin aslî unsuru olan “emek” ile yapılan hizmet akdinin ticarî iş olmadığını ifade etmek, ticarî işletmeyle ilgili olmadığını söyleyerek TTK m. 22’nin tüzel kişi tacir hakkında tatbik edilemeyeceğini, cezaî şartın indirilebileceğini karara bağlamak, İş Kanununun ruhuna aykırı olduğu gibi, TTK m. 22’ye göre de kabul edilemez.

İNTERNET ALAN ADLARI VE İNTERNET ALAN ADI UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

Nurullah BAL*

ÖZET

Özellikle son yirmi yılda telekomünikasyon ve internet alanında büyük gelişmeler olmaktadır. Bu gelişmeler neticesinde bilgisayarlar ve buna paralel olarak internet yoluyla iletişim hayatımızın hemen her alanında önemli bir yer teşkil etmeye başlamıştır. İnternetin hızla artan bu büyük iletişim gücü karşısında hukukî düzenlemeler yetersiz kalmış ve bunun sonucunda internet ortamında hak ihlalleri gözlemlenmiştir.

Çalışmanın konusunu, bu hak ihlallerinin en yaygın olanlarından birisi olan “alan adı” (domain name) yoluyla ortaya çıkan hak ihlalleri ve uluslararası platformda etkin bir çözüm mekanizması olan ICANN tahkim sistemi oluşturmaktadır. Ayrıca Türkiye’deki internet alanındaki gelişim süreci ve sistem de incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnternet, Alan adı, ICANN, Telekomünikasyon, Tahkim

INTERNET DOMAIN NAMES AND RESOLUTION OF INTERNET DOMAIN NAME DISPUTES BY ARBITRATION

ABSTRACT

Especially for the last twenty years, there have been great developments about telecommunications and internet area. As a result of these developments, computers and communication via internet has started to constitute an important place in our lives. Legal arrangements became inadequate against the fast growing communication force of internet and in conclusion, infringements of rights on internet space were observed.

The infringements of rights by “domain name” which is one of the most common infringements of rights via internet and ICANN arbitration system which is an effective resolution mechanism on international platform constitute the subject of this study. Besides, the progress of evolution about internet and the system in Turkey were also analyzed.

Keywords: Internet, Domain name, ICANN, Telecommunication, Arbitration

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

Yirminci yüzyılın özellikle ikinci yarısında hızla gelişen iletişim teknolojileri, çok çeşitli yollarda ve şekillerde hayatımızı her alanda etkilemektedir. Bu yolların şüphesiz en etkili olanı internettir. Öyle ki internet diğer iletişim yollarından çok daha hızlı bir şekilde yayılmıştır. ITU'nun (*Uluslararası Telekomünikasyon Birliği*) 1999 yılı verilerine göre; telefonun 50 milyon kişiye ulaşması 74 yıl, radyonun 38 yıl, televizyonun 13 yıl sürmesine rağmen, internet bu sayıdaki insana 4 yıl gibi son derece kısa bir sürede ulaşmıştır¹.

Günümüzde internetin sahip olduğu bu büyük iletişim gücü sayesinde artık hemen hemen her türlü organizasyon internetten faydalanmaktadır. Ticarî müesseselerden derneklere, devletlerden sivil toplum kuruluşlarına kadar geniş bir yelpazedeki organizasyonlar internet kullanmaktadır². Bu anlamda ticaret şirketleri artık ürünlerini web sayfaları üzerinden de teşhir etmekte ve böylece müşterilere ulaşmaktadır. Müşteriler de ürünler hakkında internet üzerinden inceleme yaparak bilgi edinmektedir. Bu amaçla birçok firma internet alan adı almaktadır. Öte yandan, devletlerin vatandaşlarına ve/veya yabancılara internet üzerinden birçok hizmeti sunması, başka bir örnek olarak verilebilir.

İnternetin hızla yayılması, birçok hukukî uyuşmazlığı da beraberinde getirmektedir. Ancak, bu uyuşmazlıkların çözümü, internetin sanal niteliği ve yayınların kaynaklarının uluslararası özellik taşıyabilmesi gibi nedenlerden dolayı bir hayli güçtür. Örneğin alan adları konusunda çözümü zor olan çok fazla uyuşmazlık çıkmaktadır. Hakkı tecavüze uğrayan kişinin Amerika'daki tescil makamına karşı dava açıp onu sonuçlandırması, dava açıp kazandığı farz edilse bile bunun tenfiz ve icrası, Antiller'deki tescil sahibine karşı neredeyse mümkün değildir³.

Bu noktada ICANN, fikrî mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen⁴ internet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine

¹ GÜNEŞ, s.312.

² www.adidas.com , www.virgin.com ticarî müesseselere; www.kizilay.org.tr derneklere; www.turkiye.gov.tr devlete örnek olarak gösterilebilir.

³ BOZBEL, ICANN, s.10.

⁴ Bkz. aşağıda I, B, 2.

yönelik olarak 24 Ekim 1999'da UDRP⁵ ve RUDRP⁶ hükümlerini yayınlamıştır. Bu alandaki usul kuralları da 30 Ekim 2009'da yenilenmiştir⁷. Böylelikle uluslararası alanda sorunların çözümünde etkili olabilecek yeknesak kurallar ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada, önce internet ve kısa tarihi, alan adları ve yapısının kısa bir özeti, ICANN tarafından geliştirilen tahkim sistemi ve son olarak da internet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi konusunda Türkiye'deki son gelişmeler, sırasıyla ele alınacaktır.

I. İNTERNET, TARİHİ ve ALAN ADLARI

A. İnternet Kavramı ve Tarihi Gelişimi

İnternet, “İnter” ve “networking” kelimelerinin birleşmesinden meydana gelen “*Internetworking*” kelimesinin kısaltması olup⁸, bir bilgisayarın diğer bilgisayarlara bağlanıp, ağlar arasında özel ağ geçidi veya yönlendiriciler vasıtasıyla bilgi paketleri transferinin gerçekleştirildiği elektronik iletişim ağıdır⁹. İnternetteki iletişim, telefon hatları kullanılarak bilgisayarlar arasında TCP/IP olarak kısaltılan ortak bir dilde bilgi aktarımı ile gerçekleşmektedir¹⁰.

Bugün kullanılan internetin temelleri Amerika Birleşik Devletleri'nde atılmıştır. 1960'larda Amerikan Savunma Bakanlığı İleri Araştırma Projeleri Kurumu tarafından geliştirilen ARPANET ağı daha sonra diğer devlet kurumlarının, üniversitelerin ağlarına bağlanmıştır¹¹. Bu proje kapsamında daha sonra 1971 yılında elektronik posta, 1979 yılında da ağ haberleşme servisleri geliştirilmiştir¹². 1980'lere kadar DARPA (*Department of Defence's Advanced Research Project Agency*) tarafından idare edilen internet, daha çok araştırma amaçlı kullanılmıştır. Daha sonra ise ARPANET' in yetersiz kalmaya başlaması ile DARPA bu alandan çekilmiş, Amerikan Ulusal Bilim Vakfı, NFSNET ağını kurmuştur. Ardından 1989 yılında Cenevre'de “www” ağı, 1990 yılında ise “http:” sistemi geliştirilmiştir. Böylelikle bugün kullandığımız internet ortaya çıkmıştır.

⁵ <http://www.icann.org/en/dndr/udrp/policy.htm> , 08.12.2012.

⁶ <http://www.icann.org/en/dndr/udrp/uniform-rules-24oct99-en.htm> , 08.12.2012.

⁷ <http://www.icann.org/en/dndr/udrp/uniform-rules.htm> , 08.12.2012.

⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/Internet#Terminology> , 24.12.2012.

⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Internetnetwork> , 24.12.2012.

¹⁰ NOMER, s.396.

¹¹ BOZBEL, Hukukî İşlemler s.273; KIZILKAYA, s.14.

¹² OĞUZ, s.27.

B. Alan Adları

1. Kavram ve Yapısı

Bir bilgisayar internete her bağlanmak istediğinde, kendisine bir IP adresi atanır. IP adresi, bilgisayarın söz konusu bağlantı esnasında ağ dâhilinde kullandığı kimliğidir. IP adresleme sistemi her bilgisayar için 32 bitlik bir sayıdan oluşur. Bu sayılar, yazımı ve anlaması kolay olsun diye 4 kısım hâlinde 8’li ondalık sistemde yazılır. Söz gelimi 198.220.164.85 gibi. Her birisi 0 ila 255 arasında değişebilen bu sayılar neticesinde teorik olarak 232x4000000000 bilgisayar internete bağlanabilir¹³.

Yukarıdaki IP adres sisteminde dahi, onluk sayı sistemindeki bir IP adresinin akılda tutulması ve kullanımında zorluklar olacağı şüphesizdir. Bu sakınca ve zorluğu önlemek amacıyla şu an kullandığımız DNS geliştirilmiştir. Bu sistemde alan adı olarak bilgisayara girilen adres, bilgisayarda yapılan işlem neticesinde gerçekte bu alan adı için belirlenmiş IP adresine dönüştürülmektedir¹⁴.

Alan adları iki kısımdan oluşmaktadır; TLDs (*Top Level Domains*) ve SLDs¹⁵ (*Second Level Domains*). Örneğin, www.gazi.edu.tr alan adında “edu.tr” birincil seviye alan adı, “gazi” ise ikincil seviye alan adıdır. Birincil seviye alan adları da ikiye ayrılmaktadır; gTLDs (*Generik Top Level Domains*) ve ccTLDs (*Country Code Top Level Domains*). Jenerik birincil alan adları, esas itibarıyla ICANN ve ICANN tarafından yetkilendirilmiş kuruluşlarca tahsis edilmektedir ve hâli hazırda 17 tane jenerik birincil alan adı tahsisi yapılmaktadır¹⁶. TLD ya da gTLD deyimleri, genel üst düzey alan adlarını belirtmek amacıyla kullanılmaktadır. Bundan maksat, dünya çapında yaygın şekilde kullanılan ve herkes tarafından tescil ettirilmesi serbest olan alan adlarıdır¹⁷. Ülke kodu alan adları ise her ülkenin kendi mevzuatına göre yetkilendirilmiş kuruluşlarca tahsis edilmektedir. Türkiye’de bu görevi öteden beri ODTÜ yerine getirmektedir ve bu itibarla “.tr” uzantılı alan adları tahsis işlemleri Türkiye’de ODTÜ nezdinde “www.nic.tr” adresinden yapılmaktadır¹⁸.

¹³ BOZBEL, İnternet Alan Adları, s.217; ANIK, s.66.

¹⁴ SÖYLER, s.88; DAL, s.481; BOZBEL, ICANN, s.24; KIZILKAYA, s. 15.

¹⁵ BOZBEL, ICANN, s.24, http://www.tk.gov.tr/bilgi_teknolojileri/internet_alan_adlari/index.php , 08.12.2012.

¹⁶ <http://www.icann.org/registrar-reports/accredited-list.html> , 08.12.2012.

¹⁷ KAPLAN, s.698.

¹⁸ <https://www.nic.tr/> , 08.12.2012.

Burada belirtilmesi gereken diğer bir husus da iTLDs'dir (*Internationalized Top Level Domains*). Her şeyden önce Dünya'da 2 milyara yakın Uzakdoğu, 1 milyara yakın Hint, 500 milyona yakın Arap ve 300 milyona yakın da Türk kökenli insan yaşamaktadır¹⁹. Uluslararası birincil düzey alan adları ile ifade edilmek istenen, çeşitli ülkelerin alfabelerinin farklı olmasından dolayı esas itibarıyla Latin alfabesi tabanında oluşturulmuş olan internetten, etkin ve verimli bir şekilde faydalanamamaları üzerine geliştirilmiş olan ve çeşitli alfabeler tabanında sunulan internet adresleridir²⁰.

2. Önemi ve Hukukî Niteliği

30 Haziran 2012 verilerine göre, insanların yaklaşık üçte biri (2,405,518,376 kişi) internet kullanmaktadır²¹. Bu husus, günümüzdeki en önemli iletişim ağlarından birisinin internet olduğunu göstermektedir. Bu büyük iletişim gücünün farkına varan şirketler, birçok faaliyetini internet ortamında gerçekleştirmeye başlamışlardır²². Bugün kendisini internette temsil etmeyen bir şirket veya organizasyonla karşılaşmak çok güçtür²³. Zira insanlar bir konu hakkında bilgi almak istedikleri zaman, öncelikle internet üzerinden bilgi alma yoluna gitmektedirler. Bu yönelimin farkına varan ticarî firmalar, kendi adına alan adı alma yoluna gitmekte ve alan adı olarak mümkün mertebe kendi firmasının ticaret unvanı veya markası gibi ayırt edici unsurları almaya çalışmaktadır. Ne var ki, gTLD'de uygulanan "first come first served"²⁴ prensibi nedeniyle çoğu zaman çeşitli problemlerle karşılaşılabilir. Firma tescil başvurusunda bulunduğu kendi ticaret unvanı veya markasıyla aynı veya çok benzer ismin alan adı olarak önceden tescil ettirilmiş olduğunu görmektedir. "*Domain Grabbing*" veya "*Cybersquatting*", alan adı tescilinde bulunan kişinin, başkasına ait marka, isim, ticaret unvanı, işletme adı gibi

¹⁹ BOZBEL, ICANN, s.50.

²⁰ ICANN tarafından Ekim 2009'da Seul'de yapılan yıllık toplantıda kabul edilen ve açıklanan iTLD, ülke veya bölgelerin kendi alfabelerinde ccTLD alabilmelerini mümkün kılmıştır. Konu hakkındaki son uygulamaların yer aldığı plan 04 Haziran 2012'de revize edilerek açıklanmıştır. <http://www.icann.org/en/resources/idn/fast-track/idn-ccTLD-implementation-plan-04jun12-en.pdf>, 08.12.2012.

²¹ <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>, 08.12.2012.

²² POROY /YASAMAN, s.388; ŞARLAK, s.13.

²³ Belirtmek gerekir ki 6102 sayılı TTK m. 1524/1 ile sermaye şirketlerinin internet sitesi kurmaları zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla sermaye şirketleri bakımından internet alan adları konusu, daha fazla önemli hâle gelmiştir.

²⁴ Bu ifadeyle, Jenerik Birincil Düzey Alan Adları'na ilişkin olarak, dünyada tahsis şartlarının sadece önce başvurmak olarak öngörülmesi belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle, "ilk gelen alır" anlayışıyla tahsis yapılmaktadır.

unsurların, ileride gerçek hak sahibine çok yüklü bir meblağ karşılığında satmak amacıyla, internet alan adı olarak kendi adına tescilini yaptırmıştır²⁵.

Alan adları yukarıda da ifade edildiği gibi, bir bilgisayarın internet ağındaki adresi, diğer bir ifadeyle kodudur. Ancak günümüzde firmalar haklı olarak internetin gücünden yararlanmak için kendi ayırt edici unsurlarıyla aynı veya benzer alan adları almaktadırlar. Dolayısıyla bu gibi durumlarda alan adlarının teknik işlevinin yanında hukukî niteliğinin tespitinde fayda vardır. Örneğin “nike.com” alan adının, Nike firmasının ayırt edici unsurlarından birisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği bu açıdan önemli olabilir.

Şüphe yok ki, alan adları marka veya ticaret unvanı değildir. Zira bu kurumların hukukî niteliği oldukça farklıdır. Her şeyden önce marka tescil sistemi ve alan adı tescil sistemi farklı mercilerce ve farklı şart ve usuller dâhilinde yapılmaktadır. Marka, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (MkhKHK) m.2’de “*Marka, ortak markalar ve garanti markaları dâhil ticaret markaları veya hizmet markalarını ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır. MkhKHK’nin 5. maddesinde markaların taşıyacağı işaretler başlığı altında marka; “*bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir*”²⁶. Yine markaların tescili 544 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin²⁷ 3. maddesi mucibince TPE tarafından yapılmaktayken, alan adlarının tescili mevzuat dâhilinde yetkili kuruluşlarca ve uluslararası alanda ise ICANN ve akredite ettiği kuruluşlarca yapılmaktadır²⁸.

Öte yandan ticaret unvanı veya işletme adı gibi kavramlar da alan adı ile tam olarak örtüşmez. Kanunda açık bir tanımı olmasa da, 6102 sayılı TTK²⁹ m. 39 ve devamında “*tacirlerin, ticarî işletmesine ilişkin iş ve işlemlerde kullandıkları ad*” şeklinde tanımlanan³⁰ ticaret unvanı, özellikleri ve tesciline ilişkin esaslar bakımından³¹ alan adlarından farklıdır.

²⁵ POROY/YASAMAN, s.390; YAŞAR, s.627.

²⁶ Tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.196.

²⁷ RG T.24.06.1994, S.21970 mükerrer.

²⁸ Bkz. aşağıda I, B, 3.

²⁹ RG T.14.02.2011, S. 27846.

³⁰ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.201 vd.

³¹ TTK m. 40/1 uyarınca ticaret unvanının tescili, işletmenin açıldığı günden itibaren on beş

Sonuç olarak, alan adı bir marka veya ticaret unvanı olmamakla birlikte, web sayfalarına ulaşmada ve sayfaları birbirinden ayırmada kullanılan bir elektronik adrestir ve bu anlamda her bir alan adından Dünya’da sadece bir tane bulunmaktadır³². Alan adı, marka, ticaret unvanı ve işletme adı gibi ayırt edici ad ve işaret, tanıtma vasıtası gibi işleve sahiptir³³. Hukuken bu kategoriye dâhil edilmektedir. Öte yandan alan adı, ticarî işletmenin marka ve patent gibi gayri maddî³⁴ unsurlarından birisini oluşturmaktadır³⁵ ve bu anlamda Ticarî İşletme Rehni Kanunu’nun 3/I. maddesinin c bendi uyarınca³⁶ ticarî işletme rehnine dâhil edilebilecek bir unsurdur³⁷. Zira alan adları tüketiciler nezdinde alan adı altındaki internet sayfasında tanıtılan işletmeye veya onun markalarıyla bir değerlendirilmektedir³⁸. Pratikte böyle bir anlayışın olduğu günümüzde, internet alan adlarının tanıtma vasıtası olmadığı yönünde bir nitelendirme yapmak, günümüzün gerçeklerine uygun olmayacaktır.

3. Tahsis ve Tescil

İnternet alan adlarının tahsisi Dünya’da ve Türkiye’de muhtelif yetkili tescil makamları nezdinde yapılmaktadır. Alan adı tahsis uygulamalarında serbest, yarı serbest ve kısıtlayıcı tahsis modelleri söz konusudur³⁹.

a) gTLDs tahsisleri

Jenerik birincil düzey alan adı tahsisleri, ilk gelen alır prensibiyle ICANN ve yetkilendirdiği kuruluşlar nezdinde yapılmaktadır⁴⁰. Bu itibarla belirlenen jenerik üst düzey alan adlarına başvurularda aranan tek şart, talep edilen alan adının daha önceden tescil edilmemiş olmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, başvuruda bulunan kişi, alan adının üçüncü şahısların

gün içinde işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline başvurularak yapılır. AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.214 vd.

³² MEMİŞ, İnternet Ortamında Haksız Rekabet, s.116; KIZILKAYA, s.16.

³³ NOMER, s.400 vd; ŞARLAK, s.14 vd.

³⁴ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.199.

³⁵ RG T.28.07.1971, S.13909.

³⁶ NOMER, s.401 vd; POROY/YASAMAN, s.389.

³⁷ ŞARLAK, s.12.

³⁸ BOZBEL, ICANN, s.31.

³⁹ Örneğin kooperatifler için (.coop), hava yolları endüstrisi için (.aero), müzeler için (.museum), bireysel başvurular için (.name), sınırlandırılmamış fakat daha ziyade ticaret müesseseleri için (.com). Tüm liste için bkz. <http://www.icann.org/en/registries/listing.html> , 09.12.2012

⁴⁰ Bkz. aşağıda II, B, 3.

haklarına zarar vermediğini ve uyuşmazlık vukuunda UDRP kurallarına riayet edileceğini kabul etmelidir⁴¹.

b) ccTLDs tahsisleri

Ülke kodu birincil düzey alan adları, her ülkenin kendi mevzuatı çerçevesinde faaliyet gösteren yetkili kuruluşlar nezdinde yapılmaktadır. Her ülke mevcut teknik altyapısı ve sosyal durumu gibi mülahazalar neticesinde başvuru sahiplerinde, talep edilen alan adı ile ilişkisinin mevcut olması gerektiğine dair kıstaslar koymaktadır. Diğer bir ifadeyle, ülke kodu üst düzey alan adlarında genel olarak yarı serbest ve kısıtlayıcı modeller benimsenmiştir.

Yarı serbest tahsis modeline örnek olarak; Yunanistan (.gr) modeli alan adının tescil edilebilmesi için, müracaatta bulunan kimsenin Yunan vatandaşlığına sahip olması veya Yunanistan ile yeterli derecede ticarî faaliyette bulunduğunu ispatlaması, keza İtalya (.it) modeli için de tescil talebinde bulunan kimsenin, Avrupa Birliği sınırları açısından geçerli olan ikamet veya şirket merkezi açısından bir bölgesel bağ bulunması gerekir⁴².

Bazı ülkelerde ise kısıtlayıcı tahsis modeli benimsenmiştir. Talep edilen ülke kodu alan adının söz konusu olduğu ülke ile bağın yanı sıra, talep edilen alan adı ile ilgili olarak da bazı şartlar aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, talep edilen alan adının somut lafızıyla da bir bağ aranmaktadır. Örneğin, İspanya’da (.es) uzantılı alan adları yalnızca İspanya’da ikameti olan gerçek kişi veya şirketlere tanınmıştır ya da Fransa’da (.medecin.fr) veya (.avocat.fr) gibi alan adları da sırasıyla doktorlara ve avukatlara verilmektedir⁴³.

Ülke kodu alan adlarında az da olsa serbest model örnekleri de vardır. Nitekim Portekiz’de (.com.pt), Hollanda’da (.nl), Belçika’da (.be) alan adı tahsisleri serbest bir şekilde yapılmaktadır. Dolayısıyla bu ülkelerde ülke kodu alan adı tahsisinde, daha önceden tahsis edilmemiş olma şartı dışında fizikî bağ gibi ek şartlar aranmamaktadır⁴⁴.

Ülke kodu alan adlarına ilişkin Türkiye’deki uygulama ise ODTÜ tarafından gerçekleştirilmektedir. ODTÜ, ülke kodu alan adı tahsislerinde, kısıtlayıcı modeli uygulamaktadır. Zira tahsisi yapılan 19 “.tr” ülke kodu

⁴¹ BOZBEL, ICANN, s.32 vd.

⁴² Örnekler ve konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. BOZBEL, ICANN, s.34 vd.

⁴³ BOZBEL, ICANN, s. 32 vd.

⁴⁴ <https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf?PHPSESSID=135592183019427863249135>, 19.12.2012. ODTÜ’nün izlemiş olduğu kayıt politikaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda III, C, 1.

alan adından yalnızca “.gen.tr” alan adında kişi ve/veya kuruluşla ilişki aranmamaktadır. Öte yandan yabancı bir ülkede yerleşik kişi veya kuruluş tarafından yabancı kaynaklı belgelere dayanarak yapılan başvurularda, alan adına ilişkin hakkın, Türkiye’de alan adı sahibi kişi veya kuruluşun kendisi ya da yetkilendirdiği kişi veya kuruluş tarafından kullanılıyor olması şartı aranmaktadır⁴⁵.

c) Diğer Hususlar

Alan adlarının tahsis ve tescilinde, yukarıda açıklanan hususların ve sistemlerin yanı sıra birtakım sınırlamalar daha vardır. Bu anlamda ahlâka aykırı alan adlarına ilişkin tescil talepleri ya reddedilmekte yahut da sonradan silinmektedir. Aynı şekilde coğrafi alan adları da genel olarak alan adı olarak tescil edilmemektedir⁴⁶.

Bugün artık terk edilmeye başlanmış olsa da bazı AB ülkelerinde cins adları, alan adı olarak tescil edilmemektedir. Zira cins ve meslek adlarının alan adı olarak alınması, bu tür alan adlarını kullanan kimselerin haksız bir avantaj elde etmeleri veya rakip işletmeler karşısında haksız üstünlük sağlamalarına neden olmaktadır⁴⁷. Dolayısıyla, alan adı olarak cins adı seçen bir kimsenin haksız avantajlar sağlaması beraberinde birtakım hukukî problemleri de getirmektedir. Bu nedenle, cins adların alan adı olarak kaydedilmesi konusunda bazı kısıtlamalara gidilmesi olağan karşılanmalıdır.

II. ICANN ve TAHKİM UYGULAMASI

A. ICANN

1 Temmuz 1997 tarihinde Amerikan Ticaret Bakanlığı, alan adı tescil ve idare yetkisini özel sektöre devredeceğini açıklamıştır. Yaklaşık bir yıl süren görüş bildirme süresinin ardından 5 Haziran 1998 yılında Amerikan Ticaret Bakanlığı tarafından İnternet Ad ve Adreslerinin İdaresi Hakkında Politika Bildirisi (*White Paper*) yayınlanmıştır⁴⁸.

⁴⁵ Genel olarak coğrafi yer adlarının alan adı olarak tescili ya tamamen yasaklanmış yahut yetkili kişilere tanınmıştır. Birçok Avrupa Birliği ülkesi konu hakkında kısıtlama getirmiştir. BOZBEL, ICANN, s.38.

⁴⁶ MEMİŞ, İnternet Ortamında Haksız Rekabet, s.107.

⁴⁷ White Paper ve öncesindeki Green Paper ile ICANN’ın oluşum süreciyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. IŞIKLI, s.25 vd.

⁴⁸ Bu ilkelere ve ICANN kuruluş süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ANIK, s.70 vd.

Bildiride belirtilen ilkeler ışığında⁴⁹, internetin istikrarını sağlamak; rekabeti tesis etmek; küresel internet toplumunun geniş temsilini sağlamak ve politikaları özel kesim aracılığıyla, aşağıdan yukarıya, mutabakat temelinde koordine etmek üzere oluşturulmuş⁵⁰ olan ICANN, 30 Eylül 1998 tarihinde resmî olarak göreve başlamıştır⁵¹. ICANN, internetin iş dünyası, teknik, akademik ve kullanıcı gruplarının geniş katılımlarını içeren, kâr amacı gütmeyen ve özel sektör alanında faaliyet gösteren bir kuruluştur⁵².

Amerikan Ticaret Bakanlığı tarafından politika bildirisinin yayınlanmasının ardından, WIPO tarafından ICANN'a sunulan nihai rapor kapsamında, alan adları ve markalar hususunda çıkması muhtemel uyuşmazlıklara ilişkin olarak; “.com”, “.org” ve “.net” TLD’lerinde faaliyet gösteren kayıt kurumlarının anlaşmazlıklarının, merkezî bir kurum bünyesinde çözümlenmesi önerilmiştir. Söz konusu raporda, bu kurumun da WIPO Hakemlik ve Arabuluculuk Merkezi olması gerektiği tavsiye edilmiştir.

İnternet Tahsisli İsimler ve Numaralar Kurulu’sunun aldığı bir yönetim kurulu kararıyla oluşturulan çalışma grubu tarafından bu öneriler değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, 29 Temmuz 1999 tarihinde, “A Çalışma Grubu” tarafından kayıt kurumlarınca izlenecek yeknesak bir uyuşmazlık çözüm politikası oluşturulmuş ve 24 Ekim 1999 tarihinde UDRP kabul edilmiştir. İlk yetkili servis sağlayıcı kuruluş olarak da WIPO belirlenmiş olup, RUDRP, 1 Aralık 1999 tarihinde uygulamaya konulmuştur. Yeknesak kuralların kabulü ve yürürlüğe girmesinin ardından, 2 Aralık 1999 tarihinde, ICANN tarafından TLD kayıt kurumu olarak akredite edilmiş olan Melbourne IT tarafından kayıt edilmiş olan “worldwrestlingfederation.com” alan adı ile ilgili ilk uyuşmazlık müracaatı yapılmıştır. Söz konusu davada alan adının kötü niyetle ve haksız olarak kayıt ettirilmiş olduğu sonucuna varılmış ve 14 Ocak 2000 tarihinde bu alan adının davacıya iadesine karar verilmiştir⁵³.

Uyuşmazlıkların çözümü politikası kapsamında kabul edilen UDRP kurallarının, yetkili tahkim müesseseleri tarafından uyuşmazlıkların çözümü

⁴⁹ IŞIKLI, s.27.

⁵⁰ ICANN’ın hukukî dayanağını 6 Kasım 1998 tarihinde yayımlanan yönetmelik (Original Bylaws) oluşturmaktadır. Bkz. <http://www.icann.org/en/about/governance/bylaws/bylaws-06nov98-en.htm> , 08.12.2012.

⁵¹ BOZBEL, ICANN, s.58, dn 8.

⁵² http://www.wipo.int/amc/en/domains/casesx/list.jsp?prefix=D&year=1999&seq_min=1&seq_max=199, 09.12.2012

⁵³ Bkz. aşağıda II, B, 6.

esnasında uygulanmasında karışıklık ve çelişki yaşanmaması amacıyla, UDRP'ye paralel olarak yeknesak usul kurallarının kabul edilmesi öngörülmüş ve bu anlamda da çalışmalar yürütülmüştür. Bu çalışmanın sonucu olarak RUDRP hazırlanmış ve yine aynı tarihte kabul edilmiştir. Söz konusu usul kuralları neticesinde, akredite edilmiş uyuşmazlık çözüm müesseseleri bu usul kurallarına uymak durumundadırlar. Öte yandan anılan usul kuralları, 30 Ekim 2009 tarihinde ICANN tarafından kabul edilen yeni usul kuralları ile yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁴. Diğer bir ifadeyle, 30 Ekim 2009'da yeni usul kuralları kabul edilmiştir. Eski tarihli olan usul kuralları ise 28 Şubat 2010 ve öncesinde davacı tarafından yetkili çözüm mercilerinin önüne getirilen uyuşmazlıklara uygulanmıştır. Kısacası 30 Ekim 2009 tarihinde kabul edilen yeni usul kuralları, 1 Mart 2010 tarihinden bu yana uygulanmaktadır⁵⁵.

B. ICANN Tahkim Uygulaması

1. Genel Olarak

İnternet Tahsisli İsimler ve Numaralar Kurulu nezdinde öngörülen tahkimin, uygulanma alanı ve uyuşmazlıkların taşıdığı kendine özgü nitelikler nedeniyle birtakım farklı özellikleri ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, önce ICANN tahkiminde yer alan yetkili kuruluşlar ve ICANN tahkiminin genel özellikleri, daha sonra ise bu tahkimin maddî ve şeklî özellikleri incelenecektir.

2. Yetkili Kuruluşlar

İnternet Tahsisli İsimler ve Numaralar Kurulu tahkimi, ancak ICANN tarafından yetkilendirilmiş kuruluşlarca uygulanabilir. Yetkili kuruluşlar ICANN'ın resmi internet sitesinde güncel olarak listelenmektedir⁵⁶. Şu an, ICANN tarafından yetkilendirilmiş olarak dört tane uyuşmazlık çözüm mercii vardır. Bunlar:

- *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC)*⁵⁶: 22 Ocak 2002'den bu yana yetkilidir. Pekin, Hong Kong, Seul ve Kuala Lumpur olmak üzere dört bürosu vardır. Hong Kong “.hk” ve Çin “.cn” ülke kodu üst düzey alan adları için de yetkilidir.

- *National Arbitration Forum (ADRforum)*⁵⁷: 23 Aralık 1999'da yetkilendirilmiştir. İlk yetkilendirilmiş kuruluşlardan birisidir. Bu zamana dek 17.000'den fazla şikâyeteye bakmıştır.

⁵⁴ <http://www.icann.org/en/dndr/udrp/uniform-rules.htm> , 09.12.2012.

⁵⁵ <http://www.icann.org/en/dndr/udrp/approved-providers.htm> , 09.12.2012.

⁵⁶ <https://www.adndrc.org/index.html> , 10.12.2012.

⁵⁷ <http://domains.adrforum.com/> , 10.12.2012.

- *World Intellectual Property Organisation (WIPO)*⁵⁸: İlk akredite edilmiş kuruluştur. Ayrıca en çok tercih edilen merciidir. Şu ana kadar 21592 uyuşmazlık dosyasına bakmıştır⁵⁹. Dünya'nın çeşitli ülkelerinden birçok hakemin kayıtlı⁶⁰ olduğu WIPO tahkiminde, Türkiye'den 5 kişi hakem olarak görev yapmaktadır⁶¹. Ülke bazında en çok başvuru Amerika Birleşik Devletleri'nden yapılmış olup Türkiye 14. sıradadır⁶².

- *The Czech Arbitration Court - Arbitration Center for Internet Disputes (CAC-ACİD)*⁶³: Avrupa merkezli olup merkezi Prag'dadır. “.eu” TLDs için tek yetkili kuruluştur. Ocak 2009'dan bu yana yetkilidir.

İnternet Tahsisli Sayılar ve Numaralar Kuruluştahkiminde belirtilmesi gereken bir diğer önemli nokta da söz konusu yetkili tahkim kuruluşlarının UDRP ve RUDRP'nin dışında kendilerine özgü birtakım kurallar öngörmüş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, yetkili tahkim merkezlerinin de bu konuda, tahkim sürecine ilişkin şartlar ihdas etmelerine engel yoktur⁶⁴. Bu şartlar, ücretlendirme, süre ve benzeri örneklerde olduğu gibi her kuruluşun kendi politikasına göre değişmektedir. Bu nedenle, şikâyetçi başvuruda bulunacağı kuruluşu belirlerken, bu hususları da değerlendirmelidir.

3. ICANN Tahkiminin Özellikleri

Tahkim; tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakemlerce çözümlenmesi için yaptıkları bir anlaşma olup, kararları kesin hüküm oluşturan ve tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir⁶⁵. ICANN tahkiminin, klasik tahkime göre bazı farklı düzenlemeleri ve özellikleri söz konusudur⁶⁶.

İlk olarak, klasik tahkim yolunda tahkim yolunu bir uyuşmazlık çözümü olarak öngörmek, diğer bir ifadeyle, tahkim yolunu seçmek kural olarak

⁵⁸ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/> , 10.12.2012.

⁵⁹ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp> , 10.12.2012.

⁶⁰ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/panel/panelists.html> , 10.12.2012.

⁶¹ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/panel/panelists.html#172> , 10.12.2012.

⁶² <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/countries.jsp?party=C> , 10.12.2012.

⁶³ <http://www.adr.eu/> , 10.12.2012.

⁶⁴ WIPO tarafından öngörülen kurallar için bkz: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/supplemental/eudrp/> ve <http://www.wipo.int/amc/en/domains/rules/supplemental/index.html> , 10.12.2012.

⁶⁵ KARSLI, s.716; KURU/ASLAN/YILMAZ, s.800.

⁶⁶ BOZBEL, ICANN, s.58 vd.

tarafların iradesine bağlı⁶⁷ iken ICANN tahkiminde, henüz alan adı tescili yapılırken uyumsuzluk vukuunda ICANN tahkim yolu seçilmiş olmaktadır⁶⁸. Burada bir anlamda genel işlem şartlarındaki gibi irade dışı bir durum mevcuttur. Sonuç olarak tescil talebinde bulunan peşinen ICANN tahkim usulü kurallarını kabul etmiş bulunmaktadır.

İkinci olarak, ICANN tahkimi klasik tahkime nazaran çok daha hızlı ve ucuzdur. Örneğin, ICANN tahkimi 40-45 gün gibi kısa sürede sonuçlandırılmaktadır. Ayrıca uyumsuzluğun niteliğine göre değişmekle birlikte 1000 Amerikan Doları gibi cüzi bir ücretten başlaması nedeniyle klasik tahkime göre gayet ucuzdur⁶⁹.

Tenfiz noktasında da ICANN tahkimi klasik tahkimden ayrılmaktadır. Zira klasik tahkimde hakem kararlarının mahkemeler nezdinde denetlenmesi istisnâ iken⁷⁰, ICANN tahkiminde gerek tahkim esnasında gerekse sonrasında tarafların millî mahkemelere müracaat etmelerine engel yoktur⁷¹. Ayrıca ICANN hakem kararları resen icra edilir, herhangi bir tanıma veya tenfiz kararına gerek yoktur. Kararın uygulanması, davalının iradesine bırakılmamış; devletin yargı mercilerinin kararlarının uygulanması için genelde gerekli olan ve zaman kaybına yol açan cebrî icra usulüne başvurulmasına gerek kalmadan güvence altına alınmıştır⁷². Burada ifade etmek gerekir ki tanıma veya tenfize gerek kalınmaması, tahkim heyeti kararının niteliği itibarıyla farklı olmasından ya da devletlerin yargı haklarına ilişkin millî egemenliklerinin sekteye uğramasından kaynaklanmamaktadır⁷³. Bilakis burada, tahkim heyetinin

⁶⁷ KARSILI, s. 722; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.736 vd.

⁶⁸ BOZBEL, ICANN, s.60.

⁶⁹ BOZBEL, ICANN, s.58.

⁷⁰ Klasik tahkim, tarafların iradesi temelinde şekillenen bir müessesedir. Bu anlamda, tarafların iradeleri doğrultusunda aralarındaki uyumsuzluğu kendi seçtikleri hakemler vasıtasıyla çözümlerinden, tahkimde hakem yargılaması neticesinde verilen kararlara karşı devlet mahkemelerinin denetimi istisnâdır. Bu bakımdan hakem kararlarının ancak HMK m.439 ve m.443'de düzenlenen hâllerde iptali veya tahkim yargılaması bakımından yargılamanın yenilenmesi düzenlenmiştir.

⁷¹ YAŞAR, s.654.

⁷² YAŞAR, s.631.

⁷³ Devletler özel hukukunda, yabancı ülke mahkemelerinden alınan mahkeme kararlarının ya da uluslar arası tahkim kuruluşları nezdinde gerçekleştirilen tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararlarının, başka bir ülkede icra edilebilmesi için tanıma ve tenfiz prosedüründen geçirilmesi gerekmektedir. Çünkü milletlerarası hukukta yabancı mahkeme veya hakem kararlarının diğer ülkede hüküm ve sonuç doğurmasını öngören herhangi bir yükümlülük bulunmamaktadır. DOĞAN, s.95 ve s.117. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİT, s.89 vd.

karar vermesiyle, alan adının tahsis ve tescil edildiği yetkili kuruluşa yapılan bildirimin ardından, yetkili kuruluş tarafından kararın gereği resen yerine getirilmektedir⁷⁴. Dolayısıyla kararın icrası için diğer ülkede ayrıca devletin icra organlarına başvurmaya gerek kalmamaktadır.

4. Uygulanma Alanı

İnternet Tahsisli Sayılar ve Numaralar Kuruluşu tahkim kuralları, tescil makamının ICANN tahkim kurallarını kabul etmesiyle birlikte, tescil makamı bünyesinde alan adı tescili yaptıran kişi veya kurumlarla ilgili olarak tescil süresi boyunca çıkacak alan adı uyuşmazlıklarında uygulanacaktır. Dolayısıyla tescil sahibi, ICANN kurallarını kabul etmiş bulunan yetkili tescil kurumuna başvurmakla ICANN tahkim kurallarını kabul etmiştir ve tescilden itibaren tescil süresince bu kurallar uygulanma kabiliyetini haizdir⁷⁵.

Kuralların uygulandığı jenerik üst düzey alan adları belirlidir⁷⁶. Kurallar ayrıca, ICANN yetkisini kabul etmiş ülkelerin ülke kodu alan adlarına da uygulanır. Söz gelimi, “.ag” (Antigua and Barbuda), “.nl” (Netherlands), “.ve” (Venezuela) gibi ülke kodu alan adlarında da kurallar etkilidir⁷⁷.

Öte yandan, UDRP uygulanma alanı, ICANN tarafından iki açıdan sınırlandırılmıştır. İlk olarak, uyuşmazlık çözüm usulü sadece kötü niyetli tescil davaları ile sınırlı olup, ticarî markalara ilişkin diğer uyuşmazlıklar devlet mahkemelerine bırakılmıştır. İkinci olarak ise, UDRP sadece ticarî markaların ve hizmet markalarının alan adları olarak tescil edilmiş olması hâlinde uygulanmaktadır⁷⁸.

5. Maddî Şartlar

İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları Yeknesak Çözüm Kuralları m. 4’te, uyuşmazlık başvurusunun içermesi gereken maddî şartlar düzenlenmiştir. Buna göre, internet alan adına ilişkin ICANN tahkimine gidilebilmesi için markaların alan adlarıyla benzer veya aynı olması, iltibasa neden olması, tescil sahibinin kötü niyetli olması ve alan adına ilişkin bir hak veya haklı bir menfaatinin bulunmaması gerekmektedir.

⁷⁴ BOZBEL, ICANN, s.83.

⁷⁵ BOZBEL, ICANN, s.58.

⁷⁶ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/cctld/index.html> , 10.12.2012.

⁷⁷ BOZBEL, ICANN, s.60-61.

⁷⁸ YAŞAR, s.629 vd.

a) Markaların Alan Adlarıyla Aynı veya Benzer Olması

UDRP m.4 uyarınca yalnızca ticarî markalar veya hizmet markaları korunmaktadır. Öte yandan belirli şartlar altında işletme adları veya işaretleri gibi ayırt edici unsurlar da korunma kapsamına dâhil edilebilir.

i) Tescil Edilmiş Markalar

UDRP kapsamında tescil edilmiş markalardan anlaşılması gereken, ülkelerin kendi marka tescil kuruluşları nazarında tescil edilmiş olan markalar ve Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması uyarınca tescil edilmiş markalar ile tanınan ticarî markalar ve hizmet markalarıdır. Bu itibarla Türkiye’de de Türk Patent Enstitüsü’nde tescil edilmiş markalar UDRP kapsamında değerlendirilir. Zira bilindiği gibi Türkiye’de markaların tescili ve korunması da dâhil olmak üzere, sınaî mülkiyet haklarının tescili ve korunması TPE tarafından yapılmaktadır⁷⁹.

UDRP kapsamına tescil edilmemiş markalar da girmektedir. Burada aslında daha ziyade olarak Anglo-Sakson hukuk düzeninde mevcut olan “*common law*” markalar anlaşılmaktadır. MkhKHK m. 8, belirli şartlar altında tescilsiz markalara da korunma imkânı sağlanmaktadır⁸⁰.

Kişi isimleri de “*common law*” anlayışı uyarınca korunabilmektedir. İnternet alan adının kullanımı, gerçek veya tüzel kişilerin isim haklarına zarar verebilir⁸¹. Söz gelimi, büyük holdinglerin veya tanınmış kimselerin isimleri, alan adı olarak önceden başka kimseler tarafından alınabilmektedir. Bu durumda isim hakları ihlâl edilen kimseler mahkemeye başvurabilirler⁸². Buna karşılık ICANN, bu durumda korumayı yalnızca gerçek ve tanınmış kişilere hasretmektedir⁸³.

⁷⁹ 556 sayılı KHK uyarınca markaların tescili ve korunması Türk Patent Enstitüsü tarafından yapılmaktadır. Marka hakkının tescili ve korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN, s.194 vd; POROY/YASAMAN, s.500 vd; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.238 vd.

⁸⁰ KHK’nın 8. maddesinde, tescilsiz markalar hakkında tescil başvurusundan önce başvuruda belirtilen rüchan tarihinden önce marka hakkının elde edilmiş olması hâlinde ve belirtilen işaretin, sahibine sonraki bir markanın kullanılmasını yasaklama hakkının olması hâlinde, bu iki şartın bir arada gerçekleşmesiyle tescilsiz koruma sağlanmaktadır. AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.271.

⁸¹ DOĞAN, Murat, s.476 vd.

⁸² MEMİŞ, Çözüm Arayışları, s. 518.

⁸³ Söz gelimi, ünlü sinema oyuncusu aktris Julia ROBERTS hakkında WIPO tarafından verilmiş olan karar için bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0210.html> , 09.12.2012.

ii) İşletme Adları

UDRP, sadece ticaret siciline tescil edilmiş olan işletme adlarını kapsamakta, buna karşılık ticaret siciline tescil edilmeden işletmeyi gösteren adları korumamaktadır⁸⁴.

iii) Cins ve Meslek Adları

UDRP'ye göre cins ve meslek isimler marka hakkına tecavüz teşkil etmez⁸⁵. Ancak bilindiği gibi cins ve meslek isimlerinin alan ismi olarak tescil edilmesi neticesinde, rekabet düzenini ciddi ölçüde zedeleyici durumlar ortaya çıkar. Çünkü kişi bir cins ve meslek ismini alan adı olarak kaydettirince, internet ortamında özellikle o cins ve meslek ismi başlığında yapılan aramalarda ve incelemelerde büyük ölçüde avantaj sağlamış olur⁸⁶.

Cins ve meslek isimlerinin alan ismi olarak kaydedilmesi neticesinde haksız rekabetin ortaya çıkacağı hususunda görüş birliği mevcuttur⁸⁷. Bu durum karşısında ülkeler, kendi marka koruma politikaları ve mahkemeleri vasıtasıyla çözüm yolu geliştirmektedirler. Örneğin, Alman hukukunda alan adları öncelikle isim ve şahsiyet hakları ile ilgili hükümlerle korunurken, İngiltere, Hollanda ve A.B.D. gibi bazı ülkelerde marka hukuku hükümlerine göre korunmaktadır⁸⁸.

b) İltibasa Neden Olması

UDRP m. 4 anlamında korumadan yararlanılabilmesi için, tescil edilen alan adının ticarî marka veya hizmet markası ya da yukarıda açıkladığımız olgular çerçevesinde tanınmış isimlerle arasında iltibasa neden olması gerekir⁸⁹. Bu çerçevede çeşitli yollarla, örneğin kesme işareti veya diğer noktalama işaretleri hatta fazladan bir harf veya sayının alan adına ihdasıyla iltibas olgusundan kaçınmak mümkün değildir. Nitekim Red Bull markasının “redbulls.net” veyahut Adidas markasının “addidas.com” şeklinde alan adı olarak tescil edilmesiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hakem heyeti iltibasın mevcudiyeti yönünde karar vermiştir⁹⁰.

⁸⁴ Yeknesak kurallar m.4 (a) uyarınca, ticaret siciline tescil edilmemiş işletme adları, koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. BOZBEL, İnternet Alan Adları, s.231.

⁸⁵ BOZBEL, ICANN, s.67 vd. Ancak hakemler, konu hakkında çelişkili kararlar vermişlerdir. Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SOYSAL, s.443 vd.

⁸⁶ MEMİŞ, Hukukî Sorunlar, s. 466.

⁸⁷ MEMİŞ, İnternet Ortamında Haksız Rekabet, s.109-110.

⁸⁸ MEMİŞ, Hukukî Sorunlar, s.469 vd.

⁸⁹ SOYSAL, s.441.

⁹⁰ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0185.html> , 24.12.2012.

c) Kötü Niyetli Tescil ve Kullanım

Tahkim yargılamasında belki de hakemlerin en çok önem verdikleri husus, kötü niyetli kullanım ve tescildir. Hakemler birçok uyuşmazlıkta bu noktadan hareketle karar vermektedirler⁹¹.

UDRP m.4 (b) uyarınca, özellikle kötü niyetin varlığı sonucunu doğuracak hususlar, tahdidi olmayan bir şekilde belirtilmiştir. Belirtilen durumlardan ilki, klasik “*domain grabbing*” hâlidir. Zira söz konusu hükme göre, “*Alan adının marka sahibine veya rakiplerinden birine satmak, kiralamak veya başka şekilde devretmek amacıyla tescil ettirilmesi*” şeklinde belirtilmiştir. Ancak hükmün devamında yer alan “*...meğerki sadece belgelenmiş olan tescil masrafları talep edilmiş olsun*” ifadesi uyarınca tescil sahibinin yalnızca normal masrafları talep etmesi hâlinde *domain grabbing* söz konusu olmayacaktır⁹².

Diğer durumlardan ikinci ve üçüncüsünde de sırasıyla; “*Alan adı sahibinin tescili, ticarî hayatta marka sahibinin markasını alan adı olarak kullanmasına engel olmak amacıyla yapmış olması*” ve “*Tescilin öncelikle, rakip firmaya zarar vermek amacıyla yapılması*” şeklinde hükme bağlanarak kötü niyetli tescilin olduğu durumlara ilişkin somutlaştırma yapılmıştır.

Son olarak da söz konusu hükümde “*Alan adı sahibi, ticarî hayatta marka ile karışıklık meydana getirip, kendisinin veya başka birisinin web sitesine müşteri çekmek suretiyle kazanç elde etmeyi amaçlıyorsa*” şeklinde yapılan düzenlemeyle de kötü niyetli kullanım hususu somutlaştırılmıştır⁹³.

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0107.html> , 24.12.2012.

⁹¹ BOZBEL, İnternet Alan Adları, s.235; kötü niyetli tescil konusunda verilmiş birçok hakem kararı örnekleri için bkz. SOYSAL, s.455 vd.

⁹² YAŞAR, s.639.

⁹³ Alan adının kullanılmasında ölçüt alınacak husus, tescilden sonraki alan adı sahibinin davranışlarıdır. Bu anlamda aşağıdaki durumlar kötü niyetli tescil ve kullanıma örnek teşkil edebilir:

- Açılan bir davaya karşı savunma yapılmaması,
- Alan adı altındaki web sitesinin, rakip bir firmanın veya pornografi içerikli bir web sitesine yönlendirmesi,
- Başkasına ait alan adlarının bilerek tescil ettirilmesi,
- Kendisi hak sahibi olmadığı halde, yazım hatalarından faydalanarak ya pılan alan adı tescilleri,
- Bilinçli olarak yanlış haberleşme adresleri verilmesi.

Söz konusu örnekler ve ilişkin olduğu kararlar için bkz. BOZBEL, ICANN, s.74-75.

d) Alan Adına İlişkin bir Hak veya Haklı Bir Menfaatin Bulunmaması

UDRP m.4 (c) uyarınca, alan adı sahibine davacı tarafından ileri sürülen taleplere karşı birtakım hukukî savunma imkânları öngörülmüştür. Buna göre;

“i) Alan adının veya alan adına benzer bir ismin, dava açıldığının bildirilmesinden önce iyiniyetli olarak mal veya hizmet arzı için kullanılması veya açıkça kullanma hazırlıklarında bulunulması veya

ii) Mal veya hizmet markası iktisap edilmiş olmasa bile, (şahsen, ticarî veya diğer organizasyon olarak) bu alan adı altında umumen tanınmış olunması veya

iii) Tüketicilerin kazanç temini amacıyla yanıltılmaması veya ilgili mal veya hizmet markasının sulandırılmaması şartıyla, alan adını haklı ticarî olmayan veya dürüst kullanım amaçlarıyla kullanılması.”

Söz konusu bu durumlar, tıpkı kötü niyetin varlığının öngörüldüğü durumların belirtilmesinde olduğu gibi tahdidi değildir. Dolayısıyla hakemler bu durumları öncelikle göz önünde bulundurmakla birlikte, somut olayın özelliklerine göre benzer durumlarda da belirtilen hususları alan adı tescil sahibinin savunma imkânı olarak değerlendirebilirler⁹⁴. Belirtilen durumlarda daha çok alan adı sahibinin hüsünüyetine müteallik değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu itibarla örneğin, salt şahsi kullanım veya salt iyi niyetle alan adı altında faaliyetlerde bulunmak kötü niyet teşkil etmez.

6. Usulî Şartlar ve Yargılama

İnternet Tahsisli İsimler ve Numaralar Kurulu, 1999 yılında, internet alan adları konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla yeknesak kuralları belirleyerek yürürlüğe koymuştur. Ancak yalnızca çözüm kuralları değil, ayrıca bu kuralların yetkili tahkim mercileri tarafından uygulanması esnasında da bir birlik ve düzen olması amacıyla bu kuralların uygulanmasında izlenecek yeknesak usul kurallarını da kabul etmiştir. Bu doğrultuda 24 Ekim 1999 yılında RUDRP kabul edilmiştir. On yıl uygulanan bu kuralların ardından, 30 Ekim 2009 tarihinde yeni yeknesak usul kuralları kabul edilmiş ve 1 Mart 2010 tarihinden itibaren uygulamaya konulmuştur. Belirlenmiş olan usul kurallarının yanında, her bir yetkili merci de bunlara ek olarak kendi bünyelerinde görülecek uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere birtakım usul kuralları belirlemektedir.

⁹⁴ YAŞAR, s.637 vd.

Tahkim, kısaca aşağıdaki aşamalardan oluşmaktadır:

- Şikâyetçinin, ICANN tarafından akredite edilmiş bir uyuşmazlığı çözme kuruluşuna şikâyetini bildirmesi,
- Şikâyetin yöneldiği kimse veya kuruluş tarafından cevap gönderilmesi,
- Seçilmiş olan uyuşmazlığı çözme kuruluşunun, uyuşmazlığı çözecek bir veya üç kişiden oluşacak hakem heyetini ataması,
- Hakem heyetinin karar vermesi ve bu kararın taraflara tebliği,
- Hakem kararlarının ilgili internet alan adı tescilini yapan kuruluş tarafından yerine getirilmesi⁹⁵.

a) Başvurunun yapılması

İnternet Tahsisli İsimler ve Numaralar Kuruluşu tahkim usulünde, RUDRP m.3(a)' ya göre, gerçek veya tüzel kişilerin ICANN tarafından yetkilendirilmiş herhangi bir çözüm kuruluşuna UDRP ve RUDRP mucibince başvurabileceği belirtilmiştir. Üçüncü madde uyarınca başvurular, elektronik ortamda, uyuşmazlığın çözümünde tercih edilen yetkili kuruluşa yapılır. Başvuru dilekçesinde; davacının ne yönde karar verilmesini istediğine dair talep, kendisinin ve vekille temsil edilecekse vekilinin adı soyadı, adresi ve iletişim bilgileri, tercih edilen yazışma şekli, uyuşmazlığın çözümü için oluşturulacak heyetin bir mi yoksa üç hakemden mi oluşmasını istediğine dair talebi, davalının (alan adını elinde bulunduran) tahkim kuruluşu tarafından dava dilekçesinin tebliğine elverişli derecedeki adı soyadı ve iletişim bilgileri gibi hususlar bulunmalıdır.

Öte yandan yine aynı hükümler uyarınca davacının, yeknesak çözüm kuralları uyarınca talebine temel olarak aldığı vakıaları ve özellikle karşı tarafın elinde bulunan alan adı ile kendi mal veya hizmet markasıyla ne surette bir aynılık veya karışıklık bulunduğu, dava konusu alan adı üzerinde davalının neden bir hak veya haklı menfaatinin olmadığı ve alan adının neden kötü niyetli tescili ve kullanımı olduğunu dilekçesinde belirtmelidir.

Dilekçenin içermesi gereken bir diğer önemli nokta da, şayet ICANN tahkim usulüne yapılan başvurudan önce millî mahkemeler de dâhil olmak üzere başka makamlar nezdinde de dava açılmışsa, bu davanın durumu hakkında gerekli bilgilerin de sunulmasıdır. Başvuru sahibi, yargılama

⁹⁵ YAŞAR, s.641.

sonucunda aleyhine çıkan karara ilişkin olarak hakem kurulu, ICANN veya çalışanlarına veyahut da tescili yapan kuruluşa karşı herhangi bir hak talebinde bulunmayacağını da temin etmelidir.

Tahkim merkezi tarafından dilekçede eksiklik bulunması hâlinde, davacıya beş günlük bir düzeltme süresi verilir. Söz konusu sürede düzeltmeler yapılmazsa dilekçenin geri alındığı kabul edilir.

Yeknesak Usul Kuralları m.2 (a) gereğince, ilgili tahkim mercii, dava dilekçesini kendisine sunulmasından itibaren üç gün içerisinde karşı tarafın bilinen bütün iletişim adreslerine gönderir. Böylece mümkün olduğunca davalıya ulaşılmış olmaktadır. Bu andan itibaren davanın açılmış olduğu kabul edilmektedir.

b) Davaya Cevap Verilmesi

Yeknesak Usul Kuralları'nın cevap başlıklı 5. maddesine göre, davalının cevap vermek için yirmi gün süresi vardır. Ancak bu süre, divan tarafından gönderilme anı dikkate alındığı için daha kısa olacak ve bu yüzden de davalının dikkatli olması gerekecektir. Zira m.5 (e)'ye göre, süresinde cevap verilmemesi hâlinde, heyet tarafından şikâyetçinin talepleri esas alınarak karar verilecektir.

Davalının cevap dilekçesinde bulunması gereken hususlar da m.5 (b)'de düzenlenmiş olup davalının cevabı da yine elektronik ortamda olmalıdır. Cevap dilekçesinde ise yine iletişim bilgileri, istenen iletişim şekli, eksiksiz bir şekilde kendi savunmasını dayandığı bütün belge, delil ve dokümanları, eğer davacı hakem sayısı noktasında bir tercihte bulunmuşsa bu tercihe katılıp katılmadığı, şayet katılmıyorsa kendi tercihi gibi hususlar bulunmalıdır. Öte yandan davalı, cevap verme süresinin uzatılmasını da talep edebilir.

c) Hakemlerin belirlenmesi

Yeknesak usul kurallarının 7. maddesine göre, hakem heyeti, bir veya üç hakemden oluşmaktadır. Hakem heyeti, Uyuşmazlığı Çözme Kurulu'ndan, taraflardan, internet alan adı tescilini yapan kuruluştan ve ICANN' den bağımsızdır⁹⁶ (RUDRP m.7).

Davalı tarafından davaya cevap verilmesiyle, hakem heyetinin oluşturulması ve bu doğrultuda hakemlerin belirlenmesi gerekir. Buna ilişkin usul, m.6'da düzenlenmiştir. Öncelikle yetkili çözüm mercileri,

⁹⁶ YAŞAR, s.648.

kendilerinde kayıtlı bulunan hakemlerin listelerini güncel bir şekilde ilgililerin ulaşabilmelerine hazır bulundurulmalıdır⁹⁷.

Usul kuralları m.3 (b) iv ve m.5 (b) iv uyarınca, gerek davacının gerekse davalının tahkim heyetinin hakem sayısını belirleme konusunda bir tercih hakkı vardır. Şayet ne davacı ne de davalı taraf uyuşmazlığın kaç kişiyle çözümlenmesini istedikleri yönünde bir talepte bulunmamışsa, tahkim heyeti beş gün içerisinde listesine kayıtlı hakemlerden birisini hakem olarak atar. Eğer taraflardan birisi uyuşmazlığın üç kişilik bir heyette çözümlenmesini isterse, hakemlerden ilk ikisi taraflarca belirlenecek adaylar arasından karşılıklı olarak taraflarca, üçüncüsü ise tahkim mercii tarafından sunulacak beş aday arasından tarafların da düşünceleri mümkün mertebe gözetilerek tahkim kuruluşunca yapılır.

d)Yargılamanın Dili

Yargılamanın hangi dilde yapılacağı konusu, RUDRP m.11’de düzenlenmiştir. Söz konusu madde incelendiğinde dikkati çeken ilk husus, tarafların bu konuda irade serbestliğine sahip olmasıdır. Nitekim maddeye göre yargılamanın dili; hakemlerin davanın özelliklerini dikkate alarak yargılamanın dilini belirleme yetkileri saklı olmakla birlikte, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tescil sözleşmesinde kullanılan dildir⁹⁸. Buradan da anlaşıldığı üzere, yargılamanın dili esas itibariyle tarafların anlaşmış olup olmamalarına göre belirlenmektedir. Tarafların anlaşmamış olması ihtimali Türkiye açısından değerlendirildiğinde, yargılama dilinin İngilizce olacağı sonucuna varmak mümkündür⁹⁹. Zira ülkemizde alan adı tescil işlevini yerine getiren ODTÜ’nün izlediği politikalar neticesinde, alan adı tahsisleri büyük çoğunlukla yetkili yabancı tescil kuruluşları bünyesinde yapılmaktadır. Öte yandan RUDRP m.11 (b)’ye göre, heyetin yargılama dilinden başka dilde sunulan belgelerin tamamının veya bir kısmının yargılama diline tercümesini emretme yetkisi vardır.

e) Karar

Hakem heyeti, yapacağı yargılama neticesinde karar verecektir. Söz konusu karara ilişkin düzenleme RUDRP m.15’te yapılmıştır. Maddeye göre heyet, kararını tarafların sunduğu belge ve açıklamalara, yeknesak kurallara ve heyetin uygulanır gördüğü kurallara uygun olarak verir.

⁹⁷ Örneğin WIPO hakem listesi için bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/panel/panelists.html> , 11.12.2012.

⁹⁸ KAPLAN, s.706.

⁹⁹ YAŞAR, s.650; BOZBEL, İnternet Alan Adları, s.243.

Diğer taraftan, kararın istisnalar dışında m.6'ya göre hakemlerin, atanmasından itibaren on dört gün içinde verilmesi gerektiği m.15 (b) de belirtilmiştir. Burada göze çarpan husus, ICANN tahkim süresinin istisnalar haricinde genel olarak yaklaşık iki ay gibi kısa olduğudur. Bu, ICANN tahkiminin tercih edilmesini sağlayan önemli bir faktördür¹⁰⁰. Zira insanlar, klasik tahkime göre çok daha kısa olan tahkim süresi içeren sistemi tercih etmek istemektedirler.

Heyet üç kişiden oluşursa, kararlarını çoğunlukla verir. Ayrıca kararlar yazılı, dayandığı gerekçeler açık ve hakem veya hakemlerin imzasını da içerecek şekilde olmalıdır. Heyet, alan adının devri veya silinmesinden başka karar veremez. Söz gelimi tazminata hükmedemez veya tescil edilen diğer alan adları hakkında bilgi isteyemez¹⁰¹. RUDRP m.16'ya göre, tahkim kuruluşu, heyetin kararını aldıktan sonra üç gün içerisinde taraflara ve ICANN'a bildirir.

f)Diğer Hususlar

Yargılama ücretleri konusu, RUDRP m.19'da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre dava ücreti; tek kişilik hakem tarafından yargılama yapılmışsa davacı tarafından karşılanır. Şayet davalı, m.5 (b) iv çerçevesinde üç kişilik hakem tarafından yargılama yapılmasını istemişse ücretin yarısı davalı tarafından karşılanır; bunların dışındaki diğer hâllerde ücreti davacı ödeyecektir. Dava dilekçesinin ulaşmasından itibaren on gün içinde ücret heyete ulaştırılmazsa dilekçe geri alınmış kabul edilir ve dava sona erer.

Yeknesak Usul Kurallarının 18. maddesinde, tahkim sürecinden önce veya tahkim süreci devam ederken başka bir mercii önünde dava açılmış olmasının tahkim yargılamasına etkisi düzenlenmiştir. Bu durumda hakem heyeti ara verme, devam etme veya yargılamayı sona erdirmeye yetkilidir.

Hakem kararının mahkemeler nezdinde kontrolüne imkân vermek amacıyla usul kuralları m.3 (b) xiii uyarınca, şikâyetçi, tahkim yargılaması neticesinde iptal veya devre ilişkin kararın iptali amacıyla açılacak davalarda, ortak yetkili mahkemelerden en az birisini kabul etmekle yükümlüdür.

¹⁰⁰ BOZBEL, ICANN, s.59.

¹⁰¹ BOZBEL, ICANN, s.82-83.

III. TÜRK HUKUKUNDA İNTERNET ALAN ADLARI ve UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

A. Genel Olarak

Yukarıda, internetin özellikle son yirmi yılda dünyadaki hızlı gelişimi ve buna paralel olarak önem kazanan alan adları, ortaya çıkan problemler ve ICANN' in geliştirdiği etkili çözüm mekanizması incelenmiştir. İfade etmek gerekir ki konunun taşıdığı önem, Türkiye açısından da mevcut ve günceldir. Zira internet yoluyla telekomünikasyon, dünyayla birlikte Türkiye'de de hızla gelişmiştir.

B. Türkiye'de İnternetin Tarihi

Türkiye'de, Uzak Alan Ağları ile bağlantı ilk kez 1986'da Ege-İtalya hattı Eam/Bitnet' le gerçekleştirilmiştir. 12 Nisan 1993'de Ankara-Washington 64K'lık bağlantısı ile de Türkiye açısından internetin gelişmesinde önemli bir adım teşkil etmiş ve Türkiye Üniversiteler ve Araştırma Kurumları Ağı'nın (TÜVAKA) desteği ile ODTÜ-TÜBİTAK-Bilkent-İTÜ-Yıldız Teknik Üniversitesi arasında TCP/IP çalışmaları başlamıştır¹⁰². Türkiye, 1990 yılında TÜVAKA tarafından alınan karar doğrultusunda ikinci düzey alt alan adı modelini benimsemiştir¹⁰³.

İnternetin teknik açıdan gelişim süreci bu şekilde olmakla beraber internet alan adlarının hukukî altyapısının gelişim süreci konusunda; Türkiye'de internet alan adları, tahsis ve yönetimi hukukî düzenlemelerden yoksun bir şekilde ülkemizin INTERNIC'e ilk kayıt olduğu 1990 yılından bu yana ODTÜ tarafından yürütülmektedir. Ancak ODTÜ'nün bu işlevi, bir sonraki başlıkta açıklayacağımız üzere son yıllardaki hukukî düzenlemelerle sona ermek üzeredir.

C. Türkiye'de İnternet Alan Adlarına İlişkin Hukukî Düzenlemeler

Türkiye'de, internetle tanışılan 1990'lı yıllardan bu yana uzunca bir süre, konu hakkında yasal düzenlemeler yapılmamıştır. Bu itibarla, “.tr” uzantılı alan adları tahsisi ODTÜ tarafından yapılmaktadır¹⁰⁴. Ancak bu durum 5809

¹⁰² BOZBEL, ICANN, s.40, dn 45.

¹⁰³ “.tr” Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş Sürüm 5.1.1., <https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf?PHPSESSID=135524755619427824930957>, 11.12.2012.

¹⁰⁴ ODTÜ Bilgi İşlem Daire Başkanlığı tarafından oluşturulan prosedür gereği 1991 yılından bu yana alan adlarına ilişkin tahsis ve düzenleme yapma görevi üstlenen ODTÜ, 2000 yılında yeni bir yapılandırmaya gitmiştir. 4502 sayılı kanun ile 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen madde uyarınca Bakanlığa ihtiyaç hâlinde

sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun¹⁰⁵ yürürlüğe girmesiyle değişikliğe uğramıştır¹⁰⁶.

Her şeyden önce, 5809 sayılı kanun ile internet alan adı pozitif hukukumuzda tanımlanmıştır. İnternet alan adı, anılan kanunun 3. maddesinin (v) bendinde “ *internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adreslerini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlar*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰⁷.

5809 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile internet alan adları gibi özellik arz eden hususlara dayalı politika belirleme ve 35. maddesi ile alan adlarının tahsisi görevini üstlenecek kurum ve kuruluşun tespiti ile alan adları yönetimine ilişkin esasları belirleme görev ve yetkileri Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na verilmiştir. Bilahare Bakanlık, alan adları tahsisine ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesi görevini 02.03.2009 sayılı ve 305 sayılı Bakanlık Makam onayı ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) devretmiştir¹⁰⁸.

BTK tarafından, bu görev ve yetkiye binaen çalışmalarda bulunulmuş ve nihayet 5809 sayılı Kanun'un 5. ve 35. maddelerine istinaden “İnternet Alan Adları Yönetmeliği” yayınlanmıştır¹⁰⁹. Yönetmelik, internet alan adları konusunda geniş ve ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Yalnızca “.tr” uzantılı internet alan adlarını kapsayan yönetmelik, “.tr” uzantılı alan adlarının tahsis politikalarının ve denetiminin “.tr ağ bilgi sistemi” (TRABİS) adı altında oluşturulan sistem nezdinde yapılacağını öngörmektedir.

TRABİS, henüz faaliyete geçirilememiştir ancak bu konuda çalışmalar devam etmektedir¹¹⁰. TRABİS çerçevesinde, “.tr” uzantılı alan adlarının tahsis görevi görmek amacıyla kayıt kuruluşları düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada, Kurum birinci derecede alan adı tahsis ve tescili yapmamakta, bu işlev, Yönetmelik¹¹¹ m. 7/3 uyarınca Kurum tarafından yetkilendirilecek kayıt kuruluşlarınca gerçekleştirilecektir.

teknoloji politikaları belirleme hususunda danışma kurulları kurabilme yetkisi verilmiş; bu itibarla DNS çalışma grubu kurulmuş ve bundan sonra alan adlarına ilişkin politika ve kural-ları belirleme yetkisi bu kurula verilmiştir. AYHAN İZMİRLİ, s. 198, dn 132.

¹⁰⁵ RG T.10.11.2008, S.27050 mükerrer.

¹⁰⁶ DAL, s.491.

¹⁰⁷ KIZILKAYA, s.14; SÖYLER, s.88; DAL, s.481.

¹⁰⁸ SÖYLER, s. 89-90; DAL, s.491; KIZILKAYA, s.16.

¹⁰⁹ RG T.07.11.2010, S.27752.

¹¹⁰ <http://www.trabis.gov.tr/tr/index.html> , 11.12.2012.

¹¹¹ İnternet Alan Adları Yönetmeliği ilerleyen bölümlerde yönetmelik olarak kısaltılacaktır.

Yönetmelik, alan adlarına ilişkin alternatif uyuşmazlık çözümü de öngörmektedir. Yönetmeliğin 23, 24, 25, 26 ve 27. maddeleri, alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler içermektedir.

Yönetmeliğin geçici maddesi 1/1 hükmü uyarınca, TRABİS'in faaliyete geçmesine kadar mevcut işleyiş devam edecektir. TRABİS, geçici madde 1'e göre her ne kadar yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren en geç iki yıl içerisinde faaliyete geçirilmek zorunda olmasına rağmen henüz faaliyete geçirilemediğinden, mevcut durum itibarıyla ODTÜ'nün alan adı tahsis işlemleri konusundaki yetkisi devam etmektedir.

1. ODTÜ' nün Alan Adı Tahsisinde İzlediği Politikalar

Dünya'da internet alan adları ve yönetimi konusunda liberal bir anlayış söz konusudur. Nitekim alan adları konusunda ICANN tarafından izlenen politikalar “ilk gelen alır” prensibi çerçevesinde şekillenmiştir. Türkiye’de ise, alan adı tahsisi konusunda yetkili kuruluş olan ODTÜ’nün izlediği politikalar açısından aynı şeyi söylemek güçtür. Zira ODTÜ, yayınlamış olduğu kurallarda sıkı bir politika izlemektedir¹¹².

ODTÜ’nün yayınlamış olduğu kurallara göre, “.com.tr”, “.tv.tr”, “.bbs.tr”, “.gen.tr” gibi 19 çeşit ülke kodu alan adı tahsisi yapılmaktadır. Söz konusu üst düzey alan adlarından yalnızca “.web.tr” ve “.gen.tr” alan adlarında ilk gelen alır prensibi uygulanmakta ve talepte bulunan kişiyle alan adı arasında ilişki aranmamaktadır.

ODTÜ’nün diğer alan adı tahsis taleplerinde, başvuruda bulunan kişi ile alan adı arasında ilişki aranır. Söz gelimi “.com.tr” alt alan adı; gerçek ve tüzel kişiliklerin, esas olarak ticarî amaçlı kullanımlarına yönelik sunulmaktadır. Nitekim “.org.tr” alt alan adı; vakıf, dernek, sivil toplum örgütü vb. kuruluşlar için sunulmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir gerçek kişi, bireysel olarak başvurması hâlinde “.org.tr” alan adının tahsisini sağlayamayacak, başvurusu reddedilecektir.

Öte yandan yalnızca ülke kodu alan adı tahsisi yapılmaktadır. Jenerik alan adı tahsisi hiçbir kişi veya kuruluşa yapılmamaktadır. Listede yalnızca “.tr” ülke kodu alan adları bulunmaktadır.

Yine alan adlarına ait bilgiler gizli değildir. Alan adı başvurusu sırasında başvuran tarafından verilen bilgiler gizli tutulmaz. Bu bilgiler <https://www.nic.tr> adresinde yer alan “Alan Adı Sorgulama” ve “Sorumlu Sorgulama” linkleri

¹¹² <https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf?PHPSESSID=13191535768510613979907075> , 11.12.2012.

aracılığıyla kamuya açıktır. Ancak başvuru sahibi başvuru sırasında talep ettiği takdirde bireysel bazı bilgilerin ya da kuruluşa ait özel bazı bilgilerin gizli kalmasını sağlayabilir.

Başvuruda bulunan, şayet aldığı takdirde, alan adından sorumludur. Başkalarının haklarına hâlel gelmediğini taahhüt eder. Yine aynı şekilde, T.C. kanunlarına uymayı; verdiği bilgi ve belgelerin doğruluğunu taahhüt eder. Başvurularda genel ahlak kurallarına, kültürel değerlere, ulusal örf ve adet kurallarına uyum aranır.

Bazı kelimelerin ikinci seviye alan adlarında kullanılmasına imkân tanınmamaktadır. Bu kapsamda “Türkiye”, “Atatürk” ve “Türk” kelimelerinin ikinci düzey alan adlarında kullanılma hakkı, T.C. Devleti’nin yetkilendirdiği devlet kuruluşlarına tanınmaktadır.

Alan adı tahsis talebine itirazın söz konusu olabileceği düşünülen alan adı başvurularında, ilgili alan adı hemen tescil edilmemekte; altı ay boyunca nic.tr adresinde yayınlanmaktadır. Bu sürede itiraz gelmezse tescil yapılır.

Alan adlarının devri, satılması, kiralanması gibi işlemler yasaktır. ODTÜ, alan adlarının bu türden işlemlerle amacının dışında kullanılmasına izin vermemektedir. Durumun tespiti hâlinde alan adı iptal edilir. Devir ancak, alan adının tescil ve kullanımında esas olan hakkın devrinin belgelendirilmesi hâlinde mümkündür¹¹³.

Belgeli ve belgesiz olmak üzere iki yolla müracaat öngörülmüştür. Belgeli alan adı tahsislerinde (örneğin com.tr, info.tr, org.tr vb.) değerlendirme yapılırken ilgili belgedeki marka, ticaret unvanı vb. hususların ayırt edici ve esas unsurunu oluşturan ibareler esas alınır. Belgesiz başvurularda ise alan adı tahsisi anında gerçekleşir.

2. Politikaların Değerlendirilmesi

Türkiye’de alan adlarının tescilinde kısıtlayıcı bir yol izlenmesinin şüphesiz kötü niyetli girişimlerden kaçınılması amacıyla olduğu açıktır. Özellikle dünyadaki *domain grabbing* vakalarının çokluğu ve alan adlarının kötüye kullanımıyla haksız rekabet yaratılarak rekabet düzeninin bozulma potansiyeli karşısında, bu gibi sıkı politikaların uygulanması bir noktaya kadar haklıdır. Ancak ne var ki bu sıkı politikalar beraberinde birtakım olumsuzluklar getirmiştir. Öncelikle, Dünya’da genel olarak alan adlarına ilişkin işlemler bağımsız özel hukuk kuruluşlarınca yerine getirilirken, ülkemizde ODTÜ’nün

¹¹³ “tr” Alan Adı Kayıt Politikası ve Kuralları, m.2.

bu alanda tekel olması keyfi davranışlara yol açabilmektedir. Diğer yandan dünyada ilk gelen alır prensibi genel olarak geçerli iken, Türkiye’de öngörülen sıkı şartlar ve belgelendirme gibi uygulamalar, bürokrasiyi arttırmaktadır. Bir başka olumsuzluk olarak da dile getirmemiz gereken husus; jenerik alan adlarının tahsisinin yapılmaması, Türkiye’de bu alan adlarında tahsis yaptırmak isteyenlerin yurtdışına yönelmelerine, sonuç olarak da döviz çıkışı ve “.tr” alan adlarına talebin azalmasına sebep olmaktadır. Bir diğer olumsuzluk olarak da sıkı şekil kuralları nedeniyle ortaya az uyuşmazlığın çıkması (ki bu durum, ters açıdan bakıldığında dünyadaki uyuşmazlıkların çokluğu neticesinde yaşanan problemler karşısında olumlu bir durumdur) yargının bu konuya yabancı kalmasına ve bu noktada internet alan adı uyuşmazlıklarında bir düzenin ve içtihadın gelişmemesine neden olmuştur¹¹⁴.

D. Türkiye’de Alan Adlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü

İnternet alan adları suretiyle, bir başkasının marka veya ticaret unvanı gibi haklarının zarar gördüğünü düşünen kimse, şüphesiz birtakım yollara sahiptir. Öncelikle tescilli bir markası olan kişi, MkhKHK m.9 uyarınca korunmasını talep edebilir¹¹⁵. Tescilli olmayan marka ve diğer ayırt edici unsurlara ilişkin hak sahipleri ise, TTK’nın haksız rekabete ilişkin m.56 vd. hükümlerinden yararlanabilir¹¹⁶. İsmi alan adı olarak kullanılması yoluyla da isim sahibine zarar verilebilir. Bu durumda da isim hakkı zarar gören kişi, MK m.26 kapsamında bir korunma imkânına sahiptir.

İnternet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümü, Yönetmelik’in altıncı bölümünde, 23 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, Yönetmelik m.23 uyarınca alan adları ile ilgili uyuşmazlıklar, Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcıları¹¹⁷ (UÇHS) tarafından işletilen uyuşmazlık çözüm mekanizması vasıtasıyla çözülecektir. Hükmün devamında konuya ilişkin usul ve esasların Kurum tarafından düzenleneceği belirtilmiş ve Kurum nezdinde konuya ilişkin yapılan çalışmaların ardından taslak

¹¹⁴ Söz konusu olumsuz sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZBEL, ICANN, s.51 vd; İŞIKLI, s.63 vd.

¹¹⁵ Marka hakkının internet ve internet alan adı suretiyle ihlâli hâlinde korunabileceğine dair düzenleme, 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı RG’de yayımlanan 5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.9/2,e’de yapılmıştır.

¹¹⁶ DAL, s.488 vd; KIZILKAYA, s.17 vd; SÖYLER, s.84 vd.

¹¹⁷ Yönetmelik m.3/1, o ‘da UÇHS tanımlanmıştır. Buna göre UÇHS, “Alan adları ile ilgili ihtilafların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler veya uluslararası kuruluşlar” şeklinde tanımlanmıştır.

hâlinde bir tebliğ hazırlanıp kamuoyunun bilgisine sunulmuştur¹¹⁸. Bu itibarla açıklamalara, Yönetmelik'in ilgili hükümleri ve taslak tebliğin maddeleri nezdinde devam edilecektir.

1. Genel Olarak

İnternet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların alternatif yolla çözümü Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcıları tarafından yapılacaktır. Yönetmelik m.3/1,o gereği, sağlayıcılar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu, üniversite veya uluslararası kuruluş niteliğinde olmalı ve Yönetmelik m.24/2 ve taslak tebliğ m.5/1¹¹⁹ uyarınca Kurum'a başvurmalıdır.

Yönetmelik m.26/1,2 gereğince UÇHS'ler alan adlarıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümü sürecini başarıyla yönetebilecek idarî ve teknik yetkinliği haiz olmalı ve en az on hakemi listelerinde bulundurulmalıdır (m.5/2). Listelerde yer alacak hakemler, fikri mülkiyet hakları hukuku, ticaret hukuku veya bilişim hukuku alanlarında uzman olmalı ve uyuşmazlığın konusu alan adlarına ve taraflara karşı bağımsız olmalıdırlar.

2. Maddî Şartlar ve Başvuru

Yönetmelik m.25, başvuruya ilişkin maddî şartları düzenlemiştir. Buna göre;

- İhtilaf konusu alan adının, sahip olunan ya da ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması,

- Alan adını tahsis ettiren tarafın bu alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının olmaması,

- Bu alan adının alan adı sahibi tarafından kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması

hâlleri, başvuru için gerekli maddi şartlar olarak düzenlenmiştir. Öte yandan, taslak tebliğ m.18 ile Yönetmelik m.25/1,c'de düzenlenen kötü niyetli tescil ve kullanıma örnekleme suretiyle açıklamalar getirilmiştir¹²⁰.

¹¹⁸ Mezkûr taslak, Kurum'un internet sitesinde 24.03.2011 tarihinden itibaren iki ay süreyle ilan edilmek suretiyle kamuoyunun bilgisine sunulmuştur.

¹¹⁹ Yalnızca madde numarası ile yapılan açıklamalar, "İnternet Alan Adları ile İlgili Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının İşletilmesine ve Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcılara İlişkin Tebliğ Taslağı" maddeleridir.

¹²⁰ **MADDE 18**

1. Aşağıdaki durumlar, yönetmeliğin 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendin-

Şikâyetçi, Yönetmelik m.25/1'de yer alan bu üç şartın birlikte sağlandığını iddia ederek UÇHS'ye internet sitesinde belirtilen usuller dairesinde başvurur (Yönetmelik m.25/2, taslak m.7/1). Şikâyetçi, başvurusuna m.7/6'da 8 bent hâlinde sayılan bilgi ve belgeleri ekler ve UÇHS tarafından geçerli görülen mazeretler dışında daha sonradan ek bilgi ve belge sunamaz (m.7/7). UÇHS, başvuruda gerekli bilgi ve belgelerde eksiklik görürse beş günlük bir süre tanır, şayet bu surede eksiklikler giderilmezse başvuru yapılmamış sayılır ve fakat bu durum kişinin yeniden başvurmasına engel değildir. UÇHS, başvuruyu müteakip bir gün içerisinde şikâyetçiye cevap vermezse eksiklik tespit etmemiş sayılır ve başvuru kabul edilmiş sayılır (m.7/8).

Başvuru, UÇHS tarafından kabul edilmesinin ve varsa eksikliklerin giderilmesinin ardından üç gün içerisinde karşı tarafa gönderilir (m.8) ve karşı taraf m.9 uyarınca on gün içerisinde yine aynı maddede belirtilen hususlar çerçevesinde cevap verir.

3. Yargılama

Şikâyetçinin, m.7/5 uyarınca, başvurusunu yaparken uyuşmazlığın bir veya üç hakemle çözülmesi gerektiğine yönelik talebini de UÇHS'ye iletmelerini müteakip, karşı tarafın m.9/2,a uyarınca yedi gün içerisinde uyuşmazlığın kaç hakem tarafından çözülmesini istediğine dair talebi neticesinde; taraflar tek hakemde mutabakata varmışlarsa UÇHS tarafından (m.10/1), taraflar heyet istemişlerse eş zamanlı olarak UÇHS listesinden biri yedek olmak üzere iki hakem seçerek, üçüncüsü ise bu seçilen iki hakem tarafından seçilerek

de ifade edilen, bir alan adının kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması olarak değerlendirilir.

a) İhtilaf konusu alan adının, ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibi olan şikâyetçiye veya şikâyetçinin ticarî olarak rekabette bulunduğu tarafa, bu alan adının belgelenmiş tahsis masraflarını aşan miktardaki bir meblağ karşılığında satma veya devretme amacıyla tahsis edilmiş olması veya

b) İhtilaf konusu alan adının, ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibinin, bu marka, unvan, ad ya da işareti alan adında kullanmasını engellemek amacıyla tahsis edilmiş olması veya

c) İhtilaf konusu alan adının, esasen ticarî rakiplerin işlerine ya da faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis edilmiş olması veya

d) İhtilaf konusu alan adının, ticarî kazanç elde etmek amacıyla, şikâyetçinin sahibi olduğu ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işareti ile benzerlik sağlayarak karışıklık meydana getirmek suretiyle İnternet kullanıcılarının alan adı sahibinin İnternet sitesine veya herhangi bir İnternet sitesine yönlendirilmesi amacıyla bu alan adının kullanılması.

2. Bu maddenin birinci fıkrasındaki durumlar tahdidi olmayıp, hakem veya hakem heyeti takdiri ile de alan adının kötü niyetle tahsis ettirildiği veya kullanıldığına karar verilebilir.

hakemler belirlenir (m.10/2). Hakemler üçüncü hakemi seçemezse UÇHS seçer ve hakemlerin belirlenmesi işlemi m.9/2 hükmünün gerçekleşmesinin ardından üç gün içerisinde tamamlanır (m. 10/3).

Hakemler, Yönetmelik m.26 hükümleri saklı kalmak kaydıyla, uyuşmazlığın çözümü noktasındaki çalışmalarında, taraflara adil davranma ilkesi çerçevesinde serbesttirler (m. 12/1) ve tarafsız ve bağımsız olmalıdırlar (Yönetmelik m.26/2). Bu itibarla tarafsızlığı veya bağımsızlığı ortadan kaldıracak yeni durumların ortaya çıkması hâlinde, hakem tarafından UÇHS' ye yapılacak bildirimin ardından yeni hakem atanır (m.12/3).

Hakemler, yargılamayı kendilerine sunulan bilgi ve belgeler nezdinde dosya üzerinden yaparlar, meğerki tarafların dinlenmesi gerek görülsün (Yönetmelik m.26/3). Hakemler, gerek duymaları hâlinde ek bilgi ve belge istemek hakkına sahiptirler (m.13).

Bir UÇHS nezdinde geçerli bir başvuru yapıp süreç başlatıldıktan sonra aynı uyuşmazlığa ilişkin başka bir UÇHS' ye başvurulamaz (m.7/3). Bu itibarla derdestlik söz konusudur.

4. Karar

Hakem veya heyet tarafından yapılacak inceleme ve değerlendirme faaliyeti, m.9/2' deki sürecin tamamlanmasını müteakip on beş gün içerisinde karar verir (m.13/1). Hakem veya hakem heyeti, ilgili mevzuat ve yargı kararlarını da dikkate alarak, alan adlarının iptali, şikâyetçi tarafa devri veya şikâyetçinin talebinin reddi olmak üzere üç şekilde karar alabilir ve kararlar heyet söz konusuysa oy çokluğu ile alınır (Yönetmelik m.27/1). Karar ve gerekçesi derhâl Kurum'a, kayıt kuruluşuna ve taraflara iletilir ve UÇHS internet sitesinde uyuşmazlığa ilişkin alan adı, taraflar başvuru ve karar tarihi, kararda aksi belirtilmedikçe karar metninin tümü yayınlanır (m.13/2).

Kararın uygulanması, 14. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, kararın taraflara iletilmesinden itibaren on gün içerisinde veya uyuşmazlığın çözümüne ilişkin sürecin daha önceki bir aşamasında, aynı uyuşmazlığa ilişkin dava açıldığının UÇHS' ye bildirilmemesi durumunda, vaziyet ilgili kayıt kuruluşu tarafından TRABİS'e bildirilir ve kararın gereği TRABİS tarafından derhal yerine getirilir. Şayet anılan durumlarda dava açıldığının UÇHS' ye bildirilmesi hâlinde süreç devam eder ve fakat karar uygulanmaz ve mahkeme kararı beklenir. Mahkeme kararının ardından TRABİS tarafından kararın gereği yerine getirilir.

5. Diğer Hususlar

Uyuşmazlık konusu alan adı, tahkim yargılaması süresince satılamaz, devredilemez ve alan adının kayıtlı olduğu kuruluş değiştirilemez (m.15). Uyuşmazlık çözümünün dili, m.17’ de uyuşmazlık konusu alan adının tahsisi esnasında kullanılan dil olarak belirlenmiştir.

Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin ücretler, m.19’da belirtilmiştir ve bu rakamlar Maliye Bakanlığı’na belirlenmek üzere her yıl yeniden değerlendirilmesine göre artacaktır. Hakem ücreti, her bir hakem başına 500,00 TL, UÇHS ücreti de hakem ücretinin yarısıdır. Ücretler şikâyetçi tarafından başvuru esnasında ödenir. Şikâyetçi, tek hakem ister ve fakat şikâyet edilen taraf heyet talep ederse aradaki fark yedi gün içerisinde şikâyet edilen tarafça ödenir, aksi takdirde uyuşmazlık tek hakem tarafından çözülür.

Son olarak, uyuşmazlık çözümlerine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararlarına göre işlem yapılacağı düzenlenmiştir (m.22).

SONUÇ

Geçtiğimiz yüzyılda yaşanan teknolojik gelişme, özellikle son yirmi yılda daha önce olmadığı kadar ivme kazanmıştır. Özellikle iletişim alanında baş döndürücü ve çoğu zaman yetişemediğimiz teknolojik gelişmeler yaşanmış ve bilhassa internet, küreselleşen dünyanın sınır tanımayan iletişim aracı olmuştur. Bugün dünya nüfusunun yaklaşık üçte birinin dâhil olduğu internet, şüphesiz hukuk dünyasında da birtakım etkiler yaratmaktadır. Nitekim internetin yayılmasıyla birlikte iletişim gücünün farkında olan kişi ve kuruluşlar, internet alan adları tahsis ederek internet âleminde de faaliyet göstermeye başlamışlardır.

İnternet alan adları tahsisi suretiyle, kötü niyetli davranışlar neticesinde haksız rekabet ve menfaat ihlalleri gibi birtakım olumsuz durumlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle kötü niyetli olarak bir başkasının marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi ayırt edici unsurlarıyla aynı veya benzer nitelikte alan adlarının alınması ve yüksek meblağlar karşısında satılması durumu olan *domain grabbing* vakaları neticesinde alan adları konusundaki düzenlemelerin yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Ancak ne var ki internetin sanal ve uluslararası niteliği haiz olması dolayısıyla problemlerin çözümü son derece zorlaşmaktadır.

Bu noktalardan hareketle ICANN, kar amacı gütmeyen bir özel sektör kuruluşu olarak internet alan adlarının tahsis ve yönetiminde, politikaların belirlenmesinde ve uyuşmazlıkların çözümünde faaliyet göstermektedir. Uyuşmazlıkların çözümü bakımından öngördüğü tahkim sistemi, klasik tahkime göre çok daha hızlı, ucuz ve kararlarının devlet yargısıncıca tenfiz ve icrasına gerek olmaksızın icra edilebilirliği gibi özelliklerinden dolayı dünya çapında çok etkili ve başvurularda tercih edilen bir sistemdir.

Türkiye’de geç de olsa internet alan adları alanında hukukî düzenlemeler yapılmış, bu anlamda 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nda internet alan adlarının tanımı yapılmış ve internet alan adlarına ilişkin tahsis ve işleyiş politikalarını belirleme görev ve yetkisi Ulaştırma Bakanlığı’na verilmiştir. Bakanlık ise 2009 yılında konuya ilişkin yetki ve görevlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na devretmiştir.

BTK, devraldığı yetki ve göreve istinaden yaptığı çalışmalar nezdinde 07.11.2010 tarihinde İnternet Alan Adları Yönetmeliği’ni yayınlarak yürürlüğe sokmuş ve “.tr” uzantılı alan adlarında tahsis ve politikaların TRABİS tarafından gerçekleştirilmesini öngörmüştür. TRABİS henüz faaliyete geçmemiştir, fakat en kısa zamanda geçirilerek ODTÜ’nün yıllardır uyguladığı katı tahsis ve yönetim politikalarının menfi etkileri bir an evvel ortadan kaldırılmaya başlanmalıdır.

Yönetmelik, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin de ICANN tahkim sisteminden esinlenilerek bir şekilde etkili ve hızlı bir çözüm sistemi öngörmüştür. Nitekim alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklar, TRABİS faaliyete geçmesini müteakiben Kurum’a kayıtlı Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcıları tarafından ICANN tahkim sistemine benzer bir şekilde çözülecektir. Konuya ilişkin devam eden çalışmalar bir an evvel bitirilip, çalışmamızda değerlendirdiğimiz “İnternet Alan Adları ile İlgili Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının İşletilmesine ve Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcılara İlişkin Tebliğ Taslağı” vakit kaybetmeden yayınlanıp uygulamaya konulmalıdır.

Sonuç olarak, internet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların haiz olduğu özellikler nedeniyle çözümü bir hayli güç olmalarının karşısında, internet alan adları konusuna ilişkin yapılmış ve yapılmakta olan çalışmalar dünyadaki genel eğilime uygun ve yerinde olmakla beraber, TRABİS ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun vakit kaybetmeden uygulanmasına geçilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ANIK, Gülgün: “İnternet Alan Adı”, AB Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.5, S.4, Yıl:2005, s.65-93.

AYHAN İZMİRLİ, Lâle: “Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlâli ve Korunması”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin: “Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar”, 5. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.

BOZBEL, Savaş: “İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006 (ICANN).

BOZBEL, Savaş: “İnternet Üzerinden Yapılan Hukukî İşlemler”, YD, C. 27, s.1-2, Ocak-Nisan 2001, s.273-304 (Hukukî İşlemler).

BOZBEL, Savaş: “Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN Tahkim Usulü”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s.215-254 (İnternet Alan Adları).

DAL, Seniha: “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları ve Bu Alandaki Son Gelişmeler”, Marmara Üniversitesi, İİBF Dergisi, Yıl 2010, C. XXVIII, S. 1, s. 479-497.

DOĞAN, Murat: “İnternette Şahsiyet Hakkının İhlâli ve Korunması”, Bilgi Toplumunda Hukuk Prof. Dr. Ünal TEKİNALP’e Armağan, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s.463-483, (DOĞAN, Murat).

DOĞAN, Vahit: “Milletlerarası Özel Hukuk”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

GÜNEŞ, İlhami: “İnternet Ortamında Fikri Hak İhlalleri”, LEGAL Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:2006 S.6, s.311-327.

İŞIKLI, Hasibe: “İnternet Alan İsimleri Sistemi, Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki”, DPT İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Şubat 2001, Ankara.

KAPLAN, Yavuz: “İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü”, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD C.VII, S.3-4, s.699-720.

KARAHAN, Sami: “**Ticarî İşletme Hukuku**”, 23. B., Mimoza Yayıncılık, Eylül 2012, Konya.

KARSLI, Abdurrahim: “**Medenî Muhakeme Hukuku**”, 2. B., Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2011.

KIZILKAYA, Sinem: “**Alan Adı ve Alan Adının Hukukî Korunması**”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, S. 62, Ekim 2011, s. 14-21.

KURU, Baki/ASLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: “**Medenî Usul Hukuku**”, 23. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.

PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: **Medenî Usul Hukuku**, 11. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011.

MEMİŞ, Tekin: “**İnternet Ortamında Haksız Rekabet Halleri ve Türk Hukuku**”,

İnternet ve Hukuk Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar İnternet ve Ceza Hukuku [PANEL] Bilişim Hukukuna İlişkin hukukî Makaleler Derleyen Yeşim M. ATAMER, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, s.93-138 (İnternet Ortamında Haksız Rekabet).

MEMİŞ, Tekin: “**İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar**”, AÜEHFD, Erzincan 2000, C.IV, S.1-2, s.464-478, (Hukukî sorunlar).

MEMİŞ, Tekin: “**İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu**”, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL’e Armağan, MHB, C. 19, S.1-2, Yıl 19-20, 1999-2000, s. 513-527, (Çözüm Arayışları).

NOMER, N. Fusun: “**İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar**”, Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ’ e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s.395-418.

OĞUZ, Habip: “**İnternet Ortamında Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması**”, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: “**Ticarî İşletme Hukuku**”, 14. B., Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012.

SOYSAL, Tamer: “**İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel**

Bir Yaklaşım – 2”, Erciyes Üniversitesi SBE Dergisi, 2007/1, S. 22, s. 439-463.

SÖYLER, Ecevit Kerem: “**Marka Hakkına Tecavüz Halleri ve Marka Hakkının Hukukî Yoldan Korunması**”, G.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara 2010.

ŞARLAK, Zeynep, “**İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukukî Niteliği ve Marka Hakkı Üzerindeki Etkisi**”, AÜ SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

ŞİT, Banu: “**Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**”, İmaj Yayıncılık, Ankara 2005.

YAŞAR, Mert : “**Alan Adları ve İCANN Tahkimi**”, Prof. Dr. Erden KUNTALP’ e Armağan, C.I, GSÜHFD, Yıl:3 S.1, İstanbul 2004, s.625-656.

KISALTMALAR

AB	: Ankara Barosu
ADNDRC	: Asian Domain Name Dispute Resolution Center
ADRforum	: National Arbitration Forum
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
CAC-ACİD	: The Czech Arbitration Court - Arbitration Center for Internet Disputes
ccTLD	: Country Code Top Level Domain
dn.	: Dipnot
DNS	: Domain Name System
DARPA	: Department of Defence's Advanced Research Project Agency
DARPANET	: Department of Defence's Advanced Research Project Agency Network
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
gTLD	: Generic Top Level Domain
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
http:	: Hyper Text Transfer Protocol
iTLD	: Internationalized Top Level Domain
IP	: Internet Protocol
İİBF	: İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
İTÜ	: İstanbul Teknik Üniversitesi
ICANN	: Internet Corporation for Assigned Names and

	Numbers
INTERNIC	: İnternet Ağ Bilgi Merkezi
ITU	: International Telecommunication Union
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Bülteni
MK	: Medeni Kanun
MkhKHK	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
ODTÜ	: Ortadoğu Teknik Üniversitesi
RUDRP	: Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy
TCP/IP	: Transmission Control Protocol/Internet Protocol
TLD	: Top Level Domain
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRABİS	: Tr Ağ Bilgi Sistemi
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜVAKA	: Türkiye Üniversiteler ve Araştırma Kurumları Ağı
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
UDRP	: Uniform Dispute Resolution Policy
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SLD	: Second Level Domain
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
www	: World Wide Web
YD	: Yargıtay Dergisi

BOŞ

SINIRLI ESNEK SERMAYE SİSTEMİ (KAPITALBAND)

İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Yeni Bir Müessese

Hayrettin ÇAĞLAR*

ÖZET

Anonim şirketlerde sermaye değişikliği konusundaki katı kurallar ve usul hükümleri İsviçre’li ticaret hukukçularını da arayışa sevk etmiştir. İlk olarak 1991 yılında gerçekleştirilen reform çalışmaları ile kayıtlı sermaye sistemi kabul edilmiş ve anonim şirket yönetim kurulunun şirket sermayesini belirli bir miktara kadar artırabilmesi için yetkilendirilmesine imkân sağlanmıştır. Yönetim kuruluna verilen yetkinin sadece sermaye artırma ile sınırlı olmasının yarattığı olumsuzluğu ortadan kaldırmak amacıyla bu kez 2012 yılında İsviçre Parlamentosunda kabul edilen Borçlar Kanununun şirketler hukukuna ilişkin hükümlerinde değişiklik yapan kanuna yeni bir hukuki müessese dâhil edilmiştir. “Kapitalband” adı verilen bu yeni müessese ile anonim şirket, yönetim kuruluna sermayeyi artırma yanında azaltma yetkisi de verebilecektir. Böylece sermayenin belirli sınırlar içerisinde yönetim kurulu tarafından ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirilmesine imkân tanınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye, sermaye değişikliği, sermayenin artırılması, sermayenin azaltılması, esnek sermaye.

SYSTEM OF LIMITED FLEXIBLE CAPITAL (KAPITALBAND)

A New Institution in Swiss Corporation Law

ABSTRACT

Solid rules and procedural provisions in respect of capital change in joint-stock corporations are also urged Swiss commercial lawyers to research. Primarily with the carried out reform studies in 1991, system of registered capital was accepted and board of directors of joint-stock company was provided authorization to increase company’s capital to a determined amount. With the aim of eliminating the problems, which were arisen from the authorization provided to board of directors is only limited with capital increase, this time a new institution is brought in the act amending Code of Obligations’ corporation law provisions, which was enacted in 2012 by Swiss parliament. With this new institution, which is called “Kapitalband”, joint-stock company can also authorize its board of directors about capital reduction as well as

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

capital increase. Consequently, in case of necessity and within determined borders capital change is allowed by board of directors.

Keywords: *Capital, capital change, capital increase, capital reduction, flexible capital.*

I. GİRİŞ

Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinde sermaye şirketlerinin tipik örneği olan anonim şirketler açısından sermayenin önemi çok büyüktür. Zira şirket alacaklılarının yegâne teminatını şirketin malvarlığı ve malvarlığının çekirdeğini oluşturan şirket sermayesi oluşturur. Bunun için anonim şirketlerde sermayenin korunması amacıyla bir takım tedbirlerin alınması zorunludur. Sermayenin korunması amacıyla alınan tedbirler, ülkelere göre farklılıklar gösterse de, temel olarak anonim şirkete sermayenin getirilmesi sırasında ve şirketin işleyişi sırasında sermayenin korunması için alınması gereken tedbirler olarak ikiye ayrılarak incelenebilir. Anonim şirketin işleyişi sırasında sermayenin korunması, özellikle sermayenin artırılması veya azaltılması işlemlerinde önem taşır. Zira bu hallerde anonim şirket sermayesinin yapısı ve miktarı değişmektedir. Bu değişiklik ise pay sahiplerinin ve/veya şirket alacaklılarının haklarına zarar verebilir. Söz konusu tehlikeler sebebiyle hem sermayenin artırılması hem de sermayenin azaltılması işlemleri katı kurallara başlanmıştır. Ancak anonim şirketin sermaye yapısında yapılacak değişikliğin katı kurallara bağlanması eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Eleştiriler özellikle zaman ve para kaybına ilişkindir. Sabit bir sermaye yerine kısa sürede değiştirilebilen bir sermaye, şirketin değişen koşullara ayak uydurabilmesi açısından da önem taşımaktadır.

Sermayenin esnek hale getirilmesi hususu İsviçre hukukunda 1991 yılında gündeme gelen reform çalışmaları sırasında ilk kez dile getirilmiş, ancak esnekliğe ilişkin değişiklik kısmen hayata geçirilebilmiştir. İsviçre Borçlar Kanununun (OR) şirketler hukukuna ilişkin kısmında köklü bir değişiklik yapılması amacıyla 2000'li yılların başında başlatılan çalışmalar nihayet 2007 yılının sonunda kamuoyuna açıklanmıştır. Söz konusu reform çalışmaları içerisinde dikkat çeken konulardan biri de sermayenin daha esnek hale getirilmesine yönelik düzenlemelerdir. 16.03.2012 tarihinde İsviçre Parlamentosunda kabul edilen düzenlemeler arasında 'Kapitalband' olarak adlandırılan müesseseye de yer almaktadır. Bu müessese ile yönetim kurulu

sermayeyi artırma yanında, azaltma yetkisini de elde edebilecektir. İşte Türk Ticaret Hukukunun, özellikle şirketler hukukunun, mehzasını oluşturan İsviçre anonim şirketler hukukunda getirilmek istenen bu yeni müessese aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Esasen 2010 yılında yayınladığımız *Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması* isimli monografik çalışmamızda konuyu esas sermayenin azaltılması yönüyle kısmen ele almış ve çeşitli değerlendirmeler yapmıştık¹. Ancak geçen sürede yeni yayınların ortaya çıkması, değişikliğin 16.03.2012 tarihinde İsviçre Parlamentosunda kabul edilmiş olması ve konunun sermayenin artırılmasına ilişkin kısmının da incelenmesi ihtiyacı, konuyu bu kez bir makale olarak incelemeye sevk etti. Bu vesileyle sayın hocam Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a akademik çalışmalarım ve meslek hayatımda verdiği sınırsız destek için bir kez daha teşekkür ediyor, kendilerine sağlıklı ve mutlu bir ömür diliyor, saygılar sunuyorum.

II. SINIRLI ESNEK SERMAYE SİSTEMİ

A. GENEL OLARAK

Kıta Avrupa'sı anonim şirketler hukukunda benimsenen sermaye sistemleri, esas sermaye ve kayıtlı sermaye olarak ikiye ayrılmaktadır. Esas sermaye sisteminde, sermaye olarak şirket sözleşmesinde yer alan rakam ancak şirket genel kurulu tarafından esas sözleşmede yapılacak değişiklik ile artırılabilir veya azaltılabilir. Kayıtlı sermaye sisteminde ise, genel kurul tarafından yönetim kuruluna verilen yetki çerçevesinde sermaye artırımı mümkündür. İsviçre hukukunda getirilmek istenen yeni sermaye sisteminde ise, esas sözleşmeyi değiştirmeye gerek kalmaksızın, yönetim kurulu kararıyla sermayenin artırılması yanında azaltılması da mümkün olabilecektir. Sistem aslında Kıta Avrupa'sının katı sermaye yapısı ile Anglo-Sakson hukuk sisteminin esnek sermaye yapısını (Authorized Capital) harmanlamak suretiyle yeni bir yaklaşım ortaya koymaktadır².

Anonim şirketlerde esas sermaye artırımı ve olağan esas sermaye azaltılması müesseselerine bir alternatif ve esnek bir sermaye yapılanmasını hedefleyen bu sistem, özellikle halka açık anonim ortaklıklar açısından çok büyük kolaylıklar sağlayabilir³. Sistemle ilgili güncel öneri, anonim şirketlerle

¹ Bkz. Çağlar, H., *Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması*, Ankara 2010, s. 141 vd.

² Gericke, D., *Kapitalband: Flexibilität in Harmonie und Dissonanz*, in „Die große Schweizer Aktienrechtsrevision“ SSHW, Band 300, Zürich 2010, (Gericke, 2010) s. 114.

³ Zindel, G. G., *Aktienrückkäufe und Kapitalherabsetzung*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, s. 580; Böckli, P., *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich 2009 (Böckli, 2009), § 2, N. 38 vd.; Botschaft zur Revision des Aktien und Rechnungsle-

ilgili geniş çaplı revizyon çalışmaları sırasında İsviçre’li ticaret hukukçusu *von der Crone* tarafından ortaya konmuştur⁴. Öneri, kanun tasarısı taslağında kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılması yetkisine paralel olarak sermayenin azaltılması şeklinde yer almış, ancak taslak üzerindeki tartışmalar sonunda öneri taslaktan çıkarılmıştır. Daha sonra ise “Kapitalband” kavramı ile ve bazı farklılıklarla tekrar tasarıya dâhil edilmiştir⁵.

Sınırlı esnek sermaye sistemi aslında Fransa, Lüksemburg, Belçika ve Hollanda gibi Kıta Avrupa’sı ülkelerinde şirket şeklinde örgütlenmiş yatırım fonları (*Société d’investissement a capital variable* = SICAV) açısından bir süredir uygulanmaktadır⁶. Anılan yapılanma esasen anonim şirket yapısı üzerine inşa edilmiştir ve hakkında özel bir düzenleme yoksa anonim şirket hükümlerine tâbi olmaktadır.

Kavramın Türk hukukunda nasıl adlandırılabileceği konusunda bir çok bilim adamıyla yaptığımız değerlendirmeler sonunda “sınırlı esnek sermaye sistemi” isminin uygun olacağı kanaatine varmış bulunuyoruz⁷. Sistemin ayrıntılarına ilişkin aşağıda yer alan açıklamalarımız incelendiğinde görüleceği üzere, getirilmek istenen sistemde, kayıtlı sermaye sistemindeki sermayenin artırılması gibi, azaltılması konusunda da esneklik sağlanmaktadır. Diğer taraftan bu esneklik, sermayenin sicile tescil edilen sermaye miktarının yarısına kadar artırılabilmesi veya yarısına kadar azaltılabilmesi şartı ile sınırlandırılmaktadır. Ayrıca yönetim kuruluna verilecek artırma veya azaltma yetkisinin süre ile sınırlandırılmış olması sebebiyle, sınırlılık unsuruna da vurgu yapma ihtiyacı doğmuştur. Yani bir taraftan genel kurul tarafından yetkilendirilen yönetim kurulu, sermayenin artırılması veya azaltılması konusunda serbestçe tasarruf etme imkânına kavuşmakta, diğer taraftan bu esneklik alacaklıların ve şirket ortaklarının haklarının korunabilmesi için önceden belirlenmesi gereken bir sınırlandırmaya tabi tutulmaktadır.

gungsrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2007, 1589 vd.

⁴ *Von der Crone*, H. C., Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02 (2002), s. 16vd.

⁵ “Kayıtlı sermaye azaltılması” önerisi ile sonradan “Kapitalband” olarak isimlendirilen sistem arasındaki en önemli farklılık, alacaklıların korunmasına ilişkin işlemlerin bir kısmının henüz sistemin kabulü aşamasına çekilmiş olmasıdır, bkz. *Gericke*, D., Das Kapitalband, GesKR Sondernummer 2008, (*Gericke*, 2008), s. 39.

⁶ *Zindel*, s. 584.

⁷ Doktrinde *Pulaşlı* bu sistemi “Kayıtlı sermaye bandı sistemi” olarak adlandırmaktadır, bkz. *Pulaşlı*, H., Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011, § 49, N. 12.

Bu sistemde esas sermaye kavramına, sermaye ile ilgili yeni kavramlar eklenmiştir. Bunlardan biri azami sermaye (Maximalkapital) olarak ifade edilen, genel kurulun yönetim kuruluna sermayeyi artırabilmesi için verdiği yetkide belirlenen en üst sermaye miktarıdır. Bir diğeri ise yönetim kurulunun sermayeyi azaltabileceği alt sınırı ifade eden alt sermaye (Basiskapital) kavramıdır. Anonim şirketin ticaret siciline tescil edilmiş olan sermayesi için tercih edilen kavram ise sermaye (Aktienkapital) kavramıdır⁸.

İsviçre anonim şirketler hukukuna getirilmek istenen “sınırlı esnek sermaye sistemi”, yürürlükte bulunan Kanunun sistematığı açısından da bazı değişiklikler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre olağan sermaye artırımı (Art. 651-652h E-OR) ve şartlı sermaye artırımına ilişkin hükümler (Art. 653-653i E-OR) ile olağan sermaye azaltılmasına ilişkin hükümler (Art. 653j-653r E-OR) varlığını sürdürürken, kayıtlı sermaye sistemi ayrıca düzenlenmeyip sınırlı esnek sermaye sistemine ilişkin hükümler (Art. 653s-653y E-OR) arasında yer almaktadır. Bu sebeple aşağıda yer alan açıklamalar sadece sınırlı esnek sermaye sistemine ilişkin olacaktır.

B. AMACI

Sınırlı esnek sermaye sisteminin amacı, İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Tasarısının gerekçesinde de açıklandığı üzere, 1991 yılında kabul edilen kayıtlı sermaye sistemi ve şartlı sermaye sisteminin getirdiği hareket özgürlüğünün bir adım daha geliştirilmesidir⁹. Bu sistemin kabulüyle anonim şirket, yönetim kuruluna verilen yetki ile artık genel kurulun toplanması, karar alması, alacaklılara çağrıda bulunması zorunluluğundan kurtulacak ve usul işlemleri açısından çok daha esnek olarak yönetim kurulu eliyle dilediği zaman sermaye artırımı veya azaltımı yoluna başvurabilecektir. Görüldüğü üzere, bu yöntemde usul kuralları yönünden bir kolaylık söz konusudur. Bu yöntem aslında asgari esas sermaye sisteminde bir değişiklik de yaratmamaktadır¹⁰. Yine sicile tescilli bir esas sermaye bulunmakta ve hiçbir şekilde sermaye miktarı kanunla belirlenmiş asgari sermaye rakamının (100.000 CHF) altına indirilememektedir. Bu sistemde alacaklıların korunması anlamında da çok farklılık söz konusu olmamakta, baştan itibaren alacaklılar, şirketin yönetim kurulu eliyle sermayesinde kanunla belirlenen oranda sermaye azaltımı yoluna başvurabileceğini bilerek şirketle ilişkiye girmektedirler. Diğer taraftan

⁸ Söz konusu kavramlar bizzat kanun tasarısının gerekçesinde yer almıştır, bkz. Botschaft 2007, s. 1652.

⁹ Botschaft 2007, s. 1591vd.

¹⁰ Gericke, (2008), s. 38.

anonim şirket, şirketin kuruluşu sırasında bu sistemi benimsememiş, ancak sonradan bu sisteme geçmeye karar vermişse, yani yönetim kurulunu en çok beş yıl süreyle sermaye artırma veya azaltma konusunda yetkilendirecekse, bu yetkiyi vermeden önce alacaklıları korumak için onları, alacaklarını bildirmek için davet etmeli ve bir denetim raporu hazırlatmalıdır (Art. 653w, Abs. 1 E-OR).

C. ÖZELLİKLERİ

Sınırlı esnek sermaye sisteminde anonim şirket yönetim kurulu, genel kurul tarafından verilen yetki çerçevesinde sermayeyi artırma veya azaltma işlemlerini gerçekleştirecektir. Genel kurul, sermayenin en çok yarısına kadar artırılmasına veya yarısına kadar azaltılmasına ilişkin olarak bir sınır belirleyebilir. Sistemin bir diğer özelliği de verilen yetkinin en çok 5 yıl için geçerli olabilmesidir. Yine bu sistemde genel kurul hem sermayenin azaltılması hem de artırılması yetkisini yönetim kuruluna verebileceği gibi, bunlardan sadece bir tanesi ile sınırlı olarak da yetki verebilir.

D. KOŞULLARI

1. Esas Sözleşmede Hüküm Bulunması

Sistemin geçerli olabilmesi için her şeyden önce bu hususun anonim şirketin esas sözleşmesinde yer alması gerekir. Sınırlı esnek sermaye sistemi, şirketin kuruluşu sırasında esas sözleşmede öngörülmüş olabileceği gibi, bir esas sözleşme değişikliği ile sonradan da esas sözleşmeye eklenebilir. Sonradan esas sözleşme değişikliği ile sistemin kabul edilebilmesi için nitelikli çoğunluk tarafından karar alınması gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Tasarısı'nda söz konusu nitelikli çoğunluk, temsil edilen oyların üçte ikisi ve itibari değer itibarıyla genel kurula katılanların en az yarısı olarak tespit edilmiştir (Art. 704, Abs. 1, Ziff. 5 E-OR).

Sınırlı esnek sermaye sisteminin geçerli olabilmesi için, esas sözleşmede yer alması gereken hususlar da Art. 653t, Abs. 1 E-OR hükmünde belirtilmiştir. Buna göre esas sözleşmede;

- sermayenin alt ve üst limiti,
- verilen yetkinin tarihi ve sona ereceği tarih,
- yetkiye ilişkin sınırlamalar ve koşullar,
- pay sayısı, türü ve itibari değeri ile her bir pay kategorisine tanınan imtiyazlar,
- özel menfaatlerin değeri ve içeriği ile bunların kime yönelik olduğu,

-yeni ihdas edilecek payların devrine ilişkin sınırlandırmalar,

-yeni pay alma hakkının sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasına ilişkin hususlar veya yönetim kuruluna bu konuda verilecek sınırlandırma veya ortadan kaldırma yetkisi için geçerli önemli sebepler ile yeni pay alma hakkının kullanılmaması veya kullandırılmaması halinde yapılacak tahsise ilişkin hususlar,

-sözleşmeden doğan yeni pay alma hakkının kullandırılmasına ilişkin koşullar,

yer almalıdır. Yetkinin sona ermesi üzerine yönetim kurulu sınırlı esnek sermaye sistemi ile ilgili bu hususların şirket esas sözleşmesinden çıkarılması için gerekli işlemleri yapmalıdır (Art. 653t, Abs. 2 E-OR).

2. Genel Kurul Kararı

Anonim şirket genel kurulu tarafından yönetim kuruluna sınırlı esnek sermaye sistemi kapsamında yetki verilebilmesi için, önce alacaklıların çağırılması ve bir denetim raporu alınması gerekir (Art. 653w, Abs. 1 E-OR). Bu işlemler genel kurul kararı öncesinde, yönetim kurulu tarafından yapılması gereken hazırlık çalışmaları kapsamındadır. Bunun yanında genel kurulun gündemine sınırlı esnek sermaye sistemi kapsamında yönetim kuruluna yetki verilmesi hususunun da alınmış olması gerekir. Genel kurul tarafından yönetim kuruluna verilen yetkinin çerçevesinin de kararda açıkça tespiti lâzımdır. İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Tasarısı'nda söz konusu yetkinin yönetim kuruluna verilmesine ilişkin olarak alınacak genel kurul kararının da önemli işlerden sayıldığı, temsil edilen oyların üçte ikisi ve itibari değer itibariyle genel kurula katılanların en az yarısının oyları ile alınabileceği belirtilmiştir (Art. 704, Abs. 1, 5 E-OR). Genel kurulun anılan karar nisabına bağlı olarak alacağı karar ile yönetim kurulu sermaye değişikliği yetkisini kullanmaya başlayabilir (Art. 653s, Abs. 6 E-OR). Bununla birlikte genel kurul kararının yönetim kurulu tarafından notere tasdik ettirilerek ticaret siciline otuz gün içerisinde (genel kurulu takip eden günden itibaren) tescil ettirilmesi gerekir (Art. 653s, Abs. 5 E-OR)¹¹. Tescil üçüncü kişiler açısından kararın geçerliliği açısından kurucu etkiye sahiptir.

¹¹ Öngörülen süre geçtikten sonra tescil başvurusunda bulunulması halinde tescil talebinin reddedilmesi gerekir. Ancak bu halde de iki ayrı sorun ortaya çıkar: 1) Yönetim kurulunun sermayeyi değiştirme yetkisinin genel kurul kararı ile başlamış olması sebebiyle başlanmış işlemler dayanaksız kalabilir, 2) Yönetim kurulu alacağı bir kararla tescil işlemini zamanında yapmayarak genel kurul kararını etkisiz kılabilir. Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. *Büchler*, B., *Das Kapitalband*, Zürich 2012, N. 216.

Genel kurul tarafından yönetim kuruluna verilen sermayeyi değiştirme yetkisi, yetki süresi dolmadan uzatılabileceği gibi, geri de alınabilir. Ancak yetki süresinin uzatılması da ilk kez yetki verilmesinde geçerli usul kurallarına bağlı olarak yapılabilir. Yani yine alacaklıların korunmasına ilişkin koşullar yerine getirilmelidir. Bu halde yenilenecek yetkiye esas alınacak sermaye miktarı, önceki yetki süresi içerisinde yapılan değişiklikler esas alınarak belirlenecektir. Yetkinin geri alınması için kanun koyucu yetki verilmesine kıyasla daha az nitelikli bir çoğunluğu yeterli görmüştür. Yönetim kurulunun sermayeyi değiştirmesine ilişkin verilmiş olan yetki genel kurul toplantısına katılan oyların salt çoğunluğu tarafından geri alınabilir (Art. 703 OR)¹².

3. Devredilecek Yetkinin Süreye Bağlı Olması

Yönetim kuruluna verilecek yetki bir süreye bağlanmıştır. Bu süre yürürlükte bulunan Kanunda, kayıtlı sermaye sisteminde en çok iki yıl olarak öngörülmüşken burada beş yıl olarak düzenlenmiştir. Bu süre içerisinde anonim şirket, genel kurul kararıyla, diğer yöntemlerden biriyle sermayesinde değişikliğe gidecek olursa yönetim kuruluna verilen yetki de kendiliğinden sona erecektir (Art. 653v E-OR)¹³. Aksi halde yönetim kurulunun yetkisinin alt ve üst sınırını belirleyen ve sicilde kayıtlı olan miktar farklılaşabileceğinden bir karışıklık ortaya çıkabilirdi¹⁴.

4. Yönetim Kuruluna Verilen Yetkinin Kapsamı

Genel kurulun yönetim kuruluna vereceği sermayeyi değiştirme yetkisi kayıtlı sermaye sistemindeki gibi sadece artırma yetkisini kapsayabileceği gibi, sadece azaltma yetkisini veya hem artırma hem de azaltma yetkisini içerebilir¹⁵. Bunun yanında sermayenin artırılması veya azaltılması yetkisi yönetim kuruluna verilirken bu yetkinin ancak belirli amaçlarla yapılacak artırma veya azaltma işlemleri için kullanılması yönünde bir sınırlandırma yapılması da mümkündür. Genel kurul tarafından verilen yetki, artırma ve/veya azaltma işlemleri açısından beş yılı geçmemek şartıyla farklı sürelerle de sınırlandırılabilir¹⁶. Yine verilen yetkinin içerik itibarıyla veya şarta bağlı olarak sınırlandırılması da mümkündür¹⁷.

¹² *Büchler*, N. 235.

¹³ *Böckli*, (2009), § 2, N. 52a.

¹⁴ *Böckli*, (2009), § 2, N. 52a. Nitekim Art. 653v E-OR hükmünün gerekçesinde açıkça hukuk güvenliği açısından bunun gerekli olduğu ifade edilmiştir (Botschaft 2007, s. 1654).

¹⁵ Bkz. *Böckli*, (2009), § 2, N. 47 vd.

¹⁶ *Gericke*, (2008), s. 39; *Böckli*, (2009), § 2, N. 51. *Rüdinger*, K., Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht? Von der Stärkung der Aktionärsrechte über die Haftung der Revisionsstelle bis zu den Kapitalstrukturen, ST 2008, s. 22.

¹⁷ Örneğin yetki süresince yalnız bir kez artırma ve/veya bir kez azaltma yetkisi verilmesi

E. SERMAYENİN DEĞİŞTİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Anonim şirket esas sözleşmesinde yer alan veya sözleşmeye sonradan eklenen bir hüküm ile genel kurula sınırlı esnek sermaye sistemini kabul etme yetkisi verilmişse, genel kurul bu yetkisini kullanarak yönetim kurulunu sermaye artırma ve/veya azaltma konusunda yetkilendirebilir. Artık yönetim kurulu kendisine verilen yetki süresi ve sermaye aralığı içerisinde başkaca işleme ihtiyaç duymadan sermaye üzerinde değişiklik yapmak hakkına kavuşur. Ancak her sermaye değişikliğini müteakip durumu notere tasdik ettirerek esas sözleşmede gerekli değişiklikleri yapmak ve durumu en geç otuz gün içerisinde ticaret siciline tescil ettirmek amacıyla müracaat etmekle yükümlüdür (Art. 653u, Abs. 1-3 E-OR). Sermaye değişikliği sebebiyle gerçekleştirilen esas sözleşme değişikliğinin ticaret siciline tescili kurucu etkiye sahiptir¹⁸. Sürenin geçirilmesi halinde tescil talebi reddedilmelidir. Yönetim kurulunun sermaye değişikliği ile ilgili işlemleri hakkında özel hüküm bulunmayan hallerde ise sermaye artırmaya veya azaltmaya ilişkin genel hükümler uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulur (Art. 653u, Abs. 4 E-OR).

2. Sermayenin Artırılması

Sınırlı esnek sermaye sisteminde anonim şirketin sermayesinin artırılması esasen kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılması ile benzerlik taşımaktadır. Bu sistemde de sermayenin artırılması yönetim kurulunun kararı ile mümkün olacaktır. Yönetim kurulu kendisine genel kurulca tanınan yetki çerçevesinde ve orada belirlenen koşullarla sermaye artışı yoluna gidebilir. Yönetim kurulu kararında artırımın itibari değeri, artırılan miktar için ödenecek bedel, yeni çıkarılacak payların sayısı, kâr payı isteme hakkının ne zaman doğacağı, çıkarılacak payların bedellerinin nasıl ödeneceği ile ayın sermaye ve bir ayın devralınmasına ilişkin hususlar yer almalıdır. Yönetim kurulu kararının nasıl uygulanacağı hususuna ilişkin değişiklik taslağında bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun yerine olağan sermaye artırımına ilişkin kurallar uygulanacaktır (Art. 653u, Abs. 4 E-OR).

3. Sermayenin Azaltılması

Anonim şirket yönetim kurulunun sınırlı esnek sermaye sistemi kapsamında sermayeyi azaltması işlemleri aynı sistemde sermayenin artırılması

mümkündür, bkz. *Böckli*, (2009), § 2, N. 51.

¹⁸ *Büchler*, N. 351ff.

işlemleri ile kısmen benzer mahiyettedir. Özellikle yönetim kurulunun alacağı karar açısından bir farklılık bulunmamaktadır.

Yönetim kurulu sermayenin azaltılması amacıyla payların itibari değerinin indirilmesi veya payların itfa edilmesi yöntemlerinden birini seçebilir. Ancak sistemle uyumlu olmadığı için olağan esas sermaye azaltma türüne mahsus alacaklılara çağrı yapılması, alacaklarının ödenmesi veya teminat altına alınması, ihtiyaç bulunması halinde ara bilanço hazırlanması, denetim uzmanlarına rapor hazırlanması, denetimin onaylanması ve genel kurul kararı alınması gibi işlemlere ihtiyaç duyulmaz¹⁹. Zaten sistemin temel özelliği de işlemlerin azaltılmış ve hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilir hale getirilmiş olmasıdır.

F. ALACAKLILARIN KORUNMASI

Sınırlı esnek sermaye sisteminde, anonim şirketin sermayesinin değiştirilmesi sırasında, işlemlerin sayısının azaltılmış ve sürecin de basitleştirilmiş olmasının şirket alacaklılarına etkisi kaçınılmazdır. Bu hususu farklı aşamalar açısından ele almak uygundur. Bu çerçevede önce alacaklıların sistemin ilk kabulü sırasında nasıl korunabileceği, daha sonra da azaltma sürecinde ve nihayet azaltma işleminden sonra nasıl korunabileceği hususları ele alınmıştır.

1. Sınırlı Esnek Sermaye Sisteminin Kabulü Sırasında Alacaklıların Korunması

a) Genel Olarak

Anonim şirket, şirketin kuruluşundan sonraki bir tarihte sınırlı esnek sermaye sistemine geçmek ve yönetim kuruluna bu konuda yetki vermek istediğinde, alacaklılara çağrı yapılması (Art. 653k E-OR), alacaklıların başvurusuna istinaden bunların teminat altına alınması ve denetim uzmanı tarafından, alacaklıların alacağına kavuşmalarının sermayenin azaltılmasından etkilenmeyeceğini gösteren raporun (Art. 653m E-OR) da hazırlanması gerekir (Art. 653w, Abs. 1, Ziff. 1, 2 E-OR)²⁰. Burada olağan sermaye azaltma türünden ayrılan noktalardan biri, söz konusu alacaklılara çağrının ve hazırlanacak raporun genel kurulun yönetim kuruluna yetki verme kararından önce gerçekleştirilmesi zorunluluğudur (Art. 653w, 1 E-OR). Olağan sermaye azaltma türünde geçerli olan bilançonun altı aydan daha eski olmaması halinde bir ara bilanço hazırlanması zorunluluğundan muafiyet açıkça belirtilmiş

¹⁹ Gericke, (2008), s. 40.

²⁰ Şayet anonim şirket, kuruluşu sırasında sınırlı esnek sermaye sistemini kabul etmişse, Art. 653w, Abs. 1, E-OR hükmü uygulanmaz (Art. 653w, Abs. 2, E-OR).

olmamasına rağmen, hüküm bulunmayan hallerde olağan esas sermaye azaltmaya ilişkin kurallar uygulanacağından (Art. 653u, 4 E-OR), söz konusu süre geçmiş ise bir de ara bilanço hazırlanması gerekir.

Sınırlı esnek sermaye sisteminin kabulü ve yönetim kuruluna yetki verilmesi sırasında alacaklıların haklarının korunmasına ilişkin hükümler aslında sermayenin, şirketin kayıtlı sermayesinin altında bir rakama kadar azaltma yetkisinin yönetim kuruluna verilmesi, yani kayıtlı sermaye miktarının altında bir alt sermaye (Basiskapital) kabul edilmesi halinde gündeme gelecektir (Art. 653w, Abs. 1 E-OR)²¹.

b) Alacaklılara Çağrı

Anonim şirket genel kurulunun sınırlı esnek sermaye sistemini benimsemesi ve yönetim kuruluna bu konuda yetki verebilmesi için Art. 653w, Abs. 1, Ziff. 1 E-OR hükmü gereğince ve olağan sermaye azaltılmasına ilişkin Art. 653k E-OR düzenlemesine göre, alacaklılara çağrıda bulunulması gerekir. Buna göre de ticaret sicili gazetesinde ve şirket esas sözleşmesinde belirtilen şekilde üç kez çağrı yapılması şarttır. Alacaklılar bir ay içerisinde alacaklarını bildirmek ve teminat altına alınmasını istemek hakkına sahiptirler (Art. 653k, Abs. 2 E-OR).

Alacaklılara yapılacak çağrıda anonim şirketin kayıtlı sermayesinin altında bir sermaye miktarına kadar sermayesinin azaltılabilmesi için, yönetim kuruluna yetki verileceğinin belirtilmesi ve alacaklıların alacaklarını şirkete bildirerek teminat altına alınmasını isteyebileceklerinin bildirilmesi gerekir²².

c) Alacaklıların Başvurusu

Anonim şirket alacaklılarının alacaklarını şirkete bildirebilmeleri için kendilerine tanınan bir aylık süre, çağrının üçüncü kez ticaret sicili gazetesinde yayınlandığı günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar (Art. 932, Abs. 2, E-OR). Alacağının teminat altına alınmasını isteyen tüm alacaklıların müracaatları gerekir. Alacaklının ve alacağının bilinmesi de durumu değiştirmez, yani talep olmadan teminat verilmesi uygun değildir²³. Teminat altına alınması istenen her alacağın tartışmasız teminat altına alınması da mümkün değildir²⁴.

²¹ Büchler, N. 123.

²² Büchler, N. 127.

²³ Büchler, N. 129.

²⁴ Hangi alacaklar için teminat verileceği hususunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Büchler, N. 129; Heinzmann, M., Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich 2004, N. 326.

d) Alacaklıların Alacaklarının Teminat Altına Alınması

Anonim şirket genel kurulu tarafından yönetim kuruluna sermaye değişikliği yetkisi verilmeden önce alacaklılara yapılacak çağrı üzerine alacağını ve teminat altına alınmasını isteyen şirket alacaklılarının alacaklarının hangi anda teminat altına alınması gerektiği hususunda yeni düzenlemede açık bir hüküm bulunmamaktadır. Art. 653w, Abs. 1, E-OR hükmünde sadece alacaklılara Art. 653k E-OR hükmüne uygun çağrının yapılmasından ve alacaklıların alacaklarını bildirmelerinden söz edilmektedir. Ancak Art. 653k E-OR hükmüne yakından bakılınca ilk fıkrasında alacaklılara çağrı, devamında üç fıkra ise teminat konusunun düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla genel kurulun yönetim kuruluna yetki vermeden önce şirkete bildirilecek alacakların teminat altına alınması gerekir. Doktrinde, genel kurulun yönetim kuruluna yetki vermesi aşamasında alacaklılara teminat verilmesinin gerekmediği görüşü dile getirilmiştir²⁵.

Üzerinde durulması gereken bir nokta da sınırlı esnek sermaye sistemine geçerken alacaklıların yapacağı başvuru üzerine (henüz genel kurul karar almadan önce) bu alacakların nasıl teminat altına alınacağı ile ilgilidir. Burada da olağan sermaye azaltılmasına ilişkin teminatla ilgili hükümlerin (Art. 653k E-OR) uygulanması gerekir. Ancak, alacaklıların alacaklarının sermayenin azaltılmasından etkilenmeyeceğinin denetim uzmanlarınca tespit edilmesi halinde söz konusu alacakların teminat altına alınmasına da gerek duyulmaz (Art. 653k, Abs. 3 E-OR)²⁶.

e) Denetim Uzmanı Raporu

Anonim şirket genel kurulu tarafından yönetim kuruluna sınırlı esnek sermaye sistemi kapsamında sermayeyi değiştirme yetkisinin verilebilmesi için aranan diğer koşul da, Art. 653m E-OR hükmüne uygun şekilde hazırlanacak denetim uzmanı raporudur. Denetçi, sermayenin verilen yetki kapsamında en alt sermaye miktarına kadar azaltılması halinde dahi başvuruda bulunan alacaklıların alacaklarının karşılığının bulunup bulunmadığını bilançoya göre denetleyerek rapor hazırlamalıdır²⁷. Bilançonun tarihi altı aydan önceye aitse yeni bir ara bilanço çıkarılması gerekir (Art. 653l E-OR). Ayrıca denetim raporunun en erken alacaklıların alacaklarını bildirmeleri için kendilerine

²⁵ Büchler, N. 136.

²⁶ Botschaft 2007, s. 1649 vd.

²⁷ Büchler, N. 139, 140. Ayrıca yazar denetimin sadece bilanço kapsamı ile sınırlı kalmasının uygun olmadığı kanaatindedir, N. 144.

verilen bir aylık başvuru süresinin sona ermesini müteakip hazırlanması gerekir. Genel kurul tarafından yönetim kuruluna verilecek yetki de bu raporun hazırlanıp şirkete sunulmasından sonra karara bağlanabilir.

2. Sermaye Değişikliği Sırasında Alacaklıların Korunması

Anonim şirket genel kurulunun sınırlı esnek sermaye sistemini benimsemesi ve yönetim kuruluna bu konuda yetki vermesini müteakip yönetim kurulunun bu yetkiyi kullanabilmesi ancak sermaye değişikliğinin alacaklıların haklarını tehlikeye düşürecek mahiyette olmadığı durumlarda mümkündür (Art. 653w, Abs. 4 E-OR). Burada geçen “alacakların tehlikeye düşecek mahiyette olmaması” ifadesi dar yorumlanmalı ve sermayenin azaltılmasının şirketin herhangi bir şekilde borca batık hale gelmesine yol açmaması gerektiği şeklinde değerlendirilmelidir²⁸. Ancak doktrinde, bu ifadenin çok muğlak olduğu ve sermayenin azaltılarak ortaklara iadesinin her zaman alacaklıların haklarına kavuşmasını tehlikeye düşüreceği görüşü haklı olarak ileri sürülmüştür²⁹.

Yönetim kurulunun, alacaklıların haklarının tehlikeye düşmeyeceğine karar vermesi ve sermaye azaltma yoluna başvurmaya rağmen alacaklıların hakları tehlikeye düşecek olursa, yönetim kurulu Art. 754 E-OR hükmüne göre sorumlu olur³⁰. Ancak yönetim kurulu genel anlamda sadakat ve özen yükümlülüklerine uygun olarak şirketin finansal yapısını inceleyerek sermaye azaltma kararı almış ve uygulamışsa, yönetim kuruluna başkaca yükümlülük yüklememek gerekir. Ayrıca yönetim kurulunun şirketin menfaatlerine uygun ve makul bir sermaye yapısı oluşturmaya çalışıp çalışmadığı son zamanlarda doktrinde çok değer verilen “Business Judgment Rule” çerçevesinde değerlendirilebilir³¹. Yine yönetim kurulunun sorumluluktan kurtulmak için bir ara bilanço hazırlatarak denetim uzmanlarından sermayenin azaltılmasının alacaklıları olumsuz etkilemeyeceğine ilişkin rapor almasına bir engel bulunmamaktadır³².

²⁸ Botschaft 2007, s. 1649 vd.

²⁹ Böckli, P., Nachbesserung und Fehlleistung in der Revision zum Aktienrecht Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJW 2008, s. 341 (Böckli, 2007); Gericke, (2008), s. 41.

³⁰ Botschaft 2007, s. 1655.

³¹ Gericke, (2008), s. 42; Böckli, (2009), § 2, N 52e. Meier-Hayoz A./Forstmoser, P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, §16 N. 664.

³² Böckli, (2009), § 2, N 52e. Kaldı ki yönetim kurulu iş yılı sonunda denetim uzmanlarından bu yönde bir rapor almak ve ticaret siciline bildirmekle yükümlüdür (Art. 653x, 1 E-OR).

3. Sermaye Değişikliğinden Sonra Alacaklıların Korunması

Anonim şirketin sınırlı esnek sermaye sistemini kabul etmesi ve yönetim kurulu tarafından sermayenin azaltılması halinde azaltma işleminin gerçekleştirildiği iş yılının sonunda yönetim kurulu, denetim uzmanlarına yaptıracığı bir denetim ile şirket alacaklılarının alacaklarının karşılığının bulunduğunu, yani şirketin aktiflerini aşan bir borcunun bulunmadığını tespit ettirmelidir (Art. 653x, 1 E-OR). Aynı husus iş yılı sonunda şirketin denetim organı tarafından da denetlenerek yıllık denetim raporuna konulacağından aslında iki ayrı denetim söz konusu olmaktadır³³. Denetim organının veya denetim uzmanlarının hazırlayacağı raporun ticaret siciline bildirilmesi, ayrıca rapora göre şirketin aktifleri alacaklıların alacağını karşılamayacak durumdaysa, durumun ilgili hâkime de bildirilmesi gerekir (Art. 725ff. E-OR)³⁴. Şirketin aktiflerinin alacaklıların alacaklarını karşılayabilecek durumda olması halinde ise ticaret siciline bildirilmesi zorunluluğunun gereksiz ve bürokratik bir işlem olduğu açıktır³⁵.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Sınırlı esnek sermaye sistemi İsviçre doktrinde genel olarak olumlu karşılanmıştır³⁶. Bununla birlikte getirilmek istenen sistemin bazı açılardan eksiklerinin olduğu veya geliştirilmesi gerektiği de çeşitli vesilelerle dile getirilmiştir. Bunlardan biri anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin kurallarla yeni sistemin tam uyumlu olmamasıdır. Nitekim anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin olarak İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Tasarısı'nda, mevcut Art. 659 OR hükmünde yer alan yüzde onluk sınır aynen muhafaza edilmiştir. Söz konusu yüzde onluk sınır, iki ayrı istisnai halde yüzde yirmiye kadar yükseltilebilir (Art. 659, Abs. 3 E-OR). Buna karşın sınırlı esnek sermaye sistemi ile yönetim kurulunun ticaret siciline kayıtlı sermayeyi yüzde ellisine kadar artırma ve azaltma yetkisinin olduğu hükme bağlanmıştır. Bu durumda yönetim kurulu, sermayeyi sicilde kayıtlı sermayenin yüzde ellisine kadar azaltmak istediğinde, şirketin paylarını en çok yüzde onuna kadar geri alabileceğinden, bu yöntemle sermaye azaltma

³³ Bu iki ayrı denetimin farklı kişiler tarafından ve farklı sürelerle bağlı olarak yapılmasının aslında iki ayrı denetim yapılmasını haklı kılacak mahiyette farklılık yaratmadığı hakkında bkz. *Gericke*, (2008), s. 42, dñn. 21; *Meyer*, Tobias, *Kapitalschutz als Selbstzweck?*, *GesKR* 2008, s. 229.

³⁴ *Gericke*, (2008), s. 42.

³⁵ Aynı yönde bkz. *Gericke*, (2008), s. 42.

³⁶ *Gericke*, (2008), s. 42, 43; *Böckli*, (2007), s. 334.

yoluna gitmesi hukuken imkânsız hale gelecek, geriye sadece payların itibari değerinin azaltılması suretiyle sermayenin azaltılması yöntemi kalacaktır. Doktrinde haklı olarak söz konusu iktisap oranının sınırlı esnek sermaye sisteminde uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir³⁷. Ancak bunun için kanunda açık bir hükme yer verilmesi gerekir. Ayrıca doktrinde, anonim şirketin itfa etmek amacıyla iktisap ettiği kendi payları ile ilgili olarak bu amacın açıkça belirtilmesi kaydıyla yüzde onluk iktisap sınırına tâbi tutulmaksızın işlemi gerçekleştirmesine izin verilmesi gerektiği görüşü dile getirilmektedir³⁸. Özellikle şirketin önce sermayeyi yüzde elli oranında artırdığı ve beş yıllık süre içerisinde ticaret siciline kayıtlı sermayenin yüzde ellisine kadar azaltmak istediğinde sorun daha da ciddi bir hâl alacaktır. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; ticaret siciline kayıtlı sermayesi 200.000 birim olan bir anonim şirket sınırlı esnek sermaye sistemini kabul etmiş, yönetim kurulu önce sermayeyi artırma yoluna başvurmuş ve sermayeyi 300.000 birime çıkarmışsa, tekrar sermaye azaltma yoluna başvurarak sermayeyi 100.000 birime kadar indirmek istediğinde, kendi paylarını iktisap etmek suretiyle azaltma imkânı ancak 20.000 birimle sınırlı kalacak, geriye kalan 180.000 birim için ancak payların itibari değerinin azaltılması yoluna başvurması gerekecektir³⁹. Ancak unutulmamalıdır ki yönetim kurulu birden çok azaltma işlemi ile ve her defasında kendi paylarını iktisap etme sınırları içerisinde kalmak kaydıyla da sermayeyi azaltma yoluna başvurabilir⁴⁰.

Yönetim kuruluna verilen yetkinin süresinin Avrupa Birliği Yönergesiyle uyumlu olarak beş yıl olmasının da yönetim kurulunun her defasında en çok üç yıllığına seçilebilmesi karşısında bir uyum sorunu yaratabileceği ileri sürülebilir⁴¹.

Ayrıca alacaklıların haklarının korunması hususunda daha etkin düzenlemeler getirilmesi önerisine⁴² büyük ölçüde biz de iştirak etmekteyiz.

³⁷ Böckli, (2007), s. 334, 343.

³⁸ Gericke, (2008) s. 42; Werlen, T/Sulzer, S., Erwerb eigener Aktien, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, s. 498 vd, 509; Meyer, s. 229 vd.

³⁹ İsviçre doktrininde Böckli, (2007, s. 334), sınırlı esnek sermaye sistemi ile şirketin iktisap edebileceği kendi payının beş kat arttığını ifade etmekteyse de somut örnekten de anlaşılacağı gibi aslında bu oran on katına kadar çıkabilmektedir.

⁴⁰ Büchler, N. 488.

⁴¹ Üç yıllık sürenin makul olduğu yönünde bkz. Böckli, (2007), s. 334.

⁴² Gericke, (2008), s. 43; Kunz, P. V., Status Quo der “großen Aktienrechtsrevision” - ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, s. 151.

Her şeyden önce şirketle ilişkiye girecek üçüncü kişiler, şirketin sicilde kayıtlı sermayesinin yarısının yönetim kurulu tarafından her zaman azaltılabileceğini düşünerek şirketle işlem yapmak konusunda daha çekingen davranabilirler. Fakat anonim şirketin sermayesinin azaltma sonrası geriye kalacak miktarı da üçüncü kişiler için yeterli bir teminat oluşturabilecek nitelikte ise bir sorun yaşanmaz.

Sistem, olağan esas sermaye azaltılması siteminde de mevcut olan, sermayeyi azalttıktan sonra işleri yürütmek ve borçlarını ödemek için yeterli öz sermayeye sahip olup olmayacağına ilişkin soruna bir çözüm getirmemektedir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da anonim şirketin sermayesini ortaklara iade etmek amacıyla azaltması ve ortaklara sermayeyi iade etmesi neticesinde şirketin borca batık hale gelmesi veya alacaklıların alacaklarını karşılayacak malvarlığı değerlerinin bulunmaması ihtimalidir. Zira sistem gereği genel kurul, yönetim kuruluna yetki verdiği sırada bir tespit yapılmakta; ancak yönetim kurulunun azaltma kararı alıp uyguladığı sırada şirketin sermaye azaltımının alacaklıların alacaklarına kavuşmalarının riske girmediğine ilişkin değerlendirme yapma yetkisi ve görevi yönetim kuruluna ait olup ayrıca bir denetim uzmanı raporuna ihtiyaç duyulmamaktadır⁴³. Bunların yanında İsviçre Borçlar Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinde değişiklik öngören Tasarının Art. 653x hükmünde sermayenin yönetim kurulu tarafından azaltılması işlemine yönelik iş yılı sonunda denetim uzmanı tarafından denetim yapılması gerektiği ve yönetim kurulunun da bu raporu en geç üç ay içerisinde ticaret siciline sunması zorunluluğu getirilmekteyse de sermaye bir kez gerçeğe aykırı olarak azaltılıp pay sahiplerine iade edildikten sonra yapılacak denetimlerin aslında çok etkisinin olmayacağı da açıktır⁴⁴. Aynı şekilde yıl içerisinde yönetim kurulu tarafından yapılan sermaye artırma ve azaltma işlemlerinin bilançoda gösterilmesi ve belgelerin bilanço ekinde sunulması zorunluluğu (Art. 653y E-OR) da sermayenin azaltılmasında yönetim kurulunun alacaklıların haklarını gözetmesi için çok etkili bir tedbir olarak değerlendirilemez⁴⁵.

Yönetim kurulunun kendisine verilen yetkiyi kullanarak şirketin sermayesini yüzde elliye kadar azaltmak istemesi halinde bunu hangi yöntemle yapabileceği ise ayrı bir düzenlemenin konusu olmamıştır. Bu

⁴³ Gericke, (2008), s. 43.

⁴⁴ Gericke, (2008), s. 44.

⁴⁵ Aynı yönde Gericke, (2008), s. 44.

durumda Art. 653u, Abs. 4 E-OR hükmü uyarınca olağan sermaye azaltma türüne ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır. Yani payların birleştirilmesi, itibari değerinin indirilmesi veya payların itfası yöntemlerinden birine başvurulabilir.

Alacaklıların korunması hususunda anılan eksikliklerine ve mahzurlarına rağmen sınırlı esnek sermaye sistemi, anonim şirketin sermaye yapısını şirketin ihtiyaçları çerçevesinde kolayca düzenlemesine imkân vermesi sebebiyle yerinde ve olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA⁴⁶

Böckli, Peter; Nachbesserung und Fehlleistung in der Revision zum Aktienrecht Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJZ 2008, s. 333-343 (Böckli, 2007).

Böckli, Peter; Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (Böckli, 2009).

Büchler, Benjamin; Das Kapitalband, Zürich 2012.

Çağlar, Hayrettin; Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara 2010.

Gericke, Dieter; Das Kapitalband, GesKR Sondernummer 2008, s. 38-44.

Gericke, Dieter; Kapitalband: Flexibilität in Harmonie und Dissonanz, in „Die große Schweizer Aktienrechtsrevision“ SSHW, Band 300, Zürich 2010, s. 113-133 (2010).

Heinzmann, Michael, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich 2004.

Kunz, Peter V.; Status Quo der “großen Aktienrechtsrevision” - ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, s. 125-167.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser, Peter; Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012.

Meyer, Tobias; Kapitalschutz als Selbstzweck?, GesKR 2008, s. 220-234.

Pulaşlı, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011.

Rüdlinger, Katharina; Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht? Von

⁴⁶ Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar kısaltılmış şekliyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

der Stärkung der Aktionärsrechte über die Haftung der Revisionsstelle bis zu den Kapitalstrukturen, ST 2008, s. 18- 23.

Von der Crone, Hans Caspar; Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02 (2002), s. 1-22.

Werlen, Thomas/Sulzer, Stefan; Erwerb eigener Aktien, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, s. 493-511.

Zindel, Gaudenz G.; Aktienrückkäufe und Kapitalherabsetzung, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, s. 571-596.

KISALTMALAR CETVELİ

Abs. : Absatz (fıkra)

Art. : Artikel (madde)

Aufl. : Auflage (baskı)

Botschaft 2007: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21.Dezember 2007 (İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Tasarısı Gerekçesi)

dpn. : dipnot

E-OR : Entwurf zur Änderung des Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Tasarısı)

ff. : fortfolgende (ve devamı)

GesKR : Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Zürich seit 2006

N. : Numara

OR : Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)

REPRAX :Zeitschrift zur Rechtssetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht, Zürich seit 1999

s. : sayfa

SJZ : Schweizerische Juristenzeitung, Zürich seit 1904

SSHW : Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Herausgegeben von Peter Forstmoser

ST : Schweizer Treuhänder, Zürich seit 1954

Ziff. : Ziffer (bent)

TİCARİ İŞLETMENİN TESPİTİ AÇISINDAN ESNAF İŞLETMESİ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Ertan DEMİRKAPI*

ÖZET

Ticari işletme, Türk Ticaret Kanunu'nun temel kavramıdır. Kanun bu kavramı tanımlamıştır. Tanımda yer alan en önemli unsur, ticari işletmede gerçekleştirilen faaliyetlerin, esnaf işletmesi sınırını aşmasıdır. Kanun esnaf işletmesini tanımlamamaktadır. Türk Ticaret Kanunu ve diğer bazı yasal düzenlemelerde esnaf kavramı tanımlanmaktadır. Kanunda esnafın tanımlanması, esnaf işletmesinin dolaylı olarak anlaşılmasına hizmet etmektedir.

Bu makalede esnaf işletmesi kavramı, ticari işletmenin anlaşılmasına hizmet etmek amacıyla, incelenecektir. Çalışmada tartışılan temel, esnaf kavramının Türk Ticaret Kanunu ve diğer Kanunlarda farklı tanımlanmış olmasıdır. Diğer Kanuni düzenlemeler özellikle vergiye ilişkin düzenlemelerle, meslek örgütlerine ilişkin düzenlemelerdir. Çalışmada belirtilen çatışma çözülmeye ve Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf işletmesi kavramının kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ticari İşletme, Esnaf İşletmesi, Esnaf

EVALUATING THE CONCEPT OF ENTERPRISE OF TRADESMAN TO DETERMINE COMMERCIAL ENTERPRISE

ABSTRACT

The basic concept of the Turkish Commercial Code is commercial enterprise. The Turkish Commercial Code defines this concept. The most important element in the legal definition is that commercial activities should exceed the limit of enterprise of tradesman and craftsman. However, enterprise of tradesman and craftsman is not defined in the Law. Instead, the concept of tradesman and craftsman is defined in the Turkish Commercial Code and some other Codes. Identification of tradesman and craftsman serves understanding of the concept of enterprise tradesman and craftsman indirectly.

In this article, the concept of enterprise of tradesman and craftsman is examined in order to understand commercial enterprise. The main problem discussed in this study is various definitions of the concept of tradesman and craftsman in the Turkish

* Yrd. Doç. Dr. Balıkesir Üniversitesi, Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuk ABD, ertan.demirkapi@balikesir.edu.tr.

Commercial Code and the other legal regulations. The Other legal regulations are especially related to tax legislation and to organizations of professional association. In this study, it is tried to solve aforementioned conflict and to determine the frame of enterprise of tradesman and craftsman in terms of Turkish Commercial Code.

Keywords: *commercial enterprise, enterprise of tradesman and craftsman, tradesman and craftsman*

Giriş ve Konunun Sınırlandırılması

Ticari işletme 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile hukukumuzda, ticaret hukukunun temel kavramı nitelendirmesiyle, girmiş ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda kullanılmaya devam edilmiş yasal bir kavramdır. Aynı zamanda her iki yasal düzenleme bakımından, ilk kitapların başlığını oluşturmaktadır.

Kavram, önemi sebebiyle eski Kanun döneminde tartışılmış, tanımı, özellikleri ve unsurları üzerinde durulmuştur. Eski düzenlemeden farklı olarak yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işletme kavramı tanımlanmıştır. Kavramın yasal bir tanıma bağlanmış olması önemli bir yeniliktir. Bu tanım yeni yürürlüğe giren Ticaret Sicil Yönetmeliğinde de yer almaktadır (TSY md. 4, f. 1, r bendi).

Belirtilen tanım esasen eski Türk Ticaret Kanunu döneminde, kısmen Ticaret Sicil Tüzüğü hükümlerinden çıkartılıyor ve ortaya çıkan tanım doktrinde kabul görüyordu. Ticari işletme tanımı içinde yer alan ve doktrin tarafından kabul edilen özelliklerinden biri, hukukumuzda bilinen ancak yasal düzenlemede anılmayan başka bir kavramın yasal düzenlemede anılmasına sebep olmuştur. Bu “esnaf işletmesi” kavramıdır.

Bu çalışma esnaf işletmesi kavramını, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerini dikkate alarak açıklamayı amaçlamaktadır. Böylece ticari işletme kavramının anlaşılmasına hizmet edilmiş olacaktır.

Konunun sınırlanması anlamında belirtilmesi gerekmektedir ki, esnaf işletmesi sadece ticari işletme nitelendirmesinde yararlanılan bir kavram değildir. Kavrama bağlanmış başka bazı sonuçlar da bulunmaktadır. Bu açıdan esnaf işletmesinin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre devre konu olması (TBK md. 202), 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu kapsamında rehne

konu olması (TİRK md. 1) mümkündür. Keza 5362 sayılı Kanun hükümlerine göre esnaf ve sanatkârlar siciline tescili yanında, bunu işleten kişilerin Vergi Usul Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre vergi mükellefiyetinin belirlenmesi ve yine bunların sosyal sigortalar açısından sorumluluk ve hakları gibi hususlarda inceleme gerçekleştirilebilir. Bunun dışında tacire ilişkin olup da esnafa uygulanacak hükümler ve her iki tarafın tacir olmasının gerektiği hususlarda ortaya çıkan özellikler de ayrı ayrı değerlendirilebilir. Bu çalışmada esnaf işletmesi kavramı, sadece ticari işletmeyi açıklamak ve bunun kapsamını belirlemek amacıyla sınırlı olarak incelenecektir.

Çalışma bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olarak planlanmamıştır. Konu, hukukumuz bakımından özgün nitelik göstermektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 15. maddesine ilişkin gerekçede, Avrupa ülkelerinde esnaf işletmelerinin çoğunlukla meslek esasına göre belirlendiği, ancak hukukumuzda gelir esasının dikkate alındığı vurgulanmaktadır. Bu sebeple yabancı hukuk sistemlerine sınırlı ölçüde değinilmiştir.

Çalışma üç bölüm ve bir sonuç bölümünden oluşmaktadır. İlk bölümde ticari işletme ve esnaf işletmesi kavramlarının arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde ticaret hukuku bakımından esnaf işletmesinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler değerlendirilmiştir. Son bölümde ise mevcut düzenleme hakkında eleştiriler ve çözüm önerileri üzerinde durulmuştur.

I. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE ESNAF İŞLETMESİ KAVRAMININ TİCARİ İŞLETME KAVRAMININ BELİRLENMESİNDE GÖSTERDİĞİ FONKSİYON

A. Ticari İşletme Kavramı

Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasında önemli ölçüde benzerlik, hatta bazı özellikleri bakımından ayniyet olduğu görülmektedir. Çalışmada ticari işletme ve esnaf işletmesi kavramları ayrı ayrı kullanılacak olmakla birlikte, iki kavramın ortak değerlendirildiği hallerde sadece işletme kavramının kullanılması yoluna gidilecektir.

1. Türk Ticaret Hukukunun Merkez Kavramı Olarak Ticari İşletme

Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi'nde ve Türk hukuk öğretisinde çoğunlukla kabul edildiğine göre ticari işletme, Türk Ticaret Kanun'unda

(TTK) merkez kavram¹ olarak ele alınmıştır². TTK'da birçok diğer kavram ve kurum da ticari işletmeden hareketle düzenlenmiştir. Örneğin, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse tacir olarak tanımlanmaktadır (TTK md. 12, f. 1). Tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerde kullandığı ad ticaret unvanı olarak isimlendirilmektedir (TTK md. 39, f. 1). Kollektif ve komandit şirketler ancak bir ticari işletme işletmek maksadıyla kurulabilmektedir (md. 211, md. 304). Aynı şekilde md. 3 ve 19'da ticari iş; md. 1 ve 2'de ticari hüküm ve md. 4'de ticari davaların belirlenmesinde, ticari işletme kavramından yararlanılmaktadır³. Ayrıca ticari işletme kavramının medeni hukuk karşısında, ticaret hukukunun bağımsızlığını koruma fonksiyonu üstlendiği, kabul edilen bir fıkirdir⁴.

TTK'da belirtilen ticari işletme, ekonomi biliminde incelenen genel anlamdaki işletme kavramından farklıdır. Bu anlamda işletme bir müteşebbisin (girişimcinin) kazanç sağlama amacıyla emek ve sermayeyi bir araya getirmesiyle ortaya çıkan bir organizasyondur.

¹ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 169-170; POROY, s. 620-621; POROY/ YASAMAN, s. 35; AYHAN, s. 92; KENDİGELEN, (İşletme), s. 127, N. 380; BAŞTUĞ / ERDEM, s. 5 ve 18; İMREGÜN, s. 6; BAHTİYAR, s. 14; KAYAR, s. 15; BATTAL, (İşletme), s. 23; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1. İstisnaları bulunduğunu belirtmekle birlikte bu yönde bk. ARKAN, (2009), s. 19, (2012), s. 25. Ticari işletmenin, ticaret hukuku kubbesini ayakta tutan bir kilit taşı olarak nitelendirilmesi için bk. KARAHAN, (2012), s. 17.

Ticari işletme kavramının hukukumuzda 1957 tarihli Türk Ticaret Kanunu ile girmedeği belirlenmiştir. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce dahi Borçlar Kanunu'nda ve 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda ticari işletme kavramının kullanıldığı görülmektedir (Bu yönde bk. BOZER, Ali: s. 363). Özellikle HIRSCH TTK⁽¹⁹²⁶⁾ md. 19'dan hareketle kavramın ticaret hukukunun temeli olduğunu kabul ediyordu (Bu yönde bk. HIRSCH, s. 103). Yazarın bu görüşü 1957 tarihli Kanunun, ticari işletmeyi temel alması bakımından da etkili olmuştur.

Ticari işletmenin açıklanan bu fonksiyonu bakımından önemli zaafılar bulunduğu hakkında bk. ANSAY, s. 205 vd. Yazar ticaret şirketi tacirler bakımından ticari işletmenin varlığının bir önemi bulunmadığını, gerçek kişi tacirler bakımından ticari işletme bulunmamasına rağmen tacir sıfatının yüklendiği pek çok örnek bulunduğunu; cari hesap ve haksız rekabet gibi birçok konuda tarafların tacir olması veya ticari işletme ile ilgi kıstası bulunmaksızın ticari hükümlerin uygulandığını belirtmektedir.

² İsviçre hukukunda ticari işletmenin ticaret siciline tescille sınırlı değerlendirdiği hakkında bk. BOZER, s. 369.

³ Bu tespitler için bk. ARSLANLI, s. 22 vd; POROY/ YASAMAN, s. 35; ARKAN, (2012), s. 26; AYHAN, s. 93-94 ve 104 vd; KENDİGELEN, (İşletme), s. 127 vd, N. 381 vd; BOZER, s. 363 vd.; BAHTİYAR, (2010), s. 14; BAHTİYAR, (2012), s. 16; GÖLE, s. 48; KIRCA, s. 295, dn. 2; KARAHAN, (Batider), s. 40; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1; ÇEKER, (İşletme), s. 21; ÇEKER, (Ticaret Hukuku), s. 23; DOĞANAY, s. 155.

⁴ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 5. Ticari işletme kavramının ticaret hukukunun muhtariyetini perçinlediği ifadesi için bk. POROY, s. 620.

Ekonomi bilimi açısından incelenen genel nitelikte bu işletme kavramı, ticari işletmeyi ve esnaf işletmesini de içeren geniş kapsamlı bir kavramdır. Ticari işletme, iktisadi anlamda işletmenin bir alt kavramıdır. Ticari işletmenin bir iktisadi işletme olduğu doktrinde oybirliği ile kabul edilen bir husustur⁵. Ancak bu yargının aksinin doğru olmadığı belirtilmelidir. Bir başka ifadeyle ekonomi biliminde ele alınan her işletme, ticaret hukuku anlamında ticari işletme değildir⁶. Ticari işletme vasfı için Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan tüm özelliklere sahip olmak gerekir. Şu halde Türk Ticaret Kanunu'ndaki ticari işletme temel olarak iktisadi işletme kavramıyla benzeşmekle birlikte, farklı yön ve özellikleri de bulunmaktadır.

Ancak şu durumun önemle ifade edilmesi gerekmektedir. Bir ticari işletmenin ortaya çıkabilmesi için ilk koşul bir işletmenin ortaya çıkmasıdır. Bir işletme ortaya çıkmadan, ticari işletmeden (ve esnaf işletmesinden)⁷ söz edilemez. Bu açıdan işletmenin ortaya çıkması için az ya da çok bir organizasyonun bulunması gerekir.

Bu anlamda organizasyon, işletmenin malvarlığı unsurları ile işletenin emeği ve bir derece yeteneğinin bir araya gelmesiyle ortaya çıkacaktır. İşletmenin organizasyon niteliği, onun işleten kişinin (tacir veya esnaf), işletmede gerçekleştirilen faaliyetin ve işletmeye tahsis edilen malvarlığı değerlerinin de önünde yer alan bir önem taşır. Emek ve sermayenin bir müteşebbis tarafından bir organizasyon çerçevesinde bir araya getirilmesi gerçekleşmediğinde, ortada bir işletmenin bulunduğundan söz edilemez⁸.

⁵ Bu yönde bk. HIRSCH, s. 103; POROY/YASAMAN, s. 36; BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 19; İMREGÜN, s. 7; ARKAN, (2012), s. 26; AYHAN, s. 96; TOKSAL, Baki: s. 129; KAYAR, s. 16; BAHTİYAR, (2010), s. 14; BAHTİYAR, (2012), s. 16; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1. Aynı içerikte olmak üzere, işletme yerine teşebbüs terimini öneren yazarlar da bulunmaktadır (KARAYALÇIN, s. 156; BOZER, s. 363, dn. 1 ve 370; ARSLANLI s. 16).

⁶ Doktrinde bu husus iktisadi işletme kavramı kullanılarak ifade edilmekte, bunun ticari işletme olarak nitelendirilebilmesi için kanunda yer alan diğer özellikleri de içermesi gerektiği vurgulanmaktadır (ARSLANLI s. 16; KARAYALÇIN, s. 157; KENDİGELEN, (İşletme), s. 136, N. 408; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 139; BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 20; AYHAN, s. 95-96; AYHAN/ ÖZDAMAR / ÇAĞLAR, s. 104. Benzer olarak bk. BAHTİYAR, (2010), s. 14).

⁷ İktisadi işletmelerin kendi arasında ticari işletme ve esnaf işletmesi şeklinde ikiye ayrılacağı ifadesi için bk. BOZER / GÖLE, s. 7.

⁸ Emek ve sermaye ilişkisi bakımından sadece emek veya sadece sermaye kullanılarak faaliyette bulunulması durumunun da değerlendirildiği görülmektedir. Bu konuda kabul edilen esas, işletmenin emek ve sermayenin bir araya getirilmesi şeklinde işletilmesidir. Sadece emek kullanılarak faaliyette bulunması halinde, iktisadi anlamda işletme bulunmadığından ticari işletmenin de oluşmayacağı kabul edilmelidir (Benzer olarak bk. KARAHAN, (Bati-der), s. 60).

Bunun sonucu olarak sadece emek (bir öğretmenin özel ders vermesi) veya sadece serma-

Bir organizasyon şeklinde ortaya çıksalar bile, serbest meslek sahipleri tarafından oluşturulan organizasyonların, ticari amaçla hareket etmedikleri kabul edilmekte ve bunlar tarafından işletilen işletmelerin, ticari işletme niteliği göstermedikleri kabul edilmektedir⁹. Serbest meslek mensuplarının faaliyetleri karşılığında aldığı ücretin, satın aldıkları ürün veya hizmetin karşılığı olmadığı, aksine kendilerinin bizzat bu hizmetin üreticisi oldukları belirtilmelidir. Diğer taraftan burada üretilen hizmetin “tamamen bilgiye dayanan emeğin mahsulü” olduğu da vurgulanmalıdır¹⁰. Son olarak serbest meslek faaliyetinde işletenin fikri yönü ön plana alınmakta ve işleten ile üçüncü kişi arasında şahsi güvenin önemi artmaktadır.¹¹

Serbest meslek olarak gerçekleştirilen faaliyetlere hekimlik¹², mühendislik ve mimarlık¹³, avukatlık, muhasebecilik, noterlik¹⁴ ve serbest öğretmenlik¹⁵ örnek olarak gösterilebilir. Buna karşılık eczacılık faaliyetinin, niteliği gereği bir ticari işletme işletilmesi, bunun sonucu olarak eczacılık işletmesinin bir ticari işletme olduğu kabul edilmektedir¹⁶.

ye (kâra katılmalı ödünç şeklinde bir işletmeye borç verilmesi) konularak gerçekleştirilen faaliyetlerin işletme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca bk. aşağı dn. 39 ve ilgili metin.

⁹ Bu yönde bk. ÖÇAL, s. 400; AYHAN, s. 101, dn. 158; KENDİGELEN, (İşletme), s. 145, N. 438; BAHTİYAR, (2012), s. 20.

¹⁰ Bu yönde bk. ÖÇAL, s. 400.

¹¹ Bu yönde bk. ÖÇAL, s. 398.

¹² Burada belirtilen tıp hekimliğidir. Yargıtay dış hekimliğinin ticari faaliyet olmadığını ortaya koymaktadır (Bu yönde bk. **İBK 12.11.1947, E. 15, K. 22** (RG, 16.01.1948, S. 6807).

Dış protezi yapımının serbest meslek oluşturacağı konusunda Danıştay görüşü için bk. **DİBK 29.02.1996, E. 1995/1, K. 1996/1** (Danıştay Dergisi, Yıl 27, S. 93, s. 59 vd; http://www.tdb.org.tr/tdb/admin/mevzuat/userfiles/dis_protez_faaliyet.pdf. (ERİŞim 01.08.2012). Bu kararında Danıştay dış protezi faaliyetinde sermayenin önemli yer tutmasına da değinmiş ancak bunun şahsi bilgi ve uzmanlık yanında ikinci planda olduğunu ortaya koymuştur.

¹³ Plan ve proje çizmek ve çalışmaların gidişatına nezaret şeklinde gerçekleştirilen faaliyetin, ticari nitelik taşımadığı Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir (**TD., 15.06.1945, K. 1449** (Kaynakta esas numarası bulunmamaktadır); ÖÇAL, s. 402, dn. 31). Benzer olarak arazi harita yapılmasının ticari faaliyet oluşturmayacağı kabul edilmektedir (**TD., 21.01.1944, E. 1270, K. 173**; SENGUR / BORAN, s. 290).

¹⁴ Noterlik Kanunu md. 1 gereğince kamu hizmeti olarak görünün noterlik, kanun gereği ticari faaliyet olarak görülmemektedir (Bu yönde bk. ÖÇAL, s. 404).

¹⁵ Özel ders verme faaliyeti bakımından da bunun belirli bir organizasyon kapsamında yapılması halinde ticari faaliyet bulunmadığı kabul edilebilecektir (Bu yönde bk. ÖÇAL, s. 404).

¹⁶ Yargıtay bu faaliyetin esnaf işletmesi sınırı aşması halinde ticari işletme sayılacağını kabul etmektedir (**11., HD., 29.03.1976, E. 1903, K. 1650, Kazancı Otomasyon Programı, 11. HD., 01.11.1976, E., 4293, K. 4545**; ERİŞ, s. 207).

Serbest meslek faaliyetinin birden fazla uzmanın çalıştırılması yoluyla ticari faaliyet şeklinde icra edilmesinin de mümkün olduğu belirtilmelidir. Bu durumda kanunda sayılan istisnalar dışında¹⁷, ticari faaliyetin bulunduğu ve bunun sonucu olarak ticari işletmenin ortaya çıkabileceği kabul edilmelidir¹⁸.

2. Ticari İşletmenin Tanımı

Esnaf işletmesinin Türk Ticaret Kanunu'nda anıldığı hüküm, ticari işletme tanımının yapıldığı TTK md. 11, f. 1 düzenlemesidir. Buna göre, ticari işletme, *esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*. Kanunda yer alan bu tanım bir yeniliktir¹⁹. Eski düzenlemede bir tanım bulunmuyor²⁰, Ticaret Sicil Tüzüğünde yer alan ve hangi işletmelerin ticari

¹⁷ Avukatlık mesleğinin birden fazla avukatın çalıştırılması şeklinde gerçekleştirilmesi halinde dahi ticari faaliyet sayılmayacağı, kanun tarafından getirilen bir ilke niteliğindedir (1136 sayılı Kanun md. 44). Aynı husus muhasebe büroları için de geçerlidir (3568 sayılı Kanun md. 45, f. 4). Bu kanundan önce muhasebe bürolarından birden fazla uzmanın çalıştırılması halinde faaliyetin ticari nitelik kazanabileceği belirtiliyordu (Bu yönde bk. ÖÇAL, s. 403).

¹⁸ Birden fazla hekimin bir özel hastane şeklinde çalışması halinde ticari işletmenin ortaya çıkacağına şüphe bulunmamaktadır (Bu yönde bk. EREM, s. 54; ÖÇAL, s. 402; KENDİGELEN, s. 145; N. 438; BAHTİYAR, (2012), s. 20. Mühendislik-mimarlık faaliyetinin müteahhitlik şekli alması veya birden fazla uzmanın istihdam edildiği bir mühendislik-mimarlık bürosu haline gelmesi hallerinde, faaliyetin ticari nitelik kazandığı kabul edilebilecektir (Bu yönde bk. ÖÇAL, s. 402-403; MİMAROĞLU, s. 175).

Yargıtay bir mühendisin ticaret siciline tescilinin dava edildiği bir olayda, davalının TMMOB Şehir Plancıları Odasında kaydının bulunduğu yönündeki savunmasına ve alınan bilirkişi raporu dayanan ret kararını "...mahkemece, aralarında hukukçu, serbest ve yeminli Mali Müşavirlerinde bulunduğu bilirkişi kurulu oluşturulup, davalının, faaliyetinin TTK'nın 11 ve devam eden maddelerinde belirtilen tacir niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi gerekir ..." gerekçesiyle bozduğu görülmektedir (11. HD., 25.09.2000, E. 5995, K. 7168, **Kazancı Otomasyon Programı**).

¹⁹ Böylece eski kanunda yer alan ve eleştirilen "ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletmedir" ifadesi (eleştiriler için bk. POROY/ YASAMAN, s. 36; TEKİL, s. 569) kanundan çıkartılmış ve eski düzenleme bakımından ticaret sicil tüzüğünden çıkartılan hususlardan oluşan ve doktrin tarafından genel kabul gören tanım kanuni düzenlemeye yansımıştır.

Tanımın kanuna geçirilmesine bağlı olarak eski kanunda olduğu gibi ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen müesseseler şeklindeki 12 ve 13. maddelerin kanunda bulundurulması da gereksiz hale gelmiştir (Bu yönde bk. ARKAN, (2012), s. 27. AYHAN, s. 12. maddede yer alan sayma yönteminin hukuki emniyete uygun olmadığı gibi fabrikacılık kavramının da sadece teknik tanımının verildiğini belirtmektedir (AYHAN, s. 93). Eski kanunda sayılan ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin, yeni düzenlemede gösterilen tanım kapsamında değerlendirilmeleri halinde, ticari işletme sayılmaları gerekmektedir.

²⁰ Bir tanım bulunmamasının yanında, işletme kavramının bazen "faaliyet", bazen "yer-mahal" bazen de "konu" olarak kullanılarak, tanım verilmesini zorlaştırdığı belirtiliyordu (Bu yönde bk. TOKSAL, s. 129).

işletme sayılmayacağı yönündeki açıklamada yer alan üç özellik ve doktrin tarafından kabul edilen bağımsızlık bir bütün olarak ticari işletme kavramı için bir tanım oluşturulmasında kullanılıyordu²¹. Kanunda yer alan ve bir yenilik oluşturan bu tanım doktrin tarafından da benimsenmektedir²². Aynı tanım Ticaret Sicil Yönetmeliğinde de tekrarlanmıştır.

Kanunda ticari işletme kavramının tanımlanmasının, ticari işletme kavramının kurumsallaşması yanında Türk ticaret hukukunu somutluk ve şeffaflık temelinde yapılandırma fonksiyonu gösterdiği belirtilmektedir²³.

Ticari işletme tanımının yapılmasının konumuz bakımından önem taşıyan bir diğer sonucu da eski Türk Ticaret Kanunu'nda kullanılmayan esnaf işletmesi kavramının, yasal bir kavram halini almasıdır. Ticari işletme kavramının anlaşılmasına hizmet etmek amacıyla bu yeni kavramın incelenmesinden önce, ticari işletmenin tanımından kaynaklanan diğer özelliklerin incelenmesi ve bu özelliklerin esnaf işletmesi kavramı ile bağlantısının değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Ticari İşletmenin Özellikleri ile Esnaf İşletmesi Arasındaki İlişki

1. Ticari İşletmenin Özellikleri

Tanımdan hareket edildiğinde ticari işletmenin dört özelliği bulunduğu kabul edilmelidir: Buna göre gelir sağlamayı hedefleme, bağımsız ve devamlı olarak faaliyet gösterme ile esnaf işletmesi çapını aşma ticari işletmenin özellikleridir. Bunlardan esnaf işletmesi çapını aşma, esasen inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

a. Ticari İşletmenin Özellikleri Konusunda Görüşler

Yukarıda belirttiğimiz dört özellik, eski Türk Ticaret Kanunu döneminde ticari işletmenin çoğunlukla kabul gören özellikleridir. Ancak bu dönemde

²¹ Eski düzenlemede ticari işletmenin temel kavram olarak nitelendirilmesine rağmen kanunda tanımlanmamış olması ve özelliklerinin ancak Ticaret Sicil Tüzüğü'nden çıkartılabilmesi eleştiri konusu yapılmaktaydı (POROY, s. 624; ARKAN, (2012), s. 26; POROY/YASAMAN, s. 36; KENDİGELEN, (İşletme), s. 131, N. 392; İMREGÜN, s. 6; KAYAR, s. 15; KARAHAN, (Batider), s. 47; İZMİRLİ, s. 468; TEKİL, s. 569.

Karş. TOKSAL, s. 131. Yazar belirtilen tanımın ticaret siciline tescille bağlantılı olduğunu ve hükümden bunun dışında bir anlam çıkartılamayacağını kabul etmekte ve ticari işletmenin bir tanımının yapılmasının doğru olmayacağını benimsemektedir.

²² Bu yönde bk. ARKAN, (2012), s. 26; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 103; BOZER/ GÖLE, s. 7; KIRCA, s. 304; KENDİGELEN, (İşletme), s. 131, N. 394; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1; BAHTİYAR, (2012), s. 16.

²³ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 16; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1.

Doktrinde belirtilen özellikler yanında başkaca bazı özelliklerin aranması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Yeni düzenleme sonrası ticari işletmeyi konu alan eserler incelendiğinde, ticari işletmenin özellikleri konusunda farklı görüşlerle karşılaşmaktadır. Bu başlık altında yukarıda sayılan özellikler dışında ticari işletme özellikleri konusundaki görüşler belirtilecek, ardından bunların değerlendirmesi yapılacaktır.

Eski kanun döneminde **Karayalçın** ve **Baştuğ/ Erdem**, ticari işletmede aleniyet unsurunun aranması gerektiğini belirtmektedir²⁴. Diğer taraftan bu yazarlardan **Baştuğ/ Erdem** ve ayrıca **Erem** örgüt (organizasyon) unsurunun bulunması gerektiğini de ortaya koymaktadırlar²⁵.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu inceleyen çalışmalarda, eski Türk Ticaret Kanunu döneminde belirtilen ve kabul ettiğimiz değerlendirmeyi benimseyen yazarlar bulunduğu gibi²⁶, farklı görüşlere rastlandığı belirtilmelidir. Bu açıdan **Tekinalp**'e göre²⁷, yeni Kanuna göre ticari işletmenin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki ticari işletmenin bulunmasıdır ki, soyut faaliyetlerin ticari işletme sayılmasının önüne geçilmesini sağlayacak olan özellik bu özelliktir. Yazar ikinci özelliğin gelir elde edilmesinin hedeflenmesi olduğunu belirtmekte ve bununla kazanç elde edilmesinin gerekli olmadığını vurgulamaktadır. Son olarak esnaf faaliyeti sınırının aşılmasının hedeflenmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁸. Farklı bir sınıflandırma gerçekleştiren **Arkan** da üç özellik üzerinde durmakta ve benimsediğimiz tanımda yer alan esnaf faaliyeti sınırını aşma ve gelir sağlamayı hedefleme unsurlarını birlikte değerlendirmektedir²⁹. **Tekinalp**'den etkilenen diğer bazı yazarlar da ticari işletmenin dört özelliği olduğunu belirtmekle birlikte, eski sınıflandırmadan ayrılmakta ve kanunun metnini de dikkate alan yeni bir sınıflandırmayı ortaya

²⁴ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 160; BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 20.

²⁵ Bu yönde bk. BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 20; EREM, s. 50.

²⁶ Bu yönde bk. AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 104 vd; KARAHAN, (2012), s. 19 vd. Her ne kadar KARAHAN, gelir sağlamayı hedefleme unsuru yerine iktisadi faaliyet, esnaf faaliyeti sınırını aşma yerine kapasite terimlerini tercih ediyorsa da, açıklamalarından farklılığın terimsel olduğu, genel olarak belirtilen sistemi benimsediği anlaşılmaktadır.

²⁷ Türk Ticaret Kanunu'nun bir taraftan hazırlık çalışmalarında ve diğer taraftan kanunun yürürlüğe girmesine kadar geçen süreçte emekleri sebebiyle, Kanunun yorumlanması aşamasında TEKİNALP'in görüşlerine ayrı bir önem vermek gerekmektedir.

²⁸ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 9-10.

²⁹ Bu yönde bk. ARKAN, (2012), s. 27-28, ancak yazar değerlendirmeleri sırasında tek bir özellik olarak nitelendirdiği hususları ayrı ayrı incelemekte, bunlar arasında bir bütünlük kurmaktadır. Aynı sistemin BAHTİYAR tarafından da benimsendiği görülmektedir (Bu yönde bk. BAHTİYAR, (2012), s. 117-18).

koymaktadırlar³⁰. Bu son görüş dikkate alındığında ticari işletmenin unsurları şu şekilde sayılmaktadır: Bir ticari işletmenin bulunması, devamlılık, bağımsızlık³¹ ve esnaf faaliyeti sınırını aşacak seviyede gelir sağlama hedefinin bulunması³².

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ortaya çıkan ve ticari işletmenin (dolayısıyla esnaf işletmesinin) özellikleri konusunda ileri sürülen görüşlerde kabul ettiğimiz özelliklere göre iki önemli farklılık bulunmaktadır. Bunlardan ilki “bir işletme” bulunması kavramının ortaya konulmuş olmasıdır ki bu görüşün kaynağı genel olarak **Tekinalp**’in makalesidir. Ancak belirtilen görüşün yeni olmadığı, daha önce **Baştuğ/ Erdem** ve **Erem** tarafından kabul edilen organizasyon özelliğinin de, bundan farklı bir husus oluşturmadığı belirtilmelidir. İkinci farklılık ise gelir sağlama hedefinin sınırına yöneliktir. Buna göre işletmede elde edilmesi amaçlanan gelirin, esnaf faaliyetleri sınırını aşan seviyede olması gerekmektedir. Bu farklılığın sebebi ise ticari işletmenin tanımının yer aldığı TTK md. 11, f. 1’in kaleme alınış şeklidir.

b. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Bu başlık altında ticari işletmenin özellikleri arasında bulunması gerektiği kabul edilen üç husus üzerinde durulacaktır. Bunlar aleniyet, işletme (organizasyon) ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşacak seviyede gelir sağlanmasının hedeflenmesi unsurlarıdır.

Aleniyet unsuru ve organizasyon unsuru kanaatimizce birbirlerini tamamlayan unsurlardır. Bir işletmenin organizasyonunun oluşturulması ve bunun kanalıyla bu işletmenin işleticisinin üçüncü kişilerle işlemlere girişmesi bir bütünün iki farklı açıdan görünüşüdür. Dolayısıyla iki özelliğin birlikte değerlendirilmesi mümkündür.

aa. Organizasyon ve Aleniyet Özelliği

Genel anlamda, emek ve sermayenin bir müteşebbis tarafından bir araya getirilmesiyle oluşan organizasyonun işletme olarak tanımlanmasının doğal sonucu, her işletmede bir organizasyonun bulunmasıdır. Organizasyonun olmaması, esasen işletmenin bulunmaması sonucunu doğuracaktır. Ortada

³⁰ Bu yönde bk. BOZER/ GÖLE, s. 7 vd; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1 vd.

³¹ Bu yönde bk. BOZER/ GÖLE, s. 7; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1. Bağımsızlık ve devamlılık TEKİNALP tarafından ortaya konulan özelliklerden değildir.

³² Bu yönde bk. BOZER/ GÖLE, s. 7; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1.

bir işletme bulunmadığı takdirde bir ticari işletmenin de bulunmadığı görülür. Organizasyon ve dolaylı olarak aleniyet unsurlarının kanuni dayanağı, TTK md. 11, f. 1’de ifadesini bulan “işletme” ve “yürütme” (yürütüldüğü) ifadeleridir. Buna göre bir işletmenin bulunması ve bu işletmede faaliyetlerin yürütülmesi, diğer bir ifadeyle işletilmesi, ticari işletme bakımından olmazsa olmaz hususlardır³³. **Tekinalp**’e göre belirtilen özellik, eski Kanunda yer alan ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin (TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 12 ve 13) kaldırılmış olmasından doğan boşluğun aşılmasına hizmet etmektedir³⁴.

Bu özelliğin açıklanması sırasında “yapının somutlaştırılması³⁵” ve “soyut faaliyet³⁶” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Yapının somutlaştırılmasından kasıt bir organizasyonun kurulmasıdır. Soyut faaliyet teriminin ise organizasyon oluşturulmadan faaliyette bulunulması şeklinde anlamlandırıldığı görülmektedir. Bu açıdan verilen örnekler incelendiğinde, kişinin devamlı olarak borsada oynaması veya forward işlemleri yapması, holding şirketin iştiraklerini yönetmesi ve bir öğretmen ders vermesi üzerinde durulmaktadır. Bu örneklerin tümünde bir organizasyonun bulunmamasının sonucu olarak ticari işletme nitelendirilmesinin de mümkün olmadığı kabul edilmektedir³⁷.

Kanaatimizce organizasyonun bulunması (ve bunun üçüncü kişiler tarafından görülmesi) ticari işletme bakımından değil, genel anlamda iktisadi işletme bakımından bir özellik oluşturur. Eğer konu ticari işletmenin diğer işletmelerden ayrılması ise, bir organizasyonun varlığının (ve üçüncü kişilerce bunun görülmesinin) belirleyici olduğundan söz edilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle organizasyon özelliği, ticari işletmeyi nitelendiren özelliklerden biri olarak kabul edilmemelidir.

Bu özellik bakımından verilen örnekler değerlendirildiğinde, iktisadi işletmenin tanımında yer alan emek ve sermayenin bir müteşebbis tarafından bir araya getirilmesi niteliğinin eksik olduğu görülür. Bunların bazılarında emek unsuru bulunmamakta ve sadece sermayeyi dikkate alan faaliyet söz konusu olmakta (borsada oynama veya forward işlemleri yapma, holding

³³ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 9; BOZER/ GÖLE, s. 8; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1.

³⁴ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 9

³⁵ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 9.

³⁶ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 9; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1.

³⁷ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 9; ŞENER/ UZUNALLI, s. 1-2. Sınırlı olarak bk. BOZER/ GÖLE, s. 8.

şirketin iştiraklerini yönetmesi)³⁸, bazılarında ise sermaye unsurunun hiç bulunmamakta ve sadece emek unsurunun yer aldığı (rüzgâr sörfü dersi, dalış dersi, yabancı dil dersi verilmesi) görülmektedir. Dolayısıyla bunların hiç birinde emek ve sermaye bir organizasyon çerçevesinde bir araya getirilmemektedir³⁹.

Kanunun gerekçesinde bu yönde yapılan açıklamanın değerlendirilmesi halinde de aynı sonuca varılacaktır. Gerçekten gerekçede açık bir biçimde "... Ticarî işletme "işletme"nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticarî işletmenin bir "işletme" olduğu özellikle vurgulanmıştır...". Sonuç olarak işletmenin bulunması, ticari işletme bakımından belirleyici bir özellik niteliği taşımamaktadır. Bunun ticari işletmenin özellikleri arasında incelenmesi gerekmemektedir.

bb. Esnaf İşletmesi İçin Öngörülen Sınırı Aşan Düzeyde Gelir Sağlama Hedefi

Ticari işletmenin tanımının yapıldığı TTK md. 11'de gelir sağlama ve esnaf işletmesi sınırlarını aşmaya dair özelliklerin bir bütün olarak kaleme alındığı görülmektedir. İfadenin bu şekilde kaleme alınmış olması, bu iki unsurun bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Buna göre "... esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetler(in) ..." ifadesinden hareket eden, çoğunluk oluşturduğu kabul edilebilecek yazarlar, faaliyetin esnaf sınırını aşacak seviyede gelir getirmesi amacıyla gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedirler⁴⁰.

Bu açıdan **Tekinalp**'in kazanç sağlama hedefine ilişkin yorumu incelendiğinde, kazanç yerine gelir teriminin kullanılmasıyla ortaya çıkan durumu şu şekilde değerlendirildiği görülmektedir: "... vurgunun gelirin elde edilmesine değil de, belli bir sınırın aşılmasının "hedeflendiği" hususuna yapılmış olmasıdır. Komisyon "kazanç elde etme"yi bir tanım unsuru olarak görmemiş, çabasını esnaf işletmesi ile ticari işletmenin arasındaki sınırının çizilmesine yoğunlaştırmıştır ... Üçüncü nokta ise aşılması hedeflenen

³⁸ Kişinin elindeki parayı bankada vadeli hesapta değerlendirmesi veya gizli ortaklık bulunmaksızın sadece parasını kara katımlı ödünç olarak bir işletmeciye veren kişi bakımından da işletmenin bulunduğundan söz edilemeyecektir.

³⁹ Serbest öğretmenlik faaliyetinin esasen serbest meslek faaliyeti olduğu tekrar belirtilmelidir (Bu yönde bk. yuk. dn. 15 ve ilgili metin).

⁴⁰ Bu yönde bk. TEKİNALP, s. 10; BOZER/ GÖLE, s. 8; KARAHAN, (2012), s. 22; ŞENER/ UZUNALLI, s. 2-3.

gelir sınırının esnaf işletmesi için öngörülen gelir düzeyi ile belirlenmiş olmasıdır...”

Kanunun bu ifadesine **Tekinalp** tarafından getirilen yorum, doktrinde **Karahan** ve **Şener/ Uzunallı** tarafından da benimsenmekte ve buna önemli bir sonuç bağlanmaktadır. Buna göre ticari işletmenin ortaya çıkması için Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararnamede öngörülen sınırın aşılmasının hedeflenmesi gerekmektedir. Yoksa sınırı aşan düzeyde gelirin elde edilmiş olması şart değildir⁴¹. Diğer taraftan yazarlar tarafından yapılan ek açıklamalarda bir farklılık ortaya konulmaktadır. Şöyle ki, **Karahan** doğrudan “sınırı aşan gelirin elde edilmiş olmasının şart olmadığını” belirtirken; **Şener/ Uzunallı** “gelir elde etmek amacıyla açılan, örneğin büyük bir butiğin sürekli zarar etmesi, işyerinin ticari işletme niteliğini yitirmesine neden olmaz” açıklamasını getirmektedir.

Buna karşın doktrinde **Arkan, Bozer/ Göle** ve **Bahtiyar** her ne kadar belirtilen hükmü tekrarlıyorsa da, ticari işletmede, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlanması gerektiğini ortaya koymaktadırlar⁴². Ancak **Bahtiyar**, yeni faaliyete başlanan işletmeler bakımından, esnaf faaliyeti sınırı aşma hedefine bağlı değerlendirmelerde bulunmaktadır⁴³.

Kanaatimizce hükmün çoğunluğun kabul ettiği şekli ile yorumlanması halinde önemli bir somutlaştırma problemi ortaya çıkmaktadır. Düzenlemenin lafzı dikkate alındığında işletenin gelir hedefinin, esnaf faaliyeti sınırını aşması aranmalıdır. Bakanlar Kurulu tarafından bir sınır belirlense bile, işletenin ne zaman bu sınırı aşma amacıyla hareket ettiğini, diğer bir ifadeyle bu sınırı aşma niyetiyle faaliyette bulunduğunu tespit etmek mümkün değildir. Örneğin işleten, esnaf sınırını aşan bir faaliyet gerçekleştirdiğinde, niyetinin bu olmadığı⁴⁴ bu sebeple tacir sayılmaması gerektiğini dahi iddia

⁴¹ Bu yönde bk. KARAHAN, (2012), s. 22; ŞENER/ UZUNALLI, s. 2-3.

⁴² Bu yönde bk. ARKAN, (2012), s. 27-28; BOZER/ GÖLE, s. 8; BAHTİYAR, (2012), s. 17-18.

BOZER/ GÖLE’nin ifadesinin çok açık olmadığı söylenmelidir. Yazarlar durumu “... Bir ticari işletmeden söz edebilmek için gelir sağlamayı hedefleyen bu faaliyetlerin esnaf faaliyeti sınırını aşması gerekir...” şeklinde ifade etmektedirler.

⁴³ Bu yönde bk. BAHTİYAR, (2012), s. 22. Bu konuda ayrıca bk. aşa. II, C, 4.

⁴⁴ “Niyete bağlı olarak ticarilik niteliği” Türk hukuku bakımından bir yenilik değildir. POROY 1850 tarihli Ticaret Kanunu hükümlerini incelediği makalesinde, tırnak içinde sunulan kavramı kullanmakta ve bir işleme ticari iş niteliği kazandıran husus olarak, işlemi gerçekleştiren niyetinin ne olduğunun araştırıldığını halleri örnek olarak vermektedir.

Burada öngörülen “... olduğu gibi veya imal olunduktan sonra başkasına satılmak veya ki-

edebilecektir. Diğer taraftan esnaf işletmesi sınırının altında faaliyet göstermek için kurulan bir işletmede sınırın fiilen aşılması halinde bunun ticari işletme kabul edilmemesi gerekecektir. Her iki husus kanun koyucunun bu düzenleme ile sonuca bağlamaya çalıştığı esnaf işletmesi sınırının belirlenmesi amacına uygun çözüm oluşturmamaktadır.

Diğer taraftan Kanunda yer alan esnaf tanımına ilişkin TTK md. 15 hükmünde, farklı bir esasın kabul edildiği görülmektedir. Burada bir sınırın hedeflenmesinden değil, gelirin elde edilmesinden söz edilmektedir. Esnaf tanımının verildiği bu hükümde doğrudan "...geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ..." kişilerden bahsedilmektedir. Dolayısıyla esnaf sınırını aşma bakımından faaliyet sonucu gelirin elde edilmiş olması önemlidir, belirtilen gelirin aşılmasının amaçlanması yeterli sayılmamalıdır.

Son olarak işletenin hangi niyetle hareket ettiğinin belirlenmesi, sübjektif bir değerlendirme oluşturmaktadır. Oysa aşağıda birçok kez vurgulanacağı gibi, eski düzenleme sübjektif kriterler getirdiği için eleştirilmektedir⁴⁵.

Esnaf işletmesi ve ticari işletme arasındaki farkın somutlaştırılması zorunluluğu açısından, belirlenecek sınırların aşılmasının hedeflenmesi değil, bunun aşılmasının aranması gerekmektedir⁴⁶. Kanaatimizce kanun koyucunun belirtilen hükmün getirilmesindeki amacı, eski düzenlemeden farklı bir ticari işletme niteliği ortaya koymak değildir. Buna en büyük kanıt, yeni düzenlemenin gerekçesinde incelediğimiz konuya ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamasıdır. Aksine gerekçede tanıma ilişkin açıklama, eski düzenlemede

ralanmak üzere her nevi eşya ve erzak satın alınması..." halinde bunun ticari muamelelerden sayılacağıdır (Bu yönde bk. POROY, s. 592-593). İşlemi gerçekleştiren kişinin niyeti, işleme ticarilik katmaktadır. 1850 tarihli Kanuna bağlı niyete bağlı ticari muamele sistemin 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu da etkilediği ve TTK⁽¹⁹²⁶⁾ md. 15-18'de icra eden kişinin tacir olduğuna bakılmaksızın satmak veya kiraya vermek için menkul eşya almak veya kiralamak, başkasına kiraya vermek için emek kiralamak, başkasına kiralayarak kâr elde etmek için gayrimenkul almak ticari muamele sayılmaktadır. Niyete bağlı olarak ticari muameleleri tespit etmeye yönelik belirtilen düzenlemenin eskisine oranla daha geniş olduğu POROY tarafından vurgulanmaktadır (Bu yönde bk. POROY, s. 601).

Böylece getirilen sistemde işlemi gerçekleştiren niyetinin işleme uygulanacak hukuk kurallarının uygulanması bakımından önemli hale geldiği görülmektedir. Zira TTK⁽¹⁹²⁶⁾ md. 1 gereğince ticari işlere ticari hükümler uygulanacaktır. Yazarın üzerinde durduğu düzenleme sonradan TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 12, 1. bendin de dayanağını oluşturmaktadır.

⁴⁵ Bu yönde bk. II, A, 1, a ve b.

⁴⁶ TOKSAL da bir yerde "...Bu amaç=hedef, dış görüntüde ve objektif kıstaslarda aranmalıdır. İşletme mihrakı kişinin iç dünyası neticeyi etkilemez..." şeklinde bu görüşte olduğunu belirtmektedir (Bu yönde bk. TOKSAL, s. 130).

(Ticaret Sicil Tüzüğü) olumsuz olarak ortaya konan özelliklerin, bu defa olumlu olarak kaleme alındığından ibarettir. Tüzükten anlaşılan bu özelliklerin değiştirilmesi yönünde bir açıklama bulunmamaktadır⁴⁷. Gerekçenin atfı yaptığı eski düzenlemede ticari işletmenin tanımı bulunmadığından dikkate alınan Ticaret Sicil Tüzüğü md. 14, f. 2’de “...Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan...” ibaresinden yararlanılmakta ve gelir sağlama hedefinin bulunduğu kabul edilmekteydi⁴⁸. Aynı düzenlemede esnaf faaliyeti sınırını aşma şartının da”... esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz...” ifadesiyle ele alındığı anlaşılmaktadır. Böylece eski ve yeni düzenlemeler arasında, iki özelliğin açıklanması açısından önemli bir farklılık bulunmamaktadır.

Sorun yeni düzenlemede gelir sağlama hedefinin başına eklenen esnaf faaliyeti sınırını aşma yönündeki açıklamadır. Böylece Tüzükte yer alan olumsuz ifadenin, olumlu ifade haline getirilmesi sırasında anlam değiştirecek bir biçimde kaleme alındığının kabulü gerekmektedir.

Hedeflenen husus esnaf faaliyetini aşma olduğunda, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile somutlaşan sınırın aşılması dendiğinde, bundan ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir. Burada kullanılan anahtar kavram “gelir” kavramıdır⁴⁹. Kavram sadece TTK md. 11’de de kullanılmamıştır. Aynı zamanda esnaf tanımının verildiği TTK md. 15’de de gelir kavramı yer almaktadır. Türk Dil Kurumu çevrimiçi sözlüğüne göre gelir kavramı, bir kimseye veya topluluğa belli zamanlarda, belli yerlerden gelen para, varidat

⁴⁷ TTK md. 11, f. 2’ye ilişkin gerekçe: Ticarî işletme TSTüz 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilerek olumlu bir cümle ile tanımlanmıştır. Ticarî işletme “işletme”nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticarî işletmenin bir “işletme” olduğu özellikle vurgulanmıştır. Böylece ticarî işletme, iktisat biliminin ve işletme iktisadının “işletme”sinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun “teşebbüs”ünden ayrılmıştır.

⁴⁸ Halen bulunduğunu kabul ettiğimiz bu özellik aşağıda incelenmiştir.

⁴⁹ Gelir iktisadi bir kavramdır. Bu açıdan gelir kavramının açıklayan iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan “kaynak teorisi”ne göre kişinin sahip olduğu üretim faktörlerinin (emek, sermaye, tabiat unsurları veya teşebbüs) bir veya birden fazlasını üretime katmaları karşılığında sürekli olarak elde ettikleri (ücret, faiz, rant veya kar) gibi değerlerdir. Bu görüşte iki temel bulunmaktadır. Bunlar gelirin üretim faktörlerinin kullanımı sonucu elde edilmesi ve sürekli olmalarıdır. Bu konuda ikinci görüş “net artış teorisi” olarak isimlendirilmektedir. Buna göre servette meydana gelen her tür artışı gelir olarak kabul eder. (Bu teoriler hakkında bk. ÖZ, s. 18-19; ARSLAN, s. 9).

Kaynak teorisi genel kabul gören teoriyi oluşturmaktadır. Bu teori, gelirin faaliyet sonucunda elde edilmiş olmasını aradığından, inceleme konumuz anlamında doğru yaklaşımı oluşturduğu benimsenmelidir.

şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı kurum tarafından basılı olarak sunulan sözlükte bu açıklamanın yanında, bir ekonomik birimin belli bir süre içinde kazandığı para (ücret, aylık, kira vb.), varidat, irat şeklinde nitelendirildiği görülmektedir.

Bu açıdan gelir kavramının kazanç kavramından farklı olduğu anlaşılmaktadır. Gelir, elde edilen faydalar toplamıdır. Kazanç ise bu faydalardan maliyetlerin çıkartılması yoluyla bulunur. Dolayısıyla bir işletmenin gelir sağlamayı hedeflemesi, mutlaka faaliyetleri sonucu kâr elde etmeyi amaçladığı şeklinde yorumlanmayacaktır⁵⁰. Buna karşın faaliyet sonucunda belirli bir miktarda menfaat elde edilmiş olması gerekmektedir. Elde edilen menfaatin, maliyetlerin altında kalması hali zarar oluştursa bile, belirli ölçünün üzerinde faaliyet geliri oluşması esnaf sınırının aşması için yeterli olmalıdır⁵¹. Gelir ile işletmenin kazancı arasında bir ayniyet olmadığı belirtilmelidir. Aşağıda tekrar değinilecek olmakla birlikte, TTK md. 11’de yer alan gelir kavramının kazanç kavramı ile bağlantısı bir nebze daha yoğundur. Buna karşın TTK md. 15’de kullanılan gelir kavramının kazanç kavramı ile bağlantısı zayıftır.

Eğer gelir ve kazanç kavramları aynı anlamda kullanılırsa, hedeflenen bir kazanç ve bunun elde edilmemesi halinde dahi sınırının aşıldığının kabul edilmesi mümkün olacaktır. Buna karşın kavramlar birbirinden ayrı bir biçimde değerlendirilirse, belirli bir gelirin elde edilmiş olmasına rağmen nihayetinde kazanç elde edilmemesi de mümkündür. Faaliyet sonucu gelir sınırının aşılmasının kazançla ilişkisinin bulunmaması, bu anlama gelmektedir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının hazırlanması sırasında kazanç sağlama amacının bulunmadığının vurgulanması amacıyla üzerinde durulan gelir hedefinin, esnaf faaliyeti sınırları ile bağlantısı bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Burada esnaf faaliyeti sınırının aşılması ve gelir sağlama hedefinin bulunması şeklinde iki ayrı unsurun bulunduğu kabulü gerekmektedir. Bu sebeple ifadede eksik olanı tamamlamak üzere “düzeyde” kelimesinden sonra “ve” bağlacının konulması ve burada iki ayrı özellik bulunduğu vurgulanması gerekirdi. Hükmün düzelmiş hali “Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde ve gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir”. Ancak bu husus düzeltilmese dahi, hükmün belirttiğimiz şekilde yorumlanması gerekmektedir.

⁵⁰ Bu husus özellikle tüketim kooperatifi işletmelerinin üyelerine sağladıkları fayda anlamında önemlidir (Bu yönde bk. aşağıda dn. 66 ile ilgili metin).

⁵¹ Bu yönde bk. aşağıda dn. 60 ile ilgili metin.

Ara Sonuç: Ticari işletmenin dört özelliği bulunmaktadır. Bunlar gelir sağlamayı hedefleme, bağımsızlık, devamlılık ve esnaf faaliyeti sınırlarının aşılmasıdır. Esnaf faaliyeti sınırının aşılması, Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak bir Kararname ile belirlenecek limitlerin fiilen aşılmasını ifade eder.

c. Ticari İşletmenin Esnaf Faaliyeti Sınırını Aşma Dışındaki Özellikleri

Ticari işletmenin belirtilen özellikleri, olmazsa olmaz nitelikleridir. Birinin oluşmaması, işletmenin ticari işletme olarak anılmasına engeldir. Bu nitelikler oluştuğunda ticari işletme kendiliğinden ortaya çıkar ve birinin sona ermesi halinde işletmenin ticari olma vasfını kendiliğinden kaybeder⁵².

Aynı esasın esnaf işletmesi bakımından da kabul edilmesi bir zorunluluktur. Diğer bir ifadeyle esnaf işletmesinin de gelir sağlamayı hedefleme, bağımsızlık ve devamlılık unsurlarını taşıması gerekmektedir⁵³. Bu açıdan esnaf işletmesinin daha iyi anlaşılması bakımından bu üç özelliğin ayrı ayrı incelenmesi ve bu özelliklerle esnaf işletmesi arasındaki bağlantının ortaya konulması gerekmektedir.

aa. Gelir Sağlama Hedefi

Bir ticari işletmeden söz etmek için ortada gelir sağlama hedefinin⁵⁴ var olması gerekir⁵⁵. Bu unsur esasen işletme kavramı ile bağlantılıdır⁵⁶. Bu

⁵² Bu yönde bk. AYHAN, s. 98; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 104; KENDİGELEN, (İşletme), s. 139, N. 416; KARAHAN, (2010), s. 16; KARAHAN, (2012), s. 19; KARAHAN, (Batider), s. 48; ŞENER/ UZUNALLI, s. 3; ÇEKER, (İşletme), s. 23; ÇEKER, (Ticaret Hukuku), s. 25.

⁵³ Bu yönde bk. İZMİRLİ, s. 469; KENDİGELEN, (İşletme), s. 142, N. 429.

⁵⁴ Bu ticari işletmenin amaç unsuru olarak da nitelendirilebilir. Bu ticaret hukukunda etkili bir kavramdır. Buna bağlı olarak doktrinde gelir sağlama amacıyla yapılan tüm faaliyetlerin iktisadi faaliyet olduğu ve ticari işletmenin de her zaman iktisadi faaliyet gösterdiği belirtilmektedir. Doktrinde gelir sağlama özelliğinin iktisadi menfaat sağlama amacını ifade ettiği belirtilerek iki kavram arasındaki ilgi ortaya konulmaktadır (ARSLANLI s. 20; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 139; KARAHAN, (2010), s. 16; KARAHAN, (2012), s. 19; AYHAN, s. 95; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 104. Karş. BATTAL, (İşletme), s. 27; BOZER/ GÖLE, s. 8-9).

İktisadi faaliyet kavramı ticaret şirketleri ile diğer özel hukuk tüzel kişilerinin amaç bakımından birbirinden ayrılmasına hizmet eden kavramdır. İktisadi faaliyet gösterme, anonim ve limited şirketler için belirleyicidir (TTK md. 331 ve 573, f. 2). Bu hükümlerde ifadesini bulan ekonomik amaç, iktisadi faaliyetle ulaşılmak istenen husustan farklı değildir.

⁵⁵ Eski düzenlemede kanuni tanım eksikliğine bağlı olarak gelir sağlama hedefinin Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 14. maddesinden çıkartılabildiği belirtiliyordu.

⁵⁶ Gelir sağlama unsurunun aynı zamanda ekonomik (iktisadi) işletme kavramının bir unsuru

sebeple incelenen özelliğin aynı zamanda esnaf işletmesi bakımından da aranacağı kabul edilmelidir. Yukarıda belirtildiği gibi gelir kavramı ayrıca esnafın tanımının yapıldığı TTK md. 15’de de kullanılmaktadır. Burada da gelir kavramı ile faaliyet sonucu elde edilen menfaatleri ifade eden gayrisafi gelir, yani işletmenin cirosu söz konusu edilmektedir.

TTK md. 11’de ortaya konan gelir kavramının kazanç kavramı ile bağlantılı olduğu belirtilmelidir⁵⁷. Gerçekleştirilen faaliyet sonucu işletmenin gelir elde etmesinin hedeflenmesi, doğrudan olmasa da dolaylı olarak kazanç elde etme amacının ortaya çıkması anlamına gelmektedir. Her ne kadar gelir sağlama hedefiyle yapılan faaliyetler sonucunda mutlaka kazanç sağlama, yani kâr elde edilmesi amacıyla yapıldığı ileri sürülemese de, genel bir ifadeyle TTK md. 11’de kullanılan gelir kavramı ile kazanç elde edilme yönünde gelir sağlayıcı faaliyet ortaya konulduğunun kabulü gerekmektedir⁵⁸. Ancak gelir sağlama hedefinin varlığı ve elde edilen gelir ile işletmenin karlılığı arasında, vazgeçilmez bir ilişki bulunmamaktadır. İşletmenin faaliyetleri sonucunda elde ettiği gelir, giderlerin fazlalığı sebebiyle kâr edilmemesi sonucunu doğurabilecektir. Önemli olan gelir sağlama yönünde bir hedefin varlığıdır. Bir başka ifadeyle gelir sağlamaya yönelik niyetin varlığı olması bu koşul için yeterlidir⁵⁹. Dolayısıyla kurulduğundan bu yana üst üste sürekli zarar eden işletme, bahsettiğimiz amacın varlığı halinde, işletme vasfına sahip olacaktır⁶⁰.

olduğu da dikkate alınmalıdır (Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 131, N. 393 ve s. 136, N. 408; BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 19; İMREGÜN, s. 7-8). KARAHAN bu temelden hareket ederek, gelir sağlama hedefi yerine iktisadi faaliyet özelliğinden söz etmekte ve bunu açıklarken işletmenin gelir sağlamayı hedeflemesi gerektiği yönünde açıklamalarda bulunmaktadır (Bu yönde bk. KARAHAN, (2010), s. 16; KARAHAN, (2012), s. 20).

⁵⁷ DOĞANAY ticari işletmede gelir ve kazanç amacından söz ederek iki hususu ilişkilendirmiş tir (Bu yönde bk. DOĞANAY, s. 156). HIRSCH ise kazanç kastının bulunması gerektiğini belirtmektedir (Bu yönde bk. HIRSCH, s. 117). Karş. TEKİNALP, s. 9.

⁵⁸ İsviçre hukukunda kazanç sağlama hedefinin işletmenin özelliği olarak değerlendirilmediği hakkında bk. BOZER, s. 369. Alman ve Avusturya hukuklarında işletmenin gelir sağlama amacının bulunup bulunmadığının önemli olmadığı (HGB, § 1; UGB, § 1), böylece kâr amacı gütmeyen kuruluşların da kanun anlamında işletme olarak kabul edilmesine olanak tanındığı hakkında bk. AKER, s. 239.

⁵⁹ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 158; ARKAN, (2009), s. 21, (2012), s. 27; POROY/ YASAMAN, s. 38; KENDİGELEN, (İşletme), s. 139-140, N. 418; BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 19; İMREGÜN, s. 8; KARAHAN, (Batider), s. 50; İZMİRLİ, s. 468; KAYAR, s. 21; ŞENER/ UZUNALLI, s. 2. Amacın teorik olarak bulunmasının yeterli olacağı ifadesi için bk. BAHTİYAR, (2010), s. 15.

⁶⁰ Ticari işletme bakımından bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 158; İMREGÜN, s. 8; POROY/ YASAMAN, s. 38; MİMAROĞLU, s. 190; İZMİRLİ, s. 468; KARAHAN, (Batider), s. 50; KARAHAN, (2010), s. 16-17; KARAHAN, (2012), s. 19; BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 19; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 147; AYHAN, s. 98; İZMİRLİ, s. 468; BAHTİYAR, (2010), s. 15;

Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, ticari işletme niteliğinin kabulü için, faaliyet sonucu oluşan gelirin, esnaf faaliyeti sınırını geçmesi zorunludur.

Gelir sağlamayı hedeflemeyen işletmelerde, faaliyet neticesinde belli bir gelir elde ediliyor olsa dahi, bunlar ticari işletme sayılamayacaklardır⁶¹. Örneğin belediyelerin fakir ailelere yemek dağıtmak üzere kurduğu aşevi ticari işletme değildir. Kamu hizmeti amacıyla kurulan üniversite hastaneleri, devlet okulları gibi kurumların faaliyetleri de ticari işletme faaliyeti değildir. Çünkü bu türden faaliyetlerde kural olarak gelir sağlama hedefi yoktur⁶². Benzer olarak bir derneğin ihtiyaç sahibi aileler için kullanılmış giysi toplayarak bunları dağıtması, gelir sağlama hedefi bulunmaması anlamına gelmektedir⁶³.

Bu tür işletmelerin esnaf faaliyeti sınırını aşmıyor olmaları da bu anlamda bir önem taşımamaktadır. Bu durumda elde edilen gelirin esnaf faaliyeti sınırlarını aşması yönünde bir araştırma yapılmasına ihtiyaç dahi bulunmamaktadır. TTK md. 11’de yer alan gelir sağlama hedefi ile TTK md. 15’de belirtilen gelirin elde edilmesi arasındaki fark bu ihtimalde anlaşılır hale gelmektedir.

Ticari işletme (ve dolayısıyla esnaf işletmesi) nitelendirmesinde faaliyet sonucu elde edilen gelirin ne şekilde sarf edildiği önemli değildir. Buna göre elde edilen kazancın işletme sahibi veya ortaklarının malvarlığına aktarılması,

BAHTİYAR, (2012), s. 17; KAYAR, s. 21; ASLAN/ ERGÜN, s. 5; ŞENER/UZUNALLI, s. 3; ÇEKER, (İşletme), s. 24; ÇEKER, (Ticaret Hukuku), s. 25; KAYIHAN/ YASAN, s. 45; DOĞANAY, s. 154. Aynı esasın esnaf işletmesi bakımından da kabul edilmesi gerekmektedir.

⁶¹ Bu yönde bk. BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 19; KENDİGELEN, (İşletme), s. 139, N. 417; KARAHAN, (2010), s. 17; KARAHAN, (2012), s. 19; KAYAR, s. 21; BAHTİYAR, (2010), s. 15; BAHTİYAR, (2012), s. 17; ÇEKER, (İşletme), s. 22; ÇEKER, (Ticaret Hukuku), s. 24; KAYIHAN/ YASAN, s. 45; ASLAN/ ERGÜN, s. 5; DOĞANAY, s. 157. Belirtilen hedefin olmaması halinde dahi bir işletmeden söz edilebileceği, buna karşılık ticari işletmeden söz etmenin mümkün olmayacağı hakkında bk. TOKSAL, s. 130.

Karş. ARSLANLI s. 22, dn. 1. Yazara göre gelir sağlama hedefi bulunmasa bile, iktisadi faaliyet ticari bir teşkilat içinde icra ediliyorsa, ticari işletmeden söz edilebilecektir. Benzer bir biçimde KARAYALÇIN iktisadi işletmenin organizasyon unsurunun gelir sağlama unsurunun önüne geçtiğini belirtmektedir (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 158). Kanaatimizce organizasyon unsuru ekonomik anlamda işletmenin temel unsurudur ve aynı zamanda ekonomik anlamda işletme kavramı içeriğinde gelir sağlama hedefini de barındırmaktadır. Bu unsurun bulunmadığı faaliyetler, işletme olarak dahi kabul edilmemelidir.

⁶² Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 139, N. 417; BATTAL, (İşletme), s. 28. KARAYALÇIN burada yapılan faaliyetin kamu menfaatine yapıldığını belirtmektedir (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 159).

⁶³ Buna karşın aynı dernek gelirini ihtiyaç sahiplerine dağıtmak için dahi olsa bir işletme işletirse, diğer şartlar gerçekleştiği takdirde bu ticari işletme olarak değerlendirilecektir.

yeni yatırımlarda kullanılması veya fakir öğrencilere burs vermek amacıyla dağıtılması, gelir sağlama şartının yerine gelmiş sayılmasına engel değildir. Zira gelir sağlama hedeflenip ve fiilen de gelir sağlandıktan sonra bu gelirin ne şekilde harcanacağı yani yatırım, hayır veya kültürel amaçlı sarf edilmesi ticari işletme nitelendirmesinde rol oynamaz⁶⁴.

Gelir sağlama amacının geniş yorumlanması gerekir. Aktif malvarlığındaki artış kadar pasifteki azalmanın engellenmesi de gelir sağlama amacının bulunduğu kabulü bakımından yeterlidir⁶⁵. Zarar etmeyi engelleyici veya borcu azaltıcı faaliyetler de ticari işletme faaliyeti kapsamına girebilecektir. Örneğin üyelerinin daha ucuz tüketim maddeleri sağlayan tüketim kooperatifleri⁶⁶ veya konut edinmelerine yönelik faaliyet gösteren konut kooperatiflerinin de, diğer özellikler de mevcutsa birer ticari işletme işlettiği söylenebilecektir. Benzer olarak gerçekleştirilen faaliyetten doğrudan menfaat sağlanmıyor ancak dolaylı ekonomik çıkar sağlanıyorsa, bu durumda da gelir sağlama hedefinin varlığından söz edilebilecektir. Bir hizmetin bedelsiz ve hatta ücret ödemek suretiyle gerçekleştirilmesi bu anlamda değerlendirilebilir. Bu durumda faaliyetten doğrudan doğruya gelir elde edilmemekle birlikte, buradan dolaylı ekonomik çıkar sağlanabilmektedir⁶⁷.

⁶⁴ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 158; KAYAR, s. 22; BAHTİYAR, (2010), s. 15-16; BAHTİYAR, (2012), s. 17; KARAHAN, (2010), s. 16; KARAHAN, (2012), s. 19; KARAHAN, (Batider), s. 50; ÇEKER, (İşletme), s. 24. KENDİGELEN tarafından verilen bir örnek durumu açıklamaktadır. Bir hastane yoksul çocukların tedavisi amacıyla açılmışsa gelir sağlama hedefi bulunmaz. Buna karşılık aynı hastane geliri yoksul çocukların tedavisinde kullanılmak üzere açılmışsa, amaç gelir sağlamaktır ve diğer şartları da varsa bu işletmenin ticari işletme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir (Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 140, N. 419).

⁶⁵ Bu yönde bk. AYHAN bu özelliği iktisadi menfaat sağlama şeklinde nitelendirmektedir (AYHAN, s. 98). KARAYALÇIN da gelir unsurunu, genel bir ifadeyle menfaat sağlama olarak tanımlamaktadır (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 158). ASLAN/ ERGÜN giderlerin azaltılması suretiyle ekonomik menfaat elde etmek şeklinde tanımlama getirmektedir (Bu yönde bk. ASLAN/ ERGÜN, s. 4).

⁶⁶ Bu yönde bk. ARKAN, (2009), s. 21, (2012), s. 28; KARAYALÇIN, s. 158-159; AYHAN, s. 98; BOZER/ GÖLE, s. 8; BAHTİYAR, (2010), s. 16; BAHTİYAR, (2012), s. 18; KAYAR, s. 21-22; BATTAL, (İşletme), s. 28; KARAHAN, (2010), s. 17; KARAHAN, (Batider), s. 51; ÇEKER, (İşletme), s. 24; KAYIHAN/ YASAN, s. 44; ASLAN/ ERGÜN, s. 4-5. Aksi fikirdeki KENDİGELEN'e göre asli gayesi kazanç elde etmek ve bunu ortakları arasında paylaşmak olmayan kooperatifin sahip olduğu işletmenin belirtilen sebeple ticari işletme ve buna bağlı olarak kooperatifin tacir olarak nitelendirilmesi isabetli değildir (KENDİGELEN, (İşletme), s. 140, N. 421).

⁶⁷ KARAYALÇIN bu konuda Yargıtay kararına konu bir olayı da değerlendirmektedir. Olayda posta taşıma hizmeti posta idaresine para verilerek üstlenilmiştir. Bu işlem sonucu gelir sağlanmamasına rağmen Yargıtay Tevhidi İçtihat Dairesi işi ticari iş olarak nitelendirmiştir. KARAYALÇIN bu işi üstlenen kişinin, harp yıllarında ortaya çıkan benzin ve lastik sınırlandır-

Bu tür işletmeler bakımından ticari işletme niteliğinin kazanılmaması, ancak esnaf faaliyeti sınırının aşılmaması halinde mümkün olabilir. Zira oluşan iş hacminden, işletmenin geliri belirlenebilir durumdadır. Esnaf işletmesi sınırının aşılması açısından kazanç elde edilmiyor olmasının dikkate alınmaması, bu işletmelerin ticari işletme olarak nitelendirilmesine olanak tanımaktadır.

Gelir sağlama hedefine ulaşılmasında ticari işletmeyi çalıştıran şahsın niteliği de rol oynamaz⁶⁸. Bu nedenle ticari işletme sahibinin gerçek veya tüzel kişi olmasının⁶⁹ veya sayısının bir önemi yoktur⁷⁰. Serbest meslek erbabı tarafından yapılan faaliyetler⁷¹ bakımından da, ticaretten yasaklanan kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerde de⁷² aynı esas geçerlidir.

malarından etkilenmemesi, askerlik hizmetinden muaf tutulması gibi sebeplerle dolaylı iktisadi menfaat elde ettiğini belirtmektedir (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 159).

Benzer bir uygulama bu gün bankaların maaş ödemesi gerçekleştirmek üzere devlet başta olmak üzere kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri ile yaptığı sözleşmelerde ortaya çıkmaktadır. Bankalar burada maaş ödemesi işlemlerini “promosyon” adı verilen bir ücret ödeyerek almaktadır. Böylece bankalar, maaş alan kişilere başka hizmetler satma imkânı kazanmak suretiyle menfaat elde etmektedir. Üstlenilen işlem dar anlamda gelir getirmekte aksine gider oluşturmaktaysa da, burada gelir sağlama hedefinin bulunmadığı söylenemeyecektir.

⁶⁸ Bu yönde bk. ARSLANLI s. 19; KENDİGELEN, (İşletme), s. 140, N. 420; KARAHAN, (2010), s. 17; KARAHAN, (2012), s. 19.

⁶⁹ Yargıtay bir kararında (TD., 27.12.1966, E. 65/2194, K. 5018), bir kamu tüzel kişiliği olan Üniversite tarafından kurulan matbaa işletmesinin, ticari işletme olduğunu kabul etmiş ve ticaret siciline tesciline karar vermiştir. Bu kararda ticari işletmenin özelliklerinin incelenmediği ve sadece TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 12, gereği kanunda sayılan faaliyetlerden birinin yapılmasının yeterli görüldüğü belirtilmelidir (Karar için bk. AKYAZAN, s. 34).

⁷⁰ Bu yönde bk. KAYAR, s. 22; KARAHAN, (Batider), s. 50.

⁷¹ Bu yönde bk. ARKAN, (2009), s. 21, (2012), s. 28; KENDİGELEN, (İşletme), s. 145, N. 438. Bunların serbest meslek faaliyeti dışındaki faaliyetler sonucu gelir sağlamalarından söz edilmektedir.

⁷² Bu yönde bk. KAYAR, s. 22.

bb. Devamlılık

Ticari işletme kavramına ilişkin tanım hükmünde yer alan bir diğer nitelik devamlılıktır⁷³. Bu unsur esasen işletme kavramı ile bağlantılıdır⁷⁴. Emek ve sermayenin bir araya getirilmesinin devamlı olması, işin niteliğine uygundur⁷⁵. Bu özellik sonucu tek seferlik, tesadüfî ve geçici amaçla gerçekleştirilen faaliyetlerin varlığı halinde bir işletmeden söz edilemeyecektir⁷⁶.

Doktrinde devamlılık özelliği açısından birbirini tamamlayan iki ayrı açıklamanın getirildiği görülmektedir. Bazı yazarlar bu anlamda faaliyetin devamlılığı üzerinde durmakta ve faaliyette devamlılığın aranması gerektiğini belirtmektedirler⁷⁷. Bu konuda açıklama getiren diğer bazı yazarlar da devamlılık faaliyete ilişkin olduğunu vurguladıkları gibi, bunun aynı zamanda işletenin niyetiyle bağlantılı olduğunu da ifade etmektedirler⁷⁸. Bu fikri kabul eden yazarlara göre, faaliyetin yürütülmesinde keyfi olarak

⁷³ Eski kanun döneminde, devamlılık unsurunun Ticaret Sicili Tüzüğü dışında Türk Ticaret Kanunu'ndan anlaşılan bir özellik olup olmadığı, tartışmalı hususlardan birini oluşturmaktaydı. Doktrinde ARSLANLI İMREGÜN ve KAYAR, belirtilen hususun TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 12'de yer alan "...Aşağıda yazılı veya mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticarethane sayılır..." ifadesinde geçen "uğraşmak" ibaresinden, devamlılık unsurunun yer aldığını kabul ederken (ARSLANLI s. 19-21, ve özellikle dn. 1; İMREGÜN, s. 8, KAYAR, s. 22-23, dn. 5), Karayalçın ve BAŞTUĞ/ ERDEM ve KARAHAN bunun ancak Ticaret Sicili Tüzüğü hükümlerinden çıkartılabilen bir unsur olduğunu kabul etmekteydiler (KARAYALÇIN, s. 159; BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 19; KARAHAN, (2010), s. 17, dn. 36; KARAHAN, (Batider), s. 48).

⁷⁴ Devamlılık unsurunun ekonomik (iktisadi) işletme bakımından da bir unsur olduğu hakkında bk. İMREGÜN, s. 8; KENDİGELEN, (İşletme), s. 131, N. 393.

⁷⁵ Karş. TOKSAL, s. 130. Yazar bu unsurun ticaret sicili uygulamasına mahsus olduğunu, bu özelliğin inandırıcı gibi görünse de anlamsız olduğunu ifade etmektedir. Yazar özellikle belirli zamanlarda tekrarlanan faaliyetler bakımından süreklilikten bahsetmenin söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir.

⁷⁶ Bu yönde bk. ŞENER/ UZUNALLI, s. 2.

⁷⁷ Bu yönde bk. ARKAN, (2009), s. 21, (2012), s. 31; BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 19; KAYAR, s. 23; BAHTİYAR, (2010), s. 16; BAHTİYAR, (2012), s. 23; ÇEKER, (İşletme), s. 25. Faaliyetin tekrarlar nitelik gösterdiği hakkında bk. MİMAROĞLU, s. 190.

"Yeni Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinde verilen tanım, yazarlar tarafından kabul edilen esasın delili olarak da ortaya konulabilir. Burada açık bir biçimde "... faaliyetleri devamlı ... şekilde yürütüldüğü işletmedir..." ifadesi kullanılmaktadır. POROY ise İsviçre sisteminde gelir sürekliliği yerine Türk Ticaret Kanunu sisteminde faaliyetin sürekliliğinin esas alındığını vurgulamaktadır (Bu yönde bk. POROY, s. 623).

⁷⁸ Bu durumda niyet ve kastın önemli olduğu hususu doktrinde birçok yazar tarafından vurgulanmaktadır (ARSLANLI s. 20; İMREGÜN, s. 8; KENDİGELEN, (İşletme), s. 141, N. 425; AYHAN, s. 99; İZMİRLİ, s. 469; KAYAR, s. 23; KARAHAN, (2010), s. 18; KARAHAN, (2012), s. 20-21; KARAHAN, (Batider), s. 52; ŞENER/ UZUNALLI, s. 2; KAYIHAN/ YASAN, s. 45; ASLAN/ ERGÜN, s. 5). 1926 tarihli Ticaret Kanunu döneminde aynı yönde HIRSCH, s. 117.

birkaç gün veya hafta ara verme, daha sonra geri başlama ve daha sonra belli bir süre faaliyeti yeniden kesintiye uğratma devamlılık niteliğinin varlığını ortadan kaldırmayacaktır⁷⁹. Böylece esas olarak faaliyetin devamlılığı dikkate alınmakta ve bunda kesinti ortaya çıktığında işletenin devam niyetinin bulunduğu kabul edilerek devamlılık özelliğinin zedelenmediği kabul edilecektir.

Burada faaliyet kavramı, işletenin bizzat veya temsilcileri aracılığıyla üçüncü kişilerle ilişkide bulunması, yani bunlarla hukuki işlemler gerçekleştirilmesi veya en azından hukuki işlem kurmak üzere görüşmelerde bulunulmasını ifade etmektedir.

Kanaatimizce çoğunluk tarafından kabul edilen devamlılık özelliği ve faaliyet arasındaki ilişkinin önemli bir zaafı bulunmaktadır. Gerçekten faaliyete ara verildiğinde devamlılığın belirlenmesi bakımından işletenin niyetine göre hareket edilmesi, sübjektif bir değerlendirme oluşturmaktadır. Bu sebeple işletenin niyetinden ziyade daha objektif bir kriterin dikkate alınması gerekmektedir. Diğer taraftan faaliyetin dikkate alınması halinde, bunda kesintinin devamlılık özelliğini zedelememesi bakımından işletenin niyeti dışında bir çözüm de bulunmamaktadır. Bu sebeple devamlılık özelliğinin faaliyete göre belirlenmesi, doğru bir çözüm olarak nitelendirilemez.

Diğer taraftan burada kastedilen devamlılık, yürütülen faaliyetin daimi olması anlamına gelmemektedir. Aksine organizasyonun kalıcılığı dikkate alınmalıdır. Devamlılık bu anlamda organizasyonu kesintiye uğratmamaktır; organizasyonda zamansal düzensizlikler veya kesintiler yapmamaktır; organizasyonun kalıcı olmasıdır.

Doktrinde de organizasyon kavramı, devamlılık ile bağlantılı olarak açıklanmakta ancak, organizasyonun varlığı, devamlılık unsurunun bir şartı olarak değil sonucu olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda **Mimaroğlu**⁸⁰, "... süreklilik unsuru yapılan faaliyetin örgütlenmiş olmasını da gerektirir ..." **Karayalçın**⁸¹, "... teşkilat, faaliyetin sürekli olmasının bir neticesidir..." **Karahan**⁸², "... teşkilatlanma (organizasyon) devamlılığın bir sonucudur..."

⁷⁹ Bu durum başlangıçta edinilen ticari işletme niteliğinin sona ermesine sebep olursa da, devam niyetiyle başlanmış olunması faaliyet durana kadar işletmenin ticari işletme niteliği taşımasına engel olarak da görülmemektedir (Bu yönde bk. AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 105).

⁸⁰ Bu yönde bk. MİMAROĞLU, s. 190.

⁸¹ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 159

⁸² Bu yönde bk. KARAHAN, (2010), s. 17; KARAHAN, (Batider), s. 52; KARAHAN,

demektedir. Benzer olarak **Kendigelen**, işletme için gerekli organizasyonun, esasen yürütülen faaliyetin tesadüfi, geçici değil az ya da çok belirli bir süre devam etmesi zorunluluğunun uzantısı olduğunu vurgulamaktadır⁸³. Kanaatimizce sebep sonuç ilişkisi açısından, organizasyonun devamlılığı, devamlılık özelliği bakımından aranması gereken bir husustur ve bunun sonucu olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Bu görüşten hareket edildiğinde faaliyetin mevsimlik olması veya hastalık gibi zorunlu sebeplerle organizasyon korunarak faaliyete ara verilmesi ticari işletme nitelendirmesine engel oluşturmayacaktır⁸⁴. Örneğin plaj ve kayak işletmeciliği gibi bazı faaliyetler tabiatı gereği mevsimseldir. Önemli olan dönemi içindeki kesintisiz ve düzenli çalıştırma ile mevsiminde açılma ve buna uygun olarak oluşturulmuş bir organizasyonun varlığıdır. Gerçekte organizasyonun varlığı belirtilen niyetin de bulunduğunu gösteren bir haldir. Ancak işletmeye devam etme niyeti olmamasına rağmen organizasyonu sona erdirmeyen kişinin, işletmesini sona erdirdiği söylenemeyecektir. Örneğin sadece yazın çalışan bir plaj işletmesinin malzemelerinin yerinde muhafazası, bunların korunması için bir bekçiyle anlaşılması, organizasyonun devamı anlamına gelmektedir. Zira bu durumda işletmeci sermaye ve emeği, işletmeye tahsis etmeye devam etmektedir.

cc. Bağımsızlık

Eski düzenlemede ticari işletme bakımından Ticaret Sicili Tüzüğünden çıkartılmayan bu nitelik, doktrin tarafından kabul ediliyordu⁸⁵. Yeni düzenleme

(2012), s. 20.

⁸³ Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 137, N. 409.

⁸⁴ Belirtilen ihtimallerde ticari işletme özelliğinin ortadan kalkmadığı kabul edilmektedir (Bu yönde bk. ARSLANLI s. 20; POROY/ YASAMAN, s. 38; KENDİGELEN, (İşletme), s. 141, N. 423-424; AYHAN, s. 99; KARAHAN, (2010), s. 18; KARAHAN, (2012), s. 20; BOZER/ GÖLE, s. 9; KAYAR, s. 23; BAHTİYAR, (2010), s. 16; BAHTİYAR, (2012), s. 23; ASLAN/ ERGÜN, s. 5; DOĞANAY, s. 155). Ancak yukarıda da belirtildiği gibi burada işletenin niyeti gibi subjektif bir kriter dikkate alınmaktadır. Bu açıdan görüşü en net biçimde AYHAN açıklamaktadır. Yazar "...mevsiminde çalışma niyetinin varlığı ..." ifadesini kullanmaktadır (Bu yönde bk. AYHAN, s. 99).

⁸⁵ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 160; POROY, s. 623; ARKAN, (2009), s. 22, (2012), s. 31; POROY/ YASAMAN, s. 39; AYHAN, s. 103; KENDİGELEN, (İşletme), s. 141, N. 427; KAYAR, s. 20 ve 23; BAHTİYAR, (2010), s. 14.

Bu nitelik hukukumuzda alınmayan İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü hükmünden çıkartılabilmektedir. (Bu yönde bk. POROY, s. KARAHAN, (2010), s. 18; KARAHAN, (Batider), s. 52). Buna karşın DOMANIÇ/ ULUSOY'a göre bu ticari işletme bakımından özellik de kanundan kaynaklanmaktadır. Yazarlar HUMK md. 17 ve TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 50/ f. 1 gereğince şubenin bağımsız bir işletme sayılamayacağını, buna bağlı olarak bağımsızlık özelliğinin kanuni bir

ile ticari işletmenin bir özelliği olarak değerlendirilmektedir. Bu özellik esasen işletme kavramı ile bağlantılıdır. Aynı işletene ait ve aynı faaliyetin gerçekleştirildiği işletmelerin tek bir işletme olarak kabul edilmesi, işin niteliğine uygundur.

Bağımsızlık niteliğine göre, başka bir işletmeye bağlı olarak bir faaliyetin yürütülüyor olması halinde bu koşul yerine gelmemiş demektir⁸⁶. Buna göre şubeler bağımsız bir ticari işletme değildir⁸⁷. Zira aynı gerçek veya tüzel kişiye ait olup iç ilişkide merkeze bağlıdır. Bundan başka ticari temsilci, ticari vekil gibi çeşitli yönetim ve temsil yetkilerine sahip kişilerin faaliyetleri de ayrı bir ticari işletme oluşturmaz⁸⁸. Mümeyyiz küçük veya kısıtlı adına yürütülen ticari işletme de yasal temsilci için ayrı ve bağımsız bir ticari işletme faaliyeti değildir.

Ticari işletmenin özelliği olarak bağımsızlıkla, rekabet hukuku anlamında bağımsızlık birbirlerinden farklı kavramlardır. Ticaret hukuku anlamında bağımsızlık hukuki bağımsızlıktır. Diğer bir ifadeyle aynı veya ağırlıklı olarak benzer faaliyetlerin gerçekleştirildiği işletmelerin, aynı tacire ait olmamasını ifade etmektedir. Buna karşın ayrı kişilere ait olsalar bile bir işletmenin diğerinden bağımsız karar alamaması veya bunların ekonomik anlamda bütünlük oluşturmaları, rekabet hukuku anlamında bağımsızlığın

özellik olduğunu belirtmektedirler (DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 147). Benzer olarak KARAHAN, 5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu'nda geçen şube tanımından hareketle, bunların bağımsız işletme olmamasının, ticari işletme bakımından bağımsızlık unsurunu ortaya koyduğunu ifade etmektedir (KARAHAN, (Batider), s. 52-53, dn. 46). Aksi fikirdeki DOĞANAY, bağımsızlık dışındaki özellikleri açıklamakta, buna değinmektedir.

⁸⁶ İşletmenin iç ilişkide ve dış ilişkide bağımsız bulunması gerektiği, iç ilişkide bağımsızlığın idari anlamda bağımsızlık oluşturduğu, başka bir ticari işletmenin irade ve işlemine bağımlı olmadan işlemler yapabilme anlamına geldiğine ve dış ilişkide bağımsızlığın üçüncü kişilerle işlem yapılabilmesi anlamına geldiğini ve bunun şube olarak nitelendirilebileceği, her iki bağımsızlığın birlikte bulunmaması halinde ticari işletmenin ortaya çıkmayacağına ilişkin bk. DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 147-148; AYHAN, s. 103; KAYAR, s. 23; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 106.

⁸⁷ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 160; ARKAN, (2009), s. 22, (2012), s. 31; AYHAN, s. 103; POROY/ YASAMAN, s. 39; BOZER/ GÖLE, s. 9; KENDİGELEN, (İşletme), s. 1542, N. 427; KARAHAN, (2010), s. 18; KARAHAN, (2012), s. 21; BAHTİYAR, (2012), s. 23; ŞENER/ UZUNALLI, s. 2; ÇEKER, (İşletme), s. 26; ÇEKER, (Ticaret Hukuku), s. 26; KAYIHAN/ YASAN, s. 48; ASLAN/ ERGÜN, s. 5.

⁸⁸ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 160; POROY/ YASAMAN, s. 39; AYHAN, s. 100; KAYAR, s. 23-34; KARAHAN, (2010), s. 19; BAHTİYAR, (2012), s. 23; KARAHAN, (2012), s. 21. Ticari temsilci (mümessil) veya ticari vekilin mevcut işletmeye atanıyor olmaları sebebiyle, bunlar tarafından yürütülen faaliyetlerin, bağımsızlık unsuru bulunmadığı yönünde örnek gösterilmesinin isabetli olmadığı hakkında bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 142, N. 428.

ortadan kalkmasına sebep olabilecektir⁸⁹. Tekrar ifade etmek gerekirse, incelenen özellik ticari işletmenin hukuki bağımsızlığını ifade etmektedir.

İşletmenin kuruluş amacının başka ticari işletmelerin faaliyetlerine yardım etmek olması halinde, bu unsurun dikkatli değerlendirilmesi gerekir. Burada özellikle işletmenin işletenin kimliği önem taşıyacaktır. Örneğin; acente olarak bir başka işletmenin üçüncü kişilerle ilişkilerinde aracılık veya sözleşme yapmayı faaliyet olarak gerçekleştirilen faaliyet, bağımsız bir faaliyet olarak nitelendirilmelidir⁹⁰. Oysa rekabet hukuku anlamında müvekkil ve acenteye ait işletmelerin bir bütün olarak kabul edilmesi mümkündür.

Bir tacirin farklı ticari işletmeleri bulunabilir. Asıl işletmenin yan faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere, aynı tacir tarafından kurulan farklı işletmeler ortaya çıkabilir. Örneğin ürünlerinin yedek parçalarının üretilmesi için kurulan birimin bağımsız bir işletme oluşturup oluşturmayacağı sorgulanabilir, Doktrinde diğer işletmelerden bağımsız karar alabilme ve müşteri tutundurabilme ihtiyacının ve olanağını bulunup bulunmadığını araştırılması gerektiği ortaya konulmaktadır⁹¹. Bu görüşün kabul edilmesi sonucu, yan işletme üçüncü kişilerle ticari faaliyete girişebiliyor ve bağımsız müşteri çevresi yaratabiliyorsa, bunun bağımsız bir ticari işletme olduğu kabul edilebilecektir.

Bağımsızlık özelliği esnaf işletmeleri bakımından da dikkate alınması gereken bir özelliktir. Bir tacirin ticari işletmesinde gerçekleştirdiği faaliyetlere yardımcı bir takım yan faaliyetleri ayrı bir işletme kurarak gerçekleştirmesi mümkündür. Bu ikinci işletmede farklı faaliyetlerde bulunulduğundan, esnaf işletmesi sınırının bu işletme bakımından geçilip geçilmediğinin araştırılması gerekecektir⁹².

2. Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma ve Ticari İşletmenin Diğer Özellikleri Arasındaki İlişki

Ticari işletmenin esnaf faaliyeti sınırını aşma özelliği ile diğer özellikleri arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi, esnaf işletmesi kavramının ticari işletme kavramının belirlenmesinde hangi fonksiyonu ifa ettiğinin anlaşılmasına hizmet edecektir.

⁸⁹ Bu açıklamalar için bk. ASLAN/ ERGÜN,, s. 6.

⁹⁰ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 160; AYHAN, s. 100; KAYAR, s. 23-34; BATTAL, (İşletme), s. 27.

⁹¹ Bu yönde bk. BATTAL, (İşletme), s. 27.

⁹² Bu yönde bk. aşı. II, C. 5.

a. Esnaf Faaliyeti Sınırını Aşma Nitelik Değil Nicelik Göstermesi

Ticari işletme faaliyetinden söz edebilmek için ortada esnaf faaliyeti, diğer bir ifadeyle işletmesinde gerçekleştirilen faaliyetin boyutunu aşan bir işletme bulunmalıdır. Doktrinde bunun yerine “belli bir çapı aşma⁹³”, “esnaf işletmesinin hacmini aşma⁹⁴”, veya “kapasite⁹⁵” gibi nitelendirmeler yapılmaktadır. Bunların tümü aynı hususu ifade etmek için kullanılan nitelendirmelerdir.

Buna göre diğer özelliklerden farklı olarak, esnaf faaliyeti sınırı aşma, ticari işletme bakımından bir niteliği ifade etmemekte, aksine miktarsal bir açıklama oluşturmaktadır⁹⁶. Bu sebeple ticari işletmenin diğer özellikleri “nitelik” olarak isimlendiriliyorsa, esnaf faaliyeti sınırını aşma özelliği, “nicelik⁹⁷” olarak isimlendirilmelidir⁹⁸.

b. Esnaf Faaliyeti Sınırını Aşma Özelliğinin Diğer Özelliklere Göre Somut ve Belirleyici Olması

Ticari işletmenin kanunda ortaya konan diğer üç özelliğiyle karşılaştırıldığında, esnaf işletmesi sınırlarını aşma, daha somut bir özellik oluşturmaktadır. Ticari işletmenin tanımında yer alan üç özellik esasen tam belirleyiciliğe sahip değildir. Çünkü ticari işletme dışındaki işletmeler de (esnaf işletmeleri) özellikleri itibarıyla gelir sağlamayı hedeflemekte, burada gerçekleştirilen faaliyetler bağımsız ve devamlı olarak yürütülmektedirler.

⁹³ Bu yönde bk. İMREGÜN, s. 8; BATTAL, (İşletme), s. 28. İşletme çapının ve faaliyet yoğunluğunun belli çapı aşması ifadesi için bk. BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 21. “Faaliyetin vüs’atı (genişliği)” ifadesi için bk. HIRSCH, s. 117.

⁹⁴ Bu yönde bk. KAYAR, s. 24. Benzer bir ifade ÇEKER tarafından kullanılmaktadır “esnaf işletmelerinden daha büyük ölçekli işletmeler” (Bu yönde bk. ÇEKER, (İşletme), s. 23).

⁹⁵ Bu yönde bk. KARAHAN, (2010), s. 19; KARAHAN, (2012), s. 21; KARAHAN, (Batider), s. 43; KENDİGELEN, (İşletme), s. 142, N. 429; KAYIHAN/ YASAN, s. 45.

⁹⁶ Eski Türk Ticaret Kanunu md. 13’de belirtilen ticari muhasebeyi gerektirme ve ticari ve sınai işletme şekil ve mahiyeti verme (Ticari muhasebeyi gerektirme ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşma arasındaki ilişki açısından bk. ARSLANLI s. 20; KARAYALÇIN, s. 167-168; KARAHAN, (Batider), s. 53; BOZER, s. 368; İZMİRLİ, s. 470 vd), daha çok niteliksel özellikler olarak değerlendirilebilmektedir. Belirtilen düzenlemenin yeni Türk Ticaret Kanunu’na alınmamış olması, sınırlandırmanın nicelik oluşturma özelliğini güçlendirmiştir.

⁹⁷ HIRSCH 1926 tarihli Ticaret Kanunu bakımından öngörülen küçük tacir-tacir ayrımı bakımından farkın faaliyetin genişliği olduğunu vurguladıktan sonra, küçük tacirin tacir derecesine çıkmasının ve tersinin mümkün olduğunu vurgulamaktadır (Bu yönde bk. HIRSCH, s. 120).

⁹⁸ Bu açıklamaya getirilebilecek en önemli eleştiri, esnaf işletmelerinde faaliyetin sermayeden çok bedeni faaliyete dayanmasıdır. Bu konu aşağıda değerlendirilmiştir (bk. II, A, 2, a).

O halde ticari işletme-esnaf işletmesi ayırımında nicelik, yani büyüklük veya belli bir çapı aşma özelliği büyük bir önem kazanmaktadır. Zira bir faaliyet ticari işletme olarak nitelendirildiğinde Türk Ticaret Kanunu'nun uygulama alanına girecektir. Bu işletmeyi işleten kişi tacir sayılacak, bununla ilgili işler ticari iş niteliği gösterecektir. Aksine işletme esnaf işletmesi olarak vasıflandırılırsa kanunda sayılan istisnalar hariç olmak üzere (TTK md. 15), Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulama alanında yer almayacaktır.

Böylelikle esnaf faaliyeti sınırını aşma özelliği, ticari işletmenin diğer özelliklerine göre daha somuttur⁹⁹.

II. MEVCUT DÜZENLEMESİ GÖRE ESNAF İŞLETMESİ

Esnaf işletmesi kavramı ticari işletmenin tanımında yer almaktadır. Burada “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde” olma (TTK md. 11, f. 1) özelliği ortaya konulurken bu kavram anılmaktadır. Düzenlemenin devamında “ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın” Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak kararnamede gösterileceği öngörülmektedir (TTK md. 11, f. 2)¹⁰⁰. Kanun tarafından Bakanlar Kuruluna verilen yetkiye dayalı olarak henüz bir Kararname çıkartılmamıştır¹⁰¹. Ancak TTK md. 11'in ilk iki fıkrasında yer alan hükümlerden esnaf işletmesi ve ticari işletme arasında bir sınır öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu başlık altında, Kanun tarafından öngörülen sınır tespit edilmeye ve esnaf işletmesi kavramı netleştirilmeye çalışılacaktır.

⁹⁹ Bu yönde bk. DOMANİÇ/ ULUSOY, s. 148-149; BAHTİYAR, (2010), s. 16; BAHTİYAR, (2012), s. 18. Ticari işletmenin diğer iktisadi işletmelerden farkını belirleyen unsur olduğu hakkında bk. ARKAN, (2009), s. 29. KIRCA bu niteliğin ticari işletmenin temel ölçütü olduğunu ifade etmektedir (Bu yönde bk. KIRCA, s. 295).

Bu konuda son derece net bir ifade KENDİGELEN tarafından kullanılmaktadır. Yazar bir işletmenin ticari işletme olarak nitelendirilmesinin “yegane” kriterinin faaliyetin belli çapı aşması olduğunu ortaya koymaktadır (Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 142, N. 429).

Ölçütün sayısal olarak net olmadığından somutlaştırılması gerektiği ifadesi için bk. ER-CAN, s. 220.

¹⁰⁰ Eski Türk Ticaret Kanununda benzer düzenleme TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463, f. 2'de yer almaktadır. Belirtilen hükmün TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17'de yer alan ölçütlerin subjektif nitelik taşıması ve bu durumun belirsizlik yaratması sebebiyle getirildiği kabul edilmektedir (Birçokları yerine bk. KIRCA, s. 295). Bu hüküm önemi sebebiyle aşağıda ayrıca değerlendirilecektir (Bk. aşağı. II, A, 2, b).

¹⁰¹ Buna karşın 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 10, bu konuda bir düzenleme getirmektedir. Kanunun ifadesiyle “... Türk Ticaret Kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılınca kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanır...”. Bu hükme göre, yeni Kanun yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, eski düzenleme uygulanmaya devam edilecektir. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir (Bu yönde bk. aşağı. II, C).

Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesine göre ticari işletme kavramının belirlenebilmesi için esnaf işletmesi kavramının anlaşılması gerekmektedir. Oysa kanunda esnaf işletmesine yönelik bir tanım Türk Ticaret Kanunu'nda yer almamaktadır¹⁰². TTK md. 15'de esnaf işletmesinin değil, esnafın tanımı verilmektedir. Diğer taraftan esnaf tanımının verildiği bu madde ile ticari işletme tanımının verildiği ve esnaf işletmesi kavramının kullanıldığı TTK md. 11 arasında da fiili bir bağlantı kurulmuştur¹⁰³. TTK md. 15'de esnaf tanımı yapılırken, 11. maddeye dayalı olarak çıkartılacak Bakanlar Kurulu Kararnamesine atıf yapılmaktadır. Her ne kadar 11. maddede belirtilen Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile esnaf işletmesi ve ticari işletme arasındaki ayrımın ortaya konulacağı ifade ediliyorsa da; 15. maddede de Bakanlar Kurulunun bir gelir sınırı belirleyeceği, bu sınırı aşmayan kişilerin esnaf olarak nitelendirileceği açıklanmaktadır. Böylece Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek sınır, bir taraftan esnaf kavramının ve diğer taraftan esnaf işletmesi kavramının belirlenmesinde kullanılacak bir sınır halini almaktadır¹⁰⁴.

Bu durumda esnaf işletmesinin ancak esnaf kavramı kullanılarak açıklanması mümkün hale gelmektedir¹⁰⁵. Diğer bir ifadeyle esnaf işletmesinin esnaf tarafından işletilen işletme olarak tanımlanması ve buna göre sonuca varılması bir zorunluluktur. Oysa TTK md. 11'de açık bir biçimde esnaf işletmesi sınırı esaslı öngörülmüş bulunmaktadır. Böylece Kanun sisteminde

¹⁰²Yeni düzenlemede esnaf işletmesinin tanımının yapılmamış olması, eski Türk Ticaret Kanunu bakımından ticari işletmenin tanımının yapılmamış olmasına benzer bir aksaklığı ortaya çıkarmaktadır. Ancak iki durum arasında şöyle bir farklılık bulunmaktadır. Eski düzenlemede ticari işletmesinin tanımı, mülga ikincil mevzuattan (Ticaret Sicili Tüzüğü) çıkartılabilmekteydi (Bu yönde bk. yuk. I, A, 2). Oysa esnaf işletmesi bakımından ikincil mevzuatta da bir tanımlama bulunmamaktadır (Eski Türk Ticaret Kanunu ve Ticaret Sicili Tüzüğünde esnaf işletmesine yönelik bir hükme yer verilmediğine ilişkin bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 142, N. 430). Yeni yürürlüğe giren Ticaret Sicil Yönetmeliğinde dahi, esnaf işletmesinin değil esnafın tanımının yapıldığı görülmektedir (TYS md. 4, f. 1, ç bendi).

¹⁰³Bu yönde bk. ŞENER/ UZUNALLI, s. 2; KAYIHAN/ YASAN, s. 47.

¹⁰⁴KARAHAN, iki madde arasındaki ilişkiyi esnaf işletmesi sınırının birinden doğrudan diğerinde ise dolaylı olarak ele alınmış olması şeklinde açıklamaktadır (Bu yönde bk. KARAHAN, (2012), s. 21).

¹⁰⁵KENDİGELEN, bir işletmenin esnaf faaliyeti sınırlarını aşip aşmadığını belirlenmesi amacıyla öncelikle esnaf işletmesi ve esnaf kavramlarının belirlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır (KENDİGELEN, (İşletme), s. 142, N. 430). BAŞTUĞ/ ERDEM de ticari işletme sayılmayacak işletmelerin (esnaf işletmeleri) TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17'de olumsuz olarak ifade edildiğini belirtmekte ve (Bu yönde bk. BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 18) hangi işletmelerin esnaf işletmesi olacağının da bu hükümden anlaşılacağını belirtmektedir (Bu yönde bk. BAŞTUĞ/ ERDEM, s. 21). KARAYALÇIN ise, ticari işletmenin menfi şartı olarak, işletenin esnaf sayılan bir kimse olmaması gerektiğini vurgularken, dolaylı olmak üzere belirttiğimiz esaslı ortaya koymaktadır (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 160).

ilk olarak kullanılan esnaf işletmesi kavramı birden ikinci plana atılmakta ve esnaf işletmesinin belirlenmesi zorunluluğu, yerini esnaf kavramının belirlenmesi zorunluluğuna bırakmaktadır.

İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucu, esnaf kavramı ile esnaf işletmesi kavramı arasında, esnaf tarafından işletilen işletmenin esnaf işletmesi olacağı şeklinde ifade edilebilecek bir ilişki kurduğu anlaşılmaktadır. Böylece esnaf işletmesinin varlığı, ancak kimin esnaf sayılacağına belirlenmesinin ardından ortaya konulabilecektir. Diğer taraftan bu ilişkinin açıkça kurulmadığı, aksine vardığımız bu sonucun, düzenlemelerin kanunda yer alış tarzından kaynaklandığı tekrar belirtilmelidir.

Belirtilen ilişki eleştiriye açıktır. Ancak bu yönde bir eleştiri ve buna bağlı olarak çözüm önerileri ortayla konulabilmesi için, düzenlemenin ve bunun sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu tarafından esnaf ve esnaf işletmesi arasında bağ kurulması ve kanunda esnaf işletmesinin değil esnafın tanımlanması karşısında, temel olarak bu kavramın incelenmesi gerekmektedir. Bu açıdan öncelikle esnaf kavramını konu alan yazılı kuralları özetlenecek, ardından bu kurallara bağlı olarak Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf kavramı belirlenmeye çalışılacaktır.

A. Türk Ticaret Kanununa Göre Esnaf Kavramı

Esnaf işletmesinin belirlenmesi fazla sayıda yazılı hukuk kuralının incelenmesini ve bunlar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Çalışma konusu açısından değerlendirilecek temel düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu olduğu kabul edilmelidir. Bu Kanun anlamında esnaf kavramı, esnaf işletmesi ve ticari işletme kavramları bakımından belirleyici nitelik göstermektedir.

1. Türk Ticaret Kanununa Göre Esnafın Tanımı

1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nda yer almayan¹⁰⁶ ve ilk olarak 1957 tarihli Türk Ticaret Kanunu ile ticaret hukuku sistemine, küçük tacir kavramı yerine giren esnaf kavramı¹⁰⁷, TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17 ve TTK md. 15'de

¹⁰⁶ 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nda esnaf kavramı yerine küçük tacir kavramı yer almaktadır (TTK⁽¹⁹²⁶⁾, md. 13-14).

¹⁰⁷ TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463, f. 1'de diğer ticari düzenlemelerde yer alan küçük tacir kavramının, esnaf olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

Küçük tacir yerine esnaf kavramının getirilme sebepleri 1957 tarihli TTK gerekçesinde

tanımlanmaktadır ve bu hükümler arasında da bazı farklılıklar bulunmaktadır.

Eski düzenleme açısından kavram, “Esnaf” başlıklı TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17 hükmünde incelenmektedir. Bu hüküm “... İster gezici olsunlar, ister dükkânda veya bir sokağın muayyen yerlerinde sabit bulunsunlar, iktisadi faaliyeti nakdi sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahipleri tacir değildirler¹⁰⁸... ” ifadesini içermektedir. Her ne kadar bu hüküm içerisinde esnaf ibaresi geçmiyorsa da¹⁰⁹, açıklanan özelliklere sahip olan kişinin esnaf olduğu kabul edilmelidir¹¹⁰. Zira burada yer alan tanımlamanın esnafa ilişkin olduğu, maddenin başlığından anlaşılmaktadır¹¹¹.

Belirtilen tanımlamanın dayanağı, TTK⁽¹⁹²⁶⁾ md. 13 hükmüdür ve buna bağlı olarak 1926 tarihli Ticaret Kanunu’nda yer alan küçük tacir kavramı¹¹², esnaf kavramının temelini oluşturmaktadır¹¹³. Gerçekten bu düzenlemeye göre “... ticareti sermayei naktisinden ziyade mesai bedeniyesine müstenit ve kar ü kisbi ancak medarı maişetini temine kafi olacak derecede cüzi olan kimseler, ister seyyar olsunlar ister bir dükkanda veya bir sokağın bir mahalli muayyeninde sabit bulunsunlar, küçük tacir addolunurlar...” (md. 13). Esnafın işletmesinin yerine¹¹⁴, gelir - geçim ilişkisine ve faaliyetin bedeni çalışmaya

açıklanmaktadır. Burada ayrıca tacirden beklenen ihtimam derecesi ile esnafın beklenen ihtimam derecesinin farklı olduğu vurgulanmaktadır.

¹⁰⁸“Tacir değildir” ifadesinin, esnaf kavramına yönelik olumsuz bir tanım oluşturduğu hakkında bk. MİMAROĞLU, s. 285. Aynı yönde DOĞANAY, s. 180.

¹⁰⁹Hüküm içinde, açıklanan özellikleri taşıyan kişinin esnaf olduğu belirtilmemekte, tacir olmayacağı ifade edilmektedir.

¹¹⁰Hükümün dolaylı da olsa esnaf tanımını verdiği doktrinde ifade edilmektedir Bu yönde bk. KIRCA, s. 295; KENDİGELEN, s. (İşletme), s. 142, N. 430; KARAHAN, (Batider), s. 43.

¹¹¹Madde başlıklarının kanun metnine dahil sayılmasına ilişkin TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1474 hükmü, burada uygulama alanı bulmaktadır (Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 142, N. 430).

¹¹²1926 tarihli Ticaret Kanunu anlamında tacir ve küçük tacir arasındaki farkın yapılan iş değişikliği, faaliyetin genişliği (vü’satı) olduğu HIRSCH tarafından belirtilmektedir. Yazar küçük tacirin normal tacir seviyesine çıkabileceği gibi, tersinin de mümkün olduğunu ifade etmektedir (HIRSCH, s. 120).

Belirtilen düzenlemeyi değerlendiren POROY, küçük tacirin, tacirle aynı faaliyetleri değişik çapta ve şekilde icra ettiğini belirtmektedir. Ayrıca bu çap ve şekil değişikliği sebebiyle bir taraftan vergilendirme işlerinde daha hafif bir rejime tabi tutulma, diğer taraftan tacir sıfatına bağlanan sonuçlardan, tacirin ekonomik durumuna karşılık külfet şeklinde olanlardan kurtulma şeklinde bir farklılığın ortaya çıktığını da ifade etmektedir (Bu yönde bk. POROY, s. 604 ve 628).

¹¹³POROY da esnafa ilişkin tanımın 1926 tarihli Kanundan esinlenerek kaleme alındığını belirtmektedir (Bu yönde bk. POROY, s. 628).

¹¹⁴Buna ilişkin düzenlemenin kaynağının Mecelle olduğu ileri sürülmüştür (Bu yönde bk.

dayanmasına ilişkin tüm özelliklerin, belirtilen düzenlemeden esinlenerek ve Türkçeleştirilerek TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17 hükmüne alındığı görülmektedir.

Küçük tacire ilişkin düzenleme ile esnafa ilişkin 1926 ve 1957 tarihli düzenlemeler arasındaki fark, tacire ilişkin olup da esnafa uygulanacak hükümlere ilişkin ortaya çıkmaktadır. Küçük tacirler bakımından uygulanmayacak düzenlemeler hemen tanım hükmünün ardından "... küçük tacirler unvanı ticari ittihaz etmeğe, defatiri ticariye tutmağa ve iş bu kanunla tayin olunan hususatı sicille ticarete kaydettirmeğe mecbur olmadıkları gibi iflasa da tabi tutulamazlar ..." şeklinde ortaya konulmaktadır (md. 14). Böylece esnafa (küçük tacire) uygulanmayacak hükümler ortaya konmuş olmaktadır ki, bu sistem 1957 ve 2011 tarihli Türk Ticaret Kanunlarından farklıdır. TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md 17 ve TTK md. 15'de, esnafa uygulanacak hükümler düzenleme altına alınmış bulunmaktadır¹¹⁵. Ancak iki düzenleme bakımından ortak nokta, esnafı tacir olmanın bir kısım nimetlerinden yararlandırıan ancak külfetlerinden muaf tutan bir sistemin varlığıdır.

1926 tarihli Kanuna ilişkin bu açıklama, bu gün tartıştığımız ve aşağıda eleştirdiğimiz bedeli çalışmanın sermayeden fazla olmasına ilişkin esasın kaynağını da ortaya koymaktadır.

TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17 hükmünde yer alan tanım, 6102 sayılı Kanun md. 15 ile kısmen değiştirilmiştir. TTK md. 15'de "İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun"¹¹⁶, ekonomik faaliyeti sermayesinden¹¹⁷ fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnafdır". Burada çalışmasının sermayeden çok bedeni faaliyete dayanması hususu korunmuş, gelir miktarının geçimine

TOKSAL, s. 176).

¹¹⁵ Bu tespit için bk. POROY, s. 628.

¹¹⁶ Yeni düzenlemenin esnafı tek kişi olarak kabul ettiği, eski düzenlemede çoğul ifade kullanıldığı görülmektedir.

¹¹⁷ Eski düzenlemede nakdi sermaye ifadesi kullanılırken, yeni kanunda sermayenin nakdi olmasının aranmadığı anlaşılmaktadır (Bu yönde bk. ARKAN, (2012), s. 31, dn. 1). KARAHAN da burada belirtilen sermayesinin paraya dönüştürülebilir her türlü değeri ifade ettiğini belirtmekte ve kavram ile TTK md. 127 arasında bağlantı kurmaktadır (Bu yönde bk. KARAHAN, (2012), s. 22).

Esasen eski kanunda geçen nakdi sermaye terimi eleştiriliyor ve bunun sadece nakdi sermayeyi değil, paraya dönüştürülebilir her tür sermayeyi ifade ettiği kabul ediliyordu (AYHAN, s. 100; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 15; İZMİRLİ, s. 472, dn. 17; KENDİGELEN, (İşletme), s. 143, N. 432. KARAHAN, (2010), s. 19. Nakdi sermaye ifadesinin kaynağının da 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu hükmü olduğu anlaşılmaktadır.

ancak yetmesi ifadesi kaldırılmış, tanımın esnafa ilişkin olduğuna açıklık getirilmiştir¹¹⁸.

Yukarıda da belirtildiği gibi Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf kavramı bakımından dikkate alınacak düzenleme TTK md. 15’dir. Bu hükümle getirilen iki temel esas bulunmaktadır. Bunlar esnaf faaliyetinin sermayeden çok bedeni çalışmasına dayanması ve gelirinin Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak bir kararname ile tespit edilen sınırın altında olmasıdır¹¹⁹. Bu iki unsurun birlikte bulunması halinde, söz konusu kişinin esnaf olduğu kabul edilebilecektir¹²⁰.

Esnaf bakımından aşağıda incelenecek iki özellik yanında sanat ve ticaretle uğraşma özelliğinin bulunduğu ileri sürülmekteyse de¹²¹, kanaatimizce bu husus işletmenin devamlılık unsuru içinde incelenebilir. Diğer taraftan bazı faaliyetlerin, sanat ve ticaret niteliği bulunması bile, bunların esnaf faaliyeti sayılması gerekebilir. Örneğin taş ve kum ocağı işletilmesi özel bir yetenek gerektirmemekte, diğer taraftan alım satım faaliyeti de içermemektedir. Bu sebeple ilgili faaliyet sanat veya ticaret faaliyeti değildir. Buna karşın elde edilen gelirin esnaf sınırları altında kalması halinde, bu faaliyeti gerçekleştiren kişinin Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹²².

¹¹⁸ Eski düzenlemede “tacir değildir” şeklinde yer alan açıklamanın, “kavramı olumsuz cümle ile tanımlanmış olması” sebebiyle doğru bulunmadığı ve Adalet Komisyonu tarafından değiştirildiği görülmektedir.

Bu değişiklikle birlikte kanunda tacir olmayanları tanımlayan bir açıklama yerine, esnafı tanımlayan bir düzenleme getirilmiş olması, sistematüğın bozulduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir (Bu yönde bk. KENDİGELEN, (Yenilikler), s. 62, dn. 13). Yazar gerçek kişi tacirlerin düzenlendiği bir başlık altında esnaf tanımının yapılması yerine, bağımsız bir başlığın öngörülmesinin doğru olacağını belirtmektedir.

¹¹⁹ 5362 sayılı Kanunda da gelir sınırının dikkate alındığı görülmektedir. Buna göre gelirinin kendisine tacir veya sanayici sıfatı kazandırmaması, kişinin esnaf sayılması şartlarından biri olarak görülmüştür. Belirtilen unsur ile TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17 ve TTK md. 15 hükmünde ifadesini bulan gelir sınırı arasında önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Zira iki halde de bir somutlaştırma sorunu vardır.

¹²⁰ Karş. TEKİL, (İşletme), s. 67. Yazar eski düzenleme bakımından şartlardan sadece birinin bulunmasının yeterli olduğunu kabul etmektedir.

¹²¹ Eski düzenleme bakımından sanat ve ticaretle uğraşmak, esnaf faaliyeti bakımından bir unsur olarak belirtilmekteydi (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 228; DOĞANAY, s 181). Yeni düzenleme açısından bunun bir üçüncü özellik olduğu ifade edilmektedir (Bu yönde bk. AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 105). Lafzi olarak incelendiğinde eski kanunda yer alan “sanat ve ticaret sahipleri” ibaresinden farklı olarak, yeni düzenlemede “sanat ve ticaretle uğraşan ibaresi “ve” bağlacı kullanılarak diğer özelliklerden ayrıldığı görülmektedir. Bu cümle yapısı belirtilen görüşün en önemli gerekçesidir.

¹²² KARAYALÇIN taş ve kireç ocağı işletenler ile kum ve çakıl çıkartanların esnaf kavramı

2. Türk Ticaret Kanununa Göre Esnafın Özellikleri

a. Faaliyetin Sermayeden Çok Bedeni Çalışmaya Dayanması

İşletenin sermayeden ziyade bizzat kendisine ait beden veya beyin gücünü işletmeye tahsis etmesi olarak değerlendirilen¹²³ bu özellik eski (1926) Türk Ticaret Kanunu ile getirilmiş, bilahare 1957 ve 2011 tarihli Kanunlarda da¹²⁴ korunmuştur¹²⁵.

Ancak eski ve yeni kanunlar bakımından önemli bir farklılığın vurgulanması gerekmektedir. Eski Türk Ticaret Kanunu bakımından Bakanlar Kurulu Kararnamesinin dayanağını oluşturan TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463, f. 2 hükmü, gayrisafi gelir miktarı bakımından belirlenen limitlerin altında bulunan kişinin, iktisadi faaliyetinin sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayandığı ve kazancının ancak geçimini sağlayacak seviyede olduğunu ortaya koymaktadır¹²⁶. Hüküm şu şekilde kaleme alınmış bulunmaktadır: "...Yıllık gayrisafi geliri kararnamede gösterilecek miktardan aşağı olan sanat ve ticaret erbabının, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret erbabı sayılması için kararnameler çıkarmaya icra Vekilleri Heyeti salahiyetlidir..."

Böylece TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463, f. 2'de bir karine getirilmiş olmaktadır. Belirtilen hükmün sonucu gelirin limitlerin altında olması halinde, kişinin esnaf sıfatı varsayılmaktadır. Dolayısıyla limitler üstünde kalan kişinin faaliyetinin sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayandığı ileri sürülemeyecektir¹²⁷.

içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 233).

¹²³ Bu yönde bk. KARAHAN, (2010), s. 19; KARAHAN, (2012), s. 22. Yazar beden ve beyin gücünün bir başkasına ücret karşılığı sunulması halinde, bunun belirtilen işletmenin sermaye unsuruna dâhil olacağını belirtirken, esnaf işletmesi bakımından beden veya beyin gücünün işletene ait olması gerektiğini vurgulamaktadır.

¹²⁴ 5362 sayılı Kanun ile getirilen ilkelerin eski Türk Ticaret Kanunu ile öngörülen sistemi değiştirdiği ve 6102 sayılı Kanunla eski Türk Ticaret Kanunu sisteminin tekrar kabul edildiği görüşü için bk. KARAHAN, (2012), s. 22, dn. 3.

¹²⁵ Yargıtay bir kararında (TD., 08.01.1965, E. 64/4925, K. 12) sünnetçiye bu gerekçeyle esnaf olarak kabul etmiştir (Karar için bk. AKYAZAN, s. 43; ERIŞ, (1987), s. 249-250). Keza Yargıtay'ın bir başka kararında (TD., 26.11.19790, E. 999, K. 4608) şehir hatları vapurunda büfe işleticiliğinin daha çok bedeni çalışmayı gerektirdiği üzerinde durarak, bunu işletenin esnaf olduğu yönünde görüşü belirtilmelidir (Karar için bk. DOĞANAY, s. 186, dn. 68).

¹²⁶ Bu düzenlemeye göre Kararname çıkarılmadan önce yaptığı bir çalışmada TOKSAL, kıstas konmak isteniyorsa bunun ancak rakamsal olarak ifadesinin zorunlu olduğunu kabul etmektedir (Bu yönde bk. TOKSAL, s. 179).

¹²⁷ Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 144, N. 433 ve s. 146-147, N. 442. Açık olmakla birlikte, limitlerin altında kalmanın, faaliyetin sermayeden ziyade bedeni çalışmaya

Buna karşın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Bakanlar Kuruluna yetki veren düzenlemesi incelendiğinde, sadece ticari işletme ve esnaf işletmesi arasındaki sınırın Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceği öngörülmekte, belirlenen sınırın altında kalan kişilerin faaliyetlerinin sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayandığı yönünde bir karine öngörülmediği anlaşılmaktadır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu ile bu yönde bir karine getirilmediğinden, esnaf sıfatının belirlenmesi sırasında bir taraftan gelirinin Kararname ile getirilecek sınırlamanın altında olup olmadığı incelenecek, diğer taraftan ekonomik faaliyetinin sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanıp dayanmadığı araştırılacaktır. Emek sermaye ilişkisinin bu şekilde ayrı unsurlar olarak nitelendirilmesi, gelir sınırı ile birlikte bu unsurun varlığının da aranmasını zorunlu kılacaktır¹²⁸.

Bir faaliyetin emek veya sermaye ağırlıklı olması, belirlenmesi zor bir durumdur¹²⁹. Özellikle bu unsurlardan birinin diğerinden daha yoğun olduğunun tespiti objektif olmaktan çok subjektif bir değerlendirme oluşturmaktadır¹³⁰.

Bedeni çalışmanın ağırlıklı olması yönündeki şartın ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından sorun ortaya çıktığı görülmektedir. Gerçekten aşağıda

dayanması şartının da sağlanması anlamına geleceği yönünde bk. KARAYALÇIN, s. 229.

Karş. KARAHAN, (2010), s. 20; KARAHAN, (Batider), s. 58-59. Yazara göre TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463, f. 2'de gereğince Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen limitler dışında, faaliyetin sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanması hususunda da araştırma yapılmalıdır.

¹²⁸ İki unsurun ayrı ayrı sayılması açısından bk. ARKAN, (2012), s. 29.

¹²⁹ Belirtilen zorluk sebebiyle, 2007 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesinde 5362 sayılı Kanunda yer alan, sermaye ile birlikte bedeni çalışma esasına dayanma esasının kabulü doktrinde olumlu karşılanmıştır (Bu yönde bk. KIRCA, s. 298-299).

¹³⁰ Bu yönde BAŞTUĞ, s. 44; MİMAROĞLU, s. 286; KENDİGELEN, (İşletme), s. 143, N. 431; BOZER/ GÖLE, s. 9; DOĞANAY, s. 155. Bu sebeple doktrinde belirtilen özelliği açıklamaya yönelik yeni kriterler önerilmektedir. Örneğin KARAHAN bu durumda "vazgeçilmesi en zor olan unsur" nitelendirmesini yapmaktadır (Bu yönde bk. KARAHAN, (2012), s. 23; KARAHAN, (Batider), s. 59). Bir unsurun ne zaman vazgeçilmesi en zor unsur olduğu dahi subjektif nitelik göstermektedir. KENDİGELEN eleştirisinde sermayeye değer biçilmesine benzer bir biçimde emeğe de değer biçilmesinin söz konusu olabileceğini, ancak bunun da hangi esaslara göre yapılacağının tartışmalara yol açacağını vurgulamaktadır (KENDİGELEN, (İşletme), s. 143, N. 432). Yazarın belirttiği gibi emeğe değer biçilmesi dahi subjektif bir değerlendirmedir.

Bu konuda TOKSAL'ın yaklaşımı diğer yazarlara göre oldukça farklıdır. Yazar bedeni çalışma olgusunun ağırlığının tespitinin zor olduğunu vurguladıktan sonra, tüketicinin bir firmayı değil de bir kişiyi tercih etmesinin aranmasının doğru olacağını ifade eder. Keza bir başka yerde bedensel faaliyetin bedeneyen ya da fikren iş başında olmak şeklinde anlaşılması gerektiği üzerinde durur. Son olarak açıklamalarında makine kullanmanın bedensel faaliyet niteliğini etkilemeyeceğini belirtir (Bu yönde bk. TOKSAL, s. 177-178).

değerlendirilecek gelir sınırı düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde, esnaf olma konusunda ortaya konulan şartların karşılanıp karşılanmaması dört ayrı ihtimali ortaya çıkartmaktadır. Bir tabloyla gösterilmesi gerekirse:

	Limitleri Aşmamış	Limitleri Aşmış
Bedeni Çalışma Ağırlıklı	(I)	(II)
Sermaye Ağırlıklı	(III)	(IV)

Buna göre TTK md. 15 anlamında esnaf olarak değerlendirilecek kişi, tabloda (I) ile gösterilen kişidir. Tabloda (IV) ile gösterilen kişi açısından, faaliyetin yürütüldüğü işletmenin ticari işletme seviyesine çıktığı da kabul edilebilecektir. Buna karşın tabloda (II) ve (III) ile gösterilen ihtimaller bakımından hangi yönde karar verileceği açık değildir¹³¹. (II) durumunda bedeni çalışma ağırlıklı olmasına rağmen kişinin limitleri aşmış olması sebebiyle esnaf olmadığının kabul edilmesi normal bir sonuç olduğu gibi, bu kişinin faaliyetinin limitleri aşmış olması sebebiyle TTK md. 11 anlamında esnaf faaliyeti sınırlarını aştığının da kabul edilmesi gerekmektedir¹³². Buna karşın tabloda (III) ile gösterilen ihtimalde, kişinin esnaf olmadığını kabul etmekle birlikte, bunun TTK md. 11 anlamında esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde olduğu kabul edilebilecek midir? Kanaatimizce (III) numaralı ihtimalde, kişinin işletmesinin esnaf faaliyeti sınırlarını aştığı kabul edilemez. Bu sebeple TTK md. 15 anlamında esnaf sayılmayan kişinin, aynı zamanda TTK md. 11 anlamında ticari işletme işletmediği de kabul edilmek zorunda kalınacaktır. Bu sorun ancak belirtilen kişinin esnaf sayılması ile çözülebilir¹³³. Aksi takdirde, TTK md. 11 ile öngörülen ilkenin bir anlamı kalmayacaktır¹³⁴.

¹³¹ Belirsizliğin vurgulanması bakımından ayrıca bk. KARAHAN, (2012), s. 23, dn. 3 ve s. 24.

¹³² Yargıtay 1969 yılında verdiği bir kararında (TD., 17.5.1969, E. 68/4969, K. 2538, MİMAROĞLU, s. 288; DOĞANAY, s. 185, dn. 62), kişinin faaliyetini emeğiyle gerçekleştirse bile, gelirin yüksek olması ve faaliyetinin ticari muhasebe gerektirdiğinin belirlenmesi halinde esnaf olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır (Kararın değerlendirilmesi için bk. MİMAROĞLU, s. 288-289).

¹³³ Karş. DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 153. Yazarlar sermayeye dayalı faaliyet özelliğinin baskın olması halinde, gelir sınırına bakılmaksızın bunların tacir sayılması gerektiğini kabul etmektedirler. Yargıtay'ın da aynı gerekçe ile kişinin esnaf sayılmadığına ilişkin kararı bulunmaktadır (11. HD., 05.11.1990, E. 1989/6947, K. 6969). Bu kararında Yargıtay, elektrikli ev aletleri satma işinin emekten çok nakdi sermayeyi gerektirdiği gerekçesinden hareket etmiştir (Karar için bk. ERİŞ, (1992), s. 207, (2004), s. 673, (2010), s. 867; DOĞANAY, s. 183, dn. 55; UÇAR, s. 28). Benzer bir karar için bk. 11. HD., 19.06.1990, E. 5085, K. 4927, ERİŞ, (1992), s. 207.

¹³⁴ TTK md. 11 ve 15 arasındaki çatışmanın çözülmesi gereken bir sorun olduğu hakkında bk. KARAHAN, (2012), s. 24.

Bu çözüm de bedeni faaliyet şartının uygulanmaması sonucunu vermektedir. Zira açıklamalar ışığında, tabloda (I) ve (III) ile gösterilen hallerde esnaf faaliyeti, tabloda (II) ve (IV) ile gösterilen hallerde ticari işletme faaliyeti olduğu benimsenmektedir. Böylece bedeni çalışmaya ilişkin düzenlemenin kanun içi boşluk (gerçek olmayan boşluk) olduğu anlaşılmaktadır. Gerçek olmayan boşluk, yasada bulunan hükmün çözüm tarzının uygun olmaması, tatmin edici olmaması halidir ve yasanın “eksikliği ve sakatlığını” ifade eder¹³⁵. Gerçek olmayan boşluk halinde hukuk politikasının hatalı bir değerlendirmesi söz konusu olmaktadır¹³⁶. İncelenen hüküm bakımından belirttiğimiz durum gerçekleşmektedir. Kaldı ki kanun koyucunun amacı gereksiz ve uygulanamaz hükümler getirmek olamaz.

Faaliyetin emek ağırlıklı olması esasen gelirin düşük olması ile bağlantılıdır. Diğer bir ifadeyle bir kimsenin geliri içinde emek ve sermayenin oranı, gelirin artmasına bağlı olarak sermaye lehine değişir¹³⁷. Dolayısıyla gelirin düşük olması durumunda, faaliyetin bedeni çalışma ağırlıklı olduğuna ilişkin bir karinenin bulunduğu da kabul edilebilecektir. Böylece eski düzenleme bakımından TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463 ile öngörülen karinenin, yeni Kanun döneminde de uygulanması mümkün hale gelecektir.

Son olarak bedeni faaliyetin ağırlıklı olması, esnaf bakımından ayırt edici nitelik dahi göstermemektedir. Bu açıdan serbest meslek mensuplarının, fikri faaliyet gösterdikleri ve bunun da bedeni çalışmanın bir türü olduğu kabul edilmelidir¹³⁸.

b. Elde Edilen Gelirin Bakanlar Kurulu Tarafından Çıkartılacak Kararname ile Gösterilen Sınırın Altında Olması

Kanuna göre esnaf işletmesi ve esnaf kavramlarını belirlemek amacıyla getirilecek gelir sınırı, Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanacak bir Kararname ile ortaya konulacaktır (TTK md. 11, f. 2). Kanun koyucunun bu şekilde gelir esasını tercih etmiş olması, küçük orta ve büyük işletme kavramı açısından kullanılabilecek, bilanço tutarı, çalışan sayısı¹³⁹, kâr tutarı¹⁴⁰, geliştirme

¹³⁵ Bu yönde bk. ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, , s. 100.

¹³⁶ Bu yönde bk. ÖZTAN, s. 149-150).

¹³⁷ Bu tespit açısından bk. KIRCA, s. 298. Ayrıca TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463 ile ilgili KENDİGELEN’in aynı yöndeki yorumu için bk. yuk. dn. 126 ile ilgili metin.

¹³⁸ Serbest meslek faaliyeti bakımından da bedeni faaliyet sermayenin önünde yer almaktadır (Bu yönde bk. ÖÇAL, s. 398).

¹³⁹ Federal Mahkemenin çalışan sayısı ilkesini bir kararında kullandığına ilişkin bk. BOZER, s. 368.

¹⁴⁰ 1986 tarihli Kararname yayınlanmadan önce önüne gelen bir olayda Yargıtay’ın (TD.

faaliyetlerine yapılan yatırım ve öz sermaye gibi hususları¹⁴¹ göz ardı ettiğini göstermektedir¹⁴².

Kanun koyucunun doğrudan doğruya bir gelir sınırı öngörmeksizin, bu yönde bir sınır oluşturmaya Bakanlar Kurulu'na bırakmış olması, değişen şartlara kolayca uyum sağlanmasını kolaylaştıracaktır. Böylece Bakanlar Kurulu tarafından, değişen ekonomik şartlar dikkate alınarak, yasama organının yavaş işleyen yapısından kaynaklanan sorunlarla karşılaşılma riskinin azaltılması mümkün olacaktır¹⁴³.

6102 sayılı Kanun hükümlerine dayalı olarak henüz bir kararname hazırlanmamıştır. Uygulama Kanununa göre yeni bir Kararname hazırlanana kadar eski düzenleme uygulanacaktır. Uygulanması gereken düzenleme 2007 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesidir¹⁴⁴. Bu Kararname önemi sebebiyle aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

B. 5362 sayılı Kanuna Göre Esnaf Kavramı ve Türk Ticaret Kanunu Anlamında Esnaf Kavramı ile Karşılaştırılması

1. 5362 Sayılı Kanuna Göre Esnaf Kavramı

Esnafların mesleki örgütlenmesini düzenlemek amacıyla¹⁴⁵ çıkartılan bu

28.11.1968, E. 4076, K. 6377, MİMAROĞLU, s. 288) safi gelir esasını dikkate aldığı da görülmektedir. Kararda yıllık safi geliri 21.271 TL olan kişinin esnaf sınırının üzerinde olduğu açıklanmaktadır. Benzer yönde bir başka karar için bk. TD., 17.5.1969, E. 68/4969, K. 2538, MİMAROĞLU, s. 288; DOĞANAY, s. 185, dn. 62). Bu son kararında Yargıtay'ın elde edilen gelire göre ticari muhasebenin gerekli olup olmadığı yönünde bilirkişi incelemesinin gerekli olduğunu da vurguladığı görülmektedir.

Yargıtay'ın belirtilen kararlarında ele aldığı safi kazanç esası, karar tarihinde yürürlükte bulunan TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463'de açık bir biçimde belirtilen gayrisafi gelir esasına aykırıdır.

¹⁴¹ Bu kıstaslar için bk. DOĞANAY, s. 160.

¹⁴² İsviçre hukukunda ticaret siciline tescil açısından işletmenin yıllık gayrisafi hasılatı (cirosu) dikkate alınmaktadır (Bu yönde bk. BOZER, s. 372). Avusturya hukukunda da küçük işletmeciyi belirleyen unsur, işletmenin cirosudur. Buna tescil zorunluluğu ve bilanço esasına göre defter tutma şeklinde iki sonuç bağlanmaktadır (Bu yönde bk. AKER, s. 240 ve 248).

¹⁴³ TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463 bakımından aynı değerlendirme için bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 144, N. 433.

¹⁴⁴ Bu yönde bk. ARKAN, (2012), s. 28; KARAHAN, (2012), s. 22, dn. 1; BOZER/ GÖLE, s. 9; KENDİGELEN, (Yenilikler), s. 62; BAHTİYAR, (2012), s. 19.

¹⁴⁵ Kanunun belirtilen amacı ilk maddesinde şu şekilde ortaya konulmaktadır: "... Bu Kanunun amacı; esnaf ve sanatkarlar ile bunların yanlarında çalışanların meslekî ve teknik ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmelerini ve meslekî eğitimlerini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak, meslek disiplini ve ahlâkını korumak ve bu maksatla kurulan tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğindeki esnaf ve

Kanunda bir esnaf tanımı bulunmaktadır. 5362 Sayılı Kanuna göre “... Esnaf ve sanatkâr: İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri ifade eder...(md. 3, a bendi)”.

Kanun böylece esnaf bakımından Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile benzer ve farklı unsurlar taşıyan bir esnaf kavramı ortaya koymuş bulunmaktadır.

Bu Kanundan önce yürürlükte bulunan 507 sayılı Kanun hükümlerinin de benzer bir tanım verdiği görülmektedir. Bu Kanunun 2. maddesine göre esnaf “... İster gezici olsun, ister bir dükkânda veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar, ticareti sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ...” kişileri ifade eder. 507 sayılı Kanun düzenlemesinin Türk Ticaret Kanunu sistemi ile nispeten daha uyumlu olduğu belirtilmelidir.

Yukarıda belirtilen Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf kavramı ile karşılaştırıldığında, 5362 sayılı Kanun anlamında esnaf kavramının farklı nitelikleri olduğu görülmektedir.

2. 5362 Sayılı Kanuna Göre Esnafın Özellikleri ve Türk Ticaret Kanununa Göre Esnaf Şartları Açısından Bu Özelliklerin Değerlendirilmesi

a. Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca Belirlenen Esnaf ve Sanatkâr Meslek Kollarına Dahil Olması

Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu, 5362 sayılı Kanunun 63 maddesiyle oluşturulmuştur. Kanuna göre bu kurula verilen üç görev bulunmaktadır. Bunlar, esnaf ve sanatkâr meslek kollarını belirlemek, yıllık gayri safi gelirleri ve bölgelerin özelliklerine göre esnaf ve sanatkârlar ile tacir ve sanayicinin ayırımını yapmak ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1463 üncü maddesinde Bakanlar Kurulunca

sanatkârlar odaları ile bu odaların üst kuruluşu olan birlik, federasyon ve Konfederasyonun çalışma usûl ve esaslarını düzenlemektir...”.

çıkartılması öngörülen karar taslağını hazırlayarak Bakanlığa sunmak olarak gösterilmektedir.

Belirtilen kurul tarafından, Kanunun verdiği yetkiye istinaden çıkartılan son liste, 2007 tarihinde yayınlanmıştır¹⁴⁶. Belirtilen liste iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde imalat ve tamiratlarla ilgili meslek kolları, ikinci bölümde ise hizmetle ilgili meslek kolları bulunmaktadır. İmalat ve tamiratlara ilişkin meslek kolları 13 grup altında 378, hizmet meslek kolları ise 6 grup altında 113, toplam olarak 491 ayrı meslek kolu bu kararda yer almaktadır. 5362 sayılı Kanun gereğince bir kimsenin esnaf sayılabilmesi için, belirtilen listede meslek kollarından birinde faaliyet göstermesi gerekmektedir.

Bu düzenleme anlamında esnaf sayılma bakımından bir ön şart olarak ortaya çıkan Kurulun tespit edeceği ve Resmî Gazete’de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olma, Türk Ticaret Kanunu düzenlemesine uygun değildir¹⁴⁷.

Belirtilen meslek kolları incelendiğinde, Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaflara ilişkin bulunmayan, aksine çoğunlukla ticari işletme niteliği taşıdığından tacirler tarafından yerine getirilecek mesleklerin, listede yer aldığı görülmektedir. Bu açıdan bazı örnekler verilmesi de mümkündür: Akaryakıt ve LPG satıcılığı (Karar A, 1, 1), beyaz eşya imal ve satışı (Karar, A, 1, 9), kuyumculuk (Karar A, 1, 49), soğuk hava depoculuğu ve buzhane işletmeciliği (Karar A, 1, 70), hafriyatçılık (A, 7, 12). Bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi sonucu elde edilecek gelirin yüksek olması beklenir¹⁴⁸.

Bu açıdan meslek kollarına dâhil olmayan bir kimsenin durumu, sorunu daha açık bir biçimde ortaya koyacaktır. Buna göre meslek kollarından

¹⁴⁶ 13.06.2007 tarih ve 26551 sayılı RG. Kurul bundan önce 1987 (RG. 16.12.1987, S. 19666) ve 2002 (RG. 11.06.2002, S. 24782) tarihli listeler yayınlanmıştır. Yeni liste yayınlama yerine listeye bazı eklemelerin yapılmasına (RG. 22.01.1999, S. 23588, Emlak Komisyonculuğu; RG. 13.04.2000, S. 24019, Kantincilik ve Oto Galericiği) veya isim değişikliğine (28.07.2004, S. 25536; Taksi sahipleri yerine taksicilik) rastlanılmaktadır.

¹⁴⁷ Başka bazı ülkelerin aksine bazı meslek kollarının tacir sayılmaması esasının Türk Ticaret Kanunu tarafından kabul edilen bir sistem oluşturmadığı hakkında bk. TEKİNALP s. 10. Ayrıca bk. TTK md. 15’e ait madde gerekçesi.

¹⁴⁸ KENDİGELEN sarraflık faaliyetinin ihtiyaç duyulan sermaye dikkate alındığında ticari işletme niteliğinde bir organizasyonu zorunlu kıldığını belirtmektedir (Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 137, N. 412. Aynı yönde **11. HD., 08.11.2005, E. 8501, K. 10654**; ERİŞ, (2010), s. 869-870). Yazar bu hususu TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 12 hükmünde yer alan ticarethane ile ticari işletme arasındaki ilişkiyi vurgularken açıklamaktadır. Eski kanun döneminde TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 12 hükmünde yer alan faaliyetlerin ticari işletme sayılabilmesi için aynı zamanda esnaf faaliyeti sınırını aşması gerektiği çoğunlukla kabul edilen bir ilke oluşturuyordu.

herhangi birine dâhil olmayan kişi, geliri esnaf sınırının üstünde ise, Türk Ticaret Kanunu anlamında ticari işletme işletiyor kabul edilebilecektir. Buna karşın aksi durumda, yani kişinin gelirinin esnaf faaliyeti sınırının altında olması halinde, 5362 sayılı Kanun anlamında esnaf olmamasına rağmen Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf kabul edilmesi bir zorunluluk olacaktır. Çünkü bu kişinin işlettiği işletmenin, ticari işletme olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. 5362 sayılı Kanun anlamında esnaf olmayan kişinin, Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf olarak kabul edilmesi, iki kanunun farklı esaslar içermesi sebebiyle bir zorunluluk halini almaktadır.

Dolayısıyla meslek kollarına dâhil olma şartının, Türk Ticaret Kanunu anlamında esnafın belirlenmesinde uygulama alanı bulacak bir düzenleme olduğu kabul edilemez. Bu düzenlemenin TTK anlamında esnaf kavramının belirlenmesi açısından uygulanması mümkün değildir.

b. Faaliyetin Sermaye ile Birlikte Bedeni Çalışmaya Dayanması

Türk Ticaret Kanunu md. 15’de yer alan, faaliyetin sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanması özelliği, 5362 sayılı Kanunda yer alan tanımda yumuşatılmakta ve çalışmanın sermaye ve bedeni çalışmaya dayanması gerektiği ortaya konmaktadır. 5362 sayılı Kanunda yer alan bu düzenleme, esnaf kavramının belirlenmesi bakımından, bedeni çalışmanın daha yoğun olması yönünde araştırma yapma zorunluluğunu ortadan kaldırıcı niteliktedir. Bu açıdan faaliyet ağırlıklı olarak sermayeye dayanıyor olsa bile, kısmen dahi olsa kişinin bedeni çalışması işletmede gösterilen faaliyet bakımından önem taşıyorsa, kişinin esnaf olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır.

Yukarıda Türk Ticaret Kanunu sisteminde bedeni çalışmaya ilişkin şartın gerçek olmayan boşluk oluşturduğunu belirttiğimizden, 5362 sayılı Kanunun belirtilen düzenlemesinin Türk Ticaret Kanunu anlamında uygulama alanı bulması mümkün değildir.

c. Kazancının Tacir veya Sanayici Niteliğini Kazandırmayacak Seviyede Olması

5362 sayılı Kanunda yer alan bu özellik, TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17’de yer alan “...kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan...” ifadesi gibi¹⁴⁹, subjektif bir nitelendirme içermektedir. 5362 sayılı Kanun ile getirilen kazanç sınırına ilişkin düzenleme, bir açıdan eski Türk Ticaret Kanunu

¹⁴⁹ Eski Türk Ticaret Kanunu döneminde bu yöndeki eleştiriler için bk. BAŞTUĞ, s. 44; GÖLE, s. 49; BOZER, s. 367; MİMAROĞLU, s. 285; KARAYALÇIN, s. 161 ve 229; KENDİGELEN, (İşletme), s. 143, N. 432; TOKSAL, s. 178-179.

sistemine benzemektedir. Bu düzenlemede esnaf sayılan kişinin kazancının kendisinin tacir veya sanayici sayılmasını gerektirmeyecek seviyede olması gerektiği ortaya konulmuştur. Açıkçası bir limit belirlenmediği takdirde, bu ifade de eski Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan, kazancının geçimine ancak yetmesine ilişkin ifadede olduğu gibi soyut nitelik göstermektedir. Gerçekten bir kimsenin kazancının hangi miktarı geçtiğinde geçimini sağlayacak miktarın üzerine çıkacağı veya bu kişiye hangi anda tacir veya sanayici niteliğini kazandıracağı, somut bir nitelendirme değildir.

Türk Ticaret Kanunu sisteminde yukarıda da belirtildiği gibi, sınırın belirlenmesi, Bakanlar Kurulu'nun yetkisine bırakılmıştır. Buna karşın 5362 sayılı Kanun bakımından sınırın ne şekilde belirleneceği açık değildir. Ancak tanımda kazanca ilişkin açıklamanın hemen ardında yer alan açıklama, bu özelliğin somutlaştırılmasında kullanılabilir. Buna göre basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlar esnaf sayılır. Her ne kadar kazanca ilişkin özellik ve vergilendirme usulüne ilişkin sayım ayrı özellikler şeklinde kaleme alınmış olsa da¹⁵⁰ bunlar arasında bir ilgi kurulmaktadır. Basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan kişilerin kazançları, hiç vergiye tabi olamayacak veya basitleştirilmiş vergilendirme usullerine tabi olmalarına sebep olacak seviyededir¹⁵¹. Bu düzenlemenin yorumu açısından belirtilen kişilerin gelir durumu tacir veya sanayici sayılmalarına engeldir ve esnaf olarak nitelendirilmelerine sebep olacaktır.

5362 sayılı Kanun anlamında esnaf sınırının belirlenmesi açısından idareye yetki verilmemiş olmasına rağmen, yukarıda anılan Koordinasyon Kurulu'na, TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463 gereği hazırlanacak olan Bakanlar Kurulu Kararnamesi taslağını hazırlamak konusunda yetki verilmiştir (md. 63). Bu hükümden hareket edilerek, 5362 sayılı Kanun anlamında esnaf sayılacak kişilerin kazanç limitlerinin, Bakanlar Kurulu tarafından TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463 hükmüne istinaden çıkartılacak Kararname ile belirleneceği görüşü ortaya çıkmış ve aşağıda incelenecek 2007 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesinde

¹⁵⁰ Cümle yapısı dikkate alınarak değerlendirilirse, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanların kazançları bakımından araştırma yapılmaksızın esnaf olarak kabul edilecekleri, bunlar dışındakilerin kazançları bakımından değerlendirme yapılması gerektiği de ileri sürülebilecektir. Ancak kanaatimizce yukarıda yapılan değerlendirme, hükmün amacına daha uygundur.

¹⁵¹ Bakanlar Kurulu Kararnamesi incelenirken bu kavramlar değerlendirilecektir (bk. aşağıda, II, C, 2, a). Ayrıntılarına aşağıda değinilecek olmakla birlikte, vergi hukuku temelli bu kavramların, Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf faaliyeti sınırını belirlemede kullanılmasının sakinliği olduğu belirtilmelidir.

uygulama alanı bulmuştur. Böylece Bakanlar Kurulu Türk Ticaret Kanunu'ndan almış olduğu yetki ile aynı zamanda 5362 sayılı Kanunu gereği esnaf sınırının belirlenmesine yönelik bir düzenleme gerçekleştirmiştir.

Belirtilen düzenleme aşağıda ayrıntıları ile incelenecektir. Ancak bu aşamada belirtilmesi gereken husus, Kararnamenin, dayanağını oluşturan Türk Ticaret Kanunu hükümleri yerine 5362 sayılı Kanun hükümlerini dikkate alan bir düzenleme getirmiş olmasıdır.

3. 5362 Sayılı Kanuna Göre Esnaf Kavramına İlişkin Düzenlemelerin Türk Ticaret Kanunu Anlamında Esnaf Kavramının Belirlenmesinde Kullanılamaması

Esnaf tanımının yapıldığı iki temel düzenleme olan Türk Ticaret Kanunu ve 5362 sayılı Kanun hükümleri incelendiğinde, ortak özellikler yanında farklı özelliklerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde gelire ilişkin düzenlemelerin ortak, emek - sermaye ilişkisine ve belirli meslek kollarında faaliyet göstermeye¹⁵² ilişkin özelliklerin farklı olduğu görülmektedir. Ortak olarak nitelendirilen gelirin belirli bir sınırın altında kalmasına ilişkin özellik açısından da bunun belirleme tarzına ilişkin farklılık olduğu anlaşılmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin esnaf kavramını belirlemede yeterli esaslar öngörmemesi karşısında, esnaflık mesleğine ve bunların örgütlerine ilişkin düzenlemelerden yararlanılması, Türk doktrininde kabul edilen bir yaklaşımı oluşturmaktadır¹⁵³.

Ancak kanaatimizce bu fikre temkinli yaklaşmak gerekmektedir. Zira bu konuda düzenleme getiren kanunlarla TTK arasında uyum sorunu bulunmaktadır. Diğer taraftan belirtilen yasal düzenlemeler arasında bir amaç farklılığı da bulunduğu dikkate alındığında, meslek örgütlerine ilişkin düzenlemelerden doğrudan doğruya yararlanmanın sorun oluşturacağı benimsenmelidir. 5362 sayılı Kanun esnaf ve sanatkârlar odalarına üye olacak kimseleri ve esnaf ve sanatkârlar siciline tescil edilecek hususları saptama amacıyla getirilmiştir.

¹⁵² ERCAN bir yerde Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak Kararnamede bir meslek kolunun esnaf sayılacağına belirtilmesi halinde, bu mesleği yapan kişilerin gelirlerinin ne olursa olsun esnaf olarak kabul edileceğini DURSUN'a belirtmektedir (Bu yönde bk. ERCAN, s. 22). Yazarın atıf yaptığı (DURSUN, s. 67) bu konuda açıklama olmadığı gibi, belirtilen ifadenin yasal bir dayanağı da bulunmamaktadır.

¹⁵³ Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 145, N. 436 vd. Ayrıca bk. s. 147, N. 443. Halen yürürlükte olmayan 5590 ve 507 sayılı kanunlardan bu konuda hangi ölçüde yararlanacağı hakkında bk. KAYAR, s. 26-27.

Bunun sonucu olarak belirtilen meslek örgütlerine ilişkin düzenleme getiren kanunlarla ortaya konan esasların TTK'daki ticari işletme-esnaf ayırımına doğrudan kesin ve kalıcı bir ölçüt oluşturmadığı kabul edilmelidir¹⁵⁴. Belirtilen düzenlemelerin, ancak Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin yorumlanması ve kanun boşluklarının doldurulması açısından dikkate alınması mümkündür¹⁵⁵. Bunun doğal sonucu olarak 5362 sayılı Kanun, 6103 sayılı Kanunu md. 10'da ifade edilen ve yeni bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi çıkarılıncaya kadar uygulama alanı bulacağı kabul edilen “yürürlükte bulunan düzenlemeler” kapsamında değerlendirilemez. Kanaatimizce bu hükümle yeni bir Kararname çıkartılana kadar uygulanacağı öngörülen düzenleme, sadece aşağıda incelenecek olan 2007 tarihli Kararnamedir.

Ara Sonuç: Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf olarak kabul edilen bir kişinin, 5362 sayılı Kanun anlamında esnaf olarak kabul edilmemesi veya bunun tersi yani 5362 sayılı Kanun anlamında esnaf olarak kabul edilen bir kişinin Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf olarak kabul edilmemesi mümkündür.

C. Bakanlar Kurulu Kararnamelerine Göre Esnaf Kavramı

1957 tarihli TTK döneminde esnaf gelir limitini ortaya koymak üzere 1986 ve 2007'de iki farklı Bakanlar Kurulu Kararı çıkartılmıştır. Bu gün yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK md. 11 gereğince bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi hazırlanmış değildir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi 2007 tarihli Kararname, yeni Türk Ticaret Kanunu döneminde, yeni bir Kararname hazırlanana kadar uygulanacaktır.

1986 tarihli Kararname¹⁵⁶ ile Türk Ticaret Kanunu ve mülga¹⁵⁷ 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu anlamında esnaf sınırı

¹⁵⁴ 5362 sayılı Kanun hükümlerinin esnaf tacir ayırımında açık ve objektif kriter oluşturmadığı hakkında bk. BAHTİYAR, (2012), s. 18.

5362 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan 507 sayılı Kanun ile getirilen esaslar ve ticaret hukuku sisteminin birbirinden farklı olduğu hakkında bk. DOĞANAY, s. 186-187.

¹⁵⁵ Eski Türk Ticaret Kanunu döneminde TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463 hükmünde yer alan “...5373 sayılı Esnaf Dernekleri ve Esnaf Dernekleri Birlikleri hakkındaki Kanun hükümleri ile küçük tacir veya esnafın tarifine ait diğer hususi hükümler mahfuzdur...” düzenlemesi bu yorumu desteklemektedir (Bu yönde bk. TOKSAL, s. 180-181). Yazar meslek örgütlerine ilişkin düzenlemeler yanında vergi düzenlemelerinde esnaf tanımına da rastlanabileceğini ve bunların da Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf kavramının belirlenmesinde faydalarının olamayacağını belirtmektedir.

¹⁵⁶ 86/10313 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi (RG. 19.02.1986, S. 19024). 1986 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ve bununla getirilen esaslar hakkında bk. KAYAR, s. 27 vd.

¹⁵⁷ 507 sayılı Kanun 5362 sayılı Esnaf Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu md. 76 ile 2005 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

düzenlenmekteydi¹⁵⁸. 2007 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi¹⁵⁹ ise 507 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılmasının ardından hazırlanmıştır. Bu Kararnamenin dayanağı her ne kadar TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 12 ve 17 hükümleriyse de, Bakanlar Kurulu kararında aynı zamanda 507 sayılı Kanun anlamında esnaf kavramının da belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir.

2007 tarihli Kararnamede kimin esnaf olarak nitelendirilmesi gerektiğini ve buna bağlı olarak esnaf ve sanatkârlar odalarına kaydedilmeleri gerektiği ortaya konulmaktadır. Buna göre “... Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete’de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan¹⁶⁰, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkârlar odalarına kaydedilmeleri ...” gerekmektedir (md. 1 a bendi).

Kararnamede bunun ardından kimlerin tacir ve sanayici sayılacağı belirtilmektedir. Buna göre “... 213 sayılı Vergi Usul Kanuna istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına defter tutan ve bu kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar birliği bünyesindeki odalara kaydedilmeleri ...” hususu vurgulanarak bunların da tacir ve sanayici olduğu ortaya konulmuş bulunmaktadır.

¹⁵⁸ 507 sayılı Kanun, bu Kanunda 1983 yılında yapılan değişiklikler ve 1986 tarihli Kararname arasındaki ilişkin için bk. GÖLE, s. 50 vd. Buna karşın BAŞTUĞ Kararnameyi sadece Türk Ticaret Kanunu anlamında değerlendirmekte, bunun aynı zamanda 507 sayılı Kanun anlamında bir düzenleme olduğunu göz ardı etmektedir (Bu yönde bk. BAŞTUĞ, s. 48-49).

¹⁵⁹ 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi (RG. 21.07.2007, S. 26589). İki düzenleme açısından detaylı bir karşılaştırma için bk. KIRCA, s. 296 vd.

¹⁶⁰ Diğer taraftan Kararnamede geçen ve kaynağı 5362 sayılı Kanun olan “... kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan...” ifadesinin de anlamsız olduğu belirtilmelidir. Zira Kararnamenin Türk Ticaret Kanunun açısından amacı bu belirsizliği ortadan kaldıracak bir miktarı ortaya koymaktır.

Doktrinde KIRCA 2007 tarihli Kararnamede geçen bu ifadenin, 1986 tarihli Kararnamede ortaya çıkan belirsizliği giderdiğini ancak diğer taraftan gereksiz olduğunu belirtmektedir (Bu yönde bk. KIRCA, s. 299).

1986 tarihli Kararnamede benzer nitelikteki kazanç geçim ilişkisini ortaya koyan ifadenin gereksizliği hakkında bk. BAŞTUĞ, s. 49.

Belirtilen düzenlemenin açık bir biçimde 5362 sayılı Yasa hükümlerini tekrarladığı görülmektedir.

1. Kararname Sisteminin Türk Ticaret Kanunu Anlamında Esnaf Kavramının Belirlenmesinde Sınırlı Uygulanması

Türk Ticaret Kanunu ve 5362 sayılı Kanun gereğince esnafın özellikleri dikkate alındığında Kararnamenin 5362 sayılı Kanunu tekrarlayan ifadesinden kaynaklanan bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen meslek kollarında faaliyette bulunma şartı öngörülmektedir¹⁶¹. Böylece Türk Ticaret Kanunu bakımından uygulama alanı bulmayacağını benimsediğimiz 5362 sayılı Kanun hükümleri, uygulanması gereken Kararname hükümleri olarak devreye girmektedir.

İncelediğimiz Kararnameler, Bakanlar Kurulu Kararnamesi olup Kanun Hükmünde Kararname değildir. 1986 ve 2007 yılında çıkartılan iki Bakanlar Kurulu Kararnamesi, idare tarafından hazırlanan ve Kanunun uygulama şeklini gösteren düzenlemelerdir. Anayasanın 11. maddesinde ifadesini bulan “Anayasanın Üstünlüğü” ilkesine ve bu ilkeye bağlı olarak ortaya çıkan normlar hiyerarşisi sisteminde, Bakanlar Kurulu Kararlarının, dayanağını oluşturan yasaya aykırı olması söz konusu olamaz. Belirtilen sebeple Kararname bakımından, belirli bir meslek kolunda faaliyet göstermek şeklinde ortaya konan şartların Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı olduğu ve bu Kanun kapsamında ortaya çıkan esnaf belirlemesi açısından uygulanamayacağı kabul edilmelidir¹⁶².

Ancak bu aşamada Kararnamelerin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı bölümlerinin geçersiz olduğu da ileri sürülmemektedir. Aksine Kararname aynı zamanda meslek örgütlerine ilişkin yasal düzenlemenin uygulanmasını göstermek üzere çıkartılmışlardır. Bu sebeple Kararnamelerin Türk Ticaret Kanunu sistemine aykırı hükümleri, belirtilen Kanunlar kapsamında bir sonuca varılması amacıyla uygulama alanı bulacaklardır. Diğer bir ifadeyle belirtilen düzenlemeler esnaf ve sanatkârlar odalarına kayıt ve ilgili sicillerine tescil bakımından dikkate alınmalıdır.

¹⁶¹ Karş. KENDİGELEN, (İşletme), s. 145, N. 436; BAHTİYAR, (2012), s. 20; ÇEKER, (İşletme), s. 27. Yazarlar Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen meslek kollarında faaliyet göstermenin, TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 17 ve TTK md. 15 anlamında esnaf sayılmanın bir ön şartı olduğunu belirtmektedir.

¹⁶² Kararnamede yer alan emek-sermaye ilişkisine dair açıklamaların uygulanmasının mümkün olmadığı açıktır. Bunun gerekçesi Kararnamenin dayanağını oluşturan Türk Ticaret Kanunu sisteminde belirtilen esasın gerçek olmayan boşluk olmasıdır (Bu yönde bk. yuk. II, A, 2, a).

Böylece Kararnamenin, Türk Ticaret Kanunu bakımında esnaf kavramının belirlenmesi açısından fonksiyonu, sadece gelire ilişkin sınırı belirlenmesidir. Buna daha geniş bir fonksiyon yüklenmesi doğru olmayacaktır.

2. Kararname ile Getirilen Gelir Sınırı Sistemi

Kararnamenin sadece gelir sınırının belirlenmesi açısından uygulanacak olması karşısında, dikkate alınması gereken ifade "...basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları..." şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu düzenleme dikkate alındığında, 2007 tarihli Kararnamenin somut sınırlama getirmediği, aksine bir taraftan 5362 sayılı Kanun düzenlemesini tekrarladığı, diğer taraftan Vergi Usul Kanunu hükümlerine¹⁶³ atıf yaptığı görülmektedir¹⁶⁴.

Kararname ile öngörülen sistem Türk Ticaret Kanunu genel sistemiyle tam uyumlu değildir. Gerçekten yukarıda bir kaç kez belirtildiği üzere esnaf

¹⁶³ Vergi hukuku düzenlemelerinin, esnaf sınırını belirleme amacıyla kullanılması, Kararnameler öncesi dönemde de üzerinde durulan bir husustu. Gerçekten 1986 tarihli Kararname öncesinde kaleme aldığı eserinde KARAYALÇIN, Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan esnaf muafiyetine ilişkin düzenlemenin, esnaf kapsamının belirlenmesi amacıyla kullanılabileceğini ifade etmektedir (Bu yönde KARAYALÇIN, s. 229. Benzer olarak Gelir Vergisi Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bk. MİMAROĞLU, s. 286).

Diğer taraftan KARAYALÇIN aynı yerde Gelir Vergisi Kanununa göre esnaf sayılanların, Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf sayılmasının gerekli olmayacağını, Yargıtay'ın 16.04.1958 tarihli kararına atıf yaparak belirtmektedir (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 229). BOZER de Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan esnaf muafılığına ilişkin düzenlemeden yararlanılmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir (Bu yönde bk. BOZER, s. 367).

Kararname ile getirilen sistemde bu sonucun artık kabul edilemeyeceği belirtilmektedir (Bu yönde bk. POROY/ YASAMAN, s. 38; KARAHAN, (Batider), s. 54. Yargıtay'da 1986 yılında verdiği bir kararında Kararname hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (Bu yönde bk. 11. HD., 07.11.1986, E. 5666, K. 5798, ERIŞ (1987), s. 252-253. Aynı yönde bk. 11. HD., 20.06.1986, E. 3634, K. 3699, Kazancı Otomasyon Programı; 11. HD., 14.06.1990, E. 4801, K. 4725, ERIŞ, (1992), s. 206-207).

Buna karşın Yargıtay yeni sayılabilecek bir kararında (11. HD., 28.01.2002, E. 2001/ 8149, K. 565) "...Bir kimsenin Vergi Usul Kanunu'na göre esnaf sayılması, TTK yönünden de esnaf kabul edilmesini gerektirmez. Ticaret siciline kayıtlı olmamak da tacir olmamanın kesin bir kanıtı değildir. Vergi mükellefi olup olmamak da tacir - esnaf ayrımında kesin bir ölçüt olarak değerlendirilmez..." demek suretiyle, esnaf odasına kayıtlı bir kişi tarafından açılan ticari değerlerin zıyaı davasının dinlenmesi ve kişinin tacir sıfatının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir (Karar için bk. Kazancı Otomasyon Programı).

¹⁶⁴ Avusturya hukukunda da küçük işletmeciyi belirleyen sınırın aynı zamanda işletmecinin defter tutma yükümü ile bağlantılı olduğu görülmektedir (Bu yönde bk. AKER, s. 241).

işletmesi kavramını belirlemek üzere kullanılan saf bir “gelir sınırı” esası burada uygulanmamaktadır. Kararname sisteminde gelir esası yerine bir taraftan muafiyet, basit usulde vergilendirilme ve işletme defteri hesabına göre defter tutma üzerinde durulmakta, diğer taraftan limitlerin belirlenmesi açısından 177. madde hükmünde belirtilen iş hâsılatı ve satış tutarları ile alım miktarı kavramlarından yararlanılmaktadır. Vergi Usul Kanunu 177’nci maddede belirtilen iş hâsılatı ve satış tutarı kavramlarının gelir kavramı ile ilgili oldukları açıktır. Buna karşın bir işletmede gerçekleştirilen alış miktarına ilişkin değerlendirmenin, doğrudan gelir esasını ortaya koymadığı da belirtilmelidir.

Kararnamenin bu düzenlemesine göre esnaf sayılabilecek sınıra yönelik iki şart bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki esnaf olarak nitelendirilecek kişinin vergilendirme usulü anlamında, vergiden muaf, basit usule tabi veya işletme defteri tutması uygun görünen kişilerden biri olmasıdır. İkinci şart ise bu kişinin Kararname ile atıf yapılan Vergi Usul Kanunu’na md. 177’de yer alan alış ve satış miktarları ile gelir hâsılatı sınırlarını geçmemesidir¹⁶⁵.

a. Vergilendirme Esasları ve Gelir Sınırı İlişkisi

Kararname hükmünün lâfzî yorum dikkate alındığında, belirtilen sınırların değerlendirilmesi için, öncelikle ilgilinin basit usulde vergilendirilmesi, işletme hesabına göre defter tutma yükümlülüğüne tabi olması veya vergiden muaf bulunması gerekmektedir¹⁶⁶. Bu kavramlardan muafiyet ve basit usulde vergilendirilme gerçek kişilerin vergilendirme esaslarını düzenleme altına alan 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda incelenmekte, muafiyet md. 9 vd. hükümlerinde¹⁶⁷ basit usulde vergilendirme md. 46 vd. hükümlerinde ele alınmaktadır¹⁶⁸. İşletme hesabına göre defter tutulması ise, Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen ve ikinci sınıf tüccarlar için öngörülen bir sistemdir (VUK, md. 176).

¹⁶⁵ Belirtilen Kararnamenin henüz uygulamaya konulmadığı dönemde konuyu değerlendiren TOKSAL vergi mevzuatındaki kriterlerin, sadece vergilendirme kademeleri açısından hareket noktası olabileceğini ve değişken olması sebebiyle pek uygun bir kriter oluşturmayacağını belirtmektedir (Bu yönde TOKSAL, s. 181, dn. 4).

¹⁶⁶ Belirtilen düzenlemenin kaynağı 5362 sayılı Kanun md. 3, a bendi hükmüdür.

¹⁶⁷ Gelir Vergisi Kanunun mülga hükümleri dikkate alındığında muafiyet esnaf, çiftçi, diplomat, göçmen ve mülteci ve serbest meslek erbabının yaşlılık muafılığı şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Ancak bu gün yürürlükte olan sistem içerisinde sadece esnaflara ve diplomatlara ilişkin muafiyet hükümleri yürürlükte.

¹⁶⁸ Basit usul 1999 yılından itibaren götürü usul yerine getirilen bir vergilendirme sistemidir (Bu yönde bk. ÖZ, s. 85).

Böylece Kararname ile hem Vergi Usul Kanunu ve hem de Gelir Vergisi Kanunu ile bağlantı kurulmuş bulunmaktadır. Bu bağlantı ile Türk Ticaret Kanunu anlamında gelir esası arasında ilişkinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan Türk Ticaret Kanununa dayalı olarak çıkartılan Kararname ile Vergi Usul Kanunu¹⁶⁹ arasında uyumsuzluk bulunduğu belirtilmelidir¹⁷⁰. Hatta uyumsuzluk doğrudan temel kavramlarda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten Vergi Usul Kanunu anlamında ikinci sınıf tacir¹⁷¹ olarak kabul edilen kişi, Kararname ile esnaf olarak nitelendirilmektedir¹⁷².

b. Vergi Yükümlülüğüne İlişkin Nitelendirmelerin Esnaf Faaliyeti Sınırının Belirlenmesinde Uygun Olmaması

Muafiyet, basit usul ve işletme defteri usulünün, temelinde düşük gelir grubunun vergilendirilmesinin özel şartlara bağlanması ve basitleştirilmesi esası bulunmaktadır. Ancak bu sonuca ulaşmak üzere getirilen düzenlemelerde çoğu kez gelir esası yerine başka bazı esaslardan yararlanılmıştır ve bu düzenleme karmaşık bir yapı göstermektedir¹⁷³. Bilanço esasının kural olarak limit üstü işletmelerde uygulanacağı kabul edilmiş, ancak bu düzenleme bakımından da bilanço esasının isteğe bağlı uygulanmasına ilişkin düzenleme getirilmiş ve Türk Ticaret Kanunu anlamında tacir kavramı zedelenmiştir.

¹⁶⁹ Kararname ile Vergi Usul Kanunu hükümlerine yapılan atfın doğal sonucu olarak, bu kanun, ticari işletme kavramını ilgilendiren düzenlemelerden biri haline gelmiştir (Bu yönde bk. KARAHAN, (Batider), s. 45).

¹⁷⁰ Kararname ile VUK arasındaki uyumsuzluk açısından bk. ARKAN, (2009), s. 25, (2012), s. 30, GÖLE, s. 53 vd. KARAYALÇIN TTK, vergi kanunları ve Bakanlar Kurulu Kararnamesi bakımından tek bir ölçünün kabul edilmesinin bir zorunluluk olduğunu, 1986 tarihli Kararname hazırlanmadan önce belirtmekteydi (KARAYALÇIN, s. 232 ve 234).

¹⁷¹ Vergi Usul Kanunu düzenlemesinde, birinci ve ikinci sınıf tüccarlardan söz edilmektedir. DURSUN burada kullanılan tüccarlar deyimini, tüccar kavramının zaten çoğul olması açısından eleştirmektedir (Bu yönde bk. DURSUN, s. 26, dn. 7).

¹⁷² Vergi Usul Kanunu'nun 177 nci maddesi "Defter Tutma Bakımından Tüccarlar" başlıklı İkinci Bölümde yer almaktadır. Maddenin başlığı ise "Birinci Sınıf Tüccarlar"dır. Belirtilen limitlere bağlı olarak birinci sınıf sayılmayan tüccarların, bir sonraki hüküm olan md. 178 gereği ikinci sınıf tüccarlar olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Böylece Vergi Usul Kanunu gereği ikinci sınıf tacir sayılan kişi, getirilen limitler dâhilinde esnaf kabul edilebilmektedir (Bu yönde bk. ARKAN, (2009), s. 25; BAHTİYAR, (2010), s. 18; BAHTİYAR, (2012), s. 21). Bu açıklama dahi vergi kanunları ile Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf – tacir ayrımının farklı olduğunu göstermektedir. GÖLE de 1986 tarihli Kararname ile Vergi Usul Kanunu hükümleri arasında ortaya çıkan çatışmanın, yorum yapmada zorluk yarattığını belirtmektedir (Bu yönde bk. GÖLE, s. 56-57). 2007 tarihli Kararname bakımından aynı yönde bk. BOZER/ GÖLE, s. 9.

¹⁷³ Vergi düzenlemelerinin şizofrenik yapısı kavramı için bk. DURSUN, s. 17.

Sistemin karmaşıklığı yanında aynı gelir seviyesinde bulunan kişilerin farklı vergilendirme esaslarına tabi tutulmaları şeklinde ortaya çıkan vergi hukuku sistemi, kendi içinde tutarlı olabilir¹⁷⁴. Ancak burada kullanılan kavramların Türk Ticaret Kanunu anlamında gelir esasının arandığı¹⁷⁵ bir sisteme dayanak oluşturması doğru değildir¹⁷⁶. Diğer bir ifadeyle muafiyet, basit usulde vergilendirilme, işletme hesabına göre defter tutma ile bilanço esasına göre defter tutma, esnaf faaliyeti limitlerinin belirlenmesinde ve dolaylı olarak ticari işletmenin varlığının belirlenmesinde kullanılması doğru olan ölçütler değildir¹⁷⁷.

Ancak diğer taraftan Kararname ile vergilendirmeye ilişkin esasların ilk aşamada bir görünüş oluşturduğu da ifade edilmelidir. Gerçekten bir kimsenin esnaf muafılığına tabi olması diplomat muafılığı¹⁷⁸ dışında bu kişinin

¹⁷⁴ Kamu hukuku dalı olarak vergi hukukunun ticaret hukuku ve özel hukukun diğer dallarıyla ilişkisi sınırlıdır. Bu açıdan aralarında nitelik farkı bulunduğu kabul edilmektedir (Bu yönde bk. Çımat, Ali, ARMAĞAN, s. 38). Birçok özel hukuk kavramının vergiyi doğuran olay olmalarından kaynaklanan, aynı hukuki durumlar bakımından uygulama alanı bulmaları, bunların ilişki içinde bulunması sonucunu veriyorsa da (Bu yönde bk. KIZILO/ ŞENYÜZ/ TAŞ/ DÖNMEZ, s. 31; ARMAĞAN, s. 38), kuralların dayandığı temelini farklı olduğu açıktır. Özellikle vergi gelirini konu alan düzenlemelerin emredici karakteri ve devletin vergi hukukundaki zorlayıcılığının yoğunluğu, belirtilen farkın kaynağını oluşturmaktadır. İki hukuk dalı arasındaki ilişki ve ayırım doktrinde vergi hukukunun gıdasını özel hukuktan, otoritesini kamu hukukundan aldığı şeklinde açıklanmaktadır (Bu yönde bk. KIZILO/ ŞENYÜZ/ TAŞ/ DÖNMEZ, s. 31).

¹⁷⁵ Gelir açısından da iki sistem arasında farklılık olduğu kabul görülmektedir. İlk olarak vergi hukuku açısından gelir kavramı bazı hallerde kaynak bazı hallerde net artış teorisi dikkate alınarak ele alınmaktadır (Bu yönde bk. ARSLAN, s. 11-12). Oysa yukarıda da belirtildiği gibi, ticaret hukuk açısından kaynak teorisi uygulama alanı bulmalıdır.

Diğer taraftan gelirin safi ve gayrisafi olması arasında da fark bulunmaktadır. Ticaret hukuku sisteminde esnafı belirleme amacıyla gayrisafi gelir aranmaktadır. Oysa vergi hukukunda gelir denildiğinde, indirilecek giderler belirlendikten sonra kalan miktar dikkate alınmaktadır (Gelir vergisi açısından safi gelir esasının dikkate alındığı hakkında bk. ARSLAN, s. 14).

¹⁷⁶ ERCAN bir yerde esnaf basit usulde vergilendirilir bir başka yerde ise esnaf işletme hesabına veya basit usulde vergilendirilir demek suretiyle, kanuni temeli bulunmayan bir esas ortaya koymaktadır (Bu yönde bk. ERCAN, s. 222). Zira vergilendirme anlamında esnaf sadece esnaf muafılığı kapsamında incelenmektedir. Yazarın açıklamalarında, daha çok birinci ve ikinci sınıf taciri konu alan düzenlemeleri ele almaktadır.

¹⁷⁷ Vergi hukukunun özerkliği içinde değerlendirilmesi halinde, Türk Ticaret Kanunu ile getirilen tacir ve esnaf ayrımlarının, vergi hukuku açısından önemi bulunmadığı hakkında bk. DURSUN, s. 33.

¹⁷⁸ Diplomat muafılığı Gelir Vergisi Kanunu md. 15’de düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre, Türkiye’de bulunan elçi, maslahatgüzar ve konsolosluklar bu kapsamda olup, fahri konsolosluklar bu muafiyet kapsamında değildir. Ayrıca bu sığa sahip olmamakla birlikte elçilik ve konsolosluklara mensup olan ve o memleketin uyruklığında bulunan memurları ve Türkiye’de resmi bir göreve memur edilenler muafiyet kapsamındadır.

gelirinin düşük olduğu yönünde bir ilk görünüş oluşturmaya müsaittir. Aynı esas basit usulde vergilendirme açısından da geçerlidir. Benzer olarak kişinin bilanço esasına göre defter tutuyor olması da, kişinin esnaf limitlerini aştığını göstermek bakımından yararlanılabilecek bir ilk görünüş ispat ölçüsüdür. Esnaf ve tacir sıfatının tartışmalı olmadığı durumlarda, belirtilen ilkelerden yararlanılabilir. Ancak resen dikkate alınması gereken hallerde, bunlardan yararlanılamaz¹⁷⁹.

Vergilendirmeye ilişkin esasların gerçek durumu gösteren ilkeler olduğunun kabulü, aynı gelir durumunda bulunan kişilerin farklı hukuki statü kazanmalarına sebep olabilecektir.

Genel olarak incelendiğinde bunlara diplomatik misyon adı verilmektedir (Bu yönde bk. KAVASEMİ, s. 37).

¹⁷⁹ İflas, ticaret siciline tescil veya ticari defterlerin zıyaı hallerinde kişinin tacir olduğunun resen belirlenmesi gerekmektedir. Buna karşın kamusal menfaatin olmadığı uyumsuzluk hallerinde tarafların iddia ve savunmalarında belirtilen yönde bir açıklık yoksa vergilendirme esaslarından veya tarafların beyanlarından yararlanılması mümkündür.

Yargıtay bir kararında (11. HD., 08.06.1978, E. 3051, K. 2849) "...Bir kimsenin ticaret siciline kaydedilmesi, Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu bakımlarından gerek kendisi, gerekse o kişi ile hukuki işlemlerde bulunacak üçüncü kişilerin hukuku yönünden önemli sonuçlar doğuracağından, kamu düzeni düşüncesiyle getirilmiş bulunan tescile ilişkin emredici nitelikteki hükümlerin eksiksiz olarak ve re'sen uygulanması zorunludur..." demek suretiyle belirtilen durumu vurgulamıştır (Karar için bk. **Kazancı Otomasyon Programı**). Keza Yargıtay bir kararında (12. HD., 05.05.1981, E. 3278, K. 4579), bir kimsenin iflasına karar verilebilmesi için tacir sıfatını taşıması ve bunun için de bir ticari işletme işletip işletmediğinin incelenmesi gerektiğini ortaya koyarken, ticaret siciline tescilli olmayan kişinin tacir sıfatını taşıdığı yönündeki beyanının bu anlamda yeterli olmayacağını da ifade etmektedir (Karar için bk. YKD, C. 7, S. 8, s. 1017; BATTAL, (Gerçek Kişi), s. 8).

Kamusal menfaatin bulunmadığı hallerde taraf beyanlarının dikkate alınması Yargıtay'ın daha sonra verdiği bir kararına (11. HD., 01.07.1999, E. 997, K. 6026) konu olmuştur. Bu kararda "...Kaldı ki sözleşmenin 14. maddesinin son cümlesinde "iş bu protokolün tacirler arasında akdedilen ticari bir sözleşme olduğu" vurgulanmıştır. O halde, davalının tacir olduğunun kabulü ile cezai şartta ilişkin talebin bu çerçevede ve TTK.nun 24.maddesi dikkate alınarak değerlendirilmesi (gerekir)..." demek suretiyle, kişinin tacir olduğunu, sözleşmede yer alan açıklamalara bağlamıştır (Karar için bk. **Kazancı Otomasyon Programı**). Cezai şartın tenkisinin talep edildiği başka bir karar hakkında Yargıtay (11. HD., 21.12.1988, E. 3870, K. 9147) "...Taraflar arasındaki 8.6.1994 tarihli sözleşmenin 14. maddesinde, davalıların haklarında tacirlere ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul ettiği ve (80.000.000) TL cezai şartın tenkisini istemeyecekleri kararlaştırılmıştır. Davalıların tacir olmadıklarına dair bir savunma bulunmamaktadır. Öte yandan TTK.nun 14. maddesine göre bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimsenin tacir sayılacağı belirlenmiştir. Davalıların TTK.nun 12/6. maddesinde sayılan yerlerden olan, umuma açık bayiyi kendi adlarına işletiyor olmalarına göre, işyerinin ticarethane sayılması gerekmektedir. ... " demek suretiyle, tarafın kendi menfaatine olan savunmayı yapması gerektiğini vurgulamıştır (Karar için bk. **Kazancı Otomasyon Programı**).

c. Vergi Yükümlülüğüne İlişkin Nitelendirmeler ve Nakdi Limitler Arasındaki İlişki

Yukarıda incelediğimiz ve Türk Ticaret Kanunu anlamında esnaf faaliyeti sınırının belirlenmesi açısından uygulanmalarının mümkün olmayacağı sonucuna vardığımız vergilendirme esasları ile Kararnamenin limitlere ilişkin düzenlemesi arasındaki ilişkinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Lâfzî olarak incelendiğinde Kararnamede geçen muafiyet, basit usulde vergilendirilme ve işletme defteri hesabına göre defter tutma kavramları ve VUK md. 177 hükmünde öngörülen limitler arasındaki ilişki kurulduğu ve bu ilişki sonucu vergilendirme esaslarından muafiyet, basit usulde vergilendirme ve işletme hesabına göre defter tutma şartlarının taşınmasının yanında, limitlerin de dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Böylece iki unsurun bir arada bulunması gerektiği, vergilendirmeye ilişkin açıklamaların tek başına bir anlamı olmayacağı ortaya konmuş olmaktadır. Esasen yukarıda vergilendirmeye ilişkin esasların, esnaf işletmesi- ticari işletme ayrımının yapılmasında uygun olmadığına ilişkin açıklamalar ışığında, doğrudan limitlerin dikkate alınması şeklinde bir düzenleme uygundur ve vergilendirme esaslarının ortaya çıkardığı sorunların göz ardı edilmesine olanak tanıyan bir durum yaratmaktadır.

Oysa 1986 tarihli Kararname açısından vergiden muafiyet ve basit usulde vergilendirme durumunun varlığı, limit incelemesine gidilmeksizin esnaf sıfatının varlığını gösteren özellikler olarak değerlendiriliyordu.

1986 tarihli Kararname ile ilkeler hakkında doktrinde yapılan açıklamalar incelendiğinde, doktrinde iki farklı fikrin olduğu görülmektedir. Bu açıdan **Baştuğ** 1986 tarihli Kararname hakkında kaleme aldığı çalışmasında TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 1463 hükmünden hareket ederek, sadece Kararname ile atıf yapılan limitlerin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁸⁰. Yazar böylece vergilendirmeye ilişkin esasların göz ardı edilmesi gerektiğini açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Buna karşın aynı düzenlemeyi değerlendiren **Kendigelen**, açık bir biçimde vergiden muaf olanlarla basit usulde vergilendirilenlerin limitleri aşsalar dahi esnaf olarak değerlendirilmeleri gerektiğini belirtmektedir¹⁸¹.

¹⁸⁰ Bu yönde bk. BAŞTUĞ, s. 50.

¹⁸¹ KENDİGELEN 1986 tarihli Kararnamede bir karinenin öngörüldüğünü açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Yazara göre Kararnamede belirtilen vergiden muaf olan ve basit (götürü) usulde vergilendirilenlerin, gayrisafî gelirlerinin daha yüksek olsa dahi bunların esnaf sıfatı kabul edilmelidir (Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 146, N. 439).

2007 tarihli Kararnameyi değerlendiren **Kırca** ise, 1986 tarihli Kararname sisteminin doğruluğu üzerinde durmakta ve 2007 tarihli Kararname düzenlemesinin 1986 tarihli Kararname hükmü dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Gerçekten yazar Kararnamenin tüm hallerde limit incelemesi yapılması yönündeki ifadesini eleştirmekte ve yine düzenlemede geçen ve taciri tanımlayan hükümden hareket ederek vergiden muaf olanlarla ve basit usulde vergilendirilenlerin, Vergi Usul Kanununda öngörülen limitler bakımından incelemeye alınmalarının gereksizliğini belirtmektedir. Yazara göre aksaklık yaratan husus, 1986 tarihli Kararnamede olduğu gibi vergiden muaf olanlarla, basit usulde vergilendirilenlerin başkaca bir inceleme yapılmaksızın esnaf faaliyeti sınırının altında kaldığının kabulü ile çözülebilecektir¹⁸².

Kanaatimizce vergi hukuku kavramlarının esnaf sınırını belirlemede kullanılabilir ölçütler olmaması karşısında, 2007 tarihli Kararname ile getirilen düzenlemenin sadece limitlere ilişkin bölümünün dikkate alınacağı yönündeki fikrin benimsenmesi zorunlu olacaktır. Esasen 2007 tarihli düzenleme, bilinçli olarak yapılmamış olsa dahi, kişinin vergilendirilmesine ilişkin mükellefiyet durumunu ikinci plana itmekte ve doğru bir yöntem izlemektedir. Diğer taraftan ticari gelir elde eden kişinin vergi yükümlülüğünün olmaması ihtimali de bulunmadığından, vergilendirmeye ilişkin şartlar, öngörülen limitler yanında anlamsız birer şart halini almaktadır. Diğer taraftan muaf olmasına rağmen limitleri geçen diplomat örneği ve aşağıda belirlenecek olan basit usul bakımından öngörülen limitlerle esnaf limitlerinin uyumsuzluğundan¹⁸³ kaynaklanan sorunlar, ancak bu iki usul bakımından da limit incelemesi yapılması suretiyle çözümlenebilir.

Kararnamenin vergilendirme esaslarının ancak ilk görünüş oluşturma bakımından dikkate alınması, buna karşın esnaf sıfatının belirlenmesi bakımından öngörülen limitlerin dikkate alınması şeklinde bir yorum esnaf kavramının belirlenmesi bakımından bir zorunluluktur.

Kararnamenin sadece esnafı nitelendiren vergilendirme esasları değil, taciri nitelendiren esasları da içeriğinde aynı nitelikte sorun barındırmaktadır. Kararnameye göre bilanço esasına göre defter tutanlar tacir ve sanayici olarak

¹⁸² Bu yönde bk. KIRCA, s. 297. ARKAN da gelir vergisinden muaf olanlarla basit usulde vergilendirilenlerin başka hiçbir koşul aranmaksızın esnaf sayılacağını KIRCA'ya atıf yaparak belirtmektedir (Bu yönde bk. ARKAN, (2009), s. 24, (2012), s. 29).

¹⁸³ Bk. Yuk. dn. 189. Basit usulde vergilendirme şartları ile esnaf limitleri arasındaki uyumsuzluk ise aşağıda değerlendirilecektir.

kabul edilmektedir¹⁸⁴. Bu düzenlemenin sonucu bilanço esasına göre defter tutanların esnaf olarak değerlendirilmesinin mümkün olmamaktadır¹⁸⁵. Oysa bilanço esasına göre defter tutmak, yukarıda da belirtildiği gibi kişinin kendi isteğiyle seçebileceği bir yöntemdir¹⁸⁶. Böylece ticari işletme kavramını objektif olarak belirlemek için yola çıkılan bir sistemde, kişinin bilanço esasına göre defter tutma iradesine, bu kişinin işlettiği işletmenin ticari işletme olduğu yönünde bir sonuç bağlanması doğru değildir. Bu sebeple Kararnameye göre bilanço esasına göre defter tutan kişiler bakımından dahi, öngörülen limitler bakımından inceleme yapılması ve esnaf limitlerinin altında olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁸⁷.

Ara Sonuç: Kararname ile öngörülen gelir limitleri, vergilendirme yöntemine ilişkin şartlardan bağımsız olarak, esnaf limitinin belirlenmesi açısından tek koşulu oluşturmaktadır.

d. Kararname Atfı Sebebiyle Uygulanacak Limitler

Kararnamede tek bir gelir sınırı yer almamaktadır. Faaliyetin mal alım satımı, hizmet ve ikisinin birlikte gerçekleştirilmesine göre farklı esaslar öngörülmüştür. **Baştuğ** 1986 tarihli Kararname bakımından öngörülen limitlerin karmaşık bir yapı oluşturduğunu haklı olarak belirtmektedir¹⁸⁸. Yazarın bu eleştirisi 2007 tarihli Kararname bakımından da geçerlidir. Ancak **Baştuğ** tarafından tüm işletmeleri dikkate alan tek bir rakam öngörülmesi yönündeki görüş açısından şu hususun belirtilmesi mümkündür. Bir işletmede mal alım satımı yapılıyorsa ortaya çıkan kazanç ile hizmet üretimi halinde ortaya çıkan kazanç arasında farklılık bulunmaktadır. Hizmet üretimi yapıldığında, hiç gider yapılmaksızın gelir elde edilmesi mümkünken, alım satım şeklindeki faaliyetlerde bunun olması mümkün değildir. Bu sebeple Vergi Usul Kanununun atfı yapılan hükümleriyle belirtilen ayrımın dikkate alınması adil bir çözüm oluşturmaktadır. Her ne kadar Kanunda gelir esası

¹⁸⁴ 1986 tarihli Kararname bakımından aynı yönde bk. KARAHAN, (Batider), s. 54-55.

¹⁸⁵ Konumuzla doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte, tacire ilişkin belirtilen tanımlamanın, TTK md. 12’de yer alan tanımla çelişkili olduğu da vurgulanmalıdır. TTK anlamında tacir ticari işletmeyi işleten kişi iken, Kararname anlamında tacir, geliri esnaf faaliyetleri sınırının üzerindeki kişiyi ifade etmektedir. Kararnameye ilişkin belirtilen düzenlemesinin eleştirisi için bk. KIRCA, s. 304. 1986 tarihli Kararname hakkında bu yönde eleştiriler için bk. GÖLE, s. 58.

¹⁸⁶ Bu yönde bk. yuk. II, C, 2, a, dd.

¹⁸⁷ Yukarıda da belirtildiği gibi, niyete bağlı olarak tacir sıfatının kazanılması, Kanun sistemine uygun değildir. Bu yönde bk. yuk. I, B, 1, b, bb.

¹⁸⁸ Bu yönde bk. BAŞTUĞ, s. 47.

dikkate alınıyorsa da, elde edilen gelirin yarattığı sonucun da dikkate alınması böylece sağlanmış olmaktadır.

Kararname ile öngörülen limitler incelendiğinde Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen üç halin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir:

- Faaliyetin mal satın alınması ve bu malın işlenerek veya işlenmeden satılması şeklinde gerçekleştirilmesi;
- Faaliyetin mal alım satımı yapılmadan gerçekleştirilmesi (bu tip faaliyetler hizmet faaliyetleri olarak görülebilir);
- Mal alım - satımı ve hizmet faaliyetlerinin birlikte gerçekleştirilmesi.

Belirtilen faaliyete göre öngörülen limitler ise şu şekilde belirtilmelidir:

• Mal alım ve satımı gerçekleştiren kimsenin alım miktarı 75.000 TL ve satım miktarı 100.000TL'nin¹⁸⁹ altında olduğu takdirde, esnaf olarak nitelendirilecektir. Vergi Usul Kanunu md. 177 ifadesine göre, alım ve satım miktarlarının herhangi birinde limitin aşılması halinde bu kişi birinci sınıf tüccar olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla esnaf sıfatının belirlenebilmesi için, incelenen kişinin alım ve satım miktarlarının her ikisinin de, belirtilen limitin altında olması gerekmektedir.

• Hizmet sektöründe faaliyet gösteren ve mal alım satımı gerçekleştirmeyen kişiler bakımından yıl içinde elde edilen gayrisafi iş hâsılatı 80.000 TL'sini¹⁹⁰ aşmayanlar da benzer olarak esnaf olarak tanımlanacaktır. Burada belirtilen iş hâsılatı kavramının, masraflar düşülmeksizin elde edilen (gayrisafi hasılat) miktar olduğu kabul edilmelidir.

• Son olarak faaliyeti gereği mal alım satımı ve hizmet faaliyetlerini birlikte gören kişiler bakımından iş hâsılatının beş katı ile yıllık satış tutarı toplamı 75.000 TL'sini¹⁹¹ aşmayanlar esnaf olarak kabul edilecektir. Burada, hizmet ve mal satımlarından dolayı elde edilen gelirler ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Maddenin ikinci bendinde anılan şekliyle iş hâsılatı

¹⁸⁹ Vergi Usul Kanunu'nda bakımından bu miktarlar 31.12.2012 tarihli ve 28514 (4. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Maliye Bakanlığının 422 Sıra No.'lu Tebliği ile 01.01.2013 tarihinden itibaren sırasıyla 150.000. TL ve 200.000 TL olarak belirlenmiştir. Kararname, belirtilen miktarların yarısının öngörüldüğünden 75.000 TL ve 100.000 TL dikkate alınmalıdır.

¹⁹⁰ Bu miktar doğrudan Vergi Usul Kanunu md. 177, f. 1, bent 2'de yer alan miktardır. Birinci ve üçüncü bentlerde olduğu gibi Kanunda belirtilen miktarın yarısı alınmamaktadır.

¹⁹¹ Bu hükümde de Vergi Usul Kanunu md. 177, f. 1, bent 3'de yer alan 140.000 TL'nin yarısı alınmaktadır.

hizmet satımlarından dolayı ortaya çıkan geliri, satış tutarı ise mal satışından ortaya çıkan geliri ifade etmektedir.

Belirtilen limitlerle basit usulde vergilendirme limitleri arasında uyumsuzluk bulunduğu ifade edilmelidir. Esnaf limitlerinin ortaya konmasının ardından, basit usulde vergilendirme limitleri ile karşılaştırma yapılabilmesi mümkün hale gelmektedir. Durum bir tablo ile şu biçimde açıklanabilir.

	Basit Usul Limitleri ¹⁹²		Esnaf Sayılma Limitleri	
	Şart	Miktar	Şart	Miktar
Mal Alım Satımı Yapan Kişiler	Alış veya Satış	Alış: 75.000 Satış: 110.000	Alış veya Satış	Alış: 75.000 Satış: 100.000
Hizmet Üreten Kişiler	İş Hâsılatı	37.000	İş Hâsılatı	80.000
Mal Alım Satımı ve Hizmet Üretimini Birlikte Yapan Kişiler	İş Hâsılatı ve Satış Toplamı	75.000	İş Hâsılatının Beş Katı ve Satış Toplamı	75.000

Bir kimsenin basit usulde vergilendirilmesine ilişkin limitlerle esnaf sayılma limitleri arasında olması gereken uyum, Kararname, Vergi Usul Kanunun ve Gelir Vergisi Kanunu hükümleri arasında bulunmamaktadır. Bir örnek vermek gerekirse satış miktarı yıllık 100.000 TL olan bir kişi, diğer şartlar varsa basit usulde vergilendirilebilecektir. Ancak esnaf sayılma limitlerinin üzerinde yer alacaktır. Benzer olarak hizmet üreten ve mal satan kişinin hizmet üretimi 20.000 TL, mal satımı 10.000 TL olduğu takdirde, bunların toplamı 30.000 TL olduğundan basit usulde vergilendirilebilecek, ancak esnaf limiti bakımından iş hâsılatının beş katı ile satışlar toplandığında 110.000 TL olduğundan esnaf sayılamayacaktır. Tabloya göre sadece hizmet üretimi gerçekleştiren kişiler bakımından, basit usul ve esnaf limitleri bakımından uyumdan söz edilebilmektedir.

Bu açıklama dahi, vergilendirmeye ilişkin esaslarla esnaf sayılma limitleri arasındaki ilişkide, limitlere öncelik verilmesi gerektiğini göstermektedir.

¹⁹²Gelir Vergisi Kanunu md. 48 hükmüne uygun olarak 2013 yılında geçerli bulunan rakamlardır.

Bilanço esasına göre vergilendirme limitleri ve esnaf sayılma limitleri incelendiğinde, bunların daha uyumlu olduğu görülmektedir:

	Esnaf Sayılma Limitleri		Bilanço Esasına Göre Defter Tutma Zorunluluk Limitleri	
	Şart	Miktar	Şart	Miktar
Mal Alım Satımı Yapan Kişiler	Alış veya Satış	Alış: 75.000 Satış: 100.000	Alış veya Satış	Alış: 150.000 Satış: 200.000
Hizmet Üreten Kişiler	İş Hâsılatı	80.000	İş Hâsılatı	80.000
Mal Alım Satımı ve Hizmet Üretimini Birlikte Yapan Kişiler	İş Hâsılatının Beş Katı ve Satış Toplamı	75.000	İş Hâsılatının Beş Katı ve Satış Toplamı	150.000

Ancak diğer taraftan belirtilen limitler arasında uyum olduğu söylenebilirse de öngörülen limitlerin zorunluluk doğması bakımından ortaya konulduğu, kişinin bu limitlerin altında olsa bile bilanço esasına göre defter tutmasının mümkün olduğu tekrar belirtilmelidir. Bilanço esasına göre defter tutmanın isteğe bağlı olarak gerçekleştirilmesi, esnaf kavramının belirlenmesi bakımından bu ayırımın kullanılmasını güçleştirmektedir.

3. Sınırların Sonradan Geçilmesi Halinde Durum

Esnaf faaliyeti sınırlarının işletmenin kurulmasından sonra aşılması halinde ne şekilde uygulama yapılacağına ilişkin bir düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nda yer almamaktadır¹⁹³.

¹⁹³ Bu Kanundan önce ortaya çıkan boşluğun Vergi Usul Kanunu md. 179 ve 180 dikkate alınarak çözülebileceği fikri için bk. GÖLE, s. 61. Belirtilen hükümler birinci ve ikinci sınıf tacir arasındaki geçişleri düzenlemektedir.

5362 sayılı Kanunda ise bu yönde bir düzenleme bulunmaktadır¹⁹⁴. Bu Kanun esnaf sıfatı kazanıldıktan sonra belirtilen limitler aşılsa bile sınıf değiştirmeyi belli bir hadde kadar zorunlu kılmamaktadır. Şöyle ki, “... Esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hâsılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanlar kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayda zorlanamazlar. Ancak, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hâsılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların kayıtları, sicil marifetiyle ticaret siciline aktarılır...” (5362 sayılı Kanun md. 68, f. 4).

Bakanlar Kurulunun 2007/12362 sayılı Kararında bu noktaya da değinilmiş ve “...esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hâsılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hâsılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması ...” kararlaştırılmıştır. Lafzi olarak değerlendirildiğinde ve Türk Ticaret Kanunu anlamında da uygulanması kabul edildiğinde¹⁹⁵ esnaf olarak bir esnaf işletmesi işlettiği için esnaf siciline kayıt yaptıran bir kişi, yıllık cirosu Kararnamede ile atıf yapılarak belirlenen limitleri geçse bile kendi isteği olmadıkça ticaret siciline kaydedilmeyecektir. Ticaret siciline kayıt, esnaf limitlerinin altı katının aşılması halinde zorunlu olacaktır.

Doktrinde belirtilen hükmün tacir sıfatına etkisi olup olmayacağı hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre hükmün tacir sıfatı ile ilgisi bulunmamaktadır. Hüküm tacir sıfatını kazanan kişiye, kanunda belirtilen sınırları geçen işletmenin ticaret sicili yerine esnaf siciline kayıtlı olabilmesine ve daha az aidat ödeme, sicil kayıt ücretleri gibi mali

¹⁹⁴ Belirtilen düzenlemenin ticaret hukuku sistemi ile uyumlu olmadığı açıktır. KENDİGELEN bu hükmü ticaret siciline tescilin talep üzerine olacağı ilkesine aykırılık açısından eleştirmektedir (Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 148, N. 446). Avusturya hukukunda işletmecinin bilanço esasına göre defter tutmasına ilişkin düzenlemelerde, sınırların aşılması halinde ne şekilde uygulama yapılacağına belirlendiği görülmektedir (Bu yönde bk. düzenlemenin detayları için bk. AKER, s. 241).

¹⁹⁵ Türk Ticaret Kanunu anlamında uygulanmaması gerektiği, diğer bir ifadeyle Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılırsa, bu işletmelerin ticaret siciline tescili ve bunu tespit eden sicil memuru tarafından tescili için davet edilmeleri gerekirdi (Bu yönde bk. KIRCA, s. 300).

yükümlülüklerden¹⁹⁶ muaf olma imkânı sağlamaktadır¹⁹⁷. Aksi görüşe göre belirtilen hüküm ticari işletme sınırının belirlenmesinde önem taşıyacak ve bunu işleten kişi, kanunda belirtilen limitleri sonradan altı katına kadar geçmiş olsa bile, ticari işletme işletmiş sayılamayacaktır. Bu durumda işletenin tacir değil, esnaf olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹⁹⁸.

Kanaatimizce Kararnamenin Türk Ticaret Kanunu düzenlemesine aykırı bu hükmü, sadece 5362 sayılı Kanun hükümleriyle sınırlı uygulanmalıdır. Bu sebeple ilk fıkra kabul edilmesi, işletmenin ticari işletme, bunu işleten kişinin tacir olduğunun benimsenmesi gerekmektedir. Ancak incelenen durumda Türk Ticaret Kanunu anlamında ticari işletme işlettiği için tacir sıfatını kazanan kişinin ticaret siciline tescil (TTK⁽¹⁹⁵⁷⁾ md. 20, f. 1; TTK md. 18, f. 1) ve ticaret ve sanayi odalarına kayıt zorunluluğu bakımından hangi esasın uygulanacağı sorunu ile karşı karşıya kalınacaktır. Zira düzenleme işletmenin ticari işletme olmasına rağmen, tacir sıfatının kazanılıp kazanılmayacağını belirsiz hale getirmektedir.

Bu durumda tacir olmanın hüküm ve sonuçları açısından ortaya çıkan tescil ve odalara kayıt yükümlülüğünün, esnaf siciline tescil ve odalarına kayıt şeklinde ortaya çıkacağı kabul edilmelidir. Belirttiğimiz hali ile TTK anlamında tacir olmasına rağmen, 5362 sayılı Kanun anlamında esnaf sayılan kişilerin ticaret sicili yerine esnaf ve sanatkârlar sicili (5362 sayılı Kanun md. 67 vd) kayıtları yapılacaktır. 5362 sayılı Kanun hükümlerinin, TTK hükümlerine göre özel hüküm olması bu sonucu zorunlu kılmaktadır¹⁹⁹. Dolayısıyla Kararname ile öngörülen limitlerin aşılması halinde kişi esnaf sayılamayacak, işletmesi ticari işletme olacak ve tacir sıfatını kazanacaktır²⁰⁰. Ancak diğer taraftan resmi sicil niteliğini gösteren esnaf ve sanatkârlar sicilinde kayıtlı²⁰¹ kişilerin

¹⁹⁶ Özellikle sicil harçları konusunda 5362 sayılı Kanun 69. Maddesi dikkat çekicidir. Hükme göre Esnaf ve sanatkârların sicile kayıt ve tescil harçlarının tutarı 492 sayılı Harçlar Kanununun Ticaret Sicili Harçları hükümlerine göre hesap edilecek harcın yarısıdır.

¹⁹⁷ Bu yönde bk. ARKAN, (2009), s. 25, dn. 1, (2012), s. 30, dn. 1; KIRCA, s. 301. KARAYALÇIN, Kararname öncesi düzenlemeyi ele aldığı eserinde, bir kimsenin esnaf derneğine kayıtlı olmasının (O dönemde esnaf odaları kurulmamış, esnaf dernekleri düzenleme altına alınmış-tı), bu kişinin esnaf olduğu yönünde yeterli sebep oluşturamayacağını vurgulamakta ve benzer bir sonuca varmaktadır (Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 230).

¹⁹⁸ Bu yönde bk. DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 253.

¹⁹⁹ Bu yönde bk. KIRCA, s. 301.

²⁰⁰ Tacir sıfatına sahip ve esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı garip bir statüye sahip zümre ifadesi için bk. DURSUN, s. 24, dn. 5.

²⁰¹ Herhangi bir sicile kayıtlı olmayan kişinin durumunun ispatı açısından bk. 11. HD., 20.03.1991, E. 7567, K. 2195; ERİŞ, (2004), s. 659, (2010), s. 853.

esnaf olduklarına dair bir karinenin bulunduğu kabul edileceğinden²⁰², kişinin esnaf limitlerini aştığı ve gerçekte tacir olduğunu iddia eden kişinin bunu ispat etmesi de zorunlu olacaktır²⁰³.

Bu şekilde sicil ve oda kaydı bakımından ikili sistemin oluşmasına sebep olan, 5362 sayılı Kanun düzenlemesidir.

4. Faaliyete Yeni Başlayan Kişinin Durumu

İşletmesini açarak faaliyete başlayan kişinin durumu hakkında Türk Ticaret Kanunu ve Kararnamede özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bu konuda iki farklı görüş ileri sürüldüğü görülmektedir.

Kendigelen bu durumda Ticaret Sicili Tüzüğü md. 15, f. 2 hükmünün dikkate alınarak bir çözüme ulaşılabileceğini belirtmektedir²⁰⁴. Yazarın belirttiği düzenlemeye göre "...Kararnamenin mer'iyete girdiği tarihte henüz bir yıllık olmayan işletmelerin o tarihe kadar elde ettikleri gayrisafi gelirin miktarı esas tutulur. Bir yılın geçmesinden önce kararnamede gösterilen miktardan fazla gayrisafi gelir elde edilirse tescil mükellefiyeti başlar...". Belirtilen hüküm dikkate alındığında, kural olarak bir yıllık sürenin beklenmesi gerekmektedir. Ancak faaliyete başlayan kişinin geliri ilk faaliyet yılı içinde limitleri aşarsa, esnaf sınırının aşıldığı kabul edilecektir.

Bu konuda **Bahtiyar** tarafından savunulan görüşe göre ise, tüzük düzenlemesinin sicile kayıtlı sınırlı olması sebebiyle uygulanması mümkün olmamalıdır. Yazara göre ticari işletme tanımının verildiği TTK md.11, f. 1'de yer alan "... esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetler ..." ifadesi dikkate alındığında, kişinin belirli geliri elde etmeye yönelik iradesine öncelik tanınabileceği kabul edilebilir. Yazar bunun

²⁰² Bu yönde GÖLE, s. 62.

²⁰³ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 212 ve 229, 230; DOĞANAY, s. 186-187; GÖLE, s. 62. Yargıtay da bir kararında (11. HD., 20.06.2005, E. 2004/9977, K. 6484, **Kazancı Otomasyon Programı**), bir kimsenin esnaf odasına kayıt olmasının, tacir sayılmasını engellemeyeceğini ve tacir olmamanın kesin kanıtını oluşturmayacağını vurgulamaktadır. Esnaf odalarının kuruluşundan önce esnaf derneklerine üye olanlar bakımından aynı yönde bk. 11. HD., 04.07.1978, E. 3642, K. 3571, ERİŞ, (1987), s. 250-251. Sorun esnaf odasına kayıtlı kişilerin defterlerinin zıyaı durumunda ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'ın, yerel mahkemenin zayı belgesi talep eden davacının talebini, tacir sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle reddetmesi üzerine verdiği bozma kararlarında, davacının tacir sıfatının incelenmesi gerektiğini vurguladığı görülmektedir (11. HD., 19.10.1990, E. 6902, K. 6670; Karar için bk. YKD, C. XVII, S. 2, s. 223; ERİŞ, (1992), s. 208, (2004), s. 674, (2010), s. 868; BATTAL, (Gerçek Kişi), s. 6; UÇAR, s. 27). Benzer karar için bk. 11. HD., 28.01.2002, E. 2001/8149, K. 565, **Kazancı Otomasyon Programı**.

²⁰⁴ Bu yönde bk. KENDİGELEN, (İşletme), s. 147-148, N. 445.

sonucu olarak kişinin tacir olarak değerlendirilebilmesi için, ilk yıl belirli oranda gelir sağlamasının da zorunlu olmadığını kabul etmektedir. Yazar hedefin belirlenmesi açısından, ilk yıl işletenin niyetini ortaya koyan, ticaret siciline tescil veya ticaret odalarına kayıt veya işletmenin organizasyonu örgütlenme tarzının dikkate alınabileceğini, sonraki yıllarda ise fiilen ulaşılan veya hedeflenen gelir düzeyinin kanıtlanması yönteminin tercih edilebileceğini belirtmektedir²⁰⁵.

Kanaatimizce işletenin niyetine bağlanmış bir sistemin kabul edilmemesi mümkün değildir. Esnaf faaliyeti sınırının aşılması bakımından gerçekleşmiş gelir üzerinde durulmalıdır. Bu anlamda daha somut ilkeler belirlendiğinden, tüzüğün 15. maddesini dikkate alan görüşün benimsenmesi mümkündür. Ayrıca bu düzenleme ile birlikte Vergi Usul Kanunu md. 178 f. 2 hükmünden de yararlanılması düşünülebilir. Gerçekten bu düzenlemede "... yeniden işe başlayan tüccarlar yıllık iş hacimlerine göre sınıflandırılınca kadar II nci sınıf tüccarlar gibi hareket edebilirler..." ifadesi yer almaktadır.

Belirtilen düzenlemelerin kıyasen uygulanması suretiyle, yeni işe başlayan kişi esnaf limitlerinin altında kalacağını düşünüyorsa, esnaf ve sanatkârlar siciline tescil ve odalarına kaydını, aksi düşüncedeysen ticaret siciline tescil ve ticaret odalarına kaydını yaptırmaması mümkündür. Ancak gerçekleştirilen kaydın tacir veya esnaf sıfatıyla ve belirtilen işletmenin esnaf işletmesi veya ticari işletme olarak nitelendirilmesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Ticari işletme sınırı ancak Kararname ile belirlenen gelirin aşılması halinde ortaya çıkacaktır. Bu açıdan ilk faaliyet yılı bakımından, sicillere yapılan kayıtların, ispat açısından dahi karine oluşturmadığı kabul edilmelidir. Zira aksi durumda kişinin niyetine bağlı değerlendirme yapılmış olmaktadır.

İlk yılın ardından gelir durumu belirli olduğundan işletmenin esnaf işletmesi sınırlarını aşıp aşmadığı da belli olacaktır. Bu aşamada esnaf siciline tescil gerçekleştiren kişinin, gelir durumu bilahare limitleri aştığı takdirde, tacir sıfatını kazanacağı açıktır. Ancak belirtilen limitleri altı kat aşmadan ticaret siciline tescil ve ticaret odasına kayıt yükümlülüğü olmayacaktır²⁰⁶.

²⁰⁵ Bu yönde bk. BAHTİYAR, (2012), s. 22. Yazar Kararnamenin, limitlerin altı katına kadar aşılması halinde, ticaret siciline kaydı işletenin iradesine bağlayan düzenlemeyi de, bu görüşü destekleyen bir husus olarak belirtilmektedir.

²⁰⁶ Bu yönde bk. yuk. II, C, 3.

5. Birden Fazla İşletme İşletenin Durumu

Bir kişinin birden fazla işletmesi bulunması halinde ortaya çıkan durum açısından değerlendirildiğinde, Kanun ve Kararnamede bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Bir taraftan kişinin öne çıkartılmış olması, diğer taraftan gelir esasına göre tanımlanmış olması, birden fazla işletme işleten kişinin elde ettiği gelirinin bir bütün olarak değerlendirilmesine dayanak oluşturacaktır. Bu durumda kişi birden fazla işletmesinden limitleri aşan miktarda gelir elde ederse, esnaf sayılamayacaktır. Belirtilen husus, vergi hukuku açısından kabul gören sonucu oluşturmaktadır²⁰⁷.

Ancak bu sonuç, bu kişi tarafından işletilen işletmelerin ticari işletme sayılmasını sağlamayacaktır. Zira ticari işletme, esnaf işletmesi faaliyeti sınırlarının aşıldığı işletmedir. Bu işletmeleri işleten kişinin tacir olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Zira bu kişi ticari işletme işletmemektedir. Bu durumda esnaf olmayan kişi tarafından işletilen bir esnaf işletmesinden söz edilebilecektir. Bu husus yukarıda belirtilen esnaf işletmesinin esnaf tarafından işletilen işletme olduğu şeklindeki yaklaşımın zaaflarından birini oluşturmaktadır.

Bu eleştiri ışığında soruna şu şekilde yaklaşılması gerekmektedir: Eğer bir kimsenin birden fazla işletmesi bulunuyor ve bu işletmelerde gerçekleştirilen faaliyetler hiçbir işletme bakımından esnaf faaliyeti sınırını aşmıyorsa bu işletmelerin tümünün esnaf işletmesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁰⁸. Bu işletmelerde gerçekleştirilen faaliyetlerin gelirlerinin toplanarak Kararname ile öngörülen limitleri aşıyor olması halinde dahi her işletmenin bağımsız değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çözüm her ne kadar mevcut vergi hukuku düzenlemelerine aykırı olsa da, Türk Ticaret Kanunu sistemine uygundur²⁰⁹.

²⁰⁷ Gerçekten vergi hukuku düzenlemeleri açısından, birden fazla işletmesi bulunan kişinin hangi esaslara tabi olacağı yönünde bu işletmelerden elde edeceği gelirlerin birlikte değerlendirildiği görülmektedir (Bu yönde bk. KIRCA, s. 304, dn. 18; ŞENYÜZ, s. 49; ÜREL, s. 333). Bu husus gelir vergisi açısından üniter sistemin kabul edildiği ve sedüler sistemin reddedildiği şeklinde açıklanmaktadır (Bu yönde bk. ŞENYÜZ, s. 49).

²⁰⁸ Bunlardan herhangi birinin esnaf işletmesi sınırlarını aşması halinde, bunun ticari işletme olarak kabul edileceği ve işletenin tacir sayılacağı kabul edilmelidir (Bu yönde bk. KIRCA, s. 303).

²⁰⁹ Aynı yönde bk. KIRCA, s. 303-304.

Bu farklılık ticaret hukuku sistemi ile vergi hukuku sistemi arasındaki uyumsuzluktan ileri gelmektedir. Ticaret hukukunun işletme esasını kabul etmesine rağmen gerçek kişiler bakımından vergi mükellefiyeti bireyseldir. Bu iki sistemin mevcut kurallar bünyesinde birleştirilmesi mümkün değildir.

Belirtilen esas esnaf işletmesi ve ticari işletme ilişkisi yanında serbest meslek faaliyetleri ile bunlar arasındaki ilişki bakımından da dikkate alınması gereken bir husus oluşturmaktadır. Gerçekten bir serbest meslek sahibinin, aynı zamanda bir işletmesi bulunuyorsa, esnaf işletmesi sınırının belirlenmesinde sadece işletmede elde edilen gelirin dikkate alınması, buna karşın serbest meslek kazancının değerlendirmeye alınmaması gerekmektedir.

III. MEVCUT SİSTEMİN ELEŞTİRİSİ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Sistemin Eleştirisi

Yukarıda da ifade edildiği gibi, esnaf işletmesi kavramı tanımlanmamış, tüm düzenlemeler esnaf kavramından hareket edilerek ele alınmıştır. Esnaf kavramının esnaf işletmesi kavramının belirlemede bu denli etkili olması, aynı zamanda ticari işletme kavramının belirlenmesi bakımından da etkili olması sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuç, ticari işletmenin Türk Ticaret Kanunu sisteminin merkez kavramı olduğuna ilişkin açıklamayı²¹⁰ zayıflatıcı nitelik gösterir.

Esnaf işletmesinin belirlenmesi açısından, bunun niteliklerinin ortaya konulması yerine, esnaf kavramından yararlanıyor olmasının sonucu, sistemimizin temeline bir kişinin konulduğu subjektif sisteme benzerlik göstermesidir²¹¹. Buna göre esnaf tarafından işletilen işletme, esnaf işletmesi olarak nitelendirilmekte, bunun sınırlarını aşan işletme ise ticari işletme olarak tanımlanmaktadır²¹². Bunun sonucu kavramlar arasındaki ilişkilendirme, şu sıra dikkate alınarak ortaya konulmaktadır: Esnaf, esnaf işletmesi, ticari işletme²¹³.

Bunun sonucu olarak Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre esnaf olarak kabul edilen bir kimsenin vergi hukuku düzenlemelerine göre birinci sınıf tacir olarak nitelendirilmesi de mümkündür.

²¹⁰ Bu yönde bk. yuk. I, A, 1.

²¹¹ Bu durumda ticaret hukukunun temeline yerleştirilen kişi bu kişinin subjektif sistemin uygulandığı hukuklarda tacir, hukukumuzda ise esnaf olduğu dahi ileri sürülebilecektir.

²¹² Bakanlar Kurulu Tarafından TTK md. 11’de belirtilen yetkiye dayalı olara esnaf işletmesi sınırını belirleyen bir Kararname çıkartılana kadar uygulama alanı bulacak 2007 tarihli Kararname, esnaf ve tacir kavramlarını belirlemekte ve yukarıda ifade ettiğimiz sorunu bünyesinde taşımaktadır. KIRCA bu Kararnamayı değerlendirdiği makalesinde, 1986 ve 2007 tarihli Kararnamelerin ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımı yerine tacir – esnaf ayrımını benimsemiş olmasını eleştirmekte (Bu yönde bk. KIRCA, s. 302) ve yeni Türk Ticaret Kanunu’nda ticari işletme tanımının yapıldığı 11. maddede ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımının ortaya konmasının olumlu olduğunu ifade etmektedir.

²¹³ Gerçek kişi tacirlerle bir kısım tüzel kişi tacirler bakımından, tacir sıfatının belirlenmesinde

Kanaatimizce kanun tarafından öngörülen bu sistem, merkez kavram olarak ticari işletmenin ele alındığı genel sisteme uygun değildir. İşletme esasından hareket ediliyorsa, esnaf işletmesi hakkında yapılacak değerlendirmelerin, kişi değil, faaliyet dikkate alınarak ortaya konulması gerekmektedir. Genel sistemle bu şekilde ortaya çıkan uyumsuzluk, getirilen düzenlemede kural içi boşluk bulunduğunun kabulünü zorunlu kılmaktadır. Buna bağlı olarak getirilen düzenlemelerin ve özellikle ikincil mevzuatın yorumlanmasında, işletene yönelik değerlendirmeler yerine, genel sisteme uygun bir biçimde işletmeye yönelik değerlendirmelerde bulunulması gerekmektedir.

B. Çözüm: Esnaf İşletmesi Kavramının Tanımlanması ve Fonksiyonunun Ortaya Konulması

Yukarıda belirtilen eleştiriler ışığında ilk olarak limitlerin, bir işletme kapsamında yürütülen faaliyetleri konu alması gerekmektedir. Kişinin öne alındığı sistemden böylece vazgeçilmelidir. Böylece öngörülen limitlerin bir işletme kapsamında gerçekleştirilen faaliyetler sonucunda aşılp aşılmadığı, işletmenin esnaf işletmesi veya ticari işletme olduğunun belirlenmesi açısından doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımının ortaya konması, esnaf işletmesinin ön plana çıkmasına sebep olmuştur. Bu kavramın doğru kullanılabilmesi ve ticari işletme ile ayrımının tam anlamıyla belirlenebilmesi için, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde bazı değişiklikler yapılması, ardından Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak yeni kararnamede, eski Kararnamelerden farklı bir yöntemin ortaya konması gerekmektedir.

1. Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinde Yapılması Gereken Düzenlemeler

Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan esnaf işletmesi kavramının tanımlanmamış olması, bunun yerine esnaf kavramının tanımının yapılmış olması, değişiklik yapılması gereken hususu oluşturmaktadır²¹⁴. Buna göre

ticari işletme kavramından yararlanılması sebebiyle, sayılan sıralandırmanın ardına “tacir” kavramının da eklenmesi mümkündür. KIRCA, esnaf sınırını aşanların tacir sayılacağını belirtirken (Bu yönde bk. KIRCA, s. 296), bu hususu vurgulamaktadır. KAYAR’a göre de kanuni düzenleme, ticari işletme – esnaf işletmesi farkını ortaya koyarken, aynı zamanda tacir esnaf ayrımı bakımından da dolaylı olarak belirleyici nitelik göstermektedir (KAYAR, s. 24).

²¹⁴ Ticari işletme esasına dayanan Türk Ticaret Kanunu’nun maksat ve gayesinin esnaf zümresiyle ilgilenmek olmadığı ve bu sebeple kanunda esnaf tanımının yapılmasının gereksiz ol-

ticari işletme kavramının kişi temelli açıklanmasının önüne geçilmiş olacaktır. Bu açıdan Türk Ticaret Kanunu 15. maddesi hükmü, **Karayalçın**'ın yıllar önce ortaya koyduğu eleştiriler dikkate alınarak²¹⁵ esnaf işletmesini düzenleyen bir hüküm olarak kaleme alınmalıdır.

Esnaf tanımında ortaya konulan emek-sermaye ilişkisinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Yukarıda belirtilen eleştiriler ışığında²¹⁶, düşük gelir elde edilen hallerde emek sermaye ilişkisinin, emek lehine yoğun olduğunun bir karine olarak kabul edilmesi zorunludur. Buna bağlı olarak emek sermaye ilişkisine dair açıklamanın tamamen ortadan kaldırılması en doğru çözümü oluşturmaktadır.

Buna göre esnaf işletmesinin, ekonomik faaliyet sonucu elde edilen gelirin 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmadığı işletmeler²¹⁷ şeklinde tanımlanması ve 15. maddenin şu şekilde kaleme alınması gerekmektedir.

4. Esnaf İşletmesi

MADDE 15- (1) Ekonomik faaliyet sonucu elde edilen gelirin 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan işletmeler esnaf işletmeleridir. Esnaf işletmesi işleten kişiler esnaf sayılır. Ancak, tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medenî Kanununun 950 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlara da uygulanır.

Böylece merkez kavramın ticari işletme olduğu ve bunun esnaf işletmesi faaliyeti sınırının üzerinde işlemler gerçekleştirilen bir işletme olması esası sağlanmış olacaktır. İşletmenin nitelikleri ortaya konularak bir kimsenin esnaf veya tacir olduğunun belirlenmesi, Türk Ticaret Kanunu sistemine uygundur. Bu sebeple mevcut düzenlemede ortaya çıkan işletenin kim olduğuna bağlı olarak işletmenin esnaf işletmesi olduğuna ilişkin düzenleme yerine, işletmenin niteliğine göre işletenin hukuki durumunun belirlenmesi gerekmektedir. Bir işletme esnaf işletmesi sınırlarında kalıyorsa, bunu işleten kişi esnaftır.

duğu hakkında bk. KARAYALÇIN, s. 233.

²¹⁵ Bu yönde bk. KARAYALÇIN, s. 233-234.

²¹⁶ Bk. yuk. II, A, 2, a.

²¹⁷ Dikkat edilirse bu tanımda kanunun esnaf tanımında yer alan “gezici, bir dükkânda veya so-kağın bir yerinde sabit” olmaya ilişkin açıklama bulunmamaktadır. Esasen bu yönde bir açıklamanın bulunmasına da gerek yoktur. Belirtilen tanıma uygun işletmeyi işleten kişinin esnaf olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

2. Yeni Hazırlanacak Kararname Bakımından Dikkate Alınacak Hususlar

Türk Ticaret Kanunu 11. maddesine göre Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak Kararname düzenlemesi bakımından şu hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir.

İlk olarak birbirinden farklı düzenlemeler içeren 5362 sayılı Kanun ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması bakımından, tek bir Kararname çıkartılması yöntemi terk edilmelidir. Kararname sadece Türk Ticaret Kanunu hükümlerini uygulamaya yönelik olarak çıkartılmalıdır. Böylesi bir Kararnamenin hazırlanması, sadece maliye yetkililerine bırakılmamalıdır²¹⁸.

İkinci olarak, Kanun tarafından verilen yetki dikkate alındığında, Kararnamede ancak limit belirleme yöntemi kullanmasına olanak bulunmaktadır. Bunun dışında 2007 tarihli Kararnamede yer alan meslek kollarına dâhil olma ve vergilendirme esaslarına yapılan atıfların, Türk Ticaret Kanunu anlamında uygulama imkânı bulunmamaktadır. Bu yönde düzenlemelerin yeni Bakanlar Kurulu Kararında yer almaması doğru olacaktır.

Limit belirleme açısından işletmelerin mal satışı yapılan işletmeler, hizmet işletmeleri veya bunların ikisinin birlikte yapıldığı işletmeler şeklinde gerçekleştirilen ve vergi hukuku kurallarının uygulanmasından kaynaklanan ayırım, eşitlik ilkesine aykırı görünmemektedir²¹⁹.

2007 tarihli Kararnamede öngörülen ve 5362 sayılı Kanun kaynaklı olan, limitlerin sonradan aşılmasına ilişkin düzenleme, yeni Kararnamede yer almamalıdır. Bu konu sadece ticaret siciline tescil bakımından, Türk Ticaret Kanunu ile 5362 sayılı Kanun hükümleri arasındaki özel hüküm - genel hüküm ilişkisine bağlı olarak çözümlmelidir.

SONUÇ:

Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinde merkez kavram olarak ele alınan ticari işletmenin belirleyici özelliğini oluşturan esnaf işletmesi faaliyeti aşma şartı, esnaf işletmesinin belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Esnaf işletmesinin

²¹⁸ BAŞTUĞ, düzenlemenin maliye uzmanları tarafından yapılması gerekiyorsa, bunların ticaret hukukundan da anlayan uzmanlar olması gerektiğini, biraz da ironik bir biçimde ifade etmektedir (Bu yönde bk. BAŞTUĞ, s. 51).

²¹⁹Bu yönde bk. yuk. II, C, 2, d.

yasal tanımının bulunmaması ve düzenlemenin esnaf işletmesi yerine esnaf kavramı üzerine kurulması sistemin zaafını oluşturmaktadır.

Esnaf kavramının Türk Ticaret Kanunu'ndan ziyade meslek örgütlerine ilişkin düzenlemelerde ele alınması ve Türk Ticaret Kanunu ile bağlantılı ikincil mevzuatın, meslek örgütlerine ilişkin mevzuat dikkate alınarak ve bunun etkisinde kalınarak hazırlanması, ticaret hukuku anlamında esnaf kavramının tespitini dahi zorlaştırmaktadır.

KAYNAKLAR

Kanun değişikliği sebebiyle, aynı çalışmanın birden fazla basısına atıf yapılması gerektiğinde, basım yılı kısaltması kullanılmıştır.

AKER, Halit, *Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler*, *Batider*, C. XXV, S. 3, s. 225-314.

AKYAZAN, Sıtkı, *Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Ankara 1971.

ANSAY, Tuğrul, *Ticari İşletmenin Sorgulanması*, *Rona Serozan'a Armağan*, C. I, İstanbul 2010, s. 173-218.

ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2009, 2012 , (Anılış: Basım yılı).

ARSLAN, Mehmet, *Türk Vergi Sistemi*, Ankara 2012.

ARSLANLI, Halil, *Kara Ticaret Hukuk Dersleri, Umumi Hükümler*, İstanbul 1960.

ASLAN, İ. Yılmaz/ Ergün, Mevcü, *Ticaret Hukuku*, Bursa 2010.

AYHAN, Rıza, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2007.

AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. bası, Ankara 2012.

BAHTİYAR, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2010- 2012, (Anılış: Basım yılı).

- BAŞTUĞ, İrfan/ ERDEM, H. Ercüment, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 1993.
- BAŞTUĞ, İrfan, Tacir-Esnaf Ayrımı ve 25 Ocak 1986 Tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi, *İBD*, Yıl 53, S. 2, Nisan 1988, s. 44-51.
- BATTAL, Ahmet, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2007, (Anılış: İşletme)
- BATTAL, Ahmet, Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatına Sahip Olma ve İflasa Tabi Tutulma Şartları Konusunda Yargıtay Uygulaması, http://w3.gazi.edu.tr/~battal/images/makale/makale34/tacir_sifatinin_sartlari.pdf (01.08.2012). Bu makale için ayrıca bk. *Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, XIX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara-2003, (Anılış: Gerçek Kişi).
- BOZER, Ali/ GÖLE, Celal, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2011.
- BOZER, Ali, Ticari İşletme Üzerine Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, *Batider*, C. I, S. 3, s. 363-372.
- ÇEKER, Mustafa, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2006 (Anılış: İşletme).
- ÇEKER, Mustafa, *Ticaret Hukuku*, Ankara 2012 (Anılış: Ticaret Hukuku).
- ÇİMAT, Ali: ARMAĞAN, Ramazan, *Vergi Hukuku*, İstanbul 2011.
- DOĞANAY, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerh*, C. 1, İstanbul 2004.
- DOMANIÇ, Hayri/ ULUSOY, Erol, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul 2007.
- DURŞUN, Hasan, *Yeni Türk Ticaret Kanunun Vergi Hukukuna Etkileri*, İstanbul 2011.
- ERCAN, Tayfun, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler ve Mali Hukuka Etkileri*, Ankara 2012.
- EREM, Turgut. S, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, İstanbul 1973
- ERİŞ, Gönen, *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1987 - 1992 - 2004 - 2010, (Anılış: Basım yılı).
- GÖKSU, Muzaffer, *Esnafın Vergi Muafılığı*, İstanbul 1955.
- GÖLE, Celal, Tacir-Esnaf Ayrımı, *Batider*, C. XIII, S. 2, s. 47-62.
- HIRSCH, Ernst, *Ticaret Hukuku Dersleri*, İstanbul 1948.
- İMREGÜN, Oğuz, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, İstanbul 2001.

Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi

- İZMİRLİ, Yadigar, Tacir-Esnaf Sıfatının Tayininde Ticari İşletme Unsuru, *Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan*, Konya 1991, s. 465-477.
- KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnaf Ayırımının Kriterleri ve Ticaret Hukukunun Diğer Temel Kavramlarını Belirleme Açısından, *Batider*, C. XVII, S. 4, s. 39-64, (Anılış: Batider).
- KARAHAN, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Konya 2010 - 2012, (Anılış: Basım yılı).
- KARAYALÇIN, Yaşar, *Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme*, Ankara 1968.
- KAVASEMİ, Ayaob Amir, *Diplomatik Ayrıcalıklar ve Muafiyetler*, İstanbul 1985 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- KAYAR, İsmail, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2007.
- KAYIHAN, Şaban/ YASAN, Mustafa, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2012.
- KENDİGELEN, Abuzer, İçinde: ÜLGİN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2009. (Anılış: İşletme).
- KENDİGELEN, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2012 (Anılış: Yenilikler).
- KIRCA, İsmail, Esnaf ve Sanatkarlar ile Tacir ve Sanayicinin ayırımına ilişkin 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, *Batider*, C. XXIV, S. 2, s. 295-304.
- KIZILOĞ, Şükrü/ ŞENYÜZ, Doğan/ TAŞ, Metin/ DÖNMEZ, Recai, *Vergi Hukuku*, Ankara 2006.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal, *Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 1978.
- ÖÇAL, Akar, Serbest Meslek Faaliyetlerinin Ticaret Kanunu Karşısındaki Durumu, *Esader* 1977, S. 2, s. 389-405.
- ÖZ, Semih, *Gelir Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay*, Ankara 2006.
- ÖZTAN, Bilge, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*, Ankara 2007.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2012.
- POROY, Reha, Son Elli Yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi,

Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağanı, İstanbul 1973.

ŞENER, Oruç Hami/ UZUNALLI, Sevilay, *Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2012.

SUNGUR, Hasan Halis/ BORAN, M. Kamil, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, İstanbul 1957.

ŞENYÜZ, Doğan, *Türk Vergi Sistemi*, Ankara 2007.

TEKİL, Fahiman, *Ticaret Hukuku Revizyonu Üzerine Düşünceler*’, *Oğuz İmregün’e Armağan*, İstanbul 1988, (Anılış: Revizyon)

TEKİL, Fahiman, *Ticaret İşletme Hukuku*, İstanbul 1981, (Anılış: İşletme).

TEKİNALP, Ünal, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, *Batider*, C. XXIV, S. 3, s. 5-16.

TOKSAL, Baki, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Ankara 1986.

UÇAR, Salter, *Hukukumuzda Ticaret Sicili, Tacir ve Esnaf Kavramı*, İstanbul 1993.

ÜREL, Gürol, *Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Ankara 2007.

ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, Beşir/ GÖKYAYLA, Emre, *Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku*, Ankara 2000.

KISALTMALAR

aşa.	Aşağıda
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
Bk.	Bakınız
C.	Cilt
DİBK	Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu
dn.	Dipnot
E.	Esas

Esader	Eskişehir İktisadi Ticari İlimler Akademisi Dergisi
f.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
HGB	Alman Ticaret Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
md.	Madde
N.	Numara
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TD.	Ticaret Dairesi
TİRK	Ticari İşletme Rehni Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TST	Ticaret Sicil Tüzüğü
TSY	Ticaret Sicil Yönetmeliği
TTK ⁽¹⁹²⁶⁾	1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu
TTK ⁽¹⁹⁵⁷⁾	1957 tarihli Türk Ticaret Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UGB	Avusturya İşletmeler Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	Yukarıda

BOŞ

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE AYRILMA AKÇESİ

*Bilge DEVELİ**

ÖZET

Ayrılma akçesi, birleşme işlemine taraf olmak istemeyen, şirket içi barışı tehlikeye düşürme ihtimali olan veya çoğunluk pay sahipleri tarafından hakları ihlal edilen azınlık pay sahiplerinin, paylarının gerçek değerlerini alarak, işleme taraf olmak zorunda kalmadan ve şirketin gelişme konusunda kazandığı ivmeyi sekteye uğratmadan şirketten ayrılmalarına imkân veren bir kurumdur. Uluslararası literatürde, squeeze-out merger, cash-out merger, freze-out merger olarak çeşitli şekillerde adlandırılan ayrılma akçesi, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda, ticaret şirketlerinin birleşmeleri, hâkim şirketin satın alma hakkı, anonim ortaklığın haklı sebeple feshinin talep edilmesi ve limited şirket ortağının şirketten ayrılması olmak üzere dört ayrı yerde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, ayrılma akçesi, birleşme, hâkim şirket, haklı sebeple fesih

SQUEEZE OUT MERGER WITHIN THE FRAMEWORK OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102

ABSTRACT

Squeeze out is a regularization which allows the minor shareholders, who do not want to be a party of the merger process, likely to endanger the internal peace of the company or whose rights are violated by the majority of the shareholders, leaving the company by taking the actual values of their shares without having to be a party and without detriment to the momentum which company gained. In the international literature, referred to in various ways, the squeeze-out merger, cash-out merger, freeze-out merger, in the Turkish Commercial Code No. 6102 examined under four headings: commercial companies mergers, to purchase by the predominated company right, rightful termination of a stock joint company, the separation of the company's partners in limited liability companies.

Keywords: Turkish Commercial Code Numbered 6102, squeeze out, merger, predominant company, rightful termination

* Araştırma Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

I. AYRILMA AKÇESİNİN TANIMI VE KANUNDAKİ YERİ

Bir şirkette payların çoğunluğunu elinde tutan ortaklar ile azınlık pay sahipleri arasında menfaat dengesinin sağlanması zorunludur. Zira şirketin önemli kararlar alıp icra etmesine, gelişmesine şahsi sebeplerle engel olabilecek azınlık pay sahipleri olabileceği gibi, azınlık haklarının kötüye kullanılması da olasıdır. İşte bu dengenin iyi kurulması, doğacak ihtilaflarda her iki tarafın da amacına hizmet edecek şekilde çözüme varılması, şirketin piyasada varlığını koruması için hayati önem arz eder. Kanun koyucu, azınlık ve çoğunluk pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanmalarını engellemek ve şirketten ayrılmak isteyen ortakların adil bir şekilde paylarının karşılığından faydalandırılmasını sağlamak amacıyla, mehzaz hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri takip ederek, ayrılma akçesi kurumunu 6102 Sayılı TTK ile mevzuatımıza kazandırmıştır.

Ayrılma akçesi, birleşme işlemine taraf olmak istemeyen pay sahipleri hakkında genel kurul kararına istinaden; şirket içi barışı tehlikeye düşürme ihtimali olan pay sahipleri ve anonim şirketin feshini talep etmesine karşın şirketten çıkarılmasına karar verilen azınlık pay sahipleri hakkında mahkeme kararına istinaden; paylarının gerçek değerlerinin verilmesi ile işleme taraf olmak zorunda bırakılmadan ve şirketin gelişme konusunda kazandığı ivmeyi sekteye uğratmadan şirketten ayrılmalarına imkân veren bir kurumdur.

Ayrılma akçesi, 6102 Sayılı TTK ile hukukumuzda girmiş olup, henüz bir uygulamasına rastlanılmamıştır. Bu kurum Kanunda; ticaret şirketlerinin birleşmesi bahsinde 140 ve 141'inci maddelerde; hâkim şirketin hâkimiyetini kötüye kullanması başlığı altında 202'nci maddede; anonim şirketin haklı nedenle feshi bahsinde 531'inci maddede ve limited şirketlerde ortağın şirketten ayrılması bahsinde 641 ve 642'nci maddelerde olmak üzere dört ayrı yerde düzenlenmiştir.

II. BİRLEŞMENİN TEMEL İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE AYRILMA AKÇESİ

Birleşme, iki ya da daha çok şirketin malvarlıklarını tasfiye etmeden külli halefiyet yolu ile içlerinden birinin bünyesinde¹veya yeni kuracakları bir şirket çatısı altında birleştirmek² suretiyle gerçekleştirdikleri ekonomik

¹ “merger” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. CASSIM, The Introduction of the Statutory Merger in South African Corporate Law: Majority Rule Offset by the Appraisal Right (Part 1), s. 2-4 (<http://heinonline.org>, erişim 9 Kasım 2012).

² “amalgamation” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. CASSIM, s. 2-4.

yoğunlaşma usullerindendir³. Bu şekilde malvarlığını intikal ettiren ortaklıktaki pay sahipleri, bünyesinde birleştiği ortaklıktan, belirli bir ölçüte göre hesaplanarak belirlenecek ortaklık payını iktisap eder⁴. Zira kanun koyucu 6102 Sayılı TTK'nın 140'ıncı maddesinin 1'inci fıkrasında, devrolunan şirketin ortaklarının mevcut pay ve haklarını karşılayacak şekilde devralan şirkette istem hakları olduğunu söyleyerek bu durumu vurgulamıştır. Buna ek olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında, birleşmede ortaklık paylarının değişim oranlarının belirlenmesi konusuna değinmiş; devrolunan şirket ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin 1/10'ini aşmaması şartıyla denkleştirme ödenmesinin öngörülebileceğine yer vermiştir.

Görüldüğü üzere birleşme işlemi, ortaklıkların hem ortakları hem de malvarlıkları için bir araya gelme olgusunu ifade eder. Bu olgu, pay sahipliğinin devamlılığı, tasfiyesiz sona erme ve külli halefiyet ilkeleri ile açıklanmaktadır⁵.

A) Pay Sahipliğinin Devamlılığı İlkesi

Devrolunan şirket ortaklarının, devredilen malvarlığı karşılığında, hesaplanacak değişim oranına göre devralan şirkette pay sahibi kılınmasına “*pay sahipliğinin devamlılığı ilkesi*” adı verilir⁶. Bu ilke sayesinde, devrolunan şirketteki pay sahipliği sıfatı, bir değişim oranına göre hesaplanarak yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen ortaklıktaki pay sahipliği sıfatı ile devam ettirilebilecektir. Böylece sadece malvarlığı anlamında bir birleşme yeterli görülmemekte; aynı zamanda ortakların da yeni kurulan ya da bünyesinde birleşilen şirkette yer alması sağlanarak işleme, toplumsal işlem karakteri kazandırılmaktadır⁷. Birleşme işleminin ticaret siciline tescili ile malvarlığı ve ortaklık hakları kendiliğinden, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın yeni şirkete intikal etmektedir.

³ **Pulaşlı**, Hasan, İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelik ve Tebliğlere ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Hazırlanmış Şirketler Hukuku Genel Esaslar, B. 2, Ankara 2013, s. 64-65, (Şirketler); **Akbilek**, Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009, s. 25.

⁴ **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 68; **Akbilek**, s. 29.

⁵ **Akbilek**, s. 29.

⁶ **Akbilek**, s. 44; **Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul B. 2, 2012, s. 138; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 12, İstanbul, 2010, s. 91.

⁷ **Türk**, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nevilerin Aynı Olması” Koşulu, Ankara 1986, s. 234; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 103.

Birleşme işlemi neticesi yeni kurulan veya devralan ortaklıkta sahip olunan paylar, önceden mevcut olabileceği gibi, bu amaçla gerçekleştirilen bir sermaye artırımı neticesinde de doğmuş olabilir⁸. İkinci durum için, eski pay sahiplerinin yeni payları öncelikle alma hakkında sınırlandırmaya gidilmesi gerekmektedir⁹. Nitekim bu konuda kanun koyucu, 6102 Sayılı TTK'nın 461'inci maddesi ile pay sahiplerinin sermaye artırımında rüçhan hakkının ancak haklı sebeple ve en az esas sermayenin %60'ının olumlu oyuyla sınırlandırılabilceğini; özellikle iştiraklerin devralınmasının haklı sebep kabul edileceğini ifade etmiştir.

Birleşme, 6102 Sayılı TTK'nın 136'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince, bir değişim oranına göre devralan şirket paylarının, devrolunan şirket ortaklarınca iktisabı ile gerçekleştirilecektir. Değişim oranında, birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarının değeri, oy haklarının dağılımı ve payların itibari değeri, primli pay çıkarılıp çıkarılmadığı gibi önem taşıyan diğer hususlar da dikkate alınacaktır. Bu şekilde yapılan hesaplama sonucunda verilecek olan paylar, devrolunan şirket ortaklarının, devirden önce kendi şirketlerindeki ortaklık paylarını ve haklarını karşılayacak değerde olmalıdır. Dolayısıyla değerde aranan eşitlik sadece pay anlamında değil; aynı zamanda o payın sağladığı yönetim, denetim, inceleme gibi haklar anlamında da mevcut olmalıdır. Fakat hak kavramı ile azınlık haklarının kastedilmediği önemle belirtilmelidir. Zira devirden önce ortağın kendi şirketindeki payının, esas sermayenin yüzde onu (halka açık anonim şirketlerde yüzde beşi) oranında olması, onu, devriden sonra da yeni kurulan ya da devralan şirkette aynı oranda pay hakkı sahibi kılmayabilir¹⁰.

1) Pay Sahipliğinin Devamlılığı İlkesinin İstisnası Olarak Ayrılma Akçesi

Birleşme işlemi neticesinde devrolunan şirketteki pay sahipliği sıfatının, bir değişim oranına göre hesaplanarak, yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen ortaklıktaki pay sahipliği sıfatı ile devam ettirilebileceğini ifade etmiştik. Peki birleşme işlemine muhalif kalan pay sahipleri varsa, onların haklarını korumak için nasıl bir çözüm yolu tercih edilmelidir?

6762 Sayılı TTK'da birleşen şirket ortaklarına, birleşmeye muhalif kalmaları sebebiyle paylarının gerçek değerini alarak şirketten çıkma hakkı

⁸ Coştan, Hülya, Anonim Ortaklıkların (Şirketlerin) Birleşme, Bölünme, Nevi Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Tez, Ankara 2007, s. 172.

⁹ Türk, s. 368.

¹⁰ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 140/I.

verilmemişti. Dolayısıyla birleşmeye razı olmayan ortaklarda işleme katılmak zorunda kalıyordu¹¹. Birleşmede kural, pay sahipliğinin devamlılığını sağlamak olmasına rağmen, birleşmeye katılmak istemeyen, birleşmeyi kendi menfaatleri için uygun görmeyen ortakları zorla yeni şirkette tutmak doğru olmayacaktır¹².

Kanun koyucu 6102 sayılı TTK'nın 141'inci maddesi ile, modern şirketler hukukuna uygun şekilde, ortaklara yenilik doğurucu seçim hakkı tanımıştır¹³. Bu hükme göre, birleşme sözleşmesinde ortaklara, devralan şirkette pay ve ortaklık hakları ile iktisap olunacak payların gerçek değerine denk bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanınabilecektir. Böylece ortaklar, yeni kurulan veya devralan şirkette pay sahipliği sıfatlarını devam ettirme veya birleşme sözleşmesinde yer alan ayrılma akçesini alarak şirketten çıkma arasında bir seçim hakkına sahip kılınmıştır. Eski öğretiden ciddi bir sapma olarak nitelendirilen bu imkan ile, bir anlamda pay sahipliğini yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen şirkette devam ettirme ilkesine istisna getirilmiş olmaktadır¹⁴.

Ayrılma akçesi ile ilgili olarak mevzuatımızda yer almamakla birlikte, uygulamada sıkıntı yaratacak konuları, doktrinel tartışmalarla destekleyerek kısaca analiz etmek gerekirse;

a) Ayrılma Akçesinin Birleşme Sözleşmesinde Düzenlenmesi

6102 Sayılı TTK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıyabilirler. *Akbilek* ve *Moroğlu*, bu düzenlemenin şirketlerin takdirine bırakılmaması gerektiği gerekçesiyle, madde metninde geçen “*tanyabilirler*” ifadesinin, “*tanırlar*” olarak değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁵. Ancak 6102 sayılı TTK'nın 151'inci maddesinin 5'inci fıkrası hükmünde yer alan “*Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüorsa....olumlu oylarıyla*

¹¹ **Al Kılıç**, Şengül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009, s. 48; **Wertheimer**, Barry M., “*The Shareholders' Appraisal Remedy and How Courts Determine Fair Value*”, Duke Law Journal, Vol. 47, February 1998, N. 4, s. 615.

¹² Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 141/I.

¹³ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 141/I.

¹⁴ **Tekinalp**, Ünal; “*Birleşmede Ayrılma Akçesi*”, REGESTA, C. II, S. 1, 2012, s. 22.

¹⁵ **Moroğlu**, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, B. 7, İstanbul 2012, s.87 84; **Akbilek**, s. 183.

onaylanması şarttır” ifadesi; 6102 sayılı TTK’nın 146’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının f bendinde “*Birleşme sözleşmesinin gereğinde 141. madde uyarınca ayrılma akçesini içermesi zorunludur*” şeklinde yer alan ifade ve 147’nci maddesinin 2’nci fıkrasının d bendindeki, “*Birleşme raporunda gereğinde ayrılma akçesinin tutarı ve şirket pay ve ortaklık hakları yerine ayrılma akçesi verilmesinin sebepleri belirtilir*” ifadesi kanun koyucunun iradesinin, şirketleri, ilgili düzenlemeyi yapma konusunda mecbur tutmadığı şeklinde yorumlanmalıdır¹⁶. Zira kural, pay sahipliğinin devamlılığını gerçekleştirmek olduğundan, istisnai şekilde uygulanacak ayrılma akçesini, ortaklar için her halükârda öngörülmüş bir seçimlik hak olarak algılamak doğru olmayacaktır.

Ayrılma akçesinin birleşme sözleşmesinde yer almasının zorunlu olmadığı kuralının tek istisnası, 6762 Sayılı TTK’da yer almayan, fakat 6102 Sayılı TTK’nın 155’inci maddesinde öngörülen kolaylaştırılmış birleşmedir¹⁷. Bu hallerde devralan şirket, devrolunan şirket ortaklarına kendi paylarına denk pay sunmanın yanında, 141’inci maddeye göre şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan nakdi bir karşılık vermeyi de önermelidir. Dolayısıyla kolaylaştırılmış birleşmenin söz konusu olduğu hallerde, devralan şirketin ayrılma akçesini seçimlik hak olarak sunması kanunen zorunludur. Buna ek olarak kanun koyucu 6102 Sayılı TTK’nın 141’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, birleşmeye katılan şirketlerin birleşme sözleşmesinde yer vermeleri şartıyla ayrılma akçesini, seçimlik hak olarak değil de bir zorunluluk olarak öngörmelerine de imkân tanımıştır.

b) Ayrılma Akçesini Düzenleyen Birleşme Sözleşmesinin Onaylanması

6102 Sayılı TTK’nın 151’inci maddesinin 5’inci fıkrasında, “*Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüyorsa bunun.....onaylanması şarttır*” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla madde metninden, sanki birleşme sözleşmesinin değil, ayrılma akçesine ilişkin hükmünün onaylanması gerektiği sonucu çıkmaktadır. İlgili maddenin gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamıştır. Fakat 141’inci maddenin gerekçesinde, bu maddenin 151’inci

¹⁶ Sönmez, Yusuf Z., Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009, s. 188. Aksi görüş için bkz. Coştan, s. 172. Coştan, 6102 Sayılı TTK m. 146/I/f bendini “*Birleşme sözleşmesinin gereğinde 141. Madde uyarınca ayrılma akçesini içermesi zorunludur*” ifadesinde geçen “*gereğinde*” sözcüğünü dikkate almayarak yorumlamakta ve ayrılma akçesinin birleşme sözleşmesinde yer almasının zorunlu olduğunu savunmaktadır.

¹⁷ Sönmez, s. 188-189.

maddenin 5'inci fıkrası ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği, birleşme sözleşmesi sadece ayrılma akçesini öngörüyorsa hükmün değil, sözleşmenin devreden şirketin oy hakkını haiz ortaklarının %90'ı tarafından onaylanması gerektiği ifade edilmiştir. Yasa metninde yer alan bu belirsizlik, doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. *Sönmez* bu konuda, 151'inci maddenin 5'inci fıkrasında yer alan ifadeyi lâfzî olarak yorumlayarak, ayrılma akçesinin uygulanabilmesi için sözleşmenin değil, hükmün onaylanması gerektiğini, bu düzenlemenin mehz kanundan ayrıldığını, zira mehz kanunda bu orandaki payın onayının hükmün değil, birleşme sözleşmesinin kendisi için arandığını ifade etmiştir¹⁸. *Taşdelen*, birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesi öngörülmüş ise sözleşmenin onaylanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁹. *Tekinalp* ise, birleşme sözleşmesinin kabul edilebilmesi için aranan olumlu oy oranının, ayrılma akçesine ilişkin hüküm için de aranması gerektiğini ifade etmiştir²⁰.

6102 Sayılı TTK'nın 151'inci maddesinin 5'inci fıkrasında ayrılma akçesinin kabulü, madde metninde bir ayrıma gidilmediği için, bu hakkın birleşme sözleşmesinde hem seçimlik olarak hem de zorunlu olarak öngörüldüğü hallerde, devreden şirketin oy hakkını haiz ortaklarının %90'ı tarafından onaylanması şartınatabi kılınmıştır. Hâlbuki 141'inci maddenin gerekçesine baktığımızda, birleşme sözleşmesi sadece ayrılma akçesinin ödenmesini zorunlu şekilde öngörüyorsa, bu sözleşmenin onaylanması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu konuda *Sönmez*, mevcut kanunumuzda bu orandaki payın onayının her iki hal için de geçerli olduğunu; ancak mehz kanunda belirtilen oranın, birleşme sözleşmesinde pay yerine sadece ayrılma akçesi bahşedilmesi ve bu suretle şirketten ayrılma hali için öngörülmüş olduğunu belirtmiştir²¹. *Akbilek* ise, birleşme sözleşmesinin %90 oy oranı ile kabul edilmesi şartının, sadece ayrılma akçesinin zorunlu olarak öngörüldüğü haller için aranması gerektiğini, ayrılma akçesi alarak şirketten çıkma hakkının, tüm birleşme işlemlerinde tanınması gerektiğini ifade etmiştir²².

Kanımızca, 151'inci maddenin 5'inci fıkrasında aranan %90 olumlu oy oranı, ayrılma akçesine ilişkin hüküm için değil, birleşme sözleşmesinin kendisi için geçerli olmalıdır. Zira kanun koyucu 151'inci maddenin 1'inci fıkrasında,

¹⁸ *Sönmez*, s. 189.

¹⁹ *Taşdelen*, Nihat, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara, 2012, s. 144.

²⁰ *Tekinalp*, Ayrılma Akçesi, s. 25.

²¹ *Sönmez*, s. 190.

²² *Akbilek*, s. 186.

birleşme sözleşmesinin genel kurulda hangi nisaplarla onaylanması gerektiğini belirtmiş; takip eden fıkralarında özel olarak düzenlenmeye ihtiyaç gösteren durumlara yer vermiştir. Dolayısıyla birleşme sözleşmesi, bir anonim şirketin genel kurulunda, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, mevcut bulunan oyların dörtte üçünün kararıyla onaylanmalıdır. Fakat birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesi öngörüyorsa birleşme sözleşmesinin, anonim şirketlerde şirkette mevcut oy haklarının %90'ının olumlu oylarıyla onaylanması şart kılınmıştır. Bu düzenleme, birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesinin düzenlendiği hallere münhasır kılınmalıdır. Kanun koyucu, devralan şirkette pay sahibi olmaları istenmeyen ortakların, ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılmasının ve bu suretle şirket içi barışın korunmasının, ancak %90 olumlu oy oranı ile sağlanacağını ifade etmiştir. Bu nisapla alınan bir karara, şirketten ayrılmaları istenen ortaklardan birleşme sözleşmesinde ismi yer alanlar itiraz edemeyeceklerinden, bir anlamda istenmeyen azınlık pay sahiplerinin hakları ortadan kaldırıldığı için, %90 olumlu oy oranının aranması isabetli olmuştur diyebiliriz.

c) Ayrılma Akçesinin Devreden ve Devralan Şirket Ortakları Tarafından Talep Edilebilmesi

Doktrinde hâkim görüş, 6102 Sayılı TTK'nın 141'inci maddesinde yer alan ayrılma akçesinin, devralan şirket ortakları bakımından hisse değişimi söz konusu olmadığı için sadece devreden şirket ortakları için geçerli olduğunu yönündedir²³. Bu görüş taraftarlarına göre, ayrılma akçesinin devralan şirket ortakları için uygulanmaması, onların birleşmeye taraftar olmamalarından kaynaklanmaktadır. Madde gerekçesinde geçen “*devredilen şirket ortaklarını zorla devralan şirkette tutmak doğru değildir*” ve “*...devredilen şirketten ayrılması hakkını ona vermektedir*” ifadeleri de ayrılma akçesinin, birleşmeye muhalif kalan devreden şirket ortakları için öngörülebileceğini göstermektedir. Bunun yanı sıra, 6102 Sayılı TTK'nın 151'inci maddesinin 5'inci fıkrasında ayrılma akçesini öngören birleşme sözleşmesinin, devreden şirket ortaklarıncı onaylanmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Kanun koyucu, bu düzenlemeleri ile yeni kurulan veya devralan şirkette, devredilen şirket ortaklarına mevcut pay ve haklarını karşılayacak değerde pay ve hak verilmesi yerine, ayrılma akçesi olarak birleşmeye girmeme imkânı tanımaktadır. Fakat önemle belirtilmelidir ki burada ayrılma akçesi, iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değeri, dolayısıyla devreden şirket ortakları için kendi pay ve haklarının değeri yerine geçecek bir bedel olacaktır. Buradan hareketle, devralan şirkette birleşmeye razı olmayan ortaklara da

²³ Coştan, s. 171; Tekinalp, Ayrılma Akçesi, s. 22 ve 23.

kendi paylarına karşılık oluşturacak değerde ayrılma akçesi verilerek şirketten ayrılma hakkı tanınmalıdır. Zira devralan şirket ortaklarının, birleşme neticesi sahip oldukları paylara ek olarak yeni pay iktisap etmelerinin hukuksal mantığı olmayacaktır. Buna ek olarak 6102 Sayılı TTK'nın 191'inci maddesinin 2'nci fıkrası da devralan şirket ortaklarına ayrılma akçesi verilerek şirketten ayrılma hakkının tanınabilmesi konusunda bir diğer gerekçemiz olabilir. Zira bu hükümde kanun koyucu, denkleştirme akçesinin tespitine ilişkin mahkeme kararının, davacı ile aynı hukuki durumda olan birleşmeye katılan tüm şirket ortakları hakkında da hüküm doğuracağını belirtmiştir. Madde ile ayrılma akçesinin veya ortaklık hak ve paylarının yeterince korunmamış olması hâlinde, mahkemeden denkleştirme akçesinin istenebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, birleşmeye katılan tüm şirket ortaklarına ayrılma hakkı ve ayrılma akçesi temelli denkleştirme akçesinin tanınabileceği ifade edilmekle bir anlamda, devralan şirket ortaklarına da birleşmeye katılan şirket ortakları olarak ayrılma akçesi alarak şirketten ayrılma ve bu bedelin adil bulunmaması halinde denkleştirme akçesinin talep ve dava edilmesi veya bu konuda verilen hükümden faydalanma imkânı tanınmış olmaktadır.

d) Ayrılma Akçesinin Talep Edilme Şekli ve Süresi

Ayrılma akçesi olarak ayrılma hakkının kullanılmak istendiği ortaklığa bildirilmelidir. Zira bu bildirim, ortaklığın, ayrılma hakkını kullanacak pay sahiplerinin kimler olduğunu bilmesinde var olan menfaatlerini korurken, aynı zamanda ayrılma hakkının kullanılmak istendiğine ilişkin ortaklığa yapılan yasal başvuru niteliği de taşır²⁴. Böylece ortaklığın, ayrılan ortak sayısı nispetinde ödeyeceği ayrılma akçesini hesap ederek, finansal yükünü tartmasına imkân tanınmış olur²⁵. Bu bildirimin ne şekilde yapılacağı konusunda Türk kanun koyucusu sessiz kalmıştır. İsviçre hukukunda ise, ayrılma akçesi alarak şirketten çıkabilmek için, ayrılma hakkının kullanılmak istendiğinin, devralan ortaklığa bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁶. Türk öğretisinde de bu bildirimin, ortaklığa yazılı bir ihbar şeklinde gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁷.

Bu hakkın kullanımı konusunda Türk kanun koyucusu herhangi bir süre şartı da öngörmüş değildir. Bu konuda Türk kanun koyucusunun sessiz kalması, değişik fikirlerin doğmasına neden olmuştur. Bu konuda bir görüş, kararın

²⁴ **Özdoğan**, Ayşegül; “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı”, Cumhuriyet’in 80. Yılına Armağan, C. II, s. 737.

²⁵ **Tekinalp**, Ayrılma Akçesi, s. 22.

²⁶ **Sönmez**, s. 194.

²⁷ **Özdoğan**, s. 737 ve 753.

alınmasından sonra bu hakkın kullanılmak istenebileceğini belirtmiştir²⁸. Bu görüşün dayanak noktası, İsviçre hukukunda vakıfların ticaret ortaklıkları ile birleşmesini öngören hüküm ile getirilen, vakfa üye olan kişilerin birleşmeye katılmak istememeleri halinde bu kararın alınmasından itibaren 2 aylık hak düşürücü süre²⁹ içinde bu konudaki beyanlarını yapmalarına ilişkin düzenlemedir. İkinci bir görüş ise, birleşmeye muhalif kalan ortağın, bu konuda bilgilendirilme anından itibaren, yani genel kurul toplantısından 30 gün önceki bir andan itibaren bu hakkını kullanabileceğini savunur³⁰. Bahsi geçen ilk görüşün ne derece hukukumuzda geçerli olduğu ise tartışmalıdır. Ziramezkür düzenlemelerimizde vakıfların ticaret ortaklıkları ile birleşmesine ilişkin herhangi bir hüküm yer almadığından, ilk görüşün hukukumuzda yer edinmesi güçtür. Üçüncü görüş, 6102 Sayılı TTK 191'inci maddesinden yola çıkarak bir çözüme varmamızın mümkün olduğunu savunmuştur³¹. Hükme göre, ortaklık pay ve hakları yeterli şekilde korunmamış veya ayrılma akçesi adil şekilde belirlenmemiş ise, her ortak, birleşme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde Asliye Ticaret Mahkemesinden denkleştirme talebinde bulunabilir. Dolayısıyla bu görüş, ayrılma hakkının birleşmeye ilişkin kararın ilanından itibaren 2 ay içinde kullanılabilmesini söylemektedir. Bu konuda diğer bir görüş ise, her somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır³².

Ayrılma hakkının hangi süre içinde ve ne şekilde kullanılması gerektiğine ilişkin yabancı hukuk sistemlerinde farklı düzenlemeler göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, İngiliz Hukukunda, genel kurulda devir kararı alınması üzerine, bu karara olumlu oy vermemiş olan pay sahipleri, bu karar tarihinden itibaren 7 gün içinde, tasfiye memuruna yapacakları yazılı ihbar ile ayrılma hakkını kullanabilecek ve ayrılma akçesini elde edebilecektir³³. Alman hukukunda ise, ayrılma akçesi olarak şirketten ayrılma, bu hakkın doğumuna neden olan kararın tescilinden itibaren³⁴, ABD hukukunda ise genel kurul toplantısından önce yazılı bildirimle gerçekleştirilmelidir³⁵.

²⁸ Sönmez, s. 149.

²⁹ Coştan, s. 176.

³⁰ Sönmez, s. 149.

³¹ Sönmez, s. 194.

³² Coştan, s. 173.

³³ Özdoğan, s. 727.

³⁴ Pulaşlı, Hasan, "Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı", Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 661 (Çıkarma).

³⁵ Sönmez, s. 149.

Öğretide, ayrılma akçesinin seçimlik olarak düzenlendiği hallerde devreden şirket yönetim organının, birleşme sözleşmesinde ortaklara, pay ile ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılma arasında seçim haklarını kullanabilmeleri için belirli bir süre öngörmesi gerektiği; herhangi bir kararlaştırmanın yapılmamış olması halinde ise, devralan şirket tarafından bu sürenin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanımızca, böyle bir belirlemenin yapılmadığı hallerde, 6102 Sayılı TTK'nın 149'uncu maddesinde öngörülen, genel kurul kararından önceki 30 gün içinde birleşme sözleşmesinin, raporunun ve diğer gerekli bilgilerin ortakların incelemesine sunulması ile ortakların birleşme işleminden ayrıntılı şekilde haberdar olması sağlanacağından, bu andan itibaren ve bu süre içinde ayrılma hakkına ilişkin seçimlik hakkın kullanılması gerekir. Böylece birleşme kararının sicile tescilinden önceki dönem için gerçekleşecek olan ayrılma akçesine ilişkin ödeme, sonradan yapılacak değişikliklere nazaran sicil memurunun işlemlerini de kolaylaştıracaktır.

e) Şirketten Ayrılma Hakkı ve Bu Hakkın Kullanılma Şartı

Ayrılma hakkının kullanılarak ayrılma akçesinin talep edilmesi, yenilik doğuran bir haktır ve inşai etki doğurur³⁶. Dolayısıyla bu hak da diğer yenilik doğuran haklarda olduğu gibi bir defa kullanılmakla tükenir ve geri alınamaz³⁷. Bu hakların şarta bağlanarak kullanılmamış olması yoldur.

Şirketten ayrılacak ortağın, bu hakkını kullanmadan önce, hangi şartları yerine getirmesi gerekeceği de bir diğer sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrılma hakkını kullanacak ortağın, bu hakkın doğumuna neden olan birleşme kararına muhalif kalarak bu durumu tutanağa geçirtmesi aranmamaktadır³⁸. Fakat hem birleşme kararına olumlu oy verip hem de ayrılma akçesini alarak şirketten çıkma isteğinde bulunmak, bir yerde ortağın kendi kendisi ile çelişmesi anlamına geleceğinden, seçim hakkı birleşme kararına olumsuz oy veren ortaklara ait olmalıdır³⁹. Kanımızca olumsuz oy kullanılmasına rağmen, devralan veya yeni kurulan şirkette pay sahipliğini devam ettirmek, külli halefiyet ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet edeceğinden, bu hâllerde seçim hakkının sunulması çelişki yaratmayacaktır. Bu konuda kanun koyucu 193'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında, 202'nci madde hükmünün saklı

³⁶ Sönmez, s. 194.

³⁷ Sungurtekin Özkan, Meral, “İnşai Karar ve Özellikleri”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 575.

³⁸ Sönmez, s. 195.

³⁹ Al Kılıç, s. 53.

olduğunu ifade etmiştir. “*Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması*” başlığını taşıyan 202’nci maddenin 2’nci fıkrasında, birleşme işlemlerinde, genel kurul kararına ret oyu verip tutanağa geçirten veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı şekilde itiraz eden pay sahiplerinin, uygun bir bedelle paylarının satın alınmasını isteyebilecekleri ifade edilmiştir. 193’üncü maddede yer alan ve 202’nci maddeye yapılan yollama ile ulaşılan bu sonuç da savımızı doğrular niteliktedir. Bunlara ek olarak, birleşme kararının görüşüldüğü genel kurul toplantısına haksız şekilde katılımı engellenen pay sahibi varsa veya genel kurul toplantısı için çağrı usulsüz gerçekleşmiş ise bu hâllerde, haksız muameleye maruz kalan pay sahibi, ayrılma akçesini alarak çıkmayı isteyebilmelidir⁴⁰.

f) Ayrılma Hakkının Kısmen Kullanılıp Kullanılamayacağı Meselesi

Ayrılma hakkının kısmen kullanılıp kullanılamayacağı konusunda mezkur düzenlemelerimizde herhangi bir bilgi yer almamaktadır. Mevzuatımızda sınırlandırıcı nitelikte açık bir hüküm olmadığından, birden çok paya sahip ortağın, ayrılma hakkını, paylarının tamamı için kullanma mecburiyetinin olmadığını söyleyebiliriz⁴¹. Benzer şekilde ayrılma hakkının münhasırlığı olarak ifade edilen ve geniş anlamda, ayrılma hakkını doğuran karar aleyhine ayrılma hakkını kullanmaktan başka herhangi bir hukuki yola gidilememesi; dar anlamda ise ayrılma akçesinin tespitinde hata yapılması halinde birleşme işleminin iptalinin istenememesi, sadece denkleştirme talep edilebilmesi anlamına gelen ilkenin mevzuatımızda yer almaması, sınırlandırıcı bir amacın olmadığını gösterir⁴². Bu gerekçeyle ayrılmak isteyen ortakların, bu hakkı doğuran karar aleyhine aynı zamanda iptal davası açabilmelerinde de bir engel olmadığı ifade edilebilecektir.

g) Ayrılma Hakkının Kullanılmasının Diğer Pay Sahipliği Haklarına Etkisi

Hukukumuzda ayrılma hakkının kullanılmasının, diğer pay sahipliği haklarına etkisi konusunda da bir düzenleme yer almamıştır. Sorunun tespiti önem arz eder; çünkü ayrılmak isteyen ortağın ayrılma akçesine ek olarak, kâr payı gibi mali haklardan faydalandırılması, diğer pay sahipleri aleyhine bir durum ortaya çıkarabilir. Mevzuatımızda bu konuda herhangi bir düzenleme

⁴⁰ Akbilek, s. 183.

⁴¹ Sönmez, s. 163.

⁴² Sönmez, s. 164.

yer almadığı için sorunun, pay sahibinin, payı devralan şirket tarafından devralınıncaya kadar, paydan kaynaklı diğer haklarını kullanabileceği, şeklinde yorumlanarak çözülmesi gerekir⁴³.

h) Ayrılma Akçesinin Ödenmesi

Kural, devralan veya yeni kurulan şirketin, devreden şirket ortaklarına kendi bünyesinde pay tesis etmesi veya payın gerçek değerine tekabül eden değeri ayrılma akçesi olarak vermesidir. Kural bu şekilde olmasına rağmen, devrolunan şirket de birleşmeye muhalif kalan ortaklarına, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği yedek akçelerden ayrılma akçesi verebilecektir. Zira bu iki durum da aynı sonucu doğuracaktır. Devreden şirketin, üzerinde tasarruf edebileceği yedek akçelerden ödemeyi kararlaştırdığı ayrılma akçesi, malvarlığının içinde pasif kalemi oluşturacak ve bu kalem, külli halefiyet ilkesi gereğince devralan veya yeni kurulan şirketin malvarlığına intikal edecektir⁴⁴. Ayrılma akçesi, genel kurulda kararın alındığı zaman değil, birleşme kararının sicile tescil edileceği zaman muaccel olacağından, tescil ile birlikte pasif kalemden sorumlu olacak olan devralan veya yeni kurulan şirket olacaktır⁴⁵.

Kanun koyucu, ayrılma akçesinin nakit olmasını zorunlu tutmamıştır. Ayrılma akçesi olarak başka bir şirketin payı, pay senedi veya bir diğer menkul değeri de ifa amacıyla verilebilecektir. Böylece üç köşeli birleşmelere de kanunen imkân tanınmıştır⁴⁶. Bu konuda kanun koyucunun zorunlu kıldığı şey, ayrılma akçesinin nakden ödendiği hallerde, bunun serbestçe tasarruf edilebilecek yedeklerden alınması gerektiği, sermayenin iadesine yol açacak şekilde gerçekleştirilmemesi gerektiğidir. Zira bu ödeme, çoğunlukla pay sahiplerinden *bir nakit çıkışına*⁴⁷ yolaçmaktadır. Devreden ve devralan şirketlerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri yedek akçeleri mevcut değilse, ayrılma akçesinin dağıtılması sermayenin iadesi riskini ortaya çıkaracağından, kanun koyucu bu hallerde ayrılma akçesinin ödenmemesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸. Aksine bir durumda, emredici hükümler ihlal edilmiş olacağından, birleşme kararı hukuka aykırı hale gelecektir⁴⁹.

⁴³ Sönmez, s. 169.

⁴⁴ Al Kılıç, s. 51.

⁴⁵ Al Kılıç, s. 51-52.

⁴⁶ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 141/I.

⁴⁷ Wertheimer, s. 615.

⁴⁸ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 141/I.

⁴⁹ Coştan, s. 174.

Genel kurulda birleşme kararı alındıktan sonra, kanun koyucunun istemediği şekilde, sermayenin iadesi niteliğinde ayrılma akçesi ödemesinin yapıldığı anlaşılırsa, birleşme kararının akıbetinin ne olacağı belirsizlik arz eden bir başka konudur. Bu konuda bir görüş, birleşme kararı verildikten ya da ilan edildikten sonra sermayenin iadesine yol açacak şekilde ayrılma akçesinin verildiğinin anlaşılması halinde, birleşme kararının geçersiz kılınmaması gerektiğini; devreden şirket ortaklarına serbestçe tasarruf edilebilir kısmı aşan ödemelerin, orantılı olarak indirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁰.

Ödenmesi kararlaştırılan ayrılma akçesinin miktarı konusunda kanun koyucu, çok net bir tavır belirlemiş; ayrılma akçesinin, devralan veya yeni kurulacak şirkette devrolan şirket ortaklarına verilecek olan payların gerçek değerine denk gelmesi gerektiğini ifade etmiştir. Gerçek değer ile neyin kastedildiği ise uygulayıcılar tarafından belirlenecektir. Ancak gerçek değer hesaplanırken sona eren şirket değil; yaşayan bir şirketteki payların değerleri esas alınacaktır⁵¹. Payın hangi andaki değerinin esas alınacağı konusunda mevzuatımızda herhangi bir hükme rastlamak mümkün olmasa da bu konuda, Alman ve ABD hukukunda olduğu gibi, en geç ayrılma hakkını doğuran kararın alındığı tarihteki pay değeri esas alınmalıdır⁵². Zira ayrılma hakkını doğuran kararın alınmasından sonra, bu kararın etkilerinin, payın değerini olumsuz yönde etkilemesi istenmemektedir⁵³. Payın değeri hesaplanırken işletmenin değeri esas alınacağından, işletmenin değerini belirlemeye yönelik ölçütler payın değerinde de etkili olacaktır⁵⁴. Bu konuda esas olarak, işletmenin piyasa değeri, işletmenin üçüncü kişiye satış değeri ve sadece varlıkların toplamı değil; tecrübe, yöneticilerin bilgi ve nitelik durumu, piyasada yaratılan etki gibi parayla ölçülemeyen unsurların da hesaba katıldığı, işleyen teşebbüs değeri olmak üzere üç ölçüt sayılmaktadır⁵⁵. Alman hukukunda bu konuda en önemli ölçüt olarak, genel kurulun devir kararını verdiği anda, şirketin ulaştığı ekonomik değer gösterilmiştir⁵⁶. Bu şekilde ya da her somut durum kendi şartlarında değerlendirilerek, başkaca yöntemlerle belirlenen ayrılma

⁵⁰ Coştan, s. 174.

⁵¹ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 141/I.

⁵² Sönmez, s. 124.

⁵³ Sönmez, s. 124.

⁵⁴ Sönmez, s. 125.

⁵⁵ Sönmez, s. 125-126.

⁵⁶ Kaya, Mustafa İsmail, “Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-Out Right)”, EÜHFD, C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 316-317; Pulaşlı, (Çıkarma), s. 659.

akçesinin değeri, payın niteliğine göre de değişebilecektir⁵⁷. Mesela ayrılma hakkının kullanıldığı hallerde, belirli pay gruplarının imtiyazlı olması, imtiyaz sahibi olmayan pay sahiplerine nazaran, onlara farklı tutarlarda ödeme yapılmasını gündeme getirebilecektir⁵⁸.

Devrolan şirket ortaklarına ödenecek ayrılma akçesi konusunda Weinberger Kararı emsal teşkil etmektedir. Bu karar, birleşme işlemi sonucunda UOP A.Ş.’nin azınlık pay sahiplerinin, UOP’daki hisseleri karşılığında ödenen nakde itirazlarını içeren bir grup davasında verilmiştir⁵⁹. Weinberger davasının hikâyesi 1975’te Signal A.Ş.’nin, bir anlaşma sonucu UOP’nin %50.5’ini satın almasıyla başlamıştır. Hisselerin satış fiyatı hisse başına 21 \$’dır. Bu da UOP’nin hisselerinin New York Borsasında işlem gördüğü fiyatın %50 üzerindedir. Çünkü bu birleşmenin duyurulduğu gün UOP’nin hisselerinin kapanış fiyatı 14.5\$’dı. Bu birleşmeyi onaylayan UOP YK üyelerinin çoğunluğu ise Signal’in memurları veya müdürleridir. Grup davasındaki şikâyet, işlemin UOP’daki azınlık için haksızlık anlamına geldiği yönündeydi ve hisselerin asıl değerinin hissedarlar onayladığı sırada 26\$ olduğu iddia ediliyordu. Bu rakam, piyasa fiyatı üzerinden yapılan ödemelerin, diğer pay alım teklifleriyle karşılaştırılmalı analizi sonucuna dayandırılmıştır⁶⁰. Fakat mahkeme, bu rakamın, UOP’nin azınlık pay sahipleri için adil olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme gerekçeli kararında, şikâyetçi olan azınlık pay sahiplerinin varsa dolandırıcılık, adaletsizlik veya yanlış temsil gibi iddialarını ispatlaması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar üzerine azınlık pay sahipleri Temyiz Mahkemesine başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi ise, payın değerini belirlerken, net varlık değeri, piyasa fiyatı, kâr durumu gibi faktörleri, takdir hakkını kullanarak verdiği karara dayanak yapmış olup, bu faktörlere göre hesaplanan değerlere de her pay başına uygun bir ilave gerçekleştirmiştir⁶¹.

2) Ayrılma Akçesinin Seçimlik Olarak Düzenlenmesi

6102 Sayılı TTK’nın 141’inci maddesinin 1’inci fıkrası gereğince, birleşmeye katılan şirketler, devrolan şirket ortaklarına, birleşme sözleşmesinde öngörmek şartıyla devralan veya yeni kurulacak şirkette pay sahipliklerini

⁵⁷ Sönmez, s. 128.

⁵⁸ Pulaşlı, (Şirketler), s. 68-69; Sönmez, s. 128.

⁵⁹ Herzel, Leo/Colling, Dale E., “Establishing Procedural Fairness in Squeeze-Out Mergers After Weinberger v. UOP”, 39 Bus. Law 1525 (1983-1984), s. 1526. Metin için bkz. <http://heinonline.org>, (15.04.2012).

⁶⁰ Herzel/Colling, s. 1527.

⁶¹ Herzel/Colling, s. 1529.

devam ettirme veya payın gerçek değerine denk ayrılma akçesi olarak şirketten çıkma arasında seçim hakkı tanıyabilirler. Böylece devrolan şirket ortaklarının, birleşme öncesi durumdan daha kötü duruma getirilmemeleri sağlanarak, birleşme işleminden olumsuz etkilenmeleri önlenmiş olacaktır⁶².

Ayrılma akçesinin seçimlik hak olarak düzenlendiği hallerde, bu hakkı kullanmak isteyen ortakların sayısı, oranı konusunda kanun koyucu herhangi bir sınırlama yapmamıştır. Hatta 141'inci maddenin 1'inci fıkrasının gerekçesinde, “*Bütün ortakların ya da çok sayıda ortağın ayrılma akçesini almak istemesi, birleşmenin gerçekleşmemesi olasılığını ortaya çıkarabilir. Bu da bir sakınca olarak değil, pay sahipleri demokrasisinin gereği olarak değerlendirilmelidir*” denilmek suretiyle, ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılmak isteyen ortakların sayısına sınırlama getirilmediği, birleşmenin gerçekleşmemesi ihtimalinin sakınca yaratmayacağı açıkça ifade edilmiş olmaktadır. Bu konuda bir görüş, 6102 Sayılı TTK'nın 379'uncu maddesinde yer alan %10 sınırının uygulanmaması gerektiğini, zira şirketin ayrılma akçesi ödeyerek iktisap ettiği payları elinde tutmayarak yok edeceğini ve bu sebeple konunun bu şekilde açıkça düzenlemeye kavuşturulması gerektiğini savunmaktadır⁶³. Hâlbuki birleşmede ilke, ortak olma durumunun devamlılığı olup, ayrılma akçesinin birleşme sözleşmesinde yer alması, istisnai bir düzenlemedir. İstisnai hükümler dar yorumlanması gerektiğinden, çok sayıda ortağın ayrılma hakkını kullanarak çıkması, birleşme işlemi ve bu işlemi gerçekleştirmeye yönelik tüm girişimleri anlamsız kılacak ve birleşmedeki iki temel ilke olan külli halefiyet ve pay sahipliğinin devamlılığı ilkelerine ters bir durum yaratacaktır⁶⁴. Nitekim bu konuda Alman hukukunda en az %95, İngiliz hukukunda en az %90, İsviçre hukukunda en az %98, Fransız hukukunda en az %95, Hollanda hukukunda en az %95, Avusturya hukukunda ise en az %90 oranında paya sahip ortak/ortakların diğer azınlık pay sahiplerine karşı bu kurumu işletebilecekleri düzenlenmiştir⁶⁵.

6102 Sayılı TTK'nın 379'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, bir şirketin kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya aşacak olan miktarda ivazlı olarak iktisap edemeyeceği ifade edilerek, bir anlamda devralan veya yeni kurulan şirketin ayrılma akçesi vererek devrolan şirket ortaklarından en fazla %10 oranında pay iktisap edebileceği ifade edilmiş

⁶² Pulaşlı, (Şirketler), s. 70.

⁶³ Coştan, s. 175.

⁶⁴ Al Kılıç, s. 53.

⁶⁵ Kaya, s. 313-324.

olmaktadır. Anonim şirketler bahsinde yer alan bu düzenlemeye benzer bir düzenleme de limited şirketlerle ilgili olarak 6102 Sayılı TTK'nın 612'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer almıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, her ne kadar kanun koyucu ayrılma akçesini düzenlediği maddede, ayrılma hakkını kullanabilecek pay sahipleri arasında bir oran öngörmemiş gibi görünse de bu maddenin 379 ve 612'nci maddeleri ile birlikte değerlendirilmesi neticesinde, en fazla %10 oranında pay sahibinin ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılabilceği sonucuna ulaşılabilir⁶⁶. Nitekim aynı konuda Alman hukukunda da %10 sınırına uyulmadan gerçekleştirilen birleşme kararının, hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir⁶⁷.

Kanımızca 6102 Sayılı TTK'nın 379'uncu maddesi hükmü, aynı konuda istisnai düzenleme getiren 382'nci maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, külli halefiyet kuralının gereği olarak, bir şirketin kendi paylarını, 379'uncu madde ile bağlı olmaksızın iktisap edebileceği söylenebilir. Fakat 6102 Sayılı TTK'nın 384'üncü maddesindebu istisnanın da istisnası niteliğinde, yani kurala dönülecek şekilde bir hükmün sevk edilmiş olduğunu görebiliyoruz. Bu hükme göre, bir şirket külli halefiyet ilkesinin gereği olarak iktisap ettiği payları, esas veya çıkarılmış sermayesinin %10'unu aşmadıkça, devirleri mümkün olur olmaz ve her halde iktisaplarından itibaren 3 yıl içinde elden çıkaracaktır. Dolayısıyla şirketin iktisap ettiği paylarını elinden çıkaracağı, bu sebeple herhangi bir sınır olmaksızın şirketin ayrılma akçesi ödeyerek paylarını iktisap edebileceğini söylemek güçtür. Zira kanun koyucu bu madde ile de %10'luk bir sınır öngörmüştür. 6102 Sayılı TTK'nın 141'inci maddesi hükmünün, 379 ve 384'üncü maddeleriyle birlikte değerlendirilmesi neticesinde, en fazla şirket esas veya çıkarılmış sermayesinin %10'u oranında pay sahibinin ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılabilceğinin kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gerektiğini ifade edebiliriz.

3) Ayrılma Akçesinin Zorunlu Olarak Düzenlenmesi

6102 Sayılı TTK'nın 141'inci maddesinin 2'nci fıkrasındabirleşmeye katılan şirketlerin, birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesini öngörerek, birleşmeye karşı çıkan ortağı en az %90 olumlu oy oranı ile şirketten çıkarma hakkı düzenlenmiştir. Bu kurum, uluslar arası birleşme literatüründe, ortağı çıkararak birleşme anlamına gelen, “squeeze-out merger”, “cash-out

⁶⁶ Akbilek, s. 183; Al Kılıç, s. 54.

⁶⁷ Coştan, s. 174, dpn. 391.

merger”, “*freze-outmerger*” olarak adlandırılmaktadır⁶⁸. 141’inci maddenin gerekçesinde, bu konuda genel gerekçenin 121 numaralı paragrafına bakılması gerektiği ifade edilmesine karşın, konu ile ilgili açıklama 134 numaralı paragrafta yapılmıştır. İlgili paragrafta, şirketin sermayesinin en az %90 ila %95’ine sahip pay sahibine, %5 ila %10 arasında paya sahip azlığın paylarını satın alarak onları şirketten çıkarma hakkı (*squeeze out*) tanınmıştır. Şirketten çıkarılacak pay sahibi oranının %10 olarak belirlenmesinin, uluslar arası şirketler hukukuna da uygun olduğu ifade edilmiştir⁶⁹.

6102 Sayılı TTK’nın 141’inci maddesinin 2’nci fıkrası, en az %90 pay sahibi tarafından onaylanan ve bir ya da daha çok ortağın (en fazla %10 paya sahip ortak) birleşme sözleşmesinde belirlenen ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılmasını düzenlediğinden, çıkarılacak ortağa seçim hakkı tanımamakta; birleşmeye karşı çıkan ortaklara itiraz hakkı tanımaksızın şirketten çıkarılmalarını öngörmektedir⁷⁰. Madde metninden, sanki ayrılma akçesi tüm pay sahiplerine zorla dayatılıyormuş gibi bir izlenim doğduğu için, *Akbilek*, “*sadece*” kelimesinden önce “*bazı pay sahiplerine*” ibaresinin getirilmesi ile yanlış anlaşılmanın önüne geçilebileceğini savunmaktadır⁷¹. Bu düzenleme, 6102 Sayılı TTK’nın 151’inci maddesinin 5’inci fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde, birleşmeye karşı çıkan, bu sebeple de çoğunluk (en az %90 pay sahibi ortak) tarafından istenmeyen ortak ya da ortakların, şirket iç barışını sağlamak amacıyla şirketten çıkarılmalarını amaçlamaktadır⁷². Bu şekilde çıkarılan ortağın, çıkarmaya itiraz edemese de ayrılma akçesinin miktarına itiraz hakkı ortadan kalkmaz⁷³. Bu düzenleme ile kanun koyucu, huzuru bozan ortakların şirketten çıkarılmasının, modern şirketler hukukunda ağırlık kazanan bir eğilim olduğunu, bu kurumun anonim şirketlerin niteliğine de ters düşmeyeceğini vurgulamıştır.

Bir görüş, ayrılma akçesinin tür değiştirme gibi, “*ortaklığın kişiliğinin özdeşliğinin korunması*” ilkesinin geçerli olduğu işlemlerde uygulanamayacağını, zira tür değiştirmede devir işleminin değil, şekil değişikliğinin söz konusu olduğunu, bu gerekçeyle ayrılma akçesinin tür

⁶⁸ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 141/II.

⁶⁹ Genel gerekçe 134 numaralı paragraf.

⁷⁰ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 141/II.

⁷¹ *Akbilek*, s. 185.

⁷² *Tekinalp*, Ünal, *Tek Kişilik Ortaklık*, C. I, İstanbul 2011, s. 61.

⁷³ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 141/II.

değiştiren şirket ortaklarınca istenemeyeceğini savunur⁷⁴. Yine aynı görüş, yeni kuruluş yöntemiyle bölünme işlemlerinde, yeni kurulan şirketler bölünen şirketin yavruları olacağından, somut olayın özellikleri 6102 Sayılı TTK'nın 141'inci maddesinin 2'nci fıkrasının uygulanmasını haklı göstermedikçe, yeni kuruluş yolu ile bölünmede ilgili hükmün uygulanamayacağını savunmaktadır⁷⁵. Zira yeni kuruluş yöntemiyle bölünmede ayrılma akçesini, bölünen şirket karşılamak durumunda kalacağından, bölünmenin dışında kalmak isteyen ortaklara zorunlu şekilde öngörülebilecek bir ayrılma akçesi ödemesinden bahsedilemez.

Şahıs şirketlerinde ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin hükümlerle kıyaslandığında temel fark, incelemekte olduğumuz ayrılma akçesinde, azınlığa yüklenebilecek bir kusurun olup olmadığı araştırmasına girilmeksizin, azınlık hakkında şirketten çıkarma kararı alınabilmektedir. Şahıs şirketlerinde ise genellikle ayrılan ortağın bu duruma kusuruyla sebebiyet vermesi gerekmektedir⁷⁶.

“Squeeze-out” olarak isimlendirilen bu kuruma, birleşme işlemlerinde sıkça rastlanılması bir kenara, halka açık anonim şirketlerin halka kapalı hale dönüşmesinde (Going Private)⁷⁷ ve aleni pay alım tekliflerinde⁷⁸ de rastlamak mümkündür. Ayrıca borsada şirket hisseleri değer kaybetmesine rağmen gelecekte değerlendirileceğine duyulan inanç ve öngörü, pay sahiplerinin azlığı ihraç ederek payları devralmak istemesine neden olabilecektir⁷⁹.

Bu sonuç, her ne kadar en az %90 paya sahip ortak tarafından alınan bir kararla gerçekleştirilebiliyor olsa da çoğunluğun azlığa tahakkümü, azlığı şirketten çıkarma konusunda baskı yapma aracı olarak görülebilir. Bunun önüne geçilmesi ancak, şirketten çıkarılabilecek pay sahibi oranına sınırlama getirmek suretiyle gerçekleştirilebilecektir⁸⁰. Bu da genel gerekçede en fazla %10 olarak belirlenmiştir. Buna ek olarak, 6102 Sayılı TTK'nın

⁷⁴ Tekinalp, Ayrılma Akçesi, s. 23.

⁷⁵ Tekinalp, Ayrılma Akçesi, s. 23 ve 24.

⁷⁶ Kaya, s. 308.

⁷⁷ Halka açık şirketin hisselerinin ortaklık tarafından veya üçüncü bir kişi olarak yatırımcı tarafından satın alınması ile küçük pay sahiplerinin ortaklık sıfatına son vererek payların belirli kişilerde toplanmasına imkân vermektir. Ayrıca bkz. Kaya, s. 311 ve 312.

⁷⁸ Aleni pay alım teklifinde teklif sahibinin teklifini kabule yanaşmayan ortakların varlığı halinde, kendisinin de belirli oranda pay/oy oranına sahip olması şartıyla azlığın paylarını satın alma imkânıdır. Ayrıca bkz. Kaya, s. 312; Özdoğan, s. 712 ve 713.

⁷⁹ Kaya, s. 313.

⁸⁰ Al Kılıç, s. 56; Kendigelen, s. 139.

193'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, 208'inci maddeye yapılan yollama ile de aynı sonuca ulaşılabacaktır. 208'inci madde, azlığın şirketin çalışmasını engellemesi, dürüstlük kuralına aykırı davranması, fark edilir sıkıntı yaratması veya pervasızca hareket etmesi halinde, hâkim şirket tarafından paylarının satın alınabileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, çoğunluğa tanınan çıkarma hakkının kötüye kullanılması bu sayede belirli koşullara bağlanarak önlenmeye çalışılmıştır.

Diğer bir önemli husus da ayrılma akçesine ilişkin birleşme sözleşmesinin ilgili hükmünün bir cezalandırma işlevi görmemesi gerektiğidir. Her ne kadar 6102 Sayılı TTK'nın 141'inci maddesinde açıkça yer almasa da kanun koyucu, limited şirketlerde ayrılma akçesinin düzenlendiği 6102 Sayılı TTK'nın 641'inci maddesinin gerekçesinde, ayrılma akçesinin cezalandırma aracı olmaması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Bu konuda uygulamayı da yakından takip eden ve sayısal verileri sıralayan *Kauppi*, yapılan bir araştırmaya göre⁸¹, payların ortalama satış değerlerini, asıl değerlerinin %36 daha aşağısında olarak belirlemiş ve squeeze out kurumunun uygulamada “cezalandırma” aracı olarak işlev gördüğünü belirtmiştir⁸².

Ayrılma akçesine ilişkin yapılan ödemelerde, çoğunluk pay sahipleri tarafından, istenmeyen azlığın şirketten ayrılması amacıyla hileli yollara başvurulduğu da gözlenmiştir. Azlığın paylarını ucuza almak için şirketin kâr paylarını minimumda tutması⁸³ ya da azlığı bertaraf etmek amacıyla yeni bir şirket kurmak, hileli davranışlardan sadece bir kaçıdır. Bu gibi hileli davranışları engellemek amacıyla ABD'de 1934 yılında Securities Exchange Act adlı bir yasa yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın 10b-5 maddesi ile azlığı zarara uğratabilecek hileli davranışların dava konusu olması imkânı getirilmiştir⁸⁴. Konuyla ilgili bir kararda birleşme işlemi, istenmeyen azınlık pay sahiplerini şirketten uzaklaştırmak amacıyla araç olarak kullanılmıştır. Bu olayda hile olmasa dahi azınlık pay sahiplerini korumak adına 10b-5 maddesinin uygulanabileceği sonucuna varılmıştır. Karara konu olayda A şirketinin çoğunluk hisse sahipleri, B şirketini oluşturarak hisselerini bu yeni şirket ile

⁸¹ Coolidge Study Fixing Value of Minority Interest in a Business Actual Sales.

⁸² *Kauppi*, Dave, “Minority Shareholder Squeeze Out” için bkz. <http://ezinearticles.com/?Minority-Shareholder-Squeeze-Out&id=403456>, (19.04.2012).

⁸³ O'Neal, Hodge/Janke, Ronald R., “Utilizing Rule 10b-5 For Remedying Squeeze-Outs or Oppression of Minority Shareholders”, Boston College Industrial and Commercial Law Review, Vol. XVI, March 1975, N. 3, s.335. Metin için bkz. <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1473&context=bclr>, (20.04.2012).

⁸⁴ O'Neal/Janke, s. 332 ve 335.

değiş tokuş etmişlerdir. Fakat A şirketinde “aktif çalışanların” yeni şirketten pay alamayacağı kararlaştırılarak, azınlık pay sahiplerinin yeni şirkette hisse sahibi olmalarına izin verilmemiştir⁸⁵. Daha sonra A şirketi ile B şirketinin birleşmesi amacıyla plan yapılmış ve azınlık pay sahipleri yeni şirkette pay sahibi olamayacağından onlara ödeme yapma yolu tercih edilmiştir. Fakat bu işlem, azınlık pay sahiplerini aldatma olarak değerlendirilmiş ve mahkeme işlemi, kanunun 10b-5 maddesine dayanarak bozmuştur. Zira kararda, B şirketinin ortaya çıkmasının tek sebebi olarak, çoğunluğun azınlığı bertaraf etmek amacıyla hareket etmiş olması gösterilmiştir. Bu şekilde Temyiz Mahkemesi, iş amacı olmayan, sırf azınlık pay sahiplerini işlem dışına çıkarmak amacıyla gerçekleştirilen birleşme işlemini hileli bularak bölge mahkemesinin kararını onamıştır⁸⁶.

Almanya’da bu konuda 20.12.2001 tarihinde kabul edilen “*Aleni Teklifte İşletmenin Devralınması ve Kıymetli Evrak İktisabının Düzenlenmesine İlişkin Kanun*” ile bir takım hükümler sevk edilmiştir⁸⁷. Bu kanun, payların en az %95’ini elinde tutan kişiye, bizzat kendisi tarafından belirlenecek tazminatın azınlık pay sahiplerine ödenmesi şartıyla ve genel kuruldan bu yönde talepte bulunması şartıyla azınlığın paylarını satın alarak, onların ortaklık sıfatına son verme hakkını vermektedir⁸⁸. Büyük pay sahipleri olarak %95 oranındaki pay sahibi, gerçek ya da özel/kamu hukuku tüzel kişisi olabilecektir⁸⁹. Yine çoğunluk pay sahiplerinin bir adi şirket çatısı altında toplanarak, konsorsiyum oluşturmak suretiyle bu kurumu işletmeleri de mümkün kılınmıştır. Fakat Alman doktrininde, ABD’de olduğu gibi, bu adi ortaklığın salt azınlığı şirketten çıkarmak amacıyla kurulması halleri, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş ve buna ilişkin genel kurul kararının iptal yaptırımına tabi olacağı belirtilmiştir⁹⁰.

4) Birleşmede Ortaklık Pay ve Haklarının Korunması Amacıyla Denkleştirme Akçesi

6102 Sayılı TTK’nın 191’inci maddesinde, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinde ortaklık pay ve haklarının gereği gibi korunmamış olması veya ayrılma akçesinin adil olarak belirlenmemiş olması halinde her

⁸⁵ O’Neal/Janke, s. 338.

⁸⁶ O’Neal/Janke, s. 338.

⁸⁷ Pulaşlı, (Çıkarma), s. 650.

⁸⁸ Kaya, s. 313 ve 314; Pulaşlı, (Çıkarma),s. 652.

⁸⁹ Kaya, s. 314; Pulaşlı, (Çıkarma),s. 653.

⁹⁰ Kaya, s. 315.

ortağın, birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde, birleşme işlemine katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinde, uygun bir denkleştirme akçesinin belirlenmesi amacıyla dava açabileceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile pay sahipliğinin devamlılığı ilkesinin gerçekleştirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Çünkü kanun koyucu madde gerekçesinde, ortağın devralan veya yeni kurulan şirkette yer almaması halini, kanunun izin vermediği şekilde haksızlık ve zarar olarak nitelemiştir⁹¹. Bu düzenleme ile kanun koyucu, haksızlığa uğrayan ortağı bir denkleştirme akçesi ile tatmin etmeyi amaçlamıştır. Bu hak, hem devralan şirkette tahsis edilen payların, uygun yöntem kullanılmaması nedeniyle devrolunan şirketteki paylara denk bir değer taşımaması hem de ayrılma akçesinin adil olarak hesaplanmaması halinde tanınmıştır.

Denkleştirme akçesinin belirlenmesinde 6102 Sayılı TTK'nın 140'ıncı maddesinin 2'nci fıkrasında⁹² yer alan %10 sınırının uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu belirleme, ortaklık haklarının korunması veya devamlılığın sağlanması adına yerinde olmuştur⁹³. Denkleştirme akçesinin nakden ödeneceği hallerde, ödeme, şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği sermayeden yapılmalıdır⁹⁴. Denkleştirme ödemesi, devralan şirketin pay sahipliği hakları ile yapılacaksa, bu hallerde de yeni çıkarılan payların karşılığı, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir sermayeden karşılanmalıdır⁹⁵. Serbestçe tasarruf edilebilir sermaye yok veya denkleştirme ödemesi bu miktarı aşıyorsa, şirket sermayesine, dolayısıyla alacaklıların korunmasına yönelik menfaate üstünlük tanınarak, birleşme kararının 6102 Sayılı TTK'nın 192'nci maddesi gereğince iptal edilmesi, olası bir anlaşmazlığın iflasa sebebiyet verebilmesi tehlikesi karşısında en uygun çözüm olacaktır⁹⁶.

Denkleştirme akçesinin belirlenmesi amacıyla Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan davanın, mahkemece denkleştirme akçesine hükmedilmesi ile yetinildiği, ayrıca bir edada bulunmayı içeren hükme

⁹¹ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 191.

⁹² 6102 Sayılı TTK m: 140/II; “Ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir.”

⁹³ Coştan, s. 177.

⁹⁴ Coştan, s. 178.

⁹⁵ Coştan, s. 178.

⁹⁶ Coştan, s. 178.

varılmadığı gerekçesiyle Alman hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da tespit davası niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür⁹⁷. Oysa bir hukuki ilişkinin kurulması, kaldırılması ve değiştirilmesi için tarafların tek taraflı beyanlarının yeterli olmadığı, taraflarca anlaşmak suretiyle çözüme varma imkânı olmayan, bu sebeple mahkemece kurulan hükme gerek olan hallerde inşai davanın varlığından bahsederiz⁹⁸. Bu davada taraflarca kararlaştırılan ayrılma akçesinin adil bulunmaması halinde, mahkemece birleşme sözleşmesinin bir unsuru değişikliğe uğrayacak veya sözleşmede ayrılma akçesi öngörülmemişse mahkemece kurulacak hükümle ayrılma akçesi belirleneceğinden, sözleşmenin bir unsuru kurulmuş olacaktır⁹⁹. Bunlara ek olarak 6102 Sayılı TTK'nın 191'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, mahkeme kararının davacı ile aynı hukuki durumda bulunan işleme taraf ortaklıkların tüm ortakları hakkında cari olması, inşai davada verilen hükmün herkese karşı etkili olacağı kuralı ile örtüşmektedir¹⁰⁰. Ayrıca 6102 Sayılı TTK'nın 191'inci maddesinin gerekçesinde davanın “*yeniden yapılandırma*” davası olduğu ifade edilmiştir. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki denkleştirme talebine ilişkin açılan bu dava, inşai dava niteliğindedir¹⁰¹. Fakat aynı maddenin gerekçesinde hatta yeniden yapılandırma davası olduğunun belirtildiği aynı paragrafta, mahkemenin birleşme sözleşmesini/planını inceleyerek, olması gereken karşılığın ödenmesini karara bağlayacak olmasından bahsedilmiştir. Karşılığın ödenmesine hükmedilmesinin düzenlenmiş olması, kanun koyucunun bu davayı eda davası olarak kabul ettiği izlenimini verse de bu davada verilen hüküm inşai etki doğuracağından, davanın, eda davası yerine inşai dava olarak kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

Ayrılma akçesine ilişkin açılan davalarda verilen hükmün, dava açılmadan önce kararlaştırılan bedeli alarak ortaklıktan ayrılmış olan ortaklar hakkında da geçerli olup olmayacağı hakkında mevzuatımızda açık bir hüküm mevcut değildir. 6102 Sayılı TTK'nın 191'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan hükümden hareketle, mahkemece verilen hükmün, davacı ile aynı hukuki durumda olan ortaklar için de geçerli olacağı, inşai kararların geleceğe etkili olması kuralının istisnası niteliğinde, daha önce ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılmış olan ortakların da mahkemece hükmedilen bedel farkından

⁹⁷ Sönmez, s. 155.

⁹⁸ Sungurtekin Özkan, s. 560; Sönmez, s. 156.

⁹⁹ Sönmez, s. 157.

¹⁰⁰ Sungurtekin Özkan, s. 565.

¹⁰¹ Sönmez, s. 157.

faydalanacağı sonucuna varabiliriz¹⁰². Nitekim bu konuda Alman hukukunda hâkim görüş de, daha önce ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılan ortakların, eksik kalan bedelin tamamlanması talebinde bulunabileceklerini ifade etmektedir¹⁰³.

Bu davada aktif dava ehliyeti pay sahiplerine ait olup, dava süresince de bu sahiplik sürdürülmelidir. Aksi halde davanın düşmesi sonucu ile karşılaşılacaktır¹⁰⁴. Birden çok inşai hak sahibi ortak varsa, bu ortaklarca tek bir davanın açılması mümkün olup, bu hallerde ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır¹⁰⁵. Davalı tarafta ise ortaklık tüzel kişiliği olacaktır¹⁰⁶. Davanın açılacağı süre, 6102 Sayılı TTK'nın 191'inci maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilmiş olup bu süre, birleşme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay olarak belirlenmiştir. Yargılama giderleri, devralan şirkete ait olacaktır. Özel durumlar haklı gösterirse mahkemece bu giderler kısmen veya tamamen davacı üzerinde bırakılabilecektir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, bir taraftan dava giderleri sebebiyle ortağın hakkını aramaktan vazgeçmesini önlemeyi amaçlamış; diğer taraftan durumun gerektirdiği hallerde davacının da masraflara katlanabileceğini öngörerek, haksız yere, delilsiz ve dayanaksız dava açılmasını engellemek istemiştir¹⁰⁷. Ayrıca kanun koyucu, ortaklığı sürdürme hakkının, ortaklık haklarının ve ayrılma karşılığının denetlenmesi amacıyla açılan bu davanın, birleşme kararının iptalini gerektiren sebepler hariç, birleşme kararının geçerliliğini etkilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Böylece davanın amacını aşar şekilde yorumlanmasını engellemiş ve işlem menfaatini gözetmiştir¹⁰⁸.

III. HÂKİM ŞİRKETİN SATIN ALMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE AYRILMA AKÇESİ

Hâkim şirket ve bağlı şirket, ilk kez “*şirketler topluluğu*” adıyla 6102 Sayılı TTK'nın 195-210'uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. İlgili hükümlerde düzenlenmiş olan hâkim şirketin azınlığın paylarını satın alma hakkı, mahkeme kanalıyla kullanılan haklardandır. Zira hâkim şirket, azınlığın paylarını, mahkemenin verdiği karara dayanarak satın almaktadır.

¹⁰² Sönmez, s. 157-158.

¹⁰³ Sönmez, s. 158, dpn. 414.

¹⁰⁴ Sönmez, s. 158-159.

¹⁰⁵ Sungurtekin Özkan, s. 568-569; Sönmez, s. 160.

¹⁰⁶ Sönmez, s. 161.

¹⁰⁷ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 191/III.

¹⁰⁸ Sönmez, s. 167.

Bu başlık altında, hâkim şirketin kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda satın alma hakkını kullanmak istemesi vehâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması hallerinde satın alma hakkı inceleme konusu yapılacaktır.

A) Hâkim Şirketin Satın Alma Hakkını Kullanmak İstemesi

6102 Sayılı TTK'nın 208'inci maddesinde, hâkim şirketin bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az %90'ına doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olması halinde, azınlık pay sahipleri şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı şekilde davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor ya da pervasızca hareket ediyorsa, hâkim şirketin azınlığın paylarını satın alabileceği düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile amaçlanan; bir şirketin sermayesinin ve oy haklarının en az %90'ına sahip paydaşlarının uygun gördüğü kararların alınıp uygulanmasına, çoğu zaman kişisel sebepleri mazeret göstererek karşı çıkan azınlık pay sahiplerinin, şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamaktır¹⁰⁹. Zira şirket içinde ciddi huzursuzluklara neden olan azınlık pay sahipleri, *taciz azınlığı*¹¹⁰ durumuna gelerek, şirket içindeki istikrarı bozabilir. Ön tasarıda %95 olarak kararlaştırılan oran, son tasarıda %90 olarak belirlenmiş; fakat gerekçede bu yönde bir değişiklik yapılması unutulduğu için, gerekçe, kanun metni ile farklı kaleme alınmıştır¹¹¹. Böylece yasa metninde, hâkim şirketin satın alma hakkını, en fazla %10'luk azınlık payları için kullanabileceği ifade edilmiş olmaktadır¹¹².

Gerekçede, bu imkânın kötüye kullanılmamasını ve pay bedellerinin adil şekilde ödenmesini temin için karar verme yetkisinin mahkemeye bırakıldığı ifade edilmiştir. Hâkim şirket, payları, borsa değeri varsa bu değer üzerinden; yoksa 6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, mahkeme tarafından tespit edilen, karar tarihine en yakın tarihteki şirket değeri üzerinden satın alacaktır. 6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, borsa değeri olmasına rağmen eğer bu değer hakkaniyete uygun değilse paylar, gerçek değeriyle veya genel kabul gören bir yönteme göre belirlenecek bir değerle satın alınabilecektir.

¹⁰⁹Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 208.

¹¹⁰**Karayalçın**, Yaşar, “Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 361.

¹¹¹**Kendigelen**, s. 191.

¹¹²**Kendigelen**, s. 191.

Azınlığın paylarını satın almak için ön şart, azınlığın maddede belirtilen davranış kalıplarını sergilemesidir¹¹³. Bir davranışın ne zaman dürüstlük kuralına aykırılık veya sıkıntı yaratacağı ya da pervasızca hareket olarak değerlendirilebileceği yoruma açık olduğundan, bunun takdiri isabetli şekilde mahkemeye bırakılmıştır. Şayet azınlığın davranışı mahkeme tarafından ilgili maddede belirtilen kalıplara sokulamazsa, azınlığın payları cebren satın alınamayacaktır¹¹⁴. Dolayısıyla bu hak mutlak bir hak değil, ancak kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde kullanılabilen bir haktır¹¹⁵.

Maddenin lafzından, satın alma hakkının kullanılabilmesi için mahkemeye başvurunun zorunlu olup olmadığı, tek taraflı irade beyanı ile de bu hakkın kullanılabilip kullanılamayacağı net bir şekilde anlaşılamamaktadır. Gerekçede, kötüye kullanılmamasını ve pay bedellerinin adil şekilde ödenmesini temin için karar verme yetkisi mahkemeye bırakılsa da madde metninden bu sonuca direkt ulaşmak mümkün değildir. 6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesine yapılan yollama ise, azınlığın paylarının borsa değerinin olmaması ihtimalinde belirlenecek satın alma bedelinin tespitine ilişkin olarak yapılmıştır. Dolayısıyla hâkim şirketin, maddede belirtilen şekilde davranış sergileyen azınlık paylarını tek taraflı irade beyanı ile satın alabileceği sonucuna ulaşmak mümkün görünmektedir. Fakat bu sonuç, azınlığın haklarının tam olarak korunmasına hizmet etmeyeceğinden, madde metninde gerekli açıklamanın şüpheye yer vermeyecek şekilde yapılması gerekmektedir¹¹⁶.

Azınlık, oy birliğinin arandığı esas sözleşme değişiklikleri dışında, şirketlerde karar mekanizmalarını etkileme gücüne sahip değildir. Ancak azınlık, genel kurul kararlarının iptalini dava ederek sürekli bir şirket içi çekişmeye yol açabileceğinden, bunu önleyerek, hâkim pay sahibi ortakların, şirketin gelişmesine ivme kazandırmalarını gerçekleştirmek amacıyla, azınlığın, ilgili maddede belirtilen şartlar dâhilinde paylarının satın alınmasına imkân tanınmıştır¹¹⁷.

B) Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması

6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesi gereğince temel kural, hâkim şirketin hâkimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanmamasıdır.

¹¹³ Pulaşlı, (Şirketler), s. 181; Kendigelen, s. 191.

¹¹⁴ Pulaşlı, (Şirketler), s. 181.

¹¹⁵ Kendigelen, s. 191.

¹¹⁶ Kendigelen, s. 192.

¹¹⁷ Pulaşlı, (Şirketler), s. 181.

Hâkim şirketin bu kuralı ihlal eden bir takım iş ve eylemlerine, kanun koyucu bazı sonuçlar bağlamıştır. Bu sonuçlar; hâkim şirketin hâkimiyetini kötüye kullanması sonucu ortaya çıkan kaybı denkleştirmemesi durumunda ve bağlı şirket tarafından açıkça anlaşılabilir haklı sebebi olmayan birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde davacı pay sahiplerinin, mahkemeden paylarının satın alınmasını istemeleri olarak sayılmıştır.

1) Hâkim Şirketin Hâkimiyetini Kötüye Kullanması Sonucu Ortaya Çıkan Kaybı Denkleştirmemesi

6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesinin 1'inci fıkrasının abendi gereğince, hâkim şirket, kanunda örnek kabilinden sayılan belirli davranışlarıyla¹¹⁸ bağlı şirketi kayba uğrattırsa bu kaybı, o faaliyet yılı içinde denkleştirmek veya kaybın ne zaman ve nasıl denkleştirileceğini belirtmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanımak zorundadır. Yani hâkim şirket, ortaya çıkan kaybı o faaliyet yılı içinde gidermek veya denk bir istem hakkı tanımak şartıyla bağlı şirketi kayba uğratabilecektir¹¹⁹. Madde metninde sayılan hâkim şirketin karar ve eylemleri, hâkimiyet ilişkisinden doğmayıp da basiretli hareketin bir gereği olarak ortaya çıkmış ise dava hakkından bahsedilemeyecektir¹²⁰.

Maddede kanun koyucu “zarar” terimi yerine, onu da kapsayacak şekilde “kayıp” ifadesini tercih etmiştir. Nitekim kayıp, bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının engellenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu gibi şans veya bir işi başarıyla yapabilme olanağının kaybı şeklinde de doğabilir¹²¹. İşte bu gibi bağlı şirketin kayba uğratılması hallerinde hâkim şirketin denkleştirme yükümlülüğü doğmaktadır. Bu yükümlülük o faaliyet yılı içinde gerçekleştirilmez ise bağlı şirketin her pay sahibi, hâkim şirketten ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerinden tazminat talebinde bulunabilir. Hâkim ise, istem üzerine veya re'sen hakkaniyete uygun düşecekse tazminat yerine davacı pay sahiplerinin

¹¹⁸ “...Özellikle bağlı şirketi iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; karını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye, ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez....”

¹¹⁹ Sönmez, s. 191.

¹²⁰ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 202/I.

¹²¹ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 202.

paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir. Bu durum usul hukukunda geçerli olan “*taleple bağlılık*” ilkesine istisna oluşturmaktadır¹²². Fakat davacı doğrudan payının satın alınmasını da dava edebilecektir¹²³. Madde metninde geçen, “*istem üzerine veya re’sen tazminat yerine davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına*” ibaresi, bizi bu sonuca götürmektedir. O halde, davacı pay sahibinin payının hâkim şirket tarafından satın alınmasına ilişkin hâkim kararı, talep üzerine verilmişse, çıkma; re’sen verilmişse çıkarılmadan bahsedilir¹²⁴.

Madde metninde geçen, “*hakim...duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir*” ifadesi açıklamaya muhtaç görünmektedir. Bu ifade ile kanun koyucu mahkemeye çok geniş bir takdir yetkisi vermek istemiştir¹²⁵. Görüldüğü üzere, davanın açılabilme şartı olarak, süresi içinde denkleştirmenin yerine getirilmemesi veya süresi içinde şirkete bu konuda bir talep hakkının tanınmaması gösterilmiştir. Dava hakkı şirkete değil, pay sahiplerine ve alacaklılara tanınmıştır. Bunun gerekçesi de hukuki gerçekçilik olarak ifade edilmiştir¹²⁶. Yani bağlı şirketin hâkim şirkete bir dava açması ve bunu samimi şekilde sürdürmesi şüpheli görülmüştür. Buna ek olarak bağlı şirket yönetim kurulunu, hâkim şirket ile karşı karşıya getirmenin doğru bir hukuk politikası olmadığı da ifade edilmiştir.

6102 Sayılı TTK’nın 202’nci maddesinin 1’inci fıkrasının d bendi gereğince, kayba sebep olan işlem, aynı veya benzer şartlarda şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı halinde tazminata hükmedilemez. Bu düzenleme ile sadece tazminata hükmedilemeyeceği ifade edilmiş olsa da bu hükmün, ayrılma hakkının kullanılmasına da engel olacağı söylenebilir¹²⁷. Zira bu madde kapsamında ayrılma hakkı, açılan bir tazminat davasında talep üzerine veya re’sen hakkaniyete uygun düşecekse hâkim tarafından tazminat yerine verilen hüküm

¹²² Kendigelen, s. 184.

¹²³ Sönmez, s. 196.

¹²⁴ Çelik, Aytekin, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara 2012, s. 84.

¹²⁵ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 202.

¹²⁶ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 202.

¹²⁷ Sönmez, s. 192.

neticesi kullanılabilen bir hak olduğundan, tazminata hükmedilememesi, ayrılma hakkının ve dolayısıyla hâkim şirket tarafından davacı pay sahiplerinin paylarının satın alınmasına da engel olmalıdır.

Açılacak davada ispat yükü iddia eden davacı pay sahibine aittir¹²⁸. Zamanaşımı süresi ise, 6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesinin 1'inci fıkrasının e bendinde aynı kanunun 560'ıncı maddesine yapılan yollama nedeniyle, davacının, zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren 2 ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren 5 yıl olacaktır. Bu konuda bir görüş, 6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesinin 1'inci fıkrasının b bendinde, aynı maddenin 2'nci fıkrasına yapılan atıf nedeniyle davanın, iki yıllık zamanaşımı süresi içinde açılması gerektiğini savunmaktadır¹²⁹. Hâlbuki atıf yapılan 202'nci maddenin 2'nci fıkrası, payların satın alınmasında hangi değer esas alınacağına ilişkin olarak açıklama getirmiştir. Sorunun çözümü, ilgili fıkranın kendi içinde yer almaktadır. Zira 202'nci maddenin birinci fıkrasının e bendi, açılan davaya kıyas yoluyla “*zamanaşımı*” başlıklı 560'ıncı maddenin uygulanacağını söylemektedir. 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 18'inci maddesinde, bağlı şirketin 6102 Sayılı TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihte 202'nci madde kapsamında bir kaybı varsa bunun, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıl içinde denkleştirilmesi gerektiği; aksi halde 202'nci maddenin 1'inci fıkrasının b bendinde öngörülen dava hakkının söz konusu sürenin bitmesiyle hemen kullanılabileceği ifade edilmiştir.

Bu dava, inşai bir dava olmayıp, eda davası niteliğindedir. Dolayısıyla hâkimin vereceği hüküm, birleşme işleminde olduğu gibi davacı ile aynı hukuki durumda bulunan işleme katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında hüküm doğurmayacaktır¹³⁰.

2) Bağlı Şirket Tarafından Açıkça Anlaşılabilir Haklı Sebebi Olmayan İşlemlerde Satın Alma

6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen vebağı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir bir haklı sebebi olmayan birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde, genel kurul kararına ret oyu verip bunu tutanağa geçiren veya yönetim kurulunun

¹²⁸ Sönmez, s. 196.

¹²⁹ Sönmez, s. 196.

¹³⁰ Sönmez, s. 196.

bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz eden pay sahiplerinin, hâkim teşebbüsten zararlarının tazminini veya paylarının satın alınmasını mahkemeden isteyebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Hükme göre bu konuda açılacak davalar, genel kurul kararının verildiği veya yönetim kurulu kararının ilan edildiği tarihten başlayarak 2 yılda zamanaşımına uğrar. Bu durumda açılacak davalar için, kanun koyucu dava şartı olarak isimlendirilen bir takım şartlar aramıştır. Öncelikle karşı çıkılan işlem, bağlı şirket yönünden açıkça anlaşılabilir bir haklı sebebe sahip olmamalıdır. Buna ek olarak, genel kurul kararına dayalı işlemlerde bu karara ret oyu verip bunu tutanağa geçirtme; yönetim kurulu kararına dayanan hallerde ise bu karara yazılı olarak itiraz etme aranacaktır. Kanun koyucu yönetim kurulu kararına itiraz için herhangi bir süre şartı öngörmemiştir. O halde itirazın, davanın açılabilmesi 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde yapılmış olması gerektiği ifade edilebilir¹³¹. Karardan önce ortaklığın, pay sahiplerine, ayrılma haklarını kullanabilecekleri konusunda bir bildirim yapması da aranmamıştır.

İlgili hükümde, pay sahiplerinin paylarının satın alınmasını mahkemeden talep etmeleri düzenlendiğinden, 6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesinin 1'inci fıkrasının b bendinde öngörülen şekilde hâkimin taleple bağlı olmayacağı ilkesi geçerli olmayacaktır. Hâkime ilk fıkra için tanınan bu imkânın, ikinci fıkra da öngörülen hallerde tanınmaması bir çelişki oluşturmuştur. Dolayısıyla hâkim şirket tarafından payların satın alınması, bu konuda ayrıca bir talep olmadıkça hâkimin re'sen karar verebileceği bir durum olmayacaktır¹³².

Kanun koyucu, hâkim şirketin, satın alma hakkını hangi değer üzerinden kullanacağını, 6102 Sayılı TTK'nın 202'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ayrıntılı olarak belirtmiştir. Buna göre, payların varsa en az borsa değeri, böyle bir değeri yoksa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa gerçek değeriyle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değer ile satın alınmasına hükmedilebilecektir. Değer belirlenirken, mahkeme kararına en yakın tarihteki veriler esas alınacaktır.

Gerek hâkim şirketin, hâkimiyeti kötüye kullanması sonucu gerçekleşen kaybı denkleştirmemesi halinde gerekse bağlı şirket tarafından hâkimiyetin bir gereği olarak gerçekleştirilen ve açıkça anlaşılabilir haklı sebebi olmayan işlemlerde payların satın alınması, mahkeme kararına istinaden gerçekleştirilmektedir. Mahkemenin verdiği hüküm, hâkim şirketin,

¹³¹ Sönmez, s. 197.

¹³² Sönmez, s. 197.

hâkimiyeti kötüye kullanması sonucu gerçekleşen kaybı denkleştirmemesi halinde olduğu gibi, bir eda hükmü olacaktır¹³³.

IV. ANONİM ORTAKLIKTAKI HAKLI SEBEPLE FESHİN TALEP EDİLMESİ HALİNDE AYRILMA AKÇESİ

Anonim şirketlerin sermaye şirketi olması, onlar hakkında, şahıs şirketlerindeki şekliyle ortakların şahsında gerçekleşen sebeplerle ve haklı sebeplerle şirketten çıkarılma müessesesinin uygulanmaması sonucunu doğurmuştur. Zira anonim şirketlerde ortakların kişiliği değil, pay ve payın sağladığı haklar önem arz etmektedir¹³⁴.

6102 Sayılı TTK ile ilk kez, anonim şirketlerde sona erme sebeplerinden biri olarak düzenlenen haklı sebeplerle fesih, 531'inci maddede hükme bağlanmıştır. Buna göre, haklı sebeplerin varlığı halinde, sermayenin en az 1/10'ini ve halka açık şirketlerde 1/20'ini temsil eden payların sahipleri, şirket merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Bu dava, bozucu yenilik doğurucu nitelikte bir davadır¹³⁵. Bu dava ile azınlığın haklarının, çoğunluk tarafından kötüye kullanılması engellenmek istenmiştir. Azınlık, haklarının kötüye kullanıldığı hallerde, anonim şirketlerde çıkma hakkının olmamasının yaratacağı riskleri, bu dava ile ortadan kaldıracaktır¹³⁶. Bu davanın önem arz ettiği diğer bir nokta, hâkimin haklı sebeple fesih davasında taleple bağlı olmadan, uygun gördüğü diğer bir çözüm yolunu tercih edebilmesidir. Hâkim, haklı sebeple fesih davasında, olaya uygun düşecek diğer bir çözüm yolu olarak, ortağın şirketten çıkarılmasına karar verebilecektir.

Haklı sebeple fesih müessesesinin sağladığı kolaylık, uygulanmasından ziyade, uygulanma ihtimalinde kendini gösterir. Şöyle ki, bir anonim şirkette azınlığın elinde şirketin feshini talep edebilme silahı varsa bu durum, çoğunluğu, daha dikkatli davranmaya sevk edecektir¹³⁷. Zira şirketin feshi, çok yönlü sonuçlar doğuracağından, şirketin devam etmesinde faydası olan anonim şirket çoğunluk pay sahipleri, bu yola gidilmemesi için pek çok durumda azınlığın haklarını kötüye kullanmaktan vazgeçecektir¹³⁸.

¹³³ Sönmez, s. 197.

¹³⁴ Çelik, s. 78; Erdem, Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2012, s. 154.

¹³⁵ Pulaşlı, (Şirketler), s. 574; Oruç, Murat, "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma", BATİDER, C. XXVII, Sa. 11, Y. 2011, s. 223.

¹³⁶ Pulaşlı, (Şirketler), s. 574.

¹³⁷ Çelik, s. 274.

¹³⁸ Çelik, s. 275.

Anonim şirketlerde haklı sebeple feshin talep edilmesi halinde, davacı pay sahibinin, mahkemece ortaklıktan çıkarılması için kanun koyucu belirli şartlar aramıştır. Bu şartları şu şekilde sıralamamız mümkündür;

1) Haklı Sebeple Fesih Davasının Açılmış Olması

6102 Sayılı TTK'nın 531'inci maddesi gereğince, davacı pay sahibinin şirketten çıkarılabilmesi için öncelikle, şirketin haklı sebeple feshi dava edilmiş olmalıdır. Bu dava dışında herhangi bir yolla davacı pay sahibi, anonim şirketten çıkarılamaz¹³⁹.

6762 Sayılı TTK'da anonim şirketin haklı sebeple feshinin istenebileceğine dair herhangi bir hüküm yer almadığından, doktrinde hâkim görüş bu durumu, olumlu bir kanun boşluğu olarak değerlendirmemiş; anonim şirketlerin, yapısı gereği haklı sebeple fesih kurumuna uygun olmadığı ifade edilmiştir¹⁴⁰. Azınlığın haklarını korumada yetersiz kaldığı düşünülen 6762 Sayılı TTK yerine, 6102 Sayılı TTK ile azınlığa, çoğunluk pay sahipleri üzerinde baskı kurabilmek ve bu suretle haklarını daha etkili şekilde korumak için, anonim şirketin haklı sebeple feshini dava edebilme hakkı tanınmıştır¹⁴¹.

Buradaki dava hakkı, diğer şirketlerdeki anlamıyla kullanılabilen bir hak değildir. Şöyle ki ortakların kişiliğinin ön planda olduğu şahıs şirketlerinde haklı sebeple fesih müessesesi, oy birliğinin sağlanamadığı hallerde tikanıklığa çözüm getirmek amacıyla öngörülmesine karşın, anonim şirketlerde azınlığın haklarını çoğunluğa karşı korumak amacıyla getirilmiştir. Dolayısıyla haklı sebeple feshin düzenlendiği diğer şirket türlerinde bu kurumun getirilmesindeki amaç, azınlığı korumak değildir¹⁴². Buna ek olarak, bu dava hakkı, diğer şirketlerde uygulandığı şekliyle değil; son çare olarak başvurulabilen bir yoldur. Zira anonim şirketler, sermayesi ile ön plana çıkan ve ülke ekonomisi de dâhil olmak üzere mali etkileri büyük olan şirketlerdir. Dolayısıyla haklı sebeplerin varlığına rağmen, mevcut ihtilafı çözmek için başka çözüm yolları varsa, şirketin feshine karar verilemeyecektir¹⁴³.

2) Haklı Sebeplerin Varlığı

Bu davanın açılabilmesi ve davacı pay sahibinin şirketten çıkarılabilmesi için, haklı sebeplerin varlığı ön şart olmakla birlikte tek başına yeterli değildir.

¹³⁹ Çelik, s. 284.

¹⁴⁰ Çelik, s. 285-286.

¹⁴¹ Erdem, s. 115; Çelik, s. 287-288.

¹⁴² Çelik, s. 288.

¹⁴³ Çelik, s. 289.

Haklı sebep olarak nitelendirilen ve dava açmaya sebep olan olguların, aynı zamanda şirketin feshine neden olabilecek nitelikte olması da aranacaktır¹⁴⁴.

Haklı sebeplerin tanımı ve neler olabileceği anonim şirket bahsinde yer almamakla birlikte, kollektif şirketin düzenlendiği kısımda, 6102 Sayılı TTK'nın 245'inci maddesinde tanımı da yapılmak suretiyle örnek kabilinden sayılmıştır. Buna göre haklı sebep, şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin, şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olmasıdır. Anonim şirket bahsinde haklı sebep ile neyin ya da nelerin kastedildiği belirtilmediğinden, bu sebepleri her somut olaya göre, hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir¹⁴⁵. TMK'nın 4'üncü maddesi gereğince hâkim, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini veya haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Dolayısıyla bu kavramın tanımlanması yargı kararları ile öğretiyeye bırakılmış olmaktadır¹⁴⁶. İsviçre öğretisinde, genel kurulun çok defa kanuna aykırı şekilde toplantıya çağırılması, azınlık haklarının sürekli ihlali, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kar paylarında sürekli bir azalma gözlenmesi, haklı sebepler olarak kabul edilmektedir. Anonim şirket yönetim kurulunda veya genel kurulunda oylarda eşitlik sağlanması ve her iki grup oy sahiplerinin kararlarında ısrarcı olmaları neticesi, karar alma sürecinde yaşanan tikanıklık da haklı sebep olarak nitelendirilebilir¹⁴⁷. Yine azınlığın bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarından devamlı olacak şekilde mahrum bırakılması, ortaklık kaynaklarının çoğunluk yararına sömürülmesi, az ortaklı küçük anonim şirketlerde ortaklar arasındaki kişisel anlaşmazlıkların şirket amacının gerçekleşmesini objektif olarak imkânsız kılması da haklı sebebe örnek olarak verilebilir¹⁴⁸. Varsayımlar ve olumsuz beklentiler ise haklı sebep teşkil etmemektedir¹⁴⁹. Zira Federal Mahkeme de bu konuda, kötüye kullanılma konusunda korku ve endişeyi haklı sebep olarak kabul etmemiştir¹⁵⁰. Bu konuda karar verecek olan merci, mahkemedir. Mahkeme bu noktada, azınlıktan artık şirkette pay sahibi olarak bulunmalarını ve şirketi

¹⁴⁴ Çelik, s. 291 ve 294.

¹⁴⁵ Pulaşlı, (Şirketler), s. 576; Çelik, s. 293.

¹⁴⁶ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 531.

¹⁴⁷ Oruç, s. 216; Karayalçın, s. 391; Çelik, s. 300.

¹⁴⁸ Erdem, s. 161-162.

¹⁴⁹ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 531; Oruç, s. 215 ve 216; Erdem, s. 117.

¹⁵⁰ Pulaşlı, (Şirketler), s. 578.

devam ettirmelerini dürüstlük kurallarına göre isteyemiyorsa, haklı sebebin varlığından bahsetmemiz kuvvetle muhtemel hale gelecektir¹⁵¹.

Haklı sebep teşkil eden olgular, anonim şirketlerde, şahıs şirketlerinden farklı olarak tezahür eder. Haklı sebep, şahıs şirketlerinde genellikle ortağın şahsından kaynaklı olarak ortaya çıkar. Oysa ki bir sermaye şirketi olan ve ortakların kişiliğinin önem arz etmediği anonim şirketlerde, haklı sebebin ortağın şahsından kaynaklanmayacağı doğaldır¹⁵². Daha çok azınlık pay sahiplerinin haklarının çoğunluk tarafından ihlali ya da azınlığın şirketle ve diğer paydaşlarla ilişkilerini olumsuz etkileyecek durumlar haklı sebep teşkil eder¹⁵³. Bu şekilde çoğunluk tarafından azınlık haklarının ihlal edilmesinin haklı sebep teşkil etmesi, çoğunluğun hukuka aykırı davranışlarının süreklilik taşıması, hiç değilse belirli bir sıklığa ulaşmış olmasını gerektirir¹⁵⁴. Bunun yanında, sona ermiş; fakat etkilerini göstermeye devam eden bir hukuka aykırılık durumunda da kötüye kullanmanın varlığından bahsedilebileceğinden, bu durum da haklı sebep kavramı çerçevesinde değerlendirilebilir¹⁵⁵. Burada haklı sebebi oluşturan duruma ortağın kusuruyla neden olması ise önem arz etmez¹⁵⁶.

3) Çıkarma Kararı Dışında Başka Bir Çözüme Ulaşılamaması

Açılan fesih davasında fesihten önce fakat diğer çözüm yollarından sonra olmak üzere, daha hafif sonuçlar doğuran başka bir çözüme ulaşılamaması halinde mahkeme çıkarma kararı verebilecektir¹⁵⁷. Burada amaç, ortakların menfaatlerini korumak başta olmak üzere, ülke ekonomisini etkileme ihtimali olan, anonim şirketlerin feshi gibi ağır sonuçlar doğuran seçenekleri tercih etmek yerine, menfaat dengesinin daha hafif sonuçlar doğuran başka seçenekler ile kurulmasını sağlamaktır.

¹⁵¹ **Rüzgâr**, Eser, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Azınlık Hakları*”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Ocak-Şubat 2012, Sa. 89-90, s. 93; **Pulaşlı**, (Şirketler), s. 577; **Erdem**, s. 145.

¹⁵² Pay sahiplerinin kişiliklerinin önem kazanabileceği az ortaklı küçük anonim şirketlerde, kişisel sebepler de haklı sebeple feshe neden olabilir. Örneğin, geçirdiği bir kaza neticesinde iş göremez hale gelen bir pay sahibi, o şirket için önemli bir know-how’a sahip ise, bu durum az ortaklı anonim şirketlerde işleyişin ve amacın önünde bir engel teşkil edebileceğinden, bu durumda haklı sebeple şirketin feshinin talep edilebileceğini söyleyebiliriz, (Bkz., **Erdem**, s. 155-156).

¹⁵³ **Erdem**, s. 115; **Çelik**, s. 298 ve 299.

¹⁵⁴ **Erdem**, s. 116.

¹⁵⁵ **Erdem**, s. 117.

¹⁵⁶ **Çelik**, s. 299.

¹⁵⁷ **Çelik**, s. 301.

Mahkemenin fesih ve ortaklıktan çıkarma kararı dışında vereceği kararlar, duruma uygun düşmeli ve kabul edilebilir olmalıdır. Duruma uygun düşmekle kastedilen, seçilen çözüm yolunun ihtilafı ortadan kaldırma işlevini görebilmesidir¹⁵⁸. Kabul edilebilir olma ile kastedilen ise, her pay sahibi tarafından kabul edilebilir olması değil;- ki bu da uygulamada gerçekleşmesi zor bir durumdur- başta azınlık pay sahipleri olmak üzere diğer pay sahiplerince de kabul edilebilir olması halidir¹⁵⁹.

4) Mahkemenin Çıkarma Kararı Vermesi ve Kararın Hukuki Niteliği

Mahkeme tarafından, birtakım olaylar, kararlar ya da fiili uygulamalar, haklı sebep olarak nitelendirilse de bu niteleme, her zaman fesih kararının verilmesine sebep olmaz. Mahkeme fesih yerine, davacı pay sahiplerinin, paylarının karşılığını alarak şirketten çıkmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme de karar verebilir. Çünkü şirketin feshi kararı, sadece ortaklar arası menfaatleri değil, üçüncü kişilerin de menfaatini etkileyecek nitelikte, çok yönlü sonuçları olacak bir karardır. Buradan anlaşılmaktadır ki pay sahibinin şirketten çıkarılması münferit olarak dava konusu olamamakta; bunun yerine ancak açılan bir fesih davasında mahkemece fesih yerine çıkarılmaya karar verilebilmektedir¹⁶⁰. Zira mahkeme tarafından çıkarılmaya karar verilebilmesi, şirketin haklı sebeple feshine neden olacak sebeplerin varlığı ve menfaat ihtilafının şirketin feshi yerine çıkarma kararıyla giderilme imkânının olması hallerinde mümkün olmaktadır¹⁶¹. Bu gerekçe ile şirketin feshini haklı kılan nedenlerin varlığına rağmen, şirketin tüzel kişiliğini sürdürmesi ekonomik açıdan daha doğru olacaksa, mahkeme feshe karar vermek zorunda değildir¹⁶². Bunun için öngörülen alternatif çözümlerden olan, davacı pay sahiplerine paylarının değerinin ödenerek şirketten çıkarılmaları, anonim şirketlerde çıkma kurumunun mevcut olmaması nedeniyle önemli bir boşluğu doldurmaktadır. Buradan anlaşılmaktadır ki mahkemenin bu davada vereceği karar, çıkarılmanın münferit dava konusu olamaması karşısında, çıkmayı değil; çıkarılma kurumunu karşılayacaktır¹⁶³.

Azınlığın, mahkemeden şirketin feshi yerine, ortaklıktan çıkarılmayı veya başkaca bir çözüm şeklini talep edip edemeyeceği, incelenmesi gereken

¹⁵⁸ Erdem, s. 238-239; Çelik, s. 302.

¹⁵⁹ Erdem, s. 239-240; Çelik, s. 302.

¹⁶⁰ Oruç, s. 211.

¹⁶¹ Çelik, s. 280.

¹⁶² Oruç, s. 220; Çelik, s. 304.

¹⁶³ Çelik, s. 282 ve 283.

bir diğer konudur. Kanun koyucu 6102 Sayılı TTK'nın 531'inci maddesinde, açılan bir fesih davasında mahkemenin fesih yerine verebileceği kararlardan bahsetmiştir. Dolayısıyla çıkarılma kararı verilebilmesi için mutlaka haklı sebeple şirketin feshi talebiyle bir dava açılmış olmalıdır. Azınlığın, çıkma, çıkarılma veya başkaca bir çözüm yolunu içeren taleple mahkemeye başvurması mümkün olmamakla birlikte, açılan bir fesih davasında mahkemeye çıkma, çıkarılma konusunda görüş vermelerine bir engel yoktur¹⁶⁴. Bu konuda karar verme yetkisi tamamiyle mahkemenin takdirine bırakılmıştır.

Şirketin feshini dava eden pay sahiplerinin şirketten çıkarılması, ilk etapta talepte bulunanlar aleyhine bir durummuş izlenimini verse de aslında durum böyle değildir. Öncelikle şirketin feshi halinde, ortaklara tasfiye payı dağıtılır ki bu aşamada değer kaybı gerçekleşeceğinden ortaklar belirli oranlarda zarara uğrar. Oysa feshi talep etmesine rağmen, mahkemece şirketin devamında fayda görülmesi halinde fesih yerine şirketten çıkarılan ortak, tasfiye payı değil; payının gerçek değerini alacaktır¹⁶⁵.

Bu kapsamda mahkeme, davacı pay sahiplerinin paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenmesine karar vererek, sermayenin en az 1/10'ini teşkil eden azınlığın çıkarılmasına hükmedebilecektir. “*Karar tarihine en yakın tarih*” ibaresi ile, ortağın şirketten çıkarılmasına mahkemece karar verilmesi hallerinde mahkeme kararı, kesinleşme ile birlikte hüküm ve sonuç doğuracağından¹⁶⁶, ortağın en uygun değer olarak payların karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerinden faydalandırılması arzulanmıştır¹⁶⁷. Bu konuda doğabilecek bir tehlike, haklı sebeplerin ortaya çıkması ve dava edilmesiyle mahkemenin vereceği karar arasındaki süreçte, payların değerinde meydana gelebilecek azalmadır. Doğabilecek bu tür bir değer kaybından etkilenmemek adına genelde yabancı hukuk sistemlerinde, davanın açıldığı tarih esas alınmaktadır¹⁶⁸. Mahkeme bu gerekçe ile duruma uygun düşen başka bir tarihi esas alarak, çıkarılan ortağın payının gerçek değerini hesaplayabilmelidir.

TTK'nın 531'inci maddesinin gerekçesinde, “*Davacıya paranın kim tarafından ve nasıl ödeneceği yargı kararlarına ve öğretilerdeki görüşlere göre belirlenecektir*” şeklinde yer alan ifade karşısında, payların gerçek

¹⁶⁴ Çelik, s. 290-291.

¹⁶⁵ Çelik, s. 306.

¹⁶⁶ Çelik, s. 307.

¹⁶⁷ Oruç, s. 224.

¹⁶⁸ Çelik, s. 308.

değerlerinin nakit olarak mı yoksa başka bir şekilde mi ödeneceği konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu konuda bir görüş, madde gerekçesindeki ”*paranın*“ ifadesinden hareketle, aynı ödemeden bahsetmeimkânının olmadığını söylerken¹⁶⁹; diğer bir görüş, nakit olarak mı yoksa başka şekillerde mi ifa edileceğine mahkemenin karar vereceğini savunmaktadır¹⁷⁰. Kanımızca gerekçede yer bulan ”*para*“ ifadesinden hareket ederek, ödemenin mutlaka nakit olarak yapılacağını söylemek güçtür. Zira tüm ticaret şirketleri açısından geçerli olan birleşme işlemlerinde pay sahipliğinin devamlılığı ilkesinin istisnası olarak düzenlenen ayrılma akçesi, 6102 Sayılı TTK’nın 141’inci maddesi gereğince nakit olarak ödenmek zorunda bırakılmamıştır. Dolayısıyla ödemenin mutlaka nakit olacağını kabul etmek, anonim şirketin haklı nedenle feshinin talep edildiği haller ile anonim şirketler de dâhil olmak üzere tüm ticaret şirketleri için geçerli olan birleşme işlemlerinde öngörülen ayrılma akçesinin ifa şekli arasında sebepsiz bir farklılık yaratmak anlamına gelecektir.

Şirketin feshini mahkemeden talep edebilme hakkı, kanun koyucu tarafından sermayenin en az 1/10’ini ve halka açık şirketlerde 1/20’ini temsil eden pay sahiplerine tanınmıştır. Bu oran esas sözleşme ile azaltılıp azaltılamayacağı doktrinde farklı görüşlerin doğmasına neden olmuştur. Bir görüş, bu oranın nisbi emredici şekilde düzenlendiğini, hükmün azınlık pay sahiplerini koruyucu amacından hareketle azınlık lehine olmak üzere, kanunen belirlenen oranın hafifletilebileceğini savunmaktadır¹⁷¹. Bu konudaki diğer bir görüş ise, 6762 Sayılı TTK’nın 366’ncı maddesinde ve 6102 Sayılı TTK’nın 411’inci maddesinde düzenlenen ve genel kurulu toplantıya çağırabilecek azınlığın oranının esas sözleşme ile daha aşağı çekilmesi halleri dışında, karar yeter sayılarının ağırlaştırılmadığı gibi azınlık lehine hafifletilemeyeceğini ileri sürmüştür¹⁷². Bu görüşü savunanlar, madde metninde geçen ”*en az onda biri*“ ibaresinin emredici nitelikte olduğunu, fesih davasının son çare olmasından hareketle, verilecek kararın ülke ekonomisi de dâhil pek çok kişi ve kurumu etkileyebileceği gerçeği karşısında, azınlığın çoğunluğa tahakkümünü yaratmamak amacıyla sözleşme ile bu oranın azaltılamayacağını ileri sürmüşlerdir.

¹⁶⁹ Oruç, s. 226.

¹⁷⁰ Çelik, s. 309.

¹⁷¹ Rüzgâr, s. 85-86; Pulaşlı, (Şirketler), s. 576; Erdem, s. 169-171.

¹⁷² Oruç, s. 218; Rüzgâr, s. 86.

Kanımızca 6102 Sayılı TTK'nın 340'ıncı maddesinde, azınlık oranının daha aşağı çekilmesini öngören 411'inci maddenin, kıyasen diğer durumlara da uygulanmasına engel bir hüküm mevcuttur. Hükme göre, esas sözleşme, Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Hükümde devamla, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanun açıkça izin vermedikçe, sermayenin 1/10'ünü ve halka açık şirketlerde 1/20'ini temsil eden pay oranının daha aşağı çekilerek, örneğin halka açık şirketlerde 1/10 paya sahip ortaklara şirketin haklı sebeple feshini mahkemede dava etme imkânı tanınmamalıdır.

6102 Sayılı TTK'nın 531'inci maddesinde geçen, “... sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler.” ifadesi, sanki çoğunluk pay sahiplerinin de bu hakkı kullanabilecekleri şeklinde yorumlanmaya müsait olsa da, maddenin konuluş amacının, azınlık pay sahiplerini korumak olması karşısında, bu sonuca varmamız mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla karışıklığa meydan vermemek için maddenin, çoğunluk tarafından hakkın kötüye kullanıldığı hallerde, azınlık pay sahiplerinin anonim şirketin feshini dava edebilecekleri şeklinde düzenlenmesi gerekir¹⁷³.

Mahkemenin şirketten çıkarılması yönünde hüküm kuracağı pay sahipleri, imtiyazlı paya sahip dahi olsalar, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu gibi bir kurulun kararına başvurmaksızın çıkarma kararı hüküm ve sonuç doğuracaktır¹⁷⁴. Zira aksi düşüncenin kabulü kurumun işlemlerini imkânsız kılacaktır.

Mahkemenin haklı sebeple fesih yerine azınlık pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına karar verdiği durumlarda, mahkemece hükmedilen ve payların gerçek değerini temsil eden meblağın ödenmemesi halinde ne olacağı kanun koyucu tarafından düzenlenmeyen bir diğer konudur. Bu konuda öğretide, mahkemenin ödeme için belirlediği uygun süre zarfında ödeme gerçekleştirilmezse, şirketin haklı sebeple feshine karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁵. Doktrinde azınlığın çoğunluğa tahakkümü şeklinde bir durum yaratmamak amacıyla, mahkemece feshe karar verilmesi hallerinde,

¹⁷³ Çelik, s. 295 ve 296.

¹⁷⁴ Oruç, s. 223.

¹⁷⁵ Oruç, s. 224.

fesih nedeniyle doğan zararlara, azınlığın müteselsilen katlanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷⁶.

Kanun koyucu anonim ortaklıklarda haklı sebeple fesih davasının açılabileceği süreye ilişkin herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. Bu durumda azınlık pay sahiplerinin bu davayı herhangi bir süre sınırı olmaksızın açabileceğini söylemek, MK'nın 2'nci maddesine aykırı bir durum yaratır. Bu gerekçe ile azınlığın, haklı sebebi öğrenmesinden itibaren uygun bir süre içinde bu davayı açması gerektiğini söylemek yerinde olacaktır¹⁷⁷. Buradaki uygun süreyi belirleyecek olan, somut olay adaletini gerçekleştirecek merci, mahkemedir¹⁷⁸.

Fesih davası, olağan üstü nitelikte, son çare olarak başvurulabilecek bir yoldur¹⁷⁹. Son çare olarak başvurulacağından, dava ikincil nitelik arz etmektedir. Şöyle ki mahkeme, şirketin feshini karara bağlamak yerine “*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüm*”ü karara bağlayabilmelidir. Bu insiyatif tamamen mahkemeye bırakılmıştır. Bu konuda İsviçre öğretisinde, mahkemenin kâr dağıtımını zorunlu kılabileceği veya yeni bir pay sahibinin şirkete alınmasını uygun bulabileceği ya da şirketi sağlığa kavuşturacak kısmi tasfiyeye hükmedebileceği belirtilmiştir¹⁸⁰.

V. LİMİTED ŞİRKETLERDE AYRILMA AKÇESİ

Limited şirketlerde ayrılma akçesi, 6762 Sayılı TTK'da yer almamakla birlikte, 6102 Sayılı TTK'nın 641 ve 642'nci maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere göre, ortak, şirketten ayrıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini istem hakkını haizdir.

6102 Sayılı TTK'nın 641'inci maddesiyle ortağın çıkma, çıkarılma veya doğal çıkma hali olan ölüm ile şirketten ayrılması hallerinde, sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini isteyebileceği ifade edilmiştir. “*Gerçek değerine uyan*” ibaresi ile neyin kastedildiği kanun koyucu tarafından açıklanmamış olup konu, öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Kanun koyucu ifadenin en azından “*bilanço değeri*”ni yansıttığından bahsetmiştir¹⁸¹.

¹⁷⁶ Rüzgâr, s. 94.

¹⁷⁷ Oruç, s. 220; Çelik, s. 290.

¹⁷⁸ Erdem, s. 180.

¹⁷⁹ Pulaşlı, (Şirketler), s. 576; Erdem, s. 223; Oruç, s. 218; Çelik, s. 277.

¹⁸⁰ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 531.

¹⁸¹ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 641/I.

Burada kanun koyucunun kastettiği, tasfiye bilançosu değil, ayrılma akçesinin hesaplanması amacıyla düzenlenen ve ayrılma bilançosu adını taşıyan bir ara bilançodur¹⁸².

Ayrılma akçesi ve bunun ne şekilde hesaplanacağı konusu, 6762 Sayılı TTK'da yer bulmamakla birlikte öğretide, limited şirketlerle ilgili hükümler göz önünde tutularak ve çıkma ve çıkarmaya cezai bir nitelik kazandırmamak için, şirket sözleşmesinde özel bir hüküm yer almadıkça ayrılma payının gerçek değer üzerinden hesaplanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸³. Gerçek değer öğretide, şirketin varlığı, kârlılık durumu, dağıtılan kâr payları, açık ve gizli yedekler, sermaye yapısı gibi yaşayan işletmenin unsurlarının birlikte değerlendirilmesi ile ulaşılan değer olarak ifade edilmiştir. Bu değer hesaplanırken belirleyici olan iki temel faktör, şirketin gelecek dönem kazancı ve gelecek dönemde karşılaşacağı riskler olmaktadır. Bu çerçevede tam rekabetin yaşandığı bir piyasada, şirketin işleyen teşebbüs değeri, gerçek değeri yansıtacaktır¹⁸⁴. Böylece 6762 Sayılı TTK döneminde şirketler hukukunun genel ilkesi olarak uygulama alanı bulan, 6102 Sayılı TTK ile ise açıkça hukukumuzda yer bulan pay sahiplerinin eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulması ilkesi gerçekleştirilmiş olacaktır. Çünkü ayrılan ortağa bu şekilde payının gerçek değeri verilmekle zarara uğraması engellenmiş olmakta, böylece herhangi bir haksız zenginleşmeye de sebep olunmamaktadır¹⁸⁵. Nitekim 6102 Sayılı TTK'nın 639'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, çıkan tüm ortakların esas sermaye payları ile orantılı olarak eşit işleme tabi tutulacakları ifade edilmiştir.

Bu şekilde hesaplanacak payın gerçek değerinde, ayrılan ortağın ayrılma sebebi açısından kusurlu olup olmadığı önem arz etmemelidir¹⁸⁶. Zira aksine bir yaklaşım bizi, ortağın çıkma ya da çıkarılma sebebine göre ve kusurunun ağırlık derecesine göre, cezalandırılması sonucuna götürür ki bu durum, kanun koyucunun, ayrılmanın, el koyucu (müsadere edici) veya cezalandırıcı bir yaklaşıma olanak vermemesi gerektiğine ilişkin amacına ters düşer¹⁸⁷. Kusur, sadece şirketin açacağı bir davada mahkemece hükmedilecek

¹⁸²Öztürk Dirikkan, Hanife, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005, s. 106 ve 107.

¹⁸³Öztürk Dirikkan, s. 109 ve 110.

¹⁸⁴Öztürk Dirikkan, s. 109.

¹⁸⁵Öztürk Dirikkan, s. 111 ve 112.

¹⁸⁶Öztürk Dirikkan, s. 129.

¹⁸⁷Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 641/I.

tazminat miktarında ve şirketin bu sebeple hasıl olacak takas veya mahsup hakkında etkili olabilir¹⁸⁸.

6102 Sayılı TTK'nın 641'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince, şirket sözleşmelerinde ayrılma hakkı özel olarak düzenlenmişse, bu sözleşmelerde ayrılma akçesine ilişkin düzenlemeler, kanun hükümlerinden farklı olarak, fakat genel hukuk ilkelerine ters düşmeyecek şekilde yer bulabilecektir¹⁸⁹. Fakat bu tür düzenlemeler ile şirketlere keyfi davranma, adalete ters düşecek ya da müsadereye yakın hükümler sevk etme hakkı tanınmamalıdır. Nitekim 6762 Sayılı TTK döneminde de öğretide, hukuka aykırı nitelikte olmadıkça ayrılma halinde, ortağa, payının gerçek değeri yerine başkaca bir değer ödenbilmesinin öngörülebileceği ifade edilmiştir¹⁹⁰. Bu konuda İsviçre'de ortağa, sözleşme ile ayrılma hakkının verildiği hallerde ayrılma payının miktarı, sözleşmenin şarta bağlı zorunlu içeriği olarak kabul görmüştür¹⁹¹.

Ayrılma akçesinin miktarı, hesaplanma biçimi, ödenme şekli gibi şirket sözleşmesine konulacak hükümler, ortağın şirketten ayrılma kararını olumsuz etkilememelidir. Örneğin, ayrılma akçesine ilişkin ödemenin çok uzun sürecek taksitlere bölünmesi, somut olay şartlarına göre kabul edilmesi mümkün olmayacak şekilde sonraya bırakılan ödemeler ve bu durumlarda herhangi bir güvencenin verilmemesi, ayrılma kararını olumsuz etkileyebilecektir¹⁹². Aksi halde sözleşmenin ayrılma akçesine ilişkin hükmü geçersizlik yaptırımı ile karşılaşır ve bu durumda ortak, ayrılma akçesi olarak, esas sermaye payının gerçek değerine uyan bir istem hakkını kazanır¹⁹³. Benzer şekilde ortağın şirketten çıkma ya da çıkarılması hallerinde, ayrılma akçesi almayacağını öngören sözleşme hükümleri de geçersiz kabul edilecektir. Zira bu hükümler bir anlamda ortağın ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırma amacını taşırlar¹⁹⁴.

6102 Sayılı TTK'nın 642'nci maddesi ile açıkça düzenlenen ayrılma akçesinin ayrılma ile muaccel olma şartları, üç bent halinde sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre, şirket kullanılabilir bir öz kaynak üzerinde tasarruf ediyorsa, ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa ve esas sermaye kanuna

¹⁸⁸ Öztürk Dirikkan, s. 112 ve 129.

¹⁸⁹ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 641/II.

¹⁹⁰ Öztürk Dirikkan, s. 131.

¹⁹¹ Öztürk Dirikkan, s. 131, dpn. 196.

¹⁹² Öztürk Dirikkan, s. 138.

¹⁹³ Öztürk Dirikkan, s. 134, 137 ve 139.

¹⁹⁴ Öztürk Dirikkan, s. 136 ve 137.

uygun şekilde azaltılmışsa, ayrılma akçesi ayrılma ile muaccel olacaktır. Madde metninde geçen “öz kaynak” ibaresi, gerekçede “öz sermaye” olarak ifade edilmiş ve ilgili hükmün 2’nci fıkrası, 26.06.2012 tarihinde kabul edilen 6335 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6102 Sayılı Kanun metninden çıkarıldığından, kullanılabilir öz sermayenin kim tarafından nasıl belirleneceği muallâta kalmıştır.

Ayrılan ortağın menfaati ile şirket menfaatleri arasında bir denge kurabilmek için kanun koyucu, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmını, şirkete karşı tüm alacaklılardan sonra gelen bir alacak olarak nitelemiş ve şirketin, öz kaynak tutarı yıllık raporda tespit edilinceye kadar, herhangi bir ödeme yükümlülüğü altında olmadığını belirtmiştir¹⁹⁵. Burada özellik arz eden konu, yıllık raporda kullanılabilir öz kaynak tutarı tespit edilmemesine karşın, 6335 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce var olan işlem denetçisi raporunda belirtilmişse, yine de alacağın muaccel hale gelip gelmeyeceği meselesiydi. Kanun koyucu 6102 Sayılı TTK’nın 642’nci maddesinin 2’nci fıkrası ile kullanılabilir öz kaynak tutarını belirleme yetkisini işlem denetçisine vermişti. Dolayısıyla yıllık raporda yer almasa dahi denetçi raporunda öz kaynak tutarına yer verilmesi, ayrılan ortağın şirkete karşı sahip olduğu alacağını muaccel hale getirmeye yetecekti¹⁹⁶.

Ayrılma akçesinin borçlusu şirket tüzel kişiliği olup, ortakların ayrılma akçesinin ödenmesine ilişkin bir sorumluluğu yoktur. Limited şirketlerde ayrılma akçesine ilişkin ödemenin ne şekilde gerçekleştirileceği, daha açık bir anlatımla ödemenin nakdi olarak mı yoksa ayni olarak mı yapılacağına dair emredici bir hükme rastlamak mümkün değildir. Kanun koyucu sadece ayrılma akçesinin muaccel olduğu zamana ilişkin 642’nci maddesinde, şirketin kullanılabilir öz kaynağının olması gerektiğinden bahsetmiştir. Kanımızca burada nakdi ödemenin yanı sıra, sözleşme ile ayrılma akçesinin ödenmesi gereğinin düzenlendiği hallerde, kısmen ya da tamamen ayni ödeme gerçekleştirilebilecektir. Bu konuda 6102 Sayılı TTK’nın 141’inci maddesi gereğince uygulanan, başka bir şirketin payı/pay senedi veya bir diğer menkul değerinin ayrılma akçesi olarak verilebileceğine ilişkin kuralın, limited şirketlerde de uygulanmasına engel bir hüküm mevcut değildir.

¹⁹⁵ Gerekçe, 6102 Sayılı TTK m. 642/III.

¹⁹⁶ Ünal, Tekinalp, “Çıkmaya Katılma”, <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/UnalTekinalp-CikmayaKatilma.pdf>, s. 3, (20.04.2012).

Ayrılma akçesine ilişkin zamanaşımı konusunda, kanun koyucunun herhangi bir hüküm sevk etmediği hallerde uygulanan ve 818 Sayılı BK'nın 146'ncı maddesinde yer alan, genel zamanaşımı süresi-10 yıl-uygulanmalıdır. Zira 818 Sayılı BK'nın 147'nci maddesinde düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için alacağın, ortaklık sözleşmesinden ve ortakların birbirleriveya kendileri ile ortaklıkarasındaki ilişkiden doğmuş olması gerekmektedir. Fakat ayrılma akçesinde ortak, ayrılma hakkını kullanmış ve ortak sıfatı sona ermiştir. Bu sebeple ortak sıfatı olmayan bir kişinin şirkete karşı olan alacağı, üçüncü kişinin şirkete karşı sahip olduğu alacaktan farksızdır¹⁹⁷ ve genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre uygulanmalıdır.

SONUÇ

Şirket birleşmelerinde sadece devrolan şirketin malvarlığı anlamında değil; aynı zamanda ortaklarının da yeni kurulan ya da bünyesinde birleşilen şirkette yer alması sağlanarak, pay sahipliğinin devamlılığı ilkesi hayata geçirilebilmektedir. Bu ilkenin önemli bir istisnası da azınlık pay sahiplerinin ayrılma akçesi olarak, işleme taraf ve şirkete ortak olmamaları halidir. 6102 sayılı TTK'nın 141'inci maddesi ile kanun koyucu, modern şirketler hukukuna uygun şekilde, ortaklara yenilik doğurucu seçim hakkı tanımıştır. Bu hükme göre, birleşme sözleşmesinde en fazla %10 oranında pay sahibinin, devralan şirkette pay ve ortaklık hakları ile iktisap olunacak payların gerçek değerine denk bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanınabilecektir. Ayrılma akçesinin devralan veya yeni kurulacak şirkette devrolan şirket ortaklarına verilecek olan payların gerçek değerine denk gelmesi gerekmektedir. Ayrılma akçesi olarak öngörülecek değer, nakit olmak zorunda değildir. Ayrılma akçesi olarak başka bir şirketin payı, pay senedi veya bir diğer menkul değeri de ifa amacıyla verilebilecektir. Böylece üç köşeli birleşmelere de kanunen imkân tanınmıştır.

6102 sayılı TTK'nın 141'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, birleşmeye katılan şirketlerin, birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesini öngörerek, birleşmeye karşı çıkan ortağı birleşme işleminin dışında tutuma imkânı düzenlenmiştir. Buna, uluslar arası birleşme literatüründe, ortağı çıkararak birleşme anlamına gelen, “squeeze-out merger”, “cash-out merger”, “freeze-out merger” denilmektedir.

¹⁹⁷Öztürk Dirikkan, s. 159; Herzel/Colling, s. 1528.

Hem devralan şirkette tahsis edilen payların, uygun yöntem kullanılmaması nedeniyle devrolunan şirketteki paylara denk bir değer taşımaması hem de ayrılma akçesinin adil olarak hesaplanmaması halleri için kanun koyucu, her ortağa, birleşme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde işleme katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinde uygun bir denkleştirme akçesinin belirlenmesi amacıyla dava açma hakkı vermiştir. Bu dava inşai dava niteliğinde olup, daha önce ayrılma akçesini alarak şirketten ayrılmış olan ortaklar da mahkemece hükmedilen bedel farkından faydalananlardır.

6102 sayılı TTK ile mevzuatımıza giren hâkim şirketin, azlığın paylarını satın alma hakkı, Kanunun 208'inci maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, hâkim şirket, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az %90'ına dorudan ya da dolaylı olarak sahip ise, azınlık pay sahipleri şirketin çalışmasını engelliyorsa, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde davranıyorsa, fark edilir sıkıntı yaratıyorsa ya da pervasızca hareket ediyorsa, hâkim şirket, azlığın paylarını satın alabilecektir. Bu düzenleme ile amaçlanan, bir şirketin sermayesinin ve oy haklarının en az %90'ının uygun gördüğü kararın alınıp uygulanmasına, çoğu zaman kişisel sebepleri mazeret göstererek karşı çıkan azınlık pay sahiplerinin, şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamaktır.

6102 Sayılı TTK ile hukukumuza giren, anonim şirketlerde yeni sona erme sebeplerinden olan haklı sebeplerle fesih, 531. maddede hükme bağlanmıştır. Buna göre, haklı sebeplerin varlığı halinde, sermayenin en az 1/10'ini ve halka açık şirketlerde 1/20'ini temsil eden payların sahipleri, şirket merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Bu dava, bozucu yenilik doğurucu nitelikte bir davadır. Bu dava ile azınlığın haklarının, çoğunluk tarafından kötüye kullanılması engellenmek istenmiştir. Bu davanın açılabilmesi için haklı sebeplerin varlığı ön şarttır. Haklı sebeplerin neler olabileceği kanun koyucu tarafından belirtilmemekle birlikte bu sebepler, her somut olaya göre, hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde mahkeme tarafından takdir edilecektir. Mahkeme tarafından, birtakım olaylar, haklı sebep olarak nitelendirilse de mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine paylarının değerinin ödenerek şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme de karar verebilecektir. Bu kapsamda mahkeme, davacı pay sahiplerinin paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenmesine karar vererek, sermayenin en az 1/10'ini teşkil eden azlığın çıkarılmasına hükmedebilecektir.

6102 Sayılı TTK ile limited şirketlerde ortağın, çıkma, çıkarılma veya doğal çıkma hali olan ölüm ile şirketten ayrılması hallerinde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini isteyebileceği ifade edilmiştir. Bu konudaki ayrılma akçesi, şirket sözleşmesinde özel bir hüküm yer almadıkça, ayrılma payının gerçek değeri üzerinden hesaplanmalıdır. Şirket sözleşmelerinde ayrılma hakkı özel olarak düzenlenmişse, bu sözleşmelerde ayrılma akçesine ilişkin düzenlemeler kanun hükümlerinden farklı olarak; fakat genel hukuk ilkelerine ters düşmeyecek şekilde yer bulabilecektir. Fakat bu düzenleme ile şirketlere keyfi davranma, adalete ters düşecek ya da müsadereye yakın hükümler sevk etme hakkı tanınmamaktadır. Ayrılma akçesinin ayrılma ile muaccel olma şartları, kanunda üç bent halinde sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre, şirket kullanılabilir bir öz kaynak üzerinde tasarruf ediyorsa, ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa ve esas sermaye kanuna uygun şekilde azaltılmışsa ayrılma akçesi, ayrılma ile muaccel olacaktır. Bu kapsamdaki alacakların tabi oldukları zamanaşımı ise 10 yıl olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbilek**, Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009.
- Al Kılıç**, Şengül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009.
- Coştan**, Hülya, Anonim Ortaklıkların (Şirketlerin) Birleşme, Bölünme, Nevi Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2007.
- Çelik**, Aytekin, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara 2012.
- Erdem**, Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2012.
- Karayalçın**, Yaşar, Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 351- 398.
- Kavak**, Ahmet, Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri, Ankara 2009.

- Kaya**, Mustafa İsmail, Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-Out Right), EÜHFD, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 307-329.
- Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, B. 2, İstanbul 2012.
- Moroğlu**, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, B. 7, İstanbul 2012.
- Oruç**, Murat, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep ile Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma, BATİDER, C. XXVII, S. 11, Y. 2011, s. 209-233.
- Özdoğan**, Ayşegül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, C. II, Mayıs 2004, s. 693-762.
- Öztürk Dirikkan**, Hanife, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005.
- Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 12, İstanbul 2010.
- Pulaşlı**, Hasan, Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 649-661, (Çıkarma).
- Pulaşlı**, Hasan, İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelik ve Tebliğlere ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Hazırlanmış Şirketler Hukuku Genel Esaslar, B. 2, Ankara 2013, (Şirketler).
- Rüzgâr**, Eser, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Azınlık Hakları, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 89-90, Ocak-Şubat 2012, s. 83-98.
- Sönmez**, Yusuf Z., Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009.
- Sungurtekin Özkan**, Meral, İnşai Karar ve Özellikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 553-576.
- Taşdelen**, Nihat, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012.
- Tekinalp**, Ünal, Birleşmede Ayrılma Akçesi, REGESTA, C. II, S. 1, 2012, s.

21-27.

Tekinalp, Ünal, Tek Kişilik Ortaklık, C. I, İstanbul 2011.

Türk, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “*Nevilerin Aynı Olması*” Koşulu, Ankara 1986.

Wertheimer, Barry M., The Shareholders’ Appraisal Remedy and How Courts Determine Fair Value, Duke Law Journal, Vol. 47, N. 4, February 1998, s. 613-712.

İNTERNET KAYNAKLARI

Altaş, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortaklığından Çıkarılma ve Ayrılma Akçesi, (<http://www.ticaretkanunu.net/makale-10/>, erişim 26 Nisan 2012).

Herzel, Leo/**Colling**, Dale E., Establishing Procedural Fairness in Squeeze-Out Mergers After Weinberger v. UOP, 39 Bus. Law 1525 (1983-1984), s. 1525-1539 (<http://heinonline.org>, erişim 15 Nisan 2012).

Kauppi, Dave, Minority Shareholder Squeeze Out, (<http://ezinearticles.com/?Minority-Shareholder-Squeeze-Out&id=403456>, erişim 19 Nisan 2012).

O’Neal, Hodge/**Janke**, Ronald R., Utilizing Rule 10b-5 For Remedying Squeeze-Outs or Oppression of Minority Shareholders, Boston College Industrial and Commercial Law Review, Vol. XVI, March 1975, Number 3, s. 327-346 (<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1473&context=bclr>, erişim 20 Nisan 2012).

Ünal, Tekinalp, Çıkmaya Katılma, (<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/UnalTekinalp-CikmayaKatilma.pdf>, erişim 20 Nisan 2012).

BOŞ

NOTERLERİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

Ülgen ASLAN DÜZGÜN*

ÖZET

Kamu hizmeti yapan ve hizmet yönünden de adalet bakanlığına bağlı olan, bununla birlikte mali yönden ise bağımsız olan noterlerin ve noterlik müessesesinin kendine özgü bir statüsü vardır. Görevi belge ve işlemlere resmîyet kazandırmak olan noterin, bu işlemler dolayısıyla meydana gelecek zararlardan dolayı sorumlu tutulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesine göre, noterlerin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmiştir. Bu geniş sorumluluğa ek olarak noterin yanında çalışanların hukuka aykırı fiillerinden zarar görenlere karşı da yine noter sorumlu olacaktır.

Noterlerin sorumluluk alanlarının çok geniş olması ve sınırsız bir tazminat yükümlülüklerinin olması noterlik müessesesinin güvence altına alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda, noterin ve zarar görebilecek diğer kişilerin korunması ve güvence altına alınması için en uygun yol noter mesleki sorumluluk sigortasının yapılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: *Noter, Noterlerin Hukukî Sorumluluğu, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Noter Mesleki Sorumluluk Sigortası.*

PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE OF NOTARIES

ABSTRACT

The notaries, who provide public service working under ministry of justice, yet financially independent, and notary institutions have a distinctive status. It becomes a necessity that the notaries, whose task is to make documents and proceedings official, are held liable for the damages that are to occur as a result of these proceedings.

In accordance with the article 162 of notary law, the liability of notaries is regarded as strict liability. In addition to this comprehensive liability, it will be notaries again to be held liable for those damaged by unlawful legal acts of the employees thereof.

The fact that notaries have a comprehensive liability and an unlimited indemnity liability makes it compulsory that notary institution is provided with insurance. In

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

this regard, the most appropriate way of protecting notaries and those likely to be damaged, as well as providing them with insurance is to provide notary professional liability insurance.

Keywords: *Notary, Legal Responsibility of Notaries, Professional Liability Insurance, Professional Liability Insurance of Notaries.*

§ 1. NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

I- GENEL OLARAK

Noterlik hakkında kanunî düzenleme 1512 sayılı Noterlik Kanunu¹ ile yapılmıştır. Sözü geçen Kanun'un 1. maddesinde noterlerin görev ve yetkileri belirtilmiştir. Bu hükümde ilk olarak, noterliğin bir kamu hizmeti olduğu açıklanmıştır. Bahsi geçen hükme göre noterlerin görevleri, hukukî güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirmektir. Ayrıca noterler kanunlarla verilen başka görevleri de yaparlar.

Kamu hizmeti yapan ve hizmet yönünden de adalet bakanlığına bağlı olan, bununla birlikte mali yönden ise bağımsız olan noterlerin ve noterlik müessesesinin *kendine özgü* (sui generis) bir statüsü vardır². Görevi belge ve işlemlere resmiyet kazandırmak³ olan noterin, bu işlemler dolayısıyla meydana gelecek zararlardan dolayı sorumlu tutulması bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir⁴.

Noterlerin yaptıkları hizmet dolayısıyla sorumlulukları ilk olarak, mülga 3456 sayılı Noter Kanunu'nun 64. maddesi hükmü ile düzenlenmiştir. Hâlen yürürlükte bulunan 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda ise 162. maddede noterlerin hukukî sorumlulukları hüküm altına alınmıştır. Bu iki hüküm arasında çok büyük farklılıklar bulunmamaktadır.

Noterlik Kanunu'nda 162. madde hükmünde kusurdan söz edilmemiştir. Bu sebeple noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

¹ RG., T. 5.02.1972, S. 14090.

² **BOZKURT**, s. 30; **ULUKAPI/ATALI**, s. 10, 11. Noterlik mesleğinin *serbest meslek* olarak kabul edilip edilemeyeceği hakkında tartışmalar için bkz., **DOĞU**, s. 20, 21; **TOYGAR**, s. 9. 3456 sayılı Noterlik Kanunu'nun gerekçesinde de noterliğin "...*serbest meslek erbabından*" sayıldığı belirtilmişti (MMDT, C. 26, Dönem. 5, S. 259, s. 2). Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu'na göre de noterlik serbest meslek olarak kabul edilmiştir (GVK m. 66/1).

³ **PULAŞLI**, s. 10.

⁴ **ULUKAPI/ATALI**, s. 5, 6; **ULUKAPI**, s. 65.

II- NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, “*Stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar*”. Bu hükümden anlaşıldığı üzere ilk olarak, noter bizzat kendisinin yaptığı işlemler sebebiyle meydana gelecek olan zararlardan sorumludur. Noterin bizzat kendisinin yaptığı işlemlerle ilgili olarak; noter ile iş sahibi ve diğer zarar gören üçüncü kişiler arasındaki ilişkiyi belirlemek gereklidir. İkinci olarak ise, stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılan işlemler dolayısıyla noterin sorumluluğunun söz konusu olmasıdır. Bu durumda ise, noterle stajyer, kâtip ve kâtip adayları arasındaki ilişkinin niteliği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Öncelikle noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin haksız fiile mi veya bir sözleşmeye mi dayandığı ve sözleşmeye dayanıyorsa hangi tür sözleşmeye dayandığı tespit edilmelidir. Bu konuda doktrinde değişik görüşler mevcuttur. Noter ile iş sahibi arasındaki ilişkinin resmi bir senede dayandığı durumlarda, aralarında akdi bir ilişki bulunamayacağını ve böyle bir durumda *haksız fiil* sorumluluğuna dayanılabileceği savunulmuştur⁵. Noterle iş sahibinin arasında akdi bir ilişki olduğunun kabul edilmesi durumunda ise, bunun *vekâlet akdine* dayandırılması gerekir⁶. Noterin belli bir ücret karşılığında iş sahibinin talep ettiği işi yapması da göz önünde bulundurulursa, aradaki ilişkinin vekâlet olduğu kabul edilebilir⁷.

⁵ **ATABEK**, I, s. 17'den (L. Mazeaud, “*Traité theoriqueet pratique de la responsabilité civil*, C.I No: 513) naklen. *İsviçre Federal mahkemesine göre, noter ile müşterisi arasındaki anlaşmazlık resmi senede dayanıyorsa aradaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu durumda Federal Mahkemeye göre, noterin sorumluluğu söz konusu olduğunda Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri uygulanır.* **DOĞU**, s. 21; **ULUKAPI ve ATALI** ise noterlerin sorumluluğunu tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumluluğuna (TMK m.1007, EMK m. 917) benzetmektedir. Tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk halidir. Ayrıca, niteliği itibariyle *haksız fiil* sorumluluğudur. Her iki sorumluluk türünün birbirine benzemesinden dolayı noterin sorumluluğunun da haksız fiil sorumluluğu olacağını söylemektedirler. **ULUKAPI/ATALI**, s. 237, 238; **ULUKAPI**, Sorumluluk, s. 69 v.d.

⁶ **ATABEK** ise, noterle iş sahibi müşteri arasındaki ilişkinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan herhangi bir sözleşmeye benzemediğinden dolayı bunun kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. **ATABEK**, I, s. 18.

⁷ **DOĞU**, s. 22.

Noter ile zarar gören üçüncü şahıs arasında hiçbir ilişki bulunmadığından bu durumda sorumluluğun, -kusur unsuru dışında- haksız fiile dayandığını söyleyebiliriz⁸.

Noter, yanında çalıştırdığı stajyer, kâtip ve kâtip adaylarının yaptığı işlemler sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine⁹ göre adam çalıştıran olarak sorumlu olacaktır¹⁰. Noterin stajyer, kâtip, kâtip adaylarının hukuka aykırı fiilleri ile vermiş oldukları zararlar sebebiyle sorumluluğunun niteliği bir olağan sebep sorumluluğudur¹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde adam çalıştıranı tanımlanmış olan kurtuluş kanıtı getirme imkânı, Noterlik Kanunu'nda noterlere tanınmamıştır. Bu anlamda noterlerin sorumluluğunun hüküm altına alındığı, Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesindeki sorumluluğu ağırlaştırmıştır¹². Zira, noterin yaptığı hizmet bir kamu hizmeti olarak bir adalet hizmetidir. Dolayısıyla bir adalet hizmeti ifa eden notere, yanında çalıştırdığı kişilerin işlemleriyle ilgili üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanımak hukuki güvenliği zedeler¹³.

Noterin sorumluluğunun olağan sebep sorumluluğu olması ve dolayısıyla kusura dayanmaması onun sorumluluktan hiçbir şekilde kurtulamayacağı anlamına gelmez. Zarar görenin ağır kusurunun bulunması, üçüncü şahsın ağır kusurunun bulunması veya mücbir sebep gibi illiyet bağıını kesen durumlarda noterin sorumlu tutulmaması gerekecektir¹⁴. Bu gibi durumların ispat yükünü noterlere yüklediği açıktır.

⁸ ATABEK, I, s. 17.

⁹ Eski BK. m. 55.

¹⁰ KARTAL, s. 350; PULAŞLI, s. 11; ULUKAPI/ATALI, s. 239, 240; DOĞU, s. 23.

¹¹ Olağan sebep sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, s. 552 vd. Olağan sebep sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi ve adam çalıştıranın sorumluluğu hakkında bkz. EREN, (1998), s. 597 vd.; EREN, (2010), s. 452 - 573 vd.

¹² TANDOĞAN, s. 84, 85. PULAŞLI, s. 11, 12; DOĞU, s. 25.

¹³ TANDOĞAN, s. 84, 85; PULAŞLI, s. 11, 12; DOĞU, s. 24, 25. ULUKAPI/ATALI ise, noterlerin hukuki sorumluluğunu tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumluluğuna benzettikleri için, bu anlamda devlete de kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmadığından, noterlere de kurtuluş kanıtı getirme imkânının tanınmamış olmasının isabetli olduğunu savunmaktadırlar. s. 240.

¹⁴ DOĞU, s. 24, 25; TANDOĞAN, s. 84, 85; İNAN, s. 34.

III- NOTERLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kusurdan hiç bahsedilmemiştir¹⁵. Bu anlamda, burada sorumluluğun bir unsuru olarak kusur şartı aranmayacaktır¹⁶. Bununla birlikte, noterin veya yanında çalışanların kusurları da varsa, bu munzam (ek) kusur noterin sorumlu olacağı tazminatta ve çalıştırdığı kişilere rücu ederken dikkate alınacaktır¹⁷.

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi hükmüne göre, noterlerin hukukî sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için gerekli olan şartlar; fiil, zarar, zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır.

A- ZARARA SEBEP OLAN FİİL

Noterin veya stajyer, kâtip, kâtip adayının görevle ilgili olarak hukuka aykırı bir fiilleri bulunmalıdır. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinden anlaşıldığı üzere, bu fiil olumlu, başka bir ifadeyle bir işin hatalı veya eksik yapılması şeklinde olabilir. Örneğin, bir vasiyetnamenin yanlış düzenlenmesi, karşılıklı irade beyanlarını gerektiren bir sözleşmenin tek tarafın beyanıyla düzenlenmesi, kefilin sorumlu olacağı miktarı belirtmeden kefaletname düzenlenmesi gibi. Bu durumlarda yapılan olumlu bir davranışla hukuka aykırı fiil oluşmuştur. Zarara sebep olan fiil, bir işin yapılmaması şeklinde

¹⁵ Noterlik Kanunu'nun gerekçesinde "...kusurlu eylemleriyle..." deyimini kullanılmış, ancak Millet Meclisi Geçici Komisyonu'nda değişiklik yapılarak sözü geçen deyim metinden çıkarılmış ve "Borçlar Kanunu'ndaki sisteme uygunluk sağlanması" gerekçe olarak gösterilmiştir (MMTD, C. 18, Dönem 3, S. Sayısı. 130, Noterlik Kanunu Gerekçesi, s. 14)

¹⁶ DOĞU, s. 22; TANDOĞAN, s. 85; KARTAL, s. 348; PULAŞLI, s. 11; İNAN, s. 30,31. MERİÇ, ise Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kanun koyucunun kusur esasına dayandığını savunmakta ve sözü geçen maddenin kusursuz sorumluluk esasına göre değerlendirilmesine karşı çıkmaktadır. Bu konudaki görüşler için bkz. s. 40-42. **BİLGİN** bu konuda, 162. maddede kusursuz sorumluluk esasının kabul edildiğini belirtmiş. Ancak, bu kusursuz sorumluluk sisteminin çıplak bir sistem olduğunu ve bu sorumluluğu devlet tarafından sosyalize edici hiçbir tedbirin alınmamış olmasını eleştirmiştir. Bu konuda Türkiye'de kusursuz sorumluluk sistemindeki tazminat yükünü azaltıcı veya kolaylaştırıcı genel zorunlu sigorta sistemi ve sosyalize edilmiş sigortacılık kurumları kurulması gerektiğini savunmaktadır. s. 43, 44. Ayrıca eleştiriler ve öneriler için bkz. **İSTANBUL NOTER ODASI HUKUK KOMİSYONU**, s. 35, 36, 37. Yargıtay bu konuda bir kararında, (4. HD. 16.11.1982 T., E. 1982/8932, K. 1982/10570) noterin sorumlu olabilmesi için kusurun aranmayacağını kabul etmiştir (TNBHD, sayı: 38, s. 56; YKD 1983/3, s. 349-350). Sonraki bir kararında ise Yargıtay, noterin sorumlu tutulabilmesi için, kusurlu olduğunun iddia ve ispat edilmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir (13. HD, 1.3.1993 T. E. 363 K. 1676). Yargıtay yeni tarihli bir kararında ise, noterlerin sorumlu olmaları için kusurlu olmalarının gerekmeyeceğini belirtmiştir (4. H.D. E. 2008/1699, K. 2008/13767 (www.turkavukatlar.com, erişim 10 Ekim 2012).

¹⁷ DOĞU, s. 25; KARTAL, s. 350.

olumsuz bir davranışla da meydana gelebilir. Başka bir deyişle, yapılması mümkün olan bir fiili yapmamak olarak da tanımlanabilir. Örneğin, ödememe protestosunun keşide edilmemesi, bir ihtarnamenin tebliğ olunmaması gibi¹⁸.

B- ZARAR

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde zarar görmüş olmaktan bahsedilmektedir. Bu sebeple noterlerin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, bir zararın olması gerekir. Ortada zarar yoksa noterin veya yanında çalışanların kusuru olsa dahi, sorumluluk söz konusu olamaz¹⁹. Zarar doğmuş olsa bile, bu zararın başka bir yolla ortadan kaldırılması mümkün ise, noterin sorumluluğuna gidilmemelidir. Somut olayda zarara yol açan işlemin dava yoluyla iptali ile zarar ortadan kaldırılabilir, noter sadece dava masraflarından sorumlu tutulmalıdır²⁰.

C- UYGUN İLLİYET BAĞI

Oluşan zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Zarar noterin veya fiillerinden sorumlu olduğu çalışanların görevleriyle ilgili davranışları sebebiyle doğmalıdır. Yargıtay 4. HD. de “zararla sahte vekaletname arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmadığından... noterin sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığına” karar vermiştir²¹.

D- HUKUKA AYKIRILIK

Sorumluluğa sebep olan fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka aykırılık, noterin, stajyerin, kâtabin görevine aykırı hareket etmesi gibi subjektif değil, kişilerin menfaatlerini koruyan hukuk kurallarına aykırılık şeklinde objektif anlamdadır. Başka bir anlatımla ihlal edilen kural genel veya kâtime verilmiş özel bir talimat olabilir²².

IV- NOTERİN RÜCU HAKKI

Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; noter, birinci fıkra hükmüne göre ödediği tazminat için, işin yapılmaması veya hatalı yahut eksik yapılması yoluyla zarara sebep olan noterlik personeline rücu edebilir. Burada anılan fıkra “*sebepten olan*” ifadesini “kusurlu davranışıyla sebep olan” şeklinde anlamak gerekir²³.

¹⁸ DOĞU, s. 23.

¹⁹ DOĞU, s. 23.

²⁰ ULUKAPI/ATALI, s. 243.

²¹ 4. HD. 3.3.1976 T. 1975/5652 E. 1976/2246 K., (YKD, C. 3, S. 7, s. 924).

²² DOĞU, s. 24.

²³ DOĞU, s. 25; ULUKAPI/ATALI, s. 247.

Noterlik personeli ile noter arasındaki ilişki bir hizmet sözleşmesi olduğundan, rücu davasında zamanaşımı süresi tazminatın ödenmesinden itibaren on yıldır (TBK m. 146, Eski BK m. 125). Ayrıca bu durumda kusursuzluğunu ispat etmek personele düşer. Noterin haksız fiil hükümlerine dayanması da mümkündür ancak bu durumda zamanaşımı süresi iki yıldır (TBK m. 73) ve kusurun ispatı notere düşer (TBK m. 50). Bu anlamda noterin sözleşme ilişkisine dayanması kendi lehinedir²⁴.

V- UYGULAMADA KARŞILAŞILAN DURUMLAR

Noterlerin uygulamada karşılaşacakları sorumluluk hallerini eksiksiz olarak belirlemek mümkün değildir. Ancak biz burada genel kurallar çerçevesinde önemli bazı durumları belirleyeceğiz.

- Düzenleme şeklinde yapılması gereken işlemlerde şekil şartına uyulmalıdır.

Noterin düzenleme şeklinde yapacağı işlemlerde uyulacak şekil kuralları Noterlik Kanunu'nun 84. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Örneğin, düzenlemenin şekli şartlarından olan noterın imzası eğer yoksa işlem geçersiz olur²⁵. Ayrıca Yargıtay da bir kararında şekil şartına uyulmadan yapılan vasiyetnamenin geçersizliğine karar vermiştir²⁶.

Düzenlenen yerin ve tarihin gerçeğe uygun olması gerekir. Yargıtay da bu hususun işlemin geçerlilik şartı olduğuna karar vermiştir²⁷.

- Tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmeler, vekâletnameler ve vasiyetname gibi işlemlerin düzenleme şeklinde yapılması gerekir.

Noterlik Kanunu'nun 89. maddesindeki hüküm uyarınca nitelikleri bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmeler, vekâletnameler, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi gibi işlemlerin düzenleme şeklinde yapılması gereklidir. Aksi takdirde işlem geçersiz olur ve zarar görenlere karşı noter hukuken sorumlu olur²⁸.

²⁴ DOĞU, s. 25, 26; ULUKAPI/ATALI, s. 247, 248; İNAN, s. 34.

²⁵ DOĞU, s. 26, 27.

²⁶ 4. HD., 16.12.1947 T., E.4723, K. 5319, ATABEK, I, s. 19.

²⁷ DOĞU, s. 26.

²⁸ DOĞU, s. 27.

- Noterler kanunların emredici hükümlerine aykırı olarak işlem yapamazlar

Yürürlükteki tüm kanunları bildiği kabul edilen noterler bunlara aykırı işlem yapamazlar. TBK'nun 26. maddesinde²⁹ sözleşmelerin ahlaka aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Bu tür bir sözleşmeyi tanzim ve tasdik etmek noterin sorumluluğunu doğurabilir. Örneğin, nikâhsız olarak birlikte yaşamak için yapılan sözleşmenin konusu ahlaka ve adaba aykırı olduğu için senedin iptali gerekir³⁰.

- İşlemin yapılması sırasında tarafların kimliklerini tespit ederken ve imzalarını alırken noter gerekli titizliği ve önemi göstermelidir.
- Başkaları adına işlem yapacaklardan gereken yetki belgelerini noter istemelidir.

Noter, başkasını vekil etmek isteyen vekilin vekil tayin etmeye yetkisi olup olmadığını araştırmakla mükelleftir (Noterlik Kanunu m. 79). Bunun aksine davranıştan noterin sorumluluğu doğar³¹.

Ş 2. NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI AÇISINDAN GÜVENCE

I- GENEL OLARAK

Bu bölümde, noterlerin noterlik görevlerini yaparken kendilerinin veya yanlarında çalışan personelin fiilleri sebebiyle, zarara uğrayan üçüncü kişilerin tazmin taleplerine karşı alınabilecek önlemler anlatılacaktır.

Noterlerin mesleki risk ve sorumlulukları hukuki ve cezai sorumluluk içeren kanun hükümlerinden doğmaktadır. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesine göre, *"Stajyer, kâtip, kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar."*

Noter birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir." Anılan maddede düzenlenen noterlerin hukuki sorumluluğudur. Daha önce değindiğimiz üzere, madde hükmünde noterlerin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmiştir. Bu geniş sorumluluğa ek olarak

²⁹ Eski BK. m. 19.

³⁰ Yargıtay da bu görüştedir, 4. HD., 7.12.1934 T., 52 E., 45 K., DOĞU, s. 27; ATABEK, I, s. 19.

³¹ DOĞU, s. 29.

noterin yanında çalışanların hukuka aykırı fiillerinden zarar görenlere karşı da yine noter sorumlu olacaktır.

Noterlerin hukuki sorumluluklarını doğuran durum aynı zamanda suç oluştuyorsa Ceza Kanunu karşısında aynı zamanda cezai sorumlulukları da ortaya çıkar³².

Noterliğin güven duyulması gereken bir kurum olmasından dolayı noterlerin en küçük hataları veya en basit ihmal ve tedbirsizlikleri bile hoş görülmemiş ve noterlik dairesinde meydana gelen olaylardan kendisi orada bulunsun veya bulunmasın sorumlu tutulmuştur. Zira, burada üçüncü şahısların hukukunun korunması düşüncesi ağır basmaktadır³³. Ayrıca, noterlerin sorumluluklarının meblağ olarak varabileceği üst sınırın belirlenmesi de mümkün değildir. Bunun sebebi ise, sorumluluğun yapılan işlemde kaynaklanması ve yapılan işlem ne kadar büyük olursa, noterin sorumluluğu da aynı oranda büyüyecektir³⁴.

Böylece, noterlerin sorumluluk alanlarının çok geniş olması ve sınırsız bir tazminat yükümlülüklerinin olması noterlik müessesesinin güvence altına alınmasını zorunlu kılmaktadır³⁵. Bu şekilde bir güvence sisteminin kurulmasının ikinci sebebi, zarara uğrayanın güvence altına alınması gereğidir.

Noter açısından güvencenin önemi, ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarını şahsi mal varlığından karşılayamaması veya ekonomik olarak çok zorlanarak karşılayabilmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır. Zarar görenler açısından da güvencenin önemi çok büyüktür. Buna göre, tamamen güvene dayanarak işini yaptıran kişinin, bu işlemin yanlış veya eksik yapılmasından veya hiç yapılmamasından doğacak zararının noterin şahsi mal varlığından karşılamaya yetmemesi halinde, arta kalan kısım için başvurabileceği başka bir imkânının bulunmaması halinde zor durumda kalmasının önlenmesidir. Bunlara ek olarak, getirilecek güvence sayesinde, zarar gören kişi dava ve icra gibi uzun süren ve zaman kaybına neden olan yollara başvurmak zorunda bırakılmayacaktır. Belirttiğimiz bu sebeplerle noterin hukuki sorumluluğu nedeniyle ödemek zorunda kalacağı tazminatın noter dışında başka kişi, kurum veya kuruluşlardan da talep edilebilmesi önemlidir³⁶.

³² Noterlerin cezai sorumlulukları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **HAFIZOĞULLARI**, s. 99-115.

³³ **ATABEK**, II, s. 44; **DOĞU**, s. 33.

³⁴ **ULUKAPI/ATALI**, s. 249.

³⁵ **DOĞU**, s. 33.

³⁶ **ULUKAPI/ATALI**, s. 249; **DOĞU**, s. 33; **ATABEK**, II, s. 44; **BOZKURT**, s. 56.

Hukuki sorumluluğa ait güvenceler, mesleki risk denilen olayların sonuçlarını onarmak için alınan tedbirlerden oluşan sistemlerdir. Güvenlik sistemleri, bireyleri yoksulluğa itecek, geleceğini tehdit edecek olaylardan korunmak için oluşturulmuştur. Sorumlulukların karşılanması genellikle kişilerin tasarrufları, yardımlaşma, hukuki sorumluluk, yardım sandıkları ve sigorta sözleşmeleriyle sağlanır³⁷.

II- GÜVENCE ÇEŞİTLERİ

A- TEMİNAT HESABI VE HUKUKİ SORUMLULUK FONU

1- TEMİNAT HESABI

Noterlik Kanunu'nun 38. maddesinde, teminat hesabına yatırılacak paranın miktarı, zamanı, yatırılacak yer, amacı ve yatırmanın sonuçları hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, teminat parasının miktarı, başka noterliğe atanarlarda o noterliğin bir önceki gayri safi gelirlerinin %5 i oranındadır. Sonraki yıllarda ise, her yılın gayri safi gelirinin %1 idir. Bunu yatırma zamanı ise, her yılın şubat ayı sonuna kadardır.

Yeni açılan noterliklere yapılan atamalarda ise, ilk yatacak teminat ilan edilen gayri safi gelirinin %5 idir. Takip eden yıllarda ise, yeni yıl gayri safi gelirinin %1 idir. Naklen atamalarda da, noterliğe ilk atanmış gibi, gayri safi gelirinin %5 i teminat olarak yatırılmaktadır.

Teminat parasının yatırılacağı banka ise, sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olan milli bir banka olmalıdır. Ayrıca bu bankalar yönetmelikte gösterilirler (NK. m. 38/IV). Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 76. maddesinde teminat parasının yatırılacağı bankalar gösterilmiştir.

Teminat parasının amacı ise, noterlerin görevleri dolayısıyla sebep olabilecekleri zararları ve bu yüzden haklarında verilebilecek para cezalarını karşılamaktır. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi gereğince noterlerin ödemek zorunda kalacakları tazminatlar da bu kapsama dâhildir³⁸. Bu paralar başkasına temlik ve terkin edilemez. Haciz ise, 49. madde gereğince, devir işlemi sırasında alıkonulacak miktardan artakanları için mümkündür (NK. m. 38/VI).

Kanunun bu hükmünün amacı noterlerin mesleki riskleri sebebiyle söz konusu olacak sorumluluklarını karşılamaktır. Bununla birlikte, bireysel bir

³⁷ BOZKURT, s. 56.

³⁸ DOĞU, s. 33.

tasarruf özelliğine sahip olduğu için, ihtiyacı karşılamakta yetersiz kalmış ve hiç çalışmamıştır. Uygulamada herhangi bir yararı yoktur³⁹.

2- HUKUKİ SORUMLULUK FONU

Türkiye Noterler Birliği, tazminat ödemek zorunda kalan noterleri korumayı amaçlayan *Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu* adı altında bir fon kurmuştur. Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliğinin 1. maddesinde, fonun Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde yer alan, noterlerin hukuki sorumluluklarını güvence altına almak üzere kurulduğu açıkça belirtilmiştir.

Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği, noterin şahsi sorumluluğunu Türkiye Noterler Birliğine geçirmez. Bu sebeple zarar gören üçüncü kişinin Noterler Birliği'ne karşı bir talep hakkı söz konusu olamaz. Noter aleyhine açılan tazminat davasını kaybederse, zarar görene ödemek zorunda olduğu tazminat, anılan yönetmelikteki şartlar ve sınırlamalar kapsamında, Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulunun kararıyla, fondan kendisine ödenir⁴⁰. Bu fondan yapılacak yardım, sigortanın ödediği miktarın dışında kalan kısımlar için ödenir. Sigorta tarafından gerekli ödeme yapılınca kadar, temlik alınmak kaydıyla bu hesaptan ilgiliye yeteri kadar avans verilir (Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği m. 4).

B- MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

1- GENEL OLARAK

Bu paragrafa kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, dünyada ve ülkemizde sorumluluk sınırları devamlı genişlemektedir. Bununla birlikte, noterlerin mesleki sorumluluklarını güvence altına alabilmeleri bakımından yukarıda açıkladığımız Teminat Hesabı ve Hukuki Sorumluluk Fonu'nun yetersiz kaldığını görmekteyiz. Bu anlamda, Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi sebebiyle noterin ve zarar görebilecek diğer kişilerin korunması ve güvence altına alınması için en uygun yol noter mesleki sorumluluk sigortasının yapılmasıdır.

Her noter bireysel olarak kendisi sigorta sözleşmesi yapabileceği gibi, Türkiye Noterler Birliği de Türkiye'deki bütün noterleri kapsayan bir toplu

³⁹ Teminat hesabının amacının gerçekleşmesi için bu hesabın müşterek fon şekline dönüştürülmesi ve Türkiye Noterler Birliği Tarafından Değerlendirilmesi şeklindeki fikirler için bkz. **BOZKURT**, s. 58; **DOĞU**, s. 34.

⁴⁰ **ULUKAPI/ATALI**, s. 251-252.

sigorta sözleşmesi yapabilir. Yine aynı şekilde noter odaları tarafından, sadece o odanın üyelerini kapsayacak şekilde grup sigortası yaptırılabilir.

Türkiye Noterler Birliği 1981 yılında Şark Sigorta T.A.Ş. ile mali sorumluluk sigortası sözleşmesi yapmıştır. 1992 yılında ise American Home Sigorta A.Ş. ile bütün birinci, ikinci ve üçüncü sınıf noterlerin işlemlerinden zarar gören üçüncü şahısların zararlarını genel hükümler ve sigorta sözleşmesindeki şartlar çerçevesinde karşılamak üzere, bir, iki ve üç kademedeki mali sorumluluk sigortası yaptırılmıştır. Her üç kademeye giren Noterler, bir yılda bir işlemle 45.000 ve en çok 90.000 Amerikan Doları ile işlemlerini tazminat garantisi altına almışlardır. Sözü geçen bu sigortanın en önemli özelliği, tazminatın ödendiği zamanki Amerikan dolarının Türk parası karşılığı olarak ödenmesidir⁴¹.

2- Mesleki Sorumluluk Sigortasında Noterler Açısından Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

Mesleki sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin prim ödeme yükümlülüğünün karşılığında sigortacı, sigorta ettireni üçüncü kişinin haklı ve haksız tazminat taleplerinden kurtarır. Buna göre, sigortacılar mesleki sorumluluk sigortasıyla serbest meslek sahiplerinin mesleki sorumluluklarını temin ederler⁴².

Mali sorumluluk sigortası zararın tazminini sağlayan bir anlaşmadır. Bu sebeple sigortalı sigorta sözleşmesinin yapılmış olması sebebiyle bir menfaat sağlayamaz⁴³. Ayrıca sigortacının ödeyeceği azami meblağ üçüncü kişinin uğradığı ve sigortalının karşılamakla yükümlü olduğu gerçek zararın üstünde olamaz⁴⁴.

Sigortalının mahkûm olduğu para cezalarını sigortacı hiçbir zaman karşılamaz (MSSGS⁴⁵ m. A.4.3.a). MSSGS’nda dava açılması durumunda sigortacının sigortalı adına davayı takip etmesi konusunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Anılan Genel Şartların B.1. maddesinin (b) bendindeki, “*Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında...*” şeklindeki ifadede de anlaşıldığı üzere, sigorta sözleşmesinde getirilecek özel şartlar ile

⁴¹ BİLGİN, s. 42-44; ULUKAPI/ATALI, s. 252; BOZKURT, s. 59.

⁴² ŞENOCAK, s. 73.

⁴³ ŞENOCAK, s. 35, dn. 173.

⁴⁴ ŞENOCAK, s. 36.

⁴⁵ R.G. 16.03. 2006 tarihli ve 26110 sayı.

sigortacının sigortalıya hukuki yardımda bulunmayı da üstlenebileceğini görüyoruz. Bununla birlikte, MSSGŞ, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavir Mesleki Sorumluluk Sigortası Klotu'nun I.(a) bendinde açıkça sigortacının, yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerini ödeyeceği belirtilmiştir⁴⁶.

Sigorta sözleşmesiyle sigortalının fiiliyle zarar gören üçüncü kişilerin talepleri karşılanır. Buradaki üçüncü kişi tabiri notere iş yaptırmak için gelen kişilerdir. Ancak, noterin ailesi bu üçüncü kişi kavramının içine girmez. MSSGŞ'ndaki düzenlemeye göre, Sigortalının mesleki faaliyeti ifası sırasında anne, baba, kardeş, eş ve çocuklarına karşı sorumluluğundan doğan tazminat talepleri aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalacaktır (MSSGŞ'nın A.4.2.b). Dolayısıyla noterin ailesi tarafından yapılacak olan talepler de sigortacı tarafından karşılanmayacaktır.

Mesleki sorumluluk sigorta sözleşmesi, mesleki faaliyet dışında yapılan bir işlem sonucu oluşan zararları kapsamaz. Başka bir ifadeyle, mesleki sorumluluk sigortalarında sigorta himayesi, sadece sigorta poliçesinde tarif edilen meslekten olan sigorta ettirenin (sigortalının) sigorta konusu mesleğin icra edilmesi sebebiyle karşı karşıya kaldığı tazminat talepleri için sağlanır⁴⁷. MSSGŞ'nın "*Teminat Dışında Kalan Haller*" başlıklı A.3. maddesinde, teminat kapsamı dışında tutulan durumlar belirtilmiştir. Anılan maddenin (a) bendinde sigortalının, poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları ve etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat taleplerinin teminat kapsamı dışında tutulacağı belirtilmiştir.

Bu anlamda noterin de mesleğini icra ederken yaptığı işlemleri sebebiyle meydana gelen zararların tazmini söz konusu olmaktadır⁴⁸. Mesleğin icrasından ne anlaşılması gerektiğini mümkün olduğu kadar tayin ve tespit etmek gerekir. Poliçelerde bu konudaki tereddütleri önleyecek açıklamalar yer almaktadır. Ancak poliçe geçersiz olursa veya poliçede yeterli açıklama yoksa kuvertür, Noterlik Kanunu'nda yer alan konuların tümünü kapsar.

⁴⁶ 2006 yılında MSSGŞ'nın düzenlenmesinden önce, mali sorumluluk sigortalarına uygulanan, ÜŞKMMSGŞ'nın 9. maddesine göre, sigorta şirketi noteri mahkemede savunma yükümlülüğünü üzerine alabilir (ÜŞKMMSGŞ m. 9/II). Böylece noterin avukata ödeyeceği vekâlet ücretini tediye etmekten kurtulmuş olur. Ayrıca, sigorta şirketi üçüncü şahsa faiz ve mahkeme masraflarını da öder (ÜŞKMMSGŞ m. 9).

⁴⁷ ŞENOCAK, s. 201.

⁴⁸ ATABEK, II, s. 46.

Genellikle, poliçelerde noterin kasten ika ettiği zararlara temas edilmekte ve bunların tazmin edilmeyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte poliçe geçersiz olsa bile, noterin, noterin memur ve stajyerlerinin kasten ika ettiği zararların tazmini mümkün değildir. TTK'nun 1429. maddesinde⁴⁹ bu husus düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, MSSGS'nin A.3. (b) bendinde, mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışların teminat kapsamı dışında olduğu açıkça düzenlenmiştir⁵⁰.

Eski TTK'daki düzenlemeye göre, noterin *memur ve stajyerlerinin* kasti hareketlerinin açık bir dil ile kuvertür dışı olduğu açıklanmadığı sürece, bu gibi zararların sigortacı tarafından tazmini gerekiyordu (Eski TTK m. 1278). Yeni TTK'unun 1429. maddesinin ikinci fıkrasında ise, sigorta ettirenin fiillerinden hukuken mesul bulunduğu kimseler de hükmün kapsamına alınmıştır. Başka bir deyişle, yeni kanun hükmüyle, sigorta ettiren, sigortalı ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine *kasten* sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez. Bu anlamda noterin *memur ve stajyerlerinin* kasti davranışları ile sebep oldukları zararlar sigortacı tarafından tazmin edilmez (TTK m. 1429/II).

Kasti hareketlerin ispatının zor olması sebebiyle, ağır kusur anlamına gelen hareketlerin neden olduğu zararların da tazmin edilmeyeceği bazı poliçelerde belirtilmektedir⁵¹.

⁴⁹ Eski TTK m. 1278. Eski TTK'ndaki anılan düzenleme uyarınca, sözleşmede aksine hüküm olmadıkça sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin yahut fiillerinden hukuken mesul bulundukları kimselerin *kusurlarından* doğan hasarları tazmin ile mükelleftir. Ancak, hiçbir halde sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin *kastından* veya aksi sözleşmede yazılı değilse sigorta edilen malın ayıbından doğan hasarları tazmine mecbur olmaz. Görüldüğü üzere, eski TTK'daki düzenlemenin ikinci fıkrasında sigorta ettirenin fiillerinden hukuken mesul bulundukları kimselerden söz edilmemişti. Aynı konunun düzenlendiği yeni TTK'nun 1429. maddesindeki düzenleme uyarınca, sigortacı, aksine sözleşme yoksa sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu bulundukları kişilerin *ihmallerinden* kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine *kasten* sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez. Görüldüğü üzere, yeni Kanun maddesinin ikinci fıkrasında sigorta ettirenin fiillerinden hukuken mesul bulundukları kimseler de hükmün kapsamına alınmıştır.

⁵⁰ 2006 yılında MSSGS'nin düzenlenmesinden önce, mali sorumluluk sigortalarına uygulanan, ÜŞKMMSGS'nin 3. maddesinin A-1 bendinde de, "*kasten ika olunan veya bilerek sebebiyet verilen zarar ve ziyan taleplerinin*" sigortacı tarafından temin edilmeyeceği açıklanmıştır.

⁵¹ ATABEK, II, s. 46.

Noterlik görevi kapsamında kabul edilmek istenmeyen belirli faaliyetler de mevcut ise, bu konu da poliçede açıklanmalıdır. Zira sigortacının sorumluluk halleri poliçenin genel ve özel şartlarında belirtilir.

MSSGŞ’ndaki⁵² düzenleme uyarınca her tür belge kaybı veya sigortalının bakım, gözetim ve kontrolüne verilmiş bilgi ve malzemenin kaybı veya imha edilmesi durumları, aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan haller arasında sayılmıştır⁵³. Sigortacının sorumluluğunu sınırlandıran bu istisna, mesleki sorumluluk sigorta sözleşmesine taraf olan noterler açısından oldukça sıkıntılı bir durum yaratacaktır. Zira, Noterlerin görevlerinden biri de onlara saklanmak veya bir şahsa tevdi edilmek üzere verilen emanetleri muhafaza etmektir (Noterlik Kanunu m. 62). Noterlerin bu emanetleri ellerinde bulundurdıkları sırada kendisinin veya yanında çalışanların fiilleriyle bu eşyalara bir zarar ve ziyan gelebilir.

Bu durumda, MSSGŞ’nin A.4.1. maddesinin (a) bendinde açıklanan istisnanın noterlerin menfaatlerine uygun olmadığını görmekteyiz. Dolayısıyla, noter bakımından bu istisnayı bertaraf eden özel bir şartın sigorta sözleşmesine eklenmesi uygun olacaktır⁵⁴.

Noter mali sorumluluk sigortalarında zararın bir miktarının sigortalının üzerinde bırakılacağına ilişkin kayıtlar konulabilir. Bu düşüncenin sebebi, noterin tazminata iştirak etmesi ve böylece işlerinde dikkatini azaltmaması, ilgisini esirgememesidir. Ayrıca sigortacılar bu şekildeki hükümlerle sigortalının, zarar gören kişilerle daha ciddi mücadele edeceğine, borcunu ve mesuliyetini ikrardan kaçınacağına böylece kendi menfaatlerini savunurken sigortacının da lehine davranmış olacağına inanmaktadırlar. Örneğin Fransa’da genellikle poliçelerde noterin %25 oranında zarara iştiraki öngörülmektedir. Örnek olarak zarar 100 milyon lira ise, bunun %20 sinin (20 milyon lirası) noter tarafından karşılanacağı, 80 milyon liranın ise sigortacı tarafından ödeneceği. Bazı poliçelerde ise, bu oranın zarar miktarının artmasına göre değişeceği ve azalacağı açıklanmaktadır. Örnek olarak, zarar 100 milyon

⁵² ÜŞKMMSSGŞ’nin 3. maddesinin A.8.(a) bendine göre de, anılan maddede belirlenen malların zarar ve ziyanından doğan talepler sigortacı tarafından karşılanmazlar.

⁵³ MSSGŞ’nin “*Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller*” başlıklı A.4.1. maddesinin (a) bendinde; herhangi bir bilgisayar esaslı veya elektronik ortamda saklanabilir, yazılı, basılmış veya herhangi bir yöntem ile (veya benzer bir şekilde) tekrar çoğaltılmış olsun veya olmasın her tür belge kaybı veya sigortalının bakım, gözetim ve kontrolüne verilmiş bilgi ve malzemenin kaybı veya imha edilmesi durumları, aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan haller arasında sayılmıştır.

⁵⁴ CAN, s. 24.

liraya kadar olduğu takdirde %25, 500 milyon liraya yükseldiğinde ise, %20 olacağı kararlaştırılabilir⁵⁵.

3- RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİ

Sigortacının sorumlu olabilmesi için rizikonun gerçekleşmiş olması gerekir. Bu konuda değişik görüşler vardır. Bu görüşlerden ilkinde göre, noter gerekli ödevini kanuna uygun bir şekilde yerine getirmediği anda rizikonun gerçekleşeceği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, gerekli şekil şartına uyulmadan yapılan bir anlaşmada, sözleşmenin tamamlandığı anda rizikonun gerçekleştiği savunulmaktadır. Ayrıca, hukuka uygun olmayan işlem hakkında üçüncü kişi tarafından bilgi edinildiğinde rizikonun gerçekleştiği de ileri sürülmüştür⁵⁶.

İkinci görüşe göre ise, noter aleyhine açılan tazminat davasının sonuçlanmasının gerektiği belirtilmektedir (Eski TTK m. 1292/I).

İleri sürülen üçüncü görüş, zarar gören şahsın sigortalı notere zararın tazmini için müracaat ettiği zaman rizikonun gerçekleştiğini savunmaktadır. Sigortacının sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, kusurlu bir işlemle üçüncü kişinin mamelekinde bir zararın oluşması yeterli değildir. Üçüncü kişinin zararın tazminini noterden talep etmesi veya noter aleyhine dava açması gerekir⁵⁷. Bu durum genellikle poliçede belirtilir. Yeni TTK'nun 1446. maddesinin birinci fıkrasında bu husus belirtilmiştir⁵⁸. Eski TTK'nun 1292. maddesinde sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleştiği an, sigortacının hukuki himaye edimini üstlenip üstlenmediğine göre ayrı ayrı belirlenmişti. Buna göre, sigortacı sorumluluk sigortası sözleşmesiyle hukuki yardımda bulunmayı da üstlenmişse; riziko, tazminat talebi dava yoluyla ileri sürüldüğü an gerçekleşir⁵⁹. Yeni TTK'nun 1446. maddesinin birinci fıkrasında ise, sigortacının hukuki himaye edimini üstlenip üstlenmemesine göre bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca yeni kanun maddesinde beş günlük bildirim süresi de kaldırılmış bunun yerine “durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir” ifadesi kullanılmıştır.

MSSGS'nın “*Rizikonun Gerçekleşmesi*” başlıklı B. 1. maddesinde rizikonun gerçekleşme anının tespitinde üç durum belirlenmiştir. Bunlardan

⁵⁵ ATABEK, II, s. 47, dn. 39.

⁵⁶ ATABEK, II, s. 47, 48.

⁵⁷ ŞENOCAK, s. 125.

⁵⁸ Eski TTK m. 1292/I.

⁵⁹ ŞENOCAK, s. 125.

ilki, Sigortacının bilgisi ve yazılı muvaffakı dâhilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması halidir. Buna göre, sigortalı sigortacıya gerekli bilgiyi verdikten sonra, sigortacının yazılı onayını da aldıktan sonra üçüncü şahsa ödeme yapmasıyla birlikte riziko gerçekleşmiş olur (MSSGŞ m. B.1/a).

Rizikonun gerçekleşme anının tespiti için belirlenen ikinci duruma göre; sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle, riziko gerçekleşmiş olur.

MSSGŞ'nın B. 1. maddesinde belirlenen üçüncü durumda ise; zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur.

Görüldüğü üzere MSSGŞ'nın B. 1. maddesinde belirlenen bu üç durum dışında riziko gerçekleşmiş olmayacaktır. Örneğin, Noterlik Kanununda 162. maddede belirtildiği üzere noter, icrai veya ihmali bir hareketiyle hukuka aykırı bir işlem yapar ise, bu işlemten zarar gören üçüncü kişi notere karşı tazminat talebini ileri sürebilir. Bu şekilde bir iddianın öne sürülmesi, sigorta şirketinin notere karşı ileri sürülen tazminat talebini karşılama yükümlülüğünün doğumu için yeterli değildir. Mahkeme önünde bir dava açılması veya ileri sürülen talebin sigorta şirketine bildirilmesi, sigortacının edim yükümlülüğünün doğumu için şarttır⁶⁰.

4- MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI İLE SAĞLANAN KORUMA GEÇMİŞE VEYA GELECEĞE ETKİLİ OLARAK KURULABİLİR

Mesleki sorumluluk sigorta sözleşmesi ile sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararları sigortacı öder (MSSGŞ m. A. 1/a). Ayrıca, sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde de

⁶⁰ 2006 yılında MSSGŞ'nin düzenlenmesinden önce, mali sorumluluk sigortalarına uygulanan, ÜŞKMMSSGŞ ve eski TTK zamanında öğretilen savunulan görüş bunun tam aksi yöneydi. Bu görüşe göre, sigortalı, icrai veya ihmali bir hareketiyle hukuka aykırı bir işlem yapar ise, bu işlemten zarar gören üçüncü kişi notere karşı tazminat talebini ileri sürebilir. Bu şekilde bir iddianın öne sürülmesi, sigorta şirketinin notere karşı ileri sürülen tazminat talebini karşılama yükümlülüğünün doğumu için yeterlidir. Mahkeme önünde bir dava açılması veya ileri sürülen talebin sigorta şirketine bildirilmesi, sigortacının edim yükümlülüğünün doğumu için şart değildir, ŞENOCAK, s. 128.

başkalarının zarara uğraması sonucunda sigortacı, meydana gelen tazminat taleplerini karşılar (MSSGŞ m. B.1/I).

Buna binaen, Noterin sorumluluğunu gerektiren olayın meydana geldiği anda o olaya bağlı zararlı sonuçlar hemen ortaya çıkmayabilir. Buna göre, olayın meydana gelmesinin üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra da zararlı sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu durumda, noterin sigorta sözleşmesi, MSSGŞ'nın A.1. maddesinin (a) bendinde belirtilen korumayı sağlayacak şekilde yapılırsa sigortacı, sigorta sözleşmesi sona erdikten sonra ileri sürülen tazminat taleplerini de iki yıl süreyle sınırlı olarak karşılar. Ancak, sorumluluğu gerektiren zararı doğuran olay sözleşme devam ederken meydana gelmelidir (sigorta himayesinin geleceğe etkili olması)⁶¹.

Sorumluluk sigorta sözleşmesi ile bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar olan tazminat talepleri karşılanır (MSSGŞ m. A. 1/b; m. B. 1/II).

Buna göre, sigortalı mesleki sorumluluk sigorta sözleşmesi yapmadan önce, mesleğini icra etmeye başlamış olabilir. Bu durumda henüz sigortalı sıfatını taşımadıkları dönemde meydana gelen olaylardan kaynaklanan tazminat talepleri ile karşılaşabilirler. İşte bu şekilde bir taleple karşılaşma ihtimali olan kişiler, MSSGŞ'nın A. 1. maddesinin (b) bendi uyarınca bir poliçenin düzenlenmesini isteyebilirler (sigorta himayesinin geçmişe etkili olması). Böylece belirtilen durumla karşılaşma ihtimali olan sigortalılar kendilerini güvence altına alabilirler. Ancak, MSSGŞ'nın B. 1. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şekilde geçmişe etkili sigorta himayesinin bir yıldan az olmayacak şekilde kararlaştırılması gereklidir. Başka bir ifade ile sigorta poliçesinin MSSGŞ'nın A. 1. maddesinin (b) bendine göre düzenlenmesi halinde sigortacının geçmişe etkili olarak himaye sağlayacağı sürenin 1 yıldan kısa olarak belirlenmesi mümkün değildir⁶².

5- RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİNDEN SONRA SİGORTALININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A- BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sigorta şirketlerinin sigorta ettirene karşı yapılan tazminat taleplerini derhal öğrenmek konusunda büyük menfaatleri vardır. Zira sigortacı,

⁶¹ CAN, s. 19.

⁶² CAN, s. 18.

zamanında müdahale ederek ihtilafın mahkemeye intikalini önleyebilir. Ayrıca, sigortacı gerekli tedbirleri alarak, zararı azaltabilir ya da rücu imkânlarının kaybolmasını önleyebilir⁶³.

MSSGŞ'nın B. 2. maddesinin (a) bendinde de bu durum düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalı, haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini, beş gün içinde sigortacıya ihbar etmelidir.

Ayrıca sigortalı, sigorta sözleşmesi yokmuş gibi gerekli kurtarma ve koruma önlemlerini almalı ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek makul talimatlara uymalıdır. Sigortacının talebi üzerine sigortalı, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespiti, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermelidir. Bunlara ek olarak sigortalı, sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmelidir (MSSGŞ m. B. 2. b,c,f).

B- DAVAYI İHBAR

Zarar gören üçüncü kişi noter aleyhine dava açtığı takdirde, noter dava dilekçesini vakit kaybetmeden sigortacıya ulaştırmalıdır. Ayrıca, elindeki belge ve delilleri de sigortacıya vermelidir.

MSSGŞ'ndaki düzenleme uyarınca, sigortalı zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayla geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmelidir. Ayrıca, zarar ziyan talebine ve cezai kovuşturmayla ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermelidir (MSSGŞ m B. 2. e).

C- SORUMLULUĞU İKRAR ETMEMEK VE SULH OLMAMAK

Sigorta ettiren her hangi bir şekilde sorumluluğu kabul edecek beyanlarda bulunamaz. MSSGŞ'nın B. 2. maddesinin (d) bendine göre, sigortacının yazılı onayı olmadıkça, sigortalı sorumluluğu veya tazminat talebini kısmen veya tamamen kabul etmemelidir. Ödeme taahhüdünde bulunmamalı ve zarar görenlere herhangi bir tazminat ödemesi yapmamalıdır.

Ancak sorumluluğu ikrar etmeme yükümlülüğü, olayları inkâr etmek, gerçeği açıklamaktan kaçınmak anlamına gelmez⁶⁴.

⁶³ ATABEK, I, s. 49.

⁶⁴ ATABEK, II, s. 50.

KAYNAKÇA ^{65*}

- ATABEK, Reşat** : “Noter; Mali Sorumluluk Sigortası”, TNBHD, sayı: 3, 15 Ağustos 1974, s. 16-20, I.
- ATABEK, Reşat** : “Noter; Mali Sorumluluk Sigortası”, TNBHD, sayı: 4, 15 Kasım 1974, s. 45-50, II.
- BİLGİN, İsmet** : “Noterlerin Hukukî Sorumlulukları”, TNBHD, sayı: 74, 1991, s. 41-44.
- BOZKURT, Hüseyin** : “Noterlik Mesleğinde Karşılaşılan Sorunlar”, Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 1997, s. 29-40.
- CAN, Mertol** : “Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel bir Bakış”, Ankara 2006.
- DOĞU, Engin** : “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence”, TNBHD, sayı: 24, 1979/3, s. 20-35.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1998, 1998.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2010, 2010.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : “Noterlerin Ceza Sorumluluğu”, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Noterlik Hukuku Sempozyumu I-II, Ankara 1997, s. 99-115.
- İNAN, Atilla** : “Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sayıştay Dergisi, S. 36, Ocak-Mart 2000, s. 25-35.
- İSTANBUL NOTER ODASI HUKUK KOMİSYONU**, “Noterlik Kanunu 162. Maddesi Hakkında İstanbul Noter Odası Hukuk Komisyonu Raporu, TNBHD, sayı 80, 1993, s. 35-37.
- KARTAL, Bilal**: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk”, Yargıtay Dergisi, 1998, C. 24, sayı: 3, s. 340-355.
- MERİÇ, Nihat** : “1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162 nci Maddesi İle İlgili Düşünceler”, TNBHD, sayı: 83, 15 Ağustos 1994, s. 36-40.
- PULAŞLI, Hasan** : “Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukukî

⁶⁵ * Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

Sorumluluğu”, TNBHD, Sayı 39, 1983, s. 10-16.

ŞENOCAK, Kemal : Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.

TANDOĞAN, Haluk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.

TOYGAR, Kemal : “Serbest Meslek mi Kamu Hizmeti mi”, TNBHD, sayı 3, 1974, s. 9-12.

ULUKAPI, Ömer /ATALI, Murat: Noterlik Hukuku, 2. Baskı, Konya 2001.

ULUKAPI, Ömer : “Noterlerin Hukukî Sorumluluğu”, Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 1997, s. 65-85.

ÜNAN, Samim : İsteğe Bağlı Genel sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998.

YILMAZ, Süleyman : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, AÜHFD, 2010, C. 59, S. 3, s. 551- 578.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.turkavukatlar.com: <http://www.turkavukatlar.com/17266/maddi-tazminat-manevi-tazminat-noterin-hukuki-sorumlulu%C4%9Fu#ixzz209AXngMV> (erişim 15 Ekim 2012).

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi
BK.	: Eski Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: cilt
dn.	: dip not
E.	: Esas
EMK.	: Eski Medeni Kanun
f.	: Fıkra
GVK.	: Gelir Vergisi Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: Madde
MMTD	: Millet Meclisi Tutanak Dergisi
MSSGŞ	: Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
MK.	: Türk Medeni Kanunu
NK.	: Noterlik Kanunu
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TNB.	: Türkiye Noterler Birliği
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
ÜŞKMMSGŞ	: Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları

HUKUKİ AÇIDAN DEFİNE

İhsan ERDOĞAN*

ÖZET

Bu makalede Türk Hukukunda define kavramının açıklaması yapılmıştır. Define, çok eski zamanlardan kalma, saklı, sahibi bilinmeyen ve kıymetli taşınır bir şey şeydir. Definenin maliki Türk Medenî Kanunu'na göre saklı bulunduğu taşınır veya taşınmazın malikidir. Bu kuralın istisnası, Kültür ve tabiat Varlıkları Kanunu'nun yasakladığı fiil ve davranışı işleyenlerin mülkiyet hakkını kazanamamasıdır. Ayrıca define mülkiyeti KTVKK da kısıtlanmıştır.

Bu kanuna göre öncelikle definenin korunması gereken bir varlık olup olmadığına karar verilir. Korunması gereken defineler tescil edilir. Bakanlık tescil edilen definelerinden uygun gördüğünü satın alabilir. Bunlar müzelerde teşhir edilir. Bakanlığın satın alma işlemi tek taraflı bir işlemdir. Bu sebeple bakanlığın yaptığı satın alma bir satış sözleşmesi değildir. Satın alınmayan tescil edilmiş defineler sahiplerine verilir. Sahiplerine verilen defineler bakanlığın gözetimi ve denetimine tabidir. Bunları sahipleri, zarar vermeden muhafaza etmek zorundadır. Bakanlığın izni olmadan tamir edilemez, başkasına satılamaz, devredilemez, yurt dışına çıkarılamaz.

Defineyi bulan ile definenin maliki aynı kişi olmayabilir. Defineyi bulan define malikinden bir ödül isteyebilir. Bulanın ödül isteme hakkı bir alacak hakkıdır. Define bulan ödül alacağı hakkını define malikinden talep edebilir.

Kanuna aykırı olarak define arayan ve bulanlar definenin mülkiyetini kazanamazlar. Defineyi saklayanları ihbar edenlere definenin değerine göre değişen bir ödül verilir. Ayrıca bu kişileri yakalayan kamu görevlilerine de ödül verilir. Bu ödül ise kamu hukukundan doğan bir haktır.

Anahtar Kelimeler : Define, Define bulan, definenin maliki, Kültür ve tabiat varlığı,

LEGAL ASPECTS OF TREASURE-TROVE

ABSTRACT

In this article, the term of "treasury" in Turkish law has been explained. Treasury is an ancient, hidden, valuable and movable waif. According to Turkish Civil Code, owner of a treasury is the owner of movable or immovable property in

* Prof. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi

the treasury has been found. However there is an exception of this principle, people committing the acts banned by Law on the Protection of Cultural and Natural Heritage (LPCNH) cannot be owner of treasury. Moreover, ownership of treasury is also restricted by LPCNH.

According to this law, primarily a decision is given about whether treasury will be protected or not. Treasury, which will be decided to be protected, will be registered. On condition that Ministry approves the registered treasury, can also buy it. Treasury, which is bought by Ministry, will be exhibited in museums. Purchase of treasury by Ministry is a unilateral legal transaction. For this reason, this transaction held by Ministry is not a sales contract. Treasury, which is not purchased by Ministry, will be returned to its owner. This returned to owner treasury is under Ministry's supervision and inspection. Owner of the treasury has to conserve it without giving any damages. Treasury cannot be repaired, sold, assigned and carried abroad without permission of the Ministry.

Person that found the treasury may not be the owner of the treasury. Person that found the treasury can demand an award from the owner. Demanding an award is a claim right and may be asked from the owner of the treasury.

People, who search and find treasury contrary to the law, cannot be owner of the treasury. People, who peach someone that blots out a treasury, will be rewarded a prize depending on the value of treasury. Public officials, who arrest someone that blots out a treasury, will also be rewarded. This award is arisen from public law.

Keywords: *Treasury, Finder of treasury, Owner of treasury, Culture and Natural Heritage.*

GİRİŞ

Menkul şey mülkiyetinin kazanılmasında Türk Medeni Kanun sistematığı, mülkiyetin devren veya aslen kazanılması esaslarına göre şekillendirilmiştir. Mülkiyet hakkının aslen kazanılmasında şey üzerinde mülkiyet hakkının ya hiç kurulmamış olması veya var olan mülkiyet hakkının bir şekilde sona ermiş olması yada mülkiyet hakkının sona erip ermediği konusunda bir tereddüdün olması durumlarına göre tasnif edilmiştir. Buna göre üzerinde hiç mülkiyet hakkı kurulmamış veya mevcut olan mülkiyet hakkının sona ermesi sebebiyle sahipsiz hale gelen şeyin mülkiyeti benimseme (ihraz) yoluyla kazanılır(TMK. 767, 768). Diğer taraftan sahipsiz olup olmadığı tam olarak anlaşılamayan fakat halin icabına göre sahipli olma ihtimali olan şeylerle ilgili olarak bulan kişi, şeyin sahibini araştırmak veya ilgili kamu otoritelerine bildirmek şartıyla 5 yıl içinde de sahibinin bilinmemesi halinde bulan mülkiyet hakkını kazanır(TMK 769-771). Eğer şeyin sahibi

beş yıl içerisinde anlaşılırsa şüphesiz mülkiyet hakkı bulan tarafından kazanılamayacağı için şey sahibine iade edilir. Şeyi bulan ise bir miktar ödül ve yaptığı masrafları isteyebilir(TMK. 771/II). Ancak bulunan şey, oturulan bir evde, işyerinde veya kamu hizmeti görülen bir yerde bulunursa onun mülkiyeti evde oturan malik veya kiracı, işyerini işleten ve kamu hizmeti veren kamu idaresine ait olur¹. Dikkat edilirse bulunan şeyin bir ev, işyeri veya kamu hizmet yerinde bulunulmakla bu yerlerin fiilen kullanıcıları lehine kanunî bir karine getirilmiştir.

Diğer taraftan bulunan şey çok eski zamanlarda saklanmış bir şey ise halin icabına göre de sahipsiz olduğu anlaşılıyorsa onun üzerinde de define hükümleri uyarınca mülkiyet hakkı kazanılabilir. Define yoluyla mülkiyetin kazanılmasında Türk Medeni Kanunu'nda benimsenen yol yine karine ile belirlenmiştir. Buna göre(TMK. 772/II) “define, içinde bulunduğu taşınmaz veya taşınır malın malikinin olur”. Burada kesin karine söz konusu olmaktadır. Defineyi bulan ile definenin içinde saklı olduğu mal sahibi aynı değilse bulanın mülkiyet hakkı yoktur. Defineyi bulan sadece defineye karine yoluyla malik olan şahıstan ödül talep etme konusunda bir alacak hakkı kazanır. Ancak TMK bu genel kuralların yanında bir de özel kuralların bulunabileceğini göz önünde bulundurarak “Bilimsel değeri olan sahipsiz doğal şeyler ile eski eserlerin bulunması halinde özel kanun hükümleri uygulanır” hükmüyle “**Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)**” na atıfta bulunulmuştur.

Türk Medeni Kanunundaki genel ilke definenin mülkiyetinin saklı bulunduğu taşınmaz ve taşınır tâbi olarak belirlenmesidir. Buna Karşılık KTVKK. da ise definenin tâbi olduğu taşınır veya taşınmaz ister özel mülkiyete ister kamu mülkiyetine tabi olsun, korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının Devlet malı niteliğinde olduğu kabul edilmiştir(KTVKK. 5). Bu kanunda bir definenin “korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları” olması yine kamunun alacağı ve yapacağı bir tespit ve tescil kararından sonra Devlet malı niteliğini kazanacaktır. Definenin bulunması ile korunma kararı ve tescil kararına kadar geçecek sürede definenin maliki tam belli değildir. KTVKK. ise bulunmuş olan veya ileride bulunacak olan “korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları” nı devlet malı niteliğinde kabul etmiştir

Bu makale ile definenin malikinin TMK 772/II. göre definenin saklı olduğu şeyin maliki olacağı karinesi ile KTVKK 5 nci maddesinde yer alan definenin devlet malı niteliğindedir hükmü karşısında konuya açıklık getirmektedir.

¹ Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 512, s.501.

I- DEFİNE İLE İLGİLİ MEVZUAT VE HUKUKÎ REJİM

Define ile ilgili kanunî tanım olan “Bulunmalarından çok önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan şeyler define sayılır”(TMK 772/I) hükmü bize definenin bir “tarih, kültür ve tabiat varlığı” olabileceği ve dolayısıyla, tarih, kültür ve tabiat varlığı ile ilgili mevzuatla birlikte incelenmesi gerektiğini göstermektedir. Yürürlükteki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 63. Maddesi “*Devlet tarih kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar; bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır*”(TCAY. 63/I). Anayasanın bu hükmü ile devlete kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusunda bir ödev yüklenmiştir. Benzer hüküm 1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında da bulunmakta idi². Anayasanın 63 ncü maddesinin ikinci fıkrasında eski eser niteliğindeki varlıklardan özel mülkiyette bulunanlara hakkında sınırlama getirileceğinden bahsetmektedir. O halde Anayasaya göre kültür ve tabiat varlığı sayılan eserler ile ilgili mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere sınırlamalar getirilebileceği ilkesi benimsenmiştir.

Esasen eski eserler ile ilgili asıl ve ilk çalışma Asar-ı Atika Nizamnamesi’dir³. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin (eski Medeni Kanun) 696 ve 697 nci maddeleri define hakkında temel norm getirmiştir. Özellikle kamunun eski eserleri devlet malı sayarak toplama ve koruma amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılan 2863 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılan kanunlar şunlardır: 28/2/1960 tarih ve 7463 sayılı “Hususi Şahıslara Ait Eski Eserlerle Tarihi Abidelerin İstimlaki Hakkında Kanun”; 25/4/1973 tarih ve 1710 sayılı “Eski Eserler Kanunu”; 2/7/1951 tarih ve 5805 sayılı “Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Teşkiline ve Vazifelerine Dair Kanun” ile 18/6/1973 tarih ve 1741 sayılı “Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Teşkiline ve Vazifelerine Dair 2 Temmuz 1951 tarihli ve 5805 sayılı Kanunda Bazı Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun”.

Bu gün yürürlükte bulunan ve define hukukunu düzenleyen mevzuat başta yine yürürlükteki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 63. Maddesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 772 ve 773 ncü maddeleri ile 23/7/1983 tarihinde yürürlüğe giren 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu

² Mumcu Ahmet, Eski Eserler Hukuku ve Türkiye, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 41-42

³ Konu ile ilgili mufassal bir araştırma ve inceleme yapan Ahmet Mumcu Asar-ı Atika Nizamnamesinin ilkinin 1 Şubat 1284/13.11.1869 tarihinde yayınlandığını Uzun yıllar Cumhuriyet döneminde de uygulanan ikincisinin ise 26 Mart 1290/7.IV.1874 yayınlandığını tespit etmektedir. Bakınız.Mumcu Ahmet, Eski Eserler Hukuku ve Türkiye, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1969, Cilt 26, Sayı 1-2, s. 66.

hükümleridir. 2863 sayılı KTVKK hükümlerinin uygulanmasını göstermek üzere çıkartılan ve günün şartlarına göre yenilenen yönetmelikler de bulunmaktadır.

Yürürlükteki mevzuatın getirdiği hukukî rejim ise KTVKK. nun 5 maddesinin “Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir.” Her ne kadar korunması gerekli tabiat ve kültür varlıkları devlet malı niteliğindedir denilmekte ise de bu kategorideki definenin devlet malı olduğu anlamına gelmez⁴. Devlet malı olması için definenin ya devlete veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınır veya taşınmazda bulunması gerekir ya da müzelere satın alma işlemi yapılması gerekir.

II. DEFİNE KAVRAMI

Definenin bir tanımını TMK 772/ maddesinde yapılmıştır. Bu tanıma göre “bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeyler, define sayılır.” Maddenin ikinci fıkrasında ise esasen sahipsiz eşya konumundaki gömülmüş veya saklanmış şeyin mülkiyetinin kime ait olduğu sorunu çözülmüştür. Buna göre “define içinde bulunduğu taşınmaz veya taşınır malın malikinin olur” hükmü getirilmiştir (TMK.772/II). Aynı fıkarda “Bilimsel değer taşıyan eşyaya ilişkin hükümler” in saklı tutulduğu belirtilmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 772/I maddesi ile getirilen define mülkiyeti ile ilgili kuralın TMK. 772/II fıkrası ile “bilimsel değer taşıyan eşya “ ile ilgili kamu hukuku kuralının olabileceğini ve mülkiyet sorununun buna göre belirleneceğine işaret edilmiştir. Bilimsel değer taşıyan eşyanın neler olduğu, eşyaya bilimsel olma özelliğinin kim tarafından ve nasıl belirleneceğine ilişkin atıf yapılan hüküm 21/7/1983 tarih ve 2863 sayılı “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu” dur.

Türk Medeni Kanunu 772/I fıkrasında yapılan define tanımına göre definenin unsurları şunlardır.

A) Gömülmüş veya Saklanmış Olmak

Gömülmek daha çok toprak altında saklanmak anlamı taşır. Acaba gömülmekten anlaşılan bir insan fiili olarak bir şeyin üzeri toprak ile örtülerek

⁴ Aksi görüş olarak define üzerinde koleksiyoncuların mülkiyet hakkına sahip olmadıkları, onların sadece sıkı denetime tâbi bir zilyet olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 758.

saklanması ile sınırlıdır. İnsan fiilinin dışında sel, toprak kayması, yer çöküntüsü gibi tabii sebeplerle toprak altında kalmanın da gömülme olarak anlaşılması gerekir. Diğer taraftan kar, buz ve su altında kalma da gömülme olarak nitelendirilmesi gerekir. Gömülmeden üzerinin, insan eliyle veya kendiliğinden örtülerek görülmesine engel olma anlaşılmalıdır. Bu sebeple bakıldığında üzerindeki toprak, çürümüş ağaç, ot dal ve yaprak örtüsü, kar, buz, hatta su altında olan ve kazı, dalış, temizleme çalışması yapılmadan açığa çıkarılamayan şeyler, gömülmüş şey olarak kabul edilir. Ancak açığa çıkarma insan fiili ile olabileceği gibi kendiliğinden tabii olarak da olabilir. Nasıl ki toprak kayması gömülme sonucunu doğurabiliyorsa, yine toprak kayması ile toprak altında saklı kalan şeyin açığa çıkması da mümkündür.

Saklanmış şeyden kastedilen ise menkul bir şey içerisinde gizlenme anlaşılır. Meselâ bir sandık içerisinde fakat gizli bir bölme içerisine yerleştirilmiş şey saklanmış şey olur. Buna karşılık kilitli sandık içerisine konmuş olan ve sandık kapağı açılmakla görülen şey saklanmış olmaz. Saklanma ile ilgili olarak hem saklanan şey hem de bünyesinde saklamanın yapıldığı şey menkul şey olduğunu tespit etmek yerinde olur. Meselâ sandık menkul bir şey ve sandığın gizli bölmesinde saklanan şey de menkuldür.

Gömülme ve saklanmanın eşya hukuku kapsamında define unsuru sayılabilmesi için bulunmasından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olması gerekir(TMK. 772/I). Kanunda vurgulanan “bulunmasından çok zaman önce gömülmüş ve saklanmış” olmadan özellikle “çok zaman önce” nitelemesinden ne anlaşılmalıdır. Acaba kaç yıl önce gömülmüş ve saklanmış olma gerekir. Bu konuda Mecellenin 166. Maddesinde yer alan “*Kadim oldur ki evvelini bilür olmaya*” hükmünden istifade edilebilir⁵. Bulunan eşyanın niteliği, saklanma şekli ve bulunuş biçimi de onun eski zamandan kalma olup olmadığı hakkında bir fikir verebilir⁶.

B) Taşınır Şey Olmak

Türk Medeni Kanunu’nun 772 maddesindeki düzenlemede yer alan “define” kavramı ister gömülü ister saklı şey olsun gömülü olduğu topraktan, saklı olduğu taşınır şeyden ayrılabilen bir şeydir. Şüphesiz buradaki ayrılma fizikî bir ayrılmadan ibaret olmamalıdır. Meselâ eski zamanlardan toprak altında kalan bir yapıya ait sütun veya sütun başlığı toprak altından çıkarılmakla define sayılmayabilir. Zira yer altında bulunan obje bir taşınmaz

⁵ Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 98.

⁶ Akipek/Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul,2009,s. 598.

kültür varlığı⁷ veya tabiat varlığı⁸ olabilir. Üstelik bunların koruması ve korunması gereken varlıklar⁹ olması durumu da önemli olan bir husustur. Zira taşınmaz kültür varlıklarının aynı zamanda korunma alanları olarak muhafaza edilmesi gerekmektedir¹⁰. Bu durumda taşınmaz içerisinde yer alan bir kültür varlığının taşınmazın dışına çıkarılması da mümkün değildir. Örneğe konu olan eski bir yapıya ait sütun veya sütun başlığı artık yıkılmış da olsa eski yapının bir parçası sayılacağından taşınır şey niteliğini kazanmaz.

Taşınır şeyin mutlaka insan eliyle işlenmiş bir obje olması şart değildir. Bu tabii olarak oluşmuş ve arza bağlı olmayan ondan kolayca ayrılabilen insan ve hayvan iskeleti, fosil, ocağından çıkarılmış maden cevheri, midye ve istiridye kabuğu, inci ve hayvan boynuzu olabilir. Bunların oluşumu itibarıyla insan işlemesi olmadığı halde insanlar tarafından kullanılmış bir şey olması yeterlidir.

Yer altında ve hatta yer üstünde, su altında bulunan madenler define kavramına girmez. Madenler devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Dolayısıyla TMK 718 maddesinde gösterilen arazi üzerindeki mülkiyet “üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar” hükmünün istisnaları olabileceği aynı maddenin II fıkrasında gösterilmiştir. Bu fıkra ile atıfta bulunulan hüküm 4/6/1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu’dur. Maden Kanunu’nun 4. Maddesine göre “Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu

⁷ “Kültür varlıkları”; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.(KTVKK 3/a-1).

⁸ “Tabiat varlıkları”; jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir . (KTVKK 3/a-2)

⁹ “Koruma”; ve “Korunma”; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında muhafaza, bakım, onarım, restorasyon, fonksiyon değiştirme işlemleri; taşınır kültür varlıklarında ise muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işleridir.Sit”; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır. (KTVKK 3/a-4).

¹⁰ “Korunma alanı”; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının muhafazaları veya tarihi çevre içinde korunmalarında etkinlik taşıyan korunması zorunlu olan alandır. (KTVKK 3/a-5). Sit; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır. (KTVKK 3/a-3).

altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi değildir.” Devletin hüküm ve tasarrufunda olan madenlerle ilgili olarak Türk Vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler lehine arama, işletme ve işletme ruhsatından doğan bir haklar demetinden oluşan, bölünme kabul etmeyen maden hakkı tesis edilebilir¹¹. Maden hakkı kapsamında çıkarılan madenler taşınır mal hükmünde olup ve taşınır mülkiyetine konu olur¹².

Define araması esnasında bulunan ve Maden Kanunu kapsamında maden olarak kabul edilen cevher gibi şeyler define olarak nitelendirilemez. Buna karşılık kadim zamanda ocağından çıkarılarak başka bir yere taşınmış ve insan eliyle veya tabii olarak gömülmüş maden cevheri maden kanunu kapsamında maden sayılmayıp TMK 772. maddesine göre define hükümlerine tabi olur.

C) Değerli Şey Olmak

Değerli şeyden kasıt para ile ölçülebilen, piyasada alınıp satılabilen ekonomik bir değere sahip olan şey demek değildir. Gerçi ekonomik değeri olmayan bir çok fizikî şeyler ekonomik yarar yokluğu sebebiyle kişiler tarafından hak konusu yapılmaz. Ancak her ne kadar ekonomik değeri yoksa da manevi değeri dolayısıyla bazı fizikî şeyler üzerinde korunmaya değer menfaat bulunabilir. Söz konusu korunmaya değer manevî menfaat dolayısıyla o fizikî şey hukukî şey olur¹³. Meselâ maddî olarak hiçbir fonksiyonu olmasa da kadim devirlerde tılsım olarak kullanılan bazı taş, çöp gibi objeler de meraklısının elinde değerli bir şey olarak kabul edilebilir. Tedavülde kalmış kağıt paranın para olarak bir değeri olmadığı halde koleksiyon değeri bulunabilir. Ancak koleksiyon değeri olmayan eski kağıt paralar define sayılmaz¹⁴. Elbette aynı benzer objeler genel halk nezdinde ekonomik değer taşımazken “*tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer*” (KTVKK 3/a-1) taşınması dolayısıyla bilimsel değer taşıyan bir şey olabilir.

D) Sahipsiz Şey Olmak

Defineye konu şey bir menkuldür. Her ne kadar bir taşınmaz içinde ve gömülü olarak bulunsa da taşınmazın bütünleyici parçası (mütemmim

¹¹ Topaloğlu Mustafa, Maden Hukuku, Adana 2011, s. 36.

¹² Topaloğlu, s. 35.

¹³ Ünal Mehmet, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2010, s. 72.

¹⁴ Akipek/Akıntürk, s. 598.

cüz) değildir. Dolayısıyla sahipsiz şey niteliğindedir. Menkul şey olması dolayısıyla arzın da mütemmimi veya teferruatı da olmadığından arz ile ilgisi ve ilişkisi sadece fizikî bir karışım olması münasebeti ile arzın mülkiyetinden ayrı bir mülkiyet hakkına konu olur. İşte mülkiyet hakkına konu olabilen şeyin üzerinde bilinen bir mülkiyet ve sahipliğin olmaması gerekir.

III. DEFİNE ARAMA VE DEFİNE BULMA

Definenin gömülü olduğu yerden veya saklı olduğu şeyden bulunarak çıkartılması define arama amacına matuf bir faaliyet olabileceği gibi başka bir amaca matuf faaliyet sonucunda da mümkündür. Meselâ inşaat için temel kazısı, zirai faaliyet olarak tarlanın işlenmesi gibi faaliyetler sonucu da define bulunup çıkartılabilir. Hatta toprak kayması gibi tabiat olayları sonucunda da define ortaya çıkabilir.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus define arama faaliyeti izne tabi oluşudur. Kültür ve tabiat Varlıkları Koruma Kanunu'nda iki çeşit arama faaliyeti düzenlenmiştir.

A. Korunma Alanı İçerisinde Yapılacak Araştırma Sondaj ve Kazı Suretiyle Arama

Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanununda korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının neler olduğu teferruatlı bir şekilde ve örnekleri de adeta sayılarak gösterilmiştir. Ancak Kanunda zikredilen varlıklar cins olarak gösterilmiştir. Kanunda zikredilen cinsin tamamının her halukârda korunması gereken taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları olduğu söylenemez. Zira KTVKK. nun 7. maddesi korunması gereken kültür ve tabiat varlıklarının ayın olarak, parça olarak tespitini ve bunların tescilini düzenlemiştir.

“Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitler koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunur”(KTVKK.7/ III)¹⁵. KTVKK nun 6 maddesinde gösterilen taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarından¹⁶ korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve

¹⁵ Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının tespit edilmesi korunması için tescil edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen “Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik” 13/03/2012 tarih ve 28232 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunda ve yönetmelikte geçen tescil ifadesi Koruma Bölge Kurulu kararı ile yine Koruma Bölge Müdürlüğünce tutulan sicile kaydetmedir. Ayrıca koruma tescil kararı tapuya kayıtlı ve özel mülk olan taşınmazlarla ilgili olması halinde ilgili tapunun beyanlar hanesine de kayıt konur.

¹⁶ **Madde 6** – Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları şunlardır:

a) Korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19 uncu yüzyıl sonuna kadar yapılmış taşınmazlar,

doğal sit alanlarının tespiti ile koruma bölge kurulu kararı ile tescili yapılır¹⁷.

Tescili yapılmış olan sit alanları ve koruma alanlarında yapılacak her türlü araştırma kazı ve sondaj yapma hakkı Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir. Ancak Bakanlığın izni ile başka kişi, kurum ve kuruluşlar da araştırma, kazı ve sondaj yapabilir. Araştırma, kazı ve sondaj işleri bizzat Banlık elamanlarınca yapılabileceği gibi Bakanlık elamanları ile birlikte Bakanlıkça görevlendirilen Türk Bilim adamları tarafından da yapılabilir. Araştırma, kazı ve sondaj işlerini Bakanlık elemanlarının veya Bakanlıkça görevlendirilen Türk bilim adamlarının yapacakları çalışmalara Bakanlık izin verir.

Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni verilebilmesi için önce Bilimsel ve malî yeterliliğinin Bakanlıkça takdir ve kabul edilmesi gerekir. Yeterli görülen Türk ve yabancı heyet ve kurumlara Kültür ve Turizm

b) Belirlenen tarihten sonra yapılmış olup önem ve özellikleri bakımından Kültür ve Turizm Bakanlığınca korunmalarında gerek görülen taşınmazlar,

c) Sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları,

d) Millî tarihimizdeki önlemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil söz konusu olmak-sızın Millî Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tesbit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından kullanılmış evler.

Ancak, Koruma Kurullarınca mimari, tarihi, estetik, arkeolojik ve diğer önem ve özellikleri bakımından korunması gerekli bulunmadığı karar altına alınan taşınmazlar, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı sayılmazlar.

Kaya mezarlıkları, yazılı, resimli ve kabartmalı kayalar, resimli mağaralar, höyükler, tümülüsler, ören yerleri, akropol ve nekropoller; kale, hisar, burç, sur, tarihi kışla, tabya ve isih-kamlar ile bunlarda bulunan sabit silahlar; harabeler, kervansaraylar, han, hamam ve medre-seler; kümbet, türbe ve kitabeler, köprüler, su kemerleri, su yolları, sarnıç ve kuyular; tarihi yol kalıntıları, mesafe taşları, eski sınırları belirten delikli taşlar, dikili taşlar; sunaklar, tersa-neler, rıhtımlar; tarihi saraylar, köşkler, evler, yalılar ve konaklar; camiler, mescitler, musalla-lar, namazgahlar; çeşme ve sebiller; imarethane, darphane, şifahane, muvakkithane, simkeş-hane, tekke ve zaviyeler; mezarlıklar, hazireler, arastalar, bedestenler, kapalı çarşılar, sandu-kalar, siteller, sinagoglar, bazilikalar, kiliseler, manastırlar; külliyeleer, eski anıt ve duvar ka-lıntıları; freskler, kabartmalar, mozaikler, peri bacaları ve benzeri taşınmazlar; taşınmaz kül-tür varlığı örneklerindendir. ⁽¹⁾

Tarihi mağaralar, kaya sığınakları; özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları ile benzer-leri; taşınmaz tabiat varlığı örneklerindendir.

¹⁷ Madde 7 – (Değişik: 17/6/1987 - 3386/2 md.)

(Değişik birinci fıkra : 26/5/2004-5177/26 md.) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespiti, Kültür ve Turizm Bakanlığının koor-dinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılır.

Yapılacak tespitlerde, kültür ve tabiat varlıklarının tarih, sanat, bölge ve diğer özellik-leri dikkate alınır. Devletin imkanları gözönünde tutularak, örnek durumda olan ve ait oldu-ğu devrin özelliklerini yansıtan yeteri kadar eser, korunması gerekli kültür varlığı olarak be-lirlenir.

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitler koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunur.

Bakanlığı araştırma izni verir. Bunların yapacağı kazı ve sondaj izni ise Bakanlığın teklifi ile Bakanlar Kurulu tarafından verilir¹⁸.

Taşınmaz kültür varlığı sahibi özel hukuk kişileri de sahip oldukları taşınmaz üzerinde kültür varlığı aramak maksadıyla izinsiz olarak araştırma kazı ve sondaj yapamaz¹⁹. Malik olmanın bir avantajı yoktur.

B) Korunma Alanı Dışında Yapılacak Arama

Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu defineyi korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının dışında tutmuştur. Bu kanuna göre koruma alanında bulunan bütün kültür ve tabiat varlıkları koruma alanındaki taşınmaz bütünlüğü içinde görülmektedir. Buna karşılık taşınırlarda korunması gereken tabiat ve kültür varlığı kategorisine alınabilmektedir. Nitekim Kanunun 23. maddesi bu hususu düzenlemektedir²⁰. Taşınır kültür varlığı menkul şeyler de

¹⁸ **Madde 35** – Bu kanun hükümlerine tabi, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere, araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkı, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir.

Bilimsel ve mali yeterliği Kültür ve Turizm Bakanlığınca takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından; sondaj ve kazı yapma izni Kültür ve Turizm Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu kararı ile verilir. Kültür ve Turizm Bakanlığı elemanları veya bu Bakanlıkça görevlendirilecek Türk bilim adamları tarafından yapılacak araştırma, sondaj ve kazılar, Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Askeri yasak bölgelerde yapılacak araştırma, sondaj ve kazı için gerekli ruhsatname, Genelkurmay Başkanlığının iznini müteakip, sözü geçen heyet ve kurumların göstereceği uzmanlar adına düzenlenir. Kültür ve Turizm Bakanlığınca haklı görülebilecek sebep olmadıkça heyet ve kurumlar ruhsatnamedeki üyelerini değiştiremezler.

Su altında korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu bölgeler, ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılarak Kültür ve Turizm Bakanlığınca tespit edilir ve Bakanlar Kurulu kararı ile yayımlanır. Bu bölgelerde, sportif amaçlı dalış yapma yasaktır, ikinci fıkra hükümlerine göre izin almak şartıyla araştırma ve kazı yapılabilir.

¹⁹ **Madde 36** – Taşınmaz kültür varlığı sahiplerinin kendi mülkleri içinde kültür varlığı aramak maksadı ile araştırma, sondaj ve kazı yapmaları da bu Kanunun 35 ve 41 inci maddeleri hükümlerine tabidir.

²⁰ **Madde 23** – Korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları şunlardır:

a) **(Değişik: 17/6/1987 - 3386/9 md.)** Jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlıkları;

Her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidyen), kemik veya madeni her türlü aletler, çini, seramik, benzeri kab ve kacaklar, heykeller, figürinler, tabletler, kesici, koruyucu ve vurucu silahlar, putlar (ikon), cam eşyalar, süs eşyaları (hülliyyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, maskeler, taçlar (diadem), deri, bez, papirus, parşümen veya maden üzerine yazılı veya tasvirli belgeler, tartı araçları, sikkeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerine haiz gravür, yağlıboya veya suluboya tablolar, muhalle-

koruma altına alınabilir. Bunun için kanunun 23 maddesinde “*Jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlıkları*” olarak tanımlanan ve ikinci fıkrada geniş bir örnek listesi gösterilen şeyler arasında 20/04/2009 tarih, 27206 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Korunması Gerekli Taşınır Kültür Ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik” hükümlerine göre tasnif ve değerlendirme yapılarak tescil edilenler taşınır kültür varlıkları olarak kabul edilir.

O halde taşınır kültür varlığı olarak tespit ve tescil edilebilecek her türlü kültür ve tabiat varlıkları ile etnografik nitelikli kültür varlıklarını arama faaliyeti define arama olarak nitelendirilmektedir. Define arama faaliyetini, kanunun 6 ncı maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak belirtilen yerler ile tespit ve tescil edilen sit alanları ve mezarlıklar dışında, yapılacak çalışmalar olarak diğerinden ayırmak gerekmektedir. KTVKK 6 ncı maddesinde belirtilen yerler dışında yapılacak define aramaları Kültür ve Turizm Bakanlığınca define arama ruhsatnamesi verilebilir(KTVKK. 50). Şüphesiz define arama da Kültür ve Turizm Bakanlığınca izne tâbi tutulmuştur. Define arama ruhsatı, 27 Ocak 1984 tarih ve 18294 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Define Arama Yönetmeliği’nin 10 ncu maddesine göre arama yapılacak yerdeki müze müdürlüğünce verilir. Define Arama Yönetmeliğine göre düzenlenmiş bir ruhsat olmaksızın yapılan define aramaları yasaktır.

C) Define Bulma

Taşınmaz Kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarında yapılacak araştırma kazı ve sondaj faaliyetleri Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine tabi olduğunu, hatta yabancıların iştiraki halinde bunun Bakanlar kurulunun iznine tabi olduğunu, bu alanların dışında yapılacak arama faaliyetlerinin de ilgili

fat (religue’ler), nişanlar, madalyalar, çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları,

Halkın sosyal heyetini yansıtan, insan yapısı araç ve gereçler dahil, bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili etnografik nitelikteki kültür varlıkları.

Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahidettin ve aynı çağdaki sikkeler, bu Kanuna göre tescile tabi olmaksızın yurt içinde alınıp satılabilirler.

Bu madde kararına girmeyen sikkeler bu Kanunun genel hükümlerine tabidir.

b) Millî tarihimizdeki önemleri sebebiyle, Millî Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşuna ait tarihi değer taşıyan belge ve eşyalar, Mustafa Kemal ATATÜRK’e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırlar.

Müze Müdürlüğünün iznine tabi olduğu nu tespit ettik. Burada dikkat edilirse izne tabi faaliyetin amacı önem taşımaktadır. Taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını arama ve bulma amacıyla yapılacak her türlü faaliyet izne tabi tutulmuştur. Acaba böyle bir amaç olmaksızın yapılan çalışmalar ve hatta herhangi bir çalışma olmaksızın bulunana “define”ler hakkında nasıl bir hüküm verilecektir. Şüphesiz bir define arama amaçlı çalışma olmadığından yasak kanunun yasakladığı bir fiil de yoktur. Dolayısıyla kendiliğinden açığa çıkmış bir definenin bulunması keyfiyetinin kanuna aykırılığından da bahsedilemez. Ancak Kanun bu durumu da düzenlemiş define bulana bir yükümlülük yüklemiştir. Kanunun 4. Maddesinde “*Taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını bulanlar, malik oldukları veya kullandıkları arazinin içinde kültür ve tabiat varlığı bulunduğunu bilenler veya yeni haberdar olan malik ve zilyetler, bunu en geç üç gün içinde, en yakın müze müdürlüğüne veya köyde muhtara veya diğer yerlerde mülki idare amirlerine bildirmeye mecburdurlar.*”(KTVKK. 4/I).

IV. DEFİNE ÜZERİNDEKİ HAK SAHİPLİĞİ SORUNU

Define ile ilgili çözülmesi gereken temel konu mülkiyet hakkı konusudur. Define üzerindeki mülkiyet hakkı ile ilgili TMK 772/II “*Bilimsel değer taşıyan eşyaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere define, içinde bulunduğu taşınmaz veya taşınır malın malikine ait olur*” hükmü mülkiyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesinde asıl kuraldır. Buna karşılık Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 5 nci maddesi “*Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir.*” hükmünü taşımaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 772/II hükmü ile getirilen temel kural definenin mülkiyetinin bulunduğu taşınmaz veya taşınıra tâbi olarak belirleneceğini göstermektedir. Kuralın istisnası ise fıkranın başlangıç kısmında “...*bilimsel değer taşıyan eşyaya ilişkin...*” farklı bir hükmün olabileceğine işaret edilmiştir ki bu KTVKK nu ile getirilen hükümleri kastetmektedir. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 5 nci maddesinde ise ana kural “...*varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir.*” şeklinde belirlenmiştir. Burada “devlet malı” denilmemekte, “devlet malı niteliğinde” denilmektedir. Bu iki kavram eş anlam taşımamaktadır. Ancak sanki bütün kültür ve tabiat varlıklarının devlet mülkiyetinde olduğu zehabı da uyandırmaktadır.

Bulunan definenin mutlak özel mülkiyete konu olabilmesi için “Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik” hükümlerine göre korunması gerekli görülmeyerek tescil dışı bırakılan kültür ve tabiat varlıkları kararının alınması gerekir(Yönetmelik m.9). Korunması ve tescili gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları ise özel mülkiyete tabi iken, mülkiyet hakkı önemli ölçüde sınırlandırılmıştır.

A) DEFİNENİN ÖZEL MÜLKİYETE KONU OLMASI

1. Definenin Çıkarıldığı Taşınmaz Sahibine Ait Olması

Korunması gerekli görülmeyerek tescil dışı bırakılan kültür ve tabiat varlıkları kararının alınması ile birlikte definenin maliki definenin bulunduğu taşınmazın maliki olur. Bu çeşit define üzerinde herhangi bir kayıt yoktur. Serbest mal olma özelliğini göstermek üzere “Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi” tanzim edilerek sahibine iade edilir. Buna karşılık yanıltıcı nitelikleri sebebiyle piyasada dolaşımı uygun görülmeyen tescil dışı bırakılan kültür varlıkları müzede alıkonulur. Definenin Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı olmasına karşı müzede alıkonulmasının sebebi defneciliğin spekülasyona alet edilmesinin önüne geçilmesi olsa gerek. Ancak bedelinin ödenip ödenmeyeceği hususunda bir açıklama yoktur. Halbuki müzeler korunması gerekli taşınır tabiat ve kültür varlıklarını tescil ettikten sonra takdir ettiklerini satın alabilmekte, dolayısıyla bir bedel ödemektedir. Tescile tabi tutulmayan fakat yanıltıcı niteliği dolayısıyla bila bedel müzede alıkonan define için bir bedel takdir edilip ödenmemesini anlamak zordur.

2. Definenin Saklandığı Taşınır Sahibine Ait Olması

Define kavramından ilk olarak toprağa gömülme anlaşıyorsa da taşınır şeyler içine de bazı şeylerin saklanması mümkündür. Böyle durumlarda da bulunan şey hangi taşınır bünyesinde bulunmuşsa onun malikine ait olur.

3. Mülkiyet Hakkına Getirilen Sınırlamalar

Türk Medeni Kanunu 772 nci maddesi ile getirilen ana kural, define mülkiyetinin definenin bulunduğu arazi veya taşınır şey mülkiyetine bağlı olarak onların malikine ait olmasıdır. Definenin bulunduğu arazi devlete veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması durumunda define de arazinin sahibi olan devlet ya da kamu kurum ve kuruluşlarına ait olur. Aynı ilke gereği definenin gömülü olduğu arazinin özel hukuk kişisine (gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi) ait olur. Definenin bir taşınırda saklı olması halinde de aynı kural geçerli olup, taşınır kime ait ise definenin mülkiyeti de ona ait olur.

Ancak bu şekilde belirlenen mülkiyet hakkı üzerinde Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu sınırlamalar getirmiştir. Devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının Devlet elinde ve müzelerde bulundurulması ve bunların korunup değerlendirilmeleri Devlete aittir. Bu gibi varlıklardan gerçek ve tüzel kişilerin ellerinde bulunanlar, değeri ödenerek Bakanlık tarafından satın alınabilir(KTVKK 24/I). Kanunda geçen satın alınabilir deyimini her iki tarafın rızası ile yapılan satış sözleşmesi olarak algılamak yanlış olur. Bu Devletin tek taraflı olarak ve bedelini de kendisinin takdir ettiği bir irade ile satın almadır ki kanunla düzenlenen bir çeşit iştirak hakkıdır.

Korunması gereken kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edilen fakat müzelerde de satın alınmayan define malikinin mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalar KTVKK. nuncia getirilmiştir. Her ne kadar müzenin dışında gerçek ve tüzel kişiler ve hatta kamu tüzel kişileri dahi bu şeylere malik ise de çok sıkı bir denetime tabidiler. Elinde taşınır kültür varlığı bulunan herkes kamu kurumu ve kuruluşları dahil, bunları satmak istediklerinde önce Devlet müzelerine haber vermek zorundadır. Bakanlık bunları bir komisyon marifetiyle takdir edeceği bedel üzerinden satın alabilir(KTVKK.30).

Korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları yurt dışına çıkarılamaz. Ancak, gereken tedbirler ve teminat alınmak suretiyle Kültür bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla bu tür varlıklar yurt dışına çıkarılabilir(KTVKK.31). Görüldüğü gibi yurtdışına çıkarma yasağı da bir çeşit kısıtlamadır.

Alım ve satımı serbest bırakılan define eserlerinin satımında her ne kadar serbestlik varsa da Devletin rüçhan hakkı bulunmaktadır(KTVKK.24/VI). Ancak ne kanunda ne de ilgili yönetmeliklerde bu rüçhan hakkının ne zaman ve nasıl kullanılacağı düzenlenmemiştir.

Tescile Tabi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi ile kendisine bırakılan defineleri elinde bulunduranlar ilgili müze müdürlüğüne en az üç yılda bir varlığın kendisinde bulunduğu dair bildirimde bulunur, gerektiğinde müze bu süre dolmadan da denetim yapabilir veya bildirimde bulunulmasını isteyebilir. Belgede belirtilen kültür ve tabiat varlığını kaybedenlere ve zarar verenlere değeri ödetilir (Korunması Gerekli Taşınır Kültür Ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik m.10, b.3).

Tasnif ve tescil dışı bırakılan ve müzelere alınması gerekli görülmeyen define, sahiplerine bir belge ile iade olunurlar. Bunlar üzerinde, sahipleri her

türlü tasarrufta bulunabilirler. Ancak bu tasarruf sınırsız değildir. Zira tasnif ve tescil dışı bırakılan ve Devlet müzelerine alınması gerekli görülmeyen taşınır kültür varlıklarının ticareti, ancak Kültür ve Turizm Bakanlığının izni ile yapılır (KTVKK.27) . Koruma ve tescil dışı tutulan defineler bir yıl içinde sahipleri tarafından alınmazlarsa artık mülkiyet haklarını da kaybederler. Devlet bunları müzelerde alıkoyabileceği gibi satabilir de (KTVKK 25/IV).

4. Mülkiyet Hakkının Kazanılamaması ve Kaybı

Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu kapsamına giren defineler üzerinde yukarıda anlatıldığı gibi özel mülkiyet hakkının kurulabilmesi için Kanunun yasakladığı işlem ve fiillerin yapılmaması gerekir. Meselâ izinsiz kazı, izinsiz ticaret, yurt dışına çıkarma gibi fiiller başlıca yasaklar olup bu fiilleri işleyenler hakkında hapis ve adli para cezası düzenlenmiştir (KTVKK. 65-74). Kanunun yasakladığı bir cezai fiili işleyenler, fiilleri sebebiyle cezalandırılırken yine fiillerinin sonucu olarak buldukları veya elleri altında bulundurdıkları definenin mülkiyetini kazanamazlar. Kanunun 75 nci maddesi ile “*Bu Kanun kapsamında kalan suçlar nedeniyle elkonulan taşınır kültür ve tabiat varlıkları müzeye teslim edilir.*” Hükmü bu kanaatimizi desteklemektedir. Ayrıca geçici 8 madde hükmü ile de benzer bir sonucu çıkarmak mümkündür²¹.

B) DEFİNENİN KAMU MÜLKİYETİNE KONU OLMASI

Define mülkiyetinin devlet veya özel mülkiyete tabi olup olmadığını ayıracak temel kural TMK.772 nci maddesinde yer alan kuraldır. Buna göre eğer define devlete ait bir taşınmaz veya taşınırdaki bulunmuşsa hiç şüphesiz defineyi kim bulursa bulsun maliki devlettir.

Diğer taraftan özel mülkte bulunan definenin korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı olarak tasnif ve tescilinden sonra müzeler tarafından satın alınabilir. Bu durumda defineyi devlet malı yapan satın alma işlemidir.

Definenin bilimsel ve kültürel değer taşıması özellikle korunmaya değer tabiat ve kültür varlığı niteliği için gereklidir. Zira özel mülkiyete tâbi olan definelerin müzeler tarafından tek taraflı satın alma kararı ile devlet malı

²¹ **Geçici Madde 8 – (Ek: 4/2/2009-5835/4 md.)** “11/3/2005 tarihinden önce bir şekilde koleksiyoncular tarafından edinilmiş ve bağlı bulunduğu müzedeki envanter defterine kaydı yaptırılmış taşınmaz kültür varlıkları, koleksiyoncular arasında hiçbir surette değiştirilemez ve satılamaz. Ancak bu taşınmaz kültür varlıklarından; müze ve ören yerlerindeki eserlerin bütünüleyicisi olduğu tespit edilen parçalar ile müze koleksiyonlarını tamamlar nitelikte olanları Kültür ve Turizm Bakanlığının bedelsiz olarak alma hakkı saklıdır.”

haline getirilmesi böyle bir sıfatın varlığını gerektirir. Define olarak bulunan şeyin jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi bilimleri açısından açılarından belge değeri taşıması gerekir.

Definenin Jeolojik, tarih öncesi ve tarihî devirlere ait şeyler olması gerekir. Bu, definenin eski eser olması özelliğidir. Yalnız “Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahidettin ve aynı çağdaki sikkeler” eski de olsalar herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın üzerinde özel mülkiyet hakkı kurulabilir. Diğer taraftan “Millî tarihimizdeki önemleri sebebiyle, Millî Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşuna ait tarihî değer taşıyan belge ve eşyalar, Mustafa Kemal ATATÜRK’e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırılar” da tarihî geçmişleri bakımından eski olmamalarına rağmen korunması gerekli kültür varlıklarıdır.

Ayrıca KTVKK na aykırı ve suç olarak da kabul edilen davranış ve fiiller sonucunda bulunan ve elde bulundurulmuş defineler üzerinde özel mülkiyet kazanılamayacağından yine devlet malı olurlar. Defineyi bulan da en geç üç gün içerisinde KTVKK nu 4 maddesine gösterilen yetkili mercilere bildirimde bulunmayanlar da şüphesiz mülkiyet hakkı kazanamazlar; bu durumda definenin maliki devlet olur.

C) DEFİNEYİ BULANIN HUKUKEN KORUNMASI

Define bulan ile definenin bulunduğu taşınır ya da taşınmaz maliki aynı şahıs ise definenin mülkiyeti definenin saklı veya gömülü olduğu malın malikine ait olacağından, bulan ayrıca bir hak kazanmaz. Buna karşılık define bulan kendisine ait olmayan bir taşınır veya taşınmaz mal içinde define bulursa definenin mülkiyetini kazanamaz. Bu gibi durumda define bulan define malikinden veya devletten uygun bir ödül talep edebilir.

Türk Medeni Kanununun 772 nci maddesi üçüncü fıkrasında defineyi bulanın malik olmaması durumunda değerinin yarısına kadar uygun bir ödülü isteyebileceği düzenlenmiştir. Buna göre bulan sadece definenin değerine göre ve değerinin en fazla yarısı olan uygun bir ödül alacağı hakkı kazanmaktadır. Ödül miktarı definenin değerinin yarısını geçmeyecek ve uygun olacaktır. Türk Medeni Kanunda ve Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanununda ödülün miktarının ve uygunluğun ölçüsü belirtilmemiştir. Buna karşılık 2863 sayılı KTVKK nunun 64. Maddesinde çeşitli ihtimaller de göz önüne alınarak ödül miktarı ile ilgili düzenleme yapılmıştır. KTVKK 64 maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yer üstünde, yer altında ve su altında bulunan taşınır kültür

varlıklarını 4 üncü maddede yazılı makam ve mercilere, aynı maddede yazılı süreler içerisinde haber verenlere” ödül verilmesi düzenlenmektedir. Kanunda “yer üstünde, yer altında ve su altında bulunan taşınır kültür varlıklarını” haber verenlerden bahsetmektedir. Burada geçen “yer üstünde, yer altında ve su altında” ifadelerinin Türk Medenî Kanunu madde 772 de geçen “gömülmüş veya saklanmış şey” kavramıyla aynı olduğunu belirtmek gerekir. Yukarıda, gömülme deyiminin toprak altını çağrıştırmasına karşılık su altını da kapsayacağına dair izahta yapılmıştı. Yine TMK 772 de geçen saklanma deyiminin de definenin menkul bir şey içinde gizlenmiş olmasına tekabül ettiği açıklanmıştı. Bu çağrışım KTVKK da geçen “yerüstü” ifadesinde bulunmaktadır. Türk Medenî Kanununda geçen “defineyi bulan kimse” nin karşılığı ise KTVKK nu 64 ncü maddede yer alan “haber verenler” ifadesi içinde yer almaktadır. Zira ister iznli define araştırması sonucu, ister tesadüfen define bulanlar KTVKK madde 4 uyarınca en geç üç gün içerisinde yetkililere bildirme yükümlülüğü altına sokulmuştur. Kanunda geçen yetkililere bildirim şüphesiz hak kazanma için aranan şart olan haber vermeyi karşılar.

1. İkramiye Hakkı ve Hukuki Niteliği

Kendisine ait taşınır veya taşınmaz içinde define bulunur yine KTVKK 4 ncü maddesine göre ilgililere ihbarda bulunmak zorundadır. Bu yükümlülüğünü yerine getiren taşınmaz veya menkul mal sahibi define bulan, yukarıda yapılan izahlardan da anlaşılacağı gibi definenin mülkiyet hakkını kazanır. Esasen burada mülkiyet hakkının kazanılmasından ziyade aidiyeti belli olur. Bu durumdaki kimselere ne TMK. hükümlerine göre ne de KTVKK na göre ödül, ikramiye ödemesi yapılmaz(KTVKK. 64/I-a).

a. Definenin Kamuya Ait Taşınmazlarda Bulunması Halinde İkramiye Miktarı

Define kamuya ait bir taşınmazda veya taşınırdaki yada deniz altında bulunursa mülkiyeti devlete ait olur. Ayrıca mülkiyeti şahıslara ait olmak üzere bulunan define müzeler tarafından satın alınması ile yine mülkiyet devlete geçer. Yine kanunun yasakladığı fiil davranışlarda bulunanlarda hiçbir hak sahibi olamayacağından bulunan define devlete ait olur²².

İşte devlete ait bir taşınır veya taşınmazda define bulanlar mülkiyet hakkını kazanamamasına karşılık devlette karşı bir ikramiye isteme hakkı kazanır. Kanun ikramiye miktarını da belirlemiştir. “*Kültür varlığı Devlete ait*

²² Serozan, izinsiz hazine arayıp bulanlara ödül verilip verilmeyeceğinin tartışıldığını ifade etmektedir. Bkz. Serozan; Rona; Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul, 2002, s. 249.

arazide bulunmuş ise, takdir olunacak bedelin % 40'ı bulana ikramiye olarak verilir”(KTVKK. 64/I-c) Aynı hüküm “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye İle İlgili Yönetmelik” te de tekrar edilmektedir.

Nerede bulunursa bulunsun, bulanlarca yetkili makamlara bilgi verilmeyerek gizlenmiş olan defineyi ihbar edenlerin de bir hakkı vardır. Eğer define korunması gereken taşınır kültür ve tabiat varlığı vasfını taşııyorsa ihbar eden sanki defineye mevzuata uygun olarak bulup ihbar eden malik gibi mülkiyet hakkını kazanır, ayrıca bir ikramiye verilmez (KTVKK.64/I-d). Bura da definenin mülkiyetine ilişkin temel kuraldan ayrıldığını görölmektedir. Buna karşılık “Nerede olursa olsun yeni bulunup da süresi içinde haber verilmediğinden gizlenmiş sayılan varlıkları haber verenlere ve bunları yakalayan kamu görevlilerine de ikramiye verilir(KTVKK.64/I- e)²³.

KTVKK 64/I-b “*Bulunan varlık başkasının mülkü içinde ise Kültür ve Turizm Bakanlığınca varlığın değeri dikkate alınarak, takdir olunacak bedelin % 80'i ikramiye olarak bulan ile mülk sahibi arasında yarı yarıya paylaştırılır*” şeklindeki hükmünü bulanun definenin müzelerce satın alınması halinde malike ödenecek satın alma bedeli ve bulana verilecek ikramiye olarak anlamak gerektiği kanaatindeyim.

b. Definenin Özel Mülkte Bulunması Halinde İkramiye Miktarı

Defineyi bulan kendisine ait veya kamuya ait bir mülkte bulmamış, aksine başkasına ait bir mülkte bulmuş ise mülkiyet hakkını kazanamayacağını, hem TMK hem de KTVKK hükümlerine göre ikramiye hakkını kazanabileceğini yukarıda izah etmiştik. KTVKK. 64/I-a bendinde geçen “*Bulunan varlık başkasının mülkü içinde ise Kültür ve Turizm Bakanlığınca varlığın değeri dikkate alınarak, takdir olunacak bedelin % 80'i ikramiye olarak bulan ile*

²³ İkramiye bedeli, “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye İle İlgili Yönetmelik” in 4 maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: 1905 Sayılı “Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiyelere Dair Kanun”da belirlenen şekilde;

- a) 5.000 liraya kadar % 30,
- b) 25.000 liraya kadar (5.000 liradan yukarı olan kısmı için) % 25,
- c) 50.000 liraya kadar (25.000 liradan yukarı olan kısmı için) % 15,
- d) 100.000 liraya kadar (50.000 liradan yukarı kısmı için) % 10,
- e) 100.000 liradan yukarı olan kısmı için % 7,5

Oranlarındaki miktarı, haber veren ve yakalayan şahıslara ayrı ayrı ikramiye olarak ödenir. Gerek haber verenler ve gerekse yakalayan kamu görevlilerinin birden fazla olmaları halinde hesap edilen ikramiye aralarında eşit olarak paylaştırılır.

mülk sahibi arasında yarı yarıya paylaştırılır” hükmünün bulunan definenin müzelerce satın alınması ile ilgili olduğunu tekrar belirtmek gerekmektedir. Bu durumda definenin değerinin % 40 ını mülk sahibine satış bedeli olarak, % 40 ının da bulana ikramiye olarak ödeneceği şeklinde anlamak gerekmektedir.

Eğer, bulunan define ilgili müze tarafından korunması gereken taşınır kültür varlığı olarak tescil edilir fakat satın alınmayarak sahibine iade edilirse bulan, definenin malikinden TMK 772/III hükmüne göre definenin değerinin yarısını geçmemek üzere bir ödül vermesini isteyebilmesi gerekir. Definenin tasnif ve tescil dışı tutulması halinde de aynı kural geçerlidir. Bu durumda ikramiye talebi define maliki olan özel şahsa karşı yapılması gerekir. İkramiye bedeli üzerindeki uyuşmazlık halinde mahkemece KTVKK. 64/I-c bendi kıyasen uygulanarak % 40 ikramiyeye hükmedilebilir. Ayrıca TMK772/III “uygun bir ödül” değerlendirmesini de yapan hakim definenin bedelinin % 40 ından daha aşağı bir miktarı da ödül olarak kararlaştırabileceği kanaatindeyim. Aynı uygulamanın bulunan definenin korunması gereken kültür ve tabiat varlığı olarak değerlendirilmemesi halinde de yapılması gerekir.

c. İkramiye hakkının hukukî niteliği

İkramiye hakkı özel hukuktan doğan bir alacak hakkıdır. Zira TMK define ile ilgili öncelikle mülkiyet hakkını düzenlemiş, ardından da bulanın define malikinden ödül isteme hakkını düzenlemiştir. Ödül isteme hakkı define malikinin özel hukuk kişisi olması halinde hiç şüphesiz kanundan doğan bir özel hukuk hakkı olarak malike yöneltilmesi gerekir. İhtilaf halinde de ödül alacağı hakkı hukuk mahkemelerinde dava ve takip edilmesi gerekir.

Define malikinin devlet olması halinde de yukarıdaki hüküm değişmez. İdarî bir işlem olarak definenin bedelinin tespiti, devlete mal etme kararı, definenin satın alınması ve tescil kararları idarî işlem olarak kabul edilip uyuşmazlığın idarî yargıda dava konusu edilmesi gerekir. Ayrıca kamu görevlilerinin bir kamu görevi olarak defineyi saklayanları yakalayanlara verilecek ikramiyenin de kamu hukukundan doğan bir alacak olması ve yargı merciinin de idarî yargı olması gerekir.

2. DEFİNEİN SATIŞ BEDELİNİN İSTENMESİ

Kültür ve Tabiat varlıkları K.H. Kanun’un 64.maddesi uyarınca Elinde bulundurduğu definenin mülkiyet hakkına sahip olan kişiye definenin “korunması gereken taşınmaz kültür varlığı olarak tescili sonucunda müzelerce satın alınması halinde ödenecek olan bedel ikramiye olmayıp, definenin satış bedelidir. Buna göre defineyi bulan bu halde definenin satış bedelinin kendisine verilmesini isteyebilir.

SONUÇ

Bu makale ile define kavramı ve define ile ilgili haklar tartışılmıştır. Define kavramının kapsamında ve tespitinde bir zorluk yoktur. Define, eski çağlardan kalan, toprak altında veya bir şey içinde gizli olan sahibi bilinmeyen kıymetli ve değerli bir taşınır şeydir. Definenin maliki Türk Medeni Hukukuna göre definenin gömülü olduğu veya saklandığı şeyin malikidir. Defineyi bulan malik değilse sadece define malikinden en fazla değerinin yarısı kadar bir ödül isteyebilir. Define malikinden istenebilecek bu ödül bir alacak hakkıdır.

Define her ne kadar özel hukuk kişilerinin mülkünde bulunması halinde özel mülkiyete tabi ise de Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu ile bu hak üzerinde önemli sınırlamalar getirilmiştir. Korunması gereken kültür ve tabiat varlığı sınıfında olup da tescil edilen define devletin gözetim ve denetimi altındadır. Bu sebeple tescil edilen define maliki, defineyi olduğu gibi muhafaza etmekle yükümlüdür. Define üzerinde izinsiz tasarrufta bulunamaz. Devlet tescil edilen defineyi müzelerde sergilemek üzere satın alabilir.

Defineyi bulduğu halde ihbar etmeyerek saklayan ve kanunun yasakladığı bir şekilde ele geçirenler mülkiyet hakkını kazanamazlar ödüle de hak kazanamazlar. Bu kişileri ihbar edenler ve yakalayan kamu görevlilerine definenin değerine göre değişen oranda ödül verilir. Bu ödül ise idare hukukundan kaynaklanan bir ödüldür.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale, G./Akıntürk, Turgut : Eşya Hukuku, İstanbul, 2009
- Edis, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997
- Eren Fikren : Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011
- Mumcu Ahmet : Eski Eserler Hukuku ve Türkiye, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 41-42
- Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2012
- Serozan; Rona : Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul, 2002
- Topaloğlu, Mustafa : Maden Hukuku, Adana 2011
- Ünal Mehmet : Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2010

BOŞ

TAHKİM ŞARTININ AYRILABİLİRLİĞİ PRENSİBİNİN ASIL SÖZLEŞMENİN YOKLUĞU DURUMUNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Mustafa ERKAN*

ÖZET:

Asıl sözleşmenin geçersiz ve iptal edilebilir olması durumlarında tahkim şartı ayrılabilirlik ilkesi sayesinde asıl sözleşmeden ayrılır ve geçerliliğini korur. Ancak, asıl sözleşmenin yokluğu durumunda, ayrılabilirlik ilkesinin tahkim şartını asıl sözleşmeden ayırıp ayıramayacağı konusunda tam bir açıklık yoktur. Bu çalışmada ayrılabilirlik ilkesinin asıl sözleşmenin yokluğunda uygulanıp uygulanamayacağı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Ayrılabilirlik İlkesi, Tahkimin Bağımsızlığı İlkesi, Sözleşmenin Yokluğu

THE DOCTRINE OF SEPARABILITY IN INTERNATIONAL ARBITRATION: WHERE THE NON-EXISTENCE OF THE CONTRACT IS ALLEGED

ABSTRACT:

If the contract is allegedly void or voidable, the arbitration clause can be separated from the contract due to the doctrine of separability. However, it is not clear whether an arbitration clause is separable from the underlying contract where non-existence of the contract is alleged. This paper analysis the operation of the doctrine of separability where the non-existence of the contract is alleged.

Keywords: Arbitration, Separability/Severability Doctrine, Autonomy, Non-Existence of the Underlying Contract

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (mustafa.erkana@marmara.edu.tr).

GİRİŞ

Tahkimin ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu¹ olması nedeniyle uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğine dair bir tahkim anlaşması² olmalıdır³. Bu durum “tahkim yolunun ‘olmazsa olmaz’ (*conditio sine qua non*) koşuludur”⁴. Tahkim anlaşması olmadan tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözülmesi mümkün değildir⁵. Eğer ortada bir tahkim anlaşması yok ise uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir. Türk hukuku açısından bu bir anayasal zorunluluktur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁶ m. 9’a göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Ayrıca, hiç kimse rızası dışında kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 37’de düzenlenen kanuni hâkim güvencesinin bir sonucudur⁷.

¹ Bir uyuşmazlığın tahkim yöntemiyle çözülebilmesi için üç ana unsurun sağlanması gerekmektedir. Bunlardan birincisi bir tahkim anlaşmasının varlığı; ikincisi tahkim anlaşmasının kapsamının uyuşmazlığı kapsamı; üçüncüsü ise tahkim anlaşmasının tahkime elverişli olması gerekir. Daha detaylı bilgi için bkz. PARK, William W., “The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?” *The Journal of the London Court of International Arbitration*, 1996, Vol. 12, No. 2, (137-159), s. 144-146; KAPLAN, Yavuz, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Ankara 2002, s. 25-26.

² Çalışmamızda, asıl sözleşmenin içine dercedilen tahkim maddesi için “tahkim şartı”; asıl sözleşmeden ayrı olarak düzenlenen tahkim anlaşması için “tahkim sözleşmesi”; hem tahkim şartını hem de tahkim sözleşmesini ifade etmek üzere “tahkim anlaşması” kavramını kullanacağız.

³ VAN HOUTTE, Hans, *The Law of International Trade*, 2nd ed., London Sweet&Maxwell 2002, s. 386; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, b.11, İstanbul 2012, s. 670; SPOORENBERG, Frank/FELLRATH, Isabelle, “Consent to Arbitrate: A Prerequisite to Arbitration”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 2012, C. 1, S. 2, 241-252, s. 242.

⁴ NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, b.19., İstanbul 2011, s. 522, (NOMER, Devletler); AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, b. 2., Ankara 2007, s. 80; LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer International Arbitration: The Hague, London, New York 2003, s. 99.

⁵ Taraflar ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına istinaden de tahkim yargılamasına başvurabilmektedirler. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına istinaden gidilen tahkim bu çalışmanın kapsamı dışında kalacaktır. Zira buradaki tahkim yargılaması bir tahkim sözleşmesine istinaden değil de yatırım anlaşmalarına dayanarak yapılmaktadır. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ev sahibi taraf devletler tahkim merkezinin (genellikle ICSID) yargılama yetkisini önceden kabul etmişlerdir. Bkz. NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, *Milletlerarası Tahkim*, C. I., b. 4., İstanbul 2013, s. 110-111; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2013, s. 535; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 99; AKINCI, s. 31.

⁶ RG., 9.11.1982-17863 Mükerrer.

⁷ 19. HD., 11.3.2004T., E. 2003/2654, K. 2004/2603. Yargıtay, Anayasa m. 9’da teminat atına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı ve tabii hakimde yar-

Tahkim anlaşması⁸ ayrı bir sözleşme olarak düzenlenebileceği gibi asıl sözleşmeye konulan bir tahkim şartı ile de düzenlenebilir⁹. Tahkim anlaşmasının ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiği durumlarda¹⁰ her sözleşme gibi tahkim sözleşmesinin maddi ve şekli anlamda geçerliliği asıl sözleşmeden ayrı olarak (tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliği şartına bağlanmamış olmak kaydıyla) değerlendirilecektir¹¹. Ayrı bir sözleşme olarak düzenlenen tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği asıl sözleşmeden bağımsızdır¹².

gılanma hakkına aykırı olacağı gerekçelerine dayanarak, tahkim şartının sözleşmeye taraf olmayan kişilere teşmil edilemeyeceğini karara bağlamıştır.

⁸ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 4/1’de tahkim anlaşması “... tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma...” olarak tanımlanmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 412/1’de ise “tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır” şeklinde tanımlanmıştır.

⁹ Tahkimin ne şekilde kararlaştırılabileceği Türk Hukukunda değişik kanunlarda düzenlenerek konuya açıklık getirilmiştir. Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 516’da “tahkim hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi her hangi bir mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da dercolunabilir” hükmü yer almıştır. Bu kanunun yerini alan 6100 sayılı HMK m. 412/2’de ise “tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir” şeklinde günümüz Türkçesi ile ifade edilmiştir. Özel bir kanun olan MTK m. 4/1 son cümlede “tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir” denilmiştir. 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluyla Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında “tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesi, sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tâbi olur” hükmü yer almıştır. Ayrıca bkz., 15.HD., 27.06.2007T., E.2007/2145, K. 2007/4389; KALP-SÜZ, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, (1027-1053), s. 1030, (KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması); ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 524-525; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, b. 2., Ankara 2013, s. 127; ÇELİKEL/ERDEM, s. 670; ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 35; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s.100; ATLIHAN, Özen, “Tahkim Sözleşmesinin Unsurlarının ve Hükümlerinin Ulusal-Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Işığında İncelenmesi” İstanbul Barosu Dergisi, 2010, C. 84, S. 2, s. 945; KALPSÜZ, Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, b. 2., Ankara 2010, s. 37, (KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim); NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 2.

¹⁰ Sözleşme dışı uyuşmazlıklar ve tarafların sonradan tahkim yolunu tercih ettikleri durumlar bir tarafa bırakılacak olursa tahkim şartının tahkim sözleşmesine göre daha yaygın olarak tercih edildiği görülmektedir. Bkz. AKINCI, s. 82.

¹¹ DOĞAN, s. 127; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 101.

¹² Tahkim usulünün özelliği sebebi ile bazı özel şartlara tâbi tutulsa da tahkim sözleşmesi borç-

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin içinde tahkim şartı olarak düzenlenmesi durumunda, tahkim şartı ile asıl sözleşme arasında bazı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sorunlar, özellikle asıl sözleşmenin geçerliliğinin veya varlığının taraflar arasında ihtilaflı olması durumunda kendini göstermektedir. Asıl sözleşmenin içerisinde yer alan tahkim şartının, asıl sözleşmenin iptal edilebilir, kesin hükümsüz¹³ ve yokluğu (bir sözleşmesel ilişkinin olmadığı) iddiaları durumunda nasıl etkileneceği sorusu ortaya çıkmaktadır¹⁴.

Bu çalışmada ayrılabilirlik ilkesi ve bu ilkenin var oluş sebebi üzerinde öncelikle durulacaktır. Daha sonra ise tahkimin diğer önemli ilkesi olan *kompetenz-kompetenz* ile ayrılabilirlik ilkesi arasındaki ilişkiye değinilecektir. Son olarak da asıl sözleşmenin yokluğu iddiası durumunda asıl sözleşme ile tahkim şartının birbirinden bağımsız olması sonucunu doğuran tahkim şartının ayrılabilirliği prensibinin hâlâ kendisine uygulama alanı bulup bulamayacağı değerlendirilecektir¹⁵.

lar hukuku hükümlerine tâbi bir sözleşmedir. Borçlar hukukuna göre sözleşmelerde aranan geçerlilik şartlarına sahip bir tahkim sözleşmesi geçerli olacaktır. Bkz. NOMER, Ergin, “Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, MHB, 1990, C. 10, S. 1-2, s. 130-131, (NOMER, Tahkim).

¹³ Kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik durumlarında ayrılabilirlik ilkesi bu çalışmada değerlendirilmeyecektir. Kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik hallerinde ayrılabilirlik ilkesi açısından çok fazla tartışma olmaması nedeni ile burada asıl sözleşmenin yokluğu durumunda ayrılabilirlik ilkesi değerlendirilecektir. Türk hukukunda sözleşmenin hükümsüzlüğü halleri için bkz. EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 14., Ankara 2012, s. 331-345; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler: 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş, b. 10., C. I., İstanbul 2012, s. 176-186; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 21., İstanbul 2010, s. 139-143.

¹⁴ AKINCI, s. 89; EMDİ, Göknil, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Şartının Bağımsızlığı”, AÜHF Mecmua, Ankara 2008, s. 548.

¹⁵ Sözleşmenin geçersizliği, iptal edilebilir olması durumunda tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesinin uygulanması konusunda hemen hemen bir tartışma olmaması nedeni ile bu çalışmada değinilmemiştir.

1. AYRILABİLİRLİK İLKESİ

Modern tahkim hukukunun köşe taşı olan¹⁶ ayrılabilirlik ilkesi bugün milletlerarası tahkim merkezlerinin kurallarında¹⁷ ve ulusal tahkim düzenlemelerinde¹⁸ kabul edilmiştir¹⁹.

Tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı olarak kendi varlığını devam ettirebileceğine ilişkin olan bu ilke, *Common Law* hukuk sisteminde tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrılabilirliğini veya bağımsızlığını ifade eden *severability/separability*, Kıta Avrupası'nda ise *autonomy* kavramları ile ifade edilmiştir²⁰. Türk Hukuku'nda ise, tahkim şartının “bağımsızlığı”, “ayrılabilirliği” ve “istiklali” ifadeleriyle ilke ortaya konmuştur²¹.

Tahkimin ayrılabilirliği ilkesi, asıl sözleşmeden doğacak veya asıl sözleşme ile ilgili sorunların çözümünü düzenleyen tahkim şartının şekli ve maddi bakımdan geçerliliğinin asıl sözleşmeye bağlı olmayıp ayrı değerlendirileceğinin kabul edilmesidir²². Başka bir deyişle, ayrılabilirlik ilkesi, tahkim şartının geçerliliğinin tahkim şartını içeren asıl sözleşmeye

¹⁶ SMIT, Robert H., “Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?”, *American Review of International Arbitration*, 2002, Vol.13, s. 23.

¹⁷ Bkz. MTO Tahkim Kuralları 2012 m. 6/9; AAA Uluslararası Tahkim Kuralları m.15/2; LCIA Tahkim Kuralları m. 23/1; WIPO Tahkim Kuralları m. 36; UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 21.

¹⁸ MTK m. 4; HMK m. 412/4; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 1987, m. 178/3; İngiliz Tahkim Kanunu 1996, Bölüm (Sec) 7, bkz. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>, erişim 11 Şubat 2013).

¹⁹ SMIT, s. 24.

²⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981, s. 145, (<http://www.newyorkconvention.org/publications/nyac-i>, erişim 24 Şubat 2013). *Sojuznefteexport v. JOC OIL Ltd Co*, 4(7) INT'L ARB. REP. B1 (1989). Dava ayrıca VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer International Law, 1990, V. XV, s. 384-435'de yayımlanmıştır. Davanın bazı bölümleri için bkz. VARADY, Tibor/ BARCELO III, John J./von MEHREN, Arthur T., *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*, 2nd ed., Thomson West 2003, s. 118-127; EMDİ, s. 548-549. Fransızlar ise *autonomie de la clause compromissoire* kavramını tercih etmektedirler.; AKINCI, s. 90.

²¹ EMDİ, s. 548-549. Ayrıca bkz. GÜLERCİ, Altan Fahri, “Separability of the Arbitration Agreement in International Arbitration”, *ABR*, 2008, Vol.1, Issue 1, s. 100-106.

²² ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, b.4., İstanbul 2011, s. 253, (ŞANLI, *Ticari Akitler*); ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 525; KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1041; EMDİ, s. 548; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102; MONESTIER, Tanya J., “ ‘Nothing Comes of Nothing’ ... or Does It? A Critical Re-Examination of the Doctrine of Separability in American Arbitration”, *American Review of International Arbitration*, 2001, V. 12, 223-247, s. 223.

bağlı olmamasıdır²³. Bu ilkeye göre tahkim şartı, asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilecek ve asıl sözleşmenin fesih edilmesiyle²⁴, süresinin sona ermesiyle veya askıya alınmasıyla tahkim şartı ortadan kalkmayacaktır²⁵. Tahkim şartının geçerliliğini korumasının bir sonucu olarak, asıl sözleşmenin geçersizliği iddiası, tahkim şartına istinaden teşekkül edecek olan hakem heyeti tarafından değerlendirilecektir.

A. AYRILABİLİRLİK İLKESİNİN GEREKLİLİĞİ

Asıl sözleşmenin varlığının veya geçerliliğinin taraflar arasında ihtilaf konusu olması durumunda tahkim şartının bundan etkilenip etkilenmeyeceği konusu ortaya çıkar²⁶. Bu durumda asıl sözleşmenin geçerli veya geçersiz olmasından ayrı olarak tahkim şartının kendi geçerliliğini ortaya koyup koyamayacağı hususu önem kazanır.

Tahkim şartının asıl sözleşmenin bir parçası olmasından dolayı, tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olduğu görüşü önceleri kabul edilmiştir²⁷. Ancak, daha sonraları bu anlayıştan uzaklaşmıştır. Eğer asıl sözleşme ile tahkim şartı birlikte değerlendirilse idi asıl sözleşmenin geçerliliğine yapılan itirazlar tahkim şartının geçerliliği üzerinde etki edecek ve ortaya çıkan uyuşmazlık tahkim heyeti tarafından değil devlet mahkemesi tarafından çözümlenecekti. Özellikle, başlangıçta tahkim konusunda iradesi olmakla birlikte, sonradan tahkim yargılamasını istemeyen tarafa asıl sözleşmenin geçersizliği savını ileri sürerek uyuşmazlığın tahkim yerine devlet mahkemeleri önünde çözülmesini sağlama imkânı verecekti²⁸. Bunun doğal sonucu olarak da, tahkim şartı etkisiz hale gelmiş olacaktı. 1086 sayılı

²³ 19. HD., 15.11.1995 T., E.1995/9108, K.1995/9685; NOMER, Devletler, s. 532; ÖZEL, s. 35; MONESTIER, s. 223.

²⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus tahkim anlaşmasının kapsamıdır. Eğer tahkim anlaşması yeterince kapsayıcı bir şekilde kaleme alınmamış ise sözleşmenin feshedilmesi durumunda tahkim anlaşması ihtilafın çözümü için hakemlere yetki vermeyebilir. Ancak, bu durum ayrılabilirlik ilkesine tesir etmez. Zira ayrılabilirlik ilkesi sonucunda hakem heyetinin kendi yetkisini tesis etmesi sonrası yaptığı inceleme sonucunda ortaya çıkan bir durumdur.

²⁵ KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması, s. 1041; SMIT, s. 21; HULEATT-JAMES, Mark, International Commercial Arbitration: A Handbook, London 1996, s. 13; GARNETT, Richard, A Practical Guide to International Commercial Arbitration, New York 2000, s. 37.

²⁶ AKINCI, s. 89.

²⁷ DOMKE, Martin, Commercial Arbitration, New Jersey 1965, s. 47. Yargıtay, eski tarihli kararlarında asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda içerisinde yer alan tahkim şartının da geçeriz olacağını belirtmiştir. Bkz. 4. HD, 25.03.1971T., E.1971/2829; 13 HD, 26.05.1976T., E.1976/7803, K. 1976/4297.

²⁸ AKINCI, s. 90; EMDİ, s. 548.

mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 519²⁹ bu durumun en güzel örneğini teşkil ediyordu. Asıl sözleşme içerisinde bulunan bir tahkim şartına istinaden tahkime başvuran davacıya, davalı asıl sözleşmenin ve dolayısıyla asıl sözleşme içerisindeki tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri sürüyordu. Bu sebeple hakemlerin yetkisi yoktur mahiyetinde bir beyanda bulunup tahkim prosedürünü durduruyordu. Davasının tahkim heyeti önünde çözülmesini isteyen taraf, devlet mahkemesine başvurarak tahkim şartının geçerliliğine ilişkin bir tespit davası açmak durumunda kalıyordu³⁰. Davanın kazanılması ve temyiz edilir ise Yargıtay tarafından onanmasından sonra tekrar tahkim yargılamasına başlanabiliyordu³¹. Bu durum hem zaman kaybına hem de uyuşmazlığın çözüm maliyetinin artmasına neden oluyordu. Bu gibi tahkim yargılaması için olumsuzluk teşkil eden hususların ortadan kaldırılabilmesi adına ayrılabilirlik ilkesine ihtiyaç duyulmuştur. Tahkim şartının ayrılabilirliği sayesinde tahkim prosedürünün otonomisi ve bütünlüğü korunmuş olmaktadır³². Bir başka deyişle, devlet mahkemelerinin müdahalesinden kaçınılmış olur.

Tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi doğrultusunda, taraflar arasındaki asıl borç ilişkisini düzenleyen maddi hukuk sözleşmesi ile bu sözleşmeye istinaden doğmuş veya doğacak ihtilafların halli için yapılan tahkim şartı birbirinden ayrı değerlendirilir. Bunun doğal sonucu da birinin geçersizliğinin diğerine etki etmemesidir. Yani tahkim şartı geçersiz olsa bile tahkim şartını ihtiva eden asıl sözleşme geçerliliğini koruyacağı gibi asıl sözleşmenin geçersiz olması, içinde bulundurduğu tahkim şartını geçersiz kılmaz³³. Burada

²⁹ Mülga HUMK m. 519 “ Bir nizan hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur” hükmünü içerir. Bu hükme göre hakemlerin yetkilerinde (tahkim anlaşmasında) ihtilaf çıktığı takdirde bunun basit usulü muhakeme ile devlet mahkemelerinde çözümlenecektir.

³⁰ 11. HD., 26.05.1999T., E. 1998/9679, K. 1999/4500. Ancak 2001 yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girdikten sonra verilen başka bir kararda, mahkemelerin tahkim davasını değerlendirmeye yetkileri olmadığı ve bu yüzden menfi tespit davasına konu edilemeyeceği ortaya konmuştur. Bkz. 15. HD., 27.06.2007T., E. 2007/2145, K., 2007/4389; ESEN, Emre, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve *Kompetenz-Kompetenz* Prensibi”, Galatasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan, s. 376, 379.

³¹ ŞANLI, Cemal, “Türkiye’de Tahkim ve ADR”, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 9-10 Ocak 2009, Ankara, s. 171, (ŞANLI, Tahkim).

³² SMIT, s. 22.

³³ SMIT, s. 21; ŞANLI, Ticari Akitler, s. 254.

amaçlanan fayda, asıl sözleşmenin geçerliliği konusunda yapılacak itirazlar nedeni ile tahkim yargılamasının engellenmesinin önüne geçmek³⁴ ve devlet mahkemelerinin müdahalesini en aza indirmektir.

Ayrılabilirlik ilkesinin mantığı *Schwebel* tarafından şu şekilde açıklanmıştır: Taraflar, içerisinde tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmeyi yürürlüğe koydukları zaman bir değil iki sözleşme yapmışlardır. Tahkim şartı, asıl sözleşmenin doğumunda veya asıl sözleşmede sonradan ortaya çıkacak sorunlarda geçerliliğini korumaya devam eder³⁵. Bu mantığın altında yatan gerçek, asıl sözleşme ile tahkim anlaşması arasındaki amaç, fonksiyon ve tabiat farklarıdır³⁶.

II. TAHKİM ANLAŞMASININ AMACI, FONKSİYONU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının maksatları, fonksiyonları ve hukuki nitelikleri farklıdır³⁷. Asıl sözleşme bir borç ilişkisinden doğar, içinde sözleşmenin icrası ve sona ermesi gibi esasları barındırır. Tahkim anlaşması ise bir uyuşmazlığın çözümü amacını güder. Tahkim anlaşmasının fonksiyonu uyuşmazlığın ortadan kaldırılması iken, asıl sözleşmenin fonksiyonu bir hakkın başkasına devri, bir borcun ifası veya bir işin görülmesidir³⁸.

Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği tartışmalıdır³⁹. Hukuki nitelik bakımından asıl sözleşme maddi hukuk sözleşmesi niteliğine sahip iken, tahkim anlaşması bazılarına göre usul hukuku sözleşmesi⁴⁰; ağırlıkta olan görüşe göre ise “usul hukuku ilişkilerine taalluk eden bir maddi hukuk sözleşmesi”⁴¹dir. Tahkim anlaşmasının usul hukuku karakterine sahip bir

³⁴ AKINCI, s. 89.

³⁵ SCHWEBEL, Stephen M., *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge Grotius Publications Limited 1987, s. 5; VARADY/ BARCELO III/von MEHREN, s. 123.

³⁶ KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1041.

³⁷ ŞANLI, *Ticari Akitler*, s. 253; ATLIHAN, s. 946.

³⁸ KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1041- 1042.

³⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 674; KAPLAN, s. 24.

⁴⁰ İsviçre hukukunda tahkim şartının usul hukukuna dair bir anlaşma olduğu hakkında bkz. ABDULLA, Zina, “The Arbitration Agreement” in KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/ STUCKI, Blaise (editors) *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, The Netherlands 2004, s. 28.

⁴¹ KALPSÜZ, *Tahkim Anlaşması*, s. 1042. Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusunda tam olarak fikir birliği bulunmamaktadır. Bkz. NOMER, *Devletler*, s. 523; DOĞAN, s.127. Bu noktada dört farklı görüş ortaya konulmuştur. Bunlardan birincisi tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi olduğu, ikincisi usul hukuku sözleşmesi olduğu, üçüncüsü hem

sözleşme olarak kabul edilmesi halinde, bu durum tahkim anlaşmasını *lex fori* hâkimiyetine sokar⁴². Bu bağlamda, tahkim yargılamasının yapıldığı ülke tahkim prosedürünü düzenleme ve kontrol etme gücüne sahip olur. Tahkim yargılamasının yapıldığı yerin hukuku tahkim anlaşmasının geçerliliğinde ve hükümlerinde egemen olacaktır⁴³. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterini ön plana çıkararak usul hukuku karakterini arka planda bırakmak, milletlerarası ticaretin gereklerine daha uygun olacaktır. Böylelikle taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleme yetkisine sahip olacaklardır⁴⁴.

Tahkim şartı ve tahkim şartını içinde barındıran asıl sözleşme birbirinden farklı iki sözleşme niteliğinde oldukları için tahkim şartına uygulanacak hukuk ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk farklı olabilecektir⁴⁵. Bunun anlamı, tahkim şartının şekline ve geçerliliğine uygulanacak hukukun asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabileceğidir⁴⁶. Farklı ülkelerin hukukları bu iki farklı sözleşmeye uygulanabileceği gibi aynı hukukun uygulanması da mümkündür⁴⁷.

Özellikle hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti ile asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti farklılık arz edecektir. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri bağlama noktası oluşturacak ve tahkim yerinin hukuku tahkim prosedürü üzerine yetkili olacaktır⁴⁸. Hukuk seçimi yapılmadığında, tahkim anlaşmasının varlığı konusunda bir ihtilaf ortaya çıkar ise tahkim yerinin

maddi hem usul hukuku sözleşmesi olduğunu ifade eden karma görüş ve sonuncu görüş ise bu görüşlerin hiçbirisine tâbi olmayan bağımsız (otonom) görüştür. Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 32-35; YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, İstanbul, s. 140-145; CHUKWUMERIJE, Okezie, Choice of Law in International Commercial Arbitration, Quorum Books: Westport, Connecticut, London 1994, s. 9-14; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 71-83. Tahkim anlaşmasının maddi hukuk karakterinin doktrinde genel kabul gördüğü düşüncesi için bkz. DOĞAN, s. 127. Tahkim anlaşmasının usul hukukuna dair bir sözleşme olduğuna dair Türk Yargıtay’ın görüşü için bkz. KAPLAN, s. 24.

⁴² NOMER, Devletler, s. 523.

⁴³ ÖZEL, s. 32.

⁴⁴ NOMER, Devletler, s. 524. Ayrıca bkz. VARADY/ BARCELO III/von MEHREN, s. 116.

⁴⁵ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107.

⁴⁶ SMIT, s. 21.

⁴⁷ KESER BERBER, Leyla, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2001, s. 125.

⁴⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107.

hukuku tahkim anlaşmasının var olup olmadığı konusundaki standartları ortaya koyacaktır⁴⁹. Ancak taraflar tahkim anlaşması için bir hukuk seçimi yapmışlar ise bu hukuk ihtilafların çözümünde etkin olacaktır. Taraflar sadece asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemişler ve tahkim anlaşması için bir hukuk tespit etmemişler ise aksine bir anlaşma olmadıkça genel olarak kabul edilen görüş asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağı yönündedir⁵⁰. Fakat tahkim anlaşması ve asıl sözleşme için tarafları hukuk seçimi yapmaya iten nedenler farklıdır. Taraflar asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku seçerken genellikle bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağını düşünmezler. Bu nedenle, özellikle tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka göre geçersiz olduğu durumlarda tahkim anlaşmasına farklı bir hukuk uygulanabilir⁵¹. Örneğin Dünya Fikri Hakları Organizasyonu (WIPO) Tahkim Kuralları m. 59'a göre tahkim yerinin tahkim hukukuna göre geçerli olan bir tahkim anlaşması, tarafların asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun şartlarını taşımasa bile tahkim anlaşması geçerlidir⁵².

Açıklanan nedenlerle, maksatları, fonksiyonları ve hukuki nitelikleri farklı olan bu anlaşmalar beraber yapıлып tahkim şartı asıl sözleşmenin içerisine konulmuş olsa bile bunların mukadderatları birbirinden bağımsızdır⁵³.

⁴⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107.

⁵⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107; COLLINS, Lawrence (edited), Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 12th ed., London: Sweet &Maxwell 1993, s. 577; SUTTON, St David/KENDALL, John/GILL, Judith (edited), Russell on Arbitration, 21st ed., London: Sweet &Maxwell 1997, para. 2-094, LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107, dn. 29'dan naklen.

⁵¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107-108.

⁵² The World Intellectual Property Organizations Arbitration Rules (WIPO Arbitration Rules), İngilizce metin için bkz. (<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#awa2>, erişim 23 Şubat 2013); SMIT, s. 21, dn.3.

⁵³ AKINCI, s. 89, dn.148.

III. AYRILABİLİRLİK İLKESİNİN KOMPETENZ-KOMPETENZ İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

*Kompetenz-kompetenz*⁵⁴ ilkesi⁵⁵ ile ayrılabilirlik ilkesi aynı amaca hizmet eder⁵⁶. Bu iki ilke birbirlerini tamamlayan bir fonksiyona sahiptir. Bu ilkeler, ortaya çıkacak uyuşmazlıkların tahkim marifetiyle çözüleceğine dair oluşan ortak iradenin varlığına rağmen taraflardan birinin bundan vazgeçerek veya asıl sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tahkim yargılamasının durdurulmasını veya ertelenmesini önlerler⁵⁷. Bu yolla tahkim heyetinin yetkisini tesis ederler⁵⁸.

Ayrılabilirlik ilkesi ile hakemlerin yetkisine etki edebilecek asıl sözleşmedeki hukuka aykırılık ve sona erme sebeplerinden etkilenmeyerek hakemlere uyuşmazlığı çözümleme şansı verilir⁵⁹. *Kompetenz-kompetenz* ise

⁵⁴ Fransızca *Compétence-Compétence*, Almacada ise *Kompetenz-Kompetenz* olarak ifade edilmektedir. *Born* kullanılan bu kavramların yanlış anlaşılma meydan verdiği gerekçesi ile “*jurisdictional competence*” kavramının tercih edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bkz. BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009, V.1., s. 855; HAINING, Kristy/ZELLER, Bruno, “Can Separability Save *Kompetenz-Kompetenz* When There is a Challenge to the Existence of a Contract?”, *Arbitration*, 2010, V. 76, Issue 3, 493-502, s. 494.

⁵⁵ Kaynağını Alman hukukundan alan *kompetenz-kompetenz* ilkesi milletlerarası düzenlemelerde ve ulusal düzenlemelerde kendisine yer bulmuştur. Örneğin, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihinde New York’ta Yapılan Sözleşme m. II/3, bkz. RG., 25.09.1991-21002; Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda 21 Nisan 1961 Tarihinde Cenevre’de Yapılan Avrupa Sözleşmesi m. V/3, bkz. RG., 23.09.1991-21000; Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme m. 41, bkz. RG., 06.12.1988-20011; İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu (IPRG) m. 186/1, IPRG’nin İngilizce metni için bkz. (<http://www.umbrecht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>, erişim 20 Şubat 2013); KARRER, Pierre/ARNOLD, Karl, *Switzerland’s Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation*, 2nd ed., Deventer-Boston 1989; İngiliz Tahkim Kanunu 1996, Bölüm (Sec) 30; Avusturya Medeni Usul Kanunu m. 592/1; Türk hukukunda ise *kompetenz-kompetenz* kuralı iki ayrı kanunda mevcuttur. 2001 yılında kabul edilen MTK ile hakem veya hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını ve kendisinin yetkili olup olmadığına ilişkin kararı kendisi verecektir (MTK m. 7/H). 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 422. maddesi de MTK m. 7/H’ye paralel bir düzenleme getirmiştir. HMK m. 422 göre hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir.

⁵⁶ BARCELO III, John J., “Who Decides the Arbitrator’s Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, V. 36, 1115-1136, s. 1116.

⁵⁷ PARK, s. 154; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102, 331-333; ESEN, s. 357.

⁵⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102, 332, 334; BARCELO III, s. 1116.

⁵⁹ ÖZEL, s. 35; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102

tahkim anlaşmasının geçersizliğine veya hakem heyetinin yetkisine ilişkin ihtilafla ilgili olarak karar verme yetkisinin hakem heyetinde olduğunu ortaya koyar⁶⁰. Bu ilkelerin ortaya konuş amacı; tahkim yargılamasına devlet mahkemelerinin müdahalesini en aza indirmektir. Milletlerarası tahkimde devlet mahkemeleri genellikle tahkim kararının iptalinde ve kararın tenfizi sırasında tahkim yargılamasına müdahale edebilmektedir⁶¹. Kural olarak bu durumların dışında devlet mahkemelerinin tahkim yargılamasına müdahalesi söz konusu değildir⁶².

Kompetenz-kompetenz kuralı tahkim heyetine kendi yetkisi üzerinde karar verme imkânı verirken, ayrılabilirlik ilkesi de hakem heyetine uyuşmazlığın esasına ilişkin karar verme yetkisi temin edilir⁶³. Başka bir ifadeyle, tahkim heyeti ayrılabilirlik ilkesi olmadan *kompetenz-kompetenz* ilkesine dayanarak kendi yetkisine karar verse bile davanın esası hakkında yetkisinin olmadığını ortaya koymak durumunda kalacaktır. Çünkü asıl sözleşmedeki geçersizlik tahkim şartına da etki ederek onu geçersiz hale getirecektir⁶⁴. Ayrılabilirlik ilkesi olmadan *kompetenz-kompetenz* kuralı, hakem heyetinin asıl sözleşmenin geçersizliğine ilişkin olarak vermiş olduğu kararın geçerliliğini koruyamaz⁶⁵.

Bu konuyu farazi bir örnek ile açıklayalım: Tahkim şartı ihtiva eden yurt dışında yapılmış bir alım satım sözleşmesi bulunmaktadır. Satıcı konumundaki şirketin sahibi, yapılan satış işleminin satış elamanına rüşvet verilmesi üzerine yapıldığını ve normal ticari ilişkiler içerisinde bu şartlarda bir sözleşmenin yapılmasının imkânsız olduğunu iddia etmiştir. Bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmüştür. Birçok ülkede rüşvet üzerine kurulu sözleşmeler batıl olarak kabul edilmiştir. Şimdi sözleşmenin rüşvete binaen mi

⁶⁰ 15.HD., 27.06.2007T., E.2007/2145, K. 2007/4389; PARK, s. 154; ÇELİKEL/ERDEM, s. 688; ÖZEL, s. 102; YEŞİLOVA, Bilgehan, “Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, I. Cilt, s. 742-757; ERKAN, Mustafa, International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses, Kluwer Law International 2011, s. 246; TAŞKIN, Alim, “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, C. II, S. I-II, bkz. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_10.pdf, erişim 20 Şubat 2012); BARCELO III, s. 1118.

⁶¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 688.

⁶² ÇELİKEL/ERDEM, s. 688.

⁶³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 102.

⁶⁴ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 334.

⁶⁵ PARK, s. 155.

kurulduğu sorusuna kim cevap verecektir? Hâkim veya hakem? Ayrılabilirlik ilkesi burada kendisini göstermektedir. Tahkim heyeti ayrılabilirlik ilkesi sayesinde asıl sözleşme içerisindeki tahkim şartını asıl sözleşmeden ayrı değerlendirip ihtilafı çözümleyecektir. Ancak, ayrılabilirlik ilkesi tek başına devlet mahkemesinin sözleşmenin kurulmasında rüşvet olup olmadığını belirleme yetkisine mani olamaz. Başka bir ifadeyle, devlet mahkemelerinin müdahalesine engel olamaz. Bu noktada *kompetenz-kompetenz* ilkesi devreye girecektir. Mahkemeler *kompetenz-kompetenz* ilkesi sebebi ile ihtilaf konusu uyuşmazlığı çözmeye yetkisini hakemlere bırakacaklardır. Hakemler ise *kompetenz-kompetenz* ilkesinden dolayı kendi yetkilerini ortaya koyarak davayı karara bağlayacaklardır. Dava sonucunda tahkim heyeti sözleşmenin rüşvetten dolayı hükümsüz olduğuna karar verir ise asıl sözleşme geçersiz olarak kabul edilecektir. Asıl sözleşme içerisindeki tahkim şartına istinaden teşekkül eden hakem heyetinin asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna hükmetmesi, tahkim şartının geçerliliğine etki etmeyecektir⁶⁶. Bu durum tahkim şartının geçersizliğini ortaya koymayacağı gibi tahkim heyetince verilen kararın geçersiz olduğu sonucunu da doğurmaz⁶⁷.

Sonuç olarak, *Kompetenz-kompetenz* ilkesi ile ayrılabilirlik ilkesi arasındaki temel ilişki, ayrılabilirlik ilkesinin öncelikle ortaya çıkarak tahkim şartının geçerliliğini ortaya koyması ve bunun sonucu olarak da hakemlerin kendi yetkisini *kompetenz-kompetenz* ilkesi çerçevesinde belirlemesi ve uyuşmazlığı çözmesidir⁶⁸. Diğer bir ifade ile *kompetenz-kompetenz* ilkesinin uygulanması ayrılabilirlik ilkesinin uygulanmasının bir sonucudur.

IV. ASIL SÖZLEŞMENİN VE/VEYA TAHKİM ŞARTININ YOKLUĞU DURUMUNDA AYRILABİLİRLİK İLKESİ

Asıl sözleşmenin varlığı eğer tartışma konusu ise, varlığı iddia edilen sözleşmenin içerisinde yer alan tahkim şartına ayrılabilirlik ilkesi uygulanabilir mi? Tabii burada kabul edilen husus, asıl sözleşmenin yokluğunda⁶⁹ onun bir parçası hükmünde olan tahkim şartının da yok hükmünde olacağıdır. Bu bir karine olarak kabul edilebilir. Ancak bu karinenin aksi her zaman ispat edilebilir.

⁶⁶ UNCITRAL Model Kanunu m. 16/1.

⁶⁷ AKINCI, s. 90.

⁶⁸ HAINING/ZELLER, s. 495.

⁶⁹ Sözleşmenin yokluğu, bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yani sözleşmenin kurucu unsurlarının mevcut olmamasıdır. Diğer bir ifade ile sözleşmenin kurucu unsurları olmayan bir sözleşme hukuk düzeni içerisinde hiç doğmamıştır. Bkz. EREN, s. 331; OĞUZMAN/ÖZ, s. 177.

Zira taraflar asıl sözleşmenin hükümleri konusunda anlaşmaya varmadan yani icap ve kabul gerçekleşmeden sözleşme içerisine dercedecekleri tahkim şartı konusunda önceden anlaşmış olabilirler⁷⁰.

A. YARGI KARARLARINDA KONUNUN İNCELENMESİ

Ayrılabilirlik ilkesinin, sözleşmenin varlığına ilişkin bir tartışma olması durumunda uygulanamayacağı yönünde pek çok yargı kararı bulunmaktadır⁷¹. Asıl sözleşmenin hiçbir zaman var olmadığı yani ‘yok’ olduğu durumlarda asıl sözleşmenin içerisinde bulunan tahkim şartının da ‘yok’ hükmünde olacağı, zira hakemlerin olmayan bir sözleşmeden tahkim şartını ayırabilmesinin mümkün olmadığı *Pollux Marine Agencies*⁷² davasında ortaya konmuştur. Benzer bir şekilde, *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. Ltd*⁷³ davasında *House of Lords* ayrılabilirlik ilkesinin sözleşmenin yokluğu durumlarında uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir. *Premium Nafta Products*⁷⁴ davasında, tahkim anlaşmasının yokluğunun ayrılabilirlik ilkesi ile telafi edilemeyeceği tespiti yapılmıştır⁷⁵. *Sojuznefteexport v. JOC OIL Co*⁷⁶ davasında, ayrılabilirlik ilkesinin *kompetenz-kompetenz* ilkesinden önce uygulanması gerektiğini ve sözleşmenin yokluğu iddiasında tahkim heyetinin yetkisi olmadığını ifade etmiştir⁷⁷. Ancak, dünyadaki yargı kararlarında bu konuda birlik mevcut değildir. Sözleşmenin yok hükmünde olması durumunda dahi hakem heyetinin yetkili olduğu yönünde kararlar vardır. Örneğin *Navimpex*⁷⁸ davasında sözleşmenin yokluğu iddiasının tahkim şartını geçersiz hale getirmeyeceği ortaya konulmuştur. Yine *Ducler* davasında Paris Temyiz

⁷⁰ SMIT, s. 21, dn. 5.

⁷¹ *Cargill Philippines Inc v. Hon. Lucia Violago Isnani* Unreported CA-G.R. SP. No. 50304 Nakleden HAINING /ZELLER, s. 498; *Sojuznefteexport v. JOC OIL Co*, 4(7) INT’L ARB. REP. B1 (1989); *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. Ltd*. [1981] A. C 909; *Harbour Assurance Co (UK) Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd* [1992] 1 Lloyd’s Rep. 81; *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.*, 455 F. Supp. 211, 219 (S.D.N.Y. 1978).

⁷² *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.*, 455 F. Supp. 211, 219 (S.D.N.Y. 1978).

⁷³ *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. Ltd*. [1981] A. C 909.

⁷⁴ *Premium Nafta Products Limited v. Fili Shipping Company Limited* [2007] UKHL 40.

⁷⁵ MCNEILL, Mark S./JURATOWITCH, Ben, “Agora: Thoughts on Fiona Trust- The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate”, *Arbitration International*, 2008, Vol. 24, No. 3, 475-487, s. 480.

⁷⁶ *Sojuznefteexport v. JOC OIL Ltd Co.*, 4(7) INT’L ARB. REP. B1 (1989).

⁷⁷ ÖZEL, s. 36-37.

⁷⁸ *Navimpex* (1989) Rev. Arb 641 Cas., s. 645-650.

Mahkemesi, tahkim şartının asıl sözleşmeden tamamen ayrı olduğunu ve asıl sözleşmenin yokluğunun veya geçersizliğinin tahkim şartına etki etmeyeceğini ortaya koymuştur. Bu kararı pekiştirir nitelikte *Omenex v. Hugon*⁷⁹ davasında da temyiz mahkemesi (*the Court of Cassation*) tahkim şartının geçerliliğinin hiçbir şekilde asıl sözleşmenin yokluğuna ve geçersizliğine bağlı olmadığını belirtmiştir.

B. ULUSLARARASIVE ULUSALDÜZENLEMELERİLETAHKİM MERKEZLERİNİN KURALLARINDA KONUNUN İNCELENMESİ

Asıl sözleşmenin yokluğu durumunda tahkim şartının ayrılabilirliğini daha iyi değerlendirebilmek için uluslararası düzenlemelere, tahkim merkezlerinin kurallarına, UNCITRAL Model Kanununun uygulamasına ve ulusal düzenlemelere bakmakta da yarar vardır.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta yapılan sözleşme⁸⁰ (New York Sözleşmesi) ayrılabilirlik ilkesi konusunda suskun kalmış⁸¹ ve açık bir düzenleme yapmamıştır⁸². New York Sözleşmesi m. II/3'te “*Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada [tahkim] anlaşma[sı] akdettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilâfına vaziyet ettiği takdirde, [tahkim] anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunlardan birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder*” hükmü yer almaktadır. Bu maddenin ifadesine göre âkit devlet mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olup olmadığını öncelikle inceleyecek, ifade edilen noktalarda mahkemenin bir tespit olur ise ihtilaf, devlet mahkemelerinde çözümlenecek; bu yönde bir tespit olmaz ise tahkim heyetine uyuşmazlığı çözmesi için gönderecektir. Burada ifade edilen ilke *kompetenz-kompetenz* ilkesi olmakla beraber, tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirme yetkisinin bugünkü anlayıştan farklı olarak devlet mahkemeleri tarafından kullanılabileceğini kabul etmiştir. Ancak, *Schwebel*'in söylediği gibi, bu maddede ayrılabilirlik ilkesinin ima yoluyla ortaya konmuş olduğu kabul edilebilir⁸³. Madde metninde sadece tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olup olmadığının belirtilmesi yani

⁷⁹ *Omenex v. Hugon* (2006) Rev. Arb. 103.

⁸⁰ RG., 25.09.1991-21002.

⁸¹ SMIT, s. 23.

⁸² VAN DEN BERG, s. 146.

⁸³ SCHWEBEL, s. 22. Karşı fikir için bkz. VAN DEN BERG, s. 146. *Van den Berg* New York sözleşmesinin ayrılabilirlik ilkesine kayıtsız kaldığını ifade etmiştir.

asıl sözleşmeyle irtibat kurulmadan tahkim anlaşmasına ilişkin hükümsüzlük hallerinin ortaya konması bizi ayrılabilirlik ilkesinin fonksiyonu olan iki ayrı sözleşmenin varlığının ortaya konduğu sonucuna götürebilir. Fakat New York Sözleşmesi'nde, asıl sözleşmenin yokluğu iddiasına karşı tahkim şartının nasıl değerlendirileceği düzenlenmemiştir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ve tatbikinin imkânsız olup olmadığının değerlendirmesini mahkemeye bırakan bu düzenlemenin, asıl sözleşmenin yokluğu iddiasında tahkim şartının varlığını değerlendirme yetkisini evveliyetle mahkemeye bırakacağı açıktır. UNCITRAL Model Kanunu⁸⁴ m. 16/1'de, tahkim şartının geçerliliğine veya varlığına itiraz olsa bile tahkim heyeti kendi yetkisini tesis edeceğini hükme bağlamıştır. Model Kanun m.16/1'in devam eden cümlesinde ise, bir sözleşmenin parçası olan tahkim şartının sözleşmenin diğer şartlarından bağımsız olduğunu ortaya koymuştur. Bunun anlamı, tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmamasıdır. Ancak, burada tahkim heyeti yetkisini bir sözleşme içerisindeki tahkim şartından almaktadır. Bunun mantıksal sonucu sadece geçerli bir tahkim anlaşması tahkim heyetinin yetkisini tesis edebilir. Bu yüzden, *Haining* ve *Zeller*'in dediği üzere analizin sözleşmeden başlaması gerektiği kabul edilmelidir⁸⁵. Başka bir ifade ile bir ihtilafın tahkim heyeti tarafından çözüme kavuşturulabilmesi için her şeyden önce tahkime dayanak olacak geçerli bir tahkim anlaşması olması gerekmektedir⁸⁶. Ayrılabilirlik ilkesinin *kompetenz-kompetenz* ilkesinden önce gelip hakem heyetinin yetkisine dayanak teşkil etmesinin gerekçesi budur⁸⁷.

İsveç Uluslararası Tahkim Kuralları⁸⁸ m. 21/2'de UNCITRAL Model Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre tahkim heyetinin tahkim şartının içerisinde yer aldığı asıl sözleşmenin varlığı ve geçerliliği konusunda karar verme yetkisi vardır. Tabii burada yine ayrılabilirlik ilkesi mi yoksa *kompetenz-kompetenz* ilkesi mi önce gelir sorunu ortaya çıkıyor. İsveç tahkim kuralları sanki sözleşmelerin kuruluş teorisini

⁸⁴ United Nations Committee on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (United Nations Document A/40/17), with Amendment as adopted in 2006, United Nations, Vienna 2008, (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, erişim 8 Şubat 2013).

⁸⁵ HAINING/ZELLER, s. 495.

⁸⁶ EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, b. 2., İstanbul 2010, s. 44.

⁸⁷ HAINING/ZELLER, s. 495.

⁸⁸ Swiss Rules of International Arbitration, Swiss Chambers' Arbitration Institutions, June 2012, (https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf, erişim 11 Şubat 2013).

atlayarak sözleşme kurulmadan içerisindeki bir hükme yetki tanımaktadır⁸⁹. Ayrılabilirlik ilkesinin öncelikli uygulanması ve bu doğrultuda geçerli bir tahkim şartının var olması gerekir iken yok olan bir asıl sözleşmede tahkim şartı da büyük bir olasılıkla yok hükmünde olacağından, hakemlere yargılama yetkisi veren ayrılabilirlik ilkesi burada dayanağını bulamayabilecektir. Bu durumun istisnası, tarafların asıl sözleşme görüşmeleri sırasında henüz sözleşmenin kurulması için gerekli olan öneri (icap) ve kabul olmadan tahkim şartı konusunda tarafların iradeleri örtüşmüş ise bu durumda asıl sözleşmenin yokluğu tahkim şartına etki etmeyecektir. İsveç Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 21. maddesi ile hemen hemen aynı ifadeleri içeren Amerikan Tahkim Derneğinin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Prosedürleri⁹⁰ m. 15 için de benzer yorumların yapılması mümkündür.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin Tahkim Kuralları⁹¹ (LCIA) m. 23'e göre tahkim şartı anlaşmanın bir parçası olarak düzenlemiş olsa bile tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı olarak değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin devamında, asıl sözleşmenin yokluğu veya hükümsüz olmasının tahkim şartının da yokluğu veya hükümsüz olması sonucunu doğurmayacağını hükme bağlamıştır. İngiliz Tahkim Kanunu 1996⁹² bölüm 7'de, LCIA Kuralları m. 23 ile aynı yönde, tarafların başka bir şekilde anlaşmadıkları takdirde asıl sözleşmenin geçersiz, yok veya etkisiz olmasından dolayı bu anlaşmanın bir parçası olan tahkim şartının geçersiz, yok veya etkisiz sayılamayacağını ifade etmiştir. Tahkim şartı ile asıl sözleşmenin iki ayrı anlaşma olarak değerlendirilmesinden kaynaklandığını ifade ederek düzenlemenin gerekçesini ortaya koymuştur.

Sözleşmenin yokluğu durumunda tahkim şartının geçerliliği konusu Milletlerarası Ticaret Odası'nın (MTO) 1998⁹³ ve 2012⁹⁴ tahkim kurallarında

⁸⁹ HAINING/ZELLER, s. 497.

⁹⁰ The International Dispute Resolution Procedures of the American Arbitration Association, İngilizce metni için bkz. (http://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_002037&revision=latestreleased, erişim 26 Aralık 2012).

⁹¹ The Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration, İngilizce metin için bkz. (http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx , erişim 26 Aralık 2012).

⁹² Arbitration Act 1996, Section 7, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>, erişim 11 Şubat 2013).

⁹³ 1 Ocak 1998'den 1 Ocak 2012 tarihine kadar yürürlükte kalmış kurallardır. Bkz. ICC Rules of Arbitration in Force as from January 1998, ICC Publication Number 581, Paris 1997.

⁹⁴ MTO kuralları 2012 yılında değişikliğe tâbi tutulmuştur ve yeni kurallar 1 Ocak 2012'den itibaren yürürlüktedir. MTO kurallarının değişik dillerdeki metinleri için bkz. (<http://www>.

açıklığa kavuşturulmuştur. 1998 MTO tahkim kuralları m. 6/4'e göre taraflar başka bir şekilde anlaşmadığı takdirde, sözleşmenin geçersizliği veya yokluğu iddiasında tahkim heyetinin yetkisi ortadan kalkmayacaktır. Tahkim heyeti, sözleşmenin geçersizliği veya yokluğu iddiası olsa bile tahkim anlaşmasının geçerliliğini kabul edecek ve davayı görmeye devam edecektir. 2012 tahkim kurallarında da (m. 6/9) aynı hüküm benimsenmiştir. Tarafların asıl sözleşmesinin geçersizliği durumunda tahkim şartının ne olacağını tahkim şartında belirtmeleri mümkündür. Taraflar bu konuda bir düzenleme yaparak MTO tahkim kurallarının ortaya koyduğu ayrılabilirlik ilkesi kapsamında kalabilir veya çıkabilirler. Ancak, yok olan bir sözleşme için tarafların aksini kararlaştırarak MTO tahkim kurallarının ortaya koyduğu ayrılabilirlik ilkesi kapsamından çıkmaları çok olağan görünmemektedir.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178/3⁹⁵'ten iktibas edilen Milletlerarası Tahkim Kanunu⁹⁶ (MTK) m.4/4'de "*tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin geçerli olmadığı... itirazında bulunulamaz*" demek suretiyle ayrılabilirlik ilkesi açıkça Türk Hukuku'nda kabul edilmiştir. Benzer bir düzenleme iç (milli) tahkimi düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁷ (HMK) m. 412/4'de de yerini almıştır. Dikkat edilecek olursa Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerde ve İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemede asıl sözleşmenin veya tahkim anlaşmasının yokluğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bahsi geçen düzenlemelerde, sadece asıl sözleşmedeki geçersizlik hallerinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine etki etmeyeceği hususu düzenlenmiştir.

C. DEĞERLENDİRME

Milletlerarası tahkim merkezlerinin tahkim kuralları genellikle asıl sözleşmenin yokluğunda da tahkim kurumunun yanında yer almış ve ayrılabilirlik ilkesini bu doğrultuda düzenlemişlerdir. Ancak, yargı

iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/, erişim Ocak 2013).

⁹⁵ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178/3'de tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin olarak asıl sözleşmenin geçersiz olduğu savı ileri sürülemeyeceğini belirtilmiştir. Bkz, Swiss Arbitration Association (ASA), Dispute Resolution on International Markets : International Arbitration "Do's and Don'ts", 6th ed., ASA Special Series No: 31, Basel 2009, s. 31.

⁹⁶ RG., 05.07.2001-24453.

⁹⁷ RG., 04.02.2011-27836.

kararlarında⁹⁸ ve doktrinde⁹⁹ aksi görüşler ortaya konulmuştur. Çünkü her ne kadar milletlerarası tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında açık bir şekilde tahkim şartının içerisine yerleştirildiği sözleşmenin “yokluğunda” dahi tahkimin ayrılabilirlik ilkesinin uygulama alanı bulacağını düzenlemiş olsa da, bu durum tarafların tahkim iradelerinin olduğunu ortaya koymaz. Tahkim merkezlerinin kurallarında ortaya konan bu konunun bir “tahkim hukukundan” kaynaklandığını, “sözleşme hukukundan” kaynaklanmadığını söyleyebiliriz. Milletlerarası ticari tahkimde tahkim heyeti yetkisini tahkim anlaşmasından alır. “*Tahkim, tartışmasız bir şekilde geçerli olan bir anlaşmaya dayanıyorsa meşrudur*”¹⁰⁰. *Tahkim anlaşmasının yapılmasıyla mahkemelerin yetkisi bertaraf edilmektedir. Bu, ciddi bir adımdır. Bu sebeple, tahkim yönündeki iradenin açıkça ortaya konulması gerekir*”¹⁰¹. Bu nedenle asıl sözleşmenin yokluğunda tahkim anlaşmasının varlığını iddia eden taraf *prima facie* bir delil ile tahkim anlaşmasını ortaya koyması gerekir¹⁰². Aksi takdirde, asıl sözleşmenin yokluğu durumunda tahkim anlaşmasının da olmadığı iddiası ile tahkim heyetinin yetkisinin yokluğu ileri sürülebilir¹⁰³. Kanaatimizce, varlığı iddia edilen asıl sözleşmenin kendisine rıza gösterilmemiş ise onun içindeki hiçbir hükmüne de aksi ispat edilmedikçe rıza gösterilmemiştir. Bu durumda bir sözleşme hiç kurulmamış ise o sözleşme bir bütün olarak tahkim şartı da dâhil olmak üzere yok hükmündedir¹⁰⁴. Böyle bir durumda tahkim anlaşmasının varlığını *prima facie* ortaya koyamayan taraf, yetkili devlet yargısına başvurarak tahkim anlaşmasının varlığını tespit ettirmelidir. Asıl sözleşmenin yokluğu durumunda tahkim anlaşmasının varlığını tespit etme (tahkim anlaşmasının varlığı *prima facie* ortaya koyulamıyor ise) yetkisinin hakem heyeti yerine devlet mahkemesinde olması daha uygun olacaktır¹⁰⁵.

Tarafların asıl sözleşme görüşmeleri esnasında birbirlerine sundukları taslak metinlerde benzer veya aynı tahkim şartları olsa dahi, taraflar tahkim

⁹⁸ Bkz. Bölüm III’te sözleşmenin yokluğunda tahkim anlaşmasının da yok olacağını ortaya koyan yargı kararları. Özellikle Amerikan mahkemelerinin yok hükmündeki bir sözleşmeden tahkim şartının ayrılamayacağı hakkında bkz. MONESTIER, s. 223, 229 dn. 20.

⁹⁹ SCHWEBEL, s. 11; VAN DEN BERG, s. 145; MCNEILL/JURATOWITCH, s. 476; HAINING/ZELLER, s. 494;

¹⁰⁰ DAVID, René, Arbitration in International Trade, Deventer 1985, s. 195.

¹⁰¹ EKŞİ, s. 44-45.

¹⁰² SCHWEBEL, s. 11.

¹⁰³ SCHWEBEL, s. 11.

¹⁰⁴ VAN DEN BERG, s. 145.

¹⁰⁵ HAINING/ZELLER, s. 496.

yargılaması konusunda açıkça iradelerini ortaya koymamışlar ise, buradan bir çıkarımla tahkim konusunda iradelerinin örtüştüğünü iddia etmek, dayanaktan yoksun bir şekilde irade okumanın sonucudur¹⁰⁶. Tarafların tahkim yargılaması konusunda iradeleri var ise, sözleşme görüşmeleri esnasında tahkim iradelerini açıkça ortaya koymaları gerekir¹⁰⁷. Buna ilaveten, taslak sözleşmenin taraflarından birinin gerçek niyeti tahkim yargılamasını kabul etme olmamakla birlikte, sözleşmenin kurulması durumunda ortaya çıkacak menfaat nedeniyle tahkim yargılamasını kabul edecek olabilir. Asıl sözleşme kurulmadığı için ilgili tarafın beklediği menfaatin de gerçekleşmesi mümkün olmayacak, bu durumda şartlı olan tahkim niyeti de şart gerçekleşmediği için ortadan kalkacak ve tarafların tahkim konusunda iradeleri örtüşmeyecektir. Ancak, tahkim şartı taslak bir sözleşmenin içerisinde olsa veya yapılan icap resmi olarak kabul edilmemiş olsa bile, eğer taraflar edimlerini yerine getirir ise tahkim şartının bağlayıcı hale geldiği söylenebilir¹⁰⁸. Çünkü sözleşme fiili olarak kurulmuş ve taslak sözleşmedeki tahkim şartına bir itiraz ileri sürülmemiştir.

Taraflardan biri tahkim anlaşmasının yokluğuna rağmen tahkime başvurmuş ise, kurumsal tahkim merkezleri bu tahkim talebini *prima facie* bir inceleme yaptıktan sonra tahkim anlaşmasının olmadığı kanaatine ulaşırlar ise talebi reddetmeleri gerekir.

MTO'nun 1998 tahkim kuralları¹⁰⁹ m. 6/2'de eğer taraflardan biri tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı konusunda bir tereddüt ortaya koyar ise, MTO Tahkim Divanı *prima facie* bir inceleme yapacaktır¹¹⁰. MTO Tahkim Divanı inceleme sonucunda tahkim anlaşmasının varlığına kanaat getirir ise, tahkim prosedürü devam edecektir. Ancak tarafların yetki itirazını ve tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliği sorunu taraflardan birinin talep etmesi halinde oluşturulacak hakem heyeti tarafından da değerlendirilecektir. Çünkü MTO Tahkim Divanı'nın vermiş olduğu yetki kararı sadece *prima facie* bir yetkiyi ortaya koyar¹¹¹. Eğer MTO Tahkim Divanı tahkim anlaşmasının

¹⁰⁶ Karşı fikir için bkz. *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*, 937 F. 2d 469 (9th Cir.1991); *Teledyne, Inc. v. Kone Corp.* 892 F. 2d 1404 (9th Cir. 1990). SMIT, s. 37-38.

¹⁰⁷ SPOORENBERG/FELLRATH, s. 243.

¹⁰⁸ VAN HOUTTE, s. 387-388.

¹⁰⁹ MTO'nun 1998 tarihli Kurallarının İngilizce metni için bkz. (<http://www.jus.uio.no/lm/icc.arbitration.rules.1998/>, erişim 24 Şubat 2013).

¹¹⁰ ESEN, s. 356, dn. 7.

¹¹¹ SMIT, Hans, "When Is A Government Bound By A Contract, Including An Arbitration Clause, It Did Not Sign?", *The American Review of International Arbitration*, 2005, V. 16, Issue 2, s. 325, (SMIT, H, It Did Not Sign).

varlığına kanaat getirmez ise tahkim prosedürü devam etmez ve sonucu taraflara bildirilir. Bu durumda taraflardan biri yetkili bir mahkemeden geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının tespit edilmesini talep edebilir. MTO'nun 2012 tahkim kurallarında bu konuda bir değişikliğe gidilmiştir. 2012 tahkim kuralları m. 6/3'e göre tahkim anlaşmasına ilişkin bahse konu itirazlar MTO Genel Sekreteri tarafından MTO Tahkim Divanı'na yönlendirilmedikçe bu itirazlar tahkim heyeti tarafından karara bağlanacaktır. Bu değişiklik ile MTO Genel Sekreteri'ne takdir hakkı verilmiş ve MTO Tahkim Divanı'nın *prima facie* incelemesi bu takdir yetkisinin kullanılmasına bağlı kılınmıştır.

Asıl sözleşmenin ve/veya tahkim şartının kesin hükümsüzlüğü veya iptal edilebilirliği konusunda bir ihtilaf ortaya çıkması durumunda MTO Tahkim Divanı'nın *prima facie* inceleme ile bu konuda karar vermesi doğru olmayabilir. Çünkü burada yapılması gereken detaylı bir inceleme vardır. Diğer bir anlatımla, hukuk dünyasında kurulmuş olan bir sözleşmenin sonradan iptal edilmesi veya kesin hükümsüzlük ile batıl olması durumu vardır. Kurucu unsurları var olan bir sözleşmenin içerisinde mevcut olan tahkim şartı nedeniyle asıl sözleşmedeki geçersizlik hallerinin detaylı bir inceleme ile hakem heyeti tarafından ortaya konulması daha uygun olacaktır. Ancak, bir tahkim şartı ihtiva eden asıl sözleşme taraflarca kabul edilmemiş, sözleşmenin kurucu unsurları oluşmamış ise ayrılabilirlik ilkesinin ve dolayısıyla MTO Tahkim Divanı'nın fonksiyonunun ne olması gerektiğinin net olarak ortaya konması gerekmektedir.

MTO Tahkim Divanı, 1998 tahkim kurallarına göre tahkim anlaşmasının yokluğu iddiasında veya geçerliliğinde bir tereddüdün ortaya çıkması durumunda *prima facie* bir inceleme yapıyordu. MTO 2012 kurallarında ise bu durum MTO Genel Sekreteri'nin takdir yetkisine bırakılmıştır. Yapılan bu değişikliğin bazı açılardan uygun olmadığı düşünülebilir. Şöyle ki;

Tahkim anlaşmasının varlığı hakkında yapılan itirazı, MTO Genel Sekreteri'nin MTO Tahkim Divanı tarafından incelenmesine karar vermesi durumunda konu MTO Tahkim Divanı tarafından *prima facie* incelenecektir. Aksi takdirde, tahkim anlaşmasının varlığı hakem heyeti tarafından incelenecektir. MTO Tahkim Divanı tarafından tahkim anlaşmasının varlığı hususunda *prima facie* bir inceleme yapılmaksızın varlığı iddia edilen asıl sözleşmeye taraf kişinin hakemler önünde tahkim anlaşmasının varlığına ve hakem heyetinin yetkisine itiraz etmesi bir nevi hakem heyetinin yargılama yetkisini kabul ettiği anlamına gelecektir. Dolayısıyla, kanaatimizce, özellikle tahkim anlaşmasının yokluğu konusunda var olan iddiaların MTO Tahkim Divanı tarafından ciddiyetle *prima facie* değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Aksi halde, pahalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yargılamasının başlaması (sadece yetki konusundaki uyuşmazlığın çözümü için bile olsa) çok ciddi masraf ve zaman kaybına yol açabilecektir. Bu mağduriyetin önlenmesi için, MTO Tahkim Divanı tahkim anlaşmasının yokluğu konusundaki iddiayı *prima facie* bir inceleme yaparak karara bağlaması gerekir. Böylelikle, tahkim yargılaması konusunda iradesinin olmadığını iddia eden taraflar için hakkaniyete uygun bir durum ortaya çıkmış olacaktır¹¹². Bir başka ifadeyle, tahkim anlaşmasının varlığını iddia eden taraf anlaşmanın varlığı konusunda yeterli kanaati oluşturacak delil ortaya koymamış ise, MTO Tahkim Divanı *prima facie* yetkisizlik kararı vermelidir¹¹³. MTO Tahkim Divanı tahkim anlaşmasının yokluğuna karar verirse bu karara istinaden tahkim yargılamasını başlatan taraf yetkili bir devlet mahkemesinde tahkim anlaşmasının varlığını tespit ettirerek¹¹⁴ tahkim prosedürünü yeniden başlatabilir. Her ne kadar tahkim şartının varlığının yetkili mahkemede tespiti sonrası tahkim prosedürünün yeniden başlatılması halinde zaman kaybı ve ilave masraf ortaya çıksa da, asıl sözleşme ile birlikte tahkim şartının yokluğunda tahkim yargılamasına iradesi olmayan tarafın hakemler önünde yargılanmasının önüne geçilmesi için bu yaklaşım gereklidir ve daha âdildir.

UNCITRAL Model Kanunu, LCIA ve MTO tahkim kurallarında asıl sözleşmenin yokluğu iddiasının tahkim anlaşmasının yokluğu sonucunu ortaya koymak için yeterli olmadığını¹¹⁵ ve dolayısıyla tahkim heyetinin yetkisinin doğacağı kabul edilmiştir. Bu kabuldeki temel amaç tahkim müessesesini kuvvetlendirmek ve devlet yargısının tahkime müdahalesini en aza indirmektir. Asıl sözleşmenin yokluğunda tahkim anlaşması kendi varlığını ve geçerliliğini tesis etmiş ise burada bir tahkim anlaşmasının varlığı nedeni ile tahkim heyetinin yetkisi ortaya çıkacağından bir sorun olmayacaktır. Ancak asıl sözleşme ile birlikte tahkim şartının da yokluğu iddiası söz konusu ve ilk görünüşe göre tahkim şartının varlığı anlaşamıyor ise bu durumda, hâlâ tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesini savunmak bizi tahkimin iradiliği kuralının ayrılabilirlik ilkesi karşısında varlığını kaybetmesi sonucuna götürür. Bu durum tahkimin temel felsefesi olan iradilik kuralına aykırı olacağı için kabul edilmesi mümkün değildir.

Bir an için asıl sözleşmenin yokluğu iddiasında ve dolayısıyla ilk görünüşe göre tahkim anlaşmasının yokluğunda hakem heyetinin yargılama

¹¹² SMIT, H, It Did Not Sign, s. 325.

¹¹³ SMIT, H, It Did Not Sign, s. 325.

¹¹⁴ SMIT, H, It Did Not Sign, s. 326.

¹¹⁵ MCNEILL/JURATOWITCH, s. 483.

yetkisi olduğunu kabul edelim; bu kabulün sonucu olarak yargılama hakem heyeti tarafından yapılsa ve yargılama sonucunda tahkim anlaşmasının olmadığı ortaya konulsa, bu durumda hakem heyetinin vermiş olduğu kararın geçerliliği nasıl sağlanacaktır? UNCITRAL Model Kanun m. 16/1'in son cümlesi ile İsveç Tahkim Kuralları m. 21/2'nin son cümlesi, hakem heyetinin sözleşmenin geçersizliğine karar vermesi durumunda tahkim şartının geçerliliğine ve dolayısıyla hakem kararının geçerliliğine etki etmeyeceğini ortaya koymuşlardır. Bu maddelerin ifadelerinde, sözleşmenin yokluğunda tahkim şartının geçerliliğini koruyacağı ortaya konulmamıştır. Bu düzenlemelerde bu durum açıklıkla ifade edilse dahi, hakem heyetinin vermiş olduğu kararın geçerliliği sorgulanabilir. Çünkü tahkim anlaşmasının olmadığı bir yerde tahkim heyetinin vermiş olduğu kararın geçerliliği yoktur¹¹⁶. Ayrıca, bu tür kararların da iptal davasına konu olması muhtemeldir. Örneğin, MTK'nın 15/A-1(a)'da tahkim anlaşmasının tarafların tâbi kıldıkları hukuka göre veya bir hukuk seçimi yoksa Türk Hukuku'na göre geçersiz ise hakem kararı iptal edilebilir.

SONUÇ

Tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi nedeni ile tahkim şartının geçerli olup olmadığı asıl sözleşmeden ayrı değerlendirilecek olup bu konuda karar verme yetkisi *kompetenz-kompetenz* ilkesi uyarınca hakem heyetindedir. Ancak, tahkimin ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olması nedeni ile ortada *prima facie* bir tahkim anlaşmasının varlığına ihtiyaç vardır. Ayrılabilirlik ilkesi, tahkim şartını içinde bulunduğu asıl sözleşmeden ayırsa bile tahkim yargılaması için temel unsur olan tarafların rızası olması kuralını ortadan kaldıramaz¹¹⁷. Bu nedenle, ortada ilk görünüşe göre bir tahkim anlaşması yok ise kurumsal tahkim merkezlerinin yetkili organları tahkim talebini reddetmelidir. Ayrılabilirlik ilkesi *kompetenz-kompetenz* ilkesine temel oluşturur. Bir başka ifadeyle, geçerli bir tahkim şartı olmalı ki hakemler kendi yetkisini *kompetenz-kompetenz* ilkesine dayanarak ortaya koysun ve tahkim yargılamasını yapsınlar.

Asıl sözleşmenin yokluğu durumunda ilk görünüşe göre tahkim anlaşmasının varlığı ortaya konulamıyor ise, tahkim anlaşmasının varlığını iddia eden taraf yetkili devlet mahkemelerinde tahkim anlaşmasının varlığını tespit ettirdikten sonra tekrar tahkim yargılamasına müracaat etmelidir. Tahkim

¹¹⁶ *Premium Nafta Products Limited v. Fili Shipping Company Limited* [2007] UKHL 40, para. 34.

¹¹⁷ MCNEILL, s. 476.

anlaşmasının varlığının yetkili devlet mahkemesi tarafından tespit edilmesi durumunda, tekrardan tahkim yargılamasına başlanması hem zaman kaybı hem de devlet yargılaması masrafinin oluşması elbette bir olumsuzluktur. Ancak, kanaatimizce, tahkim anlaşmasının yokluğu halinde tahkim iradesi olmayan bir kişiyi tahkim heyeti huzurunda tahkim anlaşmasının yokluğunu ispatlamaya zorlamaktan daha âdildir. Zira devlet yargısı herkesin tâbi olduğu bir yargı mekanizması iken, tahkim yargılaması tahkim yargılaması için rızası olan kişilerin tâbi oldukları bir yargı mekanizmasıdır.

KAYNAKÇA

- ABDULLA, Zina, “The Arbitration Agreement” in KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle/STUCKI, Blaise (editors) *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, The Netherlands 2004.
- AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, b. 2., Ankara 2007.
- ATLIHAN, Özen, “Tahkim Sözleşmesinin Unsurlarının ve Hükümlerinin Ulusal-Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi İşığında İncelenmesi” *İstanbul Barosu Dergisi*, 2010, C. 84, S. 2.
- BARCELO III, John J., “Who Decides the Arbitrator’s Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, V. 36.
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009.
- CHUKWUMERİJE, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Quorum Books: Westport, Connecticut, London 1994.
- COLLINS, Lawrence (edited), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell 1993.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, b.11, İstanbul 2012.
- DAVID, René, *Arbitration in International Trade*, Deventer 1985.
- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, b. 2., Ankara 2013.
- DOMKE, Martin, *Commercial Arbitration*, New Jersey 1965.

- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, b. 2., İstanbul 2010.
- EMDİ, Göknil, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Şartının Bağımsızlığı”, AÜHF Mecmua, Ankara 2008.
- EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 14, Ankara 2012.
- ERKAN, Mustafa, International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses, Kluwer Law International 2011.
- ESEN, Emre, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve *Kompetenz-Kompetenz* Prensibi”, Galatasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan.
- GARNETT, Richard, A Practical Guide to International Commercial Arbitration, New York 2000.
- GÜLERCİ, Altan Fahri, “Separability of the Arbitration Agreement in International Arbitration”, ABR, 2008, Vol.1, Issue 1.
- HAINING, Kristy/ZELLER, Bruno, “Can Separability Save *Kompetenz-Kompetenz* When There is a Challenge to the Existence of a Contract?”, Arbitration, 2010, V. 76, Issue 3.
- HULEATT-JAMES, Mark, International Commercial Arbitration: A Handbook, London 1996.
- ICC Rules of Arbitration in Force as from January 1998, ICC Publication Number 581, Paris 1997.
- KALPSÜZ, Turgut, “Tahkim Anlaşması”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, (KALPSÜZ, Tahkim Anlaşması).
- KALPSÜZ, Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, b. 2., Ankara 2010, (KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim).
- KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002.
- KARRER, Pierre /ARNOLD, Karl, Switzerland’s Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, 2nd ed., Deventer-Boston 1989.

- KESER BERBER, Leyla, “Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2001.
- LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer International Arbitration: The Hague, London, New York 2003.
- MCNEILL, Mark S./JURATOWITCH, Ben, “Agora: Thoughts on Fiona Trust-The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate”, Arbitration International, 2008, Vol. 24, No. 3.
- MONESTIER, Tanya J., “ ‘Nothing Comes of Nothing’... or Does It? A Critical Re-Examination of the Doctrine of Separability in American Arbitration”, American Review of International Arbitration, 2001, V. 12.
- NOMER, Ergin, “Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, MHB, 1990, C. 10, S. 1-2, (NOMER, Tahkim).
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, b.19., İstanbul 2011, (NOMER, Devletler).
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, Milletlerarası Tahkim, C. I., b. 4., İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler: 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş, b. 10., C. I., İstanbul 2012.
- ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008.
- PARK, William W., “The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?” The Journal of the London Court of International Arbitration, 1996, Vol. 12, No. 2, (137-159).
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 21., İstanbul 2010.
- Swiss Arbitration Association (ASA), Dispute Resolution on International Markets: International Arbitration “Do’s and Don’ts”, 6th ed., ASA Special Series No: 31, Basel 2009.
- ŞANLI, Cemal, “Türkiye’de Tahkim ve ADR”, Türkiye Barolar Birliği

- Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 9-10 Ocak 2009, Ankara, (ŞANLI, Tahkim).
- ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, b.4., İstanbul 2011, (ŞANLI, Ticari Akitler).
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013.
- SCHWEBEL, Stephen M., International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge Grotius Publications Limited 1987.
- SMIT, Hans, “When Is A Government Bound By A Contract, Including An Arbitration Clause, It Did Not Sign?”, The American Review of International Arbitration, 2005, V. 16, Issue 2, (SMIT, H, It Did Not Sign).
- SMIT, Robert H., “Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?”, American Review of International Arbitration, 2002, Vol.13.
- SPOORENBERG, Frank/FELLRATH, Isabelle, “Consent to Arbitrate: A Prerequisite to Arbitration”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2012, C. 1, S. 2.
- TAŞKIN, Alim, “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, C. II, S. I-II, bkz. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_10.pdf, erişim 20 Şubat 2012).
- VAN DEN BERG, Albert Jan (ed)., Yearbook Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer International Law 1990, V. XV.
- VAN DEN BERG, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981.
- VAN HOUTTE, Hans, The Law of International Trade, 2nd ed., London Sweet&Maxwell 2002.
- VARADY, Tibor/ BARCELO III, John J./von MEHREN, Arthur T., International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective, 2nd ed., Thomson West 2003.
- YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, İstanbul.

YEŞİLOVA, Bilgehan, “Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, I. Cilt.

(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>, erişim 11 Şubat 2013).

(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/7>, erişim 11 Şubat 2013).

(http://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_002037&revision=latestreleased, erişim 26 Aralık 2012).

(<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>, erişim Ocak 2013).

(<http://www.jus.uio.no/lm/icc.arbitration.rules.1998/>, erişim 24 Şubat 2013).

(http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx , erişim 26 Aralık 2012).

(<http://www.newyorkconvention.org/publications/nyac-i>, erişim 24 Şubat 2013).

(<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf> , erişim 20 Şubat 2013).

(http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, erişim 8 Şubat 2013).

(<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#awa2>, erişim 23 Şubat 2013).

(https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf, erişim 11 Şubat 2013).

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA TÜKETİCİ SORUNLARI HAKEM HEYETLERİ VE BU ALANDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

İbrahim ERMENEK*

ÖZET

Tüketici sorunları hakem heyeti, tüketici kuruluşları başlığı altında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22'nci maddesinde düzenlenmiştir. Heyetin çalışma usul ve esasları ise, aynı maddenin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte yer almaktadır. Hakem heyetlerinin hukukî niteliğinin Kanun'da belirtilmemiş olması bu konuda doktrinde tartışmalara neden olmaktadır. Ayrıca, hakem heyetlerinin hukukî niteliğindeki bu belirsizlik uygulamada birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay'ın konuya yaklaşımları arasında ciddi bir farklılık vardır. Nihayet, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısında da bu sorunları giderecek düzenlemelere yer verilmemiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici sorunları hakem heyeti, tüketici hukuku, mecburi tahkim, alternatif uyuşmazlık çözümleri, tüketicinin korunması

IN THE LIGHTS OF ADJUDICATION, ARBITRATION COMMITTEE FOR CONSUMER PROBLEMS

ABSTRACT

Arbitration Committee for Consumer Problems is established in Article 22, under the heading "Consumer Entities" in Consumer Protection Law. Operation principles and procedures of the committee are set in regulations enacted with the power vested by same article. Since the legal characteristics of the committee are not established by the statute, there are some academic debates over the subject. Moreover, this ambiguousness in legal characteristics of the committees also causes many problems in practice. In this regard, Constitutional Court and Appellate Court seem to have different approaches regarding the subject. In addition, the bill for new Consumer Protection Law does not include supplements to solve these problems.

Keywords: Arbitration Committee for Consumer Problems, Consumer Law, Mandatory Arbitration, alternative Dispute Resolution, Consumer Protection

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren Amerika Birleşik Devletlerinde başlayan tüketiciyi koruma hareketi daha sonra özellikle Almanya, İngiltere, Fransa ve Belçika gibi ülkelerin başını çektiği Avrupa ülkelerinde yaygınlaşmıştır. Bu bağlamda, 1986 yılında Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü tarafından ilân edilen evrensel tüketici hakları bildirisi ve özellikle bu haklar arasında yer alan tüketicilerin “ekonomik çıkarlarının korunması ve tazmin edilmesi hakkı” ile “örgütlenme ve sesini duyurma hakkı” konumuz açısından önemlidir.

Tüketicinin korunmasının gerekliliği 1980’li yılların başından itibaren ülkemizde de tartışılmaya başlanmış ve bu bağlamda; ikinci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğunu vurgulayan 1982 Anayasasının 172’inci maddesinde de, “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” denilmek suretiyle, Devlet’e tüketicileri koruma yükümlülüğü yüklenmiştir. Avrupa Birliği ve Gümrük Birliğine girme çabalarının bir sonucu olarak 1990’lı yılların başında Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğünün kurulması ve 1995 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ve ona bağlı yönetmeliklerin çıkarılması ile bu yöndeki gelişmeler devam etmiştir. Daha sonra 4077 sayılı Kanun’un birçok maddesi 2003 tarihli 4822 sayılı Kanunla, bazı maddeleri ise 2004 tarihli 5179 ve 5217 sayılı Kanunlarla değiştirilmiştir. Kanun’a 2007 tarihli 5582 sayılı Kanunla da bazı eklemeler yapılmıştır. Bu değişiklik ve eklemelere bağlı olarak ilgili Yönetmeliklerde de gerekli değişiklikler ve güncellemeler yapılmıştır.

İktisadi hayatta, üreticiler, belirli bir hizmet veya malı piyasaya sunan şirket ve ticari işletmeler ve hatta esnaf işletmeleri; bir taraftan örgütlü birer yapıya sahip olarak karşımıza çıkarken, diğer taraftan da bireysel hareket eden tüketicilere karşı gerek bilgi birikimi ve gerekse ekonomik olarak üstün güç şeklinde karşımıza çıkmakta; bu husus ise, özel hukuk alanında geçerli olan akdın taraflarının eşitliği prensibini rasyonel olarak ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca, iletişim araçlarının gelişmesiyle birlikte pazarlama ve tanıtım (reklam) yöntemleri değişmiş ve ürün çeşitliliği artmıştır. Bu değişim, bir taraftan tüketici tercihlerini zorlaştırırken diğer taraftan bir tüketim toplumu meydana getirmiştir. Ortaya çıkan bu eşitsizlik ve dengesizlik, tüketici adı verilen büyük bir kitlenin korunması zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. Geline bu noktada tüketicinin korunması, önleyici ve koruyucu yöntemlerle gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

Koruyucu yöntemler içerisinde en önemli olanı; yargılamanın uzun sürmesi, uyuşmazlıkların çoğunlukla düşük meblağlı olmasına rağmen yargılamanın pahalı olması, dava sonunda adalet nispeten sağlanmasına rağmen tüketicinin tatmin edilememesi gibi, hak arama özgürlüğüne engel olan veya onu sınırlandıran etkenlerin ortadan kaldırılarak, tüketicilerin etkin bir şekilde korunmasına hizmet eden yargılama mercilerinin oluşturulması gerekliliğidir. Bu bağlamda, ülkemizde 4077 sayılı Kanunla “Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri” ve “Tüketici Mahkemelerinin” kurulması öngörülmüş ve daha sonra bu merciler Kanun’da öngörülen şekilde oluşturulmuştur. Ne varki, yaklaşık 15 yıllık bir maziye sahip bu kurumların oluşturulması da, tüketicinin özlenen şekilde etkin olarak korunması için yeterli olamamıştır. Gelenen bu noktada çalışmamız tüketici sorunları hakem heyetleri üzerinde yoğunlaşacak ve fakat yeri geldikçe tüketici mahkemelerine de değinilecektir. Nihayet, bu çalışma tamamlandıktan kısa bir süre sonra, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından tasarı çalışmaları tamamlanıp kamuoyunun görüşüne sunulan Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Taslağında yer alan ilgili düzenlemeler, ilgili bölümlerde dipnot halinde belirtildikten sonra gerekli değerlendirmeler yapılacaktır.

A. Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 22’nci maddesinde, Sanayi ve

Ticaret Bakanlığının¹, il ve ilçe merkezlerinde bu Kanun’un uygulanmasından doğan sorunları çözmek üzere en az bir tüketici sorunları hakem heyeti oluşturacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, aynı maddenin son fıkrası ile, tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları ile diğer hususları düzenlemek üzere Bakanlık tarafından bir yönetmelik çıkarılacağına işaret edilmiştir². Ülkemizde tüketici sorunları hakem heyetlerinin oluşturulmasının amacının; Devlet mahkemelerine başvurulması

¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda sözü edilen “Bakanlık” ibaresinden “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı” anlaşılmalıdır. Zira, 8 Haziran 2011 Tarihli ve 27958 sayılı Resmî Gazetenin Mükerrer Sayısında yayımlanan, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile, eskiden Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bağlı olan Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü, Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü olarak yeniden yapılandırılarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlanmıştır. Şu halde il ve ilçelerde yeni Tüketici Sorunları Hakem Heyeti oluşturma görevi Gümrük ve Ticaret Bakanlığına aittir.

² İşaret edilen bu Yönetmelik Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tarafından 03.08.2003 tarihinde çıkarılmış ve 25186 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

halinde, yargının içinde bulunduğu sorunlara bağlı olarak âdil yargılanma hakkının ihlal edilmesi kuvvetle muhtemel olan tüketicilerin, özellikle düşük meblağlı uyuşmazlıklar bakımından adalete ulaşmalarının kolaylaştırılması olduğu söylenebilir.

Tüketici sorunları hakem heyetine başvurabilmek için öncelikle uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan kaynaklanmış olması ve uyuşmazlığın taraflarından birisinin tüketici sıfatını haiz olması gerekir. Bu bağlamda tüketici sorunları hakem heyetine iki tür başvuru yapılmaktadır. Bunlardan ilki, Kanunda ön görülen belirli bir meblağın altında kalan uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunludur ve heyetin verdiği karar icra kabiliyetini haizdir. Kanun'da öngörülen meblağı geçen uyuşmazlıklar bakımından ise, tüketici sorunları hakem heyetine başvuru ihtiyarîdir. Bu ihtimalde tüketici sorunları hakem heyetine başvurulması halinde heyetin kararlarının ilâmların icrası yolu ile yerine getirilebilme kabiliyeti yoktur. Bu kararlar tüketici mahkemesinde delil olarak ileri sürülebilirler. Bu haller dışında, Kanun'da tüketicinin korunması amacı ile getirilmiş diğer tedbirleri denetleme ve gerekli cezaî yaptırımları uygulama yetki ve görevi tüketici sorunları hakem heyetine verilmemiştir³.

B. Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Oluşturulması

1.Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Kuruluşu: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22,I maddesi hükmüne göre “Bakanlık, il ve ilçe merkezlerinde, bu Kanun'un uygulamasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacı ile en az bir tüketici sorunları hakem heyeti oluşturmakla görevlidir” (m.22,I). Aynı husus Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde “Tüketiciler ile satıcı ve sağlayıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlemek amacıyla veya tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilecek kararları almak üzere il ve ilçe merkezlerinde hakem heyetleri kurulur “ şeklinde ifade edilmiştir (TSHHY m.5). Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri il ve ilçe merkezlerinde kurulur. İl Hakem Heyetleri bulundukları ilin sınırları içinde, ilçe hakem heyetleri ise bulundukları

³ **Aslan**, İ. Yılmaz; Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Görev Alanı Sorunu, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Kasım 2007 (s. 3 - 23), s.4; **Pektaş**, Özcan; Hakem Heyetlerinin Görevleri, Çalışma Yöntemleri, İdari ve Hukukî Konumlar ve Kararlarının Hukukî İçeriği, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Kasım 2007 (s. 39 - 45), s.40, 41; **Tuskan**, Aydeniz Alisbah; Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Uygulamadaki Yeri, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Kasım 2007 (s. 59 - 64), s.59.

ilçenin ilçe sınırları içinde görev yaparlar (TSHHY m. 5,II). Ayrıca, büyük şehir statüsünde bulunan illerde ve ihtiyaç halinde diğer il ve ilçelerde il müdürlüklerinin görüşü alınarak Bakanlık tarafından birden fazla hakem heyeti kurulabilir (TSHHY m.6). Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiği her il e ilçede en az bir tüketici sorunları hakem heyetinin kurulmasının zorunlu olduğu ve ihtiyaç halinde birden fazla hakem heyeti de oluşturulabileceği rahatça söylenebilir. Ayrıca, büyükşehir belediyesi statüsünde bulunan iller bakımından büyük şehri oluşturan merkez ilçelerdeki hakem heyetlerinin yanı sıra bir de il tüketici sorunları hakem heyeti oluşturulabilmektedir. Fakat bu hakem heyetleri, diğer il ve ilçe hakem heyetlerinden farklı olarak onların görev alanına giren uyuşmazlıklardan daha yüksek meblağlı uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir (TSHHY m. 5,III). Bu hususa görev bağlamında ayrıca değinilecektir.

II.Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Üyeliği: Tüketici sorunları hakem heyeti üyelerinin belirlenmesi usulü, Kanun'da (m. 22,II ve III) ve hem de Yönetmelik'te düzenlenmiştir (TSHHY m. 7). Bu hükümlere göre; Başkanlığı, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam veya görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici sorunları hakem heyeti; belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye, baronun mensupları arasından görevlendireceği bir üye, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkâr odalarının görevlendireceği bir üye ve tüketici örgütlerinin seçecekleri bir üye olmak üzere başkan dahil beş üyeden oluşur.

Ticaret ve sanayi odası ya da ayrı ayrı kurulduğu yerlerde ticaret odası ile esnaf ve sanatkâr odalarının görevlendireceği üye, uyuşmazlığın satıcı tarafını oluşturan kişinin tacir veya esnaf ve sanatkâr olup olmamasına göre ilgili odaca görevlendirilir. Tüketici örgütü olmayan yerlerde tüketiciler, tüketim kooperatifleri tarafından temsil edilir⁴. Tüketici sorunları hakem heyetinin

⁴ Yönetmeliğin 9'uncu maddesinde 22. 09. 2007 tarihli bir değişiklik yapılmış ve bu değişiklik 26651 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre Yönetmeliğin 9'uncu maddesi şu şekildedir: Bir il veya ilçede faaliyet gösteren tüketici örgütlerinin sayısı dörtten az ise tamamının, dört ve dörtten fazla ise en az salt çoğunluğunun kararı ile kendi aralarından seçecekleri temsilciyi, o il ya da ilçenin hakem heyeti üyesi olarak illerde sanayi ve ticaret il müdürlüğüne, ilçelerde kaymakamlığa bildirir. Seçimin yapılması zorunluluğunun doğduğu tarihten itibaren en geç bir ay zarfında bu bildirimin yapılmaması halinde, illerde sanayi ve ticaret il müdürlüğü, ilçelerde kaymakamlık tarafından aşağıdaki kriterler dahilinde hakem heyetine temsilci gönderecek tüketici örgütü belirlenir. Bunların tespitinde sırasıyla, a) Hakem heyetinin bulunduğu il veya ilçe merkezinde çalışmaların faal olarak yürütülmesi, b) İl veya ilçe merkezinde aynı türden tüketici örgütü varsa, kayıtlı üye veya ortak sayısının en fazla olması, c) Ülke düzeyinde kurulan ve faaliyette bulunan şube sayısı, dikkate alınmak

oluşumunun sağlanamadığı yerlerde noksan üyelikler, başkanın belirlenecek üye sayısını yazılı olarak bildirmesi üzerine, belediye meclislerince re'sen doldurulur. Bu üyelerin isimleri, yapılacak ilk toplantıda belirlenerek başkana bildirilir. Hakem heyetinin kuruluşu sırasında tüketici örgütü bulunmayan il veya ilçede tüketici örgütlerinden birinin sonradan kurulması halinde, belediye meclisi tarafından tespit edilen üyenin görevi sona erer ve yerine tüketici örgütü temsilcisi görev alır. Buna ilişkin işlemler hakem heyeti başkanınca yürütülür. Başkan ve üyelerin yukarıda yer alan nitelikte yedekleri de ayrıca belirlenir⁵. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere hakem heyetine üye olarak atanacakların resmî bir sığa sahip olması veya kamu görevlisi olması gibi bir şarta yer verilmemiştir.

Başkan dışındaki üyelerin görev süresi iki yıldır. Süresi bitenler yeniden görevlendirilebilir veya seçilebilir. İstifa, ölüm, altı aydan fazla sürekli hastalık ve diğere nedenlerle görev süresi dolmadan önce boşalan üyelikler için görevlendirilenler veya seçilenler, yerine atandığı veya seçildiğı kişinin kalan süresini tamamlar. Görev süresi sona erenin üyeliğı, yerine görevlendirilen veya seçilen kişi göreve başlayınca kadar devam eder (TSHHY m.7,VI). Ayrıca üyelerin toplantılara katılması zorunludur. Geçerli bir mazereti olmaksızın birbirini takip eden dört toplantıya katılmayanların veya mazeretli de olsa üç ay içerisinde yapılan toplantılara hiç katılmayanların üyelikleri düşer (TSHHY m.17).

Tüketici sorunları hakem heyeti üyelerine ay içinde yapılan toplantılardan katıldıkları toplantı sayısına göre huzur hakkı veya huzur ücreti adı altında bir ödeme yapılır (m. 22,VIII; TSHHY m.27).

suretiyle tespit edilen tüketici örgütü yönetim kurulu, temsilcisini belirleyerek illerde il müdürlüğüne, ilçelerde kaymakamlıklara bildirir. Her il ve o ile bağılı ilçelerde seçilen tüketici örgütleri temsilcilerinin adı, soyadı ve üyesi oldukları tüketici örgütlerinin unvanları il müdürlüklerince toplu halde 15 gün içerisinde Genel Müdürlüğe bildirilir.

⁵ Üyelerde aranacak şartlar Yönetmeliğın 8'inci maddesinde şu şekile belirlenmiştir: Hakem heyetleri üyelerinin aşağıdaki şartları taşımaları zorunludur; a) T.C. vatandaşı olmak, b) 18 yaşından küçük olmamak, c) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde düzenlenen şartları taşıyor olmak, d) Kamu haklarından mahrum bulunmamak, e) Görevini devamlı yapmasına engel olabilecek vücut veya akıl hastalığı bulunmamak, f) Hakem heyeti üyelerinin yüksek okul mezunu olmaları esastır. Ancak, belirtilen özellikte üye bulunamadığı yerlerde illerde en az lise, ilçelerde en az ilköğretim okulu veya denkliği Milli Eğitim Bakanlığınca kabul edilen eğitim kurumlarından birini bitirmiş olmak. Bu şartları taşımadıkları sonradan anlaşılanların görevlerine başkan tarafından son verilir.

III.Raportör: Tüketici sorunları hakem heyetlerinde heyetin çalışmalarına ve kararlarına esas olacak dosyaları hazırlamak ve uyuşmazlığa ilişkin raporu sunmak üzere en az bir raportör görevlendirilir (m. 22,IV)⁶. Bu raportör (veya raportörler) illerde il müdürü tarafından il müdürlüğü personeli arasından, ilçelerde kaymakam tarafından ilçede görevli Devlet memurları arasından en az bir asil bir yedek olarak görevlendirilir. Raportörün yüksek öğrenim görmüş olması esastır. Yüksek öğrenim görmüş kişinin bulunmaması halinde lise veya denkliği Milli Eğitim Bakanlığınca kabul edilen eğitim kurumlarından birini bitirmiş kişiler arasından görevlendirilir. Raportörler üye olmadıklarından oy hakları da yoktur (TSHHY m.10). Hakem heyeti üyelerinde olduğu gibi o ay yapılan toplantılardan katıldıkları toplantı sayısına göre raportörlere de huzur hakkı veya huzur ücreti adı altında bir ödeme yapılır(m. 22,VIII; TSHHY m.27)⁷.

C.Genel Olarak Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Görev Alanın Tespiti

Bu başlık altında tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliğinin tespitinde yol gösterici olması bakımından onun görev alanına ilişkin genel tespitler yapılacak, göreve ilişkin bazı özel durumlar aşağıda ayrıca ele alınacaktır⁸.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 25'inci maddesinde öngörülen cezaî yaptırımlar dışında bu Kanun'dan kaynaklanan bütün uyuşmazlıkların çözümü tüketici sorunları hakem heyetinin görev alanına girer (m.22,VII). Ancak, Kanun'un açıkça başka kurumları görevli kıldığı hallerde tüketici sorunları hakem heyetleri görevli değildir. Mesela, 16'ncı madde bağlamında bir reklamın durdurulması veya düzeltilmesinde Reklam Kurulu'nun görevli olmasında olduğu gibi⁹. Bu bağlamda çözülecek uyuşmazlıkların niteliği açısından tüketici mahkemeleri ile tüketici sorunları

⁶ Yönetmeliğin 10'uncu maddesinde raportörün görevleri şu şekilde sayılmıştır: Raportör, hakem heyetinin çalışmalarına ve kararlarına esas olacak; a) Dosya ve raporu hazırlamak, b) Toplantı gündemini düzenlemek, c) Toplantılarda hazır bulunmak, d) Toplantı tutanaklarını tutmak, karar defterine kaydetmek, e) Evrak ve arşiv işlerini yürütmek, f) Başkanın ve hakem heyetinin uygun gördüğü diğer işleri yapmak,

⁷ Raportörlerin, kadrosu ve huzur hakkına ilişkin uygulamada yöneltilen eleştiriler ve ortaya konulan beklentiler de dikkate alınarak; Tasarı'nın 40'nci maddesinde açıkça huzur haklarından ve istihdamlarından bahsedilmektedir.

⁸ Bkz Aş. E.VI.

⁹ Aslan, s. 4; Pektaş, s. 40, 41; Tuskan, s. 60.

hakem heyetlerinin görev alanlarının örtüştüğü söylenebilir¹⁰. Her ne kadar tüketici mahkemelerinin görev alanına ilişkin olarak, bu Kanun'un uygulanması ile ilgili ortaya çıkacak her türlü uyuşmazlık tüketici mahkemesinde görülür (m. 23) denilmek suretiyle cezaî yaptırımlar bağlamında bir istisna getirilmemiş olsa da; 5728 sayılı Kanun'un 477'nci maddesi ile 4077 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi değiştirilerek cezaî hükümler bağlamında yapılacak itirazlar idarî yargının görev alanına dâhil edilmiştir. Tüketici sorunları hakem heyetlerinin görevleri bağlamında dikkati çeken başka bir husus ise, üretimin, satışın durdurulması ve malın toplatılması (m. 24) ve olduklarından farklı görünen mallara ilişkin (m.24/A) bir istisnanın getirilmemiş olmasıdır.

Tüketici mahkemeleri ile tüketici sorunları hakem heyetlerinin görevlerine ilişkin olarak uyuşmazlıkların nitelikleri açısından ortaya çıkan bu çakışma, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi görevli merciye başvurulacağı sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda Kanun Koyucu sorunu dava konusu uyuşmazlığın miktarına¹¹ ve hakem heyeti kararlarının bağlayıcılığına göre çözmüştür. Bu çerçevede, Kanun'un 25 ve devamı maddelerinde öngörülen istisnaî haller dışında uyuşmazlığın miktarı ne olursa olsun tüketici sorunları hakem heyetine başvurulabilecektir. Tüketici mahkemeleri açısından ise, ancak Kanun'da öngörülen sınırı aşan uyuşmazlıklar bağlamında başvuru mümkün olmaktadır. Bu sınırın altında kalan uyuşmazlıklar bakımında tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunlu olduğundan¹², tüketici mahkemeleri açısından bir görev sorunu ortaya çıkmaktadır¹³. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin

¹⁰ Aslan, s. 4; Pektaş, s. 41; Tuskan, s.59.

¹¹ 2012 yılı için bu miktar Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca tespit edilerek, 26.12.2011 tarih ve 28154 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Buna göre: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22 nci maddesinde belirlenen usule göre Türkiye İstatistik Kurumu tarafından bildirilen Üretici Fiyatları Endeksinde meydana gelen ortalama % 12,58 (oniki virgül ellisekiz) oranında artış esas alınarak 1/1/2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere;a) 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22 nci maddesinin beş ve altıncı fıkrasındaki tüketici sorunları hakem heyetlerinin kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin üst veya tüketici mahkemelerinde delil olacağına ilişkin alt parasal sınır 1.161,67 TL; b) 1/8/2003 tarihli ve 25186 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, büyükşehir statüsünde bulunan illerde faaliyet gösteren il hakem heyetlerinin uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkili olmalarına ilişkin alt parasal sınır 3.032,65 TL, olarak tespit edilmiştir.

¹² “Uyuşmazlık konusu asıl alacak 143.763.855 lira olduğuna göre Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan açılan bir davanın dinlenme olanağı yoktur”, Yargıtay 13. HD'nin T. 6.7.2006, E. 2006/6760 ve K.2006/11218 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

¹³ “Açıklanan hüküm gereğince davacının Tüketici Sorunları İl Hakem Heyetine başvurduktan

kurallar olduğundan, bu miktar bağlamında mahkeme ve hakem heyeti görevli olup olmadığını re'sen incelemek zorundadır¹⁴. Bu miktar aynı zamanda tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının bağlayıcılık sınırını da oluşturur. Kanun'da öngörülen miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda heyetin verdiği kararlar tarafları bağlayıcı mahiyette iken; bu miktarı aşan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinde sadece bir delil olma vasfını taşımaktadır. Bu miktarın tespitinde dava konusu asıl uyuşmazlık dikkate alınır. Faizler ve diğer tazminatlar dikkate alınmaz¹⁵. Doktrinde bu miktarın tespitinde, tarafın zamanında başvuru yapmayarak görevli merciyi iradî olarak değiştirebileceği gerekçesi ile, sözleşmenin yapıldığı tarihteki değerin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶. Ayrıca, maddî ve manevî tazminat talepleri birlikte istenmişse her ikisinin toplamına göre bu miktar belirlenmelidir¹⁷. Büyükşehir belediyesi statüsündeki illerde oluşturulan tüketici il hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda alt sınır tespit edildiğinden ve bu alt sınır tüketici mahkemelerinin görev alanını belirleyen alt sınırın üzerinde olduğundan, bu hakem heyetleri bağlayıcı nitelikte karar veremezler. Sadece delil olabilecek nitelikte karar verebilirler.

D.Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Hukukî Niteliği

I.Genel Olarak Sorunun Tespiti

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliğinin tam olarak tespit edilmemiş olması neticesine bağlı olarak bugün uygulamada birçok sorunla karşılaşmaktadır. Bu bağlamda özellikle Anayasa Mahkemesi kararları ve Yargıtay kararları çözüme ışık tutmakla beraber, bu alanda tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliğinin belirsizliğinden kaynaklanan sorunları köklü bir şekilde çözmekten uzaktır. Tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliğinin tespitinde ortaya çıkan karmaşanın başlıca nedenlerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

sonra verilen karara karşı tüketici mahkemesine itiraz etmesi gerekirken Tüketici Sorunları İl Hakem Heyetine başvurmadan tüketici mahkemesine dava açması durumunda mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekirken, işin esasını inceleyerek hüküm kurmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden", Yargıtay 4. HD'nin T. 23.1.2008, E. 2007/15118 ve K.2008/445 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

¹⁴ **Küzeci**, Deniz; Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü, Hukuk Gündemi, Haziran, Temmuz, Ağustos 2006, (s. 91 – 97), s. 92.

¹⁵ **Küzeci**, s. 92.

¹⁶ **Pekcanitez**, Hakan; Tüketici Mahkemeleri, İstanbul Barosu Dergisi, 1996/4, 5, 6. C.LXX, (s. 141 - 161) s. 145, 146 (**Pekcanitez** -Tüketici Mahkemesi).

¹⁷ **Pekcanitez** -Tüketici Mahkemesi, s.146.

- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketici sorunları hakem heyetlerini "yargılama ve cezaya ilişkin hükümler" başlığı yerine "tüketici kuruluşları" başlığı altında düzenlemiş olması,

- Belli bir meblağın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetine başvurunun zorunlu olması, bu bağlamda verilen kararların tarafları bağlayıcı olması ve ilâmlı icra hükümlerine göre icrasının gerçekleştirilmesi,

- Tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları ile diğer hususların Kanun yerine bir Yönetmelikle düzenlenmesi,

- Bizzat Kanun tarafından diğer yargılama hukuku alanları ile açık bir bağlantının kurulmamış olması,

- Hakem heyeti üyelerinin atanma şeklidir.

Sorunların kaynağı bu şekilde tespit edildikten sonra, bu sorunların çözümü çerçevesinde tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliği üzerinde düşünülmelidir.

II. Hukukî Niteliği

1.Anayasa Mahkemesinin Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine Yaklaşımı

Hakem heyetleri Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ve Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde öngörülen usuller çerçevesinde oluşturulurlar. Heyetin görev alanın genel sınırları Kanun'la çizilmiş olmakla beraber, çalışma usul ve esasları Yönetmelik'le düzenlenmiştir. Heyetin kararlarının niteliği ise Kanun tarafından tespit edilmiştir. Bu bağlamda Kanunda öngörülen meblağın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetine başvurunun zorunlu olduğu, bu çerçevede verilecek kararların taraflar için bağlayıcı olduğu, bu kararlara karşı tarafların 15 gün içerisinde tüketici mahkemelerine itiraz edebileceği ve itiraz üzerine tüketici mahkemelerinin vereceği kararların kesin olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, bu miktarın altında kalan hakem heyeti kararlarının İcra ve İflâs Kanunu'nun ilâmların icrasına dair hükümlerine göre yerine getirileceği de hüküm altına alınmıştır (m.22,IV).

İşaret ettiğimiz bu hükümler çerçevesinde tüketici sorunları hakem heyetlerinin mahkeme vasfına sahip olup olmadıklarının öncelikle tespiti gerekir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, kendisine bir hakem heyeti tarafından yapılan Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal başvurusu üzerine,

yaptığı ilk inceleme neticesinde; tüketici sorunları hakem heyetlerinin mahkeme vasfına sahip olmadıkları gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir¹⁸. Mahkeme ret kararını, tüketici sorunları hakem heyetlerinin yargı organları ve mensupları açısından Anayasa’da öngörülen niteliklere sahip olmaması gerekçesine dayandırmıştır¹⁹. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı tüketici sorunları hakem heyetinin faaliyetlerinin ve bu faaliyetler neticesinde verilen kararların hukukî niteliğine dair bir çözüm öngörmemektedir.

Bu sorunların çözümüne başka bir Anayasa Mahkemesi Kararı ışık tutmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 22’nci maddesinde yer alan, belirli bir meblağın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunluluğuna, bu meblağın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından verilen kararların ilâmlı icra hükümlerine göre yerine getirilmesine ve tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin hükümlerin iptali istemiyle önüne gelen başvuru üzerine yaptığı incelemede²⁰; tüketici sorunları hakem heyetlerinin yargı işlevini yerine getiren bir kurul olmadığına, kararlarına karşı tüketici mahkemesine itiraz etme imkânı bulunması nedeni ile Anayasa’da öngörülen âdil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Diğer taraftan, Kanun’da öngörülen düzenleme ile hakem heyeti kararlarının ilâm niteliğinde olduğunun değil, ilâmlar gibi infaz olunacağı gösterilerek ilâmların yerine getirilmesi usulüne ilişkin bir kural getirildiği, bu durumun dava ve itiraz hakkını ortadan kaldırmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi, tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları ile diğer hususların yönetmelikle düzenlenmesine ilişkin hükmün iptali istemini ise, bu hükmün somut davada uygulanması söz konusu olmadığından reddetmiştir. Başka bir ifade ile, bu hükmün esasının Anayasa’ya uygun olup olmadığı yönünde henüz verilmiş bir karar yoktur.

¹⁸ 27 Aralık 2007 tarih ve 26739 sayılı R.G. yayımlanan Anayasa Mahkemesi Kararı.

¹⁹ Anayasa Mahkemesine göre: “Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlemekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılma ve emekliliklerinin, Anayasa’nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir”. 27 Aralık 2007 tarih ve 26739 sayılı R.G. yayımlanan Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçesinden.

²⁰ 1 Temmuz 2008 tarih ve 26923 sayılı R.G. de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararı.

Anayasa Mahkemesi, bizatihi tüketici sorunları hakem heyetlerinin kendisinin Anayasa'ya uygun olup olmadığını da tartışmıştır. Bu tartışma neticesinde, hakem heyeti kararlarına karşı yargı yolunun açık tutulmasını da göz önünde bulunduran Mahkeme, Anayasa'nın 141'inci maddesi bağlamında davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğuna dikkati çekerek; ağır iş yükü altında onun bu görevi yerine getirmesinin zorlukları karşısında; anayasal kuralların etkinliğinin sağlanabilmesi için, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yöntemlerin hayata geçirilmesinin kabul edilebileceğini belirledikten sonra; belli bir değer altındaki uyuşmazlıkların kısa sürede çözümü için dava açılmadan önce tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getiren düzenlemelerin, Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine varmıştır²¹.

2.Anayasa Mahkemesinin Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine Yaklaşımının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

a) Mahkeme olup olmama açısından değerlendirilmesi: 1982 Anayasası'nın birçok maddesinde (m.9, 36, 37, 138, 139, 152 gibi) “mahkeme” kavramı kullanılmasına rağmen, mahkeme kavramı tanımlanmış değildir. Bu nedenle mahkeme kavramından ne anlaşılması gerektiği (anayasa yargısı bağlamında) Anayasa Mahkemesinin münhasır yetkisine bırakılmıştır²². Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, farklı yerlerde kullanılsalar dahi, Anayasa'da kullanılan “mahkeme” kavramının, onun yerleşik hukukî niteliği içinde bir anlam taşıyacağı kanaatindedir²³. Bu çerçevede bir mahkemede bulunması gereken nitelikleri “karar organlarının hâkimlerden teşekkül etmesi”, “yargılama tekniklerini uygulayarak, dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözmekle görevli olması”, “Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birisinin içinde yer alma”²⁴ ve “Devlet tarafından görevlendirilmiş olma”²⁵ şeklinde tespit etmek mümkündür.

²¹ 1 Temmuz 2008 tarih ve 26923 sayılı R.G. de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararı.

²² **Başlar**, Kemal; Anayasa Yargısında “Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı, Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ağustos 2006, (s.219 - 257), s. 219, 223, 255.

²³ AYMK, 4.6.1970, E.1970/6, K, 1970/29; **Karagülmez**, Ali; İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında İlk İnceleme Aşaması, Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ağustos 2006, (s.190 - 218) s. 206, dn.35.

²⁴ **Karagülmez**, s. 207; **Başlar**, s.222; **Kaya**, Meral; Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme, Ankara 2008, s..77, 78.

²⁵ **Başlar**, s. 222; **Kaya**, s. 77, 78.

İşaret ettiğimiz kriterler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlığı çözecek kişi ile Anayasada yer alan hâkimlik teminatına sahip olma arasında sıkı bir ilişki kurmakta ve bu bağlamda resmî olarak hâkim sıfatını aramakta ve adeta onunla özdeşleştirdiği resmî bir mahkemenin varlığını da şart koşmaktadır. Mahkemenin, tüketici sorunları hakem heyetlerine yaklaşımı değerlendirildiğinde, hakem heyeti üyelerinin Anayasa’da öngörülen hâkimlik teminatlarına sahip olmaması ve uyuşmazlığın çözümü sırasında da resmî olarak hâkim sıfatına sahip olmamaları nedeniyle hakem heyetlerini bir mahkeme saymaması, bugüne kadar ki yaklaşımına da uygundur. Ancak, doktrinde Anayasa Mahkemesinin “mahkeme” kavramını dar yorumlaması, anayasa yargısının temel amacından hareket edilerek, eleştirilmekte ve mahkeme kavramının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapıldığı gibi “tribunal” anlamda yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir²⁶. Böyle bir yorum çerçevesinde, ihtiyarî ve mecburî tahkim hallerinde yapılan yargılamalarla, tüketici sorunları hakem heyetleri ve hatta bağımsız idarî otoritelerce yapılan yargılama benzeri faaliyetler sırasında da iptal istemi ile Anayasa Mahkemesine başvurulabileceğine dikkat çekilmektedir²⁷. Hatta bir görüşe göre, yukarıdaki kriterler dahi, bugün için Anayasa Mahkemesince birer mahkeme olarak kabul edilmeyen ve fakat yasayla kurulmuş, objektif hukuka göre karar veren ve adlî yargının görev alanına giren bir konuda yargılama yapan heyet, divan gibi mercilerin mahkeme sayılması için yeterli olmalıdır²⁸.

b)Yargılama işlevi açısından değerlendirilmesi: Bir önceki paragrafta işaret ettiğimiz, tüketici sorunları hakem heyetlerinin mahkeme sayılmaması gerekçesinin doğal bir sonucu olarak da, heyetin faaliyetleri birer yargılama faaliyeti olarak sayılmamaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi hakem heyeti faaliyetlerinin ne tür bir faaliyet olduğunu açıklamamaktadır. Kanımızca, bu, dar anlamda mahkeme kavramına bağlı olarak yapılan zorlama bir yorumdur. Böyle bir yorum geliştirmekle Anayasa Mahkemesi tahkim müesseseleri ve özellikle zorunlu tahkim bağlamında, Anayasa’nın 9’ncu maddesinde yer alan “yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılması”, 36’ncı maddesinde yer alan “hak arama özgürlüğü” ve 37’nci maddesinde yer alan “kanunî hâkim güvencesi” çerçevesinde yargı yetkisinin kullanılmasının devredilip edilemeyeceğine ilişkin doyurucu bir gerekçe bulamamasından

²⁶ Başlar, s.220, 222, 236.

²⁷ Başlar, s.238, 246, 247.

²⁸ Başlar, s. 222.

kaynaklanmaktadır²⁹. Bu bağlamda tüketici sorunları hakem heyetlerinin oluşturulmasına, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi amacıyla bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak cevaz vermek; hem yargı yetkisinin devri bağlamında hem de tüketici sorunları hakem heyetlerinin uygulamada ki işlevselliği karşısında tatmin edici bir gerekçe olmaktan uzaktır. Kaldı ki, Anayasa'nın 9 ve 37'nci maddeleri bağlamında yapılan değerlendirmelerde yargının iş yükünün hafifletilmesi hukukî bir gerekçe olamaz.

Yargısal faaliyetin tespitinde başvuru iki tanım vardır ki, bunlardan birisi şeklî (organik), diğeri ise maddî tanımdır. Şeklî tanım, yapılan işin hukukî mahiyetine bakmaksızın mahkemelerin her türlü faaliyetini yargısal bir faaliyet olarak kabul eder. Mahkemelerin kalem işlerinin yürütülmesi ve benzeri faaliyetlerde de bulunduğu düşünüldüğünde, bu yaklaşımın yargı faaliyetini tanımlamakta yetersiz kaldığı açıktır³⁰. Buna karşın, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce soyut hukuk kurallarının somut bir olaya uygulanması vasıtası ile hukukî uyuşmazlıkların kesin olarak çözülmesi faaliyeti yargılamanın maddî tanımı olarak kabul edilmektedir³¹. Bu çerçevede doktrinde, Anayasa Mahkemesi'nin zorunlu tahkime ilişkin olarak yaklaşımda şeklî tanımı esas aldığı ve işin maddî anlamda bir yargılama bir yargısal işlem olup olmadığını gözetmediği ileri sürülmüştür³². Kanımızca, Anayasa Mahkemesi bu kararlarında da³³ maddî yargı tanımını benimsemiştir³⁴. Sorun

²⁹ Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararlarına karşı, Anayasa'nın 59'ncu maddesinde 2011 yılında yapılan değişiklikle yargı yolunun tamamen kapatılması, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihatlarını etkileyecek mahiyettedir. Zira, bir mecburi tahkim mahiyetinde olan Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarına karşı, yargı yolları bir anayasa hükmü ile kapatılmıştır.

³⁰ Arslan, Ramazan / Tanrıver, Süha; Yargı Örgütü, Ankara 2001, s. 35.

³¹ Benzer tanım için, bkz., Arslan / Tanrıver, s. 35, 36.

³² Başlar, s. 226, 227.

³³ Bkz., Başlar, s. 226, dn. 18 vd atıfta bulunulan Anayasa Mahkemesi Kararları.

³⁴ Aksi halde, Anayasa Mahkemesi bizatihi kendisini, - sadece yüce divan sıfatıyla baktığı davalar ve siyasi partilerin kapatılması davalarında değil- bütün davalar bakımından Anayasa'ya aykırılık itirazı ileri sürebilecek bir mahkeme olarak kabul ederdi (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E.1969/24, K. 1969/50, AMKD 7, s. 402, 403; E. 1971/41, K.1971/67 AMKD 11, s.67). Gerçi icra tetkik mercilerinin birer mahkeme sayılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarında da bu husus tartışılabilir. Zira, Anayasa Mahkemesi icra tetkik mercilerini mahkeme sayan kararlarında "İcra hâkimleri kendilerine sunulan şikâyet ve itirazları, belli usule uyarak yargılamakta ve objektif hukuk kurallarını bu şikâyet ve itirazlara uygulamak suretiyle bunları kesin hükme bağlamaktadırlar. Bu fonksiyonu gören icra tetkik mercilerinin mahkeme olarak kabul edilmeleri gerekir" demek suretiyle bu mercilerin görev alanına giren işler bağlamında bir değerlendirme yapmamıştır (Bkz., E. 1966/15 K.1966/33 ve E.1965/25 K.1965/57 sayılı Kararları; www.anayasa.gov.tr/kararlar e.t.29.07.2012). Daha sonraki kararlarında ise Mahkeme, icra tetkik mercilerinin gerek itirazın kaldırılma-

yukarı paragraflarda işaret ettiğimiz üzere, maddî tanım bağlamında, soyut hukuk kuralını somut olaya uygulayan bağımsız ve tarafsız mahkemenin tespitinde, yargılama faaliyetini icra eden kişi veya kurumun, bu faaliyetinin icra sırasında da Anayasa ve yasalarla öngörülen hâkimlik teminatına sahip olması koşulunu aramasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme kavramına getirilen bu dar yorumun doğal bir sonucu olarak, Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı çerçevesinde, tüketici sorunları hakem heyetlerinin faaliyetlerini yargılamanın maddî tanımının dışında kalmaktadır.

Doktrinde tüketici sorunları hakem heyetlerinin faaliyetlerinin yarı yargısal bir faaliyet olduğu görüşü de ileri sürülmektedir³⁵. Bu görüşe göre, tüketici sorunları hakem heyetleri de (Rekabet Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu gibi) özel nitelikte fonksiyonlara sahip ve adlî ve idarî yargı dışında kurulmuş yasanın verdiği yetkiye dayanarak görev yapan uzmanlaşmış yargı yerleridir³⁶. Burada şimdilik şu hususa işaret edelim ki, tüketici sorunları hakem heyetleri adı geçen bağımsız idarî otoritelerle aynı ve hatta benzer kategoriler de değerlendirilemez. Zira, bu kurulların bazı faaliyetleri usul itibarı ile bir yargılama faaliyetini anımsatıyorsa da, bu benzerlik yapılan işlemlerin idarî işlem olma vasfını ortadan kaldırmaz. Bu bağlamda, mesela Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55' nci maddesinde Kurul kararlarına karşı idarî yargıda dava açılabilceğinin açıkça düzenlenmiş olması (ve elbette bu davada davalı olarak Rekabet Kurumu'nun yer alacak olması), rekabetin kötüye kullanılması halinde maddî ve manevî tazminat talepleri için genel mahkemelerin (asliye ticaret mahkemelerinin) görevlendirilmiş olması (Rekabet Kurumu'nu değil) görüşümüzü desteklemesi bakımından önemlidir. Oysa, idarî para cezaları hariç olmak üzere, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasından ortaya çıkan ve belirli bir miktarın altında kalan bütün uyuşmazlıklar için (maddî ve manevî tazminat talepleri, takipten önce ve sonra açılan menfî tespit davaları, itirazın iptali davaları da dahil) tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunludur. Kanun, heyet kararlarına karşı bir dava açılmasından değil, karara karşı itiraz edilmesinden bahsetmektedir.

sı ve gerekse şikâyet prosedürü çerçevesindeki görevinin ifası sırasında yapmış oldukları Anayasa'ya aykırılık itirazlarını başvuran mercinin mahkeme sıfatının yokluğundan dolayı reddetmemiştir. Bu bağlamda özellikle icra tetkik mercilerinin (şimdi icra mahkemesi) maddî anlamda kesinliğe elverişli olmayan kararlar verdiği yargılama faaliyetleri ve şikâyet taleplerini incelerken yaptığı başvurularda (ki icra mahkemesin bu tür faaliyetleri dava kabul edilmiyor), Anayasa Mahkemesi tarafından bir mahkeme olarak kabul edilmesi, Anayasa Mahkemesinin bizatihi kendisini mahkeme kabul etmediği kararları ile çelişmektedir.

³⁵ Başlar, s. 220.

³⁶ Başlar, s. 255.

Başvurulan itiraz yolunda ise, tüketici sorunları hakem heyeti taraf olarak yer almayacaktır. Bu itirazın niteliğine aşağıda ayrıca değinilecektir³⁷.

Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının idarî işlem olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında ise, kanımızca bu kararların idarî işlem olarak da değerlendirilmesi mümkün değildir. Çok farklı idarî işlem tanımları yapılmakla beraber, Danıştay'ın kararlarında kabul ettiği idarî işlem tanımından³⁸ hareket edilerek bir değerlendirme yapıldığında; her şeyden önce, tüketici sorunları hakem heyetleri idarî hiyerarşi içerisinde yer alan ve kararları idarî anlamda denetlenebilen bir kurum değildir. Aynı şekilde hakem heyetini oluşturan üyelerden bazıları hakem heyetlerindeki görevleri dışında idarî bir hiyerarşiye tâbi olsalar dahi, heyetteki görevlerinin icrası sırasında idarî bir hiyerarşiye tâbi değildirler. Verdikleri kararlar bağlamında, tek taraflı olarak verilebilme ve kamu gücüne dayanma ayırt edici bir unsur değildir. Diğer taraftan verdikleri kararlar sadece uyuşmazlığın tarafları arasında ve özel hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Ayrıca, bu kararların re'sen icrası mümkün değildir.

Üzerinde durduğumuz husus bağlamında, idarî kararlara karşı süresi içerisinde yargı yoluna başvurulmaması halinde ortaya çıkan idarî kesinlik, sorunun esastan çözüldüğü anlamına gelmez. Sadece ilgililer için dava açma hakkını düşüren bir sonuç doğurur. Yargı yoluna başvurulması halinde ise, uyuşmazlığın tarafı bizzat dava konusu işlemi yapan idaredir. Oysa tüketici sorunları hakem heyetleri bağlamında belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından verilen kararların tüketici mahkemesine yapılan itiraz başvurusu üzerine veya itiraz yoluna başvurulmaksızın kesinleşmesi, o uyuşmazlığın esastan çözülmesi sonucunu doğurur. Ayrıca, tüketici mahkemesine yapılan itirazlarda tüketici hakem heyeti taraf değildir. Üzerinde durduğumuz nedenlerden dolayı tüketici sorunları hakem heyeti kararlarını idarî bir işlem saymak mümkün değildir.

Doktrinde idarî işlem - yargısal işlem ayrımı yapılırken üzerinde durulan diğer bir işlem türü de adlî - idarî işlemdir. Adlî - idarî işlem ile kastedilen, şeklî kritere göre yargısal bir faaliyet sayılmakla birlikte, maddî kritere göre bir yargılama faaliyeti sayılmayıp, klasik anlamda idare işlevinin

³⁷ Bkz. Aşa. F.I.2.

³⁸ “Danıştay idarî işlemi, “Kamu kurum ve kuruluşları tarafından, kamu hukuku kuralları uyarınca, tek taraflı olarak tesis edilen ve re'sen uygulanabilir nitelikte olan hukukî tasarruflardır” şeklinde tanımlanmaktadır”. Bkz., **Akyazan**, Ahmet Emrah; Maddi Açıdan idarî İşlem, TBB Dergisi, S.LXXXV. 2009, (s. 220 - 240), s.222.

dışında kalan faaliyetlerin icrası sırasında alınan kararlardır³⁹. Bu kararlar yalnızca adlî sahaya ilişkin sonuçlar doğururlar⁴⁰. Bu bağlamda tüketici sorunları hakem heyeti kararları doğrudan doğruya özel hukuk alanında ve adlî yargı sahasında hüküm ve sonuç doğurmakla birlikte, adlî - idarî işlem sayılamaz. Zira, tüketici sorunları hakem heyetleri adlî yargının görev alanına giren ve belirli bir meblağın altında kalan uyuşmazlıkları esasa yönelik olarak ve kesin hüküm oluşturmaya elverişli bir şekilde çözmektedir. Bu yönüyle tüketici sorunları hakem heyetleri şekli anlamda mahkeme kriterini karşılamasa dahi, bir uyuşmazlığı esastan çözmeye bağlamında (maddî anlamda) mahkeme kriterini karşılamaktadır.

c) Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu açısından değerlendirilmesi:

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 141'nci maddesi bağlamında yargı görevinin yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanabilmesi için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilebileceği ve bu çerçevede belli miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun getirilebileceğini kabul etmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargıya alternatif veya onunla rekabet halinde bulunan yollar olmayıp; kamu düzenini ilgilendirmeyen küçük çaplı ve küçük miktardaki uyuşmazlıkların adlî bir vakıaya dönüşmeden çözülmesinin amaçlandığı yollardır⁴¹. Bu çerçevede, “uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olmaması”, “başvurunun tamamen gönüllük esasına dayanması”, “bağlayıcı kararlar verilememesi” ve “devlet mahkemesine başvuru yetkisini ortadan kaldırmaması” alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ayırt edici özellikleridir⁴².

Doktrinde tüketici sorunları hakem heyetlerinin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu teşkil edip etmediği tartışılmıştır. Bir görüşe göre⁴³, resmî bir

³⁹ **Tanrıver**, Süha; “Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, Ankara 2010, s. 216, 217, (s. 213 - 224), (**Tanrıver** -Çekişmesiz Yargı).

⁴⁰ **Tanrıver** -Çekişmesiz Yargı, s.216, 217.

⁴¹ **Pekcanitez**, Hakan; “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukukî Perspektifler Dergisi, S.5 2005, s. 12 vd. (**Pekcanitez** -Alternatif Uyuşmazlık); **Tanrıver**, Süha; “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S.64, 2006 (s.151 - 178), s.152 (**Tanrıver** -Arabuluculuk).

⁴² **Tanrıver** -Arabuluculuk, s. 152.

⁴³ **Tutumlu**, M. Akif; Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara 2006, s. 37; **Özbek**, Mustafa; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s. 83; **İldır**, Gülgün; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif

mahiyete sahip olmalarına rağmen bağımsız üçüncü kişi konumunda bulunan tüketici sorunları hakem heyetleri, uyuşmazlığı davaya dönüşmeden çözüme kavuşturduğundan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu görüşü savunan yazarlar tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliğini aynı zamanda bir mecburî tahkim olarak görürler ve fakat mecburî tahkimi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu sayarlar⁴⁴.

Başka bir görüş ise⁴⁵, tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliğinin bir zorunlu tahkim usulü olduğunu ileri sürdükten sonra; yargı mercilerinden önce başvurusu zorunlu idari bir kurum, olarak nitelendirmektedir⁴⁶. Ayrıca, bu görüş sahibi yazarlardan Kulaklı, heyet kararlarına karşı 15 gün içinde itiraz edilebilmesini heyetin kararlarının adlî yönünü teşkil ettiğini ileri sürmektedir⁴⁷. Bu görüş bağlamında, yukarıda⁴⁸ idari işlemler çerçevesinde ortaya koyduğumuz düşünce ve eleştiriler burası için de geçerlidir. Ayrıca, tüketici sorunları hakem heyetini hem idarî bir kurum hem de aynı anda bir mecburî tahkim usulü olarak nitelendirmek kendi içinde de çelişkilidir. Diğer taraftan idarî bir kurum olarak nitelendirilmesi halinde, kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulması halinde, hakem heyeti bizzat taraf olacak ve itiraz incelemesinin sonucuna göre yargılama giderlerini ve vekâlet ücretini ödemeye mahkum edilebilecektir.

Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁴⁹, belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bağlamında tüketici sorunları hakem heyetine başvuru bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değil, zorunlu bir tahkim usulüdür. Tüketici sorunları hakem heyetine başvurunun zorunlu olması, bağlayıcı kararlar verebilmesi, kararlarının ilâmlı icra hükümlerine göre infaz edilmesi onun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmadığının delilini teşkil eder.

Yöntemler) Ankara 2003, s. 23 vd., 130; **Pektaş**, s. 41.

⁴⁴ **İlçir**, s. 137; **Özbek**, s. 397; **Tutumlu**, s.26, 39.

⁴⁵ **İlhan**, Cengiz; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006, s.296; **Kulaklı**, Emrah; Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri, s.4, 17; http://www.odakhukuk.com/tr/files/Tuketici_Sorunlari_Hakem_Heyeti_ve_Tuketici_Mahkemeleri.pdf, e.t; 08.08.2012.

⁴⁶ **İlhan**, s. 297; **Kulaklı**, s. 4, 17.

⁴⁷ **Kulaklı**, s. 18.

⁴⁸ Bkz Yuk. D.II.2.b.

⁴⁹ **Tanrıver** -Arabuluculuk, s. 175.

d) Kararlarının bağlayıcılığı açısından değerlendirilmesi: Anayasa Mahkemesi, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı 15 gün içinde tüketici mahkemelerine itiraz edilebilmesi karşısında, onun kararlarını bağlayıcı görmeyerek; heyet kararlarının ilâm mahiyetinde olmadığına, sadece etkili bir takip yolu olan ilâmlı icranın hükümlerinden yararlandığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, tüketici sorunları hakem heyetlerinin kararlarının niteliğini tespit ederken, tüketici mahkemesine yapılan itirazın mahiyeti ve itiraz yoluna başvurulmaması halinde kararların kesin hüküm etkisine sahip olup olmayacağı hususlarını tartışmamıştır. Oysa, tüketici sorunları hakem heyetlerinin kararlarının niteliği tespit edilirken bu husus tartışılması gereken noktaların başında gelmektedir.

Belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetine zorunlu başvuru halinde, heyet mecburî tahkim mahiyetinde görev yapar. Bu uyuşmazlıkların incelenmesi sırasında hakem heyeti üyeleri tamamen bağımsız ve tarafsızdır. Kendilerine yapılan başvuru üzerine, belirli bir usul çerçevesinde soyut hukuk kurallarını somut olaya uygulayarak uyuşmazlığı çözer. Bu çerçevede uyuşmazlık miktarı dışında tüketici mahkemeleri ile tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev alanı birbiri ile örtüşür. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dan kaynaklanan bir uyuşmazlık olmak ve Kanun'da öngörülen sınırın altında kalmak kaydıyla, maddî ve manevî tazminat talepleri de dâhil olmak üzere, tüketicinin kullandığı her türlü seçimlik hakkın ifasına, alacak davalarına, takipten önce ve sonra açılan menfi tespit davalarına, itirazın iptali davalarına, istirdat davalarına ve tasarrufun iptali davalarına tüketici sorunları hakem heyeti tarafından bakılacaktır⁵⁰.

Bu davaların çözümü bağlamında verilecek kararlar tarafları bağlar ve bu kararlar İcra ve İflâs Kanununun ilâmların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre infaz edilir (m.22,V). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, atıf İcra ve İflâs Kanunu'nun ilâm niteliğinde belgeleri düzenleyen 38'nci maddesine değil⁵¹, doğrudan doğruya ilâmlı icra hükümlerine yapılmıştır. Bu nedenle bu kararlar birer ilâm niteliğinde belge değil, bilakis ilâmın kendisidir. İcra kabiliyeti bakımından, bir mecburî tahkim mahiyetinde olan hakem heyetlerinin belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından verdiği kararlar, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri

⁵⁰ Bkz Aşa.,E.VI.2.

⁵¹ Tutumlu, hakem heyeti kararının ilâm niteliğinde bir belge olduğu kanaatindedir. Bkz.,Tutumlu, s. 71.

Kanunu'nda düzenlenmiş olan ihtiyarî tahkim neticesinde verilen kararlara nazaran çok daha güçlü bir etkiye sahiptir⁵². Zira, bu Kanun hakem kararlarının icrasını ve kesinleşmesini (bu bağlamda maddî anlamda kesinleşme de dâhil) mahkemenin tasdik şerhine bağlamıştı (HUMK m.536). Bu nedenle, hakem kararlarını kesinleşmeden icra etmek de mümkün değildi. Oysa, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının icrası ve kesinleşmesi böyle bir şarta bağlanmamıştır⁵³.

Tüketici Sorunları hakem heyetlerinin bağlayıcı mahiyetteki kararlarına karşı taraflar 15 gün içerisinde tüketici mahkemesine itiraz edebilirler. Anayasa Mahkemesi bu hüküm dolayısı ile tüketici sorunları hakem heyetlerine zorunlu başvuruyu hak arama özgürlüğüne aykırı bulmamıştır⁵⁴. Ancak, mahkeme bu kararında tüketici mahkemelerine yapılacak itirazın niteliğini tartışmamıştır. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi tüketici sorunları hakem heyetlerinin faaliyetini yargısal bir faaliyet olarak görmediğine göre, bu itirazı bir kanun yolu olarak kabul etmesi de mümkün olmamak gerekir.

Doktrinde, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı başvuru itiraz yolunun bir dava niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁵⁵. Bununla birlikte bu görüş, bir taraftan hakem heyetlerinin niteliğini mecburî tahkim sayarken, diğer taraftan da hakem heyeti kararlarının İcra ve İflâs Kanunu madde 38 bağlamında ilâm niteliğinde belge olduğunu iddia etmekte ve hem de itiraz yoluna gidilmemesi halinde hakem heyeti kararlarının maddî

⁵² İhtiyari tahkimde verilen kararların ilâmın sürrogatı olduğu hakkında bkz., **Alangoya**, Yavuz: Bir Tebliğ Dolayısı ile Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nihal Uluocak' a armağan, İstanbul 1999, (s.1 - 15), s.11; **Arslan / Tanrıver**, s. 219; **Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, s. 4073; **Yeğengil**, Rasih; Tahkim, İstanbul 1974, s. 302 vd.

⁵³ **Küzeci**, s. 93; **Zevkliler**, Aydın / **Aydoğdu**, Murat; Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s. 426.

⁵⁴ Bkz; 1 Temmuz 2008 tarih ve 26923 sayılı R.G. de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararı. Gerçi Anayasa Mahkemesi, tüketici sorunları hakem heyetlerine ilişkin bu kararında, işaret ettiğimiz düzenlemeyi hak arama özgürlüğü bağlamında değerlendirmemiş olsa da; bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin baro hakem heyetlerine ilişkin iptal kararının gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, ortaya koyduğumuz bu sonuca ulaşmak mümkündür. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, "...üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir", bkz., 10 Temmuz 2004 tarih ve 25518 sayılı R.G. de yayımlanan E.2003/98, K.2004/31 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

⁵⁵ **Tutumlu**, s. 38.

anlamda kesin hüküm teşkil edeceğini ileri sürmektedir⁵⁶. Maddî anlamda kesin hüküm sadece yargısal kararlara tanınan bir gerçeklik vasfı şeklindeki imtiyaz olduğuna göre, ilâm niteliğinde bir belgeye kesin hüküm vasfı tanımak mümkün olmamalıdır. Ayrıca, itiraz yoluna başvuru bir dava niteliğinde ise, (kanun yolu değilse) bu yola başvurulmaması halinde tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi gerekir⁵⁷.

3. Anayasa Mahkemesinin Tespitlerinin Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin tüketici sorunları hakem heyetlerini ilgilendiren kararları, gerekçeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliğine ilişkin olarak doğrudan bir tespit yapmayıp, görev ve fonksiyonlarına yönelik bir takım tespitlerde bulunduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı ile tüketici sorunları hakem heyetleri, bir mahkeme vasfına sahip olmamak ve yargısal bir işlev yerine getirmemek kaydıyla; kararlarına karşı yargı yoluna gidilebilen, çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenmiş, belirli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklarda bağlayıcı kararlar verebilen ve bu kararları ilâmlı icranın ayrıcalıklarından yararlanan, üyeleri Anayasa ve yasalarla düzenlenmiş hâkimlik teminatına sahip olmayan ve kendisine başvuru zorunluluğu bulunan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

Anayasa Mahkemesi'nin, tüketici sorunları hakem heyetlerine ilişkin bu yorumuyla; Anayasasının 172'inci maddesinde yer alan, "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" denilmek suretiyle, Devlete yüklediği tüketiciyi koruma görevini görmezden geldiği söylenebilir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda işaret ettiğimiz kararları dikkate alındığında, tüketiciler, mahkeme vasfı taşımayan, yargısal faaliyetlerde bulunmayan, çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenmiş ve verdikleri kararlar ilâm teşkil etmeyen bir merciye zorunlu olarak başvurmaya yönlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı çerçevesinde, hakem heyeti kararlarına karşı tüketici mahkemesine yapılan itiraz başvurusunun bir kanun yolu niteliğinde olmayıp, bir dava mahiyetinde bulunması; tüketicilere davadan önce başka bir merciye zorunlu başvuru şartı getirilmesi ve hakem heyeti kararlarına karşı açılan dava sonunda verilen kararlara karşı istinaf ve temyiz yolunun kapatılmış olması, Anayasa'nın 172'nci maddesi bağlamında

⁵⁶ Tutumlu, s.76.

⁵⁷ Bu bağlamda detaylı tartışma ve değerlendirmeler için bkz., Aşa. F.I.2.

tüketiciyi korumadığı gibi, tabi'i hâkim güvencesine aykırı olup, hak arama özgürlüğünü sınırlayıcı mahiyettedir.

Anayasa Mahkemesi, bir merciinin mahkeme vasfına sahip olup olmadığını, Anayasa'nın 152 'nci maddesi çerçevesinde, görülmekte olan bir dava sırasında bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin ilgili normunun Anayasa'ya aykırılığını iddia edebilme bağlamında değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken, Anayasa Mahkemesi özellikle iki unsuru çok belirgin ve ayırt edici olarak öne çıkarmakta ve bu unsurların bir arada bulunması şartını aramaktadır. Bunlardan birisi dar anlamı ile mahkeme kavramı, diğeri ise mutlaka bir davanın varlığıdır. Zira ilgili hükümde “bir davaya bakmakta olan mahkeme” ibaresi kullanılmaktadır⁵⁸. Anayasa Mahkemesi dar anlamda mahkeme kavramını, bir davanın görülmesi sırasında resmî olarak görevlendirilmiş, hâkimlik teminatına sahip bağımsız ve tarafsız bir hâkim ile özdeşleştirmiştir. Bu tespit çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, tahkim yoluna başvurulması halinde uyuşmazlığı çözen kişi veya heyeti Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunabilecek bir mahkeme olarak görmemektedir. Mahkeme sayılabilmek için özellikle aranan diğer bir unsur ise, görülmekte olan bir davanın varlığıdır. Bu kriter çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, sorgu hakimliğini, Sayıştay'ı ve bir denetim ve inceleme merci olarak hareket ettiği davalarda bizzat kendisini bir mahkeme olarak görmemektedir.

İşaret ettiğimiz hususlar çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 152 'nci maddesindeki özel şartlardan hareket ederek, sadece Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilme yetkisi bağlamında bir mahkeme tanımı geliştirdiği ve bu bağlamda dar ve şeklî olarak tespit ettiği mahkeme kavramını, yargının maddî tanımı içerisine yerleştirdiği söylenebilir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın farklı hükümlerinde yer alan “mahkeme” kavramlarına aynı anlamı yüklemesi de kanaatimizi değiştirir mahiyette değildir⁵⁹. Çünkü, Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 152'nci maddesi bağlamında “mahkeme” kavramını tespit ederken, mahkemenin bakmak zorunda olduğu somut dava ile birlikte bir değerlendirme yapmak

⁵⁸ Aliefendioğlu, Yılmaz; Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, C.I, Ankara 1984, s. 118; Karagülmez, s. 207.

⁵⁹ Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı da eleştirilmekte ve Anayasa'nın farklı hükümlerinde yer alan, “kanun”, kamu hizmeti” gibi kavramların her bir hükümde farklı anlama gelecek şekilde kullanıldığı ve dolayısıyla Anayasa'nın farklı hükümlerinde kullanılan “mahkeme” kavramlarının aynı anlama gelecek şekilde yorumlanamayacağı iddia edilmektedir. Bkz., Başlar, s. 236 vd.

zorundadır⁶⁰. Başka bir deyişle, burada Anayasa Mahkemesi, mahkeme kavramının kullanıldığı diğer Anayasa hükümlerinden farklı olarak “mahkeme” kavramını somutlaştırmaktadır. Buna karşın, Anayasanın 9 ‘ncu maddesinde yer alan “mahkeme” kavramı yargı yetkisinin kullanılmasından hareket edilerek belirlenen soyut bir kavramı ifade etmektedir. Yani, burada öncelikle devletin egemenlik hakkını kullanma vasıtalarından birisi olarak yargı yetkisi ve daha sonra bu yetkiyi kullanan bir mahkeme vardır. Ayrıca, yargı yetkisinin her zaman bir dava şeklinde kullanılması gerekmez. Bunun tipik örneğini adli yargı alanındaki çekişmesiz yargı işleri oluşturur⁶¹. Mesela, sırf çekişmesiz yargı işlerini çözmekle görevli bir mahkeme kurulsa, bir yargı yetkisi kullandığından Anayasa’nın 9 ncu maddesi bağlamında mahkeme olduğu tartışılmazken; 152 nci madde bağlamında bir dava söz konusu olmadığından, davaya bakmakta olan mahkeme olup olmadığı tartışılabilir⁶².

⁶⁰ Aksi halde, bizatihi Anayasa tarafından bir mahkeme olarak adlandırılan ve en başta gelen görevi Anayasa’ya uygunluk denetimi yapmak olan Anayasa Mahkemesi’nin siyasi parti kapatma davaları ve yüce divan sıfatı ile baktıkları davalar hariç bir mahkeme olmadığı kabul edilmez. Aynı şekilde Anayasanın yargı bölümünde yüksek yargı organları başlığı altında düzenlenmiş olan Sayıştay’ın ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Anayasa’nın bu açıkça düzenlenmesi karşısında bir mahkeme olmadığı veya bir yargı yetkisi kullanmadığının kabulü izah edilemez. Kaldı ki, sonuçta bu mercilerin görev alanına giren bir çok sorunun çözümü, - dar ve teknik anlamda dava olmasa dahi-, yargısal bir yorumu gerektirmektedir.

⁶¹ Bu bağlamda **Tanrıver**, “Anayasa’nın 9’uncu maddesi uyarınca, bağımsız mahkemelerce kullanılması zorunlu olan yargı yetkisinin tanımlanmasında esas alınan maddi ölçüt bazında belirleyici bir işlev gören “hukukî uyuşmazlık (yani dava)” ve “kesin olarak çözmek ve karara bağlamak” olgularının, medenî yargı bağlamında bir irdelemesi yapıldığında, sadece (münhasıran) çekişmeli yargı işlerine işaret ettiği; çekişmesiz yargı işlerinin ise, dar anlamda çekişmesiz yargı işleri de dahil, dışarıda bıraktığı söylenebilir”. Bkz., **Tanrıver** -Çekişmesiz Yargı, s. 2018; yazar, bu görüşünü özellikle Anayasa Mahkemesini 26.09.1968 tarih ve E.1967/21 K. 1968/36 sayılı Kararına dayandırmıştır. Bahse konu Kararda Yazar’ın işaret ettiği bütün bu gerekçelere rağmen, sonuçta Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 152’nci maddesi bağlamında talebi yetkisizlikten reddetmeyip, bilakis esastan incelemeye geçmiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, çekişmesiz yargıyı ilgilendiren, 4.3.1981 tarih ve 17269 sayılı R.G. de yayımlanan E.1980/10, K.1980/69 sayılı Kararında ve 28.12.1984 tarih ve 18619 sayılı R.G. de yayımlanan E.1984/8, K.1984/10 sayılı Kararlarında da talepleri yetkisizlik nedeni ile reddetmeyip, bilakis esastan incelemiştir. İşaret ettiğimiz bu kararların birlikte değerlendirilmesi sonucunda, Anayasa Mahkemesi’nin çekişmesiz yargı işlerini Anayasa’nın 9 uncu maddesi bağlamında bir yargı yetkisinin kullanması faaliyeti olarak gördüğü açıktır.

⁶² Bir önceki dipnotta işaret ettiğimiz Anayasa Mahkemesinin çekişmesiz yargıya ilişkin kararları sırasıyla, vasi atanmasının şartlarına, feshedilmiş vakfın sicile tescili talebine ve borçlunun doğrudan doğruya kendi iflâsını talep etmesine ilişkindir. Bu çerçevede mahkemenin yetkili olduğuna ilişkin karar, vasi atanmasının şartlarına ilişkin olarak 11/4oyçokluğu ile, feshedilmiş vakfın tescili talebine ilişkin olarak 8/7 oyçokluğu ile ve borçlunun kendi iflâsını istemesine ilişkin olarak oybirliği ile alınmıştır. Bu husus her çekişmesiz yargı işinin Anayasa’nın 152’nci maddesi bağlamında tartışılabileceğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 152'nci maddesi bağlamında değerlendirme yaparken, uyuşmazlığın kesin hüküm teşkil edecek şekilde çözülmesini mahkeme sayılmanın bir şartı olarak görmemektedir⁶³. Bunun tipik kanıtı, şikâyet ve itiraz taleplerini inceleyen icra mahkemelerinin bu tür faaliyetlerin ifası sırasında dahi mahkeme olarak kabul edilmesidir⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 152'nci maddesi bağlamında tespit ettiği şekli mahkeme kriterine uymadığı için tüketici sorunları hakem heyetini bir mahkeme olarak görmemekte ve bu çerçevede onun faaliyetlerini yargısal olarak kabul etmemektedir⁶⁵. Oysa tüketici sorunları hakem heyetlerinin, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dan kaynaklanmak ve Kanun'da öngörülen miktarın altında kalmak şartıyla, özellikle maddî ve manevî tazminat taleplerini incelediği, itirazın iptali davalarına, takipten önce ve sonra açılan menfi tespit davalarına, istirdat davalarına ve tasarrufun iptali davalarına bakmakla görevli olduğu düşünüldüğünde, onun faaliyetlerinin yargısal bir nitelik taşıdığı açıkça anlaşılabılır. Ayrıca, bütün bu talepler hakkında karar verilebilmesinin yargılamayı ve beraberinde yargısal bir yorumu gerektirdiği açıktır. Diğer taraftan, menfi tespit davası, itirazın iptali davası, istirdat davası ve tasarrufun iptali davalarının takip hukukuna özgü şartları da bizzat İcra ve İflâs Kanunu tarafından düzenlenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nda bu davaların genel hükümlere göre ve genel mahkemelerde görüleceğine açıkça yer verilmiştir (İİK m. 67,I; 72, II ve VII; 281,I). Ayrıca, tasarrufun iptali davalarının mahkeme tarafından basit yargılama usulüne göre görülüp hükme bağlanacağına da açıkça işaret edilmiştir (İİK m.281,I). Yapılan bu yargılama faaliyeti neticesinde verilen kararlara karşı, tüketici mahkemelerine itiraz kanun yolu ile başvurmak mümkündür. Ayrıca, bu kararların ilâmlı icra hükümlerine göre infazı da mümkün olduğuna göre bu faaliyetin yargısal bir nitelik gösterdiği ve hatta bir dava olduğundan tereddüt edilmemelidir. Nitekim ihtiyarî tahkime ilişkin olarak, uyuşmazlığı çözen heyet bir mahkeme

⁶³ **Başlar**, Anayasa Mahkemesinin ilk on yılındaki karar örneklerini inceleyerek, “yargılama yapıp uyuşmazlığı kesin olarak çözmeyi de” mahkeme tanımının kriterleri arasında saymıştır., Bkz. **Başlar**, s. 223, 224; Aynı şekilde, **Tanrıver** de, Türk Milleti adına kullanılan yargı yetkisinden, hukukî uyuşmazlıkların kesin olarak çözüme kavuşturulması ve karara bağlanması faaliyetinin anlaşılması gerektiği kanaatinde, Bkz., **Tanrıver** -Çekişmesiz Yargı, s. 2018; **Kaya**, s. 78.

⁶⁴ Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, icra tetkik mercilerinin bir mahkeme olup olmadığını incelediği kararlarında, icra tetkik mercilerinin kendilerine sunulan şikâyet ve itirazları incelerken, belirli usullere riayet etmek suretiyle, objektif hukuk kurallarını şikâyet ve itiraza konu olaylara uygulayarak bir yargılama yaptığına kanaat getirmiştir. Bkz., E. 1966/15 K.1966/33 ve E.1965/25 K.1965/57 sayılı Kararları; www.anayasa.gov.tr/kararlar e.t.29.07.2012.

⁶⁵ Bkz Yuk. D.II.2.b.

olarak kabul edilmekte ve ayrıca bu heyetlerin faaliyetleri yargısal nitelikte addedilmektedir⁶⁶. Diğer taraftan, hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK m.523) hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK m.426) açıkça davanın açılma zamanından bahsetmektedir.

Anayasa Mahkemesi her ne kadar, Anayasa'nın 152 'nci maddesi bağlamında yaptığı değerlendirmede, tüketici sorunları hakem heyetlerini bir mahkeme olarak kabul etmemişse de; Anayasa'nın 9'uncu maddesi bağlamında onun en azından maddî anlamda yargı yetkisi kullanan bir merci olduğu söylenebilir. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi, baro hakem heyetlerine ilişkin düzenlemenin iptaline ilişkin kararının gerekçesinde bu görüşün kabul edilebileceğine dair işaretler vermiştir. Bu kararın gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir: "Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesinin incelenmesinden baro hakem kurullarının, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. ..Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür.... Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur"⁶⁷. Şu halde, Anayasa Mahkemesi'ne göre, kararlarına karşı ilk derece veya kanun yolu derecesinde başvuru imkanı getirilen, çalışma usul ve esasları kanunla düzenlenen, hukuk devleti kurallarına uygun olarak oluşturulan mercilerin yargı yetkisi

⁶⁶ Alangoya, s.11, 12; Alangoya, Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren - Yıldırım, Nevhis, Medenî Usul Hukukunun Esasları, İstanbul 2006 s.667; Karayalçın, Yaşar; Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda iç tahkim, Ankara 2007, s.15, 17; Arslan / Tanrıver, s. 218.

⁶⁷ 10.07.2004 tarih ve 25518 sayılı R.G. de yayımlanan, E. 2003/98, K. 2004/31 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

kullanması Anayasa'nın 9'uncu maddesine aykırı olmayacak ve yargının maddî kriteri bağlamında bir mahkeme olarak değerlendirilebilecektir.

Sonuç itibarıyla, tüketici sorunları hakem heyetine yapılan başvurular bir dava niteliğindedir. Uygulamada, hakem heyetine yapılan başvuruların şikâyet olarak adlandırılması onun hukukî niteliğini değiştirmez. Bu nedenle uyuşmazlıkları çözme bağlamındaki faaliyeti maddî anlamda bir yargılama faaliyetidir. Bu kararlara karşı başvuru itiraz yolu ise bir kanun yoludur. Bu kanun yoluna gidilmeksizin kesinleşen tüketici sorunları hakem heyeti kararları maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder. Tüketici sorunları hakem heyetleri tarafından çözülen uyuşmazlıklar niteliği gereği adlî yargının görev alanına girmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, tüketici sorunları hakem heyetini bir mahkeme saymamasına ilişkin tespiti, Anayasa'nın 152'nci maddesi bağlamında anayasa yargısının kendine özgü yapısı içerisinde bir işlevselliğe sahiptir.

E. Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine Başvuru

I. Tüketici Sorunları Hakem Heyetine Başvuru Şekli ve Başvurunun Tarafları

Tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru, uyuşmazlık konusunu içeren dilekçenin, delil oluşturan ilgili belgelerle birlikte hakem heyetine verilmesiyle olur. Aynı uyuşmazlık için birden çok hakem heyetine başvurulamayacağı gibi, aynı uyuşmazlık için aynı hakem heyetine birden fazla başvuru da yapılamaz. Aksi halde derdestlik itirazı ile karşılaşılır (TSHHY m.11). Bu hükümde her ne kadar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun derdestliğe ilişkin hükümler dikkate alınarak derdestlik itirazından bahsedilmişse de⁶⁸, hükmün uygulanmasında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1 bendi dikkate alınmalıdır. Zira ilgili bent derdestlik itirazını dava şartları arasında düzenlemiştir. Bu nedenle, derdestlik sadece davalı yanca ileri sürülmekle kalmayıp, heyetçe de re'sen dikkate alınmalıdır.

⁶⁸ **Ulukapı**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu zamanda dahi burada öngörülen derdestlik itirazının HUMK'da öngörülen derdestlik itirazından farklı olduğunu, tarafların her zaman bunu ileri sürebileceğini ve hakem heyeti tarafından da kendiliğinden dikkate alınabileceğini ileri sürmekte idi., Bkz., **Ulukapı**, Ömer; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlık Çözüm Yolları", SÜHFD 1996, Şakir Berki'ye Armağan, C. V, S. 1-2, (s. 77-101), s.84.

Tüketici sorunları hakem heyetinde açılacak davalarda davanın taraflarına ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte; bu merciler önünde açılan davanın taraflarını, heyetin görevine ilişkin Kanun ve Yönetmelikte yer alan düzenlemelerle, tüketici mahkemelerinde açılacak davalarda taraflara ve mahkemenin görevine ilişkin düzenlemelerden hareket ederek tespit etmek mümkündür.

Kanun'un 25'inci maddesine göre cezaî yaptırıma bağlanmış uyuşmazlıklar dışındaki tüm uyuşmazlıklar tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev ve yetki alanları içerisindedir (m.22,VII). Diğer taraftan, tüketici mahkemelerine ilişkin olarak, bu Kanun'un uygulanmasından doğacak her türlü ihtilafın mahkemenin görev alanına gireceği ve bu mahkemeler nezdinde tüketicilerin, tüketici örgütlerinin ve Bakanlığın dava açma yetkisine sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir (m. 23,I,II). Ayrıca, Bakanlık ve tüketici örgütlerinin münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanun'un ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabileceğine (m. 23); satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda ise, Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri tarafından ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulmasının ve ayrıca satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılmasının talep edilebileceğine de Kanun'da açıkça yer verilmiştir (m.24). Yargıtay, önceleri tüketici mahkemelerinde sadece tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlığın dava açabileceğine karar vermişse de⁶⁹, daha sonraları Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bağlamında menfaati olan diğer kişilerin de dava açabileceğine hükmetmiştir⁷⁰. Yargıtay'ın ilk kararı kanımızca, Kanun'da yer alan tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlık

⁶⁹ “Görüldüğü üzere tüketici Mahkemeleri nezdinde dava açabilmenin koşulları şunlardır: 1- Uyuşmazlık, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasıyla ilgili olmalı ve 2- Davanın tüketiciler, tüketici örgütleri veya Bakanlıkça açılması gerekmektedir. Zira çözümünün uzmanlık gerektiren tüketici Mahkemelerinde dava açılmasını kolaylaştırmak için bu davaların vergi, resim ve harçtan muaf olmaları hususu başka türlü açıklanamazdı. Uyuşmazlık konusu olayda davacı (satıcı), davalı tüketiciye karşı sattığı malın bedelini Sulh Hukuk Mahkemesinde açtığı dava ile talep etmektedir. Bu haliyle ihtilafın 4077 sayılı Yasanın uygulanmasıyla ilgili olduğu söylenemez. O halde davanın özel mahkemede çözümlenmesine dair hukuksal nedenler bulunmamaktadır. Mahkemece işin esasına girilerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmek gerekirken görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir”, Yargıtay 3. HD'nin T. 15.11.1998, E. 1998/11141 ve K.1998/12254 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

⁷⁰ “4077 sayılı Yasanın 22. maddesinin beşinci fıkrasıyla da, değeri 500.000.000 liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici Sorunları hakem heyetine başvuru zorunluluğu getirilmiş, başvuruda tüketici, satıcı, veya sağlayıcı ayırımı yapılmamıştır”, Yargıtay 13. HD'nin T. 6.7.2006, E. 2006/7971 ve K.2006/11219 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

tarafından açılan davaların her türlü resim ve harçtan muaf olacağı hükmünü hatalı değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Kanun Koyucu bu düzenleme ile, işaret ettiğimiz kişileri dava açarken ekonomik olarak korurken, diğer menfaat gruplarının bu korumadan yararlanmasını istememiştir.

Doktrinde Yargıtay'ın ilk kararından dönmesi eleştiri konusu olmuş ve satıcı ve sağlayıcıların da tüketici sorunları hakem heyetlerinde dava açabileceğinin kabulü ile tüketiciyi koruma amacı ile çıkarılan yasanın açıkça satıcı ve sağlayıcıyı korur hale geldiği ileri sürülmüştür⁷¹. Kanımızca, aksi yönde yasal bir düzenleme olmaksızın, tarafları aynı olan bir uyuşmazlığın sırf davacı sıfatına bakılarak farklı görevli mahkemelerde görülmesi gerektiği kabul edilemez⁷². Aksi halde, önce harekete geçen tarafa görevli mahkemeyi belirleme imkânı verilmiş olur ki, bu hem görev kurallarının niteliğine hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına aykırı düşer. Diğer taraftan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22'nci maddesinde uyuşmazlığın taraflarına bakılmaksızın "bu Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak" ibaresi kullanılmıştır. Bu bağlamda önemli olan sadece davacının değil; uyuşmazlığın taraflarından birisinin tüketici sıfatını haiz olmasıdır. Bu aşamadan sonra önemli olan uygulanacak hukuk kuralları ve onların yorumudur. Bu çerçevede, tüketici hukuku alanında bir ihtisas mahkemesi kurmak ve zorunlu bir tahkim merci oluşturmak suretiyle; bu alandaki hukuk kurallarının uzman mercilerce yorumlanıp uygulanması amaçlanmıştır. Kaldı ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un davalı sıfatına sahip tüketiciyi davacı sıfatına sahip tüketiciye nazaran daha az korumayı amaçladığı düşünülemez.

Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, tüketici mahkemesinde dava açma hakkına sahip olanlar açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru hakkına sahip olanlara ilişkin bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Bu nedenle tüketici mahkemesinde dava açma hakkına sahip olanların tüketici sorunları hakem heyetlerinde de dava açma hakkına sahip olup olmadıkları tartışılabilir. Bu noktada sorunun çözüme kavuşturulmasına Yönetmeliğin bazı hükümleri yardımcı olmaktadır. Yönetmeliğin dördüncü maddesinde, tüketici sorunları hakem heyetlerinin

⁷¹ Aslan, s.5.

⁷² "Dolayısıyla tüketici ile satıcı arasındaki hukuki işlem de tüketici işlemidir. Tüketici hukuku; tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsadığına göre; davacının bu sıfatla yaptığı işlem de tüketici hukuku kapsamında ve onun korunması altındadır", HGK T. 7.3.2007, E. 2007/13-100 ve K.2007/100 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

tüketici ile satıcı ve sağlayıcı arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere oluşturulduğu açıkça düzenlenmiştir (TSHHY m.4/d). Şu halde, Yönetmeliğin bu hükmüne göre tüketici sorunları hakem heyetlerinde davacı ve davalı sıfatlarına, tüketiciler, satıcılar ve sağlayıcılar sahip olabilmektedir⁷³. Bu kişiler, tüketici sorunları hakem heyetlerine davacı sıfatı ile başvurabilecekleri gibi, davalı sıfatı ile de orada bulunabilirler. Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkındaki Kanun’a göre, kart hamilleri tüketici sıfatı ile tüketici mahkemeleri ve tüketici sorunları hakem heyetinde dava açabilirken; kart çıkaran kuruluş tarafından kart hamillerine karşı açılacak davalar Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun görev ve yetkiye ilişkin genel hükümleri çerçevesinde açılacaktır (Bank.KKKHK m.44)⁷⁴. Bu hüküm çerçevesinde banka kartı ve kredi kartı çıkaran kuruluşların tüketici sorunları hakem heyetlerinde ve tüketici mahkemelerinde dava açması mümkün değildir.

Tüketici mahkemelerinin görevine ilişkin olarak işaret ettiğimiz Kanun hükümleri ve Yönetmeliğin bahse konu düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde, tüketici sorunları hakem heyetlerinin münferit tüketici sorunlarını çözmek üzere oluşturuldukları ve görev sınırlarının bu çerçevede belirlenmesi gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Bu nedenle, münferit bir tüketici sorunu olmayıp genel olarak tüketicileri ilgilendiren konularda dava tüketiciler tarafından açılmış olsa dahi tüketici sorunları hakem heyeti görevli olmayıp, tüketiciler hakem heyeti huzurunda davacı sıfatına sahip olamazlar. Bu çerçevede olmak üzere, genel tüketici menfaatlerini ilgilendiren konularda tüketici örgütleri ve Bakanlık tarafından açılan davalarda da hakem heyetleri görevli değildir. Bu yüzden, Bakanlık ve tüketici örgütleri hakem heyetlerinde davayı takip yetkisine sahip değildir. Ayrıca, tüketici örgütleri ve Bakanlık bireysel tüketici menfaatlerini ilgilendiren konularda da davayı takip yetkisine sahip değildir. Bu nedenle, işaret ettiğimiz konuya ilişkin tüketici mahkemelerinde de dava açmaları mümkün değildir⁷⁵.

⁷³ “Tüketici işleminden doğan uyuşmazlıkların pratik, kısa ve ekonomik bir biçimde çözümlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. 4077 sayılı Yasanın 22. maddesinin beşinci fıkrasıyla da, değeri 500.000.000 liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunluluğu getirilmiş, başvuruda tüketici, satıcı, sağlayıcı ayırımı yapılmamıştır”, Yargıtay 13. HD’nin T. 6.7.2006, E. 2006/6760 ve K.2006/11218 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

⁷⁴ Bu Kanun Hükmü’nün Anayasa’nın 2 ve 10’ncu maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, tüketici olan kart hamilleri ile kart çıkaran kuruluşun hukuken aynı statüde bulunmadıkları gerekçesi ile Anayasa’ya aykırılık iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bkz., 6. 10. 2009 tarih ve 27368 sayılı R.G. de yayımlanan, E. 2006./124, K. 2009/44 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı

⁷⁵ Tasarı’nın 40’nci maddesinde tüketici sorunları hakem heyetlerine sadece tüketicilerin baş-

Tüketici sorunları hakem heyetleri huzurunda açılacak davalarda davalı sıfatıyla, tüketiciler, satıcılar ve sağlayıcılar bulunabilir. Bu noktada, bayi, acenta ve kredi verenin ayıplı hizmet ve ayıplı hizmetin neden olduğu zararlardan sağlayıcı ile birlikte (m. 4/A, III); imalatçı- üretici, bayi, acenta, ithalatçı ve kredi verenin ayıplı mal ve ayıplı mal dolayısıyla bu madde hükümlerine göre tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklardan satıcı ile birlikte (m. 4,III) veya münferiden davalı olarak gösterilip gösterilemeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bir görüş⁷⁶, burada sadece satıcıya (veya sağlayıcıya) karşı dava açılabileceğini ileri sürdükten sonra; Kanun’la getirilen imkânların ikinci dereceden etkili bir normla sınırlandığını ve yönetmeliğin bu hükmünün Kanun’a aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bu çerçevede birinci dereceden etkili bir norm olan Kanun hükümleri uygulanmalı ve yukarıda işaret edilen diğer kişi ve kurumlara karşı dava açılabilmelidir.

Kanımızca, maddî hukuk bağlamında bir uyuşmazlığın tarafı olmakla usul hukuku bağlamında bir davanın tarafı olmak aynı şey değildir. Uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayanlar da kendilerine kanun veya sözleşme hükümleri çerçevesinde bir sorumluluk yüklendiğinde davada taraf olabilirler. Mesela kat maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasından doğan sorumlulukları ve müteselsil kefilin sorumluluğu gibi. Bu nedenle Yönetmelikle sadece tüketici sorunları hakem heyeti tanımlanmış (TSHHY m.4/d) ve bu çerçevede maddî hukuk bağlamında hangi uyuşmazlıkları çözeceğine işaret edilmiştir. Bu hükümle tüketici sorunları hakem heyetlerinde davalı sıfatına sahip olacak kişiler bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Kaldı ki, bu kişiler Kanun’da söz konusu zararlar bağlamında satıcılarla (4,III) ve sağlayıcılarla (4/A,III) müteselsil sorumlu olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ihtiyarî dava arkadaşı olarak davalı tarafta yer alabilirler (HMK m.57). Ancak, bu ilişki müteselsil borçluluk hükümlerine göre düzenlendiğinden, davacı sıfatına sahip olmaları söz konusu olmaz.

vurabileceğine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Tasarı’nın tüketici mahkemelerini düzenleyen 41.İ’nci fıkrasında, bu Kanun’un uygulanmasından ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak tüketici mahkemeleri görevlidir denildikten sonra, aynı maddenin 7’nci fıkrasında, hakem heyeti kararlarına itiraz hariç olmak üzere müteşebbislerin tüketici mahkemelerine başvuramayacağı belirtilmiştir. Kanımızca bu düzenleme yerinde olmamıştır. Zira, görevli mahkemeyi başvuran tarafa göre belirlemek uyuşmazlığın özünü görmezden gelmek anlamına gelir. Davacı ister müteşebbis ister tüketici olsun, sonuçta tüketici sıfatında ve tüketicinin korunması gerekliliğinde bir değişiklik olmaz. Oysa, hem tüketici mahkemeleri hem de hakem heyetleri davacısını tüketicinin oluşturduğu uyuşmazlıkları değil, davadaki sıfatı ne olursa olsun tüketiciciyi korumak üzere oluşturulmuş uzman mercilerdir.

⁷⁶ Küzeci, s. 92; Zevkliler / Aydoğdu, s. 429.

II. Yetkili Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin Belirlenmesi

1. Genel Olarak Yetkili Hakem Heyetinin Tespiti ve Yetki Kuralının Hukukî Mahiyeti

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin yetkilerine ilişkin olarak düzenleme Yönetmeliğin 5'inci maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre; il hakem heyetleri il merkezi sınırları içinde, ilçe hakem heyetleri ise ilçe sınırları içinde görevli ve yetkilidir. Başvurular, tüketicinin mal veya hizmeti satın aldığı veya tüketicinin ikametgâhının bulunduğu yerdeki hakem heyetine yapılır (TSHHY m.5,I). Büyükşehir statüsünde bulunan illerde kurulan il hakem heyetleri, mal ve hizmet bedeli Bakanlıkça her yıl Aralık ayı içinde tespit ve ilân edilecek tutarın üzerindeki uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkilidir (TSHHY m.5,II). Bu bedelin altındaki uyuşmazlıklara büyükşehir belediyesi sınırları dâhilinde kurulu ilçelerdeki hakem heyetlerince ikinci fıkrada belirtilen esaslar uyarınca bakılır. Hakem heyetleri; görev, yetki veya çalışma kapsamı dışında kalan başvuruları doğrudan ilgili kuruluşlara veya hakem heyetlerine intikal ettirir (TSHHY m.5,IV). Tüketici mahkemeleri bakımından ise yetki kuralı *“tüketici davaları tüketicinin ikametgâhı mahkemesinde de açılabilir (m.23,III)”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde gerek tüketici sorunları hakem heyetleri, gerekse tüketici mahkemeleri bakımından düzenlenen yetki kuralları hem 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve hem de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen yetki kurallarını genişletici mahiyettedir⁷⁷. Bu bağlamda tüketici sorunları hakem heyetlerinde dava, davalının yerleşim yerinde⁷⁸, mal veya hizmetin satın alındığı yerde⁷⁹, sözleşmenin ifa edildiği (veya ifa edileceği) yerde, davacının yerleşim yeri mahkemesinde ve mal veya hizmetin satın alındığı yer tüketici sorunları

⁷⁷ Bu konuda **Tutumlu**, sadece mal ve hizmetin satın alındığı yer tüketicinin yerleşim yeri tüketici sorunları hakem heyetine başvurulabileceği görüşündedir. Bkz., **Tutumlu**, s. 50.

⁷⁸ **Pekcanitez**'e göre, burada kullanılan yerleşim yeri (ikametgâh) teriminden Medenî Kanun anlamında bir ikametgah değil, tüketicinin bulunduğu yerin anlaşılması gerekir. Bu tüketiciye geçici olarak oturduğu yer hakem heyetine başvuru yapma imkânı da verir. Bkz., **Pekcanitez**, Hakan;Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İzmir Barosu Dergisi,Y.61, Temmuz 1996, (s.40 – 58), s. 50, (**Pekcanitez** -Hakem Heyeti); Yine, **Pekcanitez**'e göre, tüketiciye kendi yerleşim yerinde dava açma imkânı vermek, tüketicinin çoğu zaman masraflar nedeni ile davalının yerleşim yerinde dava açmaktan kaçınması sonucunu doğuracağı düşünüldüğünde, onun hakkının korunmasında korumaya engel olan şekli bir nedeninin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Bkz., **Pekcanitez** -Tüketici Mahkemesi, s. 247.

⁷⁹ Her ne kadar 6100 sayılı Kanun ile sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisine yer verilmemiş olsa da, Yönetmeliğin bu maddesi hükmünü mal veya hizmetin alımına ilişkin sözleşmenin yapıldığı yer şeklinde anlamak gerekir.

hakem heyetinde açılabilir. Ayrıca, icra takibinden sonra açılan menfi tespit davası ve itirazın iptali davaları icra takibinin yapıldığı yer hakem heyetinde de açılabilir (İİK m.72,VIII)⁸⁰.

Diğer taraftan her ne kadar Yönetmelik ile hakem heyetlerinin yetkisi kapsamında kalmayan başvuruların doğrudan ilgili kuruluşa veya hakem heyetlerine intikal ettirileceği düzenlemiş ise de (TSHHY m.5,IV), kanımızca bu hüküm hakem heyetlerinin kendi yetkilerini re'sen gözeticeği şeklinde yorumlanamaz. Zira aşağı paragraflarda da işaret edileceği üzere⁸¹, tüketici sorunları hakem heyetleri adli yargı alanındaki bazı uyuşmazlıkları çözmek üzere oluşturulmuş zorunlu bir tahkim usulüdür. Bu yönü ile belirli miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından mahkemeleri ikame eder bir mahiyeti haizdir. Bu bağlamda, 1982 Anayasasının 142'nci maddesinde öngörülen “mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” şeklindeki hüküm karşısında, adli yargı alanındaki yetkiye ilişkin prensiplere Yönetmelikle bir istisna getirilmesi veya onların sınırlandırılması düşünülemez. Aksi bir düşünce Kanun'un tüketiciyi koruma amacı ile çelişir. Diğer taraftan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 5 ile, mahkemelerinin yetkisinin, diğer kanunlardaki yetki kuralları saklı kalmak üzere bu kanun hükümlerine göre belirleneceği açıkça düzenlenmiştir⁸². Bu nedenle kesin mahiyette olmayan bu yetki kurallarının ilk itiraz şeklinde ileri sürülmesi gerekir.

2. Yetki Sözleşmesi

Bir önceki paragrafta işaret edildiği üzere, hem tüketici mahkemeleri açısından hem de tüketici sorunları hakem heyetleri açısından öngörülen

⁸⁰ Tasarı'da yetki kurallarına ilişkin olarak madde 41,IV'te tüketici davalarının tüketicinin yerleşim yerinde açılacağı ve aynı, şekilde madde 40,VII de yetkili hakem heyetinin tüketicinin yerleşim yeri hakem heyeti olduğu emredici olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler mevcut Kanun'da olduğu gibi alternatif mahiyette olmalıdır. Zira, tüketici mahkemelerine ve hakem heyetlerine sadece tüketicilerin müracaat edebileceği düşünüldüğünde, müteşebbis Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde birden fazla yetkili mahkemeye başvurma imkanına sahipken, tüketici sadece kendi yerleşim yeri mahkemesine ya da hakem heyetine başvurabilecektir. Bu nedenle bu düzenlemenin tüketici aleyhine olduğu açıktır. Bu nedenle işaret ettiğimiz düzenlemeler, “tüketici aleyhine yapılacak başvurular da tüketicinin yerleşim yeri mahkemeleri de yetkilidir” şeklinde olmalıdır.

⁸¹ Bkz., Aşa., E.IV.1.2.

⁸² İlgili hükmün Hükümet Gerekçesi şu şekildedir: “Medenî yargılama alanında görev yapan mahkemelerin yetkisi Anayasanın 142'nci maddesine uygun olarak, bu Kanunla düzenlenmiştir. Diğer taraftan 1086 sayılı Kanun dışında, özel kanunlardaki yetkiye ilişkin kurallar kesin yetki kuralı olarak öngörülmediği takdirde genel yetki kuralı ile beraber bir seçimlik yetki kuralı oluşturacaktır. Bu nedenle özel kanunlardaki yetki kuralı saklı tutulmuştur”.

yetki kuralları hukuk muhakemeleri alanında öngörülen yetki kurallarını tüketici lehine genişletici mahiyettedir. Bu noktada, tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler bağlamında bir yetki şartının kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı veya ayrı bir yetki sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı tartışılması gereken bir sorundur. Bu tartışmanın 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu açısından ayrı ayrı yapılmasında yarar vardır.

a)1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Bakımından:

1086 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinde yetkinin kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde, tarafların yazılı olarak, belirli olmak kaydı ile bir veya birden fazla uyuşmazlık için, yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili kılacakları düzenlenmiş idi. Bu hüküm bağlamında taraflarından birisini tüketicilerin oluşturduğu uyuşmazlıklar bakımından bir yetki sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı tartışılabilir.

Yukarı paragraflarda işaret ettiğimiz üzere⁸³, tüketici sorunları hakem heyetlerinin yetkilerine ilişkin hükümler kesin mahiyette değildir. Bu nedenle, 1086 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinde ön görülen diğer şartların da gerçekleşmesi koşulu ile yetki sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olarak bu Kanun'dan kaynaklanan bir engel yoktur. Ancak, yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, 1086 sayılı Kanun'da öngörülen şartları taşımanın yanı sıra, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesi bağlamında haksız şart da sayılmamalıdır. Bu Kanun bağlamında, tüketici ile müzakere edilmeksizin tek taraflı olarak sözleşmeye konulmuş olan ve sözleşmede yer alan hak ve yükümlülükleri iyi niyet kurallarına aykırı şekilde tüketici aleyhine sınırlandıran hükümler haksız şart sayılır (m. 6,I). Şayet bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşme niteliğinde olması münasebetiyle tüketici içeriğine etki edememişse, bu şart tüketiciyle müzakere edilmemiş kabul edilir ve bu şartlar tüketiciyi bağlamaz (m.6,II,III).

Bu tespitler çerçevesinde, tüketici ile müzakere edilmemiş yetki sözleşmeleri veya şartları, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen şartları taşısa dahi, yukarıda izah ettiğimiz yetki kurallarını tüketici aleyhine

⁸³ Bkz., Yuk. D.II.1.

sınırlandırıcı mahiyette ise⁸⁴, tüketiciyi bağlamayacaktır⁸⁵. Fakat böyle bir hükümden yararlanmak isteyen tüketici, yetki sözleşmesinde gösterilen tüketici mahkemesinde veya hakem heyetinde dava açabilir. Ancak, bu hükme dayanarak tüketici aleyhine dava açamaz.

b) 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından: 6100 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde yetki sözleşmesi yapma imkânı, sadece kendi aralarında doğmuş veya doğacak uyuşmazlıklar hakkında tacirler ve kamu tüzel kişileri bakımından kabul edilmiştir. Bu bağlamda tacirler ve kamu tüzel kişileri tüketicilerle aralarında yetki sözleşmesi yapamayacakları gibi, Kanun'un bu sınırlayıcı hükmü karşısında tüketiciler kendi aralarında veya esnafa tüketiciler arasında da yetki sözleşmesi yapamayacaktır⁸⁶.

⁸⁴ 13.06.2003 Tarih ve 25137 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 5'nci maddesinde nitelikleri belirlenen haksız şartlara ilişkin olarak Yönetmeliğe yapılan bir ek ile sınırlayıcı olmamak kaydı ile hangi hallerin haksız şart olduğu sayılmıştır. Bu yönetmeliğin EK/17 bent hükmüne göre "Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle onun hukukî düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukukî düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar" haksız şart sayılır.

⁸⁵ Ne varki, Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7 nci maddesinde "Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır. Yok sayılan bu hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur" denilerek daha ağır bir yaptırım öngörülmüştür. Kanun, haksız şartların sadece tüketiciyi bağlamayacağını öngörmüşken (tek tarafı bağlamazlık); Yönetmelik, bir kavram kargaşasına neden olacak şekilde, yokluk, butlan ve kısmi butlanı birlikte öngörmüştür. Kısmi butlan dışındaki diğer iki yaptırım Kanun'da öngörülen yaptırımlara nazaran daha ağır yaptırımlardır. Yönetmelikle, Kanunda öngörülen den daha ağır bir yaptırım düzenlendiğinden, bu düzenleme Kanun'a aykırıdır. Burada, sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerliliğini tartışmanın ötesinde usulî sözleşmelerin soyutluğu prensibinden hareket ederek, yetki bağlamında sadece yetkiye ilişkin düzenlemenin bir haksız şart teşkil edip etmediği araştırılmalıdır.

⁸⁶ "Tacirler veya kamu tüzel kişileri, diğer bir gerçek kişiye nazaran daha güçlü konumda bulunmaktadır. Daha zayıf durumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir ve kamu tüzel kişilerine karşı, korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Özellikle ihtihaki sözleşmelerde bu durum daha da belirginleşmektedir. Tüketiciler, satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak şirket veya kamu tüzel kişileri tarafından konulan şartları, bu arada, yetki şartını da kabul etmek zorunda kalmaktadırlar... Tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, özellikle tacir olmaya gerçek kişi tüketiciler, tacirler veya kamu tüzel kişilerine karşı hukuken daha zayıf durumdadırlar. O nedenle, bu kimselerin daha güçlü olanlara karşı korunmaları gereklidir. Bu amaçla tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler arasında yetki sözleşmesi yapılmasına... engel olunmak istenmiştir. Buna göre tacirler ve kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kişiler yetki sözleşmesi yapamayacaktır. Ayrıca, bu kapsamda belirtmek gerekir ki, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimselerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları da kabul edilmemiştir". 6100 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin Hükümet Gerçekçesinden.

3.Yetkisizlik İtirazı

Gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK m.23) gerekse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m.19) yetki itirazı bir ilk itiraz olarak düzenlenmiştir. Yetki itirazında bulunan taraf bu itirazını cevap dilekçesi ile ileri sürmeli ve bu itirazı ile birlikte kendi kanısına göre yetkili mahkemeyi de göstermelidir. Ayrıca, birden fazla yetkili mahkeme varsa bunlardan hangisi seçtiğini de belirtmelidir. Aksi halde, yetki itirazı mahkeme tarafından dikkate alınmaz (HMK m. 19,II). Aynı şekilde, yetki itirazı tüketici sorunları hakem heyetleri bağlamında da bir ilk itiraz olarak ileri sürülmeli ve hakem heyeti kendisinin yetkili olup olmadığını re'sen inceleyememelidir. Bu bağlamda zımnî yetki sözleşmesi hakem heyetleri bakımından da kabul edilmiş olmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki itirazına ilişkin hükümlerinden hareket ederek vardığımız bu sonuç, Yönetmelikte öngörülen, tüketici sorunları hakem heyetlerinin yetki kapsamında kalmayan uyuşmazlıkları doğrudan ilgili kuruluşlara ve hakem heyetlerine intikal ettireceği şeklindeki düzenleme (TSHHY m.5,IV) ile çelişiyormuş gibi görünse de⁸⁷; kanımızca, bu hüküm ancak yetkisizlik itirazı üzerine hakem heyetinin kendi yetkisizliğini tespit etmesi halinde uygulanabilir. Bu halde, kendi yetkisizliğini tespit eden hakem heyeti, taraflardan birisinin dosyanın yetkili merciye gönderilmesine ilişkin talebini beklemeksizin, dosyayı kendiliğinden ilgili kuruluşa veya yetkili hakem heyetine göndermelidir⁸⁸.

III.Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Tâbi Olduğu Yargılama Kuralları Sorunu ve Uyuşmazlıkların İncelenmesi

1. Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Tâbi Olduğu Yargılama Kuralları Sorunu

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin tâbi olduğu yargılama kuralları Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yerine, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Ancak, ilgili Yönetmeliğin tüketici sorunları hakem heyetlerinin çalışma usul ve esaslarına ilişkin hükümleri dikkatlice incelendiğinde; bu hükümlerin, hakem heyetlerinin bir davaya

⁸⁷ Bu konuda **Tutumlu**, Yetkisiz Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru yapılması halinde, heyetin bu başvuruyu doğrudan yetkili hakem heyetine göndermesi gerektiği; aksi halde, başvuru üzerine bu kararın tüketici mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerektiği kanaatinde. Bkz., **Tutumlu**, s. 51.

⁸⁸ **Pektaş**, s. 41.

bakabilme ihtimali göz ardı edilerek, sadece ayıplı bir mal veya hizmetin ifası sonucunda tüketicilerin kullandığı (ya da kullanabileceği) seçimlik hakların tespit ve icrasına yönelik olarak sevk edildiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bunun tipik göstergelerinden birisi uygulamada, tüketici sorunları hakem heyetlerine yapılan başvurularda davacı ve davalı terimleri yerine şikâyetçi ve şikâyet edilen terimlerinin kullanılmasıdır. Ancak bu hali ile Yönetmeliğin, tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev kapsamını belirleyen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22,VII hükmünde yer alan "25 inci maddede cezaî yaptırıma bağlanmış hususlar dışındaki tüm uyuşmazlıklar, tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev ve yetkileri kapsamındadır" şeklindeki düzenleme nedeni ile, bu Kanun'dan kaynaklanan bütün uyuşmazlıkların çözümünde uygulanabilir mahiyette değildir. Bunun yanı sıra, kanunların bizzat dava olarak adlandırdığı uyuşmazlıkların çözümünde yönetmelikle getirilen usul kurallarının yetersiz kalacağı ve uygulanmasının bir takım keyfilikleri beraberinde getireceği açıktır. Ayrıca, özellikle açıkça dava mahiyetinde olan uyuşmazlıkların çözümünde hakem heyetlerini yönetmelik hükümlerine tâbi tutmanın hak arama özgürlüğünü sınırlandıracağı da ortadadır.

Kanun'un tüketici sorunları hakem heyetlerine tanıdığı bu geniş görev kapsamı içerisinde özellikle dava mahiyetinde olan uyuşmazlıkların çözümünde uygulamada ciddi sorunlarla karşılaşmaktadır. Tüketici sorunları hakem heyetleri bu tür sorunların çözümünden (belki de haklı olarak) imtina etme gayreti içerisinde olsalar da; gerek bahse konu Kanun hükmünün kapsamı ve gerekse bu Kanun hükmüne binaen Yargıtay'ın dava mahiyetindeki uyuşmazlıkların çözümünü de onların görev alanına dâhil etmesi karşısında, bu tür uyuşmazlıkları çözmek zorunda kalmaktadırlar. Hakem heyetlerinin uyuşmazlıkların çözümü sırasında Yönetmelik hükümlerinin yanı sıra ihtiyarî tahkime ilişkin usul hükümlerinden de yararlandıkları görülmektedir. İhtiyarî tahkime ilişkin usul hükümlerinin bir mecburî tahkim mahiyetinde olan tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünde kıyasen uygulanmaya çalışılmasının, ihtiyarî tahkimin tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olan uyuşmazlıklar bağlamında ortaya çıkması ve mahkemelerle aralarındaki ilişkinin bir görev ilişkisi olarak nitelendirilememesi karşısında, sağlıklı sonuçlar doğuracağı söylenemez.

Medenî yargı alanında dava mahiyetinde olan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usul kuralları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Tüketicinin korunması bağlamında ortaya çıkan davaların maddî şartları ise Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

tarafından belirlenmiştir. Ayrıca, icra hukukunu ilgilendiren davalara takip hukuku bakımından uygulanması gereken kurallara da İcra ve İflâs Kanunu'nda yer verilmiştir. Bütün bu davaların çözümünün bir yargılamayı ve hukuksal bir yorumu gerektirdiği açıktır. Ayrıca, bu davalar Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçmediğinden takdiri delillerle ispata ilişkin kurallara da tâbidir (HMK m.200,I). Diğer taraftan, İcra ve İflâs Kanunu, takipten önce ve takipten sonra açılan menfi tespit davalarının takip hukuku bağlamında gösterdikleri özellikleri, bu davalarla birlikte ihtiyati tedbir talep edilmesini ve şartlarını, görevli ve yetkili mahkemeyi; istirdat davasının şartlarını ve istirdat davasında görevli ve yetkili mahkemeyi (İİK m.72); itirazın iptali davasının genel hükümlere göre genel mahkemelerde açılacağını ve onunla birlikte istenilebilen icra inkâr tazminatının şartlarını (İİK m.67); tasarrufun iptali davasının şartlarını, yargılama usulünü ve bu dava sırasında verilebilecek ihtiyati hacze ilişkin düzenlemelere (İİK m.277-281) açıkça yer vermiştir.

Tespit ettiğimiz bu hususlar çerçevesinde, şayet tüketici sorunları hakem heyetleri oluşturulmamış olsaydı, belirli bir miktarın altında kalmak kaydıyla bu davalar tüketici mahkemelerinde açılacak ve işaret ettiğimiz maddî hukuk, usul hukuku ve takip hukukuna ilişkin kurallar uygulanarak uyuşmazlık çözülecekti. Oysa bu uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetleri ile tüketici mahkemeleri arasında bir görev ilişkisi olduğundan hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu ortaya çıkmaktadır⁸⁹. Bu noktada taraf iradesinin de bir rolü yoktur. Şu halde, tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümü bağlamında hangi usul kurallarının uygulanacağını gösteren bir kanun hükmü yoktur. Bu tür uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacağı belirtilen Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde, çözümü bilirkişi incelemesini gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulabileceğini ve gerekli görülmesi halinde tarafların dinlenebileceğine işaret edilmiştir (TSHHY m. 19)⁹⁰.

Üzerinde durduğumuz bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, tüketici sorunları hakem heyetlerinin çalışma usul ve esaslarının yönetmelikle

⁸⁹ Özel, Çağlar; Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2005, s. 214.

⁹⁰ Yönetmeliğin ilgili hükümleri şöyledir: Madde 19 - İnceleme, raportör tarafından hazırlanan rapor ve ilgili belgelerin yer aldığı dosya üzerinde yapılır. Ayrıca, hakem heyetince gerek görüldüğü hallerde taraflar dinlenir. Çözümü bilirkişi incelemesini gerektiren uyuşmazlık konularında, a) Bağlayıcı olmayan hakem heyeti kararları için bir, b) Bağlayıcı hakem heyeti kararları için birden fazla, bilirkişi görevlendirilebilir; Madde 21 -Hakem heyeti, uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum ve kuruluşlardan isteyebilir.

düzenlenmesi başlı başına Anayasa'ya aykırı olmasının yanı sıra⁹¹, Yönetmeliğin bizzat kendisi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a aykırıdır. Zira, Yönetmeliğin tüketici sorunları hakem heyetlerinin inceleme şekline ilişkin hükümler tüketiciyi korumak bir yana, onun diğer kanunlarla verilmiş hak ve yetkilerini ortadan kaldırmakta veya onu sınırlandırmaktadır. Şöyle ki, tüketici sorunları hakem heyetinin görev alanının belirlenmesinde uygulanan miktar sınırı aynı zamanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen senetle ispat zorunluluğuna ilişkin sınırın da altında kalmaktadır. Buna göre, mesela bir itirazın iptali davası tüketici mahkemesinde (veya diğer genel görevli mahkemelerin birisinde) açılmış olsaydı, taraflar iddialarını ispat için kesin delillerin yanı sıra, yemin, bilirkişi, tanık, keşif ve uzman görüşü gibi takdiri delillerden de yararlanabilirken; tüketici sorunları hakem heyetinde açılması halinde sadece bilirkişi incelemesi yapılabilmektedir. Ayrıca, mahkemelerde dava açılması halinde davalar duruşmalı olarak görülürken, tüketici sorunları hakem heyetlerinde dosya üzerinde karar verilmekte, heyetin gerek görmesi halinde taraflar dinlenebilmektedir (TSHHY m.19).

Bu koşullar altında verilen kararların tarafları bağladığı, ilâmlı icra hükümlerine göre infaz edildiği ve maddî anlamda kesinleşmeye elverişli olduğu düşünüldüğünde; Anayasa ile teminat altına alınan hak arama özgürlüğüne ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına açıkça aykırı olan Yönetmelik hükümlerinin uygulanması kabul edilemez. Diğer taraftan, aynı uyuşmazlığın sadece miktar bakımından farklı diye, tüketici mahkemesinde farklı, tüketici hakem heyetlerinde (hatta taraflarından birisini tüketicinin oluşturmadığı davalarda aynı miktar için genel mahkemelerde) farklı usullere göre çözülmesi, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki açık düzenlemeler karşısında mümkün olmamalıdır. Ayrıca, belli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetine başvuru bağlamında taraf iradesinin bir rolü bulunmadığından, bu merciye başvurmakla taraflar ispat vasıtalarından vazgeçmiş sayılamaz.

Bu çerçevede özellikle kanunların dava olarak nitelendirdiği uyuşmazlıkların çözümünde, medenî usul hukukundan ve takip hukuku kurallarının uygulanmasından vazgeçilemez. Kanımızca, üzerinde durduğumuz hususlar bağlamında mecburî tahkimin niteliğine aykırı düşmeyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin uygulanması

⁹¹ Tasarıda da tüketici sorunları hakem heyetlerinin kuruluş görev ve çalışma usullerinin Yönetmelikle düzenleneceği prensibinden vazgeçilmemiştir (m.40,XII). Ancak, yukarı paragraflarda değindiğimiz Anayasa Mahkemesi kararları da dikkate alındığında bu husus açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Mutlak olarak bu hususun Kanun ile düzenlenmesi gerekir.

zorunludur. Bu bağlamda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 30'ncu maddesinde yer alan, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağına ilişkin düzenleme de görüşümüzü destekleyici mahiyettedir⁹². Zira, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun salt maddî hukuk kurallarını değil, bu Kanundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bağlamında bir takım usulî kuralları da düzenlemiştir. Ayrıca, bu hükümlerin yanı sıra bir takım idarî cezaları ve onlara ilişkin uygulanacak idarî yargı kurallarını da düzenlediğine göre, Kanun'un 30 ncu maddesinde ön görülen düzenleme sadece belirli bir alandaki değil, ilgili bütün genel hükümlerin uygulanacağı şeklinde yorumlanmalıdır.

2.Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin İnceleme Usulü

Tüketici sorunları hakem heyetinin somut bir tüketici uyuşmazlığını çözmek için harekete geçmesi bir başvuruya bağlıdır ve bu başvuru herhangi bir ücret ve harca tâbi değildir⁹³. Tüketici sorunları hakem heyeti başvuru üzerine olağan ve olağanüstü olmak üzere iki şekilde toplanır. Olağanüstü toplantı öncelikle görüşülmesi gereken bir uyuşmazlığın varlığı halinde başkanın çağrısı üzerine yapılır (TSHHY m.14). Müracaatlar başvuru tarih ve sırasına göre en geç üç ay içerisinde sonuçlandırılır. İvedi inceleme talebi bulunması, tüketicinin turist olması veya başkanca gerekli görülmesi halinde bir uyuşmazlık öncelikle görülüp sonuçlandırılır (TSHHY m.12). Bu süre tavsiye niteliğinde bir süredir ve bu süreye uyulmamış olması kararı etkilemez⁹⁴. Hakem heyeti, en az üç üye ile toplanır ve oturuma katılanların oy çokluğu ile karar verir. Üyeler çekimser oy kullanamaz. Oyların eşit olması halinde başkanın oy kullandığı taraf çoğunlukta sayılır (TSHHY m.16).

Hakem heyeti incelemelerini raportörün raporu doğrultusunda ve kural olarak dosya üzerinde yapar. Gerekli görülmesi halinde tarafları dinleyebilir. Bilirkişi incelemesini gerektiren konularda zorunlu başvuru halinde birden fazla bilirkişi görevlendirilebilirken, zorunlu olmayan başvurularda en fazla bir bilirkişi görevlendirilebilir (TSHHY m. 19). Uygulamada özellikle ödenek yokluğu veya yetersizliği dolayısıyla bilirkişi görevlendirmede

⁹² “30. maddede “Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır” şeklinde bir yollama yapılmakla yetinilmiştir.Bu yollama nedeniyle özel yasada hüküm bulunmayan hallerde yasanın tüketiciyi koruma ve kollama amacına aykırı düşmemek kaydıyla genel hükümlerin özellikle Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğinde duraksanmamalıdır”, HGK T.14.10.1998, E. 1998/19-694 ve K.1998/715 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr., e.t.25.8.2012.

⁹³ Tutumlu, s. 58; Küzeci, s. 92; Tuskan, s.60, 61.

⁹⁴ Pekcanitez -Hakem Heyeti, s. 54.

tüketici sorunları hakem heyetlerinin sıkıntı yaşadığı, bu sorunun çözümü için ya bilirkişi ödeneklerin arttırılması ya da bilirkişi ücretinin daha sonra haksız çıkan taraftan alınmak üzere başvuru sırasında peşin olarak alınması önerilmektedir⁹⁵. Hakem heyetleri görmekte oldukları uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak ilgili kurum ve kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir (TSHHY m. 21).

Doktrinde, işaret ettiğimiz bu düzenlemelere bağlanmış herhangi bir yaptırım olmaması eleştirilmekte ve tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî niteliğindeki belirsizlik dolayısıyla bu konuda açık bir düzenleme yapılması gerektiğine işaret edilmektedir⁹⁶. İnceleme sonunda verdikleri kararlar yalnız verildikleri uyuşmazlıklar için hüküm ifade eder (TSHHY m. 20). Alınan kararlar taraflara beş gün içinde yazılı olarak bildirilir (TSHHY m. 23) ve bu kararlar Yönetmelik hükümlerine göre ilân edilir (TSHHY m. 24). Tarafların hakem heyeti kararlarına uymalarının daha kolay sağlanması ve bu kararlara güvenin artırılması için kararların gerekçeli olması gerekir⁹⁷. Ancak, belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından verilen kararlar bağlayıcı mahiyette olduğundan ve bu kararlara karşı kanun yolu mahiyetinde itiraz edilebildiğinden, bu kararların gerekçeli olması anayasal bir zorunluluktur.

IV. Bazı Özel Durumların Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin Görevi Bağlamında Değerlendirilmesi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22, VII hükmü gereği, tüketici sorunları hakem heyeti tarafından çözülmesi gereken bazı uyuşmazlıklarla, bu uyuşmazlıkların çözümüne bağlı olarak bazı delillerin incelenip incelenemeyeceği ve ayrıca, faiz, icra inkâr tazminatı, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve vekâlet ücretine ilişkin bir karar verilip verilemeyeceğinin tartışılması gerekir.

1. İhtiyarî Tahkim

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan kaynaklanan uyuşmazlıklar -dava konusu üzerinde tarafların tasarruf yetkisi bulunmasına rağmen- tüketicinin akdin zayıf tarafı olması nedeniyle kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedir⁹⁸. Kanımızca, Tüketicinin Korunması Hakkında

⁹⁵ **Tutumlu**, s. 75.

⁹⁶ **Tutumlu**, s. 74.

⁹⁷ **Pekcanitez** -Hakem Heyeti, s. 55.

⁹⁸ "Tüketicinin sağlığını, güvenliğini, ekonomik çıkarlarını korumak, aydınlatmak her şeyden

Kanun'un bir ve ikinci maddelerinden hareket edildiğinde her ne kadar bu Kanun'un kamu düzenine ilişkin olduğu sonucu çıksa da, dava konusu yapılan uyuşmazlığın içerik itibarı ile de kamu düzenine ilişkin olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Burada ki kamu düzenine ilişkin olma özünde uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce, gerek hukukî ilişkinin kurulması ve gerekse yükümlülüklerin ifası sırasında, ilişkinin zayıf tarafı olan tüketici aleyhine ortaya çıkan eşitsizliklerin giderilmesine yöneliktir. Bu eşitsizliklerin ortadan kaldırılması bağlamında Kanun Koyucu tüketici uyuşmazlıklarının çözülebilmesi ve Kanun'un öngördüğü amacın gerçekleşebilmesi için özel bir mahkeme kurmuş ve ayrıca özel bir hakem heyeti oluşturmuştur. Bu bağlamda uyuşmazlık öncesi yapılan sözleşmelerde taraf iradeleri eşit olmadığından, taraflarından birisini tüketicilerin oluşturduğu bu tip ilişkilerde yer alan haksız şartlar tüketiciyi bağlamayacaktır (m.6). Bu nedenle bu tip sözleşmelerde yer alan ihtiyarî tahkim şartından hareket edilerek, tüketiciye karşı ihtiyarî tahkim yoluna başvurulamaz, ihtiyarî tahkim yoluna başvurmayla zorlanamaz ve devlet yargısına başvurulması halinde tahkim itirazında bulunulamaz.

Yargıtay aksi görüşte olsa da⁹⁹, kanımızca tüketici ihtiyarî tahkim yoluna başvurmak istiyorsa buna bir engel olmamalıdır. Çünkü, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı ve bu amaca bağlı olarak kamu düzenine ilişkin addedilmesi başka bir şey, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra onun çözümü için yargı yoluna başvurmak başka bir şeydir. Burada önemli olan uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak maddî hukuk kuralıdır. İhtiyari tahkime başvurulsa dahi, tarafların arasındaki sözleşme hükümlerinin yorumlanması yine tüketicinin iradesine ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre olacaktır. Taraflar aralarındaki sözleşmede başka bir maddî hukuk kuralının uygulanacağını kararlaştırılmış olsalar dahi, şayet bu

önce Devletin Anayasa ile üstlendiği görevleridir. Bu yasa ile kamunun yararının korunması, sosyal düzen ve adaletin, tüketiciler ile satıcılar-sağlayıcılar vs. arasında kapsamlı bir ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Bu kanun ile tüketici korunurken aynı zamanda kamu düzeninin sağlanması amaçlanmış olduğundan, kanunun doğrudan kamu düzeni ile ilgili olduğunda hiç tereddüt edilmemelidir” Yargıtay 13. HD'nin T. 25.9.2008, E. 2008/3394 ve K.2008/11120 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:11.09.2012.

⁹⁹ “Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 Sayılı Kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakeme heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23. maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafın tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir” Yargıtay 13. HD'nin T. 25.9.2008, E. 2008/3394 v e K.2008/11120 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:11.09.2012.

hüküm tüketicinin aleyhine ise, haksız şart sayılacağından geçerli olmayacaktır (m. 6). Bu bağlamda, her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kamu düzenine ilişkin olsa da, dava konusu üzerinde tüketicinin mutlak bir tasarruf hakkı olduğu göz ardı edilmemelidir.

Diğer taraftan Kanun Koyucu, Anayasa ile kendisine verilen görevin bir gereği olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’la tüketiciyi koruyucu gerekli tedbirleri almış ve bu tedbirler içerisinde daha ekonomik koşullarda ve daha kısa sürede tüketicinin hakkına kavuşabilmesi için gerekli imkânlar sağlanmıştır. Bu imkânları kullanıp kullanmama tüketicinin iradesine bırakılmıştır. Nasıl ki, tüketici bu uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurmak zorunda değilse, uyuşmazlığın çözümü için Devlet yargısına veya onun denetiminde yargılama faaliyeti icra eden tüketici sorunları hakem heyetine başvurmak zorunda da olmamalıdır. Çünkü, bu tercihlerin kullanılması bağlamında tüketicinin korunmasını gerektiren bir eşitsizlik söz konusu değildir. Ayrıca, bu çerçevede, Yargıtay’ın gerekçesinde işaret ettiği, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan kaynaklanan bütün uyuşmazlıkların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici sorunları hakem heyetlerinde görüleceğine ilişkin yaklaşımı da tutarlı değildir. Zira Kanun’da Yargıtay’ın belirttiği şekilde mutlak bir ifade kullanılmadığı gibi, Kanun’daki düzenleme adlî yargı içerisinde tüketici mahkemeleri ve tüketici sorunları hakem heyetlerinin görevini belirlemeye yöneliktir. Bu hali ile işaret edilen hükümlerin diğer özel mahkemelerin görevine ilişkin düzenlemelerden bir farkı yoktur.

Bu hükümler Yargıtay’ın yaklaşımında olduğu gibi mutlak mahiyette kamu düzenine ilişkin olarak anlaşılırsa, bu davaların çözümünde re’sen araştırma ilkesinin uygulanması ve davaya son veren taraf işlemlerinden davayı kabul ve mahkeme içi sulhun uygulanmaması gerekir¹⁰⁰. Ayrıca, delillerin mahkemeye sunulması ve değerlendirilmesi de bir sınırlandırmaya tâbi tutulamaz. Oysa uyuşmazlık ortaya çıktığı andan itibaren taraflar arasındaki eşitsizlik ortadan kalkar ve bu andan itibaren tüketicinin maddî hukuk bağlamında kullanabileceği seçimlik haklar ve bu hakların kullanılması sonucuna bağlı olarak yargı yoluna başvuru tercihi oraya çıkar. Tüketici, bütün bu tercihlerini kullanırken özgür iradesi ile hareket eder. Yargı yoluna başvurulduğu andan itibaren tüketicinin korunmasına ilişkin hukuk kurallarının yorumlanması devreye girer. Ancak, bu husus uyuşmazlığın konusu üzerinde tarafların tasarruf yetkisinin olmadığı anlamına gelmez. Çünkü, yargı yoluna

¹⁰⁰ Tasarı’da madde 40,V de hakem heyetlerinin tarafları sulhe teşvik edebileceği ve sulh olunması halinde bu hususun bir tutanakla tespit edilmesi gerektiğine açıkça yer verilmiştir.

başvurulduğu andan itibaren taraflar eşittir ve fakat Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri çerçevesinde yorum tüketici lehine yapılır.

2. Dava Mahiyetindeki Bazı Uyuşmazlıklar

Yukarı paragraflarda işaret ettiğimiz üzere¹⁰¹, genel tüketici menfaatlerini korumak için tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlık tarafından açılan davalar hariç olmak üzere tüketici mahkemeleri ile tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev alanı örtüşmektedir. Bu bağlamda Kanun Koyucu miktar sınırı dışında başka bir farklılık öngörmemiştir¹⁰². Bu nedenle, başka bir mahkemenin görev alanına girdiği açıkça belirtilmeyen¹⁰³ ve Kanun'da öngörülen sınırın altında kalmak kaydıyla bireysel tüketici menfaatlerini koruyan bütün davalara tüketici sorunları hakem heyetlerinde bakılır. Bu miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için tüketici mahkemelerinde dava açılırsa, tüketici mahkemesi görevsizlik kararı vermek zorundadır¹⁰⁴. Bu davaların icra takibinden önce açılması ile sonra açılması arasında da bir fark yoktur. Bu nedenle, tahsil davası, tespit davaları, menfi tespit davaları¹⁰⁵, itirazın iptali davaları, istirdat davaları, tasarrufun iptali davaları, maddî ve manevî tazminat davaları gibi bu Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan bütün davaların tüketici sorunları hakem heyetinde görülmesi gerekir¹⁰⁶.

¹⁰¹ Bkz., yuk.C.

¹⁰² Tasarı ile, müteşebbislerin tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru imkanı ortadan kaldırıldığından, Tasarı'nın bu şekilde yasalaşması halinde itirazın iptali davaları ve tasarrufun iptali davaları tüketici sorunları hakem heyetlerinde görülemeyecektir. Menfi tespit, istirdat, maddî ve manevî tazminat davaları bakımından ise bir değişiklik söz konusu olmayacaktır.

¹⁰³ Bu bağlamda iflâs davaları örnek olarak gösterilebilir. Temelindeki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dan kaynaklansa dahi bu davaların asliye ticaret mahkemesinde görülmesi zorunludur (İİK m.154,III).

¹⁰⁴ **Özel**, s. 214; Kanun yararına temyiz başvurusu üzerine Yargıtay 13 ncü Hukuk Dairesi Kararı Şu şekildedir: *"Bu hüküm uyarınca 4077 sayılı Kanunun uygulanmasından kaynaklanan ve dava tarihi olan 2007 yılı itibariyle 792,12 YTL'den az olan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan mahkemede dava açılamaz. Dosyanın incelenmesinden, dava konusu asıl alacak miktarının 218.30 YTL olduğu ve davacının Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurmayarak doğrudan Tüketici Mahkemesinde itirazın iptali davası açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece 4077 sayılı Yasanın 22/5 maddesi hükmüne göre dava açabilme şartı gerçekleşmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bozulması gerekir"*, Yargıtay 13. HD'nin T. 6.6.2008, E. 2008/4346 ve K.2008/7975 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

¹⁰⁵ Yargıtay, bağımsız bölümün kararlaştırılan sürede tesliminin imkânsız hale geldiği ve davalı satıcı-yüklenicinin satıcı sıfatıyla inşaatı tamamlamadan satışa sunduğu taşınmaz ilişkin iddiasına dayalı menfi tespit talebinin genel mahkemelerde değil tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz., HGK T. 7.3.2007, E. 2007/13-100 ve K.2007/100 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

¹⁰⁶ Bu davalarda uygulanacak yargılama hukuku kuralları bakımından bkz., Yuk. E.III.1; Ayrıca,

Yargıtay, davacı tüketici yüklenicinin temlikine dayalı tapu kaydı iptali ve tescil isteğinde bulunduğu yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa, bu davanın genel mahkemelerde değil, tüketici mahkemelerinde görülmesine karar vermiştir¹⁰⁷. Bu davanın özellikle tapu siciline ve gayrimenkullere ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine yönelik olması karşısında tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev alanına da girip girmediği tartışılabilirse de; kanımızca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kamu düzenine ilişkin olduğundan¹⁰⁸, bu Kanun’la öngörülen mecburî tahkim mahiyetindeki bir merci tarafından görülebilmelidir. Mecburî tahkim bağlamında taraf iradeleri önemli olmadığından, Kanun’un 22,VII maddesinin açık hükmü karşısında bu sonucun kabulü zorunludur. Ulaştığımız bu sonuç, tüketici sorunları hakem heyetlerinin görevini belirleyen 22’nci madde hükmünün yeniden düzenlenmesi gerektiğinin açık bir kanıtını oluşturmaktadır. Bu hüküm yeniden düzenlenmediği sürece, Yargıtay’ın tüketici mahkemelerinin görev alanına gireceğini belirttiği bireysel tüketici menfaatleri ile ilgili bütün davaların, Kanun’da öngörülen miktarın altında kalmak kaydıyla, tüketici sorunları hakem heyetlerinin de görev alanına girdiğinin kabulü kaçınılmazdır.

Doktrinde bir görüş¹⁰⁹ (bir Yargıtay Karar’ından hareket ederek), bu miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bağlamında tüketici sorunları hakem heyetine başvurmaksızın doğrudan icra takibinin bir sonuç doğurmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, böyle bir ihtimalde yapılan icra takibine borçlunun itirazı üzerine takip duracak ve bunun üzerine açılan iptal davası dava şartı yokluğundan reddedilecektir¹¹⁰. Her ne kadar bu görüşün dayanağını oluşturan Yargıtay Karar’ının özet kısmında bu yaklaşımı doğrular mahiyette ifadeler yer alıyorsa da¹¹¹, kanımızca bu görüşe katılmaya imkân olmamalıdır.

Tuskan, s. 61.

¹⁰⁷ Bkz., Yargıtay 14. HD’nin T. 11.3.2008, E. 2008/1922 v e K.2008/3051 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012..

¹⁰⁸ Bkz., Yargıtay 13. HD’nin T. 25.9.2008, E. 2008/3394 v e K.2008/11120 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:11.09.2012.

¹⁰⁹ **Tutumlu**, s. 47.

¹¹⁰ **Tutumlu**, s. 47.

¹¹¹ Karar özetinde şu şekilde denilmektedir; “*Olayda, miktarı kanunla öngörülen sınırın altında olan dava konusu alacak için Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan icra takibi yapılmış olduğundan 4077 sayılı Yasanın 22/5. maddesinde öngörülen dava şartı gerçekleşmemiş olup itirazın iptali davasının reddine karar verilmesi gerekir*”, Yargıtay 13. HD’nin T. 8.2.2005, E. 2004/13486 ve K.2005/1775 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012; Benzer başka bir karar özet başlığı da şu şekildedir: “*KREDİ KARTI BORCUNU TAKİP (Değeri 500 YTL. ’nin altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetine başvurmadan doğrudan icra takibi ve dava açılmayacağı)*”, Yargıtay 13. HD’nin T. 6.7.2006,

Zira, ilâmsız icra takibi tek başına bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Bu nedenle, bu görüşün ileri sürdüğü sonucun doğabilmesi için açık bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu yönde bir düzenlemeye ne Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ne de İcra ve İflâs Kanunu'nda yer verilmiştir¹¹². Diğer taraftan, işaret ettiğimiz Yargıtay Kararı'nın hem gerekçe kısmında hem de sonuç kısmında bu görüşü doğrulayan bir ibareye yer verilmemiştir. Kanımızca, bu kararda kast edilen, Kanun'da öngörülen sınırın altında kalan miktar için bir icra takibi yapılması halinde; itirazın iptali davası açılmak zorunda kalınmışsa, bu davanın tüketici sorunları hakem heyetinde açılmasının zorunlu olduğunu; aksi halde, tüketici mahkemesinin dava şartı yokluğundan davayı reddetmesi gerektiğini ortaya koymaktadır¹¹³.

3. Delil İncelemesi

Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde, hakem heyetinin tarafları dinleyebileceğine, gerekirse bilirkişiye başvurabileceğine ve ilgili kurum ve kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeleri isteyebileceğine işaret etmiştik¹¹⁴. Yine tüketici sorunları hakem heyetlerinin özellikle dava mahiyetindeki uyuşmazlıkların çözümünde mecburî tahkimin niteliğine uygun düşen Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin uygulanması gerektiğini tespit etmiştik¹¹⁵. Bu çerçevede özellikle delil incelemesi sırasında ortaya çıkabilecek bazı problemlerin ayrıca incelenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Delillerin incelenmesi bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen senetlerin sahteliğine ilişkin sahtelik iddiası ve sahtelik davası

E. 2006/7971 ve K.2006/11219 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

¹¹² Kararın gerekçe kısmı şu şekildedir: “Somut olayımızda dava konusu alacağın miktarı 357.070.000 lira olup Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan icra takibi yapılmış, itiraz üzerine de davacı tarafından 11.05.2004 tarihinde itirazın iptali talebiyle bu dava açılmıştır. Öyle olunca davacının 4077 Sayılı yasanın 22/5. maddesine göre dava açılabilmesi şartı gerçekleşmemiştir. Mahkemece bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde aksi düşüncelerle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir”, Yargıtay 13. HD'nin T. 8.2.2005, E. 2004/13486 v e K.2005/1775 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

¹¹³ Zira, çok benzeyen başka bir olayda bu husus daha net olarak ifade edilmiştir. Bu kararın özet kısmı şu şekildedir: “Dosyanın incelenmesinden, dava konusu asıl alacak miktarının 218.30 YTL olduğu ve davacının Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurmayarak doğrudan Tüketici Mahkemesinde itirazın iptali davası açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece dava açılabilmesi şartı gerçekleşmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekir”, Yargıtay 13. HD'nin T. 6.6.2005, E. 2008/4346 v e K.2008/7975 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012.

¹¹⁴ Bkz Yuk., E.III.2.

¹¹⁵ Bkz Yuk., E.III.1.

(HMK m.208 vd.), yalan yere yemin (HMK m.239), tanıklıkta çağrıya uymama (HMK m. 245), tanıklıktan çekinmenin kabul edilmemesi (HMK m.253), yalan yere veya menfaat temin edilmesi karşılığında tanıklık (HMK m.264), keşfe katlanma zorunluluğu (HMK m.291,III), bilirkişinin ceza hukuku bakımından durumu (HMK m.284) ve bilirkişinin hukukî sorumluluğuna ilişkin (HMK m.285) hükümlerinin tüketici sorunları hakem heyetlerinde görülen ve özellikle bir dava mahiyetinin olan uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşaret ettiğimiz bu hükümlerden bazılarının ihlali halinde, hükmü ihlal eden kişi ceza mahkemesi tarafından cezalandırılırken (yalan yere yemin, yalan yere menfaat temin ederek tanıklık edilmesi ve bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı rapor vermesinde olduğu gibi); bazı hükümlerin ihlali halinde ise hükmü ihlal eden bizzat davaya bakan hâkim tarafından cezalandırılmaktadır (keşfe katlanma zorunluluğu, yalan yere menfaat temin ederek tanıklık edilmesi, çekinmenin kabul edilmemesi ve tanıklıkta çağrıya uyma zorunluluğunda olduğu gibi). Bazı hallerde ise bir ön sorun incelemesi veya ayrı bir hukuk davası açılması gerekmektedir (sahtelik iddiası ve bilirkişinin hukukî sorumluluğunda olduğu gibi).

Ceza mahkemesi tarafından cezalandırmayı gerektiren eylemler bağlamında, bu eylemler tüketici sorunları hakem heyetleri tarafından yapılan bir yargılama sırasında gerçekleşmiş olsa dahi, kanımızca bu cezaî hükümler uygulanmalıdır. Çünkü, bu eylemlerden birisinin gerçekleşmesi halinde öncelikli taraf menfaatleri ihlal edilmiş olmaktadır. Bu açıdan, tüketici mahkemesinde görülen itirazın iptali davasında bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı rapor vermesi (veya yalan yere tanıklık edilmesi) ile, tüketici sorunları hakem heyetinde görülen itirazın iptali davasında bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı rapor vermesi (veya yalan yere tanıklık edilmesi) arasında bir fark olmamalıdır. Zira, iki dava aynı gerekçelerle aynı menfaatleri korumaktadır.

Bizzat davaya bakan hâkim tarafından müeyyide uygulanmasını gerektiren hallerde ise, hâkime zorla getirme (HMK m. 245; 291, III), disiplin para cezası verme (HMK m. 245; 253,I; 291,III), disiplin hapsi cezası verme (HMK m. 253,II) ve tutuklama (HMK m. 264,II) yetkileri verilmiştir. Kanımızca, bu yetkilerin kullanılabilmesi için müeyyidenin uygulanmasını gerektiren suçun unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Bu unsurların gerçekleşip gerçekleşmediği ise, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine göre değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre belirlenir. Bu nedenle,

burada Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Bu yüzden, bu konuda tüketici sorunları hakem heyetleri bir karar veremezler. Diğer taraftan bu cezaî hükümlerin uygulanması ile, bizzat Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin ihlaline bağlı olarak, davaya bakan mahkeme hâkimleri görevlendirilmiştir. Ayrıca, cezaî bir müeyyidenin hâkim olmayan kişiler tarafından verilmesi düşünülemez. Bu çerçevede, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık olmamasına rağmen, bir mahkeme olması sıfatıyla Hukuk Muhakemeleri Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan bu uyuşmazlıklar hakkında tüketici mahkemeleri karar verebilmektedir.

Bir ön sorun olarak incelenmeyi veya bir hukuk davası açılmasını gerektiren sahtelik iddiaları bakımından da, kanımızca tüketici sorunları hakem heyetleri görevlidir. Zira bu hallerde tüketiciler bir menfi tespit davası mahiyetinde sahtelik davası açabilecekleri gibi; tüketici sorunları hakem heyetinde görülen bir dava sırasında (mesela, itirazın iptali davasında) karşı tarafın elindeki bir belgenin sahteliğini de ileri sürebilirler. Tüketici sorunları hakem heyetlerinde görülen bir dava sırasında bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı rapor vermesi halinde, taraf menfaatleri bu rapordan doğrudan ve öncelikle etkilendiğinden Devlete karşı bir tazminat davası açılabilir.

4. Dava İle Bağlantılı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar

Tüketici sorunları hakem heyetinde görülmekte olan bir dava sırasında, bu dava ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilen, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, icra inkâr tazminatı, faiz ve vekâlet ücreti gibi hususlar bakımından; bu konulara ilişkin olarak hakem heyetleri tarafından bir karar verilip verilemeyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

a) Faiz: Faiz, varlığı ve geçerliliği asıl alacağın varlığı ve geçerliliğine bağlı ferî bir haktır. Asıl alacak talebi hakkında karar verme yetkisi olan tüketici sorunları hakem heyetlerinin, ferî mahiyetteki faizler bağlamında da karar verebileceğinde tereddüt olmaması gerekir. Ancak, buna rağmen uygulamada zaman zaman tüketici sorunları hakem heyetlerinin faize hükmetmedikleri görülmektedir¹¹⁶.

¹¹⁶ “Davacı, abonesi olan davalının su borcunun faizi ile tahsili için Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuruda bulunduğunu, talebinin kabul edildiğini ancak faize hükmedilmemiş olduğunu ileri sürerek Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararına itiraz ederek borcun faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, kısmi itirazın kabulüne, borcun faizi ile tahsiline karar verilmiş, ... Mahkemece eldeki davanın, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ta-

b) İcra inkâr tazminatı: İcra inkâr tazminatı, icra ve iflâs hukuku alanında, itirazın iptali davası ve menfî tespit davası gibi bazı dava ve takiplere bağlı olarak ortaya çıkan ferî mahiyette bir alacaktır. Bu tazminatın koşullarına ilişkin düzenlemeler her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almış olsa da, asıl alacağa ilişkin uyuşmazlıklar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, tüketici sorunları hakem heyetlerinin bu konuda da karar verme yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekir.

c) İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz: İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz bağlamında, bu kararların icrasının zor kullanmayı gerektirmesi nedeniyle uygulamada tüketici sorunları hakem heyetleri bu tür taleplerin reddine karar vermektedir. Ayrıca, Yargıtay'ın ihtiyarî tahkime ilişkin olarak verdiği bu tür kararların mutlak olarak mahkemelerin görev alanına girdiği ve mahkemeler dışında ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze karar verilmesinin mümkün olmadığı yönündeki kararı da tüketici sorunları hakem heyetlerinin bu tür taleplerin reddine karar vermesi konusunda etkin bir rol oynamaktadır. Bu yönde doktrinde bir görüş birliği olduğu söylenebilir¹¹⁷. Kanımızca, ihtiyarî tahkim ve mecburî tahkim arasındaki mahiyet farkı dikkate alındığında bu görüşlere katılmak mümkün olmamalıdır. Her şeyden önce yukarı paragraflarda da işaret edildiği üzere, mecburî tahkim halinde devlet mahkemesinin o uyuşmazlığı (en azından ilk derece mahkemesi sıfatı ile) çözme görevi ortadan kalkmakta, onun yerine mecburî tahkim kaim olmaktadır. İhtiyarî tahkim bir hukukî ilişkinin tarafları arasındaki bir veya birkaç davanın çözümü için başvurulabilen çok özel bir yargılama biçimiyken; mecburî tahkim uyuşmazlığın sübjektif olarak taraflarından bağımsız, genel ve kategorik bir mahiyette düzenlenmektedir. Ayrıca, ihtiyarî tahkimde tarafların uygulanacak hukuk kurallarını belirleme yetkileri varken, mecburî tahkimde bu Kanun Koyucunun iradesine bağlıdır. Bu noktada, Kanun Koyucu tarafların iradesine hiçbir değer vermemiştir. İşaret ettiğimiz bu gerekçeler karşısında, mecburî tahkim ihtiyarî tahkime nazaran çok daha güçlü bir statüye sahiptir.

rafından davacı taleplerinden biri hakkında karar verilmemesinden kaynaklandığı kabul edilerek davalı aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bu kısım yönünden kanun yararına bozma talebinde bulunmuştur”, Yargıtay 13. HD’nin T. 2.7.2009, E. 2009/2406 ve K.2009/9245 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:20.09.2012.

¹¹⁷ **Özekes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s.180; **Akıncı**, Ziya; Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997, s. 218; **Sarısözen**, Serhat; Hakem Yargılaması, İstanbul 2005, s.68.

İhtiyarî tahkim bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak hakemlerin ihtiyati tedbir ve delil tespitine karar verebileceği düzenlenmiştir (HMK m.414). Ayrıca, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da hakemlerin, ihtiyati tedbire ve ihtiyati hacze karar verebileceğine açıkça yer verilmiştir (MTK m.6). Hatta bu hususların yanı sıra, her iki Kanun'da da, mahkemelerin verdiği ihtiyati tedbir (HMK m.414,V) ve ihtiyati haciz kararlarının hakemler tarafından değiştirilebileceğine veya kaldırılabilirliğine ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Kaldı ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ihtiyati tedbir (HMK m. 390,I) ve delil tespitine karar verecek merci bakımından (HMK m.401,I), davanın açılmasından öncesi için asıl davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkemeyi, dava açılmasından sonrası için ise davaya bakan mahkemeyi açıkça işaret etmektedir. Yukarı paragraflarda işaret ettiğimiz üzere¹¹⁸, belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından ilk derece olarak görevli ve yetkili merci tüketici sorunları hakem heyetleridir ve bu noktada tüketici mahkemeleri ile aralarında bir görev ilişkisi vardır. Ayrıca, daha özel mahiyette olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerinde tüketici sorunları hakem heyetlerinin bu kararları veremeyeceğine ilişkin yasaklayıcı bir düzenleme olmadığı gibi, bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (şimdi Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ihtiyarî tahkim hükümlerinin uygulanacağını gösteren bir atıf da yoktur¹¹⁹. İşaret ettiğimiz hükümler çerçevesinde ihtiyarî tahkim bağlamında dahi, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti bakımından karar verme, bu konudaki genel mahkeme kararlarını ortadan kaldırabilme veya onu değiştirebilme yetkileri verilmişken, ondan daha güçlü bir statüde ortaya çıkan mecburî tahkim bağlamında bu yetkilerin olmadığı düşünülemez.

İhtiyati tedbire ilişkin en önemli sorunlardan birisi de, bu kararın icrasında ve tedbire muhalefet halinde uygulanacak disiplin hapsi cezaları bağlamında ortaya çıkmaktadır. Tedbire muhalefet bakımından, her ne kadar tedbire konu olan uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un

¹¹⁸ Bkz., Yuk., C.

¹¹⁹ "HUMK.'da hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı vereceğine dair bir hüküm bulunmamasına ve ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı vermenin münhasıran mahkemelere ait olmasına rağmen hakem heyetinin görevi dışına çıkarak ihtiyati haciz kararı vermiş olması usul ve yasaya aykırı ise de", 13. HD 07.01.2003 T ve E. 2002/12841, K. 2003/185 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr. e.t.20.08.2012. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen Baro Hakem Heyetlerine ilişkin düzenleme'de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyarî tahkime ilişkin hükümlerine atıf vardı. Bu çerçevede bu karar ile Yargıtay'ın 08.11.1960-1745/2938 sayılı İçtihatında ısrar ettiği söylenebilir.

uygulanmasından kaynaklanıyorsa da; tedbire muhalefet suçunun unsurları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre belirlenecektir (HMK m.398). Bu nedenle bu konuda hakem heyetlerinin karar verme yetkisi yoktur. Ayrıca, hakem heyetleri tarafından verilen ihtiyati tedbir kararları ihlal edilmiş olsa dahi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu tedbirin ihlali halinde verilecek disiplin hapsine ilişkin görevli ve yetkili mahkemeyi açıkça belirlediğinden (HMK m.398), bu ihlali cezalandıracak bir merci yoktur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararlarının icra edilebilirliğine taraflardan birisinin başvurusu üzerine mahkemenin karar vereceğine işaret etmektedir (HMK m.414,II). Bu bağlamda, geçerli bir tahkim sözleşmesi varsa ve tedbir kararının icrası Türk hukuk düzenine aykırılık teşkil etmeyecekse; mahkeme kararın icra edilebilirliğine karar vermelidir. Aynı yaklaşımın tüketici sorunları hakem heyetleri tarafından verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları bakımından da geçerli olması gerektiği ileri sürülebilirse de; kanımızca, böyle bir düşüncenin kabulü yerinde olmaz. Zira, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ihtiyarî tahkime ilişkin hükümlere atıf yapılmadığı gibi, bizatihi bu Kanun'un kendisinin getirdiği hükümler kamu düzeninin ilişkindir. Bu nedenle, tüketici sorunları hakem heyetleri tarafından verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının mahkemeler tarafından kamu düzenine uygunluk bakımından denetlenmesine ihtiyaç yoktur. Diğer taraftan, tüketici sorunları hakem heyetlerinin Kanun'da öngörülen miktarın altında kalan uyuşmazlıkların esasına ilişkin nihaî kararları mahkeme denetimine tâbi olmaksızın icra edilebilmektedir. Kanımızca, bu çerçevede tüketici sorunları hakem heyeti tarafından verilen (verilecek) tedbir kararlarının icrası için mahkeme onayına gerek olmamalıdır. Ulaştığımız bu sonuç, özellikle takipten önce açılan ve takipten sonra açılan menfi tespit davaları bakımından oldukça önemlidir. Zira, uygulamada yukarıda işaret ettiğimiz nedenlerden dolayı, menfi tespit davaları tüketici sorunları hakem heyetinde açılmakta (zaman zaman bu davalarda da yargılamayı gerektiren bir uyuşmazlık olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmekte), takibin durdurulmasına veya icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmesinin engellenmesine tüketici mahkemeleri karar vermektedir. Oysa, İcra ve İflâs Kanunu bu tedbirlere bizzat davaya bakan mahkeme tarafından karar verileceğini açıkça düzenlemiştir (İİK m.72,II; III). Bu bağlamda ihtiyati tedbir talebi açısından en sağlıklı değerlendirmenin uyuşmazlığın esasına bakan merci tarafından yapılacağı açıktır. Aksi yöndeki uygulama, hak arayan tüketiciler bakımından gereksiz

zaman ve emek kaybına neden olmakta ve onların cesaretini kırıcı sonuçlar doğurmaktadır. Bu husus hem Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına aykırılık teşkil etmekte hem de tüketici sorunları hakem heyetlerinin oluşturulması amacı ile bağdaşmamaktadır.

İhtiyati haciz bakımından yetkili mahkeme İcra ve İflâs Kanunu madde 258, I ile aynı Kanun'un 50' nci maddesine yapılan atıfla çözülmüştür. Fakat, görevli mahkeme bakımından her hangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu çerçevede doktrinde asıl uyuşmazlığı çözmekle görevli olan mahkemenin ihtiyati haciz bakımından da görevli olduğu, şayet asıl uyuşmazlık özel mahkemelerden birinin görev alanına giriyorsa, ihtiyati hacze de o mahkemenin karar vermesi gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁰. Diğer taraftan ihtiyarî tahkime ilişkin olarak, ihtiyati haciz kararının icrasının zor kullanmayı gerektirmesi nedeniyle hakemlerin ihtiyati hacze karar veremeyeceği, bu konuda karar verme yetkisinin münhasıran mahkemelere ait olduğu ileri sürülmektedir¹²¹. Tahkimin sadece tarafları bağlayan bir sözleşmeden kaynaklanması ve ihtiyati haciz ile elde edilmek istenilen amaç dikkate alındığında; ihtiyati hacze karar verecek hakem heyetinin oluşumundaki güçlükler, ihtiyati haciz kararının uygulanmasının belirli bir prosedürü gerektirmesi ve bu çerçevede ihtiyati haciz kararının icrası için mahkemenin tasdikine ihtiyaç duyulması (HUMK m.536) bu görüşün kendisine dayanak aldığı argümanlardır¹²².

Bu argümanlardan, ihtiyati tedbirin icrasının zor kullanmayı gerektirmesi dışında kalanlar, ihtiyarî tahkime ilişkin olmaları ve hakem kararlarının icrasına ilişkin mahkemenin tasdiki şartının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na alınmamış olması karşısında, bir mecburî tahkim mahiyetinde olan tüketici sorunları hakem heyetleri bakımından kabul edilebilir nitelikte değildir. Buraya kadar işaret ettiğimiz, tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev alanının belirlenmesindeki uyuşmazlığın maddî hukuk kaynağı, uyuşmazlığın tarafları, bu uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usul kuralları, ihtiyati tedbire ilişkin yaptığımız açıklamalar ve Yargıtay'ın konuya yaklaşımı birlikte değerlendirildiğinde; Kanun Koyucunun, tüketici sorunları hakem heyetlerini tüketici mahkemelerinin altında adeta bir özel mahkeme imiş gibi düzenlediği sonucuna varmak mümkündür. Bu çerçevede, belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından hakem heyeti tarafından verilen nihaî kararlarının doğrudan ilâmlı icraya konu olması (ki burada bir kamu gücünün kullanılması

¹²⁰ Özkes, s.180.

¹²¹ Akıncı, s. 218; Özkes, s. 181; Sarısözen, s. 69.

¹²² Akıncı, s. 223; Özkes, s. 182, 183.

söz konusudur) ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile bu yönde bir istisna getirilmemesi dikkate alındığında; tüketici sorunları hakem heyetleri görev alanına giren konulara ilişkin ihtiyati hacze de karar verebilmelidir.

d) Vekâlet ücreti: Vekâlet ücreti, uygulamada tüketici sorunları hakem heyetleri teknik anlamda bir yargılama yapmadıkları gerekçesi ile vekâlet ücretine hükmetmemektedirler. Kanımızca bu uygulama yerinde değildir. Çünkü, bir mecburî tahkim mahiyetinde olan tüketici sorunları hakem heyetleri, önlerine gelen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun veya diğer kanunlarda bizzat dava olarak adlandırılan uyuşmazlıkları da çözmekle görevlidir. Yukarı paragraflarda işaret ettiğimiz üzere¹²³, bu uyuşmazlıkların çözümünde mecburî tahkimin niteliğine uygun düştüğü ölçüde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygulanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava ehliyeti bulunan herkesin davasını, kendisi veya tayin edeceği bir vekil vasıtası ile açıp takip edebileceği, hükmünü getirmiştir (HMK m.71). Şu halde, tüketici sorunları hakem heyetleri önünde görülen bir uyuşmazlık çözümü sırasında tarafların kendilerini bir vekil aracılığı ile temsil ettirmelerinin önünde bir engel yoktur. Bu husus Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin ilgili hükümlerinden de anlaşılabilir. Avukatlık Kanunu, avukatlığın amacını "hukukî münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanması için her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde faaliyette bulunmak şeklinde belirlemiştir. Ayrıca, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 16' ncı maddesinde, hakem önünde yapılan her türlü hukukî yardımlarda da bu Tarife hükümlerinin uygulanacağına yer verilmiştir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; kanımızca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 330 bağlamında taraf lehine bir vekâlet ücretine hükmedilmelidir.

Yargıtay, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı başvuru itiraz yolunda, vekâlet ücretine hükmetmeyen tüketici mahkemesi kararlarını bozmaktadır¹²⁴. Bu konuda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da

¹²³ Bkz.,Yuk. E.III.1.

¹²⁴ "Mahkemece eldeki davanın, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından davacı taleplerinden biri hakkında karar verilmemesinden kaynaklandığı kabul edilerek davalı aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bu kısım yönünden kanun yararına bozma talebinde bulunmuştur. Mesken aboneliği olan davalı, aboneliğini iptal ettirmemiş olduğundan dava konusu borçtan yasal olarak sorumludur. Süresinde borcu ödemiş olması nedeniyle Tüketici Sorunları Hakem Heyetine talepte bulunmaya sebebiyet veren de davalıdır. TSHH kararı sonrasında davacı kendine tanınan yasal hakkını kullanarak dava açmış, sonuçta Mahkemece davacının talebinin kabulüne karar verilmiştir. Bu durumda davalı yargılama gi-

vekâlet ücretine hükmedilmesini engelleyen bir düzenleme olmadığı gerekçesine dayanmaktadır¹²⁵. Bir kanun yolu mahiyetinde olan itiraz başvurusu üzerine verilen tüketici mahkemesi kararlarına ilişkin bu yorum, yukarıda izah ettiğimiz gerekçelerle tüketici sorunları hakem heyeti kararları bakımından da geçerli olmalıdır. Aksi bir yaklaşımın kabulü, tüketici sorunları hakem heyetleri önünde hak arayan tüketicilerin hukukî destekten yoksun kalmaları sonucunu doğurabilir. Çünkü, özellikle hakem heyeti tarafından çözülecek uyuşmazlıkların miktarının çok düşük olması nedeniyle tüketiciler kendilerini çoğu kere vekille temsil ettirme yoluna gitmemekte veya vekille temsil ettirme yoluna gitseler dahi bir ücreti vekâlet sözleşmesi yapmak istememektedirler. Ayrıca Avukatlar da, işaret ettiğimiz gerekçelerin yanı sıra, hakem heyetlerinde yargılama gideri olarak vekâlet ücretine hükmedilmediğini de ileri sürerek vekâlet almaktan kaçınmaktadırlar. Ortaya çıkan bu sonuç, bireysel tüketici menfaatlerini ilgilendiren uyuşmazlıkları çözmekle görevli tüketici sorunları hakem heyetlerinin kuruluş amacı ile de bağdaşmaz¹²⁶.

deri ile vekalet ücretinden sorumludur” Yargıtay 13. HD’nin T. 2.7.2009, E. 2009/2406 ve K.2009/9245 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:20.09.2012; Benzer kararlar; Yargıtay 13. HD’nin T. 27.4.2009, E. 2008/15792 ve K.2009/5723 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:20.09.2012, Yargıtay 13. HD’nin T. 5.6.2008, E. 2008/2593 ve K.2008/7912 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:20.09.2012.

¹²⁵ “Mahkemece davanın reddine karar verildikten sonra, davanın mahiyeti gereği vekalet ücreti takdirine yer olmadığına hükmedilmiştir. Avukatlık ücreti HMUK’nun 423/6 maddesine göre yargılama giderlerinden olup, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da vekâlet ücreti alınmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Davalı bu davada kendisine vekil ile temsil ettirdiğine ve mahkemece de, davanın reddine karar verildiğine göre, reddedilen tutar üzerinden, davalı lehine karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarife’si gereğince, 220,00 YTL. Vekalet ücretinin takdiri gerekir. Davalı lehine vekalet ücreti takdir edilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”, Yargıtay 13. HD’nin T. 24.6.2009, E. 2009/7614 ve K.2009/8737 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:20.09.2012; Benzer başka bir karar, Yargıtay 13. HD’nin T. 26.03.2009, E. 2008/14826 ve K.2009/4123 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:20.09.2012.

¹²⁶ Tasarı’da hakem heyetleri bağlamında vekâlet ücretine ilişkin bir düzenleme olmamakla beraber, hakem heyetinin tüketici lehine verdiği kararlarına itiraz edilmesi üzerine, kararın iptal edilmesi halinde tüketici mahkemelerince vekâlet ücretine hükmedileceği ve fakat tüketici aleyhine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine yer verilmiştir (m.40,VI). Kanımızca, burada hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı başvuru itiraz yoluna ilişkin sınırlandırma yerinde değildir. Aksine özellikle tüketici taleplerinin usulî nedenlerle reddedilmesi veya esasa ilişkin nedenlerle reddedilmesi halinde dahi aleyhine çoğu kere uyuşmazlık konusunun değerinde daha fazla miktarda bir vekâlet ücretine hükmedilebileceği korkusu, tüketiciyi hak arama özgürlüğünü kullanmaktan alıkoymaktadır. Diğer taraftan, taraflardan birisi lehine vekâlet ücretine hükmedilirken, diğeri lehine hükmedilmemesi Avukatlık hukuku bağlamında da kabul edilebilir bir düzenleme değildir. Bu nedenle, tıpkı tüketici mahkemelerinde dava açan Tüketici Üst Örgütlerinde vekâlet ücreti ve bilirkişi ücretinin ödenmesinde olduğu gibi (m.41,III), tüketici aleyhine olan vekâlet ücretleri Bakanlıkça karşılanmalıdır.

F.Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Kararları, Bu Kararların Hukukî Niteliği ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları

I. Belirli Bir Miktarın Altında Kalan Uyuşmazlıklarda Verilen Kararlar

1. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Kararlarının Hukukî Niteliği

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin Kanun'da öngörülen sınırın altında kalan uyuşmazlıkların çözümü bağlamında verdiği kararlar tarafları bağlar. Bu kararlar İcra ve İflâs Kanunu'nun ilâmların icrası hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilirler. Ayrıca, bu kararlara karşı 15 gün içinde tüketici mahkemelerine itiraz edilebilir. Tüketici mahkemesine itiraz, mahkemece aksine karar verilmediği sürece takibi durdurmaz. İtiraz üzerine tüketici mahkemesince verilecek kararlar kesindir (m.22,V). Bu bağlamda, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının niteliğinin tespiti, bu kararlara karşı bir başvuru imkânı olan itiraz yolunun hukukî niteliğinin tespitini de büyük ölçüde kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olacaktır.

Belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetleri bir mecburî tahkim mahiyetinde görev yapmaktadır. Bu nedenle hakem heyetlerinin faaliyetleri bir yargılama mahiyetinde kabul edilmelidir. Diğer taraftan ihtiyarî tahkimde dahi, uyuşmazlığı çözen heyet bir mahkeme olarak kabul edilmekte ve ayrıca bu heyetlerin faaliyetleri yargısal nitelikte addedilmektedir¹²⁷. Bu bağlamda, hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK m.523) hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m.426) açıkça davanın açılma zamanından bahsedilmiş olması, vardığımız bu sonucun kanıtlarından birisini oluşturmaktadır. Ayrıca, uyuşmazlık miktarı dışında, bireysel tüketici uyuşmazlıkları bakımından tüketici mahkemeleri ile tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev alanının birbiri ile örtüşmesi de¹²⁸ onun yargılama faaliyeti yaptığının başka bir göstergesidir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hakem heyeti kararlarının ilâmlı icra hükümlerine göre yerine getirileceğine açıkça yer verilmiştir (m.22,V). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, atıf İcra ve İflâs Kanunu'nun ilâm niteliğindeki belgeleri düzenleyen 38'nci maddesine değil¹²⁹, doğrudan

¹²⁷ İhtiyari tahkimde verilen kararların ilâmın bir sürrogatı olduğu konusunda bkz., **Alangoya**, s.11, 12; **Alangoya**, Yavuz / **Yıldırım**, M. Kamil / **Deren - Yıldırım**, Nevhis, Medenî Usul Hukukunun Esasları, İstanbul 2006 s.667; **Karayalçın**, s.15, 17; **Arslan / Tanrıver**, s. 218.

¹²⁸ Bkz Yuk.,C.

¹²⁹ **Tutumlu**, hakem heyeti kararının ilâm niteliğinde bir belge olduğu kanaatindedir., Bkz., **Tu-**

doğruya ilâmlı icra hükümlerine yapılmıştır. Bu nedenle bu kararlar ilâm niteliğinde bir belge değil, bilakis ilâmın kendisidir¹³⁰. Hatta icra kabiliyetine sahip olabilmek bakımından, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş ihtiyarî tahkimden daha güçlü bir etkiye sahiptir. Zira, bu Kanun hakem kararlarının icrasını ve kesinleşmesini mahkemenin tasdik şerhine bağlamıştı (HUMK m.536). Bu bağlamda hakem kararlarını kesinleşmeden icra etmek de mümkün değildi. Oysa, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının icrası ve kesinleşmesi böyle bir şarta bağlanmamıştır.¹³¹

Belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyeti kararları tarafları bağlar. Taraflar hakem heyeti kararlarına karşı 15 gün içerisinde tüketici mahkemelerine itiraz edebilirler. Şayet bu süre içerisinde taraflar karara itiraz etmezlerse karar kesinleşir. Uyuşmazlık esastan çözülmüş ise, n bir daha bu konuda dava açmak mümkün olmaz. Bu husus da, tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeye elverişli olduğunun başka bir kanıtını oluşturur.

2. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Kararlarına İtiraz

İtiraz yoluna başvuru bağlamında yetkili tüketici mahkemesi Kanun'da düzenlenmemiş olmakla beraber; kanımızca bu, kararı veren tüketici sorunları hakem heyetinin yargı çevresindeki tüketici mahkemesi olmalıdır. İtiraz yoluna başvuru zamanın tespiti bakımından, başvuruyu yapan tüketici ise, tüketiciler tarafından yapılan başvurular harçtan muaf olduğundan başvuru dilekçesinin kaleme havale edildiği tarih dikkate alınmalıdır¹³². Şayet başvuran tüketici sıfatına sahip değilse başvuru harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılmalıdır¹³³.

tumlu, s. 71; **Pektaş'a** göre, mahkeme niteliğinde olmayan tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına ilâm gücü ve etkisinin tanınması, onu mahkeme düzeyine çıkarma amacına yönelik değildir. Buradaki amaç, tüketici mahkemeleri önündeki yığılmayı engelleyerek, küçük miktarda uyuşmazlıkların kısa sürede çözümlenmesi sureti ile tüketicinin korunmasıdır, **Pektaş**, s. 44.

¹³⁰ **Alangoya**, s.11; **Arsan / Tanriver**, s.219; **Kuru** -Usul IV, s. 4073; **Yeğengil**, s. 302 vd.

¹³¹ **Küzeci**, s. 93; **Zevkliler / Aydoğdu**, s. 426.

¹³² “Bu karar şikâyetçiye 27.8.2008 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davacı 10.9.2008 tarihinde Tüketici Mahkemesinde; Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararına karşı itirazda bulunmuştur. İtiraz 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22/5 maddesinde öngörülen 15 günlük yasal süre içinde yapılmıştır”, 13. HD T. 12.10.2009, E. 2009/12180 ve K. 2009/11293 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, e.t. 23.08.2009.

¹³³ “HUMK. 178 maddesi Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Talimatnamesi ve 3.2.1984 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararı gereğince harca tâbi davalarda davanın açılma zamanı harcın ödendiği tarihtir. Somut olayda hakem heyeti kararının davacıya 2.11.2007 tarihinde tebliğ edildiği, davacının itiraz dilekçesini 15.11.2007 tarihinde hakim havalesi yaptırdıktan sonra aynı gün harcını yatırdığı ve 2007/1898 muh. nosu ile Ankara Nöbetçi Tüketici Mah-

Doktrinde, itiraz yolunun hukukî niteliğinin bir dava olduğu ileri sürülmektedir¹³⁴. Fakat aynı görüş kendi içinde çelişkileri de barındırmaktadır. Çünkü hem hakem heyetlerini mecburî tahkim mahiyetinde görmek, hem de hakem heyeti kararlarını ilâm niteliğinde bir belge saymak (İİK m.38) bir çelişkidir. Ayrıca, hem itiraz yoluna başvurulmaması halinde hakem heyeti kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinin ileri sürülmesi, hem de itiraz yoluna başvurulması halinde bunun dava mahiyetinde olduğunun iddia edilmesi başka bir çelişkili halidir¹³⁵. Zira, maddî anlamda kesin hüküm sadece yargısal kararlara tanınan bir gerçeklik vasfı şeklindeki bir imtiyaz olduğuna göre, ilâm niteliğinde bir belgeye kesin hüküm vasfı tanımak mümkün olmamalıdır. Ayrıca, itiraz niteliği itibarı ile bir dava ise (kanun yolu değilse), bu yola başvurulmaması halinde tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi de gerekir.

Kanun Koyucu, görev sınırlarının tespiti, hakem heyeti kararlarının denetimi ve bu kararların delil olarak kullanılması bağlamında, tüketici sorunları hakem heyetleri ile tüketici mahkemeleri arasında bir derecelendirme yapmıştır. Bu derecelendirmeye göre belirli bir miktarı geçmeyen uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyeti ilk derece yargılama merci, tüketici mahkemeleri ise ikinci derece yargılama mercini teşkil etmektedir. Bu çerçevede tüketici sorunları hakem heyeti kararlarının ortadan kaldırılması ve gerektiğinde yeniden karar verilmesi için tüketici mahkemelerine başvurulmaktadır. Bu yönü ile itiraz başvurusu, dar ve teknik anlamda bir kanun yolunda bulunması gereken aktarıcı ve erteleyici etkiye de sahiptir¹³⁶.

Bütün hukukî taleplerde olduğu gibi itiraz yoluna başvurulması halinde de, başvuranın hukukî yararı bulunmalıdır¹³⁷. İtiraz yolu başvurusunda, karar

kemesine gönderildiği anlaşıldığından davanın açılma tarihi 15.11.2007 olarak kabulü gerekir” 13. HD T. 12.10.2009 , E. 2009/12178 ve K. 2009/11295 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, e.t. 23.08.2009.

¹³⁴ **Tutumlu**, s. 38.

¹³⁵ **Tutumlu**, s.76.

¹³⁶ Tasarı'nın 40,VI'ncı maddesinde tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı itiraz edilebileceğini, itiraz üzerine, kararın bozulabileceğini, işin esasına girilmesini gerektirmeyen hallerde hakem heyeti kararının onaylanabileceğinden veya düzeltilebileceğinden bahsetmektedir. Bu husus “itiraz”ın hukuki niteliğinin bir kanun yolu olduğunu güçlendirmekle beraber yetersizdir. Bu konuda itiraz müessesesinin bir kanun yolu olduğu belirtildikten sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinaf hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yönünde bir atıf yapılmalıdır.

¹³⁷ Bir kapıdan satış sözleşmesine bağlı olarak, satıcının icra takibinde bulunması üzerine; tüketici, tüketici sorunları hakem heyetine başvurarak, sözleşmeden caydığını ve bu nedenle ver-

lehine olan taraf davalı, aleyhine olup itiraz yoluna başvuran taraf ise davacı sıfatını taşımaktadır¹³⁸. Oysa bu bir dava mahiyetinde olmuş olsa idi, tüketici mahkemelerine başvurulması halinde davalı kısımda her zaman kararı veren tüketici sorunları hakem heyetinin yer alması gerekecekti. Bu husus da, bir alt derece merci olan tüketici sorunları hakem heyeti kararının kanun yolu vasıtasıyla yargısal bir denetime tâbi tutulduğunun başka bir göstergesini oluşturmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 341,II'de öngörülen hüküm gereği miktar ve değeri (2012 yılı için) 1690TL'nin altında kalan malvarlığı davalarına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları kesindir. Buna karşın tüketici sorunları hakem heyetlerinin zorunlu görev alanına giren uyuşmazlıkların miktarı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen bu sınırın altındadır. Buna rağmen bu kararlar kesin olmayıp, talep üzerine tüketici mahkemesince incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu husus tüketiciler için önemli bir teminattır.

İtiraz incelemesi neticesinde verilen kararların bir içtihat oluşturma özelliği olmadığına göre, kamu düzenini ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, tüketici mahkemesi tarafların talebi ve gerekçeleri ile bağlı olmalıdır. Zira, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle maddi hukuk ilişkisinde tüketici ilişkin zayıf tarafı kabul ediliyorsa da; yargı yoluna başvurulduğu andan itibaren artık tüketici davanın zayıf tarafı değildir. Bu nedenle, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde sözleşme hükümlerin tüketici lehine yorumlanması dışında tüketicinin korunmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Bu noktada, dava üzerindeki tarafların tasarruf yetkisi tam olduğundan re'sen araştırma ilkesi uygulanmaz..

diği senetlerin iadesine karar verilmesini talep etmiş, talepleri hakem heyetince kabul edilmiştir. Daha sonra davacı tüketici, bir de aleyhine yapılan icra takibinin durdurulması için tüketici mahkemesine başvurmuş ve bu talebi de mahkemece kabul edilmiştir. Davalı satıcının temyiz talebi üzerine Yargıtay şu şekilde karar vermiştir: *"Somut olayda dava konusu malın değeri 500.000.000 TL'nin altında olup anılan hükme göre davacının tüketici sorunları hakem heyetinin lehine verdiği karar icra marifetiyle infaz edilip, dava konusu hakkını alabileceğinden dava açmakta hukukî yararı yoktur. Mahkemece bu gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken icranın tedbiren durdurulmasına denilerek uyuşmazlığı, çözmeyecek şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir"*, 13 HD T. 25.1.2005, E. 2004/12650, K. 2005/801 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, e.t. 23.08.2012.

¹³⁸ *"Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurarak değiştirme kararını davalı aldığına göre, 4077 sayılı yasanın 22/5 maddesi hükmüne göre bu kararın iptali için açılan davada, davalının hasım gösterilmesi doğrudur. Mahkemece işin esasına girilip taraf delilleri toplanarak değerlendirilip, sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir"*, 13. HD T. 2.2.2005, E. 2004/13645 ve K. 2005/1235 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, e.t. 23.08.2012.

İtiraz başvurusu üzerine tüketici mahkemesi ya tüketici sorunları hakem heyeti kararını kaldırıp dosyanın ilgili tüketici sorunları hakem heyetine gönderilmesine karar verecek ya da bizzat işin esasına girerek esas hakkında yeni bir karar verecektir. Şayet, tüketici sorunları hakem heyeti zorunlu olarak görev alanına giren bir uyuşmazlığın esası bakımından bir karar vermeyerek, usulî bir nedenle talebin reddine karar vermişse; tüketici mahkemesi tüketici sorunları hakem heyeti kararını kaldırarak dosyayı ilgili hakem heyetine iade etmelidir¹³⁹. Mesela, tarafın tüketici sorunları hakem heyetine başvuru hakkının olmadığı, takipten önce veya takipten sonra açılan menfî tespit davasının ya da itirazın iptali davasının görev alanına girmediği gerekçesi ile reddedilmesi hali bunun tipik örneğini oluşturabilir. Buna karşın, uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmiş ve bu karar hukuka aykırı ise; bu karar kaldırarak işin esası hakkında yeniden bir karar verilmelidir. Mesela, tüketici sorunları hakem heyetinin faize karar vermemesi, icra inkâr tazminatına karar vermemesi gibi. Bu bağlamda tüketici mahkemelerinin dosya üzerinde inceleme yaparak bir karar vermesinin mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Bu konuda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23'ncü maddesinden hareket eden Yargıtay, tüketici mahkemelerinde görülen bütün davaların basit yargılama usulüne tâbi olduğu gerekçesi ile konuya olumsuz yaklaşmaktadır¹⁴⁰. Bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 320, I'de gerekli hallerde mahkemenin dosya üzerinde karar verebileceği düzenlendiğinden, bu Kanun hükümlerine tâbi olarak açılan davalarda, mahkemelerin dosya üzerinden karar verebileceği hususunda tereddüt edilmemelidir.

¹³⁹ Bir itirazın iptali davasında tüketici sorunları hakem heyetinin, başvuran tarafın tacir olması nedeniyle dayalı olarak talebi reddetmesi üzerine, tüketici mahkemesi hakem heyeti kararını kaldırarak işin esasına girerek hüküm kurmuştur. Bu karara karşı başvurulanan kanun yararına bozma talebi üzerine Yargıtay şu şekilde karar vermiştir “*Uyuşmazlık...mahkemenin de Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararını kaldırırken onun yerine geçip, yeni bir karar verip veremeyeceği noktasında toplanmaktadır... Davacının talep ettiği 643.77 YTL'nin yasa-da öngörülen 724.99 YTL'nin altında kaldığı da dikkate alınmak suretiyle az yukarıda açıklanan yasa maddeleri de birlikte değerlendirildiğinde mahkemece, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine itiraz şeklinde gelen iş bu talep yönünden taraf delilleri toplanıp, işin esası incelenmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis etmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir*”, 13 HD T.25.11.2008, E.2008/7449, K. 2008/14015, www.kazanci.com.tr., e.t. 23.08.2012.

¹⁴⁰ “*Dava, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 22. maddesine dayalı olarak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından verilen karar Tüketici Mahkemesi nezdinde yapılan itiraza ilişkin olup, anılan yasanın 23. Maddesinde Tüketici Mahkemelerinde görülecek davaların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Yedinci Babı, Dördüncü Faslı hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiş ve dosya üzerinde karar vermek hususunda mahkemeye taktir hakkı tanınmamıştır*”, 13 HD T.11.2.2005, E. 2005/1212, K. 2005/2040, www.kazanci.com.tr., e.t. 23.08.2012.

İtiraz incelemesi üzerine tüketici mahkemesinin verdiği karar kesindir. Bu kararlara karşı istinaf veya temyiz yoluna gidilemez. Bu noktada tüketici mahkemesinin verdiği kararın kesin olabilmesi için uyuşmazlık miktarı önemli değildir. Önemli olan, mutlak olarak bu kararın itiraz incelemesi sonunda verilmiş olmasıdır. Başka bir ifade ile, tüketici sorunları hakem heyetinin zorunlu görev sınırı içerisinde kalan bir uyuşmazlık doğrudan tüketici mahkemesinde görülüp karara bağlansa bu karar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22,V hükmü çerçevesinde kesin değildir¹⁴¹. Ancak, aynı karar Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 341,II bağlamında kesin olduğundan, bu karara karşı olağan kanun yollarına başvurulamaz¹⁴².

İtiraz yolu bağlamında üzerinde durulması gereken çok önemli hususlardan birisi de, sabit ücrete ilişkin başvurularda Yargıtay'ın konuya yaklaşımıdır. Sabit ücret alınmasına ilişkin olarak tüketici sorunları hakem heyetine zorunlu başvuru sınırı içinde kalan bir bedelin ödenmemesi ilişkin olarak yapılan başvuru hakem heyeti tarafından kabul edilmiştir. Bu kararın itiraz yoluyla tüketici mahkemesine götürülmesi üzerine, mahkeme hakem heyeti kararını yerinde bularak talebin reddine karar vermiştir. Ret kararının gerekçesinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22'nci maddesi çerçevesinde kararın kesin olduğuna da işaret edilmiştir. Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine Yargıtay, mahkemenin bu kararını yok hükmünde sayarak temyiz talebini kabul etmiştir¹⁴³. İlgili daire burada kesinlik sınırının belirlenmesinde, sabit ücretin bir defa değil bütün bir

¹⁴¹ Yargıtay, başvurulduğu tarih itibarı ile Kanunda öngörülen miktarın altında kalan ve doğrudan tüketici mahkemesinde açılan itirazın iptali davasının davalıca temyiz edilmesi üzerine (verildiği anda kesin olma nedeniyle temyiz talebini reddetmeyip) şu gerekçe ile mahkeme kararını bozmuştur; “*Yasanın bu hükmüne göre, 4077 Sayılı Yasanın uygulanmasından kaynaklanan bu miktarı 2004 yılında 580.500.000 liradan az olan uyuşmazlıkların Tüketici Sorunları Hakem Heyetine götürülmesini öngörüp, hakem heyetince verilen kararlara 15 gün içinde mahkemelerde itiraz edilerek dava açılabilceği ve mahkemelerinde bu tür ihtilaflarda vereceği kararın kesin olacağı belirtilmiştir*”, Yargıtay 13. HD'nin T. 8.2.2005, E. 2004/13486 v e K.2005/1775 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:15.09.2012; Ayrıca bkz., 13 HD T. 25.1.2005, E. 2004/12650, K. 2005/801 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, e.t. 23.08.2012.

¹⁴² Bir önceki dipnotta işaret ettiğimiz Yargıtay Kararlarında her ne kadar doğrudan temyiz yoluna başvurulmuş ve bu başvuru Yargıtay tarafından kabul edilmişse de, bu karar için temyiz başvurusu yapıldığı tarihte, HUMK'da öngörülen kesinlik sınırı bugünkü halin aksine TKHK'da öngörülen kesinlik sınırından daha düşüktü. Bu nedenle kanımızca bugün için bu tür kararlara karşı sadece kanun yararına bozma yoluna başvurulabilir.

¹⁴³ “*Kesin olmayan bir karara ilişkin olarak mahkemece kararın kesin olduğunun yazılması ve bu kararın temyizine ilişkin dilekçenin kararın kesin olduğundan bahisle reddedilmesi yok hükmünde olup, hukukî sonuç doğurmaz*”, Yargıtay 13. HD'nin T. 20.5.2009, E. 2009/733 v e 2009/6925 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:25.09.2012.

geleceğe yönelik alınacağından ve oluşacak içtihadın sadece davacıyı değil bu durumdaki bütün aboneleri ilgilendireceğinden bahisle, kesinlik sınırının uygulanmayacağına karar vermiştir¹⁴⁴. Temyiz incelemesi neticesinde verilen esastan bozma kararına karşı¹⁴⁵ tüketici mahkemesinin direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu İlgili Daire lehine direnme kararını bozmuştur¹⁴⁶.

Bu noktada kararın esasına yönelik tartışmalar bir yana, usulî açıdan da bu kararın kendi içinde bir takım çelişkiler barındırdığı söylenebilir. Gerçekten de, başvuru anı itibari ile uyuşmazlığa konu miktar tüketici sorunları hakem heyetinin zorunlu görev alanı içerisinde kaldığı kabul ediliyorsa, bu bağlamda tüketici mahkemesinin itiraz üzerine verdiği karar da zorunlu olarak temyiz sınırının dışında kalmalıdır. Zira, burada kesinlik sınırının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (karar tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu) göre değil, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre belirlenmesi zorunludur. Bu Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak kesinlik sınırının belirlenmesini alacağın tamamının dava edilip edilmemesi kriterine göre değil, uyuşmazlığın tüketici sorunları hakem heyetinin zorunlu görev alanına girip girmemesi kriterine göre belirlemiştir (m.22/V). Bu nedenle, tüketici sorunları

¹⁴⁴ “Her ne kadar, davacının aldığı sabit ücretler miktar itibariyle, gerek 4077 sayılı kanunun 22 maddesinde, gerekse HUMK'nun 427 .maddesinde belirtilen kesinlik sınırının altında kalmakta ise de, yaratılan çekişme ve verilen hüküm bir yıla mahsus olmadığından ve ileriki yıllara da yönelik olduğu anlaşıldığından, kararın kesinlik sınırlarının dışında kaldığı da açık ve belirgindir”, Yargıtay 13. HD'nin T. 20.5.2009, E. 2009/733 v e 2009/6925 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:25.09.2012; Aynı gerekçe için HGK. T.13.5.2009, E. 2009/13-122, K.2009/189 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, e.t. 25.8.2012.

¹⁴⁵ “Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, dava konusu sabit ücret, yasa ile belirlenen bir ücrettir. Türk Telekom tarafından yapılan tarife Telekomünikasyon Kurumu tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girmekte ve uygulanmaktadır. Bu ücretin Anayasaya aykırı olmadığı, Anayasa Mahkemesinin 10.2.2004 tarih ve 74-9 sayılı kararı ile de belirlenmiştir;.... Dairemizin uzun süredir uygulaması da sabit ücretin yasal ve hakkaniyet gereği olduğu yönündedir. Kaldı ki ücret tarifeleri hizmet veren kurum tarafından hazırlanmakta ise de, bunun yürürlüğe girip uygulanabilmesi, bağımsız bir kurum olan Telekomünikasyon kurumunun uygun görüp onaylamasına bağlıdır. Nitekim Telekomünikasyon Kurumu aleyhine onayladığı tarifelerin iptali talebiyle davalar açıldığı hususu da taraflarca bilinmektedir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulü ile Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir”, Yargıtay 13. HD'nin T. 18.12.2008, E. 2008/10943 ve 2008/15049 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:25.09.2012.

¹⁴⁶ “Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve davanın kabulü ile Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının iptaline karar verilmesi gereğine işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, hatalı teşhis ve değerlendirmeye sonucu davanın reddine dair verilen önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır” HGK. T.13.5.2009, E. 2009/13-122 ve K.2009/189 sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, e.t. 25.8.2012.

hakem heyetinin zorunlu görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından itiraz üzerine tüketici mahkemesinin verdiği karar kesindir. Bu nedenle, Yargıtay'ın bozma kararına katılmak mümkün olmamalıdır.

Diğer taraftan, Yargıtay'ın temyiz istemini yerinde bulan gerekçesi kabul edilse dahi, verdiği bozma kararı da kendi içerisinde çelişkilidir. Zira, sabit ücret hakkında verilecek kararın geleceğe yönelik sonuç doğuracağı gerekçesiyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen kesinlik sınırı aşıyorsa; aynı gerekçe tüketici sorunları hakem heyetinin zorunlu görev alanının belirlenmesi açısından da geçerli olmalıdır. Bu nedenle, bu tür uyuşmazlıklar tüketici sorunları hakem heyetlerinin zorunlu görev alanına girmemelidir. Buna rağmen, dava hakem heyeti huzurunda açılmışsa, hakem heyeti kararı tüketici mahkemesinde bir delil olarak değerlendirilmeli (m.22,VI) ve fakat tüketici mahkemesi davayı ilk derece mahkemesi sıfatı ile görmelidir (kanun yolu merci olarak değil) (m. 22,VI; 23). Bu ihtimalde ise, kesinlik sınırının belirlenmesi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (kararın verildiğin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu) göre belirlenmelidir. Bu halde ise, Yargıtay'ın tüketici mahkemesi kararını esastan değil usulden bozması gerekirdi. Zira, temyiz incelemesine konu karar tüketici mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatı ile baktığı bir davaya ilişkin değildir. Ayrıca, tüketici sorunları hakem heyeti kararı tüketici mahkemesinde bir delil olarak değerlendirilmeyip; bilakis iptali gereken bir karar olarak değerlendirilerek kanun yolu incelemesine tâbi tutulmuştur.

II. Belirli Bir Miktarı Aşan Uyuşmazlıklarda Verilen Kararlar

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre belirli bir miktar ve o miktarı aşan uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetine başvurulmuşsa, hakem heyeti kararı tarafları bağlamaz. Bu kararlar daha sonra tüketici mahkemelerinde açılacak davalarda delil olarak değerlendirilir (m.22,VI). Bu bağlamda öncelikle bu tür uyuşmazlıkların çözümü sırasında tüketici sorunları hakem heyetlerinin hukukî statüsü tespit edilecek, daha sonra ise bu tür uyuşmazlıklar bakımından verdiği kararların bir delil gücü tartışılacaktır.

Belirli bir miktarı aşan uyuşmazlıklar bağlamında tüketici sorunları hakem heyetine başvuru gönüllülük esasına dayanmaktadır. Bu çerçevede hakem heyetleri bağlayıcı mahiyette karar verememektedir. Bu nedenle

tarafların bu kararlara uyma zorunluluğu yoktur. Bu çerçevede, devlet yargısına bir istisna getirilmesi veya onun ikame edilmesi söz konusu değildir. Hakem heyeti kararından tatmin olunmaması halinde devlet yargısına başvurmaya bir engel yoktur. Ayrıca, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun her ne kadar kamu düzeni ile ilgili ise de, bu dava konusu üzerinde tarafların tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz. Bu nedenlerle, belirli bir miktarı aşan uyuşmazlıklar bağlamında tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu teşkil etmektedir. Bu çerçevede, tüketici sorunları hakem heyetine başvuru imkânının getirilmesi ile, başvuru neticesinde verilecek kararın tüketici mahkemesinde delil olarak dikkate alınacağı göz önüne alınarak; yargı yoluna başvurmadan önce, taraflara davanın olası neticesi hakkında kuvvetli bir öngörü sunulmak suretiyle tüketici mahkemelerinin iş yükünün hafifletilmesinin amaçlandığı söylenebilir.

Yargıtay, tüketici sorunları hakem heyetlerinin belirli bir miktarı aşan uyuşmazlık çözümlerini de bir yargılama faaliyeti olarak değerlendirmekte ve bu çerçevede hakem heyetine yapılan başvuruların zamanaşımını kestiğine işaret etmektedir¹⁴⁷. Ayrıca, Yargıtay, hakem heyetlerinin bu tür kararlarını kuvvetli bir takdiri delil saymaktadır¹⁴⁸. Kuvvetli takdiri delil kavramı kanunî bir dayanağa sahip olmamakla beraber, takdiri delillerle ispatı gereken bir vakıanın varlığı halinde ispat için başvurulacak bir delilin kuvvetini ifade etmektedir¹⁴⁹. Ancak, hakem heyetlerinin bu tür kararlarının kuvvetli takdiri delil olarak addedilmesi, mahkemenin hükmünü tek başına bu kararlara dayandırabilmesi için yeterli değildir¹⁵⁰. Ayrıca, hakem heyetleri bu tür

¹⁴⁷ “*Dairemizin öteden beri sapma göstermeyen içtihatlarına göre hakeme başvurmak zamanaşımını kesen sebeplerden birisidir. (BK:133) Tüketici sorunları hakem heyetince 4077 sayılı yasa ile kurulmuş olup, vereceği karara tarafların uyup uymayacağı hususu bu kararın alınmasından sonra anlaşılabilecek bir durumdur. Davalının hakem heyetinin kararına uyması ve bu karar gereğini yerine getirmesi her zaman mümkündür. Bu itibarla kesilen zamanaşımı BK.nun 135 maddesi gereğince yeniden işlemeye başlar... Bu durumda davanın yasa da öngörülen sürede açıldığının ve olayda zamanaşımı süresinin dolmadığının kabulü gerekir*”, Yargıtay 13. HD’nin T. 6.5.2002, E. 2002/2803 ve 2002/5178 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:25.09.2012; Benzer karar için bkz., 13. HD’nin T. 5.6.2003, E. 2003/3227 ve 2003/7356 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:25.09.2012

¹⁴⁸ “*4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 22/4. maddesinde; “Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin vereceği kararlar Tüketici Mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir” hükmüyle, hakem heyetlerinin alacağı kararların taraflar yönünden kuvvetli bir delil oluşturacağının amaçlandığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır*”, 13. HD T. 11.6.199, E. 1996/5334 ve 1996/3952 sayılı Kararı., www.kazanci.com.tr, e.t:25.09.2012.

¹⁴⁹ **Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet**; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 467.

¹⁵⁰ “*Hakem heyeti kararı kesin nitelikte olmayıp, 22. madde hükmüne göre,tüketici mahkeme-*

kararı verirken silahların eşitliği prensibine dikkat etmeli ve gerekiyorsa her iki tarafı birlikte dinlemelidir. Aksi halde bu kararlar tüketici mahkemelerinde delil olarak dikkate alınmamalıdır¹⁵¹.

Doktrinde bir görüş, tüketici sorunları hakem heyetlerinin bu tür uyuşmazlıklar bakımından bir “arabulucu” ya da “sulhe teşvik edici kurul” mahiyetinde olduğunu; bu çerçevede verdikleri kararların da “mahkeme dışında ve fakat resmî merciler önünde bir sulh sözleşmesi” şeklinde nitelendirilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir¹⁵². Kanımızca, sulh sözleşmesi ister mahkeme içinde olsun ister mahkeme dışında olsun, karşılıklı olarak taraf iradelerinin varlığını ve onların iradesinin uyuşmasını gerektirdiğinden hakem heyetlerinin bu tür kararları bir sulh sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Ancak, hakem heyeti önünde taraflar sulh olmuşlarsa, resmî merciiler önünde yapılan mahkeme dışı bir sulhün varlığından bahsedilebilir. Fakat, bu halde dahi “mahkeme dışı sulhe” hakem heyeti kararı değil tarafların iradesi neden olmaktadır.

SONUÇ

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin bugün uygulamada yüklendiği misyon göz önüne alındığında, tüketici haklarının korunması bağlamında son derece önemli bir işlevselliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, uygulamadaki bu işlevselliğine rağmen, tüketici sorunları hakem heyetlerine ilişkin birçok sorun yaşanmaktadır. Yaşanan bu sorunların en önemli nedeni, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile hakem heyetinin statüsünün belirlenmemiş olması ve bu hüsusla bağlantılı olarak hakem heyetlerinin çalışma usul ve esaslarının bir yönetmelikle düzenlenmiş olmasıdır. Bu tarz bir düzenleme, hem tüketicilerin, hem tüketici sorunları hakem heyetlerinin hem de Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın birçok konuya farklı açılardan yaklaşmasına neden olmuştur. Bu sorunlar tasarıda da giderilmemiştir. Bu bağlamda, Tasarı’da, tüketici sorunları hakem heyetine ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarında ve Yargıtay Kararlarında ortaya konulan yaklaşımın dikkate alınmadığı söylenebilir. Bu noktada, tüketici sorunları hakem

sinde delil olabilir. Mahkemenin salt hakem heyeti kararına dayanarak davanın kabulü doğru değildir. O halde, Hakem Heyetinde bulunan dosya getirilip incelenmeli, sözü edilen yasanın 4. maddesi hükmü çerçevesinde tarafların iddia ve savunmaları üzerinde durulup, ... tüm deliller bir arada takdir edilerek oluşacak sonuç çerçevesinde uygun bir karar verilmesi gerekir”, 19.HD. T.12.6.1997, E. 1997/2874 ve K.1997/6114 sayılı Kararı, www. kazanci.com.tr., e.t.25.08.2012.

¹⁵¹ Pekcanıtez-Hakem Heyeti, s. 54.

¹⁵² Ulukapı, s. 80.

heyetlerinin Kanun'da öngörülen miktarın altında kalan uyuşmazlıların çözümü sırasında bir mecburi tahkim mahiyetinde olduğu ve kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği hususlarına Tasarı'da açıkça yer verilmelidir.

İşaret ettiğimiz bu yaklaşımlar çerçevesine, Yargıtay özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22 ve 30'ncu maddelerini dikkate alarak, bu Kanunda öngörülen meblağın altında kalması kaydıyla maddî olarak bu Kanundan kaynaklanan bütün uyuşmazlıkların tüketici sorunları hakem heyetlerinde görülmesi gerektiği şeklinde bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Buna karşın bu düzenlemeler, uyuşmazlığın taraflarında ve tüketici sorunları hakem heyetlerinde aynı algıyı meydana getirmemektedir. Uyuşmazlığın taraflarında ve tüketici sorunları hakem heyetlerinde meydana gelen algı, heyetin görev alanının tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasından kaynaklanan ve yargılamayı gerektirmeyen uyuşmazlıkların çözümü ile sınırlı olduğu yönündedir. Elbette, bu algının ortaya çıkmasında tüketici sorunları hakem heyetlerinin oluşturulması usulü, üyelerinin bilgi birikimi ve bir uyuşmazlık çözümü bağlamında sahip olunması gereken niteliklerdeki eksiklikler de önemli bir yer tutmaktadır. Sonuçta, uygulamada ortaya çıkan algılama tarzı ile gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri ve gerekse Yargıtay'ın konuya yaklaşımı arasında uçurum derecesinde bir farklılık vardır.

Ortaya çıkan bu algı farklılığı çerçevesinde Kanun Koyucu bir tercih yapmalıdır. Bu bağlamda, ya tüketici sorunları hakem heyetlerinin yapısı mevcut hali ile muhafaza edilerek, onun görev alanı sadece tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlı hale getirilmeli, ya da Anayasa'nın 9, 36, 37 ve 172'nci maddeleri de dikkate alınarak bu kurum yeniden yapılandırılmalıdır. Bu çerçevede, hakem heyeti üyelerinin çalışma usul ve esasları mutlaka kanunla düzenlenmeli ve ayrıca bu kanunda, üyelerinin eğitimlerine, seçilmelerine, sorumluluklarına ve kadro durumlarına açıkça yer verilmelidir.

Tüketici sorunları hakem heyetleri, Kanun'un 22'nci maddesinde düzenlenmekle beraber, bu madde Kanun'un yargı bölümüne dâhil edilmemiştir. Tasarı'da da bu konuda bir farklılık yoktur. Ancak, madde içeriğindeki düzenlemelerin çoğu yargısal yetkilerin kullanılmasına olanak verir mahiyettedir. Bu çerçevede, belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından Kanun Koyucu adeta başında hâkim olmayan özel bir mahkeme yaratmıştır. Geline bu noktada, tüketici mahkemelerinde ilk derece mahkemesi sıfatı ile görülmesi gereken bazı uyuşmazlıkların

çözümü, zorunlu tahkim mahiyetinde bulunan bir kurula devredilmektedir. Bu bağlamda, tüketici sorunları hakem heyeti ile tüketici mahkemeleri arasında bir görev ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Kanun'da öngörülen miktar ve onun üzerindeki uyuşmazlıklar bağlamında ise, taraflar gönüllülük esasına göre tüketici mahkemeleri hakem heyetlerine başvurabilirler. Bu halde, hakem heyetleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak görevlerini ifa etmektedirler.

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin belirli bir miktarı aşmayan uyuşmazlıklar bağlamında verdikleri kararlara karşı sadece itiraz yoluna başvurulabilmektedir. Bu husus, özellikle tüketici sorunları hakem heyetlerinin zorunlu görev alanına giren uyuşmazlıklar bağlamında köklü içtihatların geliştirilmesini engellemektedir. Gerçekten de, itiraz üzerine tüketici mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı istinaf veya temyiz yolunun açık olmaması, bu alandaki içtihatların sadece kanun yararına temyiz neticesinde verilen Yargıtay kararları ile oluşması sonucunu doğurmaktadır.

Kanun yararına temyiz yolunun işletilmesinin güçlüğü, hakem heyetlerinin vekâlet ücretine hükmetmemesi nedeni ile çoğu kere kendisini vekille temsil ettiremeyen tarafların böyle bir imkânının varlığından haberdar olmaması ve bu alanda verilen kararların taraflar bakımından etkili sonuçlar doğurmaması gibi nedenlerden dolayı, bu alanda içtihat oluşturulması tesadüflere kalmış olmaktadır. Ulaşılan bu sonucun tüketici haklarının korunması bağlamında kabulünün mümkün olmadığı ortadadır. Bu nedenle, her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen miktar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen kesinleşme sınırının altında kalsa da, en azından hakem heyeti kararlarına karşı doğrudan istinaf yolu açık tutulmalısında büyük fayda vardır. Bu husus tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına itiraz nedeni ile iş yükü iyice artan tüketici mahkemelerinin iş yükünün ciddi anlamda azaltmasına da hizmet edecektir. Zira, çalışmanın ilgili bölümlerinde de işaret edildiği üzere, özellikle dava mahiyetindeki uyuşmazlıklar bakımından çoğu kere işin esasına girilmeden hem tüketici mahkemelerince hem de hakem heyetlerince kararlar verilmekte ve bu tür kararlar bağlamında kanun yararına temyiz dışında gidilebilecek bir hukuksal çare bulunmamaktadır. Ne yazık ki, bu husus Tasarıda da eksik kalmıştır.

Uygulamada sıklıkla dillendirilen sorunlardan bir başkası ise, artık tüketici sorunları hakem heyetlerinin de iş yoğunluğu nedeni ile tıkanma noktasına gelmiş olmasıdır. Kanımızca, bu sorunun temel nedeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ilâmsız icra bağlamında tüketiciyi koruyucu bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Bu çerçevede, taraflarından

birisini tüketicinin oluşturduğu belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetlerinden bir ön karar almadan, ilâmsız icra takibi yapılmasını engelleyici bir hükme yer verilmelidir. Böyle bir düzenleme kısa vadede tüketici sorunları hakem heyetlerinin iş yükünü arttıracak olmakla beraber, bu bağlamda verilecek istikrarlı kararlar orta ve uzun vadede hem tüketici sorunları hakem heyetlerinin, hem icra dairelerinin ve hem de tüketici mahkemelerinin iş yükünü ciddi anlamda azaltacaktır. Bu bağlamda Tasarı'da öngörülen hükümler sorunları azaltmak bir yana, sorunları daha da içinden çıkılmaz hale getirecek mahiyettedir. Çünkü, Tasarı ile tüketici sorunları hakem heyeti ve tüketici mahkemelerine başvurma imkânı sadece tüketiciler bakımından kabul edilmekte, müteşebbisler bakımından ise böyle bir imkânı yer verilmemektedir. Oysa, tüketici sıfatı başvuru merciiye göre değil, maddi hukuk bağlamında ortaya çıkan ilişkiye göre belirlenmektedir. Bu nedenle, aynı ilişkiye dayanarak açılan davalarda, davacı sıfatına göre görevli mahkemeyi belirlemek, tüketici mahkemeleri ile hakem heyetlerinin kuruluş amacı ile bağdaşmaz.

Tüketici mağduriyetlerinin diğer bir önemli nedeni de, tebligat usulsüzlükleridir. Bu nedenle, özellikle Tebligat Kanunu'nun 21'nci maddesindeki öğrenmiş sayılma varsayımlarından vazgeçilerek, muhtarlıklar veya zabıta vasıtasıyla tüketicilerin bizzat haberdar edilmesi sistemi benimsenmelidir. Ayrıca, heyet kararlarının tebliğine ilişkin olarak tarafa tebliğin yanı sıra, vekil ile takip edilen işlere ilişkin olarak Avukatlık Kanunu'nun ilgili hükmüne mutlaka atıf yapılmalıdır. Zira uygulamada tebligat sadece tarafa yapılmaktadır. Böyle bir tebligat Avukatlık Kanunu bağlamında açıkça usulsüz olmasına rağmen, birçok mahkeme ve hakem heyeti bu hususu görmezden gelerek kesin mahiyette kararlar vermektedir.

Sonuç itibari ile, tüketicinin etkin olarak korunması bağlamında, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın, 4077 sayılı Kanun'da 2003 yılında yapılan değişikliklerden daha geride bir etki ve içeriğe sahip olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ziya; “Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi”, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997.
- Akyazan**, Ahmet Emrah; “Maddi Açından idari İşlem”,TBB Dergisi, S.LXXXV. 2009 (s. 220 - 240).
- Alangoya**, Yavuz: „Bir Tebliğ Dolayısı ile Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler“, Prof. Dr. Nihal Uluocak’ a armağan, İstanbul 1999, (s. 1 -15).
- Alangoya**, Yavuz / **Yıldırım**, M. Kamil / **Deren - Yıldırım**, Nevhis, Medenî Usul Hukukunun Esasları, İstanbul 2006.
- Aliefendioğlu**, Yılmaz; Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, C.I, Ankara 1984.
- Aslan**, İ. Yılmaz; “Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Görev Alanı Sorunu”, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Kasım 2007 (s. 3 - 23).
- Arslan**, Ramazan / **Tanrıver**, Süha; Yargı Örgütü, Ankara 2001.
- Başlar**, Kemal; “Anayasa Yargısında “Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı”, Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ağustos 2006, (s.219 - 257).
- İldır**, Gülgün; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler) Ankara 2003.
- İlhan**, Cengiz; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006.
- Karayalçın**, Yaşar; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda iç tahkim sempozyumu, Ankara 2007.
- Karagülmez**, Ali; “İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında İlk İnceleme Aşaması”, Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ağustos 2006, (s.190 - 218).
- Kaya**, Meral; Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme, Ankara 2008.
- Kulaklı**, Emrah; “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri”, <http://www.odakhukuk.com>.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul 2001.
- Küzeci**, Deniz; “Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü”, Hukuk Gündemi, Haziran, Temmuz, Ağustos 2006, (s. 91 – 97).

Özbek, Mustafa; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.

Özekes, Muhammet; İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

Özel, Çağlar; Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2005.

Pekcanıtez, Hakan / **Atalay**, Oğuz / **Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011.

Pekcanıtez, Hakan; "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti", İzmir Barosu Dergisi, Y.61, Temmuz 1996, (s.40 - 58), (**Pekcanıtez** -Hakem Heyeti).

Pekcanıtez, Hakan; "Tüketici Mahkemeleri", İstanbul Barosu Dergisi, 1996/4, 5, 6. C.LXX, (s. 141 - 161), (**Pekcanıtez** -Tüketici Mahkemesi).

Pekcanıtez, Hakan; "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukukî Perspektifler Dergisi, S.5 2005, (**Pekcanıtez** -Alternatif Uyuşmazlık).

Pektaş, Özcan; "Hakem Heyetlerinin Görevleri, Çalışma Yöntemleri, İdari ve Hukukî Konumlar ve Kararlarının Hukukî İçeriği", İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Kasım 2007 (s. 39 - 45).

Sarısözen, Serhat; Hakem Yargılaması, İstanbul 2005.

Tanrıver, Süha; "Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik", Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, Ankara 2010, (s. 213 - 224), (**Tanrıver** -Çekişmesiz Yargı).

Tanrıver, Süha; "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBB Dergisi, S.64, 2006 (s.151 - 178), (**Tanrıver** -Arabuluculuk).

Tuskan, Aydeniz Alisbah; "Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Uygulamadaki Yeri", İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Kasım 2007 (s. 59 - 64).

Tutumlu, M. Akif; Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara 2006.

Ulukapı, Ömer; "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlık Çözüm Yolları", SÜHFD 1996, Şakir Berki'ye Armağan, C. V, S. 1-2, (s. 77-101).

Yeğengil, Rasih; Tahkim, İstanbul 1974.

Zevkliler, Aydın / **Aydoğdu**, Murat; Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞME SÜRECİ VE BAZI SORUNLAR

Kürşat GÖKTÜRK*

ÖZET

Ticaret şirketlerinin birleşmesi hakkında, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinde benimsenen sistem, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda terk edilmiştir. Yeni sistem büyük ölçüde İsviçre Birleşme Kanunu ve dolaylı olarak ilgili Avrupa Birliği yönergesine dayanmaktadır. Çalışmada ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin yeni sistem, çeşitli sorunlara ağırlık verilmek suretiyle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Ticaret Hukuku-Şirketler Hukuku-Ticaret Şirketleri Genel Hükümler-Ticaret Şirketlerinde Yapı Değişikliği-Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*

STEPS IN A MERGER PROCESS IN TURKISH COMMERCIAL LAW AND SOME PROBLEMS ABOUT MERGERS

ABSTRACT

The regulation about merger of companies which is adopted by the Turkish Commercial Code No. 6762 is abandoned in the Turkish Commercial Code No. 6102. The new system greatly indirectly related to the Swiss Merger Act and is based on the European Union directive. In this study, the new system of merger of commercial companies is stated by emphasizing to various problems.

Keywords: *Commercial Law-Company Law-Trading Companies General Provisions- Change in the Structure of Trade Companies-Merger of Companies*

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I- TİCARET ŞİRKETLERİNDE YAPI DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN ESASLAR

A- Genel Olarak

Ticaret şirketi denildiğinde, genellikle bu şirket tarafından işletilen işletme akla gelmekle birlikte, kavram aslında, kanunda sınırlı sayıda belirtilen tüzel kişileri ifade eder (TTK m. 124/1). Bu sebeple ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi, şirket tüzel kişiliği bağlamında gerçekleşen işlemler olup, ticaret şirketinde sadece ortak sıfatının değişmesine veya şirket tarafından işletilen işletme sahipliği sıfatındaki değişime indirgenemez.

Ticaret şirketleri bazen belirli bir amacın gerçekleştirilmesi bakımından yeterli büyüklüğe sahip olmayabilir ve birleşme bu amacın gerçekleştirilmesinde bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Bazen ana faaliyet konusu dışında kalan faaliyetlerin ayrı bir şirket vasıtasıyla yürütülmesi gerekli olabileceği gibi, bir ticaret şirketi farklı faaliyetleri gerçekleştirecek iki veya daha fazla şirkete bölünebilir. Yine bazı hallerde mevcut hukuki yapı, amacın gerçekleştirilmesi bakımından avantajlı olmayabilir¹. Temelde iktisadi ve hukuki avantaj sağlanmaya yönelik bu tür yapı değişiklikleri, birleşme, bölünme ve tür değiştirme adını taşıyan hukuki müesseseler vasıtasıyla gerçekleşir.

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliği üst başlığında toplayabileceğimiz birleşme, bölünme ve tür değiştirme kurumlarına ilişkin yasal düzenlemenin ana kaynağı, İsviçre'nin 2003 tarihli “Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanunu”dur². Fakat Türk hukukundaki düzenleme, İsviçre kanunundan çeşitli yönlerden ayrılmaktadır³.

Mülga ticaret kanunundan farklı olarak, yapı değişikliği TTK m. 134-194 arasında düzenlenmiş, münferit ticaret şirketlerine ilişkin kısımlarda özel düzenleme yapılmasından kaçınılmıştır. Ayrıca ticaret şirketlerinin bölünmesi mülga kanunda düzenlenmemişken, yeni kanunda bölünme ile ilgili özel hükümlere yer verilmiştir.

¹ Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter; Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern, 2012, § 25, Rn. 8

² Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz-FusG). Kısaca İsviçre Birleşme Kanunu olarak ifade edilecektir.

³ Gerekçe (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S.Sayı: 96- Aşağıda sadece “Gerekçe” şeklinde kısaltılarak kullanılmıştır), s. 111; Farklılıklara ilişkin açıklamalar için bkz. Gerekçe s. 111

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi TTK m. 134-194 arasında düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeler, münhasıran ticaret şirketlerine ilişkin olduğundan (TTK m. 134/I), adi şirketlerdeki yapı değişikliği bakımından uygulanmaz. Fakat TTK m. 194 uyarınca (adi şirket şeklinde işletilen) bir ticari işletmenin, ticaret şirketiyle birleşmesi veya ticaret şirketine dönüşmesi ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili bazı hükümlerinin kıyasen uygulanabilecektir.

B. TTK Düzenlemelerinin Üst Norm ve Genel Norm Özelliği

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin hükümler (TTK m.134-194), **genel norm** ve **üst norm** özelliğine sahiptir. TTK m. 134/2'ye göre "*Diğer kanunların, bu Kanunun 135 ila 194 üncü maddelerine aykırı olmayan hükümleri saklıdır.*" Bu hüküm, bir taraftan diğer kanunlarda da yapı değişikliğine ilişkin düzenlemeler yapılabileceğini, dolayısıyla TTK düzenlemelerinin genel düzenleme olduğunu kabul ederken; diğer taraftan, başkaca kanunlardaki düzenlemelerin TTK m. 134-194 hükümlerine *aykırı olmayanların* saklı olduğunu vurgulamak suretiyle, TTK m. 134-194 düzenlemelerine aykırı hükümler taşıyan düzenlemelerin yerine TTK düzenlemelerinin uygulanacağına işaret etmekte⁴, TTK düzenlemelerine üst norm kuvveti vermektedir.

Kanunun bu sarıh hükmüne rağmen, bu düzenlemeyi açıklayan kanun gerekçesinde, maddenin yapı değişikliğine ilişkin çeşitli kanunlardaki düzenlemeleri saklı tuttuğu belirtilmekte, yani üst norm özelliği reddedilerek, yapı değişikliğine ilişkin özel kanun hükümlerinin saklı olduğu kanaati uyandırılmaktadır⁵. Kanun metninin açık düzenlemesi karşısında, gerekçenin değil, madde metninin esas alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Ancak üst norm özelliği bir kanun ile verildiğinden, sonradan çıkan başkaca özel kanunlarla bu özelliğin bertaraf edilmesi mümkündür. Yine TTK'dan önce çıkan kanunlar bakımından da, özel kanunun amacı göz önünde bulundurulmak suretiyle, özel norm-genel norm ilişkisinin değerlendirilmesi suretiyle TTK düzenlemesinden farklı bir sonuca ulaşmak mümkündür⁶.

⁴ Konuyla ilgili mevcut düzenlemeler de aynı zamanda örtülü olarak yürürlükten kaldırılmaktadır. Bkz. Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s. 111

⁵ Gerekçe s. 112

⁶ Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi, bankaların birleşme, bölünme ve devirlerinde TTK hükümlerinin uygulanmayacağını açıkça hükme bağladığından, TTK m. 134/2 hükmünü bertaraf eden özel kanun olarak nitelendirilmesi gerekir.

C. Kavramlar

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin TTK düzenlemesinin ana kaynağını (mehaz) oluşturan İsviçre Birleşme Kanunu, sadece ticaret şirketlerini değil, aynı zamanda dernekleri, vakıfları, tek kişi işletmelerini, tüzel kişiliği olsun ya da olmasın kamu hukuku kurumlarını kapsamaktadır. Bu nedenle mehaz kanunda kavramlarla ilgili özel bir maddeye yer verilmiştir (FusG Art. 2). Mehaz kanundaki farklılıklara rağmen, TTK m. 135’de de olası tereddütlerin ve gereksiz tekrarların engellenmesi bakımından kavramlara yer verilmiştir. Buna göre TTK m. 134-194. maddelerin uygulanması bakımından;

Şirket; Ticaret şirketlerini ifade etmektedir (TTK m. 135/I). Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir (TTK m. 124/1). Kanun gerekçesinde her ne kadar şirket teriminin belirli bir ya da birkaç şirketi değil, bir anlamda İsviçre Birleşme Kanunundaki hukuk sujesi (*sujets/Reschtsträger/soggetti giuridici*) kavramını karşıladığı yönünde açıklama yapılmış ise de, öğretide *Pulaşlı*’nın haklı olarak ifade ettiği gibi, şirket terimi ile mehazda geçen hukuk sujesi terimleri birbirini karşılamamaktadır⁷. Ticaret şirketleri dışındaki özel hukuk ve kamu hukuku organizasyonlarının da yapı değişikliğini düzenleyen İsviçre Birleşme Kanununda hukuk sujesi (*Rechtsträger*) ve şirket kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır (Bkz. FusG Art. 2).

Ortak; Anonim şirketlerin pay sahiplerini, limited şirketler ile şahıs şirketlerinin ve kooperatiflerin ortaklarını ifade etmektedir(TTK m. 135/I). Maddede, çeşitli ticaret şirketlerindeki farklı kavram tercihlerinden dolayı, ortağın neyi ifade ettiği hususunda yasal bir sayım yapılmıştır⁸. Ancak yasada anonim şirket, limited şirket, şahıs şirketleri (kollektif ve komandit) ve kooperatif ortaklarından bahsedilmiş iken, bir sermaye şirketi olan (TTK m. 124/2) sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortakları sayım dışında tutulmuştur. Ortaklık payının tanımlandığı TTK m. 135/1 hükmü incelendiğinde, bu eksiklik açık şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle sermayesi paylara bölünmüş şirket ortaklarının sehven sayım dışı bırakıldığını kabul etmek ve ortak kavramıyla aynı zamanda bu şirket ortaklarının kastedildiğini de kabul etmek gerekmektedir.

⁷ Pulaşlı, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C 1, Ankara, 2011, § 6, kn.7

⁸ İsviçre Birleşme Kanununda “ortak” kavramının sadece pay sahiplerinin değil, katılma intifa senedi ve oydan yoksun hisse senedi sahiplerini de kapsadığı hükme bağlanmıştır (FusG Art. 2 lit. f-g).

Ortaklık Payı; Şahıs şirketlerindeki ortaklık payını, anonim şirketteki payı, limited şirketteki esas sermaye payını, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketteki ortaklık payını ifade etmektedir (TTK m. 135/1). “Ortak” kavramında olduğu gibi, kanunun “ortaklık payı”na ilişkin sayımında da kooperatif ortaklarının sayım dışında tutulduğu anlaşılmaktadır⁹. Ortaklara ilişkin sayımda olduğu gibi, bu eksikliğin sehven gerçekleştiği kanaatini taşımaktayız.

Genel Kurul; Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerle kooperatiflerdeki genel kurulu, şahıs şirketlerindeki ortaklar kurulunu ve gereğinde ortakların tümünü ifade etmektedir (TTK m. 135/I).

Yönetim Organı; Anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdürü veya müdürleri, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticiyi ifade etmektedir (TTK m. 135/1).

Şirket Sözleşmesi; Anonim şirketlerde esas sözleşmeyi, şahıs şirketleriyle limited şirketlerde şirket sözleşmesini ve kooperatifte ana sözleşmeyi ifade eder (TTK m. 135/1). Kanunda düzenlenmese de, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket bakımından kavramın esas sözleşmeyi ifade ettiğini kabul etmek gerekmektedir.

Ticaret şirketlerinin farklı türleri nedeniyle kavramlar hakkında açıklık sağlayan kanun koyucu, yapı değişikliği bağlamında küçük ve orta ölçekli şirketlerin ne surette belirleneceğine ilişkin kriterleri de tayin etmiştir. Buna göre küçük ve orta ölçekli şirketler belirlenirken, şahıs şirketleri için TTK m. 1522, sermaye şirketleri hakkında ise TTK m. 1523’te öngörülen ölçütler uygulanır (TTK m. 135/II).

II- BİRLEŞME

A. Genel Olarak

Ticaret şirketlerinde bir yapı değişikliği türü olan birleşme, birden fazla şirketin, akdolunan birleşme sözleşmesine istinaden, birleşmeye katılan bir şirket bünyesinde veya yeni kurulan bir şirket bünyesinde bir araya gelmelerini, yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen şirket dışında kalan şirket ya da şirketlerin tasfiyesiz olarak sona ermesini sonuçlayan bir hukuki müessesedir.

⁹ Aynı yönde bkz. Kendigelen, s. 112

Birleşme, mevcut şirketlerden biri bünyesinde gerçekleşiyorsa, bu şirketin diğer şirketi devralması suretiyle gerçekleşen (*devralma şeklinde birleşme-absorbtion*) birleşme söz konusudur. Buna karşın, birleşme mevcut şirketler dışında kurulan yeni bir şirket bünyesinde gerçekleşiyorsa, *yeni kuruluş şeklinde birleşme (Kombination)* söz konusu olur.

Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlediği birleşme, bir sözleşmeye dayalı olarak gerçekleşen *iradi birleşmeler*dir. Kamu düzeni mülahazasıyla kanunen veya kanunun yetki verdiği bir mercii kararıyla gerçekleşen *kanuni birleşmeler*, TTK'da düzenlenmiş değildir¹⁰.

Birleşmeyi karakterize eden unsurlar birden fazla ticaret şirketinin mevcut olması, birleşme sürecinin kanuna uygun şekilde gerçekleşmesi, devrolunan şirketin mal varlığının bir bütün halinde devralınması ve devrolunan şirketin tasfiyeye girmeksizin sona ermesi ve ticaret sicilinden silinmesidir. Bu karakteristik unsurları bir arada taşımayan işlem ve süreçler, birleşmeye benzemekle birlikte hukuki anlamda birleşmeden söz edilemez. Mesela bir anonim şirketin, diğer bir anonim şirket paylarının tamamını iktisap etmesi halinde birleşme söz konusu değildir. Yine bir ticaret şirketinin ticari işletmesini aktif ve pasifiyle birlikte başka bir ticaret şirketine nakit karşılığı devretmesi ve sonrasında tasfiye sürecine girip sona ermesi, birleşmeye benzeyen sonuçları içerse bile, hukuki anlamda birleşmeden söz edilemez.

Birleşme daha ziyade rekabet gücünün artırılması gibi iktisadi bir amaçla gerçekleştirilir. Ancak hangi amaçla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) hükümlerinde birleşme hakkında yer alan sınırlamaya riayet edilmelidir.

B. Birleşme Süreci

1. Birleşme Türleri

Ticaret şirketlerinin birleşmeleri, iki şekilde gerçekleşebilir; şirketler, devralma şeklinde birleşme ya da yeni kuruluş şeklinde birleşme yöntemlerinden birini tercih ederek birleşebilirler¹¹.

Devralma şeklinde birleşmede, birleşmeye katılan şirketlerden birinin bünyesinde, diğer şirket ya da şirketler bir araya gelmektedir.

¹⁰ Bu konuda örnek olarak bkz. BankK m.107/V,a

¹¹ Birleşme sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Al Kılıç, Şengül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Beta, 2009, s. 103 vd.

Yeni kuruluş şeklinde birleşme ise, birleşmeye katılan tüm şirketler, yeni kurulan bir şirket bünyesinde bir araya gelmektedir. Yeni kurulan şirket, birleşme sözleşmesinin tescilinden önce tüzel kişilik kazanmışsa, yeni kuruluş şeklinde birleşme değil, devralma şeklinde birleşme söz konusu olacaktır (Bkz. TSY m. 127).

Birleşme işleminin gerçekleşebilmesi için en az iki şirketin bulunması zorunludur. Her iki tür birleşmede de bünyesinde birleşme gerçekleştirilen şirket *devralan*; diğerleri *devrolunan* olarak isimlendirilir¹².

Birleşmenin türüne göre yapılacak işlemler bazı farklılıklar içermekle birlikte, doğrudukları sonuçlar benzerlik arzeder:

Devrolunan şirket, birleşmeyle birlikte sona erer ve ticaret sicilinden silinir (TTK m. 136/4). Kanunun bu açık hükmü kapsamında birleşmenin devrolunan şirket açısından bir sona erme nedeni olduğunda tereddüt yoktur. Buna rağmen bazı ticaret şirketi türleri bakımından birleşmenin bir sona erme nedeni olduğu ilgili maddelerde özel olarak da belirtilmiştir¹³.

Nezinde sona erme nedeni gerçekleşen şirketler kural olarak tasfiye sürecine girerler. Yani bu şirketler artık kural olarak amaçları kapsamında faaliyetlerini yürütemeyip, alacakların tahsili, borçların ödenmesi, mal varlığının paraya çevrilmesi gibi tasfiye amacıyla sınırlı olan işlemleri gerçekleştirebilirler. Fakat birleşme, devrolunan şirket açısından bir sona erme nedeni olmasına rağmen, bu şirketin tasfiyesine gidilmez. Birleşmeyle, devralan şirket, devrolunan şirketin mal varlığını (alacak, borç, taşınır, taşınmaz vs.) bir bütün halinde devralır (TTK m. 136/4). Dolayısıyla birleşme, devrolunan şirket açısından *tasfiyesiz sona erme* hali oluşturur. Devrolunan şirkete ait hak sahipliği, borçlu gibi sıfatlar, kendiliğinden devralan şirkete geçer. Birleşme neticesinde, kural olarak, ortakların, ortaklık hakları da devam eder¹⁴.

2. Birleşmenin Tarafları ve Geçerli Birleşmeler

İlgili hükümlerin kıyasen uygulandığı haller bir tarafa bırakılacak olursa, birleşme ancak ticaret şirketleri arasında gerçekleşebilir. Kanunun izin

¹² TTK m. 136/2’de bu husus “136 ila 158 inci maddelerin uygulamasında, kabul eden şirket “devralan”, katılan şirket “devrolunan” diye adlandırılır” şeklinde ifade edilmiştir.

¹³ Kollektif ve komandit şirketler için bkz. TTK m. 243/1,c, m. 328; Kooperatifler için bkz. KoopK m. 81/1,5

¹⁴ Birleşmenin temel ilkeleri hakkında bkz. Pulaşlı, C. I, s. 111 vd.; Pulaşlı, Hasan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Birleşmenin Temel Nitelikleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, 2009, (s. 1329-1361), 1329 vd.

verdiği hallerin dışında birleşme olanağı bulunmamaktadır. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununda, birleşme açısından türlerin aynı olması kuralına yer verilmişken (eTTK m.147), yeni Türk Ticaret Kanununda geçerliliği kabul edilen üç grup birleşmeye yer verilmiştir (TTK m. 137).

Kanuni düzenlemeye göre şahıs şirketleri, şahıs şirketleriyle; sermaye şirketleri ve kooperatifler, sermaye şirketi veya kooperatiflerle birleşebilir. Şahıs şirketlerinin, sermaye şirketleri veya kooperatiflerle birleşmesi ise koşula bağlıdır. Bu tür birleşmelerde şahıs şirketleri, devrolunan şirket olmaları; sermaye şirketleri ve kooperatifler ise devralan şirket olmaları kaydıyla birleşmeye katılabilirler. Düzenleme, kanun koyucunun, kural olarak sermaye ile sınırlı sorumluluğun olduğu şirketlerde, sermayenin alacaklılar açısından teminat oluşturmasını göz önünde bulundurarak, bu teminatın kaybolmasına sebebiyet verebilecek birleşmeye cevaz vermediği kanaatini uyandırmaktadır¹⁵.

Birleşmeye katılan şirketlerin, normal şartlarda tasfiye sürecine girmemiş şirketler olması beklenir. Fakat kanun koyucu bu konuda doğabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından tasfiye sürecine girmiş şirketlerin de birleşmeye katılacağını kabul etmiştir. Ancak tasfiye halindeki bir şirketin birleşme işlemine katılabilmesi için iki şartın bulunması gerekmektedir. Bunlar tasfiye halindeki şirketin, birleşmeye devrolunan şirket olarak katılması ve mal varlığının dağıtımına başlanılmamış olmasıdır (TTK m. 138/1). Tasfiye halindeki bir şirket, başkaca şirket ya da şirketleri devralmak suretiyle birleşme yoluna gidemez. Çünkü bu durum tasfiyenin amacı ile bağdaşmaz. Mal varlığının dağıtımına başlanılmış olması halinde ise, birleşmenin sonucu olan ortaklığın ve mal varlığının devamlılığı ilkeleri uygulama kabiliyetini yitirir¹⁶. Tasfiyeye girmiş olan şirketin, hangi sona erme sebebi ile bu sürece girdiği, birleşmeye ilişkin hükmün uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Şirket hakkında iflas kararı verilmesi durumunda, mal varlığı üzerinde tasarruf imkanını yitirdiğinden, bu surette tasfiyeye giren şirketlerin

¹⁵ Ancak kanun gerekçesinde bu düzenlemenin sebebi “*Şirket borçlarından kişisel olarak sorumlu olan ortakların, şirket borçlarından sorumlu tutulmayan ortaklara dönüşmeleri uygun görülüş, tersi reddedilmiştir. Çünkü, şirket borçlarından ortakların kişisel olarak sorumlu oldukları bir şahıs şirketinin anonim şirkete iltihak etmesiyle, sermaye şirketinin ortaklarının şirket borçlarından sorumlu tutulmayacakları bir konuma gelmeleri, şahıs şirketinin alacaklılarının korunmasını gerektirir; fakat anonim şirket pay sahiplerinin kolektif şirket ortağı sıfatıyla sınırsız sorumlu olmaları halinde alacaklıların korunmasına gerek yoktur.*” ifadeleleriyle açıklanmıştır (Bkz. Gerekçe s. 113). Mehaz İsviçre hukukundaki düzenlemenin gerekçesi hakkında Bkz. BBI 2000 4394 vd.

¹⁶ BBI. 2000 4397 f.

birleşmeye katılamayacağını kabul etmek gerekir¹⁷. Aynı şekilde, sona ermenin mahkeme kararına dayalı olduğu hallerde de tasfiye halindeki şirketin birleşmeye katılamamalıdır. Zira aksini kabul, inşai nitelikteki mahkeme kararının amacı ile bağdaşmaz. Buna karşın sona ermenin genel kurul kararına ya da esas sözleşmede öngörülen kendiliğinden etkili bir nedene dayanması halinde, tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılması mümkündür¹⁸.

Türk Ticaret Kanunu, tasfiye sürecine girmiş şirketlerin yanı sıra, sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlar kaybolan ya da borca batık durumda bulunan bir şirketin de birleşmeye katılabileceğini kabul etmektedir (TTK m. 139/1). Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısından fazlası bilanço zararlarıyla yitirilmişse, borca batıklık durumu söz konusudur¹⁹. İyileştirici birleşme (*Sanierungsfusion*) olarak isimlendirilebilecek bu birleşme, şirketin mali durumunun düzeltilmesine hizmet eden bir yöntemdir. Tasfiye sürecine girmiş şirketten farklı olarak, bu tür şirketler açısından ilave bir şart aranmamaktadır. Birleşmeye devralan ya da devrolunan şirket olarak katılmaları mümkündür. Ancak, birleşmeye katılan diğer şirket ya da şirketlerin, kaybolan sermayeyi ve gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olması gerekmektedir²⁰ (TTK m. 139/1).

3. Birleşmenin Gerçekleşme Süreci

Birleşme, bu işleme katılan şirketlerin gerçekleştirecekleri bir dizi işlem neticesinde gerçekleşir. Bu bakımdan birleşme sonucunu doğuran sürecin incelenmesi gerekmektedir.

a. Genel Süreç

aa. Birleşme Sözleşmesi

i. Genel Olarak

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, yazılı geçerlilik şartına tabi olan bir sözleşme vasıtasıyla gerçekleşir. Bu sözleşme, birleşmeye ilişkin temel

¹⁷ Meinhart, Marcel; in Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Hrsg. Watter, Rolf/Vogt, Nedim Peter/Tschäni, Rudolf/Daeniker, Daniel, Basel, 2005, Art. 5, Rn. 11

¹⁸ Meinhart, Marcel; in BSK, Art. 5, Rn. 13; Albrecht, Andreas C., in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. Vischer, Frank, Zürich, 2012, Art. 5, Rn. 2; Bkz. ayrıca Kırca, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, Sa. 79, Y. 2011, s. 78, dn. 21

¹⁹ Gerekçe s. 113

²⁰ Madde metninde sermayesinin yarısını kaybetmiş bir şirketten bahsedilmesinin eleştirisi hakkında bkz. Kendigelen, s. 114

esasları belirler. Birleşme sözleşmesi, sürecin başlaması için gerekli bir işlem olmakla birlikte, tek başına birleşmenin gerçekleşmesi (hükümlerini doğurması) sonucunu doğurmaz. Sözleşmenin ayrıca genel kurul tarafından onaylanması gerekir (TTK m. 145). Bu açıdan sözleşme, birleşmenin hukuki sebebi olarak nitelendirilebilir²¹. Hükümlerini doğurması, genel kurul onayı şartına bağlı olduğundan, onay aşamasına kadar sözleşmenin geçerliğinin askıda olduğunu kabul etmek gerekir²².

Sözleşme, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organı²³ tarafından imzalanır (TTK m. 145/1). İster yeni kuruluş şeklinde olsun, ister devralma şeklinde olsun, birleşmeye katılan şirketlerin bu sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. Ancak yeni kuruluş şeklinde birleşmede, devralan şirket sözleşmenin akdi sırasında tüzel kişiliğe sahip olmadığından, sözleşmeye taraf olması beklenilemez.

Çeşitli şirket tiplerinde yönetim organlarının bazı yetkilerinin devredilemez nitelikte olduğuna ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bahsi geçen hükümlerde birleşme sözleşmesi açıkça düzenlenmemekle birlikte, bu sözleşmenin, şirketlerin üst düzeyde yönetimine ilişkin bir işlem olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Birleşmenin hükümleri, bu sonucu haklı kılmaktadır. Zira birleşme ile bir şirketin organizasyon ve yapısı esaslı şekilde değişecek ve hatta şirket ya da şirketlerin sona ermesi ve tüzel kişiliklerini yitirmeleri söz konusu olabilecektir²⁴. Kanun gerekçesinde de yönetim organının bu yetkiyi başkaca bir birime devredemeyeceği belirtilmektedir²⁵. Dolayısıyla birleşme sözleşmesinin akdedilmesinin, münhasıran yönetim organına ait bir yetki olduğunu kabul etmek gerekmektedir²⁶.

²¹ Luginbühl, Jürg A.; in Zürcher Kommentar, Art. 12, Rn. 2

²² Tschäni, Rudolf; Der Fusionsvertrag, SZW 2004 (s. 197-202), s. 199; Pulaşlı, Hasan, C. I, § 7, kn. 55; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013, s. 78; Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda, sözleşmenin borçlar hukuku mu yoksa şirketler hukuku sözleşmesi mi olduğuna ilişkin İsviçre hukukunda farklı görüşler mevcuttur. Bkz. Wolf, Mathias, in BSK Art. 12, Rn. 4 ve orada anılan literatür.

²³ Yönetim organı; anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdürü veya müdürleri, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticisi ifade eder (TTK m. 135/1).

²⁴ BBl. 2000 4406 f.

²⁵ “Yönetim organı bu yetkiyi başkasına, meselâ anonim şirketlerde müdürlere hatta yönetim işlevini 367 nci maddeye göre devralan yönetime de devredemez.” Gerekçe s. 117

²⁶ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşme metninin hazırlanması veya müzakerelerin yapılmasının devredilemez nitelikte olmadığı, yönetim organının bu işler bakımından yetki devri veya görevlendirme yapmasının mümkün olduğu; devredilemez olanın, neticede hazırlanan sözleşmenin yapılmasına karar verme yetkisi olduğudur. Bkz. Tschäni, s.

Sözleşmenin yönetim organı tarafından *imzalanmasını* öngören açık düzenlemenin (TTK m. 145/1), sadece iç ilişkiyi (yönetimi) değil, dış ilişkiyi (temsili) de kapsadığında tereddüt bulunmamaktadır²⁷.

Yazılı birleşme sözleşmesinin içeriği TTK m. 146'da düzenlenmiştir. Birleşmeye katılan şirketler, payların değişim oranı, gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimleri gibi yasada belirtilen unsurların sözleşme içeriğinde bulunması öngörülmüştür. Anılan yasal düzenleme, sözleşmenin asgari içeriğini kapsamaktadır. Ancak bu asgari içerik, gerekli olduğu ölçüde sözleşmede yer almalıdır. Yasada belirtilen kayıtlardan bazılarının sözleşme içeriğine konulması gerekli değil ise, mesela ayrılma akçesi öngörülmüyorsa veya intifa senetleri yoksa, bu hususlara ilişkin kayıtlara yer verilmesi lüzumlu değildir. Yasada belirtilenlerden başkaca hususların da esaslı unsur olduğu takdirde sözleşme içeriğine eklenmesi zorunludur²⁸.

Birleşme sözleşmesinin imzasından sonra ve fakat bu sözleşmenin genel kurullarda tasdikinden önce, birleşmeye katılan şirketlerin mal varlığında önemli bir değişikliğin meydana gelmesi halinde, sözleşmede değişiklik yapılması mümkündür (TTK m. 150).

ii. Hakların Dağılımı

Birleşmeye katılan şirketlerde pay sahibi olanlar veya diğer bazı haklara sahip olanların, birleşme sonrasındaki haklarının akıbetinin ne olacağı önemli

199; Luginbühl, Jürg A., in Zürcher Kommentar, Art. 12, Rn. 20; von der Crone, Hans Caspar / Kessler, Franz J./ Gersbach, Andreas / Dietrich, Martin/Berlinger, Katja; Das Fusionsgesetz, Schulthess, 2004, § 2, Rn. 164

²⁷ Bkz. Pulaşlı, C. I, § 7, kn. 58; Bilgili/Demirkapı, s. 78; Keşli, Ahmet, in: Şirketler Hukuku, Ed. Sami Karahan, Konya, 2012, s. 179; Ancak kanun gerekçesinde, sözleşmenin yapılmasına karar verilmesi (yönetim hakkı) ve imzalanmasının (temsil yetkisinin) “*Sözleşmenin yapılması yönetim organının bir kararı ile gerçekleşir; imzayı yetkililer atar.*” ifadesi kullanılmak suretiyle, birbirinden ayrıldığı kanaati uyandırılmaktadır (Bkz. Gereke s. 117). Mehaz İsviçre Birleşme Kanunu’nun 12. maddesi gerekçesinde de sözleşmenin yapılmasının (en üst) yönetim organı tarafından kararlaştırılacağı, ancak imzalanmasının, imzaya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirileceği belirtilmektedir (Bkz. BBl. 2000 4406 f.). Ancak mehaz kanunda, TTK m. 145/1’den farklı olarak, sözleşmenin (en üst) yönetim organı tarafından imzalanmasından (unterzeichnen) değil, yapılmasından (abschliessen) bahsedilmektedir (FusG Art. 12 Abs. 1). Bu nedenle mehaz maddesi ile gerekçesi arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır.

²⁸ Konu ile ilgili olarak bkz. Gereke s. 118; Kanun gerekçesinde, mehaz İsviçre hukukundan farklı olarak, 146. maddenin asgarî zorunlu içeriği gösterdiği; yoksa tipik içeriği belirlemediği ifade edilmektedir (Gereke s. 118). İsviçre kanun gerekçesinde ise, yasada gösterilen sözleşme içeriğinin, sözleşmenin objektif esaslı noktaları olduğu ve sınırlı bir sayımı içermediği, tarafların subjektif esaslı noktaları eklemesinin mümkün olduğu, bu nedenle FusG 13. maddenin sözleşmenin esaslı noktaları bakımından sınırlı sayım anlamına gelmediği ifade edilmektedir (BBl 2000 4408).

bir sorundur. Türk Ticaret Kanunu, birleşmenin hak durumuna etkisi ile ilgili olarak bazı özel düzenlemelere yer vermiştir.

Birleşmenin temel ilkelerinden biri, ortaklığın devamı ilkesidir. Yani devrolunan şirketin ortakları -kural olarak- birleşme neticesinde devralan şirketin ortağı haline gelir (153/2). Ortaklar açısından geçerli olan bu sonucun, şirketle ortaklık dışı ilişkisi bulunan ve özellikle kara iştirak hakkı tanınan kimseler için de kabul edilmesi gerekir. Fakat ilgililerin haklarını “ortaklık hakları ve payları” başlığı altında düzenleyen TTK’nın 140 ve 141. maddelerinde böyle genel bir düzenleme yapılmamış, ortakların, oydan yoksun pay sahiplerinin, imtiyazlı pay sahiplerinin ve intifa senedi sahiplerinin istem hakları düzenlenmiştir. Özellikle kara iştirak hakkı bulunan menkul kıymet sahipleri (örneğin kara iştirakli tahvil, kar-zarar ortaklığı belgesi sahipleri) ve diğer menkul kıymet sahiplerinin haklarıyla ilgili açık düzenleme yapılmaması ve bu kimselere haklarını koruyabilme imkânının Türk Ticaret Kanununun birleşmeye ilişkin hükümleri çerçevesinde²⁹ sağlanmaması karşısında, konuyla ilgili özel bir düzenleme yapılması ihtiyacı vurgulanmalıdır³⁰.

Ortaklığın devamı ilkesinin gereği olarak, devrolunan şirketin her bir ortağı, mevcut ortaklık payları ve haklarını karşılayacak değerde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakkına sahiptir (TTK m. 140/1). Yeni kuruluş şeklinde birleşme açısından TTK m. 140/1 hükmü, birleşmeye katılan tüm şirketlerin ortaklarının menfaatine hizmet etmektedir. Ancak devralma şeklinde birleşme açısından, sadece devrolunan şirketin pay sahiplerinin menfaatine hizmet etmektedir.

²⁹ Zira, alacaklıların haklarının himayesine ilişkin TTK m. 157 hükmü, meçhul ve faaliyet sonucuna bağlı alacağı himaye etmede yetersiz kalacaktır. TTK m. 191 ve 192’de tanınan haklar ise ortaklara hasredildiğinden, belirtilen maddelerdeki davaların açılması da mümkün değildir.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Coştan, Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması, Batider, Haziran 2008, C. XXIV, Sa. 3, (s. 403-431), s. 414 vd.; Özel haklar veren menkul kıymet sahipleri için eşdeğerli hakların tanınması gereğine, birleşmeye ilişkin TTK düzenlemelerinin dolaylı da olsa kaynağını teşkil eden Avrupa Topluluğu’nun 78/855/EEC sayılı yönergesinin 15. maddesinde düzenlenmiştir. Yönergenin Türkçe çevirisi için bkz. Yıldız, Şükrü; Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/EEC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2000, C. IV, Sa. 1-2, s. 623-634; Anılan yönerge kapsamında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bahtiyar, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi, in: Şirket Birleşmeleri, Ed. Sumer Haluk/Pernsteiner, Helmut, Bursa, 2004, (s. 3-22), s. 3 vd.

Devrolunan şirket pay sahiplerine tanınan istem hakkının kapsamı (değişim oranı) belirlenirken, önem taşıyan tüm hususlar dikkate alınarak şirketlerin gerçek değerine göre hesaplama yapılacaktır. Nelerin birleşmede önem taşıyan hususlar kapsamında olduğu konusunda kanun koyucu, birleşmeye katılan şirketlerin mal varlıklarının değerini ve oy haklarının dağılımını açıkça zikretmiştir (TTK m. 140/1). Önem taşıyan hususlar kapsamında birleşmenin iyileştirici olup olmadığı, birleşmeye katılan şirketlerin işletme değerleri, payların itibari değerleri, primli pay çıkarılıp çıkarılmayacağı gibi hususlar dikkate alınacaktır³¹. Ancak önem taşıyan hususların sınırlı sayımla belirlenmesi mümkün değildir. Somut birleşme ve ilgililerin yönlendirmesi kapsamında değişim oranı belirlenecektir.

Değişim oranı, şirketlerin aynı tarih itibariyle değerlendirilmesi suretiyle bulunmalıdır. Bu tarihin hangi gün olduğu konusunda TTK m. 140/5 hükmü hareket noktası olarak kabul edilebilecektir³². Anılan maddede birleşme sözleşmesinin akdedildiği gün esas alınmaktadır. Keza TTK m. 150 hükmünde de birleşme sözleşmesi tarihinden itibaren şirket malvarlığında önemli değişiklik meydana gelmesi halinde bildirim yükümlülüğüne yer verilmiş olması, bu tarihin esas alınması gerekliliğine işaret etmektedir³³.

TTK m. 140/2 uyarınca, ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir. Hükmün amacı, belirlenen değişim oranı yanında pay sahiplerine özel bir menfaat sağlamak ya da değişim oranının kısmen nakten ifasına olanak sağlamak değildir. Burada özellikle birleştirme oranı kapsamında ilgililerin sahip olacakları paylardaki kusuratlar nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunun bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır³⁴. Söz konusu kusuratların nakden ifası suretiyle birleşmenin kolaylaştırılması hedeflenmektedir. Ancak suiistimale sebebiyet vermemesi açısından, ödeme yapılacak miktar, ortaklık paylarının gerçek değerinin 1/10'unu aşamayacaktır. Pay sahiplerine yapılacak ödeme, devralan şirketin serbestçe tasarruf edebileceği özvarlıklardan karşılanmalıdır³⁵.

³¹ Bkz. Gerekçe s. 114; Birleşmede değerlendirme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Hasan, Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence, Batider, C. XXIV, Y. 2007, Sa. 2, (s.201-235), s. 204 vd.

³² Bkz Gerekçe s. 114

³³ Aynı yönde Glanzmann, Lukas; in Fusionsgesetz, Hrsg. Baker & McKenzie, Bern, 2003, Art. 7, Rn. 12

³⁴ Bkz. Gerekçe s. 115

³⁵ Glanzman, Art. 7, Rn. 24

Eğer devrolunan şirkette imtiyazlı paylar mevcut ise, devralan şirkette bu imtiyazların karşılığında eş değerde haklar veya uygun bir karşılık verilir (TTK m. 140/4). Kanun gerekçesinde, maddede belirtilen imtiyaz kavramının imtiyazlı paylara hasredilemeyeceği ve özel hakları kapsayacağı ifade edilmektedir³⁶. Madde uyarınca eş değerde sağlanılacak hak veya karşılık, imtiyaza ilişkin olup, imtiyazın dayanağı olan payla ilgili değildir.

Devrolunan şirketin oydan yoksun paylarına sahip olanlara, aynı değerde oydan yoksun pay verilebileceği gibi, oy hakkına sahip paylar da verilebilir (TTK m. 140/3). Oydan yoksun payların verilebilmesi için, devralan şirket yapısının buna müsait olması ve bu tür payların çıkartılabilmesi için gerekli formalitelerin yerine getirilmiş bulunması gerekir. Bu tür paylar için bir denkleştirme ödemesine yer verilmediğinden, devralan şirkette ya oydan yoksun pay ya da oy hakkını haiz pay verilecektir. Eğer oy hakkını haiz olan paylar verilecekse, oy hakkının maddi değerinin de değişim oranı belirlenirken nazara alınması gerekir³⁷.

Devralan şirket, devrolunan şirketin intifa senedi sahiplerine, eş değerli haklar tanımak veya intifa senetlerini, birleşme sözleşmesinin yapıldığı tarihteki gerçek değeriyle satın almak zorundadır (TTK m. 140/5).

iii. Ayrılma Akçesi

Türk Ticaret Kanununun birleşme açısından kabul ettiği temel ilke, ortaklığın devamı ilkesidir. Yani, devrolunan şirket ortakları, belirli bir değişim oranı çerçevesinde, devralan şirkette ortaklıklarını devam ettirirler. Bu durum, aynı zamanda birleşme işlemini de karakterize eden bir özelliktir. Ancak TTK m. 141’de “ayrılma akçesi” başlığı altında bu kuralın istisnasına yer verilmiştir³⁸.

İstisna uyarınca, pay sahiplerinin devralan şirkette sahip olacakları paylar yerine, bu payların gerçek değerine uygun bir ayrılma akçesi öngörülebileceği gibi (Zorunlu ayrılma akçesi-TTK m. 141/2); paylar ve ayrılma akçesinden birinin tercihi pay sahiplerine de bırakılabilir (Seçimlik ayrılma akçesi-TTK m. 141/1).

Seçimlik ayrılma akçesinde, ortağın, birleşilen şirkette ortak sıfatının devam edip etmeyeceğine karar vermesi imkanı doğacağından, bu durum ortağın menfaatine olacaktır. Bu surette birleşmeye katılmak istemeyen

³⁶ Gerekçe s. 115

³⁷ Glanzman, Art. 7, Rn. 29

³⁸ TTK m. 155 uyarınca verilmesi önerilen nakdi karşılık da ortaklığın devamlılığı ilkesinin istisnalarındandır.

ortaklar, paylarının gerçek değerini alarak, birleşme sonrası ortaya çıkacak ortaklık ilişkilerine son vereceklerdir. Ancak bu ortaklar, mutlaka birleşme sözleşmesi aleyhine oy kullanmak zorunda değildir. Kanunda bu konuda sınırlama yapılmadığından, birleşme lehine oy kullanan ortakların da ayrılma akçesi alabileceğini kabul etmek gerekir.

Zorunlu ayrılma akçesinde ise daha ziyade, çoğunluk tarafından istenilmeyen ortakların, ayrılma akçesi almak suretiyle şirketten çıkarılması söz konusudur.

Ayrılma akçesinin kullanılıp kullanılmayacağı, kullanılacak ise bunun ortaklar açısından seçimlik veya zorunlu olması, birleşme sözleşmesi ile tayin edilecektir. Ayrılma akçesinin birleşme sözleşmesinde yer alıp almayacağı, yer alacaksa hangi türünün söz konusu olabileceği konusunda yasal sınırlama bulunmamaktadır. Ancak seçimlik ayrılma akçesine ilişkin TTK m. 141/1 gerekçesinde, ayrılma akçesinin nakden ödendiği hallerde, bunun sermayenin iadesi şeklinde gerçekleşmemesi, ödemenin serbest yedeklerden yapılması gerektiğine işaret edilmektedir³⁹. Dolayısıyla, nakdi ödeme için yeterli serbest yedeklerin bulunmaması, ayrılma akçesi öngörülmesi bakımından bir engel ya da sınır teşkil edecektir. Ayrıca TTK m. 151/5 hükmünde, birleşme sözleşmesinin ayrılma akçesi öngörmesi halinde, sözleşmenin devreden şirket genel kurulunda %90'lık bir nisapla onaylanması gereği hükme bağlanmıştır⁴⁰. Belirtmek gerekir ki %90'lık nisap, İsviçre hukukunda *sadece* (zorunlu) ayrılma akçesi öngörülmesi halinde aranmaktadır (FusG Art. 18 Abs. 5)⁴¹. Nisabın ağırlaşmasında, ortağa seçim hakkı sunulmayıp, ortaklıktan çıkarılması gibi bir sonuca katlanması yatmaktadır. Ayrılma akçesinin seçimlik olarak öngörüldüğü hallerde ise bu nisap aranmaz. TTK m. 151/5'te ise böyle bir ayırım yapılmaksızın, şirket sözleşmesinde (zorunlu veya seçimlik) bir ayrılma akçesi öngörülmesi halinde %90'lık nisap aranmıştır. Ancak TTK m. 151/5'te öngörülen nisabın, mehaza uygun olarak sadece zorunlu ayrılma akçesi öngörülen haller (TTK m. 141/2) için uygulanacağını kabul etmek, menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır⁴².

³⁹ Bkz. Gerekçe s. 115; Gerekçede sadece birinci fıkra kapsamında yapılan bu açıklamanın ikinci fıkrayı da kapsadığı kabul edilmelidir. Eleştiriler için bkz. Glanzmann, Art. 8; Rn. 4 vd.

⁴⁰ Madde metninde şahıs şirketlerinde oy hakkını haiz ortaklardan bahsedilmesinin eleştirisi hakkında bkz. Kırca, s. 78, dn. 24

⁴¹ Anılan maddede “*Sieht der Fusionsvertrag nur eine Abfindung vor...*” ibaresi kullanılmak suretiyle, *sadece* (zorunlu) ayrılma akçesi öngörülen halde bu nisabın arandığı belirtilmiştir.

⁴² Kanundaki düzenleme tereddüt doğursa da, TTK m. 141 gerekçesinde, TTK m. 151/5 hük-

bb. Birleşme Raporu

Birleşme raporu, özellikle birleşmeye katılan şirketlerin pay sahiplerini bilgilendirmeye hizmet eden bir belgedir. TTK m. 147 uyarınca birleşmeye katılan şirketlerden her birinin yönetim organları ayrı ayrı veya beraberce birleşme hakkında bir rapor hazırlarlar. Hazırlanan rapor, birleşmeye ilişkin genel kurul karar tarihinden önceki 30 gün boyunca⁴³ ilgililerin bilgisine sunulmak zorunda olduğundan (TTK m. 149/1), yönetim organlarının karar tarihinden 30 gün öncesinde raporu hazır etmiş olmaları gerekmektedir.

Rapor içeriğinde nelerin yer alması gerektiği TTK m. 147’de belirtilmiştir. Madde içeriğinde belirtilen hususlar, başta pay sahipleri olmak üzere ilgililerin birleşmenin sebebi ve doğuracağı sonuçlar hakkında bilgilendirilmelerine hizmet etmektedir. Maddede belirtilen konularla ilgili olarak raporun sadece iktisadi değil, aynı zamanda hukuki açıdan da aydınlatıcı ve gerekçeli olması gerekmektedir (TTK m. 147/2). Raporda yanıltıcı bilgilerin kullanılması nedeniyle ilgililerin zarar görmeleri halinde, raporu tanzim eden yönetim organının sorumluluğuna gidilmesi mümkündür (TTK m. 193/1).

Birleşme raporunun sağladığı bilgiler bakımından hitap ettiği en önemli kesim pay sahipleridir. Birleşme neticesinde ortaya çıkacak hukuki statülerinin, oy hakkı dağılımının, hak ve yükümlülüklerinin öğrenilmesinde pay sahiplerinin önemli menfaati bulunmaktadır. Ancak *küçük ve orta ölçekli şirketlerde*, ortakların tamamının onaylaması halinde birleşme raporunun düzenlenmesinden vazgeçilebilecektir⁴⁴ (TTK m. 147/4). Her bir ortağın, raporun düzenlenmesinden vazgeçilmesini engelleme (*veto*) hakkı bulunmaktadır. Pay sahiplerinin rapor düzenlenmesini istemedikleri durumlarda, bunun usulüne uygun şekilde gerçekleştirilecek bir toplantı sonucunda alınacak bir kararla mı, yoksa böyle bir toplantı yapılmaksızın gerçekleştirileceği hususunda kanunda düzenleme bulunmamakta, sadece “*tüm ortakların onaylaması*”ndan bahsedilmektedir. Ticaret Sicili Yönetmeliği’nin 126/7. maddesinde “...

münün nasıl anlaşılması gerektiğine işaret edilmektedir. Ayrıca bkz.. Bilgili/Demirkapı, s. 84; Keşli, s. 161 vd.; Al Kılıç, s. 52 vd.

⁴³ Bkz. aşağıda “ilgililerin inceleme hakkı” başlığında yer alan açıklamalar.

⁴⁴ Pay sahiplerinin onayıyla, pay sahibi olmayan ilgililere inceleme hakkı tanınan birleşme raporunun (TTK m. 149) hazırlanmasından vazgeçilme imkanı sağlanmasının, TTK m. 149’un amacıyla bağdaşmadığı kanaatini taşımaktayız. Aynı yönde eleştiri için bkz. Coştan, Hülya; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara, 2009, s. 217 vd.

birleşme raporunun düzenlenmesinden vazgeçilmesi halinde ise bu hususun tüm ortaklar tarafından onaylandığına ilişkin belge”nin ticaret sicili müdürlüğüne verilmesi gerekliliğinden bahsedilmektedir. Kanaatimizce kanunda açık şekilde genel kurul kararından bahsedilmediğinden, kanunda öngörülen genel kurul toplantı usulüne riayet edilmesi gerekli olmadığı gibi, onayın bir genel kurul kararı şeklinde gerçekleşmesi de lüzumlu değildir. Tüm ortakların onay iradesini içeren bir belgenin tanzimi gerekli ve yeterlidir.

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, devralan şirket tüzel kişiliğini birleşme ile kazanacağından, devralanın rapor tanzimi gerekli değildir. Ancak bu tür birleşmede, birleşme raporuna yeni kurulacak şirketin esas sözleşmesinin de eklenmesi gerekir (TTK m. 147/3).

cc. İlgililerin İnceleme Hakkı

Başta pay sahipleri olmak üzere, ilgililerin birleşme hakkında bilgi edinebilmesi ve inceleme yapabilmesi için birleşmeyle ilgili önemli bazı belgelerin genel kurul toplantısı öncesinde incelemeye açılması gereklidir. Türk Ticaret Kanunu’nun 149’uncu maddesinde bu ihtiyacın giderilmesine yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve son üç yıla ait yılsonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını ve gereğinde ara bilançolarını incelemeye açmakla yükümlüdür.

İlgililere tanınan inceleme hakkı esas itibarıyla pay sahiplerinin edinecekleri bilgi çerçevesinde haklarını kullanabilmelerine hizmet eder. Bu açıdan inceleme hakkının, şirket içi bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında olduğu düşünülebilir. Fakat yasal düzenlemede sadece pay sahiplerinin değil, şirketin ihraç ettiği menkul kıymetlerin hamillerinin ve diğer ilgililerin inceleme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla yasal düzenleme sadece şirket içi bilgilendirme yükümlülüğü kapsamını aşan, kamuyu aydınlatmaya hizmet eden bir içeriktedir.

İlgililerin inceleme hakkına sahip olduğu belgeleri tetkik edebilmelerini teminat altına almak amacıyla yasada oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir:

Birleşmeye katılan şirketlerden her biri, Ticaret Sicili Gazetesine ve internet sitelerine, ilgililerin inceleme hakkına işaret eden bir ilan koymakla yükümlüdür (TTK m. 149/3).

Birleşmeye katılan şirketler, inceleme hakkına konu belgeleri, merkezleri ve şubelerinde genel kurul karar tarihinden önceki 30 gün içinde

incelemeye açmakla yükümlüdürler (TTK m. 149/1). Kanun lafzında, genel kurul toplantı tarihinden değil de karar tarihinden ve karardan önceki 30 gün içinde (ki bu son gün de olabilir) belgelerin incelemeye açılmasından bahsedilmesi nedeniyle, raporun hazırlanma zamanı bakımından belirsizlik söz konusudur. Bu durum aynı zamanda pay sahipleri ve diğer ilgililerin inceleme hakkının sınırlandırılmasına da sebebiyet verebilecektir. Mevzuat İsviçre hukukunda, belgelerin incelemeye açık tutulacağı zaman süreci bakımından, TTK m. 149/1’de yer alan “...*genel kurul kararından önceki otuz gün içinde... ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlüdür*” ibaresi yerine, “...*genel kurul kararından önceki 30 gün boyunca...ortakların incelemesine sunulmalıdır*” ibaresi kullanılmıştır⁴⁵. Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde kaynak metinden farklılaşan yönlerden bahsedilmekle birlikte, süre ile ilgili bir farklılıktan bahsedilmemektedir. Dolayısıyla ilgili belgelerin genel kurul kararından ne kadar süre önce incelemeye açılması gerektiği hususunda, İsviçre hukukundaki düzenlemeye uygun yorum yapılması ve karar tarihinden önceki 30 gün boyunca belgelerin incelemeye açık tutulması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Aksi halde ilgililerin bilgi alma ve inceleme hakkının teminat altına alınması için yapılan düzenleme, bu hakların kısıtlanmasının bir aracı haline gelecektir.

Eğer bu şirket halka açık anonim şirket ise, Sermaye Piyasası Kurulu’nun öngöreceği yerlerde belgeleri incelemeye açmakla yükümlüdür. Birleşmeye katılan şirketler sermaye şirketi ise, ayrıca ilgili şirketin internet sitesinde de incelemeye konu belgeler yayınlanmak zorundadır (TTK m. 149/1).

Birleşmeye katılan şirketler, inceleme hakkına konu belgelerin nereye tevdi edildiklerini ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarını, tevdiden en az üç iş günü önce, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ve şirket sözleşmesinde öngörülen gazetelerde ilan ederler. Eğer birleşmeye katılan şirket sermaye şirketi ise ayrıca internet sitesinde ilan yapar (TTK m. 149/4).

Yukarıda bahsedilen düzenlemeler sayesinde ne surette bu belgeleri inceleyebileceklerini öğrenen ilgililer, herhangi bir bedel ödemeksizin incelemeye konu belgelerin suretlerinin kendilerine verilmesini isteyebilirler (TTK m. 149/2).

Birleşme raporunun hazırlanmasından vazgeçme imkanı tanınan küçük ve orta ölçekli şirketler bakımından, inceleme hakkı için de yasal bir istisnaya yer verilmiştir. Bu tür şirketlerde tüm ortakların onaylaması halinde, inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilebilecektir⁴⁶ (TTK m. 149/5).

⁴⁵ Bkz. FusG Art. 16 Abs. 1: Kaynak metinde “...während der 30 Tage vor der Beschlussfassung...” ibaresi yer almaktadır.

⁴⁶ Ortakların kararıyla, ortak sıfatı bulunmayan ilgililerin inceleme hakkının kısıtlanmasının,

dd. Birleşme Kararı

Birleşme sürecinin tamamlanması bakımından kanunun öngördüğü bir diğer işlem, imzalanan birleşme sözleşmesinin, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarında onaylanmasıdır⁴⁷ (TTK m. 145/1).

Birleşme sözleşmesi, birleşmeye katılan her bir şirketin yönetim organı tarafından genel kurula sunulur ve onay, bir genel kurul kararı şeklinde ortaya çıkar.

Birleşme sözleşmesinin imzalanması ile genel kurul tarafından bu sözleşmenin onanması belirli bir zaman sürecini gerektirmektedir. İşte bu süreç içerisinde, birleşmeye katılan şirketlerden herhangi birinin aktif ve pasif varlıklarında önemli bir değişiklik meydana gelmiş ise, bu şirket yönetim organı durumu hem kendi şirketinin genel kuruluna hem de birleşmeye katılan diğer şirket ya da şirketlerin yönetim organına yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür (TTK m. 150/1).

Mal varlığındaki önemli değişikliğin ne olduğu konusunda kanunda bir kritere yer verilmemiştir. Değişim oranını ya da ayrılma akçesini (TTK m. 141) etkileyen her değişiklik önemlidir. Genel olarak, pay sahibinin birleşme hakkında kullanacağı oyun yönünü etkileyebilecek değişikliğin, önemli olduğu kabul edilmelidir⁴⁸.

Kanun maddesi mal varlığında önemli değişimin meydana geldiği şirket yönetim organına bilgi verme yükümlülüğü getirmekle birlikte, bu yükümlülük kamuyu aydınlatma yükümlülüğü şeklinde olmayıp, münhasıran kendi genel kurulu ve birleşmeye katılan şirketin yönetim organı ile sınırlıdır. Kanun metninde yer almamakla birlikte gerekçeden, bilgiyi alan şirket yönetim kurulunun da kendi genel kuruluna bilgi vermesi gerektiği sonucu çıkmaktadır⁴⁹. Mevzuat İsviçre kanununda böyle bir değişimin olması halinde sadece birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarına bilgi verme yükümlülüğü

ilgililere inceleme hakkı tanıyan TTK m. 149'un amacıyla bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

⁴⁷ Kolaylaştırılmış usulde birleşmede, genel kurul onayına gerek bulunmamaktadır (Bkz. TTK m. 156).

⁴⁸ von der Crone, ua. Rn. 373

⁴⁹ Zira kanun gerekçesinde, bilginin onay genel kurullarında verilmesinin amaca uygun düşmeyebileceği, bilginin verilmesi için genel kurulların olağanüstü toplantıya çağırılmasının uygun olacağından bahsedilmektedir (Bkz. Gerekçe s. 119). Genel kurul ibaresinin çoğul şekilde kullanılması, sadece mal varlığında önemli değişiklik meydana gelen şirketin değil, birleşmeye katılan diğer şirketlerin genel kurullarına da ilgili yönetim organları vasıtasıyla bilginin verilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Genel kurulların bilgilendirilmesi gereğine ilişkin bu sonuç, mevzuat kanunun tasarı halinde yer almakta olup, İsviçre yasa metnine yansıtılmamıştır (bkz. bir sonraki dipnot).

getirilmiş olup, genel kurullara bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵⁰ (FusG Art 17 Abs. 1). Kanaatimizce TTK m. 150/II genel kurula bilgi verilmesi yükümlülüğünün gereklerini karşılayacak muhtevadadır. Zira mal varlığında önemli değişikliğin meydana geldiği bilgisine sahip olan birleşen şirketlerin yönetim organları, birleşmeye devam edip etmeyecekleri hususunda inceleme yapmalıdırlar (Bkz. TTK m. 150/2). Eğer devam edilmemesi yönünde karara varılır ise, birleşmekten vazgeçebilirler. Birleşmeye devam edilmesi kanaatine varırlar ise, birleşme sözleşmesinde değişiklik yapılmasının gerekli olup olmadığı incelenir. Eğer sözleşmenin değiştirilmesi gerekmekteyse, bu değişiklik gerçekleştirilecektir. Fakat yapılan değişiklik sonrasında genel kurulun birleşme sözleşmesini onaylaması yoluna gidilemeyecek, ilgililerin bilgi alma ve inceleme haklarını kullanabilmesi için yasada öngörülen süreç yeniden işletilecektir. Aksi halde sözleşme içeriği değişmesine rağmen, ilgililerin bilgi alma ve inceleme hakları kısıtlanmış olur ve yasanın amacına aykırı bir sonuç doğar. Özellikle pay sahibi olanlar haricindeki ilgililer için bu durum önem taşımaktadır. Eğer yönetim organları, mal varlığında meydana gelen değişikliğin, sözleşmenin değiştirilmesini gerektirmeyeceği kanaatinde ise, sözleşmenin niçin değiştirilmesinin gerekli olmadığını gerekçeli olarak genel kurulda açıklar.

Genel kurulun birleşme kararı verebilmesi için Türk Ticaret Kanunu özel toplantı ve karar nisaplarına yer vermiştir⁵¹ (Bkz. TTK m. 151).

ee. Kesinleşme

Birleşme sözleşmesinin genel kurul tarafından onaylanmış olması, birleşme süreci bakımından gerekli bir işlem olmakla birlikte, birleşmenin hüküm doğurması için ayrıca birleşme kararının ticaret siciline tescili gereklidir. Bu açıdan tescil, kurucu etkiye sahiptir (TTK m. 153/1).

Birleşmeye birden fazla şirket katıldığından, tüm şirketlerin genel kurul kararlarının sicile tescili gereklidir. Bir şirketin birleşme kararını genel kurula

⁵⁰ Mevzuat kanunun tasarı halinde, mal varlığında önemli değişikliğin meydana gelmesi halinde birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarının bilgilendirilmesi zorunluluğuna yer verilmesine rağmen (bkz. BBl. 2000 4538), kanunun parlamentoda (Ständesrat) müzakeresi sırasında genel kurula bilgi verilmesi yönündeki ibarenin sehven kanun metnine girdiği, mal varlığında önemli değişikliğin meydana geldiği durumlarda yönetim organının ya değişen metni genel kurula sunacağı, ya birleşmeden vazgeçildiğini bildireceği ya da sözleşmede değişiklik yapılmadığını bildireceği, her üç durumda da genel kurulun ne şekilde tepki vereceğinin belli olduğu, pay sahiplerinin haklarının başka şekilde teminat altına alınabileceği gerekçeleriyle, mal varlığında önemli değişiklik olması halinde durumun genel kurula bildirilmesi gerektiği yönündeki düzenleme madde metninden çıkartılmıştır (bkz. AB 2003 S 489).

⁵¹ Nisaplara ilişkin eleştiriler için bkz. Kendigelen, s. 118

onaylatıp, diğerlerinin onaylatmaması halinde, tescil için başvuru yapılamaz. Diğer şirketlerin genel kurul kararının alınmış olması beklenilmelidir⁵².

Birleşmeye katılan tüm şirketlerin birleşmenin onanmasına yönelik genel kurul kararları tescil edilecek olmakla birlikte, hangi şirket genel kurul kararının tescili ile birleşmenin hüküm doğuracağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Kanun metninde bu konuda sarahat olmamasına rağmen, gerekçede devrolunan şirketin genel kurul kararının ticaret siciline tescili ile birleşmeyi gerçekleştireceği, bu tescilin kurucu olduğu, mal varlığının geçişini sağladığı ve devrolunan şirketin ortaklarının kendiliğinden devralan şirketin ortağı haline geldikleri; devralan şirket genel kurul kararının tescilinin ise bildirici etkiye sahip olduğu açıklanmaktadır⁵³. Ticaret Sicili Yönetmeliğinde de bu etki göz önünde bulundurularak devrolunan şirketin birleşme kararını öncelikle tescil ettireceği, bu tescil yapılmadan devralan şirket genel kurul kararının tescil edilemeyeceği hükme bağlanmaktadır (TSY m. 127/1). Birden fazla şirketin devrolunan şirket olarak birleşmeye katılması halinde, devrolunan şirket genel kurul kararının tescilinin kurucu etkisi nedeniyle, devrolunan şirketlerin tümünün genel kurul kararlarının eş zamanlı olarak tescilinin gerekli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Devralan şirketin birleşme dolayısıyla sermaye artırımı yapması gerekli olan hallerde, alınan sermaye artırım kararı ile birleşme kararı eş zamanlı olarak tescil edilir (TSY m. 127/5). Bu durum, devrolunan şirketin birleşme kararının tescilinin kurucu etkisini, yani devrolunan şirket ortaklarının, sermaye artırımının tescilinden önce, kararlaştırılan değişim oranı ölçüsünde devralan şirketin ortağı olduğu gerçeğini bertaraf etmez. Yeni kuruluş şeklindeki birleşmede, birleşmeye katılan tüm şirketler devrolunan şirket statüsünde olup, yeni kurulacak şirketin kuruluşu ile birleşme kararı eş zamanlı olarak tescil edilecektir (TSY m. 127/5). Tescile kadar devralan şirket hukuken var olmadığından, bahsi geçen birleşme kararının devrolunan tüm şirketlere ait birleşme kararları olarak anlaşılması gerekir. Devralan şirketle ilgili olarak yapılan tesciller, tescili yapan müdürlük tarafından derhal devrolunan şirketin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne bildirilir ve kendi birleşme kararının sicile tesciliyle sona eren devrolunan şirketin kaydı, bildirim üzerine resen silinir (TTK m. 152/3; TSY m. 127/5). Birleşme kararı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur (TTK m. 154)

⁵² Bkz. Gerekçe s. 119

⁵³ Bkz. Gerekçe s. 120

b. Sermaye Şirketlerinin Kolaylaştırılmış Şekilde Birleşmesi

Birleşmenin karışık, nispeten uzun ve formalitelere tabi bir süreç olması nedeniyle, belirli bazı durumlarda bu sürecin kısaltılmasına olanak vermek, menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanununda, birleşme sürecinin belirli formaliteleri yerine getirilmeden daha basit bir sürecin işletilmesine imkan sağlanmıştır.

Kolaylaştırma -birleşme sözleşmesine konulacak bazı kayıtlardan sarfınazar edilmesi, birleşme raporunun düzenlenmemesi, inceleme hakkının bulunmaması veya inceleme sürecinin farklılaşması ve sözleşmenin genel kurul onayına sunulmaması şeklinde- bazı formaliteleri bertaraf eder.

Şirketler, kolaylaştırılmış birleşme usulüne göre birleşme imkanına sahip olsalar bile, bu usulü uygulayıp uygulamamak kendi takdirlerine bırakılmıştır (TTK m. 155).

Kolaylaştırılmış usulde birleşme, sadece sermaye şirketleri, yani anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin birleşmesi için öngörülmüş bir yöntemdir (TTK m. 155). Şahıs şirketleri ve kooperatiflerin birleşmeye katılması halinde uygulanma olanağı yoktur. Sermaye şirketlerinde bu usulün uygulanabilmesi için, birleşmeye katılanların sadece sermaye şirketi olması yeterli olmayıp, ayrıca birleşmeye katılan şirketler arasında, kanunda öngörülen düzeyde bir hakimiyet ilişkisinin bulunması gerekir.

Birleşmenin kolaylaştırılmasının temelinde, daha ziyade, hakimiyet ilişkisi dolayısıyla pay sahiplerinin haklarının korunması ihtiyacının bulunmaması ya da daha düşük seviyede korunması ihtiyacının bulunması yatmaktadır⁵⁴. Yani birleşme sürecinde gerçekleştirilecek bazı işlemler, pay sahiplerinin haklarının himayesi bakımından bir yarar sağlamayacaksa veya daha az önem taşıyıp yeterince teminat altına alınmışsa, söz konusu işlemlerin yapılmasından sarfınazar edilebilir veya bazı kolaylıklar sağlanabilir⁵⁵.

Türk Ticaret Kanununda, kolaylaştırılmış usulde birleşecek şirketler iki ana başlık halinde düzenlenmiştir:

⁵⁴ Kanun gerekçesinde, birleşmenin alacaklıların haklarına zarar vermemesi halinde kolaylaştırıldığından bahsedilmektedir. Bkz. Gerekçe s. 120

⁵⁵ Mehaz İsviçre hukukunda düzenlemenin gerekçesi hakkında bkz. BBl. 4422 ff: Wolf, Mathias; in BSK, Art. 23, Rn. 1: Bommer, Florian; in Fusionsgesetz, Hrsg. Baker & McKenzie, Bern, 2003, Art. 23, Rn. 1

aa. Oy Hakkı Veren Payların Tamamına Sahip Olunması Halinde

Türk Ticaret Kanununun 155/1. maddesi hükmüne göre;

1- *Devralan sermaye şirketi devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına veya*

2- *Bir şirket ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren tüm paylarına,*

sahiplerse sermaye şirketleri kolaylaştırılmış düzene göre birleşebilirler (TTK m. 155/1).

Birinci grupta bahsi geçen ihtimalde, devrolunan sermaye şirketinin oy hakkının tamamına sahip olan yine bir sermaye şirkettir (*Tochter-Mutter Fusion-downstream mergers*). Bu ihtimalde birleşmenin yeni kuruluş şeklinde gerçekleşmeyeceğini kabul etmek gerekmektedir.

İkinci grupta bahsi geçen ihtimalde yine birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren paylarının tamamına hakimiyet söz konusudur. Fakat oy hakkı veren paylara sahip olan, birleşmeye devralan olarak katılan sermaye şirketi değildir (*Schwesternfusion*). Dolayısıyla bu tür birleşmenin, ilk gruptan farklı olarak yeni kuruluş şeklinde de gerçekleşmesi mümkündür⁵⁶.

Bu özelliklere sahip şirketlerin birleşmesinde hangi kolaylıkların sağlanacağı TTK m. 156/1’de düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre birleşme sözleşmesinde yer alması gereken bazı kayıtlara sözleşmede yer verilmeyecektir. Ayrıca birleşmeye katılan sermaye şirketleri birleşme raporu düzenlemek (m. 147) ve inceleme hakkını sağlamakla⁵⁷ (m.149) yükümlü olmadıkları gibi, birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına sunmakla (m. 151) da yükümlü değildir (TTK m. 156/1).

bb. Oy Hakkı Veren Payların En Az %90’ına Sahip Olunması Halinde

Türk Ticaret Kanununun 155/2. maddesi hükmüne göre;

Devralan sermaye şirketi, devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahipse, azınlıkta kalan pay sahipleri için;

⁵⁶ Aynı yönde Wolf, Art. 23 Rn. 6

⁵⁷ TTK m. 149 inceleme hakkını mehz İsviçre kanunundan farklı olarak sadece pay sahiplerine değil, aynı zamanda menfaati bulunan daha geniş bir kitleye sağlamasına rağmen, tam hakimiyet halinde pay sahibi sıfatı bulunmayan ilgililerin inceleme hakkının kısıtlamış olması eleştiriye açıktır.

1- Devralan şirkette bu payların denk karşılığı olan paylar verilmesi şirket payları yanında, 141 inci maddeye göre, şirket paylarının gerçek değerinin tam dengi olan nakdi bir karşılık verilmesinin önerilmiş olması ve

2- Birleşme dolayısıyla ek ödeme borcunun veya herhangi bir kişisel edim yükümlülüğünün yahut kişisel sorumluluğun doğmaması, halinde birleşme kolaylaştırılmış usulde gerçekleşebilir.

Devralan sermaye şirketinin, devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının en az %90'ına sahip olması durumunda, azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması ihtiyacı ortaya çıkar. Bu nedenle, böyle bir hâkimiyet ilişkisinin bulunması halinde, ancak belirli koşullar mevcutsa, birleşme kolaylaştırılmış usulde gerçekleşebilir.

Birleşmede, devralan sermaye şirketinin oy hakkına sahip olması koşulu arandığından, bu tür birleşme yeni kuruluş şeklinde gerçekleşemez.

Bu tür birleşmenin kolaylaştırılmış usulde gerçekleşmesi için kanunda aranan iki şartın bir arada bulunması gerekir. Her iki şart da esasen azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatini korumaya hizmet etmektedir. Bunlardan ilki, azınlıkta kalan pay sahiplerine, sahip oldukları payın, devralan şirketteki uygun karşılığı olan payın yanında bu payın gerçek değeri olan nakdi karşılığın önerilmiş olmasıdır. Yani azınlıkta kalan pay sahiplerine bir seçim hakkı önerilmiş olmalıdır. İkinci olarak birleşme dolayısıyla azınlıkta kalan pay sahiplerine ek ödeme yükümlülüğü, kişisel edim yükümlülüğü getirilmemiş olmalı ya da kişisel sorumluluğu doğmamalıdır. Bu iki şart bir arada bulunmak şartıyla, birleşen şirketler kolaylaştırılmış usulde birleşme yöntemini benimseyebilirler.

Kolaylık, tam hakimiyet halinde sağlanan birleşme kolaylıklarına benzerdir⁵⁸. Farklılıklar ise;

Birleşme sözleşmesinde yer alması gereken kayıtlara, TTK m. 146/1,b'de yer alan kayıtların da eklenmesi gerekmektedir. Yani “*Şirket paylarının değişim oranını, denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları*” birleşme sözleşmesinin içermesi gerekmektedir.

TTK m. 149'da öngörülen inceleme hakkının, devrolunan şirketin tescili için ticaret siciline yapılan başvurudan 30 gün önce sağlanmış olması gerekmektedir (TTK m. 156/2).

⁵⁸ Bkz. bir üst başlıkta (a başlığında) yapılan açıklamalar.

4. Ara Bilanço

TTK m. 140 uyarınca değişim oranının belirlenmesinde, birleşmeye katılan şirketlerin bilançoları, mal varlıklarının değerlendirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu yüzden birleşmeye esas bilançonun güncel olması ve gerçek mal varlığı durumuna uygun olması, ilgililerin menfaatleri icabıdır⁵⁹. Bu menfaat durumunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, iki halde ara bilanço çıkarılması zorunluluğuna yer vermiştir.

Bunlardan birincisi, birleşme sözleşmesinin imzalanması ile bilanço günü arasında altı aydan fazla zaman geçmiş olmasıdır (TTK m. 144/1). Altı aylık süre, Avrupa Birliği'nin ilgili yönergesinde öngörülmüştür. Belirtilen süre boyunca faaliyet, bilanço sonuçlarının olumlu ya da olumsuz yönde değişimini gerektirecek seviyededir⁶⁰. Yeni bilanço hazırlanmasını gerektiren bir diğer neden, bilançonun çıkarılmasından sonra, birleşmeye katılan şirketlerin mal varlıklarında önemli değişikliklerin meydana gelmiş olmasıdır⁶¹. Bilanço gününden itibaren altı aylık süre geçmemiş olsa dahi, önemli değişiklikler nedeniyle bilanço çıkarılması gereklidir. Önemli değişikliklerin neler olduğu konusunda kanunda bir ölçüte yer verilmemiş, gerekçede çeşitli örneklerden bahsedilmiştir⁶².

Çıkarılacak ara bilançoya ilişkin esaslara da kanunda yer verilmiştir (TTK m. 144/2). Buna göre ara bilanço kural olarak yıllık bilançonun tabi olduğu esaslara göre çıkarılacaktır. Fakat TTK m. 144/2'de öngörülen kolaylıklardan yararlanılarak bilançonun tanzimi yoluna gidilecektir.

5. Sermaye artırımı ve yeni kuruluş

Devralma şeklinde birleşmede, ortaklığın devamlılığı ilkesi uyarınca, devralan şirketin sermayesini artırması gerekmektedir. Bu nedenle TTK m. 142/1 hükmünde, devralan şirketin sermayesini, devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde, artırmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

Kanunda her ne kadar devralan şirketin sermaye artırımı zorunluluğundan bahsedilmişse de, bu artırımın değişim oranı ölçüsünde gerçekleşmesi zorunlu

⁵⁹ Birleşmeye esas bilançonun özellikleri hakkında bkz. Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, § 3, Rn. 75 ff.; Pulaşlı, C. I, § 7, kn. 74

⁶⁰ Gerekçe s. 117

⁶¹ “Bilançonun çıkarılmasından sonra” ibaresini, “bilanço gününden sonra” şeklinde anlamak gerekir. Bkz. Bommer, Fusionsgesetz, Art. 11, Rn. 4

⁶² Bkz. Gerekçe s. 117

olmayıp, devrolunan şirket ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde artırım zorunludur. Zira ayrılma akçesi öngörülmüş bulunması, devralan veya devrolunan şirketin iktisap ettiği kendi paylarının bulunması, birleşmeye katılan şirketlerden birinin hisselerine diğer şirketin sahip olması gibi istisnai durumlarda değişim oranı ölçüsünde sermaye artırımı gerekli değildir⁶³.

Devralma suretiyle birleşmede yapılacak sermaye artırımı açısından, kanun koyucu ilgili bazı durumlarda uygulanacak prosedürleri bertaraf ederek, sermaye artırımını kolaylaştırmaktadır. Bu kapsamda aynı sermaye konulmasına ilişkin TTK düzenlemeleri ile halka açık anonim şirketlerde, yeni payların halka arzına dair hükümler, sermaye piyasası Kurulu kaydına alınma hali dışında uygulanmaz(TTK m. 142/2). Birleşmede aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmamasının temelinde, birleşmeye ilişkin düzenlemelerin, özellikle de birleşme raporu ve birleşmenin denetlenmesinin⁶⁴, aynı sermayeye ilişkin TTK hükümlerinin uygulanmasını gereksiz kılması yatmaktadır⁶⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun 142. maddesinde, yeni payların halka arzına dair Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı, sadece SPK kaydına alınma işleminin gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Mülga 2499 sayılı SerPK düzenlemelerine göre, halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisselerinin satışı halka arz olarak nitelendirilmişti (2499 s. SerPK m. 3). Fakat TTK'dan sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı yeni SerPK, bu durumu halka arz olarak nitelendirmemiştir (SerPK m.3). Ayrıca kurul kaydına alınma sisteminden vazgeçilerek, izahnamenin onaylanması usulüne geçilmiştir (SerPK m. 6). Halka arz edilmeyen sermaye piyasası araçları için de izahnamenin onay usulüne ve sair hususlara ilişkin düzenleme yapılmıştır (SerPK m. 6). TTK m. 142/1'de halka açık anonim şirketler için öngörülen kolaylığa ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu düzenlemeleri yürürlükten kaldırılıp, yerine farklı bir sistem getirildiğinden, TTK m. 142/1'in halka açık anonim şirketler için sağladığı kolaylığın uygulama kabiliyeti kalmamıştır.

⁶³ Bkz. Bommer, Fusionsgesetz, Art. 9, Rn. 5 ff.

⁶⁴ Birleşme sözleşmesi ve birleşme raporunun uzman işlem denetçisi vasıtasıyla denetlenmesine ilişkin TTK m. 148 hükmü, TTK henüz yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanunun 43. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁵ Botschaft (FusG), BBl. 2000 4405

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, birleşmeye katılan şirketler tüzel kişiliğini yitirecek ve yeni bir şirketin varlığına ihtiyaç duyulacaktır. Bu nedenle, yeni şirketin kuruluşuna ilişkin mevzuatta öngörülen merasim gerçekleştirilecektir. Ancak TTK uygulanacak kuruluş merasimine ilişkin kolaylaştırıcı istisnai bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre “*Yeni kuruluş yolu ile birleşmede, bu Kanun ile 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun, aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeleri ve asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri dışındaki maddeleri yeni şirketin kuruluşuna uygulanır.*” (TTK m. 143). Anılan madde, yeni kurulacak şirkette aynı sermaye konulmasına ilişkin düzenlemeler ile asgari ortak sayısına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağını, diğer kuruluş hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamaktadır.

Devralma şeklinde gerçekleşen birleşmede, aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmama gerekçesi, yeni kuruluş şeklinde birleşme için de kullanılabilir⁶⁶.

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, asgari ortak sayısına ilişkin hükümler dışındaki kuruluş hükümlerinin uygulanacağına dair TTK m. 143 hükmünde belirtilen “ortak”lardan muradın ne olduğu açıklamayı gerektirmektedir. Kanun gerekçesinde bu konuyla ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Mehaz İsviçre Birleşme Kanununun 10. maddesinde *sermaye şirketleri* için benzer bir hüküm bulunmaktadır. Anılan kanun gerekçesinde, iki tane tek kişilik şirketin, yeni bir tek kişilik anonim şirket ya da limited şirket kurabileceği; fakat kooperatifler için en az 7 ortağın gerekli olduğu (Art. 831 Abs. 1 OR), zira tek kişilik bir kooperatifin OR Art. 828’de zikredilen amacı –müşterek dayanışma- izleyemeyeceği ifadelerine yer verilmiştir⁶⁷. İsviçre öğretisinde ise gerekçedeki değerlendirmenin hatalı olduğu, yeni şirketin kurucularının, birleşmeye katılan şirketlerin ortakları değil, birleşmeye katılan şirketler olduğu; aksi halde kooperatiflerin birleşmesi için en az 7 kooperatifin bir araya gelmesinin gerekli olduğu, amacın bu olmadığı ve maddenin birleşmeye katılan sermaye şirketi sayısının, asgari kurucu sayısına eşit olması zorunluluğunu bertaraf etmeyi amaçladığı vurgulanmaktadır⁶⁸.

İsviçre öğretisinde savunulan görüşlerin Türk hukukunda da kooperatifler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından kabulü mümkündür. Zira bu şirketlerde ikiden fazla kurucu ortak bulunması

⁶⁶ Konu hakkında bu başlık altında yukarıda yapılan açıklamalara bakınız.

⁶⁷ BBl 2000 4405

⁶⁸ Bommer, Fusionsgesetz, Art. 10, Rn. 3; Diem, Hans-Jakob, in BSK, Art. 10, Rn. 15

gerekmektedir. Fakat özellikle kollektif ve komandit şirketler açısından ortakların tümünün veya bir kısmının gerçek kişi olması zorunluluğu (TTK m. 211/1; m. 304/3), aynı zamanda kuruluşu ilgilendiren bir özelliktir (TTK m. 213/1,a; m. 214/1; m. 305/1). Birleşmeye katılan ve yeni şirketi kuranlar ise tüzel kişilerdir. Kollektif ve komandit şirket kuruluşu suretiyle birleşmeyi yasaklamayan bir kanunda, yeni kuruluşu kolaylaştırmaya yönelik bir madde ile yasaklama yoluna gidildiğini söylemek, elbette ki kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. Ancak kolaylaştırmanın sağlandığı TTK m. 143 hükmünde sadece ortak sayısına ilişkin değil, aynı zamanda ortak türüne ilişkin hükümlerin de uygulanmayacağını belirtilmesinin gerekli olduğu kanaatini taşımaktayız⁶⁹.

Yeni kuruluş şekline gerçekleşen birleşme sonrasında, elbette ki yeni kurulan ortaklıktaki ortak sayısının, o şirket türü için kanunda aranan asgari ortak sayısına uygun olması gerekir. Aksi halde İsviçre Birleşme Kanunu gerekçesinde belirtilen sakıncanın doğması ve tek kişilik (şahıs şirketleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve) kooperatiflerin ortaya çıkması söz konusu olacaktır, ki kanunun amacı bu değildir.

C. Birleşmenin Hükümleri

1. Genel Hükümleri

Türk Ticaret Kanununda birleşmenin kesinleşmesi, yani ticaret siciline tescilin sonuçları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiş olmasına rağmen, birleşmenin tüm hükümlerinin diğer düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Bu kapsamda birleşmenin ilk sonucu, devrolunan şirketlerin son bulmasıdır. Devrolunan şirket birleşmenin ticaret siciline tescili ile infisah eder (TTK m. 152/3). Ortaklığın devamlılığı ilkesi (TTK m. 136/3, m. 140, m. 153/2) uyarınca, kural olarak, devrolunan şirketin ortakları *ex lege* devralan şirketin ortağı olurlar (TTK m. 153/2). Ancak, kendi adına ve devralan ya da devrolunan şirketler hesabına hareket eden kişilerin elinde bulunan paylar için, bu sonuç kabul edilmez (TTK m. 153/2).

Birleşme sadece ortaklar bakımından değil, mal varlığı bakımından da hükümleri olan bir hukuki müessesedir. Birleşmenin tesciliyle birlikte, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifleri *ex lege* devralan şirkete geçer

⁶⁹ Tescille birlikte devrolunan şirket ortaklarının, devralan şirket ortağı olacağına ilişkin TTK m. 153/2 hükmü, kurucuların tüzel kişi olmaması gereğine ilişkin düzenlemeleri bertaraf edebilecek nitelikte değildir. Zira tüzel kişi ortak bulunması, aynı zamanda bir tescil engeli-
dir.

(TTK m. 136/4, m. 153/1). Mal varlığının bir bütün olarak geçmesinin sonucu olarak, devralan şirket, devrolunanın mal ve haklarının sahibi olduğu gibi, borçlarından da sorumludur. Durumun devralan tarafından bilinip bilinmemesinin neticeye etkisi yoktur. İntikal kanun gereği gerçekleştiğinden, münferit tasarruf işlemlerinin yapılması gerekli değildir⁷⁰.

2. Alacaklılar, Ortakların Sorumlulukları ve İş İlişkileri Açısından Hükümleri

a. Alacaklılar Açısından Hükümleri

Birleşmede menfaatlerinin korunması gereken önemli bir grup da alacaklılardır. Türk Ticaret Kanunu'nun birleşmeye ilişkin sistemi esas itibariyle ortakların menfaatleri esas alınmak suretiyle şekillenmiş olmakla birlikte, alacaklıların menfaatlerine hizmet eden özel düzenlemelere de yer verilmiştir.

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun alacaklılara birleşmeye itiraz imkanı tanıyan sistemi yerine, yeni kanunda alacaklılara itiraz hakkı tanınmamış, fakat alacaklarını teminat altına almaya yönelik bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

Kanunun alacaklıların menfaatine hizmet eden düzenlemelerine değinmeden önce, devralan şirketin külli halef olarak alacaklılara karşı sorumlu olduğunu belirtmek gerekir. Birleşme, alacaklıların haklarını sona erdiren bir müessese değil, sadece borçlunun kanun gereği değiştiği bir hukuki müessesedir. Alacaklıların korunmasına yönelik düzenlemeler, bu hukuki sonuca ilave bazı tedbirler içermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki 6762 sayılı kanuna nazaran, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununda alacaklıların konumunun zayıflatıldığı söylenilebilir.

TTK m. 157/2 hükmüne göre, birleşmeye katılan şirketler, alacaklılarına hangi haklara sahip oldukları hususunda 7'şer gün arayla Ticaret Sicili Gazetesinde üç defa yapacakları ilanla ve internet sitelerine koyacakları ilanla bilgi verirler. İlanların yapılacağı tarih hakkında açık bir düzenleme bulunmakla birlikte, birleşmenin kesinleşmesinden önce bunun yapılması gerekmektedir.

Birleşmenin kesinleşmesi tarihinden itibaren alacaklılar üç ay içinde istemde bulundukları takdirde, devralan şirket bu alacakları teminat altına

⁷⁰ Gerek Ticaret Sicili Yönetmeliğinde gerekse Şirketlerde yapı değişikliği ve aynı sermaye konulmasında siciller arası işbirliğine ilişkin tebliğde, sicile kayıtlı mal varlığı unsurlarında gerekli değişikliklerin yapılması için, ticaret sicil müdürlüklerine bildirim yükümlülükleri getirilmiştir.

almakla yükümlüdür (TTK m. 157/1). Teminat verme yükümlülüğü sadece devrolunan şirket alacaklıları için değil, aynı zamanda devralan şirket alacaklıları için de söz konusudur.

Teminat verme yükümlülüğü bulunan devralan şirket, diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması halinde, teminat vermek yerine bu borcu ödeyebilir (TTK m. 157/4). Ödeme devralan şirketin takdirindedir. Ancak diğer alacaklıların zarara uğrama tehlikesi varsa ödeme imkanı bulunmamaktadır. Kanun sisteminden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu birleşmede, başvuran alacaklının menfaatlerini önplanda tutan, durumdan fiilen haberdar olmayan ya da ilgisiz kalan alacaklıların menfaatlerini ikinci plana iten bir çözüme yer vermiştir.

b. Ortakların Sorumlulukları Açısından Hükümleri

Devrolunan şirketin borçlarından dolayı birleşmeden önce sorumlu olan ortakların durumu hakkında kanunda özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam eder. Şu şartla ki, bu borçlar birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunmalıdır (TTK m. 158/1). Farklı bir esasa yer verilmediğinden hükmün, zamanaşımı dışında sorumluluğun mahiyeti ve tahakkuk esaslarına, özellikle ikinci derece sorumluluğu bulunan ortakların sorumluluk derecelerine etki etmediği, yani sorumluluklarını birinci dereceye çıkarmadığı kabul edilmelidir⁷¹.

Devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama, devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz(TTK m. 158/2).

TTK m. 158/3 hükmüne göre, kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam eder; yeter ki izahname başka bir düzenleme içermesin. Anılan madde gerekçesinde, İsviçre Birleşme Kanunu'nun 26/3'üncü maddesinin hukukumuzda uygulama alanı olmadığı için Türk Ticaret Kanununa alınmadığı belirtilmektedir⁷². Ancak İsviçre Birleşme Kanunu'nun 26'ncı maddesinin üçüncü fıkrası kısmen, Türk

⁷¹ Kırca, s. 76; von der Crone ua. § 2, Rn. 412

⁷² Gerekçe s. 123

Ticaret Kanunu'na alınmadığı belirtilen TTK m. 158/3'e tekabül etmektedir⁷³. Kanun gerekçesi de nazara alındığında, kamuya arz edilmiş tahvil ve diğer borç senetlerinden ortakların sorumluluğuna ilişkin hüküm yasaya sehven alınmıştır ve uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır⁷⁴.

c. İş İlişkileri Açısından Hükümleri

Devrolunan şirket çalışanlarının hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, bu kişilerin hukuki durumlarıyla ilgili özel düzenlemelere yasada yer verilmiştir. TTK m. 158/4 hükmü uyarınca birleşme iş ilişkileri hakkında, bölünme iş ilişkilerini düzenleyen TTK m. 178 hükmü uygulanacaktır⁷⁵.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret şirketlerinde yapı değişikliği ve birleşmeye ilişkin düzenlemelerine, büyük ölçüde İsviçre Birleşme Kanunu düzenlemeleri kaynaklık etmektedir. Yoğun bir çalışma neticesinde ortaya çıkan kanun metni, genel sistemi etkileyecek nitelikte olmasa da, çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Bu kapsamda;

Türk Ticaret Kanunu'nun, ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin düzenlemeleri, genel norm ve üst norm özelliğine sahip olmalarına rağmen (TTK m. 134/2), özellikle Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin, yapı değişikliğinde uygulanmayacağının açıkça hükme bağlandığı özel kanunlar bakımından, özel kanunun amacına göre değerlendirme yapılması ve yorumda özel kanunun önceliği ilkesinin üstün tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Ticaret şirketlerinde yapı değişikliğine ilişkin olarak kavramlara ilişkin yasal düzenlemede (TTK m. 135) sehven yer verilmeyen kavramlara ilişkin eksikliğin giderilmesi yararlı olacaktır.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, birleşme sözleşmesinin yönetim organı tarafından imzalanmasını öngören yasal düzenlemenin (TTK m. 145), doğrudan dış ilişki, yani temsil yetkisi ile ilgili olması ve kanun gerekçesinde,

⁷³ İsviçre Birleşme Kanununun 26. maddesinin üçüncü fıkrası Türk Ticaret Kanununa kısmen alınmış olup, kanuna alınmayan kısımda “*Borçlar Kanununun tahvillerde alacaklılar birliğine ilişkin 1157 ve devamı maddeleri saklıdır*” hükmü yer almaktadır.

⁷⁴ Benzer yönde bkz. Kendigelen, s. 121 vd.; Coştan, Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması, Batider, Haziran 2008, C. XXIV, Sa. 3, (s. 403-431), s. 422; Al Kılıç, s. 156; Meha kanunun 26/3. maddesinden alınan hüküm, şirketin değil, ortakların borçlanma senetlerinden hukuki sorumluluğunu düzenlemektedir ve özellikle 3 yıllık zamanaşımı süresinin, bu borçlar için uygulanmaması sonucuna hizmet etmektedir.

⁷⁵ Daha ziyade iş hukukunu ilgilendiren bu sorun için bkz. Alp, Mustafa; Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş ilişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum, Y. 2012/1, Sa. 32, (s. 51-74), s. 51 vd.

kanun metninden farklı bir sonucun öngörülmesi karşısında, madde metninin gerekçeye uygun şekilde değiştirilmesi isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Birleşmede, özel haklar veren menkul kıymet sahipleri için eşdeğerli hakların tanınması gereği, birleşmeye ilişkin TTK düzenlemelerinin dolaylı da olsa kaynağını teşkil eden Avrupa Topluluğu'nun 78/855/EEC sayılı yönergesinin 15. maddesinde vurgulanmaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanununun birleşmede hakların dağılımına ilişkin düzenlemeleri, ticaret şirketi ile çeşitli şekilde hukuki ilişki tesis edenlerden bir kısmının menfaatlerini göz önünde bulundurmasına rağmen, özellikle kara iştirak hakkı bulunan bazı menkul kıymet sahipleri ve diğer bazı menkul kıymet sahiplerinin haklarıyla ilgili açık düzenleme içermemektedir. Belirtilen eksikliğin, kanun koyucu tarafından menfaatler dengesine uygun şekilde çözümü, birleşme sürecinde doğabilecek önemli sorunları bertaraf edebilecektir.

Birleşme sözleşmesinin genel kurul tarafından onanması, birleşme sürecinin önemli bir aşamasıdır. Sözleşmenin ayrılma akçesi öngörmesi halinde TTK m. 151/5 hükmü ağır bir nisapla sözleşmenin onanması zorunluluğuna yer vermiştir. Ayrılma akçesinin iki türünün bulunmasına ve maddenin kaynağı olan İsviçre Birleşme Kanununda sadece zorunlu ayrılma akçesi öngörülmesi halinde bu nisabın uygulanacağı hükme bağlanmasına rağmen, Türk Ticaret Kanununda böyle bir ayırım yapılmaması, menfaatler dengesine uymamaktadır.

Birleşmeye katılan şirketlerin, inceleme hakkına konu belgeleri, merkezleri ve şubelerinde genel kurul karar tarihinden önceki 30 gün içinde incelemeye açmakla yükümlü olmasına ilişkin yasal düzenleme (TTK m. 149/1), lafzı itibarıyla karardan önceki son günde belgelerin incelemeye açılmasına ve ilgililerin inceleme hakkının kısıtlanmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir.

Önemli değişikliklerde müteaddit defalar genel kurula bilgi verilmesine ilişkin düzenlemenin, mehzaz İsviçre Birleşme Kanununun parlamento görüşmeleri aşamasında terk edilmesi, fakat Türk hukukunda benimsenmiş olması tenkide açık bir diğer yöndür.

Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, asgari ortak sayısı yanı sıra, kurucuların niteliğine ilişkin hükmün uygulama dışı bırakılmamış olması da eleştiriye açıktır. Zira mevcut sisteme göre örneğin, kurucusunun tüzel kişi olması mümkün bulunmayan kollektif şirketin, tüzel kişi tarafından kurulabilmesine olanak sağlanmaktadır. Ortakların sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 158/3 gerekçesinde, bu hükmün hukukumuzda uygulama kabiliyeti bulunmamasından bahsedilmesine rağmen, yasa metnine anılan hükmün dahil edilmesi eleştiriye açıktır.

LİMİTED ŞİRKETLERDE ÇIKMAYA KATILMA

Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL*

ÖZET

Çıkmaya katılma müessesesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununu ile birlikte mevzuata dâhil olmuştur. Müessesenin başlıca ihdas ediliş amacı olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun gerekçesinde eşit işlem ilkesi olarak gösterilmiştir. Aynı zamanda körü niyetli çıkma taleplerini etkisiz hâle getirebilecek ve şirket varlığını koruyacak bir müessese olarak da işlev görmesi beklenmektedir.

Düzenlemeye göre, ortaklardan biri şirket sözleşmesindeki hükme dayanarak çıkma istediği veya haklı sebeplerden dolayı çıkma davası açtığı takdirde, müdür veya müdürler gecikmeksizin diğer ortakları bundan haberdar ederler. Bu bildirimle çıkma işleminden haberdar olan diğer ortaklar, şirket sözleşmesindeki sebebe dayanarak veya açacakları bir dava ile çıkmaya katılabilirler ve esas sermaye payları ile orantılı olarak eşit işlem ilkesine göre muamele görürler.

Anahtar Kelimeler: Şirketler Hukuku, Limited şirket, Çıkma, Çıkmaya Katılma, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu.

FOLLOW-UP RESIGNATION IN LIMITED LIABILITY COPMANIES

ABSTRACT

Follow-up resignation is a new concept that come into question with The Turkish Commercial Code no:6102. The purpose of the law explained at the justifications of the no: 6102 is the principal equal treatment. Also it can be asserted that the follow-up resignation protects the company from the abuse of the resignation right and assests loss.

According to the law, a company member files an action for leave to resign for good cause or a company member tenders his resignation based on a right of resignation under the articles of association, the managing directors must notify the other company members without delay. If other company members within three months of receipt of such notice file an action for leave to resign for good cause or exercise a right of resignation under the articles of association, all departing company members must be treated equally in proportion to the nominal value of their capital contributions.

Keywords: Company law, limited liability company, Resignation, Follow-up Resignation, The Turkish Commercial Code no:6102.

* Araştırma Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

I. Giriş

“Limited Şirketlerde Çıkmaya Katılma” başlıklı bu çalışmada, “Çıkmaya Katılma” kenar başlığı altındaki, çıkmaya katılma müessesesini ihdas eden 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 639’uncu maddesi incelenecektir.

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, hazırlandığı dönem itibariyle oldukça modern ve işlevsel bir kanun olarak 1957 yılından bu yana Türk ticaret ve iktisat hayatına yön vermiş, içtihatları, uygulama alışkanlıkları, öğreti kaynaklı müesseseleriyle ciddi bir hukuk hafızası oluşturmuştur. Bununla birlikte çağın akışı ve zamanın getirdikleri, bu başarılı kanunun icra ettiği vazifeyi noktalamasını kaçınılmaz kılmıştır.

Bununla birlikte, iktisadi küreselleşme ve Türkiye’nin uluslararası piyasaların aktörü olma çabası iktisadi liberalizme uyumlu bir ticaret kanunu yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bu çabanın en ciddi somut tezahürlerinden biri, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun kabulü ve bu kabulde birlikte, şirketler hukuku sahasında gerçekleşmiştir. İşte “çıkmaya katılma” müessesesi de, ilk defa 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile mevzuata dâhil olmuştur.

Şirketin söz konusu olabilmesi için, kural olarak bir sözleşmenin varlığı şarttır¹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 620’nci maddesinin adı şirketler için yapmış olduğu tanım, mahiyetleri nispetinde diğer şirket türleri için de geçerli olabilecek genel nitelikli bir tanımdır².

Şirket sözleşmesi de, şahsına münhasır hâller dışında borçlar hukukunun genel teorisi içinde yer alır³. Kural olarak özel hukuk sözleşmelerinde irade serbestisi esastır. İrade serbestisinin tezahürlerinden biri, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüdür⁴. Şüphesiz ki sözleşmeyi yapma noktasında serbest olan irade, kural olarak sözleşmeyi sonlandırmakta da aynı şekilde serbesttir⁵.

Şirket sözleşmelerinde de, diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, bazen ortağın, bazen de şirketin âli menfaatleri gereği şirket ile ortaklar

¹ **TEKİL**, 22; **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, 21; **KARAYALÇIN**, 56; **PULAŞLI**, § 1 N. 7; **SAYMEN/ELBİR**, 9.

² “*TBK m. 620/I: Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*”. Limited şirketler açısından bu tanım, emeğin limited şirkete sermaye olarak getirilememesi ve şirketin tek ortaklı olabilmesi noktasında farklılık arz eder. Bu noktada tek ortaklı şirketleri yapılan açıklamalardan müstesna tutmak gerekir.

³ **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, 23; **MİMAROĞLU**, 40; **İNAN**, 17.

⁴ **KILIÇOĞLU**, 73; **SEYMEN/ELBİR**, 132; **ÖNEN**, 40.

⁵ **KILIÇOĞLU**, 77.

arasındaki hukuki ilişkiyi sonlandırmak gerekir. Bununla birlikte, şirketler hukukunda şirketi ayakta tutmak ve iktisadi hayatta devamlılığını sağlamak da, temel bir ilke olarak karşımızdadır. Bu noktada karşılıklı menfaatlerin gerçekleştirilmesi, ortağın şirketten ayrılarak şirketin varlığına devam etmesi ile mümkün olabilir. Bu ayrılma hâllerinden biri de, ortağın şirketten çıkmak suretiyle ortaklık sıfatını yitirmesidir. Bir başka ifade ile limited şirketlerde, sözleşme veya kanunla ortağa çıkma hakkı tanınmasının altında yatan iki temel düşünce, sözleşme serbestisi ve şirket varlığının devam ettirilmesidir.

Çıkma katılma müessesesi de esasında, bu temel düşüncelerle şekillenmiş, ortağın çıkma hakkı kapsamında açılmış bir parantezdir. Yukarıdaki kısaca değinilen teorik altyapı, çıkma katılma müessesesi için de büyük ölçü de geçerlidir.

Çıkma katılma müessesinin (*Anschlusstritt*) kaynağı İsviçre mevzuatıdır (OR Art. 822a). Mehaz İsviçre kanunundan iktibas edilmek suretiyle de TTK m. 639’da düzenlenmiştir. Hükme göre; ortaklardan birinin şirket sözleşmesinde yer alan bir sebebe istinaden çıkmak istediği veya haklı sebeplerden dolayı çıkma davası açtığı hâllerde, diğer ortaklardan biri veya birden fazlası, aynı, benzer veya farklı sebeplerin kendileri için de geçerli olduğundan bahisle çıkma katılma talebinde bulunabilecekler veya çıkma davasına katılabileceklerdir.

II. Müessesenin İhdas Edilme Amacı

Çıkma katılma müessesinin düzenlenme amacını incelerken, bu düzenlemenin ilgililer için ne getirdiği; sağladığı haklar ve güvencelerin ne olduğuna değinilmelidir. İlgililerden kasıt, çıkma talep eden veya bu yönde dava açan ortak, diğer ortaklar – ki bu ortaklar çıkma katılma hakkına sahip olan ortaklardır – ve şirket tüzel kişiliğidir.

Çıkma müessesinin özü, bir ortağın şirket ilişkisi içinde bulunmasının bundan böyle kendisinden beklenemeyeceği, bunun da dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ölçütüncü teyit gördüğü hâllerde, birlikteliğin sonlandırılması esasına dayalıdır. Çıkma müessesesi her ne kadar, sıkıntılı bir birlikteliğin sonlandırılması gibi rahatlatıcı bir işleve de sahip olsa, kötüye kullanılması hâlinde arda kalan şirketin veya diğer ortakların ciddi şekilde zarar görmesi ihtimalini de beraberinde getirir.

Bir limited şirket ortağının kötü niyetle çıkma talebinde bulunması muhtemeldir. Böyle bir çıkma talebinin amacı, gidişatı iyi görünmeyen bir

yapının muhtemel ticari risklerine uğramadan önce kurtulmak olabileceği gibi, şirketten haksız bir menfaat elde etmek de olabilir. Yine bunun gibi çıkma arzusundaki ortağın bu talebinin gerçekleşmesi, şirketi ciddi maddi sıkıntılara sokabilecek nitelikte olabilir.

Nihayetinde çıkmaya bağlı olarak ödenecek olan ayrılma akçesinin kaynağı da şirket malvarlığıdır. Kanun, ayrılma akçesinin öncelikle kullanılabilir özkaynaklardan sağlanacağı belirtmekle birlikte (TTK m. 642/I), yeterli kaynak mevcut değilse sermaye azaltılmasından belirli şirket varlıklarının satılmasına kadar giden bir dizi uygulama şirket için söz konusu olabilir⁶. Bu gelişmeler de, şirket varlığının ve dolayısıyla mali gücünün azalması sonucunu beraberinde getirecektir.

Bir ortağın çıkma talebine bağlı olarak diğer ortaklar için öngörülmuş olan çıkmaya katılma hakkı, bir açıdan eşit işlem ilkesi ile de ilişkilidir. Hatta kanun koyucu, gerekçesinde yalnızca bu husus üzerinde durmuştur⁷. Benzer şekilde İsviçre kanun koyucusu da, diğer ortaklara çıkmaya katılma hakkı tanınmasını öncelikle eşit işlem ilkesinin bir gereği olarak ifade etmiştir⁸. Bununla birlikte, böyle bir müessesenin mevzuata dâhil olmasından önce de, bir ortağın şirket sözleşmesinde kayıtlı bir sebep veya haklı bir sebebe bağlı olarak çıkma talebinde bulunması hâlinde, bu talepten bağımsız olarak bu sebeplerin kendileri için de geçerli olduğu inancında olan diğer ortaklar da bir dava veya bildirimle çıkma hakkına sahiplerdi (6762 Sayılı TTK m. 551). Çıkmaya katılma hakkı ile birlikte, esasa dayalı köklü bir yenilikten ziyade, hâlihazırda var olan bir hakkın usul ekonomisi gözetilerek, bürokrasiden arınmış ve çözüme daha kolay ulaşılabilecek bir tarzda düzenlenmesi amaçlanmıştır. Yeni düzenleme ile birlikte, özellikle çıkma talebinin dava konusu olduğu hâllerde, çıkmaya katılma hakkının kullanılabilmesi ile uyuşmazlığın bir bütün olarak ve daha hızlı şekilde çözülmesi mümkün olabilecektir.

Çıkmaya katılma müessesesi, aynı zamanda çıkma talep eden ortak ile diğer ortaklar arasındaki muhtemel uyuşmazlıklarda, diğer ortaklara çıkmaya katılma hakkının tanınmış olması, bu ortakların pazarlık etme güçlerini artıracak ve masaya eşit silahlarla oturmalarını sağlayacaktır⁹. Çıkma talebinde bulunan ortağın özellikle kötü niyetli talepleri karşısında, diğer

⁶ **TEKİNALP**, *Çıkmaya Katılma*, 2.

⁷ TTK m. 639 gerekçesi.

⁸ **BOTSCHAFT** 2001, 3221.

⁹ **TEKİNALP**, *Çıkmaya Katılma*, 3.

ortaklar şirketin feshine kadar gidecek bir süreci başlatarak bu talebi etkisiz hâle getirebileceklerdir.

Çıkma katılma, genel olarak şirketin işleyişini rahatlatan bir müessesedir. Bu noktada ortaya çıkan işlevi de, şirket nezdinde veya ortaklar arasında çıkabilecek sorunları ve tıkanıklıkları açabilecek olmasıdır. Sözleşmede yer alan sebep veya haklı bir sebeple bir ortağın çıkma talep etmesi durumunda, bu sebeplerin kendileri için geçerli olduğu diğer ortaklar akabinde çıkma talep edecekler veya bir süre daha şirket ile olan ilişkilerini ayakta tutmaya çalışacaklardır. Her ortağın kendi şartları içinde yaşayacağı bu çelişki, şirket ilişkisini yıpratacak, belki de şirketin veya ortakların zarar etmesine yol açacaktır. İşte bu hâlde çıkma ve çıkmaya katılma talebi ile başlayan süreç, her ortağı şirket ile olan ilişkisi hakkında genel bir muhasebe yapmaya itecek, belki de tarafları zarar etmekten veya yargı nezdinde karşı karşıya gelmekten kurtaracaktır¹⁰.

III. Çıkma Katılmanın Gerçekleşmesi

Çıkma katılma, yenilik doğuran bir hak olarak, kurucu etkiyi haizdir ve kabule bağlı değildir¹¹. Kanun tarafından limited şirket ortaklarına bahsedilen haklı sebeple çıkma hakkı, mutlak ve vazgeçilmez bir niteliğe sahiptir, esas sözleşmeyle bu hakkın kullanılmasının sınırlandırılması veya tamamen kaldırılması mümkün değildir¹². Bunun gibi, çıkmaya katılma hakkı sınırlandırılmaz, şarta bağlanamaz veya kaldırılmaz¹³. Ancak çıkmaya katılma hakkının bu niteliği, haklı sebeple çıkma hakkının sınırlandırılmaz ve vazgeçilemez oluşuyla ilgilidir. Çıkma hakkına ilişkin olarak, TTK m. 577/I-k hükmünde, şirket sözleşmesinde yer alması kaydıyla çıkma hakkının tanınması ve bu hakkın kullanılmasının şartlarına ilişkin hükümlerin bağlayıcı olacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm, çıkma hakkının şirket sözleşmesi ile sınırlandırılıp düzenlenebileceği (haklı sebeple çıkma hakkı müstesna) anlamına gelmektedir. Dolayısıyla çıkmaya katılma hakkı da, ancak bu sınırlamalar ve düzenlemeler kapsamında söz konusu olabilecektir. Kısacası, çıkmaya katılma hakkının sınırlarını, çıkma hakkının sınırları oluşturmaktadır,

¹⁰ Benzer şekilde şirketin içinde bulunduğu finansal durum açısından çıkmanın mümkün olduğunca hızlı sonuçlanması bir avantaj olarak değerlendirilebilir. Bkz. 6102 sayılı TTK m. 639 gerekçesi ve **BOTSCHAFT** 2001, 3221.

¹¹ **TEKİNALP**, *Yeni Limited Ortaklıklar*, § 21 N. 42.

¹² **BAŞTUĞ**, 42'den **Werner Meier**, Austritt aus der GmbH gemäss Art. 822 OR. Diessertation, 195 Zürich, 67.

¹³ **TEKİNALP**, *Yeni Limited Ortaklıklar*, § 21 N. 42.

bu da müessesenin ihdas edilmesindeki esas düşüncelerden olan eşit işlem ilkesinin bir yansımasıdır.

Çıkma katılmak için, usul açısından geçerli bir çıkma talebinin daha öncesinde gerçekleşmiş olması gerekir. Çıkma iradesinin, çıkmak isteyen ortağın bizzat veya yetkili temsilcisi tarafından, şayet öngörülmüşse şirket sözleşmesindeki şekil şartına uygun olarak şirket tüzel kişiliğini temsilen şirket müdürlerine yöneltilmiş olması geçerli bir çıkma talebi sayılır. Bununla birlikte, haklı sebebe dayanarak mahkemede bir çıkma davasının açılması da çıkmaya katılmanın gündeme gelmesi için şeklen yeterlidir.

A. Çıkma Talebi veya Davasının Diğer Ortaklara Bildirilmesi

Çıkma katılma, ancak dava veya şirkete bildirim yoluyla ortaya konmuş bir çıkma iradesinin akabinde söz konusu olabilir. Bu ise ancak çıkma talebinin diğer ortaklar tarafından öğrenilmesi ile mümkün olabilir.

Ortaklardan birinin şirket sözleşmesindeki bir hükme veya haklı bir sebebe dayanarak çıkmayı talep etmesi durumunda, müdür veya müdürler gecikmeksizin bu durumdan diğer ortakları haberdar edeceklerdir (TTK m. 639/I). Kanun, müdürlerin diğer ortakları haberdar edeceğini açıkça hükme bağlamıştır; ancak bunun dışında konuyla ilgili herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bildirim, diğer ortakların çıkmaya katılma hakkına ilişkin gerekli ve yeterli olan tüm hususları içerecek şekilde gerçekleştirilmelidir¹⁴. Bildirim sadece bir ortağın çıkma talebini değil, gerekçesini de içermelidir.

Kanun'da müdür veya müdürlerin diğer ortaklara yapacağı bildirimin hangi sürede yapılacağına ilişkin olarak belirli bir süre belirlenmemiş, bu bildirimin "gecikmeksizin" yapılacağı öngörülmüştür. Bununla kastedilen, bildirimin derhal ve dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği ilk fırsatta yapılmasıdır.

Bununla birlikte bu bildirimin şekline ilişkin Kanun'da bir kayıt yoktur. Bu bildirimin yapılıp yapılmadığı noktasındaki ispat sorunu son derece önemlidir, çünkü bu bildirimle birlikte çıkmaya katılmak için öngörülmüş olan süre, diğer ortaklar hakkında işlemeye başlamaktadır¹⁵. Kanun'da öngörülmemesine rağmen müdürler tarafından yapılacak bildirimin ispatı kolaylaştıracak şekilde yapılması yerinde olur, bu taahhütlü mektupla olabileceği gibi noter vasıtasıyla da olabilir. Aksi hâlde müdür veya müdürler

¹⁴ PFENNIGER, 1858.

¹⁵ TEKİNALP, *Çıkmaya Katılma*, 6.

gerekli bildirimini yaptıklarını ispat etmek durumunda kalacaklardır. Bununla birlikte çıkma talebi bir haklı sebebe dayanıyorsa veya şirket sözleşmesinde yer alan bir hüküm gereği talebin genel kurulda görüşülmesi gerekiyorsa, diğer ortaklar en geç genel kurul toplantısında bilgi sahibi olacaklardır. Bu şekilde bir öğrenme, yapılması gereken bildirimin sonuçlarını doğurur.

Diğer ortakların müdürler tarafından haberdar edilmeden çıkma prosedürü işler ve sonuçlanırsa ne olacaktır? *Tekinalp*'e göre; bir ortağın çıkma talebi, diğer ortakların bildirilmeden gerçekleşirse, bu çıkma işlemi, Kanun'un emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiği için (kesin hükümsüz) batıl kabul edilecektir¹⁶. Bununla birlikte, bir başka görüşe göre, bir çıkma talebinin diğer ortaklara bildirilmeden sonuçlandırılması hâlinde, çıkma işleminin butlana tabi olduğu düşüncesi, ortaklık sıfatında uzun süreli belirsizlikler yaratacaktır, bu nedenledir ki öncelikle gerçekleşen çıkma işleminin değil de, diğer ortak veya ortakların çıkmaya katılma talebinin reddedilmesi sonucunu doğuran işlem butlan müeyyidesine tabi olmalıdır¹⁷. Bununla birlikte, kanaatimizce bir genel kurul kararı ile bildirim olmaksızın çıkma işlemi sonuçlanmışsa, kanunen çıkmaya katılma hakkı bulunan diğer ortak veya ortakların yapacağı bir çıkmaya katılma bildirimini sonuç doğuracaktır. Öncelikle gerçekleşen çıkma talebinin sonuçlanmış olması, çıkmaya katılma müessesesinin devreye girmesine engel teşkil etmeyecektir. Şayet, müdür veya müdürlerin kanunen şart olan bu bildirim yapmaması nedeniyle çıkmaya katılma hakkı olan ortak veya ortaklar zarara uğramış ise, bunların sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁸.

Açılmış olan çıkma davasına ise, kesin hüküm verilinceye kadar her aşamada katılmak mümkündür. Bununla birlikte bildirim olmaksızın, mahkeme çıkmaya hükmederse ne olacaktır? *Tekinalp*, haklı sebeple çıkmaya ilişkin bir mahkeme kararında, haberdar edilmemiş olmanın bir bozma sebebi olacağını ifade etmektedir¹⁹. Bir anlamda, bildirimin bir dava şartı olduğu ileri sürülmektedir (HMK m. 114/II ve 371/I-b). Bildirimin bir dava şartı olarak kabulü hâlinde dahi, HMK m. 115/II hükmüne göre bu dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün olur²⁰. Buna göre, bir çıkma davasının açılması

¹⁶ **TEKİNALP**, *Yeni Limited Ortaklıklar*, § 21 N. 42. Müellife göre, TTK m. 639, TTK m. 579'a göre emredici bir düzenlemedir. Emredici düzenlemelerde aykırılığın müeyyidesi ise, TBK m. 27/I'e göre kesin hükümsüzlüktür.

¹⁷ Bkz. **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, 769, dn. 561.

¹⁸ **PFENNIGER**, 1858; **YILDIRIM**, 168; **TEKİNALP**, *Çıkmaya Katılma*, 6.

¹⁹ **TEKİNALP**, *Çıkmaya Katılma*, 6.

²⁰ **KARSLI**, 466; **YILMAZ**, 770.

hâlinde, mahkeme diğer ortaklara bildirim yapıp yapılmadığını davanın her aşamasında gözetecektir, müdürlere veya davacı ortağa bildirimde bulunması için süre verecektir. Bildirimin müdürler tarafından gerçekleştirilmemesi ihtimaline karşı, davacı ortak da bildirimde bulunabilecek, bu bağlamda diğer ortaklar için bildirimin sonuçlarını doğuracak olan öğrenme olgusu gerçekleşecektir. Bununla birlikte, kanaatimce bu hususun bir dava şartı olarak kabulü, Türk Ticaret Kanunu'nun lafzına rağmen mümkün değildir. Muhtemel bir uyuşmalık hakkında, davalı tarafın (yetkili organlarının) yapacağı bildirimin davacının haklı davasına ilişkin bir bozma sebebi olarak kabulü menfaatler dengesine uymamaktadır. Bunun bir dava şartı olarak kabulü, kötü niyetli şirket müdürlerinin, haklı bir çıkma talebi olan ortağın bu talebini bertaraf etmelerine veya geciktirmelerine fırsat tanır ki, şüphesiz bu da Kanun'un gözettiği amaca uzaktır.

B. Çıkma Katılma İradesinin Ortaya Çıkışı

Limited şirket ortakları, bir ortağın çıkma arzusunu ortaya koyduğu bildirim veya davayı müteakip, müdürler tarafından haberdar edilir. Haberdar olmanın ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı, müdür veya müdürlerin yapacağı bildirimin şekline bağlıdır. Çıkma hususu, genel kurulda görüşülmüşse, genel kurula katılmış ortakların genel kurul tarihinde bu hususu öğrendikleri kabul edilebilir. Şayet bildirimin müdürler tarafından gerçekleştirildiği veya ortağın bu hususu bir başka şekilde öğrendiği ispat edilemezse, çıkma katılma arzusundaki ortağın çıkma bildiriminde veya çıkma davasına katılma talebinde bulunduğu anda haberdar olduğu varsayılmalıdır.

Müdür veya müdürlerin, bir ortağın çıkma talebinden diğer ortakları haberdar ettikleri andan itibaren bir ay içinde bu ortaklar tarafından da çıkma katılma talebi ileri sürülebilir (TTK m. 639/II). Bir aylık bu süre hak düşürücü niteliktedir ve sürenin geçirilmesi hâlinde çıkma katılma hakkı kullanılamaz²¹. Ancak bu süre geçmiş olsa da, diğer ortaklar, şirket sözleşmesinde kayıtlı veya haklı sebeplerle bağımsız olarak çıkma talebinde bulunabilir²². Bir başka deyişle, bir aylık süre içinde çıkma katılma hakkının kullanılmaması, öncelikle çıkan ortakla aynı sebepten dahi olsa bir başka ortağın bağımsız bir çıkma talep etme hakkını engellemez.

Tüm ortakların çıkma katılma talebinde bulunması, dolaylı olarak şirketin feshi iradesini yansıtır. Bu irade şayet şirket sözleşmesindeki bir hükümden dolayı çıkma hakkının kullanılmasıyla ilgiliyse, öngörülen sebep

²¹ ALTAŞ, 185.

²² BİLGİLİ/DEMİRKAPI, 769.

tüm ortaklar için geçerliyse fesih gerçekleşir²³. Ancak haklı sebeple çıkma davasına katılma şeklinde tezahür eden çıkmaya katılma iradesinde durum biraz farklıdır. Bu hâlde, her ortak için haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca incelenmeli, haklı sebebin kendisi için gerçekleşmediğine kanaat getirilen ortakların talebi mahkemece reddedilmelidir. Her ne kadar şirketin feshi, yani sona ermesi bir genel kurul kararını gerektirir ise de, tüm ortakların haklı sebeple çıkmaya katılma talep etmesi yukarıda olduğu gibi dolaylı bir fesih iradesini yansıtır ve mahkeme kararı ile şirketin sonlandırılması mümkün olur. Bu, hukuk muhakemesindeki talebe bağlılık ilkesi ile bağdaşmıyor gibi görünse de, ortaksız ve sermayesiz bir şirketin mevcudiyeti mümkün olmadığından şirketin sona ermesine karar verilmelidir.

1. Ortağın Şirket Sözleşmesinde Öngörülen Haklı Sebebin Kendisi Yönünden de Geçerli Olduğunu İleri Sürmesi

Şirket sözleşmesindeki bir hükme istinaden bir ortağın çıkma talebinde bulunması hâlinde, şirket sözleşmesindeki sebebin kendisi yönünden de geçerli olduğunu düşünen ortaklar çıkmaya katılmayı talep edebilirler.

Çıkmaya katılmayı düzenleyen hükmün birinci fıkrasında “*ortakların şirket sözleşmesindeki bir hükme dayanabileceği*”, ikinci fıkrasında ise “*şirket sözleşmesinde öngörülen haklı sebeplerin kendileri için geçerli olduğu*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu noktada, çıkmaya katılma hakkının doğması için şirket sözleşmesinde yer alan hükmün bir haklı sebep niteliğinde olması gerektiği anlaşılabılır. Ancak şirket sözleşmesinde bir çıkma sebebi öngörülmüşse, bu ortakların o sebebi çıkmak için haklı bir sebep olarak kabul ettiğini gösterir. Şirket sözleşmesindeki bu kabul iradesi, söz konusu sebeplerin haklı sebep olup olmadığının ne genel kurul ne de mahkeme tarafından incelenmesine, ne de bunların haklı bir sebep teşkil etmediğinde karar kılmalarına izin verir²⁴.

Kanun’da, bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülmüş olan bir hükme istinaden çıkma talep etmesi durumunda, çıkmaya katılmak isteyen ortak veya ortakların şirket sözleşmesindeki bir başka çıkma sebebine istinaden çıkmaya katılmayı talep edip edemeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hükmün gerekçesinde, bu hususun yargı ve öğreti tarafından tartışılacağını, katı bir çözüm yolu benimsenmesinden bilerek kaçınıldığı ifade edilmiştir²⁵.

²³ TEKİNALP, *Çıkmaya Katılma*, 7.

²⁴ TEKİNALP, *Çıkmaya Katılma*, 5. Nitekim buradaki “*haklı sebep*” ifadesini “*çıkma sebebi*” olarak anlamak gerektiği yönünde bkz. KENDİGELEN, 490, dn. 115.

²⁵ TTK m. 639 gerekçesi.

Öğretide *Tekinalp*, çıkmaya katılmak isteyen ortak veya ortakların aynı sebebe dayanmak zorunda olmadıklarını, şirket sözleşmesinde yer alan bir başka sebebe istinaden de çıkmaya katılmayı talep edebileceklerini belirtmiştir²⁶. Her ne kadar Kanun gerekçesi bu hususun açıklanmasında öğreti ve yargıyı işaret etmişse de, Kanun'un böylesine önemli bir hususu açıklamaktan kaçınması, arzu ettiği çözümü işaret etmemesi anlaşılabilir değildir.

Bununla birlikte, şirket sözleşmesinde çıkma hakkına ilişkin olarak “*haklı sebepler*” ve “*diğer sebepler*” ya da “*çıkma sebepleri*” gibi farklı kategorilere yer verilmişse, çıkmaya katılmak için aynı kategoride bir sebebe istinaden talebin gerçekleştirilmesi gerektiği öğretice savunulmaktadır²⁷. Farklı kategoriler arasında neden bu şekilde bir ayırım yapılması gerektiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Sistematiği olarak kategorilere ayrılmamış fakat muhtevası ve niteliği birbirinden çok farklı çıkma sebepleri söz konusu olabileceği gibi, kategorilere ayrılmış fakat birbirine çok benzer sebepler de söz konusu olabilir. Çıkma sebeplerinin kategorilere ayrılması, sadece bir tercih meselesidir.

Bununla birlikte, çıkma hakkı, şirket sözleşmesi ile sadece belirli bazı ortaklara tanınmışsa, çıkmaya katılma hakkı her ortak tarafından kullanılabilir midir? Veya şirket sözleşmesindeki böyle bir kayıt, çıkmaya katılma hakkını tamamen bertaraf mı edecektir?

Bu sorun karşısında, *PULAŞLI*, çıkmaya katılma hakkının Kanun'da düzenlenmesi ile birlikte, artık şirket sözleşmesinde çıkma hakkının bir özel hak olarak gösterilemeyeceği fikrini savunmaktadır²⁸. Ancak limited şirket sözleşmesiyle ortağa çıkma hakkı verilen hâller, ortağın kişisel durumuyla ilgili olabilir. Bu durumun içeriği ise, mali ve idari nitelikli olabileceği gibi, insani nitelikte de olabilir.

Kural olarak, kişisel bir sebepten çıkmak isteyen ortağın durumu, diğer ortakları etkilemiyorsa çıkmaya katılma hakkı söz konusu olmaz²⁹. Diğer ortakları etkilemeyen bu kişisel sebebin, şirket sözleşmesinde yer alması da her zaman mümkündür. Bu bağlamda, çıkma hakkının kişisel bir takım sebeplere bağlı olarak düzenlenmesi mümkündür ve bu hâlde çıkmaya katılma hakkı kullanılamayacaktır. Ancak diğer ortaklar tarafından bu husus eşit işlem

²⁶ *PULAŞLI*, § 61 N. 123; Aynı yönde *TEKİNALP*, *Çıkmaya Katılma*, 5.

²⁷ *TEKİNALP*, *Çıkmaya Katılma*, 5.

²⁸ *PULAŞLI*, § 61 N. 109.

²⁹ *KARAHAN/ÇEKER*, 819; *PULAŞLI*, § 61 N. 123.

ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle uyuşmazlık konusu edilebilir, bu noktada somut olayın şartlarına göre nihai kararı mahkeme verecektir.

2. Ortağın Dava Yolu ile Haklı Sebeple Çıkma Davasına Katılması

Limited şirket ortakları, şirket sözleşmesinde yer alsın veya almasın, herhangi bir haklı sebebin varlığı hâlinde şirketten çıkmak için dava açabilirler (TTK m. 638/II). Diğer ortaklar da, TTK m. 639/II-a gereği açacakları bir çıkma davası ile çıkmaya katılabilirler.

a. Çıkma Davası ile Çıkmaya Katılma Arasındaki İlişki

Maddi hukuk bağlamında ayrıntılı bir şekilde olmasa da, çıkma davası ile çıkmaya katılma davası TTK m. 639'da birbiriyle açıkça ilişkilendirilmiştir. Ancak bu ilişkinin usul hukukundaki tezahürüne açıkça yer verilmemiştir.

i. Maddi Hukuk Açısından

Türk Ticaret Kanunu m. 639/II-b hükmünde, haklı sebeplerin varlığı hâlinde diğer ortakların çıkmaya katılma talebinde bulunabilecekleri ifade edilmiştir.

Çıkmaya katılma talep edecek ortağın, hangi haklı sebebe dayanması gerektiği karşısında Kanun katı bir çözüm yolu benimsemekten kaçınmıştır. Şirket sözleşmesinde yer alan bir sebebe istinaden çıkma talebi ve buna bağlı olarak gerçekleşen çıkmaya katılma talebinde, çıkma arzusundakilerin aynı sebebe dayanmasının zorunlu olmadığına öğretide kabul gördüğü daha önce ifade edilmişti.

Aynı yaklaşımın çıkmaya katılmanın bir dava yolu ile sürüleceği bu hâlde de benimsenmesinde bir beis yoktur. Üstelik TTK m. 639/II-b'nin "*haklı sebepler dolayısıyla çıkma davasına katılmak*" ifadesi ile çıkmaya katılmayı arzu eden ortağın bir başka haklı sebebe istinaden bu talebini ortaya koymasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır³⁰.

Bununla birlikte öğretide ve yargıyı meşgul edecek sorun şudur: Kronolojik olarak daha önce açılmış bulunan çıkma davasının sonucu, çıkmaya katılma davasına ne derece etkili olacaktır?

Çıkma davasının davacı ortak lehine sonuçlanması hâlinde herhangi bir tereddüt olmaksızın, çıkmaya katılma davası görülmeye devam edecektir. Çıkmaya katılma arzusundaki ortağın nezdinde çıkmak için gerekli veya yeterli haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği incelenerek hükme

³⁰ PULAŞLI, § 61 N. 123.

varılacaktır. Teorik olarak, çıkma davasının kabul edilip, çıkmaya katılma davasının reddedilmesi mümkündür.

Uygulama karşılaşılabilecek asıl sorun, çıkma davasının reddedilmesi durumunda çıkmaya katılma davasının akıbetinin ne olacağıdır. Öğretide *Tekinalp*, doğrudan bu soruna değinmemişse de, önce açılmış bulunan çıkma davasından feragat edilmesi hâlinde çıkmaya katılma talebinin de düşeceğini ifade etmiştir³¹. Buradan yola çıkarak bir bakıma çıkma davasının reddedilmesi durumunda çıkmaya katılma davasının düşeceği şeklinde bir yorum yaparak, çıkmaya katılma davasının akıbetini doğrudan çıkma davasına bağlamak mümkün olabilir.

Çıkmaya katılma talebinde bulunacak ortağın, çıkma talebinde bulunan ortakla aynı haklı sebebe dayanmak zorunda olmadığı daha önce ifade edilmişti. Bu noktada çıkma talebinde bulunan ortaktan tamamen farklı bir haklı sebebe istinaden çıkmaya katılma talebinde bulunan ortağın talebini reddetmek veya bu talebin düşmesi makul bir çözüm değildir. Böyle bir çözümün benimsenmesi, sebebi tamamen farklı olan davaların kaderini mutlak surette birleştirmek anlamına gelir ki, bu da gerçekten vuku bulmuş ve ortaklık ilişkisinin sürdürülmesini imkânsız kılan bir haklı sebebe istinaden çıkmaya katılma davası açan ortağın davasının reddedilmesi ve buna bağlı olarak haklarının zayı olması ihtimalini beraberinde getirir.

Çıkma davasının reddedilmesi hâlinde çıkmaya katılma talebinin de düşmesi veya reddedilmesi gerektiğini benimsemek, çıkmaya katılma müessesesinin felsefesine de aykırı olacaktır. Tamamen haklı olmasına rağmen çıkmaya katılma davasında talebi reddedilen ve düşürülen ortak, davanın adını değiştirerek yani bir çıkma davası açarak sorunu tekrar mahkeme önüne taşıyabilecek midir? Bu soruya hayır cevabını vermek, usul hukukunun ilkeleriyle bağdaşmaz. Çünkü bir davada verilecek hüküm, tarafları ve dava sebebi ayrı bir başka uyuşmazlığın mahkeme önüne götürülmesini engelleyecek bir kesin hüküm olarak kabul edilemez³². Şayet verilecek cevap evet ise, beraberinde usul ekonomisi ilkesine aykırı, uyuşmazlığı uzatacak ve tarafların enerjisini tüketerek yıpratacak bir çözüm yolu benimsenmiş olur ki, bu da ne müessesenin ne de Kanun'un amacına uygun düşer.

Bu durumda ortaya konulabilecek makul çözüm, çıkmaya katılma davasının devam ettirilerek sonuçlandırılmasıdır. Çıkma ve çıkmaya katılma davası öncesinde birleştirilmiş ise, davalar ayrılarak çıkmaya katılma davası

³¹ **TEKİNALP**, *Çıkmaya Katılma*, 6.

³² Kesin hüküm hakkında bkz. **YILMAZ**, 1301 vd.

ayrı bir çıkma davası gibi yürütülerek, şayet davacı ortak haklı ise onun lehine sonuçlandırılmalıdır.

ii. Usul Hukuku Açısından

Çıkma davasına katılmak açılacak bir dava ile mümkündür. Ancak terimde yer alan “*katılma*” ifadesi, medeni usul hukuku bağlamında davaya katılma müessesesini çağrıştırabilir. Ancak bu noktada açılacak davada medeni usul hukuku bağlamında bir davaya katılmadan bahsetmek mümkün değildir. Şöyle ki;

6100 Sayılı HMK’da davaya katılma hususu “*fer’i müdahale*” ve “*asli müdahale*” şeklinde ikili bir ayrıma tutularak ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. HMK m. 65’de düzenlenen “*asli müdahale*”, bir yargılamamanın konusunu teşkil eden hak veya şey üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia eden bir üçüncü kişinin yargılamamanın taraflarına karşı ayrı bir dava açmasıdır³³. Bu hâlde ilk davanın tarafları mecburi dava arkadaşlığı içindedir³⁴. “*Fer’i müdahale*” ise, bir kişinin kendi menfaati dolayısıyla taraf olmadığı bir davada taraflardan birine yardım etmek amacıyla yargılamaya katılması³⁵ olarak tanımlanabilir ve HMK m. 67 ve devamında hükümleri ihdas edilmiştir.

Asli müdahalenin ayırıcı özellikleri, müdahale edenin dava konusu üzerinde hak sahibi olması ve birinci davanın iki tarafını davalı olarak göstermesidir. Oysa çıkmaya katılmak için açılacak davada, davalı taraf yalnızca limited şirket tüzel kişiliğidir, çıkmaya katılma talep eden ortağın çıkma davası açan ortakla arasında bir husumet söz konusu değildir. Bununla birlikte çıkmaya katılma talebinde bulunanın, dava konusu bir hak üzerinde üçüncü kişi olarak, ilk davanın taraflarının aleyhine bir hak iddiası yoktur. Çıkmaya katılma talebinde bulunanın her ne kadar haklı sebebin varlığına ilişkin limited şirket ile arasında bir uyuşmazlık varsa da, çıkma davasını açan ortakla arasında bir uyuşmazlık yoktur. Her ikisi için de çıkma hakkının varlığı kabul edilebilir.

Bununla birlikte, çıkmaya katılma talebinde bulunanın fer’i müdahil olarak çıkmaya katılma iradesini ortaya koyması da mümkün değildir. Çünkü çıkmaya katılma talep eden ortak, ne şirket ne de çıkma davası açan ortağın yanında yardımcı olarak davaya katılmak istemektedir. Ne de yargılama sonucunda ortaya bir rücu ilişkisi çıkacaktır. Çıkmaya katılma talebinde

³³ UMAR, 225; YILMAZ, 600.

³⁴ YILMAZ, 601.

³⁵ KARSLI, 357; YILMAZ, 606.

bulunan ortağın nezdinde, haklı sebeplerin ayrıca doğmuş olması davanın kabulü için şarttır.

Sonuç olarak her ne kadar TTK m. 639/II-b’de ortağın haklı sebeplerle açacağı bir dava ile çıkma davasına katılacağı ifade edilmişse de, buradaki katılma medeni usul hukuku bağlamındaki müdahaleden farklıdır.

Usul hukuk açısından, yargılama sürecinde iki talep arasında farklı şekillerde bağlantı kurulabilir.

Çıkmaya katılma davasına bakan mahkeme, haklı bir sebebin var olup olmadığı noktasında çıkma davasına bakan mahkemenin kararını bir bekletici sorun olarak kabul edebilir mi? Bu tür bir bekletme, HMK m. 165’de ihdas edilen bekletici sorun tanımına aykırı değildir. Ancak öğretide, mahkemenin bir hususu bekletici sorun olarak kabul etmesi için ilgili sorunun mahkemenin çözüm yetkisi kapsamı dışında olması, mahkemenin bu sorunu çözmek için kendini yetkili görmemesi gerektiği belirtilmiştir³⁶. Bununla birlikte, hâlin ve usul ekonomisi ilkesinin gereğine göre diğer mahkemenin kararını bekleme yoluna da gidilebilir³⁷. Böyle bir usul, çıkmaya katılma davasında da izlenebilir. Ancak bu usul, 6762 Sayılı Kanun’a göre, açılmış bulunan iki çıkma davası için de söz konusu olabilir. Bir başka deyişle, çıkmaya katılma müessesesinin amaçlarına hizmet edecek bir usul hukuku uygulaması değildir. Düzenleme ile arzulanan hız, tahkikat kolaylığı ve usul ekonomisinin, bekletici sorun uygulaması ile sağlanması mümkün değildir.

Çıkmaya katılma davasına bakan mahkeme, HMK m. 166’ya göre çıkmaya katılma davası ile çıkma davasının birleştirilmesine karar verebilir. Davaların aynı veya benzer sebeplerden kaynaklanması, aralarında bağlantı bulunduğunun kabulü anlamına gelir ve birleştirme kararı verilmesini mümkün kılar³⁸. Mahkeme bu kararı re’sen verebileceği gibi, davalı şirket veya davacı ortağın talebi üzerinde verebilir. Birleştirme kararını ancak çıkmaya katılma davasına bakan mahkeme verebilir. Dolayısıyla ikinci dava olan çıkmaya katılma davasının tarafı olmayan çıkma talebinde bulunan ortak, böyle bir talepte bulunamaz. İki davanın birleştirilerek görülmesi, usul ekonomisi ilkesine uygun bir usul olup, zaman ve enerjiyi idareli kullanmanın gereği olacaktır³⁹. Birleştirilmiş davada, taraflar ve ileri sürdükleri talepler ayrı ayrı

³⁶ HMK m. 165 gerekçesi.

³⁷ UMAR, 459.

³⁸ POSTACIOĞLU, 106; Benzer şekilde bkz. PFENNIGER, 1859.

³⁹ POSTACIOĞLU, 105.

değerlendirilir ancak tahkikat aşaması birlikte yürütülür⁴⁰. Aynı zamanda birleştirilmiş davalarda, aynı durum için farklı kararların çıkması çoğunlukla söz konusu olmaz⁴¹, bu da eşit işlem ilkesinin gerçekleşmesine hizmet eder.

Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükmünün HMK'ya nispeten özel bir kanun olduğu göz önünde bulundurulduğunda, TTK m. 639'da ihdas edilen çıkmaya katılmanın kendine özgü bir usul hukuku uygulaması olduğu ifade edilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen, bekletici sorun ve davaların birleştirilmesi müesseselerinin çıkmaya katılma davasında uygulanması mümkünse de, çıkmaya katılmanın ayrı bir usul izlenerek görülmesi de mümkündür. Bununla birlikte müesseseden beklenen fayda nasıl gerçekleşecektir?

Bekletici sorun uygulaması, Kanun'un amacına uygun bir çözüm getirmez. Hız ve usul ekonomisi ihtiyacı, birlikte tahkikatı daha makul kıldığından, çıkmaya katılma davasının görülmesi için çıkma davasının sonucunu beklemek süreci uzatacaktır. Çıkmaya katılma davasının tek başına yeni bir katılma usulü getirdiği düşüncesi ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda karşılığı olmayan yepyeni bir uygulamaya sebebiyet verecektir ki; bu da yeni bir sorun ve belirsizlik alanı ortaya çıkaracaktır.

Hükmün amacı ele alındığında, en makul uygulamanın davaların birleştirilmesi olduğu anlaşılabacaktır. Bununla birlikte, 6102 Sayılı Kanun'dan önce de davaların birleştirilmesi imkânı söz konusuydu. Bu bağlamda, hükmün getireceği somut fayda ne olacaktır?

Öncelikle bu hüküm, hâkime çıkma ve çıkmaya katılma davasını birleştirme yükümlülüğü yüklemiş olabilir mi? Kural olarak, birleştirme talep üzerine veya ihtiyari olarak karar verilir. Ancak Türk Ticaret Kanunu m. 39'un lafzından böyle bir zorunluluk anlaşılmamaktadır. Şayet böyle bir zorunluluk anlaşılsaydı, hükmün çıkma ve çıkmaya katılma davasının birleştirilerek aynı tahkikat içinde görülmesi gerektiğini amaçladığı ifade edilebilirdi.

Davaların birleştirilebilmesi için, iki dava arasında bağlantı olması şarttır (HMK m. 166/I). Bir limited şirkette, iki ortağın ayrı ayrı çıkma davası açmaları hâlinde, bu davalar arasında her hâl ve şartta bağlantı bulunduğu söylenebilir mi? Şüphesiz ki bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, bağlantının varlığı için, davaların aynı veya benzer sebeplerden

⁴⁰ KARSILI, 724.

⁴¹ YILMAZ, 933.

doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması gerekir. Açılmış bulunan iki ayrı çıkma davasının sebepleri çok farklı olabileceği gibi, sonuçları açısından birbirini etkileyecek nitelikte olmayabilir de.

Bu noktada, açılmış bulunan bir çıkma davasına açılacak bir başka dava ile katılma talebinde bulunulmasına ilişkin hüküm, bir usul hukuku hükmü niteliğinde olup, açılmış bu iki dava arasında bir bağlantı kurmaktadır. Bir anlamda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun davaların birleştirilmesi için aradığı bağlantı şartı, bu hükümle sağlanmakta, ilk açılan çıkma davasından sonraki tarihte açılacak diğer çıkma davaları çıkmaya katılma davası olarak adlandırılarak bu davaların birleştirilmesi noktasında hâkime geniş bir yetki tanımaktadır.

Burada davaların birleştirilmesine ilişkin kanuni bir zorunluluk yoktur ancak birleştirmenin şartlarından olan bağlantı Kanun tarafından kurulmuştur ve müesseseni amacına en uygun çözüm de davaların birleştirilerek görülmektedir.

Çıkmaya katılma talebinde bulunmak için, talebin sahibi ortak ayrı bir dava açmak zorundadır. Bu dava, çıkma davasına bir müdahale niteliğinde olmayıp tamamen ayrı ve bağımsız bir davadır. Bu davada, davalı olarak şirket tüzel kişiliği gösterilecektir. Çıkmaya katılma talep edenin, bu davanın davacısı olarak, dava sonucunda verilen karar sadece kendi şahsında doğacaktır. Buna bağlı olarak da davacılar tarafından ayrı ayrı temyiz edilebileceklerdir.

IV. Sonuç

Çıkmaya katılma müessesesi, milli mevzuata 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte dâhil olmuştur. Mevzuat İsviçre Kanunu'nda olduğu gibi, Türk kanun koyucusu da, müessesenin ihdas edilme gerekçesi olarak öncelikle eşit işlem ilkesini işaret etmiştir. Bunun gibi, kötü niyetli çıkma girişimlerinin etkisiz hâle getirilmesi, ayrılma akçesi ödemek suretiyle şirket varlığının azalması gibi olumsuzlukların da bu yolla bertaraf edilebileceği ifade edilmektedir.

Çıkmaya katılma hakkı, açılacak bir dava ile daha önce açılmış bulunan bir haklı sebeple çıkma davasına katılma niteliğindeyse sınırlandırılması ve kaldırılması söz konusu değildir. Ancak şirket sözleşmesinde belirtilen bir sebebe istinaden gerçekleşecek bir çıkma işlemine katılma söz konusuysa, çıkmaya katılma hakkı şirket sözleşmesi ve çıkma hakkıyla sınırlandırılmış demektir.

Çıkmaya katılmanın söz konusu olabilmesi için, daha önceden ortaklardan birinin çıkmak istediğinin diğer ortaklar tarafından öğrenilmesi gerekir ki, bu noktada TTK müdür veya müdürleri görevlendirmiş, bunların gecikmeksizin bu durumdan diğer ortakları haberdar edeceklerini ifade etmiştir (TTK m. 639/I). “*gecikmeksizin*” ifadesinden anlaşılması gereken, bildirimin derhal ve dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği ilk fırsatta yapılmasıdır. İspat kolaylığı açısından da, bu bildirimin taahhütlü mektup veya noter vasıtasıyla yapılması yerinde olacaktır. Bildirim gerçekleşmeden çıkma işleminin gerçekleşmesi, diğer ortakların çıkma işlemini öğrendikleri tarihten itibaren bir ay içinde gerçekleştirecekleri çıkmaya katılma bildirimlerini etkilemeyecektir; açılmış ve hükme bağlanmış bir çıkma davası açısından ise bir bozma sebebi teşkil etmeyecek, diğer ortaklar da bu hususu öğrenme ile birlikte mahkemeye başvurabileceklerdir ve hâsıl olan maddi zararlar açısından bildirimi gerçekleştirmeyen müdür veya müdürlerin sorumluluğuna gidebileceklerdir.

Şirket sözleşmesindeki bir hükme istinaden çıkmaya katılmak isteyen ortak veya ortakların aynı sebebe dayanmak zorunda olmadıklarını, şirket sözleşmesinde yer alan bir başka sebebe istinaden de çıkmaya katılmayı talep edebileceklerinin yanı sıra, şirket sözleşmesinde farklı kategorilere yer verilmişse, çıkmaya katılmak için aynı kategoride bir sebebe istinaden talebin gerçekleştirilmesi gerektiği öğreti tarafından ileri sürülmüştür. Ancak kanaatimizce, farklı kategoriler arasında neden böyle bir ayırım yapılması gerektiği yeterince anlaşılamamaktadır.

Ortağın açacağı bir dava ile haklı sebeple çıkma davası hususunda ise, başlıca soru işareti, önceden açılmış bulunan çıkma davasının sonucunun, çıkmaya katılma davasına ne derece etkili olacağı hakkındadır. Hem usul ekonomisinin bir gereği olarak, hem de farklı haklı sebeplerle açılmış davaların kaderi birleştirmemek adına, çıkma davası reddedilmiş olsa dahi çıkmaya katılma davasının görülmesine devam edilmelidir. Bununla birlikte, usul hukukuna ilişkin bir takım sorular da akla gelmektedir.

Kanun’un 639’uncu maddesinin lafzına göre, çıkmaya katılma müessesesi usul hukukunun klasik müesseseleriyle örtüşmemektedir. “*Katılma*” ifadesi, davaya müdahil olmayı akla getirse de, hem davaya müdahalenin farklı bir müessese oluşu, hem de TTK m. 639’da açılacak ayrı bir davadan bahsediliyor olması, “*katılma*” ifadesinin “*davaya müdahale*”den farklı olduğuna işaret etmektedir. Çıkma davası ile çıkmaya katılma davası arasındaki bağlantı, davaların birleştirilmesi veya bekletici sorun müessesesi ile sağlanabilir. Bu müesseselere başvurmaksızın, çıkmaya katılma davasının,

HMK’da göre özel kanun niteliğindeki TTK’da öngörülen özel bir usul hukuku hükmü olarak görülmesi ve bu hükmün davaların birleştirilmesi için gerekli olan bağlantıyı sağladığı ve davaların birleştirilmesi yoluyla görülmesi gerektiği ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

ALTAŞ, Soner: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketler, Ankara 2011.

BAŞTUĞ, İrfan: Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966.

BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan; Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2013.

BOTSCHAFT zur Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister-und Firmenrecht), vom 19.12.2001.

İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I. Cilt, Ankara 1971.

KARAHAN, SAMİ (EDİTÖR), Şirketler Hukuku, Konya 2012.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1973.

KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.

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

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara 2012.

MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku II. Cilt, Ankara 1972.

ÖNEN, Turgut: Borçlar Hukuku, Ankara 1990.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010.

PFENNIGER, Markus: OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Herausgebers: **Kostkiewicz/ Nobel/ Schwander/ Wolf**), Auflage 2, Zürich 2009.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2011.

POSTACIOĞLU, İlhan E. “Davaların Birleştirilmesi”, Makaleler ve Karar İncelemeleri (*İstanbul Barosu Dergisi S. 12, 1956, s. 359-366*).

SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halit Kemal: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler I. Cilt, İstanbul 1958.

TEKİL, Fahiman: Şirketler Hukuku I. Cilt, Adi Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1974.

TEKİNALP, Ünal: “Çıkmaya Katılma”, Arslanlı Bilim Arşivi, (erişim 23.02.2012), <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/UnalTekinalpCikmayaKatilma.pdf> (*Çıkmaya Katılma*)

TEKİNALP, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, 2. Bası, İstanbul 2012, (*Yeni Limited Ortaklıklar*).

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

YILDIRIM, Ali Haydar: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir 2008.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

BOŞ

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 1470. ve 1471. MADDELERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER*

M. Barış GÜNAY**

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1470. maddesine göre menfaat sahibinin değişmesi halinde, aksine sözleşme yoksa, sigorta ilişkisi sona ermektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1303, 1458 ve 1459. maddelerine karşılık gelen 1470. madde, sigorta uygulamaları ile uyum halindedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1471. maddesi ise yeni bir hükümdür. Bu maddeye göre sigorta ettirenin, hasarın saptanmasından önce, hasar konusu yerde ve malda değişiklik yapması istisnalar haricinde yasaklanmıştır. Hüküm, gerçek zararın tespitini sağlamak amacıyla getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta Hukuku, Menfaat Sahibinin Değişmesi, Zarar Gören Mal ve Zararın Gerçekleştiği Yerde Değişiklik.

COMMENTS ON THE ARTICLE 1470 AND 1471 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE (LAW NO. 6102)

ABSTRACT

According to article 1470 of the Turkish Commercial Code (Law No. 6102), unless agreed otherwise, insurance contract terminates if there is a change in the owner of the insurable interest. Article 1470 which corresponds to articles 1303, 1458 and 1459 of the repealed Turkish Commercial Code (Law No. 6762), is in line with the insurance practises. On the other hand, article 1471 of the Turkish Commercial Code is a new provision which prohibits any change in the damaged property and the place where the damage has occurred. This provision aims to remove the obstacles that will prevent to ascertain the real damage.

Keywords: Insurance Law, Change in the Owner of the Insurable Interest, Change in the Damaged Property and its Place.

* Bu makale 7 Aralık 2012 tarihinde Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Mal Sigortaları” başlıklı Sempozyumda sunulmuş olan tebliğin genişletilmiş hali olup, başka herhangi bir yerde yayımlanmamıştır.

** Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) ile birlikte sigorta hukuku kitabında önemli değişiklikler yapılmıştır¹. Türk sigortacılık sektörünün güçlendirilmesi ile çağın gereklerine uygun modern düzenlemeler getirmeyi hedefleyen TTK’da sigortacılar tarafından kabul görmüş hükümler korunurken, uygulamadaki sorunların çözümü için yeni hükümler sevk edilmiş ya da mevcut hükümler değişikliğe uğramıştır². Bu bağlamda sigortalı malın sahibinin değişmesine ilişkin hüküm değişikliğe uğrarken, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (“ETTK”) karşılığı bulunmayan “zarar gören mal ve zararın gerçekleştiği yerde değişiklik yapmama” başlığı altında yeni bir hüküm ihdas edilmiştir. Bu çalışmada, TTK’nın değişikliğe uğramış 1470. maddesi ile yeni ihdas edilmiş 1471. maddesine ilişkin değerlendirmelerimiz yer almaktadır.

II. SİGORTA EDİLEN MENFAATİN SAHİBİNİN DEĞİŞMESİ (TTK m. 1470)

A. Genel Olarak

TTK’nın 1470. maddesi, ETTK’nın Mal Sigortalarının Umumi Hükümlerinde yer alan “Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi” başlıklı 1303. maddesine karşılık gelmektedir³. ETTK’da aynı konu deniz sigortaları

¹TTK’nın Sigorta Hukuku Kitabına ilişkin hazırlık süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer K., Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca “Zarar Sigortalarına”na Giriş, BATİDER, C.XXVII, Sa.1, s.28 vd. TTK Taslağı hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Kender, R. Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.7-28; Omağ M.K., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler ile Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.29-34; Metezade Z., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım ile İlgili Görüşler (Genel Hükümler), Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.35-51; Karayazgan A., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Zarar Sigortaları Hükümleri Hakkında Genel Bir Bakış, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.52-78; Yazıcıoğlu E., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın “Sigorta Hukuku” Kitabındaki Hükümler Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.79-87; Memiş T., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.88-108; Ünan S., Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın “Sigorta Hukuku” Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.109-196; Uluğ İ., Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Zarar Sigortaları, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.197-214; Ayli A., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukuku’nu Düzenleyen Altıncı Kitabının Genel Hükümlere Ayrılmış Birinci Kısımına İlişkin Bir Değerlendirme, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.215-237.

² Genel Gerekçe, No. 205, s.64-65. TTK’nın Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri için bkz. [<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>]

³ Konu ile ilgili geniş kapsamlı bilgi için bkz. Öztan F., Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine

yönünden ise Denizcilik Rizikosuna Karşı Sigortaların Çeşitli Hükümlerinde yer alan “Sigorta Edilen Şeyin Temlik” başlıklı 1458. ve 1459. maddesinde düzenlenmekteydi. TTK’nın 1470. maddesi ile birlikte ETTK m.1303, 1458 ve 1459. maddeler de mevcut olan kurallar gerekçedeki ifadesiyle, “tamamıyla tersine çevrilmiştir”. ETTK m.1303, 1458 ve 1459 gereğince sigorta edilen malın sahibi değişirse sigortadan doğan hak ve borçlar yeni malike intikal etmekteydi. Ancak TTK m.1470 gereğince menfaat sahibinin değişmesi halinde, aksine sözleşme yoksa sigorta ilişkisi⁴ sona ermektedir.

B. Uygulama Alanı

ETTK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde 1303. maddenin sorumluluk sigortalarına da uygulanıp uygulanamayacağı konusu tartışmalı idi⁵. Bu tartışma TTK ile birlikte sona ermiştir: Öncelikle ifade etmek gerekir ki 1470. madde TTK’nın mal sigortalarına ilişkin özel hükümleri arasında yer almaktadır. TTK’nın 1485. maddesinde sorumluluk sigortalarına uygulanacak hükümler açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede sorumluluk sigortalarına TTK’nın 1473 ila 1485. maddeleri, ayrıca TTK’nın 1401 ila 1452. maddeleri arasında düzenlenmiş genel hükümler, TTK’nın 1454. ve 1458. maddeleri, 1466. maddenin birinci fıkrası ile 1471. madde de uygulanır. Görüldüğü üzere, TTK m.1470, sorumluluk sigortalarına uygulanacak hükümler arasında sayılmamıştır.

C. Hükümün Kaynakları

1. 6762 Sayılı ETTK Bakımından

1926 tarihli Ticaret Kanun ile 1929 tarihli deniz ticaretine ilişkin hükümler getiren 1440 sayılı Kanun’un farklı kaynaklardan alınması

Göre Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi, Ankara 1971; Sayhan İ., Sigorta Sözleşmelerinin Konusu, Ankara 2001, s. 138 vd.; Ayrıca bkz. Arseven H., Sigorta Hukuku, İstanbul 1987, s. 143-153; Bozer A., Sigorta Hukuku, Ankara 1965, s. 245-247; Atabek R., Sigorta Hukuku, İstanbul 1950, s. 224-235.

⁴ Kender, madde de geçen “sigorta ilişkisi” ifadesinin “sigorta sözleşmesi” olarak düzeltilmesinin uygun olacağı görüşündedir (Kender, Taslak, s.25).

⁵ Şenocak K., Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.1 (2009), s.209 vd.; Hızır S., Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muh-telif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği, Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 22, Sayı 86; Ocak-Şubat 2010, s. 302-305; Arseven, s.146; Öztan, s.64-65. Kender, Möller’e dayandırdığı görüşünde 1303. maddenin bütün aktif sigortalarına uygulanması gerektiğini belirtmiştir (Kender R., Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2008, s.181; Möller, s. 45).

sebebiyle kara ve deniz rizikolarına karşı sigortalar arasında ilgili hüküm bakımından uyumsuzluk vardı⁶. 6762 sayılı ETTK'nın 1303, 1458 ve 1459. maddeleri 1926 tarihli Ticaret Kanunu ve 1929 tarihli 1440 sayılı Kanun'dan dil bakımından farklılık haricinde aynen alınmıştır. Ancak bu uyumsuzluk ETTK'da kanun koyucunun gerekli dikkati göstermemesi yüzünden⁷ ya da ETTK'nın gerekçesinde ifade edildiği üzere; “çok yakında bir sigorta kodu yapılacağı bu sebeple sigorta hakkındaki mevcut düzenlemenin sadece bazı rötuşlara tabi tutulmasıyla yetinilmesi”⁸ sebebiyle ETTK'ya da yansımıştır.

ETTK m.1303'ün ilk fıkrası 29 Mayıs 1926 yılında kabul edilmiş olan Ticaret Kanunu'nun 973. maddesinden alınmıştır⁹. 1926 tarihli TTK'nın 973. maddesinin de Belçika Ticaret Kanunu'ndan örnek alınmış olabileceği ifade edilmiştir¹⁰. ETTK m.1458 ise 13 Mayıs 1929 tarihli 1440 sayılı Kanun'un 1440. maddesinden alınmıştır. Bu madde ise 1861 yılında yayınlanan Alman Umumi Ticaret Kanunu (“Allegemeines Deutsches Handelsgesetzbuch”) ile 30 Mayıs 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndan (“Gesetz über den Versicherungsvertrag”) alınmıştır¹¹. Yine ETTK m.1459, 13 Mayıs 1929 tarihli 1440 sayılı Kanun'un 1441. maddesinden alınmış olup, kaynağı 1861 yılında yayınlanan Alman Umumi Ticaret Kanunu'nun 905. maddesidir¹².

2. 6102 Sayılı TTK Bakımından

TTK'nın gerekçesinde 1470. maddenin kaynağına ilişkin herhangi bir bilgi yoktur. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 95. maddesinde ise ETTK m.1303'teki kuralın halen geçerliliğini koruduğu görülmektedir. Dolayısıyla değişiklik sigorta hukuku kitabının ana kaynağı olan¹³ Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndan alınmış değildir. Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere kanun koyucunun, uygulama ile kanun hükmünün uyumlaştırılması amacıyla getirmiş olduğu bir düzenlemedir.

⁶ Öztan, s.10.

⁷ Öztan, s.11.

⁸ Genel Gerekçe, No. 204, s.64.

⁹ Atamer K., Tosun Y., “Sigorta Hukuku”na İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları (Deniz Sigortaları Hariç), Sigorta Hukuku Dergisi, 2005, Sayı 1, s.150.

¹⁰ 11 Haziran 1874 tarihli Kanun ile Belçika Ticaret Kanunu'na eklenen onuncu fasıl m.30 f.2; Atamer/Tosun, s.139 ve s.150.

¹¹ ETTK m.1458'in fıkralarının kaynaklarına ilişkin bkz. Atamer K., “Deniz Sigortaları”na İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları, Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 329.

¹² Atamer, Kaynaklar, s.329.

¹³ Genel Gerekçe, No.204, s.64.

TTK’nın sigorta hukukuna ilişkin genel gerekçesinde, sigorta hukuku kitabının kaynakları arasında Anglo-Sakson uygulamaları yer almaktadır¹⁴. Bu açıdan konunun İngiliz hukukundaki düzenlenme şekline değinmek gerekir. İngiliz hukukunda sigorta sözleşmesinin konusu olan malın devri halinde sigorta sözleşmesi devredilmiş kabul edilmez¹⁵. Ayrıca 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigortası Kanunu’nun (*Marine Insurance Act 1906*) 15. maddesinde menfaatin devrine ilişkin bir hüküm mevcuttur¹⁶. Bu hükme göre, sigorta konusu malın devri halinde, taraflar arasında açık ya da zımni bir anlaşma yoksa sigorta sözleşmesinden doğan haklar devredilmiş sayılmaz. Dolayısıyla sigorta konusu malın satımı halinde sigorta poliçesi kendiliğinden malı satın alan kişiye geçmemektedir¹⁷. Ayrıca tekne sigortasına ilişkin İngiliz poliçelerinde de konuya ilişkin maddeler mevcuttur. 1982, 1995 ve 2003 yılında revize edilmiş olan ve uygulamada sıklıkla kullanılan Enstitü Tekne Kızları (*Institute Hull Clauses- “IHC”*) gemi malikinin değişmesi durumuna ilişkin şartlar içermektedir. Örneğin 2003 tarihli Uluslararası Tekne Kızları m. 14.1 gereğince aksine yazılı sözleşme yoksa geminin malikinin değişmesi ile beraber sigorta sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Ancak eğer gemi yüklü ise ve yükleme limanından ayrılmışsa boşaltma limanına ulaşınca kadar ya da denizde safralı bir gemi söz konusu ise varma limanına ulaşınca kadar sözleşmenin sona erme anı ertelenebilir¹⁸. Dolayısıyla TTK m.1470 ile kabul edilen kural İngiliz uygulaması ile paralellik arz etmektedir.

D. TTK ile Getirilen Değişikliklerin Muhtemel Nedenleri

1. ETTK m.1303 ile m.1458 ve m.1459 Arasındaki Uyumsuzluk

ETTK’da kara ve deniz sigortalarındaki ilgili hükümler arasında tam bir uyum söz konusu değildi. ETTK m.1458 ve m.1459’da, ilgili kural 1303. maddeye göre daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişti. Öncelikle kuralın uygulanması bakımından sigorta konusu malın ne şekilde intikal edeceğine

¹⁴ Genel Gerekçe, No.204, s.64.

¹⁵ Birds J., *Birds’ Modern Insurance Law*, Londra 2010, s.195 vd.

¹⁶ 15. *Assignment of Interest*. *Where the assured assigns or otherwise parts with his interest in the subject-matter insured, he does not thereby transfer to the assignee his rights under the contract of insurance, unless there be an express or implied agreement with the assignee to that effect. But the provisions of this section do not affect a transmission of interest by operation of law.*

¹⁷ Merkin R., Pilley R., Hjalmarsson J., *Marine Insurance*, (Baatz Y. (Ed.), *Maritime Law*, Londra 2011, s. 513; Bennett H., *The Law of Marine Insurance*, Oxford 1996, s.332 vd.

¹⁸ Ayrıca bkz. IHC 1983 m.4.2; IHC 1995 m.5.2.

ilişkin farklılık vardı¹⁹. Kara sigortalarına ilişkin ETTK m.1303’de “sigorta edilen malın sahibi herhangi bir surette değişmişse” denildiğinden mülkiyetin ne şekilde intikal ettiğinin bir önemi yoktu²⁰. Dolayısıyla kara sigortalarında mülkiyetin aslen, devren, miras yoluyla, cebri icra yoluyla ya da diğer bir yolla intikal etmesi halinde m.1303 uygulama alanı bulmaktaydı²¹. Ancak deniz rizikolarına karşı sigortalarda ETTK m.1458 gereğince, mülkiyetin ancak devren intikali veya cebri icra yoluyla intikali halinde hüküm uygulama alanı bulmaktaydı²².

Bir diğer fark ise maddelerin şumulüne ilişkindi. ETTK’nın 1458. maddesinde sigorta edilen şeyi temlik alan kimsenin herhangi bir ihbar müddeti gözetmeksizin sigorta sözleşmesini feshedebileceği ve bu hakkın 1 ay içerisinde kullanılmaması halinde düşeceği hüküm altına alınmıştı²³.

Diğer farklılık ise hükümlerin niteliğine ilişkindi. ETTK m. 1303. madde tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kuralı olmasına karşın, ETTK m.1264/2 gereğince 1458. madde ve 1459. madde hükümlerine aykırı sözleşme şartları geçersizdi.

Bir diğer önemli husus ise geminin mülkiyetinin devrine ilişkindi. ETTK’nın 1458. maddesinde belirtilen kural gemi payı için de uygulama alanı bulurken (ETTK m.1459) geminin mülkiyetinin devri söz konusu olduğu durumlarda ayrıksı bir düzenleme söz konusuydu. Kanundaki ifadesiyle “gemi sigorta edilmişse”, kuralın uygulanması için geminin yolculuk esnasında temlik edilmesi gerekirdi. Başka bir ifadeyle gemi yolculuk esnasında değil de yolculuk öncesinde ya da sonrasında temlik edilmiş ise sigorta sözleşmesinin sona ereceği kabul edilmekteydi²⁴. Bu ayrık düzenlemenin iki sebebi olduğu söylenebilir: Gemi malikinin kimliği sigortacı için rizikonun gerçekleşmesi noktasında önem arz etmekte iken gemi payının sahibi bu anlamda sigortacı için önem arz etmemektedir²⁵. Bununla beraber geminin seferde iken sigortalatılmasındaki güçlüğü dikkate alan kanun koyucu gemi için bu şekilde bir istisna öngörmüştü²⁶.

¹⁹ Öztan, s.11; Can M., Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2007, s.53.

²⁰ Bozer, s.246.

²¹ Atabek, s. 225; Arseven, s.145; Can, s.53.

²² Arseven, s.151.

²³ Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nun 96. maddesi benzer bir hükmü ihtiva etmektedir.

²⁴ Yazıcıoğlu E., Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 2003, s.109.

²⁵ Yazıcıoğlu, s.109.

²⁶ Öztan, s. 96; Arseven, s.152; Yazıcıoğlu, s.109.

2. Mal Sahibi ya da Menfaat Sahibi

ETTK m.1303'deki sistem tamamen sigortalı malın sahibinin değişmesi durumuna dayanmıştır. Hem ilk fıkrada hem de ikinci fıkrada kullanılan ifadeler ile bu husus açıkça ortaya konmaktadır. İkinci fıkra da sigortacının sigorta priminden dolayı evvelki malike müracaat edebileceği ifade edilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Dolayısıyla hem ETTK m.1303 hem de 1458 ile 1459. maddelerde ele alınan mesele yalnızca mülkiyetin devrine ilişkindir²⁷. Mülkiyetin aynı kişide kaldığı ve fakat mal üzerinde mülkiyet haricindeki sigorta edilmiş bir menfaatin sahibinin değişmesi halinde durumun ne olacağına ilişkin sorun; başka bir ifadeyle kişi bir malın maliki olmadığı halde mal üzerindeki bir menfaatini sigorta ettirmişse ve bu menfaatini başka bir kişiye devretmesi halinde hangi hükmün uygulama alanı bulacağı sorunu ortaya çıkmaktaydı²⁸. Esasen bu sorun daha ziyade teoriktir. Çünkü mal sigortası uygulamasında, sigorta ettirenler çoğu zaman mal üzerindeki mülkiyete ilişkin menfaatlerini sigortalatmaktadırlar. Başkasının sahip olduğu malın sigortalatılması halinde ise ekseriyetle başkası lehine sigortanın hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Fakat bu sorun doktrinde ele alınmıştır. Öztan, ETTK'nın 1303. maddesinde geçen "mal" kavramının ve 1458. maddelerde geçen "şey" kavramının "sigorta menfaatinin bağlı olduğu husus" anlamına geldiğine ve bu kavramların Medeni Kanun bağlamındaki anlamıyla sınırlandırılmasına gerek olmadığına işaret etmiştir. Bu açıdan Öztan, örneğin kiracı tarafından sigorta konusu ev üzerine yapılan sigortanın devredilmesi halinde de sigortanın yeni kiracıya geçeceğini vurgulamıştır²⁹. Bununla beraber, ETTK m.1303 ile 1458'in gerek başlıklarının gerekse içeriğinin ETTK'nın 1263/1, 1269 ve 1339. maddelerindeki temel ilkeye aykırı olduğu keza sigortanın konusunun "menfaat" olduğu³⁰ ve ayrıca 1303. madde de geçen "sigortalı mal" ifadesinin isabetli olmadığı, bu ifadenin yerine "menfaat sahibi" ifadesinin kullanılması gerektiğine işaret edilmiştir³¹.

3. Uygulama ile ETTK'nın Getirdiği Kuralın Çelişmesi

TTK m.1470'in gerekçesinde, ETTK m.1303'te mevcut olan kuralın sigorta uygulamaları ile uyumsuz olduğu ifade edilmiştir³². Sigorta

²⁷ Atamer, Zarar Sigortaları, s.59.

²⁸ Can, s.54.

²⁹ Öztan, s.61.

³⁰ Atamer, Kaynaklar, s. 329.

³¹ Kender, s.181; Ayrıca bkz. Öztan, s.60 vd; Can M., Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara 2012, s.113.

³² Madde Gerekçesi, s.420. TTK madde gerekçeleri için bkz. [http://www2.tbmm.gov.tr/

uygulamalarından maksat, sigorta genel ve özel şartlarıdır. Mal sigortalarına ilişkin genel şartların bazılarında sigorta menfaatinin değişmesi halinde sigorta sözleşmesinin de sona ereceği hüküm altına alınmışken³³, bazılarında ise sözleşmenin devam edeceğine ilişkin hüküm mevcuttur³⁴.

E. TTK ile Getirilen Değişiklik

1. Kara ve Deniz Sigortaları Ayrımına Son Verilmesi

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte kara ve deniz sigortaları farklılığına son verildiğinden deniz sigortalarına ilişkin hükümler (konumuz açısından ETTK m.1458 ve m.1459) kanundan ayıklanmıştır. Başka bir ifadeyle artık deniz rizikolarına ilişkin sigortalar bakımından zarar sigortalarına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır³⁵. Dolayısıyla ETTK m.1458 ve 1459'un yerine TTK m.1470 geçmiştir. Yukarıda da kısaca değinildiği üzere denizcilik rizikolarına ilişkin hükümler olan ETTK m.1458 ve 1459, ETTK m.1303'e göre daha ayrıntılı bir düzenleme getirmekteydi. Daha da önemlisi ETTK m.1303 yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu halde ETTK m.1458 ve 1459. maddelere aykırı sözleşme şartları hükümsüzdü. TTK'ya göre ise, taraflar sözleşme serbestisi ilkesi gereğince konu ile ilgili diledikleri şekilde sözleşme yapabilirler (TTK m.1470). Örneğin ETTK m.1459 gereğince gemi payının temliki halinde sigorta sözleşmesi devam ediyordu. Oysa gemi yolculuk esnasında değil de yolculuktan önce ya da sonra temlik edilirse sözleşme sona eriyordu. Bu durum yani ETTK m. 1459, İngiliz tekne şartlarıyla uyumlu değildi³⁶. Bu sebeple İngiliz tekne şartlarının kullanılması halinde ilgili şartların³⁷ sözleşmeye dâhil edilmemesi gerekiyordu³⁸. TTK'nın

d22/1/1-1138.pdf].

³³ Hırsızlık Sigortası Genel Şartları, m.C.5; Hayvan Hayat Sigortası Genel Şartları, m.7; Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları, m.C.5; Kümes Hayvanları Hayat Sigortaları Genel Şartları, m. 7; Seyahat Araç Destek Sigortası Genel Şartları, m. C.4. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.tsrbs.org.tr/sayfa/genel-sartlar]

³⁴ Yangın Sigortası Genel Şartları, m.C.5; Cam Kırılmasına Karşı Sigorta Genel Şartları, m.7; Elektronik Cihaz Sigortaları Genel Şartları, m.8; İnşaat Sigortası Genel Şartları, m.C.5; Makina Kırılması Sigortası Genel Şartları, m.8; Montaj Sigortaları Genel Şartları, m.8; Sera Sigortası Genel Şartları, m.C.4. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.tsrbs.org.tr/sayfa/genel-sartlar]

³⁵ 6102 Sayılı TTK'nın Tekne Sigortalarına etkilerine ilişkin bkz. Ertan K., Yeni Türk Hukuku'nda Tekne Sigortaları, Sempozyum Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Deniz Sigortaları, İstanbul 2012, s.11-47.

³⁶ Yazıcıoğlu, s. 111.

³⁷ ITCH 1983 m.4.2; ITCH 1995 m.5.2; IHC 2003 m.14.1.

³⁸ Yazıcıoğlu, s.111.

yürürlüğe girmesiyle beraber taraflar için ilgili şartları sözleşmeye dâhil etme imkânı doğmuştur.

2. “Mal Sahibi” Yerine “Menfaat Sahibi”

TTK’nın 1470. maddesinde “mal sahibi” ifadesi yerine “menfaat sahibi” ifadesi kullanılmıştır. Bu konu esasında “malın sahibi değişmeden menfaat sahibi değişebilir mi ?” sorusunu gündeme getirmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekirse TTK m.1470 hükmü ETTK m.1303’e göre daha geniş kapsamlı bir hükümdür. Mal sigortalarında sigortanın konusu para ile ölçülebilir bir menfaattir. TTK m.1453 gereğince rizikonun gerçekleşmemesinde menfaati bulunanlar söz konusu menfaatlerini mal sigortası ile teminat altına alabilirler. Örneğin bir eşya üzerinde sınırlı bir ayni hak sahibi olan bir kişi bu menfaatini istediği rizikolara karşı mal sigortası ile teminat altına alabilir. Mal sigortalarında menfaat ekseriyetle mülkiyet hakkına ilişkin bir menfaattir. Dolayısıyla sınırlı ayni hak sahibi uygulamada kendi menfaatini sigorta ettirmek yerine, malikin eşya üzerindeki mülkiyet hakkını onun adını belirterek sigorta ettirmektedir. Uygulama da çok sık karşılaşılmısa da sınırlı ayni hak sahibinin mal üzerindeki menfaatini mal sigortası ile sigortalatması halinde aksine sözleşme olmadıkça menfaat sahibinin sonradan değişmesi sigorta ilişkisini sona erdirecektir (TTK m.1470). Başka bir ifadeyle sınırlı ayni hak üçüncü kişiye geçtiği zaman, yeni hak sahibi için sigorta sözleşmesi devam etmeyecektir. Bu hususa ilişkin olarak ifade etmeliyiz ki bizim de katıldığımız görüşe göre ETTK m.1303’ün kaleme alınışı hatalı idi. Dolayısıyla bu husus kanun koyucu tarafından doğru bir şekilde tespit edilmiş ve gerekli düzeltme yapılmıştır.

3. Kuralın Tersine Çevrilmesinin Değerlendirilmesi

ETTK’da bulunan sigorta edilen malın sahibinin değişmesi halinde sigorta sözleşmesinin yeni mal sahibine intikal edeceğine ilişkin kuralın bazı açılardan yararlı olduğu söylenebilir³⁹. Şöyle ki eski malikin mal üzerindeki menfaatinin sona ermesi ile sigorta ihtiyacı kalmayacaktır. Ancak bu durum sigortacının aleyhinedir. İlgili kural ile sigorta ilişkisi yeni malike intikal ettiğinden, eski malik sigortacının uğradığı zarara katlanma külfetinden kurtulacaktır. Mülkiyetin yeni malike geçmesi esnasında mal sigortasız kalmayacak ve yeni malik tekrar bir sigorta sözleşmesi yapma masrafından kurtulacaktır⁴⁰. Sigortacı da sözleşmenin devam etmesi suretiyle herhangi

³⁹ Öztan, s.5-6; Atabek, s.225; Arseven, s.144.

⁴⁰ Bozer, s.245.

bir kayba uğramayacak ve sözleşmenin sona ermesi halinde yeni malikin bir başka sigortacı ile sözleşme yapması ihtimalinden kurtulmuş olacaktır⁴¹. Bu sebeplerden dolayı ETTK m.1303, 1458 ve 1459 gereğince sigortalı mal el değiştirse dahi yeni malik ile sigorta sözleşmesinin devam etmesi yolu benimsenmişti⁴².

Sigorta sözleşmesinin yeni malik (menfaat sahibi) ile devam etmesinin olumsuz bazı sonuçları da olabilir. Şöyle ki; yeni menfaat sahibi özel bir nedenden dolayı ya da prim ödemek istemediğinden veya başka bir sigortacı ile sözleşme yapmak istemesinden dolayı⁴³ sigorta sözleşmesinin devam etmesini istemeyebilir. Sigortacı açısından ise yeni menfaat sahibi ile sigorta sözleşmesine devam etmek, somut durumun şartlarına göre, daha riskli olabilir⁴⁴. Örneğin hırsızlık sigortasında olduğu gibi menfaat sahibinin kişisel nitelikleri sözleşmenin kurulmasında etkili olabilir ve bu yüzden sigortacı sözleşmeye devam etmek istemeyebilir⁴⁵.

ETTK’da mevcut olan kural, söz konusu sakıncaları ve uygulama ile çelişmesi nedeniyle terk edilmiştir. Başka bir ifadeyle, gerekçeden anlaşıldığı üzere uygulamadaki durum kanunlaştırılmıştır. Bununla beraber yeni hüküm sigortacıların lehine ve sigorta ettirenlerin aleyhine olması sebebiyle eleştirilmektedir⁴⁶.

F. TTK m.1470’in Prim Ödeme Borcu Bakımından Sonuçları

ETTK m.1303 gereğince sigorta ilişkisi yeni malike geçtiğinden m.1303/2’de sigortacının, sigorta primi borcundan dolayı evvelki malike müracaat edebilmesine imkân tanıyan bir hüküm mevcuttu. Bu durum evvelki malik ile yeni malikin prim borcundan müteselsilen sorumlu olması sonucunu doğurmaktaydı⁴⁷. Aynı husus ETTK m. 1458/1’te açıkça ifade edilmişti. Vadesi gelmemiş olan sigorta primleri için eski malik de sorumlu olacaktır⁴⁸. Buna karşılık eski malikin ödemesi gerekirken ödenmediği primlerden, yeni malikin sorumlu olacağına ilişkin bir hüküm yoktu⁴⁹.

⁴¹ Öztan, s.5; Sayhan, s.140.

⁴² Bozer, s.245.

⁴³ Öztan, s.111.

⁴⁴ Madde Gereği, s.420; Bozer, s.246; Arseven, s.144.

⁴⁵ Bozer, s.246.

⁴⁶ Omağ’a göre “önemli olan, teminatta/sigorta himayesinde devamın sağlanmasıdır. Sona erme istisnadır.” (Omağ, s.33); Ünan, s.157; Karayazgan, s.66.

⁴⁷ Atabek, s.231; Can, s.56.

⁴⁸ Atabek, s.231; Bozer, s.246.

⁴⁹ Bozer, s.247.

TTK m.1470 ise sözleşmenin sona ermesi ile birlikte tamamı ödenmiş primlerin sigortacı tarafından geri ödenmesine ilişkin bir düzenleme ya da ödenmemiş primlerin sigortacıya ödenmesine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Şüphesiz sözleşmenin tarafları yapmış oldukları sözleşmede bu hususa ilişkin bir düzenleme getirebilirler⁵⁰. Ancak sözleşmede prim borcuna ilişkin herhangi bir şart yoksa kanaatimizce primlerin tamamı ödenmiş ise bu durumda sigorta ilişkisinin sona erdiği tarihe kadar geçen sürenin primi hesaplanarak fazlasının eski menfaat sahibine ödenmesi gerekir⁵¹. Primler ödenmemiş ise sigorta ilişkisinin sona erdiği tarihe kadar geçen sürenin primini hesaplanarak ödenmeyen kısım dolayısıyla eski menfaat sahibi sorumlu tutulacaktır⁵². Her halükarda tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olan m.1470’in bu konuyu düzenlemiş olması gerekirdi. Ayrıca Can’a göre sözleşmenin devam ettiği hallerde de ödenmemiş primlerden doğan sorumluluğun kime ait olacağının düzenlenmemiş olması bir eksikliktir⁵³.

G. Sözleşmenin Sona Erme Anı

TTK m.1470’e göre sigorta ilişkisinin sona erdiği an menfaat sahibinin değiştiği andır. Menfaatin mülkiyete ya da sınırlı bir ayni hakka dayanması durumunda menfaat sahibinin ne şekilde değişeceği ilgili kanun hükmüne göre belirlenecektir. Örneğin mülkiyet dolayısıyla bir menfaat söz konusu ise ilgili malın menkul ya da gayrimenkul olmasına göre durum farklılık arz edecektir. Menkul mal üzerinde ise tarafların anlaşması ve zilyetliğin devri, gayrimenkul üzerinde ise tapu kütüğüne tescil edildiği andan itibaren sigorta sözleşmesi sona erecektir. Menfaat mülkiyete dayanmıyorsa yani sınırlı bir ayni hakka dayanıyorsa, mal üzerindeki sınırlı ayni hakkın sona erdiği anda sigorta ilişkisi sona erecektir. Medeni Kanunumuzun 599. maddesi gereği kişinin ölümü halinde, miras bir bütün olarak mirasçılara geçeceğinden, sigorta sözleşmesi de sona erecektir. Ancak özellikle ölüm halinde malın sigorta himayesinden yoksun kalmasından dolayı ortaya çıkabilecek zararların önlenmesi amacıyla sigorta sözleşmesine hüküm konulması önem arz eder.

⁵⁰ Örneğin Hırsızlık Sigortası Genel Şartları C.5. maddesinde “Feshin hüküm ifade ettiği tarihe kadar geçen sürenin primi, gün esaslı üzerinden hesap edilir ve fazlası yeni hak sahibine geri verilir.”

⁵¹ Atabek, s.235.

⁵² Atabek, s.235.

⁵³ Can, Hukuki Esaslar, s.113.

H. Sözleşmenin Sona Ermesine İlişkin Şekil

Sözleşmede aksine hüküm yoksa ETTK m.1303'e göre malın sahibinin değişmesi halinde herhangi bir ihbara gerek olmaksızın, sigorta sözleşmesi kendiliğinden yeni malike geçmekteydi⁵⁴. TTK m.1470 gereğince ise aksine sözleşme yoksa sözleşmenin herhangi bir ihbara gerek olmaksızın sona ereceğini kabul etmek gerekir⁵⁵. Şüphesiz taraflar sözleşmede ihbara ilişkin ihbar süresine ilişkin şartlar koyabilirler⁵⁶.

J. Başkası Lehine Sigorta

ETTK'da başkası lehine (hesabına) sigorta hayat ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalar kısmında düzenlenmişti. Denizcilik rizikolarına karşı sigortalar kısmındaki ilgili hükümler ise ETTK m.1264 gereğince mal sigortaları için de uygulanmaktaydı⁵⁷. TTK ile bu eksiklik giderilmiş ve başkası lehine sigortaya ilişkin hüküm TTK m.1454'te düzenlenmiştir⁵⁸. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu dikkate alınarak hazırlanan⁵⁹ bu hükme göre sigorta ettiren, üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek ya da belirtmeyerek, sigorta ettirebilir. Başkası lehine sigortada, sigorta ettiren tarafından üçüncü kişinin yani sigortalının menfaati sigortalanmaktadır⁶⁰. Bu üçüncü kişinin yani sigortalının menfaati bir mal üzerindeki mülkiyete ya da sınırlı bir ayni hakka dayanabilir. Burada sigorta ilişkisinden doğan yükümlülükler sigorta ettirene aitken⁶¹, sigortadan doğan haklar ise sigortalıya aittir.

Doktrinde, ETTK m.1303, 1458 ve 1459. maddelerinin başkası hesabına sigortaya da uygulanabileceği kabul edilmekteydi⁶². Diğer bir ifadeyle ETTK

⁵⁴ Atabek, s.229.

⁵⁵ Karayazgan, maddede sona ermeye ilişkin usul ve esasların ayrıntılı bir biçimde yazılmasının daha uygun olacağı görüşündedir (Karayazgan, s.66).

⁵⁶ Örneğin Hırsızlık Sigortası Genel Şartları m. C.5: Sözleşme süresi içinde, menfaat sahibinin değişmesi halinde (ölüm hali hariç) sigorta sözleşmesi münfesi olur. Sigortacı değişikliği, yeni hak sahibi de sigortanın varlığını öğrendiği tarihten itibaren sekiz gün içinde sözleşmeyi feshedebilir.

⁵⁷ Bozer, s.162.

⁵⁸ TTK m.1454 ile ilgili olarak bkz. Atamer, Zarar Sigortası, s.49 vd.; Can, Hukuki Esaslar, s.14 vd.; Çeker M., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2012, s.140 vd.

⁵⁹ Atamer, Zarar Sigortaları, s.49.

⁶⁰ Bozer, s.160.

⁶¹ Çeker, s.141.

⁶² Öztan, s.134.

hükümlerine göre sigortalı malın sahibinin değişmesi halinde malın yeni maliki “sigortalı” olarak kalmaya devam etmekteydi. TTK m.1470 ile bu kural tersine çevrildiği için artık menfaat sahibi olan sigortalının değişmesi halinde, sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki sigorta ilişkisinin sona ermesi gerekir. Ancak “kimin olacaksa onun lehine sigorta” da (TTK m.1454/3) örneğin denizde taşınmakta olan malların satılması halinde, sigorta tazminatı sonraki maliki de kapsar⁶³. Dolayısıyla burada sözleşmede yapılırken, sonraki menfaat sahiplerinin de sigorta tazminatını isteyebilmeleri söz konusu olabildiğinden, TTK m.1470 uygulanmamalıdır. Çünkü burada, menfaat sahibinin değişmesine bağlanan bir durumdan ziyade, sözleşme yapılırken konan şarta ilişkin bir durum vardır⁶⁴.

III. ZARAR GÖREN MAL VE ZARARIN GERÇEKLEŞTİĞİ YERDE DEĞİŞİKLİK YASAĞI (TTK m.1471)

A. Genel Olarak

Yeni ihdas edilmiş bir hüküm olan TTK m.1471 ile sigorta ettirene ve sigortalıya yeni bir külfet getirilmektedir⁶⁵. Maddeye göre sigorta ettiren, hasarın saptanmasından önce, hasar konusu yerde ve malda, hasar sebebinin veya zarar miktarının belirlenmesini güçleştirecek veya engelleyecek bir değişiklik yapamaz. Her ne kadar yeni bir madde olarak TTK’ya dâhil edilmiş olsa bile, bu hükme benzer külfetlerin çeşitli sigorta genel şartlarında mevcut olduğunu söylemek mümkündür⁶⁶. Sigorta zenginleşme aracı olmadığından sigortacı, sigortalının uğradığı gerçek zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TTK m.1459). Bu çerçevede hükmün temel amacı gerekçede de ifade edildiği üzere gerçek zararın tespitini engelleyecek veya güçleştirecek durumları ortadan kaldırmaktır⁶⁷. İki fıkradan mütevellit olan maddenin ilk fıkrası emredici bir hüküm değildir. Başka bir ifadeyle taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde istedikleri şekilde bu hususu kararlaştırabilirler. Sigortalı aleyhine değiştirilemez bir hüküm olan ikinci fıkra ise birinci fıkra da belirtilen yasağa uymamanın sonucunu düzenlemektedir. Yasağa uymamanın

⁶³ Öztan, s.142.

⁶⁴ Öztan, s.143.

⁶⁵ Atamer, Zarar Sigortaları, s.70.

⁶⁶ Bkz. Yangın Sigortası Genel Şartları, m.B.1-1.4; Hırsızlık Sigortası Genel Şartları, m.B.1-1.4; Cam Kırılmasına Karşı Sigorta Genel Şartları, m.9.c; Elektronik Cihaz Sigortaları Genel Şartları, m. 11.e; Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları, m.B.1-1.4; İnşaat Sigortası Genel Şartları, m.B.1.e; Makina Kırılması Sigortası Genel Şartları, m.11.e; Sera Sigortası Genel Şartları, m.B.1.3; Montaj Sigortaları Genel Şartları, m. 12.e.

⁶⁷ Madde Gerekçesi, s.421.

sonucu sigorta tazminatından indirim olduğu için ikinci fıkra bu çerçevede önem kazanmaktadır.

B. Uygulama Alanı

TTK'nın 1471. maddesi mal sigortalarında ilişkin maddeler içerisinde yer alması sebebiyle mal sigortaları için uygulama alanı bulur. Bununla birlikte sorumluluk sigortalarına ilişkin maddeler arasında yer alan 1485. maddede sayılması nedeniyle sorumluluk sigortalarında da uygulanacak bir hükümdür. Ayrıca, kaza sigortalarına TTK m.1510/3 gereğince kıyasen uygulanabilir.

C. Yasağın Kaynağı ve Hukuki Mahiyeti

Madde gerekçesinde benzer bir hükmün Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda mevcut olduğu ifade edilmiştir⁶⁸. Ayrıca düzenleme, sigorta uygulamasında da yer almaktadır.

Zarar gören mal ve zararın gerçekleştiği yerde değişiklik yasağı, hukuki mahiyeti itibarıyla bir külfettir⁶⁹. Bununla beraber maddenin ikinci fıkrasında değişiklik yasağının bir yükümlülük olduğu açıkça ifade edilmektedir. Kanundaki bu açık ifadeye rağmen 1471. madde ile getirilen yasağın bir yükümlülük mü yoksa bir külfet⁷⁰ mi olduğu tartışma konusu olabilir⁷¹. İlgili yasağın yükümlülük olarak kabul edilmesi halinde sigortacı yasağının yerine getirilmesi için dava açabilir ve tazminat talebinde bulunabilir⁷². Oysa külfetin varlığı halinde sigortacı mahkemeler eliyle doğrudan takibata girişemez; sadece sigorta ettiren aleyhine bir hak kaybı söz konusu olur ve karşılığında sigortacı tazminattan indirimine gider⁷³. Yasağın hukuki mahiyetini anlamak için bu bağlamda bir değerlendirme yapmak gerekir. Yasağın ihlaline ilişkin yaptırım 1471. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Sigorta ettiren kusurlu ise bu durumda ihlal ile zarar arasında illiyet bağı bulunması

⁶⁸ Madde Gerekçesi, s.421.

⁶⁹ Atamer, Zarar Sigortası, s.70.

⁷⁰ Külfetlerin hukuki mahiyetlerine ilişkin olarak bkz. Şenocak, Çifte Sigorta, Ankara 2002, s.196 vd.; Şenocak K., Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m.1293), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S.1-4, s. 375 vd.; Sözleşme Öncesi İhbar Görevine ilişkin benzer bir değerlendirme için bkz. Şeker Ögüz, Z., Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010, s. 33 vd.

⁷¹ “Külfet” ve “Yükümlülük” terimleri bakımından TTK'nın değerlendirilmesi için bkz. Atamer, Zarar Sigortası, s.40.

⁷² Şenocak, Vecibe, s.380; Şenocak, Çifte Sigorta, s.199; Atamer, Zarar Sigortası, s.40; Bozer, s.222; Can, s.276-277; Kender, s.189.

⁷³ Şenocak, Vecibe, s.380; Şenocak, Çifte Sigorta, 199; Kender, s.189.

şartıyla, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirimle gidilecektir. Dolayısıyla her ne kadar ikinci fıkrada, ilgili yasak bir yükümlülük olarak nitelendirmiş olsa bile ihlale ilişkin yaptırım sigorta ettirenin aleyhine bir hak kaybına yol açmaktadır. Bu durumda ilgili yasağın hukuki mahiyetinin yükümlülük değil külfet olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak Atamer’in de belirttiği gibi TTK m.1471/2’de “yükümlülük” sözcüğünün yerine “külfet” sözcüğünün kullanılması daha uygun olurdu⁷⁴.

D. Yasağın Kapsamı

TTK 1471. madde, sigorta ettirenine, hasarın saptanmasından önce hasar konusu yerde ve malda, hasar sebebinin veya zarar miktarının belirlenmesini güçleştirecek veya engelleyecek bir değişiklik yapmama külfeti getirmektedir. Bu maddenin amacı gerekçesinden de anlaşıldığı üzere hasarın sebebinin ve zarar miktarının tam ve doğru olarak tespiti. Öncelikle ifade etmek gerekir ki ilgili külfet kanundaki ifadesiyle hasarın saptanmasından yani tespitinden öncedir. Hasar tespitinden sonra her türlü değişiklik hayatın olağan akışı içerisinde yapılabilecektir.

1. Hasarın Tespiti

İlgili yasak hasarın saptanması ile sona ereceğine göre hasarın saptandığı an önem arz eder. Hasar tespiti uygulamada sigorta eksperleri⁷⁵ tarafından yapılmaktadır⁷⁶. Eksperin hazırladığı rapor üzerinde zararın miktarı konusunda taraflar anlaşabilirler. Ancak taraflar anlaşamamışlar ise zarar miktarının tespiti hakem-bilirkişiler tarafından yapılır⁷⁷. Hakem-bilirkişiler ise zararın miktarının saptanması için hasar yerinde incelemede bulunabilirler. Hakem-bilirkişiye gidilmesi halinde uygulanan esaslar ayrıntılı bir şekilde sigorta genel şartları içerisinde yer almaktadır. Taraflar tek hakem-bilirkişi üzerinde anlaşabilirler; ancak anlaşamazlarsa hakem-bilirkişi seçimi uzamaktadır⁷⁸.

⁷⁴ Atamer, Zarar Sigortası, s.41.

⁷⁵ Sigorta eksperleri: Sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutlak meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişiyi ifade eder (Sigortacılık Kanunu m.2/n).

⁷⁶ Çeker, s.88.

⁷⁷ Yargıtay, hakem-bilirkişileri sadece hasar miktarını tespit eden, nihai karar veremeyen bilirkişi hakem olarak nitelemiştir (5.4.1965 Tarih E. 65/580 K.1272; Karar için bkz. Kender, s.288).

⁷⁸ Yangın Sigortası Genel Şartları, m.B.4: Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için tek hakem-bilirkişi seçiminde anlaşamadıkları takdirde, taraflardan her biri kendi hakem-bilirkişisini seçer ve bu hususu noter eliyle diğer tarafa bildirir. Taraf hakem-bilirkişileri ilk toplantı tarihinden iti-

Ayrıca hakem-bilirkişi tayin etmeden doğrudan mahkemeye gidildiğinde zararın tespiti artık mahkeme tarafından yapılacaktır⁷⁹. Bu sayılan hallerde hasarın tespiti uzayacaktır.

Bu bağlamda sigorta eksperinin tespiti mi, hakem-bilirkişinin tespiti mi yoksa mahkemenin tespiti mi TTK m.1471 anlamında “hasarın saptandığı” an olarak kabul edilecektir. Kanaatimizce sigorta eksperinin olay yerine gelip hasar tespiti yapmasından sonra artık değişiklik yapılabilir. Başka bir anlatımla eksperin yapmış olduğu tespit sonrasında hasar konusu yerde ve malda bir değişiklik yapılırsa, 1471. maddenin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulmaması gerekir. Aksi bir durum hayatın olağan akışına terstir. Bununla birlikte hasarın meydana gelmesine sebep olan olay aynı zamanda adli bir vaka da olabilir. Örneğin hırsızlık olayı söz konusu olduğunda ilgili kolluk güçleri olay yerine gelip tutanak tutabilirler. Bu çerçevede tutulan tutanak hasar sebebine ve zarar miktarına ilişkin hususları içeriyor olabilir. Tarafların ilgili tutanağın içeriğinde anlaşmaları durumunda da hasar saptanmış kabul edilmelidir.

2. Hasar Sebebinin ve Zarar Miktarının Belirlenmesini Güçleştirecek veya Engelleyecek Nitelikte Değişiklik

Yasağın uygulama alanı hasar konusu yer ve mal ile sınırlıdır. Yapılan değişiklik hasar konusu yere veya mala ilişkin değilse TTK m.1471 uygulanmayacaktır. Bununla beraber, yapılan değişiklik hasar sebebinin veya zarar miktarının belirlenmesini güçleştirecek veya engelleyecek nitelikte ise TTK m.1471 uygulanacaktır. Örneğin hasarlı malın tamiri, yenisi ile

baren yedi gün içerisinde ve incelemeye geçmeden önce, bir üçüncü hakem-bilirkişi seçerler ve bunu bir tutanakla saptarlar. Üçüncü hakem-bilirkişi, ancak taraf hakem-bilirkişilerinin anlaşamadıkları hususlarda, anlaşamadıkları hadler içinde kalmak suretiyle, diğer hakem-bilirkişilerle birlikte tek bir rapor halinde karar vermeye yetkilidir. Hakem-bilirkişi kararları taraflara aynı zamanda tebliğ edilir. Taraflardan herhangi biri, diğer tarafça yapılan tebliğden itibaren onbeş gün içinde hakem-bilirkişisini seçmez, yahut taraf hakem-bilirkişiler üçüncü hakem-bilirkişinin seçimi konusunda yedi gün içerisinde anlaşamazlar ise, taraf hakem-bilirkişisi veya üçüncü hakem-bilirkişi, taraflardan birinin isteği üzerine hasar yerindeki ticaret davalarına bakmaya yetkili mahkeme tarafından uzman kişiler arasından seçilir. Her iki taraf, üçüncü hakem-bilirkişinin (bu kişi ister taraf hakem-bilirkişiler ister yetkili mahkeme tarafından seçilecek olsun) sigortacının veya sigortadan faydalanan kimsenin ikamet ettiği veya rizikonun gerçekleştiği yer dışından seçilmesini isteme hakkına sahip olup bu isteğin yerine getirilmesi gereklidir. Hakem-bilirkişilere, uzmanlıklarının yeterli olmadığı nedeniyle itiraz olunabilir. Hakem-bilirkişinin kimliğinin öğrenilmesinden sonra yedi gün içerisinde kullanılmayan itiraz hakkı düşer.

⁷⁹ Kender, s.289.

değiştirilmesi gibi durumlarda zarar miktarının doğru olarak tespit edilmesi mümkün değildir. İlgili değişiklik, hasar sebebinin veya zarar miktarının belirlenmesini güçleştirmiyorsa veya engellemiyorsa madde uygulanmaz.

E. Yasağı Yerine Getirmesi Gereken Kişiler

TTK m.1471'e göre bu külfet sigorta ettiren tarafından yerine getirilecektir. Ancak konuyu kendi lehine sigorta ve başkası lehine sigorta bakımından ayrıca değerlendirmek gerekir.

Kendi lehine sigorta da kişi kendi menfaatini sigorta ettirmiştir. Bu durumda bu külfet; sadece sigorta ettirene, sigorta ettiren kanuni temsilcisi tarafından temsil ediliyorsa kanuni temsilcisine, sigorta ettiren tüzel kişi ise tüzel kişiliğin kanuni temsil organına, birden fazla sigorta ettiren varsa tamamına düşer⁸⁰.

Sigorta ettiren üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek veya belirtmeyerek sigorta ettirmiş ise, başka bir ifadeyle başkası lehine sigorta ya da kimin olacaksa onun lehine sigorta söz konusu ise ilgili külfet sadece sigorta ettiren için mi yoksa sigortalı açısından da geçerli midir? Şenocak, benzer bir hususu ETTK m.1293'te anlamında değerlendirmiştir. İlgili değerlendirmeye göre ETTK'da mal sigortalarına ilişkin genel hükümlerde bu husus düzenlenmediğinden, başkası lehine (hesabına) sigorta söz konusu olduğunda koruma tedbiri alma yükümlülüğü ETTK'nın 1378. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla çözülecektir⁸¹. Başka bir anlatımla sigortalı, gerek sigorta ettirilmiş şeyleri kurtarmak ve gerekse daha büyük zarara meydan vermemek için mümkün olan gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulacaktır. ETTK'da düzenlenmeyen bu husus TTK'da yeni ihdas edilmiş bir hüküm olan m.1412'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının bilgisi ve davranışı da dikkate alınır. Bu durumda başkası lehine sigorta ya da kimin olacaksa onun lehine sigorta söz konusu ise, TTK m.1471 uyarınca sigorta ettirene düşen yükümlülüğün sigortalı içinde geçerli olması beklenmelidir.

⁸⁰ Şenocak, Vecibe, s.389 vd. Şenocak burada konuyu ETTK m.1293 yani koruma tedbirlerini yerine getirecek kimseler için değerlendirmiştir. TTK m.1471 anlamında da aynı değerlendirme yapılabilir.

⁸¹ Şenocak ,Vecibe, s.395.

F. İstisnalar

Zarar gören mal ve zararın gerçekleştirdiği yerde değişiklik yapmama yasağının iki istisnası vardır. Birincisi sigortacının onayı, ikincisi ise zararı azaltma ya da gerekçedeki ifadeyle değişiklik yapılmadığı takdirde zararın daha da artacak olmasıdır.

1. Sigortacının Onayı

TTK m.1471'e göre sigortacının onayı herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Başka bir ifadeyle onay sözlü ya da yazılı olabilir. Ancak ispat yükü sigorta ettirene düşeceğinden, sigorta ettirenin yazılı bir onay alması daha uygun olur. Maddede sadece onaydan bahsedilmekte ise de gerekçede sigortacının bilgisi dâhilinde yapılanların da madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸².

2. Zararı Azaltma Amacı

İkinci istisna değişikliğin zararın azaltılması amacı ile yapılmış olmasıdır. Gerekçeye bakıldığında esasen bu maddenin TTK m.1448'de⁸³ mevcut olan külfet⁸⁴ dolayısıyla getirilmiş bir istisna olduğu anlaşılmaktadır. TTK m.1448 sigorta ettirene rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için külfetler getirmektedir. Bu madde ETTK m.1293'e tekabül etmektedir. Sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta sözleşmesine güvenerek⁸⁵ menfaat konusu olan malı koruma ya da kurtarma adına hiç bir faaliyette bulunmaması dürüstlük ve güven ilkesine aykırılık teşkil eder⁸⁶. Ayrıca sigorta ettirene böyle bir külfet yüklenmemesi halinde

⁸² Madde Gerekçesi, s.421.

⁸³ Bu madde ve maddenin ETTK'daki karşılığı olan ETTK m.1293'e ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Vecibe, s.365 vd.; Kayıhan Ş., Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1-2, s.513 vd.; Memiş T., Yangın Sigortasında Riziko, Ankara 2001, s.172 vd.

⁸⁴ ETTK m.1293'ün sigorta ettirene getirilmiş bir yükümlülük değil bir külfet olduğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Şenocak, Vecibe, s.375-388. Ayrıca TTK m.1448'de kanun koyucu tarafından açıkça yükümlülük olarak ifade edilmesine rağmen doktrinde bir terim birliği olduğunu söylemek güçtür: ETTK m.1293'e ilişkin açıklamalarda, Kender "görev" (Kender, s.248), Bozer "mükellefiyet" (Bozer, s.236) Arseven, Can ve Kubilay "yükümlülük" (Arseven, s.124; Can, 289; Kubilay, s.77), Atabek ve Şenocak "vecibe" (Atabek, s.129; Şenocak, Vecibe, s.365), Kayıhan (Kayıhan, s.514) ise "ödev" kavramını kullanmıştır.

⁸⁵ Atabek, s.129; Kender, s.248.

⁸⁶ Şenocak, Vecibe, s.373; Kayıhan, s.515.

hem sigortacı iktisadi anlamda zarara maruz kalacak hem de ilgili sigortacının sigorta sözleşmesi yapmış olduğu diğer sigorta ettirenlerin tazminat alacakları da tehlikeye girecektir⁸⁷. Bu bağlamda sigorta ettiren yukarıda ifade edilen kapsam çerçevesinde imkânlar ölçüsünde önlemler almakla yükümlüdür (TTK m.1448/1). Önlemin imkân ölçüsünde olup olmadığı konusundaki sınır şüphesiz dürüstlük kuralına göre belirlenecektir⁸⁸. Maddenin hedeflediği amacın tam anlamıyla gerçekleşmesi için⁸⁹ sigorta ettiren bu önlemleri alınırken sigortacının talimatlarına olabildiğince uymak zorundadır (TTK m.1448/1). Talimatlar herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁹⁰. Almış olduğu önlemler neticesinde yapmış olduğu makul giderler, bunlar faydasız olsalar bile, sigortacı tarafından tazmin edilir (TTK m.1448/3). Bu yükümlülüğün ihlali halinde eğer sigortacının aleyhine bir durum oluşmuş ise, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılacaktır (TTK m.1448/2). Dolayısıyla kusur söz konusu değilse herhangi bir yaptırım yoktur. İspat yüküne ilişkin olarak ise, sigortacı önlemler alma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin objektif şartları ispat edecek, sigorta ettiren ise yükümlülüğü kusurlu olarak ihlal etmediğini ispat edecektir⁹¹.

TTK m.1448 rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlara ilişkin iken, TTK m. 1471 ise rizikonun gerçekleştiği ve zararın ortaya çıktığı zaman dilimine ilişkindir. Dolayısıyla zararın tamamen önlenmesi artık söz konusu değilken zararın azaltılması veya artmasına engel olunması mümkündür. TTK m.1448'e göre sigorta ettirenin külfeti rizikonun gerçekleşmesi veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu andan başlayıp⁹², zararın azaltılabileceği veya artmasına engel olunabileceği süre boyunca devam eder⁹³. Külfet, zarar artık önlenemiyor ya da azaltılamıyorsa veya zarar önlenmiş ya da azaltma amacı sonuç vermiş ise sona erer⁹⁴. Bu külfet, riziko gerçekleşip zararın ortaya çıkmasından sonra da belirli bir süre devam edebileceğinden TTK m.1471'de buna ilişkin bir istisna getirilmiştir. Bu çerçevede zararın azaltılması amacıyla sigorta ettiren bir takım önlemler

⁸⁷ Şenocak, Vecibe, s.372.

⁸⁸ Şenocak, Vecibe, s.406.

⁸⁹ Madde Gereği, s.416.

⁹⁰ Kayıhan, s.523.

⁹¹ Şenocak, Vecibe, s.422.

⁹² Şenocak, Vecibe, s.416.

⁹³ Şenocak, Vecibe, s.418.

⁹⁴ Kayıhan, s.520.

alırken hasar konusu yerde ve malda değişiklik yapabilecektir. Ancak bu önlemlerin kapsamı ve sınırları başka bir deyişle TTK m.1471 anlamında hasar konusu yerde ve malda değişikliğe ilişkin önlemlerin kapsamı ve sınırları TTK m.1448’e tabi olacaktır.

TTK m.1448’de “zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için önlemler alınmasından” bahsetmekte ise de 1471. maddede sadece “zararı azaltma amacı” ile zarar gören mal ve zararın gerçekleştiği yerde değişiklik yapılabilmesinden bahsedilmektedir. Gerekçede ise sadece zararı azaltma amacından değil ayrıca zararın artmasının engellenmesinden de bahsetmektedir. İlk bakışta 1471. maddede kullanılan ifade ile 1448. madde kullanılan ifadelerin tam anlamıyla uyumlu olmadığı görülmektedir. Başka bir anlatımla TTK m.1471’deki istisna sadece zararın azaltılması ilişkin değil aynı zamanda zararın önlenmesi ve artmasına engel olunmasına ilişkin olduğu düşünülebilir. TTK m. 1471, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi rizikonun gerçekleşip zararın meydana gelmesi halinde uygulama alanı bulur. Bununla beraber rizikonun gerçekleşmesinden sonra alınacak tedbirler sadece zararı azaltmaya yönelik olup⁹⁵, zararı önlemeye ilişkin olamaz. Bu yüzden, kanaatimizce, kanun koyucu 1471. maddede sadece zararı azaltmadan bahsetmektedir. Ancak her halükarda TTK m.1471 bu çerçevede eksik kalmış bir hükümdür. TTK m.1471’de geçen “zararı azaltma” ifadesinin amaçsal yorum yöntemi ile “zararı azaltma veya artmasına engel olunması” şeklinde yorumlamak uygun olur.

Yukarıda bahsi geçen iki istisna dışında birçok sigorta genel şartında bulunan “zorunlu haller” de değişiklik yapılabilmesine ilişkin bir istisnanın da madde kapsamında düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca yasağın bir diğer istisnasının da “kamu yararı icabı” olması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁶. Esasen, TTK m.1471/1 emredici bir hüküm olmadığından, taraflar sözleşme ile bu tür istisnalar öngörebilirler. Ancak m.1471/1’in tamamlayıcı niteliği göz önüne alındığında hükmün bahsedilen çerçevede eksik olduğunu kabul etmek gerekir.

G. Yasağın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuç

Öncelikle ifade etmek gerekir ki TTK m.1471/2’de geçen “zarar” terimi ile birinci fıkrada geçen “zarar” terimi iki ayrı duruma işaret etmektedir. İkinci

⁹⁵ Bozer, s.236.

⁹⁶ Omağ, s.33.

fıkra da geçen “zarar” terimi ile rizikonun gerçekleşmesi ile ortaya çıkan “zarar” değil, ilgili yasağın ihlali ile ortaya çıkan “zarar”dan bahsedilmektedir. Ancak ikinci fıkranın kaleme alınış şekli aradaki farkı ortaya koymaktan uzaktır.

TTK m. 1486 göre TTK m.1471/2’nin sigortalı aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle sigortalı aleyhine değiştirilmesi halinde kanun hükümleri uygulama alanı bulur. TTK 1471. maddenin ikinci fıkrasına göre bu yasağın kusurlu ihlalinde, ihlal ile zarar arasında illiyet bulunması şartıyla, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirimle gidilebilir. Örneğin sigorta ettirenin yaptığı değişikliklerle hasarın saptanması güçleşmiş ve hasarı tespit etmek için birden fazla bilirkişi tayin edilmiştir. Bu çerçevede sigortacı her bilirkişiye yaptığı iş için ücret ödemek zorunda kalmıştır. TTK m.1471/2’de geçen zarara bu tür zararlar örnek olarak gösterilebilir.

İkinci fıkranın uygulanması bakımından sigorta ettirenin sadece kusurlu bir şekilde bu yasağı ihlal etmesinden bahsedilmektedir. İlk bakışta kanun koyucunun burada ilgili yasağın “kasıtlı” bir şekilde ihlal edilmesine ilişkin halleri düzenlenmediği akla gelebilir. Ancak ETTK’da “kusur, kast ve ihmal” terimlerinin özensiz biçimde kullanılması sebebiyle TTK’da bu terimler sistematize edilmiştir⁹⁷. Bu bağlamda TTK’nın Sigorta Kitabında geçen “kusur” terimi “kast ve ihmal” terimlerini içine alacak şekilde kullanılmıştır⁹⁸. Başka bir deyişle TTK m.1471 ile getirilen yasağın kasıtlı bir şekilde ihlal edilmesi halinde, illiyet koşuluna bağlı olarak, sigortacının tazminat yükümlülüğünden kurtulması mümkün olabilir.

IV. SONUÇ

Sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesine ilişkin olan TTK m.1470, ETTK’da yer alan m.1303, 1458 ve 1459’a karşılık gelmektedir. Bu maddeler ile karşılaştırıldığında TTK m.1470 ile ilgili kuralın esasına ilişkin iki önemli değişiklik yapılmıştır. İlk olarak, sigorta hukuku prensiplerine uygun olarak düzenleme, mal sahibinin değil menfaat sahibinin değişmesi ilkesine dayandırılmıştır. İkinci olarak, ETTK m.1303, 1458 ve 1459’un aksine, menfaat sahibinin değişmesi ile birlikte sigorta ilişkisinin sona ereceği hükme bağlanmıştır. TTK m.1470’in emredici hükümler arasında sayılmaması nedeniyle ilgili husus taraflar arasında sözleşme serbestisi çerçevesinde kararlaştırılabilir. Ayrıca TTK m.1470 artık deniz rizikolarına karşı sigortalar

⁹⁷ Atamer, Zarar Sigortaları, s.39

⁹⁸ Atamer, Zarar Sigortaları, s.39.

için de uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle TTK m.1470, ETTK m.1458 ve 1459'un yerini almıştır. ETTK m.1458 ve 1459'un emredici bir hüküm olduğu göz önüne alındığında, TTK m.1470 tamamlayıcı bir hüküm olması nedeniyle getirilen değişiklik denizcilik rizikoları anlamında önem kazanmaktadır.

TTK m.1471, ETTK'da bulunmayan bir hüküm olsa da sigorta genel şartlarında benzer hükümler bulunmaktadır. Maddenin amacı sigortacının sorumluluğunun tam olarak belirlenebilmesidir. Bu çerçevede sigorta ettirene yeni bir külfet getirilmekte ve bu külfetin istisnalar haricinde yerine getirilmemesi halinde sigortacı, sigorta tazminatından indirim yapabilmektedir. Maddenin en önemli eksikliği ise “zorunlu haller”e ilişkin bir istisnanın olmamasıdır.

KAYNAKÇA

- Arseven H., Sigorta Hukuku, İstanbul 1987.
- Atabek R., Sigorta Hukuku, İstanbul 1950.
- Atamer K., Tosun Y., “Sigorta Hukuku”na İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları (Deniz Sigortaları Hariç), Sigorta Hukuku Dergisi, 2005, Sayı 1, s.137-155.
- Atamer K., “Deniz Sigortaları”na İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları, Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.314-329 (Anılış: Kaynaklar).
- Atamer K., Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca “Zarar Sigortalarına”na Giriş, BATİDER, C.XXVII, Sa.1, s.21-106 (Anılış: Zarar Sigortaları).
- Ayli A., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukuku’nu Düzenleyen Altıncı Kitabının Genel Hükümlere Ayrılmış Birinci Kısımına İlişkin Bir Değerlendirme, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.215-237.
- Bennett H., The Law of Marine Insurance, Oxford 1996.
- Birds J., Birds’ Modern Insurance Law, Londra 2010.
- Bozer A., Sigorta Hukuku, Ankara 1965.
- Can M., Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2007.

- Can M., Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara 2012 (Anılış: Hukuki Esaslar).
- Çeker M., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2012.
- Ertan K., Yeni Türk Hukuku'nda Tekne Sigortaları, Sempozyum Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Deniz Sigortaları, İstanbul 2012, s.11-47.
- Hızır S., Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği, Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 22, Sayı 86; Ocak-Şubat 2010, s.268-312.
- Karayazgan A., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Zarar Sigortaları Hükümleri Hakkında Genel Bir Bakış, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.52-78.
- Kayıhan Ş., Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1-2, s.513-541.
- Kender R. Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.7-28 (Anılış: Taslak).
- Kender R., Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2008.
- Kubilay H., Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003.
- Memiş T., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel, Sayı 2005, s.88-108.
- Memiş T., Yangın Sigortasında Riziko, Ankara 2001.
- Merkin R., Pilley R., Hjalmarsson J., Marine Insurance, (Batz Y. (Ed.), Maritime Law, Londra 2011.
- Metzade Z., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım ile İlgili Görüşler (Genel Hükümler), Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 2005, s.35-51.
- Möller H., Versicherungsvertragsrecht, Wiesbaden 1971.
- Omağ M.K., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler ile Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin

- Özet Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.29-34.
- Öztan F., Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi, Ankara 1971.
- Sayhan İ., Sigorta Sözleşmesinin Konusu, Ankara 2001.
- Şeker Öğüz, Z., Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010.
- Şenocak K., Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.1, 2009, s.189-229 (Anlış: Uygulanabilirlik).
- Şenocak K., Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m.1293), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S.1-4, 1995, s.365-424 (Anlış: Vecibe).
- Şenocak K., Çifte Sigorta, Ankara 2002.
- Uluğ İ., Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Zarar Sigortaları, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.197-214.
- Ünan S., Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın “Sigorta Hukuku” Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.109-196.
- Yazıcıoğlu E., Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 2003.
- Yazıcıoğlu E., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın “Sigorta Hukuku” Kitabındaki Hükümler Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2005, s.79-87.

KÜRESEL FİNANS KRİZİNİN ETKİLEDİĞİ GEMİ FİNANSMANINA DAİR HUKUKİ SORUNLAR

Hacı KARA*

ÖZET

Bu çalışmada, küresel finans krizinin etkilediği gemi finansmanına dair hukuki sorunlar incelenmektedir. 2008 yılının ikinci yarısında ABD'nin finans sektöründe ortaya çıkan kriz, kısa sürede küresel çapta banka ve finans sektörüne sıçramıştır. Lehman Brothers'in çöküşü ve diğer devasa finansal likidite ve ödeme güçlükleri reel ekonomiye yayılmış ve dünya ekonomisinde çöküşe neden olmuştur. Dünya ekonomisi ve küresel finans sisteminin türbülansa girmesinden sonra denizcilikte fiyatlar yönünü aşağıya çevirmiş ve limanlar boş yük gemisi filoları ile dolmaya başlamıştır. Krizin sonuçlarından biri de ödenemeyen ve/veya borçlunun ödeme kabiliyeti bulunmayan krediler için yasal takip başlatılmasıdır. Ekonomik kriz sonrasında gemi hacizleri ve satışları hız kazanmıştır. Ancak, ipoteğin paraya çevrilmesi, gemilerin haczi ve yurtdışında satışı ile ilgili olarak uygulamada çok sayıda problemle karşılaşabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Gemi finansmanı, global ekonomik krizin denizcilik sektörüne etkileri, gemilerin haczi ve ipoteğin paraya çevrilmesi, gemilerin yurtdışında satışı, gemilerin yurtdışında satışına dair uluslararası düzenlemeler.

(LEGAL ISSUES RELATING TO THE FINANCING OF VESSELS AFFECTED BY THE GLOBAL FINANCIAL CRISIS)

ABSTRACT

This paper analyses legal issues relating to the financing of vessels affected by the global financial crisis. The U.S. financial sector crisis that emerged in the second half of 2008, soon spread to a global banking and financial sector. The collapse of Lehman Brothers and other massive financial liquidity and payment difficulties spread to the real economy and caused the collapse of the world economy. After the entry into turbulence of the world economy and the global financial system, shipping prices turned downward direction and ports began to fill up with empty cargo ship fleets. One of the consequences of the crisis is the initiation of legal proceedings for loans, which can not be paid and/or without the borrower's ability to pay. Following the economic crisis, foreclosures and sales of vessels has gained momentum. However, in practice may be encountered a large number of problems related to the liquidation of the mortgage, foreclosure and sale of vessels abroad.

Keywords: Ship financing, the effects of the global economic crisis on the shipping industry, ship mortgage foreclosure and liquidation, sale of vessels abroad, international regulations regarding the sale of vessels abroad.

* Yrd Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi, İİBF, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilimdalı

1- KÜRESEL FİNANSAL KRİZİN GEMİ FİNANSMANINA ETKİLERİ¹

2008 yılında Amerika Birleşik Devletlerindeki gayrimenkul piyasasında büyük bir düşüş yaşanmıştır. ABD'deki konut fiyatları 2000'li yıllar boyunca büyük bir yükselme göstermiştir. Bu yükselmenin önemli bir nedeni kolaylıkla elde edilebilen mortgage'e dayalı satışlardır. Sürekli olarak yükselen konut fiyatları piyasalarda aşırı derecede iyimser bir hava oluşturmuş, bankaların düşük gelirli ailelere de konut almak için kolayca kredi sağlamalarına yol açmıştır. Konut fiyatlarının inişe geçmesiyle birlikte **subprime mortgage** (yüksek risk ve yüksek faizli kredi) denilen bu kredi piyasası çökmüş, kredi faizlerini ödeyemeyen düşük gelirli ailelerin konutlarına el konulmaya başlanmıştır.

2008 yılı ilerledikçe subprime mortgage krizinin sadece küçük bir kesimi değil, bütün ABD mali sistemini etkilediği anlaşılmıştır. Çünkü, düşük gelirli ailelere yüksek riskli kredi açan bu kurumlar kredileri borsalarda alınıp satılabilen tahvil haline getirmişler, yatırım bankaları ve ticaret bankalarına satmışlardır. Elinde çok miktarda yüksek riskli konut kredisi tutan yatırım bankalarından Bear Stearns Mart ayında iflas ederek, ABD hükümeti tarafından diğer bir yatırım bankası olan JPMorgan Chase'e satılmıştır. Bu iflası diğer bir yatırım bankası olan Lehman Brothers ve Merrill Lynch ve sigorta firması American International Group izledi. Washington Mutual ve Wachovia gibi bankalar iflas ederek diğer bankalara satılmıştır².

ABD'deki kriz kısa zamanda Avrupa'ya da sıçramıştır. Yaşanan küresel kriz, AB ülkelerinde kamu açıkları ve borç stoklarının ciddi boyutlarda artmasına ve birçok üye ülkede kamu maliyesinin sürdürülebilirliğinin tehlikeye girmesine neden olmuştur. İzlanda'nın 3 büyük bankası iflas etmiş, özellikle Yunanistan'da ekonominin iflas noktasına gelmesi Euro bölgesini derinden etkilemiştir. Yunanistan'ın ardından, İrlanda ve Portekiz de AB'den yardım talebinde bulunmuştur. Hatta ortak para birimi bile sorgulanır hale gelmiştir.

¹ Küresel Ekonomik Krizin Gemi Finansmanına Etkileri ve Bunun Hukuki Sonuçları, Kırklareli Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi'nce 17-18 Mayıs 2012 tarihleri arasında İğneada'da yapılan "Uluslararası Avrupa Borç Krizi Konferansı"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

² 2008-2012 Küresel Ekonomik Kriz, http://tr.wikipedia.org/wiki/2008_Ekonomik_Krizi

Dünya ekonomisi ve küresel finans sisteminin türbülansa girmesinden sonra, denizcilikte fiyatlar yönünü aşağıya çevirmiş ve limanlar boş yük gemisi filoları ile dolmaya başlamıştır. Küresel krizin yol açtığı Avrupa Borç krizi denizcilikte yaşanan bu olumsuzluğun daha da derinleşmesine yol açmıştır. Denizcilik sektöründe krizin en çok hissedildiği alanların başında gemi finansmanı gelmektedir³. Denizcilik şirketlerine birçok kurum finans sağlamaktadır. Bunlar: ticari bankalar, gemi ipotek bankaları, yatırım ve ticaret bankaları, GE Capital, Fidelity Capital gibi çeşitli finans kuruluşları, leasing şirketleridir. Ayrıca, birçok ülke tersane kredilerini hem yabancı hem yerel yatırımcılara vermektedir. Bu ihracat kredilerinin şablonları OECD tarafından hazırlanmıştır⁴.

Kriz dolayısıyla ödenemeyen krediler için bir süre beklenildikten sonra, kredilerin ödeneceğine dair umutların tükenmesiyle birlikte bu kredilerin takibi için yasal süreç başlatılmıştır. Denizcilik sektöründeki kriz nedeniyle 2011 yılında ABD'nin en büyük ikinci petrol tankerlerinin sahibi General Maritime Corp. (GMR)⁵, Güney Kore'nin ikinci büyük kuru dökme yük gemilerinin operatörü Korea Line Corp., İngiliz Britannia Bulk Plc.⁶, Singapur merkezli Armada Pte Ltd., Hong Kong merkezli Transfield ER Cape, İrlanda merkezli TBS International PLC⁷, Hollanda merkezli Marco Polo Seatrade BV⁸, ABD Merkezli Omega Navigation Enterprises Inc.'in⁹ iflası istenmiştir. 200'den fazla deniz yolunu temsil eden Hamburg merkezli sanayi grubu VDR Denizcilik Birliğine göre, dünyanın üçüncü büyük su yolu ulaşım filosuna

³ Denizcilikte finansman tabiri ile ana faaliyeti gemi yapımı ve işletmeciliği olan firmaların fon temini ve kullanımı ile fon getiri ve maliyetlerinin belirlenmesine ilişkin konular ifade edilmektedir. AKÇA Emin Cihan, Temel Denizcilik Finansmanı (YL Tezi), 2006, s. 29

⁴ AKÇA Emin Cihan, s. 49-50

⁵ Çoğunlukla; Karayipler, Güney ve Orta Amerika, ABD, Batı Afrika ve Kuzey Denizi arasında çalışan 31 çift cidarlı tanker filosu bulunan ham petrol taşıyıcısı New York merkezli General Maritime Corp. (GMR), düşük navlun fiyatları ve ihtiyaç fazlası gemileri gerekçe göstererek iflas mahkemesine başvurmuştur (Case No. 1:11-bk-15285, Bankr. S.D.N.Y). New York merkezli şirket, Manhattan İflas Mahkemesine verdiği 17/11/2011 tarihli dilekçesinde, 1,71 milyar \$ varlık ve 1,41 \$ borç beyan etmiştir. <http://internationalshippingnews.blogspot.com/2011/11/general-maritime-files-chapter-11.html>

⁶ Britannia Bulk PLC, <http://opencorporates.com/companies/gb/03842976>

⁷ ESTRADA Edward J., Foreign Shippers: Weighing the Benefits Presented by Chapter 11, Case No. 7:12-bk-22225, Bankr. SDNY, <http://www.reedsmith.com/files/uploads/Documents/estrada%20shipping%20bankruptcies.pdf>, TBS INTERNATIONAL PLC, http://sec.gov/Archives/edgar/data/1479920/000147992011000020/tbs10k_123110.htm

⁸ Case No. 11-bk-13634, Bankr. S.D.N.Y., <http://www.kccllc.net/MarcoPolo>

⁹ Case No. 4:11-bk-35927, Bankr. S.D. Texas

sahip Almanya’da, birçok küçük ve orta ölçekli denizcilik şirketi borçlarını kapatmak için mücadele vermekte ve iflasın eşiğinde bulunmaktadır¹⁰. Birçok ülkede de benzer durumlar yaşanmaktadır¹¹.

Gemilerin finansal kiralama (Leasing) yöntemiyle yapılan finansmanda gemi, kira süresince finansal kiralama şirketleri adına tescil edilmektedir. Geminin mülkiyetinin kira süresince finansal kiralama şirketine bırakılması bu şirketlere önemli bir güvence sağlamaktadır. Ancak, finansal kiralama şirketleri dışındaki gemilere finansman sağlayan banka ve diğer kredi kuruluşlarının alacakları gemi üzerine konulan ipotekle teminat altına alınmaktadır. Bu durumda, kredinin verilmesi için geminin sicile kayıtlı olduğu, dolayısıyla ipoteğin tescil edileceği yer hukuk düzenine güven duyulması gerekmektedir. Çünkü kredinin ödenmemesi durumunda alacaklı banka veya finansman şirketinin elindeki en önemli teminat, gemi üzerindeki ipoteğin paraya çevrilmesi suretiyle krediyi geminin satış bedelinden tahsil etmektir. Bu sebeple bankalar ve diğer kredi kuruluşlarınca gemi ipoteğinin tescil edildiği ülke iç hukukunun alacaklıya zorluk çıkarmaması önemlidir¹².

Uygulamada ise ödenmeyen kredi borçlarından dolayı, bankalarca ipoteğin paraya çevrilmesi talep edildiğinde, çok farklı hukuki sorunlarla karşılaşılabilir. Özellikle, kredi kullandıran banka ve kredi kuruluşları ile kredi kullananların ayrı uyrukta bulunmaları, genellikle gemilerin elverişli bayrak (flags of convenience) ya da kolay bayrak olarak adlandırılan off-shore gemi sicillerinde kayıtlı olmaları, ipoteğin paraya çevrilmesine dair yasal takip başlatıldığında ise gemilerin ipotek sözleşmesinin tabi olduğu ya da geminin sicilinde kayıtlı olduğu ülke dışında, yani üçüncü bir ülke limanında bulunmaları gibi durumlar hukuki sorunları daha da karmaşık hale getirebilmektedir

¹⁰ MAGNUSSON Niklas, ING Says It’s Still Worth Making Ship Loans as Europe Banks Exit, 30 Nisan 2012, <http://www.businessweek.com/printer/articles/57720?type=bloomberg>, Milford Phil, Kary Tiffany&Nightingale Alaric, General Maritime Files for Bankruptcy Protection With \$1.4 Billion in Debt, <http://www.bloomberg.com/news/2011-11-17/general-maritime-files-for-bankruptcy-protection-with-1-4billion-in-debt.html>

¹¹ “İkinci el gemi ve navlun piyasalarının düzeleceğinden umudunu kesen finans kuruluşları, kredilendirdikleri gemilerin icra yoluyla satışına başladı. Kredilendirdikleri gemilerin firmalarından geri ödemeleri almakta zorlanan bankalar, ikinci el gemi fiyatlarının daha da düşmemesi için gemilerin üstüne çok gitmedi. Fakat icra yoluyla satılan gemiler bankaların artık sabrının kalmadığını gösteriyor. Türk armatörlerine ait 10’un üstünde gemi haciz yoluyla satıldı, yenileri satış listesinde”. Haciz yoluyla satılan gemi sayısı arttı, Aktüeldeniz, S. 40, Aralık 2012, s. 12, http://www.aktuel Deniz.com/ edergi_sayi_40/

¹² ÜLGNER M. Fehmi, Türkiye Dışındaki Cebri İcra Sonucunda Gemi Sicilinde Kayıtlı Olan Hakların Akıbeti Ve Gemilerin Terkin Edilebilmesi Konularında Yapılan Kanun Değişikliği, www.ulgener.com/upload/lib/26_TK_md_1245.doc,

Aynı şekilde, üzerinde ipotek bulunan gemilerin yurtdışında diğer alacaklılar tarafından icra yoluyla satışının talebi halinde de, gemi üzerindeki ipotek ve diğer alacak sahiplerinin haklarının akıbeti ve geminin sicilden terkin edilip edilmeyeceği¹³, geminin satış bedelinin paylaştırılmasında ipotek veya rehin hakkı sahipleri ile gemi üzerindeki diğer alacak sahipleri arasındaki öncelik sırasının nasıl belirleneceği gibi sorunlarla da karşılaşlabilmektedir¹⁴.

2- GEMİ ÜZERİNDE REHİN VE İPOTEĞE DAİR ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

Gemiler üzerindeki rehin, ipotek ve diğer imtiyazlı haklar ilk olarak “Deniz Ticaret Vasıtalarının Rehin ve İmtiyazlarıyla İlgili Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında 10 Nisan 1926 tarihli Brüksel Sözleşmesi” (International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages, made at Brussels on 10 April 1926)¹⁵ ile düzenlenmiştir. Daha sonra bu sözleşmenin yerine geçmek üzere Birleşmiş Milletlerce hazırlanan “Gemiler Üzerinde Rehin ve İmtiyazların Tanınması

¹³ Yargıtay 11. HD., T. 21.10.2004, E. 2004/1033 ve K. 2004/10103; “Davacı vekili, eski adı M/V G. S olan geminin müvekkilince Güney Afrika’da cebri ihalede satın alındığını ve Panama Gemi Siciline kaydedildiğini, cebri icra tarihi itibarıyla Türkiye’deki sicil kaydının hükümsüz kaldığını, satımın açılacak terkin davası sonucuna kadar 3 ncü şahısların bilgilendirilmesi amacıyla gemi siciline şerh verildiğini, davalı sicil memurluğuna müracaat ile TTK. nun 851. maddesi gereğince bayrak çekme hakkını kaybeden geminin Gemi Sicilinden terkin isteminin Gemi Sicil Memurluğunca reddedildiğini ileri sürerek, red kararının iptaline, geminin İstanbul Gemi Sicilinden terkin ve sicil kaydının kapatılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Türk Gemi Siciline kayıtlı bulunan gemi üzerindeki mülkiyetin iktisap ve ziyat Türk kanunlarına tabi olup, Türk Hukuk Mevzuatına göre geminin ipotekle yükümlü olarak intikal ettiğinin kabulü gerekir. Gemi Türk bayrağını çekme hakkını kaybederse kaydı ancak ipotekli alacaklıların ve gemi sicil münderecatına göre ipotek üzerinde hak sahibi olan 3. şahısların muvafakatları ile terkin olunabilir”. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

¹⁴ Yargıtay 12. HD., T. 12.7.2002, E. 2002/13000 ve K. 2002/15480 sayılı kararı: “Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindendir ve devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. Bu nedenledir ki yabancı bir devlet mahkemesinin kararı ile bir geminin satılıp malik değiştirmiş olması, Türk gemi siciline kayıtlı bulunan geminin sicilden kaydı terkin olunmadığı sürece hukuki statüsünde bir değişikliğe doğrudan neden olamaz. Öte yandan, gemi alacaklısı hakkı, alacaklının alacağını deniz servetinden öncelikle almasını sağlayan bir tür kanuni rehin hakkı olup, kanundan doğduğundan tescilsiz kazanılır ve rehin veya ipotekle temin edilmiş veya edilmemiş bulunan diğer bütün alacaklara tekaddüm eder. Gemi alacaklısı hakkının takibi ise; gemi alacaklılarının hakları, gemi ve navlun üzerinden İcra İflas Kanununun hükümlerine göre rehnin paraya çevrilmesi suretiyle tahsil olunur”. <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/12hd-2002-13000.htm&query=gemi%20ipotek#fm>

¹⁵ Türkiye bu anlaşmayı 14/12/1955 tarih ve 6469 sayılı kanunla tasdik etmiş ve anlaşma Türkiye hakkında 04 Ocak 1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Hakkında 6 Mayıs 1993 Tarihli Uluslararası Sözleşme” (International Convention on Maritime Liens and Mortgages, made at Geneva on 6 May 1993) kabul edilmiş ve 5 Eylül 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁶.

Ayrıca, Gemilerin Seferden Men Edilmelerine Dair 12 Mart 1999 tarihli Sözleşme’nin (International Convention on Arrest of Ships, made at Geneva on 12 March 1999)¹⁷, 3/1-c maddesinde gemi üzerindeki rehin, ipotek veya benzeri mahiyette bir yükümlülük deniz alacağı arasında sayılmış ve alacağın bunlara dayanması halinde geminin seferden men edilebileceği kabul edilmiştir¹⁸.

3- ULUSLARARASI DENİZCİLİK KOMİTESİ’NİN YABANCI GEMİLERİN ADLİ MAKAMLARCA SATIŞINADA İRÇALIŞMALARI

2008 yılında Uluslararası Denizcilik Komitesi’nin (Comité Maritime International (CMI), Atina konferansından sonra CMI Yürütme Kurulu; gemilerin icra yoluyla satışına dair problemleri, özellikle de gemilerin yabancı icra makamlarınca satışının uluslararası tanınabilirliğine ilişkin sorunlar ile bu konuda uluslararası bir doküman hazırlanmasının gerekliliğini ve uygulanabilirliğini araştırmak üzere bir uluslararası Çalışma Grubu (UÇG) (International Working Group, IWG) kurmuştur¹⁹.

UÇG (IWG), çalışmalarına esas olmak üzere anket soruları hazırlayarak, cevaplandırmaları için diğer ülkelerde bulunan CMI üyesi kuruluşlara göndermiştir. UÇG’nin hazırladığı ankette üzerinde durulan, cevaplandırılması istenen konulardan birincisi; gemilerin adli satışı kavramıdır. Adli makamlarca gemi satışına birçok hukuk sisteminde; icra yoluyla satış

¹⁶ Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&lang=en, Sözleşme metni için bkz. <http://www.admiraltylawguide.com/conven/liens1993.html>,

¹⁷ BERLINGIERI Francesco, on Arrest of Ships, 5th edition, London 2011; ATAMER Kerim, Deniz Hukukunda Cebrî İcra, İstanbul 2005, Sözleşme metni için bkz. <http://www.admiraltylawguide.com/conven/arrest1999.html>, Sözleşme 14 Mart 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Arnavutluk, Cezayir, Benin, Bulgaristan, Danimarka, Ekvador, Estonya, Finlandiya, Letonya, Liberya, Norveç, Pakistan, İspanya ve Suriye Arap Cumhuriyeti Sözleşme tarafı ülkelerdir. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&lang=en

¹⁸ ATAMER Kerim, New Turkish Law of Ship Mortgages and Enforcement, Turkish Maritime Law Association / Deutscher Verein für Internationales Seerecht, Recent Developments in Maritime Law, İstanbul 2012, pp. 75-93

¹⁹ Comité Maritime International Questionnaire in respect of Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships, s. 1, <http://www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html>

veya mahkeme yoluyla satış gibi farklı isimler verilmektedir. Geminin adli satışı; ya gemi üzerindeki bir kanuni rehin veya ipotek ya da özel bir imtiyaz hakkının veya bir mahkeme ya da hakem kararının uygulanması yahut bir gemi alacak hakkının korunması için malvarlığı değeri olarak geminin esas alınması gibi değişik amaçlarla başlatılabilir veya yürütülebilir²⁰.

UÇG'nin üzerinde durduğu ikinci konu; gemilerin adli satışında temel prosedürel unsurlardır. Gemilerin adli satışı aynı ya da şahsi, bir hakkın korunması veya uygulanması gibi değişik davalara konu olabilir ve satış prosedürleri değişiklik gösterebilir. Bu nedenle yargısal satışla ilgili uluslararası geçerliliği olan ve kabul gören bir sistemin belirlenmesi önemlidir²¹.

UÇG üçüncü olarak; geminin adli yolla satışının etkileri üzerinde durmuştur. Bir geminin adli satışının yapılması halinde, belirli yasal etkileri olmakta ve bunu takip eden sonuçları görülmektedir. Örneğin, birçok ülkede var olan önceki gemi sahipliği, ipotek veya kanuni gemi alacaklısı hakkı ya da satış öncesi gemiyle ilişkilendirilen diğer masraflar sona ermektedir²².

UÇG dördüncü olarak geminin yabancı adli makamlarca satışının tanınmasına dair hukuksal etkilerini değerlendirmiştir. Zira, geminin bir ülkede yargı yoluyla satışı halinde bu satışın diğer bir yargı sisteminde tanınmasına ihtiyaç olabilmektedir. Yabancı ülkelerde yargı organlarınca yapılan satışların tanınmasının gerekmemesi halinde ise, birçok problem ya da kanunların çatışması söz konusu olabilmektedir. Ayrıca, birçok ülkenin iç hukukunda; geminin bir diğer ülke adli makamlarınca, ne zaman ve hangi şartlar altında satılması halinde, yabancı ülkede yapılan bu satışın sanki ülke içindeki yerel makamlarca yapılmış gibi, yani yerli makamlarca satılmış olmasıyla eşdeğer etkiye sahip olan ve uygulanabilir hukuk kuralları halihazırda bulunmamaktadır²³.

²⁰ Comité Maritime International Questionnaire in respect of Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships, s. 2, <http://www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html>

²¹ Comité Maritime International Questionnaire in respect of Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships, s. 2, <http://www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html>

²² Comité Maritime International Questionnaire in respect of Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships, s. 3, <http://www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html>

²³ Comité Maritime International Questionnaire in respect of Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships, s. 5, <http://www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html>

UÇG son olarak; gemilerin yabancı adli makamlarca satışının tanınmasına dair uluslararası bir belgenin gerekliliği ve uygulanabilirliğini dikkate almıştır. Yabancı adli makamlarca gemi satışlarının tanınması hususunda birkaç vakia bulunmakla birlikte, UÇG'ye bildirilen bu vakıaların resmin bütününe yansıtmayacağı da ortadadır. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere “Gemiler Üzerinde Rehin ve İmtiyazların Tanınması Hakkında 6 Mayıs 1993 Tarihli Uluslararası Sözleşme” 2004 yılından beri yürürlüktedir. Sözleşme gemilerin icra yoluyla satışının bildirimi ve etkileri ile ilgili hükümler içermekte olup, yeni bir düzenlemeden önce bu hükümlerin uygulanabilir olup olmadığının değerlendirilmesinin mantıklı olacağı benimsenmiştir²⁴.

4- GEMİNİN YURTDIŞINDA SATIŞINA DAİR TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEME

Gemilerin yurtiçinde satışları halinde bile bir dizi problemle karşılaşmak mümkün iken, yurtdışında yapılan satışlarda bu kez de yabancı icra organlarının yaptıkları satışın tanınması sorunu başta olmak üzere yukarıda izah edildiği gibi çok farklı sorunla karşılaşabilmektedir. Gemilerin yurtdışında satışı hususunda gerek yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK), gerekse 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (yTTK) ile düzenleme yapılmıştır.

A-) Eski Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenleme

6762 sayılı eTTK 1245. maddesine göre²⁵:

“Geminin;

1...

2. Türkiye genelinde tirajı en yüksek beş gazete arasından iki ayrı gazetede üç gün ara ile iki kez ilanen tebligat yapılmak suretiyle gemi alacaklılarının satıştan haberdar edilmeleri kaydıyla yurt dışında cebri icra yoluyla,

²⁴ Comité Maritime International Questionnaire in respect of Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships, s. 6, <http://www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html>

²⁵ 1245. madde “Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” 6.maddesi ile değiştirilmiştir (Kabul tarihi 20.4.2004, 28.4.2004 tarihli ve 25446 sayılı Resmi Gazete). 1245. Maddenin eski hali: “Gemi alacaklılarının gemi üzerindeki rehin hakkı, geminin Türkiye içinde cebri icra yolu ile satılması halinden başka kaptanın 990'ıncı madde hükmü gereğince kati zaruret hallerinde kanuni salahiyetlerine istinaden gemiyi satmış olmasıyla de kalkar. Satış bedeli, alıcı tarafından henüz ödenmediği veya kaptanın yahut acentenin elinde bulunduğu müddetçe gemi alacaklıları için gemi yerine geçer”.

3...

Satılması durumunda gemi alacaklılarının gemi üzerindeki rehin hakları kalkar. Satış bedeli alıcı tarafından henüz ödenmediği veya kaptanın yahut acentenin elinde bulunduğu müddetçe gemi alacaklıları için gemi yerine geçer.”

TTK 851. maddeye göre de: “*Gemi, ... yurt dışında cebri icra yolu ile bir yabancıya satılarak veya başka bir surette Türk Bayrağını çekme hakkını zayı ederse talep üzerine sicilden kaydı terkin olunur...*”²⁶.

B-) Yeni Türk Ticaret Kanunu’ndaki Düzenleme

Gemilerin ihtiyati haczi, deniz hukuku uygulamasında en çok sorunla karşılaşılan sahalardan biridir. Bu hususta Yargıtay kararları, icra uygulamaları ve bilimsel görüşler arasında sayısız çelişki ve tartışma bulunmakta olup bu konuda halen çelişkiler sürmektedir. Bu sebeple, “deniz hukukunda cebri icra” hakkındaki yeni kısımda, gemilerin ihtiyati haczi teferruatlı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken, 1999 tarihli Sözleşme’nin hükümleri esas alınmıştır. Sözleşme’nin 2 nci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, ihtiyati haczin usulüne, haciz kararı veren mahkemenin hukuku (lex fori) uygulanacaktır. Bu Sözleşme’nin lex fori’ye bıraktığı hususlarda,

²⁶ Tadilata konu olan TTK’nın 851 ve 1245. maddelerinin tadilattan önceki hallerine ilişkin olarak yapılan yorumlar yurt dışında cebri icraya konu olan gemiler üzerindeki aynı hakların/sicil kayıtlarının geçerliliklerini sürdürecekleri ve bu sebeple geminin Türk gemi sicilinden terkin edilemeyeceği yönünde gerçekleşmiştir.

Söz konusu maddenin hukuken doğru olarak yorumlanması halinde alacaklıların gemi üzerindeki rehin hakları ile ilgili olarak aşağıdaki şekilde bir sonuç çıkmakta idi. (T.Çağa, Deniz Ticareti Hukuku III, shf.69, mehaz Alman Hukuku da aynı düzenlemeyi içermektedir.) a- geminin Türkiye’de cebri icra yolu ile satışı halinde son bulurlar, b- yabancı ülkede yapılan cebri icra yolu ile satışın söz konusu rehin haklarına son verip vermeyeceği ise satışın yapıldığı ülkenin kanunlarına tabidir. Dolayısı ile Türkiye dışında bir satış halinde kriter satış yeri hukuku olmaktadır. Burada yerel olarak 1245 muadili bir düzenleme mevcut bulunduğu takdirde gemi sicil memurluğunun gemiyi Türk sicilinden terkin etmesi gerekmektedir. Bu husus da uluslararası hukuk alanındaki “geminin cebri icra yolu ile satılması halinde üzerindeki tüm takyidatın sona ereceği ve geminin yeni malike temiz bir şekilde intikal edeceği” yönündeki kurala uyumludur. Buna karşılık uygulamada yukarıda ortaya konulan maddenin hatalı bir şekilde yorumlanması sonucunda bir takım gayri hukuki ve özellikle Türk Hukuk sisteminin bir boşluğuymuş şeklinde tezahür eden sonuçlar meydana gelmiştir; buna göre madde metninden (ipotek dahil olmak üzere) rehin haklarının, cebri icra ile satışın ancak Türkiye’de olması halinde sona ereceği, buna karşılık Türkiye dışında, nerede olursa olsun ve satışın gerçekleştiği yer hukuku nasıl bir düzenleme getirirse getirsin gemi üzerindeki rehin haklarının değişimsiz devam edeceği şeklinde bir sonuç doğmakta idi. ÜLGENER M. Fehmi, Türkiye Dışındaki Cebri İcra Sonucunda Gemi Sicilinde Kayıtlı Olan Hakların Akıbeti Ve Geminin Terkin Edilebilmesi Konularında Yapılan Kanun Değişikliği, www.ulgener.com/upload/lib/26_TK_md_1245.doc

2004 sayılı Kanunun hükümleri dikkate alınarak, deniz ticaretinin ihtiyaç ve şartlarına uygun özel kurallar sevk edilmiştir.

6102 sayılı yeni TTK²⁷ ise geminin finansmanında kullanılan kredileri teminat altına alan ipotek²⁸ ile gemilerin icra yoluyla satışı düzenlenmiştir²⁹. TTK m. 1350 geminin yurtdışında cebri icra yoluyla satışını düzenlemektedir. Yabancılik unsurunu içeren deniz ticareti uyuşmazlıklarında, hangi ülke hukukunun uygulanacağı, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda belirtilmektedir. Ancak, cebri icraya uygulanacak

²⁷ 6762 sayılı TTK 13 Ocak 2011 tarihinde TBMM genel kurulunda kabul edilen ve 14 Şubat 2011 günü 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile değiştirilmiştir. Yeni kanun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁸ İpoteğin niteliğini düzenleyen 1014. maddeye göre:

“(1) Bir alacağı teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek kurulabilir. Gemi ipoteği alacaklıya, alacağını, geminin bedelinden alma yetkisini verir. Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır. İleride doğabilecek veya şarta ya da kıymetli evraka bağlı bir alacak için de ipotek kurulabilir.

(2) Alacaklıların gemi ipoteğinden doğan hakkı, sadece alacağa göre belirlenir.

(3) Bir geminin payı ancak gemiye paylı mülkiyet esaslarına göre malik olan paydaşlardan birinin payından ibaret olmak şartıyla gemi ipoteği ile sınırlandırılabilir.

(4) Bir geminin bütün payları bir malikin elinde bulunduğu sürece, ayrı ayrı paylar üzerinde ayrı ayrı kişilere gemi ipoteği kurulamaz”.

İpoteğin kurulması ise 1015. maddede düzenlenmiş olup bu hüküm gereğince:

“(1) Gemi ipoteğinin kurulması için geminin maliki ile alacaklının gemi üzerinde ipotek kurulması hususunda anlaşmaları ve ipoteğin gemi siciline tescil edilmesi şarttır.

(2) İpoteğin kurulmasına ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve imzalarının noterce onaylanması gerekir. Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir. Bu şekillerden birine uygun olarak yapılmadıkça ipoteğin kurulmasına dair anlaşma geçerli olmaz.

(3) Tescilden önce anlaşma Kanunun öngördüğü şekilde yapılmış veya malik tarafından Gemi Sicili Nizamnamesi uyarınca alacaklıya kayda onay verdiği bildirilmiş ya da sicil müdürlüğüne kayıt dilekçesi verilmiş olduğu takdirde, ilgililer tescilden kaçınamazlar.

(4) Malikin tasarruf ehliyetinin sonradan sınırlandırılması, sicile bildirilen kayda onayını veya kayıt istemini geçersiz duruma getirmez.

(5) Yabancı bir ülkede iktisap edilip, henüz Türk Gemi Sicili veya Türk Uluslararası Gemi Siciline tescil edilmemiş olan gemilerde bayrak şahadetnamesine şerh tescil hükmündedir. Geminin tescilinde bu gibi ipotekler resen sicile geçirilir.

(6) Hamiline yazılı bir tahvile bağlı alacağı teminat altına almak amacıyla gemi ipoteği kurulması için malikin sicil müdürlüğüne beyanda bulunması ve sicile tescil yeterlidir”.

²⁹ Sekizinci Kısımda, “deniz hukukunda cebri icra”ya ilişkin her husus düzenlenmiş değildir. Genel gerekçede de belirtildiği gibi, amaç, deniz ticareti hukukunda cebri icranın 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’na göre özelliği olan hususlarını hükme bağlamaktır. Bu amaçla birinci fıkrada, bu kısım hükümleri ile anılan Kanun arasındaki bağlantı tesis edilmiş ve bu kısımda hüküm bulunmayan bütün hususlarda 2004 sayılı Kanuna müracaat edileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla, tasarının bu kısmı, adeta 2004 sayılı Kanunun bir kısmı gibi düşünülecek ve bu Kısımda yer alan hükümler 2004 sayılı Kanunda ilgili oldukları maddelerle bir arada uygulanacaktır. 6102 sayılı TTK madde gerekçe, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>

hukuk, son yıllarda bazı tereddütlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu sebeple konu, TTK'nın “Deniz Ticareti” başlıklı Kitabında “cebrî icra”ya tahsis edilen özel kısımda düzenlenmiştir. TTK 1350. maddeye göre:

“ (1) Bir geminin ihtiyaten veya icraen haczi, cebrî icra yoluyla satışı ve mülkiyetin intikali de dâhil olmak üzere bu satışın sonuçları ve cebrî icraya ilişkin diğer bütün işlem ve tasarruflar; geminin bu işlem ve tasarrufların yapıldığı sırada bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir. Şu kadar ki, Türk bayraklı bir geminin yurt dışında cebrî icra yoluyla satışı hâlinde, artırmayı yapan kurum veya ilgililer tarafından, bu satıştan en az otuz gün önce artırmanın;

a) Geminin kayıtlı olduğu Türk Gemi Siciline,

b) Geminin sicile kayıtlı malikine,

c) Gemi siciline tescil edilmiş diğer hakların ve alacakların sahiplerine,

bildirilmesi veya gideri ilgililer tarafından karşılanmak şartıyla tirajı ellibin üzerinde olan ve Türkiye düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle ilan edilmesi zorunludur. Bu bildirim veya ilan yapılmaksızın geminin yurt dışında cebrî icra yoluyla satışı hâlinde kayıt silinemez ve gemi üzerinde Türk Gemi Siciline kayıtlı haklar ve alacaklar saklı kalır.”

Maddenin bu hükmü, 1993 tarihli Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme'nin 2 nci maddesinin ikinci cümlesinden alınmıştır. Bu kural, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararlarında da benimsenmiştir. TTK gerekçesinde 1350. maddenin ikinci cümlesi, 1993 tarihli Sözleşme'nin 11 inci maddesi ile 6762 sayılı Kanunun 1245 inci maddesinin birinci fıkrasında 2004 yılında 5136 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ve 2004 sayılı Kanunun 125 inci maddesi dikkate alınarak düzenlenmiştir. 1993 tarihli Sözleşmeye göre artırmayı yapacak merci tarafından sicile, malike ve tescil edilmiş hak sahiplerine bildirim yapılması kural olarak zorunludur. Ancak, 1993 tarihli Sözleşme'nin bu hükmünün uygulanmasında doğabilecek sorun ve tereddütler sebebiyle, hükme bir ilave yapılmış ve mezkur bildirimin yapılması hususunda “ilgililer”e de yetki verilmiştir. Kanunun 1385. maddesine³⁰ paralel bir uygulamayla ilân usulü

³⁰ Artırmanın ilanı MADDE 1385- (1) İcra ve İflas Kanununun 126 ncı maddesi uyarınca yapılacak ilan, tirajı ellibin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle ve ayrıca yurt dışında dünya çapında dağıtımı yapılan denizcilikle ilgili günlük bir gazete- de yayımlanır.

(2) İlanda, ipotek alacaklısının rızasıyla alıcı tarafından yüklenenler dışında, geminin bü-

de bir seçenek olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla, ilân usulü, masrafı ilgililer tarafından verilmek kaydıyla, işletilmişse, artık arttırmayı yapan merciin veya ilgililerin başkaca bildirim yapma zorunlulukları yoktur. Bu şekil şartlarına uyulmamış ise, gemi sicilden terkin edilmeyecektir³¹.

1352. madde ise geminin inşası, üzerinde rehin veya ipotek kurulması ve gemi için alınan kredileri deniz alacağı olarak düzenlemektedir³².

“(1) “Deniz alacağı”; aşağıda sayılan hususların birinden veya birkaçından doğan istem anlamına gelir:

m) Geminin yapımı, yeniden yapımı, onarımı, donatılması ya da geminin niteliğinde değişiklik yapılması.

p) Gemi için alınmış krediler dâhil olmak üzere, geminin veya malikinin adına yapılmış harcamalar.

v) Gemi rehni, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki aynı bir yükümlülük.”

TTK’nın 1352 hükmü, 1999 tarihli Sözleşme’nin 1 inci maddesinin birinci fıkrasından alınmış; (p) bendi, özellikle bankalar tarafından verilen kredi alacaklarının (v) bendi kapsamında bir rehinle temin edilmiş olmadıkları hallerde bu bende gireceklerini açıklayacak şekilde kaleme alınmıştır. TTK’nın 1353 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, 2004 sayılı Kanunun sistemine önemli bir istisna getirilmiştir: Bir geminin ihtiyati haczi, muaccel her türlü alacak için değil, münhasıran TTK’nın 1352 nci maddesinde sayılan deniz alacakları için talep edilebilecektir. Böylece gemiler sadece belli kategoriye giren alacaklar için seyirden alıkonabilecektir; diğer alacaklardan dolayı geminin ihtiyati haczine karar verilemeyecektir. Deniz alacağı kavramı gemi alacağı kavramından daha geniş olup gemi alacaklarının tamamı, TTK’nın 1352 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (i), (k), (n) ve (o) bentleri uyarınca aynı zamanda deniz alacağı teşkil eder³³.

tün aynı ve kişisel haklardan, külfetlerden ve sınırlandırmalardan arınmış olarak satılacağı bildirilir.

³¹ 6102 sayılı TTK madde gerekçe, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>

³² Yeni TTK ile sistem geliştirilmiş çeşitli tarafların çatışan çıkarları arasında uluslararası bir standart üzerinde bir denge sağlanmaya çalışılmıştır. ATAMER Kerim, New Turkish Law of Ship Mortgages and Enforcement, s. 24

³³ 6102 sayılı TTK madde gerekçe, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>

SONUÇ:

Küresel finans krizi çok kısa bir sürede denizcilik sektörü ve piyasalarını da etkisi altına almıştır. Ekonomideki yavaşlama doğal olarak dış ticareti olumsuz yönde etkilemiş, dünya tüketiminin azalması nedeniyle birçok işletmenin stokları artmıştır. Yeni ürün talebinin sınırlı kalması veya durma noktasına gelmesi nakliye hizmetlerinin de azalmasına neden olmuştur.

Krizin sonuçlarından biri de ödenemeyen ve/veya borçlunun ödeme kabiliyeti bulunmayan krediler için yasal takip başlatılmasıdır. Ekonomik kriz sonrasında gemi hacizleri ve satışları hız kazanmıştır. Ancak bu durumda da gerek ipoteğin tabi olduğu hukukun, gerekse geminin kayıtlı olduğu ülke hukukunun farklılık arzemesi, paraya çevirme işlemlerinin genellikle ipotekle hiç ilgisi bulunmayan üçüncü bir ülke yargı ve icra makamlarınca gerçekleştirilmesi, yurt dışında yapılan bu satışların geçerliliği, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması, yurt dışında icra makamlarının yaptığı satışın etkileri ile ilgili önemli problemlerle karşılaşılabilir.

Tüm bu hususlar dikkate alınarak, Uluslararası Denizcilik Komitesi'nce (CMI) mevcut gemilerin yabancı adli makamlar ve icra organları vasıtasıyla satışıyla ilgili uluslararası sözleşmelerde değişiklik çalışmaları başlatılmıştır. Yeni TTK da mevcut uluslararası sözleşmeleri dikkate alarak bir düzenleme getirmiştir. Tüm bu hükümler gemilere finansman sağlayan banka ve kredi kuruluşları başta olmak üzere, diğer alacaklılara uluslararası alanda en iyi korumayı sağlayacak bir sistem kurulması ve denge sağlanmasını hedeflemektedir. Ancak, tüm dünyada geçerli bir sistemin kurulabilmesi şu an için pek mümkün görünmemektedir. Bunda bir grup ülkenin ağırlıklı olarak taşıyan konumunda bulunmasına karşın, diğer bir grup ülkenin ise ağırlıklı olarak taşıtan konumunda bulunmasından kaynaklanan menfaat çatışmaları da önemli bir etkiye sahiptir.

Bu nedenle, bankalar ve finans kuruluşları ile gemilere finansman sağlayan diğer kişi ve kuruluşların alacaklarını teminat altına almada klasik usullere başvurmaktan ve geminin bulunduğu ülke mevzuatına, yani yerel hukuka göre hareket etmekten başka imkanları bulunmamaktadır. Gemileri, adli veya idari makamların yaptıkları satış dolayısıyla alanların ise satışın yapıldığı ülke mevzuatı kadar, geminin kayıtlı olduğu sicil devletinin, geminin mülkiyetinin geçişi ile ilgili düzenlemelerini de dikkate almaları, buradaki usulleri takip etmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde gemiyi eski sicilden terkin ettirmek istediklerinde, bu sicile kayıtlı alacakları da ödemek zorunda kalmaları sık karşılaşılan olaylardandır.

KAYNAKAR

AKÇA Emin Cihan, Temel Denizcilik Finansmanı (YL Tezi), 2006

ATAMER Kerim, Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul 2005

ATAMER Kerim, New Turkish Law of Ship Mortgages and Enforcement on Arrest of Ships, 5th edition, London 2011

BERLINGIERI Francesco,

ESTRADA Edward J., Foreign Shippers: Weighing the Benefits Presented by Chapter 11, [http://www.reedsmith.com/files/uploads/Documents/estrada %20shipping %20bankruptcies.pdf](http://www.reedsmith.com/files/uploads/Documents/estrada%20shipping%20bankruptcies.pdf)

MILFORD Phil, KARY Tiffany,

NIGHTINGALE Alaric, General Maritime Files for Bankruptcy Protection With \$1.4 Billion in Debt, <http://www.bloomberg.com/news/2011-11-17/general-maritime-files-for-bankruptcy-protection-with-1-4-billion-in-debt.html>

MAGNUSSON Niklas, ING Says It's Still Worth Making Ship Loans as Europe Banks Exit, 30 Nisan 2012, <http://www.businessweek.com/printer/articles/57720?type=bloomberg>

ÜLGENER M. Fehmi, Türkiye Dışındaki Cebri İcra Sonucunda Gemi Sicilinde Kayıtlı Olan Hakların Akıbeti Ve Gemilerin Terkin Edilebilmesi Konularında Yapılan Kanun Değişikliği, www.ulgener.com/upload/lib/26_TK_md_1245.doc

<http://www.admiraltylawguide.com/conven/liens1993.html>

Britannia Bulk PLC, <http://opencorporates.com/companies/gb/03842976>

Comité Maritime International Questionnaire in respect of Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships, <http://www.comitemaritime.org/Recognition-of-Foreign-Judicial-Sales-of-Ships/0,2750,15032,00.html>

Haciz yoluyla satılan gemi sayısı arttı, Aktüeldeniz, S. 40, Aralık 2012, s. 12, http://www.aktueldeniz.com/edergi_sayi_40/

<http://internationalshippingnews.blogspot.com/2011/11/general-maritime-files-chapter-11.html>

TBS INTERNATIONAL PLC, http://sec.gov/Archives/edgar/data/1479920/000147992011000020/tbs10k_123110.htm

http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&lang=en

TTK gerekçe, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>

Yargıtay kararları, www.kazanci.com

2008-2012 Küresel Ekonomik Kriz, http://tr.wikipedia.org/wiki/2008_Ekonomik_Krizi

<http://www.kccllc.net/MarcoPolo>

BOŞ

GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ

Mustafa Sencer KARA*

ÖZET

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni TTK düzenlenirken İsviçre'deki 1986 tarihli Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'daki değişiklikler göz önünde tutulmuş ve haksız rekabete ilişkin amaç ve ilkelerde bir takım değişiklikler kabul edilmiştir. Bununla birlikte yeni haksız rekabet hallerinin de getirildiği görülmektedir.

6102 sayılı TTK m.54 ile getirilen yeni haksız rekabet hükümleri, dürüst ve bozulmamış rekabeti, bütün katılanların menfaatine sağlar. “Bütün katılanlar” ifadesi ile rekabet hukukunun “ekonomi”, “tüketici” ve “kamu”dan oluşan ünlü üçlüsü kastedilmiştir. “Bütün katılanlar” ifadesinin kullanılması, rekabet kurallarının sadece rakipler arası ilişkilere özgülmesi ihtimalini ortadan kaldırmıştır.

6102 sayılı TTK m.55/I-f'de, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları, bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Ayrıca iki genel işlem şartı hali de örnek olarak gösterilmiştir. Söz konusu hükmün uygulanmasında, tüketici, tacir, tacir olmayan ayrımı söz konusu değildir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet, Genel İşlem Şartları, Standart Sözleşme, Dürüstlük Kuralı, Haksız Şart

UNFAIR COMPETITION PROVISIONS REGARDING TO GENERAL TERMS AND CONDITIONS

ABSTRACT

Turkish Commercial Code (Law No.6102) has entered into force on 1 July 2012. The new TCC has taken into account the changes made to the Swiss Law on the Prevention of Unfair Competition of 1986 and it has also brought some changes in the principles and aims of unfair competition. Furthermore, new circumstances for unfair competition have been introduced.

Article 54 of the TCC (Law No.6102) states that the aim of the provisions regarding to the unfair competition is to provide fair and sound competition in the

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sencer@gazi.edu.tr.

interest of all participants. The term of “all participants” refers to the famous trio of the competition law: economy, consumer and public. Besides, the possibility to allocate the competition rules only among the relationship between the competitors has been removed.

According to the article 55/I-f of the TCC (Law No.6102), general terms and conditions of trade which are contrary to the principle of good faith, are regarded as unfair competition. This provision also demonstrates two examples for such general terms and conditions of trade. Consumer, merchant or non-merchant distinction is not made in the application of this provision.

Keywords: *Unfair Competition, General Terms and Conditions, Standard Contract, Rule of Honesty, Unfair Terms*

I. GENEL OLARAK

Ticari hayatta mal ve hizmetlerin değişim şartları, sözleşmeler ile belirlenir. Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre taraflar, birbirine uygun irade açıklamaları ile diledikleri şekilde sözleşmeyi düzenleyebilirler. Borçlar Kanunumuzun sözleşmelere ilişkin hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, eşit konumda bulunan tarafların bir araya gelmeleri ve şartlar üzerinde müzakere etmeleri beklenir. İrade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması, sözleşme şartlarının müzakere edilmiş olmasına bağlıdır¹.

Seri üretim yöntemlerinin ortaya çıkması, hızlı şehirleşme ile nüfusun artışı, hizmetlerin toplu pazarlanmaya başlaması gibi yaşanan bazı gelişmeler, sözleşmelerin müzakere edilmesi imkânını güçleştirmiştir². Ekonomik ve ticari faaliyette yaşanan artış, çok sayıda aynı veya benzer ticari sözleşmelerin yapılmasına neden olmuştur. Bu durum mal ve hizmetlerin değişiminin hukuki aracı olan sözleşmelerin kurulmasında ve yapısında değişiklikleri de beraberinde getirmiştir³.

Aynı veya benzer mal ve hizmetler için aynı türden, çok sayıda sözleşme yapılmaya başlanması, her bir sözleşme için ayrı ayrı pazarlık yapma ihtiyacının ortadan kaldırılmasına, şartların standart hale getirilmesine ve satıcı veya sağlayıcının menfaatlerinin üstün tutulmasına yol açmıştır. Ticari ve mesleki alanlardaki gelişmeye paralel olarak, çok sayıdaki benzer sözleşmelerde ortaya çıkan standartlaşma, karşılıklı müzakerelerin yapıldığı

¹ BATTAL, s. 210; OĞUZ, s. 25; ARIKAN, s. 65.

² BATTAL, s.211; OĞUZ, s. 26.

³ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 638; HAVUTÇU, s. 2.

bireysel sözleşmelerin önüne geçmiştir⁴. Böylece “standart sözleşme”⁵ kavramı ortaya çıkmıştır⁶. Bu sözleşmelerde, diğer tarafa hemen hemen hiç müzakere şansının tanınmadığı, çoğunlukla satıcı veya sağlayıcının menfaatlerinin gözetildiği sözleşme şartları yer almakta olup, bunlar genel işlem şartları olarak ifade edilmiştir.

Günümüzde ticari sözleşmelerde de genel işlem şartlarının kullanımı oldukça yaygınlaşmıştır. Özellikle bankacılık, sigortacılık, ulaşım, nakliye sözleşmelerinde ve su, doğalgaz, elektrik, telefon, internet abonelik sözleşmelerinde genel işlem şartları kullanılmaktadır. Sözleşmenin karşı tarafı, önüne konulan metni okumaya zamanının olmaması, okusa bile belki de her hükmünü anlamayacağı için, bu sözleşmelerin imza aşamasında, kararsızlık hissedebilir. Karşı tarafı oluşturan müşteriler, müzakere şanslarının bulunmaması nedeniyle, ya gerçek iradelerine uygun olmasa da genel işlem şartlarını kabul edip sözleşmeyi imzalarlar ya da sözleşme yapmaktan vazgeçerler⁷.

Günlük hayatta, bazı mal ve hizmet sektörlerinde satıcı veya sağlayıcının alternatifinin çok olmaması, aynı mal ve hizmeti sunan başka işletme⁸ olsa dahi onların da aynı veya benzer genel işlem şartları kullanarak sözleşme yapmaları sebebiyle, müşterinin sözleşme yapmaktan vazgeçtiği nadir görülür. Bu durum karşısında, genel işlem şartlarına, sözleşmenin karşı tarafını koruyucu bir takım düzenlemeler getirme zorunluluğu doğmuştur. En son getirilen düzenlemelerden birisi de 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.55/I-f bendinde düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükümleridir.

⁴ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 638.

⁵ “Standart sözleşme” yerine, “seri”, “kitle”, “tip” ya da “iltihaki sözleşme” kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir.

⁶ BATTAL, s. 211; OĞUZ, s. 443; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 2.

⁷ BAUDENBACHER, s. 791; BATTAL, s. 212.

⁸ Makalede sözleşmenin taraflarından biri için “teşebbüs” veya “genel işlem şartı kullanan taraf”, diğer taraf için ise “müşteri” veya “karşı taraf” kavramları kullanılacaktır.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bazı maddelerinde⁹ doğrudan genel işlem şartları düzenlenmeksizin, bu nitelikteki bazı sözleşme şartlarının hükümsüzlüğüne dair hükümler getirilmiştir. Ancak Türk hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenleme yapılmasında çok geç kalınmıştır.

Genel işlem şartlarının kullanımına ve buna bağlanan yaptırıma ilişkin hukukumuzdaki ilk düzenleme, 1998 yılında Sermaye Piyasası Kurulu'nun Mülga Seri:V, No:19 sayılı Tebliğ'nin 47. maddesinin 3. fıkrasında değişiklik yapan ve geçici 3. madde hükmünü ekleyen “Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği”nde¹⁰ Değişiklik Yapılmasına Dair Seri:V, No:38 sayılı Tebliğ¹¹ ile getirilmiştir. Bu Tebliğ hükmü¹², sermaye piyasası aracılık çerçeve sözleşmesinde genel işlem şartlarının kullanılması halinde, hakimi, sözleşme içeriğine müdahale etme konusunda yetkilendiren ilk hükümdür¹³.

İlk kanuni düzenleme ise 2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 6. maddesinde yapılan değişiklik ile getirilmiştir. Ayrıca söz konusu maddeye dayanılarak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik¹⁴ çıkarılmıştır. TKHK m.6 hükmü, sadece tüketiciler bakımından bir koruma getirmiş, genel işlem şartlarının tüketici sayılmayanlar ve özellikle tacirler bakımından denetimini düzenlememiştir.

En son 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) hem de 6102 sayılı TTK'da genel işlem şartlarına

⁹ 6762 sayılı TTK m.766'ya göre, “Taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği, mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür”. 6762 sayılı TTK m.1266/II'ye göre ise, “Sigorta poliçesi birinci fıkra yazılı hususlardan başka İktisat ve Ticaret Vekaletince tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olan sigorta umumi şartlarını; muvakkat sigorta ilmühaberi ise, zikri geçen umumi şartlara atfı ihtiva eder. Bu fıkradaki tasdika ve baskıya ait olan şartların yerine getirilmemiş olması halinde dahi umumi şartname hükümlerinden sigorta ettirenin zararına olanlar yerine kanun hükümleri tatbik olunur”.

¹⁰ 01.03.1995 tarih ve 22217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹¹ 08.10.1998 tarih ve 23487 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹² ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 48; KARA, s. 243.

¹³ 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ Türk Borçlar Kanunu'nda “genel işlem şartları” kavramı yerine “genel işlem koşulları” kavramı kullanılmıştır. Halbuki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda “koşul” yerine, “şart” ifadesi tercih edilmiştir. Yeni yürürlüğe giren kanunlarda aynı kavram için farklı ifadelerin kullanılması gereksiz kavram kargaşasına neden olması sebebiyle eleştirilmiştir. ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s.9, dn. 1.

ilişkin yeni hükümler getirilmiştir. TBK'nın 20-25. maddeleri arasında genel işlem şartları kavramının¹⁵ tanımı yapıldıktan sonra, bu şartların denetimine ve yaptırımına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK m.55/I-f bendinde ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmak, bir haksız rekabet hali kabul edilmiştir.

TBK'da tüketiciler ile tacirler arasında bir ayırım yapılmaksızın bir düzenleme getirilmiştir. Fakat tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarının denetiminde, esas olarak TKHK ile ilgili Yönetmelik hükümleri uygulanacaktır. TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde ise 6098 sayılı TBK hükümleri ile denetim yapılabilecektir (TKHK 30). Ancak TBK'nın genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri TKHK'ya göre tüketiciler bakımından daha elverişli ise, TBK hükümleri öncelikle uygulanmalıdır¹⁶.

TBK'da tüketici olan veya olmayan ayırımı yapılmaksızın genel bir düzenleme getirilmiştir. Bu sebeple tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasındaki işlemlerde de TBK hükümleri ile genel işlem şartları denetlenebilecektir¹⁷. Özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin, ilgili piyasada ekonomik olarak üstün teşebbüslerle yapmış oldukları sözleşmelerde, tüketiciler gibi tacirlerin de genel işlem şartları denetiminden yararlanması gerektiği görülmektedir.

Ancak tacirler, ticari bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tabidirler (TTK 18/II). Bu yükümlülük altındaki tacirin, ticari işletmesi ile ilgili faaliyetlerinde düşüncesizliği veya deneyimsizliğinden söz edilemez¹⁸. Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirlerin ticari faaliyetleri ile ilgili yapacağı ticari sözleşmelerde de geçerlidir¹⁹. Bu sebeple düzenlenen sözleşmede tek taraflı ağır yükümlülükler getiren genel işlem şartlarının geçersizliğini ileri sürmeleri, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırılık olarak görülebilir²⁰.

¹⁵ SİRMEN, s. 110; OĞUZMAN /ÖZ, s. 163.

¹⁶ EREN, s. 217; OĞUZMAN/ÖZ, s. 162; ALTOP, s. 35; ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 10; KUNTALP, s. 82; Aksi görüş için bkz. ANTALYA, s. 296.

¹⁷ KARAHAN, s. 106.

¹⁸ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 152.

¹⁹ KARAHAN'a göre, bir sözleşmenin karşılıklı edimleri arasında açık oransızlık olduğu ve tacirin zor durumda kaldığı hallerde, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün artık uygulanmaması gerekir. KARAHAN, s. 106. POROY/YASAMAN'a göre ise, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün uygulanmaması için, ekonomik yıkım ölçüsü kullanılmalıdır. POROY/YASAMAN, s. 155.

²⁰ TBK'da düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümler, ne kurumsal olarak adı reka-

6102 sayılı TTK m.55/I-f bendinde, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları, bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Haksız rekabet dolayısıyla zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi altındaki rakipler ve müşteriler gibi, mesleki ve ekonomik birlikler de bu hükümlerden yararlanabilecektir (TTK m.56/I, II, III). TTK m.55/I-f hükmü göz önünde tutulduğunda, artık tacirlerin genel işlem şartlarının denetimi talepleri, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilemez.

TTK m.55/I-f’deki düzenlemede kanun koyucu, TBK’da olduğu gibi genel işlem şartlarını ayrıntılı düzenlememiş; özellikle genel işlem şartlarına ilişkin bir tanım getirmemiştir. Bu nedenle uygulanabilir olduğu ölçüde TBK’nın genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri, genel işlem şartlarının haksız rekabet hali için de geçerli olmalıdır.

TTK m.55/I-f hükmü ile TBK m.25 vd. hükümleri arasında düzenleme ilkeleri bakımından farklılık söz konusudur²¹. TBK’dan farklı olarak TTK’da, genel işlem şartlarına ilişkin bir içerik denetimi normu değil, bir haksız rekabet hali düzenlenmiştir. Bu nedenle her iki düzenleme arasında yarışma söz konusudur²².

III. BİR HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DÜZENLENME AMACI

6762 sayılı (Mülga) Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen haksız rekabet halleri arasında, genel işlem şartlarına ilişkin bir hüküm mevcut değildi. 6102 sayılı Yeni TTK düzenlenirken İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’ndaki değişiklikler göz önünde tutularak, haksız rekabete ilişkin amaç ve ilkelerde yaşanan değişikliklerle birlikte, yeni haksız rekabet hallerinin de getirildiği görülmektedir. Bu nedenle bir haksız rekabet hali olarak genel işlem şartlarının düzenlenme amacının tespit edilebilmesi için, genel olarak haksız rekabetin amacı incelenmelidir.

Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Rakipler arasında

beti, ne de bu şartları kullananın rakibini korumaktadır. Bu düzenlemenin amacı genel işlem şartları kullanıcısının tek taraflı ve ölçüsüz sözleşme özgürlüğüne ilişkin taleplerine karşı, sözleşmenin diğer tarafını korumaktır. ULMER/HENSEN/CHRISTENSEN (FUCHS), s. 539.

²¹ ULMER/HENSEN/CHRISTENSEN (FUCHS), s. 539. Aksi görüş için bkz. ANTALYA, s. 296.

²² 6762 sayılı TTK 56’a göre, “Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir”.

veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı sayılır (TTK m.54/I).

6102 sayılı TTK m.54 ile 6762 sayılı TTK m.56'dan²³ farklı bir haksız rekabet sistemi düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK m.56'ya göre, bir eylemin haksız rekabet hali olarak nitelendirilebilmesi için, dürüstlük kuralına aykırılık yeterli değildir. Ayrıca iktisadi rekabetin (suiistimali) kötüye kullanılması da aranır. Halbuki iktisadi rekabetin kötüye kullanılması kriteri, dar bir uygulama alanına sahiptir. TTK m.54 ile getirilen yeni haksız rekabet sisteminde ise, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması ve dürüst davranma kuralı esastır²⁴. Artık haksız rekabetten söz edilebilmesi için, iktisadi rekabetin kötüye kullanılması gerekli olmayıp, dürüstlük kuralına aykırı davranma yeterli görülmektedir²⁵.

İsviçre öğretisinde savunulan bir görüşe göre, dürüst ve bozulmamış rekabet²⁶, rekabetin niteliğini, yani kalitesini belirtmektedir. Kanunda dürüst ve bozulmamış rekabet tanımlanmamış olmakla birlikte, gerekçede açıklanmıştır. TTK m.54/I'nin gerekçesine göre, dürüst rekabet; dürüstlük kurallarına, centilmenliğe uygun olarak, katışıksız, saf ve hukuka uygun rekabeti²⁷ ifade eder. Bozulmamış rekabet²⁸ ise, güven duyulan “hilesiz” rekabetir²⁹.

Haksız rekabet hükümleri, dürüst ve bozulmamış rekabeti, bütün katılanların menfaatine sağlar. “Bütün katılanlar”³⁰ ifadesi ile rekabet hukukunun “ekonomi”, “tüketici” ve “kamu”dan oluşan ünlü üçlüsü kastedilmiştir. “Bütün katılanlar” ifadesinin kullanılması, rekabet kurallarının

²³ Bkz. 6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi m. 54.

²⁴ POROY/YASAMAN, s. 319; KARAHAN, s. 228.

²⁵ 6762 sayılı TTK'da “iktisadi rekabet” ifadesi kullanılıyordu. Bu kavram, hem anlam ve içeriğinin belirsiz olması hem de “rakipler arası rekabet”i çağrıştırması sebebiyle 6102 sayılı TTK'da “dürüst ve bozulmamış rekabet” olarak ifade edilmiştir. 6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi m. 54.

²⁶ Hukuka uygun rekabet, 6762 sayılı TTK'nın 56. maddesi anlamında, yasal kurallara uygun olarak yapılan rekabete özgülenemez. 6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi m.54.

²⁷ TAMER'e göre, “bozulmamış rekabet” ifadesi, haksız rekabet hükümlerinin amacını ifade etmede yetersiz kalmaktadır. Haksız rekabetin amacı bakımından “rekabetin sağlanması”ndan değil, “rekabetin devamı”ndan söz edilebilir. Bkz. TAMER, s. 24.

²⁸ 6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi m. 54.

²⁹ TAMER'e göre “bütün katılanlar” ifadesi, düzenlemenin anlaşılmasını güçleştirdiği gibi, yanlış anlamalara da sebep olabilecek niteliktedir. “Katılan” sözcüğü literatürde çok sık kullanılmayan ve bizzat kendisi müphem (belirsiz) bir kavramdır. TAMER, s. 25.

³⁰ 6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi m. 54.

sadece rakipler arası ilişkilere özgülenmesi ihtimalini ortadan kaldırmıştır³¹. Haksız rekabet hükümlerinin koruma kapsamına, rakipler ile birlikte, tedarikçiler, alıcılar ve özellikle tüketiciler de alınmıştır. Bunların rakip sıfatını taşıması da zorunlu değildir³².

6102 sayılı TTK’da haksız rekabet hükümlerinin amacı, sadece rakiplerin değil, bütün katılanların menfaatini korumaktır. Eski düzenlemede haksız rekabetin anlaşılmasında karışıklığa neden olan “iktisadi rekabet” ifadesi terk edilerek, özellikle tüketicilerin de menfaatini koruyan dürüst ve bozulmamış rekabet hedeflenmiştir. Genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükümleri de bu amaç göz önünde tutularak düzenlenmiş; genel işlem şartlarının kullanıcıya karşı, gerek tüketicilerin gerekse küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin menfaati korunmak istenmiştir.

IV. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMA

TTK 55/I-f bendine göre, “Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanma, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur”.

Bir haksız rekabet hali olarak 6102 sayılı TTK’da düzenlenen bu hüküm, İsviçre’de 1986 tarihli Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 8. maddesinin eski tercümesi niteliğindedir. Halbuki 17 Haziran 2011 tarihinde söz konusu 8. maddede değişiklikler yapılmıştır. 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinde, İsviçre’deki değişiklikleri içeren Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un yeni 8. madde düzenlemesi de yürürlüğe girmiştir.

³¹ 6102 sayılı TTK’nın Gereğesi m. 55.

³² Halbuki 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinin birinci fıkrasında “genel işlem şartı” ayrımı yapılmaksızın, “Satıcı veya sağlayıcının tüketicisiyle müzakeretmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şart” sayılmıştır. Böylece söz konusu düzenlemede genel işlem şartı niteliği taşıyan veya taşımayan, pazarlık konusu yapılmamış bütün sözleşme şartları denetime tabi kılınmıştır. Bu hususta bkz. SİRMEN, s. 109 vd.

A. GENEL İŞLEM ŞARTI KAVRAMI

TTK m.55/I-f bendine göre, “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak” haksız rekabet oluşturur. Madde metninde “işlem şartları”ndan söz edilmekle birlikte, aslında “genel işlem şartları” kastedilmiştir³³. Zira TTK’nın madde gerekçesinde açıkça, “genel işlem şartları”nın düzenlendiği ifade edilmiştir.

TTK’da genel işlem şartına ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Halbuki haksız rekabet halinin tespiti bakımından, hangi sözleşme şartlarının, genel işlem şartı sayılacağı önem taşımaktadır. Bu nedenle TBK m.20’de düzenlenen genel işlem şartına ilişkin tanımdan yararlanılması gerekmektedir.

TBK 20/I’e göre genel işlem şartları, “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”. Bu hüküm dolayısıyla, sözleşmede yer alan düzenlemenin genel işlem şartı sayılabilmesi için, bazı unsurların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Öncelikle genel işlem şartları, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmalıdır. Bu şartların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz (TBK m. 20/I). Genel işlem şartları, iki taraflı sözleşmeler gibi, tek taraflı hukuki işlemlerde de görülebilir. Bu hallerde de genel işlem şartının varlığının kabulü ile hakimın resen denetim yapması beklenir³⁴.

Genel işlem şartları, sözleşmenin kurulmasından önce tek yanlı olarak hazırlanmış olmalıdır. Bunlar, sözleşmenin her iki tarafının müzakere etmeksizin, taraflardan sadece birinin tek başına düzenleyip diğer tarafa sunduğu şartlardır³⁵. Bu şartlar genellikle bir makina vasıtasıyla basılan ve yazılı şekilde hazır hale getirilen sözleşmelerde görülür. Fakat sözleşmenin kurulmasında önce belirlenmiş olmaları şartıyla, yazıya dökülmüş olması zorunlu değildir³⁶.

Üzerinde müzakere edilecek, somut bir sözleşme için taslak hazırlanması halinde genel işlem şartından söz edilemez. Bu şartlar, ileride imzalanacak birçok sözleşme için hazırlanan ve müzakereye açık olmayan genel ve soyut nitelikli sözleşme koşullarıdır³⁷.

³³ ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 13.

³⁴ HAVUTÇU, s. 75; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 65.

³⁵ ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 14.

³⁶ HAVUTÇU, s. 80; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 65.

³⁷ ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 15.

Genel işlem şartlarının, bunları kullanacak sözleşmenin bir tarafınca tek yanlı hazırlanmış olması gerekmektedir. Fakat genel işlem şartları kullanıcısının, bu şartları tek başına kendisinin kaleme almış olması gerekmez. Zira, genel işlem şartları kullanıcısı, sözleşme metninin hazırlanmasında bir avukat, danışman veya uzman başka bir kimseden yardım alabilir. Hatta sözleşme taraflarından birinin; bir meslek örgütü, dernek veya şirketin hazırladığı metinleri, ileride müşterileri ile yapacağı sözleşme olarak kullanması halinde de denetim yapılması gerekecektir³⁸.

Ancak sözleşmenin her iki tarafı, daha önceden bir noter, avukat veya meslek örgütü gibi üçüncü kişinin hazırlamış olduğu sözleşmeyi birlikte belirleyip, imzalama hususunda anlaşmışlarsa, artık müzakere edilmemiş bir sözleşmeden veya genel işlem şartından söz edilemez. Bu tür sözleşmeler, her ne kadar daha önceden düzenlenmiş olsalar da, her iki tarafın kabulü ve müdahale edebilme imkânı bakımından eşit konumda olmaları sebebiyle bireysel sözleşme niteliği taşırlar³⁹.

Sundukları hizmetleri, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın genel işlem şartlarına ilişkin hükümler uygulanır (TBK m. 20/IV).

Genel işlem şartlarının, birden çok sözleşmede kullanılmak için hazırlanmaları sebebiyle, hazırlanacak metinler kural olarak özdeş metinlerdir. Fakat metinlerin özdeş olmaları zorunlu olmayıp genel işlem şartı nitelendirmesine engel değildir (TBK m. 20/II). Aksi halde, özdeşlik şartı olsaydı, bu kanun hükmünü dolanmak kolay olurdu⁴⁰.

B. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI KULLANMA

Tek taraflı ve önceden düzenlenmiş genel işlem şartlarının, TTK m. 55/ I-f hükmüne göre haksız sayılabilmesi için, bu şartların özellikle sözleşmede gerçekten kullanılmış olması aranır. Genel işlem şartlarının kaleme alınması, bilgisayar belleğine kaydedilmesi, bastırılması ve yayınlanması, haksız rekabet bakımından önemli kullanım sayılmaz. Bilakis bu şartların somut olarak bir sözleşmede kullanılmış olması şarttır⁴¹.

³⁸ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 657, dn. 108; ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 18; KILIÇOĞLU, s. 115.

³⁹ ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 17.

⁴⁰ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 656-657.

⁴¹ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 657.

Genel işlem şartının kullanıcısı, sözleşmenin kurulmasından önce hazırladığı bu şartları karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişidir. Bu anlamda genel işlem şartı kullanıcısı, sadece sözleşmenin tarafı olabilir. Genel işlem şartları kullanıcısının kendi avukatı veya temsile yetkili tacir yardımcısı tarafından sözleşmenin yapılması halinde de, sözleşmeyi elbette yine kullanıcı yapmış sayılır⁴².

Genel işlem şartları, genellikle ekonomik veya sosyal olarak güçlü sözleşme tarafınca kullanılır. Fakat bu zorunlu değildir. Genel işlem şartı kullanıcısı, zayıf olan veya mal ve hizmet talep eden taraf da olabilir⁴³.

Karşı tarafın, genel işlem şartlarının içeriğini veya kullanıcının bu şartları kullanmakta amacının ne olduğunu bilip bilmemesi önem taşımaz. Önemli olan, bu kullanımın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığıdır.

Dürüstlük kuralı, bir eylemin haksız rekabet niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinde belirleyicidir. Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında, tüm katılanlar, piyasada taraf olan herkesin dürüst davranma kuralına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenme hakkına da sahiptir. Dürüstlük kuralının ihlali, bu duyulan güvene de aykırılık teşkil eder. Bu durum da haksız rekabete neden olur⁴⁴.

Hukukumuzda dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesi ile getirilmiştir. Haksız rekabet hukukunda esas alınan dürüstlük kuralı ile TMK m. 2/I'de düzenlenen dürüstlük kuralı örtüşmeyebilir. Bunun sebebi, TMK m. 2/I'de düzenlenen dürüstlük kuralı, sözleşmesel veya ön sözleşmesel temelde ve taraflar arasındaki ilişkide bulunan güvenle ilgilidir. Halbuki haksız rekabet hukukunda her zaman bu anlamda bir taraf ilişkisi bulunmayabilir⁴⁵.

TBK m. 25'te genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının kriteri, taraflardan birinin durumunu ağırlaştıran veya diğer taraf aleyhine olan hükümler öngörmesidir⁴⁶. Ancak dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesi bakımından bu düzenleme tarzı yerinde değildir. Zira, sözleşmelerde her zaman bir taraf lehine olan hükümler, elbette diğer taraf aleyhine yorumlanabilir⁴⁶.

⁴² JUNG/SPITZ (PROBST), s. 657.

⁴³ 6102 sayılı TTK'nın Gerekeşi m. 54.

⁴⁴ 6102 sayılı TTK'nın Gerekeşi m. 54.

⁴⁵ KARAHAN, s. 257.

⁴⁶ REİSOĞLU, s. 11 (http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_Borclar_Ka-nunu_Genel_Islem_Sartlari.doc, erişim 17.12.2012).

TTK m. 55/I-f bendinde, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımı açıklanmamıştır. Ancak dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarına ilişkin iki örnek mevcuttur.

V. TTK m. 55/I-f BENDİNDE SAYILAN DÜRÜSTLÜĞE AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI

TTK m. 55/I-f bendinde temel kural olarak, “dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmak” haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Maddenin devamında “özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

“Özellikle” ifadesinden, sayılan genel işlem şartlarının hem kuralın bir parçası olmadıklarını hem de bunların dışında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı olabileceği anlaşılmaktadır. Halbuki İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 8. maddesinin 2011 yılındaki değişiklik öncesindeki halinde, TTK m. 55/I-f’de verilen örnek genel işlem şartları, ana kuralın içinde düzenlenmişti.

TTK m. 55/I-f bendinde düzenlenen iki genel işlem şartının dürüstlüğe aykırı sayılabilmesi için, bu sözleşme şartlarının hem yanıltıcı hem de diğer taraf aleyhine olması gerekmektedir. Ayrıca bu şartların önceden yazılmış olması da gereklidir. Sayılan genel işlem şartlarını incelemeye geçmeden önce her ikisi için de aranan “yanıltıcılık” ve “diğer taraf aleyhine olma” kavramlarını ele almakta fayda vardır. “Önceden yazılmış olma” özelliği daha önce “genel işlem şartı kavramı” başlığı altında incelendiği için burada tekrar edilmeyecektir. Fakat şunu belirtmekte fayda vardır ki, İsviçre’de Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un yenilenen 8. maddesinde, artık “önceden yazılmış olma” şartı kaldırılmıştır⁴⁷.

Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilmesi için, objektif olarak yanıltıcı olması gereklidir. Yani, ne genel işlem şartı kullanıcısının yanıltma amacını taşıması ne de karşı tarafın somut olayda

⁴⁷ İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun yenilenen 8. maddesinde “önceden yazılmış olma” şartı, madde metninden çıkarılmıştır. Aynı Kanunda “genel işlem şartı” kavramı da tanımlanmamıştır. Dolayısıyla doktrin ve yargı kararlarında kabul edilen “genel işlem şartı” kavramında “önceden yazılmış olma” şartının halen devam ettiği kabul edilmektedir. FATZER/HASENBÖHLER, s. 189.

gerçekten yanıltmış olması aranır. Genel işlem şartının yanıltıcı niteliği haiz olması yeterlidir⁴⁸.

Kullanım usulü ve şeklinin yanıltıcı olup olmaması değil, genel işlem şartının içeriğinin yanıltıcı olması gerekir. Genel işlem şartının içeriğinin, karşı taraf aleyhine olacak şekilde açık, anlaşılır ve net olmaması, dürüstlük kuralına aykırıdır. Yanıltıcılık tehlikesi, genel işlem şartının karışık veya birden fazla anlam taşıyacak şekilde düzenlenmesiyle, bir hükmün gizlenmesi ya da anlaşılması zor grafiklerin kullanılması yoluyla ortaya çıkabilir⁴⁹.

Genel işlem şartlarının yanıltıcılık özelliği, İsviçre'deki genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükmünün uygulanmasında problem oluşturmuş ve yanıltma unsurunun ispatlanamaması sebebiyle hükmün uygulanması çok az görülmüştür⁵⁰. Bu nedenle İsviçre kanun koyucusunun öngördüğü genel işlem şartlarının etkili içerik kontrolü etkisiz kalmıştır⁵¹.

Bu nedenle 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren, Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un yenilenen 8. maddesinde, “yanıltıcılık” unsurundan vazgeçilmiştir. İsviçre'deki bu değişikliğe rağmen, 6102 sayılı Yeni TTK'da “yanıltıcılık” unsurunun düzenlenmesi isabetli olmamış ve eleştirilmiştir⁵². TTK m. 55/I-f'de yer alan yanıltıcılık unsuru, İsviçre'deki eski düzenlemeden farklı olarak temel kural için değil, sadece örnek olarak sayılan genel işlem şartlarında aranacaktır. Zira, yanıltıcılık ifadesi sadece bu örnekler için kullanılmıştır.

Genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırı sayılabilmesi için ayrıca, “diğer taraf aleyhine” olacak şekilde düzenlenmiş olması aranır. Öncelikle “diğer taraf” ifadesi ile kastedilenin kim olduğunun tespiti gereklidir. Sözleşmenin bir tarafının genel işlem şartı kullanıcısı oluşturması nedeniyle, korunacak kişi sözleşmenin karşı tarafıdır. Karşı taraf, mal ve hizmet talep eden veya arz eden, gerçek veya tüzelkişi, tüketici veya tacir olabilir⁵³.

⁴⁸ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 662.

⁴⁹ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 663.

⁵⁰ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 663; ATAMER, s. 67.

⁵¹ EHLE/BRUNSCHWEILER, s. 267.

⁵² KARAHAN'a göre “yanıltıcılık” unsurunun aranması, hem anlamsızdır hem de Kanun hükümleri arasında dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesi noktasında farklılık doğurmaktadır. Zira, TBK'ya göre dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı, TTK'ya göre yanıltıcı olmaması sebebiyle dürüstlük kuralına aykırı sayılmayabilir ki bu durum onaylanamaz (KARAHAN, s. 257).

⁵³ İsviçre'de Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un yenilenen 8. maddesinde “diğer taraf” ibaresi yerine “tüketici” ibaresi getirilmiştir. Dolayısıyla Kanun'daki korumanın kapsamı sadece tüketiciler ile sınırlandırılmıştır. Artık tacirlerin genel işlem şartlarının denet-

Genel işlem şartının, karşı tarafın aleyhine olup olmadığının değerlendirilmesinde sorulması gereken soru, sözleşmede yer alan bu şartların bir bütün olarak mı, yoksa ayrı ayrı mı değerlendirilmesi gerektiğidir. Zira, sözleşmede yer alan aleyhe olan hükümler, lehe olan hükümler ile dengelenebilir. Bu hususta doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre sözleşmede yer alan bütün genel işlem şartları göz önünde bulundurularak, karşı tarafın aleyhine olup olmadığı değerlendirilmelidir. Diğer görüş ise sözleşmenin bütünü göz önünde tutulmakla birlikte, kararlaştırılan fiyat unsurunun dikkate alınmaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak İsviçre uygulamasında bu hususta Federal Mahkemenin bir kararı bulunmamaktadır⁵⁴.

Eğer karşı taraf sözleşmeyi okuyup, hem aleyhe olan genel işlem şartlarını hem de lehe olan hükümleri anlayıp sözleşmeyi imzalamışsa, artık mevcut genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığı ve haksız rekabet niteliği taşıdığı ileri sürülemez. Bu halde sözleşmede yer alan karşı tarafın lehine olan hükümlerin, aleyhe genel işlem şartlarını dengelediği kabul edilmelidir. Dolayısıyla sözleşmedeki hükümlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir⁵⁵.

Okunmadan imzalanan sözleşmelerde, aleyhe genel işlem şartlarının lehe olan hükümlerle dengelenmesi kabul edilemez. Aksi halde bu durum sözleşmede yer alan alışılmadık genel işlem şartlarının, lehe olan hükümlerle dengelenerek geçerli olmaları sonucunu doğurabilir⁵⁶.

A. Kanuni Düzenlemeden Önemli Ölçüde Ayrılan Genel İşlem Şartı Kullanma

Yanıtıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak, kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem şartları kullanımının, dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve bunun bir haksız rekabet niteliği taşıdığı kabul edilmiştir (TTK m. 55/I-f,1)⁵⁷. Kanuni düzenlemeden

imine ilişkin hükümlerden yararlanma imkânı kalmamıştır. Bu durum özellikle küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korumasız kalması bakımından geri bir adım görülerek eleştirilmiştir. FATZER/HASENBÖHLER, s. 188. İsviçre'deki yeni düzenleme ile tacirler bakımından bir hukuk boşluğu oluşmuştur. Önceki yargı kararları ve doktrinindeki savunulan görüş göz önüne alınarak, eski korumanın devam ettirilmesi ümit edilmektedir. Fakat uygulamanın nasıl olacağı tartışmalıdır. EHLE/BRUNSCHWEILER, s. 267-268.

⁵⁴ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 664-665.

⁵⁵ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 666.

⁵⁶ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 666.

⁵⁷ 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinde getirilen değişiklikle "doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli

ayrılan genel işlem şartları, her zaman dürüstlüğe aykırı kabul edilemez. Dürüstlük kuralına aykırılıktan söz edilebilmesi için, sözleşmede yer alan risklerin karşı tarafa yüklenme ölçüsü önem taşımaktadır. Bu düzenlemede, sözleşmenin tarafları arasındaki menfaatler dengesinin korunması amacı söz konusudur⁵⁸.

1. Doğrudan veya Yorum Yoluyla Uygulanacak Kanuni Düzenleme

Emredici, tamamlayıcı veya yorumlayıcı bütün kanun hükümlerinin⁵⁹, genel işlem şartlarının haksız rekabet niteliğinin incelenmesinde göz önünde tutulması gerekir. Bu hükümler, esasa veya usule, özel hukuka veya kamu hukukuna ilişkin olabilirler⁶⁰.

Kanunda düzenlenmiş olan (tipik) bir sözleşmeye ilişkin hükümler elbette doğrudan uygulanır. Ancak bu sözleşmelere ilişkin kanundaki hükümlerde boşluk varsa ya da kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme söz konusuysa, ilgili diğer sözleşme hükümlerinin yorum yoluyla uygulanması söz konusu olur.

Kanunda düzenlenen sözleşmelere ilişkin hükümler, her iki tarafın menfaatlerini dengelemeye ve adaleti kurmaya yöneliktir. Çoğunlukla sözleşmelerde, tamamlayıcı ve yorumlayıcı nitelikteki yedek hükümler ile getirilen lehe düzenlemelerden farklı ve karşı taraf aleyhine genel işlem şartlarının getirilmek istendiği görülür⁶¹. Böylece sözleşmenin riskleri ve dezavantajları karşı tarafa yüklenmek istenir.

Emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını yokluk veya butlan olması sebebiyle, bu hükümlerin de inceleme kapsamında tutulması şaşırtıcı olabilir. Ancak her ne kadar emredici hükümlere aykırılık yok hükmünde veya geçersiz olsa dahi, yine de sözleşmede bu hükmün kullanımı haksız rekabet niteliği gösterebilir. Bu halde karşı taraf haksız rekabetten kaynaklanan haklarını kullanabilir⁶².

ölçüde ayrılan genel işlem şartları kullanımı” madde metninden çıkarılmıştır.

⁵⁸ KARAHAN, s. 258.

⁵⁹ Her ne kadar TTK m. 55/I-f.1’de düzenlendiği gibi, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 8. maddesinde de “kanuni düzenleme” ifadesi kullanılmışsa da doktrinde, bu kavramın kapsamına, sadece kanunda yer alan düzenlemelerin değil, diğer yazılı mevzuat, örf ve adet kuralları, doktrin ve yargı kararları ile kabul edilen ilke ve görüşler ve kanunda uygulanmasına izin verilen teamüllerin de girdiği kabul edilmiştir. JUNG/SPITZ (PROBST), s. 658.

⁶⁰ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 658; ATAMER, s. 45.

⁶¹ ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 44.

⁶² JUNG/SPITZ (PROBST), s. 658.

2. Önemli Ölçüde Ayrılma

Genel işlem şartının haksız rekabet niteliğinden söz edilebilmesi için, kanuni düzenlemeden ayrılmanın belirli bir ölçüye ulaşması gerekir. Fakat kanunda ayrıca yanıltıcılık unsurunun da aranması sebebiyle, bu ölçü çok sıkı da olmamalıdır.

Eğer emredici hükümlere aykırı bir genel işlem şartı söz konusuysa, o takdirde önemli derecede ayrılmanın varlığı kesin kabul edilir. Çünkü kanun koyucu, bireylerin farklı bir çözüm yolu getirmesini kabul etmemiştir⁶³.

Genel işlem şartlarının tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlerden ayrılmasında hem nitelik hem de nicelik olarak inceleme yapmak gerekir. Nitelik bakımından bütün tamamlayıcı kanuni düzenlemeler aynı öneme sahip olmayabilir. Örneğin bir sözleşmede kanunda belirlenen %9 faizin %10'a çıkarılması düzenlemeden ayrılmada çok önemli görülmeyebilir. Fakat kanunda düzenlenen karşı taraf lehine olan garantinin, sözleşmede genel işlem şartıyla kaldırılması önemli bir ayrılma kabul edilmelidir. Nicelik bakımından ise sözleşmede genel işlem şartı ile öngörülen sorumsuzluk kaydı, sorumluluğun sınırlandırılmasından daha önemli sayılır⁶⁴.

B. Sözleşmenin Niteliğine Önemli Ölçüde Aykırı Haklar ve Borçlar Dağılımını Öngören Genel İşlem Şartı Kullanma

Genel işlem şartının haksız rekabet niteliğinde sayıldığı diğer bir hal ise, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımının öngörülmesidir. Bazı sözleşmelerde genel işlem şartları ile karşı tarafın aleyhine, ya hakların sınırlandırıldığı ya da borçların genişletildiği görülür. Bu tür genel işlem şartları özellikle, kanunda düzenlenmemiş (atipik) sözleşmelerde söz konusu olur⁶⁵. Kanunda düzenlemenin olmaması sebebiyle tarafların menfaatlerinin dengelenmesi ve risklerin orantılı dağıtılması gerekmektedir.

Kanunda kıyasen uygulanacak bir hükmün olduğu hallerde, adil çözümü bulmakta problem yaşanmamaktadır. Kıyasen uygulanabilecek bir düzenlemenin bulunmadığı durumda, tarafların menfaatlerinin dengelenmesi, hak ve borçların adil dağıtılmasının yorumunda iş hakime düşmektedir. Hakim, kendini kanun koyucunun yerine koyarak ve sözleşmenin niteliğini göz önünde bulundurarak, en adil hükmü tespit etmeye ve buna göre genel

⁶³ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 659.

⁶⁴ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 660.

⁶⁵ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 661; ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 45-46.

işlem şartının dürüstlük kuralına aykırılığını değerlendirmeye çalışmalıdır⁶⁶. Bu hususta emsal yargı kararları, doktrindeki kabul edilen görüşler ve karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalardan yararlanılabilir. Ayrıca sözleşmenin amacı, sözleşmenin ani veya sürekli edimli, tek veya iki taraflı borç doğuruyor olması gibi hususlar da hakimın adil hak ve borç dağılımını tespit etmesinde yardımcı olur⁶⁷.

VI. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMANIN HUKUKİ SONUCU

TTK m. 55/I-f’de düzenlenen genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olması bir haksız rekabet hali kabul edilmiştir. Bu halde menfaati olan kişilerin, TTK m. 56’da düzenlenen haksız rekabete ilişkin davaları açma hakları vardır⁶⁸. Bunlar fiilin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının tespiti davası, haksız rekabetin men’i davası, hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması davası, maddi ve manevi tazminat davalarıdır. Ancak bu davalar sözleşmesel problemin çözümüne yönelik değildir. Bu nedenle açılacak bu davalar zarara uğrayan karşı tarafa sınırlı şekilde yardımcı olabilir⁶⁹.

Hukukumuzda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının geçersizliğine ilişkin, gerek TBK’da gerekse TKHK’da düzenlemeler mevcuttur. Halbuki İsviçre’de Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 8. maddesi dışında, genel işlem şartlarına ilişkin başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bir genel işlem şartının 8. maddeye aykırı olması halinde, doktrinde ve yargı kararlarında bunun hukuki sonucu geçersizlik kabul edilmiştir. Bir ya da birkaç genel işlem şartının geçersizliği, sözleşmenin tamamının geçersizliğine sebep olmaz. Genel işlem şartı kullanıcısının bu hükümlerin geçersizliğini bilmeseydi, bu sözleşmeyi imzalamayacağına dayanma isteği reddedilmektedir⁷⁰.

İsviçre’deki düzenlemeden farklı olarak, TTK’da, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılması sebebiyle, haksız rekabete neden olmaya ilişkin cezai yaptırıma da yer verilmiştir. Zira, TTK m. 62/I-a bendinde 55’inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerini kasten işleyenler için, iki yıla kadar

⁶⁶ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 661.

⁶⁷ ATAMER, Türk Borçlar Kanunu, s. 46.

⁶⁸ Genel işlem şartları bakımından söz konusu davalar, çoğunlukla uygun çözüm yolu olarak görülmemektedir. Zira haksız rekabet niteliği taşıyan genel işlem şartının hukuki sonucunun ne olacağı düzenlenmemiştir. JUNG/SPITZ (PROBST), s. 667; FATZER/HASENBÖHLER, s. 190-191.

⁶⁹ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 667.

⁷⁰ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 668; FATZER/HASENBÖHLER, s. 190-191.

hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Hâlbuki genel işlem şartlarının bu tür kullanımı, suçun konusunu oluşturmamalıdır⁷¹.

VII. SONUÇ

6102 sayılı TTK m. 55/I-f’de temel kural olarak, “dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmak” haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Maddenin devamında “özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

“Özellikle” ifadesinden, sayılan genel işlem şartlarının hem kuralın bir parçası olmadıklarını hem de bunların dışında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı olabileceği anlaşılmaktadır. Bu hükmün uygulanmasında, tüketici, tacir, tacir olmayan ayrımı söz konusu değildir. Haksız rekabet dolayısıyla zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi altındaki rakip ve müşteriler gibi, mesleki ve ekonomik birlikler de bu hükümlerden yararlanabilecektir (TTK m. 56/I, II, III). TTK m. 55/I-f hükmü göz önünde tutulduğunda, artık tacirlerin genel işlem şartlarının denetimi talepleri, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilemez.

TTK m. 55/I-f’deki düzenlemede kanun koyucu, TBK’da olduğu gibi, genel işlem şartlarını ayrıntılı düzenlememiş, özellikle genel işlem şartlarına ilişkin bir tanım getirmemiştir. Bu nedenle uygulanabilir olduğu ölçüde TBK’nın genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri, genel işlem şartlarının haksız rekabet hali için de geçerli olmalıdır.

TTK m. 55/I-f hükmü ile TBK m. 25 vd. hükümleri arasında, düzenleme ilkeleri bakımından farklılık söz konusudur. TBK’dan farklı olarak TTK’da, genel işlem şartlarına ilişkin bir içerik denetimi normu değil, bir haksız rekabet hali düzenlenmiştir. Bu nedenle her iki düzenleme arasında yarışma söz konusudur.

6102 sayılı TTK m. 55/I-f hükmü, İsviçre’de 1986 tarihli Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 8. maddesinin eski tercümesi niteliğindedir. Halbuki 17 Haziran 2011 tarihinde söz konusu 8. maddede bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinde, İsviçre’deki değişiklikleri içeren yeni 8. madde düzenlemesi de yürürlüğe girmiştir.

⁷¹ JUNG/SPITZ (PROBST), s. 668.

Türk kanun koyucusu, yeni TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerini düzenlerken, iktibas edilen söz konusu maddenin aksaklıklarını, yargı kararlarındaki durumu, doktrindeki tartışmaları göz önünde bulundurmamıştır. Özellikle İsviçre'deki Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin uygulanmasına engel olan, hatta ölü doğmuş kanun maddesi gözüyle bakılmasına neden olan “yanıltıcılık” unsuru, TTK m. 55/I-f bendinde gereksiz şekilde düzenlenmiştir. Yanıltıcılık unsurunun, hukukumuzda da TTK m. 55/I-f hükmünün uygulanabilirliğini güçleştireceğine şüphe yoktur. Ayrıca dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarını kullanmaya cezai yaptırım getirilmesi de yerinde olmamıştır. Halbuki İsviçre ve Alman haksız rekabet düzenlemelerinde, böyle bir cezai yaptırım söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

- ALTOP, Atilla, Genel İşlem Koşulları, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, İstanbul 2011, s. 27-45.
- ANTALYA, O.Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012.
- ARIKAN, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, *Prof.Dr.Cevdet Yavuz'a Armağan*, İstanbul 2012, s. 65-70.
- ATAMER, Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m.55, f.1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Ankara 2012, s. 7-73, (Türk Borçlar Kanunu).
- ATAMER, Yeşim M, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, (Genel İşlem Şartları).
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku-Genel Esaslar, Ankara 2012.
- BATTAL, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001.
- BAUDENBACHER, Carl, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001.
- EHLE, Bernd/BRUNSCHWEILER, André, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, *Recht der Internationalen Wirtschaft, Betriebs-Berater International*, 58. Jahrgang, 5/2012, s. 262-271.

- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- FATZER, Peter/HASENBÖHLER, Franz, AGB-Inhaltskontrolle-Handlungsbedarf für Unternehmen?, *Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012*, s. 188-193.
- HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- JUNG, Peter/SPITZ, Philippe (PROBST, Thomas), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Stämpflis Handkommentare), Bern 2010.
- KARA, Mustafa Sencer, Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009.
- KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2012.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Şartları, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Ankara 2012, s. 79-102.
- OĞUZ, Cemal, Standart Sözleşmelerin BK.21 ile 99/II ve 100/III Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1998/I, Y. 11, s. 25-37.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012.
- REİSOĞLU, Seza, Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, Türkiye Bankalar Birliği, 13.04.2011 tarihli Konferans Sunumu, http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/SR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc, erişim 17.12.2012).
- SİRMEN, A.Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Ankara 2012, s. 107-134.
- TAMER, Ahmet, Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet, Ankara 2011.
- ULMER, Peter/HENSEN, Horst-Dieter/CHRISTENSEN, Guido (FUCHS, Andreas), AGB-RECHT Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, Köln 2006.

DOĞUM ÖNCESİ GERÇEKLEŞEN ZARAR VERİCİ FİİL SEBEBİYLE TAZMİNAT: CENİNİN TAZMİNAT TALEBİ

Dilşad KESKİN*

ÖZET

Cenin sağ doğmak kaydıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Hak ehliyetinin kazanılması geçmişe etkili olduğundan, ceninin ana rahminde olduğu dönem içerisinde gerçekleşen zarar doğurucu olay sebebiyle doğumundan sonra tazminat talep etmesi mümkündür. Tazminat talebinin hukuki dayanağı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ya da haksız fiil olabilir. Aynı şekilde cenin, zarar verici olay neticesinde desteğini kaybetmişse, destekten yoksun kalma tazminatı da talep edebilir. Her halde sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden sonra talep edilebilecek olan tazminat, duruma göre maddi ya da manevi tazminat olabilir. Zarara gebe kadının, çocuğun ana rahminde olduğu dönemdeki kusurlu davranışının yol açması durumunda, tazminat talebinin anneye yöneltilmesi de mümkün olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: *Cenin, haksız fiil, doğum öncesi zarar, tazminat, sorumluluk.*

COMPENSATION FOR PRENATAL DAMAGES: CLAIM OF THE FETUS

ABSTRACT

Fetus has legal capacity from the moment of conception provided that it is born alive. Because the acquisition of legal capacity has retroactive effect, if the fetus is born alive, it has a cause of action for injuries sustained during the pregnancy. The legal basis of the compensation claim can be breach of contract or tort law. The fetus can also demand compensation for loss of support. The compensation can be pecuniary or non-pecuniary but in any case, it can be claimed right after livebirth. The fetus should be allowed to sue its mother if she caused injury to it through her negligent conduct while the child was not yet born.

Keywords: *Fetus, tort, prenatal damages, compensation, liability.*

* Yrd. Doç. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

I- GİRİŞ

Ceninın tazminat talebi, hak ehliyetini Medeni Kanun m. 28 hükmü uyarınca sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eden kişinin, sağ ve tam doğumdan önceki aşamada gerçekleşen zarar doğurucu olay sebebiyle, sağ olarak tamamıyla doğumun ardından tazminat talep etme hakkına sahip olması durumunu ifade etmektedir. Sağ ve tam doğum gerçekleşinceye kadar, ceninin hak ehliyetini kazanıp kazanamayacağı belirsizdir. Bu sebeple tazminat talep etme hakkının doğumu, her halde ceninin sağ ve tam olarak dünyaya gelmesini ve böylece hak ehliyetini kazanmasını gerektirir. Burada özellik gösteren husus, zarara ve dolayısıyla tazminat talebinin doğumuna yol açan olayın gerçekleştiği sırada ceninin henüz dünyaya gelmemiş, dolayısıyla hak ehliyetini de kazanmamış oluşudur. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki cenin sağ ve tam doğmakla hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kazanacağından, aslında zarar verici olayın gerçekleştiği sırada da hak ehliyetine sahip olmaktadır. Böylece talep edilecek tazminatla giderilmesi istenen zarara yol açan olay her ne kadar sağ ve tam doğumdan önce gerçekleşmiş olsa da, netice itibarıyla cenine, hukukun nazarında “kişi” olarak tanınmadığı bir döneme ilişkin olarak tazminat talep etme hakkı sağlanmış değildir.

Ceninın tazminat talep etme hakkından söz edilirken öncelikle zarara sebep olan olayın gerçekleşme zamanı itibarıyla ne kadar geriye gidileceğinin tespiti gerekir. Zararlı sonuca yol açan olay en erken hangi anda meydana gelmiş olmalıdır ki, sağ ve tam doğumun ardından bu olayın yol açtığı zararın giderilmesi talep edilebilsin. Bu sorunun cevabı aranırken tereddüt yaratan bir nokta, kanun koyucunun hak ehliyetinin ve dolayısıyla kişiliğin kazanılmasını düzenlerken ceninin “ana rahmine düştüğü” ana işaret etmiş olmasıdır. Konu bu hüküm çerçevesinde değerlendirildiğinde, tıbbın ve teknolojinin ortaya koyduğu gelişmeler karşısında döllenmenin ana rahmi dışında da gerçekleştirilebildiği dikkate alınır, yeni sorularla karşı karşıya kalınması kaçınılmazdır. Sağ ve tam doğumla hak ehliyeti, en erken ceninin ana rahmine düştüğü anda mı kazanılmış olacaktır? Döllenmenin ana rahmi dışında gerçekleştirilmiş olmasına rağmen kişiliğin başlangıcının yine de ceninin ana rahmine yerleştirildiği an olduğu söylenebilir mi? Eğer bu kabul edilecek olursa, ortaya çıkan zararın tazmin edilebilmesi için zararlı sonuca yol açan olayın da en erken cenin ana rahmine yerleştirildiği anda mı gerçekleşmiş olması gerekecektir? Bunun aksine, kişiliğin kazanılmasının döllenmenin gerçekleştirildiği ana kadar geriye yürütülmesi ihtimalinde,

döllenmenin ardından dondurularak saklanmış olan embriyo, sonradan ana rahmine nakledildiği ve sağ ve tam doğumu gerçekleştirdiği takdirde, saklama süresi içerisinde meydana gelen bir olaydan ya da durumdan kaynaklanan zararın tazmini talep edilebilecek midir?

Tazminat talebinin hangi hukuki sebebe dayandırılabilmesi de önem taşıyan bir diğer konudur. Cenin henüz hak ehliyetine sahip bulunmadığı dönemde bir sözleşmeye taraf olamaz. Bu sebeple ceninin tazminat talebi çoğu kere kişilik haklarının ihlaline ya da haksız fiile dayanır. Bununla birlikte tazminat talebinin sözleşme hukukundan kaynaklanabileceği durumlar da düşünülebilir.

Cenin tazminat talebi incelenirken, talep edilecek tazminatın türü ve tazminat talebinin muhatabı üzerinde de durulmalıdır. Tazminatın manevi zararın giderilmesine yönelik olup olamayacağı ya da örneğin ana rahminde iken sakat doğacağı tespit edilmiş çocuğun, doğumunun ardından anneye karşı, doğumuna izin vererek kendisini kalitesiz bir hayatı yaşamaya mecbur bıraktığından bahisle tazminat davası açıp açamayacağı, tartışılmaya değer hususlardır.

II- CENİN KAVRAMI

Hukuk literatüründe cenin, “ana rahmine düşmüş, ancak henüz sağ olarak tamamıyla doğmamış çocuk” şeklinde tanımlanmaktadır¹. Bununla birlikte tıp alanında yumurta ve spermin döllenmesi anından başlayarak gebeliğin ilk sekiz haftası boyunca bir “embriyo”dan, bundan sonra doğuma kadar geçecek sürede ise “fetus” ya da “dölüt”ten söz edilmektedir².

¹ Kurt, Leyla Müjde: “Cenin Malvarlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 1, 2011, 179. Kanun koyucu “cenin” kavramını tanımlamamış olmakla birlikte Türk Medeni Kanununun çeşitli hükümlerinde doğumdan önceki aşama için kullanmıştır. Buna karşılık kavram, Alman hukukunda 13 Aralık 1990 tarihli Embriyonun Korunması Hakkında Kanun (Embryonenschutzgesetz) §8(1)’de, Amerika Birleşik Devletlerinde Louisiana Medeni Kanunu (Louisiana Civil Code, 2002 Edition, Vol. II, R.S. Title 9, Appendices, Chapter 3 Human Embryos) §121’de, Finlandiya’da Tıbbi Araştırma Hakkında Kanun (Act on Medical Research) Section 1, Subsection 2’de tanımlanmıştır (Özsunay, Ergun: Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin’in Hukuksal Durumu ve Korunması”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, 130).

² Jost, Timothy Stoltzfus: “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Am. J. Comp. L. 2002, 633; Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, III § 1 N 3; Ünver, Tülay Aydın: Cenin Hukuki Konumu, İstanbul 2011, 9; Dickens, Bernard M./Cook, Rebecca J.: “The Legal Status of in vitro Embryos”, International Journal of Gynecology and Obstetrics 111 (2010), 91. Embriyo terimi, gelişiminin ilk aşamasındaki yeni oluşmuş organizmayı ifade eder. Bu aşama döllenmiş yumurta hücrelerinin çoğalması ve farklılaşması ile karakterize-

Bu çalışmada “cenin” kavramı, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden önceki aşamada, henüz doğup doğmayacağı ve dolayısı ile hak ehliyetini kazanıp kazanmayacağı da belli olmayan, bununla birlikte potansiyel olarak “kişi” kabul edilmesi mümkün gözüken varlığı ifade etmektedir.

III- CENİNİN HUKUKİ DURUMU

MK m. 28’in açık hükmü uyarınca kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Bu hüküm karşısında dini ve ahlaki kaygılar ne yönde olursa olsun ceninin, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesine kadar “kişi” olarak kabulü mümkün değildir³.

Sağ ve tam doğumun, ceninin hak ehliyetini ve kişiliğini kazanması üzerindeki etkisine ilişkin olarak doktrinde üç ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanır; sağ ve tam doğumun gerçekleşmemesi ise bozucu şart niteliği taşır, cenin sağ olarak doğmazsa ana rahmine düşmekle kazandığı kişiliği ölümle sona ermiş olur⁴. Bizim de katıldığımız hakim görüş, sağ ve tam doğumu geciktirici şart olarak nitelendirmektedir. Buna göre cenin ancak sağ olarak tamamıyla doğma şartının gerçekleşmesi halinde hak ehliyetini kazanabilir⁵. Özellikle hukuki işlem güvenliğini sarsıcı sonuçları sebebiyle diğer ikisinden daha ağır eleştirilere maruz kalan üçüncü görüş ise sağ ve tam doğum şartının geciktirici mi yoksa bozucu mu olduğunu belirlerken ceninin

dir ve gebe kadının bedeni ile bu yeni organizma arasında kan sirkülasyonu başlayıncaya kadar devam eder. Rahimdeki iki aylık gelişimin ardından artık organizmanın genel anatomisi şekillenmiş ve fetüs oluşmuştur (*Slabbert*, M. N.: “The Fetus and Embryo: Legal Status and Personhood”, J. S. Afr. L. 1997, 236). Hukuki literatürde genellikle embriyo ve fetüs terimleri arasında fark gözetilmez ve her ikisi de fetüs terimi ile ifade edilir (*Slabbert*, 234, dnp. 2). Embriyo ve fetüs kavramları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Kiessling*, Ann A.: “What is an Embryo?”, *Connecticut Law Review*, Vol. 36 (2003-2004), 1051-1092.

³ Embriyonun hukuki niteliği belirlenirken ana rahmindeki embriyo (embriyo in vivo) ile döl lenmenin ana rahmi dışında gerçekleştirildiği durumlarda tüpteki embriyo (embriyo in vitro) arasında ayırım yapılmaktadır. Buna göre ana rahmindeki embriyo sağ doğmak koşuluyla döllenme anından itibaren hak ehliyetine sahip olduğundan bir hak süjesi ama aynı zamanda da sağ ve tam doğum gerçekleşinceye kadar annenin bedeninin bir parçasıdır. Böylece ana rahmindeki embriyo bir yandan annenin diğer yandan da babanın kişilik alanına dahildir. Tüpteki embriyo ise gamet verenlerin kişilik haklarına dahil bir değer olarak hem bunların kişilik haklarını koruyan hükümlerin ve hem de -müstakbel bir hukuk süjesi olduğundan- insan varlığı ve onuruna saygı gösterilmesine ilişkin hukuk normlarının koruma alanına dahil kabul edilmelidir (*Özsunay*, 131).

⁴ *Oğuzoğlu*, H. Cahit: *Medeni Hukuk Şahsın Hukuku-Aile Hukuku*, Ankara 1963, 224, dnp. 1.

⁵ *Kurt*, 181; *Dural*, Mustafa/Öğüz, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul 2009, 19; *Priestley*, J. M.: “Personality and Status in the Womb”, *Auckland U. L. Rev.* 1967-1971, 38.

korunma ihtiyacını esas almış ve ceninin kişiliğinin korunması, miras hakkı ve menfaatlerinin kanuni temsilcisi tarafından korunması bakımından, hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olarak kazanıldığını, buna karşılık sözleşme ehliyeti bakımından, bir geciktirici şartın söz konusu olduğunu ileri sürmüştür⁶.

Medeni Kanun m. 28/II hükmü uyarınca sağ ve tam doğmakla çocuk, hak ehliyetini, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder. Her ne kadar bu düzenleme ile kanun koyucu “ana rahmine düşmüş olma”yı hak ehliyetinin kazanılmasının bir unsuru haline getirmiş gözükmekte ise de teknolojiye gelişmeler karşısında artık döllenmenin ana rahminde gerçekleştirilmesinin tek seçenek olmadığı aşıkardır. Gerçekten esas itibarıyla 2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁷ m. 4/h ile öngörülmüş bulunan yapay döllenme yönteminde, erkeğe ait spermle kadına ait yumurta, cinsel ilişki olmaksızın, tıbbi müdahale yoluyla döllendirilmekte, böylece cenin ana rahminde değil dış ortamda oluşmaktadır⁸. Hak ehliyetinin kazanılması bakımından mesele, böyle bir durumda, sağ ve tam doğumun gerçekleştiği anda kazanılan hak ehliyetinin hükmünün ne zamana kadar geriye yürüyeceğidir. Doktrinde bu hususta MK m. 28 hükmünde yer alan “ana rahmine düşme anı” ifadesine rağmen “döllenme anı”nın dikkate alınması gerektiği görüşü hakimdir⁹. Kanaatimizce de özellikle ana rahmine nakilden önceki aşamada hukuki korumanın sağlanması açısından, miras hukuku başta olmak üzere farklı alanlarda kaçınılmaz olarak ortaya çıkacak başka problemlere rağmen¹⁰, sağ

⁶ Hausheer, H./Aebi-Müller, R.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, 12; Özsunay, Ergun: Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Convergence of Legal Systems in the 21st Century, General Reports Delivered at the XVth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-21 July 2002, Extrait, Bruxelles 2006, 1298.

⁷ Yönetmelik için bkz. 6.3.2010 tarih ve 27513 sayılı RG.

⁸ Kurt, 180; Ünver, 19; Dickens/Cook, 91.

⁹ Ünver, 20; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2009, 15.

¹⁰ Bu problemler özellikle ana rahmi dışında döllenmenin gerçekleşmesinden sonra embriyonun derhal ana rahmine nakledilmeyip dondurularak bekletildiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Esasen Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 17/11 hükmü ile belirtilen tıbbi zorunluluk halleri dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaklanmıştır. Bununla birlikte m. 18/12 hükmü uyarınca adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda embriyoların dondurularak saklanması mümkündür. Saklama süresi aksi eşlerce kararlaştırılmadıkça en fazla beş yıl olarak tespit edilmiştir, beş yıldan uzun süreli saklama için Sağlık Bakanlığı’nın izni gerekir (m. 18/13). Nihayet eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyoların tutanak altı-

ve tam doğum ile kazanılacak hak ehliyetinin hükmünü döllenme anına kadar geri çekmekten başka çare bulunmamaktadır.

Ceninın tazminat talebi bakımından da aslolan hak ehliyetinin kazanılma anıdır. Zira tazminat, zararın giderimidir. Zarar ise çoğu zaman bir hakkın ihlalinin sonucu olarak ortaya çıkar. Bu sebeple zarara uğramak için önce hak sahibi olmak ya da hemen hemen aynı manaya gelmek üzere hak ehliyetini kazanmış bulunmak lazımdır. Ceninin de, sağ ve tam doğumunun ardından, daha önceki bir aşamada gerçekleşen zarar verici olay sebebiyle tazminat talep edebilmesinin esası, MK m. 28/II hükmü gereğince bu aşamada da hak ehliyetine sahip kabul edilmesidir. Dolayısıyla hak ehliyetinin kazanılması anına ilişkin olarak benimsenecek yaklaşım, sağ ve tam doğumun ardından ceninin tazminat talebinde bulunabilmesi için zarar verici olayın en erken hangi anda gerçekleşmesi gerektiğinin de ölçüsü olacaktır¹¹.

IV- CENİNİN TAZMİNAT TALEBİ

Sağ ve tam doğumla hak ehliyeti geçmişe etkili olarak ve döllenme anından itibaren kazanılmış sayılacağından, bir kere şart gerçekleştiği takdirde artık ceninin sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden önceki aşamada da hak ehliyetine sahip bulunduğunu kabul etmek gerekir. Böyle olunca da sağ ve tam doğumun ardından, döllenmeden bu zamana kadar gerçekleşmiş olan zararların tazminini talep etmek mümkündür¹².

na alınarak imha edilecekleri de aynı yönetmelikte hükme bağlanmıştır (m. 18/12).

¹¹ Başka bir ifadeyle hak ehliyetinin kazanılması anı olarak ana rahmine düşme anı kabul edildiği takdirde bunun öncesinde, örneğin in vitro fertilizasyon yönteminde döllenmenin gerçekleştirilmesinden sonra ama ana rahmine nakilden önce meydana gelen zarar verici olay sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini, sağ ve tam doğumun gerçekleşmiş olmasına rağmen talep edilemeyecektir. Buna karşılık hak sahibi olma ehliyetinin başlangıcının döllenme anı sayılması durumunda anne karnına yerleştirilmeden önce veya o sırada yapılan uygulamalar sonucu zarara uğrayan çocuk, bu durum nedeniyle uğradığı zararları talep edebilecektir (*Oğuzman/Seliçil/Oktay-Özdemir*, 16).

¹² Doktrinde bir görüş, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinin ardından, doğumdan önce gerçekleşen haksız fiil sebebiyle doğan zararın tazmininin istenebilmesi için, MK m. 28/II'de yer alan ve ceninin kişiliğini ileride sağ ve tam doğma geciktirici koşuluna bağlı olarak geçmişe etkili kabul eden düzenlemesine ihtiyaç bulunmadığını, klasik haksız fiil ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sorumluluğu kapsamında tazminat istenebileceğini kabul etmektedir (*Serozan*, III § 1 N 3). Kanaatimizce ceninin, vücut bütünlüğüne yönelik kişilik hakkının ihlali halinde haksız fiil failinden tazminat talep edebilmesi, MK m. 28/II'de yer alan düzenlemenin bir sonucudur. Ceninin, ileride sağ ve tam doğma geciktirici koşulu gerçekleşmediği sürece, ana rahminde iken ya da tüpte döllendirildiği sırada hak ehliyeti yoktur. Bu sebeple bu aşamada, vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı ihlal edildiği takdirde, kendisine kayyum atanarak kişilik hakkının korunması mümkün değildir. Ancak sağ ve tam doğum şartı gerçekleştiğinde, ana rahminde iken cenine karşı işlenen haksız fiil bir "kişi"ye

A- Tazminat Talebini Doğurabilecek Başlıca Durumlar

Cenin tazminat talebi, haksız fiile ya da sözleşmeye dayanabilir.

1- Haksız Fiile Dayanan Tazminat Talebi

Sağ ve tam doğum henüz gerçekleşmemiş olduğu halde, döllenmenin gerçekleşmesinden sonraki aşamada meydana gelen bir haksız fiil sebebiyle zarara uğramış olan cenin, sağ ve tam doğumunun ardından bu zararının tazmin edilmesini isteyebilir¹³.

a) Ceninin Vücut Bütünlüğünün İhlali Durumunda Tazminat

Cenin tazminat talebine esas olacak haksız fiil, çoğu zaman vücut bütünlüğünün ihlali biçiminde ortaya çıkar. Hak ehliyetinin ve kişiliğin kazanılması döllenme anına kadar geçmişe etkili olacağından, bu andan sonra, doğuma kadarki dönem içerisinde gerçekleşecek hukuka aykırı davranışla vücut bütünlüğü ihlal edilen cenin, bu ihlalin sonucu olan zararın tazminini talep edebilmelidir¹⁴. Bu çerçevede değerlendirilmesi mümkün olan vücut bütünlüğü ihlallerinin ilk örneği, döllenmenin dış ortamda gerçekleştirildiği durumlarda, ana rahmine naklinden önceki aşamada, kusurlu bir davranışla embriyoya zarar verilmesidir. Sağ ve tam doğum gerçekleşse bile embriyonun hasara uğraması sebebiyle fiziksel ya da zihinsel özürlü olarak dünyaya gelen çocuk, zararının tazminini kusurlu davranışın failinden isteyebilir¹⁵.

Cenin vücut bütünlüğü ana rahminde olduğu sırada anneye ya da doğrudan kendisine yönelik hukuka aykırı davranış sonucu ihlal edilmiş de olabilir. Gebe kadının darp edilmesi ya da trafik kazası geçirmesi, bu tür

karşı işlenmiş olacağından, cenin, haksız fiil failine karşı zararının giderilmesini talep edebilir (Ünver, 26; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 17).

¹³ Jost, 642; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 18; Mancino, Paul A.: “Torts-Prenatal Injuries-Recovery Allowed”, 14 W. Res. L. Rev. 1962-1963, 153; Kurt, 193; Jayakumar, Sri Vidhya: “Liability of a Mother for Prenatal Negligence to her Child: A Case for Equal Parenthood”, National Conference on Gender Equity at Work and Home, 9-10 Jan. 2009, K.G. Somaiya College, Mumbai (http://www.vpmthane.org/law1/Princ-Articles/Liability_of_a_mother_for_prenatal.pdf, erişim: 27.03.2013), 1.

¹⁴ İngiliz Hukukunda 1976 tarihli The Congenital Disabilities (Civil Liability) Act gereği, bir çocuğun ailesini etkileyen bir davranış sonucu çocuğun sakat kalmasına neden olan kişi, çocuğun ailesine karşı haksız fiilinden sorumlu tutulabiliyorsa çocuğa karşı da sorumludur (Jayakumar, 1).

¹⁵ Dural/Öğüz, 20; Kurt, 193; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 18; Coester, Michael: “The Protection of the Embryo in German Family Law”, Journal of Child Law, Vol. 5, No. 2, 1993, 88; Priestley, 34; Mancino, 152; Stone, F.: “The Unborn Child and The Law of Tort”, 9 Cambrian L. Rev. 1978, 56.

ihlallerin tipik örnekleridir¹⁶. Annenin rızası olmaksızın gerçekleşen ve ana rahmindeki ceninin yaşamına son verilmesini amaçlayan, ancak neticesiz kalmış davranışlar da bu kapsamda ele alınabilir¹⁷. Kanaatimizce anne, ceninin yaşamına son verilmesine rıza göstermiş olsa dahi, on haftalık yasal sürenin aşılmasından sonra rahmin tahliyesine yönelik davranış, hem anneye hem de doğrudan cenine yönelmiş haksız fiil teşkil eder¹⁸. Annenin rahminde taşıdığı ceninin yaşamını bizzat sona erdirmek istemesi halinde de; on haftalık sürenin aşılmasından sonra gerçekleşecek kusurlu davranışın anne tarafından cenine yöneltilmiş haksız fiil niteliğinde olacağının¹⁹ kabulü gerekir²⁰.

Ceninin vücut bütünlüğü ihlalinin özellik arz eden bir başka örneği, hekimin kusurlu tıbbi müdahalesinin bedensel zarara yol açması halidir²¹. Ana rahminde iken hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sebebiyle bedensel zararın doğması halinde, hekimden haksız fiil esaslarına dayalı olarak tazminat talep edilmesi mümkündür. Bununla birlikte burada hekime yöneltilecek tazminat talebinin, hekimin kusurlu davranışı ile ana rahminde iken bu davranışın hedefinde bulunan ve sağ olarak, ancak özürlü doğan çocuğun durumu arasında bir illiyet bağının bulunmasını zorunlu kıldığı hususu gözden kaçırılmamalıdır²². Böyle bir illiyet bağının mevcut olduğu çeşitli durumlar

¹⁶ Annenin gebeliği sırasında geçirdiği bir trafik kazası sebebiyle cenin bedensel zarara uğramış olarak dünyaya gelirse, sağ ve tam doğumun ardından, bu zarara kusurlu davranışı ile sebebiyet vermiş olan kimseden haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilir (Ünver, 80; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 18; Kurt, 193).

¹⁷ Annenin rızası olmaksızın ana rahmindeki ceninin yaşamına son vermek, ceza hukuku anlamında suç teşkil eder. TCK m. 99 (1) hükmü uyarınca; “Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Çocuk düşürtme suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Dönmez*, Burcu: “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s. 99-141.

¹⁸ TCK m. 99 (2) “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

¹⁹ TCK m. 100 (1) “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

²⁰ Şüphesiz ceninin vücut bütünlüğünün ihlal edildiği tüm bu örneklerde, ceninin doğan zararın tazminini talep edebilmesi için ihlale rağmen sağ ve tam doğumun gerçekleşmiş olması zorunludur.

²¹ *Friedl*, Birgit: “Wrongful Birth Claims in Germany”, *The King’s College Law Journal*, 1994-1995 (5), 161; *Ünver*, 80; *Şenocak*, Zarife: *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*, Ankara 2009, 5, dnp. 9.

²² *Şenocak*, 118. Doğum öncesinde doğrudan doğruya fetüse cerrahi müdahale ile tedavisi mümkün olan hastalıklar için bkz. *Weinberg*, Susan R.: “A Maternal Duty to Protect Fetal

düşünülebilir. Bunlardan en sık rastlanılanı, hekimin ana rahmindeki cenine tedavi ya da rahim tahliyesi amacıyla doğrudan doğruya müdahale etmesi ancak amacına ulaşamaması, tedavinin ya da rahim tahliyesinin gereği gibi uygulanamaması sonucunda ceninin zarar görmesidir²³. İkinci ihtimalde ise gebelik takibini yapmakta olan hekim, ceninin gelişimindeki, teşhisi ve cenin ana rahminde iken tedavisi mümkün bir anomaliyi, kusurlu davranışı sonucu teşhis edememiş, böylece cenin bu anomali ile dünyaya gelmiştir²⁴. Hekimin, ceninde mevcut anomaliyi teşhis ettiği halde anne-babayı bu hususta bilgilendirmemiş olması da özürlü doğumun ardından zararın hekimden talep edilmesiyle sonuçlanabilir. Bu ihtimalde de cenin tarafından hekime karşı ileri sürülecek tazminat talebinin dinlenilebilirliği, tespit edilen anomalinin, anne-babaya bildirilmiş olsaydı, doğumdan önce yapılacak bir müdahale ile giderilmesi imkanının bulunmasına bağlıdır²⁵. Hekimin ceninin gelişimindeki anomaliyi teşhis edemediği ya da teşhis ettiği anomali hakkında anne-babayı bilgilendirmediği durumda, anomali zamanında tespit edilebilmiş ya da anne-baba durumdan haberdar edilmiş olsaydı bile özürlü doğum engellenemeyecek idiye haksız fiil sorumluluğundan söz edilemez²⁶. Zira düzeltilmesi mümkün olmayan bir anomali ile karşı karşıya bulunan hekim, hareketsiz kalmakla çocuğun özürlü doğumuna yol açmış değildir. Bu noktada hekimin davranışı olsa olsa anne-babanın gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin muhtemel kararının önüne geçmiş olur ki bu mani oluş, haksız fiil esaslarına göre tazminat sorumluluğu için gereken illiyet bağının kurulmasına yetmez. Başka bir ifadeyle bu varsayımda, özürlü doğan çocuğun durumu, hekimin

Health”, Indiana Law Journal, Vol. 58 (1983), 532.

²³ *Büyükkay*, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006, 116. Hekimin cenindeki teşhisi mümkün anomaliyi teşhis edememesi, ceninin hekimi teşhis yükümlülüğü altına sokan sözleşmenin yararlanı ya da koruyucu etkisine dahil kabul edilmesi halinde sözleşmenin ihlali, ceninle hekim arasında sözleşme hukukuna ilişkin esasların uygulanmasını gerektirecek bir ilişkinin bulunmaması halinde ise haksız fiil niteliği taşımaktadır (*Ünver*, 112).

²⁴ *Şenocak*, 157.

²⁵ *Ünver*, 115; *Şenocak*, 157; *Büyükkay*, 116. Anne-babanın özürlü çocuğun bakım masraflarının tazmini için hekime açacakları dava ile ceninin tazminat talebinin ve şartlarının birbirinden farklı olduğunu bir kere daha vurgulamak gerekir. İstenmeden dünyaya gelen özürlü çocuk olaylarında, hekim anneyi durumdan haberdar etmiş olsaydı annenin gebeliği sona erdireceği kabul edilmekte ise hekimin davranışı ile çocuğun doğumu dolayısıyla meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilmektedir (*Jost*, 641; *Şenocak*, 121). Buna karşılık davayı bizzat özürlü doğan çocuğun açması halinde annenin varsayımsal gebeliği sonlandırma kararına dayanılması mümkün değildir (*Büyükkay*, 115).

²⁶ *Büyükkay*, 115; *Şenocak*, 157; *Ünver*, 115.

davranışının sonucu değildir²⁷. Nihayet bu durumda haksız fiil için aranan hukuka aykırılık unsurunun da bulunmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten burada hekim, çocuğa karşı bir temel koruma normunu ihlal etmiş değildir. Hekimin sorumluluğu, anne-babaya karşı borcun ihlalinden kaynaklanan bir sorumluluk olabilir ki bu da netice itibarıyla sözleşme sorumluluğu doğurur²⁸.

Henüz ana rahminde olduğu dönemde, ceninin, annenin bir davranışından dolayı zarar görmüş olması halinde, tazminat talebinin anneye yöneltilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde ceninin anneden ayrı bir varlığının bulunup bulunmadığı problemi yatar²⁹. Annenin cenine karşı haksız fiil işlemesi ve ceninin de bundan doğan zararının tazminine ilişkin talep hakkını anneye yöneltmesi, ancak ceninin anne karşısında bir varlığa sahip olduğu ön kabulü ile söz konusu edilebilir. Oysa sağ ve tam doğumun gerçekleşmesine kadar cenin hukukun nazarında “kişi” değildir. Böyle olunca gebe kadının rahminde taşıdığı varlığın kendi bedeninin bir parçası olduğu iddiası yok sayılamaz³⁰. Bununla birlikte sağ ve tam doğumuyla kişiliğini geçmişe etkili olarak kazanacak olan ceninin, ana rahminde olduğu dönem boyunca gebe kadının tasarruflarına karşı tamamen savunmasız bırakılması da isabetli olmayacaktır³¹.

²⁷ Şenocak, 157; Ünver, 115. Bu noktada tartışma çocuğun özürülü bir yaşam sürdürmek karşısında hiç var olmamak hakkına sahip olup olmadığı ve var olmama konusunda bir kişilik hakkının varlığı kabul edilecek olursa tazminat talebini bu hakkına dayandırıp dayandıramayacağı meselesine kaymaktadır. Doktrinde hakim görüş, çocuğun var olmama şeklinde bir kişilik hakkının bulunmadığıdır. Kanaatimizce de var olmamak, hukuk sistemi içerisinde kişiye tanınmış bir hak olarak değerlendirilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Büyükcay*, 115.

²⁸ Bu sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi bakımından ceninin durumu için bkz. aşağıda IV-A-2-b).

²⁹ *Foley*, Teresa: “Dobson v. Dobson: Tort Liability for Expectant Mothers?”, *Saskatchewan Law Review*, Vol. 61 (1998), 179; *Jost*, 643; *Priestley*, 35; *Özsunay*, 136; *Beal*, Ron: “Can I Sue Mommy? An Analysis of a Woman’s Tort Liability for Prenatal Injuries to her Child Born Alive”, 21 *San Diego L. Rev.* 1983-1984, 327.

³⁰ Nitekim 1989 tarihli *Daigle v. Tremblay* davasında (2 S.C.R. 530) Kanada Yüksek Mahkemesi, açıkça kişiliğin doğumla başlayıp ölümle sona erdiğine, fetüsün kişi olmadığına hükmetmiştir. Böylece ana rahmindeki ceninin, yasal olarak annesinininkinden ayrı bir varlığa sahip bulunmadığı kabul edilmiş olmaktadır (*Foley*, 178). Buna karşılık New Jersey’de mahkeme, doğmamış çocuğun yaşamını korumak amacıyla gebe kadına rızası hilafına tıbbi tedavi uygulanmasına hükmetmiştir. *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson* davasında New Jersey Yüksek Mahkemesinin kararına göre, gebe kadının ya da doğmamış çocuğun yaşamının korunması için gerekli olduğu takdirde gebe kadının rızası hilafına kan nakli yapılması mümkündür (*Weinberg*, 535).

³¹ Ceninin annenin bir parçası sayılması doğum gerçekleşene kadarki durumdur; bir kere sağ doğum gerçekleştiğinde, cenin geçmişe etkili olarak hak ehliyetini kazanmış olacaktır (*Kurt*, 191, dñn. 66; *Beal*, 328; *Mancino*, 154). Madem ki cenin sağ ve tam doğmakla geçmişe etkili olarak kişilik kazanmakta ve ana rahminde bulunduğu dönemde üçüncü kişi tarafından ger-

Gebelik süreci boyunca annenin, rahminde taşıdığı cenine karşı bir özen yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı meselesi oldukça hassas ve ihtilaflıdır. Gerçekten böyle bir yükümlülüğün kabulü, cenin açısından bakıldığında onun haklarını korumaya hizmet eden bir yaklaşım olarak son derece yerinde görülebilirse de aynı yaklaşım, kadının kendi bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin ve özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına geleceğinden tek kelime ile “tehlikeli”dir³². Nitekim anne ile cenin arasındaki ilişkide menfaatler dengesinin ne şekilde kurulacağıyla ilgili olarak sıklıkla karşı karşıya gelen iki görüşten ilki, yasa koyucunun gebe kadının kişisel özgürlüğünü dolaylı olarak bile sınırlandıramayacağı ve doğmamış çocuğa karşı yasal bir özen yükümlülüğünün söz konusu olamayacağı yönündeyken, ikinci görüş, basitçe, annenin sorumluluktan muaf tutulması için bir sebep görmemektedir³³. Mahkeme kararlarında da doktrinadaki tartışmalara paralel olarak farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde, gebe kadının kusurlu araba kullanması sonucunda ana rahmindeki ceninin zarar gördüğü iddiasıyla açılan davada³⁴ mahkeme, sağ doğumun ardından anneye yöneltilen tazminat talebini, böyle bir sorumluluğun kabulünün anne ile cenin arasındaki benzersiz ilişkiye -annenin özerklik ve gizlilik hakları pahasına- aşırı müdahale anlamına geleceği gerekçesiyle reddetmiştir³⁵. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi, annenin gebe kalmadan önce kendisine frengi hastalığı teşhisi konmuş olmasına rağmen gebe kalarak hastalıklı bir çocuk dünyaya getirdiği olayda, çocuğun anneden maddi ve manevi tazminat talep etme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir³⁶.

çekleştirilen haksız fiilden kaynaklanan zararının tazminini talep edebilmektedir, o halde zararın annenin kusurlu davranışının sonucu olduğu durumlarda da tazminat talebinin, ceninin gebe kadının varlığından ayrı bir varlığı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilememesi gerekir (Foley, 180).

³² Foley, 192; Jayakumar, 2. Cenin ile kadın arasındaki ilişkiyi kadının bedeni üzerindeki haklarını da dikkate alarak inceleyen dikkate değer bir çalışma için bkz. Purdy, L. M.: “Are Pregnant Women Fetal Containers?”, Bioethics, 1990 Oct. 4(4), 273-291.

³³ Coester, 91; Beal, 333.

³⁴ Stallman v. Youngquist. Gerçekleşme biçimi itibarıyla buna çok benzeyen başka bir olayda (Dobson v. Dobson) Kanada Yüksek Mahkemesi, annenin kusurlu araç kullanarak kazaya neden olması yüzünden yaralanan cenine dava hakkı tanımıştır (Özsunay, 135).

³⁵ Cook, Moses: “From Conception until Birth: Exploring the Maternal Duty to Protect Fetal Health”, Washington University Law Quarterly, vol. 80/2002, 1311, dpn. 32.

³⁶ Ana-babanın bozuk genlerin çocuğa geçmesine engel olmak yükümlülüğünün bulunmadığı yönündeki katıldığımız görüş için bkz. Capron, Alexander: “Tort liability in Genetic Counseling”, 79 Colum L. Rev. 1979, 665.

Annenin cenin karşısında her türlü sorumluluktan muaf olduğu kabul edilemeyeceği gibi, ceninin doğum öncesi tüm zararlarından anneyi sorumlu tutmak da mümkün değildir. Karşı karşıya gelen bu iki korunmaya değer menfaatin dengelenebilmesi ise annenin cenine karşı bir özen yükümlülüğü altında bulunduğunun kabulünü zorunlu kılmaktadır³⁷. Bununla birlikte söz konusu yükümlülüğün sınırlarının çok dikkatli çizilmesi gerekir³⁸. Gerçekten, annenin gebelik dönemindeki davranışları ve kararları cenin ve doğum sonrasında çocuk için yıkıcı sonuçlar doğurabilir. Ceninin hayatının annenin fiili sebebiyle tehlikeye girebileceği üç farklı davranış grubundan söz edilmektedir. Bunlardan birincisinde kadın kendisi için tehlikeli olabilecek bir davranışta bulunmakta ancak bu davranışın olumsuz sonuçları rahimdeki cenine uzanmaktadır. Alkol, uyuşturucu ya da tütün bağımlılığı, cinsel yolla bulaşabilecek hastalıklar dikkate alınmaksızın dikkatsizce cinsel ilişkiye girilmesi böyledir. İkinci davranış grubu kadının bir yetişkin için normal ve kabul edilebilir olmasına rağmen cenin için risk içeren aktivitelerinden oluşur ki aslında ceninin sağlığı açısından olumsuz sonuçlanma ihtimali düşünülemeyecek neredeyse hiçbir aktivite yoktur. Motosiklete binmek, merdiven çıkmak, uçak yolculuğu yapmak, gelişmemiş sağlık sistemine ya da sağlıksız iklime sahip ülkelere tatile gitmek bu tip aktiviteler arasında sayılabilir. Üçüncü grupta kadının kendisi ya da cenin için zorunlu görülen bir tıbbi tedaviyi reddetmesi bulunur³⁹. Kanaatimizce gebe kadının ceninin menfaati için kaçınması gereken davranışların çerçevesinin belirlenmesinde “benzer şartlar altındaki normal, orta zekalı, makul insan tipi” kriterinden faydalanılması mümkündür. Böylece annenin, benzer koşullar altındaki herhangi bir makul anne-babanın davranışından sapan zarar verici davranışı, kusurlu davranış olarak nitelendirilerek haksız fiile dayanan sorumluluğunun esasını oluşturacaktır⁴⁰.

³⁷ Özsunay, 136.

³⁸ Bu çerçevede gebe kadının hangi andan itibaren ceninin sağ doğumunun gerçekleşmesi için gerekli tedbirleri almaya mecbur olacağı, hangi davranışlardan kaçınmadığı takdirde özürsüz doğumun sorumluluğunu taşıyacağı, gebe oluşunun ya da davranışın cenin açısından zararlı niteliğinin bilgisizliğinden hangi noktaya kadar yararlanabileceği, cevaplanması gereken sorulardır (Coester, 91). Gebe kadının gebeliği öğrendiği andan itibaren sigara ve içki içmek, düzensiz bir yaşam tarzı sürdürmek gibi, ceninin zarar görmesine neden olabilecek tüm davranışlardan kaçınmakla yükümlü olacağına ilişkin bkz. Özsunay, 136. Buna karşılık Michigan Temyiz Mahkemesi, Grodin vs. Grodin davasında, kadının, gebe kalma anından itibaren fetüse karşı özen yükümü altında bulunduğunu kabul etmiştir (Beal, 357). Özen yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesiyle ilgili problemler için bkz. Jayakumar, 2.

³⁹ Beal, 360; Coester, 91.

⁴⁰ Weinberg, 13; Beal, 353; Wellington, Kate: “Maternal Liability for Prenatal Injury: The Pre-

b) Ceninin Diğer Kişilik Haklarının İhlali Durumunda Tazminat

Haksız fiilin ceninin vücut bütünlüğü dışındaki diğer kişilik haklarının ihlali biçiminde gerçekleşmesi de söz konusu olabilir. Örneğin, evlilik dışı bir ilişkinin sonucu olarak dünyaya gelen ceninin şahsına yönelik olarak, henüz doğumundan önce, şeref ve haysiyetini ihlal edici bir takım yayınların yapılmış olması ve ceninin bunlardan dolayı zarar uğraması halinde, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinin ardından bu zararların giderilmesinin de talep edilebilmesi gerekir⁴¹.

c) Ceninin Destekten Yoksun Kalması Durumunda Tazminat

Destekten yoksun kalma tazminatı ile, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların giderilmesi hedeflenmektedir⁴². Bir kimseye fiilen, düzenli ve sürekli olarak bakan ve ileride de bakmaya devam edeceği anlaşılan kimse, baktığı şahıs açısından “destek”tir⁴³. Destek olarak nitelendirilen kişinin tazminat talebinde bulunan kişiye halihazırda bakmakta olması zorunlu değildir; hayatın olağan akışına göre ileride bakma ihtimalinin bulunması yeterlidir. Bu ikinci durumda “farazi destek”ten söz edilir⁴⁴. Cenin için destek, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin karşılanmasını anne-babaya yükleyen MK m. 327/I hükmü gereğince, kural olarak anne-babasıdır⁴⁵. Bununla birlikte desteğin anne-baba olması zorunlu

ferable Approach for Australian Law?”, Tort Law Review 18 (2010), 91.

⁴¹ *Gazley, M. G.*: “Tort Liability for Prenatal Injuries”, Victoria U. Wellington L. Rev. 7(1973-1975), 213. Henüz doğmadan önce cenin için kanuni temsilci tayin edilemeyeceği kuralının istisnalarından biri, evlilik dışında ana rahmine düşen cenin ile baba arasında soybağının kurulmasına yönelik olarak babalık davası açmak üzere cenine bir kayyım atanmasıdır (MK m. 301). Buna göre, evlilik dışında ana rahmine düşen cenin için babalık davası açmak üzere, ananın talebi ile hakim cenine kayyım atayabilir. Getirilen bu imkan bir yandan baba ile arasında soybağı kurulan ceninin babaya mirasçı olmasını sağlamakla ceninin malvarlığı haklarını korumaya hizmet ederken bir yandan da ceninin kişilik haklarının korunmasına bir örnek oluşturmaktadır (*Kurt, 198*).

⁴² BK m. 53 hükmünde ölüm halinde uğranılan zararlar arasında “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” da sayılmış, böylece destekten yoksun kalma tazminatının yasal dayanağı oluşturulmuştur.

⁴³ *Gökyayla, K.* Emre: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004, 98; *Ünver*, 65; *Eren*, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, 721; *Tekinay*, Selahattin Sulhi/*Akman*, Sermet/*Burcuoğlu*, Haluk/*Altop*, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, 620; *Gürsoy*, Kemal Tahir: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHF Dergisi, Cilt: 29, 1972, Sayı: 1-2, s. 185; *Sirmen*, Lale: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, AÜHF Dergisi, Cilt 35, 1978, Sayı 1-4, s. 489.

⁴⁴ *Eren*, 724; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 621; *Sirmen*, 489; *Gürsoy*, 147.

⁴⁵ Esasen bir kimsenin bir başkasının desteği sayılabilmesi için bu ikincisine nazaran bir bakım yükümlülüğü altında bulunması gerekli değildir. Bununla birlikte böyle bir bakım yükümlü-

değildir⁴⁶. Desteğin ceninin doğumundan önce bir haksız fiil sonucunda ölmüş olması durumunda, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinin ardından⁴⁷ çocuk, haksız fiilin failinden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir⁴⁸.

Destekten yoksun kalma tazminatının miktarı, ölen kişinin çocuğa sağlayabileceği desteğin muhtemel miktarı kadar olacaktır. Bu tutar hesaplanırken, çocuğun bakım ihtiyacının devam edeceği süre, yaşasaydı çocuğa destek olacak olan ana veya babanın kazancının tutarı ve çocuğa destek olabileceği muhtemel süre dikkate alınır⁴⁹.

d) Ceninin Destek Niteliği Taşımayan Yakınlarından Birinin Haksız Fiil Sonucu Ölümü Durumunda Tazminat

Aile fertlerinden birinin ceninin doğumundan önce ölümü, ailenin ölen ferdi olmadan büyüyen çocuğun bu duruma dayalı olarak acı ve üzüntü duymasına, dolayısıyla manevi zarara uğramasına yol açacaktır. Bu sebeple bu şekilde haksız fiil sonucu bir yakını kaybetmiş olan cenin, sağ ve tam doğumun ardından haksız fiil failinden manevi tazminat talep edebilir⁵⁰.

Yargıtay bu gibi durumlarda böyle bir kayba uğrayan ceninin olayın gerçekleştiği sırada henüz doğmamış olmasının ya da tazminat talebinin ileri

lüğünün varlığı, kanunen bakmakla yükümlü olan kişinin, sağlığında hiçbir yardımda bulunmasa bile yine de destek sayılmasını gerektirir (*Gökyayla*, 99, 101).

⁴⁶ Ölen kardeşin destek sayılabilmesi için onun desteğinden yoksun kalacak kardeşin, onun ölümünde doğmuş ya da en azından cenin halinde olması gerekir (*Gürsoy*, 150).

⁴⁷ Ceninin destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin talebinin MK m. 28/II'de kabul edilen geçmişe etkililik varsayımına dayandırılması gerekmeksizin de ileri sürülebileceğine ilişkin olarak bkz. *Serozan*, Rona: "Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, 317. Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için, desteğin ölümü tarihi itibarıyla doğumun değilse de döllemenin gerçekleşmiş olması zorunludur (*Tekinay*, Selahattin Sulhi: Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963, 47). Buna karşılık doktrinde desteğin ölümü anında henüz ana rahmine bile düşmemiş olan nondum conceptusun da destekten yoksun kalma tazminatını talep edebileceği savunulmuştur (*Serozan*, "Kişiliğin Korunması", 317).

⁴⁸ *Kurt*, 195; *Mancino*, 153; *Ünver*, 40. Yargıtay da bir kararında (Yarg. 4 HD. E.1983/6447, K. 1984/2849); "Davacının doğmadan önce cenin halinde iken desteği olan babasının ölümü nedeniyle BK'nun 45, 47. maddeleri uyarınca maddi ve manevi tazminat isteyebileceğinden kuşku yoktur." ifadesine yer vermiş, başka bir kararında da (Yarg. 4 HD. E. 1983/7784, K. 1983/8331); "Nitekim bu gibi olaylarda sağ doğması kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir." diyerek ceninin, sağ ve tam doğmak kaydıyla, destekten yoksun kalma tazminatı bakımından dava ehliyetine sahip bulunduğunu vurgulamıştır (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴⁹ *Ünver*, 71; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, 635; *Kurt*, 196.

⁵⁰ *Kurt*, 196; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, 18; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, 661.

sürüldüğü tarih itibarıyla küçük yaşta oluşunun tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceğine, manevi tazminatın yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunacağına hükmetmiştir⁵¹.

2- Sözleşmeye Dayanan Tazminat Talebi

Her ne kadar hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olarak kazanıldığı görüşü, ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren sözleşme yapma ehliyetine sahip olduğunu savunmakta ise de sağ ve tam doğumu bir geciktirici şart olarak nitelendiren hakim görüş çerçevesinde düşünüldüğünde, ceninin doğumundan önce -kanuni temsilcisi aracılığıyla da olsa- bir sözleşmeye taraf olması mümkün değildir. Bununla birlikte cenin, tarafı olmadığı bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehdarı olabilir. Benzer şekilde üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmede, ceninin, sözleşmenin koruma alanına girmesi de düşünülebilir. Bu sebeple ceninin, bu sözleşmelerden kaynaklanan zararlarının tazminini talep etme hakkına sahip olup olmadığının her iki ihtimal açısından ayrı ayrı tartışılması gerekir.

a) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Lehdarı Olan Ceninin Tazminat Talebi

Üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar, sözleşmenin tarafı değildir⁵². Bu sebeple ceninin, henüz sözleşme ehliyetinin bulunmadığı bir aşamada, üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmenin lehdarı olması mümkündür⁵³. Bu tür sözleşmelerde üçüncü kişinin hakkı, yararına kurulmuş olan sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin kurulduğu sırada henüz doğmamış olan ceninin, “sözleşmenin kurulduğu anda” nasıl hak kazanacağı meselesi ise “beklenen hak teorisi” ile açıklanmıştır. Buna göre; sözleşme kurulduğu anda henüz doğmamış olan cenin bakımından, yararına kurulan sözleşmeden doğan hak, henüz bir bekleme durumudur. Cenin sağ ve tam doğmakla bu hakkı kazanacaktır⁵⁴. Böyle bir sözleşme, sağ ve tam doğum geciktirici şartına bağlı olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur ve çocuk, sözleşmeden doğan talep hakkını sözleşmenin borçlu tarafına karşı ileri sürebilir⁵⁵.

⁵¹ Yarg. 11. HD, 5.4.2010, E. 12224, K. 3776; Yarg. 4. HD, 12.10.1983, E. 7784, K. 8331. (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.)

⁵² Oğuzman, M. K./Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, 439; Eren, 1097.

⁵³ Akyol, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, 99; Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, 19; Ünver, 75; Eren, 1096.

⁵⁴ Akyol, 101.

⁵⁵ Kurt, 191; Ünver, 76.

Cenin, tam ya da eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehdarı olabilir⁵⁶. Cenin lehine kurulmuş olan sözleşme tam üçüncü kişi yararına sözleşme ise cenin sağ ve tam doğumun gerçekleştiği anda, tarafı olmadığı bu sözleşmeden bir alacak hakkı kazanır ve borçludan ifanın kendisine yapılmasını talep edebilir. Sözleşmenin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıması halinde ise yararlanan üçüncü kişi sadece kendisine yapılacak ifayı kabul etme yetkisine sahip olduğundan, cenin de sağ ve tam doğumun gerçekleşmesiyle birlikte kendisine yapılacak ifayı kabul etme yetkisini elde edecektir⁵⁷.

Cenin, lehtar olduğu üçüncü kişi yararına sözleşmenin gerektiği gibi ifa edilmemesinden dolayı zarara uğradığı takdirde bu zararının tazminini talep edebilir. Bununla birlikte cenin yararına kurulmuş olan sözleşmenin geciktirici şarta bağlı bir sözleşme niteliği taşıdığı ve hüküm ve sonuçlarını ancak sağ ve tam doğumun ardından doğurmaya başlayacağı unutulmamalıdır. Hal böyle olunca bu sözleşmenin ihlali ancak sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden sonra mümkün olabilir. Bu durumda tazminata yol açan zararı doğurucu olay ceninin ana rahminde bulunduğu süreçte meydana gelmiş olmayacağından, her ne kadar ceninin üçüncü kişi yararına sözleşme sebebiyle hak sahibi olması mümkün ise de kanaatimizce bu sözleşmenin ihlalinden doğacak tazminat talep hakkı, bu çalışma anlamında “ceninin tazminat talebi” başlığı altında ele alınamaz.

b) Ceninin Koruyucu Etkili Sözleşmeden Kaynaklanan Tazminat Talebi

Borçlar hukukunda geçerli olan nispilik esası uyarınca borç ilişkileri ancak tarafları arasında hüküm ve sonuç doğururlar. Dar anlamda borcun ifası, taraflar dışında bir üçüncü kişiden istenemez; üçüncü kişi de tarafı olmadığı sözleşmeden doğan borcun ifasını talep edemez. Aynı kuralın tazminat hukukundaki görünümü, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde üçüncü kişiden tazminat talebinde bulunulamayacağı şeklindedir ki üçüncü kişiler açısından bu, tarafı olmadıkları bir sözleşmeden doğan borcun ihlali sebebiyle uğradıkları zararın tazminini ancak haksız fiil hükümlerine

⁵⁶ Üçüncü kişinin sadece vaad eden tarafından teklif edilen ifayı kabul yetkisine sahip olup ondan borcun ifasını isteme hakkının bulunmadığı sözleşme tipine “eksik”, “basit” ya da “yetki veren” üçüncü kişi yararına sözleşme denir. Bundan üçüncü kişi yararına doğrudan doğruya bir alacak hakkı doğmaz. Buna karşılık üçüncü kişi vaad edilen edimin ifasını talep yetkisine sahip ise tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden söz edilir (*Eren*, 1100; *Akyol*, 16).

⁵⁷ *Ünver*, 76.

dayanarak talep edebilecekleri anlamına gelir. Oysa sözleşmeye aykırılık hükümlerinin zarar görene çoğu açıdan haksız fiil hükümlerine nazaran daha etkin bir koruma sağladığı tartışmasızdır⁵⁸. Tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan koruma yükümlerinin ihlali sonucu zarar gören üçüncü kişinin, bu zararını, sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazmin ettirebileceği doğrudan ve bağımsız bir talep hakkına sahip olması, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yapısı ile sağlanmaktadır⁵⁹.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, borçlunun koruma yükümlülüklerini alacaklı ile birlikte, alacaklının koruma alanı içinde bulunan ve edime yakınlığı dolayısıyla en az alacaklı kadar tehlikeye maruz olan üçüncü kişilere de yaymayı ifade eder⁶⁰. Koruma yükümlülüklerinin alanının bu şekilde genişletilmesi için borçlunun, sözleşmenin diğer tarafına karşı olduğu gibi üçüncü kişiye karşı da koruma ve özenle yükümlü olduğunun dürüstlük kuralı gereğince kabul edilebilmesi gerekli ve yeterlidir. Burada sözleşme, edim ilişkisi itibarıyla yalnızca tarafları arasında hüküm ifade etmektedir, bu sebeple sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin ifasının üçüncü bir kişi tarafından talep edilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte bu sözleşmenin kurulması ile, borçlu ve edim ilişkisi açısından üçüncü kişi durumundaki kişiler arasında da, herhangi bir asli edim yükümlülüğü içermeyen, sadece koruma yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisi meydana gelmiş olur. Böylece kurulan sözleşmede taraf sıfatı taşımamakla birlikte sözleşmenin koruma alanına dahil olan üçüncü kişiler, bu sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin ifası sebebiyle zarar gördükleri takdirde, zararlarının tazminini akdi sorumluluk hükümleri uyarınca tazmin ettirmek imkanını kazanmış olmaktadırlar⁶¹.

Cenin de koruma alanına dahil olduğu herhangi bir sözleşmenin ihlali dolayısıyla tazminat talep hakkına sahip olabilir; bunun için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının gerçekleşmiş olması gerekli ve

⁵⁸ Ünver, 138. Sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların tazminat talepleri açısından değerlendirilmesi ve karşılaştırılması için bkz. Serozan, Rona: “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”, Prof. Dr. Yavuz Alangöy İçin Armağan, İstanbul 2007, 716.

⁵⁹ Bulut, Nil Karabağ: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009, 13.

⁶⁰ Akünel, Teoman: “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nispiliği Prensibinin Aşılması”, YD. 1988, 227; Demircioğlu, Huriye Reyhan: Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranışlardan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, 156.

⁶¹ Demircioğlu, 158.

yeterlidir⁶². Bizim bu başlık altında özellikle üzerinde duracağımız sözleşme ise, cenini koruyucu etkili bir sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda fikir birliğine varılamamış olmasına rağmen, ceninin anne babasının hekimle kurduğu sözleşmedir⁶³.

Hekimle hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi, hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğü altına sokan bir sözleşmedir⁶⁴. Hekimlik sözleşmesinin hukuki açıdan nasıl nitelendirileceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, hakim görüş hekim ile hasta arasındaki ilişkinin bir vekalet ilişkisi teşkil ettiği yönündedir⁶⁵. Ana ile hekim arasında kurulan bu sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme mi yoksa üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme mi olduğu hususunun ise her somut olayda, sözleşmenin özelliğine göre belirlenmesi gerekir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, taraflarca ifanın alacaklıya değil de üçüncü bir kimseye yapılmasının kararlaştırıldığı sözleşmedir⁶⁶. Ana ile hekim arasında cenin yararına bir sözleşmenin kurulması şüphesiz mümkündür; ancak normal şartlarda, gebeliğin takibini ve doğumun gerçekleştirilmesini konu edinen bir hekimlik sözleşmesinde ifanın cenine yapıldığı söylenemez. Gebelik devam ederken ve tam doğumun gerçekleşmesine kadar, hekimin, bu sözleşme gereğince yürüttüğü ve sözleşmenin ifası niteliğini taşıyan tüm faaliyetleri, doğrudan ananın vücut bütünlüğü ile ilgilidir ve ananın menfaatine hizmet eder. Hekimlik sözleşmesi, cenine ancak dolaylı bir koruma sağlar. Bu sebeple kanaatimizce ana ile hekim arasındaki bu sözleşmenin cenin yararına yapılmış bir sözleşme değil, cenini koruyucu etkili bir sözleşme olduğunun kabulü

⁶² Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunu edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olarak nitelendiren görüş uyarınca üçüncü kişinin sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerden yararlanabilmesinin temel şartı, tarafların güven alanına dahil olmasıdır. Bunun yanı sıra üçüncü kişinin edime yakın olması, korunmasında alacaklının menfaatinin olması, üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının onun korunmasındaki menfaatinin borçlu tarafından öngörülmesi ve üçüncü kişinin korunma ihtiyacının bulunması gerekir (*Bulut*, 100).

⁶³ Ana-babanın hekimle yaptığı sözleşmenin gebeliği önlemek amacını gütmesi durumu, cenin açısından üçüncü kişi yararına sözleşme ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramlarının tamamıyla dışında kalmaktadır. Örneğin baba açısından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilebilecek sterilizasyon sözleşmesinin, henüz ana rahmine düşmemiş çocuğun yararına ya da onu koruyucu etkili olduğu söylenemez (*Büyükkay*, 115).

⁶⁴ *Demir*, Mehmet: “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFHD 2008, C. 57, S. 3, 232.

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Şenocak*, Zarife: *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998.

⁶⁶ *Büyükkay*, 113.

gerekir⁶⁷. Böylece ana ile hekim arasında yapılmış olan gebelik takibine ilişkin sözleşmenin koruma alanı içinde yer alan cenin, hekimin bu sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin ifası sırasında bir zarara uğradığı takdirde, bu zararın tazmini akdi sorumluluk hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir⁶⁸.

c) İstenmeden Dünyaya Gelen Çocuğun Tazminat Talebi

İstenmeden dünyaya gelen çocuk kavramı ile anne-babanın çeşitli sebeplerle dünyaya gelmesini istemedikleri bir çocuğun, çoğu zaman hekimin anne-baba ile arasında kurulmuş sözleşmeye aykırı davranışının sonucu olarak doğumu ifade edilmektedir⁶⁹. Anne-baba ile hekim arasında kurulmuş olan bu sözleşmenin konusu sterilizasyon uygulaması⁷⁰, mevcut gebeliğin sonlandırılması ya da genetik danışmanlık ve doğum öncesi teşhis-tedavi olabilir⁷¹. Hekim yapılan sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmediği takdirde, anne-babanın bu ihlal sebebiyle istenmeden dünyaya gelen çocuğun sağlıklı ya da özürlü olmasına bakılmaksızın, bu doğumdan kaynaklanan zararlarının tazminini aralarındaki sözleşmeye dayanarak hekimden talep etme hakları, doktrinde ve uygulamada kural olarak kabul görmektedir⁷². Bununla

⁶⁷ Serozan, §19 N 1; Aydın, Tülay: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi, İÜHF C. LXIV, S. 2, 2006, 337. Buna karşılık ananın, karnındaki ceninin tedavisi amacıyla hekimle yaptığı sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Hekim edim yükümünün borçlusu, sağ ve tam doğmak kaydıyla haklardan yararlanacak olan cenin de edim alacaklısıdır. Ceninin genetik bir hastalığının bulunup bulunmadığının teşhisine veya genetik hastalığın tespiti halinde gebeliğin sonlandırılmasına yönelik sözleşmeler ise üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilemez (Büyükyay, 113).

⁶⁸ Kurt, 192; Şenocak, 157; Ünver, 138.

⁶⁹ İstenmeden dünyaya gelen çocuk sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesine ilişkin davanın anne-baba tarafından açılması halinde “istenmeyen doğumdan kaynaklanan dava hakkı” (*wrongful birth action*), bizzat özürlü çocuğun kendi doğumu ve yaşamı sebebiyle tazminat talep etmesi halinde ise “istenmeyen yaşamdan kaynaklanan dava hakkı” (*wrongful life action*) söz konusudur (Büyüksağış, Erdem: “Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi?”, e-akademi, Şubat 2006, Sa. 48, parç. 3, Şenocak, 42).

⁷⁰ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4 hükmünde sterilizasyon; “bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale” şeklinde tanımlanmıştır. Kanuna göre sterilizasyon ameliyatı tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır (m. 4/II).

⁷¹ Ünver, 151.

⁷² Hekimin anne-baba ile yaptığı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi, sağlıklı ya da özürlü bir çocuğun, anne-babasının rızası hilafına dünyaya gelmesine yol açtığı takdirde, sözleşmeye aykırı davranan hekime karşı çocuğun bakım giderleri ile gebelik ve doğum için yapılan giderlerin tazminine yönelik talep hakkının, sözleşmenin tarafı sıfatıyla anne ve babanın her ikisine de ait olması tabiidir. Hekimle yapılan sözleşmede eşlerden yalnızca birinin taraf sıfatını taşıması durumunda ise çocuğun doğumu sebebiyle

birlikte bizzat çocuğun, sözleşme sorumluluğu esaslarına göre hekimden tazminat talep edip edemeyeceği meselesi tartışmalıdır⁷³.

İstenmeden dünyaya gelen çocuğun, sağlıklı veya özürlü olarak doğmuş olmak dolayısıyla uğradığını ileri sürdüğü zararın tazminini bizzat talep etme hakkının varlığına ilişkin problem, talebin hukuki dayanağı noktasındadır. Çocuğun doğumu hekimin sözleşmeye aykırı davranışının sonucu olduğundan, çocuğun sözleşmenin ihlaline dayanan tazminat talebini hekime yöneltebilmesi, hekim tarafından kusurlu olarak ihlal edilen sözleşme ilişkisinin tarafı olmasını ya da en azından bu sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme olarak nitelendirilip kendisinin de sözleşmenin koruyucu etkisine dahil edilebilmesini gerektirir⁷⁴. Oysa bu sözleşme, hekim ile anne-baba arasında kurulmakta ve esasen sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla henüz hak ehliyetini kazanıp kazanamayacağı belirsiz olan çocuk, bu sözleşme bakımından taraf sıfatı taşımamaktadır⁷⁵. Sözleşmenin ceninin de koruma alanına dahil edilebileceği üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme olarak nitelendirilmesi ihtimaline gelince; bu noktada sözleşmenin konusu belirleyici olacaktır. Açıktır ki sterilizasyonu ya da mevcut gebeliğin sonlandırılmasını hedefleyen bir sözleşmenin cenin bakımından koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁷⁶. Bu sebeple

le bakım giderlerini karşılamakla yükümlü olan ve hekimle yapılan sözleşmeye taraf olmayan eşin dava açma imkanının varlığı, diğer eş ile hekim arasında kurulmuş olan sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesiyle kabul edilebilir olmaktadır (Şenocak, 139; Temel, Erhan: “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, Ankara Barosu III. Sağlık Kurultayı, Ankara 7 -8 Mayıs 2010, 83). Hatalı sterilizasyon sebebiyle dünyaya gelen çocuğun bakım masraflarının hekim tarafından karşılanması taleplerine ilişkin içtihadında (BGH NJW 2007, 989-990) Federal Mahkeme, sterilizasyon sözleşmesinin aile planlamasına hizmet ettiğini, bu itibarla sadece babanın koca sıfatıyla tazminat alacaklısı olmadığını, annenin hayat arkadaşının ya da kısa süreli ciddi olmayan erkek arkadaşının da bu sözleşmeden kendi lehine haklar çıkarabileceğini ifade etmiştir (Temel, 82). Belirtilmelidir ki gebelik takibi ve prenatal tanıdaki kusur sebebiyle istenmeden dünyaya gelen özürlü çocuğun bakım masraflarının tazmin edilebilirliği, her şeyden önce hekim sözleşmeye uygun olarak mevcut anomaliyi tespit edebilmiş olsaydı, anne-babanın başvuracaklarını iddia ettikleri gebeliği sonlandırmanın hukuka uygun olmasına bağlıdır (Şenocak, 121).

⁷³ İstenmeyen sağlıklı çocuğun doğumu halinde anne-baba tarafından açılacak tazminat davasıyla giderilmesi istenen zarar, çocuğun kendisi (bizatihi varlığı) değil, planlamaya aykırı doğumundan kaynaklanan bakım masraflarından ibarettir (Friedl, 164; Şenocak, 13).

⁷⁴ Büyüksağış, “Hekimin Sorumluluğu”, parg. 17; Ünver, 152; Şenocak, 156.

⁷⁵ Ünver, 151; Şenocak, 156.

⁷⁶ Her iki sözleşmenin de gereği gibi ifa edilmesi, ceninin hiç var olmaması ya da varlığının sağ ve tam doğum gerçekleşmeksizin sona ermesi anlamına gelecek ve böylece sözleşmenin koruyucu etkisi içinde bulunacak bir üçüncü “kişi” de hiç olmayacaktır. Buna karşılık hekimin

hekim tarafından ihlal edilen sözleşme sterilizasyona veya gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olduğu ölçüde, başka bir tartışmaya girmeye gerek bulunmaksızın, istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuğun, sözleşmenin ihlaline dayanarak hekime yöneltebileceği bir tazminat talep hakkının mevcut olmadığı söylenebilir⁷⁷. Hekim ile anne-baba arasında kurulan sözleşmenin genetik danışmanlık ve doğum öncesi teşhis-tedaviye ilişkin olması halinde ise hekimin sözleşmeyi ihlal eden kusurlu davranışı çocuğun özürlü doğumuna yol açan problemin önceden tespit ve/veya tedavi edilememesine sebebiyet verecektir⁷⁸. Böylece bu ikinci ihtimalde anne-baba aslında sağlıklı bir çocuk sahibi olmak istedikleri halde hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sonucunda özürlü bir çocuk doğmuş olmaktadır⁷⁹. Burada hemen gebeliğin önlenmesini ya da sonlandırılmasını hedefleyen sözleşmelerin aksine genetik danışmanlık, gebelik takibi ve doğum öncesi teşhis-tedaviye ilişkin sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu belirtmek gerekir⁸⁰. Bununla birlikte hekimin özürlü doğum sebebiyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi, sözleşmeyi ihlal eden kusurlu davranışı ile ana rahmindeki cenine doğrudan doğruya zarar vermiş olmasına ya da böyle bir sözleşme gereğince teşhisi ile yükümlü olduğu hastalığın doğumdan

sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemiş olması, sözleşmenin taraflarını oluşturan ana-babaya sözleşmeye dayanarak tazminat talep etme hakkını verirse de kanaatimizce böyle bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemiş olması sebebiyle sağlıklı doğan çocuğun hekimden tazminat talep etme hakkı yoktur. Çocuğun hekimin bu sözleşmenin gereğini yerine getirmeye yönelik kötü ifa teşkil eden davranışı sebebiyle özürlü olarak dünyaya gelmesi halinde ise tazminat talebinin haksız fiile dayandırılması gerekir. Aynı yönde bkz. *Büyüksağış*, “Hekimin Sorumluluğu”, parag. 2.

⁷⁷ *Büyükay*, 115; *Büyüksağış*, “Hekimin Sorumluluğu”, parag. 10.

⁷⁸ Prenatal tanı, riskli gebeliklerde gebe kadın ve fetüse gebelik dönemi içinde uygulanan küçük cerrahi müdahaleler ve genetik testler aracılığıyla fetüsteki sağlık sorunlarının ve genetik bozuklukların tespit edilmesidir (*Şenocak*, 48).

⁷⁹ Çocuğun özürlü doğumu ile hekimin davranışı arasındaki sebep-sonuç ilişkisi değişik biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin ana-babanın kendilerinde bulunan bir genetik rahatsızlık konusunda yanlış bilgilendirilmeleri, ana rahmindeki ceninin özürlü olup olmadığının tespiti için yapılabilecek kontrollerin yanlış uygulanması, özürlü çocuğun yaşamını sonlandırma ya yönelik kürtaj müdahalesinin başarısız olması, çocuğun özürlü olarak dünyaya gelmesiyle sonuçlanabilir (*Friedl*, 161).

⁸⁰ Anne-babanın birlikte veya ayrı olarak yapmış oldukları, genetik bir rahatsızlığın bulunup bulunmadığına yönelik hamilelik öncesi ve hamilelik sonrası teşhis sözleşmelerinin çocuk bakımından ne üçüncü kişi yararına sözleşme, ne de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği yolunda bkz. *Büyükay*, 115. Federal Mahkeme de yürürlükteki hukuk belirli şartlar altında gebeliği sonlandırma hakkını açıkça ve sadece anneye tanımış olduğundan hekimle gebe kadın arasındaki prenatal tanıya yönelik sözleşmenin çocuk için koruyucu etki doğurmayacağını ifade etmiştir (BGHZ 86, s. 240 vd. BII 2 b aa., *Şenocak*, 156, dpn. 86’ dan naklen).

önce tedavi edilebilir bir hastalık özelliği göstermesine bağlıdır. Buna göre özürlü doğuma cenin için ana rahminde iken uygulanan bir tedavinin gereği gibi yapılmamasının ya da ana rahmindeki ceninin ameliyat edilmesinde olduğu gibi doğrudan doğruya cenine yönelik bir tıbbi müdahalenin neden olması durumunda çocuğun da dava açabileceğini kabul etmek gerektiğinde şüphe yoktur⁸¹. Buna karşılık özürlü doğan çocuğun, hekimin ana-babasına karşı yükümlülüğünü ihlal etmemiş olsaydı, kendisinin doğmayacağını, özürlü doğum nedeniyle bir takım giderlerin söz konusu olmayacağını ya da manevi üzüntü çekmeyeceğini ileri sürerek tazminat talep etmesinin mümkün olup olamayacağı tartışmasında durum farklıdır. Alman hukukunda Federal Mahkeme özürlü çocuğun taşıdığı anomali ya da hastalık sebebiyle bizatihi varlığının kendisi için zarar teşkil ettiği fikrine dayanan tazminat talebini reddetmektedir. Federal Mahkeme'ye göre; “anneye tanınan gebeliği sonlandırma hakkı, çocuğa anne karşısında var olmamayı talep etme hakkı vermez; aynı esas hekim karşısında da geçerlidir”⁸². Yargıtay ise hekimin gebelik takibindeki kusuru nedeniyle istenmeden dünyaya gelen özürlü çocuk olayına ilişkin olarak verdiği iki kararda, taşıdığı anomali sebebiyle yaşayacağı acı ve ızdıraptan dolayı çocuk adına talep edilen manevi tazminatı ve ömür boyunca uğrayacağı maluliyet sebebiyle iş gücü kaybının tazminini, çocuktaki anomaliye hekim sebep olmadığı, hekimin kusuru sadece gebelik takibi sırasında fetüsteki anomalilerin gözden kaçırılmasına ilişkin olduğu halde, bu hususu tartışmaksızın, kabul etmiştir⁸³.

İstenmeden dünyaya gelen özürlü çocuğun tazminat talebinin dayanağını ancak cenine ana rahminde iken hekimin kusuruyla zarar verilmesi ya da cenin ana rahminde iken tedavi edilebilecek bir hastalığın teşhis edilememesi ve bundan dolayı çocuğun özürlü doğmuş olması oluşturabilir⁸⁴. Cenindeki hastalığın ana rahminde iken tedavi edilemez nitelik taşıması ve annenin doğum öncesi teşhis doğru yapılsaydı gebeliği sonlandıracak olduğunu iddia etmesi halinde, hekimin kusuru, gebeliğin sonlandırılması imkanının ortadan kalkmış olmasındadır⁸⁵. Hekim cenindeki anomaliye sebebiyet vermemiş ve

⁸¹ Ünver, 163; Şenocak, 157; Büyüksağış, “Hekimin Sorumluluğu”, parag. 1; Büyükkay, 116.

⁸² Şenocak, 157.

⁸³ Ünver, 135; Şenocak, 155, dñn. 83.

⁸⁴ Büyükkay, 116; Ünver, 136; Şenocak, 157.

⁸⁵ Versay İstinaf Mahkemesi’nde görölmekte olan bir uyuşmazlığa konu teşkil eden olayda hekim, hamile olan bir kadının kan tahlili sonucunda bulunan kan değerlerini (β-hCG, AFP ve Östriol) hamileliğin gelişimi açısından gereği gibi değerlendirememiş, tahlil sonucu kanda bulunan bir madde ile çocuğun mongol doğması ihtimali arasındaki ilişkiyi anne-babaya bil-

ceninin hastalığını teşhis ve tedavi hususunda kusurlu davranışta bulunmamış iken, özürlü doğan çocuğun hekimden tazminat talep edebileceğinin kabulü, özürlü doğan çocuğun özürlü yaşamaktansa doğmamış olmanın daha iyi olduğu iddiasının da kabulü anlamına gelir⁸⁶. Oysa özürlü yaşamakla yaşamamak arasında bir tercih yapmak, bir yandan konunun objektif ve herkesi bağlayıcı bir tespit yapmaya uygun olmayışı, diğer yandan da Anayasa'nın insan onurunun ve yaşam hakkının dokunulmazlığı ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil edişi sebebiyle mümkün değildir⁸⁷. Böylece özürlü çocuğun hekimin gebelik takibi ve doğum öncesi teşhisteki kusuru olmasaydı ana babasının gebeliği sonlandıracak olduklarını, dolayısıyla doğmayacak olduğunu ileri sürerek hekimden tazminat talep etmesi mümkün gözükmemektedir⁸⁸.

B- Tazminat Talebinin İleri Sürülmesi

1- Taraflar

a) Davacı

Ceninin tazminat talebinde özellik arz eden husus, tazminatı doğuran zarar verici olayın, çocuğun doğumundan önce gerçekleşmiş olması, buna bağlı olarak sağ ve tam doğumun gerçekleşmesiyle kişiliğini kazanan çocuğun, henüz ana rahminde olduğu bir dönemde gerçekleşmiş olan bu olay sebebiyle doğan zararın tazminini talep etmek durumunda kalmasıdır⁸⁹. Sağ

dirmemiştir. Çocuğun down sendromlu doğması üzerine anne-baba, zararlarının karşılanması için hekime tazminat davası açmışlardır. Gebeliğin devamı sırasında ceninin sağlık durumundan haberdar edilmiş olsalardı, anne-babanın gebeliği sonlandırma şansları olabileceği gerçeğinden hareket eden Mahkeme, çocuğun kalıcı sakatlığına yol açabilecek durumun hamilelik sırasında teşhis edilememesi sonucu, anne-babanın cenini aldırma imkanından yoksun kaldıklarını belirlemiş ve hekimi manevî tazminat ödemeye mahkûm etmiştir (CA Versailles 8 Temmuz 1993, GP 1994 I, s. 149, *Büyüksağış*, Erdem: “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyyet Bağlı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, AÜHFD 2005, C. 54, Sa. 4, 133, dpn. 51'den naklen). Kararda hekimin kusurlu davranışı sonucunda özürlü doğan çocuğun anne-babanın mal varlığında bir eksilmeye yol açmış olması değil, hekimle yapılmış olan vekâlet sözleşmesinden doğan borca aykırılık nedeniyle anne-babanın çocuğu aldırma imkanını kaybetmiş olmaları sonucu uğradıkları psikolojik bütünlüğün zedelenmesi, zarar olarak nitelendirilmiştir (*Büyüksağış*, 134).

⁸⁶ Böyle bir durumda çocuğa dava hakkı tanınması, ancak çocuğun “var olmama” hakkı ile ilişkilendirilebilir (*Büyükay*, 115; *Şenocak*, 155).

⁸⁷ *Ünver*, 129.

⁸⁸ *Şenocak*, 158; *Büyükay*, 115; *Ünver*, 129.

⁸⁹ Esasen “ceninin tazminat talebi” ifadesini ısrarla kullanmamızın sebebi de, tazminatı gerektiren bütün bu durumlarda zararı doğurucu olayın gerçekleştiği sırada çocuğun henüz doğmamış ve dolayısı ile kişiliğini kazanmamış oluşudur; yoksa çalış-

ve tam doğumun gerçekleşmesine kadar çocuğun kişilik hakkını kazanıp kazanamayacağı belirsiz olduğundan, çocuk ana rahminde iken zarar da meydana gelmiş olsa bile, bu aşamada tazminat talebinde bulunulması -çünkü talep hakkının elde edilmesi- mümkün değildir⁹⁰. Öyleyse cenin tazminat talep etme hakkını en erken sağ ve tam doğumun gerçekleştiği anda kazanacaktır; başka bir ifadeyle ceninin tazminat talebinde davacı, sağ ve tam doğmuş olan çocuktur. Şüphesiz taraf ehliyetine sahip olmasına rağmen dava ehliyeti bulunmadığından, çocuğun bu hakkı derhal ve bizzat kullanması mümkün olamayacaktır. Kural olarak böyle bir durumda çocuğun dava hakkını yasal temsilcisi aracılığıyla kullanması gerekir. Sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil sebebiyle ortaya çıkan zararlarda üçüncü kişiye yöneltilecek tazminat taleplerinin yasal temsilci aracılığıyla ileri sürülmesi tabiidir. Problem, zarara bizzat yasal temsilcinin sebep olduğu durumlarda, tazminat talebinin yasal temsilciye yöneltilmesi halinde ortaya çıkar ki bu noktada başvurulacak çözüm, çocuğa bir kayyım atanmasından ibarettir⁹¹.

b) Davalı

Ceninin tazminat talebini kime yönelteceği meselesi, meydana gelen zararın sebebi ve talebin hukuki dayanağı göz önünde bulundurularak çözülmek gerekir. Buna göre örneğin haksız fiilden kaynaklanan tazminat talebi, zarara sebep olan haksız fiilin failine yöneltilir. Haksız fiil failinin bizzat çocuğu rahminde taşıyan kadın olması durumunda sağ ve tam doğumun ardından, doğum öncesi dönemde maruz kaldığı zarar verici davranış sebebiyle özürlü doğmuş olan çocuğun tazminat talebini anneye yöneltip yöneltemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce bu noktada annenin haksız fiilin üçüncü kişinin haksız fiilinden ayırmanın kabul edilebilir bir gerekçesi yoktur⁹².

manın amacı, tazminatın çocuğun doğumundan önce talep edilebilirliğinin tartışılması değildir.

⁹⁰ Ünver, 28.

⁹¹ Ceninin tazminat talebi bakımından her ne kadar sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden önce kayyım tayin edilerek tazminat davasının açılması mümkün değilse de ceninin haklarının bir kayyım aracılığı ile kullanılamayacağı kuralının istisnaları vardır. MK m. 427/b.3 hükmü uyarınca mirasçılar arasında ceninin bulunması halinde, ceninin menfaatleri de gerekli kılarsa, doğumdan önce bir yönetim kayyımı atanabilir. Benzer şekilde MK m. 303/I'e göre; evlilik dışında dünyaya gelen çocuk için onun doğumundan önce açılacak babalık davasında, yetkisi sadece babalık davası açmakla sınırlı olmak kaydıyla bir kayyım atanır ve dava kayyım tarafından yürütülür (Ünver, 29).

⁹² Anne ile çocuk arasındaki ilişkinin kendine özgü niteliği tartışılmaz ise de annenin bir anlamda “çocuğun varlığına sebebiyet veren kişi” olması, kusurlu davranışıyla çocuğun zarar

Destekten yoksun kalma tazminatı ya da ceninin, yakınlarından birinin haksız fiil sonucu ölümü sebebiyle talep edebileceği manevi tazminat bakımından da açılacak davanın davalısı, zararı doğuran olayın failidir. Tazminat talep hakkının sözleşme hukukuna dayandırılması halinde ise talebin muhatabı, sözleşmeden doğan edimini gereği gibi yerine getirmeyerek zarara yol açan kimsedir⁹³.

2- Tazminatın Kapsamı

Çocuğun açacağı tazminat davası ile talep edeceği tazminatın kapsamı da kural olarak her somut olayın özellikleri dikkate alınmak kaydıyla genel esaslar çerçevesinde belirlenecektir. Bununla birlikte haksız fiile dayanılarak talep edilecek tazminat hakkında birkaç husus üzerinde durulması gerekir. Bunlardan ilki, ceninin vücut bütünlüğünün ihlali ve bunun sonucunda özürlü doğumu sebebiyle uğradığı zararın maddi zarardan ibaret olmadığıdır. Haksız fiil faili, sebep olduğu acı ve üzüntü dolayısıyla ortaya çıkan manevi zararı da tazmin etmekle yükümlüdür⁹⁴. Tazminatın kapsamı ile ilgili özellik gösteren ikinci husus, ana rahminde olduğu dönemde vücut bütünlüğü ihlal edilerek özürlü doğmuş olan çocuk lehine hükmedilecek maddi tazminatın miktarının hesaplanmasıdır. Çocuk ergin oluncaya kadar bakım, eğitim ve koruma giderlerinin karşılanması yükümlülüğü MK m. 327/I hükmü gereğince anne-babasındadır. Bu sebeple çocuğun talep edeceği maddi tazminatın kapsamına, erginliğine kadar yapılmış olan masraflar dahil değildir⁹⁵. Buna karşılık özürlü

görmesine yol açtığı halde sorumluluktan muaf tutulmasını sağlamaya yetmez. Madem ki cenin üçüncü kişiden ve çocuk da bizzat kendi ebeveyninden, bunların işlediği haksız fiilden dolayı uğradıkları zararların tazminini isteyebilmektedir, o halde ceninin anneye karşı da tazminat talebinde bulunabilmesi gerekir (Foley, 180).

⁹³ Özellikle hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunda, borçlu durumundaki hekimin çalışanlarından birini borcun ifası veya kendisine ait bir hakkın kullanılması ile ilgili bir işle görevlendirmiş olabilir. Böyle bir durumda BK m. 116 anlamında “yardımcı kişi”nin fiilinden de hekim sorumludur. Teşhis ve tedavi sözleşmesinin bir hastane işletmecisi ile yapılması durumunda ise hekim, hastane işletmecisi bakımından yardımcı kişi niteliğini taşıyacaktır (Büyükcay, 120, dpn. 538).

⁹⁴ Kurt, 195.

⁹⁵ Özürlü doğan çocuğun erginliğine kadar yapılmış olan masrafların sağlıklı bir çocuk için yapılacak masrafları aşan kısmının tazminini talep etme hakkı çocuğun anne-babasına aittir. Esasen özürlü çocuğun doğumu nedeniyle uğranılan zararların tazmini hakkında iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunların birincisi zarar verenin tüm bakım giderlerini ödemek zorunda olduğu yönündedir. İkinci görüş ise zarar verenin sadece fazlaya ilişkin giderleri ödemekle yükümlü tutulabileceğini; bununla birlikte ödenecek miktarın tespitinde zararın somut ve şahsi olarak hesaplanması gerektiğini savunmaktadır. Doktrinde özürlü doğan çocuk sebebiyle vaktini çocuğun bakımına ayırmak ve böylece mesleğini terk etmek zorunda kalan annenin bu kaybının da yoksun kalınan kar olarak tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (Büyükcay, 132).

doğan çocuk, erginliğinden sonraki bakım ve tedavi masraflarını ve uğradığı bedensel zarar sebebiyle çalışma gücünün kaybının söz konusu olması halinde bu durumdan kaynaklanan kazanç kaybının tazminini haksız fiil failinden talep edebilir⁹⁶.

3- Zamanaşımı

Ceninın tazminat talebinde zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı da önemli bir noktadır. Zarara sebep olan olay ceninin dünyaya gelmesinden önce gerçekleşmiş olacağından, tazminat talebinin ileri sürülmesine ilişkin hakkın tabi olduğu zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için sağ ve tam doğumun yeterli olduğu düşünülebilir. Ancak böyle bir yaklaşımın tazminat talebinin hukuki dayanağına bağlı olarak yetersiz kaldığı ve özellikle çocuk açısından adaletsiz sonuçlar doğurduğu durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Ceninın talep edeceği destekten yoksun kalma tazminatı bakımından, zararın ceninin sağ ve tam doğumuyla gerçekleşmiş olacağını kabul etmek gerekir⁹⁷. Gerçekten her ne kadar destekten yoksun kalma tazminatında kural, zararın destek olarak nitelendirilen kişinin ölümüyle gerçekleşmesi ise de cenin desteğin ölümü anında henüz kişiliğini kazanmış değildir ve destek de ona fiilen yardımda bulunmamaktadır. Ancak cenin için destek sayılan anne veya baba, haksız fiil teşkil eden olay sonucunda ölmüş olmasaydı, sağ ve tam doğum gerçekleştiğinde ona yardımda bulunacaklardı. Bu sebeple sağ ve tam doğum gerçekleştiği takdirde, kişilik hakkını elde etmiş olan cenin, bu andan itibaren işlemeye başlayacak zamanaşımı süresi içerisinde destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilir⁹⁸.

Ceninın haksız fiile dayanan diğer tazminat talepleri bakımından zamanaşımı süresinin başlangıcı, zararın bütünüyle ortaya çıkması noktasında

⁹⁶ Kurt, 195.

⁹⁷ Yargıtay da ceninin sağ olarak tamamıyla doğduğu anda geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren kişiliğini kazanacağını; ancak destekten yoksun kalma tazminatı açısından zaman aşımı süresinin ceninin ana rahmine düştüğü an değil, sağ olarak tamamıyla doğduğu anda işlemeye başladığını ifade etmiştir (Yarg. 4. HD. T. 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849). (Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.)

⁹⁸ Doğum her halde zamanaşımının dolmasından önce gerçekleşeceğinden, henüz doğmamış çocuk için destekten yoksun kalma tazminatı tanımaya lüzum olmadığı yönünde bkz. Gürsoy, 153. Kanaatimizce destekten yoksun kalma tazminatının ceninin dünyaya gelmesinden önce talep edilemeyeşinin sebebi, sağ ve tam doğumun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz belirsiz olmasıdır. Ceninin kişilik hakkını kazanmasına kadar, yasal temsilci ya da kayyum aracılığıyla bu tazminatın istenmesi mümkün değildir. Ancak sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden sonra, destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkının ceninin ana rahmine düştüğü tarihten itibaren mevcut olduğunu kabul etmek gerekir (Kurt, 195).

özellik gösterebilir. TBK m. 72/I hükmü uyarınca tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Hukuka aykırı fiilin gerçekleşmiş olmasına rağmen zararın sonradan ortaya çıktığı ya da gelişen zarar niteliği taşıdığı durumlarda ise zamanaşımının zararın bütünüyle öğrenilmesinden itibaren başlaması gerekir. Özellikle hekimin gebelik sürecindeki kusurlu bir davranışı sonucunda ceninin hasar görmesi ve özürlü bir çocuk dünyaya getirilmesi halinde; tedavi giderleri, geçici veya sürekli kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması gibi birden fazla zarar kalemi de söz konusu olduğundan, zararın bütünüyle öğrenilmiş sayılabilmesi için, bu kalemlerin toplamından oluşan genel zararın öğrenilmesi, dolayısıyla özürlü doğum sebebiyle yapılacak bakım ve tedavi giderlerinin kesin miktarının da ortaya konabilmesi zorunludur⁹⁹.

Ceninin sözleşmeye dayanan tazminat taleplerinde de zamanaşımının başlangıcı aynı esaslara tabidir. Ana-baba ile hekim ya da hastane işletmesi arasında yapılan ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün olan sözleşmenin borçlusunun cenine karşı sözleşmeden doğan sorumluluğu hakkında asıl sözleşmenin zamanaşımı süresi geçerlidir. Bununla birlikte bu sözleşmenin hukuki niteliği itibarıyla bir vekalet sözleşmesi olduğu kabul edildiğinde, TBK m. 147/b.5 hükmü uyarınca uygulanması gereken beş yıllık zamanaşımı süresi problem yaratmaktadır; zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna başvurmakla güdülen amaç, haksız fiile nazaran daha etkili bir koruma sunan sözleşme hukuku kurallarının uygulanmasını sağlamaktır. Bu durumun çocuk açısından yaratacağı olumsuz ve adaletsiz sonuçların ortadan kaldırılabilmesi için doktrinde cismani zararın varlığı halinde zarar verenin haksız fiilden daha kısa olan akdi zamanaşımı süresine dayanmasının mümkün olamayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰.

⁹⁹ *Büyükkay*, 142. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, özürlü çocuğun doğumuna ilişkin bir kararda, davacıların çocuğun doğumu ile birlikte zararın tamamına vakıf olduklarını, bu sebeple zamanaşımının çocuğun doğumu anından itibaren hesaplanması gerektiğini belirtmiştir (YHGK T. 12.12.2002, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047). Konuya ilişkin daha yeni bir HGK kararında (YHGK T. 04.06.2003, E. 2003/4-400) ise zamanaşımının başlangıcının fiilin gerçekleştirildiği andan itibaren değil, zararın ortaya çıkması anından itibaren hesaplanması gerektiği belirtilerek sonradan ortaya çıkan zararların da tazminine hükmedilmiştir (*Büyükkay*, 143. Karar metni için bkz. *Demirkan, İ./Demir, A./Bilgin, Ç.*: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10 Yıllık Emsal Kararları, Ankara 2004, 1159).

¹⁰⁰ *Aydın*, 340; *Serozan*, §23 N 2.

V- SONUÇ

“Cenin”, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesinden önceki aşamada, henüz doğup doğmayacağı ve dolayısı ile hak ehliyetini kazanıp kazanmayacağı da belli olmayan, bununla birlikte potansiyel olarak “kişi” kabul edilmesi mümkün gözükten varlıktır. “Cenin tazminat talebi” ise sağ olarak tamamen doğmakla hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eden (MK m. 28) kişinin, sağ ve tam doğumdan önceki aşamada gerçekleşen zarar doğurucu olay sebebiyle tazminat talep edebilmesini ifade etmektedir. Burada tazminat talebinde bulunan şüphesiz cenin değil, sağ ve tam doğmuş olan çocuktur; özellik gösteren husus ise zarara ve dolayısıyla tazminat talebinin doğumuna yol açan olayın, ceninin henüz hak ehliyetine sahip bulunmadığı bir aşamada gerçekleşmiş oluşudur.

Cenin tazminat talebi, esas itibarıyla haksız fiile ya da sözleşmeye dayanır. Ceninin tazminat talebine esas olacak haksız fiil, vücut bütünlüğünün ya da diğer kişilik haklarının ihlali biçiminde ortaya çıkar. Hak ehliyetinin ve kişiliğin kazanılması döllenme anına kadar geçmişe etkili olacağından, bu andan sonra, doğuma kadarki dönem içerisinde gerçekleşecek hukuka aykırı davranışla kişilik hakkı ihlal edilen cenin, bu ihlalin sonucu olan zararın tazminini talep edebilmelidir.

Cenin, haksız fiile bizzat maruz kalmamış olsa bile haksız fiil sonucunda bir yakını kaybetmiş olmasından doğan zararının tazminini isteyebilir. Bu kişi aynı zamanda çocuk için destek niteliği taşıdığı takdirde çocuk bir yandan destekten yoksun kalma tazminatı, diğer yandan da manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir. Haksız fiil sonucunda destek niteliği taşımayan, diğer aile fertlerinden birini kaybetmiş olan cenin de sağ ve tam doğumun ardından haksız fiil failinden manevi tazminat talep edebilir.

Cenin tazminat talebinin sözleşmeye dayandırılabilmesi için, koruma alanına dahil olduğu üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmenin varlığı gerekir. Anne-baba ile hekim arasında yapılan gebelik takibi ve doğum öncesi teşhis-tedavi sözleşmeleri bu türden sözleşmelerdir; dolayısıyla çocuk sağ ve tam doğumun ardından, bu sözleşmelerin hekim tarafından gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle ana rahminde iken uğradığı zararın akdi sorumluluk hükümleri uyarınca tazminini talep etme hakkına sahiptir. İstenmeden dünyaya gelen özürlü çocuğun bu durumdan kaynaklanan zararlarını hekimden talep etme hakkı da aynı esasa dayanmaktadır.

Cenin tazminat talep etme hakkını en erken sağ ve tam doğumun

gerçekleştiği anda kazanacağından, ceninin tazminat talebinde davacı, sağ ve tam doğmuş olan çocuktur. Şüphesiz taraf ehliyetine sahip olmasına rağmen dava ehliyeti bulunmadığından, çocuk bu hakkını kural olarak yasal temsilcisi aracılığıyla kullanacaktır. Tazminat talebinin kime yöneltileceği meselesi meydana gelen zararın sebebi ve talebin hukuki dayanağı göz önünde bulundurularak çözülmelidir. Ancak ceninin zararı annenin gebelik sürecindeki kusurlu davranışından kaynaklandığı takdirde tazminat talebinin anneye yöneltilmesinin mümkün olup olmadığı, özel bir durum olarak tartışılmaktadır. Kanaatimizce cenin sağ ve tam doğmakla geçmişe etkili olarak kişilik kazanacağından, annenin rahminde taşıdığı cenine karşı bir özen yükümlülüğü altında bulunduğunun kabul edilmesi ve üçüncü kişinin cenine yönelik kusurlu davranışı ile annenin davranışı arasında fark gözetilmemesi gerekir.

Tazminatın kapsamının ve talep hakkının tabi olacağı sürenin belirlenmesi, kural olarak genel esaslara tabidir. Bununla birlikte süre ile ilgili olarak zarar verici olay cenin ana rahminde iken gerçekleşmesine rağmen zarar sağ ve tam doğumun ardından ortaya çıktığı ve sıklıkla gelişen zarar niteliği taşıdığından, zamanaşımının zararın bütünüyle öğrenilmesinden itibaren başlaması gerektiği vurgulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akünel*, Teoman: “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nispiliği Prensibinin Aşılması”, YD. 1988, 222-237.
- Akyol*, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.
- Aydın*, Tülay: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi, İÜHFM C. LXIV, S. 2, 2006, 327-342.
- Beal*, Ron : “Can I Sue Mommy? An Analysis of a Woman’s Tort Liability for Prenatal Injuries to her Child Born Alive”, 21 San Diego L. Rev. 1983-1984, 325-370.
- Bulut*, Nil Karabağ : Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009.
- Büyükkay*, Yusuf : İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006.

- Büyüksağış, Erdem* : “Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi?”, e-akademi, Şubat 2006, Sa. 48 (Hekimin Sorumluluğu).
- Büyüksağış, Erdem* : “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, AÜHFD C. 54, Sa. 4, 2005, 119-148.
- Capron, Alexander* : “Tort liability in Genetic Counseling”, 79 Colum L. Rev. 1979, 619-680.
- Coester, Michael* : “The protection of the embryo in German family law”, Journal of Child Law, Vol. 5, No. 2, 1993, 88-94.
- Cook, Moses* : “From Conception until Birth: Exploring the Maternal Duty to Protect Fetal Health”, Washington University Law Quarterly, vol. 80/2002, 1307-1340.
- Demir, Mehmet* : “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, 225-252.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan* : Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranışlardan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.
- Demirkan, İ./Demir, A./Bilgin, Ç.* : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10 Yıllık Emsal Kararları, Ankara 2004.
- Dickens, Bernard M./ Cook, Rebecca J.* : “The Legal Status of in vitro Embryos”, International Journal of Gynecology and Obstetrics 111 (2010), 91-94.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan*: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2009.
- Eren, Fikret* : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Foley, Teresa* : “Dobson v. Dobson: Tort Liability for Expectant Mothers?”, Saskatchewan Law Review, Vol. 61 (1998), 177-198.
- Friedl, Birgit* : “Wrongful Birth Claims in Germany”, The King’s College Law Journal, 1994-1995 (5), 161-165.
- Gazley, M. G.* : “Tort Liability for Prenatal Injuries”, Victoria U. Wellington L. Rev. 7(1973-1975), 202-216.
- Gökayla, K. Emre* : Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004.

Gürsoy, Kemal Tahir : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHF Dergisi, Cilt: 29, 1972, Sayı: 1-2, s. 143-197.

Hausheer, H./Aebi-Müller, R. : Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.

Jayakumar, Sri Vidhya : “Liability of a Mother for Prenatal Negligence to her Child: A Case for Equal Parenthood”, National Conference on Gender Equity at Work and Home, 9-10 Jan. 2009, K.G. Somaiya College, Mumbai (http://www.vpmthane.org/law1/Princ-Articles/Liability_of_a_mother_for_prenatal.pdf. erişim: 27.03.2013)

Jost, Timothy Stoltzfus : “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Am. J. Comp. L. 2002, 633-646.

Kiessling, Ann A. : “What is an Embryo?”, Connecticut Law Review, Vol. 36 (2003-2004), 1051-1092.

Kurt, Leyla Müjde : “Ceninin Malvarlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 1, 2011, 177-209.

Mancino, Paul A. : “Torts-Prenatal Injuries-Recovery Allowed”, 14 W. Res. L. Rev. 1962-1963, 151-154.

Oğuzman, M. K./Öz, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.

Oğuzoğlu, H. Cahit : Medeni Hukuk Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1963.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/

Oktay-Özdemir, Saibe : Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2009.

Özsunay, Ergun : “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Convergence of Legal Systems in the 21st Century, General Reports Delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-21 July 2002, Extrait, Bruxelles 2006, 1275-1413.

Özsunay, Ergun : “Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin’in Hukuksal Durumu ve Korunması”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, 129-149.

Priestley, J. M. : “Personality and Status in the Womb”, Auckland U. L. Rev. 1967-1971, 33-42.

Purdy, L. M. : “Are Pregnant Women Fetal Containers?”, Bioethics, 1990 Oct. 4(4), 273-291.

- Serozan, Rona* : “Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, 311-324 (Kişiliğin Korunması).
- Serozan, Rona* : “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, 715-745.
- Serozan, Rona* : Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
- Sirmen, Lale* : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, AÜHF Dergisi, Cilt 35, 1978, Sayı 1-4, s. 485-495.
- Slabbert, M. N.* : “The Fetus and Embryo: Legal Status and Personhood”, J. S. Afr. L. 1997, 234-255.
- Stone, F.* : “The Unborn Child and The Law of Tort”, 9 Cambrian L. Rev. 1978, 55-63.
- Şenocak, Zarife* : İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Ankara 2009.
- Şenocak, Zarife* : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/*
- Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla* : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tekinay, Selahattin Sulhi* : Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963.
- Temel, Erhan* : “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, Ankara Barosu III. Sağlık Kurultayı, Ankara 7 -8 Mayıs 2010, 62-84.
- Ünver, Tülay Aydın* : Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011.
- Weinberg, Susan R.* : “A Maternal Duty to Protect Fetal Health”, Indiana Law Journal, Vol. 58 (1983), 531-546.
- Wellington, Kate* : “Maternal Liability for Prenatal Injury: The Preferable Approach for Australian Law?”, Tort Law Review 18 (2010), 89-101.

MİLLETLERARASI MAL SATIM SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMESİ (CISG) MADDE 79 VE 80 KAPSAMINDA SORUMLULUKTAN KURTULMA

Belin KÖROĞLU*

ÖZET

“Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” (CISG) veya uygulamadaki adı ile “Viyana Satım Sözleşmesi”, milletlerarası mal satımlarına uygulanacak kuralların tek bir elde toplanmasını amaçlamakta ve bu doğrultuda milletlerarası mal satımlarına ilişkin kurallar ve düzenlemeler içermektedir. CISG sisteminde kural olarak garanti sorumluluğu esas alınmakta; ancak bazı şartlar altında tarafların sorumluluktan kurtulmalarına imkân tanınmaktadır. CISG m. 79 ile tarafların denetim alanı dışında kalan, sözleşmenin akdi esnasında öngörülmesi ve kaçınılması mümkün olmayan engellerin varlığı halinde sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Tarafların üçüncü kişilerin fiillerinden kaynaklanan nedenlerle sorumluluktan kurtulabilmeleri için ise hem kendisinin hem de üçüncü kişinin sorumluluktan kurtulabileceğini kanıtlaması gerekmektedir. Ayrıca ifa engeline maruz kalan tarafın, bu engeli ve etkilerini karşı tarafa bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. CISG sisteminde sınırlı olarak tanınan sorumluluktan kurtulma hakkı, yalnızca tazminat taleplerinden kurtulma imkânı getirmekte; ancak sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan diğer hakların talep edilmesini mümkün kılmaktadır. Taraflardan birinin ifayı gerçekleştirmemesinin, tarafların kendi eylem veya eylemsizlikten kaynaklanması halinde, karşı tarafın sözleşmeye aykırılığını ileri süremeyeceği düzenlenmekte ve tarafların ifa etmemedeki eylem veya eylemsizliklerinin etkilerine göre; diğer hakların kullanımı da sınırlandırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, CISG, madde 79-80, sorumluluktan kurtulma, ifa engeli

EXCUSE FROM LIABILITY UNDER THE ARTICLES 79 AND 80 OF UNITED NATIONS CONVENTION FOR INTERNATIONAL SALES OF GOODS (CISG)

ABSTRACT

“United Nations Convention for International Sales of Goods” (CISG) or with the name “Vienna Sales Agreement” in practice, aims to gather the rules of international sales under a single roof and includes statutes and principles of international sales. CISG bases on a warrant liability; however under some circumstances CISG excuses

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Araştırma Görevlisi

a party from liability. Under the scope of CISG Article 79, where a failure to perform is attributable to an impediment beyond the party's, or a third party sub-contractor's, control that could not have been reasonably expected, it is possible to excuse a party from liability. If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if he may prove that he and the person whom he has engaged would be exempt. The party who fails to perform the contract needs to give a notice to other party of the impediment and its effect on his ability to perform. The excuse from liability is only an opportunity to excuse a claim of damages, but not the claim of other remedies. If the failure of a party relies on the failure of other party's act or omission, the second party may not rely on the first party's failure and other remedies are restricted according to the party's act or omission.

Keywords: *United Nations Convention for International Sales of Goods, CISG, article 79-80, excuse from liability, impediment*

GİRİŞ

“Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” (CISG) veya uygulamadaki adı ile “Viyana Satım Sözleşmesi”, milletlerarası mal satımlarına uygulanacak kuralların tek bir elde toplanmasını amaçlamakta ve bu doğrultuda milletlerarası mal satımlarına ilişkin kurallar ve düzenlemeler içermektedir.

CISG sisteminde kural olarak garanti sorumluluğu esas alınsa da¹, bunun taraflar açısından belli bir ölçüde sınırlandırılması yapılmaktadır². Buna göre; gerek satıcının yalnızca sözleşmenin akdi esnasında öngörülebilir zararlardan sorumlu tutulması³ gerekse ifa etmeme nedeniyle sorumluluktan kurtulmaya ilişkin düzenlemeler⁴ ile tarafların sorumluluktan kurtulmaları imkânı tanınmıştır.

Bu çalışma kapsamında; CISG Üçüncü Kısım, Beşinci Bölüm, Dördüncü Ayrım'da yer alan sorumluluktan kurtulma konusu uyarınca, CISG madde 79 ve 80 incelenecektir. İnceleme sırasında; maddeler sırasıyla ele alınmakla birlikte ilgili maddelerde yer alan boşluk ve sorunlar irdelenecek,

¹ MAGNUS, in Atamer, s. 302.

² ATAMER, 2005, s. 453.

³ Bkz. CISG m. 74.

⁴ Bkz. CISG m. 79-80.

konuya ilişkin kararlar ile söz konusu maddelerin uygulamadaki görünüşleri açıklanacak ve CISG’de yer alan sorumluluktan kurtulmaya ilişkin düzenlemelerin temel noktalarda Türk hukuku ile karşılaştırılması yoluna gidilecektir.

D) CISG MADDE 79/1: İFA ENGELİ

A) GENEL OLARAK

CISG m. 79/1 uyarınca; taraflardan birinin, denetimi dışında kalan ve sözleşmenin kurulması esnasında öngörülemeyen bir engel veya engel ve sonuçlarından kaçınılmasının kendisinden makul olarak beklenemeyecek olduğunu ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmayacağı düzenlenmektedir. CISG’de yer alan bu düzenleme temel sorumsuzluk kuralı⁵ olarak belirlenmiş olup bir ifa engelinin varlığından söz edilmektedir.

Türk hukukunda ise TBK m. 112’de belirtildiği üzere *“borç; hiç veya gereği ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”*. Bu hükümden hareketle; Türk hukukunda *“kusur sorumluluğu”* nun esas alındığı söylenebilir. Türk hukukunda borçlunun temerrüdünde temel esas kusur sorumluluğu olmakla birlikte; kusurun var olduğu bir karine olarak kabul edilmiş, bu karinenin aksinin ispatı ise borçluya bırakılmıştır⁶. Buna göre Türk hukukunda; borçlunun, sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmesi yeterlidir. Oysaki CISG sisteminde, CISG m. 79 ve 80 ile getirilen sınırlamalar hariç kural olarak garanti sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) uygulanmaktadır⁷.

CISG m. 79/1 uyarınca bir ifa engelinden söz edebilmek için gereken şartlar; *denetim dışı engel, öngörülemezlik, kaçınılmazlık* olarak gruplandırılabilir.

1) Denetim Dışı Engel

CISG m. 79/1 uyarınca sorumluluktan kurtulabilmek için gereken şartlardan ilki, bir ifa engelinin varlığıdır. Engel; *“tarafların hâkimiyet alanı dışında kalan, sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen ve sonuç ve etkilerinden kaçınmanın mümkün olmadığı olaylar”* olarak tanımlanabilir⁸.

⁵ ERDEM, s. 91.

⁶ ATAMER, 2008, s. 253; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 447-448; ÖZÇELİK, s. 100.

⁷ Bkz. dn. 1 ve dn. 2; ÖZÇELİK, s. 98-100.

⁸ ATAMER, 2005, s. 456-461; ERDEM, s. 92-93.

Türk hukukundaki ifa engelleri sistemi incelendiğinde; ifa engellerine ilişkin hükümlerin bir bütünlük içerisinde olmadığı gibi farklı kısımlarda yer aldığı görülmektedir⁹.

Engel halleri CISG metninde sıralanmamış olmakla birlikte gerek yangın, sel, savaş gibi mücbir sebep halleri gerekse tarafların sorumluluk alanı dışında gerçekleşen diğer haller bu kapsamda değerlendirilecektir¹⁰.

Engel tanımındaki en önemli unsurlardan biri söz konusu engelin, tarafların denetimi dışında gerçekleşmiş olmasıdır. Bir engelin denetim dışı olmasından kasıt; engelin, tarafların etki sahibi olduğu, kontrol ve düzenleme yetkilerinin kendilerinde bulunduğu işyeri, fabrika gibi hâkimiyet alanları dışında gerçekleşmiş olmasıdır¹¹. Bu noktada değinilmesi gereken diğer bir husus ise; tarafların kendilerinin, istihdam ettikleri kişilerin veya yardımcılarının davranışlarından kaynaklanan engellerin denetim dışı sayılmayacağıdır¹².

Bunlara ek olarak tarafların, sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yerine getirmek için gerekli ödemeleri yapacak finansal ve ekonomik güce sahip olmaması, denetim alanı dışında sayılmamaktadır¹³. Alman mahkemesi tarafından verilen bir kararda¹⁴; satıcının veya satıcının tedarikçilerinin yaşadığı finansal güçlüklerin, satıcının denetimi dâhilinde sayılacağını ve bu nedenle CISG m. 79 kapsamında bir engelden söz edilemeyeceğini belirtmiştir.

CISG kapsamında milletlerarası satıma konu ticari ilişkilerin tarafları, yapılan işin niteliği göz önünde bulundurulduğunda; tacir sıfatına sahip olmaktadır. Bu noktada TTK'nın 18/2 maddesi uyarınca tacir olmanın bir hüküm ve sonucu olarak; söz konusu kimselerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir. Basiretli bir iş adamı olarak hareket etme kavramı; tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerde, aynı düzeydeki bir başka, öngörülü ve tedbirli tacirden beklenecek özen yükümlülüğünü yerine getirmesi olarak tanımlanabilmektedir¹⁵.

⁹ ATAMER, 2008, s. 222-223.

¹⁰ ATAMER, 2005, s. 456; MAGNUS, in ATAMER, s. 304; MAGNUS, in Šarčević/Volken, s. 17.

¹¹ ATAMER, 2005, s. 459; ERDEM, s. 92.

¹² ERDEM, s. 92; RIMKE, s. 216; SCHLECHTRIEM, s. 104.

¹³ ATAMER, 2005, s. 459; BACH CHRISTIANSEN, Chapter IV.2; LOOKOFSKY, s. 161; RIMKE, s. 216.

¹⁴ *Case Number*: Partial award of 21 March 1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>

¹⁵ ARKAN, s. 137-138; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 152.

Kanaatimizce; CISG kapsamında milletlerarası satım işlemlerini ticari işletmesiyle ilgili olarak gerçekleştiren tacirlerin, basiretli bir iş adamı gibi davranmaları gerekmektedir. CISG m. 79/1 uyarınca, finansal ve ekonomik güce ilişkin hususların denetim alanı dışında sayılamayacak olması da; basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son olarak; CISG madde metninde yer almamakla birlikte, engel ile sözleşmenin ifa edilmemesi arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir¹⁶.

2) Öngörülemezlik

CISG m. 79/1 uyarınca tarafların sorumluluktan kurtulabilmesi için; engelin denetim dışı olmasının yanı sıra işbu engelin öngörülemezliği gerekmektedir ve bu engelin öngörülebilir olup olmadığı objektif ölçütlere göre belirlenmektedir¹⁷. Örneğin; satıcının ülkesinde her yıl aynı zamanda meydana gelen sel, deprem gibi doğa olaylarının, satıcı tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı ve bu olaylar sonucu oluşan engelin öngörülemez olduğundan söz edilemez¹⁸. Türk hukukuna ilişkin benzer bir saptama ile ülkenin ekonomik durumuna ilişkin yaşanan dalgalanmalar konusunda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda; bir tacirin, ülkenin o dönemdeki ekonomik durumunu bilmesi gerektiği, ülke ekonomisi için para değerlerindeki değişikliklerin tahmin edilemeyecek durumda olmayacağı belirtilmiştir¹⁹.

Söz konusu olayların olağandışı gerçekleştiğinin ispat edilmesi halinde ise sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Nitekim *U.S. District Court*; Rus satıcının, St. Petersburg limanından gemilerini çıkaramaması sonucu Alman alıcıya malları teslim edememesi nedeniyle önüne gelen davaya ilişkin kararında; kış mevsiminin şiddetli geçmesi sonucu limanın donmasının ve bunun sonuçlarının olağan olayların dışında olduğu belirtmiş ve bu durumun mücbir sebep olarak değerlendirileceğini söylemiştir²⁰. Benzer bir şekilde;

¹⁶ CHENGWEI, Chapter 20.3.3.4; ERDEM, s. 92; MAGNUS, in Atamer, s. 305.

¹⁷ MAGNUS, in Atamer, s. 305.

¹⁸ BACH CHRISTIANSEN, Chapter IV.2. Weather; MAGNUS, in Atamer, s. 305; Secretariat Commentary, 5.

¹⁹ Yargıtay HGK., T. 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340 07.05.2003, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-2003-13-332.htm&query=s%F6zle%FEmenin%20uyarlanmas%FD%20tacir#fm>

²⁰ *Case Number: 03 C 1154*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=987&step=Abstract>

Hollanda mahkemesinin 2008 yılında verdiği bir kararda; sorumluluktan kurtulmak için satıcının sözleşmeden doğan borçlarının ifasının beklenmedik hava koşulları nedeniyle imkânsız hale geldiğinin ispatlanması gerektiğini belirtmiş ve durumun incelenmesi için bağımsız bir uzmandan rapor alınmasını istemiştir²¹.

Objektif ölçütlere ek olarak; öngörülemezliğin sözleşmenin akdi esnasında gerçekleşmesi gerekmektedir²². Sözleşmenin kurulması sırasında öngörülebilecek bir engelin var olması halinde; tarafların sözleşmeden kaynaklanan riskleri göze aldığı kabul edilmekte²³ ve taraflar için sorumluluktan kurtulmak mümkün olmamaktadır²⁴. Doktrinde verilen bir örnekte; alıcının ülkesinde geçerli olan malların belli bir şekilde etiketlenmesine ilişkin hususun, sözleşme anında satıcıya bildirilmediği; ancak satıcının bu durumu daha sonra alıcı dışındaki kişilerden öğrenmesi durumu söz konusudur. Bu durumda; satıcının öngörülemezlik iddiasına dayanamayacağını söylenmekle birlikte karşıt görüşler de mevcuttur²⁵.

Örneğin; İsviçreli satıcı ile Fransız alıcı arasında, nihai tüketicinin talebi doğrultusunda temin edilmek üzere ilgili malların sağlanmasına ilişkin 8 (sekiz) yıllık bir periyodu kapsayan satım sözleşmesi akdedilmiştir. Nihai tüketicinin alım fiyatını düşürmesi üzerine alıcı malları teslimden kaçınmış ve taraflar arasındaki uyuşmazlık mahkemeye taşınmıştır. Fransız mahkemelerinin konuya ilişkin kararlarında; nihai tüketicinin fiyatta indirimde gideceğinin sözleşmenin akdi esnasında öngörülemez olduğuna dair bir kanıt olmadığı, kaldı ki bu halde dahi alıcının; uzun süreli milletlerarası bir ticari ilişkiye girdiğinin bilinciyle yeniden müzakere imkânını sağlaması gerektiği belirtilmiştir²⁶.

²¹ *Case Number: 120428 / HA ZA 07-550*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1388&step=Abstract>

²² ERDEM, s. 92; FLAMBOURAS, s. 270; MAGNUS, in Atamer, s. 305.

²³ SARAÇ, s.1678; SCHWENZER, s. 715.

²⁴ ATAMER, 2005, s. 460; ERDEM, s. 93. Nitekim CISG sistemine benzer bir şekilde Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin bir kararında; “*davacı şirketin ihale ve sözleşme şartlarını baştan beri bilerek kabul ettiği ve sözleşmenin 10. maddesi dikkate alındığında ihale bedeli olan ilk yıl kira bedelinin indirilmesi ve sözleşmenin uyarlanması koşullarının oluşmadığı anlaşılmaktadır.*” denmektedir (Yargıtay 3 HD., T. 26.9.2011, E. 2011/15736, K. 2011/13631).

²⁵ ATAMER, 2008, s. 247. Bu noktada tarafların sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler sırasındaki yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle *culpa in contrahendo* sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. *Culpa in contrahendo*’ya ilişkin detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 408 vd.

²⁶ *Case Number: unavailable*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=814&step=Abstract>

Case Number: Y 01-15.964, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=981&s>

Diğer bir kararda Alman mahkemesi, profesyonel araba galericileri arasında gerçekleşen bir satımda, çalıntı aracın satımı nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta; satıcının, fiyat düşüklüğü, aracın kilometresi ve sahibine ilişkin bilgilerin farklılığı nedeniyle aracı satın alırken şüphe etmesi gerektiğine ve bu durumun öngörülemez olduğu iddiasının kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir²⁷.

Kanaatimizce de öngörülemezlik hususu, taraflar arasındaki sözleşmenin akdi sırasında söz konusu olmaktadır. Tarafların sözleşmenin akdi sırasında karşılıklı olarak yaptıkları bilgi alışverişi dışında, kendi denetim alanlarında kalan unsurlara ilişkin muhtemel değişiklikleri de göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Nitekim taraflar; kendi ülkelerinde olağan olarak meydana gelen ekonomik veya hukuki düzenleme değişikliklerini, öngörülemezlik iddiası ile ileri sürememelidir. Ancak doktrinde verilen örnekte olduğu gibi, karşı tarafın ülke mevzuatına ilişkin olan ve sözleşmenin akdi sırasında bildirilmeyen bu gibi engeller; öngörülemezlik kapsamında değerlendirilmelidir. TTK'nın 18/2 maddesi uyarınca basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğünün, objektif özen yükümlülüğü olduğu dikkate alındığında; yapılan işlemlerin, aynı kişiler ile birden fazla kez yapılması halinde, artık bu hususun öngörülemezlik kapsamında olduğunu iddia etmek mümkün olmamalıdır.

3) Kaçınılmazlık

Tarafların sorumluluktan kurtulmalarının diğer bir şartı ise sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen ve tarafların denetimi dışında kalan engelin kendisi veya sonuçlarından kaçınmanın mümkün olmamasıdır. Tarafların bir engel nedeniyle, sözleşmeden kaynaklanan borçlarını ifa edememesi halinde; engelin, bunun mümkün olmaması durumunda ise engelin sonuçlarının önüne geçilebilmesi için ticari olarak makul olan²⁸, tüm önlemleri alması gerekmektedir²⁹. Alınabilecek önlemlere örnek olarak, sözleşme uyarınca ifası mümkün olmayan mallar yerine ikame malların veya farklı ulaşım yollarının kullanılması verilebilir³⁰.

tep=Abstract

²⁷ Case Number: 7 U 4969/06, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1342&s tep=Abstract>

²⁸ BACH CHRISTIANSEN, Chapter IV.2; FLAMBOURAS, s. 272; SCHWENZER, s. 719; Secretariat Commentary, 7.

²⁹ ATAMER, 2005, s. 461; MAGNUS, in Atamer, s. 305, MAGNUS, in Šarčević/Volken, s. 18.

³⁰ ATAMER, 2005, s. 461; CHENGWEI, Chapter 20.3.3.3.

Öyle ki; *Oberlandesgericht* Hamburg Mahkemesinin kararında, olumsuz hava koşulları nedeniyle ülkedeki domates üretiminin azalmış ve marketteki domates fiyatlarının yükselmiş olmasına rağmen marketlerde ikame olarak kullanılabilecek domates ürünün mevcut olduğunu, bu nedenle bu engellerin satıcı tarafından üstesinden gelinmesinin mümkün olduğunu belirtilmiş ve satıcının CISG m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulmayacağına hükmedilmiştir³¹.

Konuya ilişkin başka bir örnek olarak Yunan mahkemesinin 2006 yılında vermiş olduğu karar gösterilebilir. Söz konusu kararda; Danube nehrindeki su miktarının daha önceki yıllarda da azaldığı bilindiğinden bu durumun satıcı tarafından öngörülebilir olduğu ve ilgili malların teslimatının farklı bir deniz limanı aracılığıyla yapılabileceği söylenmiştir³².

B) MADDE HÜKMÜNE İLİŞKİN SORUNLAR

1) Ayıplı İfa

CISG uyarınca sorumluluktan kurtulmaya ilişkin doktrindeki tartışmalar, sözleşmeye uygun olmayan malların teslim edilmesi halinde satıcının CISG m. 79/1 uyarınca sorumluluktan kurtulma imkânı olup olmadığını. Doktrinde bir görüş ayıplı malların ifasının CISG m. 79 kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır³³. Buna karşılık doktrinde hâkim olan görüş³⁴; sözleşme metninde yer alan “... *any of his obligations*...” ifadesi ile gerek geç ifanın gerek ifa etmemenin gerekse gereği gibi ifa etmemenin CISG m. 79 kapsamında değerlendirileceğidir. Ancak sözleşmeye uygun olmayan (*non-confirming*) ifaya ilişkin sorumluluktan kurtulmanın yalnızca çok sınırlı ve satıcının denetim alanı dışında kalan, satıcı tarafından öngörülemeyen hallerde uygulanacağını da altı çizilmektedir. Konuya ilişkin doktrinde verilen bir örnekte; satıcı tarafından teslim edilmek üzere zamanında gemiye yüklenen malların, satıcı tarafından gerekli önlemler alınmış olmasına rağmen, ulaşım esnasında teröristlerce zehirlenmesi halinde satıcının sorumluluktan kurtulacağından bahsedilmektedir³⁵.

³¹ *Case Number*: 1 U 143/95 and 410 O 21/95, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=438&step=Abstract>

³² *Case Number*: *unavailable*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060001gr.html>

³³ HONNOLD, s. 478.

³⁴ ATAMER, 2005, s. 466; MAGNUS, in Atamer, s. 303; RIMKE, s. 214; TALLON, s.576.

³⁵ MAGNUS, in Atamer, s. 304.

Sözleşmeye uygun olmayan malların ifası halinde sorumluluktan kurtulma imkânı tanıyan tek karar, 19 Ocak 1998 tarihli Alman mahkemesinin vermiş olduğu karardır³⁶. Söz konusu olayda; mallar satıcı tarafından hasarlı olarak teslim edilmiş ancak satıcının CISG m. 79 uyarınca borçlarını yerine getirmemesinin kendi kontrolü dışındaki olaylardan kaynaklandığı söylenmiştir. Burada önemli olan husus; malları gereği gibi teslim etmemenin CISG m. 79 kapsamında borcunu yerine getirmemek olarak nitelendirilmesidir.

Türk Borçlar Kanununun 112'nci maddesinde, borçlunun sorumluluğunun düzenlenmesi; ifanın hiç yapılmamasının yanı sıra gereği gibi yapılmamasını da kapsamaktadır. Söz konusu bu düzenleme genel bir sorumluluk düzenlemesi olmakla birlikte; ayıplı ifaya ilişkin ayrı hükümler getirilmiştir. Satım sözleşmelerindeki ayıplı ifaya ilişkin hükümler göz önünde bulundurulduğunda, sorumluluğa ilişkin genel hükme gidilip gidilemeyeceği hususu düşünülmekle birlikte; TBK'nın 227/2 maddesi ile bu tartışmaların alıcının seçimlik haklarının yanı sıra genel hükümlere göre de tazminat talep edebileceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce; CISG metninde ayıplı ifa düzenlenmemiş olmasına rağmen; sözleşme metninde yer alan “... *any of his obligations*...” ifadesinin, ayıplı ifayı da kapsadığını kabul etmek gerekmektedir. Öyle ki; tarafların sorumluluktan kurtulmalarına dair bu şekilde sıkı bir sistem benimseyen sözleşmenin, ayıplı ifayı kapsam dışında bırakması mümkün görünmemektedir.

2) Aşırı İfa Güçlüğü

CISG metninde düzenlenmeyen bir diğer husus aşırı ifa güçlüğüdür. Ancak uygulamada beklenmedik şekilde değişecek koşullar, sözleşmedeki dengeleri değiştirebilecek ve bir ifa engeli oluşturabilecektir³⁷. *Schwenzer*; aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) kavramının; sözleşmenin kurulmasından sonraki dönemde meydana gelen engellerin yanı sıra sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların edimleri arasında aşırı bir dengesizlik olması şeklinde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir³⁸.

Aşırı ifa güçlüğü kapsamında değinilecek kısımlar, tarafların kontrolü dışında gerçekleşen ekonomik piyasalardaki ve devlet düzenlemelerinde değişikliklerdir. Kural olarak; ekonomik yeterlilikler CISG m. 79/1 kapsamında tarafların hâkimiyet alanının içinde kabul edilmekle birlikte,

³⁶ *Case Number*: 97 009265, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html>

³⁷ ENDERLEIN/MASKOW, s.324.

³⁸ SCHWENZER, s. 718-719.

beklenmedik şekilde artan veya azalan piyasa fiyatları, olayın niteliğine göre aşırı ifa güçlüğüne neden olabilmektedir³⁹.

Belçika mahkemesinin 2009 yılında vermiş olduğu bir kararda; çelik fiyatlarında % 70 oranındaki beklenmedik artışın sözleşmesel dengeleri değiştirmesinin CISG m. 79/1 kapsamında bir muafiyet sağlayacağını belirtmiş ve satıcının fiyata ilişkin yeniden müzakere talebini kabul etmiştir⁴⁰. Ancak; mahkeme kararlarındaki ağırlıklı görüş de ekonomik güçlüklerin dengelerde ciddi bir değişiklik yapmadığı sürece, öngörülebilir ve tarafların denetim alanı içinde olduğudur. Nitekim tahkim mahkemesinin vermiş olduğu kararda; ödemede kullanılacak para birimindeki değer artışı, sektörün daralan ticaret hacmi gibi olayların alıcı tarafından öngörülebileceğini ve CISG m. 79 kapsamında bir muafiyet sağlamayacağını belirtmiştir⁴¹.

Aşırı ifa güçlüğüne, öngörülemeyen devlet düzenlemeleri nedeniyle de ortaya çıkması mümkündür. Bu noktada öne çıkan husus; işbu düzenlemelerin ve etkilerinin kaçınılmaz olup olmadığıdır. Amerikan Tahkim Birliği'nin 12.12.2007 tarihli kararı gösterilebilir. Söz konusu kararda; Romanya Hükümeti tarafından yapılan düzenlemeler sözleşmenin akdi esnasında satıcı tarafından bilinemeyecek olsa da, malların, alıcı tarafından önerilmiş olan diğer bir limana sevki ile işbu politik engelin aşılabileceği ve bu nedenle satıcının CISG m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir⁴². Benzer bir şekilde *U.S. District Court*'un bir kararında; Romanya hükümeti tarafından yürürlüğe konan yeni düzenleme nedeniyle ortaya çıkan ifa edememenin, alıcı tarafından da önerildiği üzere, malların Gürcistan üzerinden teslimi ile aşılabileceği ve bu nedenle CISG m. 79'un gereklerinin sağlanamadığına hükmedilmiştir⁴³.

³⁹ ATAMER, 2005, s. 463; HONNOLD, s. 484-485.

⁴⁰ *Case Number*: C.07.0289.N, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1457&step=Abstract>

⁴¹ *Case Number*: 11/1996, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=420&step=Abstract>. Benzer bir şekilde Alman mahkemesi vermiş olduğu bir kararda; fiyatların oldukça değişken olduğu bu tür bir piyasada demir fiyatlarındaki %300'lük artışın, aşırı ifa güçlüğüne (*hardship*) neden olmayacağını belirtmiştir; *Case Number*: 1 U 167/95, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>

⁴² *Case Number*: 50181T 0036406, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1346&step=Abstract>

⁴³ *Case Number*: 08 Civ. 114 (SAS), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1303&step=Abstract>

Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğü, TBK'nın 138'inci maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Aşırı ifa güçlüğü'nün kabul edilebilmesi için; sözleşme kurulduktan sonra taraflar arasındaki dengenin büyük ölçüde ve öngörülemeyen veya öngörülmesi beklenemeyen nedenlerle değişmesi gerekmektedir⁴⁴. Aşırı ifa güçlüğü'nün önceden öngörülememesi noktasında, tarafların sözleşmeye konu alandaki niteliği ve tecrübesi dikkate alınmaktadır⁴⁵. CISG sistemine benzer bir şekilde, Yargıtay'ın bir kararında; *“Davacı TTK. nun 18/1 maddesi hükmüne göre tacir olup, aynı yasanın 20. maddesine göre ticarethaneye ait faaliyetlerinden dolayı basiretli işadamı gibi hareket etmesi gerekir. Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk Parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması da kabul edilemez. Davalının bunu tahmin etmesi gerekir.”* denmektedir⁴⁶. Aşırı ifa güçlüğü'nün mevcut olması halinde, sözleşmenin uyarlanması gündeme gelebileceği gibi sözleşmeden dönmek de mümkündür.

CISG sistemindeki ifa engelleri incelendiğinde, Türk hukuku ile benzer noktalarının olduğu görülmektedir. Öyle ki, Türk hukukunda ekonomik kriz, devalüasyon gibi hususlar; sözleşmenin taraflarından birinin tacir olması ve basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken alanlarda, öngörülemeyecek unsurlar olarak kabul edilmektedir. CISG sisteminde ise söz konusu hususların denetim alanı dışında ve öngörülemeyecek nitelikte olmasının yanında, tarafların her türlü önlemi alması da gerekmektedir. Nitekim belirtilen kararlar incelendiğinde, aşırı ifa güçlüğü'nün, sorumluluktan kurtulmak için kesin bir neden olmadığı görülmektedir.

3) İmkânsızlık

CISG'nin ifa imkânsızlığına dair başlangıçtaki/sonraki ayrıma gitmemesinden dolayı bu husus, aşırı ifa güçlüğü'ne benzer bir şekilde doktrinde tartışmalıdır⁴⁷. CISG sisteminde, konusu başlangıçta imkânsız olmasına rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilmekle⁴⁸ birlikte; tarafların denetim alanı dışında kalan ve öngörülemeyen nedenlerle

⁴⁴ KILIÇOĞLU, s. 256-258; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 571-572.

⁴⁵ KILIÇOĞLU, s. 257.

⁴⁶ Yargıtay 13. HD., T. 7.10.2003, E. 2003/6540, K. 2003/11490, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/13hd-2003-6540.htm&query=s%F6zle%Femenin%20uyarlanmas%FD%20tacir#fm>

⁴⁷ ATAMER, 2005, s. 457; FLECHTNER, Section 432.3.

⁴⁸ ATAMER, 2005, s. 457.

ifanın başlangıçtan itibaren imkânsız olduğu hallerde de CISG m. 79'a başvurulabileceği savunulmaktadır⁴⁹. Ancak doktrinde karşıt görüş olarak; bu konunun CISG tarafından düzenlenmediği ve CISG m. 4 uyarınca ulusal hukuklar tarafından belirleneceğini savunulmaktadır⁵⁰.

CISG m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulmak için gerekli olan öngörülemezliğe ilişkin objektif ölçütlerin, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerekmektedir. Kanaatimizce, sözleşmenin kurulduğu anda, başlangıçtaki imkânsızlık durumunun taraflarca bilindiği veya öngörüldüğü hallerde, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilmelidir. Başlangıçtaki imkânsızlığın, tarafların denetim alanı dışında ve öngörülemeyecek bir şekilde ifayı baştan itibaren imkânsız hale getireceği durumlarda ise CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmak mümkün olmalıdır. Zira belirtilen ilk durumda, taraflar mevcut veya önceki imkânsızlık halini bilmekte; ancak sözleşmeyi bu koşullar altında akdetmeyi kabul etmektedir.

Sonraki imkânsızlık bakımından değerlendirmeler ise CISG sisteminde sorumluluktan kurtulabilmek için tarafların etki alanı dışında gerçekleşen, öngörülemeyen ve kaçınılamayan bir engelin varlığı noktasından ele alınmalıdır. Bu noktada etki alanı kavramı oldukça dar yorumlanmaktadır. Örneğin; tarafların sağlık problemleri Türk hukuku kapsamında nötr alanda gerçekleşen sonraki kusursuz imkansızlık⁵¹ hali olarak borca aykırılık doğurmazken, CISG açısından tarafların etki alanı dışında sayılmamaktadır⁵². Ancak CISG sistemine benzer bir şekilde; borçlunun ekonomik ve mali açıdan güç duruma düşmesi veya çalışanlarının işi terk etmesi gibi kendisine veya işletmesine yönelik imkânsızlıklar Türk hukukunda sonraki kusurlu imkânsızlık olarak değerlendirilecek olup bu durumda TBK m. 112 uyarınca bu zararlardan sorumlu olacaktır⁵³.

Gerek başlangıçtaki gerekse sonraki imkânsızlık, Türk hukuk sisteminde, borcu sona ermekte olup bu imkânsızlığın kusurlu olup olmamasına göre

⁴⁹ ATAMER, 2005, s. 457; ENDERLEIN/MASKOW, s. 323; FLECHTNER, Section 432.3; SCHWENZER, s. 717.

⁵⁰ TALLON, s. 578.

⁵¹ İmkânsızlık kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. TOPUZ/CANBOLAT, s. 675 vd. Benzer bir şekilde bkz. KILIÇOĞLU, s. 843.

⁵² ATAMER, 2005, s. 314; ÖZÇELİK, s. 100.

⁵³ KILIÇOĞLU, s. 663.

tazminat yaptırımı uygulanmaktadır⁵⁴. Öyle ki kusurlu imkânsızlık hallerinde genel hüküm olan TBK'nın 112'nci maddesi uyarınca borçlu, tazminat ödemekle yükümlü iken; kusursuz imkânsızlık hallerinde ise TBK'nın 136'ncı maddesi uyarınca herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

D) CISG MADDE 79/2: ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ÂDEM-İ İFASI

CISG m. 79/2 ile tarafların sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmek için üçüncü kişileri kullanmaları halinde sorumluluktan kurtulmalarını düzenlemektedir. Buna göre; CISG m. 79/2 uyarınca, tarafların, sözleşmenin ifası için tamamen veya kısmen görevlendirilmiş olan üçüncü kişilerin âdem-i ifasından kaynaklanan ifa etmeme nedeniyle sorumluluktan kurtulabilmeleri ancak kendisinin ve görevlendirdiği üçüncü kişinin m. 79/1 uyarınca sorumluluktan kurtulabileceğinin ispatı ile mümkündür⁵⁵. Bu noktada tarafların kanıtlaması gereken husus iki yönlü olup âdem-i ifanın gerek kendisi gerekse üçüncü kişi için denetim dışı, öngörülemez ve kaçınılmaz bir engelden ileri geldiğini ispat etmelidir⁵⁶. Âdem-i ifanın kaynaklandığı üçüncü kişi CISG metninde tanımlanmamış olmakla birlikte iki ayaklı bir “*üçüncü kişi*” kavramı ortaya çıkmaktadır.

A) İLK GRUP 3. KİŞİLER

CISG m. 79/2 kapsamında üçüncü kişiler olarak sayılacak ilk grup; satıcının sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirebilmesi için ön koşulları sağlayan, malların üretim aşamasına katılan imalatçılar veya ham madde tedarikçileri olarak tanımlanabilir⁵⁷. Gerek kendi istihdam ettiği kişiler ve yardımcıları gerek imalatçılar gerekse tedarikçilerinin fiillerinin tarafların sorumluluk alanına girdiği kabul edilmekte ve burada sayılan üçüncü kişilerin fiillerinin; CISG m. 79/2 değil⁵⁸, CISG m. 79/1 kapsamında değerlendirileceği söylenmektedir⁵⁹.

Konuya ilişkin en bilinen kararlardan biri, Alman mahkemesinin 24 Mart 1999 tarihli “*vine wax*” kararıdır⁶⁰. Olayda; Avusturyalı alıcı Alman

⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 395.

⁵⁵ ATAMER, 2005, s. 472; ERDEM, s. 94-95

⁵⁶ ERDEM, s. 95; FLAMBOURAS, s. 274.

⁵⁷ CISG Advisory Council Opinion No. 7, Comments. 18

⁵⁸ TALLON, s. 585

⁵⁹ ATAMER, 2005, s. 472; ENDERLEIN/MASKOW, s. 326; CISG Advisory Council Opinion No. 7, Comments. 18, Secretariat Commentary, 12.

⁶⁰ Case Number: VIII ZR 121/98, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>

satıcıdan üzüm kütüklerinin bakımına ilişkin bir maddeyi temin etmekte, satıcı ise söz konusu maddeyi imalatçısından satın almaktadır. Ancak üreticinin, o yıl kullanmış olduğu yeni bir madde nedeniyle alıcının üzüm bağları zarara uğramıştır. Dava sırasında satıcı, üreticisinin o yıl kullanmış olduğu maddeyi bilemeyeceğini ve söz konusu olayın kendi kontrolü dışında gerçekleştiğini söylemektedir. Mahkemenin verdiği kararda; söz konusu olayın CISG m. 79/1 veya m. 79/2 kapsamına girdiğine dair bir belirleme yapılmaksızın, satıcının tedarikçileri ve onların alt tedarikçilerinin de satıcının denetim alanına girdiği ve bu nedenle söz konusu olayın kontrolü dışında gerçekleşmediği belirtilmiştir.

Öte yandan süregelen kararlardan farklı olarak Fransız mahkemesi, taraflar arasında yapılan sözleşme uyarınca teslim edilmesi gereken çocuk giyim eşyalarının belirlenen kalitede teslim edilmemesi nedeniyle önüne gelen davaya ilişkin 19 Ocak 1998 tarihli kararında; malların, üretim aşamasında kontrol alanı dışında bulunan bir üreticiden temin edildiği ve bu konuda satıcının kötü niyetli davranmadığından bahisle, CISG m. 79/1 veya 79/2 ayrımı yapmaksızın, satıcının CISG m. 79'dan yararlanabileceğine hükmetmiştir⁶¹. Ancak; ilgili kararda alıcı için fiyat indirimi (%35 oranında) öngörülmüştür. Benzer bir şekilde İsviçre mahkemesinin 2003 yılındaki kararında; duvarların imalatında görev alan üçüncü kişilerin satıcı adına çalıştığının ispatının alıcı tarafından yapılamaması nedeniyle satıcının duvar imalatındaki hatalardan dolayı sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir⁶².

Üçüncü kişiler bakımından ilk grupta yer alan bu kişiler Türk hukukunda, TBK'nın 116'ncı maddesi ile açıklanabilir. Buna göre; yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, bir kusur sorumluluğu olarak değerlendirilmektedir⁶³. Yardımcı kişi ile ifade edilen husus, borcun ifası esnasında, borçluya yardım edenler ve borcun ifasının tamamen kendisine bırakıldığı kişilerdir. İfa engellerinden biri olan sonraki imkânsız hallerinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk halinde kusuru olmasa dahi sorumluluk devam etmektedir⁶⁴.

⁶¹ bkz. dn. 31.

⁶² *Case Number:* 12-2002-181, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=986&step=Abstract>

⁶³ *Kılıçoğlu*, TBK m. 116 kapsamında borçluya bir kurtuluş kanıtı getirme imkanının tanınmamış olmasıyla birlikte; Türk hukukunda kusursuz sorumluluk hallerinin açıkça sayılmış olması nedeniyle, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını söylemektedir; s. 646-647.

⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 469; TOPUZ/CANBOLAT, s. 685.

B) İKİNCİ GRUP 3. KİŞİLER

Üçüncü kişiler bakımından söz edilen ikinci grup⁶⁵ ise; üçüncü kişi alt tedarikçi ve tedarikçilerden farklı olarak, satıcının yönetim organizasyonu ve kontrolü dışında kalan, satıcıdan aynı zamanda ekonomik ve işlevsel olarak da bağımsız olan⁶⁶ ve asıl sözleşme ile aralarında organik bir bağ⁶⁷ olduğu kabul edilen kişileri⁶⁸ temsil etmektedir. Bu kişilere örnek olarak; sözleşmenin bir kısmını veya tamamını yerine getiren alt yükleniciler, taşımacılar veya bankalar verilebilir⁶⁹.

Taraflardan birine sorumluluktan kurtulma imkânı tanıyan, sınırlı sayıdaki kararlardan biri bu konuya örnek gösterilebilir. İsviçre mahkemesinin 10.02.1999 tarihinde vermiş olduğu kararda; satıcının taşıma işlerini gerçekleştirmekle ilgili sözleşmesel bir borcu bulunmadığını, satıcının malları taşıyıcıya zamanında teslim ettiğini belirtmiş ve taşıyıcının taşıma sözleşmesi kapsamındaki borçları ifa etmemesi nedeniyle satıcının sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir⁷⁰. Bu karar doğrultusunda; taraflar arasındaki sözleşme uyarınca satıcının malları teslim etmekle yükümlü olduğu taşıyıcının CISG m. 79/2 kapsamında üçüncü kişi olduğu kabul edilmektedir⁷¹.

Süregeleyen kararlardan farklı olarak, Rus mahkemesinin 1998 yılında vermiş olduğu bir kararda; bankadaki paranın çalınmış olması nedeniyle alıcının bankaya yaptığı ödemenin satıcıya ulaşmaması halinde alıcının denetimi dışındaki bir engelden söz edilemeyeceği belirtilmiştir⁷². Ancak Rus mahkemesinin bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira bankanın iç güvenliğine ilişkin hususlar tarafların denetim alanında olmayıp bankanın kendi sorumluluğundadır.

İkinci grupta yer alan üçün kişilerin Türk hukukundaki yeri ise TBK m. 66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim adam çalıştırmanın sorumluluğu, bir haksız fiil sorumluluğu olup adam

⁶⁵ Opinion No. 7, Comments. 19.

⁶⁶ FLAMBOURAS, s. 274; Opinion No.7, Comments. 19. Türk hukukunda ise üçüncü kişiler bakımından belirtilen her iki grup da tarafların denetim alanı içinde sayılmaktadır.

⁶⁷ Organik bağ ile ifade edilen; asıl sözleşmenin bir kısmının veya tamamının ifasının bağımsız üçüncü kişilere bırakılmış olmasıdır.

⁶⁸ RIMKE, s. 217.

⁶⁹ ATAMER, 2005, s. 472; ENDERLEIN/MASKOW, s. 327; ERDEM, s. 95.

⁷⁰ Case Number: HG 970238.1, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>

⁷¹ Digest of Article 79 Case Law, 21.

⁷² Case Number: 29, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=365&do=case>

çalıştıran ile alacaklı arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Buna göre adam çalıştıranın; çalışanın, kendisine verilen iş sırasında başkalarına verdiği zararın giderilmesi yükümlülüğü doğmaktadır. Ancak adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen bu madde ile bir kurtuluş kanıtı öngörülmüş olup TBK'nın 66/2 maddesi uyarınca adam çalıştıran; çalışanın seçiminde, talimat verilmesinde, gözetim ve denetiminde zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulmaktadır⁷³. Ancak CISG ile gerek yardımcılar gerekse çalışanlar tarafların denetim alanı içinde sayılmakta birlikte TBK'dan farklı olarak tarafların sorumluluklarına ilişkin düzenlemelerde kusura yer verilmemiş ve sorumlulukları ağırlaştırılmıştır.

II) CISG MADDE 79/3: GEÇİCİ İFA ENGELLERİ

Geçici ifa engellerinin düzenlendiği CISG m. 79/3 hükmüne göre; bir engel ancak var olduğu sürece taraflara sorumluluktan kurtulma imkânı tanır. Ancak bu imkânın, ifa tarihinin sözleşmenin esaslı unsuru olduğu durumlarda kullanılamayacağı açıktır⁷⁴. Söz konusu hüküm uyarınca sorumluluktan kurtulmaya olanak sağlayan engelin ortadan kalktığı tarih, ifa tarihi olarak değerlendirilmekte⁷⁵ ve sözleşmeden dönülmemiş olması halinde tarafların sorumluluklarının bu tarihten itibaren devam ettiği kabul edilmektedir⁷⁶. Günümüzde; CISG m. 79/3'ün yalnızca ertelemekten kaynaklanan zararları kapsadığı⁷⁷ ve tarafların geçici ifa engeli ortadan kalktığı anda gecikmiş ifayı kabul etmek zorunda olmadığı görüşü ağır basmaktadır⁷⁸.

Türk hukukunda borcu sona erdiren sebeplerden biri olan ifa imkânsızlığının, geçici olduğu hallerde borcun sona erdiği söylenememektedir. Bu durumda geçici imkânsızlık durumu ortadan kalkana kadar alacaklı tarafından herhangi bir işlemde bulunulmamışsa, geçici imkânsızlık durumu ortadan kalktığında artık imkânsızlık hükümlerine dayanamayacaktır⁷⁹. Buna göre CISG'den farklı olarak Türk hukukunda, geçici imkânsızlık hali

⁷³ Kılıçoğlu, TBK'nın 66. maddesi ile öngörülen sorumluluk tipini kusursuz sorumluluk olarak nitelendirmekte; ancak kurtuluş kanıtı getirilmesi halinde kusursuz sorumluluktan kurtulabileceğini söylemektedir; s. 325-326. Oğuzman/Öz ise bu madde ile öngörülen sorumluluğu, kusur aranmayan bir sorumluluk olarak nitelendirmektedir; Cilt-2, s. 134-135.

⁷⁴ TALLON, s. 591.

⁷⁵ Secretariat Commentary, 13.

⁷⁶ ATAMER, 2005, s. 473; LOOKOFKY, s. 165.

⁷⁷ CHENGWEI, Chapter 20.5; SCHLECHTRIEM, s. 105.

⁷⁸ HONNOLD, s. 490; SARAÇ, s. 1679.

⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 401. Bu tür geçici engellerin, kural olarak imkânsızlık olmadığına dair bkz. KILIÇOĞLU, s. 844.

ortadan kalktıktan sonra, bu süreye kadar herhangi bir işlemde bulunmayan alacaklının, imkânsızlık iddiasında bulunması mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce; CISG m. 79'da belirtilen “... *any of his obligations*...” ifadesi, geç ifayı da kapsamaktadır. Bu durumda; öngörülemeyen ve denetim alanı dışında kalan bir ifa engelinin geçici olması halinde, ilgili madde uyarınca sorumluluktan kurtulmak için karşı tarafın geç ifayı kabul etmesi gerekmektedir. Aksi halde, geç ifayı gerçekleştiren taraf, sorumluluktan kurtulamayacaktır. CISG m. 79/3 hükmü ile geç ifanın kabulü bir zorunluluk olarak getirilmemekte; ancak bu durumun kabulü halinde karşı tarafın uğradığı zararların tazmin edilebilmesi için bir imkân tanınmaktadır.

III) CISG MADDE 79/4: BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

CISG m. 79/4 uyarınca; ifa engeli ile karşılaşan taraf, diğer tarafı gerek engel (geçici veya kalıcı, kısmi veya sürekli) gerekse bu engelin sonuçları hakkında engeli öğrendiği veya öğrenmiş olması gereken tarihten itibaren makul bir süre içerisinde bilgilendirmelidir⁸⁰. Madde içerisinde makul süre kavramı açıklanmamış olmakla birlikte Slovakya mahkemesinin 2009 yılında vermiş olduğu bir kararda; alıcının muayeneden sonraki işgününde (yani makul bir süre içerisinde) satıcıya bildirimde bulunduğu ve bu yükümlülüğü yerine getirdiği belirtilmiştir⁸¹. Benzer bir şekilde Alman mahkemesi bir kararında; 16 Şubat'ta teslim edilen ayakkabılara ilişkin ödemenin yapılmamasının nedenin, ayakkabılardaki hasar olduğunun 22 Şubat tarihli bildirim ile karşı tarafa açıklandığı ve CISG m. 79/4 uyarınca bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiğine hükmedilmiştir⁸².

Madde hükmünde belirtilen süre içerisinde bildirimin ulaşmaması halinde, ifa engeli ile karşılaşan taraf, karşı tarafın zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Maddede belirtilen “*ulaşma*” kavramına dair doktrindeki görüş, genel kural olan CISG m. 27'den ayrılarak⁸³, CISG m. 24 uyarınca sözleşmenin kurulma anına ilişkin düzenlemelerin uygulanacağıdır⁸⁴. Buna göre bildirimin karşı tarafa ulaşmasından kasıt; karşı tarafa, işyerine, posta adresine veya mutad meskenine varma anıdır.

⁸⁰ TALLON, s. 587. Türk hukukundaki benzer düzenleme için bkz. TBK m. 136/3.

⁸¹ *Case Number: 5 Cb/114/2006*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090224k1.html>

⁸² *Case Number: 7b C 34/94*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940915g1.html>

⁸³ ATAMER, 2005, s. 474; MAGNUS, in Šarčević/Volken, s. 22; TALLON, s. 587.

⁸⁴ CHENGWEI, Chapter 20.6; ENDERLEIN/MASKOW, s. 331.

CISG m. 79/4 uyarınca bildirimde bulunmayan tarafın tazmin etmekle yükümlü olduğu zararlar; ifa etmemeye ilişkin zararlar değil, bildirimde bulunulmaması nedeniyle kaynaklanan zararlarla sınırlıdır⁸⁵. Sekretarya Görüşlerinde, bildirimin ifa engeline maruz kalan tarafça yapılmış; ancak karşı tarafa ulaşmamış olması halinde de zararlardan sorumlu olacağı belirtilmiştir⁸⁶. Ancak; söz konusu engelin, ifanın yanı sıra bildirim koşullarını da etkilediği hallerde (örneğin olağanüstü hal durumunda ülke iletişim kaynaklarının kullanımının sınırlandırılması) bildirimde bulunmayan tarafın, bu zararlardan sorumlu tutulamayacağı söylenmektedir⁸⁷.

Bunlara ek olarak; ilgili madde uyarınca yapılacak bildirimin, engelin kesinleşmesi halinde yapılması gerektiği, önlenebilme imkânı olan durumlarda bildirimde bulunma zorunluluğu olmadığı belirtilmektedir⁸⁸. Ayrıca Sekretarya Görüşlerinde; ifa için sözleşmede belirlenen mallar yerine ikame mallar kullanılması halinde de, karşı tarafa bildirimde bulunulması gerektiği savunulmaktadır⁸⁹.

Kanaatimizce; CISG m. 79/4 uyarınca ifa engelinin, geçici bir engel olması halinde dahi bildirimde bulunması gerekliliği dikkate alındığında; engelin önlenebilme imkânı olan durumlarda bildirim yükümlülüğünün olmaması görüşü kabul edilmemelidir. Öyle ki; engelin önlenebilme imkânı aynı zamanda, engelin kaçınılmazlığını da belirlemektedir. CISG kapsamında bir ifa engelinin varlığının kabul edilebilmesi için ise söz konusu engelin kaçınılmaz olması gerekmektedir. Bu durumda; önlenebilme imkânı bulunan bir engelin, CISG kapsamında sorumluluktan kurtaran bir ifa engeli olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Bildirimde bulunmayan tarafa yüklenen tazmin yükümlülüğünün, bildirimde bulunulmaması nedeniyle kaynaklanan zararlar ile sınırlandırılması ise CISG m. 79 ile yalnızca tazminat sorumluluğundan kurtulma hususu ile bütünlük sağlamaktadır.

IV)CISG MADDE 79/5: SONUÇ VE HÜKÜMLERİ

A) GENEL OLARAK

CISG m. 79/5 ile sorumluluktan kurtulma halinde tarafların tazminat talep etme hakkı dışında, diğer haklarını talep etmesinin engellenmeyeceği

⁸⁵ CHENGWEI, Chapter 20.6; RIMKE, s. 217; Secretariat Commentary, 15; TALLON, s. 587.

⁸⁶ Secretariat Commentary, 16.

⁸⁷ ATAMER, 2005, s. 475; TALLON, in Bianca/Bonell, s. 587.

⁸⁸ TALLON, s. 586.

⁸⁹ Secretariat Commentary, 16.

düzenlenmektedir. Buna göre; CISG madde 79 uyarınca sorumluluktan kurtulan taraf, yalnızca tazminat ödeme yükümlülüğünden (CISG m. 79/4 uyarınca bildirimin yapılmaması halinde ödenecek tazminat hariç⁹⁰) kurtulmuş olacak; ancak sözleşmeden kaynaklanan; aynen ifa, sözleşmeden dönme, tamir, ikame mal teslimi, semenin indirilmesi gibi haklar ilgili tarafça ileri sürülebilecektir. CISG m. 79/5, gerek satıcı gerekse alıcı bakımından aynı şekilde uygulanacaktır. CISG m. 79/5 düzenlemesi, hem CISG m. 79/1 hem de 79/2 uyarınca hüküm ifade etmektedir⁹¹.

Türk hukuku ile CISG sistemleri; borca aykırılığın sonuçları açısından da birtakım farklılıklar içermektedir. Buna göre borca aykırılığın sonuçlarından biri olan tazminat talebi için Türk hukukunda kusur aranmakta⁹² iken CISG herhangi bir kusur düzenlemesine gitmemiştir⁹³. Buna ek olarak; Türk hukukunda TBK m. 136 ile borçluya yüklenemeyecek nedenlerle ifanın imkânsızlaşması halinde borcun sona ereceği belirtilmekte; ancak CISG m. 79/5 uyarınca tarafların ifa engelleri sonucu sorumluluktan kurtulmaları halinde dahi tazminat hariç diğer haklarını ileri sürebilecekleri düzenlenmektedir.

1) Tazminat Yükümlülüğü Açısından

CISG m. 79/5 uyarınca; CISG m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulan taraf yalnızca tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bu noktada tartışılan husus; tarafların, aynı zamanda cezai şart veya götürü tazminat yükümlülüğünden de kurtulup kurtulmayacağıdır. Doktrinde bir takım yazarlar ve Sekretarya Görüşü; cezai şart ve götürü tazminata ilişkin düzenlemelerin ulusal hukukun düzenlemelerine göre değerlendirileceği söylemektedir⁹⁴. Doktrindeki diğer bir görüş ise; burada tarafların amacına göre bir değerlendirilme yapılması gerektiğidir⁹⁵. Öyle ki; tarafların sözleşmede düzenledikleri cezai şart ve götürü tazminat, CISG’de düzenlenen tazminatin yerine öngörülmüşse CISG m. 79/5 uyarınca bu yükümlülüğünden kurtulmak mümkün olacaktır⁹⁶. Ancak cezai şart ve götürü tazminat, CISG uyarınca öngörülen tazminat yanı sıra ayrı bir ödeme olarak öngörülmüşse bu noktada CISG m. 79/5 uyarınca bu tazminat yükümlülüğünden kurtulmak

⁹⁰ ERDEM, s. 95.

⁹¹ Bkz. TBK m. 112.

⁹² MAGNUS, in Atamer, s. 302.

⁹³ Schlechtreim, s. 105; Secretariat Commentary, 9.

⁹⁴ ATAMER, 2005, s. 476; ENDERLEIN/MASKOW, s. 332; MAGNUS, in Atamer, s. 307.

⁹⁵ TALLON, s. 589.

⁹⁶ KILIÇOĞLU, s. 771; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 509.

mümkün olmayacaktır. Türk hukukunda ise cezai şart, fer'i nitelikte olup şartın bağlandığı asıl borç geçersiz ise cezai şart da geçersiz hale gelmektedir⁹⁷.

Kanaatimizce cezai şart ve götürü tazminata ilişkin ikinci görüş daha isabetli bulunmaktadır. Zira CISG m. 79/5 anlamında tarafları sorumluluktan kurtaran tek husus, tazminat talep hakkıdır. Tarafların serbest iradeleri ile akdettikleri bir sözleşmede, tazminat yükümlülüğüne ek olarak herhangi bir sözleşmeye aykırılık uyarınca öngörülen cezai şartın veya götürü tazminatın artık tazminat kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bu noktada, tarafların sözleşmenin kurulması esnasındaki iradeleri dikkate alınmalı ve konulan cezai şart veya götürü tazminat hükmünün, tazminat yükümlülüğü kapsamında olup olmadığı değerlendirilmelidir.

2) Diğer Haklar Açısından

CISG uyarınca sözleşmeye aykırılık halinde gidilecek olan ilk yaptırımın tazminat olarak düşünülmesi⁹⁸ nedeniyle CISG m. 79/5 ile yalnızca bu yükümlülükten kurtulma imkânı tanınmakta, tarafların tazminat talep etme hakkı dışındaki haklarının kullanımına herhangi bir sınırlama getirilmemektedir. Bu haklar; sözleşmeden dönme, tamir, ikame malın teslimi, semenin indirilmesi, aynen ifa talebi olarak sayılabilir.

İfa engelinin neden olduğu sonuçlara göre bu haklardan bir kısmının kullanılması mümkün olmayabilir. Nitekim engel nedeniyle ifa etmeme durumunda henüz teslim edilmemiş bir mal söz konusu olduğundan; tarafların, tamir, ikame mal ile değiştirme veya semenin indirilmesi gibi taleplerinin yerine getirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak gerek sözleşmeden dönme hakkı gerekse aynen ifayı talep hakkı ileri sürülebilecektir⁹⁹.

Benzer bir şekilde ifanın imkânsız hale gelmesinde ise; sözleşmeden dönme hakkı dışında kalan semenin indirilmesi, tamir, ikame mal ile değiştirme veya aynen ifa haklarının talep edilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Ancak doktrinde; bu durumda ticari olarak makul ikamelerin talep edilebileceği savunulmakta¹⁰⁰ ise de kanaatimizce satıcının böyle bir zorunluluğu olduğunu söylemek mümkün değildir.

⁹⁷ ATAMER, 2005, s. 477.

⁹⁸ *Schwenzer* ise engel var olduğu sürece, ifanın talep edilemeyeceğini söylemektedir; s. 720.

⁹⁹ ATAMER, 2005, s. 479; ENDERLEIN/MASKOW, s. 335. *Schwenzer* 'e göre ise sözleşme konusu malların sözleşmenin kuruluşundan sonra bozulması ve satıcının sözleşmeye uygun malları alıcıya göndermeyi teklif etmesi üzerine alıcının, sözleşmeden dönmemesinin mümkün olmaması gerekmektedir; s. 725.

¹⁰⁰ TALLON, s. 591.

3) Satıcının Sahip Olduğu Haklar Bakımından

CISG m. 79/5 hükmü ile yalnızca satıcı değil, alıcının da sorumluluğu düzenlenmekte ve ilgili hüküm gerek satıcı gerekse alıcı bakımından aynı şekilde uygulanacaktır¹⁰¹. Örneğin; satıcının gönderdiği malların alıcı tarafından teslim alınmaması halinde satıcı, gerek aynen ifa hakkı ile malların alıcı tarafından teslim alınmasını gerekse sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁰². Ancak alıcının sözleşme kapsamındaki borçları değerlendirildiğinde; tamir, ikame malların teslimi ve semenin indirilmesi gibi hakların satıcı tarafından talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

V. CISG MADDE 80: KARŞI TARAFIN NEDEN OLDUĞU İFA ENGELLERİ

CISG m. 80 ile tarafların kendi ihmal veya eyleminden kaynaklanan durumlarda karşı tarafın sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmemesine dayanamayacağı düzenlenmektedir. Buna göre; taraflardan birinin ifa etmemesi, karşı tarafın eylem veya eylemsizliğinden kaynaklanıyorsa CISG uyarınca sahip olduğu hakları (aynen ifa, sözleşmeden dönme, semenin indirilmesi gibi) talep edemeyecektir¹⁰³. CISG m. 80 uyarınca; CISG m. 79 ile öngörülen sorumluluktan kurtulma haline dair yalnızca tazminat hakkı değil, tüm hakların kullanımının önüne geçilmektedir¹⁰⁴. Bu noktada; tarafların her türlü eylem veya eylemsizliklerinin CISG m. 80 kapsamında değerlendirileceği¹⁰⁵ ve kusurun aranmayacağı¹⁰⁶ söylenmektedir. Belirtilmesi gereken diğer bir husus, ifa etmeme ile karşı tarafın sözleşmeye aykırılığı arasında nedensellik bağı olması gerektiğidir¹⁰⁷. CISG m. 80 açısından yapılacak değerlendirmede; Türk hukuku ile CISG'nin kısmen örtüştüğü görülmektedir. Nitekim TBK m. 112 uyarınca borca aykırılığın şartlarından biri olan illiyet bağı, zarar görenin ağır kusuru halinde kesilmekte ve borçlu sorumluluktan kurtulmaktadır. CISG m. 80 düzenlemesi ise aynı sonuca ulaşırken kusur şartı aramamakta, karşı tarafın herhangi bir eylem veya eylemsizliğini yeterli görmektedir.

¹⁰¹ TALLON, s. 591.

¹⁰² ERDEM, s. 96.

¹⁰³ ERDEM, s. 96.

¹⁰⁴ ERDEM, s. 96; MAGNUS, in Atamer, s. 307; SCHWENZER/MANNER, s. 478.

¹⁰⁵ ATAMER, 2005, s. 471.

¹⁰⁶ MAGNUS, in Atamer, s. 307.

¹⁰⁷ ERDEM, s. 96.

CISG m. 80 kapsamında değerlendirilecek hareketlere örnek olarak; alıcı tarafından teslimatın yapılacağı yerin bildirilmemesi, FOB satışlarda alıcı tarafından yükleme yapılacak geminin belirtilmemesi, satıcı tarafından üretilen mallardaki hataların alıcının mallara ilişkin ön çizimlerinden kaynaklanması verilebilir. Örneğin Belarus tahkim mahkemesinin bir kararında; alıcının teslim edilen mallara ilişkin ödemeyi yapmamış olması nedeniyle ilave malların satıcı tarafından teslim edilmemesinin bir ifa etmeme olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir¹⁰⁸. Avusturya mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda ise satıcının, bağlı olduğu limanı belirtmemesi nedeniyle alıcının akreditif çıkarmamasına dayanamayacağına hükmedilmiştir¹⁰⁹.

Türk hukukunda ise karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde TBK'nın 97'nci maddesi uyarınca taraflardan birinin ifa talebinde bulunabilmesi için, öncelikle kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını önermiş olması gerekmektedir. Yukarıda verilen örnek incelenecek olursa; TBK'nın 97'nci maddesi gereği alıcının teslim edilen mallara ilişkin ödemeyi yapmaması halinde her iki taraf için de muaccel olan borçlar için satıcı, kendi borcuna dair ödemezlik def'i ileri sürebilecektir¹¹⁰.

CISG m. 80 hükmüne ilişkin tartışmalar temel olarak, ifa etmemenin her iki tarafın eylem veya eylemsizliğinden kaynaklanmış olması noktasında toplanmaktadır. Öncelikle; ifa etmemenin oluşmasında her iki tarafın da eylem veya eylemsizliğinin sınırlandırılabilirdiği hallerde, bu sınırlara göre hakların talep edilebileceği söylenmektedir¹¹¹. Örneğin; iki kısım halinde teslim edilecek mallarda, ilk kısmın satıcı tarafından geç teslim edilmesi, ikinci kısmın ise alıcının yanlış yönlendirmesi neticesinde hatalı olarak teslim edilmesi halinde satıcının sözleşmeye aykırılığı nedeniyle doğacak yaptırımlar yalnızca ilk kısım için uygulanacaktır¹¹².

İkinci olarak ise; tarafların eylem veya eylemsizliklerinin etkilerinin sınırlandırılmadığı hallerde zararın, CISG m. 77 hükmü ışığında, tarafların eylem veya eylemsizliklerinin ifa etmemedeki etkileri oranında dağıtılması

¹⁰⁸ *Case Number: 24/13-95*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1130&step=Abstract>

¹⁰⁹ *Case Number: 10 Ob 518/95*, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=202&step=Abstract>

¹¹⁰ Ödemezlik def'ine ilişkin detaylı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s. 593 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 343 vd.

¹¹¹ ENDERLEIN/MASKOW, s. 338; NEUMANN, s. 9.

¹¹² ENDERLEIN/MASKOW, s. 338; benzer bir şekilde NEUMANN, s. 9.

gerektiği savunulmaktadır¹¹³. Tahkim mahkemesinin vermiş olduğu kararda; malzemenin bozulma nedeninin taraflarca belirlenemediği ve zararın her iki tarafın da davranışları sonucu oluştuğu belirtilmiştir¹¹⁴. Ancak satıcının, malın özgünlüğü göz önüne alındığında daha özenli davranması gerektiğinden, alıcı tarafından talep edilen tazminat $\frac{3}{4}$ 'ünün satıcı tarafından, geri kalan $\frac{1}{4}$ 'lük kısmın ise alıcı tarafından karşılanmasına hükmedilmiştir.

Kanaatimizce CISG m. 80 kapsamında yapılan bu tarz bir sınırlandırma, hükmün amacı da göz önünde bulundurulduğunda yerinde olmaktadır. Nitekim ifa etmenin, yalnızca karşı tarafa yüklenemeyeceği hallerde; söz konusu tarafın CISG m. 80 uyarınca tazminat dışındaki haklarından da mahrum bırakılması uygun olmayacaktır. Tarafların denetim alanı dışında kalan, öngörülemeyen ve kaçınılmayan bir engel halinde mahrum kalınacak olan tazminat hakkına ek olarak, tek taraflı bir eylem veya eylemsizlikten kaynaklanmayan ifa etmeme durumunda; tarafların ifa etmemedeki ağırlıkların dikkate alınması gerekmektedir.

V. SONUÇ

CISG sistemi, temel olarak garanti sorumluluğu üzerine kurulmuş olmakla birlikte; taraflara sorumluluktan kurtulabilmek için sınırlı bir imkân tanınmıştır. Ancak bu noktada dahi; taraflar tüm yükümlülüklerinden kurtulamamakta ve sistem kusursuz sorumluluk prensibine dayanmaya devam etmektedir. CISG sisteminde sorumluluktan kurtulma m. 79 ve 80 ile düzenlenmektedir. Buna göre temel kural; tarafların denetim alanı dışında kalan, sözleşmenin akdi esnasında öngörülmesi ve gerek kendisi gerekse doğurduğu sonuçların aşılmasının mümkün olmadığı bir engel halinde tarafların sorumluluktan kurtulacağıdır. Bu noktada; ayıplı ifa, aşırı ifa güçlüğü ve başlangıçtaki ifa imkânsızlığı CISG m. 79/1 uyarınca, sınırlı hallerde sorumluluktan kurtulma sonucu doğurabilecekken ekonomik güçlükler ve/veya devlet düzenlemeleri ile tarafların sözleşmesel dengelerinin bozulması halinde somut olayın niteliğine göre sorumluluktan kurtulmak mümkün olabilmektedir.

CISG m. 79/2 ile üçüncü kişilerin âdem-i ifalarının ancak iki yönlü bir ispatın sağlanması halinde tarafları sorumluluktan kurtaracağı kabul

¹¹³ MAGNUS, in Atamer, s. 307; NEUMANN, s.11; s. SCHWENZER/MANNER, s. 480.

¹¹⁴ Case Number: 189/2003, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041229r1.html>; benzer kararlar için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080109c1.html>, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060126r1.html>

edilmektedir. Bu kapsamda; taraflar hem kendisinin hem de üçüncü kişinin CISG m. 79/1 uyarınca sorumluluktan kurtulabileceğini (m. 79/1'deki sorumluluktan kurtulma şartları uyarınca) kanıtlamakla yükümlüdür. CISG m. 79/3 geçici ifa engellerini düzenlemekte ve ifa etmemenin ancak engelin var olduğu sürece geçerli olduğunu belirtmektedir. CISG m. 79/4 uyarınca engele maruz kalan taraflara bu engeli ve etkilerini karşı tarafa bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna ek olarak; doktrinde ikame malların teslimi halinde de tarafların CISG m. 79/4 uyarınca bildirim yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir. CISG m. 79/5 uyarınca tarafların sorumluluktan kurtulma halinde yalnızca tazminat taleplerinden kurtulduğu; ancak sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan diğer hakların kullanılacağı düzenlenmektedir. İlgili fıkra uyarınca diğer hakların kullanılabilmesi halinde ise; engel ve bu engelin sonuçlarına göre farklı uygulamalar yapılabilmektedir.

Son olarak; CISG m. 80 ile karşı tarafın ifa etmemesinin, tarafların kendi eylem veya eylemsizlikten kaynaklanması halinde, karşı tarafın sözleşmeye aykırılığını ileri süremeyeceği düzenlenmektedir. Bu maddede ile tarafların ifa etmemedeki eylem veya eylemsizliklerinin etkilerine göre; diğer hakların kullanımının da sınırlandırılması mümkündür.

KAYNAKÇA

ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 16. Baskı, Ankara, 2012.

ATAMER, Yeşim M., Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış, *Milletlerarası Satım Hukuku*, Ed. Yeşim M. Atamer, 2008, s. 221-265. (Anılış: 2008).

ATAMER, Yeşim M., *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul, 2005. (Anılış: 2005).

AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 5. Bası, Ankara, 2012.

BACH CHRISTIANSEN, Lisbeth, *CISG- What Risks Does It Involve to Seller and How Does He Secure Against Them? – A Practical Guide*, Chapter IV. (http://srvrhldig001.uct.ac.za:1801/view/action/singleViewer.do?dvs=1362395100623~592&locale=tr_TR&VIEWER_URL=/view/action/singleViewer.do?&DELIVERY_RULE_ID=10&adjacency=N&application=DIGITOOL-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true, erişim 01.03.2013).

CHENGWEI, Liu, *Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL*, Part V. Excuses (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>, erişim 01.03.2013).

CISG Advisory Council Opinion No. 7 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, erişim 01.03.2013).

Digest of Article 79 Case Law, 2012 UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-79.html>, erişim 01.03.2013).

ENDERLEIN, Fritz/MASKOW, Dietrich, *International Sales Law United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992.

ERDEM, Ercüment, *Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler*, İstanbul, 2008.

FLAMBOURAS, Dionysios P., The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, *Pace International Law Review*, Fall

2001, p. 261-293.

FLECHTNER, Harry M., Issues Relating to Exemption (“Force Majeure”) Under Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“CISG”), *U. Of Pittsburgh Legal Studies Research Paper*, No. 2008-08, 2008.

HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, Hague, 1999.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış), 16. Bası, Ankara 2012.

LOOKOFSKY, Joseph, Article 79 Liability Exemptions for Failure to Perform, *International Encyclopaedia of Laws - Contracts*, ed. J. Herbots/R. Blanpain, 2000, p. 1-192.

MAGNUS, Ulrich, CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma, *Milletlerarası Satım Hukuku*, ed. M. Yeşim Atamer, 2008, s. 287-310. (Anılış: in Atamer).

MAGNUS, Ulrich, Force Majeure and the CISG, *International Sale of Goods Revisited*, ed. Šarčević, P./Volken, P., 2001, p. 1-33. (Anılış: in Šarčević/Volken).

NEUMANN, Thomas, Shared Responsibility under Article 80 CISG, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2/2009, p. 1-22.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Cilt-1, İstanbul, 2012. (Anılış: Cilt-1).

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Cilt-2, İstanbul, 2012. (Anılış: Cilt-2).

ÖZÇELİK, Şemsi Barış, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi*, 2009.

RIMKE, Joern, Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer 1999-2000, p. 197-243.

SARAÇ, Senem, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)' in 79. Maddesi Üzerine Bir İnceleme, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2010, 84(3), s. 1675-1684.

SCHLECHTRIEM, Peter, *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986.

SCHWENZER, Ingeborg, Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008, 39(4), p. 709-725.

SCHWENZER, Ingeborg/MANNER, Simon, The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behavior on its CISG-Remedies, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries*, ed. Schroeter, Ulrich G./Andersen, B., 2008, p. 470-488.

Secretariat Commentary, Guide to CISG Article 79 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>, erişim 01.03.2013).

TALLON, Denis, Article 79, in *Bianca-Bonell Commentary on International Sales Law*, 1987, p. 572-595.

TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, *AÜHFD*, 2008, 57(3), s. 673-718.

Mahkeme Kararları

Case Number: Partial award of 21 March 1996, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: 03 C 1154, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=987&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: 120428 / HA ZA 07-550, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1388&step=Abstract> erişim 01.03.2013)

Case Number: unavailable, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=814&step=Abstract> erişim 01.03.2013)

Case Number: Y 01-15.964, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=981&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: 7 U 4969/06, 01. 03. 2013 tarihinde <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1342&step=Abstract> adresinden erişildi.

Case Number: 1 U 143/95 and 410 O 21/95, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=438&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: *unavailable*, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060001gr.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: 97 009265, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: C.07.0289.N, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1457&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: 11/1996, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=420&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: 1 U 167/95, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: 50181T 0036406, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1346&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: 08 Civ. 114 (SAS), (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1303&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: VIII ZR 121/98, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: 12-2002-181, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=986&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: HG 970238.1, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: 29, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=365&do=case> erişim 01.03.2013).

Case Number: 5 Cb/114/2006, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090224k1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: 7b C 34/94, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940915g1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: 24/13-95, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1130&step=Abstract> erişim 01.03.2013).

Case Number: 10 Ob 518/95, (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1>

&do=case&id=202&step=Abstract erişim 01.03.2013).

Case Number: 189/2003, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041229r1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: *unavailable*, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080109c1.html> erişim 01.03.2013).

Case Number: 53/2005, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060126r1.html> erişim 01.03.2013).

Yargıtay 3 HD., 2011/15736 E., 2011/13631 K. sayılı ve 26.09.2011 tarihli kararı, (<http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/3hd-2011-15736.htm&query=s%F6zle%FEmenin%20uyarlanmas%FD%20tacir#fm> erişim 01.03.2013).

Yargıtay 13. HD., 2003/6540 E., 2003/11490 K. sayılı ve 07.10.2003 tarihli kararı, (<http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/13hd-2003-6540.htm&query=s%F6zle%FEmenin%20uyarlanmas%FD%20tacir#fm> erişim 01.03.2013).

Yargıtay HGK., 2003/13-332 E. 2003/340 K. sayılı ve 07.05.2003 tarihli kararı, (<http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-2003-13-332.htm&query=s%F6zle%FEmenin%20uyarlanmas%FD%20tacir#fm> erişim 01.03.2013).

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
CISG	:Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	:Esas
f.	:Fıkra
HD.	:Hukuk Dairesi
HGK.	:Hukuk Genel Kurulu
K.	:Karar
m.	:Madde
p.	: <i>Page</i>
s.	:Sayfa
T.	:Tarih
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK.	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
U.S.	:United States
vb.	:Ve benzerleri
vd.	:Ve devamı
YKD.	:Yargıtay Kararları Dergisi

KAYDİLEŞTİRİLMESİ GEREKEN PAY SENETLERİNİ MERKEZİ KAYIT KURULUŞUNA TESLİM ETMEYEN KİŞİLERİN HUKUKİ DURUMU

Huriye KUBİLAY*

ÖZET

6111 sayılı Yasa ile 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Geçici 6. Maddesine eklenen dördüncü fıkrasında ve 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13/4 maddesinde belirtildiği üzere; Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından 28 Kasım 2005 tarihinden itibaren izlenmeye başlanan pay senetleri, 31 Aralık 2012 tarihine kadar Merkezi Kayıt Kuruluşu'na teslim edilmedikleri takdirde, bu senetlerin Yatırımcı Tazmin Merkezi'ne yasal olarak intikal etmesi ve bu durumda paydan doğmuş olan hakların kendiliğinden sona ermesi hükme bağlanmıştır. Bu çalışmada; söz konusu değişiklik nedeniyle, pay senetlerini süresinde Merkezi Kayıt Kuruluşuna teslim etmeyen kişilerin hukuki durumu üzerinde oluşan önemli etkiler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Pay, pay senedi, Merkezi Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Araçları, Kaydileştirilmesi Gereken Pay Senetleri

LEGAL STATUS OF PERSONS WHO DID NOT DELIVER THE SHARE CERTIFICATES WHICH ARE REQUIRED TO BE DEMATERIALIZED TO THE CENTRAL SECURITIES DEPOSITORY INSTITUTION

ABSTRACT

As stated in the subclause 4 added to the provisional article 6 of Capital Market Law No 2499 and in the article 13/4 of Capital Market Law No 6362 repealing Capital Market Law No 2499, it is ruled that; in case of the share certificates which has been started to be monitored by the Central Securities Depository Institution since the date of November 28th, 2005 wasn't delivered to the Central Securities Depository Institution until the date of November 31th, 2012, these certificates is legally transferred to the Investor Compensation Center and in this case the rights arising from these shares are automatically terminated.

In this article; the important effects on the legal status of the person who didn't deliver the share certificates to the Central Securities Depository Institution on time has been analyzed.

Keywords :Share, Share Certificate, Central Securities Depository Institution, Capital Market Instruments, Dematerialization of Share Certificates.

* Prof. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

GİRİŞ

Sermaye piyasası araçlarının, bu arada pay senetlerinin kaydileştirilmesinde, Arjantin, Kolombiya ve Venezuela gibi ülkelerde olduğu gibi bazı ülkelerde kaydileştirme zorunlu tutulurken, Şili ve Peru gibi ülkelerde olduğu gibi bazılarında kaydileştirme pay sahiplerinin isteğine bağlı olarak yapılmaktadır. Ülkemizde, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi, ilk olarak 1999 yılında, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 10/A maddesi ile yasal olarak düzenlenmiş, 28.11.2005 tarihine kadar, İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören ve fiziken Takasbank kasalarında tutulan pay senetleri, bu tarihte topluca kaydileştirilmiş, bu tarihten sonra yeni sermaye piyasası araçları tamamen kaydi olarak ihraç edilmeye ve halka kapalı anonim ortaklıkların payları da dahil olmak üzere sermayenin tamamı kayden izlenmeye başlamıştır.¹ Ülkemizde pay senetlerinin kaydileştirilmesinin yasal düzenlemelerle zorunluluk esasına dayanılarak gerçekleştirildiği görülmüştür.²

13 Şubat 2011 tarihli ve 6111 sayılı Yasa ile Merkezi Kayıt Kuruluşu³ tarafından 28 Kasım 2005 tarihinden itibaren izlenmeye başlayan pay senetlerinin, 31 Aralık 2012 tarihine kadar Merkezi Kayıt Kuruluşu'na teslim edilmedikleri takdirde bu senetleri ihraç eden anonim ortaklığa yasal olarak intikal etmesi ve bu durumda paydan doğmuş olan hakların kendiliğinden sona ermesi hükme bağlanmıştır. Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi sürecinde atılan bu adımın, pay senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşuna teslim etmeyen kişilerin hukuki durumu üzerinde önemli etkileri bulunmaktadır.

¹ https://www.mkk.com.tr/wps/portal/MKK/Hakkimizda/MKKKkimdir!/ut/p/b1/04_ (Erişim tarihi: 12.04.2013)

² 6362 sayılı SPK, m.13 (4), Tebliğ, Seri:IV, No: 34, m.21.

³ 6362 sayılı SPK m.81 (1) e göre; “*Merkezî Kayıt Kuruluşu, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydileştirilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, bu araçların merkezî saklamasını yapmak üzere kurulmuş, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz anonim şirkettir.*” Merkezi Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından hazırlanan esas sözleşmenin 21.09.2001 tarihinde Ticaret Sicili'ne tescili üzerine kurulmuştur. Bk. <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=74&fn=74.pdf> (Erişim tarihi: 08.04.2013). “*Merkezî Kayıt Kuruluşu, kaydileştirilmesine karar verilmiş sermaye piyasası araçları için Türkiye'nin Merkezi Saklama Kuruluşu'dur (CSD: Central Securities Depository)*” (6362 sayılı SPK m.80 (4)). “*Merkezî Kayıt Kuruluşu, Takasbank gibi fiziken bastırılmış hisse senetlerini deposunda toplu olarak tutan bir kurum olmayıp, sermaye piyasası araçlarının kayden ihracının yapıldığı, bunlar üzerindeki hakların izlendiği, kayıtlarına hukuki sonuçlar bağlandığı Kanunla bu görevi üstlenmiş bir merkezî yapıdır.*” Ayrıca, Türkiye'de merkezî saklamanın tarihçesi, kaydi sisteme geçiş ve kaydi sistem hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bk. <http://www.mkk.com.tr/wps/portal/MKK/Hakkimizda/MKKKkimdir> (Erişim tarihi: 11.04.2013)

Merkezi Kayıt Kuruluşuna teslim edilmemiş olan pay senetlerinin sayısı hakkında rakamsal veriler henüz açıklanmamıştır. Bu çalışmada, söz konusu yasa hükmü, yürürlükteki diğer mevzuat hükümleri ile birlikte değerlendirilerek Merkezi Kayıt Kuruluşu'na pay senetlerini zamanında teslim etmeyen kişilerin hukuki durumu değerlendirilmektedir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Geçici 6'ncı maddesine 6111 sayılı Yasa'nın 157'nci maddesi ile eklenen dördüncü fıkra⁴ uyarınca, her bir sermaye piyasası aracı için Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlemenin başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna; yani 31.12.2012 tarihine kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları pay senedi ise, ihraççıya yasal olarak intikal eder. Bu durumda paydan doğmuş olan haklar, pay senetlerinin ihraççıya intikali tarihinde kendiliğinden sona ermiş sayılır. Söz konusu payların satışı, ihraççılarca üç ay içerisinde yapılır. Payların ihraççılar tarafından satışı için tanınan bu süre 31 Mart 2013 tarihinde dolmuştur. Bu tarihe kadar satılmayan payların hukuki durumu ne olacaktır? sorusu üzerinde durulmalıdır. Teslim edilmeyen diğer sermaye piyasası araçlarından doğan alacaklar, bu tarihte zamanaşımına uğrar. Bu hüküm incelendiğinde, kendi içinde çelişkili olduğu ve diğer mevzuat hükümleriyle de uyumlu bulunmadığı görülmektedir.

Bu hükümde, sermaye piyasası araçlarından biri olan pay senetleri ile diğer sermaye piyasası araçları arasında farklılık yaratılarak, pay senetleri bakımından, pay senetlerinin içerdiği hakların belirtilen sürede ihraççıya kanunen intikal edeceği belirtilerek, bir “hak düşürücü süre”, diğer sermaye piyasası araçlarından; örneğin tahvilden doğan alacaklar için ise “zamanaşımı” getirilmiştir. Böylece, pay senetleri yönünden belirlenen sürenin sonunda ortaklık hakkının ortadan kalkması esası benimsenmiştir. Bu durumda, “Paydan doğmuş olan hakların sona ermesi” mümkün müdür? Pay senetlerinin bildirici/açıklayıcı nitelikte kıymetli evrak olmaları gerçeği karşısında, yasal olarak ihraççıya intikal eden pay senedinin içerdiği ortaklık haklarının da ortadan kalktığı kabul edilebilir mi? soruları yanıtlanmalıdır.

Belirlenen sürenin sonunda, hisse senetlerinin yasal olarak ihraççıya intikal ettiği tarihte, paydan doğan haklar kendiliğinden sona ermiş sayılıyorsa, bu payların ihraççılar tarafından üç ay içerisinde satışı nasıl mümkün olacaktır? Ortaklık hakları sona eren; bu hakları içermeyen bir paydan sözedilemeyeceği gibi böyle bir payın satışından da söz etmek mümkün değildir.

⁴ 6362 sayılı SPK m.13 (4).

Pay senetleri, bir anonim ortaklığa ortak olunduğunu gösteren, bildirici/açıklayıcı nitelikte kıymetli evrak ve menkul kıymetlerdendir. Pay senetleri, kambiyo senetleri (police, bono, çek) gibi hakkın senedin düzenlenmesi ile birlikte doğduğu kurucu nitelikte kıymetli evraklardan değildir. Pay senetlerinin, açıklayıcı/bildirici nitelikte kıymetli evrak niteliğini taşıması, hisse senedinin içerdiği kâr payı alma hakkı gibi mali nitelikte ve oy kullanma hakkı gibi mali nitelikte olmayan hakları ifade eden ortaklık haklarının pay senedinin ihracından önce varolmasını ifade eder. Anonim ortaklığın kuruluşunda, o anonim ortaklığın kaç payının bulunduğu ve kurucu ortakları bellidir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 486'ncı maddesinde, ortaklığın tescilinden önce çıkarılan pay senetlerinin geçersiz olduğu açıkça ifade edilmekte olup, bu hükümden ortaklık haklarının, anonim ortaklığın tescili ile doğduğu ve pay senetlerinin, ortaklık haklarını bildirici/açıklayıcı senetler olduğu tespiti yapmak mümkündür. Yine 488'inci madde uyarınca, pay senedi yıpranmış olan bir ortağın, anonim ortaklıktan kendisine yeni pay senetlerinin verilmesini isteme hakkı vardır. Türk Ticaret Kanunu'nun 329'uncu maddesindeki anonim ortaklık tanımında da görüldüğü üzere; anonim ortaklık, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan ortaklıktır. Paylar, anonim ortaklığın kuruluşundan itibaren vardır, pay senetleri, varolan paylara ilişkin ortaklık haklarını temsil etmek üzere ihraç edilirler. Anonim ortaklığın sermaye artırımında, oluşturulan yeni pay mevkilerini temsilen pay senedi ihraç edilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun daha birçok hükmü, pay senetlerinin, anonim ortaklıklardaki ortaklık haklarını temsil eden senetler olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Asıl olan paydan/hisseden doğan ortaklık hakkıdır; pay/hisse senedine bağlanan hak; ortaklık hakkıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, "Paylar/hisseler" ile "pay/hisse senetleri" sözcükleri anlamlarına uygun olarak kullanılmaktadır (TTK m.484 vd.). 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda, "Pay" sözcüğü (SPK m.3 (1), o, 1) ise fiziki olarak bastırılmış pay senetlerini (SPK m.12) ve senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihraç edilen (SPK m.13 (1)) sermaye piyasası araçlarını (SPK m.3 (1), §) ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

"Pay/hisse" ve "Pay/Hisse senedi" kavramları üzerinde durularak Geçici Madde'nin(6111 sayılı Kanun, m.157; 2499 sayılı SPK Geçici Madde 6, 6362 sayılı SPK m.13 (4)) yorumlanması konunun aydınlanmasına katkı sağlayacaktır. Pay senedinin ihraççıya intikal etmesinin, payın/hissenin ve ortaklık haklarının sona ermesi sonucunu doğurmayacağı anlaşılmalıdır.

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun'un 157'nci maddesi ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen Geçici 6ncı Maddedeki "...*kayden izlenmeye başlanmış olan sermaye piyasası araçlarını temsil eden senetler...*"ve 6362 SPK m. 13 (4)deki "*Bunların üzerindeki sınırlı aynı haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır.*" ifadelerinin de değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

Pay senetlerini zamanında Merkezi Kayıt Kuruluşuna teslim etmeyenlerin durumu, gerek 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun amacını ve konusunu "... *tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek...*" olarak açıkça belirleyen 1'inci maddesi hükmü gerekse 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun amacı ile ilgili "*Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir.*" hükmü ile bağdaşır görünmemektedir. Söz konusu düzenleme, ülkemizde sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi amacıyla yapılmış olsa da tasarruflarını, pay senetlerine yatırmış olan kişilerin ortaklık haklarının korunması başlıca amaçlardan biri olmalıdır. Ortaklık hakları kapsamında, pay senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşu'na zamanında teslim etmeyen kişilerin mali haklarının karşılanması düşünülecek olursa, pay senetlerinin nominal (itibari) değerlerinin mi, borsa rayicinin mi yoksa gerçek değerlerinin mi ödenmesi gerektiği üzerinde de durulabilir.

Kaydileştirilmesi gereken pay senetleri, pay sahiplerinin ihmalleri sonucu Merkezi Kayıt Kuruluşu'na teslim edilmemiş olabileceği gibi anonim ortaklık yöneticilerinin veya aracı kuruluşların yatırımcıların güveninin sarsılmasına yol açacak kötüniyetli eylemleri sonucunda ya hiç kaydileştirilmeyebilirler veya gerçeği yansıtmayan bir şekilde kaydileştirilmiş olabilirler⁵.

Bu çalışmanın amacı, konunun, 13.01.2011 tarihinde kabul edilen ve 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak 01.07.2012

⁵ Anonim ortaklık yöneticilerinin hileli davranışları sonucu gerçeği yansıtmayan kaydileştirme ile ilgili *Parsoli Corporation Limited, Zafar Sareshwala, Uves Sareshwala ile Securities and Exchange Board of India* davası için bk. www.watchoutinvestors.com/press_release/sat/st1237pdf (Erişim tarihi: 12.04.2013)

tarihinde yürürlüğe giren⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 06.12.2012 tarihinde kabul edilen, 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁷ çerçevesinde değerlendirilmesidir.

ANONİM ORTAKLIK “PAY SENETLERİ”NİN ÖZELLİKLERİ

Anonim ortaklık pay senetleri, anonim ortaklık payını temsil eden, sahibine, özel hukuk alanına giren⁸; paya bağlı bütün hakları sağlayan senetlerdir⁹.

Anonim ortaklıklarda, ortaklık hakkını temsil eden nama ve hamile yazılı pay senetleri ve ilmühaberler¹⁰ kıymetli evrak niteliğinde senetlerdir¹¹. Halka açık anonim ortaklıklarca çıkarılabilecek oydan yoksun pay senetleri de

⁶ 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğü hakkında bk. TTK m.1534.

⁷ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla (SPK m.1) 06.12.2012 tarihinde kabul edilerek 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir (SPK m. 150). Bu Kanunla, 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır (SPK. m.139).

⁸ ÖZTAN, 33.

⁹ POROY/TEKİNALP, 46 (kn.34); YASAMAN, 33; İMREGÜN, 10; ÖZTAN, 169-170; ÜLGEN/HELVACI, 33 (kn.86); 34 (kn.89); KAYAR, 13; AKDUMAN, 29.

¹⁰ İlmühaberlerin kıymetli evrak sayılıp sayılmayacağı hususundaki tartışma hakkında bk. ÖZTAN, 170. TTK m. 486 (2) uyarınca, “*Pay senedi bastırılınca kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır.*” Türk Ticaret Kanunu’nun bu hükmünden, ilmühaberlerin, yalnızca hamile yazılı pay senetlerinin yerini tutmak üzere geçici olarak; hamile yazılı pay bedellerinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerinin bastırılmasına kadar olan süre için çıkartılacakları anlaşılmaktadır. Nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmibeşinin tescilden önce, gerisinin de şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödenmesi gerekir (TTK m.344 (1)). İlmühaberler ne zamana kadar çıkarılabilir sorusunun cevabı verilebilir. TTK m.486 (2), son cümle uyarınca, ilmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır. Yine TTK m.486 (4) hükmüne göre, tescilden önce pay senedi çıkaran kimse, bundan doğan zararlardan sorumludur. Bu durumda, ilmühaberlerin de anonim şirketin tescilinden sonra çıkartılmasının uygun olacağı sonucuna varılmaktadır. İlmühaberlerin, hamile yazılı pay senetleri bastırılınca kadar çıkartılması mümkündür. Hamile yazılı pay senetlerinin bastırılıp, dağıtılması için kanunda öngörülen süre (TTK m.486 (1) ise anonim şirketin tescilinden itibaren yirmiyedi (27) ay geçtikten sonra dolmaktadır. Sonuç olarak, ilmühaberlerin, anonim şirketin tescili tarihinden başlamak üzere hamile yazılı pay senetlerinin bastırılacağı tarihe kadar ve en geç şirketin tescilinden itibaren geçecek yirmiyedi ayın sonuna kadar çıkartılabileceği belirtilebilir. Bu konudaki tereddüt hakkında bk. ÜLGEN/HELVACI, 34-35 (91).

¹¹ DOMANIÇ, 49; POROY/TEKİNALP, 46 (kn.34); ÖZTAN, 7; ÜLGEN/HELVACI, 23 (kn.58); PULAŞLI, 7; AKDUMAN, 30.

kıymetli evrak niteliğini haizdir¹². 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda, 2499 sayılı önceki Sermaye Piyasası Kanunu'ndan farklı olarak menkul kıymetlerin tanımına¹³ yer verilmemiş ve kıymetli evrak niteliğinde oldukları da belirtmemiştir¹⁴. Bununla birlikte, TTK m.645'deki koşulları haiz olan menkul kıymetlerin; bu arada pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğinde oldukları tartışmasız kabul edilir.

Senede bağlı olup olmamasına göre kıymetli evrak; *senede bağlı kıymetli evrak* ve *evraksız (kaydi) kıymetli evrak* olarak sınıflandırılmaktadır¹⁵. Pay senetleri, senede bağlı olarak ihraç edilebileceği gibi senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kaydende ihraç edilebilirler. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, sermaye piyasası araçlarından biri olarak payların senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracı esastır. Senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihraç edilen paylar (SPK m.13) evraksız kıymetli evrak niteliğindedir¹⁶. Merkezi Kayıt Kuruluşu ise, kıymetli evrak sisteminin terkedilerek kıymetli haklar sistemine geçildiğini şöyle ifade etmektedir: “Fiziki sistemde güven unsuru evrakın kendisine dayalı iken, kaydi sistemde güven unsuru evrakın yok edilmesi nedeniyle yasa uyarınca MKK kayıtlarına dayalıdır. SPK'nın 10/A maddesi SPK tarafından kayden izlenmesine karar verilen sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklara dayanılarak senet basılması imkânını ortadan kaldırmış, sermaye piyasası araçları açısından kıymetli evrak sistemi terkedilerek kıymetli haklar sistemine geçilmiştir.”¹⁷ Aslında, “...Burada, hak kâğıttan tamamen arındırılmaktadır.” demek suretiyle, MKK, kaydi sistemde, evraksız kıymetli evraka işaret etmektedir.

¹² “Oydan Yoksun Paylara İlişkin Esaslar Tebliği” (Seri:I, No:36), 21.01.2009 tarihli ve 27117 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹³ 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m.3 (1), b. “(Değişik: 29/4/1992 tarihli ve 3794 sayılı Kanun ile) Sermaye Piyasası Araçları:Menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarıdır.

Menkul Kıymetler: Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönersel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Kurulca belirlenen kıymetli evraktır.”

¹⁴ ÜLGEN/HELVACI, 32 (kn.85).

¹⁵ KAYAR, 19-20.

¹⁶ Evraksız kıymetli evrak hakkında bk. POROY/TEKİNALP, 50-51 ve dn.43’de anılan eserler (kn.40); YASAMAN, 25-32; ÜLGEN/HELVACI, 42-45 (kn.122-131); TURANBOY, 39-55; PULAŞLI, 14-16.

¹⁷ <http://www.mkk.com.tr/wps/portal/MKK/Hakkimizda/MKKKkimdir> (Erişim tarihi: 11.04.2013)

Kıymetli evrak niteliğini haiz olan pay senetleri, kıymetli evrakın, *kurucu (yaratıcı) ve açıklayıcı (bildirici/ihbari)* olmaları bakımından yapılan ayırımında, senedin içerdiği ortaklık hakkının, pay senedinin düzenlenmesinden önce de mevcut olması; mevcut olan ortaklık hakkının açıklanması işlevini gördüğünden *açıklayıcı kıymetli evrak* olarak kabul edilmektedir¹⁸. POROY/TEKİNALP'e göre; "...pay senedi, anonim ortaklık payını oluşturmaz, sadece zaten mevcut olan payı ve paya ilişkin bu hakkı senede bağlar."¹⁹ ÖZTAN, pay senetlerinin bu özelliği hakkında şu açıklamayı yapmaktadır: "...bir anonim şirkette, hissedarların hissedarlık hakkı, hisse senetleri çıkarılmadan önce doğmuştur."²⁰ ÜLGEN/HELVACI, pay senetlerinin *açıklayıcı kıymetli evrak* işlevini şöyle açıklamaktadırlar: "*Açıklayıcı kıymetli evraka örnek olarak anonim ortaklıklarda pay senetlerini gösterebiliriz. Anonim ortaklıklarda paylar –SerPK 12/3'te (eSerPK 7/4) yer alan teoriye aykırı istisnai hal bir yana- kuruluştaki anonim şirketin, sermaye artırımında artırımın tescili ile doğmuşlardır; daha sonra pay senetleri çıkarılması, çıplak payların dışı vurulması/açıklanması bakımından işlev görür.*"²¹ Payın açıklayıcı nitelikte kıymetli evrak olduğu görüşünü açıklayan SEVİ'ye göre de "*Anonim ortaklık payı, pay senedine bağlanmış olmasa da, her türlü hukuki işleme konu olabilir. Söz konusu ilkenin kaynağını, anonim pay sahipliğinin ve paya bağlı olan hakların anonim ortaklığın kuruluşunun veya esas sermaye artırımının tescili ile birlikte doğması kuralı teşkil eder. Bu sebepten ötürü, paydan doğan hakların doğumu açısından pay (pay) senedinin çıkarılması, kambyo senetlerinden farklı olarak, kurucu (ihdasi) değil, açıklayıcı (izhari) niteliktedir.*"²² Bu konuda, Merkezi Kayıt Kuruluşu da merkezi saklama ve kayıt sisteminde oluşan kayıtların kurucu nitelikte olmayıp, hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde Merkezi Kayıt Kuruluşu'na yapılan bildirim tarihinin esas alınması nedeniyle *bildirici* nitelikte olduğunu açıkça

¹⁸ İMREGÜN, 11; ÜLGEN/HELVACI, 24 (kn.62); KAYAR, 14.

¹⁹ POROY/TEKİNALP, 47 (kn.35). "*Hisse senedine bağlanmamış olan haklar, kâğıttan değil, AO'nun esas sözleşmesinden doğarlar; hatta, GK kararları bile onları etkiler. Onun için müktesibin sadece, hisse senedi üstünde yeralan kayıtlara dayanması mümkün değildir. Pay, hisse senedi ile değil, AO'nun veya sermaye artırımının tescili ile doğar. Bu sebeple hisse senetleri bildiricidir. Ayrıca senedin geçerliliği için AO ile pay sahibi arasında bir oluşum sözleşmesinin yapılması şarttır.*" TEKİNALP (PoroY/Çamoğlu), Ortaklıklar, 570 (kn.1098). Ayrıca, kambyo/oluşum/geçirim sözleşmesi hakkında bk. POROY/TEKİNALP, 65 vd (kn.64 vd).

²⁰ ÖZTAN, 172.

²¹ Kurucu (yaratıcı) kıymetli evrakı kabul etmeyen; kıymetli evrakın daima açıklayıcı olduğu- nu öne süren görüş (DOMANIÇ) hakkında bk. ÜLGEN/HELVACI, 25 (kn.64), bu görüşün değerlendirilmesi için bk. ÜLGEN/HELVACI, 25-26 (kn.65).

²² SEVİ, 33.

belirtmektedir²³. Ayrıca, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun hukuki etkisini net bir biçimde vurgulayan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun; borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları halinde, Merkezi Kayıt Kuruluşunun devreden kimliğini ve satılan payların sayısını anonim ortaklığa bildireceği veya ortaklığın bu bilgilere teknik erişimini sağlayacağı hakkındaki m.496 ve anonim ortaklık genel kurullarının yapılışına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği, payları kayden izlenen anonim ortaklık genel kuruluna katılabileceklerin listesinin Merkezi Kayıt Kuruluşundan alınacak pay sahipleri listesine göre hazırlanacağına dair m.415-417 ve 431inci maddeleri hükümlerine işaret edilmektedir.

Kıymetli evrakın, düzenlenmesine sebep olan işlem veya ilişki ile ilgisi yönünden yapılan *soyut (sebebe bağlı olmayan) kıymetli evrak* ve *sebebe bağlı (illi) kıymetli evrak* ayrımında pay senedi, düzenlenmesine sebep olan borç ilişkisi ile ilgisi devam ettiğinden *sebebe bağlı (illi) kıymetli evrak* olarak kabul edilir²⁴. “*Pay senetlerinde pay senedi sahibinin hakları, kanuna, esas sözleşmeye, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına göre belirlenir. Pay senedi sahibi pay senedi ile; kanuna, esas sözleşmeye, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına göre sahip olduğundan “değişik” ve “fazla” bir hakka sahip değildir.*”²⁵ *Asıl hakkı/alacağı içeren (ana) senet ve asıl hakka/alacağına bağlı hak ve alacakları içeren senet* ayrımında pay senetleri, *asıl hakkı/alacağı içeren (ana) senetlerdir*²⁶.

Kamu güvenliğini haiz olup olmamaları bakımından, hamiline ve nama yazılı pay senetleri *kamu güvenliğini haiz kıymetli evrak* grubunda, gerçek nama yazılı pay senetleri, yani emre yazılı olmaktan çıkarılmış, ciro ile değil temlikname ile devredilen nama yazılı pay senetleri *kamu güvenliğini haiz olmayan kıymetli evrak* grubunda yer alır²⁷.

Pay senetleri, aynı anda, çok miktarda çıkarıldıkları ve ibareleri aynı olduğu için, kıymetli evrakın; ihraç şekline göre yapılan; *seri halinde çıkarılan kıymetli evrak* ve *tek tek çıkarılan kıymetli evrak* ayrımı bakımından *seri halinde çıkarılan kıymetli evrak* grubunda yer alırlar²⁸.

²³ <http://www.mkk.com.tr/wps/portal/MKK/Hakkimizda/MKKKkimdir> (Erişim tarihi: 11.04.2013)

²⁴ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 570 (kn.1098); POROY/TEKİNALP, 35 (kn.26); ÖZTAN, 173; ÜLGEN/HELVACI, 29 (kn.77); KAYAR, 15.

²⁵ ÜLGEN/HELVACI, 30 (kn.78).

²⁶ Asıl (ana) senet-Yan senet ayrımı hakkında bk. ÜLGEN/HELVACI, 31 (kn.81-82).

²⁷ POROY/TEKİNALP, 49 (kn.38).

²⁸ ÖZTAN, 181; KAYAR, 15.

Devir şekline göre, pay senetleri, *hamiline*²⁹veya *nama yazılı*³⁰olur (TTK m.484 (1)).

Anonim ortaklıklarda pay senedi ihracı, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre zorunlu bulunmamakta iken,6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, paylar *hamiline yazılı* ise pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtma zorunluluğu getirilmiştir³¹.*Nama yazılı* pay senetlerinin bastırılıp dağıtılması zorunluluğu ise azlığın istemde bulunması koşuna bağlı tutulmuştur (TTK m.486 (3)). Azlığın istemde bulunması halinde, *nama yazılı* pay senetlerinin bastırılıp dağıtılması zorunludur. Sermaye Piyasası Kanunu'na göre³², halka açık anonim ortaklıklar pay senedi ihraç etmek zorundadır. Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça, “Menkul Kıymetler” başlığı altında “Pay senetleri” ibaresi kullanıldığı halde (TTK m. 484-501), Sermaye Piyasası Kanunu'nda, fiziken ve elektronik ortamda kayden ihraç edilen, ortaklık hakkını temsil eden sermaye piyasası aracını ifade etmek üzere “pay” sözcüğü kullanılmıştır. Nitekim, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12nci maddesinin 3üncü fıkrasında; “*Sermaye piyasası araçlarının satış esnasında alıcıya teslimi şarttır.*” denilmek suretiyle basılı pay senetlerine ilişkin bir düzenleme yapılmış, *Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi*” başlığını haiz 13üncü maddenin 1inci fıkrasında; “*Sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracı esastır.*” kuralı getirilerek anonim ortaklıkların halka arzedilen paylarının elektronik ortamda kayden ihracı esası kabul edilmiştir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12nci maddesinin 3üncü fıkrası; “*Kurulun, esas sermaye sisteminde yapılacak ihraçlara, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ve takas işlemlerine ilişkin düzenlemeleri saklıdır.*” hükmü ile, payın senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracına işaret edilmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu m.3 (1) uyarınca,“o) Menkul kıymetler: Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;

²⁹ Hisse senetlerinin *hamiline yazılı* olarak düzenlenmesi hakkında bk. ŞİMŞEK, 49.

³⁰ Hisse senetlerinin *nama yazılı* olarak düzenlenmesi hakkında bk. ŞİMŞEK, 47.

³¹ TTK m. 486 (2) hükmüne göre; “*Paylar, hamiline yazılı ise yönetim kurulu, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtır.*” TTK m.486 (2)ninGereke’inde de “...*hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılması zorunluluğu getirilmiştir....*” denilmektedir.

³² 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m.3 (1); “e) Halka açık ortaklık: Payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkları, ... ifade eder.” 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m.3, “g) (Ek: 29/4/1992 tarihli ve 3794 sayılı Kanun ile) Halka Açık Anonim Ortaklık: Bu Kanunun uygulanmasında halka açık anonim ortaklık, hisse senetleri halka arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklardır.”

1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını,” ifade etmektedir. Burada, “Pay”ın, menkul kıymet türlerinden biri olarak düzenlendiği açıkça görülmektedir³³.

“Pay”, menkul kıymet olmasının yanı sıra m.3 (1)’deki “ş) Sermaye piyasası araçları: Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını, ...ifade eder.” hükmünden anlaşılabacağı üzere bir sermaye piyasası aracıdır.

PAY SENETLERİ SAHİPLERİNİN HAKLARI

Pay senetleri, esas sermayenin bir parçasını oluşturan ve kendisine bağlanan hakların ve borçların kaynağını oluşturan “pay”ı temsil eder³⁴. Paya bağlanan; aynı zamanda pay senedinin içerdiği çeşitli haklar vardır. Örneğin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, genel kurula katılma (TTK m.425 vd.), oy hakkı (TTK m.434), bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m.437) ve özel denetim isteme hakkı (TTK m.438) “Pay sahibinin kişisel hakları” olarak sıralanmaktadır. Paya bağlanan haklar, anonim ortaklığın bir kararı veya işlemi sonucunda alacak hakkına dönüşebilir. Örneğin, kâr payı alma hakkı, genel kurulun kâr dağıtımına ilişkin kararı ile ortaklığa karşı bir alacak hakkına dönüşür³⁵.

Pay senetlerinin içerdiği paya bağlı haklar, anonim ortaklığın kurulması veya sermayenin artırılmasının tescili ile birlikte kendiliğinden doğar³⁶. Payın yok olması, yenilik doğuran bir işlem olan “itfa” ile mümkündür³⁷ (6102 sayılı TTK m.475, 6762 sayılı TTK m.398). TEKİNALP, itfada pay sahibinin muvafakatinin gerekli olduğunu, serbest iradeye dayanan satışın itfa ile mümkün olduğunu vurgulamaktadır³⁸.

Pay senedi sahiplerinin, pay senedinin içerdiği “paya³⁹ bağlı hakları” “eşya” sayılmazlar. Bununla birlikte, ortaklık hakkının, kıymetli evrak

³³ TEKİNALP, 16; ÖZTAN, 188; ÜLGEN/HELVACI, 4 (kn.17); ÜNAL, 59-69. Hamiline yazılı hisse senetlerinin gerçek anlamda menkul kıymet oldukları görüşü için bk. TEKİNALP, 16, dn.14.

³⁴ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 405 (kn.759, 761); ÖZTAN, 169171; GÖKSOY, 34.

³⁵ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 478 (kn.914); GÖKSOY, 39.

³⁶ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 405 (kn.764).

³⁷ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 405 (kn.765).

³⁸ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 441 (kn.850).

³⁹ Payın çeşitli anlamları hakkında bk. POROY (Tekinalp/Çamoğlu), 403-404 (kn.758-762).

şeklinde maddi bir varlık kazanması halinde, ortaklık hakkı bu kıymetli evrakla birlikte eşya niteliğini kazanabilir ve bu kıymetli evrak üzerinde tasarruflar, Türk Ticaret Kanununun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Türk Medeni Kanununun Eşya Hukuku kurallarına tabi olur (TMK m.990-991)⁴⁰.

Pay senetlerinin devri, payın içerdiği tam hak sahipliği sağlayan mülkiyet hakkına veya rehin ya da intifa hakkı gibi sınırlı sınırlı ayni hakka ilişkin olabilir⁴¹. “*Kıymetli evrakın devri*” ile ilgili 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 647nci maddesinin birinci fıkrası, mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak kurulması amacıyla kıymetli evrakın devrini düzenlemektedir. Buna göre; mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak kurulması amacıyla kıymetli evrakın devri için her halde senet üzerindeki zilyetliğin devri şarttır. Bundan başka emre yazılı senetlerde ciroya, nama yazılı senetlerde yazılı bir devir beyanına da gerek vardır. Bu beyan kıymetli evrakın veya ayrı bir kâğıdın üzerine yazılabilir. Kanun veya sözleşme ile başkalarının, bu arada, özellikle borçlunun da devre katılmaları zorunluluğu öngörülebilir (6762 sayılı TTK m.559, f.1). Mülkiyet hakkını, Klâsik (Liberal), Marksist ve Modern (Karma) mülkiyet sistemleri açısından ayrıntılı olarak değerlendiren GÜRSOY/EREN/CANSEL⁴², Karma (Modern) mülkiyet anlayışını yansıtan hukuk düzenimizde, mülkiyet haklarının, sınırlı ayni hakların ve alacak (şahsi) hakların anayasal güvence altında olduğunu şöyle açıklamaktadır: “...anayasamız 35. maddesinde yeni bir mülkiyet anlayışı getirmiştir. Bu maddeye göre, “Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. .” Anayasada ifadesini bulan bu anlayış, liberal (Klâsik) ve Marksist mülkiyet konseptlerinin aksine karma bir mülkiyet anlayışdır...Burada “mülkiyet” kavramından, özel mamelek haklarının bütünü anlaşılmalıdır. Bu nedenle Anayasa garantisine hem taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet, hem de maddi ve gayrimaddi mallar üzerindeki diğer mutlak haklar girmektedir. Meselâ patent hakları, fikri haklar, marka üzerindeki haklar, sınırlı ayni haklar gibi. Alacak (şahsi) haklar da anayasal garanti altında bulunmaktadır.”⁴³

“Mülkiyet hakkı”, sahibine bir eşya üzerinde en geniş yetkiler bahşeden bir mutlak haktır (TMK m.683-778). Bu durumda, fiziki pay senedi sahibinin,

⁴⁰ ERTAŞ, bu açıklamayı, alacaklının alacak üzerindeki tasarruf yetkisi (BK m.162) bağlamında yapmıştır. Bk.ERTAŞ, 7 (par.29); “Bir “Şey” Olarak Kıymetli Evrak (Eşya Hukukunda Kıymetli Evrak)” konusunda ayrıntılı açıklamalar için bk. ÖZTAN, 75-82..

⁴¹ GÖKSOY, 52; aynı sayfada dn.94 “JÄGGI, Art.967, N.7-9. ”.

⁴² GÜRSOY/EREN/CANSEL, 330-340.

⁴³ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 336-337.

eşya olarak nitelendirilebilecek pay senedi üzerinde “mülkiyet hakkı”⁴⁴na sahip olduğu kabul edilebilir. “Mülkiyet hakkı”, 1982 Anayasasının 35inci maddesine göre, herkes mülkiyet hakkına sahip olup, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir ve mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Anayasa’nın 35inci maddesinde düzenlenen “Mülkiyet hakkı”, temel haklardan biri olup, Anayasa’nın 13üncü maddesi uyarınca, bu hakkın özüne dokunulamaz; Anayasa’nın 35inci maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir⁴⁵. Devlet veya kamu tüzel kişilerinin mülkiyet hakkına elkoyması veya elatabilmesi ancak değer karşılığının peşin ödenmesi suretiyle mümkündür (Anayasa, m.46-47)⁴⁶. Yukarıda, payın itfası ile ilgili olarak değindiğimiz üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun birçok maddesinde payın karşılığının ödenmesi suretiyle devralınması ve itfa edilmesi düzenlenmiş bulunmaktadır. Birleşme halinde ödenecek ayrılma akçesi (TTK m. 141), hakim şirketin, bağlı şirketin pay sahiplerinin paylarını satın alması (TTK m.202, 208) ve haklı sebeple anonim şirketin feshinin talep edilmesi halinde mahkemenin fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip ortaklıktan çıkarılmalarına karar verilmesi (TTK m.531) örnek gösterilebilir.

Pay senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşu’na zamanında teslim etmeyen kişilerin mali haklarının karşılanması düşünüldüğü takdirde, hangi değer⁴⁷ esas alınması gerektiği; pay senetlerinin nominal (itibari) değerlerinin mi, borsa rayicinin mi yoksa gerçek değerlerinin mi ödenmesi konusunda bir tespit yapılması gerekir. Burada, söz konusu kişilerin pay senetlerini zamanında teslim etmeme konusunda ihmalleri bulunmakla birlikte, özü itibarıyla ortadan kaldırılan bir ayni hak bulunduğundan, 31.12.2012 tarihinden itibaren alacak hakkına dönüşen gerçek değer esas alınması uygun görünmektedir.

Merkezi Kayıt Kuruluşu, kaydi sistemin beraberinde birçok yeni müesseseyi getirmesinin yanında pay üzerinde tesis edilecek ayni hakların da hukuki niteliğini değiştirdiğini ifade etmektedir⁴⁸. Merkezi Kayıt Kuruluşu bu değişiklik hakkında herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Fiziki senet

⁴⁴ Mülkiyet hakkı hakkında ayrıntılı açıklama için bk. ERTAŞ, 205 vd.

⁴⁵ Anayasa’nın 13üncü maddesi hakkında bk. İZGİ/GÖREN, 180-201.

⁴⁶ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 355.

⁴⁷ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 601 (kn.1185).

⁴⁸ <http://www.mkk.com.tr/wps/portal/MKK/Hakkimizda/MKKKKimdir> (Erişim tarihi: 11.04.2013)

mevcut olmadığından senet (kâğıt) üzerindeki aynı hak yönünden değişiklik olmasına rağmen payın içerdiği aynı haklar bakımından herhangi bir değişiklik olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

KAYDİLEŞTİRİLMESİ GEREKEN PAY SENETLERİNİ MERKEZİ KAYIT KURULUŞUNA TESLİM ETMEYEN KİŞİLERİN HUKUKİ DURUMU

Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine karar verme yetkisi Sermaye Piyasası Kurulu'na ait bulunmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu yetkiye dayanarak, pay senetlerinin kaydileştirilmesi konusundaki kararı üzerine pay senetlerinin kaydileştirilmesi süreci başlamıştır.

Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ile ilgili düzenlemeler⁴⁹, ilk olarak '*Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname*' (KHK/558)⁵⁰ ile başlamış, Seri: IV, No:22 "*Sermaye piyasası Araçlarının Kaydi Değer Haline Getirilmesine İlişkin Esaslar Tebliği*" ile kaydileştirilecek haklar ve sistemin işleyişi düzenlenmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun çıkardığı '*Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ*' (Seri:IV, No:28), '*Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ*' (Seri: IV, No:34)⁵¹ ve '*Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (Seri:IV, No: 28)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ*' (Seri:IV, No: 62)⁵² gibi tebliğlerle sistem düzenlenmeye çalışılmıştır. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4487 sayılı Kanun'un 1inci maddesi ile eklenen 10/A maddesi ile sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine yasal bir dayanak getirilmiştir⁵³.

⁴⁹ Türk Hukukunda Kaydi Sisteme İlişkin Düzenleme hakkında bk. ÇONKAR, 146-147.

⁵⁰ 585 sayılı KHK için bk. Resmi Gazete, Tarih: 27.06.1995, Sayı:22326.

⁵¹ Resmi Gazete: Tarih: 22 Aralık 2002, Sayı: 24971.

⁵² Resmi Gazete: Tarih: 13 Aralık 2012, Sayı:28496.

⁵³ 15.12.1999 tarihinde kabul edilen "*Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması İle Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair*" 4487 sayılı Kanun 18.12.1999 tarihli ve 23910 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.4487 sayılı Kanun'un 1inci maddesi ile eklenen2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesi şöyledir: "*Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi*

Madde 10/A – (Ek: 15/12/1999 – 4487/1 md.)

Sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklar; özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenir. Bu Kuruluş, Kurulun gözetim ve denetimi

21 Mart 2005 tarihinde başlaması planlanan basılı pay senetlerinin kaydı dönüşüm işlemleri teknik nedenlerle ertelenmiştir. 28 Kasım 2005 tarihinde Takasbank'ta Müşteri İsmine Saklama Sisteminde fiziken saklanmakta olan tüm pay senetleri iptal edilerek, bu hesap kayıtları MKK tarafından devralınarak pay senetleri artık sadece MKK 'da kayden hak sahibi bazında izlenmek suretiyle kaydi sisteme geçilmiştir⁵⁴. Tebliğ Seri: IV, No:28'de, MKK nezdinde tutulacak hesapların ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hesap temsilcileri itibarıyla açılması hükme bağlanmış iken (m.6, f.1), Seri:IV, No:34 Tebliğinde, MKK nezdinde tutulacak hesapların ihraççılar, aracı kuruluşlar, yetkili takas ve saklama kuruluşları ve Kurul tarafından belirlenen diğer kuruluşlar itibarıyla açılacağı belirtilmiştir (m.3). Seri: IV, No: 62 Tebliği ile, Seri: IV, No: 28 Tebliği'nin 6ncı maddesine ekleme yapılarak, yabancı merkezi saklama kuruluşlarının MKK nezdinde açtıracakları hesapların yatırımcı bazında izlenmeyebileceği ifade edilmiştir⁵⁵.

altındadır. Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir.

Kayıtlar, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibarıyla tutulur. Kayıt edilen haklar bu Kanunun 7 nci maddesi uyarınca senede bağlanmaz. Sermaye piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı hesaplarda kayıt esasları ile kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslar Kurulca bir tebliğ ile belirlenir.

Kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılan bildirim tarihi esas alınır.

Kurul bu madde kapsamında kaydı tutulacak hakları, bu hakların bağlı olduğu sermaye piyasası araçlarını, türleri ve ihraççıları itibarıyla belirleyebilir.

Payların devrinin, Türk Ticaret Kanununun 417 nci maddesi çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibarıyla tutulan kayıtlar esas alınır.

Merkezi Kayıt Kuruluşu, ihraççılar ve aracı kuruluşlar, kendi tuttukları kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumludur.

Merkezi Kayıt Kuruluşunun personeli hakkında, Kanunun 25 inci maddesi hükmü uygulanır."

⁵⁴ <https://www.mkk.com.tr/wps/portal/mkkFooterTR/SikcaSorulanSorular>

⁵⁵ Seri:IV, No:62 ile getirilen hükmüyle ilgili açıklamaya göre; Tebliğde gerçekleştirilen söz konusu değişiklikle, yabancı merkezi saklama kuruluşlarının Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş.'de (MKK) açtıracakları hesapların hak sahibi bazında izlenmeyebileceğine ilişkin düzenlemeye gidilmiştir. Sermaye piyasalarında son dönemde yaşanan olumlu gelişmeler ve İstanbul Finans Merkezi projesi kapsamında yürütülen çalışmalar neticesinde, özellikle yurt dışında yerleşik yatırımcıların ülkemiz sermaye piyasalarına olan mevcut ilgisinin giderek arttığı görülmektedir. Bu ilginin sonucunda, yurt dışında yerleşik MKK muadili kuruluşların, MKK nezdinde hesap açılabilmesi yönündeki talepleri de paralel olarak artmaktadır. Diğer ülkelerde, ülkemizde yatırımcıların korunması anlamında en önemli araçlardan birisi olan menkul kıymetlerin yatırımcı bazında ayrı hesaplarda izlenmesi sisteminin henüz oluşturulama-

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Geçici 6'ncı maddesiyle ilişkili olarak 13.02.2011 tarihli 6111 sayılı Yasa⁵⁶'nın 157'nci maddesi ile değiştirilen üçüncü fıkrası ve eklenen dördüncü fıkra⁵⁷ uyarınca, her bir sermaye piyasası aracı için Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlemenin başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları pay senedi ise, ihraççıya kanunen intikal eder. Bu durumda paydan doğmuş olan haklar, pay senetlerinin ihraççıya intikali tarihinde kendiliğinden sona ermiş sayılır. Söz konusu payların satışı, ihraççılarca üç ay içerisinde yapılır. Teslim edilmeyen diğer sermaye piyasası araçlarından doğan alacaklar, bu tarihte zamanaşımına uğrar. Benzer bir hüküm 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun “*Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi*” başlıklı 13üncü maddesinin 4üncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre;

“Kaydileştirilmesine karar verilen sermaye piyasası araçlarının Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde teslimi zorunludur. Teslim edilen sermaye piyasası araçları kendiliğinden hükümsüz hâle gelir. Teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları ise kaydileştirilme kararından sonra borsada işlem göremez, aracı kurumlarca bu sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık edilemez ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz.

ması nedeniyle, kimi uygulamalarda hesap yapısı uyumsuzlukları ortaya çıkmaktadır. Bugünkü Resmi Gazete’de yayımlanan Tebliğ değişikliği ile sadece yabancı merkezi saklama kuruluşları ile sınırlı olmak üzere, açılacak hesapların MKK nezdinde müşteri bazında izlenmesi uygulamasına istisna getirilmektedir. İlgili yurtdışında yerleşik saklama kuruluşunun bu yönde yapacağı başvurular, Kurulumuzca karşılıklılık, ilgili ülkelerdeki sermaye piyasalarının gelişmişliği ve özellikle bilgi, belge temini konusunda yapılacak değerlendirmeler sonucunda karara bağlanarak, uygun görülmesi halinde, yatırımcı bazında hesap açılması uygulamasına istisna tanınması söz konusu olabilecektir.’

⁵⁶ 6111 sayılı “*Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” 13.02.2011 tarihinde kabul edilmiş, 25.02.2011 tarihli ve 27857 (1. Mük.) sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

⁵⁷ 6111 sayılı Kanun’un 157nci maddesi şöyledir: “*İkinci fıkrada belirlenen sürenin sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları, bu tarihten sonra borsada işlem göremez, aracı kurumlarca alım satımına aracılık edilemez ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz. Teslim edilerek kayden izlenmesine başlanmış olan sermaye piyasası araçlarını temsil eden senetler merasime gerek kalmaksızın hükümsüz hale gelir ve imha edilir.*

Her bir sermaye piyasası aracı için Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlemenin başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları hisse senedi ise, ihraççıya kanunen intikal eder. Bu durumda paydan doğmuş olan haklar, hisse senetlerinin ihraççıya intikal tarihinde kendiliğinden sona ermiş sayılır. Söz konusu payların satışı, ihraççılarca üç ay içerisinde yapılır. Teslim edilmeyen diğer sermaye piyasası araçlarından doğan alacaklar, bu tarihte zamanaşımına uğrar.”

Kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları YTM'ye intikal eder. Bunların üzerindeki sınırlı aynı haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır. Bunlar YTM'nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılır.” Aralarındaki benzerlik nedeniyle 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Geçici 6ncı maddesi ile benzerlik arzeden 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 13üncü maddesinin 4üncü fıkrasının birarada değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun “Diğer Geçiş Hükümleri” başlığını haiz Geçici 8inci maddesinin 2nci fıkrasına göre; “Bu Kanunun yayımı tarihinden önce kaydileştirilen ve teslim edilen sermaye piyasası araçları ile kaydileştirme kararının alınmasına rağmen henüz teslim edilmemiş sermaye piyasası araçları hakkında 13 üncü maddenin dördüncü fıkrası hükmü uygulanır.”

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Geçici 6ncı maddesinin 4üncü fıkrasında, her bir sermaye piyasası aracı için Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlemenin başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları pay senedi ise, ihraççıya kanunen intikal edeceği, bu durumda paydan doğmuş olan hakların, pay senetlerinin ihraççıya intikal ettiği tarihte kendiliğinden sona ermiş sayılacağı, söz konusu payların satışının, ihraççılarca üç ay içerisinde yapılacağı, teslim edilmeyen diğer sermaye piyasası araçlarından doğan alacakların ise bu tarihte zamanaşımına uğrayacağı belirtilmek suretiyle sermaye piyasası araçlarından olan pay senetleri ile diğer sermaye piyasası araçları arasında farklılık yaratılarak, pay senetleri bakımından, pay senetlerinin içerdiği hakların belirtilen sürede ihraççıya kanunen intikal edeceği belirtilerek, bir “hak düşürücü süre”, diğer sermaye piyasası araçlarından; örneğin tahvilden doğan alacaklar için ise “zamanaşımı” getirilmiştir. Böylece, pay senetleri yönünden belirlenen sürenin sonunda hakkın ortadan kalkması esası benimsenmiştir. Bu durumda, “Paydan doğmuş olan hakların sona ermesi” mümkün müdür ? Pay senetlerinin bildirici/açıklayıcı nitelikte kıymetli evrak olmaları gerçeği karşısında, kanunen ihraççıya intikal eden pay senedinin içerdiği ortaklık haklarının da ortadan kalktığı kabul edilebilir mi? Ortaklık haklarından yoksun bırakılan pay sahiplerine paylarının karşılığı olarak bir bedel ödenmesi gerekmez mi? sorularının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Ticaret Şirketleri” ile ilgili İkinci Kitabı, “Kıymetli Evrak”’a ilişkin Üçüncü Kitabı hükümleri ve genel hükümler çerçevesinde cevaplandırılması önem taşımaktadır.

Belirlenen sürenin sonunda, pay senetlerinin yasal olarak ihraççıya intikal ettiği tarihte, paydan doğan haklar kendiliğinden sona ermiş sayılıyorsa,

bu payların ihraççılar tarafından üç ay içerisinde satışı nasıl mümkün olacaktır? Ortaklık hakları sona eren; bu hakları içermeyen bir paydan sözedilemeyeceği gibi böyle bir payın satışından da söz etmek mümkün değildir.

Pay senetleri, yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, bir anonim ortaklığa ortak olunduğunu gösteren, bildirici/açıklayıcı nitelikte kıymetli evrak ve menkul kıymetlerdendir. Aynı zamanda sermaye piyasası araçlarından olan pay senetleri, kambiyo senetleri (police, bono, çek) gibi hakkın senedin düzenlenmesi ile birlikte doğduğu; kurucu nitelikte kıymetli evraklardan değildir. Pay senetlerinin, bildirici/açıklayıcı nitelikte kıymetli evrak niteliğini taşıması, pay senedinin içerdiği kâr payı alma hakkı gibi mali nitelikte ve oy kullanma hakkı gibi mali nitelikte olmayan hakları ifade eden ortaklık haklarının pay senedinin ihracından önce varolmasını ifade eder. Anonim ortaklığın kuruluşunda(TTK. m.335), o anonim ortaklığın kaç payının bulunduğu ve kurucu ortakları bellidir. Anonim ortaklığın esas sözleşmesi, paya ilişkin kapsamlı hükümleri içerir (TTK m.339-340). Ön anonim ortaklık olarak ortaya çıkan elbirliği ortaklığı, anonim ortaklığın Ticaret Siciline tescili ile tasfiyesiz sona erer, anonim ortaklık tüzel kişilik kazanır (TTK m.355)⁵⁸. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 486’ncı maddesinde, ortaklığın tescilinden önce çıkarılan pay senetlerinin geçersiz olduğu açıkça ifade edilmekte olup, bu hükümden ortaklık haklarının, anonim ortaklığın tescili ile doğduğu ve pay senetlerinin, ortaklık haklarını bildirici/açıklayıcı senetler olduğu tespitini yapmak mümkündür. Yine 488’inci madde uyarınca, pay senedi yıpranmış olan bir ortağın, anonim ortaklıktan kendisine yeni pay senetlerinin verilmesini isteme hakkı vardır. Türk Ticaret Kanunu’nun 329’uncu maddesindeki anonim ortaklık tanımında da görüldüğü üzere; anonim ortaklık, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan ortaklıktır. Türk Ticaret Kanunu’nun daha birçok hükmü, pay senetlerinin, anonim ortaklıklardaki ortaklık haklarını temsil eden senetler olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Asıl olan paydan/hisseden doğan ortaklık hakkıdır; pay senedine bağlanan hak; ortaklık hakkıdır. Bu durumda, pay senedinin ihraççıya intikal etmesinin, payın/hissenin ve ortaklık haklarının sona ermesi sonucunu doğurmayacağı gerçeğinden hareketle, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Geçici 6ncı maddesine eklenen dördüncü fıkrada geçen ve açıkça paydan doğmuş hakları işaret eden; “...*Bu durumda paydan doğmuş olan haklar, hisse senetlerinin ihraççıya intikal tarihinde kendiliğinden sona ermiş sayılır...*” ifadesinin yerinde olmadığı sonucuna varılmaktadır.

⁵⁸ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar, 252-253 (kn.497).

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Geçici 6ncı maddesinin dördüncü fıkrasında “*paydan doğmuş olan hakların*” kendiliğinden sona ermiş sayılacağı belirtilmekte iken, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun m.13 (4) hükmünde; kayden izlenmeye başlayan sermaye piyasası araçları üzerindeki “*sınırlı ayni haklar*”ın kendiliğinden sona ermiş sayılacağı ifade edilmektedir. ÇONKAR, “...*kaydi payın maliki, aynı paya ilişkin Merkez dışında birden çok devir gerçekleştirmişse, bu paylara ilişkin mülkiyet hakkının ve buna bağlı olarak pay sahipliği sıfatının ileri sürülmesinde, hangi devir Merkeze daha önce bildirilmişse, o devre göre hak sahibi olan kimse öncelik kazanacaktır.*” demek suretiyle pay sahibinin aynı bir hakkın sahibi olduğunu açıkça vurgulamaktadır⁵⁹. Aynı haklar; mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar olarak gruplandırılmaktadır⁶⁰. Sınırlı ayni haklar; sahibine mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin; ki bunlar;

- Malı kullanma (Usus)
- Maldan yararlanma, ürünlendirme (semerelendirme-fructus),
- Malda tasarruf etme yani, malı başkasına temlik etme, mal

üzerinden başka sınırlı ayni haklar tesis etme, malı tahrip etme (Abusus) olup, bu yetkilerin tamamını değil de sadece bir veya birkaçını sağlayan haklardır⁶¹. Aynı haklara egemen olan ilkeler; mutlak olma, aleniyet, sınırlı sayı ve tipe bağlılık, muayyenlik, zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tabi olmama, başkasına devredilebilirlik, kıdeme öncelik ve mülkilik ilkeleridir⁶². “*TMK 683. (EMK 618) maddesinde, mülkiyet hakkı için sağlanan geniş hukuki koruma imkânı, diğer sınırlı ayni haklar için de geçerlidir.*”⁶³

Anayasa’nın “*Mülkiyet hakkı*”nı düzenleyen 35inci maddesine göre; “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*” “*Anayasamızın 35. Maddesinde yer alan “mülki,yet hakkı” ibaresinin, bütün ayni hakları kapsadığı kabul olunur.*”⁶⁴ Mülkiyet hakkı⁶⁵, 1961 Anayasası’ndan farklı olarak 1982 Anayasası’nda, ekonomik

⁵⁹ ÇONKAR, 155.

⁶⁰ Aynı hakların sınıflandırılması için bk. ERTAŞ, 13 (kn.55); 14-15 (kn.64).

⁶¹ ERTAŞ, 13 (kn.59).

⁶² Aynı haklara egemen olan ilkeler için bk. ERTAŞ, 15 (kn.65).

⁶³ ERTAŞ, 16 (kn.66, 1).

⁶⁴ ERTAŞ, 210 (kn.986).

⁶⁵ Anayasa’nın 35inci maddesinin Gerekçeleri, ilgili Anayasa Mahkemesi kararları ve Bilimsel Görüşler için bk. İZGİ/GÖREN, 370-392.

haklar arasında değil, kişi hakları arasında düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanması mümkündür. Mülkiyet hakkının tümüyle ortadan kaldırılması veya mülkiyet hakkının özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale gelmesine yolaçan sınırlamalar demokratik toplum düzeniyle uyumlu kabul edilemez. Mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin bu teminat Anayasa'nın 2nci ve 5inci maddeleri ile düzenlenen Hukuk Devleti ilkesinin bir gereğidir.

Pay senetlerinin belirli bir süre sonunda, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na teslim edilmemiş olması nedeniyle yasal olarak ihraççıya intikal etmesine ve ortaklık haklarının kendiliğinden sona ermesine ilişkin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Geçici 6ncı Maddesi hükmü, genel bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, ortaklık hakları pay senetlerine bağlanmamış ortaklar ile karşılaştırıldığında ortaklık hakları pay senetleriyle temsil edilenler aleyhine dengenin bozulmasına, anonim ortaklık pay sahiplerinin ortaklık hakları bakımından, Anayasa'da yer alan “Kanun önünde eşitlik ilkesi”ne (Anayasa m.10) aykırı bir durumun ortaya çıkmasına yolaçabilen bir hüküm olarak düşünülebilir. Nitekim, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre, anonim ortaklıkların paylarını kıymetli evrak niteliğinde pay senetlerine bağlaması zorunluluğu bulunmamaktaydı⁶⁶. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre, nama yazılı paylar bakımından, azlık istemde bulunmadıkça, pay senedi bastırma zorunluluğu bulunmamaktadır (TTK m.486 (3)). Hamiline yazılı paylar bakımından ise durum farklı olup; pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerinin pay sahiplerine dağıtılması esası benimsenmiştir (TTK m.486 (2)). Halka açık anonim ortaklıklarda, sermaye piyasası araçlarının; bu arada pay senetlerinin bastırılıp sahiplerine verilmesi zorunluluğu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 7nci maddesinin 4üncü fıkrasında, 29.04.1992 tarihli ve 3794 sayılı Kanun'un 6ncı maddesi ile yapılan değişiklikle getirilmiştir⁶⁷.

Pay sahiplerinin ortaklık haklarının kendiliğinden sona ermiş sayılmasına yol açan bu durum, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun amacını ve konusunu “... *tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek...*” olarak belirleyen 1'inci maddesi hükmü ile de uyumlu değildir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun “Amaç”la ilgili 1inci maddesi de benzer

⁶⁶ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 569 (kn.1095).

⁶⁷ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 569 (kn.1096).

ifadelerle; “*Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir.*”, Kanun’un ana amaçlarından birinin yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması olduğunu vurgulamaktadır. Görüldüğü üzere, önceden olduğu gibi bugün de, tasarruflarını, senede bağlanmış olsun olmasın paya yatırmış olan kişilerin ortaklık haklarının korunması bu Yasa’nın başlıca amacıdır. Bu Kanun’un kendi içinde çelişkiye sebebiyet veren ve Kanun’un temel amacına aykırı olan Geçici Madde 6’daki hükmün değiştirilmesi gerektiği önerilmişti, aynı şekilde, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 13üncü maddesinin 4üncü fıkrasının da değiştirilmesi uygun olacaktır.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na göre, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlemenin başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen pay senetleri kanunen ihraççıya intikal ederken, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na göre, Yatırımcı Tazmin Merkezi’ne (YTM)ye⁶⁸ (6362 sayılı SPK .m.3 (1); 83) intikal eder. Söz konusu payların satışının, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na göre, ihraççılar tarafından, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na göre, Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından üç ay içinde yapılacağı belirtilmektedir.

Yatırımcı Tazmin Merkezi’ni düzenleyen 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 83üncü maddesi uyarınca, yatırımcıların bu Kanundaki şartlar çerçevesinde tazmini amacıyla kamu tüzel kişiliğini haiz YTM kurulmuştur. YTM, Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelik çerçevesinde Kurul tarafından idare ve temsil olunur. YTM tarafından yürütülecek iş ve işlemlerin Kurul personeli ve bu iş için istihdam edilecek personel tarafından yerine getirilmesi esastır. Buna ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. Sözü edilen Yönetmelik henüz yürürlüğe girmemiştir.

83üncü maddenin gerekçesine göre, madde ile sermaye piyasasında işlem yapan yatırımcıların korunmasına yönelik kapsam genişletilerek pay senedi işlemlerinden doğan nakit ödeme ve pay senedi teslim yükümlülükleri yerine yatırım hizmet ve faaliyetinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülükleri kapsama dahil edilerek, sermaye piyasasında işlem yapan yatırımcıların daha güvenli bir ortamda işlem yapabilme olanağı sağlanmaya çalışılmıştır. Madde gerekçesi, pay senetlerini zamanında Merkezi Kayıt Kuruluşuna teslim etmeyenlerin de bu

⁶⁸ ‘Yatırımcıları Koruma Fonu’, ‘Yatırımcı Tazmin Merkezi’ olarak yeniden düzenlenmiştir (Gerekçe Madde 82).

kapsamda korunabileceğini düşündürmektedir. 84üncü maddenin “*Tazminin kapsamını, yatırımcılara ait olan ve yatırım hizmeti ve faaliyeti veya yan hizmetler ile bağlantılı olarak yatırım kuruluşu tarafından yatırımcı adına saklanan veya yönetilen nakit ödeme veya sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan talepler oluşturur.*” lafzından da aynı sonuca varılabilir. Bu durumda, “*Hak sahibi her bir yatırımcıya ödenecek azami tazmin tutarı yüz bin Türk Lirasıdır. Bu tutar her yıl ilan edilen yeniden değerlendirme katsayısı oranında artırılır. Kurulun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından toplam tazmin tutarı beşkatına kadar artırılabilir. Bu sınır, hesap sayısı, türü ve para birimine bakılmaksızın, bir yatırımcının aynı kuruluştan olan taleplerinin tümünü kapsar.*” (6362 sayılı SPK m.84 (5)). Yatırımcıların tazmini ile ilgili 82nci madde⁶⁹ ise yatırım kuruluşlarından söz ettiği için, pay senetlerini zamanında kaydileştirilmek üzere bir yatırım kuruluşuna teslim edenlerin bu kapsamda korunacağı kabul edilmelidir. Yatırım kuruluşları, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 3üncü maddesinin 1inci fıkrası (v) bendinde sayılanları kapsamaktadır. Şöyle ki; “v) Yatırım kuruluşu: Aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları,” ifade eder. Sermaye piyasası kurumları, aynı maddenin 1inci fıkrasının (t) bendine göre; “*Sermaye piyasası kurumları: 35 inci maddede sayılan kurumları,*” olarak belirlenmiş olup, bunlar da 35inci maddede; a) Yatırım kuruluşları, b) Kolektif yatırım kuruluşları, c) Sermaye piyasasında faaliyette bulunacak bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme kuruluşları, ç) Portföy yönetim şirketleri, d) İpotek finansmanı kuruluşları, e) Konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları, f) Varlık kiralama şirketleri, g) Merkezî takas kuruluşları, ğ) Merkezî saklama kuruluşları, h) Veri depolama kuruluşları,) Kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumları, olarak sıralanmış bulunmaktadır.

Avrupa Birliği’nde, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’muzda yer alan yatırımcıyı koruyan hükümlerin örnek alındığı mekanizmalar bulunmaktadır. ‘Yatırımcı-Tazmin Planları’ (ICSD)⁷⁰, ‘Yatırım Hizmetleri

⁶⁹ “*Yatırımcıların tazmini*

MADDE 82 –(1) Kurul, yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası faaliyetinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde yatırımcıları tazmin kararı alır. Bu karar, durumun tespitinden itibaren üç ay içinde alınır. Kurulun, bu Kanun kapsamındaki tedbir yetkileri saklıdır.”

⁷⁰ Directive 97/9/EC of the European Parliament and of the Council of 3 March 1997 on investor-compensation schemes (OJ L 84, 26.3.1997, p. 22).

Yönergesi'ni (ISD)⁷¹ tamamlamak üzere kabul edilmiştir. ISD'nin yerine 'Sermaye Piyasası Araçları Yönergesi' (MiFID)⁷² çıkarılmıştır. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin Yatırımcı-Tazmin Planları ile ilgili 3 Mart 1997 tarihli 97/9/EC Yönergesi'nin (ICSD) amacı, yatırımcı firmanın, tasfiyesi veya kusurlu davranışları sonucu müşterilerine ait paranın geri ödenmesi veya sermaye piyasası araçlarının geri verilmesindeki zafiyeti nedeniyle uğrayacakları kayıp riskine karşı yatırımcıları korumaktır. Yatırımcı, firmanın hatadan, ihmalden veya firmanın sistem veya kontrollerinden kaynaklanan kayıpları söz konusu olduğunda korunabilmektedir. Yatırımcının payları satın aldıktan sonra değerlerinin düşmesinde olduğu gibi yatırım riskleri ise bu kapsamda değildir⁷³. Komisyon, daha iyi bir düzenleme yapmak amacıyla, 12.07.2010 tarihinde 97/9/EC Yönergesi'ni değiştiren bir öneriyi kabul etmiştir⁷⁴.

SONUÇ

6111 sayılı Kanun'un 157nci maddesiyle değiştirilen ve ek yapılan; 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Geçici 6ncı maddesi hükmünün, eleştirilere rağmen, 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda benzer bir hükümle (6362 sayılı SPK m.13 (4)) tekrarlandığı görülmektedir.

Sermaye piyasası araçlarının; bu arada, pay senetlerinin kayıt altına alınması amacıyla yapılan düzenlemeler, sermaye piyasasını kayıt altına almayı, işlemlerin süratle ve güvenle yapılmasını sağlamayı hedeflemeleri bakımından olumlu karşılanırsa⁷⁵ da pay senetlerini zamanında Merkezi Kayıt Kuruluşuna teslim etmeyen kişilerin ortaklık haklarını, karşılıksız olarak yitirmelerine yol açtıkları için eleştirilmeye açıktırlar. Pay senetlerinin, sebebe bağlı, bildirici/açıklayıcı nitelikte senetler olması; payın, pay senedi ile değil, anonim ortaklığın veya sermaye artırımının tescili ile doğması, paydan doğmuş haklar kendiliğinden sona ermiş sayıldıktan sonra tekrar satışının yapılması eleştirilerin haklı dayanaklarını oluşturur.

⁷¹ Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field (OJ L 141,11.6.1993, p. 27-46).

⁷² Directive 2004/39/EC (OJ L 145, 30.4.2004, p. 1-44).

⁷³ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-319_en.htm?locale=en (Erişim tarihi: 12.04.2013)

⁷⁴ http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/isd/dir-97-9/proposal-modification_en.pdf (Erişim tarihi: 12.04.2013)

⁷⁵ Kaydi sistemin avantajları hakkında bk. <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=74&fn=74.pdf> (Erişim tarihi: 08.04.2013).

Bu durumda en azından paydan doğan hakların sona erdirilmesi esası yerine teslim edilmeyen payların, bu paylardan doğan mali hakların alacak hakkına dönüştüğü varsayılarak TBK. m.126, f.4'deki beş yıllık zamanaşımı süresi içinde anonim ortaklık kayıtlarında görünen kişiler adına özel bir hesapta izlenmesi ve gerçek hak sahiplerine bu süre içinde başvurmaları halinde haklarına kavuşma olanağının tanınması uygun bir çözüm yolu olabilirdi.

Kaydileştirme sürecini özen yükümlülüğüne uygun olarak yürütemeyen yöneticilerin hak kaybına uğrayan eski ortaklarına karşı sorumlu tutulmaları yoluna gidilebilir.

Söz konusu pay senedi sahiplerinin, kaydileştirilmek üzere pay senetlerini zamanında yatırım kuruluşuna teslim etmeleri halinde yatırımcıları tazmin esasları çerçevesinde korunmaları mümkündür. Merkezi Kayıt Kuruluşu ve üyelerinin, kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumlu oldukları 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır (6362 sayılı SPK m.81 (5)).

KAYNAKLAR

- AKDUMAN, Ebru,** Milletlerarası Özel Hukukta Hisse Devirleri, İstanbul 2010.
- ÇONKAR, M. Halil,** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatlanması, İstanbul 2009.
- DOMANİÇ, Hayri,** Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, İstanbul 1990.
- ERTAŞ, Şeref,** Eşya Hukuku, 9. Baskı, İzmir 2011.
- İMREGÜN, Oğuz,** Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Hükümler-Kambiyo Senetleri-Makbuz Senedi-Varant), İstanbul 1998.
- GÖKSOY, Y. Can,** Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001.
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol,** Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili-Mülkiyet-Sınırlı Ayni haklar, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:476, Ankara 1984.

- İZGİ, Ömer/GÖREN, Zafer**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Ankara 2002.
- KAYAR, İsmail**, Kıymetli Evrak Hukuku, 6102 Sayılı TTK'na Göre Yenilenmiş Altıncı Baskı, Ankara 2013.
- ÖZTAN, Fırat**, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 5941 Sayılı Çek Kanununun Yorumu İle Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul 2013.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Basım, İstanbul 2010.
- PULAŞLI, Hasan**, Kıymetli Evrak Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara 2009.
- SEVİ, Ali Murat**, Anonim Ortaklıkta Payın devri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012.
- ŞİMŞEK, Edip**, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara.
- TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.
- TURANBOY, Asuman**, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4487 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04-Turanboy.pdf>
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Aslan**, Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na, Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Güncellenmiş 7. Bası, İstanbul 2013.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat**, Menkul Kıymetler, Türk ve Amerika Birleşik devletleri Hukukunda Menkul Kıymetler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu: 226, Ankara 1988.
- YASAMAN, Hamdi**, MENKUL Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992.

BOŞ

SİGORTA HUKUKUNDA UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM SİSTEMİ

Mehmet ÖZDAMAR*

ÖZET

Bu makale sigorta hukukundaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim sisteminin incelenmesi amacıyla yazılmıştır. İşbu çalışma kapsamında sigorta tahkiminin ortaya çıkışı, özellikleri ve tahkim anlaşması ile usul ve esasları incelenecektir. Dahası konuya ilişkin yeni düzenlemeler ışığında tahkim müessesesinin avantaj ve dezavantajları değerlendirilecektir. Tahkim sayesinde sigortacılık alanında meydana gelen uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve güvenilir şekilde çözümlenmesi mümkündür. Tahkim usulünde hakemlerin ya da hakem heyetinin vermiş olduğu kararların çoğunun kesin olması ve diğer uyuşmazlıklar için örnek oluşturmaları da onun önemini arttırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta, Tahkim, Ombudsman, Hakem, Sigorta Acentesi.

ARBITRATION SYSTEM IN INSURANCE LAW REGARDING THE RESOLUTION OF DISPUTES

ABSTRACT

This article is written in order to explain of arbitration system which is used for settling disputes in insurance law. The emerge of arbitration in terms of insurance, its features and the arbitration agreement and its rules as well as procedures will be examined within the scope of the article. Moreover, advantages and disadvantages of arbitration are analyzed in the lights of new regulations on the subject. By the help of arbitration, disputes in insurance field can be settled in a short span of time and reliably. As most of the decisions of arbitrators or arbitration commission are unappealable and as they set examples for other disputes, the importance of arbitration increases.

Keywords: Insurance, Arbitration, Ombudsman, Arbitrator, Insurance Agent.

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Sigorta sözleşmeleri, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır (TBK m. 1; TTK 1401). Diğer sözleşmelerde olduğu gibi her iki tarafın istek ve arzusuna uygun bir sözleşme içeriğinin oluşturulmasına, sigorta sözleşmelerinde sıklıkla rastlanmamakta; bu tür sözleşmeler sık yapıldığından her bir sözleşmenin ayrı ayrı kaleme alınamamaktadır. Bu durumda sözleşmeler önceden hazırlanmakta ve bu şekilde kullanılmaktadır. Özellikle sigorta ettirenin maddi ve tecrübe bakımından zayıf olduğu sigorta sözleşmelerinden çok sayıda hukuki uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Türkiye’de yargılama süreci göz önüne alındığında, miktar bakımından küçük olan uyuşmazlıkların gerek maliyeti gerek yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle yargıya taşınmadığı gözlemlenmektedir. Bu durumda zaten sigorta şirketi karşısında zayıf konumda bulunan sigorta ettiren/sigortalının hakkını aramasının zorlaşması, sigorta sözleşmesinin tarafları arasındaki dengeyi daha da bozmaktadır.

Sigortacılık alanında, sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirenin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları daha kolay çözebilmesi için alternatif çözüm yolları geliştirilmek istenmiştir. Sigorta ettirenin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların daha kolay çözüme imkânına sahip olması, sigorta sözleşmelerine ve sigorta kurumuna olan güveni artırmasının yanı sıra alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulaması genişleyerek mahkemelerin iş yükü azalacaktır.

Avrupa Birliği ve üye ülkelerin uzun süreden beri uyguladığı alternatif çözüm yolları sigortacılık uygulamasına oldukça geç bir dönemde girmiştir. Özellikle mehz Alman ve İsviçre uygulamasında bankacılık ve sigortacılık alanlarında kullanılmaya başlanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan “*ombudsmanlık*”, benzer bir şekilde Türk hukukuna da alınmıştır. İlk olan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu¹ ile Türk hukukuna giren sigorta tahkim sistemi, aradan geçen yaklaşık dört yıllık dönemde başarı ile uygulanmaya devam etmektedir. Sigortacılığın yanı sıra bankacılık ve sermaye piyasası alanında da özellikle tüketicinin korunabilmesi amacıyla küçük çaplı uyuşmazlıkların, benzer yöntemlerle çözülmesi imkânı getirilmiştir.

Mezkûr çalışmada, kurumun ortaya çıkış sebepleri ile uygulamanın özellikleri ve hukuki sonuçları incelenmeye çalışılmıştır. Söz konusu uygulama sayesinde uyuşmazlıkları adli yargının uzun ve ağdalı çözüm

¹ RG. 14.06.2007 tarih, 26552 sayı.

yöntemi yerine, çok daha kısa sürede ve çok daha ucuza çözümlenmesi imkânı ortaya çıkmıştır. Uygulamanın merkezinde sigorta tahkim komisyonu yer almakta ve komisyon bünyesinde çalışan sigortacılık alanında uzman ve gerektiği şekilde seçilmiş hakemler sayesinde sigorta ettirene ve sigortalıya adil ve hızlı bir çözüm sunulmaktadır.

I.SİGORTA TAHKİMİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Tahkim, mahkemeler dışında uyuşmazlıkların çözümü için geliştirilen alternatif bir yöntemdir. Çeşitli saikler neticesinde ortaya çıkan tahkim, taraflar arasında özel hukuk ilişkilerinden dolayı doğmuş veya ileride doğacak olan belli hukuki uyuşmazlıkların adli mahkemeler dışında, uyuşmazlığın taraflarınca seçilen bağımsız ve tarafsız hakemler tarafından çözümlenerek karara bağlanması işlemine verilen isimdir².

Tahkim uygulamasının çeşitli türleri bulunmaktadır: Bunlar arasında özellikle iç tahkim ve milletlerarası tahkim; ihtiyari ve mecburi tahkim ayrımları sayılabilir. Ülke içerisindeki hukuki sorunların yine yerel kurallar dikkate alınarak çözümlenmesi esasına bağlı olan iç tahkime karşın, uluslararası meselelerin çözümüne yönelik olan tesis edilen milletlerarası tahkim uygulaması da oldukça geniş bir çerçevede devam etmektedir. Ülkemizde iç tahkim müessesesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK)³; buna karşılık uluslararası ilişkiler bağlamında söz konusu olan milletlerarası tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK)⁴ tanzim edilmiştir.

Türk hukukunda 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'dan önce yürürlükte bulunan usul kanununda tahkime ilişkin hükümler oldukça eskimiş ve günümüzün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak kalmıştı. Oysa HMK'da ise hem modern bir kanun hüviyetini haiz MTK hükümleri hem de mehz hukuklarda meydana gelen gelişmeler dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır.

İç tahkim uygulamasında temel özellik, tahkimin ihtiyari olmasıdır. İstisnai durumlar⁵ dışında, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı Hukuk Usulü

² **Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1669; **Ulusoy, E.:** "Finans Hukukunda Tahkim", II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu, 14.02.2009, s. 203-204.

³ RG. 04.02.2011 tarih, 27836 sayı.

⁴ RG. 05.07.2001 tarih, 24453 sayı.

⁵ Ülkemizde hukuk usulüne ilişkin eski ve yeni genel kanunlar (HUMK ve HMK) ihtiyari tahkim yöntemi benimsediklerinden, zorunlu tahkim sistemi ancak özel kanunlarda yer almıştır. Buna göre, 3533 sayılı Kanunda yer alan kamu kurumları arasındaki uyuşmazlıklar; 4077

Muhakemeleri Kanunu (HUMK)⁶ ve şu anda ülkemizde yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu, tahkim sistemini ihtiyari olarak öngörmüştür. Böylece Anayasa'daki devlet yargısının alternatifi tahkim sistemine başvurularak uyuşmazlıkların çözümü sağlanabilecektir.

Sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki özel hukuk sigortası ilişkisi, sadece sözleşme ile kurulabilir. Bundan dolayı uygulamada çok sayıda sigorta sözleşmesi ve buna bağlı olarak hukuki uyuşmazlık bulunmaktadır. Ülkemizde sigortacılık alanına özel ihtisas mahkemelerinin bulunmaması ve uyuşmazlıkların adliye mahkemelerinde oldukça uzun sürelerde çözümlenebilmesi sebebiyle sigorta ettiren ve sigortalıların haklarını elde etmeleri meşakkatli bir uğraşı gerektirmektedir. Diğer taraftan miktar olarak küçük bir zararını tazmin ettirmek isteyen sigortalının sigorta şirketleri karşısında hem de bilgi ve tecrübe bakımından zayıf olması hem uzayan yargı süreci sebebiyle sıkıntıya girdiği görülmektedir.

Bahse konu sıkıntıları aşabilmek amacıyla ülkemizde sigortacılık alanında da tahkim uygulamasına geçilmesine karar verilmiş;⁷ 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun⁸ 30'uncu maddesi ile “*sigortacılıkta tahkim müessesesi*” pozitif hukukumuzda girmiştir. Kanunun 30'uncu maddesine dayanılarak Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan “*Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik*”⁹ ile de tahkim sistemine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Hazine Müsteşarlığı bunlara ilaveten, sigorta tahkimine ve hakemlere ilişkin usul ve esasları düzenleyebilmek amacıyla “*Sigorta Tahkim Usulü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ*”¹⁰ çıkarmıştır. Sigorta tahkimine ilişkin uygulamada meydana gelen bir takım aksaklıkların giderilmesine yönelik olarak kanunun 30'uncu maddesinde, 6327 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹¹ ile bir takım değişiklikler yapılmıştır.

sayılı Kanunda yer alan uyuşmazlıklar ve 2822 sayılı Kanunun 52'nci maddesinde yer alan Grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerlerdeki uyuşmazlıklarda tahkime başvurarak sorunu çözmek zorunludur.

⁶ RG. 02.07.1927 tarih, 622-624 sayı.

⁷ Sigorta tahkimine ilişkin 30'uncu madde düzenlemesinin gerekçesine bakıldığında, tahkim sistemine geçilmesinin sebepleri ayrıntılı olarak izah edildiği görülmektedir. Özellikle sigortacılığa ilişkin yargılamanın uzun sürmesi ve masraflı olması, sürecin sonunda sigortadan beklenen faydayı sağlamadığı ifade edilmiştir. Bundan dolayı sigortacılık sektörüne duyulan güvenin azaldığı belirtilmiştir.

⁸ RG. 14.06.2007 tarih, 26552 sayı.

⁹ RG. 17.08.2007 tarih, 26616 sayı.

¹⁰ RG. 21.01.2009 tarih, 27117 sayı.

¹¹ RG. 29.06.2012 tarih, 28338 sayı.

Sigortacılık Kanununun 30'uncu maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, sigortacılığa ilişkin yargı sürecini daha ucuz ve daha kısa sürede sonuçlandırabilmek amacıyla tesis edilen sigorta tahkim sisteminin ihdas edilmesi esnasında, esas itibarıyla mehz ulke hukuklarında uzun süreden beri uygulanmakta olan “*ombudsmanlık*”¹² sisteminden esinlenilmiştir¹³. Türk hukukunda *ombudsman* kavramı kamu hukukuna, birey ile devlet arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak anlaşıldığından, özel hukukta aynı kavram kullanılmamıştır. Buna karşılık mehz ulke hukuklarında benzer işleve sahip olan müesseseler bakımından *ombudsman* kavramı kullanılmaya devam etmektedir¹⁴.

Ülkemizde uzun süreden beri tartışılmasına rağmen, oldukça yeni bir tarihte 6328 sayılı Kanun¹⁵ ile kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu, idare ile bireyler arasında yaşanan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir kurum olarak faaliyet gösterecektir. Böylece toplumda yaşayan bireylerin, idari faaliyetlerden zarar görmeleri halinde dava açmak yerine bu yöntemi seçmeleri mümkün hale gelmiştir. Söz konusu Kurumu, tüzel kişiliği haiz özel bütçeli ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulmuştur. Kurumun bünyesinde bir baş denetçi ile beş denetçi bulunmaktadır (6328 s.K. m. 4).

Görüldüğü üzere ombudsmanlık müessesesi kamu denetçisi olarak yeni bir tarihte uygulamaya konulmasına karşın; bunun özel hukuktaki yansıması ise ilk olarak sigortacılık alanında karşımıza çıkmıştır. Sigortacılık Kanunu ile özel hukuk *ombudsmanlığı* asıl ortaya çıktığı kamu alanından önce, Türk hukukunda düzenlenmiştir. Makalemizin konusunu sigortacılık alanında tahkim oluşturduğundan, aşağıdaki buna ilişkin düzenlemeler mehz ulke hukuklarındaki uygulamalar ile mukayese edilerek ele alınmıştır.

¹² *Ombudsmanın* karşılığı olarak ülkemizde “*kamu denetçisi*” kavramı kullanılmaktadır.

¹³ Madde gerekçesinde konu şu şekilde ifade edilmiştir: “*Uluslararası uygulamalar incelendiğinde, yapıları farklılık arz etse de birçok ülkede sigortacılık alanında ombudsman müessesesinin var olduğu görülmektedir. Madde ile getirilmek istenilen tahkim sistemi ile sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası uygulamalarda var olan “Ombudsman Sistemi” nin işleyişi esas alınmış, ülkemizdeki hukuk sistemi ile paralellik sağlanmasını teminen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde sistem şekillendirilmiştir*”.

¹⁴ Kavramın ortaya çıkışı ve gelişme süreci hakkında bkz. **von Hippel, T.:** Der Ombudsmann im Bank und Versicherungswesen, Hamburg 2000, s. 3 vd.; **Wild, E.:** Der Ombudsmann in Deutschland, Würzburg 1970, s. 15 vd.; **Özdamar, M.:** “Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı”, BATİDER, C. XXIV, S. 3, s. 309 vd.

¹⁵ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, RG. 29.06.2012 tarih, 28338 sayı.

II. SİGORTA TAHKİMİNİN FAYDALARI VE SAKINCALARI

Özel hukuk alanında ülkemizde uygulanmaya başlanan tahkim sistemi ilk olarak bankacılık, sigortacılık ve sermaye piyasalarında görülmeye başlanmıştır¹⁶. Özellikle mahkemelerin iş yükünü azaltmak, uyuşmazlık taraflarına daha çabuk daha az maliyetli çözüm imkânı sunduğu için tahkim yöntemi savunulmuştur. Bununla birlikte faydalarına nazaran sınırlı da olsa tahkim sisteminin sakıncaları da bulunmaktadır. Aşağıda mezkûr hususlar ayrı alt başlıklar halinde ele alınmaya çalışılmıştır.

A. Tahkimin Faydaları

Tahkimi cazip kılan ve oldukça fazla sayıda bulunan faydalardan aşağıda kısaca bahsedilmiştir.

➤ **Tahkim Yargılama süresinin kısa olması:** Genel mahkemelerde iş yükünün ağır olması ve ayrı bir uzmanlığın bulunmaması sebebiyle uzun bir yargılama süreci gerekmesine karşın, tahkim sistemi kendi özellikleri sebebiyle çok daha kısa sürede sonuçlanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununda tahkime ilişkin azami süre, istisnai hallerde uzatılabilmesine karşın, bir yıl olarak tespit edilmiştir (m. 427). Bununla birlikte sigorta tahkimini düzenleyen Sigortacılık Kanununda, tahkim yargılamasının en fazla dört ay sürebileceği belirtilerek yargılama için azami süre de öngörülmüştür (m. 30/16).

➤ **Maliyetin düşük olması:** Tahkim yönteminde her zaman maliyetin düşük olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁷. Çünkü genel mahkemelerden farklı olarak hakemlerin her dosya için ayrı ücret almaları ve sürecin tamamen taraflarca finanse edilmesi, masrafların artmasına sebep olmaktadır. Bununla birlikte özellikle tüketicilerin korunmasına yönelik olarak ihdas edilen özel hukuk tahkim sistemlerinde, tarafların maliyeti oldukça düşüktür. Sadece sistemin kötüye kullanılmasının ve gereksiz başvuruların engellenmesi amacıyla düşük bir başvuru ücreti öngörülmüştür¹⁸.

➤ **Yargılama sürecinin uzmanlar tarafından yürütülmesi:** Tahkimin genel yapısında olduğu gibi sigorta tahkiminde de hakemler, konunun

¹⁶ Finans alanında tahkim sistemine genel bakış için bkz. **Ulusoy**, s. 203 vd.

¹⁷ **Dayımlarlı, K.:** HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, s. 54; **Ulusoy**, s. 211.

¹⁸ Sigorta tahkiminde olduğu gibi özel hukuk ombudsmanlığında da başvuru ücretlerinin oldukça düşük olması ve yargılama esnasında avukat zorunluluğunun ve ihtiyacının bulunmaması sebebiyle avukatların iş ve gelir kaybına uğramaları muhtemeldir. Konuyla ilgili olarak bkz. **Jaunering, S.:** "Die Zuständigkeit des Versicherungsombudsmann sollte erweitert werden", Versicherungswirtschaft 2003, s. 998-999.

uzmanı kişiler arasından seçilmektedir. Böylece genel mahkemelerde hukuk nosyonu bulunmakla birlikte çok çeşitli uyuşmazlıklara bakmak zorunda kalan hâkimlere nazaran hakemler, daha spesifik alanlarda uzmanlaşmış olduklarından uyuşmazlığın çözümü kolaylaşmaktadır.

➤ **Hakem kararlarının kesin olması:** Hakem kararları kural olarak temyizi kabil kararlar olmakla birlikte, sigorta tahkiminde, hakem kararlarının 40.000TL'yi aşmayan kısmının temyiz edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. HMK'da 25.000 TL olarak belirlenen temyiz sınırı sigorta tahkiminde daha da yükseltilmiştir. Böylece müddeabih bakımından yüksek miktartlı uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, sigortacılık alanında genellikle mezkûr sınırın altındaki konularda tahkim yoluna başvurulduğundan, verilen hakem kararlarının kesin olduğunu söylemek mümkündür. Bu durum hem yargılama süresini kısaltmakta hem de zarar görenin bir an önce alacağını alabilmesine imkân sağlamaktadır.

B. Tahkimin Sakıncaları

Tahkim sisteminin sakıncaları faydalarına nazaran oldukça sınırlı sayıdadır. Sigorta tahkiminin sahip olduğu özellikler, var olan sakıncaların sayısının azalmasını da sağlamıştır. Bununla birlikte yine de genel mahkemelerin bazı özelliklerinden dolayı hakem yargılaması bazı sakıncaları bünyesinde ihtiva etmektedir¹⁹.

Bunlar arasında adli mahkemelerin sahip olduğu, tanığın veya belgelerin zorla getirilmesi, yabancı mahkemelerin istinabe edilmesi, resmi makamlardan yazılı belge talep edilmesi gibi yetkilere hakemler sahip değildir. Böyle hallerde hakem mahkemesinin adli mahkemelerden yardım istemesi mümkündür (HMK m. 411).

Tahkim yönteminde hakemlerin taraflarca seçilmesi ve ücretlerinin yine uyuşmazlık taraflarınca finanse edilmesi, hakemlerin kendilerini bağımsız bir hakem gibi değil de tarafların haklarını savunan temsilci gibi hissetmelerine yol açabileceği endişesini ortaya çıkarabilmektedir²⁰. Ancak söz konusu endişe, sigorta tahkiminde kendisine yer bulamaz. Zira aşağıda izah edileceği üzere, başvuru üzerine ele alınan uyuşmazlıkları çözmek üzere hakemler Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından seçilirler. Böylece hakem ile uyuşmazlık tarafları arasında bu yönde bir ilişkinin ortaya çıkması mümkün değildir.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ulusoy**, s. 212-214.

²⁰ **Ulusoy**, s. 212-213.

III. SİGORTA TAHKİMİNİN ÖZELLİKLERİ VE TAHKİM ANLAŞMASI

Tahkim esas itibarıyla uyuşmazlık taraflarının ihtiyarına bırakılmış bir çözüm yöntemidir. Bununla birlikte belli durumlarda kanun koyucu tahkimin zorunlu olduğunu düzenleyebilir. Bu açıdan bakıldığında tahkim, tarafların isteğine bırakılmışsa *ihtiyari*; aksi halde *zorunlu* tahkim şeklinde sınıflandırılabilir. *İhtiyari tahkim*, uyuşmazlık taraflarının adli mahkemelere başvurmak yerine aralarında anlaşarak uyuşmazlık çözümü için tahkime gitmeleri halinde söz konusu olmaktadır²¹. Buna karşılık özel kanuni düzenlemeler ile bir uyuşmazlığın mecburen tahkim yoluna tâbi kılınması halinde *zorunlu tahkimden* söz edilir²². Zorunlu tahkimin söz konusu olduğu hallerde, tarafların adli mahkemelere başvurma hakları kısıtlanmış olmaktadır. Her ne kadar yargıya başvurma hakkı Anayasa ile teminat altına alınmış olsa da; özel kanunlar ile yapılan düzenlemeler ile uyuşmazlığın daha çabuk ve ucuz şekilde çözümlenebilmesi için tahkim yöntemi zorunlu kılınmaktadır.

Sigortacılıktaki tahkim yöntemine bakıldığında, daha farklı bir durum ile karşılaşılmaktadır. Gerçekten Sigortacılık Kanunu ile yapılan düzenleme sonucunda zorunlu veya ihtiyari bir tahkim sistemi dışında, yeni bir usul ortaya çıkmıştır. Buna göre Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olmak istediğini bildiren sigorta şirketi, kendisiyle ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, tahkim usulünü önceden kabul etmiş olmaktadır. Bu durumda söz konusu sigorta şirketi ile uyuşmazlık yaşayan sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaat elde eden kişi arzu ettiği takdirde tahkim usulüne başvurabilecektir. Diğer bir ifade ile komisyona üye olan sigorta şirketinin sonradan ortaya çıkan uyuşmazlıkta tahkim usulüne itiraz etmesi mümkün olmamakla birlikte; uyuşmazlığın diğer tarafının sigorta tahkimi yerine adli mahkemelere başvurması imkânı muhafaza edilmiştir.

Sigorta tahkimi ile getirilen söz konusu usul, mehz ulke hukuklarında kullanılan özel hukuk ombudsmanlığı müessesesine oldukça benzemektedir. Benzer şekilde ombudsman sistemine üye olan sigorta şirketlerinin istisnalar²³

²¹ **Öztek, S.:** “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış” LEGAL Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009/2, s. 222-223.

²² **Ulusoy, s. 239; Öztek, 223.**

²³ Alman düzenlemesinde, Türk Hukukundaki Sigorta Tahkim Komisyonunun yerine Alman Sigortacılar Birliği tarafından kurulan “Sigorta Ombudsmanlığı Derneği” (*Versicherungsom-budsmann e.V.*) bulunmaktadır. Dernek tarafından çıkarılan bir düzenleme ile şikâyetin nasıl ve nereye yapılacağı, yargılama usulü ve karar verilmesi konuları hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemenin § 6/8 hükmünde, sigortacının ombudsmanın incelediği olayı örnek

dışında sonradan tahkim usulüne itiraz etme imkânları bulunmamaktadır. Böylece sigorta şirket sisteme dâhil olmakla birlikte uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini baştan kabul etmiş olmaktadır (SK m. 30).

Ülkemizdeki sigorta tahkim sisteminin zorunlu veya ihtiyari tahkim türlerinden birine dâhil olmadığı daha önce ifade edilmişti. Zira sigorta tahkimine ilişkin düzenleme, *ombudsmanlıkta* olduğu gibi, nevi şahsına münhasır bir özellik sergilemektedir.

Öğretide konuya ilişkin bir değerlendirme yapan *Öztek*, düzenlemenin oldukça ilginç olduğunu, sigorta şirketinin tahkim sistemine üye olmasının ardından artık münferit başvurular bakımından herhangi bir söz hakkının bulunmadığını, sigorta sözleşmesinde tahkime ilişkin özel bir hüküm bulunmasa dahi sigorta ettirenin tahkim başvurusu yapabileceğini, bu durumda tahkim anlaşmasının adeta uyuşmazlığın doğmasından sonra yapıldığını ve bunun sigorta ettirenin veya sigortadan menfaat sağlayanın iradesinden kaynaklandığını belirtmiştir²⁴.

Buna karşılık *Ulusoy*, benzer görüşleri serdettikten sonra sigorta tahkim sisteminin bir taraf için zorunlu diğer taraf için ihtiyari olması sebebiyle bunu en iyi ifade edecek olan terimin “*nispi zorunlu tahkim*” olduğunu ileri sürmüştür²⁵. Yazar ayrıca, söz konusu sistemin sadece sigorta tahkim sistemine üye olan sigorta şirketleri bakımından geçerli olduğunu, bunun dışında kalan şirketleri bağlamadığını belirtmiştir.

Konuyla ilgili ayrı bir çalışma yapan *Ulaş*, değişik bir bakış açısı ile sigorta tahkiminin ihtiyari bir tahkim yöntemi olduğunu belirtmiştir²⁶. Yazar sigorta şirketinin tahkim sistemine başvurmasının ihtiyari olmasından yola çıkarak, sigorta tahkiminin ihtiyari olduğu sonucuna varmıştır. Bunu destekler şekilde sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirenin ve sözleşmeden menfaat elde eden kişinin (sigortalı veya lehtar) tahkime başvurmalarının hiç bir aşamada zorunlu tutulmaması halini belirtmiştir. Ancak yazarın değerlendirmesinde sürecin ikinci kısmı, yani sigortacının tahkim sistemine üye olmasının ardından ortaya çıkan aşama yer almamıştır.

olay (*musterfall*) olduğunu iddia ederek konunun mahkemeler tarafından çözümlenmesini isteyebilme imkânı getirilmiştir. Böylece benzer çok sayıda uyuşmazlığa emsal teşkil edecek nitelikteki uyuşmazlık dosyalarına ilişkin ombudsmanın yetkisine itiraz edilebilmesi mümkündür, (Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Özdamar*, s. 322).

²⁴ Bkz. s. 222-223.

²⁵ Bkz. s. 240-241.

²⁶ *Ulaş, I.*: “Sigortacılıkta Tahkim”, *BATİDER*, 2007/4, s. 240.

Türk hukukuna Sigortacılık Kanunu ile giren tahkimin nevi şahsına münhasır bir sistem olduğunu öncelikle belirtmek gerekir. Gerçi yukarıda yapılan izahatlar ile sistemin mehzaz ülke hukuklarından alındığı ve bizim tahkim sistemimize yabancı olduğu ifade edilebilir. Öğretide görüş serdeden yazarların da haklı olarak belirttikleri gibi sigorta tahkimi klasik “*zorunlu-ihiyari*” tahkim sistemi içerisinde kendisine kolay bir yer bulamamaktadır. Ancak Sayın *Ulaş*’ın iddia ettiği gibi bu sistemi tamamen ihtiyari tahkim olarak nitelemek kanaatimizce çok mümkün değildir. Her ne kadar sigorta şirketlerinin sisteme girişleri zorunlu tutulmamış olsa da, sektördeki rekabetten dolayı hemen hemen tüm şirketlerin Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır²⁷. Dolayısıyla bu noktada sadece baştaki ihtiyarilik özelliği sebebiyle sistemin tamamını ihtiyari tahkim olarak nitelemek mümkün değildir. Sigorta tahkim sistemini Sayın *Ulusoy* gibi nispi zorunlu tahkim sistemi şeklinde ifade etmek yerine, karma tahkim sistemi kavramını kullanmak kanaatimizce daha doğrudur. Yukarıda da belirtildiği gibi sigorta şirketinin sisteme üye olmasının zorunlu olmaması ve üye olduktan sonra tahkim başvurularını reddedememesi, sistemin karma bir yapıya sahip olduğu izlenimini doğurmaktadır. Bundan dolayı sigorta tahkim sistemini *zorunlu, ihtiyari* veya *nispi* zorunlu gibi sıfatlar yerine *karma* olarak nitelendirmek daha uygun olacaktır.

Mezkûr başlık altında son olarak durulması gereken bir diğer husus ise *tahkim anlaşmasıdır*. Tahkim anlaşması HMK ve MTK hükümlerine göre, tahkime gidilebilmesinin temel şartıdır. Taraflar mevcut veya ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için bağımsız veya bir sözleşme içerisinde tahkim anlaşması yapabilirler. Ancak sigorta tahkiminde, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinde bu yönde bir anlaşma gerekli olmadığı gibi, sigorta ettirenin bu hakkından önceden feragat etmesi de geçerli değildir. Bu bağlamda sigorta tahkiminin kaynağının Sigortacılık Kanununun 30’uncu maddesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak tahkim anlaşması bakımından uyuşmazlığın çıkmasının ardından taraflar arasında kendiliğinden bir anlaşmanın meydana geldiği söylenebilir²⁸. Konuya Borçlar Hukuku

²⁷ Günümüzde Türk sigorta sektöründe toplam 52 hayat ve hayat dışı sigorta şirketi, Sigorta Tahkim Komisyonuna üyedir, (bkz. www.sigortatahkim.org/webdev/index.php?option=com), <03.03.2012>.

²⁸ Aynı yönde bkz. **Öztek**, s. 222. Alman hukukunda sigorta ombudsmanlığının temelinde ayrıntılı bir kanuni düzenleme olmadığından, tahkim anlaşması hususu ayrı tartışmalara sebep olmuştur. Ombudsmanın şikayet konusu uyuşmazlıkları çözme yetkisinin, başvuru anında kendiliğinden kurulan ayrı bir sözleşmeden (ombudsvertrag) kaynaklandığı savunulmaktadır, (Lorenz, E.: Der Versicherungsombudsmann – eine neue Institution im deutschen Ver-

açısından bakıldığında, sigorta şirketinin tahkim sistemine üye olmasının ardından tahkim anlaşmasına ilişkin aleni bir icapta bulunduğu varsayılabilir. Sigorta şirketi kendisiyle sözleşme ilişkisi içerisine giren herkese karşı bu icabının geçerli olduğu kabul edilebilir. Sigorta sözleşmesinin akdedilmesinin ardından, sigorta şirketi ile uyuşmazlık yaşayan sigorta ettirenin veya sözleşmeden menfaat elde edecek üçüncü kişinin Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurmasını kabul iradesi olarak nitelendirip kendiliğinden bir tahkim anlaşmasının kurulduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu anlaşmanın alelade tahkimden farklı olarak uyuşmazlık çıkmadan önce değil çıktıktan sonra yapıldığını belirtebiliriz. Böylece Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılan başvurunun ardından uyuşmazlığın çözümü için tayin edilen hakemin yargılama yetkisinin hem kanundan hem de taraflar arasında kendiliğinden kurulan tahkim anlaşmasından kaynakladığı söylenebilir.

IV. SİGORTA TAHKİM KURULU VE HAKEMLER

Sigorta tahkim sistemi, ülkemizde doğrudan Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğine bağlı olarak kurulan ve ayrı tüzel kişiliği bulunmayan Sigorta Tahkim Komisyonu bünyesinde işlemek üzere kurgulanmıştır (SK m. 30/1).

A. Komisyonun Yapısı

Sigorta tahkim komisyonu, komisyon başkanlığı ile komisyon müdür ve müdür yardımcıları, raportörler ile diğer çalışanlardan oluşur. Komisyon başkanlığı toplam beş üyeden oluşur ve merkezi İstanbul'dur (SK m. 30/2). Komisyon bir taraftan karar alma mekanizması ile gerekli olan işlemleri gerçekleştirmekte diğer taraftan ise müdür ve müdür yardımcıları eliyle yapılan başvurulmuş usulüne uygun şekilde değerlendirilmesini ve sonuçlanmasını sağlamaktadır.

Sigorta tahkim komisyonu,

- a) Müdür ve müdür yardımcılarını atamak.
- b) Birlikçe ayrı bir hesapta izlenecek olan Komisyonun bütçesini hazırlayarak Birliğe sunmak.
- c) Tahkim sisteminin adil, tarafsız ve etkin bir biçimde işleyişini sağlamak için gerekli önlemleri almak.
- ç) Komisyonun faaliyet sonuçları hakkında yıllık rapor hazırlayarak Birliğe ve Müsteşarlığa göndermek.

sicherungswesen", Versicherungsrecht 2004, s. 546; Özdamar, s. 316).

d) Bilgi işlem alt yapısını hazırlamak.

e) Kanunlarla kendisine verilen diğer görevleri yapmak, şeklinde sıralanabilecek olan görevleri ifa etmekle yükümlüdür. Komisyon bu bağlamda, tahkim sisteminin koordinasyonunu sağlamakla görevlendirilmiştir (SK m. 30/3).

B. Sigorta Hakemleri

Sigorta tahkim sisteminin hızlı ve etkin olmasını sağlayan en önemli unsurlardan birisi de görev yapan hakemlerin belirli özelliklere sahip olmasıdır. Hakemler özel olarak seçilip belirli bir eğitimden geçirilmekte ve ardından uyuşmazlıkların çözümünde aktif rol almaktadırlar. Hakemlerin sigortacılık alanında bilgi ve tecrübeye sahip olmaları temel olarak aranan özelliklerdendir.

Sigortacılık Kanununun 30'uncu maddesinin sekizinci fıkrasında belirtildiği üzere, sigorta hakemlerinin sigorta şirketi kurucularında mali güç dışında aranan diğer özelliklere sahip olmaları gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre sigorta hakemlerinin Sigortacılık Kanunu m. 3/1'de yer alan ve sigorta şirketlerinin kurucuları için öngörülen iflâs ve konkordato ilan etmemiş olma, sayılan suçlardan dolayı hüküm giymemiş olma gibi bir takım şartları haiz olmaları gerekmektedir. Bunun yanı sıra hakemlerin en dört yıllık fakülte mezunu olma ile, sigorta hukukunda en az beş yıl ve sigortacılıkta en az on yıl deneyiminin bulunması şartları aranmaktadır (SK m. 30/8). Kanunda yapılan son değişiklik ile söz konusu deneyim şartının ayrıntılarını belirleme bakımından müsteşarlığa yetki verilmiştir²⁹.

Hakemlik için gerekli olan şartları taşıyan kişilerin komisyona başvurması sonucunda gerekli değerlendirme yapılır ve akabinde hakemlik yapmaya yeterli görülenler hakem listesine kaydedilir. Bunun ardından uzmanı oldukları alanla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından dosya almaya başlanır.

²⁹ Gerçekten 6237 sayılı Kanun ile Sigortacılık Kanununun 30'uncu maddesi hükmüne eklenen “Müsteşarlık bu fıkra uyarınca aranacak deneyim ve bu deneyime esas teşkil eden bilginin tespitine ilişkin ölçütleri belirlemeye yetkilidir” hükmü ile konuyla ilgili ayrıntıları belirleme yetkisi Müsteşarlığa verilmiştir. Müsteşarlık bu yetkisini kullanarak, Sigorta Tahkim Usulü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ (2009/1) ve 2009/1 sayılı Sigorta Tahkim Usulü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ Uyarınca Sigorta Hakemlerinde Aranacak Mesleki Deneyime İlişkin Genelge çıkarmıştır, (Kabukçuoğlu Özer, F. D.: Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012, s. 955).

V. SİGORTATAHKİMİNDE YARGILAMA USUL VE ESASLARI

Sigortacılığa ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sigortacılık mevzuatının yanı sıra, yapılan atıf dolayısıyla HMK hükümlerinin de uygulanması imkânı söz konusu olacaktır³⁰. Ancak sigorta tahkimi HMK’da öngörülen tahkimden farklı özelliklere sahip olduğundan, genel hüküm niteliğindeki söz konusu düzenleme ancak sigorta tahkiminin niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanabilecektir. Bunun dışında kalan HMK hükümlerinin sigorta tahkimine uygulanması mümkün olmamalıdır.

A. Tahkimin Kapsamı

Sigortacılık alanında meydana gelen uyuşmazlıkların tahkim yoluna götürülebilmesi için kanunda öngörülen şartlara uyulması gerekmektedir. Bunlardan ilki uyuşmazlığın tahkime götürülebilir nitelikte olmasıdır. Sigortacılık Kanununun 30’uncu maddesinde, sigorta sözleşmesi çerçevesinde özel sigortalardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda ülkemizde sigortacılık yapma ehliyetine sahip bir sigortacı ile yapılan sigorta sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar tahkim kapsamındadır³¹. Kanundaki ifadesi ile “*Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar*” sigorta tahkiminin kapsamına dâhil edilmiştir.

Sigortacılık Kanununda yapılan son değişiklikle 30’uncu maddenin ilk fıkrasına “*veya Hesaptan faydalanan kişiler ile Hesap arasında*” ibaresi eklenmiştir. Söz konusu ibarenin eklenmesinin amacı, uygulamada çok sayıda uyuşmazlığın ortaya çıktığı bir alan olan “Güvence Hesabı” ile ilgili sorunların da adli makamların yanı sıra tahkim yoluyla çözümlenmesini sağlamaktır. Sigortacılık Kanununun 14’üncü maddesi uyarınca, ülkemizde yapılması zorunlu olan sigortaların yaptırılmaması, zarar veren sorumluların tespit edilememesi ve ödeme yapması beklenen sigortacının iflâs etmesi sonucunda sigorta kapsamındaki rizikonun gerçekleşmesi ile meydana

³⁰ Konuyla ilgili olarak bkz. **Budak, A. C.:** “Sigortacılıkta Tahkim Sigortacılık Kanununun 30. Maddesi, HMK’nun Yürürlüğe Girmesi ve 6237 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2013, s. 62-63.

³¹ **Budak, s. 56-57; Can, M.:** Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara 2009, s. 343-344; **Kale, S./ Tunç Yücel, M.:** “Sigortacılık Kanununda Tahkim”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, Cilt 1, s. 464-465.

gelen ve özellikle de bedensel zararların karşılanması amacıyla bir güvence hesabı oluşturulmuştur³². Güvence hesabı sayesinde, zorunlu sigortalardan faydalanamayan ve rizikolar sebebiyle zarar gören kişilerin bu zararlarının en azında sigorta limiti dâhilinde karşılanmasının sağlanması amaçlanmaktadır.

Güvence hesabının gelirleri, bu kapsamda yapılan zorunlu sigorta poliçelerindeki toplam primlerin % 1'i oranında sigortacının ödeyeceği katılma payları ile sigorta ettirenin safi primin % 2'si oranında ödeyeceği katkı payından oluşmaktadır (SK m. 14/3). Söz konusu gelirlerin hesaba aktarılması sonucunda ciddi fon birikimi sağlanmıştır. Bunun akabinde uygulamada hesaba yapılan başvuruların bir kısmı reddedilmekte ve ödeme yapılmamaktadır. Özellikle hesabın yapacağı ödemelerin usul ve esaslarını düzenleyen Güvence Hesabı Yönetmeliği'ne³³ aykırı taleplerin reddedilmesi sonucunda konu yargıya taşınmaktadır. Bu tür davaların sayısının artması ve zaten mağdur durumda olan kişilerin uzun yargılama sonucunda daha da mağdur olmaları sonucu ortaya çıkmaktadır. Mezkûr mağduriyetlerin engellenmesi amacıyla yukarıda bahsedilen değişiklik yapılmış ve güvence hesabı ile yaşanan uyumsuzlukların tahkim ile çözülmesinin yolu açılmıştır.

Güvence hesabı, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde kurulmuş olup ilgili yönetmelik ile tüzel kişiliğe sahip olduğu ifade edilmiştir (GHY m. 4/1). Ancak öğretilde, tüzel kişiler için olması gereken “sınırlı sayı ve tipe bağlılık” ilkelerine aykırı düştüğü için bu tüzel kişiliğin geçerli olmadığı ileri sürülmüştür³⁴. Bu durumda güvence hesabının hak ve fiil ehliyeti de olmayacağından davalarda yer alamaması; bunun yerine kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan ve dolayısıyla tüzel kişiliğe sahip Birliğin müdahale etmesi gerektiği savunulmuştur³⁵. Tüzel kişilerin özelliklerinin Medeni Kanunda sayılması ve yönetmelik ile sınırlı sayıdaki tüzel kişi tipine uymayan Güvence Hesabının tüzel kişilik kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

³² **Kender, R.:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011, s. 149-150.

³³ RG. 26.07.2007, tarih, 26594 sayı.

³⁴ Konuyla ilgili bkz. **Kabukçuoğlu Özer**, s. 169-170; **Budak**, s. 56.

³⁵ **Budak**, güvence hesabına karşı devlet mahkemelerinde veya sigorta tahkiminde açılacak davalarda hesabın taraf ehliyetinin bulunmadığından bahisle davanın reddedilmemesi gerektiğini, böyle bir davanın, davacının açıklamasına başvurularak Birliğe karşı açılmış sayılmasının doğru olacağını belirtmiştir, (s. 56).

B. Başvuruya Yetkili Olanlar

Sigorta tahkiminden yararlanabilmek için gerekli olan ön şart, özel hukuka ilişkin sigorta sözleşmesinin bulunması ve bu sözleşmeden dolayı hukuki uyuşmazlığın çıkmasıdır. Buna bağlı olarak tahkime başvurabilecek olan kişi, ya sigorta sözleşmesini akdeden sigorta ettiren ya da sigorta sözleşmesinden yararlanan kişiler olan sigortalı veya lehtardır³⁶. Bununla birlikte kanun koyucunun bazı sigorta türleri için koyduğu hükümlerde (MK m. 879; 2918 sayılı Kanun m. 97; TTK m. 1478) sigorta ettiren ve sigortalı konumunda bulunmayan bazı üçüncü kişilere de sigortacıya talepte bulunma imkânı verdiği ortadadır. Bu durumda söz konusu üçüncü kişilerin sigortacıdan bekledikleri menfaati elde edememeleri halinde, dava açmaları ve bunun yanında diğer şartların da gerçekleşmiş olmasıyla sigorta tahkimine de başvurmaları mümkün sayılmalıdır³⁷. Kaldı ki Sigortacılık Kanununun tahkime ilişkin m. 30/1 hükmünde de, “*sigortadan faydalananacak kişi*” demek suretiyle, tahkime başvuru yapabilecekleri, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar ile sınırlamamış ve diğer ihtimallere de kapıyı açık tutmuştur.

Sigorta tahkimine başvuracak kişilerin nitelikleri bakımından ayrı bir sınırlama söz konusu değildir. Bu bağlamda başvuru sahibinin gerçek ya da tüzel kişi olması, tacir ya da tüketici olması arasında bir fark bulunmamaktadır³⁸. Sigorta sözleşmeleri, Türk Ticaret Kanununda düzenlendiğinden (m. 1402-1452) taraflara bakılmaksızın doğrudan ticari iş olarak kabul edilecek (m. 3) ve ticari işlere bağlanan hüküm ve sonuçlar bunlar hakkında uygulanacaktır. Dolayısıyla sigorta sözleşmesi akdeden ve bununla ilgili sorun yaşayan herkesin sigorta tahkimine başvurması ve bu imkândan yararlanması mümkündür (SK m. 30/1).

C. Başvurunun Muhatabı ve Davalı Taraf

Sigorta tahkiminde aleyhine başvuru yapılabilecek olanlar sigorta şirketleri ve güvence hesabıdır. Ancak bunun için, ilgili sigortacının tahkim sistemine dâhil olması gereklidir (SK m. 30/1). Daha önce de izah edildiği gibi, sigortacının tahkim sistemine üye olması zorunlu olmamakla birlikte, ülkemizde faaliyet gösteren sigortacıların büyük çoğunluğu (Güvence Hesabı dâhil) sigorta tahkimine üye olmuş ve tahkim komisyonunun yetkisini kabul etmiştir.

³⁶ Can, s. 335.

³⁷ Can, s. 335-336.

³⁸ Aynı yönde bkz. Budak, s. 57.

Sigorta tahkimi ile ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, sigorta acenteleri aleyhine tahkim yoluna gidilip gidilemeyeceğidir. Uygulamada yapılan sigorta sözleşmelerinin yarısından fazlası sigorta acenteleri aracılığıyla kurulmaktadır. Sigorta acentelerinin sigorta sözleşmesine taraf olmaları ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden sorumlulukları söz konusu olmamakla birlikte³⁹, belirli hallerde aracılık ettikleri veya bizzat temsilci sıfatıyla kurdukları sözleşmelerden dolayı müvekkili sigorta şirketine izafeten acente aleyhine dava açılabilmesi mümkündür (TTK m. 105/2, 3). Bu bağlamda uygulamada acenteler aleyhine dava açılması sıklıkla rastlanan bir durum olmakla birlikte, mahkemelerin verdikleri kararların acenteler aleyhine icra edilebilmesi söz konusu değildir (TTK m. 105/3). Ancak müvekkile izafeten acente aleyhine sigorta tahkimine başvurulması, teorik olarak sadece merkezi yurt dışında olan ülkemizde istisnai hallerde poliçe üreten (SK m. 15) sigorta şirketlerine karşı mümkün sayılabilir. Bununla birlikte merkezi yurt dışında bulunan sigorta şirketinin tahkim sistemine üye olmaması halinde ortaya çıkan uyuşmazlık sadece genel mahkemelerde çözülebilir.

Acentelerin sigorta sözleşmelerinden sorumlulukları bulunmamakla birlikte, kendi kusurlu davranışları sebebiyle sözleşmenin kurulması esnasında sigorta ettirene ve/veya sigortalıya zarar vermeleri mümkündür. Özellikle sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma (bilgilendirme) yükümlülüğünün tam ve gereği gibi yerine getirilmemesi halinde sigortacı ile birlikte acentenin de sorumluluğu ortaya çıkabilir. Zira söz konusu yükümlülüğün muhatabı sigortacının yanı sıra sigorta acentesidir (TTK m. 1423; SSBİY, m. 6). Sigorta acentesinin yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde sigorta ettirene ve/veya sigortalıya karşı tazminatla sorumlu olması mümkündür (SSBİY m. 7).

Sigorta sözleşmesinin kurulmasına aracılık eden veya temsilci sıfatıyla bizzat kuran acentenin sigorta ettirene ve/veya sigortalıya karşı sorumluluğunun doğması halinde, bunun çözüm makamı genel mahkemelerdir. Zira acentelerin sigorta tahkim sistemine üyeliği bulunmadığından; bunlar aleyhine tahkim yöntemine başvurulmasının pratik bir değeri bulunmayacaktır. Ancak ortaya çıkan uyuşmazlıkların sayısının artması ve tahkim sisteminin ortaya çıkış amacı gözetildiğinde, acenteler aleyhine de tahkime başvurunun önü açılmalıdır. Ancak Sigortacılık Kanununun mevcut halinde (m. 30/1), aleyhine tahkime başvurulabilecek olanların sadece “*riski taşıyanlar*” yani sigorta şirketleri olduğu açıkça belirtildiğinden, kanun değişmeden acenteler aleyhine sigorta tahkimine başvurulması mümkün değildir.

³⁹ Can, s. 336.

D. Tahkim Başvurusu ve Yargılama Usulü

Sigorta tahkiminde başvuru doğrudan tahkim komisyonuna yapılmaktadır (SK m. 30/13). Başvuru sahibinin yazılı şekilde yapacağı başvurunun yanı sıra uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olunması için gerekli olan belgelerin yanı sıra başvuru ücretinin yatırıldığına dair belgenin de hazır bulunması zorunludur (STİY m. 16/1).

Başvuruya ilişkin Yönetmelikte yetkiye ilişkin bir esas getirilmiştir (STİY m. 16/1). Buna göre, başvurunun doğrudan Sigorta Tahkim Komisyonunun merkezine veya başvuruyu yapan kişinin yerleşim yerinin bulunduğu ya da rızikonun gerçekleştiği yerdeki büroya yapılabilmesi mümkündür. Kanunda yer almayan söz konusu düzenlemeye göre, farklı yerlerdeki bürolara yapılacak başvuru ile tahkim süreci başlatılabilecektir. Yetkiye ilişkin olarak öngörülen bu hususun ön şart olarak değerlendirilmemesi ve farklı bürolarda yapılan başvuruların da kabul edilmesi tahkim yönteminin ruhuna uygun olacaktır⁴⁰.

Başvuru sahibinin sigorta tahkimine başvurabilmesi için önce ilgili sigortacıdan sorunun çözülmesini talep etmesi gereklidir. Gerçekten Sigortacılık Kanununun konuya ilişkin m. 30/13 hükmü “*Komisyonu gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşu gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren onbeş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir*” şeklindedir. Buna göre, uyuşmazlık tarafının gerekli başvuruyu yapmasına rağmen sigorta şirketinin olumlu cevap vermemesi veya başvurunun üzerinden onbeş iş günü geçmesine rağmen sessiz kalması halinde, bu şart gerçekleşmiş sayılacaktır. Hüküm sayesinde başvuru sahibinin son bir kez daha sigortacıyı uyarması ve belki de yapılacak olan tahkim yargılamasının önüne geçme imkânı söz konusu olacaktır.

Sigortacılık Kanununun yukarıda bahse konu olan m. 30/13 hükmünde sadece “*sigortacılık yapan kuruluş*”tan bahsedilmesi, Güvence Hesabına ilişkin bir düzenleme yapılmamasını, kanun koyucunun burada değişiklik yapmayı unutmaması olarak anlamak gerekir. Bu durumda başvuru sahibinin sigortacının yanı sıra hesaplara ilgili uyuşmazlıklarda Güvence Hesabına yazılı olarak başvurması ve ret cevabı alması gereklidir⁴¹.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. **Budak**, s. 62.

⁴¹ Aynı yönde bkz. **Budak**, s. 61.

Sigorta tahkimi ile ilgili son olarak, başvuru sahibinin tahkimden önce aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak genel mahkemelerde dava açmamış, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru yapmamış olması gerekmektedir (SK m. 30/14).

Sigorta Tahkim Komisyonuna yapılan başvurunun ardından komisyon yetkilileri, başvuru konusu uyuşmazlığın ön incelemesinin yapılması için raportör görevlendirir ve yönetmelikte sayılan ön şartların varlığının tetkiki sağlanır (STİY m. 16/2). Raportörlerin onbeş gün içinde yapacakları tetkikin ardından dosya, raportörün hazırlayacağı ön rapor ile birlikte seçilen hakeme veya hakem heyetine intikal ettirilir. Hakemler, komisyon tarafından görevlendirildikleri tarihten itibaren dört ay içerisinde yargılamayı tamamlamak zorunda olmakla birlikte; söz konusu sürenin, tarafların yazılı muvafakatleri alınmak suretiyle uzatılması mümkündür (SK m. 30/16).

Dosyaya atanan hakemin kural olarak dosyayı kabul etme zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak umulmayan hal veya mücbir sebep hallerinin varlığı söz konusu olduğunda hakemin dosyayı kabul etmeme hakkı bulunmaktadır. Özellikle hakemin davayı tarafsız bir şekilde görmesinin sıkıntıya düştüğü hallerde, taraflardan birisi ile daha önceden var olan bir ilişkisinin bulunması gibi durumlarda, kanunda yer almasa da davaya bakmaktan kaçınabilmesi gerekir. Bu bağlamda hakemin reddi için öngörülen sebeplerin “*umulmayan hal*” olarak kabul edilmesi hakemin kendisini reddedebilmesi için çıkar yol sağlayacaktır⁴².

E. Sigorta Tahkiminde Hakem Kararı

Hakem veya hakem heyeti, kendisine tanına dört aylık süre içerisinde gerekli inceleme ve değerlendirmeleri yaptıktan sonra kararını verir. Hakemler önlerine gelen uyuşmazlık ile ilgili olarak nihai bir karar vermek zorundadır⁴³. Kararın tarafların iddia ve savunmalarını kapsayacak şekilde esasa ilişkin çözüm getirir şekilde verilmemesi halinde inceleme makamı tarafından bozulma ihtimali olacaktır. Ancak aşağıda inceleneceği üzere, kararın temyiz sınırının altında kalması halinde kararın yeniden ele alınması kural olarak mümkün olmayacaktır. Ancak Sigortacılık Kanunu m. 30/12 hükmüne yeni eklenen hüküm doğrultusunda temyiz sınırının altında kalan ve kesinleşen kararların da belli şartlar dâhilinde yeniden ele alınması mümkün kılınmıştır.

⁴² Kale/Tunç Yücel, s. 467.

⁴³ Kale/Tunç Yücel, s. 472.

Hakemlerin verdikleri kararın içeriğinde, uyuşmazlığın ne olduğu, maddi ve hukuki gerekçe ile davanın esası ve yargılama giderlerinin bulunması gereklidir (2009/1 Tebliğ, m. 8). Yargılama giderleri içerisinde, uyuşmazlığın avukat eliyle takip edilmesi halinde ortaya çıkacak vekâlet ücreti de bulunmaktadır. Sigortacılık Kanununun 30'uncu maddesine 6327 sayılı Kanun ile eklenen 17'nci fıkra hükmü çerçevesinde, tahkim yargılaması sonucunda aleyhine karar çıkanların, diğer tarafın kendisini avukat aracılığıyla temsil etmesi halinde ayrıca vekâlet ücreti ödemeleri gerektiği belirtilmiştir. Aslında söz konusu hüküm, vekâlet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki ücretin beşte biri kadar olacağını kararlaştırarak yüksek miktarda çıkabilecek vekâlet ücretinin önüne geçmeye çalışmıştır. Bu bağlamda uyuşmazlığın her iki tarafının da söz konusu ücreti almaya hakkı olduğunu belirtmek gerekir. Bunun dışında Avukatlık Ücret Tarifesindeki vekâlet ücretinin beşte birinin avukatlık asgari taban ücretinin altına düşmesi halinde bunun uygulanması gerekir. Zira Sigortacılık Kanununa konulan hüküm asgari ücret tarifesine ilişkin düzenlemeye de bir istisna teşkil etmektedir⁴⁴.

Gerekçeli kararın yazılmasının ardından hakem kararını komisyon müdürüne tevdi eder. Komisyon Müdürünce karar en geç üç iş günü içinde taraflara bildirilir; ayrıca kararın aslı dosya ile birlikte Komisyonun bulunduğu yerdeki görevli mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır (SK m. 30/16).

F. Hakem Kararına Karşı Kanun Yolları

Hakem kararının gerekçeli olarak yazılmasının ardından komisyon müdürü aracılığıyla taraflara tebliğ edilmesi ve ardından mahkemeye gönderilmesi ile kanun yoluna başvurma imkânı ortaya çıkmaktadır.

Kanun yolu bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu bağlamında, hakem kararlarına karşı sadece “*iptal davası*” yöntemi benimsenmiş ve bu dava sonucunda çıkacak mahkeme kararının temyiz edilebileceği hükme bağlanmıştır (HMK m. 439). Böylece tahkim yargılaması sonucunda ortaya çıkan hakem kararı iki aşamalı incelemeden sonra kesinleşecektir.

Sigortacılık Kanununun 30'uncu maddesinin onikinci fıkrası ise sigorta tahkiminde verilen kararlara karşı kanun yolunu düzenlemektedir. Hükümde hakem kararlarına karşı “*temyiz*” yoluna başvurulacağı öngörülmüştür. Gerçekten söz konusu hükme göre, “*Tahkim sistemine üye olmak isteyenlerden*

⁴⁴ Öğretide **Kabukçuoğlu Özer**, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen vekâlet ücretinin beşte biri olarak hükmedilecek vekâlet ücretinin, avukatlık asgari ücret tabanı altına düşmemesi gerektiğini savunmaktadır, (s. 513).

katılma payı, uyuşmazlık çözümü için Komisyona başvuranlardan ise başvuru ücreti alınır. Uyuşmazlığa düşen taraflar arasında, açık ve yazılı şekilde yapılması gereken sözleşme ile daha yüksek bir tutar belirlenmemişse, hakemin verdiği kırkbin Türk Lirasına kadar olan kararlar her iki taraf için kesindir. Kırkbin Türk Lirasının üzerindeki kararlar için temyize gidilebilir. Ancak tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dâhilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her halükarda temyiz yolu açıktır. Temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır”.

Hükümde 6327 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde, dava değeri kırkbin TL’nin altında olan davalarda verilen kararların kesin olduğu; ancak sayılan dört durumun varlığı halinde, bu kararların da temyiz incelemesine tabi olacağı belirtilmiştir. Bunun dışında kalan hallerde ve kırkbin TL’nin üzerindeki değere sahip davalarda hakemlerin verdikleri kararlar her halükarda temyiz incelemesine götürülebilir. Aslında HMK’da hakem kararlarına karşı sadece iptal davası öngörülmüşken Sigortacılık Kanununda öngörülen bu usulün istisna mı teşkil ettiği yoksa sehven mi kaldığı tartışmalara sebep olmuştur. Öğretide *Budak*, yürürlükten kalkmış olan kanun hükümlerine başka bir kanunda yapılmış olan atfın, yürürlükten kalkan hükümleri yeniden yürürlüğe sokmuş olduğunun varsayılamayacağını, bu nedenle Sigortacılık Kanunun hakem kararlarının temyizine ilişkin yapılan atfın, HMK m. 439’da yer alan iptal davası düzenlemesine yapılmış sayılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁵. Buna karşılık *Kabukçuoğlu Özer*, Sigortacılık Kanunundaki düzenlemenin istisna olduğunu, HUMK hükümlerine genel atıf yerine doğrudan temyiz usulü zikredildiğinden, sigorta tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁶.

Kanaatimizce de sigorta tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlara karşı kanun yolu *temyiz*dir. 6327 sayılı Kanun ile Sigortacılık Kanununda değişikliğin yapıldığı tarih, HMK’nın yürürlüğe girmesinden yaklaşık dokuz ay sonradır. Kanun koyucunun yapılan değişiklik ile sigorta tahkiminde kanun yolu bakımından temyiz usulünü muhafaza etmek istediği gayet açıktır. Özellikle sigorta tahkim yönteminin düzenlenmesinin temel

⁴⁵ *Budak*, s. 67-68.

⁴⁶ *Kabukçuoğlu Özer*, s. 499-500.

amaçlarından birisinin yargılama sürecini hızlandırmak olduğu dikkate alındığında, kanun koyucunun sürecin çabuk sonuçlanabilmesi için iptal davası yoluna gidilmesini arzu etmediği rahatlıkla ifade edilebilir. Aksi halde kanun koyucunun açık düzenlemesine rağmen, HMK’da düzenlenen genel tahkim sistemine ilişkin iptal davası yoluna gidilmesi, kanun koyucunun özel iradesine aykırılık teşkil edecektir.

Yapılan açıklamalar ışığında, değeri kırkbin TL’nin altında kalan hakem kararlarının sadece Sigortacılık Kanunu m. 30/12’de sayılan dört durum ile sınırlı hallerde; kırkbin TL’nin üzerindeki kararlar için her türlü temyiz sebebi dikkate alınarak temyiz yoluna gidilebileceğini kabul etmek gerekir. Sigorta tahkim uygulamasının başlaması ve akabinde HMK’nın yürürlüğe girmesi neticesinde uygulamada, bu tür kararlara karşı gidilmesi gereken kanun yolu ile ilgili uyuşmazlık çıkabileceği açıktır. Zira bu tür kararlara karşı temyiz mercii olarak doğrudan Yargıtay’ın mı yoksa iptal davası için mahalli mahkemenin mi görevli olduğu konusunda uygulamada bir fikir ayrılığı yaşanabilecektir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere kanun koyucunun iradesi doğrultusunda sigorta tahkimi için istisnai şekilde genel temyiz yolunun muhafaza edilmesi gerekir düşüncesindeyiz. Böylece sigorta tahkim komisyonu tarafından verilen kararlara karşı kanun yolunun doğrudan Yargıtay olduğu söylenebilir.

SONUÇ

Sigorta tahkim usulü, sigortacılık alanında meydana gelen uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkin şekilde sonuçlandırılabilmesi için düzenlenmiştir. Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği bünyesinde oluşturulan Sigorta Tahkim Komisyonu, belirli elemeler sonucunda seçip listesine eklediği hakemler vasıtasıyla kendisine yapılan tahkim başvurularında bir karara varmaktadır. Mevzuattaki özel hukuk ombudsmanlığına benzer bir uygulama olan söz konusu müessese, ülkemizde farklı bir takım özelliklere sahip şekilde düzenlenmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen tahkim sistemin farklı olan bu usul, bir taraftan tahkim yoluna giden uyuşmazlık taraflarından ayrı bir tahkim sözleşmesi aramamakta diğer taraftan ise tüm sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimin kapsamına alınacağını öngörmektedir. Tahkim sistemine üye olan sigorta şirketleri bakımından zorunlu olan bu usul, aynı zamanda Tüketici Sorunları Tahkim Heyetine ve genel mahkemelere

başvurabilecek olan sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanlar bakımından ise ihtiyaridir. Bu nedenle sigorta tahkiminin karma bir usul olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Sigorta tahkimine sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat elde eden kişinin başvurusu üzerine gidilir ve Tahkim Komisyonunun koordinasyonunda yargılama gerçekleştirilir. Hakem yargılaması için uyuşmazlığın diğer tarafı olan sigorta şirketinin tahkim sistemine üye olması ve kendisine yapılan çözüm başvurusunu reddetmesi veya sessiz kalması gerekmektedir. Bunun yanı sıra başvuru sahibinin uyuşmazlığın çözümü için başka bir yola gitmemiş olması da gereklidir. Dolayısıyla konunun Tüketici Sorunları Tahkim Heyetine ve genel mahkemelere götürülmesi halinde artık sigorta tahkim komisyonuna başvuru imkânı kalmamış olacaktır. Söz konusu ön şartların gerçekleşmiş olması halinde tahkim yargılamasına geçilebilmektedir.

Hakemlerin/hakem heyetinin dosya üzerinden yaptığı yargılamada tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda karar verilmektedir. Söz konusu uyuşmazlığın değerinin kırkbin TL'nin altında kalması halinde kararların kesin olduğu; üzerinde olması halinde ise temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, değeri kırkbin TL'nin altında olsa dahi kanunda sayılan dört durumun varlığı halinde yine temyiz yoluna gidilebileceğini belirtmek gerekir. Sigortacılık Kanunundaki hüküm ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki tahkim düzenlemesinin birbirine paralel olmaması bazı sorunları ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Gerçekten tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlara karşı mahalli ilk derece mahkemesinde iptal davası öngören HMK düzenlemesi karşısında, Sigortacılık Kanunundaki temyiz düzenlemesinin akıbeti tartışılır hale gelmiştir. Ancak HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra Sigortacılık Kanununda yapılan değişiklikten sonra da temyiz lafzının ve düzenlemesinin terkedilmemesi, kanun koyucunun iradesinin sigorta tahkimi bakımından temyiz yolunun tercih edildiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Sigorta tahkimi usulünde verilen çoğu kararın kesin olması, özellikle örnek teşkil edecek uyuşmazlıklar bakımından önemlidir. Bu tür hallerde yargılamanın genel mahkemelerde görülmesi yönündeki bir itiraz hakkının bulunması, özellikle sigorta şirketleri bakımından büyük önem arz edecektir. Ancak ülkemizdeki sistemde böyle bir imkâna yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak zikredilebilir.

KAYNAKÇA

Budak, A.C. : “*Sigortacılıkta Tahkim Sigortacılık Kanununun 30. Maddesi, HMK’nun Yürürlüğe Girmesi ve 6237 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?*”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2013.

Can, M. : Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara 2009.

Dayınlarlı, K. : HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997.

Jaunering, S. : “*Die Zuständigkeit des Versicherungsombudsmann sollte erweitert werden*”, Versicherungswirtschaft 2003, s. 998 vd.

Kabukçuoğlu, Özer, F.D. : Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.

Kale, S./Tunç Yücel, M. : “*Sigortacılık Kanununda Tahkim*”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, Cilt 1.

Kender, R. : Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011.

Lorenz, E. : “*Der Versicherungsombudsmann – eine neue Institution im deutschen Versicherungswesen*”, Versicherungsrecht 2004, s. 541 vd.

Özdamar, M. : “*Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı*”, BATİDER, C. XXIV, S. 3.

Öztek, S. : “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış*” LEGAL Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009/2.

Ulaş, I. : “*Sigortacılıkta Tahkim*”, BATİDER, 2007/4.

Ulusoy, E. : “*Finans Hukukunda Tahkim*”, II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu, 14.02.2009.

von Hippel, T. : Der Ombudsmann im Bank und Versicherungswesen, Hamburg 2000.

Yılmaz, E. : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

Wild, E. : Der Ombudsmann in Deutschland, Würzburg 1970.

KISALTMALAR CETVELİ

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi
bkz.	: bakınız
GHY	: Güvence Hesabı Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMUK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
s.K	: sayılı Kanun
SK	: Sigortacılık Kanunu
SSBİY	: Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik
STİY	: Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TL	: Türk Lirası
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- BUDAK, A.C.** : “*Sigortacılıkta Tahkim Sigortacılık Kanununun 30. Maddesi, HMK’nun Yürürlüğe Girmesi ve 6237 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?*”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2013.
- CAN, M.** : Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara 2009.
- DAYINLARLI, K.** : HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997.
- JAUNERİNG, S.** : “*Die Zuständigkeit des Versicherungsombudsmann sollte erweitert werden*”, Versicherungswirtschaft 2003.
- KABUKÇUOĞLU, ÖZER, F.D.:** Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.
- KALE, S./TUNÇ YÜCEL, M.:** “*Sigortacılık Kanununda Tahkim*”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, Cilt 1.
- KENDER, R.** : Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011.
- LORENZ, E.** : “*Der Versicherungsombudsmann – eine neue Institution im deutschen Versicherungswesen*”, Versicherungsrecht 2004.
- ÖZDAMAR, M.** : “*Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı*”, BATİDER, C. XXIV, S. 3.
- ÖZTEK, S.** : “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış*” LEGAL Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009/2.
- ULAŞ, I.** : “*Sigortacılıkta Tahkim*”, BATİDER, 2007/4.
- ULUSOY, E.** : “*Finans Hukukunda Tahkim*”, II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu, 14.02.2009.
- VON HIPPEL, T.** : Der Ombudsmann im Bank und Versicherungswesen, Hamburg 2000.
- YILMAZ, E.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- Wild, E.** : Der Ombudsmann in Deutschland, Würzburg 1970.

BOŞ

PROTECTION OF THE MEDIATIZED PRIVACY IN THE SOCIAL MEDIA: ASPECTS OF THE LEGAL SITUATION IN TURKEY AND GERMANY

Seldağ GÜNEŞ PESCHKE*

Lutz PESCHKE**

ABSTRACT

Social media affect personal rights in a special way. The protection of personal datas as well as personal rights like the right to one's personal image, social networks, online forums or micro blogs like twitter and others cause a serious problem. Since the beginning of web 2.0 the online communication has become a central element of cultural change of privacy. On the premise of mediatization, the process of temporal, spatial and social penetration of our culture with media communication and their varied and partially contradictory imprint, a point can be made, that "life" in that culture beyond the media is no longer conceivable. Social media has accelerated the change in media communication. Many signs point to a change of culture to a media culture combined with a change of privacy. The present paper intends to give an overview of the current legislative framework in the protection of privacy in Germany and Turkey. The first part will deal with some aspects of the change of privacy in the mediatized everyday world. Therefore, it must be shown that the mediatization of privacy is a cross-cultural trend in the modern civil society and special social and cultural conditions of this trend play a role in this process. The second part will describe and discuss the different legislative situations and legal frameworks in Germany and Turkey.

Keywords: Privacy, media culture, mediatization, social media, data protection

SOSYAL MEDYADA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI: ALMANYA VE TÜRKİYE'DEKİ HUKUKİ DURUM

ÖZET

Sosyal medya ve kişilik hakları arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bir kişinin, kişisel verilerinin yanında, kişilik haklarına dahil olduğu düşünülen, kişisel resimleri, sosyal ağları, online forumlarına yazdıkları veya twitter gibi mikro

* Assoc. Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE, Gazi University, Faculty of Law, Beşevler Ankara, Turkey

** Dr. Lutz PESCHKE, Rheinische Friedrich-Wilhelms-University of Bonn, Institute for Linguistics, Media and Sound Studies, Department for Media Studies, Bonn, Germany

blogları, kişisel verilerin korunması açısından ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Web 2.0'ın kullanımının başlamasından itibaren, online iletişim, özel yaşamın gizliliğinin kültürel değişiminde merkezi bir unsur haline gelmiştir. Medyatikleşen (mediatised) dünyada, medya iletişim kültürümüzün zamansal, mekansal ve sosyal etki süreci ve bunların baskısı noktasında, iletişimin ötesinde bir hayatın olması düşünülememektedir. Sosyal medya, medya iletişimindeki değişimi hızlandırmıştır. Kültürlerin, özel hayatın gizliliğine ilişkin değişimi içeren, medya kültürüne doğru bir değişim içinde olduğuna dair birçok işaret bulunmaktadır. Bu makale ile, Almanya'da ve Türkiye'de özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin genel bir hukuki çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. İlk bölüm, günden güne medya ile iç içe giren dünyada özel hayatın gizliliğinin değişimine dikkat çekmektedir. Bununla beraber, özel hayatın gizliliğinin medyatikleşmesi, modern sivil toplumlarda bir çapraz kültür eğilimidir ve bazı özel, sosyal ve kültürel şartlar bu süreçte önemli rol oynar. İkinci bölümde ise, Türkiye ve Almanya'da bu konuya ilişkin genel düzenlemelerden bahsedilmiş ve hukuki uygulamalar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel hayatın gizliliği, medya kültürü, medyatikleşme, sosyal medya, kişisel verilerin korunması

INTRODUCTION

In our mediatized society, communication occurs increasingly in the internet. The nature of the internet and its potential has developed in recent years in a way, that computer generated communication can be performed easily even with full video. Thus, the technical barriers in the internet are getting less and less. Therefore, Höflich^{1 2 3} refers to the internet as a hybrid or meta-medium and Krotz⁴ as a broad electronic area of communication. The social media extend this area of communication many times more. Thereby time zones can be invalidated.

As an example, a person who is in Germany can simultaneously communicate with a friend in Turkey via Skype and accept a call from his brother in Paris via voice-over IP and at the same time chat with his girlfriend by instant messenger, sometimes watching a live-stream in a media player,

¹ HÖFLICH, Joachim: Der Computer als “interaktives Massenmedium” Publizistik 39 (1994), pp. 389-408.

² HÖFLICH, Joachim: Vom dispersen Publikum zu “elektronischen Gemeinschaften”. Rundfunk und Fernsehen 43 (1995), pp. 518-537.

³ HÖFLICH, Joachim: Technisch vermittelte interpersonale Kommunikation. Grundlagen – organisatorische Medienverwendung – Konstitution “elektronischer Gemeinschaften”. Westdeutscher Verlag, Opladen 1996.

⁴ KROTZ, Friedrich: Elektronisch mediatisierte Kommunikation. Rundfunk und Fernsehen 43, 4 (1995), pp. 445-462.

which just then broadcasts a football match from Barcelona. Perhaps he is also watching the spectacular goal in the English Premier League on YouTube, which he is talking about with the Turkish friend and following the tweets from all over the world, which pop up on his desktop while he is finally making a snapshot of his friend and uploading it onto Facebook to share with his “friends”.

The central character of social media is the active user, who mutates to a “prosumer” due to the participatory possibilities. Simultaneously he is producer, consumer and program manager in the web. The user-generated content becomes established as an important channel of social communication today. Its importance is identifiable in various places. With the help of commenting, drafting one’s own articles, rating, uploading of media files, such as images and videos, the user can intervene in the digital world and take a public position. In this way, a change is currently taking place regarding the question, which personal information should be made publicly available⁵.

The high level of participation changes not only the net itself, but also the attitude and behaviour of the user: they take advantage of their potential influence to organise themselves collectively as an individual and their interests as well as their knowledge in the virtual space in multiple ways⁶.

Since the beginning of web 2.0 the online communication becomes a central element of the cultural change of privacy⁷. In this context Krotz advanced the hypothesis, that a few people content themselves with being in a group, just one among many. They pay particular attention to stick out of the masses and participate in public life by using their own comments, images, videos as well as other formats⁸. In turn, this mediated self-representation via social media generates a kind of digital voyeurism. Tweets and re-tweets are

⁵ THIMM, Caja: Medienkultur und Privatheit: Privatheit und Öffentlichkeit im medialen Diskurs. In: LENDERS, Winfried (ed.): Medienwissenschaft. Eine Herausforderung für die Geisteswissenschaft. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 2. Peter Lang, Frankfurt/New York 2004.

⁶ PESCHKE, Lutz; SCHRÖDER, Alina: Visualisiertes Lernen im Web 2.0. Audiovisuelle Kommunikation durch Wissensspots. In: ANASTASIADIS, Mario; THIMM, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. *Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft* vol. 10. Peter Lang, Frankfurt/New York 2011, pp.199-225.

⁷ WEIß, Ralph: Privatheit im „öffentlichen Raum“ – Klärungsbedarf. In: WEIß, Ralph; GROEBEL, Jo (ed.): Privatheit im öffentlichen Raum. Medienhandeln zwischen Individualisierung und Entgrenzung. Leske + Budrich, Opladen 2002.

⁸ KROTZ, Friedrich: Mediatisierung: Fallstudien zum Wandel von Kommunikation. VS Verlag, Wiesbaden 2007.

posted, articles are commented upon and shared, images uploaded, messages about where they are and what they are doing are posted on pinboards. Social media activists permanently change their roles between a digital exhibitionist and a digital voyeur.

Unlike the human view or the face-to-face communication, which leaves the counterpart just with an image, the new forms of observations leave data tracks⁹. With the help of these data tracks in the social media, the “modern voyeur” is able to create counter-images of a human being.

According to Nettesheim, privacy is not a natural fact, rather, it is a social reality in history, it is constructed in various societies in different ways. It can be regarded as residue of an individual which appears in the public as well as a privilege, that is given to individuals and families of society.

Privacy is not a rigid state. It is subjected by social movements. This is often a cause of complaints, because there are repeated border shifts and overlaps, which will be interpreted as a breakdown and loss of society. Nettesheim identifies gaps and contradictions in protecting privacy. While the Federal Constitutional Court of Germany operates very consistently and protectively, where the protection against the intrusion into the privacy by the government is involved – especially in the area of articles 13 (Inviolability of the home) and 10 (Privacy of correspondence, post and telecommunication) in the German Constitution, the jurisdiction in the forms of generating counter-images proves itself less certain.

With regards to personal data Nettesheim points out the unclear situation, that on the one hand the Federal Constitutional Court talks about the authority of every individual to decide for himself on the exposure and application of his personal data¹⁰, and on the other, an absolute right of control over personal data should not be granted, comparable with the right of property. This of course means, that although the development of an individual’s personality should be ensured, but the moment, he moves into the area of communication, he will never have a right to protection against external attributions.

Thus, from his point of view, contradictions in the valuation of individual situations are inescapable: e.g. a camera, which scans a public

⁹ NETTESHEIM, Martin: Grundrechtsschutz der Privatheit. In: Der Schutzauftrag des Rechts. Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vol 70. De Gruyter, Berlin/Boston 2011.

¹⁰ BVerfG E 65,1 (43)

place, constitutes an illegal infringement of rights. But the data collection available from general websites does not affect an intervention into a person's fundamental rights.

In the context of the different types of data collection and in times of media databases, Diggelmann¹¹ raises the question, if there is a personal right to fading memories¹². According to him, the information society did not find an answer to the human basic need of a periodic restart. Likewise he regards the social norm of being contemporary as the reason of the problem for the steady increase of technical possibilities if personal data is accessible. It is "cool" to use the technical possibilities like the uploading of images and short messages, given by W-LAN and mobile devices. This creates a deceptive image of trust in one's own invulnerability, if you just care the social norm to be contemporary. In this context the legitimate questions of intrusion into privacy are repressed. Numerous data scandals in recent years have only slightly affected the basic willingness to take care of one's own personal data. It is hardly surprising that society is worried about the future of their privacy. In this article, in the first part further aspects of changes to privacy in the mediatized everyday-world will be discussed. In the second part the theme will be discussed with the legal aspects.

1. THE CHANGE OF PRIVACY IN PUBLIC SPACES IN THE MEDIATIZED EVERYDAY WORLD

The internet with its seemingly endless range of applications is no longer a medium, in which only the real world is represented. Due to the abilities of social media, where users can generate their own content in the internet, a separate world in the virtual environment is created, which determines their own rules and crosses the border of the real world¹³. The networking with each other is the central principle of society. Therefore, more and more people shift their communication into the web. The communication network can get extended quickly and easily.

¹¹ DIGGELMANN, Oliver: Grundrechtsschutz der Privatheit. In: Der Schutzauftrag des Rechts. Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vol 70. De Gruyter, Berlin/Boston 2011.

¹² WARMANN, Matt: Online Right "To be Forgotten" Confirmed by EU, TELEGRAPH (Mar. 17, 2011, 12:53 PM), <http://www.telegraph.co.uk/technology/Internet/8388033/Online-right-to-be-forgotten-confirmed-by-EU.html> [last access: 02.04.2012]

¹³ THIMM, Caja: Ökosystem Internet. Zur Theorie digitaler Sozialität. In: ANASTASIADIS, Mario; THIMM, Caja (ed): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 10. Peter Lang, Fankfurt/New York 2011, pp.19-42.

Computer-generated communication does not take place exclusively with real names of the users. Some platforms prescribe the selection of a username, some users voluntarily choose a nickname. These nicknames fulfil both functions of a mask. On the one hand they protect the user from others by hiding their true identity. On the other hand depending on the chosen nickname, it attracts more or less interest. In this way, obstacles for access to the communication network will be removed¹⁴. Thus, username users create various partial identities, e.g. professional, gender, fan, etc. These partial identities generate an identity patchwork of the individual¹⁵. The user has free choice in the creation of his partial identity and does not depend on reality. In principle, they can change their gender as they like.

Different reports have already dealt with the daily mediatization and the correlated change of social relations, culture and society. In recent years, particular attention has been paid to the approach of mediatization by Krotz¹⁶. The starting hypothesis of his work is, that in the context of social developments and changes, caused by the promotion and development of new media, communication increasingly differentiates more and more.

Krotz says, the media is not the active part, but the person who deals with the media, is. Not the media but the person using them plays the active role. Krotz makes a difference between face-to-face and media communication. In this area he divides it into three types¹⁷:

- Communication with other individuals, which are spatial, temporal and otherwise not personally present, e.g. letters, chats, phone calls.
- Communication with transmitted text, which will be heard, read, seen or otherwise recognised, independent from the author, reception and perception, e.g. watching TV, reading, searching the internet pages, listening to the radio.

¹⁴ ACKERMANN, Judith: ‚Masken und Maskierungsstrategien – Identität und Identifikation im Netz‘. ANASTASIADIS, Mario; THIMM, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 10. Peter Lang, Fankfurt/ New York 2011, pp.61-86.

¹⁵ KONERT, Bertram; HERMANN, Dirk: Der private Mensch in der Netzwelt. In: WEIß, Ralph; GROEBEL, Jo (ed.): Privatheit im öffentlichen Raum. Medienhandeln zwischen Individualisierung und Entgrenzung. Leske + Budrich, Opladen 2002.

¹⁶ KROTZ, Friedrich: Mediatisierung kommunikativen Handelns. Der Wandel von Alltag und sozialen Beziehungen, Kultur und Gesellschaft durch die Medien. Westdeutscher Verlag Opladen 2001.

¹⁷ KROTZ, Friedrich: Mediatisierung: Fallstudien zum Wandel von Kommunikation. VS Verlag, Wiesbaden 2007, p. 90.

- Communication with interactive systems, which are not with individuals but only represent communicated content and text, e.g. GPS systems or figures like “Lara Croft”.

Social media has accelerated the change in media communication. Media communication no longer works traditionally linear, like calling in the afternoon, cooking afterwards and watching the news on TV at 8 p.m. Place, time and sense are no longer distinct areas. As a consequence of an increasing intermixture of the media, personal life and daily work will blend into each other.

Krotz calls these phenomena the blurring of the provinces of meaning (“Sinnprovinzen”). There are no longer delineated images like computer on the desk, TV in the living room, telephone on the floor, radio in the kitchen and book on the chair. As a consequence of the blurring of the boundaries new forms of communication and cross-media integrations, which have been practiced so far, are developing.

In this context he points out three dimensions of media blurring the boundaries¹⁸:

1. Temporal: Media is available in ever-growing numbers at all times.
2. Spatial: All media are available in and combine to more and more places.
3. Social and in its connotation: Media is used in ever new contexts and connotations, with ever new perspectives and motives, on the communicator’s as well as the recipient’s side.

Thus, social media accelerates the change of culture into media culture.

According to Hepp, the existing approaches are not able to capture the continuous change appropriately. In his view, this is possible because „ein solcher Wandel [...] unterschätzt wird, indem nicht hinreichend reflektiert wird, wie Medien – oder konkreter: medial vermittelte Kommunikation – unseren Alltag, unsere Identität und unsere Formen des Zusammenlebens zunehmend prägen.“¹⁹

¹⁸ KROTZ, Friedrich: Mediatisierung kommunikativen Handelns. Der Wandel von Alltag und sozialen Beziehungen, Kultur und Gesellschaft durch die Medien. Westdeutscher Verlag, Opladen 2001, p. 22.

¹⁹ HEPP, Andreas: Medienkultur. Die Kultur mediatisierter Welten. VS Verlag, Wiesbaden 2011, p. 8 (Translation: This is possible “because such change is [...] underestimated by

According to him it is advisable to consider the media culture as a mediatized culture. That means, media cultures are cultures, whose resources of meaning are refereed by technical communication media and whose processes are affected by them in different ways, still to be defined.

In this context, “resources of meaning” are defined as communications we refer to, when “meaning” will be generated in media communication, e.g. texts, movies, websites etc. “Resources”, because communications do not contain meanings first and foremost, but are developed by the communicator’s adoption. But Hepp points out, that no culture is mediatized in such a way, where all resources of meanings are media-based. Then as a physical entity he will accomplish his communication and thus his production of meanings is always partly “direct” partly “not media-based”²⁰.

On the premise of mediatization, the process of temporal, spatial and social penetration of our culture with media communication and their varied and partially contradictory imprint, a point can be determined, from which a “life” in that culture beyond the media is no longer conceivable²¹.

In this context, according to Krotz, communication will become more egocentric because of the blurring of the boundaries of mental images. In the daily media-based communication it is not so much about the understanding and establishing of common ground between the communicators, but more about the self-reflection of the individuals. The act of communication will increasingly be regarded as an event and as a possibility or an occasion to enter into a relationship with someone and to exchange views.

From the increasingly complex forms of media communication the question arises about the change of privacy. Many signs point to a change of culture to a media-culture combined with a change of privacy. But it is interesting to note, that in Germany a significant impulse of change had taken place in the 1950s²². Until the 1950s for the greater part of society life had

not adequately reflecting how media – or more precisely: media performed communication increasingly form our everyday life, our identity and our way of living together.”

²⁰ REICHERTZ, Jo: Die Macht der Worte und der Medien. 2. Ed., VS Verlag, Wiesbaden 2008, p. 17

²¹ HEPP, Andreas: Medienkultur. Die Kultur mediatisierter Welten. VS Verlag, Wiesbaden 2011, p. 70

²² WEIß, Ralph: Vom gewandelten Sinn für das Private. In: WEIß, Ralph; GROEBEL, Jo (ed.): Privatheit im öffentlichen Raum. Medienhandeln zwischen Individualisierung und Entgrenzung. Leske + Budrich, Opladen 2002b.

taken place within the family. Because of predominantly limited space, private life had been going on under the eyes of the family. Prost calls this state of privacy a “gruppeninterne Öffentlichkeit”²³ with “verhinderter Intimität”²⁴ 25. Only after apartments became larger due to increasing prosperity, every family member had their own room and with it a refuge, which offered them space for intimacy, secrets and identity within that privacy, and which was reproduced threefold between public, family and individual life²⁶.

According to Ritter public and private communication is analytically distinguishable indeed. But from a particular point of view, the differentiation between privacy and publicity develops only at the moment of debate. First, the communicators debate as an individual or as a group. Then they decide if the topic to be discussed is a private or public one²⁷. This point of view arises from the theory which Habermas formulated in his theory of communicative action²⁸. In this theory he develops terms and definitions which enable the localisation of the communicators. The horizon of meanings, where he undertakes the localisation, he calls “Lebenswelt”²⁹. The terms and definitions of privacy and publicity are intertwined in a special way. Experiences of the communicator in his “Lebenswelt” flow into his debate. And he decides, if the debate contains public relevance or remains private³⁰. But public cannot be regarded as a topographical space. Instead, it is a temporal, symbolical space, which only arises in the debate of the communicator.

Thus, privacy as opposed to publicity has to be adapted. Privacy cannot be localised as home or family, which is associated with certain procedures. Privacy can be in many places, also in the middle of public places.

²³ Translation: Public within groups

²⁴ Translation: Prevented intimacy

²⁵ PROST, Antoine: Grenzen und Zonen des Privaten. In: Prost, Antoine; Vincent, Gérard (ed.): Geschichte des Privaten. 5. Bd.: Vom Ersten Weltkrieg zur Gegenwart. Frankfurt a.M. 1993, p. 73.

²⁶ Cf. p. 76.

²⁷ RITTER, Martina: Alltag im Umbruch. Zur Dynamik von Öffentlichkeit und Privatheit im neuen Russland. Krämer, Hamburg 2008.

²⁸ HABERMAS, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns vol. 1&2. Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1981.

²⁹ Translation: lifeworld.

³⁰ RITTER, Martina: Die Dynamik von Privatheit und Öffentlichkeit in modernen Gesellschaften. VS Verlag, Wiesbaden 2008.

But why should a difference be made between privacy and publicity in a media culture, where private life permanently becomes public? With the publication of private matters, socio-spatial borders of access to scenes from the private world of other people will be skipped over. But the borders will not be abrogated. It is still up to the individual, as to what should remain private and what should be transferred into public space, even if the mediatization of privacy blurs the distinction of privacy and publicity³¹.

However, because of the wide-spread communication via social media the difference between private and public communication is more difficult. In the internet, which creates a global public, an entanglement between publicity and privacy is amplified.

Thereby, an important phenomenon becomes visible. Via user-generated content it was never easier, to make revenge campaigns against ex-lovers, mobbing campaigns against unpopular school fellows or torrents of hatred against ex-superiors accessible to the general public³². This happens often, with no possibility for the relevant people to respond.

But the reason is not only the low technical barrier, which makes these publications of private emotions easy. In fact, it is the additional attraction, which arises because of the apparent anonymity caused by the hidden identity via nicknames. So users can perpetuate their wisdoms on pinboards, in blogs or comment areas, sometimes like graffiti. Thus, within different net cultures the protection of privacy becomes more and more important, be it through the protection of content, personal data or privacy itself. This will be discussed in the next chapter.

2. REGULATIONS OF SOCIAL MEDIA

Over recent years, there has been a big increase in the usage of information and communication technologies. Many people, in their daily lives, spend most of their time in the networks of the internet environment. In other words, many transactions, regarding economic and social life, have started to be carried out in these electronic media.

The freedom of communication is one of the important rights that are given to the citizens by the State. Especially in recent years, because of technological improvement, new regulations are being put into force across

³¹ WEIB, (2002b), p.82.

³² THIMM (2004), p. 63.

Europe in communication areas. Parallel to these regulations, Turkey has to make new arrangements on this subject. It is stated in the Turkish Constitution (Article 22) that everyone has the right to freedom of communication and the secrecy of communication is fundamental³³.

Social media is a new concept in the medium of the internet which has many members all around the world. The countries started to create their own “social media laws”. In the integrating world, not only a global social media policy, but also a privacy policy should be created. With the implementation of these activities, there was a need to build up new regulations for the protection of the user’s rights in the social media. The personal data is one of the most important values that should be protected in this area. In recent years, countries all around the world started developing their own regulations for the protection of personal data. Due to the importance given to this subject, personal rights, privacy and personal data will be discussed in this part of the article, as they are applied in Turkey and Germany.

2.1 An Overview of the Personality Rights

Personality rights are mentioned in several international treaties. According to the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) dated 10 December 1948, Article 12, “No one shall be subjected to arbitrary interference of his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” In the European Convention on Human Rights (04 November 1950), in article 8, it is stated that everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence³⁴. This article respects private life and protects people against interference by other individuals.

In many countries, personal rights are under the protection of the State. In Germany, the general right to personal life has been constitutionally guaranteed by Articles 1 and 2 of the Basic Law (Grundgesetz - GG) as a basic

³³ In consequence of numerous regulations on the right to privacy, the Press Law and the Telecommunication Law must be also be taken into consideration within the freedom of communication.

³⁴ In the European Convention on Human Rights article 2/2 states that there shall be no interference by a public authority with the exercise of this right. There can be exceptions in accordance with the law and when it is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety, the economic well-being of the country. The prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, and the protection of the rights and freedoms of others are also included in these exceptions.

right which is also recognised in the case law of the Bundesgerichtshof since 1954.

GG Article guarantees the protection of human dignity and the right to free development of the personality. The respect and protection of human dignity is the duty of all state authority. No one can completely and conclusively relinquish his right to his name (BGB Art. 12) or another personality right. This would contradict the guarantee of human dignity (Art. 1 GG) and of the right to self-determination (Art. 2 GG).

The general personality right must be regarded as a constitutionally guaranteed fundamental right. According to article 2 of GG which consists of personal freedoms, every person has the right to free development of his personality as long as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

In the 19th century, the idea of right to personality was first described by German jurists like Dernburg, Gierke and Kohler³⁵. According to these jurists, personality rights are rights that give sovereignty to the person over their material and moral assets³⁶. And with the statement in GG, “to respect and protect the honour and dignity of a person is the duty of the State”, personality rights were taken into consideration in German Positive Law.

In Germany personality rights are protected under the German Civil Code (BGB) paragraphs 823 and 826. According to paragraph 823 (1), a person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or other right of another person, is liable to make compensation to the other party for the damage arising from his actions. Here, in 823 some of the personality rights are mentioned and for the rest which are not stated in this paragraph, a general term is used as “other rights” (sonstiges Recht)³⁷.

In Turkey, the main provisions on personality rights are introduced under Private Law in the TCC (Turkish Civil Code)³⁸ and TCO (Turkish Code

³⁵ AKİPEK, J./AKINTÜRK, T./ATEŞ, Karaman, D.: Türk Medeni Kanunu Kişiler Hukuku (Turkish Civil Code Law of Persons), V. I, 7. Ed., Istanbul 2009, p. 342.

³⁶ GIERKE, Otto von: Deutsches Privatrecht, vol. 1 Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, p. 703.

³⁷ LARENZ, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, München 1980, p. 99.

³⁸ AKİPEK, AKINTÜRK, KARAMAN, ATEŞ, p. 354; OĞUZMAN, Kemal- SELİÇİ, ÖZER-OKTAY - ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Law of Persons), 10. Ed., Istanbul 2010, p. 162.

of Obligations). Personality rights are absolute rights that are given to a person at birth³⁹. The “numerus clausus” principle is not accepted for the content of personal rights in the TCC⁴⁰. In other words the personality rights are not specified individually. The legislator did not want to limit the content of the right to personality. All the values that are related with the personality can be included in the personality rights⁴¹ like their name, life, honour, freedom, health, body, secrets, photos, voice, and many more⁴². But especially, some of them are protected in different articles separately like, name in TCC Article 26-27 and human body TCO Article 54-56.

As biological substances of human origin are part of a human body, they are also included in the personality rights. These biological substances that are mentioned in the TCC, are living organisms or parts of the body⁴³. According to the last paragraph of article 23 of the TCC, the extraction, vaccination and transfer of biological substances of human origin is subject to the written consent of the body concerned. But there are also exceptions in practice. If the vaccination is needed because of the general health care of society, there is no need for a written consent of the person⁴⁴.

It is stated that no one may waive even partially his rights and capacity to act freely neither a person may waive his freedom nor anyone may impose restrictions on a person contrary to the laws and ethics (TCC Art. 23). This article gives a general view of right to personality with the basic rights like legal capacity and the capacity to act, which cannot be waived. The only limitation of this article is public order. For example, no one can limit his

³⁹ BULUT, Harun: Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul 2006, p. 9; Y.H.G.K. 28.03.2001, 276-289; Y. 4.H.D. 30.05.1983, 4708-5665.

⁴⁰ TÜFEK, Ömer Faruk: Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali, 2. Ed., Ankara 2007, p. 19.

⁴¹ HONSELL, H./VOGT, N.P./GEİSER, T.: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, 2006, Basel-Genf-München, Art. 28, N.8; 4. H.D. 10.02.1998, 9037/317 (YKD. 1998/4, p. 509)

⁴² DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.2, Kişiler Hukuku, 8. Ed., İstanbul 2006, s. 98; Özsunay, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 5. Ed., İstanbul 1982, p. 98; AYAN, Mehmet, AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, Konya 2011, p. 56.

⁴³ AKÜNAL, T. (2012): “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Sorumluluğu üzerine Düşünceler”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. Sempozyum, İstanbul 1983, p.20; In the transfer of biological substances, the forensic science has its own rules, ibid. Toom, V. (2012): “Bodies of Science and Law: Forensic DNA Profiling, Biological Bodies, and Biopower”, Journal of Law and Society, 39, p. 151.

⁴⁴ AKİPEK/AKINTÜRK/KARAMAN/ATEŞ, p. 363.

legal capacity to act or his freedom, e.g. a person can not promise to work in the same job in all his life. These limitations of the personality rights must not be against legal and ethical rules, e.g. no one can give an undertaking that he will not sue anyone at all or will never be a member of a political party. If a contract is signed about these kinds of limitations, the contract will be seen as null and void from the beginning as stated in the Turkish Code of Obligations (TCO) Art. 27, e.g. if an engaged couple makes a contract with each other that they must marry in the future, this contract would be also invalid.

There is a basic principle in TCC Art.24 which protects the personality against the individuals who made the assault. The breach against personal rights is considered contrary to the law unless the assent of the person whose personal right is damaged, is based on the reasons related to private or public interest and use of authorisation conferred upon by the law. This article is put into force especially for unfair attacks against personality rights. The violation can be in several ways on the material integrity – like body, voice or moral integrity – like honour and dignity, secrets and photos of the personality⁴⁵. This article is also applied directly in the Turkish Press Code (TPC). The personality rights are also protected under TPC in several articles like, 11, 13, 14⁴⁶. The press is seen as the “fourth force” in society and has duties to the public such as, giving news, enlightening society and forming public opinion⁴⁷. Although there is the freedom of press, it is limited under the Article 24 in TCC. For this reason, people working in this sector must be honest, objective, respectable and accurate.

In Germany, in addition to the articles about personality rights in the BGB, there is also very high constitutional protection of free expression of opinions in Art. 5 GG⁴⁸. For this reason the legitimacy of free speech is

⁴⁵ In Turkey, in the case of a violation of personality rights a lawsuit can be brought. Besides, there are also more penalties for those who acted against those rights. According to article 25 of TCC, the claimant may demand from the judge to take action for prevention of assault, elimination of such threat and determination of unlawful consequences of the assault even though it is discontinued. In addition to such action, the claimant may also request publication or notification of the recovery or the judgment to the third parties.

⁴⁶ KILIÇOĞLU, p. 177.

⁴⁷ KILIÇOĞLU, p. 143; TÜFEK, p. 106.

⁴⁸ It is also stated in Art. 26 of the Turkish Constitution that “Everyone has the right to express and disseminate his thoughts and opinion by speech, in writing or in pictures or through other media, individually or collectively. This right includes the freedom to receive and impart information and ideas without interference from official authorities. This provision shall not preclude subjecting transmission by radio, television, cinema, and similar means to a system

presumed. This is also valid in acrimonious debates in online forums. The OLG Koblenz decision⁴⁹ makes clear that criticism should be accepted in a public discussion, unlike discussions in online forums which could be exaggerated and even polemic. Otherwise there would be a danger of paralysis or narrowing of free expression of opinion. Only so called abusive criticisms can be thought of as value judgments without any objective basis in any sense, which turn to malicious and nasty abuses. When the defamation of a person dominates the discussion and there is no more involvement with the main subject, the border of abusive criticism is exceeded⁵⁰.

Honour and dignity which are included in personality rights are very close with freedom of press and free expression of opinion. The limit of freedom of press is drawn in TCC article 24⁵¹. There is an interest by the public to know the news about the people who are working in high positions in the public sector or those in the public eye. Therefore these kinds of people should be separated from the ordinary people. The news, that are given about these people, related to their private lives should be discussed within the borders of privacy⁵².

If pictures of a personal nature⁵³ and in connection with a recreational activity published on the internet are linked to a report discussing critically the legal activities of the person in the picture, then the depicted lawyer is entitled to an injunction under § 1004, 823 BGB, 22, 23, Copyright Act, if the link to

of licensing.

The exercise of these freedoms may be restricted for the purposes of protecting national security, public order and public safety, the basic characteristics of the Republic and safeguarding the indivisible integrity of the State with its territory and nation, preventing crime, punishing offenders, withholding information duly classified as a state secret, protecting the reputation and rights and private and family life of others, or protecting professional secrets as prescribed by law, or ensuring the proper functioning of the judiciary.

⁴⁹ OLG Koblenz, judgment of 7th December 2007, MMR 2008, 54.

⁵⁰ HOEREN, Thomas: "Persönlichkeitsrechte im Web 2.0." In: KLEIST, Thomas; ROßNAGEL, Alexander; SCHEUER, Alexander (ed.): Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog. Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Band 40. Baden-Baden: Nomos 2010, p. 487.

⁵¹ Therefore, news without any control can violate one's personality rights and this can transcend the boundaries of the personality rights and violate the honour and dignity. There is a very sensitive and thin boundary between public disclosure and personality rights. The press has a right of criticism, but the public interest must be discussed, as well. Y. 4.H.D. 27.03.2001, 2000/11119-3040; Y.4.H.D. 15.05.2002, 4-402/412; Y.H.G.K. 15.03.2003, 521/586.

⁵² BULUT, p. 159; Y.4.H.D. 12.04.1979, 1978/9042.

⁵³ KILIÇOĞLU, p. 44.

the images is used to underpin the critical remark (Munich Higher Regional Court, judgement of 26 June 2007 - 18 U 2067/07, MMR 2007, 659). Even if the images may still be understood as a contribution to a general discussion, the legitimate interest by the pictured person in his privacy outweighs that of the news organisation from publishing, because the published photo is taken out of the private context and used as proof of the criticism. In accordance with § 23 paragraph 1 No. 1 Copyright Act a lawyer is typically not a person relative to history and therefore has a claim for an injunction against the publication of photos against the newspaper Die Welt⁵⁴.

It is difficult to separate public and private life of the persons who have submitted themselves to the attention of the public⁵⁵. According to the Court of Appeals in Turkey, these kinds of interventions are seen mandatory by the press⁵⁶. It is thought that the public interest is very important in these news⁵⁷. If there is public interest, the critics would be founded on a legal basis.

Both in Turkey and Germany the secrets of a person are also included in the personal rights and his privacy which form part of the secret sphere, like personal letters, recordings, professional experiences⁵⁸, e.g. the publication of a private e-mail can be an invasion into the personal rights of the sender or person concerned.

In the Turkish Constitution the privacy of individual life⁵⁹ and the nature of fundamental rights and freedoms are published in two different articles (Article 12 and 20)⁶⁰. Everyone possesses inherent fundamental rights and

⁵⁴ HOEREN, (2010), p. 483.

⁵⁵ According to the decisions of the Court of Appeals in Turkey, if there is public interest in the news or in the publication, it is thought that there is no violation of personality rights; Yarg. HGK. 19.03.2008, T. 2008/4-263 E. 2008/262; Yarg. 4. HD., 28.04.1987, 2077/3267; Yarg. 4. HD., 12.04.1979, 9042/4435. Public interest means community interest, not individual; Yarg. 4. HD. 11.03.2008, 739/3149; HGK. 25.06.2008, 4-445/450.

⁵⁶ 4. H.D. 16.12.1978, 9419/12048; 4. H.D. 09.03.1953, 473/1093; 4. H.D. 27.06.2006, 6753/7795; KILIÇOĞLU, A.: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008, p. 25.

⁵⁷ KILIÇOĞLU, p. 151.

⁵⁸ LG Köln, judgment 28th May 2008 – 28 O 157/08; TÜFEK, p. 117, Y.4. H.D. 03.03.2000, 2000/522E., 2000/8659.

⁵⁹ ARASLI, Oya: Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasası'nda Düzenleniş, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi (not published), Ankara 1979.

⁶⁰ The right to legal protection of private life, honour, name and the right to determine one's private life were introduced in Turkish Constitution which also contains guarantees of freedom to communicate and protection of secrecy of communication, guarantees of freedom

freedoms which are inviolable and inalienable. The fundamental rights and freedoms also comprise the duties and responsibilities of the individual to society, their family, and other individuals. The privacy of individual life is also taken under protection as everyone has the right to demand respect for his private and family life. It is added that the privacy of an individual or family life cannot be violated⁶¹.

Privacy issues are taken very seriously in Germany⁶², especially in recent years. Germany and France have very strict rules on this issue. For example, CNIL (French National Freedom and Information Commission) rejected Fiat's request to send personal data of their workers from their branch in France to their headquarters in Italy⁶³ by reasoning that Italy did not have a strong enough data protection code at that time.

Germany's privacy laws generally restrict photographs of people and property without a person's consent except in public places⁶⁴. The picture of a person is also included in his privacy. Photos of a company's employees may be published on the internet only with their consent. This can be also applied to company executives, who represent the company to the public.

2.2 Personal Data and Data Protection

Data protection has been at the core of privacy legislation around the world. Within this category are the Data Protection Acts of the European Union's (EU) member states, mandated by the EU Data Protection Directive 95/46⁶⁵. "Personal data" is also described in the United Kingdom's Data Protection Act (DPA) 1998⁶⁶. According to this Act, "personal data" concerns

to express opinions and to obtain and disseminate information, as well as guarantees of consumer protection against the actions threatening their privacy.

⁶¹ BAYRAKTAR, Köksal: Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, Maltepe University Law Journal, Year: 2007, No: 1, p. 111.

⁶² In German the term "Privatsphäre" is generally used for "privacy".

⁶³ AKTARAN CATE, Fred H.: "The EU Data Protection Directive, Information Privacy and the Public Interest", Iowa Law Review 1994-1995, p. 439 (Deliberation no. 89-78 du 11.07.1989).

⁶⁴ HOEREN, Thomas (2010), p. 483; According to the Turkish Intellectual and Artistic Works Code Art. 86, the pictures of a person cannot be displayed without his consent. TÜFEK, p. 110, Y.4. H.D. 11.02.1985, 9517-958; Y.2. H.D. 29.01.1976, E. 9404 K. 625.

⁶⁵ BAJAJ, Kamlesh: Promoting Data Protection Standards through Contracts: The Case of the Data Security Council of India. Review of Policy Research, Volume 29, Number 1, 2012, p. 131-139.

⁶⁶ The Data Protection Act 1998 is a United Kingdom Act of Parliament which regulates the data on identifiable living people. This Act which mentions the protection of personal data in

data which relate to a living individual who can be identified from such data, or other information which is in, or likely to come into, the possession of the data controller. Individuals can be identified by various means including their name and address, telephone number or email address, but anonymous or collective data is not regulated in this Act⁶⁷. Therefore it is clear that there is a strong link between personal data and personality rights. Accordingly, illegal usage and storage of these data cause the violation of personality rights.

The protection of personal data is also a part of the Maastricht Treaty⁶⁸. In this context, the meaning of “personal data” must be clarified. In Germany the general term “Datenschutz” is used for the collection, storage and usage of personal data. According to EU Data Protection Directive 95/46/EC⁶⁹, “personal data” shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person⁷⁰. Thus, the definition of “identifiable person” is very important. An identifiable person can be described as one who can be identified, directly or indirectly, by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity⁷¹. So if the person is not identifiable, his personal data cannot be under the protection of EU Data Protection Directive 95/46/EC.

A large number of sensitive data and information are kept by social media platforms like Facebook, StudiVZ, Twitter, LinkedIn⁷². The users have

the UK, aims to bring UK law in parallel with the European Directive of 1995 which protects fundamental rights and freedoms of the people in Member States and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data; http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/detailed_specialist_guides/personal_data_flowchart_v1_with_preface001.pdf

⁶⁷ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/section/1> [last access: 03.04.2012]

⁶⁸ Treaty on European Union, 07.02.1992, OJ C 224/01 (1992)

⁶⁹ Directive 95/46/EC of the European Parliament and the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data. OJ L 281 p. 31, date: 23.11.1995 (<http://eur-ex.europa.eu/Notice.do?val=307229:cs&lang=en&list=307229:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=95/46/EC~&checkbox=checkbox&visu=#texte>) [last access: 03.04.2012]

⁷⁰ The term ‘personal data’ undoubtedly covers the name of a person in conjunction with his telephone number or information about his working conditions or hobbies – Paragraph 24 of the Opinion of Advocate General Tizzano in the Lindqvist case (Bodil Lindqvist v Aklagarkammaren i Jonkoping – Case Commissioner-101/01 – European Court of Justice) delivered on 19 September 2002.

⁷¹ http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf [last access: 03.04.2012]

⁷² The LG Berlin recently decided (judgment of 6 September 2007 – case docket number 23 S

the option to give their personal data in these platforms about themselves e.g. personality profiles and photos. These platforms not only save these data, but also they get to know the behaviour and the interests of their users. It is known that the providers must take the necessary technical organisational measures to guarantee data security.

In Germany, storage and usage of personal data is legal within the consent of the person or the existence of a rule of law. In other words, without the permission of the person, the personal data kept about him would be seen as illegal.

Personal data must be kept in good faith on a legal basis. As it is stated in the 6th article of the EU Data Protection Directive 95/46/EC, it is forbidden to record these data without the knowledge of the person by different technical means.

For example, Facebook is threatened with legal action because of the violation of privacy and data protection laws. German officials have launched legal proceedings against Facebook for accessing and saving the personal data of people who are not registered in this social network⁷³. Facebook is accused of saving private data of non-members without their permission, to be used for marketing purposes. It is accepted that data from persons who have declared their consent to store their profiles, can be stored in the database of the network. In other words, because of data protection and privacy, the personal data will only be stored if the person is a registered user of Facebook and he or she is currently logged into the service.

The aim of data protection is to protect the personal data which can be thought of as part of personal rights on the one hand and to prevent the improper storage on the other. Recording of data and unlawful delivery and acquisition of data without the consent of the person are taken into consideration in the Turkish Criminal Code in two articles. According to article 135 of the Turkish Criminal Code, the person who unlawfully records personal data including the political, philosophical or religious concepts of

3/07) that any storage of IP-addresses or any other personal data that exceeds the actual time of the visit infringes § 15 Telemediengesetz (TMG). This judgment, as well as preceding ones, did not only cause a great uncertainty amongst the persons concerned as to what was still legal according to data privacy law but also led to fears in respect to the evolution of a new wave of warnings.

⁷³ SCHMIDT, Jürgen: Das-Like-Problem, 2011. <http://www.heise.de/security/artikel/Das-verraet-Facebooks-Like-Button-1230906.html> [last access: 02.04.2012]

individuals, or personal information relating to their racial origins, ethical tendencies, health conditions or connections with syndicates is punished with imprisonment from six months to three years. Thus it can be said that to record the personal data without consent of the person, can cause the violation of personality rights. In this case two different law suits can be brought, one is for the damages and the other for the penalty regarding the illegal recording.

Many of the countries in the world have been preparing their own data protection codes. In Turkey personal data are protected under several codes, but still no specific code is in force. As personal data are included in the personality rights, they are the fundamental rights given by the State. For this reason, the necessary arrangements about personal data should be organised by a specific Code, as in Germany. The Data Protection Code (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) in Germany was first put into force in 1978. In addition to this code, every federal state has formed their own Code (Landesdatenschutzgesetz).

In Turkey, a draft has been prepared in 2008, but not yet become law, about the protection of personal data⁷⁴. According to the draft, a specialised Institution called “The Protection of Personal Data Institution” will be formed to control the storage and translation of personal data. The person whose rights are violated, can apply to the commission under this Institution for the protection of their personal data and besides that, a law suit can be brought for damages, according to the TCC.

As stated above, the consent to protection of personal data and procedures are regulated in several Codes⁷⁵. Unlawful delivery or acquisition of personal data are punishable under article 136 of the Turkish Criminal Code. The person who unlawfully delivers data to another person, or publishes or acquires the same through illegal means is punished with imprisonment from one to four years.

In recent years, Germany considered restrictions on the use of social media. The German Cabinet presented a bill dated August 25th, 2010 to Parliament which would restrict employers’ use of social media in their recruitment process. This bill appears to be one of the first pieces of national legislation. It aims specifically to regulate employers’ use of social media content for employment purposes. Under the current version of the bill,

⁷⁴ www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf [last access: 02.04.2012]

⁷⁵ KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, p. 2010.

employers would be permitted to access only social media content that the applicant makes publicly available, therefore social media content restricted to “friends only” would be off limits.

Many employers use social networking sites, while searching for new employees. And when they find candidates for their firms, initially they prefer researching these people in social media platforms. Germany has drafted a new law which will prevent employers from looking at a job applicant's pages on social networking sites during the employment process.

With this draft the employers will no longer have the right to research the job candidates in their personal pages which they have in the social media, like Facebook. However, there is an exception for social media platforms which are only used by members to publish their qualifications, e.g. XING and LinkedIn⁷⁶.

A great number of personnel managers initially research the job applicants in the networks before inviting them to a job interview. There are some examples in practice, that potential employers reject job applicants after looking at their profiles in the networks, based on what they found there. For that reason, according to the draft, it is acceptable for an employer to have the job candidate's name, address, telephone number and e-mail address, but further research is forbidden. This draft -also states that the companies will only be able to monitor employees' telephone calls and e-mails under certain conditions, and firms will be obliged to inform staff accordingly⁷⁷. It is said that this rule would create “an equitable balance between the interests of employees in protecting personal data and the legitimate interests of employers”⁷⁸.

⁷⁶ Article 32, paragraph 6, p. 2 BDSG-E.

⁷⁷ SANCHEZ ABRIL, Patricia; LEVIN, Avner; DEL RIEGO, Alissa: Blurred Boundaries: Social Media, Privacy the Twenty-First-Century Employee, American Business Law Journal, 49 (2012), pp. 65.

⁷⁸ http://www.bundesregierung.de/nn_1264/Content/DE/Artikel/2010/08/2010-08-25-beschaeftigungsdatenschutz.html [last access: 03.04.2012]

CONCLUSION

The use of information and communication technologies is increasing each and every day in the modern world. As a result of this the online communication becomes a central element of the cultural change of privacy. In this article the implementation of social media and privacy policies have been discussed with examples from Turkey and Germany.

The central character of social media is the active user, who mutates to a “prosumer” due to the participatory possibilities. Simultaneously he is producer, consumer and programme manager in the web. In this capacity social media activists permanently change their roles between a digital exhibitionist and a digital voyeur. On the one hand they post their complete profile on social media platforms, on the other they follow micro blogs, “like” comments and watch private videos on video platforms.

Networking with each other is the central principle of society. Today many people want contact with more people in their personal lives through their social networks than face to face contacts, email and phone. The so-called social media tracker 2010 “wave.5” concluded that on average people stay in contact socially with 52 people via these networks⁷⁹.

Krotz pointed out temporal, spatial and social blurring of the boundaries by social media, which accelerate the change of culture into media culture. The question of the change of privacy will be derived from the more complex forms of media communication. Many signs point out the change of culture to media culture combined with a change of privacy. Because of the widespread communication via social media the differentiation between private and public communication is more difficult. In the internet, which creates a global public, an entanglement between public and privacy is amplified.

In this context the important question arises about how you can protect a person, when you can see, use and abuse every data of everyone in the world. In that information society, the personal right has developed into a common right of media and information self-determination. Without batting an eyelid, users post their very private data on many platforms. How should the State react? Can, may and should the State protect the citizens from themselves?

In Germany personal rights are strictly protected by the German Constitution and German Civil Code. Some limitations arise from a high

⁷⁹ Universal McCann GmbH: Wave.5 The Socialisation of Brands. http://universalmccann.de/social_media_studie/wave5/ [last access: 02.04.2012]

degree of constitutional protection of free expression of opinions, e.g. in online forums. Only so-called abusive criticisms can be thought of as value judgments without any objective basis in any sense, which turn to malicious and nasty abuses.

The draft of Art.32, paragraph 6 p.2 BDSG-E. The legislature differentiates between privately used social network platforms like Facebook and platforms like XING or LinkedIn mostly used for publishing qualifications. With this draft the employers will no longer have the right to search for job candidates in their personal pages which they have in the privately used social media platforms, on the other hand the search is allowed on platforms used by members to publish their qualifications. But the criteria are very soft. Indeed members of XING use this platform for professional affairs. But there are also many groups and forums, which also deal with private themes, e.g. fans of football clubs. It will have to be assessed, how practicable this distinction will be for the courts.

In Turkey, the main provisions on personality rights are introduced under Private Law in the TCC. But the personality rights are not specified individually. The lawmaker did not want to limit the content of the right to personality. Personal data are protected under several codes, but there still is no specific code in force. A draft has been prepared about the protection of personal data in 2008. According to the draft, a specialised Institution called “The Protection of Personal Data Institution” will be formed to control storage and translation of personal data. In our opinion, this kind of institution is urgently needed. The average age of Turkish people is 29,2⁸⁰; much younger than in Germany (44,2⁸¹). This is probably one of the reasons, why the activity of Turkish people on social media platforms is higher than in Germany. It can be assumed, that the behaviour of Turkish users is very similar to that of German users. Thus, the protection of privacy and personal data will be one of the greatest challenges for the future.

⁸⁰ Turkish Institute for Statistics: http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?tb_id=39&ust_id=11 [02.04.2012]

⁸¹ Demography report of the EU <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home> [02.04.2012]

REFERENCES

- ACKERMANN, Judith: Masken und Maskierungsstrategien – Identität und Identifikation im Netz. In: ANASTASIADIS, Mario; THIMM, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 10. Peter Lang, Frankfurt/New York 2011.
- AKTARAN CATE, Fred H.: “The EU Data Protection Directive, Information Privacy and the Public Interest”, Iowa Law Review 1994-1995, p. 439 (Deliberation no. 89-78 du 11.07.1989).
- AKİPEK, Jale; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya.: Türk Medeni Kanunu Kişiler Hukuku (Turkish Civil Code Law of Persons), V. I, 7. Ed., Istanbul 2009.
- AKÜNAL, Teoman: “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Sorumluluğu üzerine Düşünceler”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. Sempozyum, İstanbul 1983.
- ARASLI, Oya: Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasası’nda Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi (not published), Ankara 1979.
- AYAN, Mehmet, AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, Konya 2011.
- BAJAJ, Kamlesh: Promoting Data Protection Standards through Contracts: The Case of the Data Security Council of India. Review of Policy Research, Volume 29, Number 1 (2012), p. 131-139.
- BAYRAKTAR, Köksal: Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi, Maltepe University Law Journal, Year: 2007, No: 1.
- BULUT, Harun: Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul 2006.
- DIGGELMANN, Oliver: Grundrechtsschutz der Privatheit. In: Der Schutzauftrag des Rechts. Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vol. 70. De Gruyter, Berlin/Boston 2011.
- DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.2, Kişiler Hukuku, 8. Ed., İstanbul 2006.

- GIERCKE, Otto von: Deutsches Privatrecht, vol. 1 Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.
- HABERMAS, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns vol. 1&2. Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1981.
- HEPP, Andreas: Medienkultur. Die Kultur mediatisierter Welten. VS Verlag, Wiesbaden 2011.
- HÖFLICH, Joachim: Der Computer als “interaktives Massenmedium”. In: Publizistik 39 (1994), p. 389-408.
- HÖFLICH, Joachim: Vom dispersen Publikum zu “elektronischen Gemeinschaften”. In: Rundfunk und Fernsehen 43 (1995), p. 518-537.
- HÖFLICH, Joachim: Technisch vermittelte interpersonale Kommunikation. Grundlagen – organisatorische Medienverwendung – Konstitution “elektronischer Gemeinschaften”. Westdeutscher Verlag, Opladen 1996.
- HOEREN, Thomas: “Persönlichkeitsrechte im Web 2.0.” In: Kleist, Thomas; Roßnagel, Alexander; Scheuer, Alexander (ed.): Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog. Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), vol.40. Nomos, Baden-Baden 2010.
- HONSELL, Heinrich; VOGT, Nedim Peter; GEISER, Thomas: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, 2006, Basel-Genf-München, Art. 28, N.8; 4. H.D. 10.02.1998, 9037/317 (YKD. 1998/4, s. 509)
- KILIÇOĞLU, Ahmet.: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008.
- KONERT, Bertram; HERMANN, Dirk: Der private Mensch in der Netzwelt. In: WEIß, Ralph; GROEBEL, Jo (ed.): Privatheit im öffentlichen Raum. Medienhandeln zwischen Individualisierung und Entgrenzung. Leske + Budrich, Opladen 2002.
- KROTZ, Friedrich: Elektronisch mediatisierte Kommunikation. Rundfunk und Fernsehen 43, 4 (1995), pp. 445-462.
- KROTZ, Friedrich: Mediatisierung kommunikativen Handelns. Der Wandel von Alltag und sozialen Beziehungen, Kultur und Gesellschaft durch die Medien. Westdeutscher Verlag, Opladen 2001.
- KROTZ, Friedrich: Mediatisierung: Fallstudien zum Wandel von Kommunikation. VS Verlag, Wiesbaden 2007.

- KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.
- LARENZ, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, München 1980.
- NETTESHEIM, Martin: Grundrechtsschutz der Privatheit. In: Der Schutzauftrag des Rechts. Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vol. 70. De Gruyter, Berlin/Boston 2011.
- OĞUZMAN, Kemal- Seliçi; ÖZER- OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku (Law of Persons), 10. Ed., Istanbul 2010.
- ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 5. Ed., Istanbul 1982.
- PESCHKE, Lutz; SCHRÖDER, Alina: Visualisiertes Lernen im Web 2.0. Audiovisuelle Kommunikation durch Wissensspots. In: ANASTASIADIS, Mario; THIMM, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 10. Peter Lang, Frankfurt/New York 2011.
- PROST, Antoine: Grenzen und Zonen des Privaten. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (ed.): Geschichte des Privaten. 5. Bd.: Vom Ersten Weltkrieg zur Gegenwart. Frankfurt a.M. 1993, pp. 15-152.
- REICHERTZ, Jo: Die Macht der Worte und der Medien. Zweite Auflage. VS Verlag, Wiesbaden 2008, p. 17.
- RITTER, Martina: Alltag im Umbruch. Zur Dynamik von Öffentlichkeit und Privatheit im neuen Russland. Krämer, Hamburg 2008.
- RITTER, Martina: Die Dynamik von Privatheit und Öffentlichkeit in modernen Gesellschaften. VS Verlag, Wiesbaden 2008.
- SANCHEZ ABRIL, Patricia; LEVIN, Avner; DEL RIEGO, Alissa: Blurred Boundaries: Social Media, Privacy the Twenty-First-Century Employee, American Business Law Journal, 49 (2012), pp. 65.
- SCHMIDT, Jürgen: Das-Like-Problem. <http://www.heise.de/security/artikel/Das-verraet-Facebooks-Like-Button-1230906.html>, 2012 [last access: 02.04.2012]
- THIMM, Caja: Ökosystem Internet. Zur Theorie digitaler Sozialität. In: ANASTASIADIS, Mario; THIMM, Caja (ed.): Social Media. Theorie und Praxis digitaler Sozialität. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 10. Peter Lang, Frankfurt/Wiesbaden 2011.

- THIMM, Caja: Medienkultur und Privatheit: Privatheit und Öffentlichkeit im medialen Diskurs. In: LENDERS, Winfried (ed.): Medienwissenschaft. Eine Herausforderung für die Geisteswissenschaft. Bonner Beiträge zur Medienwissenschaft vol. 2. Peter Lang, Frankfurt/New York 2004.
- TOOM, Victor: "Bodies of Science and Law: Forensic DNA Profiling, Biological Bodies, and Biopower", Journal of Law and Society, 39 (2012), p. 151.
- Universal McCann GmbH: Wave.5 The Socialisation of Brands. http://universalmccann.de/social_media_studie/wave5/ [last access: 02.04.2012]
- TÜFEK, Ömer Faruk: Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali, 2. Ed., Ankara 2007.
- WARMAN, Matt: Online Right "To be Forgotten" Confirmed by EU, TELEGRAPH (Mar. 17, 2011, 12:53 PM), <http://www.telegraph.co.uk/technology/Internet/8388033/Online-right-to-beforgotten-confirmed-by-EU.html>, (2011) [last access: 02.04.2012]
- WEIß, Ralph: Privatheit im „öffentlichen Raum“ – Klärungsbedarf. In: WEIß, Ralph; GROEBEL, Jo (ed.): Privatheit im öffentlichen Raum. Medienhandeln zwischen Individualisierung und Entgrenzung. Leske + Budrich, Opladen 2002.
- WEIß, Ralph: Vom gewandelten Sinn für das Private. In: WEIß, Ralph; GROEBEL, Jo (ed.): Privatheit im öffentlichen Raum. Medienhandeln zwischen Individualisierung und Entgrenzung. Leske + Budrich, Opladen 2002.

BOŞ

ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL KARARLARININ SAKATLIĞI VE MÜEYYİDESİ

Hasan PULAŞLI*

ÖZET

Genel kurul kararları hakkında, aynı zamanda hukuki işlem olmaları nedeniyle, sakat hukuki işlemlere uygulanan müeyyideler uygulanabilir. 6102 sayılı TTK ile, genel kurul kararlarının sakatlığı, 6762 sayılı TTK'ya nazaran farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu farklılık, alınan kararların butlanı, kararların iptali için açılan davalarda ileri sürülen aykırılıkların, genel kurul kararlarının alınmasında etkili olması ve özel iptal sebepleri konularında olmuştur. 6102 sayılı TTK'da butlanla malul genel kurul kararları açıklanmasına rağmen, yokluk müeyyidesinin hangi hallerde ve neye göre söz konusu olacağına dair hiçbir hüküm yer almamıştır. Bu sebeple yokluk müeyyidesi ile ilgili olarak, genel hükümlere ve bu konudaki doktrin ve uygulamadaki görüşlere müracaat edilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, genel kurul, butlan, iptal, yokluk.

(INVALIDITY AND SANCTION OF RESOLUTION OF GENERAL ASSEMBLY JOINT STOCK COMPANY)

ABSTRACT

Sanctions that are applicable for invalid legal transactions can be applied, since general assembly decisions are as well legal transactions. Invalidity of the general assembly decisions has been regulated divergently by Turkish Code of Commerce No 6102 in comparison to Turkish Code of Commerce No 6762. This divergence has been recognized in the matters related to the specific cancellation reasons and in order for the nullity of taken decisions, contradictions that are asserted in lawsuits brought to void the decisions to have influence on the general assembly decisions. No provision has been provided under which circumstances and based on which conditions the absence sanction shall apply, although general assembly decisions tainted by nullity have been defined under Turkish Code of Commerce No 6102. Therefore, it is necessary to refer to the general conditions and the doctrine and opinions on these practices in connection with the absence sanction.

Keywords: Joint Stock Company, general assembly, nullity, void, absence.

* Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Anonim ortaklıklarda genel kurul (GK), pay sahiplerinin veya temsilcilerinin usulüne uygun çağrı üzerine belirli bir gündemi görüşmek ve karara bağlamak için bir araya gelmesinden oluşan, ortaklığın karar ve irade organıdır. Hukukî sonuç doğuran bir irade beyanı olması nedeniyle genel kurul kararı, bir *hukukî işlem* niteliğindedir. Genel kurul kararının bu niteliği genel olarak Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında egemen görüş olarak kabul edilmektedir¹. Ancak tartışmalı olan husus, genel kurul kararının tek taraflı veya çok taraflı işlem olup olmadığıdır. Tek taraflı hukukî işlem olduğunu iddia edenler, iradenin bir bütün olarak “*anonim şirkete*” ait olduğuna dayanırlar, çok taraflı hukukî işlem olduğunu savunanlar ise, iradenin meydana gelişini göz önüne almakta ve tüzel kişilerin iradesinin kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak toplanan genel kurulda hukuken geçerli oylama sonucunda oluştuğunu belirtirler². Genel kurul kararının oluşumu açısından çok taraflı işlem niteliğinin daha ağır bastığı kanısındayım.

Genel kurul, oy hakkına sahip paysahiplerinin veya temsilcilerinin iradelerini açıkladığı ve bilgi aldığı ve ortaklık işlerine ilişkin bazı hakların kullanıldığı bir kuruldur.

Bir karar organı olması nedeniyle de GK, anonim şirketin faaliyetine dolaylı ve dolaysız olarak hâkimdir³. Ancak GK, eski öğretilde benimsenen artık aşılmış bulunan “hâkimiyet teorisine” göre (*Allmacht-Theorie, Omnipotenztheorie*), yürütme organına ait olan yetkileri kullanamaz ve onları üstlenemez⁴. Bugün tam anlamıyla olmamakla birlikte “eşitlik teorisi”(*Paritätstheorie*) geçerlidir.

¹ Arslanlı, H., Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, II-III, İstanbul 1960 s. 67, 128; Hırş, E., Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1946, s. 298; Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. bası, Adana 2003, s. 287; Moroğlu, E., Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, 1993, s. 6, Guhl, T. Das Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl. Zürich 1948, 82-83; BGE 51 II 69; Lehmann, H. Das Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Frankfurt 1959, s. 49; Würdinger, H., verbundener Unternehmen, s. 144.

² Bkz. Pulaşlı, Şirketler, 4. bası, s. 287 ve dn. 191’de yazılı literatür.

³ Arslanlı, H., A.Ş. II-III, s. 3. Yazar genel kurulu üst organ olarak kabul etmektedir.

⁴ Tanner, Brigitte, Obligationenrecht 5. Teil, Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Die generalversammlung, Zürich 2003, Art. 698, N. 34-35. Böckli, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N. 1256. Yazar İsviçre hukukuna uygun olarak genel kurulu üst organ olarak görmektedir.

I. YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE SAKAT GENEL KURUL KARARLARI

Genel kurul kararlarının geçerlilik şartlarının *başında*, toplantı ve karar nisaplarına uyulmuş olması gelir. *İkinci olarak*, kararların kanuna, esas sözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırı olmaması gerekir. *Nihayet* alınan karar veya kararların ticaret siciline tescil ve ilan ettirilmesidir. Ticaret siciline tescil ettirilmeyen hiçbir genel kurul kararı geçerlilik kazanamaz.

Yeni Türk Ticaret Kanununda (TTK) genel kurul kararlarının sakatlığı, 6762 sayılı eski TTK'ya nazaran farklı düzenlenmiştir. İlk olarak, eski kanunda bulunmayan ancak öğreti ve uygulamada yer alan butlana yeni Kanunda yer verilmiştir. Hemen belirtelim, Yeni Kanundaki genel kurul kararlarının butlanına ilişkin sebepler, sadece borçlar hukukunda öngörülenleri değil, aynı zamanda anonim şirketlere özgü olan sebepleri de içermektedir.

TTK m. 445 hükmünde, GK “*kararının iptalinin*”, kararın alınmasından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde mahkemeden talep edilebileceği düzenlenmiştir.

II.YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNDA GENEL KURUL KARARLARININ SAKATLIĞI

A. İPTALİ KABİL GENEL KURUL KARARLARI VE GENEL İPTAL SEBEPLERİ

İptale ilişkin teknik bir sorun, genel kurul kararlarının mahkeme kararıyla iptalinin yanı sıra, gerek mahkeme gerekse mahkeme dışında sulh yoluyla çözümünün mümkün olup olmadığıdır. İsviçre öğreti ve uygulamasında, bir GK kararının iptali davasında, GK kararının kaldırılması, (iptal edilmesi) sulh yoluyla değil, salt mahkeme kararıyla mümkündür⁵.

1. Genel İptal Sebepleri

Genel kurul kararlarının iptali davası yeni Kanunda, bir husus hariç, eski TTK'daki düzen aynen korunmuştur. **Yenilik**, TTK m. 446/1, b bendi hükmüdür. Buna göre;

“Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; **çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan**

⁵ BGE 80 I 385 (389). Dubs/Truffer, Basler Kommentar, 3. Auflage, Art. 706, N. 27.

kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri... iptal davası açabilir”.

Etki kuralının yeni Kanuna girmesinde Yargıtay’ın 11. Hukuk Dairesinin içtihatları etkili olmuştur⁶. Anılan Dairenin 19.07.2007 tarihli kararında, “.... Davacı **ortanın bilgi alma hakkının ihlali nedeniyle GK toplantısında yanlış bir kararın alınması**, diğer bir anlatımla **bilgi vermeme ile alınan kararlar arasında illiyet bağının bulunması halinde ancak alınan kararların iptali söz konusu olabilir**. Bu durumda, mahkemece... *salt bilgi edinme hakkının ihlalinden bahisle... GK kararının iptaline karar verilmiş olması doğru görülmediği* belirtilmiştir⁷.

Anılan madde hükmünde, “*çağrının usulüne göre yapılmadığı*”, “*gündemin gereği gibi ilan edilmediği*”, “*yetkisiz kişilerin genel kurula katıldıkları*” ve “*oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediği*” halleri sayılmaktadır. Acaba sayılan bu haller tahdidi mi, yani sınırlı sayı ilkesine göre mi belirlendiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Öğretide *Tekinalp*, yukarıda sayılan dört halin sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine göre belirlendiğini ileri sürmektedir⁸. Bu görüşe katılmak mümkün değildir, çünkü anılan maddede sayılan iptal sebepleri dışında TTK’nın başka hükümlerinde de GK kararlarının iptalinin dava edilmesi öngörülmektedir⁹.

Örneğin TTK m. 431/1 ve 2 hükümleri uyarınca, GK kararının iptali talep edilebilir. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 431/1 ve 2 hükümlerinde söz konusu hallerde açılacak iptal davasında, ancak hukuka aykırılığın ağır olması halinde genel kurul kararının iptal edilmesi gerektiği, buna karşın *iptal nedeninin genel kurul kararının alınmasında “etkili” olduğunun şirket tarafından ispat edilmesi halinde*, açılan iptal davasının mahkemece reddedilmesi gerektiği İsviçre öğretisinde oybirliği ile benimsenmektedir¹⁰.

⁶ Örneğin 11. HD’nin 19.07.2007 tarihli ve 2006/2171 sayılı ve K. 2007/10775 sayılı kararında bir genel kurul kararının iptal edilebilmesi için, aykırılık ile dava konusu karar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği belirtilmiştir (Bu karar için bkz. **Tekinalp**, Ü., Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul 2012, § 15, N. 9.

⁷ Bu kararın haklı eleştirisi için bkz. **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığı, § 15, N. 9.

⁸ Tek Kişi Ortaklığı, § 15, N.7.

⁹ Aynı şekilde **Dubs/Truffer**, Basler Kommentar, 3. Auflage, Art. 706, N. 17.

¹⁰ Bkz. **Schaad**, Hans-Peter, Basler kommentar, 2008, Art. 689e, N. 5. **Böckli**, P., Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage 2004, Basel Zürich Genf, § 12, N. 317, **Forstmoser/Meier-Hayoz**

Aynı şekilde, TTK m. 431/2 hükmüne göre, bir pay sahibinin talebine toplantı başkanının kurumsal temsilcilerin bildirimlerine rağmen açıklamaması halinde de, alınan genel kurul kararının iptali davasında da, şirketin, toplantıya katılan kurumsal temsilcilerin oylarının alınan karara ve yapılan yönetim kurulu seçiminde etkili olmadığını kanıtlaması halinde de, mahkemenin iptal davasını reddetmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, TTK m. 446/1 b bendinde sayılan dört halin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığını söyleyebiliriz.

B. ÖZEL İPTAL SEBEPLERİ

Yeni Türk Ticaret Kanununda 445. madde hükmündeki, “*kanuna, esas sözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırılığa ilişkin genel iptal sebeplerinin yanı sıra, bazı maddelerde özel iptal sebeplerine de yer verilmiştir. Bunlar şöyledir.*

1. Kurumsal Oy Temsilcilerinin Bildirim Yükümünü Yerine Getirmemeleri

Yeni TTK’da pay sahiplerinin kendilerini temsil ettirmeleri hususunda adi temsilin yanı sıra kurumsal oy temsilcilerine de (*Institutionelle Stimmrechtsvertreter*) yer verilmiştir (TTK m. 428, 429; İsv. BK m. 689c). Bunlar, organın temsilcisi, bağımsız temsilci, kurumsal temsilci ve tevdi eden temsilcisidir. Bu kurumsal temsilciler genel kurulda kendileri tarafından temsil olunacak payların sayılarını, çeşitlerini, itibarî değerlerini ve gruplarını şirkete bildirmek zorundadırlar. Bunlar **bu bildirim yükümünü yerine getirmedikleri takdirde, genel kurulda alınan kararlar, genel kurula yetkisiz katılmaya dair hükümler çerçevesinde iptal edilebilir** (TTK m. 431/1).

2. Bir Pay sahibinin Talebine Rağmen Toplantı Başkanının Kurumsal Temsilcilerin Bildirimlerini Açıklamaması

TTK m. 431/2 hükmü uyarınca, toplantı başkanı genel kurulda kurumsal temsilcilerin anılan maddenin 1. fıkrasındaki bildirimlerini açıklar. **Bir pay sahibinin istemine rağmen toplantı başkanı bu açıklamayı yapmamışsa, her pay sahibi şirkete karşı açacağı dava ile genel kurul kararlarının iptalini talep edebilir** (TTK m. 431/2).

Ancak belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde her iki halde de kurumsal temsilcilerin oylarının *alınan karara ve yapılan seçime etkili olmadığının şirket tarafından kanıtlanması halinde, mahkemenin iptal davasını reddetmesi*

Nobel, § 25, N. 37, dn. 32.

*gerektiği görüşü benimsenmektedir*¹¹. Dolayısıyla, bu iki halde, TTK m. 446/1 b (İsv. BK m.689e/2) hüküm uyarınca, “*etkili*” olma durumunun dikkate alınması gerekir.

3. Genel Kurula Murahhas Üyelerle En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Katılmamış Olmaması (TTK m. 497/2, 437/2).

Paysahiplerinin yönetime ilişkin sorularının cevaplandırılması için genel kurulda murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin hazır bulunması Kanunda öngörülmektedir (407/2). Aksi halde, **paysahipleri bu duruma itiraz edip bunu tutanağa geçirtmesi halinde, finansal tabloların onaylanması, bilanço kârının kullanılması, yönetim kurulunun ibrası ve seçimi gibi alınan tüm kararların kanuna aykırı olduğu nedeniyle iptali dava edilebilir** (m. 437/2)¹². Bunun tek istisnası tek ortaklı anonim şirkettir.

4. Genel Kurulda Denetçinin Bulunmaması

1991 tarihli İsv. BK m. 729c/2 hükmüne göre, denetçi raporu olmadan alınan genel kurul kararının hükümsüz olacağı ve genel kurulda bir denetçinin hazır bulunmaması halinde ise, genel kurul kararının iptalinin dava edilebileceği öngörülmektedir. Ancak, 1992 tarihinde yapılan revizyonda, İsv. BK’nun 729c maddesi, “bildirim yükümü” (*Anzeigepflicht*) kenar başlığı altında, anonim şirketin açıkça borca batık olması ve yönetim kurulunun bunu mahkemeye bildirmeyi ihmal etmesi halinde, denetim kurulunun durumu mahkemeye bildirmekle yükümlü olduğu şeklinde değiştirildi. Burada ilginç olan şey 1996 tarihli *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*’in “*Schweizerisches Aktienrecht*” adlı eserinde ve 2002 tarihli “*Basler Kommentar*” adlı şerhte, 1991 tarihli 729c maddesi “genel kurulun karar alma şartları” (*Voraussetzungen für die Beschlussfassung der Generalversammlung*) kenar başlığı altında aynen yer almakta ve geçersiz ve iptali kabil genel kurul kararlarına ilişkin açıklamalar da ilga edilmiş bu maddeye dayanılarak yapılmaktadır. Biz de, 6102 sayılı TTK’na ilişkin hem “*Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara Kasım 2011*” hem de “*Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara Ocak 2012*” iki yeni eserimizdeki açıklamaları, anılan bu iki esere dayanarak yapmıştık¹³. Ancak, yaptığımız

¹¹ Ayrıntılı açıklama için **Pulaşlı, H.**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011, § 29, N. 411. Aynı şekilde, **Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, § 22, N. 224 vd.**

¹² Ayrıntılı bilgi için **Pulaşlı, Şerh, § 29, N. 412 vd.**

¹³ Hatta iki eserde de, İsv. BK m. 729c hükmünün yeni TTK’ya alınmadığı belirtmiştir. Bir özelleştiri yaparsak, 729c maddesinin 1991 versiyonu, 1992 tarihinden itibaren ilga edildiği için zaten yeni TTK’ya alınamazdı. Aynı maddenin 1992 tarihli versiyonunda ise, borca

son incelemede İsv. BK m. 729c hükmünün, 1992 tarihinde değiştirildiği ve anonim şirketin borca batık olması ve bunun sonuçlarına ilişkin olduğunu tespit ettik. Buna rağmen özellikle vurgulamak isterim ki, 729c maddesinin 1991 tarihli versiyonunda öngörülen iptal sebepleri bugün de geçerlidir.

Yeni TTK'daki duruma gelince: **407 madde hükmünde, denetçilerin genel kurulda hazır bulunacağı öngörülmektedir.** Bu durumda, birden çok ortağı olan anonim şirketlerde paysahiplerinin oybirliği ile denetçinin genel kurulda hazır bulunmasından vazgeçmemişlerse ve **paysahiplerinin denetime ilişkin soruları da denetçinin bulunmaması nedeniyle yanıtız kalmışsa, bu durum tutanağa geçirilerek, yılsonu finansal tabloların onaylanması ve bilanço kârının kullanılmasına ilişkin genel kararlarının iptali dava edilebilir.** Aynı şekilde TTK m. 413/3 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması ve yerine yenilerinin seçimi, finansal tabloların müzakeresiyle bağlantılı olduğundan, **YK üyelerinin seçiminin de iptali dava edilebilir**.¹⁴

C. YOKLUK VE BUTLAN

6762 sayılı TTK ile ilgili olarak, “*iptal edilebilir*” GK kararlarının yanı sıra, meydana gelişlerinde kurucu unsurlardan birinin olmaması veya konuları bakımından emredici hükümlere aykırı olan GK kararlarının “*yok veya batıl*” oldukları gerek doktrinde¹⁵ gerekse Yargıtay kararlarında¹⁶ kabul edilmekteydi. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, yeni TTK'da, genel kurul kararlarının *butlanını da* düzenlemiştir. Hemen belirtelim ki, butlanla malûl genel kurul kararlarına ilişkin haller yeni TTK'da açıklanmakla beraber, “*yokluk*” müeyyidesinin hangi hallerde ve neye göre söz konusu olacağına

batırlık durumunun mahkemeye bildiriminin yönetim kurulunca ihmal edilmesi halinde, denetim kurulunun (İsviçre hukukunda halen şirketin organıdır) bunun mahkemeye bildirilmesine ilişkin yüküm düzenlenmektedir. Bu konu TTK'nın 377. maddesinde İsv. BK m. 725 hükmünden esinlenilerek düzenlenmiştir. Dolayısıyla, İsv. BK. 729c. maddenin 1992 versiyonu bu sebepten TTK'ya alınmamıştır. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere 1991 tarihli ilga İsv. BK m. 729c hükmündeki hususlar halen bir iptal sebebidir.

¹⁴ **Pulaşlı**, Şerh, § 29, N. 415.

¹⁵ Ayrıntılı açıklamalar için **Pulaşlı**, Şerh, § 29, N. 354 vd. Ayrıca, **Arslanlı**, Anonim Şirketler, II-III, s. 20, **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 39 vd (53 vd).; Anonim Ortaklıkta Genel Kurulun Toplantıya Daveti Merasimine Aykırılığın Genel Kurul Kararına Etkisi ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, VIII, s.39 vd; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, 4.bası, s. 289 vd. **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu) 12. bası, N. 720 vd; **İmregün**. Anonim Ortaklıklar 4. bası İstanbul 1989, s. 158 vd;

¹⁶ 11.HD.6.7.1978 E.78/3158-K.3661 (YKD C.V.Sa.5.s.1319) 11.HD.26.1.1981, E.4607/K.5042 (**Eriş**, Şirketler, 1.baskı, 1109); 11.HD.14.12.1982, E.4988/ K.5387 (YKD. C.IX. Sa.3, s.378 vd); 11.HD.28.5.1986, E.1508/K.3243 (YKD. C.XII, Sa.9, s.1343).

dair hiçbir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda “yokluk” müeyyidesiyle ilgili olarak, genel hükümlere ve bu konudaki doktrin ve uygulamalardaki görüşlere müracaat edilmesi gerekir.

1. Yokluk Kavramı ve Halleri

Bir genel kurul kararının yokluğu (*Nicht- oder Scheinbeschlüsse*), başlangıçtan itibaren bir genel kurul kararının mevcut olmadığını ifade eder. **Bir işlemin ve bu arada genel kurul kararının kurucu unsurlarının mevcut olmaması halinde, hukukî işlemin veya genel kurul kararının yokluğu, eski deyimle “keenlemyekûn” veya mutlak butlan ile malûl olduğundan bahsedilmektedir.** Örneğin bir genel kurul kararının alınabilmesi için, mutlaka usulüne uygun davet ve buna uygun toplantı yapılması şarttır, toplantı yapılmadan “elden dolaştırma usulü” veya “mektup” ile GK kararı alınmışsa, bu GK kararı *kurucu ve şekli noksanlıklar nedeniyle* hukukî anlamda hiç bir etki ve sonuç doğurmaz ve dolayısıyla “yok” sayılır¹⁷. Aynı şekilde, *GK toplantısında Bakanlık temsilcisinin bulunmamış* (TTK m. 407/3) veya toplantı tutanaklarını imzalamamış olması halinde (TTK m. 422/1)¹⁸, anonim şirketin TTK m. 379 hükmü uyarınca sahip olduğu kendi paylara bağlı oylarla alınmışsa¹⁹ GK kararı yok hükmündedir. Yine Genel kurulun **yasaya veya esas sözleşmeye göre yetkili olmayanlar tarafından çağrılıp karar alınmasında da, yokluk söz konusu** olur.²⁰ Nihayet yasada öngörülen asgari toplantı ve karar yetersayılarına aykırı olan genel kurul kararları da yoklukla malûldür²¹. Ayrıca, 11. HD. 09.10.2001 tarih ve 5691/7567 sayılı yayınlanmamış bir kararında, “**ana sözleşmedeki yeter sayılar oluşmadan toplanan bir genel kurulda alınan kararların yok hükmünde olduğunun kabulü gerektiğine ve bunun Dairenin yerleşik içtihadı olduğuna karar vermiştir**”²².

¹⁷ Arslanlı, AŞ.II-III, s. 68; Pulaşlı, Şirketler, 4. bası, s. 334, 350. Tekil, F., Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s. 306.

¹⁸ Yasada, bu haldeki GK kararının “geçersiz” olacağını belirtilmektedir. Ancak hukukî sonuç açısından, yokluk ile geçersizlik arasında hiçbir fark yoktur.

¹⁹ Tekil, AŞ, 307-308; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), 12.bası, N. 721

²⁰ Raiser, Thomas, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. neubearbeitete Auflage, München 2001, s.267, N. 119; BGHZ 11, 231 (236); OLG Frankfurt GmbH 1997, 171. Pulaşlı, Şirketler, 4. bası, s. 350.

²¹ 11.HD.29.4. 1993 E. 1992/5419/K.1993/5826 (YKD Ocak 1994, s.74-75); Tekil, AŞ, s. 308. Pulaşlı, Şirketler, 4. bası, s. 334, 350.

²² Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), 9. bası, N. 721a’dan naklen. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, Yüksek Mahkemenin bu görüşüne katılmak mümkün değildir, çünkü bu gibi genel kurul toplantısındaki nisaplar, yasada öngörülen yetersayılara uygun olmakla birlikte, esas

Yokluğun tespiti davası. Bu durumlarda, iptal davası değil, GK kararının yok olduğunun tespiti anlamında bir “tespit davası” açılır ve bu dava herhangi bir zaman aşımı veya hak düşürücü süreye tâbi olmadığı gibi, herkes tarafından ileri sürülebilir ve yargıç tarafından da re’sen dikkate alınır. Ayrıca AO yönetim kurulu “yok” sayılan GK kararlarını icra edemeyeceği gibi, bunların ticaret siciline tescil ve ilânı da olanaklı değildir²³. Her nasılsa sicile tescil ve ilân edilse dahi, tescil *yok hükmündeki* kararı ihya etmez, diğer bir deyişle, tescil, yok sayılan GK kararına geçerlik kazandırmaz²⁴.

Yoklukla malûl GK kararları, hukuk güvenliği bakımından ihtiyatla karşılanmaktadır. Eski doktrinde *Hırş*, **anonim şirket GK kararlarının hukuk güvenliği açısından her hal-ü kârda iptal edilebilirlik müeyyidesine tâbi tutulmasının doğru olacağını**, çünkü 818 sayılı Borçlar Kanunundaki genel nitelikteki hükmün 6762 sayılı TTK 381’inci maddesindeki özel hüküm ile tadile uğradığını ve butlan ve yokluk hallerinin de **ancak özel bir itiraz ve iptal davası hakkı vereceğini savunmaktaydı**²⁵. *Yazar* örnek olarak da, batıl evlenmeleri gösterir ve Türk Ticaret Kanunu, batıl evlenmelerde olduğu gibi, hukukî emniyet (güvenlik) ve selamet namına her kararın, hâkimin kararıyla ortadan kaldırılınca kadar, geçerliliğini muhafaza edeceği prensibini benimsemiş olabileceğini ve uzun süre bir GK kararının geçerliliği hususunda şüpheyi düşülecek olursa, bu halin hukuk güvenliği ve selameti için ciddi tehlike olacağı gerekçesiyle iptal müeyyidesinin uygulanmasının yerinde olacağını ileri sürmekte idi.

Bu düşünceye katılmak mümkün değildir, **çünkü yok hükmündeki GK kararlarına, mahkeme kararıyla iptal edilinceye kadar geçerlilik bahsetmek, emredici hukuk kurallarına uyulması ve hakkın ancak hukuk kurallarına uygun olarak kazanılmasının mümkün olacağı ilkeleriyle bağdaşmayacağı** gibi, hukuka aykırı davranılmasına da özel bir prim vererek kişileri, kanunsuz da olsa yapalım, nasılsa iptal davası açılınca kadar geçerli olacaktır düşüncesine teşvik edeceği açıktır. Bu halin de hukuk güvenliği değil, hukukî güvensizlik yaratacağı kuşkusuzdur.

sözleşmedeki yetersayılara uygun değilse, (burada esas sözleşme ile ağırlaştırılmış nisaplar söz konusudur), bu kararların esas sözleşmeye aykırılık nedeniyle yokluğu değil, iptali dava edilmesi gerektiği kanısındayım

²³ **Pulaşlı**, Şerh, § 29, N. 356. aynı şekilde, **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), 12. bası, N.720.

²⁴ **Pulaşlı**, Şerh, § 29, N. 356. Şirketler, 4. bası, s. 350.

²⁵ Ticaret Hukuku, s. 298. N. 313.

Yargıtay içtihatlarında durum. Özellikle kavram birliği sağlamak amacıyla belirtmek gerekir ki, eski doktrin ve uygulamada genel olarak “batıl”, “hükümsüz” olarak anılan ve yeni TTK 447 maddenin üst başlığında “butlan” olarak ifade edilen genel kurul kararlarının, maddenin sonunda bu terime uygun olarak “batıl” olduğu belirtilmektedir. Ancak “butlan” ve “yokluk” ile malûl kararlar, sonuçta hukuken aynı anlamı, yani hükümsüzlüğü, geçersizliği ifade eder. Yukarıda da açıklandığı üzere, Yargıtay kararlarında da GK kararlarının *yok* veya *hükümsüz* olduğu görüşü kabul edilmektedir²⁶. Ancak, **Yargıtay bir kararında²⁷ hatalı olarak, davacının, hükümsüzlüğün tespiti yerine, iptal isteminde bulunması halinde, mahkemenin isteme uygun olarak GK kararının iptaline karar vermesi gerektiği görüşündedir.** Hatalıdır, çünkü iptali kabil kararlar, mahkemece iptal kararı verilinceye kadar geçersiz olmadıkları için, sağlıklı bir GK kararının hukukî sonuçlarını doğurur ve iptal davası açılrsa bile bu GK kararının uygulanmasına –mahkemece bir tedbir verilmediği sürece– devam edilir. Buna karşın *yok* veya *hükümsüz* sayılan bir GK kararı, başlangıçtan itibaren hiç bir hukukî etki ve sonuç doğurmadığı için, hükümsüz (batıl) olduğunun tespiti kararına kadar da geçerliliğinden bahsedilemez. Bu hüküm farklılığı nedeniyle, **hükümsüz GK kararının iptaline karar verilmesi hukukî açıdan mümkün değildir.** Ayrıca en önemlisi, batıl işlem ve kararları yargıcın re’sen dikkate alması gerekirken, iptali kabil kararlarda, bunun ilgililerce mahkemede dava açılarak ileri sürülmesi gerekir. *Yargıcın, GK kararının batıl olduğunu, davacının açmış olduğu iptal davasındaki şartlardan öğrendiği andan itibaren, artık bu kararın batıl veya yok olduğunu re’sen dikkate alarak buna uygun karar vermesi gerekir.* Kaldı ki yargıç, davacının davayı tavsifiyle de bağlı değildir.

2. Butlan Kavramı ve Halleri

Kavram ve Genel Geçersizlik Sebepleri. Anonim şirket genel kurul kararları da bir hukukî işlem olması nedeniyle, genel olarak Borçlar Kanunu’ndaki sözleşme serbestisi sınırlarına tabidir. Borçlar Yasasına göre butlan, bir hukukî işlemin, hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını içermemesi nedeniyle başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasıdır²⁸. Geçersiz bir sözleşme veya karar, kurucu unsurları içermekle birlikte, geçerlilik unsurlarından kamu düzenini ilgilendirecek derecede

²⁶ Bkz. 11.HD. 24.9.1994 E.5419/K.5826 (YKD, Ocak 1994, s. 74-75).

²⁷ 11.HD. 24.9.1994 E.5419/K.5826 (YKD, Ocak 1994, s. 74-75).

²⁸ Bu konuda bkz. **Başpınar**, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, (tez), Ankara 1998, s. 23 vd.

önemli olanları içermemektedir²⁹. Geçersizlik halleri bir genel kural olan 6098 sayılı TBK m. 27 (818 sayılı BK'nun 19-20) maddelerinde düzenlenmiştir. *Bir GK kararı şekil ve usul bakımından geçerli olmakla beraber, konusu itibariyle BK m. 19 ve 20 hükümlerine aykırı ise, geçersizdir*, yani hukuken hiç bir hüküm ifade etmez. Buna göre bir genel kurul kararı konusu bakımından, *kamu düzenine, emredici hükümlere, ahlâk ve adaba, kişilik haklarına aykırı veya konusu bakımından imkânsız ise, geçersizdir*. **Diğer bir ifade ile, bu durumda GK kararı mevcut olmakla beraber, ölü doğmuştur**. Belirtmek gerekir ki, yok sayılan karar veya geçersiz (batıl) bir karar arasında hukukî sonuç bakımından hiç bir fark yoktur; hukukî açıdan her ikisinin de baştan itibaren hiç bir etkisi ve hükmü yoktur. Fark sadece teoriktir³⁰; **yoklukla malûl GK kararı “kurucu unsurları içermemesi” nedeniyle mevcut değildir; geçersiz GK kararı ise, mevcut olmakla birlikte “geçerlilik unsurlarını içermemesinden” dolayı ölü doğmuştur**. Bu durumda, yok hükmündeki GK kararlarında olduğu gibi, geçersiz bir GK kararına karşı da, TTK m. 445'deki 3 aylık hak düşürücü süreye tâbi olmaksızın her zaman *geçersizliğin tespiti davası açılabilir*. Yargıç, GK kararının geçersiz olduğunu re'sen dikkate alır. Bu itibarla, teknik olarak geçersizliğin ileri sürülmesi bir def'i değil, itirazdır.

3. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Butlan Halleri

Yeni TTK'da butlan halleri m. 447 hükmünde özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre genel kurulun:

- a) **Paysahibinin genel kurula katılma, asgarî oy, dava ve kanunen vazgeçilemez nitelikte haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran,**
 - b) **Paysahibinin bilgi alma, inceleme ve denetim haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran ve**
 - c) **Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan**
- kararları batıldır.

Yasadaki butlan hallerinden birincisi, paysahiplerinin **mutlak olarak “vazgeçilemez”** ve **“alınamaz”** nitelikteki paysahipliği haklarına ilişkin bulunmaktadır. Özellikle bu haklar, ortaklığa ilişkin yönetim haklarının

²⁹ Başpınar, Butlan, s. 23.

³⁰ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), 12. bası, N.720; Pulaşlı, Şirketler, 4. bası, s. 351.

asgari standardı olarak nitelenebilir.³¹ Ancak hukuk güvenliği açısından, geçersizlik hallerinin uygulamasında çok titiz ve dikkatli davranılması gerekir.³² Bu itibarla, genel olarak kanuna aykırı genel kurul kararlarının geçersizlik değil, sadece iptal edilebilirlik müeyyidesine tâbi olduğunun kabul edilmesi yerinde olur.³³

Butlan halleri kanunda, “özellikle” denilmek suretiyle sayıldığından, bunların temel sebepler olduğu ve sınırlı sayı (*numerus clausus*) niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır. Ancak, *Gerekçe*’de de, **bütün emredici hükümlere aykırılığın butlan sonucu doğurmadığı ve m. 447’de sayılanların dışında genel kurul kararlarının tespitinde ise butlanın ikincilliği (Subsidiarität) ilkesinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir**³⁴. Bu ilkenin özel sebepler dolayısıyla iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı hallerde hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre butlana karar verilmesi anlamını taşıdığı ifade edilmektedir. *Bu bağlamda, paysahiplerinin vazgeçilmez nitelikteki haklarından olan genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma, asgari oy, dava hakkı ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını kaldıran veya sınırlandıran esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararları butlanla maluldür*, yani hükümsüzdür. Çünkü böyle esas sözleşme hükümleri sadece mevcut paysahiplerinin değil, gelecekte paysahibi olabilecek “potensiyel paysahiplerinin” de menfaatlerini ihlal edecek niteliktedir³⁵.

Nitekim **Yargıtay da bir kararında**, bir paysahibinin genel kurul toplantılarına davet edilmediği ve katılmadığı halde yerine kararlara sahte imzalar atılmak suretiyle katılmış gibi gösterilmesi halinde de, eski TTK. 536/f-4 yollaması ile TTK. 381 ve BK. 19, 20 maddeleri uyarınca tüm kararların yoklukla malul bulunduğunu haklı olarak kabul etmektedir³⁶.

Ancak, m. 447’de özel olarak sayılmış bulunan üç halin dışındaki emredici hükümlere aykırı olan her genel kurul kararının mutlak surette

³¹ Botschaft, s. 79, N. 310. 3

³² Botschaft, s. 140, N. 321; Böckli, Aktienrecht, 2. Aufl. s. 1012, N. 1922; Schnyder (Christen-Westenberg (von Büren/Stoffel), s. 199, N. 960. Pulaşlı, Şerh, § 29, N. 364.

³³ Schnyder (Christen-Westenberg (von Büren/Stoffel), s. 199, N. 960. Pulaşlı, Şerh, § 29, N. 364.

³⁴ Madde 447, s. 215.

³⁵ Aynı yönde, Karasu, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 63.

³⁶ 11.HD. 27.10.2000, E.2000/8467/K.2000/8250 (Kazancı İçtihat Bankası).

butlanla malul olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu hususta dikkat edilmesi gereken şey, emredici hükme aykırı olan genel kurul kararının niteliğinin tespit edilmesi ve ona uygun yaptırımın uygulanmasıdır. Örneğin, TTK m. 410 hükmünde, genel kurulun toplantıya çağırılması, toplantıya katılma ve gündemin ilanına ilişkin hükümler, emredici olarak düzenlenmesine rağmen, bunların ihlali halinde, butlan değil, iptal edilebilirlik hükmünün uygulanması gerekir (m. 445/1. b). Buna karşın, pay sahibinin genel kurulda temsil edilmesine ilişkin hakkının TTK m. 425/1 hükmü kapsamını aşacak şekilde esas sözleşme veya genel kurul kararı ile sınırlandırılması halinde, bu karar iptali kabil bir karar değil, batıldır, geçersizdir³⁷.

Anonim şirketin temel yapısına aykırı olan genel kurul kararları da aynı şekilde batıldır. Örneğin, kanunda öngörülen istisnalar dışında (örneğin m. 480/1 gibi) pay sahiplerine ek yükümler yükleyen genel kurul kararları ile m. 329 hükmüne aykırı olarak **pay sahiplerine şirkete karşı sınırsız sorumluluk yükleyen kararlar da, anonim şirketin temel yapısına aykırı olduğu için batıldır**³⁸.

Aynı şekilde, sermayenin korunması hakkındaki emredici hükümlere aykırı genel kurul kararları da batıldır. Örneğin, TTK m. 379 vd. hükümlerine aykırı olarak **şirketin kendi hisselerini iktisap edeceğine veya rehin alacağına ilişkin genel kurul kararı veya esas sözleşme hükmü** batıldır. Yine m. 332’de öngörülen **asgari sermaye miktarına ilişkin hükme aykırı** genel kurul kararı ve esas sözleşme düzenlemesi; **itibarî değer altında hisse çıkarılacağına ilişkin genel kurul kararı ve esas sözleşme hükmü; m. 358’deki pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına aykırı** genel kurul kararı ve esas sözleşme düzenlemesi **batıldır**.

Öte yandan, batıl olan genel kurul kararı ile esas sözleşme hükmünün hiçbir süreye bağlı olmaksızın yıllar sonra ileri sürülebilir. Ancak bu durum hukuk güvenliğiyle de bağdaşmaz. Çünkü, söz konusu hükmün veya kararın batıl olduğunun mahkemece tespitine karar verilmesi halinde geçersizlik, kararın verildiği andan itibaren değil, baştan itibaren söz konusu olmakta ve esas sözleşme hükmüne veya genel kurul kararına dayanılarak yapılan tüm işlemleri geriye etkili olarak ortadan kaldırmaktadır. Böyle bir durum doğal olarak, anonim şirketler hukukundaki kesinlik, güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi, iyiniyetli üçüncü kişilerin bu hükme dayanarak hak iktisaplarına halel vereceği için kabul edilmemektedir.

³⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 94.

³⁸ Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 16, N. 168, Karasu, Emredici Hükümler, s. 67.

Öte yandan, karakteri itibariyle butlanla malûl genel kurul kararları, iptal edilebilir kararların aksine, hiçbir hüküm ifade etmezler ve belirli bir zamanın geçmesiyle de geçerlilik kazanamazlar. Ticaret siciline tescil edilseler bile, kural olarak ihya edilmek suretiyle hukukî bir etkinliğe kavuşamazlar.³⁹ **Alman Hukuku’nda ise, genel kurul kararının⁴⁰ sicile tescilinden itibaren üç yıl geçmekle, artık geçersizliği ileri sürülememektedir (AktG § 242/2).** Türk-İsviçre hukuklarında genel olarak, geçersizlik belirli bir süre ile sınırlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilmektedir. Ancak İsviçre uygulamasında iyiniyetli üçüncü kişileri korumak amacıyla, istisnaî olarak geçersizliğin ileri sürülemeyeceği görüşü kabul edilmektedir.⁴¹ Nitekim Federal Mahkemenin bir kararına konu olan olayda, bir kooperatifin genel kurulunda nitelikli yasal nisap oluşmadan kişisel sorumluluğun kabul edilmesiyle ilgili olarak alınan kararın geçersizliğine karar verildi. Ancak, bu genel kurul kararı sicile tescil edilmiş ve kooperatifin iflâsına kadar da yıllar boyunca varlığını itirazsız devam ettirmişti. Federal Mahkeme, “*reddedilmesi mümkün olmayan pratik ihtiyaçlar*” nedeniyle, söz konusu kooperatifte kişisel sorumluluğun varlığına güvenen üçüncü kişilerin korunması gerektiğine hükmetmiştir⁴². Sonuç olarak, emredici hükümlere aykırılık halinde, aykırılığın somut olarak hangi emredici hükmü ihlal ettiğine bakılmalı ve duruma göre batıl veya iptal edilebilirlik müeyyidesi uygulanmalıdır⁴³.

³⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 135. Böckli, Aktienrecht, 2. Aufl. s. 1012, N. 1921; Schnyder/Christen-Westenberg (von Büren /Stoffel), s. 201, N. 971.

⁴⁰ Genel kurul kararının AktG § 241, Nr.1, 3 veya 4 hükümlerine aykırı olması hallerine ilişkin bulunmaktadır.

⁴¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §25, N.136; Schnyder/Christen-Westenberg (von Büren /Stoffel), s. 201, N. 971.

⁴² BGE 78 III 33 vd (45).

⁴³ Aynı yönde, Karasu, Emredici Hükümler, s. 61-62.

ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU KURALLARI IŞIĞINDA GEMİ TRAFİK HİZMETLERİ (VTS) SİSTEMİ VE OPERATÖRLERİNİN HUKUKÎ STATÜSÜ

Fevzi TOPSOY*

ÖZET

Gemi Trafik Hizmetleri (Vessel Traffic Services - VTS), deniz trafiğinin güvenliğini sağlanmasına yönelik bir seyir yardımı sistemidir. Bu sistem sayesinde; gemilerin konumları radarlar vasıtasıyla izlenmekte ve güvenli seyir için ihtiyaç duyulan her türlü bilgi gemilere iletilmektedir. Gemiler de güvenli seyir için gerekli önlemleri zamanında alabilmektedir. Dünya üzerinde uzun süredir VTS kullanılmaya rağmen, VTS sistemi ve operatörlerinin hukukî statüsü kesin olarak belirlenmemiştir. Bununla birlikte VTS sisteminin etkin bir şekilde işletilmesi aynı zamanda bu konuda ortak ilkelerin kabul edilmesine bağlı bulunmaktadır. Bu kapsamda çalışmada, VTS sistemi ve operatörlerinin hukukî statüsü açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Gemi Trafik Hizmetleri, VTS, Deniz Trafiği, VTS Operatörü, Sorumluluk

THE LEGAL STATUS OF THE VESSEL TRAFFIC SERVICES (VTS) SYSTEM AND ITS OPERATORS IN THE LIGHT OF THE RULES OF INTERNATIONAL LAW OF THE SEA

ABSTRACT

Vessel Traffic Services (VTS) is a navigation aid system to ensure the safety of maritime traffic. Due to this system, the position of the vessels are monitored by radar and all kinds of information needed for safe navigation is transferred to the vessels. They can take the necessary measures for safety navigation in time. Despite the fact that VTS has been used around the world for a long time, the legal status of the VTS system and its operators hasn't been defined clearly. However, at the same time, the efficient operation of the VTS system depends on the adoption of common principles about this issue. In this context, in this study, the legal status of the VTS system and its operators is tried to be explained.

Keywords: Vessel Traffic Services, VTS, Maritime Traffic, VTS Operator, Liability

* Yrd. Doç. Dr., Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, fevzi.topsoy@zirve.edu.tr

GİRİŞ

Uluslararası deniz ulaşımındaki gelişmelere paralel olarak, özellikle son elli yıl içerisinde gemi tür, sayı, ebat ve kapasitesinde yaşanan artış¹ beraberinde, deniz trafiğinin düzenlenmesi ve seyir güvenliği açısından pek çok olumsuzluklar içeren boğaz, kanal ve liman gibi deniz trafiğinin yoğun olduğu deniz alanlarında ek güvenlik tedbirlerinin alınmasını zorunlu kılmıştır. Gemi Trafik Hizmetleri (*Vessel Traffic Services* - VTS²) olarak adlandırılan sistem de güvenli seyir amacına yönelik yürütülen bu hizmetlerden birisidir.

Genel olarak VTS, deniz trafiğinin güvenli bir şekilde işlerliğini sağlayarak çatışmalar ve karaya oturmaları önlemek, can, mal, seyir ve çevre güvenliğini sağlamak gibi pek çok amaca hizmet eden teknolojik ağırlıklı bir seyir yardımı sistemidir³. Hava koşullarından deniz trafiğinin mevcut durumuna kadar pek çok farklı konuda gemilere karadan verilen bir bilgi ve danışmanlık hizmeti olan VTS⁴, işlev ve gemilere verdiği hizmetler açısından kılavuzluk hizmetine benzemektedir⁵.

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak kendini sürekli olarak yenilemesine ve dünyanın çeşitli yerlerinde uzun süredir VTS hizmeti verilmesine rağmen, VTS sistemi ve operatörlerinin hukukî statü, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi konusundaki tartışmalar hâlâ devam etmektedir. Bununla birlikte VTS sisteminin etkin bir şekilde işletilebilmesi, verilen hizmetlerin kusursuz olması kadar temel ilkeleri konusunda ortak bir anlayışın oluşmasına da bağlı bulunmaktadır. Bu kapsamda çalışmada; öncelikle VTS'nin tanımı yapılarak tarihsel gelişimi ve hukukî niteliği ortaya konulmaya çalışılmış ardından mevcut uluslararası deniz hukuku kuralları bağlamında VTS operatörlerinin nitelikleri, hukukî statüleri analiz edilerek VTS sisteminden kaynaklanan sorumluk problemi tartışılmıştır.

¹ Örneğin 1950'li yılların 50,000 detveytlik tankerlerin yerini günümüzde boyları 350 metre uzunluğuna ulaşan süper tankerler almıştır. AYBAY, s. 29.

² Ulusal resmî kaynaklarda herhangi bir kısaltma yapılmamakla birlikte doktrin ve diğer ulusal ve uluslararası kaynaklarda genel olarak VTS kısaltması kullanıldığından, çalışmada, "Gemi Trafik Hizmetleri" teriminin kısaltması olarak "VTS" ibaresi tercih edilmiştir.

³ OSNIN - SAHARUDDIN, s. 165.

⁴ VTS hizmetleri kapsamında genel olarak bilgi (veri) toplama, değerlendirme ve ilgililere duyurma şeklinde üç temel görev gerçekleştirilmektedir. Bkz. CARSON-JACKSON, s. 69.

⁵ Bununla birlikte VTS sistemini tam bir kılavuzluk hizmeti olarak tanımlamak da doğru değildir. Zira bir kılavuz görev yaptığı deniz alanını çok iyi bilmesine ve gerektiğinde geminin idaresini kontrolüne alabilmesine rağmen, sadece bölgenin deniz koşullarını ve trafiğini takip edebilen VTS sisteminin böyle bir yeteneği bulunmamaktadır.

I. GEMİ TRAFİK HİZMETLERİ (VTS) KAVRAMI, TARİHSEL SÜREÇ VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

A) VTS KAVRAMI

1- Tanımı

Uluslararası Denizcilik Örgütü (*International Maritime Organization - IMO*) tarafından hazırlanan Gemi Trafik Hizmetleri Ana Esasları (*Guidelines for Vessel Traffic Services - IMO Ana Esasları*)⁶ ve Uluslararası Fener ve Seyir Yardımcıları Otoriteleri Birliği (*International Association of Marine Aids to Navigation and Lighthouse Authorities – IALA*) tarafından hazırlanan el kitabında (*IALA VTS Manual – IALA VTS El Kitabı*)⁷ VTS, uygulandığı bölgede, deniz trafiğiyle karşılıklı ilişki içinde ve gelişen deniz trafiğine cevap verecek yeterliğe sahip olmak şartıyla, gemi trafiğinin güvenliği ve etkinliğini arttırmaya ve deniz çevresinin korunmasına yönelik yürütülen hizmetler olarak tanımlanmaktadır⁸. Ustaoglu ve *Furusho*'nun da vurguladığı gibi yapılan tanımlarda, VTS'nin bir sistemden ziyade hizmet olduğu sonucu çıkmaktadır⁹. Bununla birlikte bu hizmetin ancak iyi şekilde organize edilmiş bir sistem tarafından verilebileceği de tartışmadan uzaktır¹⁰.

Gerçekten de VTS, çevre koşullarından gemi trafiğinin mevcut durumuna kadar farklı konularda gemilere karadan verilen teknolojik ağırlıklı bir hizmettir. VTS teknolojisi sayesinde bölgede bulunan bütün gemilerin konumları, otomatik izleme yapabilen radar donanımları ve video kameralarıyla izlenmekte, olumlu ve olumsuz seyir koşulları ilgili gemilere bildirilmektedir. Bu bilgiler sayesinde gemiler gerekli güvenlik tedbirlerini hızlı bir şekilde alabilme imkânına kavuşmaktadır. Günümüzde deniz

⁶ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 1.1.1).

⁷ *IALA VTS Manual 2008*, s. 19.

⁸ 17 Şubat 2007 tarihinde yürürlüğe giren Türk VTS Yönetmeliği'nin 4(e) maddesinde VTS, "sorumluluk sahasındaki deniz trafik verimliliğini de dikkate alarak, deniz emniyetini arttırmak amacıyla, deniz trafiğini izleyerek değişen trafik koşullarına cevap veren ve aktif bir şekilde deniz trafiğin düzenleyip planlayan sistem" olarak tanımlanmaktadır. Yönetmelik için bkz. RG. 18.02.2007, Sayı: 26438.

⁹ USTAĞLU – FURUSHO, s. 55.

¹⁰ IMO VTS Ana Esasları'nın, "Tanımlar ve Sınıflandırmalar" başlıklı 1(1)(9) maddesinde "VTS Hizmetleri (*VTS Services*)" terimi ayrıca tanımlanmaktadır. "Gemi Trafik Hizmeti Hizmetleri (*Vessel Traffic Service Services*)" anlamındaki "VTS Hizmetleri" ifadesinin dil-bilgisi kurallarına aykırı olduğu dikkate alındığında, IMO'nun, "VTS" terimini, bütün benzer hizmet ve faaliyetleri kapsayan bir sistem olarak kabul ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Türk VTS Yönetmeliği m. 4(c) ve 6(2)(e).

trafiğinin etkin bir şekilde düzenlenmesi ve yönetilmesinde VTS'nin en başarılı yollarından birisi olduğu kabul edilmektedir¹¹.

2- Terminoloji

Aşağıda tarihsel süreç başlıklı kısımda ayrıntılı olarak inceleneceği gibi VTS'nin, 1960'lı yıllardan itibaren dünyanın farklı ülke ve bölgelerinde uygulanmasına ve hukukî statüsünün belirlenmesine yönelik çeşitli uluslararası girişimlere rağmen, genel kabul gören ortak ilkeleri oluşturulamadığı gibi terminoloji konusunda da bir standardın sağlanamadığı görülmektedir. IMO VTS Ana Esasları'nda resmî olarak sadece VTS terimi kullanılmakla birlikte doktrin ve uygulamada “Gemi Trafik Bilgi Hizmetleri/Sistemi (*Vessel Traffic Information Services/System – VTIS*)”, “Gemi Trafik Yönetimi Hizmetleri/Sistemi (*Vessel Traffic Management Services/System – VTMS*)”, “Gemi Trafik Yönetim ve Bilgi Hizmetleri/Sistemi (*Vessel Traffic Management Information Services/System – VTMIS*)”, “Gemi Trafik Kontrolü (*Vessel Traffic Control – VTC*)” veya “Deniz Trafiği Kontrolü (*Marine Traffic Control – MTC*)” gibi ifadelerle de rastlanmaktadır.

Uygulamada, bu hizmetler arasındaki fonksiyonel farklılıkların genel olarak hizmet verdiği VTS bölgesinin politik durumu, kıyı devletinin amaç ve görevleri veya VTS sisteminin kapasitesinden kaynaklandığı bildirilmekle¹² birlikte doktrinde, “VTS sistemlerinde, deniz taşımacılığının ticarî ve ekonomik boyutunun göz ardı edilmesi(nin) VTMIS'nin doğmasına” yol açtığı ve VTMIS'nin, belirlenmiş bölgesel, ulusal veya uluslararası bir alanda ihtiyaç duyulan bilgilerin “gerçek zamanlı” ya da “istenen zamanlı” olarak dağıtılması hizmetlerini kapsadığı şeklinde görüşlere rastlanmaktadır¹³. IALA VTS El Kitabı'nda VTS yanında “Gemi Trafik Yönetimi (*Vessel Traffic Management – VTM*)” şeklinde farklı bir terim daha kullanılmaktadır¹⁴. Yapılan tanımda VTM'nin, VTS'yle birleşebileceği ve diğer deniz kuruluşlarından gelen bilgileri kapsayabileceğinin vurgulanması, VTM ve VTMIS'nin, VTS'den farklı hizmetler olduğu yönündeki görüşü desteklemektedir.

Bununla birlikte aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi VTS, diğer hizmetlerin yanında bilgi hizmeti de sunmaktadır. Hatta VTS'nin “en azından bir bilgi hizmetini” kapsaması gerekmektedir. Bu anlamda VTM veya VTMIS kavramlarının da genel anlamda VTS'ye dâhil olduğu ve VTS teriminin, hangi

¹¹ İSTİKBAL, Gemi Trafik Hizmetleri, s. 4.

¹² USTAOĞLU – FURUSHO, s. 55.

¹³ ASYALI, Su Yolları Yönetim Kavramı, s. 170.

¹⁴ VTM, “küresel deniz faaliyetleri hakkında verinin değişimi ve karşılıklı işbirliği” şeklinde ayrıca tanımlanmaktadır.

isimle ifade edilirse edilsin, ilke olarak deniz trafiği ilgili olarak gemilere karadan yapılan bütün yardım hizmetlerini ifade ettiği kabul edilmelidir¹⁵.

3- İşlevi

IALA VTS El Kitabı'nda temel olarak VTS'nin, denizde can güvenliğini sağlamayı, deniz faaliyetlerini kolaylaştırmayı ve deniz çevresini kirlenmeye karşı korumayı amaçlaması gerektiği bildirilmektedir¹⁶. IMO VTS Ana Esasları'nda da VTS'nin, deniz ulaşımının güvenliğine, deniz trafiğinin etkinliğinin artırılmasına ve deniz çevresinin korunmasına önemli katkılarda bulunduğu vurgulanmaktadır¹⁷. Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi (*International Convention for Safety of Life at Sea – SOLAS*)¹⁸ Bölüm V Kural (12)(1)'de VTS'nin “denizde can güvenliği, deniz ulaşımının güvenliği ve etkinliği ile deniz çevresi, bağlı bölge, çalışma alanı ve açık deniz tesislerinin korunmasına katkı sağladığı” belirtilmektedir¹⁹.

Uygulamada VTS sistemlerinin kurulması ve işletilmesinde deniz alanının özel koşullarına göre farklı amaçlar ön plana çıkmakla birlikte²⁰ genel olarak bir VTS sistemi aşağıdaki hizmetleri vermektedir:

(i) *Bilgi Verme Hizmetleri*: Önceden belirlenmiş saatlerde ve belli aralıklarla veya talep edildiğinde ya da VTS operatörü tarafından gerekli görülen zamanlarda bölgesindeki gemilere; deniz trafiği, diğer gemilerin konumu, kimliği, rotası, raporlama ve haberleşme frekansları ile VTS bölgesinin meteorolojik ve hidrolojik özellikleri gibi deniz ulaşımını etkileyen konularda, sadece geminin karar alma sürecine yardımcı olacak şekilde²¹ verilen bilgileri kapsamaktadır²².

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. HUGHES, Are We Ready, s. 406.

¹⁶ IALA VTS Manual 2008, s. 50.

¹⁷ IMO Resolution A. 857(20) (giriş kısmı).

¹⁸ 1 Kasım 1974 tarihinde kabul edilen ve 25 Mayıs 1980 tarihinde yürürlüğe giren SOLAS Sözleşmesinde VTS ile ilgili düzenleme mevcut değildi. 4 Haziran 1997 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 1999 tarihinde, SOLAS Bölüm V Kural 12 olarak yürürlüğe giren değişiklikle VTS sisteminin kurulmasına ilişkin bir takım yükümlülükler getirilmiştir. SOLAS ve yapılan değişiklikler için bkz. (<http://www.imo.org/home.asp>, erişim 11 Ekim 2012). Sözleşmenin Türkçe resmî metni için bkz. RG. 25.05.1980, Sayı: 16998.

¹⁹ Deniz kirliliğinin önemli bir sorun olmaması nedeniyle geçmişte VTS'nin amaçlarının; muhtemel çatna ve karaya oturmaları en aza indirme ve deniz trafik akışının hızlandırmak şeklinde belirlendiği görülmektedir. LYNCH, s. 23.

²⁰ Aynı yönde bkz. BULLER - JURDZINSKI, s. 120.

²¹ Bir bilgi verme hizmeti kesinlikle geminin karar almasına doğrudan müdahil olamaz. IALA VTS Manual 2008, s. 63.

²² IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 2.3.1); Türk VTS Yönetmeliği m. 6(3)(b).

(ii) *Seyir Yardımı Hizmetleri*: Geminin talep etmesi veya VTS operatörü tarafından gerekli görüldüğü durumlarda, genellikle hava şartlarının kötülüğü veya gemideki bir teknik arıza ya da bir donanımın çalışmaması gibi zor durumlarda belirli bir gemiye verilen hizmetlerdir²³. Kural olarak geminin karar alma sürecine yardımcı olmak amacıyla sağlanan bir hizmet olmakla birlikte aynı zamanda deniz ulaşımına yönelik tavsiye ve talimatı da içerebilmektedir²⁴.

(iii) *Trafik Düzenleme Hizmeti*: Deniz trafiğinin etkin şekilde yönetilmesi diğer bir ifadeyle gemilerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik olarak gemi hareketlerinin planlanması ve deniz trafiğinin düzenlenmesine yönelik hizmetlerdir. VTS hizmetlerinin kurulma amaçlarından biri olan hizmet aynı zamanda “kuralların uygulanması” işlevini de içermektedir²⁵. Trafik düzenleme hizmeti, diğer hizmetler gibi geminin karar almasına yardımcı olmaya yönelik olup ayrıca bilgi, tavsiye ve talimat da içerebilmektedir²⁶.

(iv) *Benzer Etkinliklerin Desteklenmesi*: IMO VTS Ana Esasları’nda sayılmayan ancak doktrinde kabul edilen hizmet, diğer VTS veya kılavuzluk otoriteleriyle bilgilerin paylaşılması ile kurtarma ve yardım çalışmalarının eşgüdümü gibi etkinlikleri kapsamaktadır²⁷.

VTS’ler, verdikleri bu hizmetler sayesinde, kazaların azalmasında dolayısıyla insan ve çevre güvenliğinin sağlanmasında önemli rol oynamaktadır. Bununla birlikte VTS’lerin, geminin kendisinde oluşan dümen, makine arızası, yangın, patlama, su alma gibi nedenlerle ortaya çıkabilecek kazaları önleyebilecek nitelikte hizmet verme yetenekleri bulunmamaktadır²⁸.

4- VTS Tipleri

Günümüzde mevcut VTS’ler; organizasyon, nitelik, büyüklük veya finansal durumları bakımından farklılıklar göstermektedir. Bu farklılığın temelinde; VTS bölgesinin farklı coğrafi, deniz veya hava koşulları kadar devletlerin VTS sistemi kurarken farklı hukukî, ekonomik veya politik

²³ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 2.3.2); Türk VTS Yönetmeliği m. 6(3)(c).

²⁴ *IALA VTS Manual 2008*, s. 65; IALA, seyir yardım hizmetlerinin verilmesine yönelik ilkele-ri 2009 yılında ayrıca yayımlamıştır. Bkz. *Provision of a Navigational Assistance Service by Vessel Traffic Service, IALA Guidelines No 1068*.

²⁵ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 2.3.3); Türk VTS Yönetmeliği m. 6(3)(a).

²⁶ *IALA VTS Manual 2008*, s. 64.

²⁷ İSTİKBAL, Gemi Trafik Hizmetleri, s. 4.

²⁸ EROL, s. 2.

amaçlar gütmesi de önemli rol oynamaktadır. IMO VTS Ana Esasları'nın Ek I, 2(1)(2) maddesinde de bir Liman VTS (*Port or Harbor VTS*) ile Kıyı VTS (*Coastal VTS*) arasındaki farklılığın açık şekilde belirlenmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Bu anlamda hizmet verilen deniz alanının özelliklerine göre farklı amaç, görev ve yeteneklere sahip VTS sistemleri kurulabilmektedir. Doktrinde de VTS sistemlerinin; kıyı, haliç ve liman VTS'yi olarak üç şekilde sınıflandırıldığı görülmektedir²⁹. Bununla birlikte uygulamada VTS'leri bu şekilde kesin olarak sınıflandırmanın çok kolay olmadığı, bir limanda kurulu VTS'nin sadece limana giren ya da ayrılan gemilere değil aynı zamanda bölgesinden geçen diğer gemilere de hizmet sağladığı bildirilmektedir³⁰. Bu nedenle doktrinde yapılan bu ana sınıflandırmaya -IMO Ana Esasları'na uygun olarak- karma VTS (*mixed VTS*)'yi de eklemek gerekmektedir³¹.

Kıyı VTS (*coastal VTS*)'yi özellikle duyarlı deniz alanlarında gemilerin, trafik ayırım şemalarına uygun olarak geçişini sağlamak amacıyla kurulmaktadır. Kıyı VTS'lerde temel amaç, deniz trafiğinin etkin bir şekilde düzenlenilmesinden ziyade gemilerin güvenliğinin sağlanması ve deniz çevresinin korunmasıdır³². Bu nedenle IMO Ana Hatları'nda, kıyı VTS'lerin sadece bilgi verme hizmeti faaliyetini yürütebileceği vurgulanmaktadır³³.

²⁹ HUGHES, Are We Ready, s. 408.

³⁰ MAC WILLIAM – COOKE, s. 374.

³¹ Aslında bu sınıflandırmaya IALA tarafından 2001 yılında yayımlanan “İç Suyollarında Gemi Trafik Hizmetleri Hakkında IALA Tavsiyeleri (*IALA Recommendation on Vessel Traffic Services in Inland Waterways* - IALA Recommendation V-120) uyarınca iç suyuolları VTS (*inland waters VTS*)'nin de eklemesi gerekmektedir. “Avrupa Ekonomik Komisyonu İç Taşıma Komitesi (*Economic Commission for Europe Inland Transport Committee*)” tarafından, Avrupa iç suyuolunda kurulacak ve işletilecek VTS'lere yönelik olarak hazırlanan, “İç Suyollarında Gemi Trafik Hizmetleri İçin Ana Hatlar ve İlkeler (*Guidelines and Criteria for Vessel Traffic Services an Inland Waterways*)” olarak 2005 yılında yayımlanan tavsiyelerde (Resolution No 58, TRANS/SC.3/166), iç suyuolları VTS'nin amacının, iç suyuollarında (uluslararası hukuka uygun olarak belirlenen sınırın kara kısmında kalan ve denize bağlantısı olsun ya da olmasın, insan yapımı veya doğal nehir, göl veya diğer su kaplı alanlar) seyir güvenliği ve etkinliğini geliştirmek, çevrenin korunması ve can güvenliği sağlamak ve/veya su yolu boyunca uzanan işletme, yakın yerleşim yerleri ve kıyıları gemi trafiğinin olumsuz etkilerinden mümkün olduğunca korunmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir (IALA Recommendation V-120, 3.1.1; Resolution No 58, TRANS/SC.3/166, 3.1.1). Deniz çevresinde kurulan VTS'lere çok benzeyen iç suyuolları VTS'nin de, farklı olarak, seyir yardım hizmetleri verilmemektedir (Resolution No 58, TRANS/SC.3/166, 33); Farklı tasnifler için bkz. MAC WILLIAM – COOKE, s. 370.

³² Bu tür VTS'lere örnek olarak İngiliz Kanalı, Cebelitarık Boğazı ve Türk Boğazları VTS sistemleri gösterilmektedir. Bkz. USTAOĞLU – FURUSHO, s. 54.

³³ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 2.1.2).

VTS'lerden; genel olarak bir liman yolundaki deniz trafiğinin güvenliğini sağlamak amacıyla nehir girişleri veya haliçlerde hizmet verenler Haliç VTS (*Estuarial VTS*)'yi³⁴, başta limana gelen veya limandan ayrılan gemilere hizmet vermek olmak üzere limandaki gemi trafiğinin etkinliğini sağlamak amacıyla kurulanlar Liman VTS (*Harbour VTS*)'yi³⁵ ve bir kıyı VTS'nin bölgesindeki limanlara gelen ya da ayrılan veya bir liman VTS'nin yetkisindeki deniz alanından veya limanlarından uğraksız geçen gemilere de hizmet verenler ise Karma VTS (*Mixed VTS*)³⁶ olarak adlandırılmaktadır.

B) TARİHSEL SÜREÇ

Teknolojik ağırlıklı VTS sisteminin yeni bir kavram olarak 1960'lı yıllardan itibaren ortaya çıkmasına rağmen, verilen hizmetler dikkate alındığında, VTS hizmetlerinin denizcilik tarihi kadar eskiye dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü gemilere duman, ışık veya ses³⁷ ile karadan yapılan yardımlar da bir anlamda ilkel VTS olarak kabul edilmektedir³⁸.

Gemilerin, deniz zorlukları karşısında ihtiyaç duyduğu seyir bilgileri, teknolojik gelişmelere bağlı olarak önceleri telsiz yardımıyla verilmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise radar teknolojisinde yaşanan gelişmelere paralel olarak gemi hareketleri radar donanımlarıyla izlenmeye başlanmıştır³⁹. İlkel de olsa radar ve telsiz teknolojisi birleşimi ilk VTS sistemi İrlanda Denizi'nde İngiltere'ye bağlı *Man Adası*'nda kurulmuştur⁴⁰.

Modern anlamda ilk VTS sisteminin 11 Haziran 1948 tarihinde *Mersay* Liman Otoritesi tarafından *Liverpool* Limanı'nda kurulduğu kabul edilmektedir⁴¹. 1950 yılında ise *Long Beach* Limanı'nda (*California*) radar

³⁴ Londra Limanı için *Thames* Nehri ve *Southampton* Limanı için *Solent* nehrinde kurulu VTS'ler gibi. Bkz. HUGHES, Are We Ready, s. 409.

³⁵ *Dover* ve *Portsmouth* Limanı VTS'leri gibi. Bkz. HUGHES, Are We Ready, s. 409; USTA-OĞLU – FURUSHO, s. 55.

³⁶ Singapur (Malaca) Boğazı'nda kurulu bulunan VTS sistemi gibi. Bkz. MAC WILLIAM – COOKE, s. 375.

³⁷ Bu hizmetler daha sonra bayrak ve ışık ile işaret vermek suretiyle geliştirilmiş ve uluslararası standartlara bağlanmıştır. Bu yardım hizmetleri günümüzde de hala kullanılmaktadır.

³⁸ İSTİKBAL, Gemi Trafik Hizmetleri, s. 4.

³⁹ *Kıyı ve Deniz Güvenliği*, s. 161. Örneğin 1946 yılında İngiliz Donanması tarafından *Liverpool* Limanı'nda *Mersey* iskelesi ile Liman Otoritesi'ni birbirini bağlayacak şekilde askerî radarla çeşitli denemeler yürütülmüştür. HUGHES, When is a VTS not a VTS? Part 1, s. 36.

⁴⁰ *IALA VTS Manual 2008*, s. 50.

⁴¹ Özellikle uygunsuz hava koşullarında gemilerin yerlerini belirlemeye yardımcı olması amacıyla bir radar sistemi VTS'ye dâhil edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HUGHES, Vessel Traffic Services, s. 15.

ve telsiz birleşimi bir sistem kurulmuştur. Böylelikle hem gemilerin doğrudan limanla haberleşebilmesi hem de gemilerin konumlarının takip edilebilmesi imkânına kavuşulmuştur⁴². Daha sonraları Kuzey Batı Avrupa limanlarında VTS sistemleri kurulmaya başlanmıştır⁴³.

1950’li yıllardan itibaren artış gösteren VTS sistemleri, özellikle deniz trafiğinin akışında belli bir düzen sağlayarak, trafik yoğunluğuna bağlı gecikmelerin önlenmesi ve özellikle deniz trafiğinin düzenlenmesinde etkin bir rol oynamasına rağmen, sorumluluk sahasında meydana gelen deniz kazalarının önlenmesinde çok başarılı olamamıştır⁴⁴. Bununla birlikte radar teknolojisinin gelişmesiyle birlikte VTS sistemlerinin kalitesi ve etkinliğinin artmaya başlaması ve 1980’li yıllarda bilgisayar teknolojisi destekli VTS sistemlerinin kurulmasıyla birlikte deniz kazalarında önemli bir azalma sağlanmıştır⁴⁵.

Teknolojik gelişmelere paralel olarak VTS sistemlerinin kapasitesi ve sayısı doğru orantılı olarak bir gelişme göstermiştir. Günümüzde sadece ABD’de tam olarak görev yapan 20 kadar VTS sisteminin bulunduğu ve bazılarının federal hükümet tarafından işletilenlerin kullanıcılara doğrudan bir maliyetinin bulunmadığı, bazılarının ise kamu/özel sektör ortaklığı ile yönetildiği ve maliyetlerinin limana giriş ücretlerinden karşılandığı bildirilmektedir⁴⁶. Dünya VTS Rehberi’nde belirtildiğine göre; Benin, Bermuda, İtalya, Polonya, Romanya, Singapur ve Ukrayna’da 1, Avustralya, İngiltere, Portekiz’de 2, Fransa ve Güney Kore’de 3, Çin ve Norveç’te 4, Arjantin, Rusya Federasyonu ve Hollanda’da 5, Japonya’da 10, Almanya ve Kanada’da 18 ise bölgede VTS hizmeti verilmektedir⁴⁷.

⁴² HUGHES, 64 Years Young, s. 1.

⁴³ 1952 yılında Amsterdam, 1956 yılında ise Rotterdam Limanları VTS sistemi ile donatılmıştır. *IALA VTS Manual 2008*, s. 14.

⁴⁴ 18 Mart 1967 tarihli *Torrey Canyon*, 9 Ağustos 1974 tarihli *Metula* ve 16 Mart 1978 tarihli *Amoco Cadiz* kazaları, deniz çevresinin korunması için yeni tedbirlerin alınması konusunda gelen baskıları arttırmış özellikle liman bölgelerinde radar kullanımı ve deniz trafiği yönetimi oldukça genişletmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *IALA VTS Manual 2008*, s. 14.

⁴⁵ Bilgisayar destekli ilk VTS sistemi Londra’da kurulmuştur. Bkz. İSTİKBAL, Gemi Trafik Hizmetleri, s. 5.

⁴⁶ ASYALI, Su Yolları Yönetim Kavramı, s. 167; TALLEY, s. 108.

⁴⁷ (<http://www.worldvtsguide.org/Pages/locationindex.html>, erişim 11 Ekim 2012).

C) VTS'NİN DENİZ HUKUKU KAYNAKLARI

VTS sistemi çalışmalarının eskilere dayanmasına rağmen VTS'nin hukukî niteliğine yönelik çalışmalar çok yeni tarihlere rastlamaktadır. Örneğin IMO, 1968 yılında yayımladığı “Liman İkaz Sistemleri Hakkında Tavsiyeler (*Recommendation on Port Advisory Systems*)”⁴⁸’de VTS’nin, seyir güvenliğinin sağlanmasındaki önemini vurgulamasına⁴⁹ rağmen 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nde (*United Nations Convention on the Law of the Sea – BMDHS*) VTS’yle ilgili her hangi bir düzenleme yapılmamıştır⁵⁰.

VTS hakkında ilk uluslararası metin, IMO tarafından hazırlanan ve bir VTS sisteminin hem donanım hem de personel olarak nasıl olması gerektiği konusunda yönlendirici kurallar getiren 20 Kasım 1985 tarihli VTS Ana Esasları (*VTS Guidelines*)’dır⁵¹. Bu kurallar ihtiyaca göre özellikle IALA VTS Komitesi’nin çalışmaları sayesinde daha da geliştirilmiş ve IMO tarafından 27 Kasım 1997 tarihinde ikinci VTS Ana Esasları kabul edilmiştir⁵². Ayrıca IALA tarafından VTS El Kitabı (*VTS Manual*) hazırlanmıştır⁵³. Ülkesinde VTS sistemi kuran her devlet de kendi VTS kullanıcı rehberini hazırlayarak kullanıcılara duyurmuştur⁵⁴.

VTS’yle ilgili düzenlemeler IMO ve IALA tarafından yapılan çalışmalarla sınırlı değildir. Zira trafik ayırım düzenini de içinde barındıran VTS sistemi içinde tesis edilecek olan trafik ayırım şemalarının, Uluslararası Denizde Çatışmayı Önleme Kuralları (*International Regulations for Preventing Collisions at Sea - COLREG*)’na uygun olarak tesis edilmesi gerekmektedir (COLREG Kural 10)⁵⁵. Ayrıca SOLAS’da da VTS’yle ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre kıyı devletlerinin, IMO VTS Ana Esasları’na

⁴⁸ IMO in Resolution A.158 (EK IV), (ASYALI, A Ship Based Approach, s. 58).

⁴⁹ HUGHES, 64 Years Young, s. 1.

⁵⁰ Bununla birlikte BMDHS’nin 41. maddesinde “Trafik Ayırım Düzenleri (TAD)” ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

⁵¹ IMO Resolution A. 578(14) (*Kıyı ve Deniz Güvenliği*, s. 160).

⁵² IMO Resolution A. 857(20). İstikbal, yapılmaya çalışılan uluslararası nitelikli düzenlemelere rağmen, bugün dünyada uygulanan VTS sistemlerinde bu kurallara tam olarak uyulduğu söylenemeyeceğini bildirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İSTİKBAL, Deniz Ulaşımı, s. 140.

⁵³ IALA, ilk baskısını 1993 yılında yaptığı VTS El Kitabı’nı sırasıyla; 1998 ve 2002 yılında geliştirilerek güncellemiş ve son baskıyı (4. baskı) 2008 yılında yapmıştır. *IALA VTS Manual 2008*, s. 49.

⁵⁴ VTS kullanıcı rehberleri için bkz. (<http://www.worldvtsguide.org/Pages/locationindex.html>, erişim 1 Ekim 2012).

⁵⁵ COLREG Kuralları için bkz. AKDOĞAN, s. 1.

mümkün olduğu kadar uymak kaydıyla, deniz trafiğinin, seyir güvenliği için risk oluşturduğu deniz alanlarında VTS sistemi kurma ve işletme hakları bulunmaktadır⁵⁶. Bununla birlikte kurulacak VTS sistemi, kıyı devletlerinin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer hak ve yükümlülüklerini hiçbir şekilde ortadan kaldırmamaktadır⁵⁷.

D) VTS’NİN HUKUKÎ STATÜSÜ

1- Genel Olarak

VTS sistemlerinin personel, donanım ve nitelikleri konusunda temel ilkelerin oluşturulmasına yönelik uluslararası girişimlere rağmen, günümüzde hukukî statüsü tam olarak belirlenmiş değildir. Elektronik, radar ve bilgisayar teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak teknolojik altyapısı sürekli değişen dinamik bir yapıya sahip olması bu süreci daha da uzatmaktadır. Bu nedenle uygulamada her VTS otoritesinin, kendi VTS’nin hukukî niteliğini saptayarak, kurallarını oluşturmaya çalıştığı görülmektedir. Bu dağınıklık ise VTS konusunda ortak bir politika ve uluslararası bir standardın oluşturulmasını güçleştirmektedir. Bu kapsamda öncelikle Gemi Trafik Hizmetleri Merkezi (VTS Merkezi) ile gemiler arasındaki ilişkinin hukukî niteliği tartışılmalıdır.

Yukarıda belirtildiği gibi VTS sistemi, kullanıcılar (genel olarak gemiler) ile VTS merkezlerinin karşılıklı iletişim içinde oldukları interaktif bir sistemdir. VTS bölgesine yaklaşan gemiler, önceden belirlenmiş mevki ve zamanlarda, kimliği, kalkış ve varış limanı, taşıdığı yükün niteliği ve kılavuz isteği gibi konuları VTS merkezine bildirirken, VTS merkezi de gemi trafiği ve diğer çevre koşullarına ait bilgileri ilgili gemilere iletmektedir. Bu anlamda VTS merkezi ile gemiler arasında; ne kamu hukuku kurallarına tabi bir hukukî ilişki ne de özel hukuk nitelikli bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. VTS hizmetlerinin kamu kurumları veya liman otoritesi gibi özel kuruluşlar tarafından yürütülmesinin bir önemi bulunmadığı gibi trafik düzenleme hizmeti kapsamında VTS merkezinin “tavsiye” veya “talimat” vermesi de bu durumu değiştirmemektedir. Bu itibarla VTS merkezi ile gemiler arasında, kamu ve özel hukuk karışımı, kendine özgü (*sui generis*) bir hukukî ilişkinin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

VTS’nin hukukî statüsünün kesin olarak belirlenememiş olması ise doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır. Örneğin *Bootsma* ve *Polderman*, temel olarak aynı amaçlara sahip olmalarını nedeniyle

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. BIEVRE, s. 349.

⁵⁷ SOLAS Bölüm V Kural 12(2) ve (5).

“hava trafik hizmetleri (*air traffic services –ATS*)”ne ilişkin kuralların VTS sistemine kıyasen uygulanabileceğini önermektedir⁵⁸. Verilen hizmetler, kurulma ve işletilme amaçları ATS ve VTS sistemlerini birbirlerine oldukça yaklaştırmakla birlikte, hava ve deniz taşımacılığının kendine özgü riskleri ve iki sistemin farklı şekilde gelişim göstermesi, ATS’yle ilgili kuralların, deniz hukukunun geleneksel yapısına uyarlanmadan doğrudan VTS sistemine uygulanmasını imkânsız kılmaktadır⁵⁹. Zira ATS’nin ana görevini, hava araçlarının uçuş planlarına göre hareket etmesini sağlamaya yönelik olarak hava trafiğinin gözlenmesi oluşturmaktadır. Özellikle hava araçlarının kısıtlı görüşe sahip olması onları uçuş sistemlerine bağlı kılmakta ve teknik arıza veya organizasyon hataları genel olarak büyük felaketlere yol açmakta, hava araçlarının yüksek hızda uçmaları pilotlara gerekli tedbirleri alması için zaman tanımamaktadır. Deniz taşımacılığında ise, özellikle sistem arızalarında, gemi kaptanlarının, başta demir atma olmak üzere, römorkör talep etme veya karaya oturma gibi pek çok tedbiri alma ve uygulama zamanları bulunmaktadır⁶⁰. Ayrıca hava taşımacılığının kendine özgü yapısı, ATS’nin hukukî statüsünün uluslararası düzeyde ve oldukça kolay şekilde düzenlenmesine yol açarken, deniz taşımacılığının uzun ve geleneksel yapısı, hukukî anlamda VTS’nin oldukça yavaş bir gelişim göstermesine neden olmaktadır⁶¹.

Bu anlamda VTS sistemi, kurulma amacı ve gemilere verilen hizmetler dikkate alındığında, ATS’den ziyade kılavuzluk hizmetlerine yaklaşmaktadır. Bu itibarla, her ne kadar birbirlerinden tamamen farklı iki deniz hukuku kurumu olsalar da seyir güvenliğinin sağlanabilmesi ve özellikle VTS’nin işlev ve fonksiyonunu etkin şekilde yerine getirebilmesi amacıyla, VTS’nin hukukî niteliği konusunda genel kabul gören uluslararası bir düzenleme yapılmıncaya kadar, VTS merkezi ile gemiler arasındaki hukukî ilişkinin, “zorunlu danışman kılavuzluk (mecburî müşavir kılavuzluk)” hükümleri

⁵⁸ BOOTSMA – POLDERMAN, s. 50. Özellikle yazarlar, ATS’nin amaçları, ATS otoritesinin tesisi, ATS için ihtiyaçların belirlenmesine yönelik ilkeler, ATS bölgesinin çizilmesi, ATS otoriteleri ile kullanıcılar arasında işbirliği, ATS uygulaması, trafik bilgisinin kapsamı gibi konuların, VTS ilkelerinin oluşturulması içinde kullanılabileceğini düşünmektedirler. Yazarlar ayrıca, hava aracı veya gemilerin öncelikli sorumluluğunun pilot veya kaptanın omuzlarında olduğundan, VTS veya ATS operatörünün, verdiği bilgi ve tavsiyelerinden dolayı meydana gelen hasarlardan sorumlu tutulamayacağını ileri sürmektedirler.

⁵⁹ Karşı görüş için bkz. BIEVRE, s. 358. Yazar, deniz trafiği yönetimi ve hava trafiği kontrolünün trafiğin organizasyonu, yönetimi ve kontrolü için kullanılabilecek benzerlikler bulunduğunu düşünmektedir.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Minding the Helm Marine Navigation and Piloting*, s. 187.

⁶¹ USTAOĞLU – FURUSHO, s. 55.

çerçevesinde tanımlanması ve doldurulması gerektiği en uygun çözüm gibi görünmektedir⁶².

VTS sisteminin hukukî statüsünün belirlenmesi kapsamında tartışılması gereken ikinci sorun, VTS hizmetlerinin hukukî niteliğiyle ilgilidir. Bilindiği gibi VTS sistemleri, kurulması ve işletilmesi büyük yatırımlar gerektiren oldukça yüksek maliyetli hizmetler⁶³ olduğundan genel olarak kıyı devleti tarafından ve kamusal yetkiler kullanılarak kurulmakta ve işletilmektedir. Bu nedenle doktrinde VTS'nin, bir kamu hizmeti niteliğinde olduğu bildirilmektedir⁶⁴.

VTS'nin boğaz, kanal, liman gibi deniz trafiğinin yoğun olduğu deniz alanlarında can, mal, seyir ve çevre güvenliğinin sağlanmasında taşıdığı önemli rol, ilk bakışta, VTS'nin bir kamu hizmeti niteliğinde olduğu görüşünü destekler niteliktedir. Bununla birlikte VTS'nin idare hukuku anlamında bir kamu hizmeti olarak değerlendirmesi mümkün görünmemektedir⁶⁵. Zira kıyı devletin salt kamusal yetkiler kullanması tek başına VTS'yi bir kamu hizmeti olarak nitelemeye yetmemektedir. Konu hakkında fazla ayrıntıya girilmemekle birlikte bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için, aynı zamanda, idarenin bu hizmeti açık şekilde bir kamu hizmeti olarak nitelemesi⁶⁶ veya kamulaştırma, ceza kesme ya da tekel kurma gibi kamusal

⁶² Deniz ulaşımı açısından dünyanın en riskli bölgelerinden biri olan Türk Boğazları'nda, Montrö Boğazlar Sözleşmesi 2(3) maddesi uyarınca kılavuzluğun zorunlu tutulmamasına rağmen, can, mal, seyir ve çevre güvenliğini sağlamak amacıyla Türkiye'nin deniz trafiğini düzenlemek amacıyla kurduğu VTS sisteminin işleyişi, Türk VTS Merkezi ile uğraklı ya da uğraksız geçen gemiler arasında, en azından, zorunlu danışman kılavuzluk anlamında bir hukukî ilişkinin mevcut olduğunu göstermektedir.

⁶³ Yapılan bir çalışmada, km başına ortalama 30.000 Amerikan Doları olan bir VTS sisteminin yüksek maliyetin sisteme entegre edilen radar sayısından kaynaklandığı bildirilmektedir. Örneğin 1 veya 2 radarla desteklendiğinde 200.000 Amerikan Doları olan maliyetin, 3 veya 4 radarla desteklendiğinde bir milyon, 5 ya da daha radarla desteklendiğinde ise üç milyon Amerikan Dolarına ulaşmaktadır. MIZUKI – FUJII, s. 14; ABD'de Federal Hükümet tarafından işletilen 17 VTS'nin ABD ekonomisine yıllık maliyetinin 310 milyon Amerikan Dolarından fazla olduğunu bildirilmektedir. TALLEY, s. 107.

⁶⁴ KIZILSÜMER, s. 116; VTS'nin bir kamu hizmeti olup olmaması, öncelikle VTS otoritesi veya idare ile kullanıcılar yani gemiler arasındaki ilişkinin mahiyeti açısından büyük önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle eğer VTS kamu hizmeti olarak kabul edilirse; VTS ile kullanıcılar arasında kamu hukuku kurallarının uygulanması, çıkan uyuşmazlıkların çözümünde idare mahkemelerinin görevli olması ve özellikle VTS'nin faaliyetleri nedeniyle haksız fiil değil "hizmet kusuru" gündeme gelebilecektir. DERBİL, s. 30.

⁶⁵ Kamu hizmetinin, idare hukukunun en önemli konusu olmasına rağmen aynı zamanda da en bulanık konusu olduğu ve üzerinde uzlaşılmış bir tanımının bulunmadığı bildirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇIRAKMAN, s. 75; ÇAL, s. 23.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI, s. 258.

yetki ve usuller ile faaliyetin yürütülmesine ilişkin yapılacak sözleşmelerde özel hukuku aşan kayıt ve şartların bulunması gerekmektedir⁶⁷.

Uygulamada kıyı devletleri, deniz alanın trafik yoğunluğu veya çevresel faktörleri dikkate alarak⁶⁸ VTS sistemi kurmaya karar vermektedir. Eğer VTS, idare hukuku anlamında bir kamu hizmeti olsaydı, VTS sisteminin kurulması zorunlu olan bir deniz alanına bu sistemi kurmayan kıyı devletinin hukukî sorumluluğuna gidilmesi gerekirdi ki bugün için kıyı devletlerinin, ulusal veya uluslararası hukuktan kaynaklanan böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Sonuç olarak VTS hizmetlerini; idare hukuku anlamında bir kamu hizmetinden ziyade, deniz trafiğinin düzenlenmesi, seyir güvenliğinin sağlanması ve deniz çevresinin korunmasına sağladığı olumlu katkılar nedeniyle kamuya yararlı bir faaliyet olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu itibarla VTS'nin kurulması ve işletilmesi konusunda VTS otoritesinin idare hukuku anlamında bir sorumluluğu bulunmadığı gibi VTS'nin bir kamu hizmeti olmaması, kıyı devletinin deniz hukukundan kaynaklanan deniz trafiğini düzenleme konusundaki yetki ve sorumluluğunu hiçbir şekilde ortadan kaldırmamalıdır.

2- Farklı Deniz Alanlarında VTS

VTS'nin planlanması ve yürütülmesi konusunda bazı ölçütler⁶⁹ getiren IMO VTS Ana Esasları'nda, VTS sisteminin kurulması ve işletilmesinde sorumluluğun üye devletlere ait olduğu vurgulanmaktadır⁷⁰. Aynı şekilde SOLAS sözleşmesinde “sözleşmeye taraf devletlerin sadece deniz trafiğinin yoğunluğu ve oluşturduğu riskin derecesini göz önüne alarak VTS sistemi kurabilecekleri” düzenlenmekte onay ya da izin gibi herhangi bir kuraldan bahsedilmemektedir⁷¹. Bu açıdan her devletin, VTS sistemi kurmayı düşündüğü deniz egemen ve yetki alanındaki trafik yoğunluğunun sebep olduğu riskleri değerlendirerek VTS sistemi kurma ve işletme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir.

⁶⁷ GÜNDAY, s. 333.

⁶⁸ IMO VTS Ana Esasları'nda VTS'nin kurulması için uygun olan deniz alanları belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 3.2.2).

⁶⁹ Bkz. IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 3.2).

⁷⁰ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 3.1).

⁷¹ SOLAS Bölüm V, Kural 8(2).

a) İçsular

Uluslararası deniz hukuku kurallarına göre karasuları esas hattının kara kısmında kalan deniz alanı olarak tanımlanan⁷² içsular, uluslararası örf ve âdet hukuku uyarınca kıyı devletinin kara ülkesinin bir parçası olarak kabul edilmektedir⁷³. Bu anlamda kıyı devletlerinin, içsularında her türlü VTS sistemini kurma ve işletme hatta VTS sistemine uyulmasını zorunlu kılacak tedbirleri alma konusunda egemen hakları bulunmaktadır⁷⁴.

b) Karasuları

Uluslararası deniz hukukunda kıyı devletinin egemenliğinin, içsuların ötesinde, karasuları denilen bitişik deniz alanı⁷⁵, deniz yatağı ve altı ile üzerindeki hava sahasına kadar uzandığı kabul edilmektedir⁷⁶. BMDHS'nin 21(a) ve (f) maddesinde açık şekilde kıyı devletlerine deniz ulaşımının güvenliği ve deniz trafiğinin düzenlenmesi ile deniz çevresinin korunması, kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol altına alınması konusunda düzenlemeler yapma yetkisinin tanınmış olması, doktrinde, kıyı devletlerinin, zararsız geçiş hakkını engellemediği sürece, özellikle belirli gemi tipleri için zorunlu VTS sistemi uygulama yetkisine sahip bulunduğu şeklinde yorumlanmaktadır⁷⁷. Hukukî anlamda karasuları, kural olarak, kara ülkesinin bir parçası⁷⁸ olduğundan kıyı devletlerinin, bu deniz alanında zorunlu VTS sistemini kurma ve işletme konusunda egemen hak ve yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

⁷² 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 5(1); BMDHS m. 8(1).

⁷³ MERAY, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 283; LÜTEM, s. 128; ÇELİK, s. 74; ÖZMAN, *Deniz Hukuku*, s. 248; PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 334; BOZKURT – KÜTÜKÇÜ – POYRAZ, s. 116; KURAN, s. 35; CHURCHILL – LOWE, s. 45.

⁷⁴ PLANT, s. 73; KIZILSÜMER, s. 113.

⁷⁵ BMDHS'nin 3. maddesinde, 12 deniz milini geçmemek şartıyla, her devletin, karasularının genişliğini tespit etme hakkına sahip olduğu düzenlenmesine rağmen, karasularının genişliği konusu uluslararası deniz hukukunun en tartışmalı alanlarından birisini oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYKAL, s. 77.

⁷⁶ 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 1(2); BMDHS m. 2.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. PLANT, s. 74; GOLD, s. 73. *Gold*, BMDHS'nin 26. maddesi uyarınca kıyı devletlerinin, karasularında ücretli VTS sistemi kurabileceklerini düşünmektedir.

⁷⁸ Kıyı devletleri, zararsız geçiş hakkı ve kıyı devletinin yargı yetkisine yönelik sınırlamalar haricinde egemenlik hakkından doğan bütün yetkilerini tam olarak uygulayabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, s. 76; ÖZMAN, *Deniz Hukuku*, s. 309; PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 345; BOZKURT – KÜTÜKÇÜ – POYRAZ s. 123; KURAN, s. 81.

c) Boğazlar

Coğrafi açıdan, iki deniz alanını birleştiren doğal ve dar su yolları olarak tanımlanan boğazlar⁷⁹, sahip oldukları özelliklere göre, “ulusal boğazlar” ve “uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlar” olarak ikiye ayrılmaktadır. Ulusal boğazlar, genel olarak her iki yakası tek bir devlet tarafından kontrol edilen ve statüsü özel bir antlaşmayla belirlenmemiş dar su yolları olup, kural olarak, kıyı devletinin egemenliği altında bulunmakta ve geçiş rejimi de kıyı devletinin ulusal hukukuna göre düzenlenmektedir⁸⁰. Uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlar ise uluslararası ulaşımda kullanılan ve iki açık deniz alanını, açık deniz ile bir devletin münhasır ekonomik bölgesini, iki ayrı devletin münhasır ekonomik bölgesini veya bir devletin karasuları ile diğer bir devletin münhasır ekonomik bölgesini birbirine bağlayan dar su yolları olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlara ilişkin genel nitelikli hükümler sadece bu su yollarından geçiş rejimine ait olup ve boğazların hukukî rejimini, kıyı devletinin bu sular ile bunlara ait deniz yatakları, toprak altı ve hava sahası üzerindeki egemenliğini veya yetkilerini etkilememektedir. Bu açıdan uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazların geçiş rejimi dışındaki hukukî statüsü, deniz alanının statüsüne göre içsular, karasuları veya açık deniz rejimine göre belirlenmektedir⁸¹.

Yukarıda verilen bilgilerden kıyı devletlerinin, boğazlarda VTS sistemi kurma ve işletme konusundaki hak ve yetkilerinin kapsamının, boğazın içsular, karasuları veya açık deniz statüsünde olmasına göre belirlenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte 1960’ların sonlarında karasuları genişliğinin 12 deniz miline çıkarılmasının bir sonucu olarak, uluslararası hukuk kurallarının uygulandığı 116 boğazın ulusal boğaz statüsü kazanmasının etkisiyle BMDHS ile ilk kez uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlarda, diğer devletlere daha geniş serbestlikler tanıyan, transit geçiş rejimi adında yeni bir geçiş rejimi ihdas edilmiştir⁸².

⁷⁹ Genel olarak boğaz tanımları için bkz. PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 368; ÇELİK, s. 108; ÖZMAN, *Deniz Hukuku*, s. 355; CHURCHILL – LOWE, s. 81; BING BING, s. 3.

⁸⁰ Bununla birlikte boğazın iki yakası arasındaki uzaklığın, karasuları genişliğinin iki katından fazla olması durumunda, tarihsel haklara dayanan aksine bir durum olmadıkça, karasularının ötesinde kalan deniz alanında uluslararası hukuk kuralları geçerli olmaktadır. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. MERAY, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 318; PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 368; BAYKAL, s. 233; ÖZMAN, *Deniz Hukuku*, s. 357.

⁸¹ Uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlardan geçiş rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PAZARCI, *Uluslararası Boğaz Kavramı*, s. 67; NANDAN – ANDERSON, s. 67.

⁸² Bkz. ÖZMAN, *Deniz Hukukunda Yeni Gelişmeler*, s. 22.

Transit geçiş rejiminin uygulandığı boğazlarda zorunlu VTS sistemi tesis edilip edilemeyeceğine yönelik uluslararası hukukta açık bir kural bulunmamakla birlikte doktrinde, kıyı devletlerinin, bu tür boğazlarda zorunlu VTS sistemi kurma ve işletme haklarının bulunmadığı kabul edilmektedir. Örneğin *Plant*, her ne kadar BMDHS'nin 42(1)(a) ve 42(1)(b) maddelerinde kıyı devletlerine, transit geçişe yönelik olarak deniz ulaşımı güvenliği veya deniz trafiğinin düzenlenmesi konusunda kuralları kabul etme hakkı tanınmış olsa da BMDHS'nin 42(1)(a) maddesinde, “trafik ayırım şemaları” başlıklı BMDHS'nin 41. maddesine atıf yapıldığını, dolayısıyla kıyı devletinin düzenleme yapma hakkının sadece IMO tarafından onaylanan deniz yolları veya trafik ayırım şemalarıyla sınırlı olduğunu ve bu nedenle yabancı gemilerin VTS sistemine gönüllü olarak dâhil olmadıkça veya devletler arasında aksine bir sözleşme bulunmadıkça zorunlu VTS uygulamasına gidilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca BMDHS'nin 42(1)(b) maddesinde boğaza petrol ve yağ veya artıkları ile diğer zararlı maddelerin atılmasına ilişkin uygulanabilir kurallardan bahsedildiğini ancak “uygulanabilir (*applicable*)” teriminin, kıyı devletine zorunlu VTS uygulama yetkisi verecek kadar güçlü bir ifade olmadığını ileri sürmektedir⁸³. VTS'nin uygulamasının sadece bir kıyı devletinin karasuları içindeki deniz alanında zorunlu tutulabileceğini vurgulayan *Hughes*, boğazlarda ancak gönüllü veya zorunlu raporlama sistemi tesis edilebileceğine işaret etmektedir⁸⁴. SOLAS Bölüm V Kural 12(4)'de sadece karasularında zorunlu VTS uygulamasına gidilebileceğinin düzenlendiğine vurgu yapan Kızılsümer ise boğazların genel olarak kıyı devletinin karasuları içinde kalmasına rağmen transit geçiş rejiminin uygulandığı boğazların farklı bir hukukî rejime tâbi olduğunu ve bu nedenle zorunlu VTS uygulamasına gidilmemesi gerektiğini düşünmektedir⁸⁵.

BMDHS'nin 42(1)(a) maddesinde kıyı devletlerine, deniz ulaşımının güvenliği ve deniz trafiğinin düzenlenmesi konusunda kanun ve kuralları kabul etme yetkisi verilmektedir. Her ne kadar maddede, trafik ayırım şemalarını düzenleyen BMDHS'nin 41. maddesine atıf yapılsa da BMDHS'nin 42(1)(a) maddesindeki “deniz güvenliği ve deniz trafiğinin düzenlenmesi” ifadelerinin geniş olarak yorumlanması gerektiği ve kıyı devletlerinin düzenleme yapma yetkisinin trafik ayırım şemalarıyla sınırlı olmadığı kabul edilmelidir⁸⁶. Aksi

⁸³ PLANT, s. 74.

⁸⁴ UGHES, When is a VTS not a VTS?, s. 440.

⁸⁵ KIZILSÜMER, s. 114.

⁸⁶ Aynı yönde bkz. BATEMAN – WHITE, s. 194. Yazarlar, BMDHS'nin 42(1)(a) maddesinin kapsamının açık olmadığını kabul etmekle birlikte maddeyi doğru okumanın bir yolunun,

görüş, BMDHS'nin 42(1)(a) maddesini gereksiz kılmaktadır. Zira BMDHS'nin 41. maddesinde açık şekilde boğaz devletine trafik ayırım şemaları ilan etme hakkı ve geçiş yapan gemilere de uyma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu açıdan transit geçiş rejiminin uygulandığı boğazlarda kıyı devletinin, en azından, karasularına dâhil deniz kesiminde zorunlu VTS uygulamasına gidebilme hakkı bulunmalıdır⁸⁷. Aksi takdirde, özellikle deniz trafiğinin yoğun olduğu boğazlarda, VTS'den beklenen etkinliğinin elde edilemeyeceği aşîkârdır. Uygulamada da BMDHS'nin 211(5) maddesi uyarınca Cebelitarık Boğazı'nda ve BMDHS'nin 43. maddesi uyarınca da Malaca Boğazı'nda zorunlu VTS uygulamasına gidildiği bildirilmektedir⁸⁸. Ayrıca IMO'nun, 2004 yılında *Torres* Boğazı'nda (Avustralya), 2006 yılında ise Büyük *Belt* Boğazı'nda (Danimarka) zorunlu "gemi raporlama sistemi" kurulmasına izin verdiği bildirilmektedir⁸⁹.

d) Münhasır Ekonomik Bölge

Uluslararası deniz hukuku kuralları kıyı devletlerine, karasularının ölçülmeye başladığı esas hatlardan itibaren 200 deniz miline kadar su kütlesi, deniz yatağı ve toprak altını kapsayan bir deniz alanında münhasır ekonomik bölge ilan etme hakkı tanımaktadır⁹⁰. Deniz hukuku kuralları uyarınca kıyı devletlerinin bu deniz alanında başta canlı ve cansız doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi, korunması ve yönetilmesi olmak üzere, sunî ada, tesis ve yapılar kurma, denize ilişkin bilimsel araştırma yürütme ve deniz çevresini korunma konularında egemen hak ve yetkileri bulunmaktadır. Münhasır ekonomik bölgede deniz trafiğinin düzenlenmesine yönelik özel bir yetkiden bahsedilmediği gibi konuyla ilgili herhangi bir deniz hukuku kuralı bulunmamaktadır. Bu itibarla kıyı devletlerinin, denizde can ve mal güvenliğinin sağlanması ya da deniz çevresinin korunması amacıyla zorunlu VTS sistemi kurma ve işletme hakkının bulunup bulunmadığı ayrıca sorgulanmalıdır.

hatta tek yolunun, deniz ulaşımının güvenliği için gerekli kanun ve kurallar kabul etmesinin kıyı devleti için yükümlülük olduğunun ve deniz trafiğini düzenleme ifadesinin, trafik ayırım şemaları ve deniz hatları tesis edilmesinden çok daha geniş olduğunun kabul edilmesi olduğunu vurgulamaktadırlar.

Aksi görüş için bkz. BECKMAN, s. 344. *Beckman*, BMDHS'nin 42(1)(a) maddesinin kıyı devletine sadece deniz hatları ve trafik ayırım şemaları düzenleme yetkisi verdiğini ileri sürmektedir.

⁸⁷ Aynı yönde bkz. GOLD, s. 73.

⁸⁸ PLANT, s. 75.

⁸⁹ HUGHES, When is a VTS, s. 441. *Torres* Boğazı'nda zorunlu kılavuzluk uygulaması hakkından ayrıntılı bilgi bkz. BATEMAN – WHITE, s. 196; ROBERTS, s. 93.

⁹⁰ BMDHS m. 57.

Kıyı devletine tanınan bu özel hakların haricinde kural olarak açık deniz rejiminin uygulandığı⁹¹ münhasır ekonomik bölgede diğer devletlerin, başta deniz ulaşımı ve uçuş serbestliği olmak üzere uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer pek çok hakkı bulunmaktadır. Deniz trafiğinin düzenlemesi ya da deniz çevresinin korunması amacıyla kurulsun, bir VTS sisteminin diğer devletlerin deniz ulaşımı serbestliği hakkını olumsuz etkileyeceği aşîkârdır. Deniz ulaşımı serbestliğine getirilecek her türlü kısıtlama uluslararası deniz hukuku kurallarına aykırı olacağından münhasır ekonomik bölgelerde, yabancı gemilerin katılımının ihtiyarî olduğu VTS haricinde, VTS uygulamasına gidilemeyeceği kabul edilmelidir⁹².

e) Açık Denizler

Kıyısı bulunsun ya da bulunmasın bütün devletlerin kullanımına açık olan ve hukukî olarak hiçbir devletin egemenlik iddiasında bulunamadığı açık denizlerin hukukî rejimi, uluslararası deniz hukukunda, “açık denizlerin serbestliği” ilkesi şeklinde düzenlenmektedir⁹³. Uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde kullanılan bu serbestiler; ulaşım, uçuş, deniz altı kablo ve petrol borusu döşeme, yapay ada ve tesis inşa etme, balıkçılık ile bilimsel araştırma yapma serbestisini kapsamaktadır. Bu anlamda devletlerin, sayılan bu serbestlikleri kısıtlayıcı şekilde zorunlu VTS uygulamasına gidemeyecekleri anlaşılmaktadır⁹⁴.

II. VTS OPERATÖRLERİ VE NİTELİKLERİ

A) TANIMI

VTS operatörü, IMO VTS Ana Esasları’nda, “VTS’nin hizmetlerine bir ya da birden fazla görevle katkıda bulunan uygun nitelikte kişi⁹⁵”, IALA VTS El Kitabı’nda ise benzer şekilde “VTS Otoritesinin hesabına

⁹¹ BMDHS m. 58(2).

⁹² Aynı yönde bkz. PLANT, s. 81. Bununla birlikte yazar, kıyı devletlerinin, BMDHS’nin 234. maddesi uyarınca münhasır ekonomik bölgenin buzla kaplı deniz kesiminde ve BMDHS’nin 60(5) maddesi uyarınca münhasır ekonomik bölgede tesis edilen 500 metrelik güvenlik bölgeleri içinde zorunlu VTS uygulamasına gidebileceklerini düşünmektedir. Aynı yönde ayrıca bkz. GOLD, s. 74.

⁹³ Açık denizlerin serbestliği ilkesinin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ME-RAY, Açık Denizlerin Serbestliği, s. 76; ANAND, s. 261.

⁹⁴ KEMPT – BIEVRE, s. 177. Bununla birlikte uygulamada bazı kıyı devletlerinin, açık deniz alanında ancak kıt’a sahanlığındaki sabit platformlar çevresinde zorunlu VTS sistemi kurup işlettikleri bildirilmektedir. Örnekler için bkz. PLANT, s. 78.

⁹⁵ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 1.1.6).

VTS uygulamaları yürüten uygun nitelikte kişi” olarak tanımlanmaktadır⁹⁶. Türkiye tarafından 2007 yılında yürürlüğe konulan Gemi Trafik Hizmetleri Sistemlerinin Kurulmasına ve İşletilmesine İlişkin Yönetmelik (Türk VTS Yönetmeliği)’in değişik⁹⁷ 4(1)(ı) maddesinde ise daha somut şekilde “gemi trafik hizmetleri görevlerini etkili ve emniyetli şekilde yürütebilen, İdarece⁹⁸ düzenlenmiş yeterlilik belgesini haiz ve (yönetmeliğin) altıncı bölümünde belirtilen şartları taşıyan kişi” olarak tanımlanmaktadır⁹⁹.

VTS sistemi içinde verilen en basit meteorolojik veya hidrolojik bilgidен güvenli bir seyir için bir geminin ihtiyaç duyduğu hatta uzmanlık gerektiren bütün bilgi akışı VTS operatörleri tarafından sağlanmaktadır. Bu bilgiler sayesinde kaptan veya kılavuz kaptan gerekli manevraları doğru bir şekilde ve zamanında yapabilme imkânına kavuşmaktadır. Bu anlamda VTS operatörleri, milyonlarca dolar tutarındaki VTS sistemlerinin etkin ve başarılı bir şekilde işletilebilmesinin olmaz ise olmaz koşulunu oluşturmaktadır.

B) NİTELİKLERİ

Yapılan resmî tanımlarda VTS operatörlerinin “uygun nitelikte” kişi olması gerektiği vurgulanmasına rağmen terimden ne anlaşılması gerektiğinin çok açık olmaması, uygulamada, VTS operatörlerinin nitelikleri veya görev için başvuru koşullarının ülkelere göre farklılık göstermesine neden olduğu bildirilmektedir¹⁰⁰. Uluslararası alanda yaşanan bu sıkıntılar nedeniyle IMO, 27 Kasım 1997 tarihinde VTS operatörlerinin işe atanması, nitelikleri ve eğitimleri konusunda ana esasları yayımlamıştır¹⁰¹. VTS Ana Esasları’nda, VTS operatörünün niteliği, “pozisyona ait görevlerin yerine getirilmesi için gerekli olan veya istenilen eğitim, bilgi, beceri, deneyim veya herhangi bir vasıf” olarak tanımlanmaktadır¹⁰². Bu anlamda bir VTS operatörünün, radar

⁹⁶ *IALA VTS Manual 2008*, s. 20.

⁹⁷ RG. 15.08.2012, Sayı: 28385.

⁹⁸ Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı. Bkz. Türk VTS Yönetmeliği m. 4(1)(k).

⁹⁹ Yönetmelik için bkz. RG. 18.02.2007, Sayı: 26438.

¹⁰⁰ IMO Resolution A. 857(20) (EK II, 1.1.3). Hatta VTS operatörlerinin mesleki deneyimlerinin, kaptan veya diğer gemi zabiti ruhsatına sahip kişilerden denizcilik deneyimi olmayan kişilere kadar geniş bir dağılım gösterdiği vurgulanmaktadır. Bkz. IMO Resolution A. 857(20) (EK II, 1.1.2).

¹⁰¹ IMO Resolution A. 857(20) (EK II). Daha öncede vurgulanmaya çalışıldığı gibi bu ana esaslar, uyulması veya uygulanması zorunlu olan bir düzenleme değildir. Sadece VTS operatörlerinin nitelikleri ve eğitimleri konusunda uluslararası standartların oluşturulması amacıyla hazırlanmış ve tavsiye nitelikli bir talimattır.

¹⁰² IMO Resolution A. 857(20) (EK II, 1.2.8).

sistemi veya farklı kaynaklardan elde ettiği seyir yardımcı bilgileri ile seyir etki edecek tehlikeli veya olağan gemi hareketlerini ilgili gemilere iletebilecek kadar bilgi, beceri ve deneyime sahip olması gerekmektedir¹⁰³.

IMO, VTS operatörlerinin niteliklerinin neler olacağını özel olarak belirlemekten uzak durmakla beraber VTS yetkililerine, halen görev yapmakta olan veya yeni işe alınacak VTS operatörlerinin bilgi ve becerilerini değerlendirmek için yöntemler geliştirme görevi vermektedir¹⁰⁴. Ayrıca VTS operatörlerinin görev ve fonksiyonlarını yerine getirebilmeleri için gerekli olan beceri, bilgi ve uygun kişisel özellikleri göz önünde bulundurarak işe giriş standartlarının oluşturulabileceğini belirtmektedir¹⁰⁵. Buna göre her VTS otoritesi, verilen VTS hizmetlerinin özelliklerini göz önünde bulundurarak, VTS sahasında görev yapacak VTS operatörlerinin nitelikleri ve işe atanması konusunda kendi standartlarını belirleyebilmektedir¹⁰⁶.

VTS operatörlerinin eğitim eksikliği ve tecrübesizliklerinden dolayı bazı kazalara sebebiyet vermeleri¹⁰⁷, eğitimleri ve sertifikaları konusunda uluslararası bazı standartların belirlenmesini gündeme getirmiştir. 1996 yılında yapılan 8. Uluslararası VTS Sempozyumu'nda, VTS otoritelerinin, IMO VTS Ana Esasları ve diğer uluslararası kurallar çerçevesinde, VTS operatörleri için kendi standartlarını belirleyebileceklerinin kabul edilmesi¹⁰⁸ üzerine IALA, VTS operatörlerinin eğitim ve sertifikalarını belli bir standarda bağlamak amacıyla 1998 yılında “VTS Personelinin Eğitim ve Sertifika Standartları (*Standards for Training and Certification of VTS Personnel*)¹⁰⁹” adında tavsiye kararını yayımlamıştır. Tavsiye niteliğinde olmasına rağmen IMO Deniz Güvenliği Komitesi (*Maritime Safety Committee*), VTS operatörlerinin eğitimi ve sertifikalandırılmasında IALA Model Kurslara göre yapılması hususunda üye ülkelere çağrıda bulunmuştur¹¹⁰. Buna göre VTS operatörlerinin

¹⁰³ Bir VTS operatörü, bölgesindeki özel alan ya da kesimlerde denizcilere gerekli hizmetleri verecek nitelikte olduğundan pek çok VTS merkezinin, usta denizci geçmişi olan kişileri istihdam ettikleri bildirmektedir. Bkz. PRAETORIUS, s. 4.

¹⁰⁴ IMO Resolution A. 857(20) (EK II, 5.1.3).

¹⁰⁵ IMO Resolution A. 857(20) (EK II, 5.2.1).

¹⁰⁶ Türkiye de 17 Şubat 2007 tarihinde yürürlüğe koyduğu Türk VTS Yönetmeliği'nde, VTS operatörlerinin nitelikleri ve sahip olması gereken şartları özel olarak düzenlemektedir (m. 16-19).

¹⁰⁷ HUGHES, Are We Ready, s. 415.

¹⁰⁸ İSTİKBAL, Gemi Trafik Hizmetleri, s. 5.

¹⁰⁹ IALA Recommendation V-103.

¹¹⁰ IMO, MSC/Circ.1065, IALA Standards For Training And Certification of Vessel Traffic Ser-

sertifikaları “Model Course V-103/1 (VTS Operatörü Temel Eğitimi - *Vessel Traffic Services Operator Basic Training*)”a ve VTS başoperatör (*supervisor*) atamalarının ise Model Course V-103/2 (VTS Başoperatör İleri Düzey Eğitimi - *Vessel Traffic Services Supervisor Advancement Training*)’e uygun olarak yapılması gerekmektedir¹¹¹.

Denizcilik alanında haberleşme dilinin İngilizce olması¹¹² nedeniyle bir VTS operatörünün; en azından geminin ihtiyaç duyduğu bu seyir yardımı bilgilerini iletebilecek ve gemilerden gelen bilgileri anlayabilecek kadar İngilizce bilgisine ve düzgün, akıcı ve kekelemeden konuşabilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Ayrıca VTS operatörleri elverişli olduğu durumlarda “IMO Standart Denizcilik Haberleşme Kalıpları (*Standard Maritime Communication Phrases – SMCP*)”¹¹³ terimlerini de kullanabilmelidir¹¹⁴. Uygulamada özellikle Fransız, Belçikalı ve Arap kökenli VTS operatörlerinin kötü telaffuzlarının, çoğu zaman gemilerle iletişimin kesilmesine ve geminin seyrinin ciddi şekilde tehlikeye girmesine neden olduğu bildirilmektedir¹¹⁵. Bu nedenle doktrinde, VTS sisteminin hizmet verdiği alanda iki ya da daha fazla dil kullanılmasının, özellikle acil durumlarda çeşitli problemler doğurduğundan sadece İngilizcenin kullanılmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır¹¹⁶. Türk Boğazları Gemi Trafik Hizmetleri Kullanıcı Rehberi (TBGTH Kullanıcı Rehberi)’nin Haberleşme bölümünde ve Türk VTS Yönetmeliği’nin 8. maddesinde haberleşme dilinin İngilizce olduğu

vice (VTS) Personnel, 13 Aralık 2002.

¹¹¹ VTS operatörlerinin sertifikaları için aynı zamanda bkz. IALA, Guidelines For The Accreditation of Institutes For Training VTS Personnel.

¹¹² 1 Şubat 2002 tarihinde yürürlüğe giren ve 2010 yılında revize edilen STCW’de bütün gemi-adamlarından “Denizcilik İngilizcesi ve Standart Haberleşme Kalıpları” yeterliliğine sahip olmalarını istemektedir. STCW için bkz. (<http://www.imo.org/KnowledgeCentre/InformationResources/InformationResourcesOnCurrentTopics/Documents/Information%20Resources%20on%20STCW.pdf>, erişim 01 Mart 2011).

STCW-78 ve 95’e uygun olarak hazırlanan Gemiadamları Yönetmeliği (RG. 24.07.2001, Sayı: 24472)’nde bazı gemiadamlarının belli seviyede İngilizce bilgisine sahip olmaları gerektiği düzenlenmektedir. Bkz. Gemiadamları Yönetmeliği m. 8(b)(4) ve (6); Türk VTS Yönetmeliği’nde ise VTS operatörünün sahip olması gerektiği İngilizce seviyesine somut kıstaslara bağlanmaktadır. Bkz. Türk VTS Yönetmeliği m. 16(ç).

¹¹³ SMCP, IMO tarafından haberleşme dilinde belli bir standardın sağlanması amacıyla 1977 yılında geliştirilen “Standart Deniz Seyir Sözlüğü (*Standard Marine Navigational Vocabulary*)”nın yerine konulmuştur. Ayrıca gemilerin, gemi ve kara ile olan iletişimi konusunda belli standartlar getirilmiştir. Bkz. IMO Standard Marine Communication Phrases.

¹¹⁴ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 2.4.1).

¹¹⁵ PLUCINSKA, s. 251.

¹¹⁶ HUGHES, Are We Ready, s. 414.

ve doğru bir haberleşmenin sağlanabilmesi için de SMCP'nin kullanılması gerektiği bildirilmektedir¹¹⁷.

VTS sisteminin başarıyla işletilebilmesi için bir VTS operatörünün, yabancı dil bilgisinin yanında gemilere seyir yardımı verebilecek kadar denizcilik bilgi ve tecrübesine de sahip olması gerekmektedir. VTS sistemlerinin ilk işletilmeye başlandığı zamanlarda uzman denizci olmayan telsiz zabıtlarının VTS operatörü olarak istihdam edilmesi, VTS sistemlerinden gerekli verimin alınamamasına dolayısıyla VTS'lerin otoritelerinin zayıflanmasına ve güvenliklerinin tartışılmasına neden olmuştur¹¹⁸. Sorun, özellikle o bölgede görev yapan kılavuz kaptanların VTS istasyon ve merkezlerinde görevlendirilmesi ile aşılmaya çalışılmaktadır¹¹⁹.

C) HUKUKÎ STATÜSÜ

VTS hizmetlerinin hukuki niteliği gibi VTS operatörlerinin hukukî statüsünün de gerek ulusal ve gerek uluslararası mevzuatta düzenlenmediği görülmektedir¹²⁰. VTS sistemi içinde aktif ve etkin bir rol alması, sahip olduğu teknolojik imkânlar sayesinde deniz trafiği ve diğer koşullar hakkında daha ayrıntılı bilgiyi kolayca elde edebilmesi ve özellikle tehlikeli karşılaşmalar veya çatmaların engellenmesinde önemli rol oynaması ve gerektiğinde gemilere talimat verebilmesi¹²¹ uygulamada VTS operatörlerini kılavuz kaptanlığa yaklaştırmaktadır¹²². Bu itibarla, konu hakkında genel kabul gören açık bir düzenleme yapıncaya kadar, VTS sistemi içindeki bu işlev ve görevi nedeniyle VTS operatörlerinin hukukî statüsünün “zorunlu danışman

¹¹⁷ Bununla birlikte Türk gemiler ile kılavuz kaptanlı gemilerle haberleşmelerin Türkçe yapılabileceği aynı zamanda VTS operatörlerinin İngilizce bir mesajı Türkçe, Türkçe bir mesajı da İngilizce olarak tekrarlayabileceği belirtilmektedir.

¹¹⁸ EROL, s. 3.

¹¹⁹ Kılavuz kaptanların VTS sistemine entegre edilmesi hakkında değerlendirme için bkz. MEHRKENS – STEUER, s. 8; Türk VTS Yönetmeliği'nin 16(2)(c) maddesinde Türk VTS operatörü olabilmek için öngörülen en az uzakyol vardiya zabiti sadece vardiya zabiti olarak, TBGTH görev alacak VTS operatörleri için aranan uzakyol kaptanı olma şartı ise uzakyol vardiya zabiti olarak değiştirilmiştir. Ayrıca en az iki yıl uluslararası sefer yapan gemilerde görev yapma şartı da uluslararası olup olmadığına bakılmaksızın bir yıla indirilmiştir.

¹²⁰ Örneğin 1987 tarihli İngiliz Kılavuzluk Kanunu ile Alman Kılavuzluk Kanunu'nda, VTS operatörlerinin sorumlulukları hakkında herhangi bir hüküm ihdas edilmemiştir. Bkz. HADLEY, s. 7.

¹²¹ HUGHES, 64 Years Young, s. 2.

¹²² Bununla birlikte VTS operatörünü bir kılavuz kaptan olarak kabul etmek kesinlikle mümkün değildir. Zira Hughes'in de belirttiği gibi gemiadamı olmamakla birlikte kılavuzun kural olarak gemide bulunma ve fiili olarak gemide görev yapması gerekmektedir. Bkz. HUGHES, Are We Ready, s. 408.

kılavuzluk” hükümleri çerçevesinde tanımlanması ve doldurulması gerektiği kabul edilmelidir.

III. VTS SİSTEMİNDE SORUMLULUK PROBLEMİ

A) GENEL OLARAK

VTS’yi diğer su yolları yönetim sistemlerinden ayıran en önemli özellik interaktif bir sistem olması yani gemiler ile trafik kontrol istasyonları arasında sürekli bir bilgi akışının bulunmasıdır¹²³. Radar, kapalı devre TV sistemleri, uydular, trafik gözlem istasyonları gibi farklı kaynaklardan elde edilen bilgiler VTS operatörleri tarafından analiz edilmekte ve ihtiyaca göre VTS bölgesindeki gemilere, kılavuz kaptanlara veya diğer kullanıcılara bilgi, tavsiye veya talimat şeklinde iletilmektedir. İletilen bu tavsiye ve talimatların kullanıcılar açısından ne kadar bağlayıcı olduğu başta olmak üzere VTS sisteminin iyi işletilmemesi veya personelin hata ya da ihmalleri ile özellikle VTS operatörlerce verilen bir talimatın izlenmesinin hukukî veya malî sorumluluk doğuran bir olaya neden olması durumunda sorumluluğun kimlerde olacağı şeklinde sorunlar doğmaktadır. Konu hakkında genel kabul gören uluslararası bir düzenlemenin bulunmaması soruların cevaplanmasını zorlaştırmaktadır¹²⁴. Bu anlamda tarafların her birinin, VTS sisteminden kaynaklanan sorumluluklarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

B) KIYI DEVLETLERİNİN SORUMLULUĞU

Uluslararası uygulama ve IMO VTS Ana Esasları uyarınca her kıyı devleti, deniz alanı ve liman bölgesinde VTS sistemi kurup kurmama konusunda tam bir takdir hakkına sahiptir. Bu anlamda deniz trafiğinin yoğun olduğu veya kaza ya da tehlikeli karşılaşma risklerinin yüksek olduğu bir deniz alanında VTS sistemi kurması için kıyı devletine zorlama yapılamayacağı gibi uluslararası hukuka uygun olarak VTS sistemi kurmak isteyen bir kıyı devletin engellenmesi de mümkün görünmemektedir.

Kıyı devletlerinin VTS sistemindeki yetki ve sorumluluklarına yönelik IMO VTS Ana Esasları ve IALA VTS El Kitabı’nda çeşitli hükümler bulunmaktadır. Ancak bunlar sadece VTS’nin planlanması ve tesisine yönelik genel ilkeler olup kıyı devletlerinin VTS’nin iyi işletilmemesi veya VTS personelinin hata ya da ihmallerinden kaynaklanan zararlardan dolayı

¹²³ ASYALI, Su Yolları Yönetim Kavramı, s. 167.

¹²⁴ VTS sisteminde hukukî sorumluluk konusu, sıklıkla, risk yönetimlerinin gözden geçirilmesi sorumluluklara ilişkin çabaların gölgesinde kalmıştır. Bkz. ALLEN, s. 131.

sorumluluklarına değinmemektedir. Sadece IMO VTS Ana Esasları'nda VTS işleten kıyı devletlerine, “VTS kurallarının ihlaline ilişkin, ulusal kanunlarına uygun olarak bir politika” oluşturma yükümlülüğü getirilmektedir¹²⁵. Bu anlamda her kıyı devletinin, VTS sisteminin işletilmesinden kaynaklanan sorumluluklarını iç hukukuna uygun olarak belirleme hak ve yetkisi bulunmaktadır.

Bununla birlikte IMO VTS Ana Esasları'nda, kıyı devletlerinin, özellikle “VTS'nin amaçlarının etkili bir şekilde yürütülmesi için gerekli donanım ve tesislerle donatılmasını”, “yeterli sayıda, uygun nitelikte, eğitimde ve istenilen görevleri uygulayabilecek kapasitede personelin sağlanmasını” ve “verilecek hizmet türüne göre VTS operatörleri için uygun nitelikleri ve eğitimlerini” garanti edeceği düzenlenmektedir. Bu ilkeler, VTS sisteminin iyi işletilmemesinden dolayı kıyı devletlerinin sorumlu tutulup tutulmayacağı şeklinde bir soruyu gündeme getirmektedir.

Öncelikle IMO VTS Ana Esasları ve IALA VTS El Kitabı'nın üye devletler için uyulması zorunlu olan uluslararası bir düzenleme niteliğinde olmadığından kıyı devletleri açısından bağlayıcı olmadığı vurgulanmalıdır. Bağlayıcı olduğu kabul edilse bile deniz egemen ve yetki alanlarındaki bütün VTS sistemlerinden dolayı kıyı devletlerini kusursuz olarak sorumlu tutmanın hakkaniyet ilkesine aykırı olacağı aşikârdır. Zira bütün VTS sistemleri kamu hukuku kurallarına göre yürütülmediği gibi Türk Boğazları VTS sisteminde olduğu gibi pek çok VTS sisteminin bütün maliyetleri (kurulum, işletim ve idame), kullanıcılara herhangi bir külfet yüklenilmemeksizin, kıyı devletlerince karşılanmaktadır. Bu itibarla en azından VTS'nin bütün külfetine katlanan ve kullanıcılara ücretsiz olarak sağlanan VTS sistemleri için kıyı devletlerinin sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmelidir.

C) VTS OTORİTESİNİN SORUMLULUĞU

IMO VTS Ana Esasları ve IALA VTS El Kitabı'nda VTS Otoritesi (*VTS Authority*), “VTS'nin yönetimi, yürütülmesi ve koordinasyonu, gemilerin birbirleriyle olan etkileşimi ile hizmetin etkinliği ve güvenlinden sorumlu otorite” şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁶. Uygulamada, VTS'nin kuruluş amacı ve IMO kararlarına uygun olarak yürütülmesinden sorumlu VTS otoritesi

¹²⁵ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 2.2.2.12). Kıyı devletlerinin, bu politikaları oluştururken teknik arızaları ve bunların sonucunda oluşabilecek olağanüstü durumlarda göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

¹²⁶ Bkz. IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 1.1.3); *IALA VTS Manual 2008*, s. 19.

olarak, denizcilikle ilgili bir kamu kurumu veya liman otoriteleri gibi özel hukuk kurallarına tabi bir kuruluşun da görev alması mümkün bulunmaktadır.

VTS otoritelerinin sorumluluklarına yönelik kurallar bulunmamakla birlikte genel olarak doktrin ve uygulamada VTS otoritelerinin, hata ve ihlallerden dolayı sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin mahkemelerin, seyir yardımcılarının korunmasına ilişkin olarak idareyi, zorunlu kılavuzluk hükümleri çerçevesinde sorumlu tuttuklarına dikkat çeken *Mac William* ve *Cooke*, VTS sistemlerinin de seyir yardımcısı olarak kabul edilebileceğini dolayısıyla VTS otoritelerinin sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁷. *Bievre*, sorumluluğa yönelik mevcut uluslararası hukuk kurallarına göre kamu VTS otoritelerinin, kontrol görevi ve talimat vermede hataya düşmesi durumunda meydana gelen hasarlardan sorumlu tutulabileceğini düşünmektedir¹²⁸. Kızılsümer ise VTS'nin bir kamu hizmeti olduğu ve VTS otoritesinin, VTS hizmetlerini icra ederken meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu olduğunu ileri sürmektedir¹²⁹. Bununla birlikte VTS otoritelerinin sorumluluklarının belirlenmesinde, genel bir değerlendirmeden ziyade, VTS sisteminin tipine göre ayırım yapılarak ayrı ayrı tartışılması daha doğru bir sonuca götürecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi kıyı VTS'leri, deniz ulaşımının güvenliğinin sağlanması özellikle deniz çevresinin korunması amacıyla kurulmaktadır. Genel olarak maliyetleri kıyı devleti tarafından karşılanmakta ve kullanıcılara hiçbir külfet getirilmemektedir. Bölgenin özelliklerine göre gerektiğinde trafik düzenleme hizmeti de verilmesine rağmen, genel olarak, bilgi hizmeti verilmekte olup gemiler üzerindeki kontrol ve yönlendirme yetkisi liman VTS'lerine göre oldukça sınırlıdır. Zira liman VTS'yi, kurallara uymayan bir geminin limana girmesini reddedilebilirken kıyı VTS'lerinin, kural olarak, bu gemilerin geçişini engelleme yetkisi bulunmamaktadır¹³⁰. Aynı zamanda kıyı VTS otoritesi hizmetleri, genel olarak, bir kamu kurumu tarafından ve ağırlıklı olarak kamu hukuku kuralları uygulanarak verilmektedir. Bu anlamda kıyı devletinin kendisi, bir şekilde VTS otoritesi olduğundan, sorumluluğun kapsamının kıyı devletinin sorumluluk hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Netice itibarıyla, kıyı VTS otoritelerinin sorumluluğunun

¹²⁷ MAC WILLIAM – COOKE, s. 369.

¹²⁸ BIEVRE, s. 353. Yazar ayrıca Avrupa liman otoritelerinin, liman yetki sınırları içinde hizmetlerden dolayı sorumlu tutulmayı kabul ettiklerini bildirmektedir.

¹²⁹ KIZILSÜMER, s. 116.

¹³⁰ MAC WILLIAM – COOKE, s. 373.

şartlarını kesin olarak belirlemek zor olmakla birlikte, VTS sistemlerinin iyi işletilmemesinden dolayı kamu VTS otoritelerinin sorumlu tutulmaması gerektiği, özel hukuk kurallarına göre hizmet veren VTS otoritelerinin sorumluluğunun ise kıyı devletinin iç hukuk kurallarına göre belirmesi gerektiği kabul edilmelidir¹³¹.

Gemi trafiğinin etkinliğini sağlamak amacıyla kurulan ve genel olarak inşa ve işletim maliyetleri kullanıcılar tarafından karşılanan liman VTS'leri ise diğer liman kontrol sistemleriyle birleştirilmiş şekilde ve ticarî bir amaç güdülerek yürütülmektedir. Bu itibarla özel hukuk kurallarına göre yürütülen liman VTS sistemlerinin, ticaret hukuku anlamında, bir ticarî işletme sayılmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır¹³². Bu anlamda özel liman VTS otoritelerinin ticaret hukuku kuralları kapsamında basiretli bir tacirin özen yükümlülüğü ilkesi, kamu hukuku kurallarına göre faaliyet gösteren liman VTS'lerin ise genel hukuk kurallarına göre sorumlu oldukları kabul edilmelidir¹³³.

D) VTS OPERATÖRLERİNİN SORUMLULUĞU

VTS operatörlerinin sorumluluklarının belirlenmesi kapsamında; özellikle gemilerin yönlendirilmesine yönelik verilen “tavsiye” ve “talimatların” kullanıcılar açısından ne kadar bağlayıcı olduğu ve VTS operatörlerinin verdiği talimatların izlenmesi sonucunda hukukî veya malî sorumluluk doğuran bir olayda sorumluluğun kimde olacağı sorularına cevap bulunması gerekmektedir.

VTS operatörleri tarafından verilen tavsiye veya talimatların bağlayıcılığı konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte IMO VTS Ana Esaslarında, VTS'nin gemilere talimat verme konusunda yetki sahibi olması durumunda bu talimatların sadece sonuca dayalı olması ve yapılacak dümen ya da motor manevralarının yönü gibi ayrıntıların gemide bulunan kaptan ya da dümenciye bırakılması gerektiği belirtilmektedir¹³⁴. Ayrıca

¹³¹ Uygulamada ise özellikle Güney Afrika mahkemelerinin, kamu otoritelerini ihmallerinden dolayı sorumlu tutmaktan çekinmedikleri ancak özellikle İngiliz mahkemelerinin kamu otoritelerini sorumlu tutma konusunda isteksiz davrandıkları bildirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MAC WILLIAM – COOKE, s. 369.

¹³² MAC WILLIAM – COOKE, s. 372. Yazarlar, bir liman VTS'nin, madencilik, fabrika veya diğer bir ticarî faaliyet gibi bir ticarî girişim olarak kabul etmenin ve hukukî sorumluluklarının da bu kapsamda belirlenmesi için hiçbir nedenin bulunmadığını belirtmektedir.

¹³³ MAC WILLIAM – COOKE, s. 372.

¹³⁴ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 2.3.4). İstikbal, bu anlamda VTS'nin işlevinin bilgilendirme ve gerektiğinde tavsiye ile sınırlı tutulmasının tercih edildiğini düşünmektedir. İSTİK-

VTS'nin, güvenli seyir için gemi kaptanının sorumluluklarına müdahale etmemesi ve kaptan ile dümenci arasındaki geleneksel ilişkinin bozulmamasına özen göstermesi gerektiğini vurgulanmaktadır¹³⁵. Aynı zamanda IALA VTS El Kitabı'nda da VTS tarafından verilen bir talimatın yerine getirilmesinin, gemiye zarar verebileceği değerlendirildiği takdirde gemi kaptanının bu talimatlara uymayabileceğinin kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹³⁶.

Geleneksel deniz hukuku kurallarının geminin sevk ve idaresi konusunda kaptana yüklediği sorumluluklar dikkate alındığında bütün sorumluluğun kaptanda olduğu ve gemiye zarar verme ihtimaliyle sınırlı olması şartıyla, VTS tarafından verilen talimatlara uyup uymama konusunda kaptanlarının takdir hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte gemi kaptanlarının, VTS tarafından verilen trafik düzenleme hizmetine, geçiş serbestisini ileri sürerek, uymayı reddedebilme yetkisi bulunmamalıdır. Konu, kıyı devletinin deniz trafiğini düzenleme hak ve yetkisiyle ilgili olduğundan, deniz trafiği kurallarının ihlal edilmesi, gemi kaptanının hukukî sorumluluğu yanında kıyı devletinin fiilî yaptırımını da gündeme getirebilecektir¹³⁷.

Görüldüğü üzere hem uluslararası örf ve adet hukuku hem de mevcut düzenlemeler gemi kaptanlarına VTS operatörleri tarafından verilen talimatlara uyup uymama konusunda geniş bir takdir hakkı bahşetmektedir. Bu bağlamda VTS operatörü tarafından verilen tavsiyeye uyması veya uymayı reddetmesi sonucunda kaza yapan bir gemi kaptanının her iki durumda da sorumlu olduğu ve yanlış talimat vererek kazaya neden olan bir VTS operatörünün sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir¹³⁸. Bu sonuca ulaşmada;

BAL, Deniz Ulaşımı, s. 141.

¹³⁵ IMO Resolution A. 857(20) (EK I, 2.3.4) (ikinci cümle).

¹³⁶ IALA VTS Manual 2008, s. 159.

¹³⁷ Zira VTS'nin kurulduğu liman, boğaz ve kanal gibi deniz alanları çoğunlukla kıyı devletinin iç ya da karasularına dâhil olup bu bölgelerde kıyı devletlerinin, uluslararası deniz hukukundan kaynaklanan egemen hak ve yetkileri bulunmaktadır.

¹³⁸ Aynı yönde bkz. EROL, s. 3. Aksi yönde bkz. HUGHES, When is a VTS not a VTS? Part 2, s. 42. IMO'nun liman VTS ile kıyı VTS arasında kesin bir ayrım yaptığını bu nedenle sorunun her bir somut olaya göre çözülmesini gerektiği düşünen Hughes, sorumluluk sahasındaki deniz ulaşımının güvenliğinin sağlanmasına ilişkin yükümlülüklerinin bilincinde olan VTS operatörlerinin, görevlerinin yerine getirirken doğacak hukukî sorumluluklardan korkmaması gerektiğini düşünmektedir. Zira VTS otoritelerinin, her türlü bilinen risklere karşı, risk analiz politikaları yapmak ve bunları düzenli olarak kontrol etmek zorunda olduğunu belirtmektedir; Oral ise VTS operatörleri tarafından verilen bilgi ve tavsiyelerin kaptanın karar verme yükümlülüğünü bertaraf etmemekle birlikte, verilen yanlış bir bilginin kazaya neden olması durumunda VTS'yi işleten kıyı devletinin hukukî sorumluluğunun gündeme geleceğini düşünmektedir. ORAL, s. 88.

klasik deniz hukuku kurallarının gemi kaptanına geniş sorumluluklar yüklemesi kadar VTS sisteminin hukukî gelişimini tamamlamamış olması da önemli rol oynamaktadır.

VTS operatörlerinin hukukî sorumluluğunun belirlenmesinde, VTS sistemine katılımın zorunlu ya da isteğe bağlı olması da büyük önem taşımaktadır. Katılımın isteğe bağlı olduğu VTS sistemlerinde, gemi kaptanlarının her zaman verilen talimatlara uyup uymama hakkı mevcut olacağından VTS operatörlerinin verdiği talimatlardan dolayı hukukî bir sorumluluğu bulunmamalıdır. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi katılımın zorunlu olduğu VTS sistemlerinde de gemi kaptanının, talimatlara uyup uymama hakkının olduğu uluslararası alanda genel olarak kabul edildiğinden, hukukî ya da malî sorumluluğun doğduğu bir durumda, geminin teknik imkânlarını bilmeyen VTS operatörlerinin herhangi bir hukukî sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir. Doktrinde bir kısım yazar, VTS otoritesi tarafından verilen talimatlara, çevre kirlenmesinin önlenmesi gibi istisnâî durumlar haricinde, uymanın zorunlu olduğunu savunmaktadır¹³⁹. Bu görüş kabul edilse bile VTS operatörü tarafından verilen hatalı talimat sonucunda genel hukuk ilkeleri kapsamında VTS Otoritesinin sorumluluğu yoluna gidilmesi mümkün olmakla birlikte, bu durum hiçbir şekilde kaptanın geleneksel sorumluluğunu zaman ortadan kaldırmamaktadır¹⁴⁰.

Uygulamada, VTS'nin hukukî statüsü konusunda bulunan yasal boşluğun her devlet tarafından, kendine özgü koşulları da dikkate alınarak, farklı bir şekilde doldurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi hem VTS sistemini kurup işleterek mali külfet altına giren ve bundan herhangi bir mali kazanç elde etmeyen kıyı devletini, VTS'nin işletilmesinden doğan zararlardan da sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle her ne kadar VTS'yi bir kılavuzluk faaliyeti ve VTS operatörünü bir kılavuz kaptan olarak kabul etmek kesinlikle mümkün olmasa da VTS ve operatörlerin hukukî sorumlulukları konusundaki boşluğu doldurmak ve uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla, zorunlu danışman kılavuzun sorumluluklarına ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması en uygun çözüm yoludur. Bu bağlamda VTS operatörleri, kaptanın danışmanı konumunda olacağından, kusurlarından dolayı donatan sorumlu olmaya devam edecektir.

VTS operatörlerinin hukukî statüsünde bulunan bu boşluk, Türkiye tarafından uluslararası geleneksel deniz hukuku kuralları dikkate alınarak, ulusal nitelikli bir düzenlemeyle doldurulmuştur. TBGTH Kullanıcı Rehberi'nin

¹³⁹ Görüşler için bkz. KIZILSÜMER, s. 116.

¹⁴⁰ Aynı yönde bkz. ORAL, s. 88.

“TBGTH’nin Vereceği Önemli Mesaj İşaretlerinin Anlamı” başlıklı bölümde, seyir güvenliği ile ilgili nihai kararın gemi kaptanına ait olduğu genel prensibi göz önünde bulundurularak; TBGTH tarafından verilecek olan hiçbir bilgi, tavsiye, uyarı ve talimat kaptanın profesyonel bilgi ve yeteneği ile gemiyi idare etme sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı ve kaptanın kararlarından ve hareketlerinden TBGTH sorumlu tutulamayacağı açık olarak belirtilmiştir¹⁴¹. Benzer bir düzenlemenin Hollanda tarafından hazırlanan “*Rotterdam RTM 1 Area Procedures*”da da bulunduğu görülmektedir¹⁴². Buna göre VTS faaliyetleri, gemi kaptanının seyir güvenliği konusundaki geleneksel sorumluluğunu hiç bir şekilde ortadan kaldırmamaktadır.

E) GEMİ KAPTANLARININ DONATANLARININ SORUMLULUĞU

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi geleneksel deniz hukuku kuralları uyarınca VTS operatörleri tarafından iletilen “bilgi”, “tavsiye” ve “talimata” uyup uymama konusunda tam bir takdir hakkı bulunduğundan bütün sorumluluk gemi kaptanlarında bulunmaktadır. Bununla birlikte doktrinde, VTS hakkında yapılacak iç hukuk düzenlemelerinde, kaptana geniş sorumluluklar veren geleneksel deniz hukuku kuralından uzaklaşılması ve özellikle yanlış verilen talimatlardan VTS operatörlerinin sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴³.

Mevcut ulusal ve uluslararası deniz hukuku kuralları çerçevesinde bu görüşlere katılmak mümkün görünmemektedir. Zira hem uluslararası deniz örf ve âdet hukuku hem de ulusal deniz hukuku kurallarında gemi kaptanı ve donatanına geniş hak ve yetkiler tanınmakta, karşılığında ise ağır sorumluluklar öngörülmektedir¹⁴⁴. Örneğin Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nın 1291(1) maddesinde, zorunlu danışman kılavuz veya isteğe bağlı kılavuz tarafından sevk edilirken, kusurundan ileri gelen çatmalardan dolayı geminin donatanın sorumlu olacağı hükme bağlanmaktadır¹⁴⁵. Hatta 1910 tarihli Brüksel Sözleşmesi’nde çatmanın zorunlu sevk kılavuzunun kusurundan ileri gelmesi durumunda da donatanın sorumlu olacağı düzenlenmektedir (Kural

¹⁴¹ Ayrıca Türk VTS Yönetmeliği’nin 7(1) maddesinde gemi kaptanının, VTS bölgesinde gemisinin sevk ve idaresi ile yapacağı bütün manevralardan sorumlu olduğu belirtilmektedir.

¹⁴² The Netherlands Rotterdam 002 00-05-15 Rtm 1 Area Procedures.

¹⁴³ İleri sürülen görüşler için bkz. KIZILSÜMER, s. 115.

¹⁴⁴ Geniş bilgi için bk. ERSÖZLÜ, s. 201.

¹⁴⁵ Bununla birlikte TTK 1291(2) maddesinde donatanın sadece geminin zorunlu sevk kılavuzu tarafından sevk edilirken kusurundan ileri gelen çatmadan sorumlu olmayacağı hükme bağlanmaktadır. Kılavuzun sorumluluğu için bkz. YENİSEY, s. 107; AKAN, s. 71.

5)¹⁴⁶. Dolayısıyla isteğe bağlı kılavuz kadar bile geminin sevk ve idaresinde görev alması teknik olarak mümkün olmayan VTS operatörlerine böyle bir sorumluluk yüklemek genel deniz hukuku kurallarıyla bağdaşmamaktadır.

Bu kurallara ek olarak petrol kirliliğiyle ilgili olmakla birlikte, hukukî sorumluluk konusunda temel bir sözleşme olan “1992 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme (1992 CLC)¹⁴⁷”si geleneksel kusur sorumluluğu ilkesinden ayrılarak donatanın mutlak sorumluluğunu düzenlemektedir¹⁴⁸. Donatan sadece Sözleşmenin III(2) ve (3) maddesinde belirtilen hususlardan birini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Buna göre donatan; kazanın “münhasıran bir hükümetin yahut fener veya sair seyir yardımcılarının bakımından sorumlu bir merciin bu görevi yerine getirmesindeki bir ihmalin veya başkaca nizamla aykırı bir fiil sonucu olduğunu¹⁴⁹” ispat ettiği takdirde sorumluktan kurtulabilmektedir. Bu itibarla 1992 CLC hükümlerinin uygulanacağı deniz alanlarında¹⁵⁰ sadece VTS otoritesinin ihmali kaynaklı zararlar, ispat külfeti donatana ait olmak üzere, donatan sorumlu olmadığı kabul edilmelidir¹⁵¹.

SONUÇ

VTS’ler deniz trafiğinin düzenlenmesi özellikle olası deniz kazası riskinin en aza indirilmesinde en etkin ve en başarılı yollarından birisi olarak dünyanın çeşitli yerlerinde uzun süredir hizmet vermesine rağmen, hukukî niteliği kesin olarak belirlenememiştir. Bu belirsizlik; VTS hizmetlerinin etkin şekilde uygulanamaması yanında kıyı devleti, VTS otoritesi ve operatörlerinin hukukî statüsü, yetki ve sorumluluklarının da açık bir şekilde düzenlenmesini imkânsız kılmaktadır.

VTS sisteminin etkin bir şekilde işletilebilmesi ise teknik alt yapısının sağlam ve verilen hizmetlerin kusursuz olması kadar VTS ve operatörlerinin

¹⁴⁶ 1910 tarihli Brüksel Sözleşmesi için bkz. MCGUFFIE,, s. 810-814; TTK’nın 1291. maddesi ile 1910 Tarihli Brüksel Sözleşmesi arasındaki bu farkın, TTK’nın aksine Brüksel Sözleşmesi’nin kılavuz kaptanı gemiadamı olarak görmesi yatmaktadır. Bkz. YAVAŞÇA, s.15. Bununla birlikte doktrinde kılavuzu gemiadamı olarak değerlendiren görüşlere de rastlanılmaktadır. Bkz. DOĞANAY, *Denizde Çatma*, s. 111; DOĞANAY, *Türk Ticaret Kanunu*, s. 2841.

¹⁴⁷ RG. 24.07. 2001, Sayı: 24472.

¹⁴⁸ KIZILSÜMER, s. 118.

¹⁴⁹ 1992 CLC m. III(2)(c).

¹⁵⁰ Bkz. 1992 CLC m. II.

¹⁵¹ VTS otoritesinin ihmali ispatlandığı takdirde, 1992 CLC hükümleri olmasa bile, genel sorumluluk ilkeleri kapsamında da VTS otoritesinin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.

hukukî nitelik ve sorumluluklarının belirlenmesine bağlı bulunmaktadır. Aksi takdirde, oldukça yüksek maliyetli VTS sistemlerinden istenen verim elde edilemeyebilecektir. Bu itibarla mevcut boşluğun, en kısa zamanda genel kabul gören kurallarla doldurulması bir zorunluluktur.

Uygulamada ise kıyı devletlerinin, IMO VTS Ana Esasları uyarınca, VTS'nin hukukî statüsü ve sorumluluk konusunu, kendine özgü özel koşullar çerçevesinde, farklı şekillerde belirledikleri görülmektedir. Bu farklılıkların, hukukî güvenliği zedeleyerek yaşanan uyuşmazlıkları arttıracak dolayısıyla dünya deniz ticaretini olumsuz etkileyeceği bir gerçektir. Bu itibarla; VTS sistemi ve operatörlerinin hukukî statüsü konusunda genel kabul gören uluslararası bir düzenleme yapılınca kadar, özellikle hukukî statü ve sorumlulukların belirlenmesinde, zorunlu danışman kılavuzlukla ilgili düzenlemelerin kıyasen uygulanmasının en uygun çözüm olduğu değerlendirilmektedir. Böylece, hem bölgenin özelliklerini çok iyi bilen VTS operatörleri etkin şekilde sisteme entegre olmuş olacak hem de IMO tavsiyelerine uygun olarak, güvenli seyre yönelik gemi kaptanının sorumluluklarına müdahale edilmemiş ve kaptan ile dümenici arasındaki geleneksel ilişki bozulmamış olacaktır.

KAYNAKÇA

I. KİTAP VE MAKALELER

- AKAN, Pınar, Anglo-Amerikan Hukukunda Kılavuzluk Hizmeti ve Kılavuzun Sorumluluğu, *Fehiman Tekil'in Anısına Armağan* içinde, İstanbul 2003, s. 71-79.
- AKDOĞAN, Refik, *Uluslararası Denizde Çatışmayı Önleme Kuralları*, İstanbul 1984.
- ALLEN, Craig, H., Hiding Behind “Tradition”? Should U.S. Vessel Traffic Centers Exercise Greater Direction and Control over Vessels in Their Areas?, *Tulane Maritime Law Journal*, C. 34, S. 1, s. 91-152.
- ANAND, Ram P., Freedom of Seas: Past, Present and Future, CAMINOS, Hugo (ed.), *Law of the Sea* içinde, Aldershot 2001, s. 261-282.
- AYBAY, Gündüz, *Deniz Hukuku*, İstanbul 2000.
- ASYALI, Erol, Su Yolları Yönetim Kavramı İçerisinde Türk Boğazlar Bölgesinde Seyir Güvenliği, ÖZTÜRK, Bayram – KADIOĞLU, Mikdat – ÖZTÜRK, Hüseyin (ed.), *Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı* içinde, İstanbul 2000, s. 161-174.
- ASYALI, Erol, A Ship Based Approach to Determine the Effectiveness of VTS Systems in Reducing Vessel Accidents in Congested Waters, *Third General Assembly of the International Association of Maritime Universities* içinde, Maine 2002, s. 58-66.
- BATEMAN, Sam – WHITE, Michael, Compulsory Pilotage in the Torres Strait: Overcoming Unacceptable Risks to a Sensitive Marine Environment, *Ocean Development and International Law*, C. 11, S. 2. s. 184-203.
- BAYKAL, Ferit H, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, İstanbul 1998.
- BECKMAN, Robert C., PSSAs and Transit Passage – Australia’s Pilotage System in the Torres Strait Challenges the IMO and UNCLOS, *Ocean Development and International Law*, C. 38, S. 4. s. 325-353.
- BIEVRE, Aline, Vessel Traffic Services and the Law, *Journal of Navigation*, C. 38, S. 3, s. 347-364.
- BING BING, Jia, *The Regime of Straits in International Law*, London 1998.
- BOOTSMA, R. – POLDERMAN, K., ATS and VTS – Some Observations

- Towards a Synthesis, *Journal of Navigation*, C. 11, S. 1, s. 42-51.
- BOZKURT, Enver – KÜTÜKÇÜ, M. Akif – POYRAZ, Yasin, *Devletler Hukuku*, b. 7, Ankara 2012.
- BULLER, Andrzej – JURDZINSKI, Mirosław, Hierarchic VTS, *Journal of Navigation*, C. 39, S. 1, s. 120-123.
- CARSON-JACKSON, Jillian, AIS: A tool for VTS, *Port Technology International*, C. 27, s. 69-72.
- CHURCHILL, Robin R. – LOWE, Alan V., *The Law of the Sea*, Manchester 1983.
- ÇAL, Sedat, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, Ankara 2009.
- ÇELİK, Edip F., *Milletlerarası Hukuk*, C. II, İstanbul 1987.
- ÇIRAKMAN, Birsen, Kamu Hizmeti, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 9, S. 4, s. 75-94.
- DERBİL, Süheyp, Kamu Hizmeti Nedir?, *AÜHF Dergisi*, C. 7, S. 3, s. 28-36.
- DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanununun (Denizde Çatma) Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, *BATİDER*, C. 9, S. 1, s. 99-117.
- DOĞANAY, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. 3, b. 2, Ankara 1990.
- EROL, Aykut, Gemi Trafik Hizmetleri ve Boğazlarımız, *Türk Kılavuz Kaptanlar Derneği Aylık Bülten*, C. 1, S. 2, s. 2-3.
- ERSÖZLÜ, Cenk M., *Kaptan’ın Özel Hukuktan Kaynaklanan Görev ve Yetkileri ile Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul 2000.
- GOLD, Edgar, Vessel Traffic Services and the Law of the Sea, *Journal of Navigation*, C. 38, S. 1, s. 71-76.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, b. 10, Ankara 2011.
- HADLEY, Mike, Issues in Remote Pilotage, *The Journal of Navigation*, C. 52, S. 1, s. 1-10.
- HUGHES, Terry, Vessel Traffic Services (VTS): Are We Ready for the New Millennium?, *Journal of Navigation*, C. 51, S. 3, s. 404-420.
- HUGHES, Terry, Vessel Traffic Services (VTS) Development and Training for the Next Century, *Port Technology International: The Review of*

Advanced Technologies for Ports and Terminals World-wide içinde,
Londra 1996, s. 15-22. □□

HUGHES, Terry, When is a VTS not a VTS? Part 1, *Port Technology International*, C. 43, s. 36-37.

HUGHES, Terry, When is a VTS not a VTS?, *Journal of Navigation*, C. 62, S. 3, s. 439 -442.

HUGHES, Terry, When is a VTS not a VTS? Part 2, *Port Technology International*, C. 45, s. 42-43.

HUGHES, Terry, Vessel Traffic Services – 64 Years Young, *Port Technology International*, C. 53, s. 1-2.

IALA VTS Manual 2008, IALA Yayını, Saint Germain 2008.

İSTİKBAL, Cahit, Deniz Ulaşımı, Güvenlik Yönetimi ve Türk Boğazları, ÖZTÜRK, Bayram – KADIOĞLU, Mikdat – ÖZTÜRK, Hüseyin (ed.), *Marmara Denizi 2000 Sempozyumu Bildiriler Kitabı* içinde, İstanbul 2000, s. 136-148.

İSTİKBAL, Cahit, Gemi Trafik Hizmetleri'ne (VTS) Genel Bir Bakış, *Türk Kılavuz Kaptanlar Derneği Aylık Bülten*, C. 1, S. 2. s. 4-5.

KARAHANOĞULLARI, Onur, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, b. 2, Ankara 2004.

KEMP, John – BIEVRE, Aline, A Regional Vessel Traffic Service for the North Sea, *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, C. 5, S. 1-4, s. 167-179.

Kıyı Ve Deniz Güvenliği, Denizcilik Müsteşarlığı Yayını, İstanbul 2000.

KURAN, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, b. 3, İstanbul 2009.

LÜTEM, İlhan, *Devletler Hukuku Dersleri*, C. II, b. 2, Ankara 1960.

MAC WILLIAM, Russel – COOKE, Darryl, VTS: Lifting Fog of Legal Liability, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, C. 7, S. 3, s. 362-389.

MCGUFFIE, Kenneth C., *Collisions at Sea*, London 1953.

MEHRKENS, Hein – STEUER, Kurt (Çev. İSTİKBAL, Cahit), Kılavuz Kaptanların VTS Merkezlerine Sürekli Olarak Çalışacak Şekilde

- Entegre Edilmesi Üzerine Bir Tez, *Türk Kılavuz Kaptanlar Derneği Aylık Bülten*, C. 1, S. 2, s. 8-13.
- MERAY, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, Ankara 1959.
- MERAY, Seha L., Açık Denizlerin Serbestliği Prensibinin Gelişimi, *AÜSBF Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 76-100.
- Minding the Helm Marine Navigation and Piloting*, National Research Council Yayını, Washington 1994.
- MIZUKI, Namio - FUJII, Yahei, The Fourth Survey on Vessel Traffic Services in the World, *Electronic Navigation Research Institute Papers*, C. 89, s. 1-62.
- NANDAN, S. N. - ANDERSON, D. H., Straits Used for International Navigation: A Commentary on Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea, CAMINOS, Hugo (ed.), *Law of the Sea* içinde, Aldershot 2001, s. 67-112.
- ORAL, Nilüfer, Türk Boğazları, Güvenlik ve Gemi Trafik Hizmetlerine Hukuki Bir Bakış, ÖZTÜRK, Bayram (ed.), *Marmara Denizi 2010 Sempozyumu Bildiriler Kitabı* içinde, İstanbul 2010, s. 85-90.
- OSNIN, N. A. – SAHARUDDIN, A. H.: Integrated Vessel Traffic Management System (VTMIS) for Port Security in Malaysia, WEINTRIT, Adam – NEUMANN, Tomasz (ed.), *Transport Systems and Processes* içinde, Leiden 2011, s. 165-170.
- ÖZMAN, Aydoğan, Deniz Hukukunda Yeni Gelişmeler, *Ege'de Deniz Sorunları Semineri* içinde, Ankara 1986, s. 10-27.
- ÖZMAN, Aydoğan, *Deniz Hukuku*, C. I, Ankara 2006.
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, b. 6, Ankara 1999.
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Boğaz Kavramı ve Geçiş Rejimleri, *Gündüz Aybay Armağanı* içinde, İstanbul 2004, s. 67-78.
- PLANT, Glen, International Legal Aspects of Vessel Traffic Services, *Marine Policy*, C. 14, S. 1, s. 71-81.
- PLUCINSKA, Elzbeieta, Applications of SMCP in VTS Communications, SAĞ, Osman K. – YAMAMOTO, Hisashi (ed.), *Proceedings of the*

International Seminar on Maritime English içinde, İstanbul 2002, s. 251.

PRAETORIUS, G.: Maritime Safety in the Vessel Traffic Service, (<http://liu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:287261>, erişim11 Ekim 2012).

ROBERTS, Julian, Compulsory Pilotage in International Straits: The Torres Strait PSSA Proposal, *Ocean Development and International Law*, C. 37, S. 1. s. 93-112.

TALLEY, Wayne, K., Vessel Traffic Service Systems: Cost-Recovery Alternatives, *Maritime Policy and Management*, C. 25, S. 2, s. 107-115.

USTAOĞLU, Sıtkı – FURUSHO, M.: The Importance and Contributions of the VTS Towards the Establishment of the Global Safety Management System for the Safety of the Maritime Transportation, *Third General Assembly of the International Association of Maritime Universities* içinde, Maine 2002, s. 52-57.

YAVAŞÇA, Cemalettin, *Deniz Ticaret Hukuku*, İstanbul 1993.

YENİSEY, Burhanettin, *Denizde Çatışmalar*, İstanbul 1960.

II. YAYIMLANMAMIŞ ÇALIŞMALAR

KIZILSÜMER, Deniz, *Uluslararası Deniz Hukuku Çerçevesinde Boğazlarda Kıyı Devletinin Yetkileri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2002.

LYNCH, William, *Vessel Traffic Systems*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Rhode Island Üniversitesi, Rhode Island 1982.

III. RESMİ BELGELER

Gemiadamları Yönetmeliği (RG. 24.07.2001, Sayı: 24472).

Gemi Trafik Hizmetleri Sistemlerinin Kurulmasına ve İşletilmesine İlişkin Yönetmelik (RG. 18.02.2007, Sayı: 26438).

IALA, Guidelines for the Accreditation of Institutes for Training VTS Personnel.

IALA Recommendation V-120, İç Suyollarında Gemi Trafik Hizmetleri Hakkında IALA Tavsiyeleri (IALA Recommendation on Vessel Traffic

Services in Inland Waterways).

IMO, MSC/Circ.1065, IALA Standards For Training And Certification of Vessel Traffic Service (VTS) Personnel 13 Aralık 2002.

IMO Resolution A. 857(20).

IMO Standard Marine Communication Phrases, (http://www.imo.org/Safety/mainframe.asp?topic_id=357, erişim 24 Ocak 2011).

International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, (<http://www.imo.org/KnowledgeCentre/InformationResources/InformationResourcesOnCurrentTopics/Documents/Information%20Resources%20on%20STCW.pdf>, erişim 01 Mart 2011).

Provision of a Navigational Assistance Service by Vessel Traffic Service, IALA Guidelines No 1068, IALA Yayını, Saint Germain 2009.

Resolution No 58, TRANS/SC.3/166, İç Suyollarında Gemi Trafik Hizmetleri İçin Ana Hatlar ve İlkeler (Guidelines and Criteria for Vessel Traffic Services in Inland Waterways).

RG. 25.05.1980, Sayı: 16998.

RG. 15.08.2012, Sayı: 28385.

The Netherlands Rotterdam 002 00-05-15 Rtm 1 Area Procedures, (<http://www.worldvtsguide.org/Ports/Netherlands/Rotterdam%208/RTM1.pdf>, erişim 01 Mart 2011).

1992 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme (RG. 24.07.2001, Sayı: 24472).

IV. İNTERNET KAYNAKLARI

IMO : <http://www.imo.org/home.asp>

IALA : <http://www.iala-aism.org>

Dünya VTS Rehberi : <http://www.worldvtsguide.org/Pages/locationindex.html>

KISALTMALAR

ATS	: Hava Trafik Hizmetleri (<i>Air Traffic Services</i>)
AÜHF Dergisi	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF Dergisi	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BMDHS	: 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (<i>United Nations Convention on the Law of the Sea</i>)
COLREG	: Uluslararası Denizde Çatışmayı Önleme Kuralları (<i>International Regulations for Preventing Collisions at Sea</i>)
IALA	: Uluslararası Fener ve Seyir Yardımcıları Otoriteleri Birliği (<i>International Association of Marine Aids to Navigation and Lighthouse Authorities</i>)
IMO	: Uluslararası Denizcilik Örgütü (<i>International Maritime Organization</i>)
IMO Ana Esasları	: Gemi Trafik Hizmetleri Ana Esasları (<i>Guidelines for Vessel Traffic Services</i>)
MTC	: Deniz Trafiği Kontrolü (<i>Marine Traffic Control</i>)
SMCP	: IMO Standart Denizcilik Haberleşme Kalıpları (<i>Standard Maritime Communication Phrases</i>)
SOLAS	: Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi (<i>International Convention for Safety of Life at Sea</i>)
STCW	: Gemiadamlarının Eğitim, Sertifikalandırılma ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme (<i>International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers</i>)
VTC	: Gemi Trafik Kontrolü (<i>Vessel Traffic Control</i>)

VTIS	: Gemi Trafik Bilgi Hizmetleri/Sistemi (<i>Vessel Traffic Information Services/System</i>)
VTM	: Gemi Trafik Yönetimi (<i>Vessel Traffic Management</i>)
VTMIS	: Gemi Trafik Yönetim ve Bilgi Hizmetleri/Sistemi (<i>Vessel Traffic Management Information Services/System</i>)
VTMS	: Gemi Trafik Yönetimi Hizmetleri/Sistemi (<i>Vessel Traffic Management Services/System</i>)
VTs	: Gemi Trafik Hizmetleri (<i>Vessel Traffic Services</i>)
VTS Merkezi	: Gemi Trafik Hizmetleri Merkezi

TBGTH

Kullanıcı Rehberi: Türk Boğazları Gemi Trafik Hizmetleri Kullanıcı Rehberi

Türk VTS

Yönetmeliği : Gemi Trafik Hizmetleri Sistemlerinin Kurulmasına ve İşletilmesine İlişkin Yönetmelik

1992 CLC : 1992 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU İŞİĞİNDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Hüsnü TURANLI*

ÖZET

Türk Hukukunda hükümsüzlük halleri kısaca yokluk, kesin geçersizlik ve iptal olarak düzenlenmiştir. Yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının ve zorunlu şekil şartlarının yokluğu nedeniyle her zaman ve herkes tarafından ileri sürülebilen bir yaptırımdır ve YK kararlarının yokluğunun tespiti de, yasada açık bir hüküm olmamasına rağmen yokluk halinin tespiti davası ile ileri sürülebilir. Bu nedenle YTTK'da YK kararlarının yokluk halleri ayrıca düzenlenmemiş olmasına rağmen kurucu unsurların ve zorunlu şekli şartların yokluğu halinde yokluk halinin tespiti davası her zaman açılabilir. YTTK'da yönetim kurulu (YK) kararlarının kesin geçersizliği halleri ise açık olarak düzenlenmiştir. Genellikle tartışma konusu olan husus, YK kararlarının iptal yaptırımına tabi olup olmadığıdır. YTTK'da istisnai haller dışında genel olarak YK kararlarının iptaline ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Anonim şirketlerin işleyişinde YK'nun görev ve yetkileri açısından da YK kararlarının iptal yaptırımına tabi olmaması isabetli bir yaklaşımdır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, yönetim kurulu, karar, yokluk, hükümsüzlük, geçersizlik, iptal.

THE INVALIDITY OF THE RESOLUTIONS OF THE BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

The manners of invalidity in Turkish Law are stated shortly as nonexistence, nullity, and rescission. Nonexistence is a sanction that may be claimed against anybody and any time due to the nonexistence of the establishing elements or compulsory formal conditions and similarly this rule is also applicable to the resolutions of the board of managers in a joint stock company. On the other hand, the grounds for the invalidity of the board resolutions are defined in the Turkish Commercial Code clearly. The manner under dispute is the cancellation of the board resolutions. There are no rules about the possibility of cancelling the board resolutions except for a few exceptional conditions. This approach is deemed to be appropriate because of the missions and powers of the board of managers in the operations of the Joint Stock Company.

Keywords: Joint stock company, board of managers, resolution, nonexistence, invalidity, nullity, rescission.

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Büyük bir kısmı 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren YTTK'da en köklü değişiklikler Şirketler Hukuku ve Deniz Ticaret Hukuku kitaplarında gerçekleşmiştir. Yeni düzenlemeler, eskisine oranla çok daha ayrıntılı ve anlaşılır biçimde kaleme alınmıştır. Biz makalemizde, anonim ortaklıkların yönetim ve temsilinden sorumlu yönetim kurulunun almış olduğu kararların hükümsüzlüğü konusunu yeni hükümler çerçevesinde ele almaya çalıştık.

Anonim şirketlerin zorunlu iki organı olan genel kurul ve yönetim kurulunun aldığı kararların hükümsüzlüğü konusu, yeni düzenlemede ele alınan hususlardandır. Konu öğretilerde tartışılmakta ve değişik görüşler ortaya çıkmaktadır. Her iki kurulun kararlarının hükümsüzlüğünü tek bir makalede ele almanın hem sistematik hem de kapsam açısından uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle biz sadece yönetim kurulu kararlarının hükümsüzlüğünü incelemeyi amaçladık.

Hükümsüzlük kavramı, üç farklı yaptırımı içermektedir. Bunlar kısaca, yokluk, geçersizlik (butlan) ve iptal olarak sayılabilir. Yokluk ve geçersizlik, sebepleri açısından farklı ancak sonuçları aynı olan yaptırımlardır. Bu bağlamda, bir hukuki işlemin geçersiz veya yok hükmünde olması, işlemin ve doğurduğu sonuçların baştan itibaren geçersiz olması sonucuna yol açacaktır. İptal ise, hukuki işlemin, mahkeme ilamının kesinleşmesi anına kadar geçerliliğini koruması ve kararın kesinleşme anından itibaren geçersiz ve dolayısıyla geleceğe etkili olacağı anlamına gelmektedir. YTTK'da A.Ş. YK kararlarının geçersizlik (butlan) halleri hükme bağlanmıştır (YTTK m.391). Öte yandan öğretilerde genel olarak YK kararlarının, yokluk yaptırımına tabi olduğu konusunda görüş birliği vardır. YK kararlarının iptali ise tartışmalı bir konudur. Bu nedenle, yönetim kurulu kararlarının hükümsüzlüğü konusu incelenirken, sadece yokluk ve geçersizlik değil, iptal yaptırımının da yasal düzenleme, öğreti ve yargı kararlarındaki konumu ele alınmıştır.

1. Anonim Şirketlerde Zorunlu Bir Organ Olarak Yönetim Kurulu, Hukuki Niteliği, Yapısı ve Karar alma Süreci

YTTK uyarınca anonim ortaklıklarda genel kurul (GK) ve yönetim kurulu (YK) şeklinde iki zorunlu organ öngörülmüştür¹.

¹ ETTK'da denetçi de zorunlu organ olarak düzenlenmişti. YTTK'da denetçi organ olmaktan çıkarılmış, denetçilik işlevinin bağımsız denetçiler tarafından yerine getirilmesi hükmüne bağlanmıştır (YTTK m.397 vd.)

Öğretide genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki ilişkiler ve yetki bölüşümüne ilişkin çeşitli kuramlar geliştirilmiştir². Klasik düşünce doğrultusunda en üst organ genel kurul (GK)'dur³. Akit kuramına göre ise anonim ortaklığın iradesi genel kurulda tesis edilir ancak ortaklık YK tarafından sevk ve idare edilir⁴. Müessese (kurum) kuramını destekleyen görüşe göre ise iki kurul birbirinden bağımsız ve başlı başına varlığı olan organlardır⁵. Karma kuram adı verilen görüş ise, Akit kuramı ile Müessese kuramı arasında bir görüş olarak benimsenmiş ve Türk-İsviçre Hukuk sistemleri bu görüşü kabul etmiştir⁶. Buna göre, iki organ arasında, devredilemez ve vazgeçilemez bir görev ve işbirliği ayrımı mevcuttur⁷. Örneğin, YK üyelerinin seçimi ve görevden alınması, ücretleri, huzur hakkı, ikramiye ve prim haklarının belirlenmesi ve ibra edilmeleri gibi hususlar GK'un devredilmez görev ve yetkileri arasındadır (ETTK m. 369, 380, 335/I, YTTK m. 408). Öte yandan, şirketin üst düzey yönetimi, müdürlerin atanması, pay, YK karar ve GK toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması gibi görev ve yetkiler münhasıran YK'a aittir (ETTK m.325, 326, 327, YTTK m.375 vd.).

İki organ arasında bir astlık-üstlük ilişkisi olup olmadığı konusuna da kısaca değinmek gerekirse, aralarında tam bir hiyerarşik ilişki olduğu söylenemez⁸. Genel kurul, YK'a ait görev ve yetkileri kullanmaz ve onları üstlenemez⁹. İki organ arasında fonksiyonel farklılıklar vardır. GK, daha çok temel konularda karar alan YK ise, şirketin yönetim ve temsiline ilişkin konularda görevli ve yetkili organdır. Her organın münhasır görev ve yetkileri mevcuttur ve organların yasayla tanımlanan görev ve yetkilerini devretmeleri

² POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Basım, İstanbul, 2010, Vedat Kitapçılık, s.259 PULAŞLI, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.447 (Genel), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuk Şerhi, C.I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.655 (Şerh), BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Basımevi, 9. Basım, Bursa 2013, s.257, ÖZKORKUT, Korkut, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın no:41, Ankara, 1996, s.10

³ ÖZKORKUT, s.10. İsviçre BK m. 698'de bu görüş hüküm olarak yer almıştır.

⁴ PULAŞLI, s.447 (Genel).

⁵ PULAŞLI, s.447. (Genel). S.656 (Şerh).

⁶ PULAŞLI, s.448 (Genel), s.656. (Şerh).

⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.258, PULAŞLI, s.656 (Şerh).

⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260. "GK, bunlara emir veren bir amir durumunda değildir".

⁹ PULAŞLI, s.668 (Şerh)'den naklen bkz. dipnot.50.

mümkün değildir. Ayrıca her organın uzmanlık alanları da farklıdır¹⁰. Son olarak, YTTK ile YK'nun etkinliği artırılmıştır¹¹.

1.1. Yönetim Kurulunun Hukuki Niteliği ve Yapısı

YK, ÇAMOĞLU tarafından bir “kurul-organ” olarak nitelendirilmiştir¹². YK, işletmenin sahibi ve işveren konumundadır¹³. YK, (eski düzenlemede “idare meclisi” olarak adlandırılmıştı), anonim ortaklığın yönetim ve temsilden sorumlu organıdır¹⁴ (ETTK m. 317, YTTK m. 365/I). Şirket ile YK arasında bir sözleşmesel ilişki değil bir organik bağ mevcuttur¹⁵. Yönetim şirketin iç işleyişine, temsil ise dış ilişkilerine ait kavramlardır.

Eski düzenlemede, yönetim kurulunun en az üç kişiden oluşması gerektiği hükme bağlanmıştı (ETTK m. 312/I). Mevcut düzenlemede ise, yönetim kurulunun bir veya daha fazla kişiden oluşabileceği öngörülmüştür (YTTK m. 359/I). Üye sayısı konusunda bir üst sınır öngörülmemiştir. Bir kişiden oluşması halinde bu kişinin gerçek kişi olması gerektiği yönünde bir düzenleme getirilmediğinden tüzel kişi de olabilecektir. Yönetim kuruluna üye olarak tüzel kişinin seçilmesi durumunda tüzel kişiliği temsilen yine o tüzel kişilik tarafından belirlenen gerçek bir kişinin tescil ve ilan edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır (YTTK m. 359/II).

Öte yandan tüzel kişiliği temsilen yönetim kurulu toplantılarına sadece tüzel kişiliği temsilen seçilen ve tescil ve ilan edilen kişi katılıp oy kullanabilir (YTTK m. 359/II-son).

Yönetim kurulu görev ve yetkilerini kanun ve esas sözleşmeden alır ve kural olarak şirket konusuna girsin veya girmesin şirketi ilgilendiren her türlü işlemi yapabilir¹⁶. Yönetim kurulunun kendisine ihdas edilen ve devir ve

¹⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260.

¹¹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.258.

¹² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.262.

¹³ ÖZKORKUT, s.18. , POROY/TEKİNALP, ÇAMOĞLU, s. 262.

¹⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.362. ÇAMOĞLU ve PULAŞLI “yönetim” yerine “yürütme” kavramını kullanmışlardır. Bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.262. PULAŞLI, , s.580 (Genel).

¹⁵ ÖZKORKUT, s.19.

¹⁶ YTTK’da, “ultra vires” ilkesi büyük ölçüde şekil değiştirmiş ve m. 371/2 hükmü gereği, üçüncü kişinin; yapılan işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu şirket tarafından ispat edilmesi hali dışında bahse konu işlemin şirketi bağlayacağı belirtilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TURANLI, Hüsnü, Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi, Regesta, C.2, S.3, 2013/3, s.50-74.

feragat edilemez ve kendisinden alınamaz nitelikte görev ve yetkileri vardır ve bu görev ve yetkileri kanunda açık olarak düzenlenmiştir (YTTK m. 375/I).

Yönetim kurulunun kanunda düzenlenen zorunlu ve esas sözleşmeyle eklenebilecek ihtiyari görevlerinin önemli bir bölümü -defterlerin tutulması, yıllık finansal raporların hazırlanması, tescil ve ilan gibi- ayrıca karar almayı gerektirmeyen, “ortaklığın işleyişini” sağlayan görevlerdir¹⁷. Bir bölümü ise yönetim kurulunun karar almasını gerektiren görevlerdir. Bu bağlamda, genel kurulun münhasır yetkisine girmeyen konularda esas sözleşme ile yönetim kuruluna görev verilmesi mümkündür¹⁸. Zorunlu ve devredilemez görevlerinin yanı sıra genel kurulun bu görevlerini ne şekilde icra edeceği ve yetkilerini nasıl kullanacağı meselesi ise esasen “karar alma” süreciyle ilgilidir. “Karar alma süreci”, toplantı düzenlenmesi ve kararların alınıp imza edilmesiyle sonuçlanan bir süreçtir (YTTK m. 390).

1.2. Yönetim Kurulunda Karar alma Süreci

YTTK m.390-392’de “karar alma süreci”ne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre;

- a. Toplantıya çağrı:** Toplantıya çağrının şekli konusunda bir düzenleme mevcut değildir. TEKİNALP bunun nedenini, “çağrıya ilişkin şekil kurallarıyla toplantının yapılmasını güçleştirmemek” olarak açıklamıştır¹⁹. Bu bağlamda, çağrının imza karşılığında elden duyurularla, taahhütlü mektupla, hatta mobil telefonla (GSM) yapılması mümkündür²⁰. ETTK’da da toplantıya çağrının şekli konusunda bir hüküm yoktu. Üyelere imzaları karşılığında elden veya taahhütlü mektup, telgraf ve hatta telefonla da bildirim yapılabilmesi mümkün olmaktadır²¹.

Toplantıya çağırma görevi kural olarak YK başkanına aittir. Bu bağlamda, “Her YK üyesi, başkandan, YK’nu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir” (YTTK m. 392/VII). Bununla birlikte, her YK üyesi de başkandan YK’nu toplantıya çağırmasını yazılı

¹⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 266.

¹⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 266.

¹⁹ TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişilik Ortaklığın Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.146.

²⁰ PULAŞLI, s.598. (Genel)

²¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.267.

ve gerektirici sebepleri de belirterek isteyebilir²². Üyelerin usulüne uygun olarak yapmış olduğu toplantı talebinin başkan tarafından reddedilmesi halinde ne olacağına dair kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. ŞENER, bu durumda “üyelerin de YK’nu bizzat toplantıya çağırabileceği” görüşünü ileri sürmektedir²³. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

b. Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm yok ise YK’nun üye tamsayısının çoğunluğu ile toplanması: Toplantı yeter sayısı için eski ve yeni düzenleme arasındaki temel farklar, eski düzenlemede esas sözleşme ile “aksine bir hüküm” öngörülebilirken yeni düzenlemede sadece “aksine ağırlaştırıcı bir hüküm” konulabilmesinin şart koşulması²⁴ ve toplantı yeter sayısının önceki gibi “üye sayısının bir fazlası” şeklinde ağırlaştırılmış nisap yerine üye sayısının mutlak çoğunluğunun katılımının yeterli görülmesidir (YTTK m. 390/I)²⁵. Diğer bir deyimle, eski düzenlemede yedi kişilik bir YK’da toplantı yeter sayısının üç olabileceği de esas sözleşme ile kararlaştırılabilirdi. Oysaki yeni düzenleme ile örneğin yedi üyeli bir YK’da esas sözleşme ile toplantı yeter sayısının sadece dörtten fazla olması kararlaştırılabilmektedir. Eski Kanundaki şekliyle toplantı yetersayısı için öngörülen “üye sayısının yarısından bir fazlası” koşulu bazı tartışmalara yol açmaktaydı. Örneğin yedi üyeli bir kurulda yarısından bir fazlası beş olarak kabul edilmekteydi²⁶. Yeni düzenleme ile bu konu tartışmalı olmaktan çıkarılmıştır.

²² ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınevi, İzmir, 2012, s.388.

²³ ŞENER, s.388.

²⁴ Dolayısıyla bu bir “nispi emredici” hüküm niteliğindedir. “Nispi emredici hüküm” kavramını MOROĞLU, “kesin emredici nitelikte olmayan” şeklinde tanımlamıştır. MOROĞLU, genel kurul kararlarının geçersizliği (butlanı) ve iptali konusunu incelerken, anonim şirketlerle ilgili emredici hükümler arasında, paysahiplerinin özel çıkarlarının korunmasını öngören emredici hükümlerin, nispi emredici hükümler olduğunu ve bunların ihlali halinde kesin emredici hükümlerdeki butlan yaptırımından farklı olarak iptal yaptırımının uygulanacağını savunmaktadır. Bkz. MOROĞLU, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Baskı, İstanbul, 2012, s.60 vd. Öte yandan bu tanıma ek olarak, nispi emredici hüküm, “sözleşme ile kısmen aksine düzenleme getirilebilecek emredici hüküm” şeklinde de ifade edilebilir. Gerçekten de, kanun koyucu, sözleşme ile toplantı nisabının ağırlaştırılabileceğini öngörmüştür. Bu durumda, kesin emredici hüküm niteliğinde değil nispi emredici hüküm niteliğindedir. Bu nedenle TEKİNALP’in Kanundaki düzenlemeye ilişkin “emredici değildir” görüşüne katılmıyoruz. Bkz. TEKİNALP, s.147.

²⁵ TEKİNALP, s.147.

²⁶ ÖZKORKUT, s.48.

- c. Karar yetersayısı için toplantıya katılanların çoğunluğunun olumlu oy vermesi:** YTTK'da karar yetersayısı için toplantıya katılanların çoğunluğunun olumlu oy vermesi öngörülmüştür (YTTK m. 390/I). Bu kuralın toplantının elektronik ortamda yapılması halinde de uygulanacağı ayrıca belirtilmiştir (YTTK m.390/I, c.2). Öte yandan, toplantı nisabında olduğu gibi esas sözleşme ile bu nisabın ağırlaştırılabileceği de ifade edilmiştir²⁷. ETTK m. 330/I, c.2 hükmü gereğince de toplantıya katılanların çoğunluğunun olumlu oy vermesi yeterli bulunmaktaydı.
- d. Toplantının elektronik ortamda da yapılabilmesi ve bir kısım üyenin hazır bulunduğu toplantıya diğer üyelerin elektronik ortamda katılabilmeleri:** YTTK m.1527/I hükmü ile toplantının elektronik ortamda yapılabilmesi ve bir kısım üyenin hazır bulunduğu toplantıya diğer üyelerin elektronik ortamda katılabilmeleri imkânı tanınmıştır. Elektronik ortamda oy kullanılabilmesi için, şirketin bu amaca özgülünmüş bir internet sitesi bulunması, YK üyesinin²⁸, bu konuda talepte bulunması ve ayrıca elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin teknik bir raporla ispatlanıp raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması şarttır (YTTK m. 1527/III). Aynı maddenin son fıkrasında konuya dair Bakanlıkça bir Tebliğ çıkarılması öngörülmüş, buna istinaden Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca 29.08.2012 tarih ve 28396 Sayılı RG'de "Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ" yayımlanmıştır.
- e. Üyelerin birbirini temsilen oy verememeleri veya toplantıya vekil aracılıyla katılamamaları:** Yeni düzenlemede, YK üyelerinin birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi toplantıya vekil aracılıyla da katılamayacakları hükme bağlanmıştır (YTTK m. 390/II). Eski düzenlemede, üyelerin birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri de hükme bağlanmış (ETTK m.330/I c.3) ancak vekil aracılıyla toplantıya katılamayacakları konusunda bir düzenleme öngörülmemiştir.

²⁷ Bu durumda karar nisabı bakımından da nispi emredici bir hüküm konulduğunu düşünüyoruz.

²⁸ ŞENER, s.389, Yazar, yasada "ortak" ibaresi kullanılmakla birlikte bunun doğru bir kullanım olmadığını çünkü YK üyesinin ortak olma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir. Biz bu görüşe katılıyor ve "ortak" yerine "ortak veya YK üyesi" ibaresinin kullanılmasının daha doğru olduğunu düşünüyoruz. .

- f. Toplantıda oyların eşit olması durumunda konunun bir sonraki toplantıya bırakılması, onda da eşitlik olması durumunda önerinin reddedilmiş sayılacağı:** YTTK m. 390/III hükmü ile oyların eşit olması durumunda önerinin gelecek toplantıya bırakılması ve o toplantıda da eşit olması durumunda söz konusu önerinin reddedilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Eski düzenlemede de aynı hükme yer verilmişti (ETTK m.330/I, c.4).
- g. Toplantı talebi olmaması halinde üyelerden birinin karar şeklindeki yazılı önerisine diğer üyelerin yazılı onay vererek karar alınması:** Yeni düzenlemede, eski düzenlemeden farklı olarak, hiçbir üyenin toplantı talebinde bulunmaması halinde üyelerden birinin belirli bir konuda yapmış olduğu karar şeklindeki bir yazılı önerisine en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınarak da (eski düzenlemede tüm üyelerin onayı aranmaktaydı) karar alınabilmesi mümkün kılınmıştır (YTTK m. 390/IV, c.1)²⁹. Öneri tüm YK üyelerine gönderilmelidir. Onayların aynı kâğıtta bulunması şart değildir. Bununla birlikte, onay imzalarını taşıyan kâğıtların YK karar defterine yapıştırılması ya da kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülerek karar defterine geçirilmesi gereklidir (YTTK m. 390/IV, c. 2,3). ETTK m.330/II hükmü ile üyelerden birinin görüşme talebinin olmaması halinde YK kararlarının, bir üyenin belirli bir konudaki teklifine diğer üyelerin yazılı onaylarının alınması suretiyle de karar alınabilmesi öngörülmüştü.
- h. Kararların yazılı olması ve imza edilmesi:** Son olarak kararların geçerliliği için yazılıp imza edilmiş olmaları da hükme bağlanmıştır (YTTK m. 390/V). Eski düzenlemeye göre de YK kararlarının geçerliliği için yazılıp imza edilmiş olmaları gerekiyordu (ETTK m. 330/III).

Görüldüğü gibi, yeni düzenlemede karar alma süreci daha ayrıntılı ve kararların daha hızlı biçimde ve kolaylıkla alınabileceği bir şekle kavuşturulmuştur. Bu yaklaşım, YTTK'nun şirket işleyişinde daha pratik ve ticari hayatın gereklerine uygun hale getirilmesi çabasının bir sonucudur.

²⁹ ŞENER, s.390. Sirküler tipi karar alma yöntemi.

2. Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü

1.1. Hükümsüzlük Kavramı

Hükümsüzlük, bir hukuki işlemin baştan itibaren yok veya geçersiz olması ya da mahkeme kararı ile iptal edilerek hüküm taşınamamasıdır³⁰.

Hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü meselesi tartışmalı bir meseledir³¹. Bazı yazarlar, yokluk halini ayrı bir başlık altında ele almakta, hükümsüzlük ve geçersizlik kavramlarını eş anlamlı olarak kullanmaktadır³².

Hükümsüzlük halleri, Türk hukukunda tek bir başlık altında ve ayrı bir madde şeklinde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte çeşitli kanunlarda hükümsüzlük hallerine yer verildiği görülmektedir (Ör. MK m.23, 119, TBK m.12, 17, 27, 28, 30, 36, 37,39, 46, YTTK m. 391, 447³³).

Biz, hükümsüzlük hallerini aşağıda, yokluk, geçersizlik (butlan) ve iptal olarak üç başlık altında ele aldık.

2.2. Hükümsüzlük Halleri

2.2.1. Yokluk

Yokluk, bir hukuki işlemin hükümsüzlüğüne ilişkin en ağır yaptırımdır³⁴. Yokluk, hukuki işlemin kurucu unsurlarının olmaması halinde işlemin hiç doğmamış sayılmasıdır³⁵. Dolayısıyla, yok hükmündeki bir işlemin hukuki bir sonuç doğurması da mümkün değildir.

Yokluk ile kesin geçersizlik arasında hukuki sonuçları bakımından benzerlik ve farklılıklar vardır³⁶. Benzerliklere kısaca değinmek gerekirse, her ikisinde de hukuki işlem baştan itibaren sonuç doğurmamaktadır. Her ikisinde de hükümsüzlük hali herkes tarafından, bir süreye bağlı olmaksızın

³⁰ Hükümsüzlüğün geniş ve dar anlamına bir başka bakış için bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel hükümler, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. s.176.

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.176.

³² Örneğin ANTALYA, klasik anlamda geçersizlik içinde yer alan butlan ve iptal kurumları yerine geçersizliği üst kavram olarak kabul eden yaklaşımı esas alarak, geçersizlik (hükümsüzlük) başlığı altında, kesin geçersizlik, yazılmamış sayılma, esnek geçersizlik, düzeltilebilir geçersizlik, askıda geçersizlik gibi alt başlıklara ayırmaktadır. Bkz. ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel hükümler, C1, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.96.

³³ OĞUZMAN/ÖZ, s.176.

³⁴ AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası, Mimoza Basım, Konya,2012, s.93.

³⁵ ANTALYA, s.95, AYAN, s.94.

³⁶ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.30.

ileri sürülebilir³⁷. Farklılıklar boyutunda ise, yok hükmündeki bir hukuki işlemin sonradan düzeltilmesi mümkün olmamasına rağmen geçersiz bir işlemin sonradan düzeltilmesi veya değiştirilmesi (tahvili) mümkün olabilir³⁸. Öte yandan hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında bir işlemin geçersizliği dürüstlük kuralına aykırılık oluşturuyor ise bu işlemin geçerliliği kabul edilebilir³⁹ ancak yokluk halinde hakkın kötüye kullanımını ileri sürmek mümkün değildir⁴⁰.

Yokluk durumunda işlemin baştan itibaren hiç varlık göstermediği ifade edilmekle birlikte, yokluk halinin bir dava yoluyla mı tespit edilmesi yoksa zaten yok olması nedeniyle ayrıca bir davaya gerek olmadığı yönünde öğretide tartışmalar süregelmektedir. Bir kısım yazarlar, yok sayılan bir işlem için dava açmaya gerek olmadığını ileri sürmekte⁴¹, bir kısım yazarlar ise yokluk halinin bir tespit davası ile hükme bağlanması gerektiğini savunmaktadır⁴². Biz de yokluk halinin bir tespit davası ile hükme bağlanmasını savunan görüşe katılıyoruz.

YK kararlarının yoklukla maluliyeti konusunda eski ve yeni TTK'da yasal bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte⁴³, örneğin toplantı veya karar yeter sayısı sağlanmaksızın alınan kararların yok hükmünde olduğu savunulmaktadır⁴⁴. Aynı şekilde, kararların tutanak altına alınmış ve imzalanmış olması da geçerlilik koşuludur. Bu koşullara uyulmaması halinde alınan kararlar da yok hükmündedir⁴⁵. Öte yandan YK'nun vazgeçilmez ve devredilmez görevlerine dair bir başka organın (GK) karar alması durumunda da alınan kararlar yok hükmündedir⁴⁶.

³⁷ ANTALYA, s.96.

³⁸ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.31.

³⁹ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.31.

⁴⁰ ANTALYA, s.94. , MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.31.

⁴¹ AYAN, s.94. OĞUZMAN/ÖZ, s.177.

⁴² ANTALYA, s. 94, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.271, ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana, 2011, s.466.

⁴³ ARSLAN, İbrahim, Yönetim Kurulu, Şirketler Hukuku, (Ed. Sami KARAHAN), Mimoza Yayınları, 1.Baskı, Konya, 2012, s.398.

⁴⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.271. Yargıtay 11HD. 13.05.1993 t. E.1992/6736 K.1993/3457 sayılı Kararına atıf yapılmıştır. Karar yayımlanmamıştır. ÖZKORKUT, s.92.

⁴⁵ ÖZKORKUT, s. 92, Y.11.HD.28.11.1985 E.5890/K.7155, “Yönetim Kurulunun toplantı ve karar yeter sayısı yasaya aykırı ise bu karar hüküm ve sonuç doğurmaz” ERIŞ, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995. s. 268.

⁴⁶ ÖZKORKUT, s.93.

1.1.2. Kesin Geçersizlik (Mutlak Butlan)

TBK m. 27/I’de, “kesin hükümsüzlük” başlığı altında “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” şeklinde kesin hükümsüzlük halleri beş başlık altında sıralanmıştır⁴⁷. Kanunda hükümsüzlük ile geçersizlik (butlan) aynı anlamda kullanılmıştır.

Genel anlamda hükümsüzlük ise, geçersizliğin yanı sıra yokluk ve iptali hallerini de içeren daha geniş kapsamlı bir kavramdır.

TBK’da her kanuna aykırılığın değil kanunun emredici kurallarına aykırılığın geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁸. Genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık hallerinin neler olduğuna dair yasal bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, genel ahlak ve kamu düzeninin, bir bütün olarak toplumun değer yargılarını oluşturduğu ve söz konusu değer yargıları ile toplumsal düzen ve huzura aykırı hukuki işlemlerin kesin olarak geçersiz sayılacağı kabul edilmektedir⁴⁹. Aynı şekilde, kişilik haklarına aykırılık da özel olarak geçersizlik hallerine dâhil edilmiştir. Kişilik hakları genellikle emredici hükümlerle düzenlendiğinden, geçersizlik halleri arasında ayrıca yer almasına gerek kalmayabilirdi ancak kanun koyucu, kişilik haklarına büyük önem atfedilmesinden dolayı kişilik haklarına aykırılığı geçersizlik hallerine dahil etmiştir⁵⁰. Son olarak sözleşmelerin konusunun olanaksız olması da kesin geçersizlik nedenleri arasında sayılmıştır.

ETTK’da, kararların hükümsüzlük hallerine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Dolayısıyla genel hükümler uygulama alanı bulmuştu. EBK m. 20 hükmü bağlamında kamu düzenine, ahlaka veya emredici hükümlere aykırı YK kararlarının batıl olduğu kabul edilmekteydi⁵¹. Geçersizliğin tespiti davaları herhangi bir süreye tabi değildir dolayısıyla

⁴⁷ EBK m.20’de “Butlan” başlığı altında, hükümsüzlük halleri, sözleşmenin konusunun imkânsız, haksız (gayri muhik) ve ahlaka (adaba) aykırı olması olarak sayılmıştı. Yeni düzenlemede, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık da kesin geçersizlik olarak kabul edilmiş ayrıca “haksız” olma esası yerine “kanunun emredici hükümlerine aykırılık” esası getirilmiştir.

⁴⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel hükümler, Genişletilmiş 16. Bası, Ankara, 2012. s. 92.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, s.94-96.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, s.94.

⁵¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 271, ÖZKORKUT, s.94.

YK kararlarının geçersizliği her zaman ileri sürülebilir⁵². Yargıtay da, YK kararlarının geçersiz (batıl) olduğunun tespiti davasının her zaman açılabilceği görüşündedir⁵³.

YTTK m. 391 hükmü ile YK kararlarının geçersizliği halleri düzenlenmiştir. Buna göre,

- a) Eşit işlem ilkesine aykırı olan,
- b) Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen,
- c) Pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan veya güçleştiren,
- d) Diğer organların devredilmez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar batıldır.

Her yasal düzenlemede olduğu gibi özellikle yeni getirilen bir yasal düzenlemenin ruhu, gerekçesi okunduğunda daha iyi anlaşılabilir. Bu nedenle, YTTK 391.madde hükümlerini daha iyi yorumlayabilmek için maddenin gerekçesini de aşağıda kısaca ele aldık.

YTTK m.391 hükmünün gerekçesinde, “düzenlemenin amacı, dava olanağını tanıyarak ve iptal edilebilir kararlarla batıl kararlar arasındaki farka açıklık getirerek pay sahibinin korunmasını güçlendirmektir” şeklinde bir görüş ileri sürülmüştür. Bu gerekçede “iptal edilebilir kararlar”dan söz edilmekle birlikte YTTK’da YK kararlarının iptaline ilişkin genel bir düzenleme getirilmemiştir.

Gerekçede, YK kararlarının geçersiz sayılacağı hallerin örneklerle (sayım yoluyla) düzenlendiği ve geçersizlik konusunda genel hükümlere de başvurulabileceği dile getirilmiştir⁵⁴. Yani YTTK 391. maddede ki geçersizlik halleri sınırlı değildir. Sayılan haller, uygulamada en çok karşılaşılan durumlardır.

Gerekçede, sayılan geçersizlik hallerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar getirilmiştir. Bu çerçevede, en çok rastlanılan geçersiz YK kararlarının eşitlik ilkesine aykırı kararlar olduğu belirtilmiş⁵⁵, daha sonra anonim şirket temel

⁵² MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.156.

⁵³ Y.11. HD. 26.01.1989 E.3414/K.260, Y.11.HD. 15.10.1993 E.4885/K.6526, ERİŞ, s.268

⁵⁴ Aynı görüş için Bkz. ARSLAN, s.398.

⁵⁵ Gerekçede, TTK m. 357’de “eşit işlem ilkesine yer verildiği “ belirtilmiştir.

yapısına aykırı kararlara ilişkin açıklamalar getirilmiş ve anılan hükmün İsv. BK m. 706 b, b.3'ün ilk kısmından alındığı vurgulanmıştır. Aynı maddede, yönetim kurulu hakkındaki 714 üncü maddenin bu hükme gönderme yaptığı, İsviçre doktrinde hükmü örneklerle açıklamak eğilimi hâkim olmakla beraber geçersizlik ve iptal yaptırımları açısından ilkesel temelde yorum yapan yazarlardan söz edilmiş ve bu yazarların emredici hükümlere aykırı genel nitelikli kararlar için geçersizlik, münferit kararlar için de iptal yaptırımını savundukları belirtilmiştir⁵⁶. Gerekçede, sermayenin korunması, pay sahiplerinin haklarını ihlal eden veya kısıtlayan kararların geçersiz olduğu, burada “özellikle” ibaresi kullanılarak maddenin sadece vazgeçilmez haklara özgülenmediği belirtilmiştir. Son olarak, organların devredilemez yetkilerinin devrine ilişkin kararların, aynı zamanda temel yapı ile de ilgili olduğu belirtilmiştir.

YTTK tasarı halinde iken MOROĞLU, bahse konu maddede bazı değişik ve ilaveler önermiştir⁵⁷. Mesela, c) bendindeki düzenleme “*pay sahiplerinin genel kurulu toplantılarına katılma, oy hakkı, dava hakkı veya kanunen emredici olarak sağlanan diğer haklarını ihlal eden veya kısıtlayan*” şeklinde önerilmiş, aynı şekilde Yargıtay 11.HD'nin uygulamaları ışığında e) bendi eklenerek “*paysahipleri ile üçüncü kişilerin hak ve çıkarlarını doğrudan doğruya ihlal eden veya kısıtlayan*” şeklinde bir ilave yapılması öngörülmüştür. MOROĞLU gerekçesinde “*Böylece, ortaklık paysahipleri defterine kaydedilme istemi, yönetim kurulu kararıyla reddedilen, sermaye borcunu ödemediği gerekçesiyle ortaklıktan çıkarılıp yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakılan paysahipleri ve üçüncü kişiler yönetim kurulu kararının geçersizliğinin (butlanının) tespitini ve yoksun bırakıldıkları paysahipliği haklarının iadesini ve uğradıkları zararların tazminini (süresiz olarak) dava edebileceklerdir*” şeklinde bir açıklama getirmiştir⁵⁸.

⁵⁶ Bkz. Gerekçe, m. 391 2.a maddesi. Burada atf yapılan yazarlardan birisi de Sayın MOROĞLU'dur. Gerçekten de, MOROĞLU, emredici hükümleri, kesin anlamda ve nispi anlamda emredici hükümler olarak tasnif etmiş ve kesin emredici hükümlerin ihlal eden genel kurul kararlarının geçersizlik, nispi nitelikte örneğin paysahiplerinin özel çıkarlarının korunmasını öngören emredici hükümlerin ihlalinin ise iptal edilebilir kararlar olduğunu ileri sürmüştür. Öğretide de buna ilişkin görüşlere yer vermiştir. Bkz. MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 60 vd.

⁵⁷ MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Başlangıç, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri ve Son Hükümlere İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Ankara, 2005, 3.Bası, s.152. (Öneriler).

⁵⁸ MOROĞLU, s.152.

Kabul edilen düzenleme ile MOROĞLU'nun değişiklik ve ilave önerileri arasındaki farklara kısaca değinmek gerekirse. MOROĞLU'nun önerdiği, pay sahiplerinin genel kurula katılma, oy hakkı, dava hakkı gibi haklar, kabul edilen düzenlemede örnekleme yapılmadan “özellikle vazgeçilmez nitelikli haklar” şeklinde vurgulanmıştır. Öte yandan kabul edilen düzenlemede MOROĞLU'nun önerdiği “veya kanunen emredici olarak sağlanan diğer haklar” yerine, paysahiplerinin hakları konusunda “kanunen emredici”lik ölçütü getirilmeden her türlü hakkın ihlali halinde geçersizlik yaptırımının uygulanabileceği öngörülmüştür. MOROĞLU'nun e bendi olarak eklenmesini önerdiği paysahipleri ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini doğrudan doğruya ihlal eden veya kısıtlayan kararların geçersizliği” cümlesinde yer alan “paysahiplerine” ilişkin ibare c bendi ile düzenlenmiştir. Buna karşılık üçüncü kişilerin, henüz şirkette paysahipliği statülerinin gerçekleşmemesi nedeniyle YK kararları ile doğrudan bir ilişkisi yoktur. Çünkü YK'nun üçüncü kişilerle ilişkileri YK'nun temsil işlevinden kaynaklanmaktadır. YK kararları ise YK'nun yönetim işlevine aittir. Sonuç olarak kabul edilen düzenlemenin yeterli ve isabetli olduğu düşünülmektedir.

YTTK'da YK kararlarının geçersizliğine ilişkin düzenlemelerin benzeri YTTK m.447 hükmü ile genel kurul kararlarının geçersizliği için de öngörülmüştür⁵⁹. Burada da sınırlı sayı ilkesi değil örnekleme esası benimsenmiştir⁶⁰. Bu nedenle TBK m. 27 bağlamında genel olarak kabul edilen kesin geçersizlik halleri, genel kurul kararları bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁶¹.

Sonuç olarak YTTK m.391 hükmünde sayılan YK kararlarının geçersizliği halleri, sınırlı sayı kuralına tabi değildir. Bu haller uygulamada en çok karşılaşılan hallerdir ve bu alandaki ihtiyacı karşılamaya yönelik olarak düzenlemelerdir. Burada, kesin geçersizlikle ilgili genel hükümlere başvurmak her zaman mümkündür.

⁵⁹ YTTK MADDE 447- (1) Genel kurulun, özellikle;

- a) Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran,
- b) Pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran,
- c) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan, kararları batıldır.

⁶⁰ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.134.

⁶¹ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.145. vd.

1.1.3. İptal

Hukuki işlemin iptali, ilgili kişinin bazı hallerde (Örneğin YTTK m. 445 gereği, dürüstlük kurallarına aykırı genel kurul kararları aleyhine m. 446’da sayılan kişilerin iptal davası açması) dava yoluyla bazı hallerde ise kendi iradesiyle (örneğin bir sözleşmenin yanılma, aldatma veya korkutma gibi iradenin sakatlandığı durumlarda) hukuki işlemin iptal edildiğini karşı tarafa bildirmesiyle gerçekleşen bir hükümsüzlük halidir⁶². Mahkemenin verdiği iptal kararının kesinleşmesi ya da iptal beyanın karşı tarafa ulaşmasını müteakip işlem geçersiz olur.

İptal yaptırımı, daha çok ilgili tarafın menfaatine ilişkin hususlarda söz konusu olur⁶³. YBK’da iptal yerine “bağlı olmama” kavramı kullanılmıştır⁶⁴. İptal nedeniyle geçersizlik iddiası süreye tabidir⁶⁵ ve sadece ilgilileri (sözleşmede taraflar) tarafından ileri sürülebilir⁶⁶. Öte yandan iptal yaptırımı mahkemece kendiliğinden araştırılmaz ve dikkate alınmaz.

MOROĞLU, “genel kurul kararlarının iptali meselesinde, iptal davası açma hakkının, müktesep hak olmayıp YTTK’daki nispi emredici hükümlerle korunan haklar” olduğunu savunmuştur⁶⁷.

YK kararlarının iptali konusu öğretilde en çok tartışılan konulardandır. ETTK döneminde, yönetim kararlarının iptali konusunda öğretilde genel olarak kabul gören yaklaşım YK kararlarının iptalinin mümkün olmadığı şeklindeydi⁶⁸.

ETTK’da YK kararları aleyhine iptal davası ilgili bir düzenleme olmamasına ve öğretilde de bunun gereksiz ya da olanaksız olduğu yolundaki görüşler egemen olmasına rağmen 2499 sayılı mülga SPK m.12/VI hükmü

⁶² AYAN, s.96.

⁶³ KILIÇOĞLU, s.88.

⁶⁴ KILIÇOĞLU, s.88. Yazar, irade bozukluğu hallerinde sözleşme ile bağlı olmama halini vurgulamıştır.

⁶⁵ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.57.

⁶⁶ KILIÇOĞLU, s.89.

⁶⁷ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.173.

⁶⁸ ÖZKORKUT, s. 5, s.121 vd. Yazar, daha önceki (865 Sayılı TTK) döneminde, Hirsch’in YK kararları aleyhine iptal davası açılmasının gerekli olmadığı yönündeki görüşlerine yer vermiştir. Aynı şekilde, Onsun’un da YK kararları aleyhine iptal davası açılmaz şeklinde görüşünü paylaşmıştır. Yazar, Ansay’ın, m.381 hükmünde yer alan esasların YK kararları için de geçerli olabileceğini ancak Kanunun bu konuda bir düzenleme getirmemesi nedeniyle böyle bir hak tanımanın doğru olmayacağı sonucuna vardığını ve bu görüşlerin öğretilde büyük ölçüde kabul gördüğünü vurgulamıştır. Aynı görüşler için Bkz. PULASLI, , s. 998 (Şerh)

uyarınca belirli koşullarda YK kararlarının iptali öngörülmüştür⁶⁹. Öte yandan, aynı Kanunun 46/b maddesi hükmü ile Sermaye Piyasası Kurulu, “ 12 nci maddedeki esaslar çerçevesinde alınan yönetim kurulu kararları aleyhine, bu kararların ilanından itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açmaya ve bu kararların icrasının geri bırakılmasını istemeye” yetkili kılınmıştır.

SPK’undaki düzenlemenin yanı sıra, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 16 hükmüne göre, YK’nun ortaklıktan çıkarma kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde itiraz davası açılabilmesi mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte her iki hükmün de istisnai nitelikli olduğu savunulmuştur⁷⁰.

ETTK’nun yürürlükte olduğu dönemde, YK kararlarını da iptal müessesesine tabi olması gerektiği ve bu konuda yasal boşluk olduğu yönünde düşünceler öne sürülmüştü. Örneğin, ÇAMOĞLU, bu konuda bir yasal boşluk olduğunu ve ilk imkânda bunun doldurulması gerektiğini not etmiştir. Yazar, iptal edilebilir kararlarla ilgili olarak YK üyelerinin sorumluluğu çerçevesinde bir çözüm arayışının mümkün olabileceğinin bazı yazarlarca ileri sürüldüğünü mamafih bunun da gerçek anlamda bir çözüm yolu olmadığını vurgulamıştır⁷¹. ÖZKORKUT ise “pay sahipliği haklarının GK kararlarında olduğu kadar YK kararlarında da etkin olması için YK kararlarına karşı da iptal davası açılabilmesi” görüşünde idi⁷². Yazar eserinde, TEKİNALP’in 1982 tarihli “Sermaye Piyasası Hukuku” eserine atıfta bulunarak “*Kayıtlı sermaye sisteminde YK’nun yetkilerini kötüye kullanması halinde pay sahiplerinin menfaatlerinin korunma çarelerinden biri olarak, iptal davası açma imkanı gösterdiğini ve Yargıtay’ın kayıtlı sermaye sisteminde bu yolu açmasının doğru olacağını belirttiğini*” not etmiştir⁷³.

YTTK’da YK kararlarını düzenleyen m. 390-391. maddelerinde YK kararlarının iptaline ilişkin açık bir hüküm yer almamıştır⁷⁴. Kanunun gerekçesine bakıldığında, YTTK 391. maddenin gerekçesinde yer alan ilk

⁶⁹ Eski SPK m.12/VI: “Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, Türk Ticaret Kanununun 381 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan hallerde yönetim kurulu üyeleri, denetçiler veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde anonim ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler”.

⁷⁰ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.189, ÖZKORKUT ise, bu hükmün istisnai niteliğinin gittikçe azaldığını ileri sürmüştür. Bkz ÖZKORKUT, s.5.

⁷¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.271.

⁷² ÖZKORKUT, s.95.

⁷³ ÖZKORKUT, s.124.

⁷⁴ PULAŞLI, s.611, MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.186.

ifade “yönetim kurulu kararları iptal edilemez” şeklindedir. Dolayısıyla, kanun koyucu yönetim kurulu kararlarının iptale tabi olmadığını ilke olarak kabul etmiştir. Buna rağmen, YTTK’da iki farklı düzenlemede YK kararlarının iptaline imkân tanıyan hükme yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, YTTK m. 192/II ve m. 460/V hükümleridir. Aşağıda söz konusu iki maddeyi incelemeye çalıştık.

YTTK’nun “Birleşmenin bölünmenin ve tür değiştirmenin iptali ve eksikliklerin sonuçları” başlıklı 192.maddesinin birinci fıkrasında “birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararına olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş bulunan katılımcı şirket ortaklarının, kararın TTSG’de ilanından itibaren iki ay içinde iptal davası açabilecekleri” hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “Kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi halinde de bu dava açılabilir” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, YTTK’da, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin YK kararları aleyhine iptal davası açılabilmesi öngörülmüştür.

Öte yandan, “Kayıtlı Sermaye Sisteminde (Sermaye Taahhüdü Yoluyla Artırım)” başlıklı 460. maddesinin 5.fıkrasında “*Yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445 inci maddede öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler. Bu davaya 448 ilâ 451 inci maddeler kıyas yoluyla uygulanır*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Bu maddede, YK kararlarının iptali davasının dayanakları için 445. maddeye atıfta bulunulmuştur. YTTK m. 445’de “Genel Kurulu Kararlarının İptal Sebepleri” düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırılık halinde genel kurul kararları aleyhine iptal davası açılabilmesi hükme bağlanmıştır. Burada “özellikle” ibaresi ile sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmadığı, başka sebeplerle de iptal davası açılabilmesi vurgulanmıştır. YTTK m. 460/V hükmü uyarınca, iptal davasının açılabilmesi için, m. 445’de yer alan “Genel kurul kararlarının iptali için geçerli olan karar tarihinden itibaren üç aylık süre” değil, “kararın ilanı tarihinden itibaren bir aylık süre” öngörülmüştür. Dolayısıyla, YTTK’da kayıtlı sermaye sistemini kabul eden A.Ş.’de sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımına gidilmesi durumunda, YK kararlarının iptali konusunda istisnai nitelikli de olsa bir imkân sağlanmıştır.

Görüldüğü gibi YTTK’da istisnai nitelikli de olsa YK kararlarının iptaline ilişkin iki düzenleme mevcuttur. Bununla birlikte, YK kararlarını düzenleyen hükümlerde iptal müessesesinin öngörülmemiş olması nedeniyle

öğretide genel olarak YK kararlarının iptalinin istenemeyeceği görüşü egemendir⁷⁵.

Yargıtay 11.HD'nin kararlarında genel olarak YK kararlarına karşı iptal davası açılmayacağı kabul edilmektedir⁷⁶. Buna karşılık, “pay sahiplerinin kişisel haklarını ihlal eden YK kararları aleyhine iptal davası açılabilceği” doğrultusunda kararları mevcuttur⁷⁷.

YK kararlarının iptaline ilişkin düzenlemelere, yeni SPK'da da yer verilmiştir. 06.12.2012 gün ve 6362 Sayılı Yeni SPK m. 18/VI hükmü ile Eski SPK m. 12/VI'deki düzenlemeye benzer biçimde, kayıtlı sermaye sistemini seçen halka açık anonim ortaklıklarda “Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, 6102 sayılı Kanunun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler” hükmü getirilmiştir. YTTK m. 460/V hükmü ile SPK m.18/VI hükümleri arasındaki farklılık, iptal davası açma sürelerinin ilkinde “bir ay” diğerinde ise “otuz gün” olarak düzenlenmesidir. Bu farklılığın nedeni anlaşılamamaktadır⁷⁸.

Sermaye Piyasası Kuruluna, YK kararlarına karşı iptal davası açma yetkisi tanıyan eski SPK m.46/b hükmüne benzer biçimde yeni SPK m.93 hükmü ile “Kayıtlı sermaye sisteminde uygulanacak tedbirler” kenar başlığı altında Kurula “18 inci maddedeki esaslar çerçevesinde alınan yönetim kurulu kararları aleyhine, bu kararların kamuya duyurulduğu tarihten itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açmaya ve teminatsız olarak bu kararların icrasının geri bırakılmasını isteme” yetkisi tanınmıştır. Söz konusu düzenlemeler de özel ve istisnai niteliklidir. Bu düzenlemelerden yola çıkılarak, anonim şirketlerde YK kararlarının iptalinin genel bir kural olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

⁷⁵ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.193. MOROĞLU, böyle bir hakkın tanınması halinde cümle düşük ifade yanlış YK'nun bir icra organı olarak şirketin ticari faaliyetlerini ticari yaşamın gereklerine uygun olarak yürütebilmesinin engellenebileceğini ve mahkeme tarafından şirketin iç işlerine müdahale yolunun açılabilceği düşüncesiyle doğru olmayacağını ileri sürmektedir. Bu aynı zamanda İsviçre Hukuku öğretisinde de benimsenen bir düşüncedir. Bkz. Dipnot:84, ÇEKER, s.440, BİL-GİLİ/DEMİRKAPI, s.407, Karşı görüş için Bkz. ARSLAN, s.402, PULAŞLI, s.999 (Şerh).

⁷⁶ ÖZKORKUT, s.126., PULAŞLI, Şerh, s. 999, MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.191, Y.11HD 26.02.1989 E.3414/K.260, Y.11HD 26.02.1989 E.3414/K.260, ERİŞ, s.268.

⁷⁷ Y. 11.HD. 05.04.1993 E.1379/K.1295. “Kural olarak YK kararları aleyhine iptal davası açılmaz. Ancak, pay sahiplerinin haklarını doğrudan doğruya ilgilendiren kararların iptali davası açılabilir”. ERİŞ, s. 270.

⁷⁸ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.408.

3. Mukayeseli Hukukta YK Kararlarının Hükümsüzlüğü

Mukayeseli hukuk açısından ele alındığında, genel olarak İsviçre ve Alman hukukunda, “öze ilişkin” emredici kurallara aykırılığın geçersizlik, “şekle” ilişkin emredici kurallara aykırılığın yokluk yaptırımına tabi olduğu, bununla birlikte İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunu’nda böyle bir ayrıma yer verilmediği belirtilmiştir⁷⁹.

İsv. BK’nun 714. maddesinde de batıl yönetim kurulu kararlarına karşı tespit davası açılabilmesi olanağı genel kurul kararlarına ilişkin m.706b’ye gönderme yapılarak düzenlenmiştir⁸⁰. Bu düzenleme ile YK kararlarının geçersizliği hakkında tespit davası açılması imkânı sağlanmış ancak iptal yaptırımı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁸¹.

İsviçre Federal Mahkemesinin 1950 yılında vermiş olduğu kararda, YK kararlarının iptali davası açılmayacağı hükme bağlanmıştır⁸². Mahkeme Kararının gerekçesinde, ortada bir kanun boşluğu olmadığı ve kanun koyucunun YK kararlarının iptalini bilinçli olarak düzenlemediği vurgulanmıştır⁸³.

İsviçre Federal Mahkemesinin, YK kararlarının iptalinin mümkün olmadığı yönündeki kararına karşılık, öğretide iki farklı görüşe yer verildiği belirlenmiştir. Bir kısım yazarlar, YK kararlarının iptal edilebileceğini savunmakta⁸⁴, bir kısım yazarlar ise iptal edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁸⁵. İptalinin savunan yazarlara göre, YK kararından zarar görecekt kişilerin, bu zararın ortaya çıkmasından önce dava açabilme imkânına sahip olmaları, zararın meydana gelmesi halinde YK üyelerinin zararı tazmin etme yükümlülüğünü de ortadan kaldıracığından bir bakıma YK’nun da menfaatine olacaktır⁸⁶. Bir başka görüşe göre de, YK kararına katılmamakla birlikte bu kararla bağlı olan YK üyesine iptal hakkı verilmelidir⁸⁷. YK kararlarının iptal edilemeyeceğini

⁷⁹ MOROĞLU’dan naklen, Hükümsüzlük, s.28. Atıf no:47, von TUHR, Andreas, (Çev. Cevat EDEGE), Borçlar Hukuku 1-2, Ankara, 1983, s.222 : “Emredilen şekilde yapılmayan hukuki muameleler hükümsüzdür”.

⁸⁰ Bkz. TTK 391.maddesinin gerekçesi.

⁸¹ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.186., ÖZKORKUT, s.96.

⁸² PULAŞLI, s.1001. (Şerh), ÖZKORKUT, s.96.

⁸³ ÖZKORKUT, s.99.

⁸⁴ ÖZKORKUT, s.104, dipnot 75’den naklen.

⁸⁵ ÖZKORKUT, s.113, Dipnot 125’den naklen., PULAŞLI, , s.1001(Şerh), MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.187

⁸⁶ ÖZKORLUT, s.105.

⁸⁷ ÖZKORKUT, s.107.

savunan yazarlara göre, kanun iptal yolunu kabul etmemiştir⁸⁸. Buna dayanak olarak da pay sahiplerinin YK'na karşı hak ve çıkarlarının korunabilmesi için sorumluluk davası açma gibi başka haklar tanındığı belirtilmektedir⁸⁹. Ayrıca, YK kararların karşı iptal davası açma hakkının tanınmasının, mahkemenin, şirketin iç işlerine karışması gibi bir durum yaratabileceği ve sakıncalı olduğu ileri sürülmüştür⁹⁰.

Alman Paylı Ortaklar Kanununda YK kararlarının iptaline dair bir düzenleme mevcut değildir⁹¹. Alman Hukukunda da YK ve gözetim kurulu kararlarının iptalinin dava edilemeyeceği görüşü hâkimdir⁹².

SONUÇ

Makalemizde, YTTK ışığında YK kararlarının hükümsüzlüğü konusundaki son gelişmeleri ele almaya çalıştık. Hükümsüzlük hallerinden yokluk ve kesin geçersizlik yaptırımlarına ilişkin olarak öğretilde genel olarak bir görüş birliği olduğu, YTTK m. 391 hükmü ile kesin geçersizlik hallerinin örnekleme yoluyla daha ayrıntılı biçimde düzenlendiği sonucuna ulaşılmıştır. Tartışmanın ana konusu YK kararlarının iptali meselesinde düğümlenmektedir.

YTTK m. 192/II ve m.460/V hükümleri ile 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu m. 16 ve 6362 Sayılı SPK m.18/VI hükümleri, doğrudan doğruya pay sahiplerinin haklarının ihlali durumuna münhasır özel düzenlemelerdir. Bu nedenle bahse konu düzenlemeler istisnai niteliklidir.

YK'nun kararlarını ele alırken aynı zamanda YK'nun işlevini de göz önüne almak gerekir. Anonim ortaklığın ticari yaşamdaki tüm faaliyetleri, bu çerçevede ticari ilişkileri, kar edebilmesi vb. tüm işlevleri YK tarafından icra edilmektedir. Bu bakış açısı ile YK'nun karar alma sürecinde mümkün olduğunca esnek ve uygun deyimle “rahat” olması gerekir. Alınan kararların, her defasında bir pay sahibi tarafından iptal davasına muhatap olacağının düşünülmesi, YK kurulu üyelerini büyük bir baskı altına alacaktır. Öte yandan, m. 391 hükmü ile YK kararlarının geçersizliği imkânı her zaman ileri sürülebilecektir. Bu nedenle, ayrıca genel olarak iptal müessesine yer verilmemiş olmasının doğru bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.

⁸⁸ ÖZKORKUT, s.113.Dipnot.125'den naklen.

⁸⁹ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.187.

⁹⁰ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.188.

⁹¹ PULAŞLI, Şerh, s.1002, MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.186., ÖZKORKUT, s.119.

⁹² MOROĞLU, s.188.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel hükümler, C1, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası, Mimoza Basım, Konya, 2012.
- ARSLAN, İbrahim, Yönetim Kurulu, Şirketler Hukuku, (Ed. Sami KARAHAN), Mimoza Yayınları, 1.Baskı, Konya, 2012.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Basımevi, 9.Basım, Bursa, 2013.
- ÇEKER, Mustafa, 6012 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Ticaret Hukuku, Adana, 2011.
- ERİŞ, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel hükümler, Genişletilmiş 16. Bası, Ankara, 2012.
- MOROĞLU, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Baskı, İstanbul, 2012. (Hükümsüzlük)
- MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Başlangıç, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri ve Son Hükümlere İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, 3.Bası, Ankara, 2005. (Öneriler)
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel hükümler, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ÖZKORKUT, Korkut, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın no:41, Ankara, 1996.
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, 12.Baskı, İstanbul, 2010.
- PULAŞLI, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012. (Genel)
- PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, C.1 (Şerh).
- ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınevi, İzmir, 2012.

TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuk İle Tek Kişilik Ortaklığın Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

TURANLI, Hüsnü, Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi, Regesta, C.2, S.3, 2013/3, s.50-74.

Von TUHR, Andreas, (Çev. Cevat EDEGE) Borçlar Hukuku 1-2, Ankara, 1983.

KISALTMALAR CETVELİ

A.Ş.	: Anonim Şirket
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
Ed.	: Editör
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
EBK	: Eski Borçlar Kanunu
GK	: Genel Kurul
HD	: Hukuk Dairesi
İsv.	: İsviçre
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
Ör.	: Örneğin
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
vb.	: Ve benzeri
YK	: Yönetim Kurulu
YBK	: Yeni Borçlar Kanunu
YTTK	: Yeni Türk Ticaret Kanunu

ACENTENİN TEMSİL YETKİSİNİN USUL HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

S. HİLAL ÜÇÜNCÜ*

ÖZET

Bağımsız bir tacir yardımcısı olan acenteye, Türk Ticaret Kanunu madde 105 hükmü ile hem aktif hem de pasif anlamda müvekkilini temsil etme yetkisi verilmiştir. Bu kapsamda acente, müvekkili adına hakkı koruyucu beyanlarda bulunma ve bu beyanlara muhatap olma, müvekkili adına sözleşme yapma, teslim ettiği malların bedelini tahsil etme ya da bedelini bizzat ödediği malları teslim alma ve müvekkili mahkemede temsil etme yetkileri ile donatılmıştır.

Acentenin temsil yetkisinin usul hukuku bakımından önem arz eden ve ele alınması gereken kısmını, müvekkili mahkemede temsil etme yetkisi oluşturur. Nitekim müvekkili adına yürüttüğü hukukî süreçlerde acentenin konumunun doğru bir şekilde tespit edilmesi, gerek yargılama sürecinde yapılabilecek işlemler gerekse yargılama sonunda verilen hükmün kimin üzerinde doğacağı konularının açığa kavuşmasını sağlayacaktır. Bu bakımdan çalışmamızda, acentenin müvekkili temsilen yer aldığı davalardaki konumunun belirlenmesine gayret gösterilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Acente, pasif temsil yetkisi, aktif temsil yetkisi, davaya vekâlet, taraf sıfatı.*

EVALUATION OF REPRESENTATION POWER OF AGENCY WITHIN THE CONTENT OF PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

To the agent who is an independent associate of trader, the authority to represent his client in both active and passive sense was given with the provision of Article 105 of the Turkish Commercial Law. In this context, the agency is equipped with powers to make protective representations (declarations) on behalf of his client and to deal with these declarations, to contract on behalf of his client, to collect the cost of the goods delivered or to receive the goods of those he personally paid the price and to represent his client in court.

The part which is important and needed to be addressed, of the authority of agency to represent in terms of procedural law constitutes the right to represent his client in court. Indeed, determination of the correct position of the agency in the legal processes carried out on behalf of his client will provide the subjects of both the

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Araştırma Görevlisi

operations that can be done in the process of trial and onto whom the judgment of the trial will be, to be clarified. In this regard, in our study, effort has been exerted to determine the position of the agent in cases that he takes place on behalf of his client.

Keywords: *Agent, passive authority to represent, active authority to represent, power of attorney in a case, acting as a party.*

GİRİŞ

İşletmelerin ürettikleri mal ve hizmetlerin kendi bünyeleri dışında, daha geniş bir çevrede pazarlanabilmesi için, tacirin ya bağımlı yardımcılarının hizmetinden yararlanması ya da sürümünü arttırmayı düşündüğü yerlerde şube açması gerekir. Ancak anılan her iki yöntem de malî bakımdan külfetlidir. Zira tacirin herhangi bir sonuç elde edemese dahi bağımlı yardımcısına kararlaştırılan sabit ücreti ödemesi gerekirken; şube açılması da önemli sayılabilecek bir malî kaynak tahsilini zorunlu kılar.

19'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren sanayileşmenin hızla gelişmesi ve buna bağlı olarak rekabetin artması sonucunda tacirler, ürettikleri mal ve hizmetleri işletme merkezi dışında daha kolay ve ucuz şekilde pazarlayabilmek için, sürekli faaliyet gösteren bağımsız yardımcılardan yararlanma yoluna gitmeye başlamışlardır. Söz konusu bağımsız yardımcılar, “*acente*” olarak adlandırılmaktadır.

Acente, ayrı bir işletme sahibi olan bağımsız tacir yardımcısıdır ve tacirin ürettiği mal ve hizmetlerin satımı hususunda ya sadece sürekli şekilde aracılıkta bulunmak ya da tacir nam ve hesabına sözleşme yapmak şeklinde faaliyet gösterir. Ürettiği mal ve hizmetlerin pazarlamasını acentenin anılan faaliyetlerine başvurarak yapan tacir, sermaye tahsis etmeden ve masraf yapmadan sürümünü artırma amacına ulaşmış olmaktadır. Nitekim tacirin bağımsız yardımcısı konumunda bulunan acenteye, kural olarak sadece yaptığı faaliyetin olumlu sonuç vermesi halinde ücret ödeme yükümlülüğü bulunur.

Acentelik kurumu, ilk olarak 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nda yasal düzenleme altına alınmıştır. Türk Hukukunda ise ilk olarak, İtalyan Medeni Kanunu'ndan yararlanılmak suretiyle hazırlanan ancak hâlihazırda yürürlükten kalkmış olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 116-134'üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise acentelik kurumu, 102-123'üncü maddeler arasında hüküm altına alınmıştır.

Acentenin temsil yetkisinin usul hukuku bakımından değerlendirileceği çalışmamızda öncelikle, acente kavramı hakkında genel bilgiler verilecektir.

Ardından, acentenin temsil yetkisinin kapsamı belirlenerek, özellikle usul hukuku bakımından önem arz eden “*acentenin müvekkili mahkemede temsil etme yetkisi*” konusu ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu noktada, öncelikle acentenin temsil yetkisinin hangi usul hukuku kurumu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tespit edilmeye çalışılacak ve bu tespitin sonuçları ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

I. ACENTE KAVRAMI İLE İLGİLİ GENEL BİLGİ

Türk Ticaret Kanunu madde 102, fıkra I hükmünde acente, “*Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi bağlı bir hukukî konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir*” şeklinde tanımlanmıştır¹. Buna göre acente, acentelik sözleşmesi denilen bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir bölge içinde, ticarî bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya sözleşmeyi ticarî işletme adına yapmayı meslek edinen bağımsız tacir yardımcılarına verilen isimdir².

Acentelik ilişkisinin kaynağını, acente ile müvekkil arasında kurulan acentelik sözleşmesi oluşturur. Acentelik sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen, kendine özgü, sürekli bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür³.

Acentelik sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir⁴. Bu sebeple, acentelik sözleşmesi yazılı veya sözlü olarak kurulabilir. Hatta

¹ **ARKAN, S.**, Ticarî İşletme Hukuku, 15. Bası, Ankara 2011, s. 195; **BOZKURT, T.**, Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010, (Ticaret), s. 129; **CENGİZ, A.**, “Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçlar”, HHFD, C. I, S. 2, s. 141 vd; **DÖNMEZ, O.**, Acente Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 4; **KAYIHAN, Ş.**, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2003, s. 29; **KINACIOĞLU, N.**, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963, s. 8; **POROY, R./ YASAMAN, H.**, Ticarî İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 242; **SAKA, Z.**, Ticaret Hukuku-Ticarî İşletme, İstanbul 1998, s. 369; **ÜLGEN, H./ TEOMAN, Ö./ HELVACI, M./ KENDİGELEN, A./ KAYA, A./ ERTAN NOMER, N.F.**, Ticarî İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2009, s. 623, 624.

² **ALIŞKAN, M./ GENÇTÜRK, M.**, “Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK’nun 129. Maddesine Göre Komisyonu Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente İle Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı Sorunu”, Ünal TEKİNALP Armağanı, İstanbul 2003, s.19; **AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR**, s. 319; **KINACIOĞLU**, s. 35.

³ **KINACIOĞLU**, s. 34.

⁴ **KINACIOĞLU**, s. 34.

sözleşmenin zımnî anlaşma yoluyla kurulması da mümkündür⁵. Bununla birlikte, acentelik sözleşmesi ile taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurulduğundan, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının yerinde olacağını belirtmek gerekir⁶.

Türk Ticaret Kanunu acente kavramını, acentelik sözleşmesi ile kabul edilen aracılığın boyutuna göre, yetkileri dar olan “*aracı acente*” ve yetkileri geniş olan “*sözleşme yapan acente*” olarak ikiye ayırmaktadır⁷. Aynı bir işletme sahibi olan acentelerin faaliyetleri, tacirin ürettiği mal ve hizmetlerin satımı hususunda ya sadece sürekli şekilde aracılıkta bulunmayı ya da sözleşmeyi tacir nam ve hesabına yapmayı kapsamaktadır⁸.

Türk Ticaret Kanunu’nda acentelikle ilgili düzenlemeler esas itibarıyla aracı acente dikkate alınarak yapılmıştır. Bu sebeple, bir acentenin görevinin kapsamı konusunda tereddüt bulunduğu hallerde aracı acente olduğu sonucuna varılması gerekir⁹. Üçüncü kişilerin acentenin sözleşme yapmaya yetkili olup olmadığını ticaret sicilinden öğrenmeleri mümkündür¹⁰.

II. ACENTENİN TEMSİL YETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Acentenin temsil yetkisi, Türk Ticaret Kanunu’nun 105’inci maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, “*Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir. Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanmaz*”. Anılan hüküm gereğince, acentenin hem aktif hem de pasif anlamda müvekkilini temsil etme yetkisinin bulunduğunu söylemek mümkündür.

⁵ KINACIOĞLU, s. 34, 35.

⁶ AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 316 vd; BATTAL, A., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007, s. 90; BOZKURT, (İşletme), s. 225.

⁷ KINACIOĞLU, s. 19.

⁸ AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 317.

⁹ AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 317.

¹⁰ TEOMAN, Ö., “Tacir Yardımcıları”, Tüm Makalelerim, C. III: 2010-2011, İstanbul 2010, s. 93.

B. ACENTENİN TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

1. Acentenin Pasif Temsil Yetkisi

Pasif temsil yetkisi, herhangi bir kişiyi temsil etmek yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişinin, temsil ettiği kişiye gönderilen ihbar, ihtar ve protesto gibi belirli haklarını korumaya yarayan bildirimlerde bulunabilmesini; diğer bir ifadeyle söz konusu bildirimleri temsil ettiği kişi nam ve hesabına tebellüğ edebilme yetkisini ifade etmektedir¹¹.

Acente, yaptığı görev ve işler itibariyle ister aracı acente ister sözleşme yapan acente konumunda bulunsun, sözleşmenin tarafı olan müşteriye temerrüt ihtar, ayıp ihbarı gönderebilir; müşteri tarafından müvekkiline yapılan bu tür ihtar ve ihbarları müvekkili adına kabul edebilir¹².

Acentenin pasif temsil yetkisi, sadece sözleşme yapan acenteler bakımından değil, aracı acenteler bakımında da söz konusu olduğu için, müvekkil nam ve hesabına sözleşme yapmadığı halde, sözleşmenin kurulmasına aracılık etmiş olan acente de, fiilen aracılıkta bulunduğu sözleşme ile ilgili olarak karşı tarafça gönderilen ihbar ve ihtarları tebellüğ edebilir¹³.

Acentenin pasif temsil yetkisinin Türk Ticaret Kanunu madde 105 hükmü ile sadece “*aracılıkta bulunduğu*” ya da “*yaptığı sözleşmeler*” ile sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Buna göre acentenin, Türk Ticaret Kanunu madde 113 hükmü uyarınca ücrete hak kazanacak olmakla birlikte, bizzat müvekkili tarafından kurulan sözleşmelere ilişkin bildirimlerde olduğu gibi, söz konusu iki halin dışında kalan işlemlerle ilgili olarak ticarî işletmeyi pasif anlamda temsil etme yetkisi bulunmamaktadır¹⁴.

Türk Ticaret Kanunu madde 105 hükmü ile getirilen diğer bir sınırlama, acenteye sadece “*hakkı koruyan beyanlarda*” bulunma yetkisinin tanınmış olmasıyla karşımıza çıkmaktadır. Yapılan bu sınırlamaya göre acente, satım sözleşmesinin feshi ya da bundan rücu gibi konularda değil; sadece satılana ilişkin ayıplar gibi haller hakkında bildirimde bulunabilir¹⁵.

¹¹ ARKAN, s. 214; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 320; POROY/ YASAMAN, s. 246.

¹² TEOMAN, s. 93; Konu ile ilgili bkznz. Aşa. II, B, 2, b.

¹³ TEOMAN, s. 94.

¹⁴ Söz konusu sınırlama, özellikle sözleşmeyi bizzat yapmış acentenin fesih ve rücu konusundaki bildirimleri de alabilme yetkisine sahip olması gerektiği düşüncesiyle doktrinde eleştirilmektedir. Bu konuda bkznz. TEOMAN, s. 94; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 635.

¹⁵ AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 320.

Acentenin hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapması ve kabul etmesi için, müvekkil tarafından bu konuda ayrı bir yetki verilmesine gerek yoktur¹⁶. Bunun gibi, acentenin söz konusu yetkisinin sözleşme ile kaldırılması da mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmünün son cümlesine göre, hakkı koruyucu beyanları yapma ve kabul etme yetkisinin yabancı tacirler adına acentelik yapan acenteler bakımından kaldırılması ve sınırlandırılması hususunda yapılan anlaşmalar geçersizdir.

2. Acentenin Aktif Temsil Yetkisi

a. Acentenin Müvekkil Adına Sözleşme Yapma Yetkisi

Türk Ticaret Kanunu'nda acentenin esas itibarıyla aracı acente olarak faaliyet göstereceğinin kabul edildiğini ve düzenlemelerin de buna göre yapıldığını yukarıda belirtmiştik¹⁷. Müvekkilin acenteye kendi nam ve hesabına sözleşme yapma yetkisini Türk Ticaret Kanunu madde 107, fıkra I hükmü gereği özel ve yazılı şekilde verdiği hallerde; yetki belgesi, Türk Ticaret Kanunu madde 107, fıkra II hükmü gereği acente tarafından tescil ve ilan ettirilmelidir. Bu durumda yapılacak tescil, verilen temsil yetkisinin geçerliliği için şart olarak aranmamaktadır¹⁸. Temsil yetkisi ticaret siciline tescil edilmemiş olsa dahi, acentenin üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeler müvekkili bağlayıcı nitelik taşır¹⁹.

Acenteye verilen temsil yetkisinin sınırlandırılması mümkündür²⁰. Ancak bu sınırlamanın iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescil ve ilan edilmesi gerekir²¹.

b. Acentenin Hakkı Koruyan Beyanları Müvekkili Namına Yapma ve Kabul Etme Yetkisi

Acente, Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra I hükmü gereği aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili namına yapmaya ve bunları kabul etmeye yetkili olduğunu yukarıda belirtmiştik²². Burada tekrar vurgulanması

¹⁶ Bu konuda bkz. Yuk. I.

¹⁷ ARKAN, s. 213; POROY/ YASAMAN, s. 249.

¹⁸ ARKAN, s. 213.

¹⁹ Örneğin, acenteye sadece belli bir miktara kadar sözleşme yapma yetkisi tanınabilir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, s. 213.

²⁰ ARKAN, s. 213.

²¹ Bknz. Yuk. II, B, 1.

²² ARKAN, s. 214; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 320.

gereken nokta, hem aracı hem de sözleşme yapan acentenin müvekkilin hakkını koruyan beyanlarda bulunma yetkisi ile donatılmış olduğudur.

c. Acentenin Satılanı Teslim Alma ya da Bedeli Tahsil Etme Yetkisi

Türk Ticaret Kanunu'nun 106'ncı maddesi gereğince, acente, kendisine özel bir yetki verilmedikçe, bizzat teslim etmediği malların bedelini tahsil edemez ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim alamaz. Bunun gibi, acentenin, söz konusu işlemlerden doğan alacağı tecil veya miktarını tenzil etmesi de mümkün değildir.

Anılan hükmün mevhum-u muhalifinden, acentenin teslim ettiği malların bedelini tahsil etme ve bedelini bizzat ödediği malları teslim almaya yetkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır²³. Bu durumda aracılıkta bulunan veya sözleşme yapan acente, kendisine özel olarak yetki verilmemiş olsa bile, bizzat teslim ettiği malların bedelini tahsil etme, bedelini ödediği malları teslim alma ve bu işlemlerden doğan alacağı tecil ve tenzil etme yetkisine sahip olmaktadır.

d. Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Etme Yetkisi

Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmü gereğince, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabilir; bunun gibi, acenteye karşı da aynı sıfatla dava açılabilir²⁴. Türk Ticaret Kanunu'nda bu yolda bir hükme yer

²³ Doktrinde, sözleşme yapan acentelerle birlikte, aracı acentelere de müvekkili mahkemede temsil etme yetkisi verilmiş olmasının eleştirilmekte olduğu görülmektedir. Söz konusu eleştirilerin temel dayanağını, aracı acentenin müvekkille olan ilişkisinin, davada müvekkili temsil etme yetkisi gibi önemli bir yetki ile bağdaşmaması oluşturmaktadır. Zira anılan düşünceye göre, aracı acentelerle müvekkilin kurduğu güven ilişkisi, sözleşme yapan acentelerde olduğu gibi yoğun değildir. Bu yönde bkz. **DOMANIÇ, H.**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 314. Ancak anılan görüş, acentelik sözleşmesinin içeriğinin önemli ölçüde sınırlandırılabilceği ve aracı veya sözleşme yapan acente ile kurulan güven ilişkisinin boyutunun çoğu zaman iç ilişkide somutlaşacağı düşüncesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Söz konusu görüşe göre, acentelik sözleşmesinde acentenin aracı acente olarak faaliyet göstereceği kararlaştırılmış olsa da, bu durum, acentenin müşteri ile müvekkil arasında kurulacak hukukî sürecin oluşum aşamasına katılmasını engellemez; aksine acentenin müşteri ile ilişkisinin oluşumu sürecinde muhatap olmasına yol açar. Bu sebeple, aracı acentenin müvekkilini davada temsil etme yetkisinin bulunmaması gerektiğinin kabulü ETK md. 119/ f. II hükmüne paralel olarak düzenlenen TTK md. 105/ f. II hükmünün amacına ters düşer. Bu yönde bkz. **ALTAY**, s. 227, 228.

²⁴ TTK md. 105/ f. II hükmünün son cümlesinde, ETK md. 119/ f. III hükmünden farklı olan özel bir hüküm getirilerek, sadece yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan ve aynı hükmün ilk cümlesine aykırı olan kayıtların geçersiz sayılacağı kabul edilmiştir. Yapılan düzenlemede, Türk tacirler adına acentelik yapılması halinde, mü-

verilmesi, asıl olarak, yabancı tacirler adına aracılık ya da sözleşme yapan acentelerle işlem yapan Türk vatandaşlarını korumayı ve açılacak davaların Türk mahkemelerinde görülmesine imkân sağlamayı amaçlamaktadır²⁵.

Acentenin müvekkiline izafeten²⁶ dava açması veya acenteye müvekkiline izafeten dava açılması halinde, yürütülen hukukî sürecin sonuçları acente üzerinde değil, müvekkil üzerinde doğar²⁷. Bu bakımdan müvekkile izafeten yürütülen hukukî süreçlerde acentenin hukukî konumunun belirlenmesi meselesi ayrı bir önemi haizdir.

(1)Müvekkile İzafeten Yürütülen Davalarda Acentenin Hukukî Konumunun Belirlenmesi

i. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda acentenin müvekkiline izafeten davada yer alabileceğinin kabul edilmesinin temelini, acentenin maddî hukuka özgü konumuyla ilgili olan iki sebep oluşturur²⁸.

Bu sebeplerden ilki, acentenin müvekkiliyle kurduğu ilişkinin sürekli nitelikte olmasıdır²⁹. Kanunda, müvekkilini belirli bir bölgede sürekli olarak

vekkili bir Türk mahkemesi önünde dava etmek özel sorunlara neden olmayacağından, acenteye aleyhine dava açılmayacağına kararlaştırılmasında herhangi bir sakınca görülmemiştir. Bu konuda bkzn. **ARKAN**, s. 215.

²⁵ Acentenin TTK md. 105/ f. II uyarınca müvekkili namına dava açması veya acenteye bu sıfatla dava açılması doktrinde, “*acentenin müvekkiline izafeten dava açması*” veya “*acenteye müvekkiline izafeten dava açılması*” şeklinde anılmaktadır. Bu yönde bkzn. **ALTAY, S. A.**, “Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 223 vd; **ARKAN**, s. 216; **KALPSÜZ, T.**, “Müvekkillerine İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması”, **BATİDER**, Haziran 1983, C. XII, S. 1, s. 1 vd; **KAYIHAN**, s. 169 vd; **TÜRKEL, D.**, “Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukukî Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar”, Haluk KONURALP Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 1105 vd.

²⁶ **ALTAY**, s. 223, Bu konuda bkzn. “*Acenta, yasa hükmünden doğan temsil yetkisini kullanan bir kurum durumunda bulunduğundan, aracılık ettikleri sözleşmelerden doğan hak ve borçlar müvekkile ait olacağı gibi, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda acenta sıfatıyla müvekkilleri namına açtıkları davalarda acenta hakkında değil, müvekkil hakkında karar verilmelidir*”, Yargıtay HGK, 14.12.1986 T., 1984/ 11-582 E., 1986/ 135 K. sayılı Kararı; “*Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı işletme adına, geçici de olsa yurt içinde işlem yapanlar hakkında, acentelik hükümleri uygulanacağından, temsilci aleyhine açılan davada, esas sözleşmede taraf olan firma aleyhine karar tesis edilebilir*”, Yargıtay 13. HD, 09.12.1996 T., 1996/ 10324 E., 1996/ 10982 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukuk-turk.com/> (Erişim Tarihi: 03.03.2012)).

²⁷ **ALTAY**, s. 226.

²⁸ **ALTAY**, s. 226.

²⁹ **ALTAY**, s. 226.

temsil eden acenteye, hakkı koruyan beyanları müvekkili namına yapma yetkisi verilmesiyle yetinilmemiş; bunun yanında, müvekkile izafeten davada yer alma görevi de yüklenmiştir.

İkinci sebep, acentenin aracılık ettiği veya müvekkili namına yaptığı sözleşmelere yabancı olmadığı düşüncesidir³⁰. Buna göre acente, oluşum sürecine katkı sağladığı söz konusu sözleşmelere ilişkin hakkı koruyucu beyanlarda bulunma ve bu sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda müvekkili temsil etme konularında yetkili kılınmaktadır³¹.

Acente, ister aracı ister sözleşme yapan acente niteliğinde olsun, müvekkili ile üçüncü kişiler arasında hukukî ilişki kurulması amacına yönelmektedir³². Ancak anılan durum, acentenin kurulan hukukî ilişkiye taraf olmasına sonucunu doğurmaz.

Müvekkil ile müşteri arasında bulunan hukukî ilişkiden dolayı, özellikle müvekkilin aralarında bulunan sözleşmeye aykırı hareket etmiş olması sebebiyle müşteri, kural olarak acentenin sorumluluğuna başvuramaz³³. Bunun gibi, müşterinin aralarındaki sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle talepte bulunabilecek taraf acente değil, bizzat müvekkildir³⁴. Zira sözleşmenin nisbîliği ilkesi³⁵ gereği, müvekkil ile müşteri arasında bulunan sözleşme gereğince hak sahibi olan ve borç altına giren kişiler, sözleşmenin tarafları olan müşteri ve müvekkil olacaktır.

Doktrinde acentenin müvekkilini davada temsil etmesi durumunda, usul hukuku anlamında hukukî konumunun ne olacağı ile ilgili farklı tespitler

³⁰ ALTAY, s. 226.

³¹ ALTAY, s. 226.

³² ALTAY, s. 226.

³³ ARKAN, s. 216; ALTAY, s. 226.

³⁴ Sözleşmenin nisbîliği ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkzn. AKINCI, Ş., Borçlar Hukuku Bilgisi, 6. Bası, Konya 2012, s. 14 vd; AYAN, M., Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, Konya 2012, s. 11 vd; EREN, F., Borçlar Genel Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 18; KILIÇOĞLU, M. A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, s. 10.

³⁵ Bu konuda bazı yazarların, bazı usul hukuku kurumlarını birbirleriyle karıştırmakta olduğu dikkati çekmektedir; bkzn. DANIŞ AKKAN, Ç., Acentenin Temsil Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007, s. 84 vd; Yazara göre, kanun koyucu tarafından acenteye müvekkili adına dava açma yetkisi tanınmış ve aynı zamanda üçüncü kişiler tarafından müvekkiline izafeten acenteye karşı dava açılabilceğinin kabul edilmiş olması, acentenin hem aktif hem de pasif husumet ehliyetine sahip olduğu anlamına gelmektedir. Ancak yazar bunun devamında acentenin davadaki sıfatının sadece vekillikten ibaret olduğunu, taraf sıfatının ise müvekkile ait bulunduğunu dile getirmektedir.

yapılmakta olduğu görülmektedir³⁶. Söz konusu tespitin doğru bir şekilde yapılabilmesi için öncelikle, “*taraf*”, “*taraf sıfatı*”, “*dava takip yetkisi*” ve “*davaya vekâlet ehliyeti*” kavramlarının kısaca incelenmesi yerinde olacaktır.

i. Taraf Kavramı

Doktrinde, bir davada tarafın kim olduğunun belirlenmesi bakımından “*maddî taraf kavramı*” ve “*şeklî taraf kavramı*” olmak üzere başlıca iki kuramın ileri sürülmekte olduğu görülmektedir³⁷.

Maddî tarafı kavramı, davanın taraflarının maddî hukuk ilişkisinin tarafları olduğunu savunur³⁸. Maddî hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kimsenin davanın da tarafı olamayacağını savunan bu kurama göre, taraf sıfatı adeta bir dava şartı niteliğindedir ve davanın başında hâkim tarafından re’sen incelenmelidir³⁹. Anılan kuram, maddî hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kimselerin davada taraf olduğu halleri açıklamakta yetersiz kaldığı için terk edilmiştir.

Usul hukuku bakımından hâlihazırda kabul edilmekte olan kuram, şeklî taraf kavramıdır⁴⁰. Şeklî taraf kavramına göre, maddî hukuk ilişkisinin tarafları değil; kendi adına hukukî koruma isteyen kimseler ile kendilerine karşı hukukî koruma istenen kimseler davada taraftır⁴¹. Bu bakımdan, hakkın

³⁶ Bu konuda bkzn., **ALANGOYA, Y.**, Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, İÜMHAD, C. III, S. 5, Y. 1969, s. 130 vd; **ERİŞİR, E.**, Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 53 vd; **ÖZEKES, M.**, Medenî Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995, s. 29 vd; **PEKCANİTEZ, H.**, Medenî Usul Hukukunda Fer’î Müdahale, Ankara 1992, s. 26; **PEKCANİTEZ, H./ ATALAY, O./ ÖZEKES, M.**, Medenî Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 238; **SUNAR, G.**; “Şekli Anlamda Taraf Kavramının Kabul Etmenin İcra ve İflas Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar”, Prof. Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan, İstanbul 2003, s. 333; **YILMAZ, E.**, Medenî Yargılama Hukukunda İslah, Ankara 1982, s. 184 vd; Anılan kuramların yanında, doktrinde taraftar bulmamakla birlikte, “*işlevsel taraf kavramı*”nın da ileri sürülmüş olduğunu belirtmek gerekir. Anılan kurama göre, taraf kavramı tüm hukuk davaları bakımından söz konusu olmaz. Malvarlığı davaları ile şahısvarlığı davaları arasında bir ayırım yapılarak, şahısvarlığı davaları bakımından taraf kavramı kabul edilmemelidir. Konu ile ilgili bkzn. **ERİŞİR**, s. 54; **PEKCANİTEZ**, s. 27 vd; **SUNAR**, s. 334; **YILMAZ**, s. 186 vd.

³⁷ **ERİŞİR**, s. 53, 54; **ÖZEKES**, s. 29; **PEKCANİTES**, s. 26; **YILMAZ**, s. 184.

³⁸ **ERİŞİR**, s. 53, 54; **ÖZEKES**, s. 29; **PEKCANİTES**, s. 26; **YILMAZ**, s. 184.

³⁹ **ALANGOYA**, s. 133; **ERİŞİR**, s. 55; **ÖZEKES**, s. 29, 30; **PEKCANİTEZ**, s. 28.

⁴⁰ **ALANGOYA**, s. 133; **ERİŞİR**, s. 55; **ÖZEKES**, s. 29; **PEKCANİTEZ**, s. 28; **YILMAZ**, s. 185.

⁴¹ **ALANGOYA**, s. 133; **ERİŞİR**, s. 55; **KURU, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. I, İstanbul 2001, s. 1157 vd; **KURU, B./ ARSLAN, R./ YILMAZ, E.**, Medenî Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2011, s. 234 vd; **PEKCANİTEZ**, s. 28; **PEKCANİTEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 238.

gerçek sahibi olması aranmaksızın dava dilekçesinde gösterilen kişinin davada taraf olduğunu söylemek mümkündür⁴². Şekli taraf kavramının kabul edilmesiyle birlikte, taraf ve taraf sıfatı kavramları birbirinden ayrılarak, davayı takip yetkisi kavramı geliştirilmiştir⁴³.

ii. Davayı Takip Yetkisi

Dava takip yetkisi, davanın geçerli bir şekilde açılıp incelenebilmesi için dava açan kimsenin sahip olması gereken yetkiyi ifade etmektedir⁴⁴. Nitekim dava açarak usul hukuku ilişkisinin süjesi haline gelen tarafın, davaya konu edilen hakkı hüküm altına aldırabilme yetkisini haiz olması gerekir⁴⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 53 hükmüne göre, dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnaî durumlar dışında, maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir.

Dava takip yetkisi, dava konusu hak ya da hukukî ilişkinin tarafı olduğunun iddia edilmesiyle doğar⁴⁶. Davacının hakkın bir başkasına ait olduğunu, hukuken yetkili olmadığı ve sırf insanî nedenlerle iddia ettiği hallerde ise, dava takip yetkisinin doğmamış olduğu kabul edilir⁴⁷. Bununla birlikte, hukuk sisteminin bazı hallerde, davacıya başkası adına iddiada bulunma imkânı tanımakta olduğunu belirtmek gerekir. Bu gibi durumlarda, istisnaen, dava takip yetkisinin başkası adına kullanılması söz konusu olur⁴⁸.

⁴² ÖZEKES, s. 29; YILMAZ, s. 186.

⁴³ KARSLI, A., Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 352; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 233; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 245.

⁴⁴ ERİŞİR, s. 71.

⁴⁵ ERİŞİR, s. 71; KARSLI, s. 352; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 245.

⁴⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 245.

⁴⁷ Örneğin, icra ve iflâs hukukunda, alacaklı, borçlunun henüz tapuya tescil ettirmediği bir taşınmazın borçlu adına tescil ettirmek için, icra dairesinden kendisine dava takip yetkisi verilmesini isteyebilir. Bunun gibi, iflas masasını ilgilendiren davalarda, iflas idaresi davayı takip yetkisine sahiptir. Zira iflasın açılması ile birlikte müflisin dava takip yetkisi sona erer. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve başkaca örnekler için bknz. BAŞÖZEN, A., Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005, s. 76 vd; ERİŞİR, s. 75 vd; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 245 vd.

⁴⁸ Alman Hukuku ve İsviçre Hukukunda, dava konusu yapılan hakka yabancı olan ve fakat kanun gereği dava takip yetkisini haiz bulunan üçüncü kişinin davanın tarafı olup olmayacağı konusunu açıklamak için “kanunî dava yetkinliği” kurumu ileri sürülmüştür. Kanunî dava yetkinliği kurumuna göre, dava takip yetkisine sahip olan -resmî kurum ya da davaya yabancı- üçüncü kişi, açacağı davalarda davanın tarafı olur. Bu durumda hükmün kanunî dava yetkinine muzaf olarak verileceği kabul edilmektedir. Ancak bugün Alman Hukukunda ve Türk Hukukunda isabetli olarak benimsenen hâkim fikre göre, dava takip yetkisine sahip üçüncü kişinin açacağı davalarda, taraf rollerinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Buna göre, dava takip yetkisine sahip üçüncü kişi, davayı taraf sıfatını haiz olan asıl taraf adına yü-

Dava takip yetkisinin başkası adına kullanıldığı hallerde, davadaki taraf sıfatında herhangi bir değişiklik olmadığı hususu önemle vurgulanmalıdır⁴⁹.

Dava takip yetkisi ve taraf sıfatı kavramları birbirinden farklılık arz eder. Dava takip yetkisi, temelini tamamen şekli taraf kavramından alan bir kurumdur⁵⁰. Taraf sıfatı ise, tarafın maddî hukuk bakımından niteliği ile ilgilidir. Bu bakımdan, dava takip yetkisi, yargılamanın kim tarafından yürütüleceği sorusunun yanıtı iken; taraf sıfatı, dava süreci sonunda elde edilen maddî hukuka ilişkin sonucu niteler⁵¹.

Dava takip yetkisi dava şartlarından⁵². Bu sebeple, tarafların dava takip yetkisine sahip olup olmadığı mahkemece re'sen dikkate alınır. Taraflar da yargılamanın her aşamasında dava takip yetkisinin bulunmadığını ileri sürebilirler. Mahkemenin dava takip yetkisinin mevcut olmadığını tespit etmesi halinde, davayı kendiliğinden usulden reddetmesi gerekir. Dava takip yetkisi bu bakımdan da taraf sıfatından ayrılmaktadır. Nitekim taraf sıfatı bir dava şartı değildir⁵³.

Dava takip yetkisi ile temsil kavramlarını da birbirlerinden ayırmak gerekir⁵⁴. Üçüncü kişinin dava takip yetkisine sahip olması, onun davanın tarafı haline gelmesi sonucunu doğurmamakla birlikte; asıl tarafın temsilcisi konumunda olması anlamına da gelmez.

Kanunî temsilde, davanın asıl tarafı dava ehliyetinden yoksundur ve bu sebeple kanunî temsilci onun yerine davayı yürütmektedir⁵⁵. Bu sebeple dava takip yetkisini haiz üçüncü kişi, asıl tarafın kanunî temsilcisi değildir. Zira bu durumda asıl tarafın dava ehliyeti mevcut olmasına rağmen, dava takip yetkisi kendisine verilmediği için davayı yürütememektedir⁵⁶.

rütür ve hüküm asıl tarafa muzaf olarak verilir. Bu durumda verilen hüküm yalnızca davanın asıl tarafı bakımından kesin hüküm teşkil eder. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bknz. **ERİŞİR**, s. 80 vd.

⁴⁹ **KARSLI**, s. 354; **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 247.

⁵⁰ **ERİŞİR**, s. 73; **ÖZEKES**, s. 29, 30; **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 247.

⁵¹ **ERİŞİR**, s. 73; **KARSLI**, s. 352; **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, s. 234; **ÖZEKES**, s. 29; **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 248.

⁵² Bu konuda bknz. Aşa. II, B, 2, d, (1), iii.

⁵³ **ERİŞİR**, s. 86.

⁵⁴ **AKINCI**, s. 127; **AYAN**, s. 187, 188; **EREN**, s. 431; **ERİŞİR**, s. 86; **KILIÇOĞLU**, s. 225; **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 262 vd.

⁵⁵ **SUNAR**, 336.

⁵⁶ **AKINCI**, Ş., Borçlar Hukuku Bilgisi, 6. Bası, Konya 2012, s. 127; **AYAN**, s. 188; **EREN**, s. 430 vd; **ERİŞİR**, s. 86; **KILIÇOĞLU**, s. 225; **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 263 vd.

İradî temsilde ise, vekil asıl tarafı davada temsil etmektedir⁵⁷. Bu durumda davanın asıl tarafı, kural olarak hiçbir zorunluluk altında bulunmaksızın, diğer bir ifadeyle iradî olarak, temsilciye kendisini davada temsil etme yetkisi vermektedir. Buna karşın kanundan doğan dava takip yetkisini kullanan üçüncü kişinin asıl taraftan temsil yetkisi almasına gerek yoktur. Nitekim söz konusu halde davanın asıl tarafı, dava takip yetkisinden yoksundur; üçüncü kişiden dava takip yetkisini alarak davasını kendisinin takip etmesi dahi mümkün değildir. Bu suretle, dava takip yetkisinin kural olarak iradî olmadığını belirtmek gerekir⁵⁸. Ancak iradî temsilde asıl taraf, hukukî sürecin her aşamasında temsil yetkisini iradî temsilciden geri alarak, davasını kendisi yürütme imkânına sahiptir.

iii. Taraf Sıfatı

Taraf sıfatı⁵⁹, dava konusu edilen hak ile taraflar arasında bulunan ilişkiyi ifade etmektedir. Davacı taraf için aktif taraf sıfatı, davalı taraf için ise pasif taraf sıfatından söz etmek mümkündür⁶⁰. Taraf ehliyeti⁶¹ ve dava ehliyeti⁶², davanın taraflarının kişilikleri ile ilgili olduğu halde; taraf sıfatı, dava konusu hakka ilişkindir⁶³.

Dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişiler, şeklen o davanın tarafları konumunda bulunurlar⁶⁴. Dava dilekçesinde davacı ve davalı

⁵⁷ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 248.

⁵⁸ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 248.

⁵⁹ Taraf sıfatı uygulamada genel itibarıyla “*husumet*” kavramı ile anılmakla birlikte; husumet kavramının taraf ehliyeti ve dava ehliyeti kavramlarını kapsayan bir anlama sahip olması sebebiyle, husumet kavramı yerine, daha açık ifadeler olan taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve taraf sıfatı kavramlarının kullanılması daha doğru olmaktadır. bkz. BÖRÜ, L., “Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, BATİDER, C. XXVII, S. 31, Ankara 2011, (Sıfat), s. 253 vd; KARSLI, s. 353 vd; KURU, s. 1156 vd; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 234 vd; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, 248 vd.

⁶⁰ ERİŞİR, s. 62; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 248.

⁶¹ Taraf ehliyeti, medenî hukuktaki medenî haklardan yararlanma ehliyetinin medenî usul hukukunda büründüğü şekildir ve davada taraf olma yeteneğini ifade etmektedir. Medenî haklardan yararlanma ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişi, davada taraf ehliyetine sahiptir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERİŞİR, s. 23 vd; KURU, C. I, s. 887 vd; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 218-226; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 239 vd.

⁶² Dava ehliyeti, medenî hukuktaki fiil ehliyetinin medenî usul hukukunda büründüğü şekildir ve kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci aracılığı ile bir davayı takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. Fiil ehliyetine sahip her gerçek ve tüzel kişi dava ehliyetine de sahiptir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, C. I, s. 1026 vd; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 226-233; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 244 vd.

⁶³ KARSLI, s. 353, 354; KURU, C. I, s. 1157; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 234.

⁶⁴ KURU, C. I, s. 1157; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 234.

olarak gösterilen kişiler şeklen o davanın tarafları olsalar da, bu her zaman o kişilerin taraf sıfatına sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Ancak, mahkemenin açılan davanın esası hakkında karar verebilmesi için, şeklen davanın tarafı konumunda bulunan kişilerin gerçek anlamda davacı ve davalı sıfatına sahip olmaları gerekir⁶⁵.

Bir davada taraf olarak gösterilen kişilerin taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisine sahip olmaları, taraf sıfatına da sahip olmalarına sebep olmaz. Açılan davada taraf olarak gösterilen kişilerin taraf sıfatını haiz olmadıklarının tespit edilmesi halinde, davanın sıfat yokluğundan reddedilmesi gerekir⁶⁶. Bu durumda verilen karar, davanın mesmu olmadığına ilişkin bir karar değil, davanın esasına ilişkin bir karar niteliğini taşır⁶⁷.

Bir hakkı dava etme yetkisi, kural olarak o hakkın sahibine aittir⁶⁸. Hakkın sahibi olan kişi, hakka uymakla yükümlü olan kişiyi dava dilekçesinde davalı olarak göstermelidir⁶⁹. Zira ancak hakka uymakla yükümlü olan, diğer bir ifadeyle dava konusu hakkın süjesi konumunda bulunan kişi, açılan davada gerçek anlamda davalı sıfatını kazanabilir.

Taraf sıfatı bir dava şartı değildir⁷⁰. Bir hakkın sahibi ve o hakka uymakla yükümlü olan kişinin belirlenmesi, tamamen maddî hukukun konusunu oluşturmaktadır. Bu sebeple bir kimsenin belli bir davada taraf sıfatına sahip olup olmadığı hususu, usul sorunu olmayıp, dava konusu hakkın özüne ilişkin olan bir maddî hukuk sorunu teşkil eder.

Sıfat yokluğunun, bir def'i değil, davada taraf olarak gösterilen kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olan bir itiraz olduğunu önemle belirtmek gerekir⁷¹. Buna göre hâkim, diğer itirazlar gibi taraf sıfatını da

⁶⁵ KARSILI, s. 354; KURU, C. I, s.1157; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.234; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 248.

⁶⁶ KURU, C. I, s. 1157; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 234.

⁶⁷ Mahkemenin, açılan davayı taraf sıfatının bulunmaması sebebiyle reddetmesi halinde verilen karar esasa ilişkin olduğu için, yalnız o davada taraf olarak gösterilmiş kişiler bakımından kesin hüküm teşkil eder. Bu sebeple, dava konusu hak bakımından gerçek anlamda taraf sıfatına sahip olan kişinin, hakka uymakla yükümlü olduğu için taraf sıfatına sahip olan kişiyi davalı olarak göstererek yeniden bir dava açması halinde, açılan yeni dava kesin hüküm sebebiyle reddedilemez. Bu konuda bkzn. KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 235.

⁶⁸ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 234; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 248 vd.

⁶⁹ KURU, C. I, s. 1157; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 235.

⁷⁰ KARSILI, s. 354; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 235; PEKCANITEZ/ATALAY/ ÖZEKES, s. 249.

⁷¹ BÖRÜ, (Sıfat), s. 254; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 235, 236; PEKCANITEZ/ ATA-

dava dosyasından anlayabildiği sürece kendiliğinden nazara almalıdır. Sıfat yokluğu, dava şartlarının incelenmesinin ardından, diğer itiraz ve def'ilerden önce incelenmelidir⁷². Zira şeklen taraf konumunda bulunan kişilerden birinin taraf sıfatını haiz olmaması halinde, diğer itiraz ve def'ilerin incelenmesine gerek kalmaz⁷³.

iv. Davaya Vekâlet Ehliyeti

Davaya vekâlet ehliyeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 71-83 hükümleri arasında düzenlenmiş olup; anılan hükümlerde açık bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin hükümlerinin davaya vekâlet hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir.

Davaya vekâlet ehliyeti, davanın tarafları dışında üçüncü bir gerçek veya tüzel kişinin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için kanunen sahip olması gereken ehliyeti ifade etmektedir⁷⁴. Bir kimsenin başka bir kimse adına ve hesabına davada usulî işlemler yapabilmesi, aynı zamanda bir dava şartı olan davaya vekâlet ehliyetine sahip olması şartına bağlıdır⁷⁵.

Türk Hukuku'nda, bir davanın takibi için vekil tutulması zorunlu değildir. Bu sebeple, dava ehliyeti olan herkesin davasını kendisinin açması ve takip etmesi mümkündür. Aynı şekilde, dava ehliyeti olan davalı da, davayı kendisi takip edilir. Bu bakımdan, davacı ve davalının davayı vekil aracılığı ile takip etmeleri kendi iradelerine bırakılmış bir husustur. Diğer bir ifadeyle, açılacak veya hâlihazırda açılmış olan bir davanın taraflarının davayı vekil aracılığıyla takip etmeleri zorunlu değil, kural olarak ihtiyarîdir.

v. Değerlendirme

Türk Ticaret Kanunu ile acenteye tanınan müvekkili davada temsil etme yetkisinin hangi usul hukuku kurumu çerçevesinde değerlendirileceğinin

LAY/ ÖZEKES, s. 249.

⁷² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 235.

⁷³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 235.

⁷⁴ BÖRÜ, L., Medenî Usulî Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, (Vekâlet), s. 22 vd; KARSLI, s. 372 vd; KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Baskı, İstanbul 2001, (C. II), s. 1224 vd KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 238 vd; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 263.

⁷⁵ Bir kimsenin davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmesi için maddî hukuk bakımından gerekli olan şartlar, kişinin ayırt etme gücünün olması, başkası adına hareket etmesi ve temsil yetkisinin (vekâletinin) olması iken; usul hukuku bakımından gerekli olan şartları kişinin fiil ehliyetine sahip bulunması, davanın tarafları dışından üçüncü bir kişi olması, kanunda belirtilen kişilerden olması ve kural olarak baro levhasına kayıtlı olması şeklinde sıralamak mümkündür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkzn. BÖRÜ, Vekâlet, s. 27 vd.

sağlıklı bir şekilde belirlenmesi, söz konusu yetkinin kapsamı ve doğuracağı sonuçlar bakımından son derece önemlidir.

Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmünün acentenin “*müvekkili adına*” davada yer alacağını açık bir şekilde düzenlediği görülmektedir. Bu sebeple, acente tarafından müvekkili adına açılan davada davanın tarafı acente değil, bizzat müvekkildir. Her ne kadar günümüz usul hukukunda benimsenen şekli taraf kavramı, hakkın gerçek sahibi olup olmadığı önem taşımaksızın dava dilekçesinde gösterilen kişinin taraf olduğunu kabul ediyor olsa da; acentenin aracılık ettiği veya yaptığı sözleşmeden doğan hak sahibi ve borçlu sıfatı müşteri ve müvekkile ait olduğu için, sözleşme sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlık sebebiyle açılan davada taraf sıfatının sahibi de müvekkildir⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, Türk Ticaret Kanunu’nda acenteye müvekkilini davada temsil etme yetkisinin tanınmış olması, taraf sıfatının da acenteye hasredildiği anlamına gelmemektedir⁷⁷. Bu sebeple, acente kendisini dava dilekçesinde davacı olarak göstererek şeklen davanın tarafı halinde gelse de; davanın taraf sıfatı yokluğu sebebiyle esastan reddi gerekir⁷⁸.

Davanın tarafı olmayan acentenin müvekkilini davada temsil etme yetkisi, niteliği itibarıyla dava takip yetkisi kapsamında da değerlendirilemez⁷⁹. Zira bu durumda, müvekkilin davayı acente aracılığıyla takip etmesi yönünde kanunen getirilmiş bir zorunluluk bulunmamaktadır⁸⁰. Söz konusu halde müvekkil davayı ister acente aracılığıyla; isterse kendisi veya başka bir iradî temsilci vasıtasıyla takip edebilir. Müvekkilin hukukî sürecin herhangi bir aşamasında acentenin temsil yetkisine son vermesi de mümkündür⁸¹.

⁷⁶ ARKAN, s. 216; ALTAY, s. 226.

⁷⁷ Bu yönde bkznz. “... *Esasen TTK’nun 119. maddesi uyarınca acente sıfatıyla dava açılrsa dahi hükmün yüklenici şirket C.A. Greiner hakkında kurulması zorunludur. Acenteden tahsil kararı verilmesi yasaya aykırıdır. Kaldı ki sözleşmenin tarafı C.A. Greiner davada yer almış olmakla diğer davalı Alp Chemical’ın davada davalı olarak gösterilmesine gerek olmadığından hakkındaki davanın husumetten reddi yerine tahsil kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...*” Yargıtay 15. HD, 26.03.2007 T., 2005/ 7611 E., 2007/ 1871 K. sayılı Kararı; Yargıtay 11. HD, 25.01.2007 T., 2005/ 13715 E., 2007/ 789 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukukturk.com/> (Erişim Tarihi: 07.12.2012)).

⁷⁸ Ancak bu noktada, dava konusu sözleşmenin acente tarafından müvekkili adına yapılmış olması önem taşımaktadır. Acente, sözleşmede taraf olarak kendisini göstermiş ve örneğin faturaları da kendi adına düzenlemişse, sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği hak sahibi bizzat kendisi olacaktır. Bu durumda da hakkın sahibi müvekkil değil acente olduğu için, müvekkil aleyhine dava açılması halinde, davanın sıfat yokluğundan reddi gerekir. ERİŞİR, s. 88.

⁷⁹ ERİŞİR, s. 87.

⁸⁰ ERİŞİR, s. 87.

⁸¹ Bu konuda bkznz. Aşa. II, B, 2, d, (5).

Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmünde acentenin müvekkili adına davada yer alabileceğinin belirtilmesi, acentenin davada müvekkilinin temsilcisi (vekili) sıfatıyla hareket edeceği anlamına gelmektedir⁸². Acenteye tanınan temsil yükümlülüğü ve yetkisi davaya vekâlet olarak nitelendirilmelidir⁸³. Acente, müvekkilini davada temsil ederken kanundan kaynaklanan vekâlet ehliyetini kullanmaktadır⁸⁴. Acentenin vekâlet ehliyeti, dava şartı niteliğini taşır.

Acentenin vekâlet ehliyetinin iki unsuru bulunmaktadır⁸⁵. Bu unsurlardan ilki, müvekkiline izafeten davayı açan veya davanın yöneltildiği kimsenin acente sıfatını taşımasıdır. İkinci unsur ise, acentenin Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra I hükmü gereğince uyuşmazlığa yol açan sözleşmeye aracılık etmiş veya müvekkilinin temsilcisi sıfatıyla sözleşmeyi yapmış olmasıdır⁸⁶. Maddî hukuka ilişkin olan bu iki unsurun, usul hukuku anlamında sığmadığı, davaya vekâlet ehliyetine işaret ettiği ortadadır. Zira söz konusu unsurlar, acentenin açılan davada müvekkiline vekâlet edip edemeyeceğini belirlemektedir.

Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesinin ilk iki fıkrasına göre, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir ve baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler. Bu bağlamda, Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmüyle acenteye verilen müvekkili davada temsil etme yetkisinin, Avukatlık Kanunu madde 35 hükmü bakımından önemli bir istisna teşkil etmekte olduğunu söylemek mümkündür⁸⁷.

⁸² ALTAY, s. 228; ERİŞİR, s. 87; TÜRKEL, s. 1108.

⁸³ ALTAY, s. 228; ERİŞİR, s. 87; TÜRKEL, s. 1108.

⁸⁴ ALTAY, s. 229; TÜRKEL, s. 1108; Bu noktada hukukumuzda “ehliyet” kavramı ile “yetki” kavramının aynı anlamda kullanılmamakta olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Örneğin, iflas eden bir kimsenin iflas masasına giren malları üzerinde tasarruf ehliyeti var iken, iflas ile birlikte bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkmaktadır. Nitekim iflas masasının da söz konusu mallar üzerinde tasarruf ehliyeti yok iken, tasarruf yetkisi mevcuttur; BAŞÖZEN, s. 76 vd; KARSILI, s. 352; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 233; PEKCANİ-TEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 247.

⁸⁵ ALTAY, s. 230.

⁸⁶ ALTAY, s. 230.

⁸⁷ BÖRÜ, Vekâlet, s. 122.

(2) Müvekkile İzafeten Yürütülen Davalarda Acentenin Yapabileceği İşlemlerin Belirlenmesi

Acente müvekkile izafeten yürüttüğü davalarda vekil konumunda bulunacağı için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 73'üncü maddesi gereğince, kanunda özel yetki verilmesi gereken haller saklı kalmak kaydıyla, hüküm kesinleşinceye kadar davanın takibi için gerekli olan bütün işlemleri yapmaya yetkili olmaktadır. Buna göre acente dava ve karşı dava açabilir, dava ile ilgili her türlü iddia ve savunmada bulunabilir, dilekçe verebilir, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespiti isteyebilir, duruşmalarda bulunabilir, delil gösterebilir ve hüküm konusunu tahsil etmek⁸⁸ gibi işlemleri gerçekleştirebilir⁸⁹. Bunun gibi, acentenin davayı kısmen ıslah etmesi, belli bir vakıyı ikrar edebilmesi veya dava sonunda verilen hükmü icraya koyabilmesi için kendisine özel olarak yetki verilmesine gerek yoktur⁹⁰. Acentenin temsil yetkisi, kendisine özel yetki verilmesini gerektiren haller saklı kalmak kaydıyla, davanın takibi için gerekli olan maddî hukuk işlemlerini de kapsar⁹¹. Tadadî olarak saydığımız tüm bu işlemlerin davanın diğer tarafınca acenteye karşı yapılması da mümkündür.

Acentenin davaya vekâlet ehliyetinin kanunî kapsamını daraltan bütün kayıtlar, davanın diğer tarafı bakımından geçerli olmamaktadır. Ancak yapılan sınırlamaların, acente ile müvekkil arasında bulunan iç ilişki bakımından geçerli olacağını belirtmek gerekir⁹².

Davaya vekil sıfatıyla katılan acentenin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74 hükmü gereğince vekilin de ancak özel yetkiyle yapabileceği işlemleri kendisine özel yetki verilmeksizin yapamayacağını belirtmek gerekir⁹³. Buna göre açıkça yetki verilmemiş ise acente; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma

⁸⁸ HUMK md. 63 hükmünde vekilin hüküm konusunu tahsil etmesi (ahz-u kabz) için özel yetki verilmesi aranırken; HMK md. 74 hükmünde bunun için vekile özel yetki verilmesi aranmamıştır. Bu konuda bkz. **KARSLI**, s. 373, 374.

⁸⁹ **KARSLI**, s. 373; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 249.

⁹⁰ **KARSLI**, s. 373; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 249.

⁹¹ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 249.

⁹² **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 249.

⁹³ **ARKAN**, s. 215; **BÖRÜ**, Vekâlet, s. 122;

yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz⁹⁴, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.

Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmünde, acentenin müvekkili adına dava açabileceği veya kendisine karşı aynı sıfatla dava açılabileceği kabul edilmektedir. Ancak, acenteye verilen temsil yetkisinin sadece davalar bakımından değil, icra takipleri ve icra işlemleri bakımından da uygulama alanı bulması gerekmektedir⁹⁵. Zira maddî ve şeklî anlamda kesin hüküm ile sonuçlanabilecek bir hukukî süreç olan davalarda acentelere müvekkili temsil etme yetkisi verilirken; özellikle davanın devamı niteliği taşıyan ilamlı icra takibi ve diğer icra işlemlerinin acente tarafından yapılamayacağını kabul etmek yerinde olmayacaktır⁹⁶.

(3) Müvekkile İzafeten Yürütülen Davalarda Dava Sonuçlarının Müvekkil Üzerine Doğması

Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmüyle acenteye müvekkilini davada temsil etme yetkisi verilmiş olmasının, acenteye taraf sıfatını değil, davaya vekâlet ehliyeti kazandırdığını yukarıda belirtmiştik.

Acente tarafından müvekkile izafeten yürütülen davalarda taraf sıfatı, hak sahibi veya hakka uymakla yükümlü kişi olan müvekkile ait olmaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak, dava sonunda verilen hükmün hukukî sonuçları müvekkil üzerinde doğmaktadır. Diğer bir ifadeyle, acentenin davada vekil sıfatıyla yer alması, dava sonuçlarının kendi hukukî durumunu etkilememesini sağlamaktadır.

⁹⁴ Doktrinde, alternatif çözüm yollarında sonuçta varılan kararın dahi bağlayıcı olmaması sebebiyle vekile özel yetki verilmesinin aranması eleştirilmektedir. Bu yönde bkz. **KARSLI**, s. 373.

⁹⁵ Bu yönde bkz. “...Takibe konu İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 20,9.2005 tarih ve 2002/563E. - 2005/542K. sayılı kararında S.W. International Co. Ltd'ye izafeten acente M. Hava Deniz Kargo Tas. ve Turizm İşlt. Ltd. şti. hakkında bu kurala uygun olarak dava açılmış ve karar alınmıştır. Bu durumda ilamda belirtilen asıl borçlu şirkete karşı takip yapıp icra emri çıkartılabileceği gibi şikâyetçi acenteye de asıl borçluya izafeten takip yapıp icra emri çıkartılabilir...”, Yargıtay 12. HD., 06.11.2008 T., 2008/ 15858 E., 2008/ 19443 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukukturk.com/> (Erişim Tarihi: 07.12.2012)); **ALTAY**, s. 241.

⁹⁶ **ALTAY**, s. 241.

Acentenin müvekkile izafeten yürüttüğü davalarda, dava sonunda verilen hükmün sonuçlarının kimin üzerine doğacağına ilişkin olarak verilen Yargıtay kararlarının zaman içinde geçirdiği gelişim dikkat çekmektedir.

Yargıtay'ın önceleri, acentenin müvekkile izafeten açtığı davada hukukî konumu doğru yorumlayarak dava sonuçlarının müvekkil üzerine doğacağı yönünde kararlar vermiş olduğu görülmektedir⁹⁷. Ancak Yargıtay daha sonra bir süre taraf sıfatının acenteye ait olduğu yönünde içtihat oluşturmuştur⁹⁸.

Bu dönemde Yargıtay'ın söz konusu içtihatları doktrinde, acentenin müvekkil ile müşteri arasında bulunan sözleşmeden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlık sonucu açılan davada “müvekkiline izafeten” yer aldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹⁹.

Sonunda Yargıtay, acentenin davada müvekkiline izafeten yer aldığını ve yargılama sonucunda mahkeme ilâmının sonuçlarını doğrudan doğruya müvekkilin malvarlığı üzerinde doğuracağını yerleşik içtihat haline getirmiştir¹⁰⁰.

⁹⁷ Bu yönde bkzn. “...Yukarıda açılanan maddeden de anlaşılacağı üzere acentanın sorumluluğu aynen bir vekilin sorumluluğu gibi olup borçtan şahsi sorumluluğu doğmaz. Dairemizin süregelen içtihatlarında ve Hukuk Genel Kurulu ‘nun 08.10.1997 tarih 1997/12-517 Esas, 1997/776 Karar sayılı kararında da açıklandığı üzere “ilamların infaz edilecek kısmı hükmün bölümüdür. Hükmün içeriğinin aynen infazı zorunludur. İcra mahkemesince ilamın infaz edilecek kısmı yorum yolu ile belirlenemez” yönündeki kural istisnasız olarak uygulanmakta ise de; bu kural, genel nitelikte olup, takip dayanağı ilamda yer alan asıl borçluya izafeten acentanın sorumluluğu (aynen bir vekilin sorumluluğu gibi olduğundan) ile örtüşmediğinden takip alacaklısının vekil acentanın şahsi mallarına yönelik haciz talimatının iptaline ilişkin icra mahkemesi kararı yerindedir...””, Yargıtay 12. HD., 07.06.2005 T., 2005/ 10519 E., 2005/ 12250 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukukturk.com/> (Erişim Tarihi: 07.12.2012)); “...Davalı donatan olmayıp, geminin acentasıdır. Ancak TTK. nun 119. maddesi gereğince hasarları tanzim ile mükellef olmadığından kendisine husumet teveccüh etmez...””, Yargıtay Ticaret Dairesi, 11.09.1962 T., 68/ 896 E., 3102 K. sayılı Kararı; “...Yaptığı işlerden dolayı müvekkiline izafetle acenta aleyhine dava açılabilirse de karar müvekkil hakkında verilmez. Bu nedenle istenilen meblağın acentadan tahsiline karar verilmesi doğru değildir...””, Yargıtay 11. HD 09.02.1976 T., 1976/ 562 E., 1976/ 462 K. sayılı Kararı, **KALPSÜZ**, s. 9.

⁹⁸ Bu yönde bkzn. “...Davalı cevabında, müvekkilin davalı acentanın acentası olmadığını sadece tahliye işleminde temsil ettiğini ileri sürerek husumet itirazında bulunmuş, ayrıca, malın liman idaresi tarafından tahliyesi sırasında oluşan hasarından müvekkilinin sorumlu tutulamayacağını savunmuştur. Mahkemece toplanan delillere ve alınan bilirkişi raporuna dayanılarak davalının acenta olduğu görüşüyle husumet itirazı reddolunmuş ve davanın aynen kabulüne karar verilmiştir... davalı vekilinin yerinde görülme ve aşağıdaki bent dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir”, Yargıtay 11. HD 08.06.1982 T., 1982/ 2235 E., 1982/ 2756 K. sayılı Kararı; “Müvekkiline izafeten acenta aleyhine tahsil kararı verilmesi olanaklıdır”, Yargıtay 11. HD 24.02.1984 T., 1984/ 863 E., 1984/ 994 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukukturk.com/> (Erişim Tarihi: 08.03.2012)).

⁹⁹ Bu yönde bkzn. **KALPSÜZ**, s. 9 vd.

¹⁰⁰ Bu yönde bkzn. “...Acenta, yasa hükmünden doğan temsil yetkisini kullanan bir kurum duru-

Bu noktada Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra III hükmüyle, müvekkile karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınacak kararların acente hakkında uygulanamayacağını açıkça öngörüldüğünü; bu suretle acentenin hukukî konumunun, hukuk güvenliği ilkesi çerçevesinde ayrıca güvence altına alındığını belirtmek gerekir¹⁰¹.

(4) Müvekkile İzafeten Yürütülen Davalarda Acente ve Müvekkilin Birlikte Yer Almaları

Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmü uyarınca açılan davada müvekkilin taraf, acentenin ise vekil sıfatına sahip olduğu doktrin ve yargı içtihatlarında kabul edilse de; uygulamada müşterilerin açtığı bazı davalarda, davanın hem müvekkil hem de acenteye yöneltilmekte olduğu görülmektedir¹⁰². Böyle hallerde davanın, acente bakımından sıfat yokluğu gerekçesiyle reddedilmesi gerekir¹⁰³. Müvekkil ve acentenin ayrı ayrı davalarda taraf gösterilmesi halinde de, acenteye yöneltilen dava taraf sıfatı yokluğundan reddedilmelidir¹⁰⁴.

Acentenin müşteriye karşı müvekkile birlikte müteselsil olarak sorumlu olduğu durumlar, acentenin taraf sıfatının bulunmamasının istisnasını

munda bulunduğundan, aracılık etikleri sözleşmelerden doğan hak ve borçlar müvekkile ait olacağı gibi, bu sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda acenta sıfatıyla müvekkilleri namına açtıkları davalarda acenta hakkında değil, müvekkil hakkında karar verilmelidir...”, Yargıtay HGK 14.02.1986 T., 1984/ 11-582 E., 1986/ 135 K. sayılı Kararı; “*Taahhüdün acentasına karşı ancak taşıyana izafeten dava açılabilir ve hüküm taşıyandan tahsil edilebilir*”; Yargıtay 11. HD 22.01.1991 T., 1989/ 5340 E., 1991/ 89 K. sayılı Kararı; “*Acentaya vekil sıfatıyla ilam hükmünün icrası için icra emri çıkarılması yerinde ise de, borcun tahsiline yönelik olarak acentanın malları üzerinde doğrudan haciz uygulanamaz*”, Yargıtay 12. HD, 13.05.2008 T., 2008/ 7474 E., 2008/ 10222 K. sayılı Kararı; Yargıtay 11. HD 25.01.1991 T., 1989/ 8244 E., 1991/ 219 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukukturk.com/> (Erişim Tarihi: 08.03.2012)).

¹⁰¹ Bu yönde bkz. “*...Davacı, T.T.K. ’nun 117/3. maddesi hükmü uyarınca, davalı şirketin İstanbul Bürosu’nun, acenta olarak davada davalıyı temsile yetkili olduğunu ve dolayısıyla ona dava dilekçesinin tebliği ile savunmasını bildirebilmesi için davanın yargılamasına davet olunabileceğini ve bu işlemlerle davada taraftaşkilinin sağlanmış olacağını iddia etmektedir (HUMK madde 73). Gerçekten de, T.T.K. ’nun 117/3. maddesi gereğince; Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı bir ticari işletme adına geçici de olsa yurt içinde işlem yapanlar hakkında “acentelik” hükümleri uygulanır. Bu yasal nedenle, yurt dışındaki yabancı şirkete izafeten yurt içinde işlem yapana karşı dava açılması olanaklıdır. Ancak, bu davada temsilci aleyhine değil, esas sözleşmede taraf olan firma aleyhine hüküm verilebilir...*”, Yargıtay 15. HD., 09.02.2005 T., 2004/ 3652 E., 2005/ 634 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukukturk.com/> (Erişim Tarihi: 07.12.2012)).

¹⁰² ALTAY, s. 233, 234.

¹⁰³ ALTAY, s. 234.

¹⁰⁴ ALTAY, s. 234.

oluşturur¹⁰⁵. Bu bakımdan, müvekkille birlikte acentenin de taraf gösterildiği davalarda mahkemenin, acentenin konumunu doğru bir şekilde belirlemesi gerekir.

Mahkeme, taraf sıfatının kime ait olduğunu belirlerken, maddî hukuka ilişkin olan ve müşteri ile müvekkil arasında bulunan sözleşmedeki hükümleri; vekâlet ehliyetinin acente olarak gösterilen kimseye ait olup olmadığını belirlerken ise, vekâlet ehliyetine ilişkin unsurların bulunup bulunmadığını incelemelidir¹⁰⁶. Söz konusu inceleme faaliyetleri, birbirinden ayrı olmakla birlikte, birbirleriyle yakından ilişkilidir¹⁰⁷.

Acentelik sözleşmesinin niteliği gereği, acente kural olarak sadece müvekkilinin aracısı olmaya veya müvekkili namına sözleşme yapmaya yetkilendirilmekte; ancak herhangi bir şahsî sorumluluk üstlenmemektedir¹⁰⁸. Bu sebeple, müvekkille birlikte acenteye de yöneltilen davada, acentenin taraf sıfatına sahip olup olmadığının incelenebilmesi için, itiraz niteliğinde olan sıfat yokluğunun taraflarca ileri sürülmesi ya da dava dosyasından sıfatın varlığı veya yokluğunun açıkça anlaşılması gerekmektedir.

Mahkemenin, şeklen davanın tarafı olarak gözüken acentenin gerçek anlamda taraf sıfatına sahip olup olmadığını tespit etmek için yürüttüğü

¹⁰⁵ ALTAY, s. 234; Acentenin müvekkille birlikte müşteriye karşı sorumlu olacağı durumlara örnek olarak, acentenin borca katılması gösterilebilir. Bununla birlikte, TKHK'da acentenin müvekkille birlikte müteselsil sorumlu olacağı durumlara ilişkin biden fazla hüküm bulunmaktadır. Örneğin, TKHK md. 4/ f. III hükmünün ilk cümlesine göre, "imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur". TKHK'nın garanti belgesini düzenlemekte olan 13'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre de, "Tüketicinin onarım hakkını kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hallerinde, 4 üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı bu talebi reddedemez. Tüketicinin bu talebinin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur."

¹⁰⁶ Bu yönde bkzn. "...TTK.'nın 119. maddesi uyarınca "Acente, aracılıkta bulunduğu veya akdettiği mukavelelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili namına yapmaya ve bunları kabule salahiyetlidir. Bu gibi mukavelelerden çıkacak ihtilaflardan dolayı acente müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir." Somut olayda, üzerinde "M. Kargo" logosu bulunan araçların anılan firmayla olan bağlantısına güvenilerek akaryakıt verildiği iddiasının bulunması, delil olarak sunulan satış fişlerinde firma olarak MNG Kargo şirketinin yazılı olması ve anılan yasa hükmü gözetildiğinde davalı şirkete husumet yönelttilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır... ", Yargıtay HGK., 01.06.2011 T., 2011/ 207 E., 2011/ 381 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukukturk.com/> (Erişim Tarihi: 07.12.2012)).

¹⁰⁷ ALTAY, s. 234.

¹⁰⁸ ALTAY, s. 234.

inceleme faaliyeti; acentenin müvekkil ile müşteri arasındaki sözleşmeden dolayı müvekkille birlikte müteselsilen sorumlu olup olmadığının değerlendirilmesini de kapsamaktadır¹⁰⁹.

(5) Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etme Yetkisinin Mutlak Olup Olmadığının Belirlenmesi

Müvekkil ve müşteri arasında bulunan sözleşmeden doğan uyushmalıklar sebebiyle açılacak davalarda¹¹⁰, müvekkil acenteyi kendisine zafeten müşteriye karşı dava açmaya yöneltmek zorunda değildir¹¹¹. Böyle bir durumda, müvekkilin müşteriye karşı açılacak davayı kendisinin bizzat ikame etmesi mümkündür¹¹².

Müşterinin müvekkile karşı açtığı davalarda da müvekkil, acentenin kendisini temsilen davada yer alması yerine, davada bizzat yer almayı tercih edebilir veya davayı kendisinin seçeceği bir avukat marifetiyle yürütebilir.

Acentenin müvekkile izafeten yürüttüğü davalarda, müvekkilin dava açıldıktan sonra davayı bizzat yürütmesine veya davanın seçeceği bir vekil tarafından yürütülmesine imkân vermesine de herhangi bir engel bulunmamaktadır¹¹³.

Acentenin müvekkili davada temsil etme yetkisinin mutlak olmadığını kabul etmemizin sebebi, müvekkilin maddî hukuk anlamında hak sahibi, usul hukuku anlamında ise asil konumunda bulunmasıdır¹¹⁴. Bu durumda müvekkil, davada kendisini kimin temsil edeceğini belirlemek konusunda serbesttir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmüne eklenen “... yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir” cümlesinin mevhum-u muhalifinden de, yabancı olmayan müvekkili temsil eden acentenin, müvekkilini davada

¹⁰⁹ ALTAY, s. 234.

¹¹⁰ Bu noktada, müvekkilin işlediği haksız fiil sebebiyle açılan bir davada acentenin müvekkilini temsil etme yetkisinin bulunmayacağını belirtmek gerekir. Bu yönde bkzn. “...İlke olarak, TTK.nun 119/2. maddesi uyarınca, acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğan uyushmazlıklar nedeniyle müvekkili adına dava açabilir veya acenteye karşı dava açılabilir. Şayet müvekkil aleyhine dava, işlemiş olduğu haksız fiil nedeniyle açılmışsa, bu durumda, acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesi mümkün değildir...”, Yargıtay 11. HD., 27.02.2006 T., 2005/ 2013 E., 2006/ 1952 K. sayılı Kararı, (<http://www.hukukturk.com/> (Erişim Tarihi: 07.12.2012)).

¹¹¹ ALTAY, s. 235.

¹¹² ALTAY, s. 235.

¹¹³ ALTAY, s. 240, 241.

¹¹⁴ ALTAY, s. 235.

temsil etme yetkisinin ortadan kaldırılabilirliğinin kanunen kabul edildiği çıkarılmaktadır. Böyle bir durumda acentenin temsil yetkisi, hem aktif vekâlet ehliyeti hem de pasif vekâlet ehliyeti bakımından ortada kaldırılabilir¹¹⁵.

Müvekkile aralarında bulunan sözleşme sebebiyle dava açmak isteyen müşterinin de, davasını müvekkile izafeten acenteye yöneltip yöneltmemek konusunda serbest olduğunu belirtmek gerekir¹¹⁶. Müşterinin davayı doğrudan doğruya müvekkile yöneltmesi mümkündür. Ancak bu noktada, müşterinin davayı yöneltmek istediği müvekkilin yurtdışında bulunması ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹¹⁷.

Anılan ihtimalin gerçekleştiği hallerde, müşteri davasını müvekkile izafeten acenteye karşı Türk Mahkemelerinde açarak, dava sonunda verilen kararı tenfiz ettirmek imkânına sahip olabilmektedir¹¹⁸. Zira bu durumda önemli olan, müşterinin davayı acente hakkında yetki kurallarının elverdiği mahkemede açabilmesidir. Dava müvekkile izafeten acenteye açılrsa da, taraf sıfatı müvekkile ait kalacağından, davanın karşı tarafı olan müşterinin hukukî konumunda herhangi bir değişiklik yaratılmış olmayacaktır¹¹⁹.

(6) Acentenin Yetkisizliğinin ve Temsil Yetkisinin Sona Ermesinin Davaya Vekâlet Ehliyetine Etkileri

i. Acentenin Yetkisizliğinin Davaya Vekâlet Ehliyetine Etkileri

Sözleşme yapmaya yetkisi olmadığı halde müvekkili namına sözleşme yapan veya mevcut yetkisini aşmak¹²⁰ suretiyle müşteriyle sözleşme akdeden acentenin, söz konusu sözleşme sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlık bakımından vekâlet ehliyetinin bulunup bulunmayacağı tespiti gereken bir konudur. Türk Ticaret Kanunu'nda, yetkisizliğin davaya vekâlet ehliyeti bakımından etkilerinin düzenlenmemiş olduğu görülmektedir.

Yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yetkisiz acentenin hukukî konumuna ilişkin 122'nci maddesi ile hâlihazırda yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun aynı konudaki 108'inci maddesi arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır.

¹¹⁵ ALTAY, s. 236.

¹¹⁶ ALTAY, s. 238.

¹¹⁷ ALTAY, s. 238.

¹¹⁸ ALTAY, s. 238.

¹¹⁹ ALTAY, s. 238.

¹²⁰ Acentenin yetkisizliği ve yetkisini aşması konuları hakkında bkz. POROY/ YASAMAN, s. 249.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 122’nci maddesine göre, “*Acente, salahiyyetli olmaksızın veya salahiyyeti sınırlarını aşarak müvekkili namına bir mukavele yaparsa müvekkili mukavelenin akdini haber alır almaz üçüncü şahsa, akde icazet vermediğini derhal bildirmediği takdirde, icazet vermiş sayılır. İcazet verilmediği halde acente akitten bizzat mesul olur*”.

Anılan hüküm, yetkisiz acentenin kendisi namına işlem yaptığını öğrenen müvekkile sözleşmeye icazet vermediğini hemen bildirme yükümlülüğü getirerek, aksi halde müvekkili sözleşme ile bağlı kılmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 108’inci maddesi ise, “*Acente, yetkisi olmaksızın veya yetki sınırlarını aşarak, müvekkili adına bir sözleşme yaparsa müvekkil bunu haber alır almaz icazet verebilir; vermediği takdirde acente sözleşmeden kendisi sorumlu olur*” hükmünü içermektedir.

Söz konusu hükmün, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 122 hükmüne kapsamlı bir değişiklik getirdiği ortadadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 108 hükmü ile Türk Borçlar Kanunu’nun yetkisiz temsile ilişkin madde 46 ve 47 hükümleri arasında paralellik sağlanmıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 108 hükmü gereğince, acentenin yetkisi olmaksızın veya yetkisini aşarak müvekkili adına sözleşme yapması halinde müvekkil, sözleşme yapıldığını haber alır almaz derhal¹²¹ üçüncü kişiye sözleşmeye icazet verdiğini bildirmelidir. Aksi halde müvekkil, sözleşmeye icazet vermemiş sayılır ve acente sözleşme ile bağlı hale gelir.

Yetkisini aşarak veya yetkisiz biçimde sözleşme yapan acentenin usul hukukun bakımından vekâlet ehliyetinin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için, öncelikle hak sahipliği dolayısıyla taraf sıfatının kime ait olduğunun belirlenmesi gerekir¹²². Mahkemece yapılan inceleme sonucunda müvekkilin sözleşme ile bağlı olduğunun tespit edilmesi halinde taraf sıfatı müvekkile; aksi halde acenteye ait olacaktır¹²³.

Taraf sıfatının müvekkile ait olduğu durumlarda acente davaya vekâlet edecek ve bu durumda davanın sonuçları müvekkil üzerine doğacaktır¹²⁴.

¹²¹ Müvekkilin yapılan sözleşmeye icazet verdiğini üçüncü kişiye derhal bildirip bildirmediği tespit olunurken, müvekkilin kararını vermeden önce düşünebileceği makul süre dikkate alınmalıdır. Bu makul süre içinde müvekkilin, yapılan sözleşmenin koşulları ve müşterinin ödeme gücü konusunda gerekli araştırmaları yaparak kararını vermesi gerekir. Konu ile ilgili bkz. **ARKAN**, s. 214.

¹²² **ALTAY**, s. 259.

¹²³ **ALTAY**, s. 259.

¹²⁴ **ALTAY**, s. 259.

Buna karşılık mahkeme, yetkisini aşan veya yetkisiz olan acente tarafından yapılan sözleşmeye müvekkilin taraf olmadığına kanaat getirirse, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 108 hükmü gereği acentenin sözleşmeden bizzat sorumluluğu doğacak ve bu nedenle taraf sıfatı da doğrudan doğruya acenteye ait olacaktır¹²⁵. Böyle bir durumda müvekkilin dava ile herhangi bir ilgisi bulunmayacağı için, dava sonunda verilen kesin hükmün sonuçları, sözleşmeden sorumlu olması sebebiyle taraf sıfatını haiz olan acentenin malvarlığı üzerinde doğacaktır.

ii. Acentenin Temsil Yetkisinin Sona Ermesinin Davaya Vekâlet Ehliyetine Etkileri

(i) Genel olarak

Acentenin temsil yetkisinin sona ermesi, her durumda, acentenin müvekkile izafeten davada yer almasına engel olur mu? Bu soruya cevap verebilmek için, temsil yetkisinin sonra ermesinin davaya vekâlet ehliyetine etkileri incelenmeden önce, acentenin temsil yetkisini sona erdiren nedenlerin incelenmesi yerinde olacaktır.

Acentenin temsil yetkisinin sona ermesi, temsil yetkisinin geri alınması, temsil yetkisinin sınırlandırılması ve acentelik sözleşmesinin sona ermesi olmak üzere üç şekilde gerçekleşir¹²⁶.

(ii) Acentenin temsil yetkisinin geri alınması

Türk Ticaret Kanunu'nda acentenin temsil yetkisinin geri alınması konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, acentenin temsil yetkisinin geri alınıp alınamayacağının tespit edilebilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun temsil ile ilgili genel hükümlerine bakmak gerekecektir¹²⁷.

¹²⁵ ALTAY, s. 259.

¹²⁶ DANIŞ AKKAN, s. 100 vd.

¹²⁷ Doktrinde bir görüş, müvekkilin acenteye verdiği temsil yetkisini her zaman kaldıramayacağından bahisle, acentelik ilişkisinde EBK md. 34 (TBK md. 40) hükmünün uygulanamayacağını kabul etmektedir. Zira acentelik ilişkisi, müvekkil ile acente arasında kurulan acentelik sözleşmesine dayanmaktadır ve acentelik sözleşmesinin sona erme halleri ETK md. 133 (TTK md. 121) hükmünde sayılmıştır. Buna göre müvekkil nasıl ki acentelik sözleşmesini dilediği zaman sona erdiremiyorsa, acenteye verdiği temsil yetkisini de dilediği zaman geri alamayacaktır. Bu konuda bkz. KAYIHAN, s. 163 vd. Söz konusu görüşe, temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi gereğince katılmak mümkün değildir. Zira temel ilişki yalnızca temsil yetkisinin sebebini oluşturur. Diğer bir ifadeyle temsil yetkisi temel ilişkiden bağımsızdır. Bunun gibi, acentenin temsil yetkisinin sona ermesi, acentelik sözleşmesinin de sona ereceği anlamına gelmez. TTK'da acenteye tanınan temsil yetkisinin geri alınması konusunda özel bir düzenleme bulunmadığı için, TBK'da bulunan temsile ilişkin hükümlerin uygulanması ge-

Türk Borçlar Kanunu'nun 40'ıncı maddesi, “Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar. Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur. Diğer durumlarda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır” hükmünü içermektedir. Söz konusu hüküm gereğince müvekkilin acenteye verdiği temsil yetkisini (sözleşme yapma yetkisi), her zaman geri alması mümkündür¹²⁸. Müvekkilin temsil yetkisini geri alması, acentelik sözleşmesinin varlığını etkilemez. Zira temsil yetkisinin soyutluğu ilkesine göre, temsil yetkisi temel bir ilişkiye dayansa da, bu temel ilişkiden bağımsız bir niteliğe sahiptir¹²⁹.

(iii) Acentenin temsil yetkisinin sınırlandırılması

Acentenin temsil yetkisinin sınırlandırılması da, temsil yetkisinin geri alınmasında olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu madde 40 hükmü gereği her zaman mümkün olabilir.

Türk Borçlar Kanunu madde 40, fıkra I hükmüne göre, müvekkil tarafından temsilcinin temsil yetkisinin kısmen ya da tamamen geri alınması işlemi, tek taraflı, varması gereken bir irade beyanı ile gerçekleşir. Bu sebeple, müvekkilin temsil yetkisinin sınırlandırılması ya da geri alınması yönündeki irade beyanı acenteye ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Acentenin sözleşme yapma yetkisi iki şekilde sınırlandırılabilir. Buna göre, müvekkil acenteye yetki verdiği ilk anda bu yetkiyi sınırlandırarak verebilir ya da önce tam yetki vererek bir süre sonra verdiği bu yetkiyi kısıtlayabilir¹³⁰.

(iv) Acentelik sözleşmesinin sona ermesi

Acentelik sözleşmesinin sona erme sebepleri, Türk Ticaret Kanunu madde 121 hükmünde belirlenmiştir. Anılan hükme göre;

rekir. Buna göre, yabancı tacirler adına acentelik yapanlar dışında, acentelerin temsil yetkisinin her zaman geri alınması veya sınırlandırılması mümkündür. Bu konuda bkz. **DANIŞ AKKAN**, s. 67.

¹²⁸ **DANIŞ AKKAN**, s. 67.

¹²⁹ **DANIŞ AKKAN**, s. 67.

¹³⁰ Konu ile bilgi için bkz. Yuk. II, B, 2, a.

“(1) Belirsiz bir süre için yapılmış olan acentelik sözleşmesini, taraflardan her biri üç ay önceden ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir. Sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir.

(2) Belirli süre için yapılan bir acentelik sözleşmesinin, süre dolduktan sonra uygulanmaya devam edilmesi hâlinde, sözleşme belirsiz süreli hâle gelir.

(3) Müvekkilin veya acentenin iflası, ölümü veya kısıtlanması hâlinde, Türk Borçlar Kanununun 513 üncü maddesi hükmü uygulanır.

(4) Haklı bir sebep olmadan veya üç aylık ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

(5) Müvekkilin veya acentenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası sebebiyle acentelik sözleşmesi sona ererse, işlerin tamamlanması hâlinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına oranlanarak belirlenecek uygun bir tazminat acenteye ya da bu maddede yazılı hâllere göre onun yerine geçenlere verilir”.

Türk Ticaret Kanunu madde 121 hükmü dikkate alındığında, acentelik sözleşmesinin sona erme sebepleri kısaca, sürenin sona ermesi, feshi ihbar, haklı nedenlerle fesih ve taraflardan birinin ölümü, iflâsı, kısıtlanması şeklinde sıralanabilir¹³¹.

(v) Değerlendirme

Acentenin temsil yetkisinin sona ermesi, özellikle müşteri ve müvekkil arasında sözleşme kurulduktan sonraki dönemde açılan davalar bakımından acentenin vekâlet ehliyetini etkileyecek midir?

Türk Ticaret Kanunu’nun acentenin temsil yetkisini düzenlerken, acentelik sıfatının müvekkil ile müşteri arasında sözleşmenin yapıldığı anda mı, yoksa sözleşmeden kaynaklanan davanın açıldığı tarihte mi aranacağı konusunda suskun kaldığı görülmektedir¹³².

¹³¹ Anılan sebeplerin ayrıntılı olarak incelenmesi çalışma konumuzun sınırlarını aştığından, sadece sebepleri belirlemekle yetinmeyi uygun görmekteyiz. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARKAN**, s. 217 vd; **ASLAN/ ERGÜN**, s. 105 vd; **BAŞTUĞ/ ERDEM**, s. 173; **BOZKURT**, İşletme, s. 238; **BOZKURT**, Ticaret, s. 132 vd; **DOĞAN, C.**, Ticarî İşletme Hukuku, Niğde 1998, s. 133 vd; **DANIŞ AKKAN**, s. 100 vd; **İNAL, T.**, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 337; **KARAHAN**, s. 376; **KARAYALÇIN**, s. 532 vd; **KAYIHAN**, s. 198 vd; **POROY/ YASAMAN**, s. 254 vd; **SAKA**, s. 376 vd; **TEOMAN**, s. 111 vd; **ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 650 vd.

¹³² **ALTAY**, s. 260.

Acentelik sıfatının sözleşme yapıldığı anda mevcut olması gerektiğinin kabul edilmesi halinde, müşteri acentelik sıfatı sona eren kişiye, eski müvekkiline izafeten dava açabilecektir¹³³. Bu suretle Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmü ile sağlanmak istenen, müşteriye koruma ve yetki kurallarının yarattığı engelleri kaldırma amacına hizmet edilmiş olmaktadır. Ancak bu halde müvekkilin menfaatleri, artık aralarında herhangi bir hukukî ilişki bulunmayan acente tarafından savunulacaktır ki bu durum, anılan yaklaşımın zayıf noktası olarak kabul edilmektedir¹³⁴. Zira acentelik ilişkisinin sona erdirilmesinin eski acente ile müvekkil arasında menfaat çatışması yarattığı durumlarda, söz konusu yaklaşımın kabul edilmesinin çeşitli sakıncalar doğurabileceği ileri sürülmektedir¹³⁵.

Acentelik sıfatının mevcudiyetinin davanın açılması sırasında aranması da adaletsiz sonuçları beraberinde getirebilir¹³⁶. Çünkü müvekkil ile acente aracılığıyla ilişki kuran, bu ilişkinin kurulması aşamasına kadar da münhasıran acente ile muhatap olan ve Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmü gereğince müvekkille aralarında bulunan sözleşme sebebiyle bir uyuşmazlık çıkması olasılığında acente bakımından yetkili olan mahkemede dava açma ihtimali gözetilen müşterinin, tamamen kendi etki alanı dışında gelişen bir durum olan acenteliğin sona ermesinden dolayı bu hakkını kaybetmesinin kabul edilmesi, hakkaniyete uygun gözükmemektedir¹³⁷.

Doktrinde, anılan yaklaşımların olumsuz yönlerinin bulunması sebebiyle, üçüncü bir yaklaşımın kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁸. Buna göre, sözleşmenin yapılmasından sonra acentelik sözleşmesinin sona erdiği durumlarda dava, acente bakımından yetkili olan mahkemede doğrudan doğruya müvekkile yöneltilebilmelidir¹³⁹. Bu durumda müşteri davayı, eski müvekkiline izafeten eski acenteye yöneltmemeli; doğrudan doğruya müvekkile açmalıdır¹⁴⁰. Böylece temsil yetkisi sona eren acente ek bir yükümlülük altına sokulmamış ve eski müvekkilin menfaatlerini, müvekkil veya atayacağı bir vekil devreye girene kadar savunmak durumunda bırakılmamış olacaktır.

¹³³ ALTAY, s. 260.

¹³⁴ ALTAY, s. 260.

¹³⁵ ALTAY, s. 260.

¹³⁶ ALTAY, s. 260.

¹³⁷ ALTAY, s. 260, 261.

¹³⁸ ALTAY, s. 261.

¹³⁹ Anılan görüş ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ALTAY, s. 261 vd.

¹⁴⁰ ALTAY, s. 261.

Kanaatimizce, acentenin müvekkili davada temsil edebilmesi için acentelik sıfatının sözleşme yapıldığı sırada mevcut olması gerekmektedir. Her ne kadar, dava açılmadan önce müvekkil ile acente arasında bulunan acentelik sözleşmesi sona ermiş olsa da, bu durum tamamen müvekkil ile acente arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirmektedir. Zira temsil yetkisinin soyutluğu ilkesine göre de¹⁴¹, temsil yetkisi, dayandığı temel ilişkiden bağımsız ve ondan ayrı bir işlemdir. Anılan ilkenin temel prensibi gereği, müvekkil ile acente arasında bulunan acentelik sözleşmesinin geçersizliği, temsil ilişkisini her zaman geçersiz kılmayabilir. Ayrıca, müşterinin müvekkil ile aralarında bulunan sözleşmenin kurulması anına kadar muhatap olduğu acenteye karşı eski müvekkile izafeten dava açmasının mümkün olmasını kabul etmek, Türk Ticaret Kanunu madde 105 ile sağlanmak istenen amaca daha uygun düşmektedir.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu madde 102, fıkra I hükmünde acente, “*Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticarî işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir*” şeklinde tanımlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu’nda yapılan tanım dikkate alındığında acentenin unsurlarının; acentenin ticarî işletme sahibine tâbi bir sıfatının bulunmaması (bağımsız olması), acenteliğin bir sözleşmeye dayanması, acentenin belirli bir yer veya bölge içinde iş görmesi, acente ile müvekkil arasındaki ilişkinin sürekli olması, acentenin faaliyetini meslek edinmesi, acentenin faaliyet konusunun ticarî bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmeler olması ve acentenin tacir sıfatının bulunması şeklinde sıralanması mümkündür.

Acentenin temsil yetkisini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu’nun 105’inci maddesine göre, “*Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme*

¹⁴¹ Temsil yetkisinin bağımsızlığı olarak da anılan temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bknz. **EREN**, s. 439 vd.

aykırı şartlar geçersizdir. Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanmaz”. Anılan hüküm gereğince, acentenin hem aktif hem de pasif anlamda temsil yetkisinin bulunduğu kabul edildiği görülmektedir.

Pasif temsil yetkisi, herhangi bir kişiyi temsil etmek yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişinin, temsil ettiği kişiye gönderilen ihbar, ihtar ve protesto gibi belirli haklarını korumaya yarayan bildirimlerde bulunabilmesini ifade etmektedir.

Acentenin aktif temsil yetkisini, müvekkil adına sözleşme yapma yetkisi, hakkı koruyucu beyanları müvekkili adına yapma ve kabul etme yetkisi, satılanı teslim alma ve bedelini tahsil etme yetkisi ile müvekkili davada temsil etme yetkisi oluşturmaktadır.

Acentenin temsil yetkisinin usul hukuku bakımından ele alınması gereken kısmını, müvekkili davada temsil etme yetkisi oluşturur. Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmü gereğince, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabilir; bunun gibi, acenteye karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Acentenin müvekkiline izafeten açtığı davalarda hukukî durumunun doğru tespit edilebilmesi, gerek yargılama sürecinde yapılabilecek işlemler gerekse yargılama sonunda verilen hükmün kimin üzerinde doğacağı konularının açığa kavuşmasını sağlayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra hükmünün acenteye “*müvekkili adına*” dava açma yetkisi verdiği açıktır. Bu sebeple, acente davanın tarafı değildir. Acenteye verilen müvekkili davada temsil yetkisi, davayı takip yetkisi kapsamında da değerlendirilemez. Nitekim bu durumda müvekkil davayı acente aracılığıyla takip etmek zorunda değildir. Müvekkilin dava takip yetkisi elinden alınmadığı için, davayı bizzat kendisinin yürütmesi mümkündür. Müvekkil ile müşteri arasında bulunan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hak sahipliği kural olarak müvekkilde bulunmaktadır ve bu bakımdan açılan davada taraf sıfatı müvekkile aittir. Buna göre, müvekkile izafeten yürütülen davalarda acentenin müvekkilin vekili konumunda bulunacağı sonucuna ulaştığımızı belirtmek gerekir.

Türk Ticaret Kanunu’nda acenteye müvekkile vekâlet etme yetkisi tanınmaktadır. Bu durumun istisnasını, acentenin müvekkille birlikte müteselsilen sorumlu olduğu haller oluşturur.

Acentenin müvekkile izafeten yürüttüğü davalarda vekil konumunda bulunması sebebiyle, yargılama sonunda verilen hükmün sonuçları kural olarak, taraf sıfatını haiz olan müvekkil üzerine doğmaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra III hükmünde, müvekkile karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınacak kararların acente hakkında uygulanamayacağını açıkça kabul edildiği görülmektedir.

Acentenin müvekkili davada temsil etme yetkisi, mutlak anlamda bir yetki değildir. Müvekkil davada kendisini kimin temsil edeceğini belirlemek konusunda serbesttir. Bunun gibi, müvekkile aralarında bulunan sözleşme sebebiyle dava açmak isteyen müşterinin de, davasını müvekkile izafeten acenteye yöneltip yöneltmemek konusunda serbest olduğunu belirtmek gerekir.

Türk Ticaret Kanunu madde 108 hükmü gereğince, acentenin yetkisi olmaksızın veya yetkisini aşarak müvekkili adına sözleşme yapması halinde müvekkil, sözleşme yapıldığını haber alır almaz derhal üçüncü kişiye sözleşmeye icazet verdiğini bildirmelidir. Aksi halde müvekkil, sözleşmeye icazet vermemiş sayılır ve acente sözleşme ile bağlı hale gelir. Acentenin yetkisini aşarak ya da yetkisiz bir şekilde yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle açılacak davalardaki hukukî konumu, müvekkilin sözleşmeye icazet verip vermemesine göre değişecektir. Müvekkil sözleşmeye icazet verirse taraf sıfatını kazanacak ve bu durumda acente, kural olarak, davada vekil konumunda bulunacaktır. Müvekkilin sözleşmeye icazet vermemesi halinde ise, sözleşmeden sorumlu olan kişi acentenin kendisi olacağı için, bu halde acente davada taraf sıfatını haiz olacaktır.

Acentenin temsil yetkisinin sona ermesi, temsil yetkisinin geri alınması, temsil yetkisinin sınırlandırılması ve acentelik sözleşmesinin sona ermesi olmak üzere üç şekilde gerçekleşir. Anılan sebeplerin gerçekleşmesi halinde, acente müvekkile izafeten davada yer alabilecek midir? Kanaatimizce acentenin müvekkili davada temsil edebilmesi için acentelik sıfatının davaya konu olan sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olması gerekmektedir. Bu sebeple, acentenin davanın açıldığı sırada acentelik sıfatını haiz olmaması, müvekkili davada temsil etmesine engel olmayacaktır. Bu durumda müşteri acentelik sıfatı sona eren kişiye, eski müvekkiline izafeten dava açabilecek ve bu suretle Türk Ticaret Kanunu madde 105, fıkra II hükmü ile sağlanmak istenen, müşteriye koruma ve yetki kurallarının yarattığı engelleri kaldırma amacına hizmet edilmiş olunacaktır.

KAYNAKÇA^{142*}

- AKINCI, Ş.**, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6. Bası, Konya 2012.
- ALANGOYA, Y.**, Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, İÜMHAD, C. III, S. 5, Y. 1969, s. 125-194.
- ALIŞKAN, M./ GENÇTÜRK, M.**, “Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK’nun 129. Maddesine Göre Komisyona Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente İle Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı Sorunu”, Ünal TEKİNALP Armağanı, İstanbul 2003, s. 19-43.
- ALTAY, S. A.**, “Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’ a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 223-273.
- ARKAN, S.**, Ticarî İşletme Hukuku, 15. Bası, Ankara 2011.
- ASLAN, İ. Y./ ERGÜN, M.**, Ticaret Hukuku Dersleri, 6. Bası, Bursa 2012.
- AYAN, M.**, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, Konya 2012.
- AYHAN, R./ ÖZDAMAR, M./ ÇAĞLAR, H.**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku-Genel Esaslar, 4. Bası, Ankara 2011.
- BAŞÖZEN, A.**, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.
- BAŞTUĞ, İ/ ERDEM, H. E.**, Ticarî İşletme Hukuku-Ders Notları, Ankara 1993.
- BATTAL, A.**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007.
- BOZKURT, T.**, Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010. (Ticaret)
- BOZKURT, T.**, Ticaret Hukuku, C. I, Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2012. (İşletme)
- BÖRÜ, L.**, Medenî Usûl Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006. (Vekâlet)
- BÖRÜ, L.**, “Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, BATİDER, C. XXVII, S. 31, Ankara 2011, s. 249-278. (Sıfat)

^{142*} Eserler yazarların soy isimleriyle anılmış olup, aynı yazara ait birden fazla eser varsa ya-
pılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde belirtilmiştir.

- CENGİZ, A.**, “Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçlar”, HHFD, C. I, S. 2, s. 140-165.
- DANIŞ AKKAN, Ç.**, Acentenin Temsil Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007.
- DOĞAN, C.**, Ticarî İşletme Hukuku, Niğde 1998.
- DOMANİÇ, H.**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988.
- DÖNMEZ, O.**, Acente Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
- EREN, F.**, Borçlar Genel Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.
- ERİŞİR, E.**, Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- HUKUKTURK**; <http://www.hukukturk.com/>
- İNAL, T.**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.
- KALPSÜZ, T.**, “Müvekkillerine İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması”, BATİDER, Haziran 1983, C. XII, S. 1, s. 1-11.
- KARAHAN, S.**, Ticarî İşletme Hukuku, 7. Bası, Konya 2012.
- KARAYALÇIN, Y.**, Ticaret Hukuku/ I. Giriş-Ticarî İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.
- KARSLI, A.**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- KAYIHAN, Ş.**, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2003.
- KILIÇOĞLU, M. A.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.
- KINACIOĞLU, N.**, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963.
- KURU, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. I, İstanbul 2001. (C. I)
- KURU, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Baskı, İstanbul 2001. (C. II)
- KURU, B./ ARSLAN, R./ YILMAZ, E.**, Medenî Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2011.
- ÖZEKES, M.**, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995.
- PEKCANITEZ, H.**, Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992.

PEKCANITEZ, H./ ATALAY, O./ ÖZEKES, M., Medenî Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.

POROY, R./YASAMAN, H., Ticarî İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.

SAKA, Z., Ticaret Hukuku-Ticari İşletme, İstanbul 1998.

SUNAR, G.; “Şekli Anlamda Taraf Kavramını Kabul Etmenin İcra ve İflas Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar”, Prof. Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan, İstanbul 2003, s. 333-356.

TEOMAN, Ö., “Tacir Yardımcıları”, Tüm Makalelerim, C. III: 2010-2011, İstanbul 2010, s. 5-118.

TÜRKEL, D., “Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukukî Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar”, Haluk KONURALP Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 1105-1122.

ÜLGEN, H./ TEOMAN, Ö./ HELVACI, M./ KENDİGELEN, A./ KAYA, A./ ERTAN NOMER, N.F., Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2009.

YILMAZ, E., Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982.

KISALTMA CETVELİ

Aşa.	: Aşağıda
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
EBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bknz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
ETK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHFD	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi
K	: Karar
md.	: madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TKHK	: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Y	: Yıl
Yuk.	:Yukarıda

BİRLEŞİK KRALLIK ŞİRKETLER HUKUKUNDA ŞİRKET MERKEZİ (REGISTERED OFFICE) MECBURİYETİ*

Mustafa YASAN**

ÖZET

Makalemizin konusunu Birleşik Krallık Şirketler Hukukunda şirket merkezi mecburiyeti oluşturmaktadır. Birleşik Krallık hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sisteminden genel itibariyle soyutlanmış olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte Avrupa Birliği düzenlemeleri sebebiyle bu iki hukuk sistemi arasında son yıllarda özellikle şirketler hukukunu ilgilendiren bir yakınlaşmanın olduğu dikkat çekmektedir. Bu yakınlaşmaya rağmen, şirket merkezi müessesesi Birleşik Krallık şirketler hukukunda özgünlüğünü koruyan bir kavram olarak Companies Act 2006'da muhtelif maddelerinde düzenlenmiştir. Şirket merkezi Birleşik Krallık şirketler hukukunda sadece şirketin kuruluşunda önemli bir etken değildir; şirketin faaliyetlerini yürütürken de şirket direktörlerini ve şirket sekreterlerini yakından ilgilendiren bir mecburiyet olarak Companies Act 2006'da düzenlenmiştir. Çalışmamızda Birleşik Krallık şirketler hukuku düzenlemeleri bağlamında mukayeseli hukuka katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Birleşik Krallık Şirketler Hukuku, Şirketler Kanunu 2006, şirket merkezi, şirket direktörleri, şirket sekreterleri.

THE REGISTERED OFFICE OBLIGATION IN UNITED KINGDOM COMPANY LAW

ABSTRACT

The subject of this article is the registered office obligation in United Kingdom Company Law. It is generally considered that United Kingdom law system is isolated from Continental European law system. However, it is noticed that there is a convergence between these two legal systems, in particular, concerning company law in the recent years due to the regulations of European Union. Despite this convergence, the institute of registered office is regulated as a concept which protects the authenticity in various articles of Companies Act 2006. The registered office is not only an important factor in the establishment for companies, but also regulated as

* Bu makale University of London, Institute of Advanced Legal Studies'de 2012 Haziran-Ekim döneminde gerçekleştirilen post doctorate çalışmaları esas alınarak hazırlanmıştır.

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

an obligation for the company's activities to be carried out concerning the company directors and secretaries in Companies Act 2006. In this study it is intended to contribute to the comparative law. regarding to the regulations of United Kingdom company law.

Keywords: *United Kingdom Company Law, Companies Act 2006, registered office, company directors, company secretaries.*

Giriş

Kıta Avrupası hukuk sisteminden soyutlanmış geleneksel yapısını, AB düzenlemeleri sayesinde özellikle şirketler hukuku alanında terk eden bir süreç yaşayan Birleşik Krallık hukuk sisteminde, “şirket merkezi” müessesesi, gerçekleştirilen tüm uyum çalışmalarına rağmen özgünlüğünü korumayı başarmıştır. Birleşik Krallık kanun koyucusu, şirket merkezi müessesesini, esas itibarıyla Companies Act 2006’da (CA), 6. Bölümde sec.86 - 88’de düzenlemiştir ancak, şirket merkezine ilişkin olarak CA’da yer alan düzenlemeler, sec.86 - 88 ile sınırlı değildir. CA’nın şirketlerin idaresi, kayıtlarının tutulması, hisselerinin satın alınması, bölünmesi ve tasfiyesi vb. ile ilgili hükümlerinde de şirket merkezine ilişkin özel düzenlemelere sıklıkla rastlamak mümkündür. Bunda şirket merkezi kavramının şirketin kuruluşundan sona ermesine kadar geçen süreçte, kanun koyucu tarafından şirketler hukukunun odak kavramlarından biri olarak kabulü rol oynamaktadır. Şirket merkezi kavramının şirketin tabiiyetinin ve dolayısıyla vergi hukukundan iş hukukuna kadar uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak olan hukukun belirlenmesindeki etkisi göz önünde bulundurulduğunda¹, müessesenin Birleşik Krallık hukuk sistemi açısından özgünlüğünün yanında önemini de devam ettirdiği ortaya çıkmaktadır. Birleşik Krallık şirketler hukuku sisteminde, bürokrasisi azaltılmış, prosedürü basitleştirilmiş ve esnek hükümlerle düzenlenmiş olan şirket kuruluşu, yatırımcılar için son derece cazip hale gelmektedir. Yatırımcılar için Birleşik Krallık şirketler hukukunu cazip hale getiren yegâne husus şirket kuruluşunun kolaylığı veya basitliği değildir. Nitekim tasfiye işlemlerinin de Kıta Avrupası ile mukayese edildiğinde çok kısa süreler içinde tamamlanması, yatırımcıları, tasfiyeye

¹ Şirket merkezinin, iflas hukuku, tasfiye hukuku ve iş hukukuna ilişkin yabancılik unsuru taşıyan uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tespitinde sahip olduğu etki hakkında bkz. MOSS, s.126; McCROSSAN, s.5-7; STOLOWY, s.371; DRURY, s.125-136; MAKOWICZ / SAIFEE, s.229.

uygulanacak hukukun Birleşik Krallık hukuku olmasını temin etmek için yatırımlarını Birleşik Krallık'ta gerçekleştirmeye teşvik eden hususların başında gelmektedir². Söz konusu yatırımcılar, şirketlerinin tüm faaliyetlerini Birleşik Krallık dışındaki AB ülkelerinde gerçekleştirseler ve şirketlerinin idaresini Birleşik Krallık dışındaki AB ülkelerinde bulunan ana ofislerinden yürütseler dahi, şirketin ve dolayısıyla merkezinin Birleşik Krallık'ta tescili sayesinde, özellikle milletlerarası hukuk uyuşmazlıklarında Birleşik Krallık hukuk sistemine tabi olabilmektedirler³. Netice itibariyle bu husus da şirket kuruluşlarında Birleşik Krallık'ın tercih edilmesinin haklı gerekçeleri arasında kabul edilmelidir.

Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak “real seat” doktrini⁴ yerine “incorporation” doktrinini⁵ benimseyen Birleşik Krallık hukuk sisteminin şirket merkezine ilişkin özgün yapısının Kıta Avrupası hukuk sistemi tarafından benimsenmemesi meselesi, şirket kurma özgürlüğünün (freedom of establishment) ihlali gerekçesiyle, Avrupa Birliği Adalet Divanı

² COBURN, s.9.

³ McCROSSAN, s.7.

⁴ Kıta Avrupası hukuk sisteminin ağırlıklı olarak benimsediği real seat doktrini, bir şirketin, ana ofisinin bulunduğu ve şirket olarak faaliyetlerinin yoğunlaştığı ülkenin hukuk sistemine tabiyeti esasına dayanmaktadır. Real seat doktrinini benimseyen Kıta Avrupası hukuk sistemlerine örnek olarak Almanya, Fransa ve İtalya gösterilebilir. Real seat doktrini, şirket merkezi ve ana ofis ayrımını tolere etmemektedir. Bu sebeple Birleşik Krallık'ta kurulmuş bir şirket, şirket merkezini Birleşik Krallık'ta tutmak kaydıyla faaliyetlerini real seat doktrinini benimsemiş ülkelerde yürütmesi ve şirketin ana ofisini bu ülkelere taşıması halinde, bu ülke mahkemeleri tarafından geçerli olarak kabul edilmemiştir. Bkz. BEUERLE / SCHILLIG, s.322; MUCCIARELLI, s.301; WERLAUFF, s.136-139; SEALY / WORTHINGTON, s.12.

⁵ Incorporation doktrininin geçerli olduğu Danimarka, Finlandiya, İsveç, Hollanda, İrlanda ve Birleşik Krallık hukuk sistemlerine göre, şirketin tescil edildiği ülkenin, şirketin merkezinin bulunduğu yer olması gerekli ve yeterlidir. Şirketin ana ofisinin, idari birimlerinin şirket merkezinin transferine lüzum olmaksızın başka bir AB ülkesine taşınabilmesi incorporation doktrinine göre mümkündür. Bu ihtimalde şirketin tabi olduğu hukuk sistemi ana ofisinin değil, şirketin merkezinin bulunduğu ülke hukuk sistemi olacaktır. Bkz. BIRDS / CLARK / MacNEIL / McCormack / TWIGG-FLESNER / VILLIERS, s.24; MUCCIARELLI, s.301; WERLAUFF, s.136-139; SEALY / WORTHINGTON, s.12.

önüne getirilmiş ve Centros⁶, Daily Mail⁷, Cartesio⁸, Überseering⁹, Chamber of Commerce Amsterdam¹⁰ davalarında olduğu gibi reform niteliğindeki kararlar ortaya çıkmıştır. Çalışmamızın hacmi söz konusu kararları detaylı bir şekilde incelememize imkân tanımadığından sadece başlıklarını ve künyelerini vermekle yetindiğimiz bu kararlarda, şirketlerin kuruluşunun Birleşik Krallık'ta gerçekleştirilmesinin ve şirket merkezinin Birleşik Krallık'ta tescil edilmesinin önündeki engellerin Avrupa Birliği anlaşmalarına ve insan hakları ilkelerine aykırı olduğu tespit edilmiş ve bu sayede, şirket merkezinin yerini belirleyebilmenin şirket kurma özgürlüğü ile yakın ilgisi sebebiyle insan haklarını ilgilendiren bir boyuta da sahip olduğu vurgulanmıştır¹¹. Buna ilaveten Avrupa Limited Şirketi olarak ifade edebileceğimiz Societas Privata Europea'ya ilişkin çalışmalarda, şirket merkezinin transferine imkân tanıyan statü hükümlerine yer verilirken, Birleşik Krallık hukuk sisteminden fazlasıyla etkilenildiği de görülmektedir¹². Yapmış olduğumuz tespitler, şirket merkezi müessesesinin, Birleşik Krallık hukuk sisteminin de ötesinde sahip olduğu önemi ortaya koymaktadır. Bu sebeple biz de çalışmamızı, işaret ettiğimiz önemden hareketle, gerek uygulama gerekse teori açısından mukayese yapılmasına katkı sağlamak amacıyla, şirket merkezi müessesesinin ve şirket merkezi bulundurmak mecburiyetinin Birleşik Krallık hukukuna göre incelenmesine özgülemiş bulunuyoruz.

⁶ Centros Ltd ve Erhvervs-og Selskabsstyrelsen [1999] 2 CMLR 551, [2000] Ch 446 (Court of Justice of the European Union) Bkz. PETTET / LOWRY / REISBERG, s.53; HANNIGAN, s.48; APLIN, s.411-419; DAVIES, s.119; SEALY / WORTHINGTON, s.12, 13; BIRDS / CLARK / MacNEIL / McCORMACK / TWIGG-FLESNER / VILLIERS, s.25; BEUERLE / SCHILLIG, s.322; MUCCIARELLI, s.267-303.

⁷ R v HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc (Case C-81/87) [1988] ECR 5483. Bkz. BIRDS / CLARK / MacNEIL / McCORMACK / TWIGG-FLESNER / VILLIERS, s.24; BEUERLE / SCHILLIG, s.322; MUCCIARELLI, s.267-303; WERLAUFF, s.136-139; APLIN, s.411-419.

⁸ C-210/06 Re Cartesio Oktako es Szolgalto bt [2009] BCC 232. Bkz.BEUERLE / SCHILLIG, s.303-323; MUCCIARELLI, s.301.

⁹ Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (Case C-208/00) [2002] ECR I-9919. Bkz. EIDENMULLER / ENGERT / HORNUF, s.1-33; STOLOWY, s.367; DRURY, s.125-136.

¹⁰ Chamber of Commerce Amsterdam v Inspire Art Ltd (Case 167101) [2003] ECR I-10155. Bkz. MUCCIARELLI, s.267-303.

¹¹ APLIN, s.411.

¹² PETTET / LOWRY / REISBERG, s.13, 14; DRURY, s.125-136; APLIN, s.411; STOLOWY, s.365, 366, 376; EIDENMULLER / ENGERT / HORNUF, s.1-33; WERLAUFF, s.137; MAKOWICZ / SAIFEE, s.228.

Birleşik Krallık şirketler hukukunun esas kaynağı olarak kabul gören CA'da şirket merkezi bulundurmak, kanun koyucu tarafından şirketin kuruluşunun tamam olabilmesi için gerekli koşullardan biri olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, çalışmamızda ilk ana başlık olarak, şirketin kuruluşu için bir mecburiyet olan şirket merkezi kavramı incelenecektir. Şirket merkezi bulundurmak CA'da şirketin kuruluşundan sonra da yerine getirilmesi gereken bir mecburiyet olarak değerlendirilmiştir. Bu sebeple, tasfiyeye kadar şirketin kuruluşunu izleyen dönem içerisinde şirket merkezi mecburiyetine dair incelemelerimiz, şirket merkezinin değişikliğinin şekli, kapsamı ve etkilerini kapsayacak şekilde çalışmamızda yer alacak bir diğer ana başlık olacaktır. Çalışmamızda CA sec.86 - 88'deki hükümleri incelemekle yetinmeyeceğiz; şirketler hukukunun odak kavramlarından biri olarak kabul edilen şirket merkezine ilişkin CA'da dağınık şekilde yer alan diğer hükümlerden de çalışmamızın hukuki dayanakları olarak yararlanacağız. Tespit ve değerlendirmelerimizi içerecek şekilde bir özet sunacağımız sonuç kısmı ile çalışmamızı tamamlamış olacağız.

I.Şirketin Kuruluşunda Şirket Merkezi Bulundurma Mecburiyeti

CA sec.86'ya göre, şirket açısından merkeze sahip olmak bir mecburiyettir. Kanun koyucu bu mecburiyeti vurgulamak için, şirketin her zaman bir merkeze sahip olması gerektiğini kesin ifadelerle düzenlemiştir. Dolayısıyla merkez bulundurmak, öncelikle şirket kuruluşunun tamamlanabilmesi için aranan bir koşuldur.

A. Kuruluşun Tamamlanabilmesi İçin Gerekli Olan Bir Unsur Olarak Şirket Merkezi

CA sec.9, şirketin kuruluşunda tescil şartı yerine getirilirken sicil yetkilisine (registrar)¹³ ibraz edilmesi gerekli olan belgeleri düzenlemiştir. Söz konusu belgeler arasında, kurucular tarafından şirketin merkezinin nerede bulunması arzu ediliyorsa, bu yerin adresinin de gösterildiği bir beyannamenin yer alacağı kanun koyucu tarafından tespit edilmiştir (CA sec.9/5.a). Buna göre, şirket kurucuları, şirket merkezinin İngiltere ve/veya Galler, İskoçya veya Kuzey İrlanda'da olacağını söz konusu beyannamede açıklığa

¹³ Sicil yetkilisi (registrar) ile kastedilen, Ticaret Odası'nın (Companies House) üst düzey yetkili yöneticisidir. Company House ise Department for Business, Innovation and Skills'in (Ticaret, İnovasyon ve Bilim Bakanlığı) geniş yetkilerle donatılmış bir acentası olarak görev yapmaktadır. Bu şekliyle, özerk bir kuruluştur, kendi özel bütçesine sahiptir ve buna rağmen devletin gözetimi ve denetiminden tamamı ile soyutlanmış değildir. Bkz. FRENCH / MAYSON / RYAN, s.44.

kavuşturmalıdır (CA sec.9/2.b). Şirket merkezinin İngiltere, Galler¹⁴, İskoçya veya Kuzey İrlanda'da oluşuna göre, şirketin kuruluşundan tasfiyesine kadar geçen süreçte, farklı hükümlerin uygulanabilmesi söz konusudur¹⁵. Sonuç olarak, kuruculara bir yandan şirket merkezinin bulunacağı yönetim ve yargı bölgesini (jurisdiction) ve dolayısıyla uygulanacak hükümleri tayin edebilmeleri yönünde bir seçim hakkı tanınmış¹⁶, bir yandan da şirketin kuruluşunu gerçekleştirerek bu haktan yararlanılabilmesi için açık adresleri ile birlikte şirket merkezinin sicil yetkilisine beyan edilmesi bir mecburiyet olarak düzenlenmiştir¹⁷.

Tescil talebine eklenen beyanda, şirket merkezi olarak açık adresi ile birlikte gösterilen yönetim ve yargı bölgesi neresi ise, tescil talebinin de bu bölgenin sicil yetkilisine yöneltilmesi gerekmektedir. Şirket merkezinin açık adresi ile birlikte İskoçya'da yer alacağı tescil talebinde beyan edilmişse tescil talebini yönelteceğimiz sicil yetkilisi, İngiltere, Galler veya Kuzey İrlanda sicil yetkilisi değil, mutlaka İskoçya sicil yetkilisi olmak zorundadır (CA sec.9/6). Bu kural, merkezi İngiltere'de veya Kuzey İrlanda'da yer alacak şirketler için de aynen geçerlidir. Bununla birlikte şirket merkezi Galler'de yer alacağı beyan edilen şirketler açısından kanun koyucu bir esneklik getirmiş ve bu durumdaki şirketlerin tescil talebinin yönelteceği sicil yetkilisinin Galler'deki sicil yetkilisinin yanında İngiltere'deki sicil yetkilisi de olabileceğini düzenlemiştir (CA sec.9/6.a).

B. Şirket Merkezinin Birleşik Krallık İçerisindeki Yönetim ve Yargı Bölgesi ile Olan İlişkisi

Şirket merkezinin Birleşik Krallık içerisinde hangi yönetim ve yargı bölgesinde yer alacağının belirtilmiş olması, milletlerarası özel hukuk açısından şirketin tabiyetinin farklılaşmasına yol açmayacaktır; şirketin yerleşim yerinin (domicile) kesinlik kazanması sonucunu doğuracaktır. CA'ya uygun şekilde kurulan şirket, hangi yönetim ve yargı bölgesini şirket merkezinin bulunacağı yer olarak kabul ederse etsin, her durumda, Birleşik

¹⁴ Şirketin merkezinin Galler'de yer alacağı bildirilmişse kuruluş için gerekli belgelerin Gal di-
linde de (Gaelic) hazırlanabilmesi mümkündür. Bkz. FRENCH / MAYSON / RYAN, s.45.

¹⁵ FARRAR / HANNIGAN, s.114; DIGNAM / LOWRY / PADFIELD, s.142; SHEIKH, s.99;
HANNIGAN, s.10; FRENCH / MAYSON / RYAN, s.45, 46, 68.

¹⁶ APLIN, s.417.

¹⁷ HICKS / GOO, s.151; WILD / WEINSTEIN, s.88; HANNIGAN, s.11; FARRAR / HANNI-
GAN, s.114; SHEIKH, s.99.

Krallık tabiyetine sahip bir şirket olarak kabul edilmiştir¹⁸. Dolayısıyla milletlerarası özel hukuk uyuşmazlığı halinde, İskoçya’da şirket merkezine sahip bir şirket de Birleşik Krallık hukuk sistemine tabi olacaktır. Birleşik Krallık hukuk sistemi dâhilinde ise, CA açısından, İskoçya’da tescil edilmiş bir şirket olarak hakkında yeri geldiğinde İngiltere’de tescil edilmiş bir şirkete göre farklı hükümlerin uygulanması ve uyuşmazlığın çözümünde yetkili mahkemelerin İskoçya mahkemeleri olarak kabul edilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Şirket merkezi, Birleşik Krallık yönetim ve yargı bölgelerinden hangisinde yer almışsa, bu bölgeden Birleşik Krallık içerisindeki bir diğer yönetim ve yargı bölgesine transferine kanun koyucu, CA’nın geneline hâkim olan esnek yapının aksine izin vermemiştir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi, ancak Parlamento tarafından bu transfere onay veren özel bir kanunun çıkarılması şartına bağlanmıştır. Bununla birlikte, Parlamento tarafından özel bir kanun ile şirket merkezinin yönetim ve yargı bölgeleri arasında transferine onay verilmesi uygulama açısından çok ender karşılaşılan bir durumdur. “The British Olivetti Limited Act 1980” söz konusu ender karşılaşılan kanunlara örnek olarak gösterilebilir¹⁹. Özel kanun yoluyla şirket merkezinin transferinin yanında, transferin gerçekleştirilmek istendiği yönetim ve yargı bölgesinde yeni bir şirketin kurulması ihtimali de bölgeler arasında şirket merkezinin transferini arzu eden şirket hukuki kişiliğinin beklentilerini karşılayabilecek bir diğer seçenek olarak kabul edilebilir²⁰. Kanun koyucunun şirket merkezinin yönetim ve yargı bölgeleri arasındaki transferini bu kadar zorlaştırmasının gerekçesi, aşırıya kaçtığını kabul etmemiz gereken bir korumanın şirketin ortakları, alacaklıları ve diğer menfaati bulunanlar lehine düşünülmüş olmasıdır²¹. Korumanın aşırıya kaçtığı, şirketin merkezinin en azından Birleşik Krallık içerisindeki yönetim ve yargı bölgeleri arasında transferinin kolaylaşması gerektiği, şirket merkezinin transferi yasağının bir ölçüde yumuşatılmasının şirket alacaklıları ve ortaklarının menfaatlerine zarar vermeyeceği, CA 2006’nın hazırlık çalışmalarında Company Law Review’de ortaya konmuş, gerekçe olarak da şirket merkezinin transferine imkân tanıyan Avrupa Şirketi’ne (Societas Europea) ait statü hükümleri gösterilmiştir. Tüm bu çalışmalara ve gerekçelere rağmen Birleşik Krallık kanun koyucusu,

¹⁸ WILD / WEINSTEIN, s.88; FRENCH / MAYSON / RYAN, s.44, 647.

¹⁹ FRENCH / MAYSON / RYAN, s.67.

²⁰ FARRAR / HANNIGAN, s.114.

²¹ DAVIES, s.138, 139.

yönetim ve yargı bölgeleri arasında şirket merkezinin transferini CA kapsamına almayarak bu konudaki katılığını devam ettirmiştir²².

C. Şirketin Aleniyetini Sağlayan Bir Unsur Olarak Şirket Merkezi

Şirketin tescil talebi sicil yetkilisi tarafından kabul gördüğü takdirde, tescil işlemi gerçekleştirilir ve talepte bulunan kişilere şirketin kurulmuş olduğunu belgeleyen bir sertifika verilir. Bu sertifika kurucu niteliği haiz değildir, zira şirketin kuruluş işleminin tamam olabilmesi için, tescilin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir. Ancak şirketin kurulduğunu ispata yarayan bu sertifikanın özellikle üçüncü kişilerle ilişkiye girmek isteyen şirketin hukuki kişiliği açısından önemli sonuçları olacağı şüphesizdir. Nitekim Birleşik Krallık kanun koyucusu, sicil yetkilisi tarafından düzenlenip kuruculara verilecek olan bu sertifikada şirket merkezinin İngiltere ve/veya Galler, İskoçya veya Kuzey İrlanda'da yer aldığına tescil talebine eklenecek beyanname ile uyumlu olacak şekilde gösterilmesi gereğini sicil yetkilisi için bir görev olarak düzenlemiştir (CA sec.15/2.e). Case Law açısından da sertifikanın üçüncü kişiler açısından bağlayıcı olduğuna işaret eden *Re Baby Moon Ltd* davası öne çıkmıştır. Bu davada, 1981 yılında kendisine tescil için başvurulmuş İngiltere ve Galler sicil yetkilisi, şirketin memorandumunda şirket merkezi olarak İngiltere olarak görüldüğü için şirketin tescil talebine olumlu yanıt vermiştir. Bununla birlikte tescil belgelerine eklenen şirket merkezinin nerede bulunacağına dair beyannameye ise İskoçya'da yer alan Livingston gösterilmiştir. Buna rağmen İngiltere sicil yetkilisi şirketin tescilini gerçekleştirmiş ve kuruluş sertifikasını kuruculara teslim etmiştir. Uyuşmazlık önüne gelen mahkeme, şirketin kuruluşuna dair sertifikanın esas alınacak delil olduğuna karar vermiş, sertifikada ise şirketin İngiltere ve Galler'de tescil edildiğinin gösterilmesi sebebiyle İngiliz mahkemelerinin söz konusu şirket hakkındaki davalara bakmakla görevli olduğuna ve uygulanacak hukukun İngiliz ve Galler hukuku olduğuna hükmetmiştir²³.

II. Şirketin Devamında Şirket Merkezi Bulundurmak Mecburiyeti

Şirket merkezi, şirketin sadece kuruluşu için değil, kuruluşundan itibaren tasfiyesine kadar geçen süreç içerisinde de bir başka deyişle, şirket olarak varlığın sürdürülebilmesi noktasında da bir mecburiyet olarak kabul edilmektedir. Zira kanun koyucu, her yıl şirket ve şirket ortakları hakkındaki bilgiler ile şirketin bilançosu, gelir gider tablosu hakkındaki verileri içeren ve

²² Bkz. DAVIES, s.139, 140; MAKOWICZ / SAIFEE, s.229.

²³ *Re Baby Moon (UK) Ltd* (1984) 1 BCC 99, 298. Bkz. FRENCH / MAYSON / RYAN, s.67.

sicil yetkilisine ibraz edilmesi gereken yıllık raporlarda yer alacak zorunlu kayıtlar arasında, şirket merkezinin adresine ilişkin beyanın da bulunacağını CA sec.855/1.a’da açıkça düzenlemiştir. CA’nın, Secretary of State’e (State for Trade and Investment / Ticaret ve Yatırım Bakanlığı) tanıdığı şirketin adı ve diğer konularda olduğu gibi şirket ile ilgili bilgilerin dışa vurulmasına yönelik düzenleme yapabilme yetkisi kapsamında, Secretary of State tarafından gerçekleştirilen Companies (Trading Disclosures) Regulations 2008’te, şirketin tescil edildiği ve dolayısıyla merkezinin bulunduğu yerin de şirket tarafından kaleme alınacak tüm ticari mektuplarda ve sipariş formlarında ve şirkete ait web sayfalarında şirketin sicil numarasının yanında yazılı olması gerektiği, aksi takdirde cezai sorumluluğun gerçekleşeceği tespit edilmiştir²⁴.

A. Tebligat Adresi Olarak Şirket Merkezi

Şirket açısından merkezin bulundurulması mecburiyeti, şirkete yapılacak tebligatların geçerli olabilmesi için de önemli bir etkiyi haizdir. Zira CA sec.1139’da, CA açısından, bir belgenin şirkete tebliğ edilmiş sayılabilmesi için şirket merkezine teslim edilmiş olmasının veya posta ile şirkete gönderilmiş olmasının gerekliliği ve yeterliliği açıkça tespit edilmiştir. Şirkete söz konusu belgenin gönderileceği posta şekli, registered post (kayıtlı posta) yöntemidir²⁵. Bununla birlikte, bir şirkete bir belgenin gönderilmiş sayılabilmesi için CA sec.1139’da gösterilen metodun yegâne geçerli metod olmadığını, şirketin resmi bir şekilde ve imza karşılığında bilgilendirildiği tüm hallerde de şirkete tebligatın yine de yapılmış sayıldığını kabul etmek gerekir²⁶. İskoçya’da veya Kuzey İrlanda’da tescil edilmiş olmasına rağmen, ticaretini İngiltere’de veya Galler’de yürüten şirketler açısından kanun koyucu, tebligat noktasında CA sec.1139/4’te bir esneklik sağlamıştır. CA sec.1139/4’e göre, bu durumdaki şirketlere mahkemeler tarafından bir belgenin gönderilmiş sayılabilmesi için, belgenin İskoçya’daki ve Kuzey İrlanda’daki şirket merkezleri yerine, bu şirketlerin İngiltere’de veya Galler’de yer alan yönetim merkezlerine veya üst düzey yetkililerinin adresi olarak kabul edilen ticari birimlerine gönderilmesi, kopyasının İskoçya’daki ve Kuzey İrlanda’daki şirket merkezine gönderilmiş olması kaydıyla, geçerli bir tebligatın varlığı bakımından yeterli kabul edilmiştir.

²⁴ The Companies Trading Disclosures Regulations 2008, SI 2008//495, reg 7. Ayrıca bkz. GIRVIN / FRISBY / HUDSON, s.75; WILD / WEINSTEIN, s.88; HANNIGAN, s.11.

²⁵ (TO Supplies (London) Ltd v Jerry Creighton Ltd [1952] 1 KB 42). Bkz. FRENCH / MAYSON / RYAN, s.68.

²⁶ Spring Salmon and Seafood Ltd 2004 SLT 501. Bkz. GIRVIN / FRISBY / HUDSON, s.74.

Şirket merkezinin kanun koyucu tarafından tebligat adresi ile ilgili olarak dikkate alındığı bir diğer durum, direktörlerin servis adresleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Direktörlerin şirketteki görevleri ile ilgili yazışmalarında kullanılacak adresleri olarak tanımlayabileceğimiz servis adreslerinin de sicile tescil ettirilmesi gereken hususlardan birisi olduğu CA sec.163/1.b’de düzenlenmiştir. Direktörün servis adresinin ayrıca belirtilmeksizin doğrudan şirket merkezinin servis adresi olarak kabul edileceği sicile beyan yoluyla tescil ettirilebilir. Direktörlerin tescile tabi bir diğer adresi ise yerleşim yerlerinin adresleridir. Yerleşim yerinin adresi olarak doğrudan servis adresinin beyan edilmesi mümkündür. Bu ihtimalde artık ayrı bir yerleşim adresinin beyanına ve tesciline gerek kalmaz. Bununla birlikte şayet servis adresi ayrıca gösterilmeyip, şirket merkezinin servis adresi olarak beyan edildiği ihtimal gerçekleşmiş ise (CA sec.163/1.b), şirketin direktörünün servis adresinin aynı zamanda yerleşim adresi olarak beyan ve kabul edilebilmesi artık mümkün değildir (CA sec.165/3).

Şirket direktörlerinin ve sekreterlerinin servis adresleri, şirket merkezinin sürekli kapalı olması sebebiyle, tebligatın yapılamaması hallerinde, alternatif tebligat adresi olarak da fonksiyon arz etmektedir²⁷. Bununla birlikte tebligat açısından geçerli olan bu istisnai ihtimal, şirket merkezi bulundurmamak mecburiyetini ortadan kaldırmayacaktır. Case Law açısından da Re Fortune Copper Mining Co davasında, şirketin merkez ofisinin kapalı olması dolayısıyla, şirkete ulaştırılması gereken resmi evrakın, direktörün veya sekreterin şirket merkezi olarak kabul edilmeyen ofisine tebliği, mahkeme tarafından yine de geçerli bir tebligat olarak kabul edilmiştir²⁸.

B. Şirkete Ait Kayıtların Tutulacağı ve Saklanacağı Yer Olarak Şirket Merkezi

Şirket merkezi, şirket tarafından tutulması mecburi kayıtların saklanacağı ve gerçekleştirilecek muhtemel bir inceleme veya teftiş için hazır olarak bulundurulacağı yerin adresi olarak da ayrı bir önem taşımaktadır²⁹. Söz konusu kayıtlar için, şirketin ortaklarına, direktörlerine, sekreterlerine, genel kuruluna ve denetçisine ilişkin kayıtları örnek olarak gösterebiliriz³⁰.

²⁷ WILD / WEINSTEIN, s.89.

²⁸ Re Fortune Copper Mining Co (1870) LR 10 Eq 390. Bkz. WILD / WEINSTEIN, s.89.

²⁹ Van DUZER, s.158, 159; HANNIGAN, s.11.

³⁰ Şirket merkezinde saklanması gereken kayıtların CA’da belirtildiği şekilde daha geniş bir sayımı için bkz. LINKLATER, s.33; GIRVIN / FRISBY / HUDSON, s.76, 77; SHEIKH, s.101; HICKS / GOO, s.151.

Çalışmamızın bu başlığı altında söz konusu kayıtların tutulması ve saklanması ile ilgili olarak şirket merkezini ilgilendiren ve örnek olarak belirlediğimiz CA hükümlerini inceleyeceğiz³¹.

CA sec.113'te şirket ortaklarının kayıtlarının tutulması ve saklanması, şirketler açısından, anonim şirket (public limited company) – limited şirket (private limited company) ayrımı yapılmaksızın ve kayıtların içerikleri de belirlenmiş şekilde, bir mecburiyet olarak düzenlenmiştir. Bu kayıtların muhtemel bir inceleme ve teftiş için hazır halde tutulacağı yer ise CA sec.114/a'ya göre kural olarak şirket merkezidir. Şirket merkezi kural olarak belirlenmiştir. CA sec.1136'da, Secretary of State'e şirket merkezi dışında kayıtların saklanabileceği ve hazır halde tutulabileceği yerlere ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Bu yetki çerçevesinde Secretary of State tarafından yürürlüğe konan SI 2008/3006 reg.3'te şirket merkezinin dışında sadece bir yerde söz konusu belge ve kayıtların bir inceleme için saklanabileceği ve sadece bir yerin inceleme ve teftiş yeri olarak kabulünün mümkün olabileceği, bu yerin de ancak şirketin tescil edildiği Birleşik Krallık yönetim ve yargı bölgesi içerisinde yer alabileceği³², tek alternatif inceleme yeri (SAIL: Single Alternative Inspection Location) şeklinde adlandırılarak düzenlenmiştir³³.

Benzer bir düzenleme şirket direktörleri için CA sec.162 vd. yer almaktadır. Buna göre, her şirket, direktörlere ilişkin kayıtları tutmak ve saklamak (CA sec.162/1) ve ayrıca muhtemel bir inceleme veya teftiş için kural olarak şirket merkezinde hazır halde bulundurmamak mecburiyetindedir (CA sec.162/3.a). Şirket direktörlerine ilişkin kayıtların Secretary of State tarafından gerçekleştirilen düzenlemeler gereği sürekli olarak şirket merkezinde saklanmaması halinde, şirket merkezi dışında ama nerede

³¹ Şirket merkezinde tutulması gereken şirkete ait kayıtlardan biri de şirketin muhasebesine ilişkin kayıtlardır (CA sec.388). Şirket muhasebesine ilişkin kayıtların kural olarak şirket merkezinde tutulması gerekmektedir. Bununla birlikte şirket direktörlerinin şirket merkezinin dışında da uygun bir yer tayin edebilmeleri ve muhasebe kayıtlarının burada tutulabilmesi mümkündür (CA sec.388/1.a). Şirket muhasebesine ilişkin kayıtlar ister kural olan şirket merkezinde isterse direktörlerin uygun göreceği bir başka yerde tutulsun her iki durumda da şirket görevlileri (direktörler ve sekreterler) bu kayıtları incelemeye açık ve hazır halde bulundurmamakla yükümlüdürler (CA sec.388/1.b). Şirket merkezini ilgilendiren CA'da yer alan bir diğer hüküm, tahvil senedi sahiplerine ilişkin kayıtlar hakkındadır. Buna göre tahvil senedi sahiplerine ilişkin her kayıt, şirket tarafından incelenmeye hazır halde bulundurulmak üzere kural olarak şirket merkezinde saklanmak zorundadır (CA sec.743/1).

³² Dolayısıyla İskoçya, şirketin tescil edildiği yönetim ve yargı bölgesi ise alternatif inceleme yeri Londra olamaz.

³³ FRENCH / MAYSON / RYAN, s.116; Van DUZER, s.158, 159.

saklandığının ve bu yerde meydana gelen herhangi bir adres değişikliğinin şirket tarafından sicil yetkilisine bildirilmesi de şirket açısından mecburiyet arz eden bir diğer husustur (CA sec.162/4). Şirket ile direktörler arasında yapılmış olan hizmet sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi metne dökülmemişse şirket kuruluşundaki memorandumun bir kopyasının, ayrıca şirket ile direktörler arasında (varsa) tazminata ilişkin yapılmış bir protokolün de CA sec.162’de yer alan düzenlemelere tabi olacak şekilde şirket tarafından saklanması şart olduğu kanun koyucu tarafından ayrıca düzenlenmiştir (CA sec.228/1, 2.a, 4, 237/3, 5).

Şirket tarafından tutulması ve saklanması mecburi olan bir diğer kayıt türü, şirket sekreterlerine ilişkin kayıttır (CA sec.275/1). Sekreterlere ilişkin kayıtların da muhtemel bir inceleme veya teftiş için hazır halde bulundurulacak şekilde kural olarak şirket merkezinde tutulması ve saklanması gerekmektedir³⁴. Sekreterlere ilişkin kayıtların şirket merkezi haricinde bir yerde saklanması halinde ise bu yerin güncel adresi ile birlikte şirket tarafından sicil yetkilisine bildirilmesi şirket açısından bir mecburiyet olarak karşımıza çıkmaktadır (CA sec. 275/4). Direktörlere ilişkin hükümlerin paralelinde sekreterler hakkında sicile tescil edilecek kayıtlarda yer alacak hususlardan biri de sekreterlerin sekreterlik vazifesi ile ilgili olarak kullanacakları adresleridir. Adresten kastın servis adresi olarak anlaşılması gerektiği ve farklı bir adres gösterilmeksizin doğrudan şirket merkezinin, servis adresi ve dolayısıyla sekretere ilişkin adres olarak kabul edilebileceği CA sec.277/1.b, 5’te açıkça düzenlenmiştir.

Şirket genel kuruluna ve şirket tarafından yazılı ya da kurul şeklinde alınan kararlara ilişkin kayıtlar da şirket tarafından muhtemel bir inceleme veya teftişte hazır halde bulundurulmak amacıyla saklanmak zorundadır (CA sec.358). Bu kayıtların saklanması gereken süre on yıl ve tutulması ve saklanması gereken yer de esas itibarıyla şirket merkezi olarak belirlenmiştir (CA sec.358/1). Şayet genel kurula ve şirket kararlarına dair bu kayıtlar sürekli olarak şirket merkezinde tutulmamış ise, nerede tutulduğu ve bu yerlerde herhangi bir değişiklik söz konusu ise bu değişikliklerin gerçekleştiği şirket tarafından sicil yetkilisine bildirilmek zorundadır (CA sec.358/2).

C. Denetçinin Beyanının İbraz Edileceği Yer Olarak Şirket Merkezi

Şirket denetçisinin görevinin sona ermesine yol açan sebeplerden biri de denetçinin istifasıdır (CA sec.516/1). Görevinden istifa eden denetçi, istifasına

³⁴ HICKS / GOO, s.151; Van DUZER, s.158, 159.

yol açan sebepleri açıklayan bir beyanı şirkete sunmak zorundadır³⁵. Şirkete söz konusu beyanın sunulmuş sayılabilmesi için beyanın şirket merkezine gönderilmiş olması gerekli ve yeterlidir (CA sec.519/1, 2).

D. İmza Edilen Sözleşmelerin, Alınan Kararların ve Hazırlanan Raporların Ortakların İncelemesine Sunulacağı Yer Olarak Şirket Merkezi

Şirket merkezi, şirketin kendi hisselerini satın almasına ilişkin prosedürde de odak kavramlardan biridir. Buna göre, şirket tarafından hisselerin satın alınmasına ilişkin (yazıya dökülmüşse) yapılan sözleşmelerin ya da sözleşme yazıya dökülmemişse memorandumda satın alınmaya ilişkin yer alan hükümlerin kopyaları, şirket ortaklarının incelemesine sunulmak üzere şirket merkezinde ve sürenin bitimi şirket genel kurulunun gerçekleştiği gün olarak hesaplanacak şekilde, 15 günden az olmamak üzere hazır halde bulundurulmalıdır (CA sec.696).

Anonim şirketlerden farklı olarak, limited şirketlerin kendi hisselerini satın alabilmeleri için denetçiler tarafından satın almaya özgü bir raporun da hazırlanması gerekmektedir. Bu raporda denetçilerin incelemeleri neticesinde satın almaya ilişkin CA'daki koşulların yerine gelip gelmediği ortaya konmalıdır (CA sec.720). Nitekim bu raporun da direktörlerin satın almaya ilişkin beyanları ile birlikte, kural olarak şirket merkezinde beş haftalık bir süre içerisinde, ortakların incelemesine hazır halde bulundurulması gerekir³⁶.

CA sec.805'te şirket hisseleri ile ilgili olarak anonim şirketlerde şirket tarafından gerçekleştirilecek incelemelerin sonuçlarının şirket ortaklarına rapor edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, CA sec.803'e uygun şekilde gerçekleştirilen incelemenin sonuçlarını içeren raporun, şirket tarafından, kural olarak şirket merkezinde ve hazır hale getirildiği ilk andan itibaren altı yıllık bir süre içerisinde ortakların inceleyebilmesi için hazır halde bulundurulması gerekmektedir. Bu süreç içerisinde rapor, şirket merkezi haricinde bir yerde saklanıyor ise bu yerin güncel adresi ile birlikte şirket tarafından sicil yetkilisine bildirilmesi şirket açısından bir mecburiyet arz etmektedir³⁷.

³⁵ LINKLATER, s.33.

³⁶ LINKLATER, s.33.

³⁷ Benzer bir düzenleme için bkz. CA sec.809.

E. Şirket Birleşmelerinin ve Bölünmelerinin Gerçekleşmesinde Şirket Merkezi

Şirket birleşmelerine ve bölünmelerine ilişkin hükümlerin incelenmesi neticesinde de Birleşik Krallık kanun koyucusunun şirket merkezi kavramına bu hükümlerin uygulanmasında önemli bir rol yüklediğine şahit olmaktayız. Şirket birleşmelerinde devralacak / devrolunacak şirketlerin, şirket bölünmelerinde ise bölünecek şirketin şirket merkezlerinin adreslerinin birleşmeye ve bölünmeye dair taslak metinlerde yer alması gerekmektedir (CA sec.905, 920). Şirket merkezi birleşen ve bölünen şirketlerin her birinin ortaklarının birleşmeye ve bölünmeye dair belgeleri inceleyebilecekleri yer olarak da ayrı bir öneme sahiptir (CA sec.911/1.a, 926/1.a). Birleşmeye ve bölünmeye dair bu belgelerin ortakların incelemesine sunulması halinde ise, birleşme ve bölünmenin prosedürleri arasında yer alan ortaklar toplantısının yapılmasına gerek olmadığına mahkeme tarafından karar verilebilecektir (CA sec.916/4, 917/4 ve 931/4.a).

F. Şirket Merkezi Adresinin Değişmesi, Bildirim ve İlan Yükümlülüğü

CA sec.87’de şirket merkezinin adresinin değişmesi düzenlenmiştir. Buna göre, şirket, şirket merkezinin adresini sicil yetkilisine bildirmek kaydıyla değiştirebilme yetkisine sahiptir (CA sec. 87/1). Avrupa Ekonomik Topluluğunun (68/151/EEC) sayılı Birinci Şirketler Hukuku Direktifinin 3. maddesinde yer alan hükümle uyumlu olarak, şirketin merkezi ile ilgili meydana gelen her türlü değişikliğe sicil yetkilisi tarafından ayrıca duyuru/ilan (public notification) yoluyla aleniyet kazandırılacaktır (CA sec.1077, 1078). Duyuru/ilan İngiltere ve Galler’de tescil edilmiş şirketler için, “London Gazette”de, İskoçya’da tescil edilmiş şirketler için “Edinburgh Gazette”de, Kuzey İrlanda’da tescil edilmiş şirketler için ise, “Belfast Gazette”de gerçekleştirilecektir (CA sec.1173). Şirket merkezinin adresinin değişikliğe uğraması halinde de sicil yetkilisine bildirimden sonra, doğal olarak söz konusu duyuru/ilan prosedürü yürütülecektir³⁸. Şirket merkezinin adresinin, şirkete karşı gerçekleştirilecek yazışmaların, beyanların ve açıklamaların yapılmış sayılabilmesi bakımından sahip olduğu etki sebebiyle, şirket merkezindeki adres değişikliğinin sicil yetkilisine bildirilmesi büyük önem taşımaktadır³⁹. Aksi bir durumda, duyurunun/ilanın gerçekleşmemesi, kural olarak üçüncü

³⁸ GIRVIN / FRISBY / HUDSON, s.75.

³⁹ HANNIGAN, s.11.

kişilere karşı şirket merkezi adresinin değişikliğinin ileri sürülemeyeceği anlamına gelmektedir (CA sec.1079/1, 2)⁴⁰.

Şirket merkezinin adresinin değiştirilmesi, etkisini, değişikliğe dair bildirimin sicil yetkilisi tarafından tescil edildiği anda göstermeye başlayacaktır. Bununla birlikte tescilin gerçekleştiği günden itibaren işleyecek ondört gün sona erene kadar şirketin daha önceki merkez adresine herhangi bir belge gönderilmişse, bu gönderim işleminin de geçerli olarak kabul edileceği Kanunda ayrıca tespit edilmiştir (CA sec.87/2). Öte yandan şirketin merkezinde gerçekleştirilecek bir inceleme için herhangi bir kaydı, indeksi ya da diğer bir dökümanı müsait şekilde hazır durumda bulundurmak veya herhangi bir dökümanda şirket merkezinin adresini belirtmek şeklindeki yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile ilgili olarak, şirket için değişikliğin etkisinden yararlanılabilmesi için değişiklik bildiriminin tescil edilmesi de gerekli ve yeterlidir; dolayısıyla şirket için değişikliklerin etki kazanması noktasında söz konusu ondört günlük sürenin geçmesini beklemeye gerek yoktur⁴¹.

SONUÇ

Birleşik Krallık hukuk sistemini Kıta Avrupası hukuk sisteminden özgün kılan müesseselerden birisi şirket merkezi (registered office) olarak karşımıza çıkmaktadır. Şirket merkezinin bu özelliği Birleşik Krallık şirketler hukukunun odak kavramlarından biri olarak kabulünün doğal bir sonucudur. Nitekim özellikle milletlerarası nitelik arz eden uyuşmazlıkların çözümünde yetkili mahkemenin ve tatbik edilecek hukukun tespiti noktasında şirketin tescil edildiği ve dolayısıyla şirket merkezinin bulunduğu yerin esas alınması gereği, Birleşik Krallık hukuk sistemine hâkim olan anlayış olarak karşımıza çıkmaktadır. Incorporation doktrini olarak nitelendirebileceğimiz bu hâkim anlayış, real seat doktrinini benimseyen Kıta Avrupa hukuk sistemi ile ters düşmekte ve netice itibarıyla AB Adalet Divanının şirket kurma özgürlüğünü ve dolayısıyla insan haklarını ilgilendiren içtihatlarının konusunu oluşturmaktadır.

⁴⁰ Birleşik Krallık kanun koyucusu, CA sec.1079'da, bir şirketin, şirket sözleşmesinin hükümlerinin güncellenmesi, direktörlerinin ve merkezinin değişmesi, tasfiyeye girilmesi, tasfiye memurunun atanması hallerinde, bu durumun üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ya zamanında bu işlemlerin resmi bir şekilde üçüncü kişilere bildirildiğinin ya da üçüncü kişilerin söz konusu zaman içerisinde bu değişikliğe zaten vakıf olduklarının ispatlanmış olmasını şart koşmaktadır (CA sec.1079/1, 2).

⁴¹ GIRVIN / FRISBY / HUDSON, s.75; FRENCH / MAYSON / RYAN, s.68.

Şirket merkezi müessesesinin Birleşik Krallık şirketler hukuku açısından kanuni dayanağı olan CA sec.86 vd.ye göre, şirket merkezi bulundurmak bir mecburiyettir. Bu mecburiyet, şirketin kuruluşunun gerçekleşebilmesi için yerine getirilmesi gereken şartlardan birisi olarak önem kazanmaktadır. Nitekim şirketin kuruluşunun tamam olabilmesi için, tescil şartının gerçekleşebilmesi ve tescil için, gerekli olan evrakın eksiksiz olarak sicil yetkilisine ibrazı ve bu evrakın arasında da şirket merkezinin bulunacağı yönetim ve yargı bölgesine (İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda) ve adresine dair kurucular tarafından hazırlanan beyannamenin yer alması gerekmektedir. Şirketin merkezinin bulunduğu yönetim ve yargı bölgesi şirketin tabiyeti noktasında bir fark meydana getirmemektedir, ancak şirketin yerleşim yerinin kesinlik kazanmasına ve CA uygulaması açısından tabii olunan hükümlerin farklılaşmasına yol açmaktadır. Şirketlerin kuruluşunda serbesti sisteminin benimsenmesine ve esnek kuruluş yöntemlerine geçerlik tanınmasına rağmen, Birleşik Krallık şirketler hukukunda şirket merkezlerinin yönetim ve yargı bölgeleri arasındaki transferi parlamentonun özel kanun çıkarması gibi son derece ağır bir şekil şartına tabi tutulmuştur. Kanaatimizce, Birleşik Krallık kanun koyucusunun şirket merkezinin transferini bu kadar zorlaştırmasının gerekçesi, aşırıya kaçtığını kabul etmemiz gereken bir korumanın şirketin ortaklarının ve alacaklılarının lehine düşünülmüş olmasından ibarettir.

Şirket merkezi bulundurmak, Birleşik Krallık şirketler hukukunda tasfiyenin tamamlanmasına kadar geçen süreçte, şirketlerin bölünmesi ve birleşmesi dâhil olmak üzere, şirketlerin faaliyetlerinin devamında da geçerliğini muhafaza eden bir mecburiyet olarak düzenlenmiştir. Nitekim her yıl şirket ve şirket ortakları hakkındaki bilgiler ile şirketin bilançosu ve gelir gider tablosu hakkındaki verileri içeren ve sicil yetkilisine ibraz edilmesi gereken yıllık raporlarda yer alacak zorunlu kayıtlar arasında, şirket merkezinin adresine ilişkin beyan da bulunmaktadır. Şirketin tescil edildiği ve dolayısıyla merkezinin bulunduğu yerin şirket tarafından kaleme alınacak tüm ticari mektuplarda, sipariş formlarında ve şirkete ait web sayfalarında yazılı olması bir mecburiyettir. Şirkete yapılacak ihtar ve ihbarların geçerliliği açısından şirket merkezinin tebligat adresi olarak kabul edileceği, tebligat adresi olarak kabulün şirketin direktörlerinin ve şirket sekreterlerinin servis adresleri için de alternatif adres niteliğinde geçerli olacağı Birleşik Krallık kanun koyucusu tarafından ayrıca tespit edilmiş bulunmaktadır. Şirkete ait kayıtların tutulacağı ve saklanacağı yer olarak da şirket merkezi dikkate alınmaktadır. Denetçinin istifasına ilişkin beyanın ibraz edileceği ve nihayetinde şirket tarafından imzalanan sözleşmeler ile alınan kararların ve hazırlanan raporların ortakların incelemesine sunulacağı yer olarak da şirket merkezi öngörülmektedir.

KAYNAKÇA

- APLIN, Tanya, Commercial Confidences After The Human Rights Act, *European Intellectual Property Review*, 2007, 29(10), s.411-419.
- BAUERLE, Carsten Gerner / SCHILLIG, Michael, The Mysteries of Freedom of Establishment After Cartesio, *International & Comparative Law Quarterly*, 2010, 59 (2), s.303-323.
- BIRDS, John / CLARK, Bryan / MacNEIL, Iain / McCORMACK, Gerard / TWIGG-FLESNER, Christian / VILLIERS, Charlotte, Boyle & Birds' Company Law, 7th edition, Bristol 2009.
- COBURN, Amy, The Growth of Bankruptcy Tourism in The United Kingdom, *Insolvency Intelligence*, 2012, 25 (1), s.8-11.
- DAVIES, Paul L., Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 18th edition, London 2008.
- DIGNAM, Alan / LOWRY, John / PADFIELD, Nicola, Company Law, 6th edition, Oxford 2012.
- DRURY, Robert, The European Private Company, *European Business Organisation Law Review*, 2008, 9(1), s.125-136.
- EIDENMULLER, Horst / ENGERT, Andreas / HORNUF, Lars, Incorporating Under European Law: The Societas Europaea as A Vehicle For Legal Arbitrage, *European Business Organization Law Review*, 2009, 10 (1), s.1-33.
- FARRAR, John H. / HANNIGAN, Brenda, Farrar's Company Law, 4th edition, London 1998.
- FRENCH, Derek / MAYSON, Stephen / RYAN, Christopher L., Company Law, 27th edition, Oxford 2010.
- GIRVIN, Stephen, / FRISBY, Sandra / HUDSON, Alastair, Charlesworth's Company Law, 18th edition, London 2010.
- HANNIGAN, Brenda, Company Law, 2nd edition, Oxford 2009.
- HICKS, Andrew / GOO, S.H., Cases and Materials on Company Law, 6th edition, Oxford 2008.
- LINKLATER, Lisa, Auditing The Auditors: The Companies Act 2006, *Company Lawyer*, 2008, 29(2), s.33-34.

- MAKOWICZ, Bartosz / SAIFEE, Faisal, Societas Privata Europaea: The European Private Company, *Company Lawyer*, 2009, 30(8), s.227-232.
- McCROSSAN, Christine P., Ravat v Halliburton Manufacturing & Services Ltd. Case Comment, *Employment Law Bulletin*, 2012, 108(Apr), s.5-7.
- MOSS, Gabriel, Head Office Functions: Test Triumphs in ECJ: Interdil, *Insolvency Intelligence*, 2011, 24 (8), s.126-128.
- MUCCIARELLI, Federico M., Company “Emigration And EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited, *European Business Organization Law Review*, 2008, 9(2), s.267-303.
- PETTET, Ben / LOWRY, John / REISBERG, Arad, Pettet’s Company Law, 3rd edition, Essex 2009.
- SEALY, Lean / WORTHINGTON, Sarah, Sealy’s Cases and Materials in Company Law, Oxford 2010.
- SHEIKH, Saleem, Company Law Reform: Part 2, *International Company and Commercial Law Review*, 2006, 17(3), s.96-101.
- STOLOWY, Nicole, Does The “Societas Europaea” or “European Company” Make A Significant Contribution to Construction of A European Company Law? *Journal of Business Law*, 2012, 5, s.363-378.
- VAN DUZER, Peter, Registered Office and SAIL Address, *Company Law Review*, 2011, 34(20), s.157-160.
- WERLAUFF, Erik, Relocating A Company within The EU, *European Company Law*, 2008, 5(3), s.136-139.
- WILD, Charles / WEINSTEIN, Stuart, Smith and Keenan’s Company Law, 15th edition, Essex 2011.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN TASARISI TASLAĞININ BAZI MADDELERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Abdulkerim YILDIRIM*

ÖZET

Bu çalışmada 17 Ağustos 2012 itibariyle kamuoyunun görüşüne açılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının bazı maddelerine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Toplam 9 kısım ve 54 maddeden oluşan taslak metin, mevcut kanunda yer almayan bazı konuları ilk defa düzenlemiştir. Taslağın, “tüketicileri daha ileri seviyede korumaya yönelik tedbirlerin alınması, tüketicilerin hak arama yollarının kolaylaştırılması, tüketicinin bilgilendirilmesine ağırlık verilmesi, bürokrasinin azaltılması ve cezalarda hakkaniyete uygun bir ceza sisteminin oluşturulması” amacıyla hazırlandığı belirtilmiştir. Taslakta tüketiciler açısından olumlu birçok yeni hüküm getirilmiş, fakat bazı yerlerde eleştiriye açık düzenlemelere yer verilmiştir. Taslağa son şekli verilirken tüketicilerin tam ve etkin bir şekilde korunmasını sağlamak için eksikliklerin giderilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Tüketicinin Korunması, Tüketici Sözleşmeleri, Kanun Taslağı, Haksız Koşullar, Ayıplı İfa

EVALUATIONS ON SOME OF THE PROVISIONS OF THE DRAFT STUDY OF LAW ON THE PROTECTION OF CONSUMERS

ABSTRACT

In this study, some of the provisions of the Draft Study of Law on the Protection of Consumers, which was opened to public opinion at 17 August 2012, are evaluated. The draft study text, formed by 9 parts 54 articles, is regulating some issues for the first time, which are not included in current law. It is emphasized that the draft text is prepared for the purpose of “to take measures to protect consumers in an advanced level, to ease the paths of consumers to seek remedy, to put emphasis on informing the consumers, to reduce bureaucracy and to create a criminal system which is in accordance with equity”. There are lots of positive provisions in the draft study in terms of consumers. When finalizing the draft study, the deficiencies must be made up to ensure full and effective protection of consumers.

Keywords: Consumer Protection, Consumer Contracts, Draft Law, Unfair Terms, Defective Performance

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

İktisadi hayatın şekillenmesinde belirleyici rol üstlenen tüketicilerin güçlü konumdaki satıcı/sağlayıcı karşısında korunması meselesi yıllardan beri önemini muhafaza etmektedir. Dünyadaki ve Avrupa'daki gelişmelere kayıtsız kalamayan Türk norm koyucusu da başta anayasa olmak üzere iç hukuk mevzuatını bu doğrultuda dizayn etme çabası içine girmiştir.

1982 Anayasası'nın "Tüketicilerin Korunması" kenar başlıklı 172. maddesi uyarınca: "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder." Anayasanın bu amir hükmü gereğince tüketicilerin korunmasını sağlamak amacıyla, geç de olsa, 23.02.1995 tarihinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kabul edilmiş ve bu Kanun, 08.09.1995'de yürürlüğe girmiştir¹. İsminden de anlaşılacağı üzere temel amacı tüketicileri korumak olan bu kanunun uygulanmasını sağlamak üzere Bakanlık² tarafından değişik tarihlerde bol miktarda tebliğ ve yönetmelik çıkarılmıştır³. Böylelikle "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Mevzuat" hukuk yaşamamızdaki yerini almıştır.

Ancak söz konusu mevzuat, toplumsal ve iktisadi sahadaki gelişmeler karşısında, tüketici sorunlarına gerektiği ölçüde cevap veremez hale gelmiş⁴ ve bu sebeple yeni düzenlemeler yapma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, 2003 tarihinde 4822 sayılı Kanunla⁵ TKHK'da birtakım değişikliklere gidilmiştir. Böylelikle AB'nin "Tüketiciyi Koruma Politikası"nın ürünü olarak ortaya çıkan yönergelerin "Türk Tüketici Hukuku" ile uyumlaştırılmasının sağlandığı öne sürülmüştür⁶.

¹ RG, T. 8/3/1995, Sa. 22221.

² Bilindiği üzere Sanayi ve Ticaret Bakanlığı; Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olmak üzere ikiye bölünmüştür. İnceleme konumuz olan Taslakta TKHK'nın uygulamasında yetkili bakanlığın Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olduğu belirtilmiştir (m. 3, b. a). Söz konusu bakanlık bünyesinde Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Taslakta geçen "genel müdürlük" ifadesinin de bu birimi işaret ettiği belirtilmiştir (m. 3, b. c).

³ Tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat için bkz. DEMİR, Mevzuat, s. 9 vd.

⁴ 4077 sayılı TKHK'nın sırf AB hatırına bir "göz boyama yasası" olarak alelacele çıkarıldığı ve ihtiyaçlara cevap veremeyeceğinin ta baştan belli olduğu yönünde bkz. SEROZAN, s. 340.

⁵ RG, T. 14/03/2003, Sa. 25048.

⁶ Gerçekten de 4822 sayılı Kanuna ilişkin Tasarı'nın genel gerekçesine göre: "... yapılan düzenleme ile, Avrupa Birliğine adaylık sürecini yaşadığımız bu günlerde Birliğin "Tüketici Koruma Politikasının" sonucu olan 13 adet Direktifin öngörülen değişikliklerle birlikte,

4822 sayılı Kanun birçok noktada olumlu sayılabilecek değişikliklere ve yeniliklere yer verdiği için övülmüş, bazı konularda ise gerekli ve yeterli düzenlemeleri getirmeyi ihmal etmesi nedeniyle eleştirilerin hedefi olmuştur⁷. Örneğin düzenleme yapılırken 2000/31/EC sayılı E-Ticaret Yönergesi⁸ ile 2002/65/EC sayılı Mesafeli Sürüm Yoluyla Tüketicie Sunulan Finansal Hizmetlere İlişkin Yönerge⁹ hükümleri göz ardı edilmiş ve “AB Mevzuatına Uyum” gerçekleştirilemeyerek maalesef sözde kalmıştır.

4077 sayılı TKHK’da ayrıca 27/5/2004 tarihinde 5179 sayılı Kanunla¹⁰, 21.02.2007 tarihinde 5582 sayılı Kanunla¹¹ ve son olarak 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanunla¹² küçük çaplı bazı değişiklik ve ilaveler yapılmıştır.

II. YENİ BİR KANUN YAPMA DÜŞÜNCESİNİN DOĞUŞU

Görüldüğü gibi 1995 tarihli 4077 sayılı TKHK’da bugüne kadar çeşitli tarihlerde değişiklik ve/veya ilaveler yapılmıştır. Ancak Bakanlık tarafından yayınlanan “taslağa ilişkin genel açıklamalarda”¹³ da belirtildiği gibi, düzeltilmesine ihtiyaç duyulan konuların çeşitli olması ve yine süreç içerisinde yeni AB yönergelerinin düzenlenmesi ve mevcut yönergelerde yapılan değişiklikler Kanun’daki çoğu maddede değişiklik yapılmasını zorunlu kılmıştır.

“Türk Tüketici Hukuku” ile uyumlaştırılması sağlanmış olacaktır. Tüketici hukuku alanındaki uyumlaştırmanın gerçekleşmesi Avrupa Birliğine adaylık sürecine önemli bir katkıda bulunacaktır.” Gerekçe için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss61m.htm> (Erişim 21 Ekim 2012).

⁷ 4822 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler hakkındaki değerlendirmeler için bkz. OZA-NOĞLU, 4822 sayılı Kanun, <http://www.e-akademi.org>, (Erişim 15 Kasım 2012); DEMİR, TKHK, s. 397 vd., KADIOĞLU, s. 295 vd.; SEROZAN, s. 339 vd.

⁸ Yönergenin orijinal başlığı “Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market (Directive on electronic commerce)” şeklindedir. Yönerge metni için bkz. OJ L 178/1, 17.7.2000.

⁹ Yönergenin orijinal başlığı “Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC” şeklindedir. Yönerge metni için bkz. OJ L 271/16, 9.10.2002.

¹⁰ RG, T. 05/06/2004, Sa. 25483.

¹¹ RG, T. 06/03/2007, Sa. 26454.

¹² RG, T. 08/02/2008, Sa. 26781.

¹³ Bu açıklamalar için bkz. <http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html> (Erişim 20 Ekim 2012).

Gerçekten de AB tüketicinin korunması mevzuatında yer alan on üç Yönerge, bir Tüzük ve iki Tavsiye Kararının iç hukukumuzda aktarılması için en iyi çözüm olarak kanunun yeniden kaleme alınması fikri benimsenmiştir¹⁴.

Öte yandan 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) tüketici haklarını da ilgilendiren bazı düzenlemelere gidilmesi sonucu bu hükümlere uyum sağlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bakanlık tarafından yayınlanan “taslağa ilişkin genel açıklamalar” da ayrıca yeni satış metotlarının ve türlerinin ortaya çıkması ve gittikçe yaygınlaşmasına paralel olarak tüketicilere etkin koruma sağlanması için yeni bir kanunun ihtiyaç haline geldiği de vurgulanmıştır.

Bütün bunlara ek olarak uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü için Kanunun neredeyse bütün maddelerinde bir değişiklik yapılması gerektiğinin altı çizilmiş ve mevcut Kanundaki cezaların izlenen amaca hizmet etmediği belirtilmiştir. Ayrıca “cezalandırma yerine bilgilendirmek suretiyle ıslah etme yönteminin” daha faydalı olacağı ve taslakta buna yönelik hükümlerin bulunduğu belirtilmiştir¹⁵.

Yukarıda belirtilen nedenlerle mevcut Kanunun her maddesini değiştirmek yerine yeni bir Kanun hazırlanmasının daha uygun olacağı değerlendirilerek 06/10/2011 tarih ve 2011/4 sayılı bakanlık onayı ile mevzuat çalışmalarını yürütmek üzere bir “Özel İhtisas Komisyonu” oluşturulmuş ve neticede hazırlanan Taslak 17 Ağustos 2012 itibarıyla kamuoyunun görüşüne açılmıştır¹⁶.

¹⁴ AB mevzuatı ve bunun iç hukuklarda uygulanması hakkında kısa bir bilgi verelim: AB hukuku, birincil ve ikincil hukuk olmak üzere iki esasa dayanmaktadır. Birincil hukuku oluşturan kuruluş antlaşmaları üye ülkelere ve onların vatandaşlarına doğrudan uygulanır. Ancak bir birincil hukuk kuralının doğrudan uygulanabilmesi için, bu kuralın açık, kesin ve şartsız olması gerekir (ODER, s. 121-123 vd.; ÇELENK, s. 79-80). İkincil hukuk ise, topluluk tüzükleri, yönergeler, kararlar ile tavsiye ve görüşlerdir. Bunlar topluluk organlarının, kuruluş antlaşmaları ile belirlenen gayeyi gerçekleştirebilmek için koydukları kurallardır. Tüzükler, aynen kurucu antlaşmalar gibi doğrudan uygulanır. AB Konseyi tarafından veya Konsey ile birlikte AB Parlamentosu veya AB Komisyonu ile ortaklaşa çıkarılan yönergeler ise doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz değildir. Bu nedenle üye ülkelere iç hukuklarına alınmaları gerekir. Tavsiye ve görüş niteliğindeki kurallar ise bağlayıcı değildir. Detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, s. 67 vd.; ÇELENK, s. 81-82.

¹⁵ Söz konusu açıklamaya göre: “Sektörde faaliyet gösteren firmaların çoğu, kendi alanlarıyla ilgili 4077 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeleri bilmemektedir. Sektörlerle yapılan bilgilendirme toplantıları neticesinde firmaların birçoğunun mevzuata uygun hareket etmeye başladığı görülmektedir. İşini doğru yapan ve tüketici mağduriyetine sebep olmayan firmalar sadece sözleşmede yer alması gereken bazı bilgilerde eksiklik bulunması nedeniyle ağır yaptırımlara maruz kalmaktadır. Bunun önüne geçilmesi için bazı alanlarda uyarı mekanizmaları getirilecektir.” (<http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakinda-kanun-tasarisi-taslagi.html>). (Erişim 20 Ekim 2012).

¹⁶ Taslak metin için bkz. <http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakinda-kanun-tasarisi-taslagi.html>. Bakanlık tarafından 28 Kasım 2012 tari-

Toplam 9 kısım ve 54 maddeden oluşan Taslak'ın içeriği şu şekildedir:

1. Kısım: Amaç, Kapsam, Tanımlar
2. Kısım: Genel Esaslar
3. Kısım: Ürün Sorumluluğu
4. Kısım: Tüketici Sözleşmeleri
5. Kısım: Tüketicilerin Bilgilendirilmesi ve Eğitilmesi
6. Kısım: Ticari Reklamlar ve Haksız Ticari Uygulamalar
7. Kısım: Tüketici Kuruluşları
8. Kısım: Yargılama ve Cezaya İlişkin Hükümler
9. Kısım: Çeşitli Hükümler

Mevcut Kanun ise 5 kısım, 34 madde + 1 de geçici maddeden oluşmaktadır¹⁷.

Yeni düzenlemenin, aşağıda yapacağımız eleştiriler saklı kalmak kaydıyla, halen yürürlükte olan TKHK'ya göre sistematik açıdan daha iyi olduğu söylenebilir.

Birçok noktada değişiklik yapan taslak metin bazı konuları ilk defa düzenlemiştir. Bunlara örnek olarak ürün sorumluluğu (m.8-15), haksız ticari uygulamalar (m. 36), finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler (m. 24) ve tüketici ödülleri (m. 34) gösterilebilir.

Taslağın kanunlaşmasının ardından 22 adet uygulama yönetmeliği hazırlanacaktır. Söz konusu yönetmelikler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde çıkarılacaktır (Taslak m. 50, f. 2)¹⁸.

hinde yapılan yazılı açıklamada, başta ilgili sivil toplum kuruluşları ve meslek örgütleri olmak üzere toplam 96 kurum ve kuruluşun görüşlerinin resmi yazı ile sorulduğu ifade edilmiştir. Bakanlığın söz konusu taslak hakkındaki iradesinin henüz sonuçlanmadığının belirtildiği açıklamada kurum ve kuruluşlardan gelen görüşleri değerlendirmek üzere oluşturulan mevzuat çalışma komisyonunun, gelen görüşleri de dikkate alarak taslakla ilgili değerlendirmelerini halen devam ettirmekte olduğu bilgisine yer verilmiştir. (<http://www.haberler.com/bakanlik-tuketici-kanun-taslaginda-bankalarla-4128508-haberi/>). (Erişim 20 Aralık 2012).

¹⁷ 1. Kısım: Amaç, Kapsam, Tanımlar; 2. Kısım: Tüketicinin Korunması ve aydınlatılması; 3. Kısım: Tüketici Kuruluşları; 4. Kısım: Yargılamaya ve Cezaya İlişkin Hükümler; 5. ve son Kısım: Çeşitli Hükümler

¹⁸ Taslağın geçici 2. maddesi uyarınca: “Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”

Taslağın, “tüketicileri daha ileri seviyede korumaya yönelik tedbirlerin alınması, tüketicilerin hak arama yollarının kolaylaştırılması, tüketicinin bilgilendirilmesine ağırlık verilmesi, bürokrasinin azaltılması ve cezalarda hakkaniyete uygun bir ceza sisteminin oluşturulması” amacıyla hazırlandığı belirtilmiştir¹⁹.

III. TASLAĞIN BAZI MADDELERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A) Kanunun Amacı ve Kapsamı

Kanunun amacı 1. maddede belirtilmiştir. Burada, hali hazır düzenlemeden herhangi bir farklılık söz konusu değildir²⁰.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde: “Bu Kanun tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar” ifadesine yer verilmiştir. “Tüketici işlemi” demekle zaten taraflardan birinin tüketici olması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca “tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu” ifadesi gereksizdir²¹. Taslakta bu hususun düzeltilmesi olumlu olmuştur.

Taslakta Kanun’un kapsamı tüketiciler lehine genişletilmiştir. Her şeyden önce 2. maddeye göre bu kanun, her türlü tüketici işlemi yanında tüketiciye yönelik uygulamayı da kapsar.

Ayrıca Taslakta “tüketici işlemi” tanımlanırken (m. 3, b. 1) herhangi bir tereddüte/tartışmaya yer vermemek için bu kavramın eser, taşıma, simsarlık sözleşmeleri de dâhil olmak üzere her türlü hukuki işlemi ifade ettiği belirtilmiştir. Mevcut düzenlemede eser, taşıma ve simsarlık sözleşmelerinden açıkça söz edilmemesi uygulamada tereddütlere yol açmakta ve yargı kararlarında bu sözleşmelerin TKHK kapsamı dışında kaldığı ve bu nedenle söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların genel mahkemelerde çözüme kavuşturulması gerektiği sonucuna varılmaktadır²².

¹⁹ <http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html> (Erişim 20 Ekim 2012).

²⁰ Bu bağlamda kanunun amacını maddeler halinde şu şekilde belirtebiliriz: Tüketicinin a) sağlık ve güvenliğini korumak, b) ekonomik çıkarlarını korumak, c) tüketiciyi aydınlatıcı ve eğitici önlemleri almak, d) tüketicinin uğradığı zararların tazmin edilmesini sağlamak, e) tüketicinin çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak, f) tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve g) tüketicilerin korunmasına ilişkin politikaların oluşturulmasında gönülle örgütlenmeleri teşvik etmek.

²¹ ASLAN, s. 10.

²² Gerçekten de Yargıtay bazı kararlarında yanlış olarak, TKHK’nın ancak hazır bir mal veya

Oysa bir işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için TKHK anlamında mal ve hizmet sağlanmasını konu edinmesi ve taraflarının da yine TKHK’da belirtilen tüketici-satıcı/sağlayıcı konumunda bulunması yeterlidir. Sözleşmenin türü bu noktada önem taşımamaktadır²³. Taslaktaki bu düzenlemeyle artık eser, taşıma ve simsarlık sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak kabulü konusundaki tereddütler ortadan kaldırılmış olacaktır. Fakat aynı tehlike maddede açıkça sayılmamış diğer sözleşmeler (ivazlı emanet, ivazlı vekâlet vs.) bakımından hâlâ devam etmektedir. Anılan tehlikeyi ortadan kaldırmak için tüketici işlemini: “Türü ne olursa olsun tüketici ile müteşebbis arasında yapılan her türlü hukuki işlem” olarak tanımlamaktan başka çare kalmamaktadır. Aksi takdirde Yargıtay maddede sayılmamış sözleşmeleri sırf ismen belirtilmediği için Kanunun kapsamı dışında bırakabilir.

Yine Taslağın 2. maddesinde taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir (f. 3). Bu hükümle Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu gibi diğer kurumlarla yaşanan yetki çatışmasının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır²⁴.

Bu olumlu yönlerine rağmen 2. maddede mevcut düzenlemedeki ifadeye benzer şekilde “Bu kanun 1. maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilen ...” ifadesinde ısrar edilmesi isabetli değildir²⁵. Zira 1. madde kanunun amacını, 2. madde ise nelerin kanun kapsamına girdiğini yani kanunun uygulama alanını belirtmektedir. “Tüketici işlemi” 1. maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda yapılmamışsa kanun kapsamına girmeyecek midir? Söz konusu ifade, bir işlemin TKHK kapsamına girip girmediğini tayin için tarafların hangi amaçla hareket ettiğinin tespitini arıyormuş şeklinde bir yoruma açık kapı bırakması bakımından yerinde değildir.

hizmetin sunulması durumunda uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Sipariş üzerine yaptırılan ürünlerin TKHK kapsamı dışında kaldığına hükmetmiştir. Bu yönde bkz. 15. HD, T. 29.9.2003, E. 2003/1307, K. 2003/4388; 13. HD, T. 15.5.2002, E. 1401, K. 2522. (Kararlar için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 1052-1053, 1117). Yine aynı şekilde Yargıtay (15. HD, T. 22.2.2005, E. 4218, K. 928) otomobile LPG cihazının ayıplı monte edilmesi nedeni ile meydana gelen zararların tazminine ilişkin bir olayda eser sözleşmesi söz konusu olduğundan genel mahkemelerin görevli olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. ASLAN, s. 16. Aynı yönde bir başka karar (3. HD, T. 21.11.2011, E. 14437, K. 18077) için bkz. KARA, s. 123.

²³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 74; KARA, s. 37.

²⁴ <http://www.gumrukticaret.gov.tr>

²⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 72.

Taslağın 2. maddesinde TKHK’da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir (f. 2). Kanaatimizce söz konusu husus bilinen bir şeyi tekrardan ibarettir ve gereksizdir. Mutlaka konulması arzu ediliyorsa burada değil mevcut düzenlemede olduğu gibi (TKHK m. 30) diğer hükümler kısmında yer verilmesi daha uygun olurdu.

B) Tüzelkişilerin Tüketici Kavramı Dışında Bırakılması

Taslağın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde Kanunun uygulanmasında bazı kavramların tanımı yapılmıştır. Bu maddede göze çarpan en önemli değişiklik/yenilik “tüketici” kavramında olmuştur. Şöyle ki AB’nin yönergelerinden ve birçok üye ülke hukukundan²⁶ farklı olarak hali hazırda yürürlükte olan Kanunda gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de tüketici sıfatına sahip olabilecekleri açıkça ifade edilmiştir (TKHK m. 3, b. e)²⁷. Fakat Taslakta tüketici olarak yalnızca gerçek kişilerden bahsedilmiştir. Buna göre, tüketici; bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya bunlardan yararlanan gerçek kişiyi ifade eder (m. 3, b. k). O halde Taslak bu haliyle kanunlaşırsa tüzelkişiler artık tüketici olarak kabul edilmeyecektir.

Ancak herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün tüzelkişilerin kapsam dışı bırakılması kanaatimizce isabetli olmamıştır. Kamu hukuku tüzel kişilerinin²⁸ ve ticaret şirketlerinin zayıf tarafı koruma amacıyla düzenlenen bir kanunun kapsamına “korunmaya değer taraf olarak” alınmaması doğaldır²⁹. Fakat

²⁶ Örneğin Alman hukukunda tüketicinin gerçek kişi olduğu, tüzel kişilerin bu kapsam içinde değerlendirilmediği BGB § 13’de açıkça belirtilmiştir.

²⁷ 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK’ya göre de tüketici: “Sözleşmeyi ticari veya mesleki faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişidir” (m. 864, b. 5).

²⁸ TKHK’nın amacı dikkate alındığında, kamu tüzel kişilerinin ve bunlar tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin tüketici olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Böyle bir sonuca, mevcut TKHK m. 3, b. e ile m. 3, b. f ve g hükümlerinden ulaşılabilir. Buna göre, kanun koyucu, satıcı ve sağlayıcı kavramlarını tanımlarken (m. 3, b. f ve g) açıkça, “Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere” ifadesini kullanmış, oysa tüketici tanımında (m. 3, b. e) böyle bir ifadeye yer vermemiştir.

²⁹ Doktrinde bazı yazarlar ticaret şirketlerinin tüketim amacıyla bir iş yapması durumunda tüketici sıfatı taşıyabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşte bkz. POROY, s. 524; TAŞKIN, s. 36; BATTAL, s. 329-330; ÇEKER, s. 13, MAKARACI, s. 32. Yargıtay 19. HD, 9.2.2005 tarihli bir kararında ticaret şirketinin yaptığı işin tüketim amacı taşısa bile TKHK kapsamına girmeyeceğini kabul etmiştir. Kararın özet kısmına göre: “Elektrik kullanımını sağlayan şirket ile kullanımdan yararlanan şirket tacir olduğuna göre, kullanım sözleşmesinden doğan davanın ticari işletmeyle ilgili olduğu gözetilerek uyuşmazlığın genel mahkemelerde çözülmesinin gerektiği düşünülmelidir.” E. 7166, K. 952. Karar için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, Sa: 3, Y. 2005, s. 1043-1044. Aynı şekilde Yargıtay 20. HD de konuya ilişkin bir

aynı şey özel hukuk tüzel kişilerinden kazanç paylaşma amacı gütmeyen dernek ve vakıflar için geçerli değildir. Bunların, ticari işletme işletmedikleri sürece, somut olaya göre bir mal veya hizmeti mesleki olmayan amaçlarla edinmesi, kullanması ve yararlanması mümkün olduğundan tüketici olarak nitelendirilmelerine ve TKHK hükümlerinden yararlanmalarına engel olunmamalıdır³⁰.

Taslakta tacir niteliği taşımayan tüzelkişilerin de tüketici olarak belirtilmesi uygun olurdu. Aksi takdirde tüketicileri daha ileri seviyede korumaya yönelik tedbirlerin alınması iddiası ve amacıyla hazırlanan bir düzenleme dernek ve vakıfları özel korumadan mahrum bırakacaktır.

Kanun'un uygulaması bağlamında Taslakta “hizmet (m.3, b. ç)³¹”, “imalatçı/üretici (m. 3, b. d)³²”, “ithalatçı (m. 3, b. e)³³”, “kredi veren (m. 3, b. g)³⁴”, “sağlayıcı (m. 3, b. i)³⁵”, “satıcı (m. 3, b. i)³⁶”, “teknik düzenleme (m. 3,

karanında (E. 8260, K. 9761, T. 28.11.2002) tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlemlerinde tüketiciler için getirilen düzenlemelerin uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir. Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, C. 29, Sa. 3, Y. 2003, s. 424-426. Aynı yönde Yargıtay HGK, E. 19-1255, K. 1249, T. 11.10.2000 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 28, Sa. 4, Y. 2002, s. 531-538); 19. HD, E. 1782, K. 5240, T. 5.7.2001 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Sa. 42, Y. 2002, s. 1191- 1192); 11. HD, E. 1815, K. 5112, T. 26.6.1997 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 23, Sa. 10, Y. 1997, s. 1564- 1567); 11. HD, E. 8979, K. 9841, T. 29.12.1997 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 24, Sa. 11, Y. 1998, s. 1650- 1652).

³⁰ Bkz. ve karşı. OZANOĞLU, Tüketici kavramı, s. 690; AKİPEK, s. 196, KARA, s. 36.

³¹ Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen (ilave ibare) mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu (mevcut düzenlemede her türlü faaliyeti) ifade eder.

³² Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini imalatçı olarak gösteren gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

³³ Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde ithal ederek satım, kira, finansal kira veya benzeri bir yolla piyasaya süren gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Mevcut düzenleme daha dar bir tanım içeriyor.

³⁴ Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan tüzel kişiyi ifade eder. Mevcut düzenlemede nakit krediden bahsedilmiştir.

³⁵ Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında tüketiciye hizmet sunan ya da sunmayı taahhüt eden (ilave ibare) gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

³⁶ Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında tüketiciye mal sunan ya da sunmayı taahhüt eden (ilave ibare) gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

b. j)³⁷” ve “tüketici işlemi (m. 3, b. l)³⁸” kavramları yeniden kaleme alınmış; “mal (m. 3, b. ğ)³⁹” ve “tüketici örgütleri (m. 3, b. m)⁴⁰”ne ilişkin tanımlar ise mevcut düzenlemeyle aynı bırakılmıştır.

Taslahta mevcut Kanunda yer almayan yeni kavramlara rastlamak da mümkündür. Bunlardan biri “kalıcı veri saklayıcısı (m. 3, b. f)⁴¹” (ör. Disket, sabit disk, CD Rom), diğeri “müteşebbis (m. 3, b. h)⁴²”tir.

C) Tüketicinin Korunmasına İlişkin Genel Esaslar

Taslağın “Genel Esaslar” başlıklı ikinci kısmında (m. 4-7) tüketicinin korunmasına yönelik bazı genel düzenlemelere yer verilmiştir.

1. Tüketici Sözleşmelerinin ve Bilgilendirmelerin Şekli

Taslağın 4. maddesinin birinci fıkrasında; tüketici sözleşmelerinin ve bilgilendirmelerin yapılış şekline ilişkin esaslar belirlenmiştir. Mevcut Kanundaki “koyu siyah harflerle düzenlenir” ifadesi (m. 6, f. 6) terk edilerek “Bu Kanunda düzenlenen tüketici sözleşmeleri ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, açık, sade, anlaşılabilir bir dilde ve okunabilir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya diğeri bir kalıcı veri saklayıcısı ile yazılı olarak tüketiciye verilir” hükmü getirilmiştir. Yazılı şekildeki punto büyüklüğü mevcut kanundaki haliyle (en az on iki punto) aynen korunmuştur.

³⁷ Bir mal veya hizmetin, ilgili idarî hükümler de dâhil olmak üzere, özellikleri, işleme, üretim ve sunum yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından birini veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olan her türlü düzenlemeyi ifade eder.

³⁸ Tüketici ile müteşebbis (mevcut düzenlemede satıcı/sağlayıcı ibaresi kullanılmıştır) arasında yapılan, eser, taşıma, simsarlık sözleşmeleri de dâhil olmak üzere (ilave ibare) her türlü hukuki işlemi ifade eder.

³⁹ Alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut veya tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder.

⁴⁰ Tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf veya bunların üst kuruluşlarını ifade eder.

⁴¹ Tüketicinin veya müteşebbisin, kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini sağlayan ve kaydedilen bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren her türlü araç veya ortamı ifade eder. Benzer bir tanıma “sürekli veri taşıyıcısı” adı altında şu anda yürürlükte bulunan Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik’te (m. 4, b. ğ) rastlamak mümkündür. Yönetmelik için bkz. (RG, T. 06.03.2011; Sa. 27866).

⁴² Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere kendi işi, işletmesi, zanaatı veya mesleğine ilişkin ticari amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden bir gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

Ancak metinde yer alan “bu kanunda düzenlenen tüketici sözleşmeleri ve bilgilendirmeler” ifadesi yanlış anlaşılmaya müsaittir. Şöyle ki bu ifade yüzünden söz konusu hükümle getirilen esasların Taslağın yalnızca 4. kısmında “Tüketici Sözleşmeleri” başlığı altında özel olarak düzenlenen Taksitle Satış Sözleşmeleri (m. 18), Tüketici Kredisi Sözleşmeleri (m. 19), Konut Finansmanı Sözleşmeleri (m. 20) vs. yönünden geçerli olacağı sonucu çıkarılabilir. Tüketicinin korunma ihtiyacının en üst seviyede ortaya çıktığı bu sözleşmeler bakımından getirilmiş esasları bu kanunda özel olarak düzenlenmemiş diğer tüketici sözleşmeleri için de aramak kanunun amacına ve ruhuna uygun olacaktır. Öte yandan tüketici ile müteşebbis arasında yapılan her türlü hukuki işlem “tüketici işlemi” olduğuna göre (Taslak m. 3. b. 1) söz konusu esasların bütün tüketici işlemlerinde geçerli olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple yanlış anlaşılmalara önüne geçmek için “bu kanunda düzenlenen” ifadesinin metinden çıkarılması yerinde olur.

Taslakta tüketici sözleşmelerinin ve bilgilendirmelerin yapılış şekline ilişkin yukarıda belirtilen düzenlemeye aykırılığın yaptırımı olarak idari para cezası öngörülmüştür⁴³. Ayrıca genel işlem koşulu içeren tüketici sözleşmeleri bakımından TBK m. 21 ve Taslak m. 5 bağlamında “yazılmamış sayılma” yaptırımı uygulanabilecektir. Kanaatimizce bu yaptırımın uygulanacağının metinde ayrıca ifade edilmesi, herhangi bir tereddüde yol açmaması bakımından isabetli olacaktır.

2. Tüketici Aleyhine Düzenleme Yapma Yasağı

Taslağın 4. maddesinin ikinci fıkrasında tüketiciler açısından önemli bir hükme yer verilmiştir. Buna göre; tüketici sözleşmelerinde aksi belirtilmedikçe, tüketiciden, faiz, masraf, komisyon, teminat ve benzeri ödeme talep edilemez; sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez. Bankacılık sözleşmelerinde ise hiçbir suretle tüketicilerden kredi kartı üyelik ücreti, hesap işletim ücreti, dosya ücreti, ipotek fek ücreti vb. isimler altında herhangi bir bedel alınamaz⁴⁴. Hiçbir suretle denildiğine

⁴³ Buna göre: “4 üncü, 6 ncı, 18 inci, 23 üncü, 24 üncü, 26 ncı, 27 nci ve 29 uncu maddelerde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için; 30 uncu ve 31 inci maddede belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden üretici ve ithalatçı hakkında piyasaya arz edilen, satıcı hakkında tüketiciye satışı yapılan her bir mal için 200 TL idari para cezası uygulanır” (m. 46, f. 1).

⁴⁴ Bankacılık işlemleri genel olarak; “kredi kartı yıllık aidat ücreti, hesap işletim ücreti, işlem-sizlik ücreti, dosya masrafı, Komisyon ücreti, hayat sigortası ücreti, sigorta bedelleri, katkı payı, ekspertiz ücreti, ipotek fek ücreti, ilave peşin komisyon, havale ücretleri, EFT ücretleri, internet şubelerinden yurt içi/yurt dışı bankalara yapılan döviz transfer ücretleri, ATM na-

göre sözleşmede bunun aksi kararlaştırılamaz. Taslak bu haliyle kanunlaşırsa tüketicilerin korunması bakımından önemli bir mesafe kaydedilmiş olacaktır.

Bu maddede belirtilen yükümlülöklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için 200 TL idari para cezası uygulanır (Taslak m. 46, f.1)⁴⁵.

3. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar

Taslağın “Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” başlıklı 5. maddesi kapsam itibariyle genel işlem koşullarını⁴⁶ da düzenlemektedir⁴⁷. Fakat tüketicinin korunması mevzuatı açısından genel işlem koşulu vasfı taşıyan veya taşımayan tüm haksız sözleşme hükümleri denetime tabidir⁴⁸.

Bu arada 6098 sayılı TBK’da “koşul” kavramı kullanılmış olmasına rağmen Taslakta “şart” kavramında ısrar edilmesi doğru olmamıştır. Zira TBK’ya uyum sağlanması iddiasıyla kaleme alınan bir metinde kavram birlikteliğine dikkat edilmesi gerekirdi.

kit çekim masrafı, bakiye görüntüleme ücreti, mevzuat araştırma ücreti, dekont ücreti, ekstre ücreti, telefon, faks ve posta ücretleri, SMS, e-posta ücretleri, menkul kıymet şifre gönderim işlemi, menkul kıymet bakım ücreti, rehin, haciz kaldırma ücretleri, nakit avans komisyonu, müşterinin diğer şubedeki döviz tevdiat hesabından para çekmesi, asıl kart bedeli/ek kart bedeli, harcama vaadi ihlal ücreti, arşivden belge çıkarma ücreti, kredi kartı borcu yoktur yazısı alma ücreti”dir. (KIVILCIM, http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/degerlendirme_notu_-56-.pdf) (Erişim 10 Aralık 2012).

⁴⁵ “Fakat aykırılığın tespit edildiği tarih itibariyle bir defada uygulanan toplam para cezası tutarının 25.000 TL’yi aştığı durumlarda, bu miktardan az olmamak üzere toplam para cezası tutarı, cezaya muhatap gerçek ya da tüzel kişinin aykırılığın tespitinden bir önceki mali yılsonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde birini aşamaz. Bir önceki yıl gayri safi gelirin oluşmaması halinde, tespit tarihi itibariyle oluşan gayri safi geliri dikkate alınır. Gayri safi gelirlerinin bildirilmediği veya yanlış bildirildiği durumlarda bu hüküm uygulanmaz” (Taslak m. 46, f. 16). “Para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu artışların hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz” (Taslak m. 46, f. 18).

⁴⁶ Çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa sözleşme yapılırken sunduğu sözleşme hükümleri genel işlem koşulu olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 20). Bu hüküm uyarınca genel işlem koşullarının unsurları için bkz. ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu, s. 13 vd.

⁴⁷ Belirtmek gerekir ki, taslaktaki düzenleme sadece tüketici sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Tüketici işlemi niteliği taşımayan bir ilişkiye bu hükümler değil TBK m. 20-25 hükümleri uygulanacaktır. TBK’daki hükümler ancak TKHK’da bu konuda boşluk varsa devreye girecektir. Bu yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 162 vd.; EREN, s. 216-217; SİRMEN, s. 110. TKHK m. 6’daki haksız koşul tanımı ile TBK m. 20’nin karşılaştırılması için bkz. ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu, s. 19-20.

⁴⁸ SİRMEN, s. 109.

Taslağın 5. maddesinin 1. fıkrasında “haksız koşul” kavramı tanımlanmıştır. Fakat bu tanım yerinde olmamıştır. Zira müteşebbisin, tüketiciyle müzakere etmeden sözleşmeye dâhil ettiği, tüketicinin menfaatine aykırı sözleşme koşulları haksız koşul olarak nitelendirilmiş fakat dürüstlük kurallarına aykırılıktan bahsedilmemiştir. O halde Taslaktaki tanım dikkate alınacak olursa, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen tüketicinin menfaatine aykırı her sözleşme koşulu haksız koşul kabul edilecektir. Herhangi bir sınır getirmeden tüketicinin menfaatine aykırı olan her koşulun haksız koşul olarak kabulü doğru olmamıştır. Kanaatimizce mevcut Kanunda (TKHK m. 6) olduğu gibi haksız koşulun varlığı için söz konusu sözleşme kaydının dürüstlük kuralına aykırı olarak, tüketici aleyhine oransızlık meydana getirmesi de aranmalıdır⁴⁹. Hatta AB’nin 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Konsey Yönergesi daha da ileri giderek oransızlığın dürüstlük kuralına aykırı olmasını yeterli görmemiş, aynı zamanda tüketicinin zararına olarak önemli ve haksız bir oransızlık olmasını da aramıştır⁵⁰.

Taslağa göre, müteşebbis ile tüketici arasında kurulan sözleşmelerde yer alan haksız koşullar yazılmamış sayılır (m. 5, f. 1)⁵¹. “Yazılmamış sayılma”⁵² yaptırımı esasen TBK m. 21’de genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olup olmadığına ilişkin belirlemede yani yürürlük denetiminde ortaya çıkan bir durumdur⁵³. Oysa Taslak m. 5, f. 1’de içerik denetimine girildiği

⁴⁹ Mevcut düzenlemeye göre: “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır” (m. 6). Maddede geçen “iyi niyet kuralı”ndan dürüstlük kuralı anlaşılmalıdır. Bu yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 169. SİRMEN, s. 124.

⁵⁰ Gerçekten de Yönergeye göre: “Tek tek görüşülmemiş bir sözleşme kaydı, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek şekilde, tüketicinin aleyhine (zararına), onun sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli ve haksız bir oransızlık yaratması halinde, kötüye kullanılabilir kayıt olarak nitelendirilir” (m. 3, b. 1). Hükmün eleştirisi için bkz. ÇINAR, s. 32.

⁵¹ Hali hazırda yürürlükte olan kanunda ise bu tür koşulların tüketici için bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir (m. 6, f. 2). Burada yalnızca tüketici tarafından ileri sürülebilecek bir geçersizlik söz konusudur (ÖZ, s. 146). Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte ise haksız koşullar butlan yaptırımına tabi tutulmuştur (m. 7). Yönetmelikte butlan yaptırımından bahsedildikten sonra “yok sayılan bu hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur” hükmünde yokluktan söz edilmesi tutarsızlık oluşturmaktadır. Bu yönde bkz. SİRMEN, s. 128. Yönetmelik için bkz. RG, T. 13.06.2003, Sa: 25137.

⁵² “Yazılmamış sayılma” ifadesi kanaatimizce yokluk yani karşı tarafın kabul beyanının bu hükümleri kapsamadığı şeklinde yorumlanabilir. Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 165-166; EREN, s.221; ANTALYA, s. 310; ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu, s. 30 vd.; SİRMEN, s. 115.

⁵³ Genel işlem koşullarının denetiminde üç safha söz konusudur: Birincisi, genel işlem ko-

görülmektedir. Bu sebeple metnin yeniden kaleme alınması ve 1. fıkrada yürürlük denetimine yer verilerek TBK m. 21 ile uyum sağlanması gerekir⁵⁴. Bu bağlamda sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı yani şaşırtıcı olarak ifade edilen kayıtların durumu da ele alınmalıdır⁵⁵.

Taslağın 5. maddesinin 2. fıkrasında önce genel işlem koşulunun tanımının yapıldığı görülmekte, devamında bir standart koşulun münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa müteşebbisin bunu ispatla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Fıkra da ayrıca sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemeyeceği ifade edilmiştir.

Taslağın 5. maddesinin 3. fıkrasında ise yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Buna göre: “Sözleşmenin yazılmamış sayılan şartları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda müteşebbis, yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” Bu hüküm TBK m. 22 ile paraleldir.

Taslağın 5. maddesinin 4. fıkrasında genel işlem koşulunun yorum yoluyla denetimi düzenlenmiş ve TBK m. 23 ile uyumlu bir hükme yer verilmiştir. Buna göre: “Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, bu hüküm müteşebbisin aleyhine ve tüketicinin lehine yorumlanır.” Belirtmek gerekir ki, genel işlem koşulu içermese bile, her sözleşmenin şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanacağı (in dubio contra stipulatorem) temel bir ilkedir⁵⁶.

şulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığının belirlenmesi yani yürürlük denetimi (TBK m. 21-22); ikincisi, genel işlem koşulunun yorum yoluyla denetlenmesi (TBK m. 23) ve üçüncüsü geçerlik veya içerik denetimi (TBK m. 25). Detaylı bilgi için bkz. ALTOP, s. 35 vd.; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 81 vd.; EREN, s. 220 vd.

⁵⁴ TBK m. 21 uyarınca: “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır...”

⁵⁵ TBK m. 21’de bu tür kayıtların da yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu nitelikteki genel işlem koşullarının, düzenleyence, bunlar hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını engellemez. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. ALTOP, s. 40-41; KAŞAK, s. 420 vd.

⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 168; EREN, s. 222 ve 473.

Taslağın 5. maddesinin 5. fıkrasında dürüstlük kurallarına aykırı olarak, tüketicinin aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki hükümlerin sözleşmeye konulamayacağı öngörülmüştür. Genel işlem koşullarının içerik (geçerlik) denetimine ilişkin⁵⁷ bu hükmeye aykırılık durumunda TBK m. 25'deki geçersizlik yaptırımı devreye girecektir⁵⁸.

Taslağın 5. maddesinin 8. fıkrasında ise haksız koşulların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız koşul olduğu kabul edilen sözleşme kayıtlarının yönetmelik ile belirleneceği belirtilmiştir. Hali hazırda yürürlükte olan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nde de yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız koşul olarak kabul edilebilecek birtakım durumlar sayılmıştır⁵⁹. Bu sayede pratikte sık karşılaşılan bazı tipik haksız koşullara yer verilerek bunlar hâkimin takdir yetkisine bırakılmamış olmaktadır⁶⁰. Ancak Taslakta dürüstlük kurallarına aykırı olarak, tüketicinin aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki hükümlerin tespiti konusunda hâkime ışık tutması açısından bazı kriterler de getirilebilirdi⁶¹.

Taslağın 5. maddesinin 6. fıkrasında bu maddede hükümlerinin faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı belirtilerek bu konuda yaşanabilecek tereddütler giderilmiştir. Benzer bir düzenleme TBK m. 20, f. 4'de de yer almaktadır.

⁵⁷ Genel işlem koşullarının içerik denetimi ile ilgili olarak detaylı açıklamalar için bkz. HA-VUTÇU, s. 153 vd.

⁵⁸ TBK m. 25 düzenlemesi ile ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır. Burada söz konusu olan geçersizlik, kısmi geçersizliktir. Bu nedenle diğer hükümler geçerliliğini koruyacaktır. Geçersiz sözleşme hükümleri yerine kanun hükümleri uygulanacaktır (TBK m. 25 gerekçesi).

⁵⁹ Mesela, tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar; satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını satıcı, sağlayıcı veya kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dâhil, bertaraf eden ya da ölçsüz şekilde sınırlayan şartlar; satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar; tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar; yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi, ölçsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar vs.

⁶⁰ Bu yönde bkz. ALTOP, s. 43-44.

⁶¹ TBK'daki değerlendirme açısından bkz. ALTOP, s. 44.

Taslağa göre, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde (kısaca “genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde” denilebilirdi) yer alan haksız koşulların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi ve görevi Bakanlığa verilmiştir (m. 5, f. 7)⁶².

4. Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestliği ilkesi gereğince bir kimse dilediği biri ile sözleşme yapıp yapmamakta kural olarak serbesttir. Bu bağlamda bir kişi diğerini sözleşme yapmaya zorlayamaz. Fakat bazı hallerde kanun hükmü veya taraflar arasındaki ön sözleşme gereğince sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilir. İşte böyle bir zorunluluk doğuran bir düzenleme Taslağın 6. maddesinde yer almaktadır. Buna göre: “Müşebbis, vitrinde, rafta veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde satılık olmadığını belirten bir ibareye yer vermedikçe teşhir ettiği malın satışından kaçınmaz⁶³.” Benzer bir hüküm hali hazırda yürürlükte bulunan Kanunda da bulunmaktadır (TKHK m. 5). Mevcut Kanunda “numunedir” ibaresi konularak da satış yapma zorunluluğundan kurtulmak mümkündür. Taslakta ise sadece “satılık olmadığını” ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce “numunedir” ibaresi de aynı yönde anlaşılmalıdır.

Bir mal fiyatı gösterilerek sergilenmişse bu herkese açık öneri sayılır (TBK m. 8, f. 2). Öneri, sahibini bağladığından karşı tarafın (tüketici olması gerekmez) kabulü ile zaten sözleşme kurulmuş olur. Mal fiyatı gösterilmeden teşhir edilmişse henüz bir öneriden bahsetmek kural olarak mümkün olmamasına rağmen Taslaktaki ve TKHK m. 5’deki bu hüküm sayesinde tüketici malı almak istediğini belirtmişse satıcı için sözleşme yapma zorunluluğu doğacaktır. Görüldüğü gibi bu durum sadece tüketiciler için geçerlidir. Diğer bir ifadeyle tüketici olmayanlar için “teşhirin böyle bir

⁶² Taslağa ilişkin genel açıklamalarda da mevcut düzenlemede tüketicinin taraf olduğu sözleşmede yer alan haksız koşulların hangi kurum tarafından tespit edileceği ve denetleneceğine ilişkin açık bir hüküm olmadığından bu alanda etkin bir denetim yapılamadığı ve milyonlarca tüketicinin mağduriyet yaşadığı belirtilerek, yeni düzenlemede haksız sözleşme koşullarının denetimi yetkisinin Bakanlığa verildiği vurgulanmıştır. Verilen bu yetki ile özellikle bankacılık alanındaki sözleşmeler, abonelik sözleşmeleri vb. çok geniş kitleleri ilgilendiren sözleşmelerde tüketici aleyhine hükümler yer alması durumunda Bakanlığın yapacağı denetim sayesinde tüketicinin mağdur olmasının engelleneceği belirtilmiştir (<http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html>). (Erişim 10 Ekim 2012).

⁶³ Bu şekilde özel bir hükme yer verilmeseydi, sözleşme yapma zorunluluğu ancak TMK m. 2’ye dayanılarak gündeme getirilebilirdi. Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 188-189.

sonucu yoktur⁶⁴”. Satıcı bu sonucun doğmasını istemiyorsa malın “satılık olmadığını” belirten bir ibareye teşhirde yer vermelidir⁶⁵. Böyle bir ibareye yer vermemiş olan satıcı malın stokta bulunmadığını ileri sürerek satış yapma zorunluluğundan kurtulamayacaktır.

Hizmet sağlamaktan da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz (Taslak m. 6, f. 2). Bu hükümle mevcut düzenlemedeki cümle bozukluğu giderilmiş olmaktadır⁶⁶. Hizmet bunu belirten yazı ve işaretlerin sergilenmesi veya genele duyurulmasıyla teşhir edilmiş sayılır⁶⁷.

Taslağın 6. maddesinin 3. fıkrasına göre de: “Müteşebbis, aksine bir teamül, ticari örf veya adet yoksa bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılamaz.” Bu fıkra “hizmet satışından” bahsedilmesi yerinde olmamıştır. Tıpkı bir önceki fıkra olduğu gibi “hizmet sağlanması” ifadesinin tercih edilmesi gerekirdi.

Taslakta ayrıca mevcut düzenlemeye paralel şekilde (TKHK m. 25, f. 2) bu maddeye aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir sözleşme için idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir (m. 46, f. 1).

5. Ismarlanmamış Mal ve Hizmetler

Taslağın “Ismarlanmamış mal ve hizmetleri” düzenleyen 7. maddesi hali hazırda yürürlükte bulunan TKHK’da yer almayan yeni bir hükümdür⁶⁸. 6098 sayılı TBK’da ise bu konu “Ismarlanmayan şeyin gönderilmesi” başlığı altında taslaktaki düzenlemeden kısmen farklı bir biçimde de olsa ele alınmıştır (m. 7).

Bu hüküm sipariş edilmemiş mal ve hizmet sunumlarına karşı tüketicilerin korunması amacıyla getirilmiştir. Emrivaki oluşturan ve adeta bir pazarlama yöntemi haline getirilen bu tür durumlarda müteşebbis, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri süremez.

⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 188.

⁶⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 152.

⁶⁶ Gerçekten de TKHK m. 5, f. 2’de yer alan “Hizmet sağlamada da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz” ifadesi düzeltilmeye muhtaçtı.

⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 188.

⁶⁸ Fakat şu an yürürlükte bulunan Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelikte ise bu konu düzenlenmiştir (m. 10). Buna göre: “Sipariş edilmeyen malın teslimi veya hizmetin sunulması durumunda; mal veya hizmetin kullanılması veya tüketilmesi hariç olmak üzere satıcı veya sağlayıcı tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri süremez. Bu hâllerde tüketicinin sessiz kalması, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir kabul beyanı olarak yorumlanamaz ve tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.”

Taslaktaki hükme göre, bu hallerde tüketicinin sessiz kalması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Kanaatimizce bu hüküm gereksizdir. Zira TBK uyarınca ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi zaten öneri sayılmaz⁶⁹. Önerinin bulunmadığı bir durumda kabulün olup olmadığını tartışmaya lüzum dahi yoktur. Hatta ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılsa bile sessiz kalma (öneriyi yanıtsız bırakma) kural olarak kabul sayılmaz⁷⁰. Başka bir anlatımla, kabul olarak yorumlanabilecek kanaat verici bir davranış sergilemediği sürece, tüketicinin yalnızca susması, sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmeyecektir.

Taslağa göre tüketicinin ısmarlamamış olduğu malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Aynı husus TBK m. 7’de de belirtilmiştir. Bu nedenle Taslakta tekrar aynı hükme yer verilmesi gereksiz olmuştur.

D) Üreticinin Sorumluluğunun Ayrı Bir Düzenlemeye Tabi Tutulması

Üreticinin sorumluluğu ile satıcının ayıplı mal tesliminden doğan sorumluluğu TKHK m. 4’de “Ayıplı Mal” başlığı altında bir arada düzenlenmiş ve bu iki sorumluluk birbirinden yeterince ayırt edilememiştir⁷¹. Taslakta ise bunlar birbirinden ayrılmış ve 3. kısım “Ürün Sorumluluğu”na

⁶⁹ Gerçi bu hükmün ne denli isabetli bir hüküm olduğu tartışmaya açıktır. Şöyle ki kanun, fiyatı belirtilmiş olsa bile (fiyat belirtilmemişse kural olarak zaten öneriden bahsedilemez), ısmarlanmayan bir şeyin gönderilmesini öneri saymadığına göre mal kendisine gönderilen kişi malı ve fiyatını uygun bulsa bile sözleşmeyi bu aşamada kendi kabul beyanıyla kurma olanağından yoksun bulunmaktadır. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 54). Zira bu hükümle son söz satıcı/sağlayıcıya bırakılmış olmaktadır. Kanaatimizce hüküm amacı doğrultusunda yorumlanmalı ve tüketici veya alıcı ısmarlamamış olsa bile gönderilen malı ve fiyatını uygun bulup kabul etmişse artık sözleşme kurulmuş sayılmalıdır. Öte yandan TBK m. 8, f. 2 uyarınca, tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılmakta iken, m. 7 uyarınca malın kendisini fiyat belirterek göndermenin öneri sayılmaması kabulü mümkün olmayan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesini fiyatını da içeriyorsa öneri saymalı fakat böyle bir durumda sözleşmenin ancak açık bir kabul beyanı ile kurulabileceğini benimsemek daha uygun olacaktır. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 54).

⁷⁰ EREN, s. 256.

⁷¹ Hâlbuki satıcının ayıplı mal tesliminden doğan sorumluluğu tüketiciyi somut sözleşmeden beklenen ifa menfaatine karşı koruma gayesi güderken, üreticinin sorumluluğu ise genel anlamda kamuyu hatalı ürünlerin doğurduğu zarar potansiyeline karşı korumayı amaçlamaktadır. Üreticinin sorumluluğu ürünün hatalı olması satıcının sorumluluğu ise satılanın ayıplı çıkması nedeniyledir. Ayrıca her iki sorumluluğun dayandığı esas, tazminat taleplerinin kapsamı ve bu taleplerin borçlusu farklıdır. Konuyla ilgili olarak bkz. ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 94-95, dn. 33; KIRCA, s. 102 vd.; ÖZSUNAY, s. 373 vd.

tahsis edilmiştir (m. 8-15). Böylece üreticinin sorumluluğu adeta sıkıştırıldığı yer olan TKHK m. 4'den kurtarılmıştır. Fakat kavram birlikteliğine yeterince dikkat edilmemiş bazı yerlerde üretici (m. 9, f. 1, m. 10, m. 13) bazı yerlerde ise imalatçı (m. 9, f. 2, m. 15) kavramı kullanılmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da üreticinin sorumluluğuna yalnızca tüketici vasfı taşıyan kişilerin gidebileceği belirtilmişken taslahta böyle bir sınırlandırma getirilmemiştir. Gerçekten de TKHK m. 4, f. 2, c. 4 uyarınca: "Tüketici ... ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir." Taslağa göre ise: "Bu Kanunun uygulanmasında ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket eden kişiler de zarar gören olarak kabul edilir." (m. 9, f. 3). Bu açıdan taslaktaki düzenlemeyle korumadan yararlanacak kişilerin çevresi genişletilmiştir.

Fakat Taslağa göre, mala gelen zararlarda, ancak hatalı ürün dışındaki bir malın zarar görmesi ve bu malın zarar görenin kişisel kullanımına veya tüketimine mahsus bir mal olması durumunda tazminat borcu doğar (m. 9, f. 1, c. 2). TKHK'da ise malın zarar görenin kişisel kullanımına veya tüketimine mahsus bir mal olması şeklinde bir sınırlandırma olmaksızın "kullanımdaki diğer mallarda" ibaresine yer verilmiştir (m. 4, f. 2, c. 4). Bu yönüyle TKHK, Taslağa oranla tüketicilerin diğer malları açısından bunların kişisel kullanıma veya tüketime mahsus bir mal olup olmadığına bakmaksızın uğradığı zararların tazmin edilmesini kabul etmekle daha kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Taslaktaki düzenleme AB'nin 25 Temmuz 1985 tarihinde kabul edilen Ürün Sorumluluğu Yönergesine benzetilmeye çalışılmıştır⁷². Gerçekten de Yönerge mala verilen zararlar bakımından sorumluluğu sınırlandırmakta ve özel tüketim ve kullanım amacına olağan olarak hizmet eden ve zarar gören tarafından ağırlıklı olarak bu amaç için kullanılan veya tüketilen mallarda oluşan zararları sorumluluğun kapsamına dâhil etmektedir⁷³ (m. 9, b. b). Böyle bir düzenleme eleştiriye açıktır. Fakat Ürün Sorumluluğu Yönergesinin, diğer birçok Yönergeden farklı olarak, üye ülkelerin ürün sorumluluğuna ilişkin iç hukuk kurallarının Yönergeye maksimum ölçüde uyum sağlamalarını

⁷² Ürün Sorumluluğu Yönergesi hakkında bkz. ÖZSUNAY, s. 359 vd.

⁷³ Bu hükmün temelinde mala verilen zararlar bakımından yalnızca tüketicilerin özel olarak korunmaya muhtaç olduğu, ticari veya mesleki amaçla malı kullanan kişilerin kendilerini başka şekilde özellikle sözleşmelere koyabilecekleri hükümlerle koruyabilme düşüncesi yatmaktadır (KIRCA, s. 157).

hedeflediği de göz ardı edilmemelidir⁷⁴.

Taslağın “Zamanaşımı” kenar başlıklı 15. maddesi kafa karıştırıcıdır. Söz konusu hükme göre: “Bu maddeden doğan talepler, zarar görenin zararı, üründeki hatayı ve imalatçının kim olduğunu öğrendiği veya makul olarak öğrenebileceğinin kendisinden beklendiği tarihten itibaren üç yıl içinde zamanaşımına uğrar ve her halükarda hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren on yıl içinde düşer.” Her şeyden önce “bu maddeden doğan talepler” ifadesi yerinde değildir. Zira 15. madde üreticinin sorumluluğuna ilişkin önceki maddelerde yer alan taleplere ilişkin süreyi belirlemektedir; yoksa hükmün kendisi ayrıca bir talep içermemektedir.

Öte yandan 15. maddenin kenar başlığı “Zamanaşımı” olmasına rağmen “... on yıl içinde düşer” ifadesiyle maddede hak düşürücü süreye de yer verildiği görülmektedir. O halde başlığın içerikle uyumlu hale getirilmesi gerekir. Yürürlükteki düzenlemeye göre de: “Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar” (TKHK m. 4, f. 4, c. 4). “Ortadan kalkar” ifadesi 10 yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu izlenimi uyandırmaktadır⁷⁵.

E) Ayıplı Mal Teslimi ve Hizmet Sunumlarında Önemli Düzenlemelere Yer Verilmesi

Taslağın 16. maddesi “Ayıplı mal”, 17. maddesi ise “Ayıplı hizmet” başlığını taşımaktadır. Bu maddeler “Tüketici Sözleşmeleri” başlıklı dördüncü kısımda yer almaktadır. Oysa ayıplı mal ve ayıplı hizmet bir sözleşme türü değil, edimin gereği gibi ifa edilmemesi halidir. Bu nedenle her iki konunun tıpkı üreticinin sorumluluğunda olduğu gibi ayrı bir kısımda düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Öte yandan Taslağın 16. maddesinde yalnızca satım sözleşmesinden bahsedilmiş olmasına rağmen bu hükümlerin mal teminine ilişkin diğer tüketici işlemlerinde de uygulanacağına tereddüt edilmemelidir. Özellikle uygulamada herhangi bir tartışmaya meydan vermemek için bu hususun belirtilmesi yerinde olacaktır.

“Ayıplı mal” a ilişkin 16. madde 11, “Ayıplı hizmet”e ilişkin 17. madde ise 6 fıkradan oluşmakta fakat maddeler içinde alt başlıklar bulunmamaktadır.

⁷⁴ Yönerge’nin amaçları için bkz. KIRCA, s. 61 vd.; AYDOS, s. 76 vd.

⁷⁵ Bu düzenlemenin Ürün Sorumluluğu Yönergesi’ne uygun olduğu yönünde bkz. KIRCA, s. 248; AYDOS, s. 262-263.

Sistematik ve anlaşılabilir olma açısından tanım, ispat yükü, seçimlik haklar, zamanaşımı gibi alt başlıklara yer verilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Bu genel değerlendirmenin ardından ayıplı mal teslimi ve hizmet sunumlarına ilişkin olarak Taslakta getirilen düzenlemeleri aşağıdaki şekilde ele almak mümkündür.

1. Ayıplı İfanın Sözleşmeye Aykırılık Oluşturduğunun Açıkça Belirlenmesi

Ayıbın tanımı 25 Mayıs 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergeye uygun olarak yenilenmiştir⁷⁶. Buna göre: “Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür. Sözleşmeye konu malın, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması veya objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıması halinde sözleşmeye aykırı dolayısıyla ayıplı olduğu kabul edilir. Özellikle;

a) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan,

b) Satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan,

c) Muadili olan malların kullanım amacını taşımayan,

ç) Tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar ayıplıdır.” (m. 16, f. 1).

Tanımda ayıplı ifanın sözleşmeye aykırı ifa olduğu özellikle belirtilmiştir⁷⁷. Bu bağlamda malın, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması veya objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıması halinde sözleşmeye aykırı dolayısıyla ayıplı ifanın var olacağı belirtilmiştir⁷⁸.

Ancak Taslağa göre tüketicinin sözleşmenin kuruluşu anında malın kendisine bildirilen ayıbindan haberdar olduğu hallerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz (m. 16, f. 11). Tüketicinin ayıptan haberdar olduğunu ispat

⁷⁶ Yönergeyle ilgili olarak bkz. ERLÜLE, s. 419 vd.; DEMİR, AB Yönergesi, s. 26 vd.

⁷⁷ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 83, dn. 4. Ayıptan doğan sorumluluğun hukuki niteliği ile ilgili olarak bkz. YAVUZ, Borçlar Özel, s. 67-68.

⁷⁸ Ayıp kavramı ve türleri ile ilgili olarak bkz. ARAL/AYRANCI, s. 104 vd.

yükü satıcıya aittir. Fakat satıcının bunu ispatlaması birçok durumda zor olacağından tüketicinin maldaki “ayıptan haberdar olmamasının mümkün olmadığı” ayıpların da sözleşmeye aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir (m. 16, f. 11)⁷⁹. Tüketicinin kendisine bildirilenin dışındaki ayıplara karşı ise hakları saklıdır.

Ayıplı mala ilişkin tanımda dikkat çeken bir nokta da ayıplı ifanın mevcut olup olmadığının malın tüketiciye teslim anı dikkate alınarak belirlenecek olmasıdır. Zaten 6098 sayılı TBK uyarınca da; kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir (m. 208, f. 1). Yani satıcı devir veya tescilden önce var olan ayıplardan dolayı sorumludur. Hasarın tüketiciye geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplar, bunlar devir veya tescilden önce var olan bir sebepten dolayı oluşmuş olmadıkça, satıcının sorumluluğunu gerektirmeyecektir⁸⁰.

2. Malın Gereği Gibi Monte Edilmemesinin de Ayıplı İfa Sayılması

25 Mayıs 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergeye uygun olarak taslakta malın gereği gibi monte edilmemiş olması da ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre montajın satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda, malın gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj yanlış yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur. (m. 16, f. 2).

3. Satıcı/Sağlayıcıya Kurtuluş Kanıtı Getirme Olanığı Tanınması

Taslakta satıcıya kendisinden kaynaklanmayan reklamlardaki vaatlerin sözleşme içeriğine dâhil olmadığını ispatlamak suretiyle kurtuluş kanıtı getirme olanığı tanınmıştır. Mevcut Kanunda olmayan böyle bir düzenleme 1999

⁷⁹ Taslağa göre: “29/06/2001 tarih ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunun 5 inci maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulması zorunludur. Malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgi, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterilir.” (m. 16, f. 11, c. 1 ve 2).

⁸⁰ YAVUZ, Ayıplı Mal, s. 1298-1299. TBK uyarınca satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun şartları hakkında ayrıca bkz. ARAL/AYRANCI, s. 104 vd.

tarhli Yönerge esas alınarak getirilmiştir⁸¹. Buna göre satıcı açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satım sözleşmesinin kuruluşu anında düzeltilmiş olduğunu veya satım sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağılı olmaz. (m. 16, f. 3)⁸². Yönergeye uygun da olsa böyle bir düzenlemenin tüketicileri mağdur etme riski göz ardı edilmemelidir. Diğer yandan ilgili Yönerge hükümlerinin tüketicilerin korunması bakımından asgari düzeyde kurallar öngördüğü (m. 8, f. 2), bu sebeple üye ülkelerin tüketiciyi daha yüksek düzeyde koruyucu tedbirler alabileceği de unutulmamalıdır.

Ayrıca TKHK'ya göre, satılan malın veya sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi sorumluluğu ortadan kaldırmaz (m. 4, f. 3, c. son). Diğer bir ifadeyle satıcı/sağlayıcı, ifa edilen edimdeki ayıbı bilmediğini veya ayıbın kendi kusurundan meydana gelmediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz⁸³. Tüketicilerin korunması açısından taslakta bu hususun açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır.

4. Tüketici Lehine İspat Kolaylığı Sağlanması

Tüketicinin ayıp nedeniyle kendisine tanınan hakları kullanabilmesi için malın teslim anında ayıplı olduğunu ispat etmesi gerekir. Yani ayıbın varlığını ispat yükü kural olarak tüketicidedir. Fakat özellikle malın bu ayıp nedeniyle telef olduğu veya hasar gördüğü durumlarda ayıbı ispat zordur⁸⁴. Bu nedenle Taslakta tüketici lehine ispat kolaylığı getirilmiştir. Buna göre teslim anından itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim anında var olduğu kabul edilir (m. 16, f. 4). Görüldüğü gibi teslim edilen malın 6 ay süresince sorunsuz çalışması hayatın olağan akışına uygun olarak kabul edilerek bu süre içerisinde mal da bir problem çıkmışsa karine olarak bu problemin teslim anında var olan bir ayıptan kaynaklandığı kabul edilmiştir⁸⁵. Bu durumda

⁸¹ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 85.

⁸² Benzer bir düzenlemeye ayıplı hizmetler bakımından da yer verilmiştir. Buna göre: “Sağlayıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin hizmet sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya hizmet sözleşmesi kurulması kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağılı olmaz.” (m. 17, f. 2).

⁸³ YAVUZ, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 529; ERDOĞAN, s. 55; ZEVLİLER/AYDOĞDU, s. 117.

⁸⁴ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 87.

⁸⁵ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 88.

malın teslim anında ayıplı olmadığına ispatı satıcıya ait olacaktır. 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergeye de uygun olan⁸⁶ bu düzenleme tüketicinin korunması açısından çok önemli bir işleve sahip olacaktır.

Fakat aynı hükme göre bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz. Bu sayede satıcının mağdur olması engellenecektir⁸⁷. Örneğin doğası gereği çabuk bozulan, çürüyen yok olan mallar açısından bu karine geçerli değildir⁸⁸. Bu sebeple her somut olayda ayıbın ve malın özelliği dikkate alınarak ayıbın varlığını ispat yükü (6 ay içinde ortaya çıkmış olsa bile) tüketicide bırakılabilir.

5. Ayıbın 30 Gün İçinde Bildirilmesi Külfetinin Kaldırılması

Mevcut Kanun'a göre tüketicinin ayıplı ifa nedeniyle kendisine tanınan seçimlik hakları kullanabilmesi için, ayıbı belirli bir süre içinde satıcı/sağlayıcıya bildirmesi gerekir. Tüketici ayıbı, konusu mal teslimi olan sözleşmelerde malın tesliminden; konusu bir hizmet sağlanması olan sözleşmelerde ise hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde satıcı/sağlayıcıya bildirmekle yükümlüdür (TKHK m. 4, f. 2, c. 1; m. 4/A, f. 2, c. 1)⁸⁹. Söz konusu düzenlemede muayene külfetinden açıkça bahsedilmemiş⁹⁰ yalnızca ayıbı bildirim yükümlülüğüne yer verilmiştir⁹¹.

Türk Borçlar Kanunu'na göre ise; alıcı, satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılанда satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır (m. 223)⁹².

⁸⁶ ERLÜLE, s. 430; DEMİR, AB Yönergesi, s. 32.

⁸⁷ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 88; DEMİR, AB Yönergesi, s. 32.

⁸⁸ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 88.

⁸⁹ Ancak ayıp, adi bir muayene ile ortaya çıkarılamayacak bir ayıp ise veya ayıp tüketiciden satıcı/sağlayıcının ağır kusuru veya hilesi ile gizlenmişse artık 30 günlük süre dikkate alınmaz (TKHK m. 4, f. 4, c. son; m. 4/A, f. 4, c. son). Bu gibi hallerde tüketici, zamanaşımı süresi içinde ayıp ortaya çıkar çıkmaz hemen ayıbı ihbar etmelidir. Bu yönde bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 121.

⁹⁰ Aslan'a göre bu tercih bilinçli olarak yapılmıştır (ASLAN, s. 136).

⁹¹ Bu arada belirtmek gerekir ki; otuz günlük süre, ayıp nedeniyle tüketiciye tanınan hakları kullanma süresi değil, yalnızca ayıbı ihbar süresidir (YAVUZ, Ayıplı Mal, s. 1300).

⁹² Maddenin 2. fıkrasına göre de: "Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılанда olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır."

Taslakta muayene ve ihbar külfeti öngörülmemiştir⁹³. Avrupa Birliği'nin 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergesinde ise muayene külfetine yer verilmemiş, ayıbın tespitinden itibaren işleyecek 2 aylık bir ihbar süresi öngörülmesi de üye ülkelerin tercihinin bırakılmıştır (m. 5/2)⁹⁴. Taslak bu haliyle kanunlaşırca norm koyucu tercihinin tüketiciden yana kullanmış olacaktır.

6. Seçimlik Hakların Kullanılmasına ve Muhatabına İlişkin Sınırlandırmalara Yer Verilmesi

Taslakta ayıplı mal teslimi durumunda tüketicieye tanınan seçimlik haklar mevcut kanunda olduğu gibi dört adet olarak belirlenmiştir. Buna göre tüketici, ücretsiz onarım, malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmakta serbesttir (m. 16, f. 5)⁹⁵.

Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda da tüketicinin, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmakta serbest olduğu ifade edilmiştir (m. 17, f. 3). Mevcut düzenlemeden farklı olarak eser sözleşmeleri de ayıplı hizmet kapsamına alınmış ve tüketicinin ayıplı hizmet sonucu ortaya çıkan eserin onarımını isteme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Avrupa Birliği'nin 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergesi ise seçimlik hakları belli bir sıraya tabi tutmuştur (m. 3). Buna göre tüketici öncelikle onarım veya yenisi ile değiştirme isteyecek, dönme veya bedelden indirim talebini ise ancak bunlardan sonuç alınmadığı hallerde kullanabilecektir⁹⁶.

Taslakta ve TKHK'da ise böyle bir sıralandırma yapılmamıştır. Taslakta yalnızca ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı

⁹³ Atamer'e göre, tüketicinin seçimlik haklarından birini kullandığı yönünde satıcıya her halükarda bildirimde bulunması gereğinin olması, bunun öncesindeki ayıbı ihbar zorunluluğunu anlamsız kılmaktadır. Yazara göre ayıp hemen tespit edilmiş olmasına rağmen tüketicinin uzun bir süre seçimlik haklarını kullanmamış olması, duruma göre hakkın kötüye kullanılması engeline takılacaktır. (ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 92).

⁹⁴ ERLÜLE, s. 430.

⁹⁵ Tüketicieye tanınan bu seçimlik haklarla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, s. 125 vd.; ARBEK, s. 53 vd.; ASLAN, s. 167 vd.; YAVUZ, Ayıplı Mal, s. 1302 vd.; ERDOĞAN, s. 62 vd.; TİRYAKİ, s. 109 vd.; KARA, s. 373 vd.

⁹⁶ Konuyla ilgili olarak bkz. ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 90; DEMİR, AB Yönergesi, s. 30 vd.; ERLÜLE, s. 427 vd.

için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması halinde tüketicinin, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedel indirimi haklarından birini kullanabileceği belirtilmiştir (m. 16, f. 6, c. 4)⁹⁷.

Taslatka ayıplı hizmetler bakımından mevcut düzenlemede yer alan: “Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir” hükmüne (TKHK m. 4/A, f. 2, c. 3) yer verilmemiştir. Fakat “Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması halinde tüketici bu hakları kullanamaz” hükmü getirilmiştir (m. 17, f. 4).

6098 sayılı TBK’da da seçimlik haklar bakımından sıralandırma yapılmamış fakat bu hakların kullanılmasında bazı sınırlandırmalara yer verilmiştir. Buna göre her şeyden önce satıcı alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir. Öte yandan alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir. Ayrıca satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir (TBK m. 227, f. 3,4,5)⁹⁸.

Tüketici, mevzuatın kendisine tanıdığı dört seçimlik haktan dilediğini tercih etmekte, kural olarak, serbesttir. Bu hakkın genel sınırını, TMK m. 2’deki dürüst davranma ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Somut olayın özellikleri, ayıbın durumu ve taraf menfaatleri dikkate alındığında, tüketicinin seçimi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görülebiliyorsa, tüketicinin istemi reddedilmelidir⁹⁹. Hâkim bu konuda karar verirken, tüketiciyi koruyan hükümleri amacına uygun olarak yorumlamalı ve tüketicinin korunması düşüncesini her zaman için ön planda tutmalıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre ayıplı maldan ve tüketicinin seçimlik haklarından dolayı satıcı ile birlikte imalatçı-üretici, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin

⁹⁷ “Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkı tüketicisi açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi unsurlar dikkate alınır” (m. 16, f. 6,c. son).

⁹⁸ TBK’da alıcının seçimlik haklarına getirilen sınırlamalarla ilgili olarak bkz. ARAL/AYRANCI, s. 125 vd.

⁹⁹ Konuyla ilgili olarak bkz. ve karşı. YAVUZ, Ayıplı Mal, s. 1304-1305; ZEVLİLER/AYDOĞDU, s. 125; ARBEK, s. 156.

dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, müteselsilen sorumludur¹⁰⁰ (m. 4, f. 3. c. 1)¹⁰¹. Ayıplı hizmet nedeniyle de sağlayıcı, bayi, acente ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren müteselsilen sorumludur (m. 4/A, f. 3). Satılan malın veya sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Taslağa göre ise yalnızca ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları imalatçı veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir (m. 16, f. 6)¹⁰². Ayıplı hizmetlerde ise sorumluluk süjesi olarak yalnızca sağlayıcı işaret edilmiş; bayi, acente ve kredi verenden bahsedilmemiştir.

Taslağa göre tüketicinin, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birini seçmesi durumunda bu talep, malın niteliği ve tüketicinin bu malı kullanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde yerine getirilmelidir. Her halükarda bu süre, talebin satıcıya, imalatçıya veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren otuz günü geçemeyecektir¹⁰³ (m. 16, f.7).

Öte yandan Taslağa göre; tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhal tüketiciye iade edilir (m. 16, f. 8; m. 17, f. 5, c. 1). Hükümde geçen “derhal” ifadesi yerine her türlü tereddüdü ortadan kaldırmak için somut kısa bir sürenin belirtilmesinde fayda vardır.

Taslakta ayrıca seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masrafların, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanacağı ve tüketicinin bu seçimlik haklarından biri ile birlikte TBK hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği belirtilmiştir (m. 16, f. 9).

¹⁰⁰ Bu saymanın sınırlı olmadığı, halin icabı ve dürüstlük kuralına uygun olarak başka kimsele-
rin de duruma göre sorumlu olabilecekleri yönünde bkz. KARA, s. 386.

¹⁰¹ Söz konusu hüküm teorik açıdan nispiyet ilkesine aykırı olduğundan haklı olarak eleştiril-
miştir. Bu yönde bkz. ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 96 vd. Tüketici, seçimlik
haklarını sözleşmeyi kiminle akdetmişse ona karşı kullanmalıdır. Ancak satıcının bu istemi
yerine getirmediği veya getirmesinin imkânsız olduğu hallerde diğer sorumluluk süljelerine
başvurulabileceği yönünde bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 141 vd.

¹⁰² Bu hakların yerine getirilmesinden satıcı, imalatçı ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Fa-
kat imalatçının veya ithalatçının, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayı-
bın doğduğunu ispat edebildiği hallerde sorumluluğu söz konusu olmaz (m. 16, f. 6, c. 2 ve
3).

¹⁰³ “Ancak, bu Kanunun 32. maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara
ilişkin ücretsiz onarım süresi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresini aşamaz. Aksi tak-
dirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.” (m. 16, f. 7, c. 3 ve 4).

Seçimlik hakların kullanılması bakımından öngörülen süre mevcut düzenlemeden farklı değildir. Buna göre: “Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun süreli bir sorumluluk öngörülme hallerde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu süre konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır ve taşınmazın teslim anında işlemeye başlar.” (m. 16, f. 10). Bu hükmün devamında ayıbın tüketiciden hile ile gizlenmiş olması halinde zamanaşımı süresinden faydalanılamayacağı belirtilmiştir. Taslaktaki bu hüküm tüketiciler bakımından mevcut durumdan geriye gidiş mahiyetindedir. Zira mevcut düzenlemede (TKHK m. 4, c. son) ve TBK m. 231’de bu konuda hilede ısrar edilmemiş ağır kusur yeterli görülmüştür¹⁰⁴. Tüketicinin korunması bakımından aynı çözümün taslağa aktarılması yerinde olacaktır.

IV. SONUÇ

1995 tarihli 4077 sayılı TKHK’da bugüne kadar farklı tarihlerde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Fakat değiştirilmesine ihtiyaç duyulan konuların fazla sayıda olması Kanun’daki çoğu maddenin yeniden ele alınması zarureti doğurmuştur. Ayrıca 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda tüketicileri de ilgilendiren esaslı bazı düzenlemeler yapılmıştır. Hem bu Kanunlara hem de AB mevzuatına tam uyumun sağlanması ve uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü için mevcut Kanunun her maddesini değiştirmek yerine yeni bir kanun hazırlanmasının daha uygun olacağı değerlendirilerek TKHK Tasarısı Taslağı hazırlanmış ve bu Taslak 17 Ağustos 2012 itibariyle kamuoyunun görüşüne açılmıştır.

Toplam 9 kısım ve 54 maddeden oluşan Taslakta tüketiciler açısından olumlu birçok hüküm getirilmiş fakat bazı yerlerde eleştiriye açık düzenlemelere yer verilmiştir. Kavram birlikteliğine dikkat edilmemesi, yoruma açık ifadelerin bulunması, genel hükümlerin (özellikle TBK’nın) göz ardı edilmesi ve bu yüzden gereksiz tekrarlara ve çelişkili cümlelere yer verilmesi başlıca eleştiri konularını oluşturmaktadır. Daha da önemlisi Taslaktaki bazı hükümlerin mevcut tüketici hukukundaki koruma çitasının altında kaldığı görülmüştür.

Taslağa son şekli verilirken metnin gözden geçirilerek tüketicileri daha ileri seviyede korumaya yönelik tedbirlerin alınması sağlanmalıdır.

¹⁰⁴ TBK m. 231’in gerekçesinde; ağır kusurun kastı, bu nedenle hileyi ve ağır ihmali de içerdiği göz önünde tutularak “ağır kusur” teriminin kullanılmasıyla iktifa edildiği vurgulanmıştır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.
- ALTOP, Atilla, “Genel İşlem Koşulları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 27-44.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 9, Ankara 2012.
- ARBEK, Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, B. 3, Ankara 2006.
- ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001. (Genel İşlem Şartları).
- ATAMER, Yeşim M., “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 24, Sa. 1, Y. 2007, s. 81-106. (Tüketici Satım Sözleşmeleri).
- ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 8 Nisan 2011, s. 9-73. (Yeni Türk Borçlar Kanunu).
- AYDOS, Oğuz Sadık, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009.
- BATTAL, Ahmet, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Y. 1998, s. 313-332.
- ÇEKER, Mustafa, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Kredileri Açısından Bankalara Getirdiği Yükümlülükler”, Bankacılar Dergisi, Sa. 15, Y. 1995, s. 12-21.
- ÇELENK, Sevdanur, “Avrupa Birliği Düşüncesi ve Tarihi”, Hukuk Dünyası, Sa. 1, 2006, s. 69-83.

- ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- DEMİR, Mehmet, Son Değişikliklerle Tüketicinin Korunması Hukuku Mevzuatı, Ankara 2004. (Mevzuat).
- DEMİR, Mehmet, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Tüketim Sözleşmeleri İle İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 397 – 420. (TKHK).
- DEMİR, Mehmet, “Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, Sa. 3, Y. 2005, s. 23-51. (AB Yönergesi).
- ERDOĞAN, İhsan, “Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Sa. 2, Y. 1997, s. 53-66.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Ankara 2012.
- ERLÜLE, Fulya, “Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 419-434.
- HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- KADIOĞLU, Kâmil “4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 4822 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, Sa. 55, s. 295 – 316.
- KARA, İlhan, Tüketici Hukuku, Ankara 2012.
- KAŞAK, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa. 1, Y. 2012, s. 415-429.
- KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.
- KIVILCIM, İlge, “AB Uyum Süreci: Yeni Tüketici Kanunu Tasarı Taslağı” İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu, http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/degerlendirme_notu_-_56-.pdf (Erişim 10 Aralık 2012).
- MAKARACI, Aslı, Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara 2007.
- ODER, Bertil Emrah, “Topluluk Hukukunun Temel Doktrinleri ve

- Uygulanması”, (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Birliği Hukuku, B. 2, İstanbul 2000, s. 114-190.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku C. 1, B. 10, İstanbul 2012.
- OZANOĞLU, Hasan S. “4822 Sayılı Kanunla 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Uygulama Alanında Getirilen Değişiklikler Üzerine”, <http://www.e-akademi.org>, (Erişim 15 Kasım 2012), E- Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Y. 2003, Sa. 18. (4822 Sayılı Kanun).
- OZANOĞLU, Hasan S., “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663-692. (Tüketici kavramı).
- ÖZ, Turgut, “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/98.pdf> (Erişim 15 Kasım 2012).
- ÖZSUNAY, Ergun, “AB’de ve Türkiye’de Ürün Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemelerin Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013, s. 357-390.
- POROY, Reha, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 513-550.
- SEROZAN, Rona, “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 61, Y. 2003, Sa. 1- 2, s. 339-356.
- SİRMEN, A. Lale, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 8 Nisan 2011, s. 109-134.
- TAŞKIN, Mustafa, “Tüzel kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vastısı”, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 1, Y. 1997, s. 30-37.
- TEKİNALP, Ünal, “Topluluk Hukuku, Kaynakları ve Özellikleri”, Tekinalp Avrupa Birliği Hukuku, B. 2, İstanbul 2000, s. 64-76.
- TİRYAKİ, Betül, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.
- YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2012.

(Borçlar Özel).

YAVUZ, Cevdet, “Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK. m. 4)”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1293-1316. (Ayıplı Mal).

YAVUZ, Cevdet, “Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1998, s. 503-542. (Ayıba Karşı Tekeffül).

ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, B. 3, Ankara 2004.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
B.	: Bası
b.	: Bent
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dn.	: Dipnot
EC	: European Communities
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

BOŞ

SATICININ ZAPTA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU BAKIMINDAN 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 216. MADDESİ NASIL OKUNMALIDIR?

M. Fadıl YILDIRIM*

ÖZET:

1 Temmuz 2012'den itibaren yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kullanılan dil ve yapılan çeviri yanlışlıklarının düzeltilmesi gibi şekil bakımından; genel işlem şartları kurumuna yer verme, kefalette kefilin, kirada kiracının konumunun iyileştirilmesinde olduğu gibi içerik bakımından önemli yenilikleri ihtiva etmektedir. Ancak bunun yanında, gerek benimsenen kanunlaştırma yönteminde müzakere edilmemesinin yarattığı mahzurlar gerek yapılması gereken düzenlemeler bakımından eleştirilerden de kurtulamamıştır.

Kaynak Kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metni yerine Almanca metnin 6098 sayılı Kanunun yapımında esas alınması suretiyle birçok çeviri yanlışlığı düzeltilmiştir. Ancak kanaatimizce satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen 216. maddenin anlaşılması konusunda tereddütler tamamen giderilememiştir. Bu çalışma söz konusu hükmün anlaşılmasında bir katkı sağlama amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Satıcının Sorumluluğu, Zapta Karşı Tekeffül, TBK. m. 216

HOW TO READ ART.216 OF LAW NO.6098 TURKISH CODE OF OBLIGATIONS BY MEAN'S OF SELLER'S LIABILITY OF QUIET ENJOYMENT?

ABSTRACT:

Law No. 6098 Turkish Code of Obligations, which has been come into effect as from 1 July 2012, contains formal renewals such as fixing language and translation errors as well as significant content renewals such as featuring general terms and conditions, improving situations of bailman in contract of bailment and renter in rental agreement. But furthermore, the code cannot escape from critics for both omissions to discussions because of adopted method of codification and to regulate due matters.

Instead of French text, German text of Swiss Code of Obligations, which is reference code for Law No. 6098 Turkish Code of Obligations, is rested and thus many translation errors are fixed. However in our opinion, doubts cannot be dispelled completely for understanding Article 216 regulating seller's responsibility for quiet

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi

enjoyment. This study has been written out to contribute to the understanding of above called article.

Keywords: *Seller's Liability, Art.216 of Law No:6098, Quiet Enjoyment*

GİRİŞ

Satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu, satıcının sattığı satım konusunun zilyetliğini devir ve mülkiyetini sağlama borcunun bir tamamlayıcı olmak üzere hem 818 sayılı Borçlar Kanununda hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer bulmuştur. Zapta karşı tekeffül borcu, satıcının sattığı ve teslim ettiği satım konusu üzerinde üçüncü bir kişinin üstün hakkının bulunması sebebiyle zapt edilmesi sonucu ortaya çıkan bir sorumluluktur. Kanun koyucu yalnızca mülkiyetin alıcıya sağlanması ile yetinmemiş, ayrıca bunun tartışmasız olmasını da istemiştir.

Kanun koyucuların genel olarak ifa yükümlülüğü ve ifa etmemenin sonuçlarının yanı sıra ayrıca zapta karşı tekeffül sorumluluğunu düzenlemeleri, alıcının kendisini malik addetmekte kendisine duyduğu güvenin korunmasıdır. Gerçekten de geçerli olarak kurulduğuna güvenilen ve fakat geçerli olarak kurulmamış bir sözleşmeye duyulan güven; ifa edilmemiş ve fakat ifa edileceğine dair duyulan güven ve görünüşte ifa edilmiş ancak ifanın görünüşte gerçekleştiğinin sonradan anlaşılması ile yaşanabilecek olumsuz durumlar ve özellikle alıcının çeşitli ithamlara maruz kalabilme (hırsız olduğu vs. şeklinde) tehlikesi, özel bir düzenleme yapmanın gerekçeleri arasında sayılabilir. Söz konusu hükümlerin genel olarak ifa engellerini düzenleyen hükümler karşısındaki (TBK. m. 112 vd.) konumu tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce hak sahibi bu hükümlere seçimlik bir biçimde dayanabilir¹.

Satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğumu için kanunen aranan şartlardan biri olan “zaptın gerçekleşmesi” olgusu, mahkeme kararına bağlı olarak gerçekleşen zapt ve bir mahkeme kararına bağlı olmaksızın gerçekleşen zapt olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucu mağdur edilen alıcıyı mahkemelerin uzun süren yargılamalarına maruz bırakıp mağduriyetini daha fazla artırmamak için mahkeme kararı dışında yollarla

¹ Giger, H., Das Obligationenrecht, 2. Abt., 1. Teilbd., Kauf, Tausch, Schenkung, 2. Aufl., Bern 1980, Berner Kommentar, Art. 192, N. 9; Keller, M./Siehr, K., Kaufrecht, 3. Aufl., S. 70; BGE 110 II 239. Özel hükümlerin öncelikle uygulanması gerektiği yolundaki görüş için bkz., Kostkiewicz, J. K., OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 192, N.3.

da üçüncü kişinin üstün hakkını tanımanın kapılarını aralamıştır². Bu tutum isabetlidir. Ancak ne var ki, söz konusu imkanı düzenleyen hükümler (BK. m. 191; TBK.m. 216) bir biçimde eleştiri konusu yapılmaktan kurtarılamamıştır³.

I.SORUNLU HÜKMÜN BORÇLAR KANUNLARINDA DÜZENLENİŞİ

Sorunlu hüküm satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun bir mahkeme kararına dayalı olmaksızın alıcının malı üstün hak sahibine geri vermek durumunda kaldığı hali düzenlemektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununda da hükmün sorunlu olduğu ve kaynak kanundaki bir fıkranın kanuna alınmadığı görülmekle birlikte, yeni düzenleme de kanaatimizce yanlış anlamalara sebebiyet verecek bir mahiyet taşımaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu düzenlemesi şu şekildedir.

“B. MAHKEME KARARI OLMAKSIZIN İADE

Madde 191 - Müşteri, bayii vaktinde davadan haberdar ve kendi namına müdafaa ve husumette bulunmasını talep ve ihtar edipte dinletememiş ise; üçüncü şahsın mebi üzerindeki hakkını hüküm beklemeksizin hüsünüyetle tanımış yahut istihkak müddeisiyle sulh akdetmiş olsa bile, bayie zaman terettüp eder”.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise hüküm şekildedir:

“b. Mahkeme kararı olmaksızın satılanı verme

MADDE 216- Satıcının zapttan sorumluluğu aşağıdaki hâllerde devam eder:

1. Alıcı, bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse.

2. Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa.

² Amstutz/Breitschmidt/Furrer/...ve diğerleri (hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 194, N. 1; Giger, Art. 194, N.5; Aral, F./Ayrancı, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (6098 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2012, s. 98.

³ Yeni düzenleme için Gümüş, 71. Önceki düzenleme için Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 217; Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1985, s. 157.

Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder”.

Görüldüğü üzere tek fıkralık düzenleme iki fıkraya çıkarılmış, ilk fıkra önceki düzenlemeye yapılan eleştirileri karşılamak üzere, daha önce kaynak kanundan kanunumuza alınmayan “dürüstlük kuralı uyarınca geri verme” şeklinde özetlenebilecek düzenlemeyi içermek üzere iki bent halinde tanzim edilmiştir.

Hükümde sorun, ilk fıkranın 2. bendinde yer verilen “Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümü, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa” şeklinde bir yazımdan kaynaklanmaktadır.

Hükümün lafzına bakıldığında şu sorular sorulabilir: “Bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa” ibaresindeki “sonuç alınamama” ne anlama gelmektedir? Tahkim sonrasında karar alıcı lehine olsa bir diğer ifade ile zapt gerçekleşmese dahi, satıcının zapta karşı tekeffül borcu doğmuş olacak mıdır? Tahkim yargılaması esnasında alıcı, üçüncü kişi ile sulh sözleşmesi yapabilecek midir?

Bu soruları bize düşündüren 818 sayılı Kanundaki düzenlemede yer alan “alıcının istihkak müddeisi ile sulh akdetmesi” ile sonraki düzenlemede yer alan “tahkime gitme” dir. Alıcının üstün hak iddiasında bulunan kişi ile sulh olabilmesi için açılan davada, uyuşmazlığın, karşılıklı fedakârlıklarla sona erdirilmesi gerekmektedir. Sulh, mahkeme içi veya mahkeme dışı olsun, bir uyuşmazlığı sona erdirmesi bakımından ya normal mahkemelerde verilen mahkeme ya da hakem kararıyla söz konusu olabilir. Böyle hallerde yargılama, sulh sözleşmesi sebebiyle “karar verilmesine mahal olmadığı” kararı ile sona erdirilir. Buna göre, tahkime gidip bu yargılama sürecinde üstün hak iddiasında bulunan kişi ile sulh olan ve bu kapsamda satım konusunu geri vermeyi kabul eden kişinin, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna gidebilmesi mümkündü. Böyle bir durumda alıcı “elimizden geleni yaptık ancak, satım konusu şeyi vermekten başka çare yoktu” şeklinde kendisini savunabilecekti.

Diğer yandan doktrinde “istihkak müddeisiyle sulh akdetme” ibaresinin çeviri yanlışlığından kaynaklandığı ve metnin kaynak kanuna göre “hakeme başvurma” şeklinde anlaşılması gerektiği öteden beri savunulmaktadır⁴.

⁴ Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 217; Tandoğan, 157; Yavuz, C./Acar, F./Özen, B., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s. 62. Ayrıca bkz., TBK. m. 216 Gereğesi. Bununla birlikte 1977 yılında Cavin yazdığı eserinde “Verg-

6098 sayılı Kanun'un düzenlemesi böylesi bir sulh süreci yaşamak zorunda bırakmamıştır. Tahkim yargılamasının üçüncü kişinin üstün hakkının tanınması ve dolayısıyla satım konusunun iadesi kararı ile sonlandırılması yeterli görülmüştür. Ancak bu husus madde metnine yeterince yansıtılamamıştır.

Kanun getirdiği düzenleme ile alıcıya şu imkânları vermiştir:

i. Alıcı, kendisine karşı dava açılmasını beklemek zorunda değildir. Üstün hak iddiası ile karşılaşır karşılaşmaz, durumu derhal satıcıya bildirebilir. Dava açılmış ise durumdan mutlaka haberdar etmeli ve uyarı görevini yerine getirmelidir (Mitteilungs- und Mahnpflichten).

ii. Alıcı satıcıdan, üçüncü kişinin üstün hak iddiasına karşı gecikmeksizin bir dava açarak uyuşmazlığı çözmesini isteyebilir.

iii. Alıcı, satıcıya tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin bir ihtarda bulunabilir. Dava yoluna satıcı gitmediği takdirde, hakem marifetiyle uyuşmazlığı çözüme hakkını elde eden alıcı, tahkime giderek bu yargılama sonrasında üçüncü kişinin üstün hakkını tanımak ve dolayısıyla malı geri vermek durumunda kalmışsa, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu doğmaktadır. Kanunun ifadesine göre, tahkime gidilmesi satıcının zapta karşı tekeffül borcunun doğumu için yeterlidir; davanın, üstün hak iddiasında bulunan kişi lehine sonuçlanmasına gerek yoktur.

Görüldüğü üzere 818 sayılı Kanun ile 6098 sayılı Kanun bir biçimde tahkime gidilmesi yolunu açmaktadır⁵. Ancak madde metninden söz konusu “iii. sonuç” yeterince anlaşılamamaktadır. “Sonuç alınamama” dan kastın ne

leich abschliesst”, “sulh akdederse” ibaresine yer vermektedir. Cavin, P., SPR VII 1, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhaeltnisse, Basel 1977, s. 64. Bu görüş kaynak Kanun'un Fransızca metninde yer alan “compromis” ve İtalyanca metindeki “compromesso” sözcüklerinden kaynaklanmaktadır ve mahkeme içi veya mahkeme dışı sulha karşılık gelmektedir. Bkz., Beat/Higi/Schönle, Art. 194, N. 14.

⁵ Hükmün kaynak kanuna göre tadil edilmesi ve “sulh akdetme” ibaresinin kaldırılmış olmasına rağmen 6098 sayılı Kanun döneminde de alıcı ile üstün hak iddiasında bulunan kişinin tahkim yargılaması esnasında davayı “sulh” ile sonlandırmalarının önünde bir engel yoktur. Bkz., Gümüş, M.A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I., İstanbul 2012, s. 72. Belirtmek gerekir ki, sulh her türlü ihtimalde yargılama konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın karşılıklı fedakarlıklarla sonlandırılması amacını güden “kendine özgü bir sözleşme”dir. Henüz yargılama yoluna gidilmeksizin bir anlaşmazlığın bir biçimde sonlandırılması sulh olmayıp “borcun konusunun değiştirilmesi, borcun ortadan kaldırılması (ibra) veya borç ilişkisinin ortadan kaldırılması (ikale) olur. 818 sayılı Borçlar Kanununda da “sulh akdetme” ibaresi alelade bir anlaşma olmayıp, yargılama esnasında vuku bulan ve davayı sonlandıran taraf işlemleri arasında yer alan “sulh sözleşmesi”dir. Bu sözleşmenin mahkeme içinde veya dışında olması fark yaratmaz; mahkeme dışı sulh de mahkeme kayıtlarına geçirilerek yargılamanın bu nedenle sonlandırılması mümkündür.

olduğu yoruma muhtaçtır. Kanaatimizce sorun Kaynak Kanunun çevirisindeki özensizlikten kaynaklanmaktadır. O halde hükmün kaynak kanuna göre anlaşılması gerektiği açıktır.

Kaynak Kanun'da ise düzenleme şu şekildedir:

“Art. 194

b. Herausgabe ohne richterliche Entscheidung

¹ Die Pflicht zur Gewährleistung besteht auch dann, wenn der Käufer, ohne es zur richterlichen Entscheidung kommen zu lassen, das Recht des Dritten in guten Treuen anerkannt oder sich einem Schiedsgericht unterworfen hat, sofern dieses dem Verkäufer rechtzeitig angedroht und ihm die Führung des Prozesses erfolglos angeboten worden war.

² Ebenso besteht sie, wenn der Käufer beweist, dass er zur Herausgabe der Sache verpflichtet war”.

Hükmün ilk fıkrasının çevirisi şu şekilde olmalıdır: “Satıcının zapttan sorumluluğu şu hallerde de mevcuttur: Alıcı herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın üstün hak iddiasında bulunan kimsenin bu hakkını dürüstlük kuralları uyarınca tanımış veya tahkime başvurulacağı konusunda satıcıyı zamanında uyarılmış olmakla tahkime gitmiş ve fakat davanın kaybedilmesi sonucunda satım konusunu istihkak iddiasında bulunan kişiye vermek zorunda kalmışsa”.

II. DÜZENLEMeye DAİR GÖRÜŞLER

A. HÜKMÜN GEREKÇESİ

Doktrinadaki görüşlere geçmeden önce söz konusu maddenin hazırlayıcıları tarafından kaleme alınan gerekçesine de temas etmekte yarar vardır.

“Tasarının iki fıkradan oluşan 215 inci maddesinde, alıcının mahkeme kararı olmaksızın satılanı üstün hak iddiasında bulunan üçüncü kişiye geri verme usulü ve bu usule uyararak ya da uymaksızın satılanı geri vermesinin hukukî sonuçları düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 191 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “b. Mahkeme kararı olmaksızın iade” şeklindeki ibare, Tasarıda “b. Mahkeme kararı olmaksızın geri verme” şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 191 inci maddesinden farklı olarak, Tasarının bu maddeyi karşılayan 215 inci maddesinin birinci fıkrasında, iki bent hâlinde, satılanın mahkeme kararı olmaksızın üçüncü kişiye verilmesine

karşın, satıcının zapttan sorumlu tutulduğu durumlar düzenlenmiştir. Bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanununun 191 inci maddesinde kullanılan “istihkak müddeisiyle sulh akdetmiş olsa bile” şeklindeki ibarenin çeviri yanlışlığı da düzeltilmiştir. Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanununun 191 inci maddesinden farklı olarak, alıcı kendisine karşı dava açılmasını beklemeden, satıcıyı üçüncü kişinin satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, bu yola başvurmazsa tahkim yoluna gidebileceği konusunda uyarebilecek ve **bu uyarısı sonuçsuz kaldığı için tahkim yoluna gitmişse** bu durumda hakem kararına göre hareket edebilecektir.

Tasarının 215 inci maddesine, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 194 üncü maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, ikinci bir fıkra eklenmiştir. Fıkraya göre, alıcı satılanı geri vermekle yükümlü olduğunu ispat ederse, satılan üzerinde zaptı sağlayacak nitelikte, özel hukuktan doğan üstün hak (mülkiyet hakkı, sınırlı aynî hak veya etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hak) iddiasında bulunan üçüncü kişiye, satılanı bir mahkeme veya hakem kararı beklemeden geri vermiş olsa bile, satıcının zapttan doğan sorumluluğu devam edecektir”.

Görüldüğü üzere maddenin gerekçesinde “tahkim yoluna gidileceği konusundaki uyarının sonuçsuz kalması” zapta karşı tekeffül sorumluluğu için yeterli görülmüştür.

B. DOKTRİNDEKİ DİĞER GÖRÜŞLER

Konu ile ilgili bir başka görüş⁶ düzenlemenin ihtar şartını yalnızca “tahkim yoluna gitme” seçimlik hakkının kullanılmasına özgülediği, üçüncü kişinin dava açması beklenmeksizin dürüstlük kuralına göre üçüncü kişinin hakkını tanımının ise bir “ihtar” şartına bağlanmadığıdır. Bu görüşe göre söz konusu husus, ilk fıkranın benzer hususları düzenleyen iki bendi arasında bir çelişki yaratmaktadır. Zira ilk bentte düzenlenen husus, alıcıya satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispatı bir külfet olarak yüklenmeksizin, dürüstlük kuralları sınırları çerçevesinde üçüncü kişinin üstün hakkını dava açılmadan tanıma imkânı vermektedir. İkinci bentte ise tanımayı, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesine bağlamaktadır. Yazara göre, “oysa alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olmadığını ispatla külfetli olmaksızın dürüstlük kuralı sınırlarında üçüncü kişinin üstün hakkını dava açılmadan tanıma imkânı, satıcının bu konuda harekete geçmesi için dikkatinin çekilmesini, uyarılmasını, menfaatler dengesi gereği gerekli kılmaktadır. Bu ise ancak satıcıya yapılacak bir ihtar ile

⁶ Gümüş, 71-72.

mümkün olabilir. Kanun koyucunun ihmali ile ortaya çıkan kanun boşluğu 216/I, b.1'in uygulanabilmesi için alıcı tarafından satıcıya ihtar yapılmasının kabulü ile doldurulmak zorundadır”.

Bir başka yazar⁷ söz konusu düzenleme bağlamında “Konu, 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda ele alınırken İsviçre hukukundaki düzenleme ile uyumlu bir çözüme kavuşturulmuştur. BK. m. 216 f.son hükmünde “*satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder*” denilerek, bu hususta yükümlü olduğunu iddia etmesi durumunda satıcının zapttan sorumluluğuna dayanabilmesini açıkça mümkün kılmıştır”, demekte ve 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yapılan “mutlak surette mahkemeye başvurulması gerektiği” yönündeki görüşlerin, yapılan düzenleme karşısında önemini kaybettiğini belirtmektedir.

Yine bu yazarlara göre, madde metninde yer alan “istihkak müddesiyle sulh akdetmiş olsa” ibaresi, kaynak kanunda “hakeme gitmeyi kabul etmiş olsa” şeklindedir. Ne var ki bu farklılığın bilinçli yaratılmış olmayıp bir tercüme hatasına dayandığı, bu nedenle 818 sayılı Kanunun 191 hükmünün de kaynak kanuna uygun olarak anlamlandırılması gerektiği ileri sürülmekteydi. Yürürlükteki Borçlar Kanunu m. 216 ile bu tercüme hatası düzeltilmiştir”⁸.

Görüldüğü üzere yazarlar doğrudan doğruya bizim işaret ettiğimiz konuya temas etmemekle birlikte, hükmün kaynak kanuna uygun hale getirildiği ve bu çerçevede anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler.

C. DÜZENLEMENİN NASIL OKUNMASI GEREKTİĞİNE DAİR GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce düzenleme kaynak kanun rehberliğinde okunmalıdır. Buna göre düzenlemenin okunmasından aşağıdaki sonuçlar çıkmaktadır.

Hüküm her şeyden önce bir hâkim kararı olmaksızın satılanı, istihkak iddiasında bulunan kişiye vermek bakımından “ek külfetler” aramaktadır. Bu külfetlere katlanmayan, hükümde düzenlenen haktan yani “hâkim kararı olmaksızın geri verme” den yararlanamaz; bir diğer ifade ile satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna gidemez⁹. Hükümde düzenlenen külfetlerin ek olduğu nazara alındığında, zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğumu için kanunen aranan diğer şartlar da gerçekleşmelidir.

⁷ Yavuz/Acar/Özen, 61.

⁸ Yavuz/Acar/Özen, 62.

⁹ Gut, B./Higi, P./Schönle, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2a, Kauf und Schenkung, Art. 192-204, Art. 194, N. 2.

Hüküm aksi ile kanıtından okunacak olursa: satıcı, bir mahkeme kararı olmaksızın malı istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişiye verecek olursa, kendisine yönelen zapta karşı tekeffül talebini şu gerekçelerle püskürtmek ve bu sorumluluğundan kurtulmak imkânına sahiptir:

Alıcının satım konusu şeyi bir mahkeme kararı olmaksızın üçüncü kişiye verirken dürüst davranmadığını örneğin, kendisini satım konusunu üçüncü kişiye vereceği konusunda haberdar etmediğini, uyarmadığını bunun dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu ileri sürebilir. Yine satıcı, kendisine yapılan uyarının zamanında yapılmadığını veya iş işten geçtikten sonra yapıldığını; davayı üstlenmesi veya davaya katılması yönündeki uyarının vaktinde yapılmadığını ya da alıcının satın almış olduğu şeyi üçüncü kişiye verme yükümlülüğünün doğmadığını ileri sürebilir.

Yine satıcı, alıcının tahkime gideceği konusunda kendisini uyarmadığını ve uyarı idi tahkim davası sonucunda davanın kaybedilmeyeceğini ileri sürebilir. Böyle bir iddiada bulunan satıcı, tahkime gidileceği konusunda kendisine vakit kaybedilmeksizin bir ihbarda bulunulsaydı ortaya çıkacak daha elverişli durumu ispat ederek, sorumluluğundan kısmen veya tamamen de kurtulabilir¹⁰.

Hükümde satıcının hâkim kararı olmaksızın satım konusunun geri verilmesi bakımından iki alternatif düzenlenmiştir. İlk alternatifte (m. 216/I), alıcı dürüstlük kuralları uyarınca üçüncü kişinin iddiasını kabul edebileceği gibi, satıcıyı tahkime başvuracağı konusunda vakit geçirmeksizin uyararak, üçüncü kişinin üstün hakkının tanınmasını bu yargılama sonunda verilecek karara bağlayabilmesine de (oder sich einem Schiedsgericht unterworfen hat¹¹) imkân tanınmıştır. Dürüstlük kuralları uyarınca gerçekleşecek tanımda da tanınmanın gerçekleşeceği konusunda satıcı uyarılmalıdır¹².

İkinci alternatifte (m. 216/II) ise üçüncü kişinin üstün hakkını tanıyan alıcı, şayet satıcının bu sorumluluğunun halen devam ettiği inancında ise, şeyi üçüncü kişiye teslim etme yükümlülüğünün bulunduğunu ispat etmelidir. Alıcı bu alternatifle kendisine tanınan hakkı yeterince ispat edemediği bir diğer ifade ile üstün hak iddiasında bulunan kişiye satım konusunu geri verme yükümlülüğü altında bulunduğunu ispat edemediği takdirde, geri vermenin dürüstlük kurallarına uygun olduğunu ileri sürebilecektir. Bir diğer seçenek

¹⁰ Gut/Higi/Schönle, Zürcher Kommentar, Art. 194, N. 7.

¹¹ Honsell/Vogt/Wiegand (hrsg.)Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, Art. 194, N. 1.

¹² Gümüş, 71; Amstutz/Breitschmidt/Furrer/...ve diğerleri (hrsg.), Handkommentar, Art. 194, N. 2.

de geri vermenin zamanında tahkime gidileceği konusunda uyarıldığı halde tahkim yargılamasında hiçbir biçimde satıcının yer almadığı (gerek davaya katılma gerek davayı üstlenme anlamında) ve dolayısıyla dava kaybedildiği için şeyi geri vermek zorunda kaldığının ispatıdır. Kaynak kanunda yer alan “die Führung des Prozess erfolglos angeboten worden war” ifadesi, yalnızca tahkime gidileceği yönündeki ihbarın neticesiz kalması, satıcının tahkim davasını üstlenmemesi veya alıcının yanında yer almaması değil; söz konusu yargılama sonrasında dava kaybedilmiş ise ve bu sebeple mal geri verilmek durumunda kalınmış ise satıcının sorumluluğunun devam edeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Acaba zamanında uyarılmasına rağmen, hiçbir biçimde alıcıya yardım etmeyen satıcı, tahkim yargılaması sulhun yanı sıra feragat veya davanın takip edilmemesi sonucu “açılmamış sayılma” kararı verildiği takdirde, kendisine yönelen zapta karşı tekeffül talebini savuşturabilecek midir? Bir diğer ifade ile her durumda alıcı tahkim yargılamasını sonuna kadar götürmek zorunda mıdır?

Kanaatimizce alıcıdan böyle bir davranış beklenilmemelidir¹³. Tahkim yargılaması esnasında gerçek durum anlaşılabilir ve alıcı, üstün hak sahibi üçüncü kişi ile sulh olabilir; tahkim yargılamasından feragat edebilir. Aksine bir tutum, alıcıya, davayı üstlenmeyerek veya birlikte davayı yürütmeyerek yardımcı olmayan satıcının bu davranışını ödüllendirmek olur.

SONUÇ

İsviçre Borçlar Kanunu’nun Fransızca metninden yapılan tercümenin ürünü olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 191. maddesinde zapta karşı tekeffül sorumluluğu düzenlenirken bir çeviri hatası yapılmıştır. Bu hata, 6098 sayılı Kanunun 216. maddesi düzenlenirken giderilmiş olmakla birlikte tereddütler tamamen bertaraf edilebilmiş değildir. Özellikle, üstün hak iddiasında bulunan kişinin üstün hakkının dürüstlük kuralı uyarınca tanınacağı ihbarının satıcıya yapılıp yapılmayacağı ve ihbarın sonuçsuz kalmasından neyin anlaşılması gerektiği, kanun koyucunun her türlü ihtimalde sulh yolunu kapatıp kapatmadığı hususları yeterince açık değildir. Kanaatimizce üstün hak sahibi iddiasında bulunan kişinin bu iddiasının dürüstlük kuralları uyarınca tanınacağına satıcıya bildirilmesi, dürüstlük kurallarının bir gereğidir. Böyle bir uyarıda bulunmaksızın malı geri veren, ancak düzenlemenin ikinci fıkrasında düzenlenen “geri verme yükümlülüğünün doğduğunu ispat ederek” satıcının tekeffül sorumluluğuna dayanabilir. Yine hüküm

¹³ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 194, N.1.

“satıcının zamanında uyarılmasından sonuç alınamaması” şeklinde değil, satıcının zamanında uyarılmış olması ve tahkim süreci başlatılmış olmasına rağmen davanın sonuçsuz kalması (Erfolglos des Prozess) yani, davanın kaybedilmesi üzerine üçüncü kişinin üstün hakkının tanınması ve dolayısıyla satım konusunun istihkak iddiasında bulunan kişiye geri verilmek zorunda kalınması şeklinde anlaşılmalıdır.

Tahkime başvurulacağı şeklinde ihbarın gecikmeksizin yapılması gerekir. Satıcının davaya müdahil olamayacağı veya üstlenemeyeceği bir anda yapılan ihbarlar gecikmiş ihbarlardır. Vaktinde yapılan bir ihbara rağmen, davayı üstlenmeyen veya alıcı ile birlikte davayı yürütmeyen satıcının bu davranışı sonucunda, alıcı sonuna kadar davayı yürütmek zorunda bırakılmamalıdır. Bu dava feragat veya sulh ile sonuçlandırılabilir ve hakem kararına bağlı olarak geri verme yükümlülüğü doğabilecektir. Bir diğer ifade ile çeviri yanlışlığı düzeltilirken, alıcının tahkim yargılamasında üçüncü kişi ile sulh olmasının önü kapatılmış değildir. Dava sulh ile sonlandığı takdirde de satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu devam eder. Sulh ile tahkim yargılamasının sonlandırılmasında sulhun ayrıca dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılması gerekir; sırf satıcıya bir ders vermek amacıyla sulh yoluna gidilmesi hukuka aykırıdır (MK. m. 2/II).

Sonuç olarak hükmün nasıl okunması gerektiğine dair görüşümüzü bir kez daha yinelemekte yarar görüyorum:

“Satıcının zapttan sorumluluğu şu hallerde de mevcuttur: Alıcı herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın üstün hak iddiasında bulunan kimsenin bu hakkını dürüstlük kuralları uyarınca tanımış veya tahkime başvurulacağı konusunda satıcıyı zamanında uyarmış olmakla tahkime gitmiş ve fakat davanın kaybedilmesi sonucunda satım konusunu istihkak iddiasında bulunan kişiye vermek zorunda kalmışsa”.

BOŞLUK

MİLLETLERARARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMESİ'NİN (VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ) UYGULAMA ALANI

Zeynep YILDIRIM*

ÖZET

Milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla yapılmış sözleşmelerin en önemlisi 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir. Sözleşme, 1 Ağustos 2011'den itibaren Türkiye'de de uygulanmaya başlamıştır.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, bir başka ifadeyle Viyana Satım Sözleşmesi, milletlerarası taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerin kuruluşu, ifası ve sona ermesi ile ilgili hükümler içermektedir. Hem milletlerarası satımlarda meydana gelen artış hem Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olması hem de Sözleşme'nin içerdiği hükümlerin mahiyeti düşünüldüğünde, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanını tespit etmek son derece önemlidir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı Sözleşme'de, yer, konu ve zaman bakımından uygulama alanı olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada da Sözleşme'nin uygulama alanı bu ayırıma göre incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Viyana Satım Sözleşmesi, CISG, Zaman Bakımından Uygulama Alanı, Yer Bakımından Uygulama Alanı, Konu Bakımından Uygulama Alanı.*

SCOPE OF APPLICATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)

ABSTRACT

The most important one among the agreements made for the purpose of unification of international trading law is The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods, dated April 11, 1980. The contract was started to be implemented in Turkey since August 1, 2011.

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods, in other words, Vienna Sales Convention contains provisions regarding the establishment, execution, and termination of the contracts related to the international sale of movable properties. Considering both the increase in international sales, and Turkey's being a party to the Convention as well as the nature of the provisions contained in the Convention, it is extremely important to determine the scope of application of Vienna Sales Convention.

The scope of application of the Vienna Sales Convention was arranged as the scope of application in terms of location, subject and time in the Convention. In this study, as well, the scope of application of the Convention was examined according to this distinction.

Keywords: *Vienna Sales Convention, CISG, Scope of Application in terms of Time, Scope of Application in terms of Location, Scope of Application in terms of Subject.*

GİRİŞ

Milletlerarası alanda yapılan ticaretin öneminin artmasıyla, farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında yapılan satım sözleşmelerinin sayısı da artmaktadır. Buna bağlı olarak, bu sözleşmelerde ortaya çıkan problemlerde, hukuk sistemlerinin farklılığından kaynaklı bir takım sorunlar da beraberinde gelmektedir. Bu sorunların giderilebilmesi için milletlerarası alanda birçok çalışma yapılmıştır. Bu çalışmaların en önemlisi 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG), başka bir ifadeyle Viyana Satım Sözleşmesi'dir. Çalışmamızda, kolaylık bakımından bu Sözleşme, Viyana Satım Sözleşmesi olarak adlandırılacaktır.

Viyana Satım Sözleşmesi, milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla meydana getirilmiş olup, bu Sözleşme'ye Şubat 2012 tarihi itibarıyla, 78 ülke taraftır¹.

I. VİYANASATIMSÖZLEŞMESİ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

A. Konunun Takdimi

Milletlerarası satımlarda meydana gelen artış düşünüldüğünde, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanını belirlemek son derece önemlidir. Türkiye de bu Sözleşme'ye taraftır. O sebeple bu çalışmanın hazırlanması ihtiyacı hasıl olmuştur.

¹ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>, Erişim Tarihi: 07.12.2012; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, Erişim Tarihi: 07.12.2012.

Milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmalarının sonucu olan Viyana Satım Sözleşmesi'ne Türkiye, Türkiye Cumhuriyeti'nin katılımının uygun bulunduğu ilişkin 02.04.2009 tarihli, 5870 sayılı Kanun'un 14 Nisan 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımından sonra, Bakanlar Kurulu kararnamesinin² 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete'de³ yayımlanmasıyla katılmıştır. Sözleşme'nin 99'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, Sözleşme, katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe gireceğinden, Viyana Satım Sözleşmesi, 01 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Türkiye'de de uygulanmaya başlamıştır⁴. Türkiye Sözleşme'yi herhangi bir çekince koymadan kabul etmiştir⁵.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğe gireceği zaman ve münferit olarak bir satım sözleşmesinde ne zaman uygulanacağı öncelikli olarak tespit edilmesi gereken konulardandır. Bu sebeple çalışmanın giriş bölümünde, Sözleşme'nin zaman bakımından uygulama alanını belirlemek önem arz ettiğinden, öncelikli olarak bu konuyu ele alacağız.

B. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Viyana Satım Sözleşmesi'nin “*Son Hükümler*” başlıklı dördüncü kısmında, Sözleşme'nin zaman bakımından uygulama alanına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Sözleşme'nin 99'uncu maddesi yürürlüğe gireceği tarihi, 100'üncü maddesi taraflar arasındaki satım sözleşmesi bakımından Viyana Satım Sözleşmesi'nin geçerli olacağı tarihi, 101'inci maddesi ise Sözleşme'den çekilme usulünü ve çekilmek için gerekli bildirimin hüküm doğuracağı tarihi düzenlemektedir.

Şimdi bu durumları inceleyeceğiz.

1. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Yürürlüğe Gireceği Tarih

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 99'uncu maddesinde, Sözleşme'nin yürürlüğe gireceği tarih ile ilgili çeşitli ihtimaller düzenlenmiştir. Sözleşme'nin

² Karar Sayısı: 2010/247.

³ 07.04.2010 tarih, 27545 sayılı RG, <http://www.resmigazete.gov.tr>, Erişim Tarihi: 07.12.2012.

⁴ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Turkey.html>, Erişim Tarihi: 07.12.2012; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, Erişim Tarihi: 07.12.2012.

⁵ ZEYTİN, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara, 2011, s. 19.

99'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında bütün ülkeler için yürürlüğe gireceği tarih, 2'nci fıkrasında Sözleşme'ye sonradan katılan ülkeler için yürürlüğe gireceği tarih düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3'üncü, 4'üncü, 5'inci ve 6'ncı fıkralarında ise 1964 tarihli Lahey Sözleşmeleri'ne taraf olan ülkeler açısından Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğe girebilmesi için, bu ülkelerin Lahey Sözleşmeleri'nden çekilmesi gerekliliği hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme'nin 99'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre, bütün ülkeler bakımından, *“bu Antlaşma, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, 92. madde uyarınca yapılmış bir beyanı içeren bir belge dâhil olmak üzere, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer”*. Sözleşme'nin yürürlüğe girebilmesi için Sözleşme'ye taraf olan on ülkenin varlığına ihtiyaç vardır ve 11 Aralık 1986 tarihinde bu şart gerçekleşmiştir⁶. O halde Sözleşme, bu tarihten itibaren on iki ayın bitimini izleyen ayın ilk günü olan 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girmiştir⁷.

Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Sözleşme'yi onaylayan veya Sözleşme'ye katılan ülkeler bakımından Sözleşme, 99'uncu maddenin 2'nci fıkrasına göre, *“bir Devletin, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonra bu Antlaşmayı onaylaması, kabul etmesi, uygun bulması veya Antlaşmaya katılması halinde, bu Antlaşma, hariç bırakılan Kısım dışında, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, o Devlet bakımından, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer”*.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 99'uncu maddesinin 3'üncü, 4'üncü, 5'inci ve 6'ncı fıkralarına göre ise, *“(3) 1 Temmuz 1964 tarihinde Lahey'de*

⁶ TOKER, Ali Gümrah, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, 2005, s. 136; ATAMER, Yeşim, “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, İBD, Sayı 69, Yıl 1995, s. 552; MISTELIS, Loukas, “CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008, s. 10; ERDEM,ERCÜMENT, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul, 2008, s. 21; ERDEM,ERCÜMENT, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul, 2008, s. 48.

⁷ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 552; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 21; TOKER, s. 136; MISTELIS, s. 10; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 48.

hazırlanan Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma (1964 Lahey Kurulma Antlaşması) veya 1 Temmuz 1964 tarihinde Lahey'de hazırlanan Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma (1964 Lahey Satım Antlaşması)'dan herhangi birine veya her ikisine taraf olan ve bu Antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu Antlaşmaya katılan Devlet, aynı anda, 1964 Lahey Kurulma Antlaşması veya 1964 Lahey Satım Antlaşması'ndan, duruma göre birini veya her ikisini, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle feshedecektir.

(4) 1964 Lahey Satım Antlaşmasına taraf olup işbu Antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu Antlaşmaya katılan ve işbu Antlaşmanın II. Kısmı ile bağlı olmayacağını 92. madde uyarınca beyan eden veya beyan etmiş bulunan bir Devlet onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle 1964 Lahey Satım Antlaşmasını feshedecektir.

(5) 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasına taraf olup işbu Antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu Antlaşmaya katılan ve işbu Antlaşmanın III. Kısmı ile bağlı olmayacağını 92. madde uyarınca beyan eden veya beyan etmiş bulunan bir Devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasını feshedecektir.

(6) Bu maddenin amaçları çerçevesinde, 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasına veya 1964 Lahey Satım Antlaşmasına taraf olan Devletler bakımından anılan iki Antlaşma ile ilgili olarak gerekebilecek fesihler hüküm ifade etmeden, söz konusu Devletlerin bu Antlaşmayı onayı, kabulü, uygun bulması ve katılması hüküm ifade etmeyecektir. Bu Antlaşmanın tevdi makamı bu noktada koordinasyonu sağlamak amacıyla, 1964 Antlaşmasının tevdi makamı olan Hollanda Hükümetiyle irtibata geçecektir.” Bu şartlar yerine gelmezse, bir başka ifadeyle 1964 tarihli Lahey Sözleşmeleri'nden herhangi birisine taraf ülke bu sözleşmeden çekilmezse, Viyana Satım Sözleşmesi, bu ülkeler bakımından yürürlüğe girmeyecektir⁸. Bu ülkelerde Viyana Satım Sözleşmesi, yapılan çekilme bildirimlerinin etkisini doğurduğu tarihte yürürlüğe girecektir⁹.

⁸ TOKER, s. 139.

⁹ TOKER, s. 139.

2. Taraflar Arasındaki Satım Sözleşmesi Bakımından Viyana Satım Sözleşmesi'nin Geçerli Olacağı Tarih

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 100'üncü maddesinde, “(1) *Bu Antlaşma bir sözleşmenin kurulmasına ancak, o sözleşmenin akdi konusundaki icabın, 1. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde anılan taraf Devletler veya 1. fıkrasının (b) bendinde anılan taraf Devlet bakımından bu Antlaşmanın, yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılması halinde uygulanır.*

(2) *Bu Antlaşma, sadece 1. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde anılan taraf Devletler veya 1. fıkrasının (b) bendinde anılan taraf Devlet bakımından Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra akdedilen sözleşmelere uygulanır*” denmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin bu maddesinden anlaşılabileceği üzere, satım sözleşmesinin kuruluşunda Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, icabın Sözleşme'nin yürürlüğünden sonra yapılması gerekirken; satım sözleşmesinin ifasında uygulanabilmesi için ise icabın yürürlükten sonra yapılması gerekmemekte, satım sözleşmesinin, Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğünden sonra yapılmış olması yeterli olmaktadır¹⁰. O halde, Sözleşme'nin hükümleri geriye yürümez¹¹. İcabın yapılmasından kastedilen ise icabın gönderildiği andır, icabın varlığı anın bir önemi yoktur¹².

3. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Tarafı Olan Ülkenin Sözleşme'den Çekilme Bildiriminin Geçerli Olacağı Tarih

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 101'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, Sözleşme'nin tarafı olan her ülke, Sözleşme'yi veya Sözleşme'nin ikinci veya üçüncü kısmını, tevdi makamına yapacağı yazılı resmî bir bildirimle feshedebilir.

Sözleşme'nin 101'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre ise, Sözleşme'nin tarafı olan ülke artık Sözleşme ile bağlı olmak istemediğini bildirerek Sözleşme'den çekilirse, “*fesih, bildirimin tevdi makamına ulaşmasından itibaren on ikinci ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade eder. Bildirimde, feshin hüküm ifade etmeye başlaması için daha uzun bir sürenin belirtilmiş olması halinde, fesih, tevdi makamına bildirimin ulaşmasından itibaren anılan daha uzun sürenin geçmesi ile hüküm ifade*

¹⁰ TOKER, s. 140-141; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 559.

¹¹ TOKER, s. 140.

¹² ZEYTİN, s. 57.

eder". Bu hükme göre on iki aylık süre uzatılabilirken, kısaltılması mümkün değildir¹³.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Viyana Satım Sözleşmesi, milletlerarası taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerin kuruluşu, ifası ve sona ermesi hakkında hükümler içermektedir¹⁴. Bu Sözleşme'nin konusu sadece milletlerarası satımlara ilişkindir ve taşınır mal satımları için uygulama alanına sahiptir¹⁵. Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanını belirlemek önem arz etmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi, dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda, *"Uygulama Alanı ve Genel Hükümler"*, ikinci kısımda *"Sözleşmenin Kurulması"*, üçüncü kısımda *"Malların Satımı"*, son kısımda ise *"Son Hükümler"* düzenlenmiştir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı, Sözleşme'nin birinci ve dördüncü kısımlarında düzenlenmiştir. Birinci kısımda, yer ve konu bakımından uygulama alanı, son kısımda ise zaman bakımından uygulama alanı yer almaktadır. Biz de çalışmamızda, Sözleşme'deki bu düzenlemeler doğrultusunda, ilk önce Sözleşme'nin yer bakımından uygulama alanını, daha sonra ise konu bakımından uygulama alanını inceleyeceğiz. Bunun yanı sıra, zaman bakımından uygulama alanına ilişkin açıklamalara, konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına giriş bölümünde yer vermeyi uygun gördük. Bu çalışma, Viyana Satım Sözleşmesi'nin yalnızca uygulama alanına ilişkin olup, Sözleşme'yle ilgili diğer konulara çalışmada yer verilmemiştir.

§1. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN YER BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Viyana Satım Sözleşmesi'nin yer bakımından uygulama alanını düzenleyen 1'inci maddesine göre, *"(1) Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, (a) bu devletlerin âkit devletlerden olması veya (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır."*

(2) Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş

¹³ TOKER, s. 144.

¹⁴ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 551; TOKER, s. 27.

¹⁵ MISTELIS, s. 12; TOKER, s. 27; ÖZSUNAY, Ergun, "1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) Ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları", İBD, Cilt 78, Sayı 3, Yıl 2004, s. 911.

olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmaz.

(3) Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır”.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 1’inci madde hükmüne göre, bu Sözleşme’nin taraflar arasındaki satım sözleşmesine uygulanabilmesi için, sözleşmenin milletlerarası niteliğinin açık olması gerekir¹⁶. Bu da tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması ve satım sözleşmesinin milletlerarası niteliğinin anlaşılır olmasıyla gerçekleşir. Şimdi Viyana Satım Sözleşmesi’nin yer bakımından uygulanabilmesi için gerekli olan şartları inceleyeceğiz.

I. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ’NİN YER BAKIMINDAN UYGULANABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

A. İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunması

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 1’inci maddesinin ilk fıkrasına göre, Sözleşme’nin yer bakımından uygulanabilmesi için, satım sözleşmesi taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması gerekmektedir. Bu gereklilik ile taraflar arasındaki sözleşme milletlerarası bir niteliğe kavuşmaktadır¹⁷. O halde, tarafların işyerleri aynı ülkede bulunuyorsa, başka bir ifadeyle satım milletlerarası bir satım değilse, bu satım sözleşmesine iç hukuk kuralları uygulanacaktır¹⁸. Bu şart, temel bir şart olup, Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulanabilmesi için mutlaka gerçekleşmelidir¹⁹.

İşyerlerinin farklı ülkelerde bulunması şartı, Sözleşme’nin uygulama alanının hem genişlemesine hem de daralmasına sebep olmaktadır²⁰. Taraflar arasındaki sözleşme konusu mal, üretiminden satımına hatta tüketimine kadar, üretildiği ülkenin dışına çıkmasa bile, tarafların işyerlerinin farklı

¹⁶ TOKER, s. 31.

¹⁷ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 556; TOKER, s. 32; ATAMER, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 47; TİRYAKİ-OĞLU, Bilgin, “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi”, AÜHFİD, Cilt 41, Sayı 1, Yıl 1990, s. 194; ZEYTİN, s. 42.

¹⁸ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 556; TOKER, s. 32.

¹⁹ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 6; TOKER, s. 33; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 32; TİRYAKİOĞLU, s. 194.

²⁰ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 10; TOKER, s. 33; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 33.

ülkelerde bulunmasıyla Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına girebilecekken²¹; tarafların işyerlerinin aynı ülkede bulunması durumunda ise, satım ilişkisi birden fazla ülkede etki oluştursa, örneğin mal başka bir ülkede teslim edilse bile Sözleşme'nin uygulama alanına girmeyecektir²².

Viyana Satım Sözleşmesi'nin yer bakımından uygulama alanı, satım sözleşmesi taraflarının işyerlerinin nerede olduğu ile belirlenir, sözleşmenin kurulduğu yer veya ifa yeri dikkate alınmaz²³. O sebeple işyeri ve işyerlerinin farklı ülkelerde olması kavramlarından ne anlamamız gerektiği önem arz etmektedir. Şimdi bu kavramları inceleyeceğiz.

1. İşyeri Kavramı

Viyana Satım Sözleşmesi'nde, işyeri kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında bir tanım yoktur. Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Odası Temsilcisi işyeri kavramını, *“mal veya hizmet satmak amacıyla memurlardan ve bürolardan oluşan sürekli bir ticarî organizasyon”* şeklinde tanımlamıştır²⁴. Doktrinde bazı yazarlar ise işyeri kavramını, merkez gibi katı kurallara tâbi olmayan, sürekli ve düzenli iş yapılan yer şeklinde tanımlamaktadır²⁵. Bazı yazarlarca da işyeri, sözleşme tarafının meslekî faaliyetini fiilen ve ağırlıklı olarak yürüttüğü yer olarak ifade edilmiştir²⁶. Bir başka yazar ise işyerini, millî ve milletlerarası planda ticarî işlemlerde bulunmak amacıyla oluşturulan, devamlı ve düzenli bir organizasyonun bulunduğu yer olarak tanımlamaktadır²⁷.

İşyeri kavramı, satım sözleşmesinin görüşüldüğü veya yapıldığı yeri ifade etmez²⁸. İşyeri, satım sözleşmesinin taraflarının sabit olarak iş ilişkilerini sürdürdüğü yerdir ve hukukî bir bağımsızlığa, örneğin tüzel kişiliğe sahip olması yahut ticarî bir idare merkezi olması gerekmez²⁹. Bunun yanında

²¹ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 10; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 557; TOKER, s. 33-34; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 33.

²² ZEYTİN, s. 42; TOKER, s. 33-34; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 33.

²³ TOKER, s. 34; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 10; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 34.

²⁴ Aynen aktaran ERDEM, Uygulama Alanı, s. 7, TOKER, s. 36, ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 33.

²⁵ TOKER, s. 37.

²⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 49.

²⁷ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 7; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 34.

²⁸ TOKER, s. 37.

²⁹ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 557; TOKER, s. 37; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 49.

geçici yerleşilen yerler veya irtibat büroları işyeri olarak kabul edilemez³⁰. En azından belirli bir süre için bu işletme faaliyet göstermeli ve bazı yetkilerle donatılmış olmalıdır³¹. Satım sözleşmesinin, ana şirketin de ortak olduğu bir yan şirket tarafından yapıldığı hallerde, yan şirketin işyeri esas alınmalıdır³².

Satım sözleşmesi taraflarının farklı ülkelerde birden fazla işyerinin bulunması halinde, tarafların hangi işyerinin esas alınacağı Viyana Satım Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesine göre belirlenecektir. Sözleşme'nin 10'uncu maddesi, *“taraflardan birinin birden fazla işyerinin olması halinde, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibat içinde olan işyeri esas alınır; taraflardan birinin hiçbir işyerinin olmaması halinde mutata meskeni esas alınır”* demektedir. O halde sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en sıkı ilişkili olan işyeri esas alınacaktır. En sıkı ilişkili işyerinin tespitinde, yeknesaklığı sağlamak açısından, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesini sağlayacak işyeri hangisi ise daha çok o tercih edilmelidir³³. Burada tarafların, sözleşmenin kuruluşu sırasında dikkate aldıkları ve bildikleri hususlar da değerlendirilmelidir³⁴.

Taraflardan birinin işyerinin bulunmaması durumu da, Viyana Satım Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesiyle, tarafın mutata meskeni esas alınır denilerek çözüme kavuşturulmuştur.

Satım sözleşmesinin temsilci aracılığı ile yapıldığı durumlarda, temsil doğrudan temsil ise temsil edilenin işyeri, dolaylı temsil ise temsilcinin işyeri Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanında belirleyicidir³⁵.

2. Farklı Ülke

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması gerekir. İşyerlerinin farklı ülkelerde bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, sözleşmenin kurulması anındaki durum dikkate alınır³⁶. Ancak işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması, Sözleşme'nin

³⁰ ZEYTİN, s. 43; TOKER, s. 37.

³¹ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 557; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 49; Toker, işyerinin belirli bir süre faaliyet göstermesi gerekmediği görüşündedir, TOKER, s. 37.

³² ZEYTİN, s. 43.

³³ TOKER, s. 40.

³⁴ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 558; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 49.

³⁵ ZEYTİN, s. 42.

³⁶ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 558; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 49.

uygulanabilmesi için yeterli değildir. Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre, “(a) bu devletlerin âkit devletlerden olması veya (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması” da gerekmektedir. Şimdi bu şartları inceleyeceğiz.

a. Tarafların İşyerlerinin Bulunduğu Ülkelerin Viyana Satım Sözleşmesi'nin Tarafı Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre ilk seçenek, tarafların işyerlerinin bulunduğu farklı ülkelerin Sözleşme'nin tarafı olmasıdır. Bir başka ifadeyle, satım sözleşmesi taraflarının işyerleri, Viyana Satım Sözleşmesi'nin tarafı olan farklı ülkelerde bulunmalıdır³⁷. O halde, Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf ülkelerde, bu ülkelerin kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmayacak, doğrudan Viyana Satım Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır³⁸. Ancak bu şart, sadece Sözleşme'ye taraf olan ülkelerin mahkemelerini bağlar³⁹. Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir ülkenin mahkemesinde davanın açılmış olması halinde, bu şart gerçekleşse bile, hâkim, Sözleşme'yi uygulamak zorunda değildir⁴⁰.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, satım sözleşmesi taraflarının Sözleşme'nin uygulanmasını engellememeleri gerekir⁴¹. Viyana Satım Sözleşmesi'nin, 1'inci madde 1'inci fıkra (a) bendi uyarınca uygulandığı durumlarda, Sözleşme belirli bir ülkenin hukuku olarak değil, bütün hukuk düzenlerinden bağımsız olarak uygulanır⁴².

b. Ülkenin Kanunlar İhtilâfi Kurallarının Viyana Satım Sözleşmesi'ne Taraf Olan Ülkenin Hukukuna Atıfta Bulunması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulabilmesi için, Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre ikinci seçenek, ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarının Sözleşme'ye taraf bir ülke hukukuna atıfta bulunmasıdır. Bu kurala göre, yine satım sözleşmesi taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde olması gerekirken, işyerlerinin bulunduğu ülkelerin Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olması gerekmez⁴³. Burada hâkim, kanunlar ihtilâfi kurallarına göre

³⁷ TOKER, s. 41; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 559; TİRYAKIOĞLU, s. 195.

³⁸ MISTELIS, s. 16; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 51; TOKER, s. 42.

³⁹ TİRYAKIOĞLU, s. 195; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 51; TOKER, s. 42.

⁴⁰ TİRYAKIOĞLU, s. 195; TOKER, s. 42; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 51.

⁴¹ TOKER, s. 43; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 559.

⁴² TİRYAKIOĞLU, s. 195.

⁴³ TOKER, s. 44; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 561; ERDEM, Uygulama Alanı,

yetkili hukuku Sözleşme'ye taraf olan bir ülkenin hukuku olarak tespit ederse, Viyana Satım Sözleşmesi'nin hükümleri o ülkenin iç maddî hukuku sıfatıyla uygulama alanı bulur⁴⁴.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin bu hükmü, Sözleşme'ye taraf olan bir ülkede davanın açılması durumunda, bu ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarının yine Sözleşme'ye taraf bir ülke hukukunu göstermesi durumunu ele almıştır⁴⁵. Hukuku uygulanacak ülke olarak tespit edilen ülkenin, söz konusu olayda Sözleşme'yi uygulayıp uygulamayacağının bir önemi yoktur⁴⁶. Bir başka ifadeyle Viyana Satım Sözleşmesi'nin bu hükmü, kanunlar ihtilâfî kurallarına etki tanımış, atfı reddetmiştir⁴⁷. İşyerlerinin farklı ülkelerde bulunması şartı gerçekleşmişse ve davanın açıldığı Sözleşme'ye taraf ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarının gösterdiği ülke de Sözleşme'ye tarafsız, Sözleşme bu ülkenin iç hukuku olarak uygulanacak, o ülkenin kanunlar ihtilâfî kuralları dikkate alınmayacaktır⁴⁸.

Dava, Sözleşme'ye taraf olmayan bir ülkede açılmışsa, Viyana Satım Sözleşmesi'nin bu hükmü, o ülke mahkemesi için bağlayıcı değildir⁴⁹. Bu durumda hâkim, kendi kanunlar ihtilâfî kurallarına göre uygulanacak ülke hukukunu tespit edecektir. Hâkimin kendi kanunlar ihtilâfî kuralları atfı kabul ediyorsa, hukuku uygulanacak olan ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarına bakacak ve bu kurallar Sözleşme'ye taraf bir ülke hukukunun uygulanmasını öngörüyorsa Viyana Satım Sözleşmesi'ni iç maddî hukuk sıfatıyla uygulayacak, Sözleşme'ye taraf olmayan bir ülke hukukunun uygulanmasını öngörüyorsa da Sözleşme'yi uygulamayacaktır⁵⁰.

Atıf, çeşitli hukuk sistemlerinde belirli amaçlarla ve belirli konulara hasredilmiş bir şekilde genellikle kabul edilmiştir⁵¹. Atfın kabulü durumunda hâkim, önüne gelen meselede yetkili hukuku tespit ettikten sonra, bu hukuku

s. 11; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 52; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 36.

⁴⁴ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 560; TİRYAKİOĞLU, s. 195; TOKER, s. 45; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 36.

⁴⁵ TİRYAKİOĞLU, s. 196.

⁴⁶ TİRYAKİOĞLU, s. 196.

⁴⁷ TİRYAKİOĞLU, s. 196.

⁴⁸ TİRYAKİOĞLU, s. 196.

⁴⁹ TİRYAKİOĞLU, s. 196.

⁵⁰ TİRYAKİOĞLU, s. 197.

⁵¹ ÇELİKEL, Aysel, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk'unda Atıf Prensibi'nin Uygulanması", MHB, Sayı 2, Yıl 3, 1983, s. 2-3.

sadece iç maddî hukuk kurallarını dikkate alarak değil, bu hukukun aynı zamanda kanunlar ihtilâfî kurallarını da bir bütün olarak dikkate alıp olayın çözümünü bu şekilde belirleyeceği hukuka göre yapar⁵². O halde atıf mevcut ise hâkim, yetkili hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarını re'sen tespit edecek, bu kuralların derdest olan konuda başka bir bağlama noktasına dayalı kural getirmesi ihtimalinde, meseleyi bu bağlama kuralının gösterdiği kanuna göre çözümleyecektir⁵³. Atıf, çoğu ülkede bir kısım hukukî ilişkiler bakımından reddedilirken, kabul edildiği hukukî ilişkiler bakımından ise sınırsız bir şekilde değil, belirli bir dereceden sonra kısılmış bir şekilde kabul edilmektedir⁵⁴.

B. İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunduğunun Anlaşılır Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, *“ tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden...”* anlaşılır olmalıdır. Aksi durumda işyerlerinin farklı ülkelerde olması olgusu dikkate alınmaz. Bir başka ifadeyle, Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz. Bunun sebebi, bu durumda işlemin milletlerarası niteliğinin açık olmamasıdır⁵⁵.

Satım sözleşmesinin milletlerarası niteliğinin objektif olarak anlaşılır olması yeterlidir; taraflar işyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğunu bilmeseler de, objektif olarak bunun farkına varabileceklerse, Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır⁵⁶. Bunun yanı sıra tarafların, işyerlerinin farklı ülkelerde olduğunu bilmeleri yeterli olup, Viyana Satım Sözleşmesi'nin tarafı olan bir ülkede olduğunun bilinmesinin önemi yoktur⁵⁷. Satım sözleşmesinin, Viyana Satım Sözleşmesi'nin kapsamına giren bir sözleşme olduğunun da taraflarca bilinmesi gerekmez⁵⁸.

⁵² DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2010, s. 142; ÇELİKEL, s. 1.

⁵³ ÇELİKEL, s. 1.

⁵⁴ DOĞAN, s. 149.

⁵⁵ TOKER, s. 53; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 558; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 49.

⁵⁶ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 558; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 50; TOKER, s. 54.

⁵⁷ ZEYTİN, s. 44; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 559; TOKER, s. 43; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 51.

⁵⁸ ZEYTİN, s. 44; ancak Tokar, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulabilmesi için, satım sözleşmesinin taraflarının, sözleşme yapıldığı sırada aralarındaki sözleşmenin Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına girdiğini bilmeleri gerektiği, aksi durumda Sözleşme'nin uygulama alanı bulamayacağı görüşündedir, TOKER, s. 54.

C. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Dikkate Alınmayacak Durumlar

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, *"bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır"*. O halde, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanması bakımından maddede sayılan durumlar önemli değildir.

Satım sözleşmesinin taraflarının aynı ülke vatandaşı olması veya Viyana Satım Sözleşmesi'ne üye olmayan ülkenin vatandaşı olması, Sözleşme'nin uygulama alanı bakımından önem taşımaz⁵⁹. Önemli olan işyerlerinin farklı ülkelerde bulunmasıdır.

Tarafların tacir sıfatı veya sözleşmenin ticarî niteliği ise, Viyana Satım Sözleşmesi'nin tüm hükümleri bakımından değil, sadece Sözleşme'nin yer bakımından uygulama alanının belirlenmesinde dikkate alınmamaktadır⁶⁰. Tarafların tacir sıfatı, örneğin satıcının malı teslim etmesi gereken sürenin belirlenmesi gibi başka konularda göz önüne alınabilir⁶¹.

II. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN YER BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI İLE İLGİLİ KONULABİLECEK ÇEKİNCELER

Viyana Satım Sözleşmesi'nin son kısmında, Sözleşme'nin yer bakımından uygulanmasına, Sözleşme'ye taraf ülkelerin getirebilecekleri çekinceler belirtilmiştir. Bu çekinceler, Sözleşme'nin 92'nci, 93'üncü, 94'üncü ve 95'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 92'inci maddesi ile Sözleşme'nin tarafı olan her ülkeye, bu Sözleşme'nin ikinci veya üçüncü kısmıyla bağlı olmadıkları hakkında çekince ileri sürebilme imkânı tanınmıştır. Bu sayede çekince ileri süren ülkelerin bu kısımlar bakımından Sözleşme'nin 1'inci maddesinin 1'inci fıkrası anlamında taraf ülke kabul edilmeyecekleri düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin 93'üncü maddesinde, anayasasında bu Sözleşme'de düzenlenen konularla ilgili farklı hukuk sistemleri uygulanmakta olan federal ülkelerin koyabilecekleri çekinceler düzenlenmiştir⁶². Bu şekilde çekince

⁵⁹ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 557; TOKER, s. 55; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 54; MISTELIS, s. 13.

⁶⁰ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 9; TOKER, s. 56; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 38.

⁶¹ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 9; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 38.

⁶² ZEYTİN, s. 40; TOKER, s. 60; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 561.

koyan bir federal ülkede bulunan işyeri, işyerinin Sözleşme'nin uygulanacağı bir federe ülkede bulunması dışında, Sözleşme'ye taraf ülkede bulunuyor kabul edilmeyecektir⁶³. Bu durumda Viyana Satım Sözleşmesi, federal bir ülkenin tüm ülkesel birimlerine uygulanmayabilir⁶⁴. Bir başka ifadeyle federal ülke, Sözleşme'nin, ülkesel birimlerinin tamamına ya da sadece birine yahut birçoğuna uygulanmayacağını belirtme imkânına sahiptir⁶⁵.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 94'üncü maddesi ile bu Sözleşme'de düzenlenen konular hakkında aynı veya birbirine çok yakın hukukî kurallara sahip olan iki veya daha fazla âkit ülkeye, bu Sözleşme'nin, işyeri o ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine veya bunların kurulmasına uygulanmayacağı konusunda her zaman çekince koyabilme ve kendi yeknesak kurallarını uygulayabilme imkânı verilmiştir⁶⁶. Bu durumda, Viyana Satım Sözleşmesi karşılıklı olarak Sözleşme'nin uygulanmayacağı yönünde anlaşılan ülkeler arasında uygulanmayabilir⁶⁷. Aynı maddenin ikinci fıkrasıyla da Viyana Satım Sözleşmesi'nde düzenlenen konular hakkında, Sözleşme'ye taraf olmayan bir veya birden fazla ülkeyle aynı veya birbirine çok yakın hukukî kurallara sahip olan bir âkit ülkenin, Sözleşme'nin, işyeri o ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine veya bunların kurulmasına uygulanmayacağı konusunda her zaman çekince koyabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, Sözleşme'ye taraf olan bir ülke, kendi ülkesinde ve Sözleşme'ye taraf olmayan bir ülkede işyeri olan satım sözleşmesi taraflarının bulması ihtimalinde, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmayacağı yönünde çekince koyabilir⁶⁸.

Sözleşme'nin 95'inci maddesine göre, *“her devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesi sırasında, bu Antlaşmanın 1. maddesinin 1. fıkrasının b bendi ile bağlı olmayacağını beyan edebilir”*. Bu çekince, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanını daraltmaktadır. Bu hükmün amacı, Sözleşme'nin 1'inci maddesinin 1'inci fıkra (b) bendini ortadan kaldırmak değil, sadece çekince koyan ülkelerin bu hüküm ile

⁶³ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 14; TOKER, s. 61; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 40; ÖZSUNAY, s. 948-949; ZEYTİN, s. 40.

⁶⁴ MISTELIS, s. 14; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 40.

⁶⁵ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 14; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 39-40.

⁶⁶ TOKER, s. 63; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 561.

⁶⁷ MISTELIS, s. 14.

⁶⁸ ZEYTİN, s. 41.

bağlı olmayacaklarını belirtmektir⁶⁹. Bu çekince konulmuşsa, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre hukuku uygulanacak ülkenin millî hukuk kuralları uygulanacak, Viyana Satım Sözleşmesi uygulanmayacaktır⁷⁰. Bu madde, çekince koymuş ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının kendi hukukuna atıf yapması halinde Sözleşme'nin uygulama alanı bulmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır⁷¹.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 97'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, konulan çekinceler her zaman geri alınabilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, Türkiye bu Sözleşme'yi hiçbir çekince koymadan kabul etmiştir.

Ş2. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Viyana Satım Sözleşmesi, Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre, milletlerarası mal satım sözleşmeleri hakkında uygulama alanı bulur. O halde, Viyana Satım Sözleşmesi'nin konusunu “*mal satımı sözleşmeleri*” oluşturur.

Sözleşme'nin 2'nci, 3'üncü, 4'üncü, 5'inci ve 6'ncı maddeleri, bu Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanını düzenlemektedir. Ancak bu hükümlerin bir kısmı ile bazı mal satımı sözleşmeleri ve bir takım konular uygulama alanı dışında bırakılmış, bazı hükümlerle de Sözleşme'nin uygulama alanı genişletilmiştir.

Şimdi bu hükümler ışığında, Viyana Satım Sözleşmesi'nin konu bakımından uygulama alanına giren satım sözleşmelerini, satım sözleşmesinin konusu olan mal kavramını, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulandığı ve uygulama alanı dışında kalan konular ile tarafların Sözleşme'nin uygulanmasını kararlaştırması durumunu inceleyeceğiz.

I. SATIM SÖZLEŞMESİ

A. Satım Sözleşmesi Kavramı

Satım sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği, Viyana Satım Sözleşmesi'nde tanımlanmamıştır. Satım sözleşmesi, bir miktar para ile satım konusu malların değiştirilmesi ve mülkiyetlerinin geçirilmesi konusunda borçlanılan, alıcı ve satıcının karşılıklı irade birleşimleriyle varlık kazanan

⁶⁹ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 13; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 39.

⁷⁰ TOKER, s. 66; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 560-561.

⁷¹ TOKER, s. 69; TİRYAKİOĞLU, s. 199.

sözleşmedir⁷². Viyana Satım Sözleşmesi bakımından, satım sözleşmesinde, mülkiyetin hangi anda geçtiği, sözleşmenin şarta veya vadeye bağlanmış olup olmadığı önem taşımaz ve bu haller sözleşmenin satım sözleşmesi olma niteliğini değiştirmez⁷³.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 30'uncu maddesine göre satıcının borçları, malı teslim etmek, malın mülkiyetini geçirmek ve gerekirse mala ilişkin belgeleri teslim etmek; 53'üncü maddeye göre alıcının borçları ise, bedeli ödemek ve malı teslim almaktır.

Viyana Satım Sözleşmesi, Sözleşme'ye tâbi bir satım sözleşmesine ilişkin ön sözleşmeye ve bir dizi satım sözleşmesi akdetmenin yükümlenildiği çerçeve sözleşmelere uygulanmazken⁷⁴; alım, önalım ve geri alım haklarının kullanılması sonucu meydana gelen satım sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır⁷⁵.

Kiralayana malı satın alma seçeneği de tanınan finansal kiralama sözleşmelerinde, tarafların iradesi ön planda tutularak sözleşmenin ağır basan yönü tespit edilmeli ve buna göre bir sonuca varılarak Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmelidir⁷⁶. Ancak doktrinde, bu sözleşmelerde kiralama unsuru ön planda olduğundan, finansal kiralama sözleşmelerinin Sözleşme'nin uygulama alanına girmeyeceği de savunulmaktadır⁷⁷.

Doktrinde bazı yazarlarca, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına, satım sözleşmesinin yanında, satıma çok benzediğinden dolayı, trampa sözleşmesinin de gireceği kabul edilmiştir⁷⁸. Bazı yazarlar ise, trampa

⁷² ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 553-554; TOKER, s. 76; HEIDERHOFF, Bettina, "CISG'in Uygulama Alanı: Konu Bakımından", Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008, s. 26; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 15; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 41; ZEYTİN, s. 47; ZEVLİLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara, 2004, s. 52; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, 2012, s. 59; YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2012, s. 23-24.

⁷³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 36; ZEYTİN, s. 51.

⁷⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 37; ZEYTİN, s. 54; Zeytin, ön sözleşme ile asıl sözleşme arasındaki yakın ilişki sebebiyle ön sözleşmeye de Viyana Satım Sözleşmesinin uygulanabileceği görüşündedir, ZEYTİN, s. 52.

⁷⁵ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 37; ZEYTİN, s. 52.

⁷⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 38.

⁷⁷ ZEYTİN, s. 56.

⁷⁸ TOKER, s. 77.

sözleşmesi her ne kadar bazı ulusal hukuk düzenlerinde satım sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulsa da, bu yaklaşımın Viyana Satım Sözleşmesi'ne aktarılmasının uygun olmayacağı görüşünü benimsemiştir⁷⁹. Bazı yazarlar da, Viyana Satım Sözleşmesi'nin alıcının borcunu oluşturan ücret borcunu para olarak belirlediğinden yola çıkarak, trampa sözleşmesinin kapsam dışı kabul edilmesi gerektiği görüşündedir⁸⁰. Genel kabul, trampa sözleşmesinin Viyana Satım Sözleşmesi'nin düzenleme alanına girmediğidir⁸¹. Ancak burada, sözleşmenin gerçekten trampa mı olduğu, yoksa iç içe geçmiş iki satım sözleşmesi mi bulunduğu hususuna dikkat edilmelidir⁸².

Viyana Satım Sözleşmesi'nde, bu Sözleşme'nin hangi tür satımları kapsadığı düzenlenmemiştir. Ancak Sözleşme kapsamına dâhil edilmeyen satım sözleşmelerine açık olarak yer verilmiştir.

B. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı Dışında Tutulan Satım Sözleşmeleri

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi ile bazı satım sözleşmeleri, Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bu madde, *“bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz (a) Kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin; (b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar; (c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar...”* demektedir.

O halde bu maddeye göre, kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınmasına ilişkin satımlara, açık artırma yoluyla yapılan satımlara, cebri icra veya adli makamların diğer herhangi bir kararına dayanarak yapılan satımlara, Viyana Satım Sözleşmesi uygulanmaz.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanması her ne kadar tarafların tacir veya satımın ticarî olup olmamasına bağlı değilse de, Sözleşme bu düzenleme ile tüketici satımlarına uygulanamayacaktır⁸³. Zira kişisel veya ailevî ihtiyaç yahut ev ihtiyacı için mal alınmasına ilişkin satımlardan kasıt,

⁷⁹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 38.

⁸⁰ ZEYTİN, s. 56.

⁸¹ HEIDERHOFF, s. 31; ZEYTİN, s. 56.

⁸² HEIDERHOFF, s. 31.

⁸³ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 554-555; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 54; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 16; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 42; ZEYTİN, s. 54.

tüketici satımlarıdır⁸⁴. Bu satımlar bakımından malların çeşit ve miktarıyla ilgili herhangi bir sınırlama mevcut değildir⁸⁵.

Sözleşme’de tüketici satımları, sadece mala ilişkin kullanım amacı ön plana alınarak tanımlanmıştır⁸⁶; alıcının veya malın özellikleri önem taşımamaktadır⁸⁷. Alıcının satın aldığı malı, satım sözleşmesinde belirttiği amaçtan farklı bir amaçla kullanması, Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulanması bakımından önem taşımaz; önemli olan satım sözleşmesinin yapıldığı andaki satın alma amacıdır⁸⁸. İşlemin Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulama alanına girip girmediği konusunda belirleyici olan, satın alan kişinin kullanım amacıdır; satan kişinin tacir olup olmaması yahut kişisel amaçla kullandığı bir malı satıyor olması önem taşımaz⁸⁹. Ticarî satış gibi görünen bir satım sözleşmesinin aslında bir tüketici satışı olması söz konusu ise, bunu alıcının ispat etmesi gerekir⁹⁰.

Viyana Satım Sözleşmesi’nde bu tip tüketici satımları için bir istisna da belirtilmiştir. Sözleşme’ye göre satıcı, satım sözleşmesinin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, bu satım sözleşmeleri için Viyana Satım Sözleşmesi uygulanabilecektir.

C. Satım Sözleşmesi Gibi Değerlendirilen Sözleşmeler

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 3’üncü maddesinde, “(1) *İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun.* (2) *Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz*” denmektedir. Bu hüküm ile Sözleşme’nin uygulama alanı genişletilmiştir⁹¹.

⁸⁴ BIANCA, C.M./BONELL, M.J., Commentary On The International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention, Milan, 1987, s. 37; TOKER, s. 79; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 16; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 40; HEIDERHOFF, s. 26; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 42; TİRYAKİOĞLU, s. 200; ZEYTİN, s. 54.

⁸⁵ TOKER, s. 79.

⁸⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 40.

⁸⁷ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 40-41.

⁸⁸ TOKER, s. 82-83; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 41.

⁸⁹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 41.

⁹⁰ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555.

⁹¹ HEIDERHOFF, s. 27; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 38.

Sözleşme'nin bu maddesine göre, imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılacak ve Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Burada satıcı, kendisinin veya onun için bir üçüncü kişinin imal edeceği malı, alıcıya teslim borcu altına girmektedir⁹². Türk Hukuku'na göre, üretim ve imal edilecek malın teslimine ilişkin sözleşmeler eser sözleşmesi sayılmaktadır⁹³. Eser sözleşmesi, müteahhidin, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi üstlendiği sözleşme tipidir⁹⁴. O halde, bu madde anlamında şartlar gerçekleştiği takdirde, eser sözleşmeleri için de Viyana Satım Sözleşmesi uygulanabilecektir⁹⁵.

Viyana Satım Sözleşmesi'ndeki bu kuralın, bir başka deyişle eser sözleşmeleri için Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi, imalat veya üretim için gerekli malzemenin satıcı tarafından temin edilmesine bağlıdır⁹⁶. Malı sipariş eden taraf, bir başka ifadeyle alıcı, malın imal veya üretimi için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünü temin ediyorsa, taraflar arasındaki sözleşme satım sözleşmesi sayılmayacaktır. Bu halde sözleşmenin eser sözleşmesi niteliği ağır basacak ve artık Viyana Satım Sözleşmesi uygulanamayacaktır⁹⁷.

Bu maddede geçen “*esashı bir bölüm*” ifadesine ne anlam verilmesi gerektiği, her somut olayın şartlarına bakılarak belirlenmelidir⁹⁸. Bu belirleme ise, malzemenin ekonomik değeri esas alınarak yapılmalıdır⁹⁹. Fakat

⁹² ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 554; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 38-39.

⁹³ TOKER, s. 99.

⁹⁴ ZEVLİLİLER, s. 325; ARAL/AYRANCI, s. 313; YAVUZ, s. 435; AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s. 23; ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s. 5; GÖKYAYLA, K. Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009, s. 4; CANBOLAT, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009, s. 5; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2008, s. 17; ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi (Yapısı-Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları), Ankara, 1988, s. 1; ERDOĞAN, İhsan, “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması”, SÜHFD, Ocak-Haziran 1990, Cilt 3, Sayı 1, s. 135.

⁹⁵ TOKER, s. 100.

⁹⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 39.

⁹⁷ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 554; TOKER, s. 100; BIANCA/BONELL, s. 42.

⁹⁸ HEIDERHOFF, s. 30; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 554; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 39.

⁹⁹ CISG Danışma Kurulu tarafından 24 Ekim 2004 tarihinde verilmiş olan 4 numaralı Görüş bu

teknik bilgi, kalıp, taslak ve benzeri şeyler, malzeme kavramı kapsamına girmemektedir¹⁰⁰. Buna karşın, kumaş ve diğer malzemelerin alıcı tarafından temin edildiği tekstil sektöründeki fason üretimler, bu Sözleşme'nin kapsamı dışında kalacaktır¹⁰¹. Teslim edilen malın monte edilmesinin söz konusu olduğu hallerde ise, emek unsuru ağır basıyorsa eser, malzeme unsuru ağır basıyorsa satım sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir¹⁰². Eser sözleşmesi olarak kabul ediliyorsa Viyana Satım Sözleşmesi uygulanmayacaktır¹⁰³.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, mal temin eden tarafın borcu, ağırlıklı olarak işgücü veya diğer hizmetlerin sağlanması ise, yine Viyana Satım Sözleşmesi uygulanmayacaktır. Borcun ağırlıklı kısmı işgücü veya diğer hizmetlerin sağlanması değilse, bir başka ifadeyle satım unsuru ağır basıyorsa, Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulabilecektir¹⁰⁴. Edimin ağırlığını bir işgücünün veya diğer bir hizmetin sağlanması oluşturuyorsa hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Zira hizmet sözleşmesi, işçinin bir ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir zaman için işverenin hizmetinde çalışmayı ve onun direktifi altında işi ifa etmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir¹⁰⁵.

II. SATIM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU OLAN MAL

A. Mal Kavramı

Mal kavramı, taşınır ve taşınmaz niteliğindeki tüm nesnel varlığa sahip ve mülkiyetin konusu olmaya elverişli olan eşyayı ifade eder¹⁰⁶. Bunun yanı sıra satım sözleşmesi bakımından malın mutlaka nesnel bir varlığa sahip olması gerekmez¹⁰⁷. Egemenlik altına alınabilen ve mülkiyetin konusu olmaya elverişli bulunan, başkasına para karşılığı devredilebilen her türlü eşya, doğal güç, alacak ve mal varlığına girip parasal değeri bulunan tüm haklar satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilir¹⁰⁸.

yöndedir, ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 39; ZEYTİN, s. 52.

¹⁰⁰ HEIDERHOFF, s. 30; ZEYTİN, s. 52.

¹⁰¹ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 46.

¹⁰² ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Hâller (BK 365/2), İstanbul, 1979, s. 18; ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 11; TOKER, s. 105; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 39-40.

¹⁰³ TOKER, s. 105.

¹⁰⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 39.

¹⁰⁵ YAVUZ, s. 384-385; ZEVLİLİLER, s. 310-311.

¹⁰⁶ ZEVLİLİLER, s. 52.

¹⁰⁷ ZEVLİLİLER, s. 52; ARAL/AYRANCI, s. 64; YAVUZ, s. 26.

¹⁰⁸ ZEVLİLİLER, s. 52; ARAL/AYRANCI, s. 63-64; YAVUZ, s. 26.

Viyana Satım Sözleşmesi bakımından ise, Sözleşme’de mal kavramı tanımlanmamıştır. Lâkin bu Sözleşme sadece taşınır mal satımına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Sözleşme bakımından mal kavramı, taşınmaz malları ve sınaî mülkiyet hakkı, alacak hakkı gibi maddî olmayan varlıkları kapsamamaktadır¹⁰⁹. Diğer bir ifadeyle, bu Sözleşme açısından mal kavramı, yalnızca maddî taşınırları ifade eder¹¹⁰. O halde Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında maldan anlaşılması gereken, bir nesnede cisimlenmiş ve nakledilmesi mümkün olan mallardır¹¹¹. Malın kullanılmış veya yeni olması, Sözleşme’nin uygulama alanı açısından önemli değildir¹¹².

Yazılımların Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında mal sayılıp sayılmayacakları ise tartışmalı bir konudur. Elektronik bilgi işlem sistemlerinin gözle görülemeyen ancak makine çalıştırıldığında anlaşılabilen, makineye hayatiyet kazandıran bilgisayar programlarına yazılım denir¹¹³.

Doktrinde bazı yazarlar, yazılım kalıcı bir veri taşıyıcısı üzerinde kayıtlı bulunduğu sürece taşınabilir maddî bir mal olduğundan, kalıcı bir veri taşıyıcısına kayıtlı yazılımların, Viyana Satım Sözleşmesi’nin kapsamına dahil edilmesi gerektiği görüşündedir¹¹⁴. Bu yazarlar, elektronik yazılımlar, örneğin internet üzerinden yapılan satımlar için ise durumun farklı olduğu ve onlar için Sözleşme’nin uygulanmaması gerektiği fikrindedirler¹¹⁵. Bazı yazarlar ise, cismanî varlığı olmayan ama hâkimiyet altına alınıp sınırlandırılabilen fikrî eserler ve şeylerin edinilmesindeki yöntem bakımından mal sayılarak Sözleşme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir¹¹⁶. Doktrinde bazı yazarlar da, standart olmayan bir yazılıma ilişkin sözleşmenin, Viyana

¹⁰⁹ TOKER, s. 88-89; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 44-45; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 16; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 42; HEIDERHOFF, s. 32; ZEYTİN, s. 48, 50.

¹¹⁰ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 554; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 16; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 42; HEIDERHOFF, s. 32; *Kaplan*, Viyana Satım Sözleşmesi’nin kapsama alanının yalnız maddî şeylerle sınırlı olmadığı görüşündedir, KAPLAN, Yavuz, “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, s. 344-345.

¹¹¹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 44; HEIDERHOFF, s. 33.

¹¹² ZEYTİN, s. 51.

¹¹³ YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), İstanbul, 1999, s. 7-8.

¹¹⁴ TOKER, s. 89; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 44; KAPLAN, s. 356.

¹¹⁵ TOKER, s. 89-90.

¹¹⁶ ZEYTİN, s. 50.

Satım Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu gibi durumlarda veri taşıyıcısının var olup olmamasının dahi önem taşımadığı görüşündedir¹¹⁷.

Standart yazılım, önceden hazırlanmış ve geniş bir kullanıcı çevresinin standardize edilmiş ihtiyaçlarına cevap veren programlardır¹¹⁸. Standart olmayan yazılım, bir başka deyişle özel programlar ise, kullanıcının arzularına paralel olarak hazırlanan, ferdî, özel yazılımlardır¹¹⁹. Kanaatimizce, özel bir bilgisayar programı imal ettirildiğinde, bunu satım sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkün olmayacağından ve Viyana Satım Sözleşmesi bakımından ise emek unsuru ağır basacağından, bu tür yazılımlar Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalacaktır. Burada üzerinde durmamız gereken standart bilgisayar programlarının mal sayılıp sayılamayacağıdır.

Bilgisayar programı devir sözleşmelerini, saf satım sözleşmelerinden ayırt etmek gerekir. Bilgisayar programı devri sözleşmesinde ivaz karşılığı sürekli bir devir, diğer bir anlatımla satım vardır¹²⁰. Bununla birlikte, saf satım sözleşmesine göre, bilgisayar programı devir sözleşmelerinde fikrî haklardan kaynaklanan hak ve yükümlülükler yoktur¹²¹. Bilgisayar programı devir sözleşmesinde fikrî bir hak olan çoğaltma hakkı kanunî sınırları içerisinde programı devralana geçer¹²². O halde bu sözleşme, lisans ve satım sözleşmelerinin unsurlarından oluşan karma bir sözleşmedir¹²³. Buna rağmen, satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin, bilgisayar programı devir sözleşmelerine uygulanmasına bir engel de bulunmamaktadır¹²⁴.

Bilgisayar programları veri taşıyıcısına kaydedilmekte ve bu şekilde ondan yararlanılmaktadır¹²⁵. Dış dünyaya veri taşıyıcısına kaydedildiğinde yansıdığından, onu veri taşıyıcısından ayrı nitelendirmek uygun değildir¹²⁶. O

¹¹⁷ HEIDERHOFF, s. 33.

¹¹⁸ YILDIRIM, s. 13.

¹¹⁹ YILDIRIM, s. 13.

¹²⁰ YILDIRIM, s. 26.

¹²¹ YILDIRIM, s. 26.

¹²² YILDIRIM, s. 26.

¹²³ KAPLAN, s. 355.

¹²⁴ KAPLAN, s. 341.

¹²⁵ YILDIRIM, s. 41-52; *Erişgin*, programlar bir veri taşıyıcısına kaydedilse bile maddî olarak cisimlenmiş bir şey olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir, ERİŞGİN, Nuri, "Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukuki Niteliği", AÜHFD, Cilt 52, Sayı 4, Yıl 2003, s. 52, 61.

¹²⁶ YILDIRIM, s. 41-52; aksi görüş için bkz. ERİŞGİN, s. 62 vd.

halde kanaatimizce, standart bilgisayar programlarını da mal kavramı içinde nitelendirmek ve Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına dahil etmek uygun olacaktır. Elektronik ortamda, örneğin internet ortamında sunulan yazılımları ise taşınır bir eşya olarak nitelendirmek mümkün değildir¹²⁷. Bu yazılımlar ancak, taşınır mülkiyetine konu olabilecek maddî olmayan mal olarak nitelendirilebilir¹²⁸. Ancak sabit diske kaydedilmiş ve böylece kullanıma elverişli hale gelmiş olan elektronik ortamda sunulan programları da taşınır satımının konusu mal olarak kabul etmek gerekir¹²⁹. Zira bu durumda elektronik ortamda sunulan bir program, bilgisayara indirilmekle kullanıma elverişli hale gelmekte ve cisimleşmekte, bu haliyle sabit veri taşıyıcısındaki bir programdan farkı kalmamaktadır. Sabit veri taşıyıcısında bulunan programlarda önemli olan veri taşıyıcısı, örneğin CD'nin kendisi değil, içinde bulunan programın durumudur. CD bozuk, çizilmiş yahut kırıkta zaten onun mal sayıldığı konusunda bir tereddüt yoktur. Burada tereddüt oluşturan durum, onun içinde bulunan yazılımın bozuk ya da çalışmıyor olması gibi bir durumda, yazılımı mal sayıp sayamayacağımızdır. Bilgisayara indirilmekle, bir başka ifadeyle sabit diske kaydedilmekle kullanıma elverişli hale gelen bir yazılım ile CD'nin içindeki yazılım arasında kanaatimizce bir fark bulunmamaktadır. O sebeple standart yazılımları, sabit veri taşıyıcısında kayıtlı ya da elektronik ortamdaki indirilmiş olması arasında bir fark gözetmeksizin, kanaatimizce Viyana Satım Sözleşmesi kapsamına dâhil etmek gerekmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken esas konu kanaatimizce, tüketici satımları Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmeyeceğinden, özellikle internet ortamında yapılan satımların kullanım amacını tespit etmekteki güçlüğüdür. İnternet ortamından yapılan satımlar, genellikle kişisel kullanım amacıyla yapıldığından, tüketici satımı sayılmalı ve Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında bırakılmalıdır. Ancak bu satımların açıkça tüketici satımı olmadığı biliniyorsa, örneğin Gazi Üniversitesi'nin topluca internet üzerinden bir yazılım satın alması söz konusuysa, o halde bu satımın tüketici satımı olmadığı açıkça belli olduğundan, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına girecektir.

B. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı Dışında Kalan Mallar

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi ile bazı malların satımı Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bu madde, “*bu Antlaşma*

¹²⁷ KAPLAN, s. 340.

¹²⁸ KAPLAN, s. 341.

¹²⁹ KAPLAN, s. 355.

aşağıdaki satımlara uygulanmaz: ... (d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; (e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı; (f) Elektrik satımı” demektedir. O halde, menkul kıymet, kambiyo senedi ve para satımı, gemi, tekne¹³⁰, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı ile elektrik satımı Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışındadır. Bu mallar sınırlı olarak sayılmıştır ve bu madde geniş yorumlanmamalıdır¹³¹.

Mala ilişkin belgelerin teslimi ile yapılan satımlar, bir başka ifadeyle senedin doğrudan malı temsil ettiği, örneğin konişmento, emtia senedi gibi belgelerle yapılan satımlar, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmektedir¹³². Sözleşme'nin kapsamına girmeyen para ise, bir ülke içinde tedavülde bulunan paradır; tedavülü olmayan, örneğin antika bir para, Sözleşme'nin uygulama alanına girer¹³³.

Gemi veya teknelerin motorlu yahut yelkenli olması ya da denizlerde veya iç sularda kullanılıyor olması önemli değildir¹³⁴. Elektrik satımı Sözleşme'nin uygulama alanı dışında tutulmuşken, diğer enerji kaynakları ise, doğal gaz, petrol gibi, Sözleşme'nin uygulama alanına dâhildir¹³⁵.

Bu tür malların satımında daha çok, ülkelerin emredici iç hukuk kuralları mevcuttur. Bu sebeple Viyana Satım Sözleşmesi'nin emredici iç hukuk kuralları ile çatışmasını ve Sözleşme'nin uygulanmasında çıkabilecek farklılıkları önlemek¹³⁶; bunun yanı sıra Sözleşme'nin daha fazla ülke tarafından imzalanmasını sağlamak amacıyla bu şekilde bir düzenleme getirilmiştir.

III. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN UYGULANDIĞI VE UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN KONULAR

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesinde, “*bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir*

¹³⁰ Küçük tekneler için geçerli değildir, HEIDERHOFF, s. 31.

¹³¹ ZEYTİN, s. 53.

¹³² ZEYTİN, s. 53; TOKER, s. 91; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 45; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 44.

¹³³ TOKER, s. 92.

¹³⁴ ZEYTİN, s. 53.

¹³⁵ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 45; HEIDERHOFF, s. 32; ZEYTİN, s. 54.

¹³⁶ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 18; TOKER, s. 91; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 44; örneğin elektrik, ticarî senetler, kıymetli evrak bazı hukuk sistemlerinde mal olarak kabul edilirken, bazılarında ise kabul edilmemektedir, bu da uygulamada farklılıklara yol açmaya müsait bir durumdur, TOKER, s. 91, ERDEM, Uygulama Alanı, s. 18, ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 44-45, BIANCA/BONELL, s. 38-39.

sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle; (a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği; (b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir” denmektedir. O halde bu maddeye göre, Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulama alanı içinde kalan satım sözleşmesine ilişkin konular, satım sözleşmesinin kurulması ve satım sözleşmesinin tarafları arasında doğurduğu haklar ve borçlardır.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulama alanı dışında kalan satım sözleşmesine ilişkin konular, 4’üncü madde dışında, 5’inci ve 6’ncı maddelerde de düzenleme alanı bulmuştur. Sözleşme’nin 5’inci maddesine göre, “*bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz*”. 6’ncı maddeye göre ise, “*taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler*”.

O halde, satım sözleşmesinin kurulması ve sözleşmenin tarafları arasında doğurduğu hak ve borçlar dışında kalan konular hakkında, satım konusu malın sebep olduğu cismanî zararlardan veya ölümden doğan zararlardan dolayı satıcının sorumluluğu hakkında ve satım sözleşmesinin taraflarının Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulanmamasını kararlaştırdıkları durumlarda, Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz. Üçüncü kişilerin hakları da Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulama alanı dışındadır¹³⁷.

Satım konusu malın sebep olduğu cismanî zararlardan veya ölümden doğan zararlardan dolayı satıcının sorumluluğundan anlaşılması gereken, satıcının imalatından doğan ürün sorumluluğudur¹³⁸. Ancak doktrinde bazı yazarlarca, ölüm veya cismanî bir zarar dışında kalan malvarlığına ilişkin zararlar bakımından imalatçının sorumluluğunda, Sözleşme’de bu zararların kapsam dışında kaldığı belirtilmediğinden, Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulanması gerektiği görüşü haklı olarak ifade edilmiştir¹³⁹. Kanaatimizce de, açıkça cismanî veya ölümden doğan zararlar dendiğine göre, bu zararlar dışında kalan malvarlığına ilişkin zararlara Sözleşme’nin uygulanmasında bir

¹³⁷ TOKER, s. 110.

¹³⁸ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 21; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 47; ÖZSUNAY, s. 914; BIANCA/BONELL, s. 49.

¹³⁹ DEMİRELLİ, Korhan, “11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satış Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması İmalatçının Akdi Sorumluluğunda Uygulama Alanı Bulabilir Mi?”, İzBD, Yıl 56, Sayı 4, Ekim 1991, s. 61 vd.; ZEYTİN, s. 61.

sakınca yoktur. Zira bu tip zararları, maddî ayıba karşı tekeffül hükümlerinden ayrı düşünmek de zordur¹⁴⁰.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrası (a) ve (b) bentleri ile kapsam dışında tutulan konular ise, Sözleşme'de aksine açık bir hüküm bulunmaması durumunda Sözleşme'nin uygulama alanı dışındadır. Sözleşme'de bu konularla ilgili aksine bir hüküm bulunuyorsa, bu konular bakımından Sözleşme artık uygulama alanı bulabilecektir¹⁴¹.

Satım sözleşmesinin tarafları, tamamen veya kısmen Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmasını bertaraf edebilirler yahut Sözleşme'nin hükümlerinden birinin aksini kararlaştırabilirler¹⁴². Bu, Viyana Satım Sözleşmesi'nin irade serbestisini kabul ettiğinin ve hükümlerinin emredici olmadığının bir göstergesidir¹⁴³. Ancak Viyana Satım Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine göre, taraflar 12'nci maddenin hükümlerinin aksini kararlaştıramazlar.

Taraflar Sözleşme'nin uygulanmayacağını açık olarak kararlaştırabilecekleri gibi, bunu zımnen de yapabilirler. Bunun için herhangi bir şekil şartına uyulması gerekmez¹⁴⁴. Sözleşme'nin uygulanmayacağını satım sözleşmesinin kurulması sırasında ya da dava sırasında kararlaştırabilirler¹⁴⁵. Viyana Satım Sözleşmesi'nin zımnen uygulanmayacağını kararlaştırılabilmesi için, taraflarca bu durumun istenildiğinin açık ve kesin olarak, şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilebiliyor olması gereklidir¹⁴⁶.

Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olan bir ülke hukukunun uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılması durumunda, Sözleşme bertaraf edilmiş olmaz, yine Viyana Satım Sözleşmesi uygulanır¹⁴⁷; taraflar seçtikleri ülkenin iç hukukunun uygulanmasını istiyorlarsa bunu açıkça kararlaştırmalıdır¹⁴⁸.

¹⁴⁰ DEMİRELLİ, s. 62.

¹⁴¹ TOKER, s. 111.

¹⁴² TOKER, s. 120; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 57-58; TİRYAKİOĞLU, s. 202; ZEYTİN, s. 63.

¹⁴³ TİRYAKİOĞLU, s. 202; BIANCA/BONELL, s. 54.

¹⁴⁴ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 559; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 58.

¹⁴⁵ TOKER, s. 123.

¹⁴⁶ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 559; TOKER, s. 125; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 60; ZEYTİN, s. 63.

¹⁴⁷ ZEYTİN, s. 64; TOKER, s. 127; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 61; TİRYAKİOĞLU, s. 202.

¹⁴⁸ TOKER, s. 128; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 61; TİRYAKİOĞLU, s. 203; ÖZ-

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulmayacağı konular hakkında uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kıldığı iç hukuktur¹⁴⁹.

IV. TARAFLARIN VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN UYGULANMASINI KARARLAŞTIRMASI

Satım sözleşmesinin tarafları, aralarında çıkacak uyuşmazlıklar hakkında Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, aralarında çıkan uyuşmazlıklarda Viyana Satım Sözleşmesi'ni uygulanacak hukuk olarak kararlaştırırlar¹⁵⁰. Bu konuya ilişkin Viyana Satım Sözleşmesi'nde açık bir düzenleme yer almamaktadır, ancak bunu engelleyen de bir hüküm yoktur.

Türk Hukuku bakımından da bu duruma bir engel bulunmamaktadır (MÖHUK md. 24/1). Türkiye Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olduğundan, Türk mahkemesi, bu milletlerarası sözleşmeyi, seçilen hukuk olarak uygulayacaktır. Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olmadan önceki döneminde böyle bir durumla karşılaşan Türk mahkemesi ise, Viyana Satım Sözleşmesi'nin hükümlerini, bu hükümler satım sözleşmesinin bir hükmü haline geleceğinden, satım sözleşmesi hükümleri olarak uygulayacaktır¹⁵¹.

Taraflar, Viyana Satım Sözleşmesi'ne üye bir ülkenin hukukunu seçmişlerse, bu durumda isteklerini yorum yoluyla tayin etmek gerekir¹⁵². Eğer taraflar aralarında çıkan uyuşmazlığa, örneğin Türk Hukuku uygulanacak dedilerse, bu durumda Viyana Satım Sözleşmesi de o ülke hukukunun bir parçası olduğundan, bir başka ifadeyle ülkenin maddî hukuku içinde yer aldığından, tarafların işyerleri Sözleşme'ye üye bir ülkede olmasa dahi uygulanabilecektir¹⁵³. Taraflar, Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır şeklinde açık bir ifadeyle duruma yer verirlerse, ancak bu halde Viyana Satım Sözleşmesi uygulanamayacaktır¹⁵⁴.

SUNAY, s. 955.

¹⁴⁹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 59, 62; TOKER, s. 116; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 556, 560; ZEYTİN, s. 60.

¹⁵⁰ TOKER, s. 131; MISTELIS, s. 20; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 566; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 63; DOĞAN, s. 288-289.

¹⁵¹ TOKER, s. 131-132.

¹⁵² ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 566.

¹⁵³ BIANCA/BONELL, s. 32; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 566; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 63; MISTELIS, s. 15; DEMİRELLİ, s. 58; ÖZSUNAY, s. 955.

¹⁵⁴ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 566; MISTELIS, s. 15; ÖZSUNAY, s. 955.

Taraflar hukuk seçimini açıkça yapabilecekleri gibi, zımnen de yapabilirler¹⁵⁵. Zımnî irade beyanı ile yapılan hukuk seçimi, tarafların belirli bir hukuku sözleşmeye uygulamak istediği, sadece iradelerini açıkça beyan etmediği durumlardır¹⁵⁶. Bir başka ifadeyle, zımnî hukuk seçiminde, hukuk seçimi yapıldığı açık olarak tespit edilemezken, bir yorum sonucu tarafların hukuk seçimi yaptıkları sonucuna gidilmektedir¹⁵⁷. Tarafların hukuk seçimi yaptıkları, sözleşmede yer alan bir kısım hükümlerden ya da sözleşme dışı bir kısım vakıaların değerlendirilmesinden anlaşılmaktadır¹⁵⁸. Örneğin, sözleşmede kullanılan deyimlerin ve hukukî müesseselerin belirli bir hukuka ait olması, hep aynı hukuktaki örf ve adetlerin esas alınması zımnen bu hukukun seçildiği şeklinde yorumlanmakla birlikte, tarafların bu konuda bilinçli olmaları da gerekmektedir¹⁵⁹. Sözleşmenin tarafları aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında görüşmüşler, fakat bir anlaşmaya varamamışlarsa, burada zımnî hukuk seçildiğine dair emareler bulunsa dahi, zımnî hukuk seçiminin varlığından söz edilemez¹⁶⁰.

SONUÇ

Milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla yapılmış olan 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne (CISG), bir başka ifadeyle Viyana Satım Sözleşmesi'ne Türkiye'nin de içinde yer aldığı 78 ülke taraftır. Sözleşme, 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi hiçbir çekince koymadan kabul etmiştir. 1 Ağustos 2011'den itibaren Sözleşme Türkiye'de de uygulanmaya başlamıştır.

Milletlerarası taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerin kuruluşu, ifası ve sona ermesi hakkında hükümler içeren Viyana Satım Sözleşmesi, dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda, “*Uygulama Alanı ve Genel Hükümler*”, ikinci kısımda “*Sözleşmenin Kurulması*”, üçüncü kısımda “*Malların Satımı*”, son kısımda ise “*Son Hükümler*” düzenlenmiştir. Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı, Sözleşme'nin birinci ve dördüncü kısımlarında yer, konu ve zaman bakımından uygulama alanı olarak düzenlenmiştir.

¹⁵⁵ TEKİNALP, Gülören, “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”, MHB, Sayı 1, Yıl 5, 1985, s. 29; DOĞAN, s. 290.

¹⁵⁶ TEKİNALP, s. 29.

¹⁵⁷ DOĞAN, s. 291.

¹⁵⁸ DOĞAN, s. 291.

¹⁵⁹ TEKİNALP, s. 29.

¹⁶⁰ DOĞAN, s. 291.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin yer bakımından uygulanabilmesi için satım sözleşmesi taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması ve satım sözleşmesinin milletlerarası niteliğinin anlaşılır olması gerekmektedir. Ancak işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması, Sözleşme'nin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre, tarafların işyerlerinin bulunduğu farklı ülkelerin Sözleşme'nin tarafı olması veya dava açılan ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının Sözleşme'ye taraf bir ülke hukukuna atıfta bulunması da gerekmektedir. Sözleşme'nin uygulanmasında tarafların vatandaşlığının, tacir olup olmadıklarının, sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olmasının ise bir önemi yoktur.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin konusunu mal satımı sözleşmeleri oluşturur. Tüketici satımları, açık artırma yoluyla yapılan satımlar, cebri icra veya adlî makamların diğer herhangi bir kararına dayanarak yapılan satımlarsa Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan satım sözleşmeleridir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin konusunu sadece maddî taşınır mal satımları oluşturmaktadır. Kanaatimizce, yazılımlar da Sözleşme'nin uygulama alanına girer. Ancak internet ortamından yapılan satım sözleşmelerinde, sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olmadığının açıkça anlaşılır olması gerekir.

Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para satımı, gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı ile elektrik satımı Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışındadır. Bunların yanı sıra, satım sözleşmesinin kurulması ve sözleşmenin tarafları arasında doğurduğu hak ve borçlar dışında kalan konular hakkında, satım konusu malın sebep olduğu cismanî zararlardan veya ölümden doğan zararlardan dolayı satıcının sorumluluğu hakkında ve satım sözleşmesi taraflarının Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmamasını kararlaştırdıkları durumlarda da, Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz.

Satım sözleşmesinin tarafları, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, aralarında çıkan uyuşmazlıklara Viyana Satım Sözleşmesi'ni açıkça ya da zımnen uygulanacak hukuk olarak kararlaştırabilirler.

KAYNAKÇA^{161*}

- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Bası, Ankara 2012.
- ATAMER, Yeşim, **“Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”**, İBD, Sayı 69, Yıl 1995, s. 551-567 (Uluslararası Uygulama Alanı).
- ATAMER, Yeşim, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul 2005 (Satıcının Yükümlülükleri).
- AYAN, Serkan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara 2008.
- BIANCA, C.M./BONELL, M.J., **Commentary On The International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention**, Milan 1987.
- CANBOLAT, Ferhat, **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara 2009.
- ÇELİKEL, Aysel, **“Türk Milletlerarası Özel Hukuk’unda Atıf Prensibi’nin Uygulanması”**, MHB, Sayı 2, Yıl 3, 1983, s. 1-4.
- DEMİRELLİ, Korhan, **“11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satış Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması İmalatçının Akdi Sorumluluğunda Uygulama Alanı Bulabilir Mi?”**, İzBD, Yıl 56, Sayı 4, Ekim 1991, s. 58-75.
- DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010.
- ERDEM, Ercüment, **“Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”**, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 25-100 (Viyana Satım Sözleşmesi).
- ERDEM, Ercüment, **“Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”**, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 1-23 (Uygulama Alanı).
- ERDOĞAN, İhsan, **“İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması”**, SÜHFD, Cilt 3, Sayı 1, Ocak-Haziran 1990, s.

^{161*} Eserler yazarların soy isimleriyle anılmış olup, aynı yazara ait birden fazla eser varsa, parantez içerisinde kısaltılmış biçimiyle gösterilmiştir.

135-172.

ERİŞGİN, Nuri, **“Standart Bilgisayar Programının Son Kullanıcıya Sürekli Kazandırılmasını Amaçlayan Sözleşmenin Hukuki Niteliği”**, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 4, Yıl 2003, s. 41-68.

ERMAN, Hasan, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Hâller (BK 365/2)**, İstanbul 1979.

GÖKYAYLA, K. Emre, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul 2009.

HEIDERHOFF, Bettina, **“CISG’in Uygulama Alanı: Konu Bakımından”**, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 25-36.

KAPLAN, Yavuz, **“1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”**, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, s. 325-356.

KOSTAKOĞLU, Cengiz, **İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul 2008.

MISTELIS, Loukas, **“CISG’in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından”**, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 7-24.

ÖZ, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989.

ÖZSUNAY, Ergun, **“1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) Ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”**, İBD, Cilt 78, Sayı 3, Yıl 2004, s. 906-959.

ÖZYÖRÜK, Sezer, **İnşaat Sözleşmesi (Yapısı-Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları)**, Ankara 1988.

ŞENOCAK, Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara 2002.

TEKİNALP, Gülören, **“Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”**, MHB, Sayı 1, Yıl 5, 1985, s. 28-31.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **“11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ve Sözleşmenin**

Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi", AÜHFD, Cilt 41, Sayı 1, Yıl 1990, s. 191-205.

TOKER, Ali Gümrah, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2012.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), İstanbul 1999.

ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2004.

ZEYTİN, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011.

İnternet Kaynakları:

<http://www.cisg.law.pace.edu/>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<http://www.uncitral.org>

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
CISG	: Convention on the International Sales of Goods
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
md.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
vd.	: ve devamı

6302 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİ UYARINCA YABANCI GERÇEK KİŞİLERİN TÜRKİYE’DE TAŞINMAZ EDİNİMİ

Alper Çağrı YILMAZ*

ÖZET

Yabancıların taşınmaz edinimi, ülkemizde öteden beri yoğun tartışmaların yaşandığı ve Türk hukukunda sıklıkla mevzuat değişikliklerine konu olmuş bir alandır. Türk hukukunda yabancıların taşınmaz edinimi konusu dağınık bir yapı içinde düzenlenmiştir. Yabancıların Türkiye’de taşınmazlar üzerinde sahip olabilecekleri haklar, esas itibarıyla 2644 sayılı Tapu Kanunu’nda ele alınmaktadır. Bu çalışmada, bilhassa Tapu Kanunuyla ortaya konan hukuki çerçeve kapsamında yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz edinimine ilişkin kabul edilen şartlar ve kısıtlayıcı düzenlemeler incelenmiştir.

Tapu Kanununda 2012 yılında gerçekleştirilen değişikliklerden en önemlisi yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimine ilişkin karşılıklılık şartının kaldırılmasıdır. Değişiklikle, yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilmesi için karşılıklılık şartının yerine, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerden birinin vatandaşı olmak şartı getirilmiştir. Diğer taraftan, Tapu Kanununun mevcut hâlinde yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi konusundaki en önemli eksiklik, “amaç” unsuruna yer verilmemiş olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi, Tapu kanunu, karşılıklılık.

THE ACQUISITION OF REAL ESTATE OF FOREIGN NATURAL PERSONS IN ACCORDANCE WITH THE TERMS OF LAND REGISTER ACT.

ABSTRACT

The acquisition of real estate of foreign natural persons is one of the most controversial issue in our country, on which plenty of amendments have realized in Turkish Law. In Turkish Law the above mentioned issue has been held in a dispersed legal structure. The rights of foreign natural persons on real estate acquisition are mainly handled at the Land Register Act, numbered 2644. In this Article, the requisites and restrictive arrangements pertaining to real estate acquisition of foreign natural

* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD.

persons in our country has been examined, especially in the scope of legal framework which is revealed by Land Register Act.

The most significant amendment realized on Land Register Act in 2012 is the abolition of mutuality principle relating to the acquisition of real estate of foreign natural persons. Within this framework, instead of mutuality principle, the condition on being a citizen of a State, which is determined by Ministerial Cabinet has been adopted. On the other hand, the lack of “acquisition aim” at the Land Register Act, is considered to be the most outstanding deficient about the acquisition of real estate of foreign natural persons.

Keywords: *The real estate acquisition of foreign natural persons, Land Register Act, Mutuality.*

I. Giriş

Yabancıların taşınmaz edinimi, ülkemizde öteden beri yoğun tartışmaların yaşandığı ve Türk hukukunda sıklıkla mevzuat değişikliklerine konu olmuş bir alandır. Taşınmaz edinimi konusunun ülkenin sosyal ve ekonomik şartları ile egemenlik haklarını yakından ilgilendiren boyutlarının bulunması¹, konunun defaten anayasal denetim mekanizmasına tâbi tutulması neticesini doğurmuş ve sevk edilen kanuni düzenlemelere ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından müteaddit defalar iptal kararları verilmiştir. Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi ve doktrin arasında süregelen görüş ayrılıklarının temelinde, yabancılara taşınmaz edinime hakkı tanınıp tanınmaması değil, bu hakkın hangi kapsamda tanınacağı tartışması bulunmaktadır². Bu çerçevede tarihsel süreç içinde zaman zaman, ülke ekonomisinin ihtiyaç duyduğu döviz girdisinin temini maksadıyla³, yabancıların taşınmaz edinimi konusunda esnek bir yapı hâkim kılınmaya çalışılmış, buna mukabil anayasa yargısının tesiriyle sınırlayıcı hükümlere rücu etmek mecburiyeti hâsıl olmuştur. Farklı menfaat beklentilerinin öncelenmesi temeline dayanan bu tartışma, mevcut durum itibarıyla de güncelliğini muhafaza etmektedir.

¹ Esmer Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Kazancı Hukuk Yayınları No. 82, Beşinci Basım, İstanbul, 1990, s. 597.

² Doğan Vahit, 29.12.2005 tarih ve 5444 Sayılı Kanuna Göre Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul Edinimleri, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınevi, ss. 479-491, Ankara 2006, s. 479.

³ Ekşi Nuray, Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı, Beta Yayınevi, İkinci Bası, İstanbul, Temmuz 2012, s. 83.

Türk hukukunda yabancıların taşınmaz edinimi konusu dağınık bir yapı içinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının 35. maddesinde, yabancı-vatandaş ayrımı yapılmaksızın herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu vurgulandıktan sonra, kamu yararı amacıyla ve kanunla hakkın kullanımının sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Anayasanın 16. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Yabancıların Türkiye’de gayrimenkuller üzerinde sahip olabilecekleri haklar, esas itibarıyla 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu’nda ele alınmaktadır⁴. Bu Kanunun yanında; 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, 1062 sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu gibi bir kısım kanunlarda da konuyla ilgili özel hükümlere yer verildiği görülmektedir.

2644 sayılı Tapu Kanunun 35. maddesinde 03.05.2012 tarihinde 6302 sayılı Kanunla son derece önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmada, bilhassa 2644 sayılı Tapu Kanunuyla ortaya konan hukuki çerçeve kapsamında yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz edinimine ilişkin kabul edilen şartlar ve kısıtlayıcı düzenlemeler incelenmeye çalışılacaktır. Bununla birlikte hâlihazırda yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için evvela, tarihsel süreç içinde kabul edilen kanuni düzenlemeler ile bu düzenlemelere yönelik Anayasa Mahkemesi kararları analiz edilecek, nihayet mer’i mevzuat ele alınacaktır.

II. Yabancı Gerçek Kişilerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Tarihsel Süreç

A. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Osmanlı Devletinde, istisnai nitelikteki bazı fermanlar bir kenara bırakıldığında, 1868 tarihine kadar yabancı gerçek kişilerin Osmanlı ülkesinde taşınmaz mal edinmelerine ilişkin herhangi bir hak tanınmadığı görülmektedir⁵. Hatta yabancı devlet vatandaşlarına geniş imkânların tanındığı kapitülasyonlarda dahi taşınmaz edinimine yer verilmemiştir. Bu yaklaşımın temelinde, yabancı devletlerin tavrının bulunduğu ifade edilebilir. Zira bu dönemde yabancı devletler de, kendi vatandaşlarının Osmanlı ülkesinde taşınmaz edinmelerine izin vermemişlerdir. Bu dönemde, insanların belirli bir

⁴ RG. 29.12.1934/ 2892, Tertip: 3, Cilt: 16, Sayfa: 312.

⁵ Levi Selim, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri, Legal Yayınevi, Birinci Baskı, Mart 2006, s. 55.

toprağa bağlı olmaları arzu edildiğinden, yabancı bir ülkede uzun süre kalan kişilerin tabiiyetlerinin değiştiği kabul edilmekteydi⁶. Derebeylik esasları uyarınca devletler, vatandaşları üzerindeki egemenlik haklarının sona ermesi anlamına gelen böylesi bir ihtimalin gerçekleşmesine sebebiyet vermemek için, vatandaşlarının yurt dışı ikamet ve seyahatlerini tahdit etmişlerdir. Bu itibarla, Osmanlı ülkesine gelmeleri ve ikametleri kısıtlanan yabancı devlet vatandaşlarının, taşınmaz edinimleri, mensup oldukları devletlerce evleviyetle yasaklanmıştı⁷. Bununla birlikte söz konusu dönemde dahi, yabancıların Osmanlı ülkesindeki taşınmaz mallar üzerinde muvazaa yoluyla fiilen bir kısım haklar elde ettikleri ifade edilmektedir⁸. Bu sebeple Osmanlı Devleti tarafından zaman zaman yayınlanan fermanlarda, her nasılsa yabancıların uhdesine geçmiş toprakların Türk tebaasına satılması emredilmiştir⁹.

1856 Tarihli Islahat Fermanı ile yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi konusundaki tahdidi yaklaşımdan önemli ölçüde vazgeçilmiştir. Islahat Fermanında Hristiyan ve Müslüman tebaa arasında eşitliği sağlayan ve bazı kişi haklarını teminat altına alan hükümler yanında, yabancılara taşınmaz mal edinilmesi konusunda vaat niteliği taşıyan bir ibareye yer verilmiştir¹⁰. Bu vaadin bir gereği olarak 7 Safer 1284 (8 Haziran 1868) tarihinde kabul edilen “Tebaa-i Ecnebiyenin Emlâke Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun” (Safer Kanunu) ile Türk hukukunda yabancıların taşınmaz mal edinimi konusundaki ilk yasal düzenleme yapılmıştır¹¹. Kanunun 1. maddesi¹² hükmüyle, “İstanbul

⁶ Altuğ Yılmaz, *Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 482, Dördüncü Bası, İstanbul, 1976, s. 55.

⁷ Altuğ, 1976, s. 55.

⁸ Sargın Fügen, *Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinimleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 41, 42; Esmer, 1990, s. 597, 598; Altuğ, 1976, s. 62.

⁹ Altuğ, 1976, s. 56.

¹⁰ Sargın, 1997, s. 42.

¹¹ Yeşil Ufuk, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinimleri*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 22, 23’ten naklen Berki Osman Fazıl, *Devletler Hususi Hukuku*, Ankara, 1949, s. 159.

¹² “*Düveli ecnebiye tebaası memaliki şahanenin arz-i Hicaziyeden maada her tarafından teb’ayı devleti Aliye misülli ve başka bir şart tahtında olmıyarak mevaddı atiyede mezkûr olduğu veçhile onların bu hususta tabi oldukları nizamat ve vazife ittiba kaydıyle dâhil ve hariç müdün ve kasabatta tasarrufu emlak hukukundan istifade etmeye kabul olunmuşlardır. Filhasıl tebaayı hazreti şahaneden olup ta sonradan tebdili tabiyet etmiş olanlar bu kaideten müs-tesna olup onlar haklarında kanunu mahsusun ahkâmı cari olacaktır*”.

9 Haziran 1868 Tarihli Protokolü”nü¹³ imzalayan yabancı devletlerin¹⁴ tebaasına, hiçbir şarta bağlı olmaksızın Osmanlı ülkesinde arazi sahibi olma hakkı verilmiş ve bu konuda yabancılarla Osmanlı tebaasının eşit durumda bulundukları kabul edilmiştir¹⁵. Bunun yanında Kanunun aynı maddesinde, söz konusu hakların Hicaz toprağı üzerinde mevcut bulunmadığı ifade edilmiş, ayrıca, hükümet izni olmaksızın Osmanlı tabiiyetinden başka bir devlet tabiiyetine geçenlerin tüm Osmanlı ülkesinde arazi iktisap edemeyecekleri kuralı getirilmiştir¹⁶.

Yabancıların Osmanlı ülkesindeki taşınmazlara ilişkin tasarrufları 1868 tarihli Safer Kanunu’na göre Birinci Dünya Savaşına kadar devam etmiş, 1914 (2 Kasım 1330) tarihli Kapitülasyonların Kaldırılması Hakkındaki Kanunla (Kavanin-i Mevcudede Uhudu Atikaya Müstenit Ahkâmın Lağvı), bütün kanun ve nizamlarda eski anlaşmalara dayanan ve yabancılarla tanınan mali, idari ve adli ayrıcalık hükümleri kaldırılmıştır¹⁷. Bu gelişmeden sonra 24 Temmuz 1923 tarihinde akdedilen Lozan Antlaşması ile Antlaşmaya ek Lozan İkamet ve Selâhiyeti Adliye Mukavelesi, Türkiye’de yabancıların taşınmaz iktisabı konusunda bir dönüm noktası teşkil etmiştir¹⁸. Şöyle ki, Antlaşma ile 1868 tarihli Safer Kanunu’yla benimsenen eşitlik (tebaaya temsil) sistemi terk edilerek, siyasi (ahdi) karşılıklılık sistemi kabul edilmiş¹⁹ ve yabancıların taşınmaz edinimine ilişkin hukuki yapı Cumhuriyet dönemine ışık tutan esaslar üzerine oturtulmuştur²⁰. Gerçekten de Mukavelenin 1. maddesinde²¹ birinci fasılda yer alan hükümlerden her birinin diğer âkit devlet tebaa ve şirketlerine uygulanmasında tam bir karşılıklılık aranacağı hükme bağlanmıştır. Keza Mukavelenin 3. maddesinde²² de diğer âkit devlet tebaasının Türkiye’de

¹³ Altuğ, 1976, s. 80-84.

¹⁴ Protokolü imzalayan devletler için bkz. Ekşi, 2012, s. 13; Altuğ, 1976, s. 61; Sargın 1997, s. 48.

¹⁵ Levi, 2006, s. 57.

¹⁶ Levi, 2006, s. 57.

¹⁷ Kırmacı Kadir, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinme Süreci: Hukuki ve Mekânsal Boyutların Analizi, Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Temmuz 2007, s. 30, 31; Ekşi, 2012, s. 14.

¹⁸ Altuğ, 1976, s. 93.

¹⁹ Ekşi, 2012, s. 14; Altuğ, 1976, s. 93;

²⁰ Esmer, 1990, s. 599.

²¹ “İşbu fasılda münderiç ahkâmdan her birinin Türkiye’de diğer düvel-i akide tebaa ve şirketlerine tatbiki, düvel-i mezkure arazisinde Türk tebaa ve şirketleri hakkında tam bir muame-i mütekebile tatbiki şart-i sarihinde muallâktır.”

²² “Türkiye’de diğer düvel-i âkide teb’asının kavanin ve nizamat-ı mahalliyeye tevfiakan her

kanun ve nizamlara uygun olarak her türlü taşınır ve taşınmaz malları edinme, devir ve ferağ haklarının olduğu belirtilmiştir. Maddede ayrıca âkit devlet vatandaşlarının taşınır ve taşınmaz malları kanuni miras veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla da edinebilecekleri ifade edilmiştir. Lozan İkamet ve Selâhiyeti Adliye Mukavelesi 7 yıl için geçerli olmak üzere kabul edilmiştir. Türkiye 1930 yılında Mukavele'nin 20. maddesinde verilen hakka dayanarak, Mukaveleyi feshetmiş, Mukavele bu suretle yürürlükten kaldırılmıştır²³.

B. Cumhuriyet Dönemi

1. Cumhuriyetin İlanından 2003 Yılına Kadar Olan Dönem

Cumhuriyetin ilanından sonraki süreçte, Türk hukukunda yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimine ilişkin en önemli düzenleme 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunudur. Tapu Kanununun 35. maddesi hükmünün ilk halinde “Tahdidi mutazammın kanuni hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye’de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilirler.” hükmüne yer verilmek suretiyle yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi bazı şartlara bağlanmıştır. Maddede öngörülen şartlar “kanuni sınırlamalara uymak” ve “karşılıklılık” şeklinde ifade edilmekteydi. Görüldüğü üzere, Lozan Antlaşması ve Antlaşmaya ek Mukavele hükümleriyle getirilen karşılıklılık şartı²⁴, Cumhuriyet döneminin ilk önemli kanuni düzenlemesinde de muhafaza edilmiştir. Diğer taraftan 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun ilk halinin 36. maddesinde²⁵ ise yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimine miktar ve yer itibarıyla bir sınırlama getirilmişti.

türlü emval-i menkule ve gayrı menkuleyi ihraz tasarruf, devir ve ferağa hakları olacaklardır. Tebaa-yı mezkure bilhassa bey’, mübadele, hibe, vasiyet yahud diğer her suretle emval-i mebhuseden tasarruf edebilecekleri gibi bermucib-i kanun veraset tarikiyle veya hibe veya hud vasiyet suretiyle emval-i mezkureye malik olabileceklerdir.”

²³ Sargın, 1997, s. 51.

²⁴ Tapu Kanununun 35. maddesinde öngörülen “karşılıklılık” şartından ne anlaşılması gerektiği hususu madde metninde ifade edilmemiştir. Bu itibarla doktrinde, karşılıklılık şartının siyasi (ahdi), kanuni ve fiili veya ahdi, kanuni ve fiili olarak aranması gerektiğini ifade eden muhtelif görüşler serdedilmiştir. Söz konusu doktrin görüşlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Vahit, Proje Raporu, “Türkiye’de Yabancıların Taşınmaz Edinimi ve Etkilerinin Değerlendirilmesi”, TÜBİTAK Projesi, 2012, s. 34 vd.; Sargın, 1997, s. 66, 67.

²⁵ “Yabancı hakiki şahıslar bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere ve köy sınırları dışında kalan arazinin otuz hektardan çoğuna ancak hükümetin izniyle sahip olabilirler. Kanuni miras bu hükümden dışarıdır. Adı geçen çiftliklere ve arazinin otuz hektardan ziyadesine vasiyet suretiyle veya mansup mirasçı sıfatıyla yabancı hakiki şahısların sahip olabilmesi de hükümetin iznine bağlı olup, izin verilmezse çiftlik ve bu fazla miktar tasfiye suretiyle bedele çevrilir.”

Buna göre yabancı gerçek kişilerin köylerde taşınmaz edinimi yasaklanmış²⁶, köy dışı alanlarda edinebilecekleri taşınmazın miktarı ise 30 hektar ile tahdit edilmişti. Bu kişilerin bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere ve köy sınırları dışında kalan arazinin otuz hektardan çoğuna ancak hükümet izniyle sahip olabilecekleri hükme bağlanmıştı. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından da aynı şartların varlığını arayan Kanun, kanuni miras yoluyla edinilen taşınmazları ise hükmün kapsamı dışında bırakmıştı. 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35. maddesine, 21.06.1984 tarihli ve 3029 sayılı Kanunla önemli bir fıkra eklenmişti. Bu fıkra ile Bakanlar Kurulu hangi ülkelere karşılıklılık şartının uygulanmayacağını belirleme yetkisiyle teçhiz edilmişti. Ayrıca Bakanlar Kurulu, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal alım ve satımlarda yüzde 25’i geçmeyecek şekilde Toplu Konut Fonuna alınacak fon nispetini tespiti de yetkili kılınmıştı. Ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından 13.06.1985 tarihinde verilen kararla iptal edilmiştir²⁷. Mahkeme kararında, öncelikle Lozan Barış Antlaşması ile İkamet ve Selâhiyeti Adliye Hakkındaki Mukavelemede; yabancıların ülkede mülk edinmeleri konusunda mütekabiliyet şartının öngörüldüğünü, bu tarihten sonra düzenlenen konu ile ilgili yasalarda ve yapılan birçok antlaşmada mütekabiliyet şartı getirilmek suretiyle, karşılıklı muamele esasının, gerek antlaşmalar hukuku, gerekse mevzuu hukuk olarak Türk yabancılar hukukunun genel ilkelerinden biri haline dönüştürüldüğünü tespit etmişti. Kararda, yabancıların taşınmaz ediniminin sadece bir mülkiyet sorunu olarak değerlendirilemeyeceği, toprağın devletin vazgeçilmesi imkânsız temel bir unsur, egemenlik ve bağımsızlığın simgesi olduğu ifade edilmişti. Mütekabiliyet esasının uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan denge aracı olduğunu da vurgulayan Mahkeme, iktisadi manada önemsiz bir kaynak yaratmak maksadıyla ülke topraklarının yabancı unsurların eline geçmesine imkân sağlayan düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu neticesine ulaşmıştı. Anayasa Mahkemesi, kararında, 3029 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin Bakanlar Kuruluna sınırları belirli olmayan bir yetki verdiğini ve bu hususun yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden bahisle Anayasaya aykırılık teşkil ettiğini de vurgulamıştı. Bunun dışında,

²⁶ Yabancı gerçek kişilerin köylerde taşınmaz edinimi, esasen Tapu Kanunundan çok daha önce, 18 Mart 1340 (1924) tarihli ve 442 sayılı Köy Kanununda yasaklanmıştır. Mezkûr Kanunun 87. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunmayan gerek şahıslar gerek şahıs hükmünden olan cemiyet ve şirketlerin, köylerde arazi ve emlak almaları memnûdur*” hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla Tapu Kanununun 36. maddesindeki yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimini yer itibarıyla sınırlayan düzenleme 442 sayılı Köy Kanununun tekerrarı niteliği taşımaktadır.

²⁷ Anayasa Mahkemesinin 13.06.1985 tarihli ve E. 1984/14, K. 1985/7 sayılı kararı.

Mahkeme, yabancı gerçek kişilerin edinebilecekleri taşınmazlara ilişkin olarak amaç, miktar ve yer bakımından tespit edilecek esasların da kanunda düzenlenmesi gerektiğini ifade etmişti. Mahkeme bu konudaki görüşlerini şu şekilde ortaya koymuştu:

“Gerçekten 3029 sayılı Yasa ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki son derece sınırsızdır ve açık değildir. Yasada sadece Toplu Konut Fonuna alınacak miktar belirlenmiş, diğer hususların tespiti yürütme organına bırakılmıştır. Bunlar arasında kanunla düzenlenmesi gereken yönler vardır... Yabancıların alacağı arazinin azami miktarı, emlakın adedi, alınma amaçları Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin devamı süresi, satın alınacak arazi ya da emlakın yeri, satın almanın koşulları, devir ve ferağda uygulanacak ilkeler hep yasa ile düzenlenmesi gereken hususlardandır... 3029 sayılı Yasa ile uygulamaya ilişkin esasların tespiti yönünden yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır. Yasada, esasla alâkalı birçok yönler düzenlenmemiştir. Bu durum, açıkça bir yetki devridir.”

Anayasa Mahkemesinin 13.06.1985 tarihli iptal kararı neticesinde, kanun koyucu tarafından yeni bir yasal düzenleme hazırlanması yoluna gidilmiş ve 22.04.1986 tarihli ve 3278 sayılı Kanunla, Tapu Kanunu’nun 35. maddesine iki fıkra eklenmişti. Bu fıkralar uyarınca, Bakanlar Kurulu’nun, milli menfaatlere ve/veya milli ekonomiye faydalı görüldüğü hallerde, hangi ülkelerin ve/veya hangi ülkeler uyuğundaki gerçek kişilerin müteakabiliyet şartından müstesna tutulacağına karar verebileceği ifade edilmişti. Mezkûr Kanun hükmüyle ayrıca, Bakanlar Kurulu yabancı gerçek kişilerin taşınmaz alım ve satımlarında satış bedelinin yüzde 25’ini geçmeyecek miktarda Toplu Konut Fonuna alınacak fon nispetini ve uygulamaya ait esasları tespiti de yetkili kılınmıştı.

Görüldüğü üzere, 3278 sayılı Kanunla Tapu Kanunu’nun 35. maddesine yapılan ilave, 3029 sayılı Kanunla yapılan ilaveden son derece cüz’i bir farklılık ihtiva etmektedir. Bu farklılık münhasıran, Bakanlar Kurulu’na verilen karşılıklılık şartından muaf tutma yetkisinin, milli menfaatlere ya da milli ekonomiye faydalı görülen hallerle sınırlandırılması noktasında odaklanmaktadır. Bu fayda analizinin de bizatihi Bakanlar Kurulu’nca yapılacağına kuşku olmadığına göre, her iki düzenleme arasındaki farklılığın belirsiz düzeyde kaldığını ifade etmek mümkündür. Keza 3278 sayılı Kanun’la Tapu Kanunu’nda yapılan değişiklik de Anayasa Mahkemesi tarafından 09.10.1986 tarihinde verilen kararla iptal edilmiştir.

Tapu Kanununun 35. maddesinde 1984 ve 1985 yıllarında yapılan değişikliklerin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi ile yabancıların Türkiye’de gayrimenkul edinmeleri ile ilgili Tapu Kanunu’nun kabul etmiş olduğu temel ilkeler muhafaza edilmiştir. Ancak 1985 yılından sonra da, muhtelif siyasi iktidarların iktisadi kaygılarla yabancıların taşınmaz edinmesine ilişkin hukuki yapıda değişikliğe gitme arzusu devam etmiştir. Bu noktada Tapu Kanununun 35. maddesine ilişkin ilk önemli yapısal değişiklik, 2003 yılında kabul edilen 4916 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir.

2. 2003 Yılından 03.05.2012 Tarihli ve 6302 Sayılı Kanunun Kabulüne Kadar Olan Süreç

Yabancıların taşınmaz edinimine ilişkin şartlar, 03.07.2003 tarihli ve 4916 sayılı “Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”la Tapu Kanunu’nda yapılan değişiklikler neticesinde yeniden düzenlenmiştir. 4916 sayılı Kanunun 19. maddesiyle²⁸ değiştirilen Tapu Kanununun 35. maddesi, önceki düzenlemeye nazaran önemli bazı yapısal değişiklikler ihtiva etmektedir. Kanunda en fazla dikkat çeken değişiklik yabancı tüzel kişilere yöneliktir. 4916 sayılı Kanunun kabulünden önceki dönemde sadece yabancı gerçek kişilere hasredilmiş bulunan taşınmaz

²⁸ “22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35’inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Madde 35. Karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilirler. Karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına veya yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine de tanınması esastır.

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmazlar ile kanunî kısıtlamalara tâbi alanlardaki taşınmazlar, intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir ve bedele çevrilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi Bakanlar Kurulunun iznine tâbidir. Kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazlar için bu hüküm uygulanmaz. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin, kanunî miras dışında ölüme bağlı tasarruflar yoluyla otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi de Bakanlar Kurulunun iznine bağlıdır. İzin verilmez ise, fazla miktar tasfiye edilerek bedele çevrilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesi halinde karşılıklılık şartı aranmaz.

Kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, bu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

edinme imkânı²⁹, yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bahse konu şirketlerin karşılıklılık ve kanuni sınırlamalara uymak kaydıyla Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilecekleri hükme bağlanmıştır. Ayrıca, 4916 sayılı Kanunun 38. maddesiyle, yabancıların köylerde taşınmaz edinimini yasaklayan 18.3.1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanununun 87. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun aynı maddesiyle Tapu Kanunun 36. maddesi de yürürlükten kaldırılmış, ne var ki aynı madde içerik olarak, Tapu Kanununun 35. maddesine üçüncü fıkra olarak ilave edilmiştir. Buna göre; yabancı gerçek kişilerin hukuki işlem veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi Bakanlar Kurulunun iznine tâbi kılınmıştır. Yine eski düzenlemede olduğu gibi, 4916 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanununun 35. maddesi hükmünde de, kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazlar söz konusu miktar kısıtlamasından muaf tutulmuştur. Bununla birlikte yeni düzenlemede, eskisinden farklı olarak, karşılıklılık ilkesi gerçekleşme bile kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazların paraya çevrileceği ifade edilerek, konuya ilişkin yaşanan problemler çözüme kavuşturulmuştur³⁰.

Tapu Kanunu'nun 4916 sayılı Kanunla değişik 35. maddesi tahlil edildiğinde, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi konusunda karşılıklılık ve kanuni sınırlamalara uyma kriterlerinin muhafaza edildiği görülmektedir. Bu yönüyle Tapu Kanunun 35. maddesinin 2003 yılından önceki ve sonraki hâli arasında esaslı bir farklılık yokmuş gibi görünse de, iki düzenleme arasına kavramsal tanımlara ilişkin kayda değer bir ayrışmanın varlığı tespit edilmektedir. Bu ayrışma bilhassa karşılıklılık kavramının tanımına ilişkin olarak gün yüzüne çıkmaktadır.

Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 2003 yılından önceki hâlinde karşılıklılıktan bahsedilmesine rağmen, bu prensibin tanımına ilişkin herhangi açıklayıcı bir bilgiye yer verilmiş değildi. Bu itibarla doktrinde ve uygulamada karşılıklılık prensibinin içeriği ve kapsamına yönelik tartışmalar yaşanmakta idi³¹. 4916 sayılı Kanun'un kabulüyle bu tartışmaların nihayete erdirilmesi

²⁹ 2003 yılından önceki dönemde yabancı tüzel kişilerin taşınmaz edinimine antlaşma rejimi marifetiyle izin verilmişti. Antlaşma rejimi, devletler arasında ahdi ve fiili karşılıklılık üzerinde kurulmakta, bu rejimin işlemesi ise tarafların uygulamadaki tutum ve davranışlarına bağlı tutulmakta idi. Bkz. Esmer, 1990, s. 688, 689.

³⁰ Ekşi, 2012, s. 32.

³¹ Doktrindeki söz konusu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Levi, 2006, s. 76, 77. 2003 yılı öncesindeki dönemde karşılıklılık prensibinin hangi kapsamda anlaşılması gerekti-

amacıyla Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde karşılıklılık kavramının tanımına yer verilmiştir. Bu tanımda, karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esas alınmıştır. Görüldüğü üzere, karşılıklılık prensibine dair 4916 sayılı Kanunla kabul edilen sistem, esasında, tam anlamıyla eşitlik (tebaaya temsil) prensibine dayandırılmıştır³². Zira kanuni tanımlama uyarınca, karşılıklılığın gerçekleşebilmesi için, ilgili yabancı devletin, taşınmaz edinme hakkına ilişkin olarak kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların aynısını Türk vatandaşlarına da tanınması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle 4916 sayılı Kanunla kabul edilen esas, gerçek kişiler için karşılıklı olmaktan öte birebir eşit olmayı şart olarak aramaktadır³³. Bu durum doktrinde, Türk kanun koyucusunun taşınmaz edinme konusunda uluslararası hukukta kabul edilen vatandaşlar ile yabancıların tâbi oldukları şartların farklılaştırılabileceği yöndeki genel prensibi göz ardı ettiği³⁴ ve getirilen tanımın karşılıklılık ilkesinin anlamıyla bağdaşır nitelikte olmadığı³⁵ gerekçeleriyle eleştiriye tâbi tutulmuştur.

4916 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu’nun 35. maddesiyle ilk defa sınırlı ayni haklara yönelik bir düzenlemeye de yer verilmiştir³⁶. Düzenlemeyle yabancı gerçek kişiler lehine taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesi halinde karşılıklılık şartının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Nihayet, 4916 sayılı Kanunla değiştirilen Tapu Kanunu’nun 35. maddesinin son fıkrası uyarınca, Bakanlar Kurulu, kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından söz konusu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirleme konusunda yetkili kılınmıştır.

ğı hususundaki açıklığın giderilmesi amacıyla çıkarılan 20.04.1940 tarihli ve 2/13349 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ihzari nitelikte bazı bilgilere yer verilmiştir. Kararname kanun karşılıklılığı yeterli görmekle birlikte, fiili duruma da önem vermiş ve bir Türk vatandaşı- na yabancı ülkede bir kısıtlama ya da engelleme uygulanmışsa, aynı kısıtlama ve engellemelerin söz konusu yabancı devlet vatandaşına tatbik edilmesini öngörmüştür. Bkz. Özel, Sibel, Tapu Kanunu M. 35’te Yapılan Değişiklik Tasarısının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 2, ss. 37-70, 2012, s. 38.

³² Gelgel Günseli Öztekin, Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 23, ss. 405-422, 2003, s. 413, 414.

³³ Gelgel, 2003, s. 414.

³⁴ Levi, 2006, s. 80.

³⁵ Gelgel, 2003, s. 413.

³⁶ Ekşi, 2012, s. 32.

4916 sayılı Kanunla Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde yapılan değişiklikler de Anayasa Mahkemesince 14.03.2005 tarihinde iptal edilmiştir³⁷. Mahkemenin iptal kararı, önceki tarihli kararlarla paralel biçimde, kanuni düzenlemede karşılıklılık ilkesinin ihlâl edildiği ve ilkenin içi boşaltılmış biçimde ele alındığı gerekçelerine dayandırılmıştır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde 2003 yılında yapılan değişiklikle, karşılıklılık ilkesi önceki düzenlemeye nazaran oldukça geniş biçimde düzenlenmiş ve hatta ilkenin kaleme alınmasında karşılıklı olmadan ziyade eşitlik esasını gerekli kılan bir anlayış benimsenmiştir³⁸. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin iptal kararı esas itibarıyla, önceki kararlarda olduğu gibi, yine karşılıklılık ilkesinin ihlali noktası üzerinde odaklanmıştır. Mahkeme, ticaret şirketleri bakımından karşılıklılık prensibinin muvazaa yoluyla³⁹ ihlâl edilebileceği ihtimalini ortaya koyduktan sonra, gerçek kişiler açısından geçerli olacak şu tespitlere yer vermiştir:

“Avrupa Birliği üyelerinin hemen hemen tümünde, yabancıların, tarım arazilerinde taşınmaz mal edinmesine imkân verilmezken; birinci tümcedeki düzenleme ile ülke topraklarının tümünün yabancıların mülk edinmesine açık tutulması, birinci tümcedeki karşılıklılık koşulunun sadece sözde kaldığını ve içinin boşaltılmış olduğunu göstermektedir... Birinci tümcede Bakanlar Kurulu izninin 30 hektardan fazla taşınmazlar için öngörülmüş olması; Türkiye ile yabancıların ülkesinde her büyüklükte taşınmaz mal satın alımını izne bağlayan devletler arasında, karşılıklılık ilkesini zedeleyen bir eşitsizlik doğmasına neden olabilecektir... 4916 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin değiştirdiği 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine, taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesi halinde karşılıklılık şartı aranmayacağı

³⁷ Anayasa Mahkemesinin 14.03.2005 tarihli ve E. 2003/70, K. 2005/14 sayılı kararı.

³⁸ Gelgel, 2003, s. 414.

³⁹ Kararda Mahkemenin tüzel kişi ticaret şirketlerinin muvazaa yoluyla karşılıklılık prensibini ihlâl edebilecekleri şu ifadelerle somutlaştırılmıştır: “Söz konusu birinci tümcede yer alan “yabancı ülkelerde bu ülkelerin Kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri” ibaresine bakıldığında, bu ibarede belirtilen şirket niteliklerinin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine ülkesinde taşınmaz edinmek hakkını tanımayan bir devletin vatandaşlarının, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına ve ticaret şirketlerine taşınmaz mal edinme hakkını tanıyan bir devletin ülkesinde ve bu devlet kanunlarına tabi bir ticaret şirketi kurmak suretiyle, bu şirket aracılığı ile Türkiye’de mülk edinmelerine imkân tanıdığı anlaşılmaktadır. Karşılıklılık ilkesinin sözde kalmasına yol açabilecek böyle bir düzenlemenin, Anayasa’mızın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı ile bağdaşmayacağı ortadadır.”

ifade edilmiştir.”

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi gerçek kişiler yönünden, karşılıklılık ilkesinin ihlali temeline dayanan iptal kararını üç gerekçe üzerine inşa etmiştir. Bu gerekçelerden ilki taşınmazın “kullanım amacına”, diğeri “miktarına” yönelik olarak geliştirilmiştir. Nihayet, 4916 sayılı Kanunla “sınırlı ayni haklar üzerinde karşılıklılık prensibinin aranmamasından kaynaklanan eşitsizlik durumu”, Mahkeme kararının son gerekçesi olarak ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesi, karşılıklılık prensibinin dışında, ölüme bağlı tasarruf ve kanuni miras yollarının benzer iktisap yolları olduğundan bahisle, bunların farklı kurallara tâbi tutulmasının eşitlik ilkesini zedeleyecek bir ayırım olduğuna karar vermiştir. Mahkeme son olarak, kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından Tapu Kanunu’nun 35. maddesinin uygulanmayacağı yerleri belirleme noktasında Bakanlar Kurulu’na verilen yetkinin, yasama yetkisinin devri niteliği taşıdığını tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu iptal kararında yer verilen tespitler, kanun koyucu tarafından, Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde 2005 yılında 5444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte önemli ölçüde dikkate alınmıştır.

29.12.2005 tarihli ve 5444 sayılı “Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 1. maddesi hükmüyle⁴⁰, Tapu Kanununun

⁴⁰ “Madde 1. 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen 35 inci maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir:

Madde 35. Yabancı uyruklu gerçek kişiler; karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye’de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı ayni hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı ayni hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez. Bu fıkra da belirtilen koşullarla, yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinebilirler.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine Türkiye’de taşınmaz rehni tesisinde birinci ve ikinci fıkralarda yer alan kayıt ve sınırlamalar aranmaz.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakiler Türkiye’de taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez.

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazları için birinci fıkra da belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanmaz. Ölüme bağlı tasarruflarda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanır. Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı ayni hakların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir.

Karşılıklılığın tespitinde hukukî ve fiilî durum esas alınır. Bu ilkenin kişilere toprak mülkiye-

35. maddesi yeniden formüle edilmiştir. Söz konusu değişiklikte, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri bakımından yapısal bir değişikliğe gidilerek, bu şirketlerin ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinebilecekleri hükme bağlanmıştır. Değişiklikte, yabancı gerçek kişiler bakımından Anayasa Mahkemesi'nin 2003 tarihli iptal kararında yer verilen; taşınmazın edinme amacı, edinilecek taşınmazın miktarı, sınırlı aynı haklar ve Bakanlar Kurulu'nun yetkisi yönünden kısıtlayıcı nitelikte bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Buna karşılık kanuni miras ve ölüme bağlı tasarruflar bakımından ise 4916 sayılı Kanunla getirilen sistem, 5444 sayılı Kanun'da da cüz'i değişikliklerle muhafaza edilmiştir.

Tapu Kanunu'nun 5444 sayılı Kanunla değişik 35. maddesi uyarınca, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ediniminde karşılıklılık ve kanuni sınırlamalara uyma kayıtları muhafaza edilmiştir. 5444 sayılı Kanunda, 4916 sayılı Kanun'dan farklı olarak, karşılıklılık prensibinin tanımına yer verilmemiştir. Bu itibarla yeni düzenlemenin, 4916 sayılı Kanun döneminde var olan ve karşılıklılık şartını tebaaya temsil sistemiyle eşdeğer gören

ti hakkının tanınmadığı, ülke uyruklarına uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esastır.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar; özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinemeyecekleri alanları, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tescile esas koordinatlı harita ve planları içeren teklifi üzerine belirlemeye ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlık bünyesinde ilgili idare temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından, bu madde uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler dâhilinde çalışmalar yapılmak suretiyle kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamdaki teklifleri incelenip değerlendirilerek Bakanlar Kuruluna sunulur.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra belirlenecek askerî yasak bölgeler, askerî ve özel güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri Milli Savunma Bakanlığınca geciktirilmeksizin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlığa verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen bölgeler içerisinde kalması nedeniyle kamulaştırılması gereken ya da tapu sicilinde şerh verilmesine gerek duyulan parsellere ilişkin bildirimler ilgili idarelerince tapu sicil müdürlüklerine yapılır.

Bu madde hükümlerine aykırı edinilen veya kanunî zorunluluk dışında edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ile sınırlı aynı haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir."

bakış açısından uzaklaştığı görülmektedir. Keza, kanun koyucu 5444 sayılı Kanunda, Anayasa Mahkemesinin 2003 tarihli iptal kararındaki tespitleri çerçevesinde, taşınmaz rehni dışında, sınırlı ayni haklar bakımından da karşılıklılık prensibinin tatbik edileceğini hükme bağlamıştır. Kanunda karşılıklılığın tespitinde hukukî ve fiilî durumun esas alınacağı ifade edilmiş, ayrıca bu ilkenin toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı ülke vatandaşlarına uygulanmasında, yabancı devletin kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türk vatandaşlarına da tanınması esas alınmıştır⁴¹.

Yukarıda izah edilen hususların dışında, 5444 sayılı Kanunla yapılan diğer değişiklikler ise taşınmazın edinme amacı, yeri ve miktarına yönelik olarak gerçekleştirilmiştir. Buna göre yabancı gerçek kişilerin amaç unsuru yönünden, Türkiye’de sadece işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere taşınmaz edinmeleri mümkün kılınmıştır. Keza söz konusu taşınmazların yer itibariyle, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazlardan olması da zaruri kılınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde, yabancı gerçek kişilerin, sözgelimi tarım arazileri üzerinde taşınmaz edinimi engellenmiştir. Kanunda edinilecek taşınmazın miktarı yönünden getirilen kısıtlama ise çok daha dikkat çekicidir. Kanun koyucu, yabancı gerçek kişilerin edinebilecekleri taşınmazlar bakımından ülke genelinde ve il bazında geçerli olmak üzere farklı kriterler getirmiştir. Buna göre edinilecek taşınmazın ülke genelinde toplam iki buçuk hektarı aşmayacağı düzenlenmiş, ancak Bakanlar Kuruluna bu miktarı otuz hektara kadar artırma yetkisi verilmiştir. Benzer şekilde Bakanlar Kurulu, yabancı gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespiti de yetkili kılınmıştır. Bunun yanında Bakanlar Kurulu, yabancı gerçek kişilerin kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinemeyecekleri alanları belirlemeye de yetkili kılınmıştır.

5444 sayılı Kanunla Tapu Kanununun 35. maddesinde kanuni miras yoluyla edinilen taşınmazlar bakımından ise bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre Türkiye ile arasında karşılıklılık olan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmazlar için amaç, yer ve miktar itibariyle belirtilen sınırlamaların uygulanmayacağı, buna mukabil karşılıklılık bulunmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmazların ise

⁴¹ 5444 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanununun 35. maddesinde yer alan toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı ülke vatandaşlarına yönelik hüküm doktrinde *Doğan* tarafından, kendi vatandaşlarına taşınmaz edinme imkânı tanımayan bir ülkenin yabancılara bu hakkı tanımamasının mümkün olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. *Doğan*, 2006, s. 483.

intikal işlemleri yapılarak tasfiye edileceği hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, 5444 sayılı Kanunda da, 4916 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, ölüme bağlı tasarruflar konusunda karşılıklılık ve kanuni sınırlamalara uyma kayıtlarının aranacağı ifade edilmiştir.

5444 sayılı Kanunla Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde getirilen düzenleme ile ilgili olarak da Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. Mahkeme 11.04.2007 tarihli kararıyla söz konusu düzenleme çerçevesinde Bakanlar Kuruluna tanınan iki buçuk hektarlık taşınmaz edinme sınırını on iki katına kadar artırma yetkisinin ölçüsüz olması sebebiyle yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğurduğunu ifade ederek, ilgili cümlelerin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, dava konusu maddede geçen yabancı gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranının Bakanlar Kurulu tarafından tespit edileceğine ilişkin hükmün de Anayasa aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme konuya ilişkin kararının gerekçesinde, il yüzölçümlerinin, ilin ormanları, dağları ve meraları gibi yerleşim alanları dışındaki kısımlarını da kapsadığını, bazı illerin yerleşim alanlarının tamamının binde beşlik sınırın altında kaldığını, bu itibarla Bakanlar Kuruluna verilen düzenleme yetkisinin Anayasal sınırlar gözetilerek belirlenmediğini ifade etmiştir. Bu gelişme üzerine kanun koyucu tarafından 03.07.2008 tarihinde kabul edilen 5782 sayılı Kanunla, Tapu Kanununun 35. maddesinde bir kez daha değişikliğe gidilerek, yabancı gerçek kişilerin merkez ilçe ve ilçeler bazında, uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimine imkân tanınmıştır. Buna karşılık 5782 sayılı Kanunda, Anayasa Mahkemesince iptal edilen Bakanlar Kurulunun taşınmaz edinme miktarını otuz hektara kadar artırma yetkisine ilişkin yeni bir düzenleme yapılmamış, bu sayede yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi, miktar itibarıyla iki buçuk hektarlık bir alanla tahdit edilmiştir.

III. 6302 Sayılı Kanunla Tapu Kanununun 35. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Edinimi

A. Genel Olarak

Tarihsel süreçte Tapu Kanununun 35. maddesi kapsamında yapılan değişiklikler, siyasi iktidarların, iktisadi kaygıların bir gereği olarak, konuyu liberal eğilimle çözümleme arzusu taşıdıklarını net biçimde göstermiştir. Buna

karşılık Anayasa Mahkemesinin taşınmaz edinimi konusunu ülke bütünlüğü ile yakından alakalı kabul eden anlayışı ve bu anlayışın farklı zamanlarda tesis edilen beş ayrı iptal kararı ile ifade edilmiş olması, yargı organı ile siyasi iktidarlar arasındaki bakış açısı farklılığını gözler önüne sermiştir⁴².

Anayasa Mahkemesi’nin Tapu Kanunu’nun 35. maddesine yönelik son iptal kararı 11.04.2007 tarihinde tesis edilmiştir. Bu tarihten 6302 sayılı Kanunun kabul edildiği 2012 yılına kadar Tapu Kanununun 35. maddesinde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Kanun koyucu tarafından 03.05.2012 tarihinde kabul edilen 6302 sayılı Kanunun 1. maddesiyle Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde son derece kapsamlı bir değişikliğe gidilerek, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi konusu yaklaşık dört yıl aradan sonra yeniden ele alınmış ve kanuni düzenleme bugünkü şekline kavuşturulmuştur⁴³.

⁴² Özel, 2012, s. 43.

⁴³ Madde 35- (Yeniden Düzenleme: 29/12/2005-5444/1 md.; Değişik: 3/5/2012-6302/1 md.)

Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz.

Bakanlar Kurulu, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüz ölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunmak zorundadır. İlgili Bakanlıkça başlama ve bitirilme süresi belirlenerek onaylanan proje tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmek üzere taşınmazın bulunduğu tapu müdürlüğüne gönderilir. Onaylanan projenin süresi içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ilgili Bakanlıkça takip edilir.

Askeri yasak bölgeler, askeri güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ait harita ve koordinat değerleri bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde ve bu yerlere ait değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri değişikliklerin yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Millî Savunma Bakanlığınca, özel güvenlik bölgeleri ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri ise İçişleri Bakanlığınca aynı sürede Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne bağlı olduğu Bakanlığa verilir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl sonra bu fıkra uyarınca gönderilen belge ve bilgilere göre tapu

6302 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesinde; yabancı gerçek kişilerin 1934 ilâ 2006 yılları arasında, Hükümet tarafından izin verilmek kaydıyla, sınırsız taşınmaz edinme imkânına sahip olduğu ve 2006 yılında yapılan değişikliklerle bu imkânın iki buçuk hektarla tahdit edildiği ifade edilmiştir. Gerekçede, sınırsız taşınmaz edinme imkânı bir tarafa bırakılacak olursa, 6302 sayılı Kanunla, 1934 ilâ 2006 yılları arasında uygulanan yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimine ilişkin hükümlere paralel düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir.

6302 sayılı Kanunla Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde yapılan değişikliğin, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimine ilişkin olarak; hukuki işlemle edinilen taşınmazlar ve miras yoluyla edinilen taşınmazlar şeklinde iki başlık altında incelenmesi mümkündür.

B. Hukuki İşlemle Edinilen Taşınmazlar Bakımından Aranan Şartlar

1. Karşılıklılık İlkesine Yer Verilmemesi

Karşılıklılık, en az iki devlet arasında uygulanan ve bir ülkede diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyette hakların benzer şartlarda tanınmasını ifade eden bir ilke olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. Bir diğer ifadeyle, en az iki devlet arasında söz konusu olabilen karşılıklılık, bir devlet vatandaşının yabancı bir devlette belli bazı haklardan yararlanabilmesinin, söz konusu yabancı devlet vatandaşlarının da, kişinin vatandaşı olduğu devlette aynı mahiyetteki haklardan fiilen faydalanabiliyor olması şartına dayanmasını ifade etmektedir⁴⁵. İzah edilen çerçevede karşılıklılık, medeni milletlerin birbirlerinin ülkelerinde yabancılara hak tanıma hususunda kabul ettikleri bir ilke olup, devletler arasındaki eşitlik esasına dayanmaktadır⁴⁶.

Karşılıklılık ilkesi, Tapu Kanunu'nun 1934 yılında kabul edilen ilk halinden bu yana, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi konusundaki

işlemleri yürütülür.

Bu madde hükümlerine aykırı olarak edinilen, edinim amacına aykırı kullanıldığı ilgili Bakanlık ve idarelerce tespit edilen, süresi içinde ilgili Bakanlığa başvurulmayan veya süresi içinde projeleri gerçekleştirilmeyenler ile bu maddenin birinci fıkrası kapsamındaki sınırlamalar dışında miras yoluyla edinilen taşınmazlar ve sınırlı ayni haklar; Maliye Bakanlığınca verilecek bir yılı geçmeyen süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.

⁴⁴ Özel, 2012, s. 38.

⁴⁵ Levi, 2006, s. 74.

⁴⁶ Doğan, 2012, s. 33.

temel prensiplerden biri olarak değerlendirilmiştir. Her ne kadar, 1980’li yıllarda Tapu Kanununda yapılan değişikliklerle, bu ilkenin esnetilmesi veya kaldırılması yönünde bazı girişimler olmuş ise de, bu girişimlerin tamamı Anayasa Mahkemesi kararları ile iptal edilmiştir. Söz konusu Mahkeme kararlarında Türk yabancılar hukukunun genel bir prensibi olarak nitelendirilen ve ülke bütünlüğüyle yakından ilişkili olduğu vurgulanan karşılıklılık ilkesine, 6302 sayılı Kanunla değiştirilen Tapu Kanunu’nun 35. maddesi hükmünde yer verilmemiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde; kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu⁴⁷ gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilecekleri düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, bahse konu fıkra hükmünde, Tapu Kanunu’nun ilk halinden bu yana korunan kanuni sınırlamalara uyma kaydına yer verilmiştir. Bunun yanında bir yabancı gerçek kişinin Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilmesi için öngörülen ikinci şart ise, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelere birinin vatandaşı olmaktır. Bu noktada Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin sınırları, “uluslararası ikili ilişkiler yönünden gerekli olan haller” ile “ülke menfaatlerinin gerektirdiği durumlar” biçiminde ortaya konmuş, karşılıklılık ilkesi söz konusu belirleme yetkisinin dışında tutulmuştur. Tapu Kanununun 35. maddesinin 3. fıkrasında ise Bakanlar Kuruluna, “ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde” taşınmaz edinimini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüz ölçüm ve miktar olarak belirleme, sınırlandırma, kısmen veya tamamen durdurma veya yasaklama yetkisi verilmiştir. Özetle, 6302 sayılı Kanun çerçevesinde, karşılıklılık şartı kaldırılarak, hangi ülke vatandaşlarının taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı ile sürekli ve bağımsız nitelikli ayni haklardan yararlanabilecekleri hususu Bakanlar Kurulunun kararına bağlanmıştır⁴⁸.

Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin aranmasına ilişkin olarak doktrinde muhtelif görüşler savunulmaktadır. Bir görüş, Anayasada yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimine ilişkin olarak karşılıklılık şartının aranmıyor olması sebebiyle, meseleyi siyasi bir tercih olarak değerlendirme eğilimi göstermektedir. Buna göre, devlet asgari hakları tanıma noktasında karşılıklılık şartını aramamalı, bunun dışında kalan hakların

⁴⁷ Kanun metninde “yabancı” ifadesi yerine, “yabancı uyruklu” ifadesinin kullanılması, doktrinde, kanun koyucunun vatansızların Türkiye’de taşınmaz mal edinmesini arzu etmediği istikametinde yorumlanmaktadır. Bkz. Doğan, 2006, s. 486.

⁴⁸ Doğan, 2012, s. 37.

tanınmasının karşılıklılık şartına bağlanıp bağlanmaması ise ilgili devletin siyasi tercihinin bırakılmalıdır⁴⁹. Diğer görüşe göre ise, mülkiyet hakkının yabancılar açısından Anayasanın 16. maddesi uyarınca milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini, dolayısıyla mülkiyet hakkının vatandaş yabancı ayrımı olmaksızın herkes için teminat altına alınmış temel bir hak olmadığını ifade etmektedir⁵⁰.

6302 sayılı Kanunla getirilen değişikliğin, Anayasanın 16. maddesi çerçevesinde uluslararası hukuka uygunluk kapsamında ele alınmasında da fayda vardır. Uluslararası hukukta, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin en önemli düzenlemeyi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi oluşturmaktadır. Sözleşmenin mülkiyet hakkını garanti altına alan 1 No’lu Ek Protokolünün 1. maddesi uyarınca⁵¹, “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*” Söz konusu hükümden de tespit edilebileceği üzere, Ek Protokol mülkiyet edinme hakkını değil, edinilmiş olan mülkiyet hakkına saygı duyulmasını temin etmektedir. Bir başka ifade ile Ek Protokol herkese mülk edinme hakkı tanıyan bir hüküm ihtiva etmemektedir⁵². Keza bu tespit Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Marckx v. Belçika*⁵³ davasında da teyit edilmiştir. Mahkeme söz konusu kararında 1 No’lu Ek Protokolün 1. maddesinin, yalnızca hâlihazırda mevcut bulunan mülklere uygulanacağını, buna karşılık anılan maddenin “mülk elde etme hakkını garanti altına almadığını” beyan etmiştir⁵⁴. Keza İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 17. maddesinde de “*Kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılmaz*” hükmüne yer verilmiştir.

Kanaatimizce, yukarıda izah edilen gerekçeler ışığında, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesine yer verilmesi, ne Anayasanın 16 ve 35. maddeleri, ne de uluslararası hukukta kabul edilen temel prensipler bakımından bir mahsur taşımaktadır. Benzer şekilde, yabancı gerçek kişilerin

⁴⁹ Sargın, 1997, s. 64.

⁵⁰ Özel, 2012, s. 45.

⁵¹ Grgić Aida/Mataga Zvonimir/Longar Matija/Vilfan Ana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No.10, 2007, s. 4.

⁵² Özel, 2012, s. 46.

⁵³ *Marckx v. Belçika*, 13 Haziran 1979 Tarihli Karar, Series A No. 31; Bkz. Grgić Aida/Mataga Zvonimir/Longar Matija/Vilfan Ana, 2007, s. 48.

⁵⁴ Grgić Aida/Mataga Zvonimir/Longar Matija/Vilfan Ana, 2007, s. 6.

taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin kaldırılmasının da Anayasanın 35. maddesine aykırılık teşkil etmediği aşikârdır. Zira Anayasanın 35. maddesinde vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın “herkesin” mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu ifade edilmiş, ne var ki mezkûr madde kapsamında karşılıklılık şartına yer verilmemiştir. Buna mukabil, karşılıklılık şartının kaldırılarak, yerine Bakanlar Kuruluna Türkiye’de taşınmaz edinebilecek ülke vatandaşlarını belirleme yetkisinin verilmesi hususu, Anayasanın 16. maddesi çerçevesinde uluslararası hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilmeye muhtaçtır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, demokratik parlamenter sistemde yabancıların taşınmaz edinimi konusundaki menfaat dengesinin yargı mercileri yerine yasama ve yürütme organları tarafından gözetilmesi ve bu noktada Anayasanın 112. maddesi gereği genel siyasetinin yürütülmesinden sorumlu mercii konumunu işgal eden Bakanlar Kuruluna itimat edilmesi gerektiği noktasında tereddüt bulunmamalıdır. Bu itibarla, en az yasama yetkisinin yürütme organına devredilemezliği kadar, yürütme yetkisinin yargı organına devredilemezliği üzerinde de hassasiyet gösterilmesi, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin gereği olarak değer görmelidir. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin uluslararası hukuka uygunluğunun tesis edilebilmesi için, bu yetkinin keyfi nitelikte kullanılmaması elzemdir. Bir yetkinin keyfilikten uzaklaşabilmesi ise ancak objektif nitelikte olmasına, sınırlarının önceden kanunla belirlenmiş olmasına ve yargı denetimine tâbi olmasına bağlıdır⁵⁵. 6302 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde sevk edilen “ülke menfaatlerinin gerektirdiği durumlar” kıstasının bu belirliliği sağlamak noktasında yeterli olmadığı ve son derece müphem kaldığı açıktır. Diğer taraftan 6302 sayılı Kanunla sevk edilen düzenlemede karşılıklılık şartı yerine getirilen sistemin, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda yabancılara hak tanıma hususunda kabul edilen sistemler arasında da bir yeri bulunmamaktadır⁵⁶. Bu itibarla, doktrinde teklif edilen; yabancıların taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı haklardan yararlanmasında karşılıklılık şartının muhafaza edilmesi ve bu şartın belli ülkeler bakımından bertaraf edilmesi hususunda Bakanlar Kuruluna sınırları kanunda objektif olarak belirlenmiş bir yetki verilmesine ilişkin görüş, kanımızca da Anayasal ilkeler bakımından daha uygundur⁵⁷.

⁵⁵ Doğan, 2012, s. 38.

⁵⁶ Doğan, 2012, s. 38.

⁵⁷ Doğan, 2012, s. 39.

2. Miktar, Yer ve Amaç Yönünden Getirilen Sınırlamalar

5782 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde yabancı gerçek kişilerin edinecekleri taşınmazların amaç, miktar ve yer itibarıyla sınırlandırılması yoluna gidilmişti. Buna göre, yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de münhasıran işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilecekleri hükme bağlanmıştı. Anılan Kanun hükmünde, miktar bakımından ise ülke ve ilçe bazında olmak üzere iki farklı kısıtlama kabul edilmişti. Bu hüküm uyarınca yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de edinebilecekleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hakların toplam miktarı ülke genelinde iki buçuk hektar ile tahdit edilmişti. Bu kişilerin, merkez ilçe ve ilçeler bazında ise uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimlerine imkân tanınmıştı.

6302 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ve taşınmaz rehni dışında sınırlı aynî hak ediniminde ilişkin kısıtlayıcı kuralların önemli ölçüde hafifletilmiş olduğu görülmektedir. Maddenin ilk fıkrasında taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimi konusu, miktar bakımından ülke ve ilçe temelli olmak üzere iki farklı kısıtlamaya tâbi tutulmuştur. Bu hükme göre, yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de ülke genelinde kişi başına otuz hektara kadar taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimleri mümkün kılınmış, bununla birlikte Bakanlar Kuruluna bu miktarı altmış hektara kadar artırma yetkisi verilmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere, 5444 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanununun 35. maddesinde ülke genelinde iki buçuk hektarla tahdit edilen bu sınırı, Bakanlar Kurulu kararıyla otuz hektara kadar artırılabilmesi mümkün kılınmıştı. Ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından Bakanlar Kuruluna verilen taşınmaz edinme sınırını on iki katına kadar artırma yetkisinin, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu ifade edilerek, iptal edilmişti. Kanun koyucunun bu kez 6302 sayılı Kanunla, ülke genelindeki kanuni taşınmaz edinme miktarına ilişkin sınırı yükseltmiş ve Bakanlar Kuruluna bu miktarı iki katına kadar artırma yetkisi vermek suretiyle, Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konan hukuki tereddütleri gidermeyi amaçladığı görülmektedir.

6302 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde ilçe bazında getirilen sınırlama ise “özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onu” şeklinde tayin edilmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere, 5444 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanununun 35. maddesinde Bakanlar Kurulu, il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere bu oranın tespitine yetkili

kılınmıştı. Söz konusu düzenleme de Anayasa Mahkemesi tarafından, il yüzölçümlerinin, ilin ormanları, dağları ve meraları gibi kısımlarını da kapsadığı gerekçesiyle iptal edilmişti. Bu çerçevede mevcut düzenlemede kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi kararının zikredilen gerekçesiyle uyumlu biçimde, söz konusu miktar sınırlamasını ilçe yüzölçümünün tümünü nazara almak yerine, özel mülkiyete konu olan yerlerin yüzdesini dikkate alarak belirlemiştir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesinin iptal kararında beyan edilen, bir ilçenin tümüyle yabancıların eline geçmesi yönündeki risk de bertaraf edilmiş olmaktadır. Bununla birlikte, 5782 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunun 35. maddesinde ilçe bazında getirilen sınırlama “uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan” toplam alanların yüzölçümünün yüzde onu şeklinde belirlenmişti. Mevcut düzenlemede yüzde onluk oran korunmakla birlikte, bu orana “özel mülkiyete konu” alanlar bakımından işlerlik kazandırılmıştır. Diğer ifadeyle, mevcut düzenlemede yabancı gerçek kişilerin, ilçede hazine arazisi sayılmayan tüm alanların yüzde onuna kadar taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimi mümkün kılınmıştır. Hazine arazisi dışında kalan tüm alanların imara açılmadığı nazara alındığında, mevcut düzenlemenin ilçe bazındaki taşınmaz edinme sınırını, 5782 sayılı Kanuna nispetle, yabancı gerçek kişiler lehine genişletmiş olduğu tespit edilmektedir.

5782 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi, amaç unsuru yönünden de sınırlanmış ve bu kişilerin Türkiye’de münhasıran işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimi mümkün kılınmıştı. Tapu Kanunu’nun 35. maddesinin mevcut hâlinde ise yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi konusu, amaç unsuru itibarıyla yapılı ve yapısız taşınmazlar bakımından bir tasnife tâbi tutulmuştur. Kanun, evvelki düzenlemelerden farklı olarak, yapılı taşınmazlar bakımından amaç unsuru itibarıyla herhangi bir sınırlayıcı kayıt öngörmemiştir. Yani, mevcut düzenleme çerçevesinde, yabancı gerçek kişilerin işyeri veya mesken olarak kullanma amacı dışındaki bir amaçla da taşınmaz edinimi mümkün kılınmıştır. Bu itibarla yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de, sözgelimi tarımsal kullanım amacıyla taşınmaz veya sınırlı ayni hak ediniminin önünde herhangi bir engel kalmamıştır. 6302 sayılı Kanun’un genel gerekçesi ve madde gerekçeleri tetkik edildiğinde, kanun koyucunun amaç unsuruna ilişkin bahse konu düzenlemeyi hangi gerekçeyle sevk ettiğini anlayabilmek mümkün görünmemektedir. Üstelik pek çok ülkede yabancı gerçek kişilere taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinme hakkı verilirken, iktisadi ehemmiyet atfedilen ve kırsal kalkınma bakımından önemli bir yer işgal eden

tarım arazilerinin kapsam dışında tutulduğu bilinmektedir⁵⁸. Bazı ülkelerde yabancıların tarım arazisi edinmeleri yasaklanmış iken, bir kısım ülkelerde kırsal kesimde arazi iktisabı kabul edilmemiştir. AB üyesi ülkelerde yapılan sınırlamalarda ise, Birliğe üye olan ve olmayan ülkeler arasında ayrıma gidildiği ve üye olmayan ülkeler bakımından daha dar kapsamlı mülkiyet hakkının tanındığı görülmektedir⁵⁹. Hâl böyle iken 6302 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde amaç unsuru yönünden hiçbir kısıtlama yapılmaksızın yabancı gerçek kişilere taşınmaz edinme hakkının verilmesinin, kanımızca, isabetli bir yaklaşım olduğunu savunabilmek mümkün görünmemektedir.

Tapu Kanununun 35. maddesinde yapısız taşınmazlar bakımından ise amaç unsuruna yönelik önemli bir hüküm sevk edilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrası uyarınca, yabancı gerçek kişilerin, satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştirecekleri projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunmak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Buna göre, proje, ilgili Bakanlıkça başlama ve bitirilme süresi belirlenerek onaylandıktan sonra, tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmek üzere tapu müdürlüğüne gönderilecektir. Projenin süresi içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespiti de yine ilgili Bakanlıkça

⁵⁸ Anayasa Mahkemesinin 2003 tarihli kararında, yabancı gerçek kişilerin tarımsal alanlarda taşınmaz ediniminin muhtelif devletlerce yasaklanmış olduğu beyan edilerek, şu ifadelerle yer verilmiştir:

“Bu bağlamda dünya ülkelerine bakıldığında, örneğin Litvanya’da Avrupa Birliği üyele-ri hariç, yabancılara tarım arazilerinde taşınmaz mal edinmek hakkı verilmediği; Rusya Federasyonu’nda yabancı uyruklu gerçek kişilerle yabancı ticaret şirketlerine ulusal sınırlara bitişik yerlerde ve tarım arazilerinde mülk edinmek hakkı tanınmadığı ve yabancıların edinebilecekleri mülkün azami ve asgari büyüklüğü ile ilgili sınırlar da bulunduğu görülmektedir. Ukrayna, yabancılara tarım arazilerinde taşınmaz mal edinmek hakkını tanımamakta; tarım arazisi olmayan alanlarda ise yabancı gerçek kişilere sadece halen yabancı bir gerçek kişiye ait olan mülke bitişik taşınmaz malları satın almak hakkını vermektedir... İspanya ise kural olarak ülkesinin ziraat alanlarında sadece Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşlarına mülk edinme hakkı vermektedir. Avusturya da aynı şekilde, sadece Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşlarına ülkesinde taşınmaz mal edinme hakkı tanımakta; diğer yabancı devletlerin vatandaşlarının bu haktan yararlanmasını izne bağlamaktadır. Danimarka dışında yaşayan yabancılar, yazlık ev edinmek hakkına sahip değildir. İsveç ve İsviçre, yabancıların tarım arazisinde taşınmaz mal edinmesine imkân tanımamaktadır. Slovenya’da, ülkenin tarım arazileri ile bunların dışında kalan kısımlarında yalnız Avrupa Birliği ülkesi üyelelerinin vatandaşları, üç yıldır Slovenya’da oturuyor olmak koşuluyla taşınmaz mal edinebilmektedir. Estonya’da, yabancı tüzel kişilere her türlü arazinin devri, idari makamların iznine bağlıdır. Avrupa Birliği ülkelerinde genellikle, yabancıların taşınmaz mal edinme hakkına arazinin niteliği bakımından bir sınırlama getirilerek, yurdun her bölgesinde yabancılardan mülk edinmesine imkân tanınmamasının yaygın bir uygulama olduğu ve sınırlamanın da tarım arazileri bakımından yapıldığı görülmektedir.”

⁵⁹ Doğan, 2006, s. 486.

takip edilecektir. Söz konusu fıkra hükmünden yapısız taşınmazların ancak belirli bir projenin uygulanması amacıyla edinilebileceği anlaşılmaktadır. Buna karşılık hükmün muhtevası itibarıyla önemli belirsizlikler içerdiği de tespit edilmelidir. Öncelikle mezkûr fıkra hükmü kanun yapma tekniği açısından değerlendirildiğinde son derece başarısız bir misal hüviyeti taşımaktadır. Zira söz konusu fıkra hükmünde proje geliştirileceği hükme bağlanmış olmakla birlikte, bu projenin içeriğini somutlaştırmaya imkân sağlayacak hiçbir bilgiye yer verilmemiştir. Keza Tapu Kanunu’nun 35. maddesi dışındaki hiçbir maddesinde de “proje” ibaresine veya bu ibarenin tanımına yer verilmiş değildir. Bu itibarla ilgili madde metninde proje ibaresi ile sözgelimi bir inşaa eserinin mi, istihdam sağlamaya yönelik sanayi organizasyonunun mu yoksa tarımsal amaçlı bir faaliyetin mi kastedildiği belirtilmemiş, konunun takdiri bütünüyle ilgili Bakanlığa bırakılmıştır. Üstelik proje ibaresinin muhtevası müphem olduğu için, bu noktada hangi Bakanlığın “ilgili” olduğunu tespit edebilmek de mümkün değildir. Bahse konu belirsizlikler silsilesinin son halkasını ise yapılı ve yapısız taşınmaz ayrımı oluşturmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere maddede izah edilen türde zımni bir ayrıma yer verilmiştir. Ne var ki, madde metninden taşınmazın yapılı olmasıyla neyin kastedildiğini anlayabilmek de mümkün değildir. Tüm bu belirsizlik ortamında Tapu Kanununun 35. maddesinin mevcut hâlinde yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi konusunda “amaç” unsuruna yer verildiğini ve Anayasa Mahkemesi kararlarında dile getirilen tereddütlerin karşılandığını ifade edebilmek mümkün görünmemektedir.

3. İdari Makamların Yetkileri Yönünden Getirilen Sınırlamalar

6302 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde, idari makamlara verilen yetkinin iki başlık altında incelenebilmesi mümkündür. Bunlardan ilkinin, idari makamların yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimine ilişkin yukarıda izah edilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik denetleme yetkisi oluşturmaktadır. Kanunun 35. maddesinin son fıkrasında yer verilen bu yetki uyarınca; madde hükümlerine aykırı olarak edinilen, edinim amacına aykırı kullanıldığı belirlenen, süresi içinde ilgili Bakanlığa başvurulmayan veya süresi içinde projeleri gerçekleştirilmeyen taşınmaz ve sınırlı aynı hakların, Maliye Bakanlığınca verilecek azami bir yıllık süre içinde tasfiye edilmesi öngörülmüştür. Bu süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmeyen taşınmazların ise İdarece tasfiye edilerek bedele çevrilmesi ve bu bedelin hak sahibine ödenmesi hükme başlanmıştır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, Kanunun 35. maddesinin ilk beş fıkrasında taşınmaz edinme amacına dair hiçbir vurgu yapılmamış iken, maddenin son fıkrasında amaca aykırı kullanımın tasfiye yaptırımına bağlanması, maddenin kendi içinde kayda değer bir tenakusa sebebiyet vermektedir. Bunun yanında fıkra “süresi içinde” ilgili Bakanlığa başvurulmayan projeler bakımından da tasfiye hükümlerinin câri olduğu beyan edilmiştir. Ne var ki, maddenin dördüncü fıkrasında herhangi bir “başvuru süresi”ne yer verilmemiş, münhasıran geliştirilen projenin ilgili Bakanlığın “onayına sunulması” için iki yıllık bir süre sınırı tayin edilmiştir. Maddenin yazımından tam olarak anlaşılamamakla birlikte, taşınmaz edinmek isteyen yabancı gerçek kişinin öncelikle ilgili Bakanlığa bir proje önerisiyle müracaat edeceği, bu müracaatın kabulünden sonraki iki yıllık süre içinde de geliştirdiği projeyi Bakanlığın onayına sunacağı öngörülmektedir. İşte süre bahsine ilişkin yukarıda izah edilen belirsizliğin giderilmesi, hem söz konusu usûlî işlemlerin sağlıklı bir zeminde yürütülebilmesi hem de hukuki güvenlik prensibinin tesisi bakımından elzem görülmektedir.

Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde, yetkili idari makam olarak Bakanlar Kuruluna da muhtevası son derece geniş bazı yetkilerin verildiği görülmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında Bakanlar Kurulu; ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçümü ve miktar olarak belirleme, sınırlandırma, kısmen veya tamamen durdurma veya yasaklama yetkisiyle teçhiz edilmiştir. Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkinin mevcut olmayan hakların bahşedilmesi ve mevcut hakların kısıtlanması veya yasaklanması bakımından ikiye ayrılarak incelenmesi gereklidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, yabancı gerçek kişilere taşınmaz edinme hakkı tanınmasına ilişkin olarak, genel siyaseti yürütmekle görevli olan Bakanlar Kurulunun, sınırları kanunla önceden objektif olarak tespit edilmiş olması kaydıyla, “belirleme” yetkisiyle teçhiz edilmesi, demokratik parlamenter sistemin bir gereği olarak kabul görmelidir. Buna karşılık, mevcut hakların “kısıtlanması veya yasaklanmasına” ilişkin olarak ise Bakanlar Kuruluna ve genel anlamda İdareye verilen yetkilerin anayasal özgürlükler bakımından tahlil edilmesi gereklidir.

Anayasanın 16. maddesinde yabancılar bakımından temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının, uluslararası hukuka uygun olarak ve kanunla yapılabileceği ifade edilmektedir. Bu itibarla, Tapu Kanunu’nun 35. maddesinin üçüncü fıkrasında Bakanlar Kuruluna verilen mevcut hakların

sınırlandırılması veya yasaklanmasına ilişkin yetkinin, uluslararası hukuka uygunluk bakımından sorgulanması gereklidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, uluslararası hukukta yabancıların taşınmaz edinimine imkân sağlama yönünde bir hak bahsedilmiş değil ise de, özellikle ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin mülkiyet hakkını garanti altına alan 1 No’lu Ek Protokolünün 1. maddesi, edinilmiş olan mülkiyet hakkına saygı duyulmasını temin etmektedir. Keza bu tespit Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadında da teyit edilmiştir. Keza İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 17. maddesinde de kimsenin keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamayacağı hükme bağlanmıştır. Hâl böyle iken, Tapu Kanununun 35. maddesinin üçüncü fıkrasında Bakanlar Kuruluna yabancı gerçek kişilerce edinilmiş taşınmazlara ilişkin hakların sınırlandırılmasına yönelik verilen yetkinin uluslararası hukuk ve dolayısıyla Anayasanın 16. maddesiyle bağdaşan yönü bulunmamaktadır⁶⁰.

Maddede Bakanlar Kurulunun yetkisine yönelik yegâne kısıtlama “ülke menfaatlerinin gerektiği haller” biçiminde ortaya konmuştur. Edinilmiş haklar bakımından bu kısıtlama dahi hukuken sorgulanmaya muhtaçtır. Şöyle ki Bakanlar Kurulu, Tapu Kanunu’nun 35. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamındaki yetkisini kullanırken, ülke menfaatlerinin böylesi bir kullanımı gerektirip gerektirmediği hususunu da bizatihi tespit edecektir. Hâl böyle olunca “ülke menfaatlerinin gerektiği haller” kıstasının da, madde hükmünü uluslararası hukuk ve Anayasanın 16. maddesi hükmüyle uyumlu hâle getirme noktasında yeterli olmadığı açıktır. Keza Anayasa Mahkemesi de, 3278 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu’nun 35. maddesine ilişkin iptal kararında, söz konusu maddede geçen “millî menfaatlere ve/veya millî ekonomiye faydalı” ifadelerinin Bakanlar Kurulunu sınırlayıcı ve onun yetki alanını düzenleyici birer esas olarak nitelendirilmesine imkân bulunmadığından bahisle, bu durumu bir iptal gerekçesi olarak kabul etmiştir⁶¹. İzah edilen çerçevede, 6302

⁶⁰ Bir an için 1062 sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanununda da Bakanlar Kuruluna benzer nitelikte bir yetki verildiği akla gelse dahi, her iki düzenleme arasında kayda değer farklılıklar bulunduğuna dikkat edilmelidir. 1062 sayılı Kanunun 1. maddesi sadece belirli bir devletin vatandaşlarına yönelik mukabele tedbirini konu almakta ve bu tedbirin ancak Türk vatandaşlarının mülkiyeti hakkını kısmen veya tamamen tahdit eden devletlerin vatandaşlarına uygulanacağını ifade etmektedir. Oysa Tapu Kanununun 35. maddesinde ise, devletlerin yanı sıra kişiler bakımından dahi Bakanlar Kurulunun sınırlama yetkisine sahip olduğu ifade edilmekte ve üstelik bu yetki herhangi bir karşı işlem gerekçesine dahi dayandırılmamaktadır.

⁶¹ Güven Pelin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yabancı Uyraklı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz ve Sınırlı Aynı Hak Edinmesinde Tapu Kanunu 35’inci Maddesinde Değişiklik Öngören Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 31, Sayı 2, 2011, s. 287.

sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin üçüncü fıkrasında, yabancı gerçek kişilerce edinilmiş taşınmazlar bakımından Bakanlar Kuruluna verilen "kısıtlama, durdurma ve yasaklama" yetkisinin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

B. Miras Yoluyla Edinilen Taşınmazlar Bakımından Aranılan Şartlar

5444 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde, yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz edinmeleri konusu, kanuni miras ve ölüme bağlı tasarruflar bakımından bir tasnife tâbi tutulmuştu. Söz konusu düzenleme döneminde yabancı gerçek kişilerin kanuni miras yoluyla taşınmaz edinmelerine ilişkin tek şart karşılıklılık olarak belirlenmişti. Bir diğer ifadeyle, bu kişilerin kanuni miras yoluyla taşınmaz edinimi bakımından miktar, yer ve amaç unsurları yönünden getirilen kısıtlamalar tatbik edilmiyordu. Bunun yanında mezkûr Kanun hükmünde, Türkiye ile arasında karşılıklılık bulunmayan devletlerin vatandaşlarının kanuni mirasla edindikleri taşınmazların intikal işlemlerinin yapılarak tasfiye edileceği hükme bağlanmıştı. Buna karşılık bahse konu düzenlemede, mansup mirasçı tayin etmek yoluyla Kanunun öngördüğü sınırlayıcı hükümlerin bertaraf edilmesini engelleyebilmek amacıyla⁶², ölüme bağlı tasarruflar bakımından hem karşılıklılık şartına, hem de miktar, yer ve amaç unsurları yönünden getirilen kısıtlamalara riayet edilmesi gereği aramaktaydı.

Tapu Kanunu'nun 6302 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen 35. maddesinde, önceki düzenlemeden farklı olarak, miras yoluyla edinilen taşınmazlara ilişkin ayrı bir hüküm sevk edilmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu maddenin tasfiye hükmüne ilişkin son fıkrasında yer verilen bir tümceden hareketle, yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz edinimine ilişkin öngörülen şartların tespiti mümkündür. Bahse konu fıkra *"bu maddenin birinci fıkrası kapsamındaki sınırlamalar dışında"* miras yoluyla edinilen taşınmaz ve sınırlı ayni hakların tasfiye hükümlerine tâbi tutulacağı ifade edilmiştir. Bu fıkra hükmü uyarınca, yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz edinimi konusunda, hukuki işlem yoluyla edinilecek taşınmazlara ilişkin kaidelerin aynının benimsendiği ifade edilebilir. Buna göre, yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz ediniminde, kanuni sınırlamalara uyulması, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olunması, edinilecek taşınmazlar ve sınırlı ayni hakların toplam alanının, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına

⁶² Ekşi, 2012, s. 148.

ülke genelinde otuz hektarı geçmemesi şartları aranmaktadır. Yine, Bakanlar Kurulunun kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı altmış hektara kadar artırma yetkisi, miras yoluyla edinilen taşınmazlar bakımından da geçerlidir. Kanun hükmünde, belirtilen şartlara uyulmadan miras yoluyla iktisap edilen taşınmazların Maliye Bakanlığınca verilecek azami bir yıllık süre içinde malikince tasfiye edilmesi, tasfiye edilmeyen taşınmazların ise İdarece tasfiye edilerek bedele çevrilmesi ve bu bedelin hak sahibine ödenmesi öngörülmüştür.

Tapu Kanununun 35. maddesinde miras yoluyla edinilen taşınmazlara ilişkin dikkat çeken bir diğer husus ise kanuni miras ve ölüme bağlı tasarruf ayrımının kaldırılmış olmasıdır. Gerçekten de, ilgili maddenin son fıkrasındaki tümcede münhasıran “miras yoluyla edinilen taşınmazlar”dan söz edilmiş, kanuni ve atanmış mirasçılara yönelik bir farklılaştırmaya gidilmemiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi de iptal kararlarında ölüme bağlı tasarruf ve kanuni miras yollarının benzer iktisap yolları olduğundan bahisle, bunların farklı kurallara tâbi tutulmasının eşitlik ilkesini zedeleyecek bir ayrım olduğunu tespit etmiştir. Bu itibarla, 6302 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde, yabancı gerçek kişilerin ölüme bağlı tasarruf ve kanuni miras yoluyla taşınmaz edinimi konusunun aynı kaidelere tâbi tutulması, Mahkeme içtihadı ile uyumlu görünmektedir.

III. Sonuç

Tapu Kanununun 35. maddesinde 6302 sayılı Kanunla son derece kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimine ilişkin karşılıklılık şartının kaldırılmasıdır. Maddede yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilmesi için Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerden birinin vatandaşı olmak şartı getirilmiştir. Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin sınırları ise, uluslararası ikili ilişkiler yönünden gerekli olan hâller ile ülke menfaatlerinin gerektirdiği durumlar biçiminde ortaya konmuştur.

Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesine yer verilmesi, ne Anayasanın 16 ve 35. maddeleri, ne de uluslararası hukukta kabul edilen temel prensipler bakımından bir mahsur taşımaktadır. Benzer şekilde, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin kaldırılması da Anayasanın 35. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir. Zira Anayasanın 35. maddesinde vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu ifade edilmiş, ne var ki mezkûr

madde kapsamında karşılıklılık şartına yer verilmemiştir. Bununla birlikte Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin Anayasanın 16. maddesi çerçevesinde uluslararası hukuka uygunluğunun tesis edilebilmesi için, bu yetkinin keyfi nitelikte olmaması elzemdir. Bir yetkinin keyfilikten uzaklaşabilmesi ise ancak objektif nitelikte olmasına, sınırlarının önceden kanunla belirlenmiş olmasına ve yargı denetimine tâbi olmasına bağlıdır. 6302 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde sevk edilen “ülke menfaatlerinin gerektirdiği durumlar” kıstasının bu belirliliği sağlamak noktasında yeterli olmadığı ve son derece müphem kaldığı açıktır. Bu itibarla, yabancıların taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni haklardan yararlanmasında karşılıklılık şartının muhafaza edilmesi ve bu şartın belli ülkeler bakımından bertaraf edilmesi hususunda Bakanlar Kuruluna sınırları kanunda objektif olarak belirlenmiş bir yetki verilmesi Anayasal ilkeler bakımından daha uygun olacaktır⁶³.

Diğer taraftan, Tapu Kanununun 35. maddesinin mevcut hâlinde yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi konusundaki en önemli eksiklik, “amaç” unsuruna yer verilmemiş olmasıdır. Kanun metninde yer alan “proje geliştirme” formülü, amaç unsurunu karşılamaktan oldukça uzaktır. Bunun yanında, maddede yabancı gerçek kişilerce edinilmiş taşınmazlar bakımından, Bakanlar Kuruluna verilen sınırlandırma ve durdurma yetkisi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin mülkiyet hakkını garanti altına alan 1 No’lu Ek Protokolünde ortaya konan uluslararası hukuk prensiplerine, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 17. maddesine ve dolayısıyla Anayasanın 16. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

⁶³ Doğan, 2012, s. 39.

KAYNAKÇA

- ALTUĞ** Yılmaz, Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 482, Dördüncü Bası, İstanbul, 1976.
- BERKİ** Osman Fazıl, Devletler Hususi Hukuku, Ankara, 1949.
- DOĞAN** Vahit, 29.12.2005 tarih ve 5444 Sayılı Kanuna Göre Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul Edinmeleri, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınevi, ss. 479-491, Ankara 2006.
- DOĞAN** Vahit, Proje Raporu, “Türkiye’de Yabancıların Taşınmaz Edinimi ve Etkilerinin Değerlendirilmesi Projesi”, TÜBİTAK Projesi, 2012.
- EKŞİ** Nuray, Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı, Beta Yayınevi, İkinci Bası, İstanbul, Temmuz 2012.
- ESMER** Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Kazancı Hukuk Yayınları No. 82, Beşinci Basım, İstanbul, 1990.
- GELGEL** Günseli Öztekin, Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 23, ss. 405-422, 2003.
- GRGIĆ** Aida/Mataga Zvonimir/Longar Matija/Vilfan Ana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No.10, 2007.
- GÜVEN** Pelin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz ve Sınırlı Ayni Hak Edinmesinde Tapu Kanunu 35’inci Maddesinde Değişiklik Öngören Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, MHB, Yıl 31, Sayı 2, 2011.
- KIRMACI** Kadir, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinme Süreci: Hukuki Ve Mekânsal Boyutların Analizi, Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Temmuz 2007, s. 30, 31; Ekşi, 2012.
- LEVİ** Selim, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri, Legal Yayınevi, Birinci Baskı, Mart 2006.
- ÖZEL** Sibel, Tapu Kanunu M. 35’te Yapılan Değişiklik Tasarısının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 2, ss. 37-70, 2012, s. 38. Levi, 2006.

SARGIN Fügen, Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 41, 42; Esmer, 1990, s. 597, 598; Altuğ, 1976.

YEŞİL Ufuk, Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

KAMU HUKUKU>>

BOŞ

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI İLKESİ IŞIĞINDA DANIŞTAY*

Ender Ethem ATAY**

ÖZET

Yargıçlar hukuka, hakkaniyete ve vicdani kanaatlerine göre karar verdiklerinden dolayı ağır bir sorumluluk üstlenmişlerdir. Bu nedenle diğer kamu görevlilerinden farklı ve özel bir statüye; yargıç bağımsızlığı ve yargıç güvencesine sahiplerdir. Yargıç bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, Anayasamızda da yer alan vazgeçilmez unsurlardır. Ancak yargıçların bu özel statüye tabi tutulması, devletin diğer erklerini kullananlardan üstün olmaları anlamına gelmemektedir. Aksine yargıçlar her türlü tehdit, baskı ve etkilemenin dışında tutulmalıdır ki, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanabilsin.

Makalede yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının anlam ve nedeni öncelikle açıklanıp bunlarla kuvvetler ayrılığı arasındaki ilişki açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Makalede temsili demokrasi ilkesi ile yargı erki arasındaki ilişki açıklanmıştır. Burada temsili demokrasi ilkesinin leh ve aleyhindeki görüşlere yer verilmiştir. Temsili demokrasiyi zorunlu kılan mekanizmalar anlatılmıştır. Temsili rejimin içinde bulunduğu kriz ve eleştirisi yapılmıştır.

Nihayet Danıştay ile yargı bağımsızlığı ilkesi bir arada düşünülerek açıklanmıştır. Bunun içindir ki Danıştay'ın Hükümete yardımcı olma işlevi ile yargısal faaliyetin birlikteliği açısından bağımsızlık nasıl bağdaştırılacak sorusunun cevabı önem kazanmış ve açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yargı bağımsızlığı, yargı tarafsızlığı, Danıştay

LE CONSEIL D'ETAT A LA LUMIERE DE L'INDEPENDANCE ET L'OBJECTIVITE (NEUTRALITE) DE LA JURIDICTION

RESUME

Comme décider en respectant le droit, l'équité et la conscience, les juges se trouvent sous la responsabilité lourde. C'est la raison pour laquelle ils ont un statut très différents pour garantir leur indépendance et objectivités par rapport aux autres fonctionnaires de l'Etat. L'indépendance et la neutralité de la juridiction et la garantie attribuée aux juges sont considérées comme le principe indispensable de la

* Bu çalışma Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012'de sunulmuştur.

** Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

constitution turque actuelle. Mais cette situation ne peut pas définir la supériorité de la juridiction sur les autres pouvoirs de l'Etat. Au contraire il faut accepter que les juges ne soient pas ouverts toutes sortes de influences, menaces et pressions.

Dans cet article, en tant qu'un de l'élément essentiel de l'Etat de droit l'indépendance face aux pouvoirs législatif et exécutif et l'objectivité (ou bien neutralité) de la juridiction, tout d'abord, sont exprimés pour mettre en évidence la raison d'être et de contenue et on essaie de mettre à la lumière la relation entre le principe de séparation des pouvoirs et ceci.

Deuxièmement en expliquant les avis pour et contre le principe de régime de représentation est examiné la position face le pouvoir de la juridiction. Dans ce cas là, on parle de moyens nécessaires pour le système représentant ainsi que la crise et la critique de ceci.

Enfin on explique la liaison entre l'indépendance de la juridiction et le Conseil d'Etat turc. En le faisant la fonction d'étant comme l'organe auxiliaire au gouvernement et celle de la juridiction du Conseil d'Etat, il est important de trouver la réponse comment collaborer ces fonctions avec l'indépendance.

Les mots clé :L'indépendance de la juridiction, objectivité de la juridiction (=neutralité de la juridiction), Conseil d'Etat.

“Doğurduğu etki ve sonuç itibarıyla yargı gücü kendisini her hanede hissettirir; topluluğa dâhil her şahsın mülkiyeti, onur ve haysiyeti, hayatı ve nihayet her şeyi onun elinden geçer. Bundan dolayı değil midir ki, ... yargıç, kendi Allah'ının ve vicdanının emir ve murakabesi dışında hiçbir etkinlik baskısına kapılmayacak şekilde mutlak bir bağımsızlığa sahip olmalıdır. Gençliğimin daha ilk çağlarından bugüne gelinceye kadar iman ettiğim ve inandığım bir şey var ise, o da şudur ki, günahkar ve nankör bir millete bu yeryüzünde yüklenecek en büyük cehennem azabı ve en zalim ceza, ... bağımsızlığından mahrum bir adalet cihazıdır.”

Yargıç Marshall

“Bağımsızlığın amacı, her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını yerleştirmektir.”

“Hukuk, bir ulusun hak anlayışı olarak tanımlandığında, bu anlayışı gölgeleyecek düzenlemeler bağımsızlık ve güvenceyle birlikte olamaz. Bağımsızlık, devletin, Anayasa’nın, insan onurunun koruyucusu olan yargının seçkin niteliğidir. Bağımsızlık ve güvenceden yoksun yargı, yargı olamaz.”

AYM, 28.02.1989, E.1988/32, K.1989/10, **RG**,
22.06.1989, S. 20203

I-Ş GENEL OLARAK YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

II-Ş KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ, YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

III-Ş HUKUK DEVLETİ, YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

IV-Ş TEMSİLİ DEMOKRASİ İLKESİ VE YARGI ERKİ

1-) Temsili Demokrasi İlkesini Gerekli Kılan Hususlar

A) Temsili Demokrasi İlkesinin Lehinde Olan Argümanlar

- a. Pratik argümanlar (Montesquieu)**
- b. Milli egemenlik taraftarı Madison tarafından dile getirilen kuramsal argümanlar**

B) Temsili Demokrasi İlkesini Eleştiren Argümanlar

- a. Mantıki argümanlar (Rousseau-Sieyès)**
- b. Marksizm tarafından dile getirilen sosyolojik argümanlar**

2-) Temsili Demokrasi İlkesini Gerekli Kılan Hukuki Mekanizmalar

3) Temsili Rejimin Krizi

4) Temsili Rejimin Eleştirisi

V-Ş DANIŞTAY, YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI I-Ş GENEL OLARAK YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI¹

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

(Anayasa, madde 138)

“Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.”

(Anayasa, madde 140/2)

¹ Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi başta anayasa hukuku olmak üzere idare hukuku ve kamu hukukuna ilişkin diğer branşlardaki genel eserlerde inceleme konusu edilmektedir. Bu anlamda genel eserlerin dışında özgünlük gösteren aşağıdaki eserlere müracaat edilebilir. **AŞÇIOĞLU Çetin:** *Doğru ve Güvenli Yargı Özlemi ve Yeniden Yapılanma (Reform)*, Ankara 2010; **AZRAK A. Ülkü:** *“Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme”*, İÜHFD, C.34, S.1-4, sh.129-155; **BAYRAKTAR Köksal:** *Hukukun Üstünlüğü*, İstanbul 2011; **DEMİRKOL Ferman:** *Bağımsız Yargının Fonksiyonları*, İstanbul 1991; **DEMİRKOL Ferman:** *Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul 1991; **FENDOĞLU Hasan Tahsin:** *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara 2010; **KAPANİ Münci:** *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali*, Ankara 1956; **KURU Baki:** *Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı*, Ankara 1966; **ÖZER Atilla:** *Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı*, Ankara 2009; **SELÇUK Sami:** *Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, Ankara 2007; **ÜNAL Şeref:** *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı*, Ankara (?); *2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı*, Ankara 2010.

“Hâkim, hakîm, fehîm, müstakim ve emin, mekin, metin olmalıdır.”

(Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, “Fasl-ı Evvel” bölümü, madde 1792)

Kişiler arasındaki ilişki ve devlet faaliyetlerinin her alanında karşılaşılan veya içine düşülen uyuşmazlıklarda hukuka, adalete ve hakkaniyete dayanmak suretiyle son sözü söylemek yetkisiyle donatılmış bir devlet görevlisi olan yargıç, son derece ağır ve sorumluluk gerektiren bir görev üstlenmiştir. Faaliyeti ve kamusal erk anlamındaki işlevi ile bağlantılı bu ağır sorumluluk, yargıçlara kural olarak anayasal güvence altına alınmış özel bir statü sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Mecelleye göre (madde, 1792-1794) yargıç; bilgin, zeki, doğru, güvenilir, vakar sahibi, sağlam olmalıdır; fikhî mes’elelere ve yargılama usûlüne vâkîf, bunları olayla ilgili iddialara uygulayarak davayı çözmeye gücü yetmelidir. Ayrıca iyiyi kötünden tam olarak ayırma gücüne sahip olmalı ve buna göre de, küçük çocuğun, bunamışın, gözleri görmeyenin veya tarafların konuştuklarını işitemeyecek kadar sağır olanların hâkimliği ve hüküm vermesi caiz değildir **Yargıçların diğer kamu görevlilerinden farklılaştıran bu özel statüsünün temel özelliği ve ilkeleri yargıç bağımsızlığı ve yargıç güvencesidir.**

Evrensel değeri haiz, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan yargı bağımsızlığı ilkesinin amacı; her tür etki, baskı, kuşku ve tavsiye ve telkin yöntemi ile yönlendirmenin muhatabı olmaksızın adaletin dağıtılacağı güven ve inancını yerleştirmedir. İlke kurumsal anlamdaki oluşumu anlamında mahkemelerin bağımsızlığı ile yargılama faaliyetlerini yürüten yargıçlara tanınan kişisel güvencelerin bir arada bulunmasını ifade eder.

“*Mahkemelerin bağımsızlığı*, yargı bağımsızlığının simgesi olarak yasama ve yürütme erkleri karşısında yapılan çalışmalara ve kararların açıklanmasına, bir anlamda da yerine getirilmesine değin evreleri kapsar. *Yargıçların bağımsızlığı* ise, çoğu kez mahkemelerin bağımsızlığıyla eşanlamlı olarak kullanılarak, yine yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa’ya, yasalara ve hukuka uygun olarak vicdani kanılarına göre karar vermelerini anlatır. Öğretide “Objektif bağımsızlık” ve “Kişisel bağımsızlık” olarak ikiye ayrılan yargıç bağımsızlığı tasasız, korkusuz, çekinmesiz, usuna, bilgi ve deneyimleriyle içtenlikli kanısına göre karar verme işlevini özetler.

Objektif bağımsızlık göreve ilişkin olup yargılama çalışmalarında bağımsız düşünüp karar vermektir. Kişisel bağımsızlık, görevden alınmama, emekli edilememe, özlük haklarından yoksun kalmama durumlarını içererek objektif bağımsızlığın güvencesi sayılmaktadır.”²

Bu çerçevede modern hukuk sistemlerindeki örnekleriyle uyumlu olmak üzere “**Hâkimlik ve savcılık teminatı**” başlığı altında Anayasanın 139. maddesi ve devamında yargıç güvencesiyle ilgili olmak üzere aşağıdaki ilkeler öngörülmüştür:

- a) Yargıçların azledilemez.
- b) Yargıçlar 65 yaş sınırına gelmedikçe ve istekleri dışında emekliye sevk edilemezler (Anayasa, madde 139, 140/4).
- c) Aylık ve ödeneklerinden yoksun kılınamazlar.
- d) Yargıçlar başka hiçbir görev yapamazlar (Anayasa, madde 140/5).
- e) Rızaları dışında görevleri değiştirilemez.
- f) Görülmekte olan bir dava dolayısıyla Mecliste yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz ve görüşme yapılamaz.

Bu ilkelerle mahkemelerin bağımsızlığının ancak yargıçlara her türlü baskı, korku ve endişeden uzak bir biçimde görev yapma olanağı yaratacak kişisel güvence tanımakla sağlanabileceği ortaya konulmaktadır.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı söz konusu işlevin gerektiği gibi yerine getirilmediği, yargılama işlevinin üstü açık veya kapalı bir baskı altına alınmaya çalışıldığı, kriz dönemlerinde gündeme geldiği bilinen bir gerçektir. Ayrıca ilkenin özellikle güçlü yürütme uygulamalarının olduğu dönemlerde genel iradenin yanılmazlığı anlayışından hareketle “millet iradesine saygı duyulmuyor”, “millet iradesi atanmışlar tarafından vesayet altına alınıyor” gerekçesiyle eleştiri konusu yapılmaktadır. Siyasal sistemde yaşanan köklü uygulama ve anlayış değişimlerinin yaşandığı dönemlerde bu durum daha sık rastlanılır.

Ancak burada unutulmaması gereken husus; **Millet temsilcilerini belirlerken onlara hukukun ve Anayasanın dışında hareket etme hak ve yetkisini tanımadığıdır.** Tanınan yetki Anayasanın üstünlük ve bağlayıcılık

² ÖZDEN Yekta Güngör: *Bağımsız Yargı*, <http://www.cagipolisi.com.tr/48/6-7.htm>

ilkesine uymak suretiyle yasama yetkisini toplum yararına kullanmadır. Yürütmenin halktan aldığı desteğin anlam ve içeriği de bu çerçevededir.

Günümüz demokrasi anlayışının temel özelliklerinden biri de, siyasal sistem kuvvetler ayrılığı anlamında hangi anlayışa göre şekillenirse şekillensin, hangi siyasi yönetim benimsenirse benimsensin, devlet erkleri içinde yargı erkinin konumu diğer erkelerin konumundan farklı olmasıdır. Yargı erkinin diğer devlet erklerinden ayrılığı hukuk devletinin temellerinden, gereklerinden biridir. Yürütme veya yasama organınca atanmalarına rağmen yargıçlar seçilmişler veya bireylerin tercih ve talepleriyle bağlı değildirler ve yargıçların görevden alınması veya uzaklaştırılması çok güçtür. Bağımsızlıkları hükümet veya devlet tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı işlemleri tarafsız bir tarzda yargılayabilmelerine imkân tanır. Yargıçların tarafsızlık özelliği kaynağını kendisinin oluşturmadığı kanun metni temeli üzerine kararlarını verebilmelerinden gelmektedir.

İlkeye yapılan eleştirilere dayanak olmak üzere kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukuk devleti ve temsili rejim sıklıkla kullanılmaktadır. Bu nedenle bahse konu ilke ve kurumların tekrar bu perspektiften değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

II-Ş KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ³, YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

“...yargıçların vekili oldukları Tanrıya benzemeleri gerekir. (...) Yargıçlar, görevlerinin ‘jus dicere: hukuku söylemek’ olduğunu, ‘jus dare: hukuku yaratmak’ olmadığını unutmamalıdır. (...) Mal mülk davasına bakan yargıç, doğru karar vermezse sınır taşını oynatma suçunu işlemiş olur. (...) Adaletsizlik yargıyı acılaştırır, gecikme ise eskileştirir. (...) Çok sıkılan cendereden çıkan şarap kekremesi, üzüm çekirdeği tadında olur. Bundan dolayı yargıçlar, çok katı yorumlardan, zorlama kararlardan kaçınmalıdırlar. Çünkü yasaların işkencelerinden daha ağır bir işkence yoktur.”

Bacon⁴

³ İlke hakkında bkn. **ATAY Ender Ethem**: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, Danıştay 2008 İdari Yargı Sempozyumuna sunulan tebliğ; **ATAY Ender Ethem**: *İdare Hukuku*, 2.B., Ankara 2009, sh.131 vd.; **KUTLU Mustafa**: *Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri*, Ankara 2001; **ASLAN Rıza**: *Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Uygulamalı Örnekler*, Bursa 2009.

⁴ Nakleden **SELÇUK Sami**: *age*, sh.25.

“Yargıçların görevi adaleti lütfetmek değil, herkesin hakkını vermek; kendi keyfine göre değil, yasalara uyarak hüküm kurmaktır.”

Sokrates

“Yasalara yasa oldukları için saygı gösterilir ve uyulur, doğru oldukları için değil.”

Montaigne⁵

Kuvvetler ayrılığı ilkesi genel olarak teorik anlamda yasama, yürütme ve yargı olarak adlandırılan devletin üç temel erkinin var olduğunu ve bunların farklı organlarca kullanılması gerekliliğini kabul eder. **Yasama erki** temsili parlamentolara ait kural koyma yetkisini, **yürütme** hükümetin elinde bulundurduğu kuralları uygulama yetkisini ve mahkemelerce yerine getirilen **yargı** ise uyuşmazlıkları çözümleyen erkittir. **Bu üç erkin birbirleri üzerindeki kullandıkları yetkiler ve denetimlerin varlık sebebi bireyleri tehdit ve tehlikelerden korumak, temel haklarını güvence altına almaktır.** Ancak vurgulamak gerek ki, devlet erkinin organlar arasında dağıtımında bir denge; işin doğası ve uzun yıllara dayalı tecrübe ve uygulamalar ve nihayet pratik sebeplerin sonucu olarak yürütme organının ön planda yer almasıyla sonuçlanmaktadır. Yürütme organının bu anlamdaki üstünlüğü zaman içinde kendisini denetleyecek güçlü bir yargı ile çatışmayı zorunlu kılar. Eğer yürütme gücünü elinde bulunduranların siyasi rejimle hesaplaşma, sisteme tam anlamda bir hâkimiyet kurma arzu ve amacı söz konusu ise, bahse konu sorunun yoğunluğu katbekat artar. Sistem güçlü bir yürütme anlayışı ve uygulamasına bağlı ve demokrasinin kurum ve kurallarının yerleşmesi anlamında da sorunlar söz konusu ise, yargının işlevi ve önemi artar. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı bilinen karşılaşılan sorunların aşılmasında en önemli enstrüman olma özelliğini kazanır. Tersine bir yaklaşım ve gelişme demokrasi, hukuk devleti ve insan hak ve hürriyetlerinden tedrici olarak uzaklaşmanın altyapısını hazırlar. Olumsuzlukların giderilememesi halinde söz konusu kavramlar içi boşaltılmış, kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm edilmiş kelimelere dönüşür.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, modern demokratik devletlerin ekseriyetinde uygulanmaktadır. Katı bir kuvvetler ayrılığı uygulaması askeri darbe uygulamalarında olduğu gibi kurumların felç olması sonucunu doğurabilir. Bu

⁵ SELÇUK Sami: *age*, sh.32.

sebeplerdir ki birçok anayasada erkler arasında bir işbirliğinin varlığına işaret edilir⁶ ve diğerleri üzerinde kullanabilecekleri bir takım hukuki yöntemler öngörürler.

Bununla birlikte uygulamada yürütme erkinin kendisine tanınan alanın ötesine taşarak yargıçların atanması veya yasama işlevinde doğrudan etkili olması gibi yöntemlerle diğer erkler üzerine elkoyma işlevi de üstlenmektedir.⁷ **Ülkemizde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı anlamındaki tartışmaların odağında bu sorun söz konusudur.** Ancak sorun sadece Ülkemize özgü değildir.⁸

Teorinin sistematik hale getiren kurucusu olarak bilinen Montesquieu’ya göre; **devletin erklerinin farklı organlara verilmesi sayesinde bireylerin hürriyetleri güvence altına alınabilir.** Aksi durumda mutlak monarşi yani monarkın bütün erkleri elinde topladığı rejim söz konusu olur. Erkler arasındaki denge diğer erklerin yetkilerini kullanması sürecinde davranış sergileme ve engelleme kapasitelerine bağlı olarak gerçekleşir. Yazar Kanunların Ruhü⁹ adlı eserinde; “*Erkin kötüye kullanılmaması için işin doğasına uygun olarak gücün gücle engellenmesi zorunludur.*” demektedir.

Kuvvetler ayrılığını kabul eden bir siyasi rejimde yargı erki, devlet erkinin üç büyük organından birini ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak teorinin Kurucusu Montesquieu dahi *devlet erkleri arasında yargı erkinin farklı bir durumunun olduğunu ve diğerlerinden ayrı tutulması gerektiğini* ifade etmektedir. **Bu erkin yetki ve yükümlülüğü kanunların uygulanmasını, yorumlanmasını somut bir durum ile kanun arasında uyumluluğu araştırarak denetleme işlemin yerine getirmek ve kanun için dahi riayet etmeme halinde aykırılık söz konusu ise, yaptırım**

⁶ “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulun(ur);” (Anayasa, Başlangıç, paragraf 4)

⁷ “Bu haliyle, yargı erkini oluşturan, yargı yetkisini kullanan hâkimlik ve savcılık mesleğinin yürütülmesinin, başka bir ifadeyle yargı yetkisinin kullanılmasının, yani mahkemelerce yapılan faaliyetlerin neler olduğunun belirlenmesinin yürütme erkine bırakılmaması, hatta yürütmenin etki ve gözetiminin dahi bulunmaması hukukun genel ilkelerinin ve üstün kamu yararının mutlak gereğidir.” (Dan.İDDK, 04.11.2010, E. 2010/2072, K. 2010/1467)

⁸ “Yargıç, insanlık tarihinin başından bu yana, hemen hemen her dönemde, adalet dağıtarken sürgit bir güç (otorite) olmuştur. Doğaötesi (metafizik) dönemde mistik; dinsel (teleolojik) dönemde tanrısal; bilimsel (pozitif) dönemde laik bir güçtür, yargıç. O yüzden bütün siyasal iktidarlar bu gücü ya elde tutmuşlar ya da ele geçirmek istemişlerdir.” (SELÇUK Sami: age, sh, 26)

⁹ MONTESQUIEU: *De l’esprit des lois*, GF-Flammarion, 2 Cilt, Paris 1979.

uygulamaktır. Yargı erki bu işlevi yerine getirme anlamında bir **örgütlenme** ve kararlarını vermesi için yasama erki tarafından kabul edilen kanun metinlerine dayanan **yargıçlardan** oluşur. Yargı yetkisi uyuşmazlıkları çözme erki yeteneğini de ifade etmektedir.

Kanun önünde eşitlik ilkesi kanunların tarafsız bir organ tarafından uyuşmazlıklara tatbikini zorunlu kılar. Bu işlevin yerine getirilmesinde yargıcın devletin diğer erklerine, çevresine ve kendisine karşıda bağımsızlığı gerekmektedir. “Yargılama görevi, yasama görevinden çok başkadır; yasa koyucu, özel durumlar gözetmeksizin genel ve soyut kuralı tanımlayan normu koyar. Oysa yargıç, somut uyuşmazlıkları çözmek için normu uygulamakla yükümlüdür. Erklerin ayrılığı ilkesinin mantığı içinde bu iki görevin, özgürlükleri gereğince, her biri özerk olan ayrı organlara verilmesi zorunludur.”¹⁰

III-Ş HUKUK DEVLETİ¹¹, YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

Hukuk devleti kavramından genel olarak anlaşılması gereken; bireylerin veya toplulukların etkinliklerinin adalet ve hakkaniyet anlayışı içinde tanımlanması ve yaptırıma tâbi kılınmasının hukuk kurallarınca belirlenmesidir. **Hukuk devleti keyfi veya iktidar sahibinin istediği çerçevede yönetme yetkisine sahip olduğu ve bu anlamda bir yönetimi uyguladığı devlet anlayışının tam anlamıyla karşıtıdır.** Kısacası bazı kişiler veya otoritelerin hukuk tarafından etkinliklerinin ve yetkilerinin çerçevesinin çizildiği, sınırlandığı devlet, **polis devleti** olarak adlandırılmakta, fakat hukuk devletinden ise yöneten ve yönetilenlerin hukuka tabi oldukları, hukuki güvenliğin bulunduğu devlet anlaşılmaktadır. **Bu iki devlet anlayışı arasındaki temel fark; devletin bireylerle arasındaki ilişki ve bireylerin hukuki anlamdaki statüsüne göre yapılmaktadır.**

Hukukun kaynağı ve yaratıcı niteliğini taşıyan devlet, kuralların oluşumunda kamu yararı, evrensel değerler ve düzenlemenin konusu hususun özelliğini adalet ve hakkaniyet kurallarına uygunluğu ön plana çıkarıp amaçlıyorsa ve oluşan kurallara bireyler gibi kendi ve idari örgütünün uymasını kabul edip sağlayabiliyorsa, bunlara saygı duyuyorsa, hukuk devletinin varlığından söz edilir.

Hukuk devletinin hukuki ve siyasi anlamdaki kullanımları arasındaki farka dikkat edilmesi gerekmektedir. Kavramın **siyasi anlamı** liberal devletle

¹⁰ SELÇUK Sami: *age*, sh.30-31.

¹¹ Bkn. ATAY Ender Ethem: *İdare Hukuku*, sh.93 vd.

tanımlanmaktadır. Burada ön planda olan devletin temel hak ve hürriyetleri koruyor olmasıdır. **Kavramın hukuki veçhesinde** hukuki belirlilik, güvenlik ve hukuki istikrar ön plana çıkar. Bununla birlikte iki kavramını biri birine bağlı olduğu da bilinmektedir.

Gerçekten de hukuki anlamda hukuk devleti olmak isteyen bir devletin siyasi anlamda bir hukuk devletinin parçası olmamasının nasıl mümkün olabileceği rahatlıkla açıklanamaz. Hukuki anlamında da devletin kurallara uyulmasını sağlatabilmesi ve etkili olabilmesi için her şeyden önce asgaride olsa, belirli bir ölçüde temel hak ve hürriyetlere saygı göstermesi gerekmektedir.

Batıda hukuk devletinin ortaya çıkmasında temel olan sürecin başlangıcında ceza hukukunun herkes tarafından bilinen ve ünlü “**suç ve cezaların kanuniliği ilkesi**”¹² olarak ifade edilen kuralın şekillenmesi söz konusudur. Bu ilke hukukçu ve ekonomist olan İtalyan Béccaria tarafından **Suç ve Cezalar** adlı eserinde dile getirilmiştir. Bu ilkeye göre; bir suç ancak kanunda bir fiilin bu anlamda bir nitelendirmesinin bulunduğu durumlarda söz konusu olabilir. Yargıcın cezalandırmak amacıyla bir suç ihdas etmesi kabul edilemez.

Kanunilik ilkesinin iki sonucu söz konusudur:

—İlke hukuki güvenliğin sağlanmasına imkân tanır. Böylelikle bir suçu işleyen kişi fiilinin neticesinde nasıl bir sonuçla, ne tür bir cezayla karşı karşıya kalacağını önceden bilir.

—Kanun aracılığıyla devlet erkinin sınırlandırılmasını gerçekleştirerek psikolojik bir güvenliğin tesisine imkân tanır.

Yargı bağımsızlığı hükümet veya parlamentonun belirli bir davanın yargılanması amacına matuf özel bir yargılamanın yapılması için düzenlemede bulunamaması anlamına gelir. Aksi bir tutum kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin sonucu ve tamamlayıcısı olan “masumiyet karinesi”nin¹³ aksi bir anlayışın kabulü olur. Aynı şekilde bu tür bir düzenleme “hiç kimsenin doğal yargıcı önünde yargılanma hakkından mahrum edilemeyeceği ilkesi”ne de bir aykırılık oluşturur. Yargı

¹² “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” (Anayasa, madde 38/1, 5237 sayılı TCK, madde 2)

¹³ “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.” (Anayasa, madde 38/4)

bağımsızlığı aynı zamanda parlamento veya hükümetin hem adli hem de idari yargının kararlarını sansür edememesi onlara emir ve talimat verememesi ve yargının önünde görülmeye başlayan davayı önünden alamamayı da gerekli kılar.

Hukuk devletinin bir gereği olarak yargı bağımsızlığı, kişi hak ve özgürlüklerinin bir güvencesidir. Zira Anayasa güvencesi altına alınan kişi hak özgürlüklerini çiğneyen, etkisiz kılan bütün devlet işlem ve eylemleri ancak yargı kararları aracılığıyla ortadan kaldırılabılır.

“Çağımızda hem öz, hem de yöntem olarak tanımlanan, öğretide ve uygulamada en ileri yönetim türü olarak üzerinde birleşilen demokraside erkler ayrılığı ilkesinin yaşama geçirilişi, yargının özel yerinin korunmasıyla değerini sürdürmektedir. Yargı erkinin varlığı yeterli olmayıp bağımsızlığı vazgeçilmez geçerlik koşuludur. Yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığı korunan yargı, genelde yönetime karşı yönetilenlerin güvencesidir. Adaleti sağlamakla görevli bilinen yargı gücü, güven ve inan sağlayarak kamusal düzeni koruyan hukuksal bir kaynaktır. Hukuk devletinin en belirgin özelliği, güçler ayrılığına anlam kazandıran yargı bağımsızlığıdır. Hukuk devleti kendisini bağımsız yargısıyla korur. Günümüzde insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesi bağımsız yargıdır. Bağımsız olmayan yargı, gerçek bir yargı olarak karşılanamaz. Bağımsızlık, yargının karakteridir. Bu temel nitelikten yoksun olan yargı güdümlüdür ve öbür güçlerin, yasama ve yürütmenin etkisinde, egemenliğindedir. Devlet olmanın koşulu kabul edilen yargı bağımsızlığı, uygarlık savaşının en önemli alanını oluşturmuştur. Demokrasinin ögesi durumuna yükselen yargı bağımsızlığı, yasama ve yürütme organının etki alanı dışına çıkarılarak sağlanmıştır. Yürütmenin gözetim ve denetimi altında gerçek bir yargı bağımsızlığından söz edilemez. Bağımsızlık, günlük devlet işlerinde, yürütme karşısındaki durumla anlam kazanır ve adalet ideali ancak bağımsız yargıyla gerçekleşir.”¹⁴

Hukuk devleti başta Fransa olmak üzere birçok hak ve hürriyet arayışına ilişkin ihtilâllerin temel amaçlarından birini oluşturur. Bu yolla herkesin hatta monarkın da hukuka tabi kılınmasının sağlanması

¹⁴ AYM, 28.02.1989, E.1988/32, K.1989/10, RG, 22.06.1989, S. 20203.

amaçlanmıştır. Böylelikle 26 Aralık 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi her bireye tanınan temel hak ve hürriyetleri resmi bir tarzda ifade etmektedir. Haklara toplumsal yapının her ferdi tarafından saygı gösterilmesi zorunluluğu vardır. Bu haklar her türlü siyasal kuruluşun etkinliklerinin aynı zamanda hem amacını hem de sınırını oluşturur.

Kelsen'in kanaatine göre hukuk devleti hukuki bir düzeni ifade eder ve bu düzende kurallar bir piramit şeklinde sıralanmıştır. Her kural üstteki norma uygun olmak zorundadır. Bu anlayışın¹⁵ ve hukuk kavramının tanımı dolayısıyla yaptırımın bulunmadığı ve hukuk kurallarının uygulamalarının denetlenmediği durumlarda; hukuk devletinin pratik sonuçlar içermeyen içi boş, sadece kâğıt üzerinde yer alan bir kavramı oluşturacağı gerçeği üzerinde ısrarla durulması gerekir. Bu anlamda iki denetimin bir arada bulunup bulunamayacağı bahse konu olur:

- Siyasi denetim: Örneğin günümüzde genellikle devlet başkanları veya Cumhurbaşkanı diğer siyasal kurumların anayasaya uygun hareket etmelerini sağlar ve güvence altına alır.
- Yargısal denetim: Günümüzde yasa koyucunun anayasaya uygun hareketini denetleyen anayasa yargısıdır.

Hukuk devleti kavramının en azından iki noktada zayıflığından eleştiriye açıklığından söz edilmektedir:

- **İlk olarak kavramın kurucu niteliği anlamda zayıflık, eleştiriye açıklık söz konusudur:** Devletinde siyasi veya idari organlarından dolayı hukuka tabi kılındığı günümüz modern devlet anlayışından kabul gören, yadsınmayan bir gerçekliktir. Oysaki devlet hukuk normlarının ekseriyetinin kaynağında yer alır ve ayrıca bunlara saygı gösterilmesini gözetlemekle de yetkili ve yükümlüdür. Öyleyse devletin hukuka tabi kılınması görünüşü itibariyle kolay bir işlemdir. Ancak teorik olanla uygulamada gerçekleşen her zaman ayniyet göstermez. Dolayısıyla hukuk devletine yönelik temel tehdit ve tehlikeyi bünyesinde barındıran devletin bizatihi kendisidir. Söz konusu olumsuzluğun giderilmesinde başvurulabilecek bilinen en etkili yöntem yargı denetimidir. Yargı denetiminin yasal dayanakları ve uygulamaya aktarılması devletin iradesine göre şekillenecektir.

¹⁵ Bkn. ATAY Ender Ethem: “Normlar Hiyerarşisi, Erkler Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VI, 4-5 Nisan 2008, Kayseri.

Bu anlamda bir kısır döngünün içinde düşülmesi söz konusudur. Hukuk devleti anlayışı bu kısır döngüyü yok edecek tanımlamayı veya uygulamayı net bir şekilde ortaya koyamamıştır.

- İkinci olarak eleştirilen ve zayıflığı olarak ifade edilen konu da uygulamadan kaynaklanmaktadır. **Hukuk devletinde hukukun uygulayıcısı ve özelliklede yargıçların samimi ve doğru bir uygulamayı gerçekleştirdiği varsayımı söz konusudur. Bu anlamda olmak üzere yargıçlardan yorumda bulunmama ve siyasi neticeler hakkında hüküm tesis etmemesi beklenilir.** Bu sebeptendir ki anayasa yargıcı için anayasanın dili, diğer yargıçlar için ise yasaların dili olması yakıştırması ifade edilmektedir. Bunun ise doğruluğunun tespiti ve uygulamaya aktarılması çok zor aksi durumlarda, farklı davrananlara bir yaptırımın uygulanması da her zaman mümkün olmayan bir durumdur.

Hukuk kurallarına uygunluğu sağlama yöntemi olarak yargısal denetimin kabulü ve hukuk kurallarının somut olaya uygulanması ve yorumlanmasında kullanılan yöntem, üslup ve isabet, kavramla yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi arasında kurulacak ilişkinin sağlamlığı veya tartışma konusu edilmesinin temelini oluşturur.

IV-Ş TEMSİLİ DEMOKRASİ İLKESİ VE YARGI ERKİ

Batı ülkelerinde geleneksel anlamda anayasa hukuku yalnızca temsili demokrasi ilkesi üzerine inşa edilen örgütlenmeyi bilmekte ve incelemekteydi. Bir başka deyişle bu ülkelerde halk veya milletin doğrudan yönetiminin olmadığı rejimler inceleme konusudur. Söz konusu ülkelerde seçilmiş temsilcilerden oluşan siyasi veya idari kurumlar aracılığıyla incelemeler gerçekleştirilmekteydi. Bu anlamda genel olarak siyasal kurumlar için Millet Meclisi üyeliği, Devlet Başkanlığı veya Cumhurbaşkanlığı, idari kurumlar için ise il özel idareleri ve belediyelerden oluşan mahalli idareler söz konusu edilmektedir. Batıda ve özellikle Fransa'da XVIII. Yüzyıl'da temsili rejim doktrinin oluşturulmasına yönelik çalışmalar oldukça fazladır. Bu doktrin Fransız Devrimi döneminde önemli bir muhalefetle karşılaşmadı. Bu dönem için herkesin temsili demokrasi oluşturma hususunda bir konsensusu söz konusu idi

1-) Temsili Demokrasi İlkesini Gerekli Kılan Hususlar

Parçalanmışlıktan bütünleşmeye geçiş sürecinde devlete ve bütün organlarına siyasal veya korporatip bir topluluk oluşturmak için imkân tanınması

temsil olgusuyla asimile edilebilir. **Bazıları herkesin adına konuşacaktır. Bu tarz bir anlayışta temsil yeni bir fikir gibi belirmemiştir.** Bu düşünce antik Yunan ve Roma düşüncesinde de görülmektedir. Bu durum devlet erklerinin özgün bir hak gibi kullanılmadığı, bunların tamamının halkın haklarının temsilcilerince icrası gerekir. Erk sahibi olan monark bizatihi kendisi sadece bir hakemdir. İlke katolizm teleolojisiince geliştirilmiş ve bu anlayışın sonucu olarak devletin bir tüzel kişilik olduğu kabul edilmiştir. Sonuç olarak hukuki anlamda tek bir irade vardır. Zira **temsilcilerin devletin iradesinden farklı bir iradesi söz konusu değildir.** Hukuki anlamda devletin organları söz konusu değildir.

Bununla birlikte geleneksel anayasa hukuku bütün temsilcileri devletin ajanları gibi nitelendiren, tanımlayan anlayışı kabul etmemektedir. Gerçekten de temsile ilişkin çağdaş anlayışa göre milletin veya halkın yani egemenliği elinde bulunduran gücün iradesini açıklayan yalnızca temsilcilerdir. Böylece **milletvekilleri kanun aracılığıyla egemen gücün iradesini açıklarlar. Devletin diğer ajanları ancak söz konusu iradeye riayet etmekle yükümlüdür.** Dolayısıyla bunların işlevleri bu anlamda pasiftir. Günümüzde de seçimle belirlenenlerin temsilcilik nitelikleri tanınır kabul edilmektedir.

Yeni temsili demokrasi sistemini oluşturmayla sonuçlanan egemenliğin sahibi çağdaş temsilcileri vekâleten temsilcilerin yerine oturtma düşüncesi Aydınlanma Çağı düşünürlerine aittir. Bu tip demokrasilerde vatandaşların kişisel anlamda yönetme yetkileri bulunmamaktadır. Vatandaşlar mahalli idarelerde olduğu gibi halk veya millet adına sözcü olarak nitelendirilenleri belirleyerek, yönetme yetkisini kullanır. Belirlenenler temsilci adını alır. Bunlar hukuken temsil edilenlerden farklı bir iradeye sahipmiş gibi değerlendirilmezler ve temsil edilenler üzerinde baskı kuramazlar. Böylelikle bireylerin doğrudan yönetmediklerinin nasıl ispatlanacağı sorusunun aydınlatılması gerekliliği varlığını korumaktadır.

A) Temsili Demokrasi İlkesinin Lehinde Olan Argümanlar (Savlar)

a. Pratik argümanlar (Montesquieu)

-Büyük devletlerde doğrudan hükümet sistemlerini örgütlemenin mümkün olamaması, temsili rejimler açısından lehte olan ilk argümandır.

-İkinci argüman ise, yönetme yetkisinin karmaşıklılığı ve ağır işlemedir. Bu nitelikler halkın doğrudan yönetme yetkisini kullanmasının uygulanamaz bir hale getirmektedir. Montesquieu'ya göre temsilcilerin büyük

avantajı olayları görüşüp tartışabilmeleridir. Halkın bu anlamda özel bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nokta da demokrasinin elverişsizliğinin en önemli sebeplerini oluşturmaktadır. Bu nedenle halk Hükümete seçeceği temsilcileri marifetiyle girebilir, girmelidir. Bu da, halkın kapasitesini ortaya koymaktadır. Zira halkın küçük bir kısmı insanların kapasitesinin derecesini bilebiliyorsa bu anlamda herkes bilme yeteneğini haizdir. Seçilen kişi diğerlerinin çoğundan daha aydınlanmış kişidir. Bizler ne hükümetin görevlerini yerine getirebiliriz, ne de bunların ifası anlamında hâkimiyet kurma ile yetkili nasıl olunacağını gerektiği ölçüde geliştirebiliriz. Ancak temsilcilerimizin genel yeteneğini en azından yargılayabiliriz.

Temsilcilerin müdahalesi olmaksızın doğrudan demokrasi yöntemlerinde olduğu gibi Anglo-Sakson ülkelerinde referandum uygulamasının reddinin günümüzde hâlâ bu argüman tarafından doğrulandığını not edebiliriz.

b. Milli egemenlik taraftarı Madison tarafından dile getirilen kuramsal argümanlar

—Durağanlık ve ulvi değer faktörü: Doğrudan demokrasi halkı yönlendirebilecek değişiklikler ve farklı isteklere bağlı kılınabilir. Temsil halk iradesinin türdeşliği ve durağanlığına dâhil edilebilir ve hatta sınırlandırılabilir. Temsil özellikle temsilcilere kamu yararına uygun düşen kanunlar yapabilmeye imkân tanır. Buradaki çıkar ifadesine kişinin her zaman inanması ve güven duymasının beklenemeyeceğinin altı çizilmesi yerinde olur. Madison cumhuriyet kavramından anlaşılması gerekeni temsili demokrasiyi doğrudan demokrasiye tercih etmektedir.

—Millet fikri ile uyum sağlayabilmesi: Modern anlamda millet kavramı somut ve net bir kavram değildir. Gözleme dayalı tanımlanabilir bir iradeyi ifade etmez. Dolayısıyla temsil edilmesi zorunludur. Böylelikle somutlaşmış olur. Kamu hukukunda temsil özel hukuktaki temsil kavramında bu anlamda farklıdır. Özel hukukta somut olan kişiliğin yine somut olan bir kişilik tarafından temsili esastır. Bu hukuk dalında bir vekile veya temsilciye tevdi edilme şeklinde bir temsil söz konusu değildir.

B) Temsili Demokrasi İlkesini Eleştiren Argümanlar

a. Mantıki argümanlar (Rousseau-Sieyès)

Temsil, Rousseau'nun demokratik egemenlik ilkesine saygı gösterilebiliyorsa mümkün değildir. Halkın artık egemen olamadığı durumda bırakılabilir veya adına konuşan delegeler lehine irade terk edilebilir. Bir

başka ifadeyle halk artık egemen değildir. İradenin intikal ettirilmesi olmaz. Halkın kişilinden ayrılamayan temel bir yetki söz konusudur. Tek çözüm yolu doğrudan veya delege veya komiser olarak adlandırılan seçilmişlerin kendilerini seçenlerin talimatlarına itibar edip uygun davrandıkları dolaylı demokrasidir. Burada Rousseau'nun birtakım veçheleriyle temsili bir çözüme destek verdiğinin altı çizilmelidir. Yürütme aristokratik tercih ve egemen erkin iradesini genel irade gibi içermektedir. Bu da takip edenlerin (*transcendante*) aynı durumunu ifade eder.

b.Marksizm tarafından dile getirilen sosyolojik argümanlar

Temsil demokrasinin özellikle hâkim sınıfların yararına erki elde etmede kullanılan bir araçtır. Temsilciler kuşkusuz söz konusu sınıfa aittir. Zira seçilebilmek için mali imkânlar açısından sorunu bulunmamak veya kültürel seviyesinin yüksek olması gerekir. Sonuç olarak normal halk tabakası temsil edilmenin altında ve çıkarları da hâkim sınıfın çıkarlarına kurban edilmiş gibidir.

2-) Temsili Demokrasi İlkesini Gerekli Kılan Hukuki Mekanizmalar

Burada temsili vekâletin tam anlamıyla uygulamaya konulması bahse konudur. Temsilci iki özellik içeren bir vekâlet statüsünden yararlanmaktadır. Bu anlamda temsilci kendisini seçenlerin değil halkın tamamının temsilcisidir. Buna göre Anayasanın “**Milletin temsili**” başlıklı 80. maddesine göre: “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.*” (Bu ilkenin bilinen ilk örneği 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın 7. maddesidir.)

İkinci olarak emredici vekâlet söz konusu olmayıp temsilci tamamıyla serbesttir, hürdür. Temsilci tam anlamıyla bir düşünce ve kanaatini açıklama, kullandığı oydan sorumlu tutulmama hak ve ayrıcalıklarına sahiptir. Temsilciyi seçmenlere bağımlı kılacak mahiyette hukuki bir kural veya araç bulunmamaktadır. Dolayısıyla temsilcilerin sorumsuzluğu söz konusudur. Hukuki açıdan bakıldığında da temsilcileri kendilerini seçenleri her anlamda dikkate alma anlamında bir yükümlülük söz konusu değildir. Temsilcilerin görevden alınması, görevinden elçektirilmesi mümkün değildir. Örneğin temsilcilerin kendilerini seçenlerin baskısı sonucunda istifası veya seçilmeden önce veya sonra boş bir istifa mektubu hazırlamış olması söz konusu olamaz. 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasası'nın 27. maddesine göre: “*Hiçbir Meclis üyesi hiçbir emredici vekâlete bağlı olmaksızın seçilirler.*”

3) Temsili Rejimin Krizi

Bu anlamda birçok belirti gösterilebilir. İlk olarak kişisel çıkarların dikkate alınması söz konusudur. Kaynağında temsilciler sadece kamu yararını, toplumsal çıkarı somutlaştırmak, dile getirmekle yükümlüdürler. Zaman içinde açık veya kurnaz bir tarzda kişisel çıkarlarında göz önünde bulundurulabileceği kabul görmeye başlamıştır. Bilindiği üzere Fransız Devrimi Le Chapelier Kanunu ile mesleki çıkarların temsil edildiği örgütleri kaldırmıştı. O dönemde bu yolla sadece vatandaşların kamu yararını belirleme araştırması yoluyla milletvekillerini seçerek iradeleri açıklayabileceği kabul edilmekteydi. Ancak XIX. yüzyıldan itibaren sendikalar ve dernekler anlamında ekonomik ve sosyal amaçlı belirli konularla sınırlı kişisel çıkarların örgütlenebilmesi ve yaygınlaşması kabul görmüştür.

Bugün bu tip örgütlenmeler tamamıyla kabul görmekte ve siyasi ve idari anlamda temsil edilmeleri de yadsınmamakta bilakis teşvik edilmektedir. Hatta bunlar sivil toplumun ayrılmaz bir parçası, demokrasinin göstergesi olarak anlaşılmakta ve değerlendirilmektedir. Ancak söz konusu kuruluşların rolleri kamu yararının belirlenmesi anlamında sınırlıdır. Bunların yasal düzenlemede bulunma hakları söz konusu değildir. İdari anlamda ise rolleri kural olarak istisnadır. Ancak gerçekte sendikalar ve dernekler seçilmiş otoritelerin partnerleri (ortakları) olmayı amaçlayan davranış içerisindeyler. Meslek odalarının bir kısmı kamusal bir hüviyette kazanmaya başlamıştır. Bu sebeptendir ki Anayasanın 135. maddesinde;

“Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.” hükmü öngörülmüştür.

Ekonomik, sosyal ve siyasal kişisel çıkarları savunan örgütler seçilmiş siyasi kurumların işlevlerine müdahil olmaya başlamıştır. Bu durum temsili rejimin krizinde aldatıcı tarzda kullanılan bir yöntem olarak nitelendirilmektedir. Bahse konu örgütler siyaset biliminde baskı grupları olarak adlandırılmakta ve bunların bilinen belli başlı örnekleri de sendikalar ve siyasi partilerdir. Söz konusu örgütler seçilmişleri etkileme, üzerlerinde

baskı kurma anlamında temsilcilerin ifade hürriyetini sınırlama ve kaldırmaya gidebilecek bir noktaya ulaşmaktadır. Dolayısıyla emredici vekâlet kurumu değişik bir tarzda günümüzde yeniden belirmiş gibidir.

4) Temsili Rejimin Eleştirisi

Temsil genellikle demokratik rejimin modern değişimine teknik bir yenilik gibi bir anlam kazanmak suretiyle girmiştir. Bu bakış açısından temsil halkın doğrudan iradesini açıklamaya imkân tanıyacak orijinal mekanizmalara başvurusunun sonucunda geçerliliğini yitirdiği söylenilmektedir. Ancak temsil bir gerçeklik veya gözlemlenen bir durum gibi egemen gücün varlığı için demokrasinin işleyişinin imkânsızlığına bağlı olarak bir zorunluluğun sonucu gibi belirmiş ve varlığını korumaktadır. Bu zorunluluğun tanınması temsilin demokratikleşmenin gelişmesinden vazgeçme anlamı taşımadığı kuşkusuzdur.

Bu anlamda bilinen bazı reformlar söz konusudur:

-Seçimlerin kısa, uzatılması kural olarak kabul edilmediği ve yenilenebilir bir nitelik taşıması (Anayasa madde 77, 78),

-Temsilcilerin kamu görevlisi olmalarının yasaklanması (Anayasa madde 82),

-Seçim sürecine ekonomik otoritelerin müdahalede bulunmak suretiyle denetim.

Toplumsal gösteri tekniklerinin bizzat kullanılması hali hariç egemen gücün ayrıcalıklarının açıklanması aracı gibi hukuki olmayan tam anlamda bir gösteri muzafferiyeti tarafından rekabet halini günümüzde ifade eden temsil bu varlığını korumaktadır. Günümüz için bu sorunun çözümsüz bir sorun olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Temsili rejime bağlı olarak oluşan iradenin halk veya milletin iradesini yansıtırma anlamındaki tereddüt ve eleştiri, bu tür iradenin neticesinde oluşan yasal düzenlemelerin uygulanması sürecinde de devam eder. Halkın iradesini tam yansıtır yansıtmadığı hususu tartışmalıyken, bu iradenin ürünü yasaları halk tarafından belirlenmeyen ve halka doğrudan sorumlu olmayan bir topluluğa tanınması eleştiriye sebebiyet vermektedir. Çözüm tarzı olarak yargıda jüri sistemi ve yargıç ve savcıların seçimle belirlenmesi önerilmektedir.

V-Ş DANIŞTAY, YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

“Danıştay orijininde zamanla bireylerin haklarını ve hürriyetlerini koruyan dikkate değer ölçüde etkili bir harekete dönüşen mutlak bir erkin iyi işleyişini sağlamak için oluşturulmuştur. Bu durum aksi vaki olmayan ve bir gelişimle girişimin mantıki nedenidir. Zira başlangıcından beri düzen endişesiyle hakkaniyet kuralları yoluyla devletin mutlak otoritesini dindirmek söz konusudur. Bu durum mutlak iktidarın kaybolmasıyla bireyin haklarıyla kamu yararının hukuki ayrıcalıklarını doğrudan dengeleme ilkesinin hukuk kuralına dönüşmesidir.”

Alexandre Parodi

Danıştay Onursal Eski Başkan Yardımcısı

Bu yüksek yargı yeri hakkında değerlendirme yapmak sanıldığı kadar kolay değildir. Bununla birlikte ilk bakışta yapılacak işlem basit ve kolay gibi görünmektedir. Danıştay bir yargı yeri olarak idari yargının zirvesinde yer alan yüksek bir mahkemedir. Diğer yandan bu Yüksek Mahkeme Hükümete yardımcı olan, ona tavsiyelerde bulunan bir kurumdur. Nihayet Danıştay kamu sektörünün en üst derecede sorumlularını arasından Hükümetin seçimde bulunduğu bir kamu görevlileri havuzu oluşturur.¹⁶ Bir başka deyişle Danıştay ilk iki işlevinin yanında devlet içinde özellikle idari örgütlenme anlamında anahtar rolü oynar. Özelliği ve özgünlüğü olan bir takım Kurum ve Kurul üyelerinden bir kısmı Danıştay mensupları arasından belirlenir, atanır.

İdari rejimin benimsendiği ülkelerde Danıştay’ın kökeni her ülkenin tarihinde saklıdır.

Başlangıçta Danıştay politik bir organ olarak ortaya çıkmış, zaman içinde yargısal bir hüviyet kazanmıştır.¹⁷ Politik organ olma niteliğinin yanında asıl olarak günümüzde Danıştay’ın yargısal yetkileri ön plana çıkmaktadır.

¹⁶ ARNOULT Erik – MONNIER François: *Le Conseil d’Etat, Juger, conseillers, servir*, Paris 1999, sh.47.

¹⁷ Bkn. ATAY Ender Ethem: “Fransa’da Adli Yargı-İdari Yargı Ayrımı”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 1, Ekim 1998.

Şûrayı Devlet adıyla 1868 yılında kurulan, XIX. yüzyılın ilk yıllarında başlayan ıslahat ve yenileşme hareketlerinin en önemlilerinden biri olarak nitelendirilen Danıştay, Ülkemiz anlamında “**Devletin kimliğinin güvencesidir.**” benzetmesi bir abartı olmaması gerek. **Bu Yüksek Yargı yeri devletteki dönüşümün merkezinde bir yer işgal etmekte olup, devletçi bir yapıyla demokratik bir yapıdan kaynaklanan siyasi mantık ve bu mantığın gereği olan hak ve hürriyetler ile arasında bir denge rejimi oluşturmaktadır.**

Devlet yaşamında yaşanan çalkantı ve köklü değişiklikler karşısında Danıştay, devletin sürekliliğinin bir simgesi gibi bu anlamdaki kurumlarla birlikte Ülke tarihimizde önemli bir yer işgal etmektedir. **Tarihsel süreçte devletin sürekliliği işlevi yanında bir devlet modeli oluşturma anlamında da bir işlev yüklenmekte ve bu işleviyle de milli kimliğin unsurlarından birini oluşturmaktadır.** Monarşi döneminde Danıştay Padişahın kişiliğinde beliren devlet ve Padişahın kişiliğine bağımlı olmasına rağmen, devletin kurumsallaşmasına yardımcı olmuştur. Zaman içinde Padişaha bağımlılık yürütme organına yardımcı olma işlevine dönüşmüş, yetkileri dönemindeki mukayeseli hukuk ve özellikle de Fransız örneğindeki benzer bir şekilde tedrici olarak gelişmiş ve nihayet idarenin denetlenmesi ile zirveye ulaşmıştır.

Devlet içindeki bu gelişim seyri Yüksek Mahkemeye rejim değişiklikleri ve kriz dönemlerinde dahi varlığını muhafaza etme imkânı tanımıştır. Bu süreklilik hem aynı trendde gitmemiş bazen büyük sıkıntılar yaşanmış, işlevlerinin azaltılması ve hatta işlevsizleştirilme girişimleriyle karşı karşıya kalması da söz konusu olmuştur. Bazı köklü siyasal tercih değişimine ilişkin uygulamalarda -örneğin özelleştirme, yükseköğrenime girişteki katsayı ve başörtüsüne ilişkin kararlarda olduğu gibi- yaptığı yargısal denetim de siyasi iktidarla arasındaki tansiyonun hat safhaya ulaştığı durumlarda yaşanmıştır.

Tarihsel işlevinin bir gereği ve sonucu olan devlet kimliğinin bir parçası olma, devletin sürekliliğini sağlama anlamında siyasal değişimin etkilerinin yumuşatılması şeklinde somutlaşmıştır. Bu işlev özellikle hukuk kurallarının yorumlanmasında kişisel hak ve hürriyetlere öncelik tanıma ve Cumhuriyetin özellikleri ve kazanımlarının korunması anlamında somutlaşmıştır.

Bu bağlamda olmak üzere “*Sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan*

“... Bir da ha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar.” hükmünün sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerekir.”¹⁸ içtihadı birleştirme kararı takdire şayandır.

Danıştay işlevlerini yerine getirirken siyasi iktidarın bazı alanlardaki yetkilerine sınırlar getirme anlamında tereddüt etmemiştir. Bu amaçla kararlarında hukukun genel ilkelerine yer vermiş bu ilkeleri tanımlayıp idare hukuku ile uyumlaştırmaya gayret göstermiştir. Bu yolla siyasi iktidarın hukuktan sapma anlamındaki iradesi ve işlemleri sınırlanmış ve dizginlenmiştir. Bununla birlikte bu işlevi işin doğasından kaynaklanan ve belki de aşırılığa kaçan bir ifadeyle, “*idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırmama*” basmakalıp ifadesiyle sınırlandırılmıştır.

Danıştay modern anlamda devletin inşasında da önemli bir işlev yüklenmiştir. Bu anlamda kamu otoritesinin özel kişilerle aynı hukuk kurallarına tabi olması gerekliliğini oluşturmaya gayret göstermiştir. Konuya ilişkin genel nitelikte metinlerin bulunmadığı durumlarda idare hukukunun üzerine inşa edildiği temel ilkeleri oluşturma yolunda ilerlemiştir. Başlangıçta diğer örneklerinde olduğu gibi “**idare hukuku ayrıcalıklar hukuku**” olarak tanımlanmaktayken, liberal siyasi gelişim ve uygulamalar ile Cumhuriyet idealinin birlikteliğinden hareketle gerçek bir değişim yaşamış, devletin hukuki otonomisi kavramını sorgulayarak bunun yerine hukuk devleti ilkesini oturtmaya çalışmış ve bu ilkenin savunuculuğuna soyunmuştur.

Danıştay hukuki olarak başlangıcından itibaren yasal metinlerin hazırlanmasında etkili bir rol üstlenebilecek yetki ve kapasitededir. Bu anlamdaki müdahale ve yardımı sadece şekli bir yükümlülüğün ifası olarak anlaşılmamalıdır. Bu durum Danıştay’a hukuki düzenlemelerin içeriklerinin oluşturulmasında da rol alma imkânı sağlamaktadır. **Danıştay incelemesi ve görüşüne sunulan metinlerin yürürlükteki hukuk kurallarına uygunluğunu belirleme hukuk devleti ilkesinin kökleşmesine yardımcı olur.** Bu değerlendirme hükümetin siyasi tercihlerini ve uygulama koyma yöntemlerinin de sorgulanması anlamı taşır. İstisari görüşlerinin yerindelik değerlendirmeleriyle ilgili olması hallerinde her zaman bağlayıcılığı söylenemese de hukuki düzenlemelerin etkili bir yönlendirilmesi aracı olmaktadır.

Danıştay’ın işlevinin en önemli bölümünü oluşturan **yargısal denetim işlevi** ilgili idari birimlerin sadece hukuka uygunluk gözetimi altında

¹⁸ Dan.İBK, 07.12.1989, E.1988/6, K.1989/4, **Dan.Der.**, S.78-79.

tutulmasını sağlamakla kalmaz, normların oluşumuna da katkı sağlar. Kurucu mahiyetteki bu işlev üç tarzda somutlaşır:

İlk olarak kanunun yorumu yoluyla kanun metninin lafzının yeterli olmadığı durumlarda bu eksiklik giderilir. Bu yapılırken yasal metnin getiriliş sebebi ve hukukun genel ilkeleri bir arada düşünülür.

İkinci olarak yasal metinlerde düzenlemenin bulunmadığı hallerde idare hukukunun icthadi hukuk olma özelliğinden hareketle, ilke ve kurallar oluşturulur.

Nihayet çok genel bir kapsamda ilkelerin tanımlanması yapılır.

Özetle Danıştay’ın merkezi idareye yardımcı olma işlevi ile idari mahiyetteki uyuşmazlıkları çözümleme işlevi birlikte idare hukukunun oluşumu ve uygulanmasını gerçekleştirir.

Danıştay üyelerinin dışarıdan belirlenmesi sürecinde politik amaç ve kaygıların bulunmadığını söylemek fazla bir iyimserlik ve temenni olur. Bu olgu ataması yapılacak adayların siyasilerle kontak teması içinde olma gibi bir davranış ve vefa duygularıyla hareket etme gibi bir netice doğurur. Atamayı yapacak makamı işgal eden kişi veya kişilerin kısa süreli makam işgalleri söz konusu ise fazla sorun yaşanmaz. Ancak uzun süreli atama makamı işgal etme durumu bahse konu ise orta ve uzun vadede sorun yaşanması kaçınılmaz olur.

Danıştay işlevleri dolayısıyla gerçek anlamda bir bağımsızlığa sahip midir?

Konuya ilişkin **ilk ilke** her türlü baskının önüne geçilmesi ve engellenmesi için boşalan kadrolara tetkik hâkimliğinden, daire kıdemli hâkimliği, Danıştay Savcılığı, Danıştay üyeliği kıdem esasından hareketle belirlenmelidir. Genel Kurul salonundaki oturma düzeninin oluşumu Kurul üyeliğine seçilme anı esas alınmak suretiyle değişkenlik göstermeyen bir tarzda oluşturulmalıdır.

İkinci olarak kararların oy çokluğuyla alınması gerekir. Oyların değeri eşittir. Oy kullanmada sıralama anlamında bir kural bulunmaması büyük bir eksiklik değildir. Üyenin kullandığı oydan dolayı hiçbir şekilde sorumluluğu söz konusu olmaz.

Bununla birlikte **“bağımsızlık her şeyden önce Devlet hizmetinde bulunan kamu görevlisinin kişiliğinden kaynaklanır ilkesi”** Danıştay üyeleri açısından da geçerlidir. Hizmet ifası güç sahibinin hizmetkârı gibi davranmaması veya tarafların birinin baskısı altında pozisyonunu tayin

etmiş oyunu kullanmışsa, diğer meslektaşlarının gözünde mesleki anlamda onurundan taviz verdiği, onurunu zedelediği yönünde bir kanaat oluşmuşsa bağımsızlığı anlamında bir sorun söz konusudur.¹⁹

Danıştay'ın Hükümete yardımcı olma işlevi ile yargısal faaliyetin birlikteliği açısından bağımsızlık nasıl bağdaştırılacak sorusunun cevabı önem kazanmaktadır. Bu durumda dahi bağımsızlık ilkesinin tam anlamıyla mevcudiyetini korumayı olumsuz etkilemez. Danıştay uyuşmazlığı çözümleme makamı olarak idari dairece verilen olumlu görüşe rağmen bir kararı iptal edebilir. Dolayısıyla danışma işlevi ile yargılama makamı arasındaki dozaj değişkenlik gösterir. Üyelerden bazıları idari davada bazılarının uyuşmazlığı çözen davada bulunması kariyer sorunu olup bir daire üyeliğinden diğer daire üyeliğine geçmek mümkündür.²⁰

SONUÇ

Devletin varlık sebebi en genel ifadesiyle bireylerin can ve mal güvenliğini sağlamaktır. Bu işlev devletin siyaset mekanizmasıyla birlikteliğini zorunlu kılmaktadır. Siyaset devlet erkine ulaşma ve/veya erki elinde tutmaya çalışma, en azından bu erkin işleyişinde etkili olabilme gayreti, savaşıdır. Bu çatışma, mücadele devlet içinde erklerin oluşum ve tanımlanmasında da etkili olmuştur. Mücadelenin yöntemi ve mücadele ile ele geçirilecek erkin yetkisi ve etkinliği, siyasi sistem tanımlanmasında etkili olur.

Yasama ve yürütme erkleri işlevleri ve doğaları gereğince sürekli değişkenlik ve hareketli olmayı gerektirir. Bu erklerin doğası durağanlığa müsait değildir. Çünkü bu erkler siyasal tercihleri şekillendirip normatifleştirmek ve bunu yaparken de toplumsal ihtiyaçları gidermek, barış, huzur, refah ve uzlaşmayı gerçekleştirmek zorundadırlar. Kural koyma aktivizasyonunun yanında, uygulama anlamında da durağanlık işlevin gerektiği ölçüde ifa edilememesi anlamına gelir.

Yasama ve belli bir ölçüde de yürütme ülkenin hukuk sisteminin oluşumu ve sürekliliğinde asli rolü üstlenmektedir. Yargı ise hukuk sistemi içinde ve bu sisteme bağlı olarak toplumda bireysel veya kitlesel bazda oluşan çatışma, sorun ve uyuşmazlıkların nihai anlamda çözülmesi

¹⁹ LATOURNERIE Dominique: *Le Conseil d'Etat "Au nom du peuple Français..."*, Dal-loz, Paris 2005, sh.8.

²⁰ LATOURNERIE Dominique: *age*, sh.9.

işlevi ve erkidir. Bu erkin işlevinin yerine getirilmesinde bir çatışma değil; var olan hukuk kurallarının somut olaya uygulanmak suretiyle hayatiyet kazandırılması söz konusudur. Bu anlamda diğer erkler yetkileri çerçevesinde kuralları oluşturup bunlar üzerinde değişiklikler yapabilirken; yargı hukuku söylemek ve uygulamak dışında bir rol üstlenemez. Yargı işlevinin en uç noktası olsa olsa; kanun ve/veya diğer kuralların konuluş sebebini, amacını araştırmak ve/veya bunların esas fikrini ortaya koymak, somutlaştırmaktır. Dolayısıyla hukuku uygulayacak ona hayatiyet verecek ve toplumsal çatışma ve uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözümleyecek yargı, hukukun kaynaklarını değiştirme girişim ve amacı olmaksızın bunlarla bağlı ve bunları uygulamak durumunda olan kamusal bir işlevdir. Bu yönüyle yargıç, diğer erkleri kullanan kişilerden farklılaşır ve bu yolla adalet ve hakkaniyeti gerçekleştirme işlevini yüklenir. İşlevsel anlamdaki farklılık yargıcın diğer kamu görevlilerinden statü olarak da ayrılması bağımsız hareket edebilme yetkisiyle donatılmak suretiyle sağlanabilir.

Yargıcın bu özelliği, niteliği diğer erkleri kullananların üstünde olmasını sağlamak için değil; işlevinin gerektiği gibi yerine getirmesi amacına ulaşmasını sağlamak içindir. Yargılama etkinlik, kabul edilebilirlik ve gücünü bağımsız olma özelliğinden alır. Bu özellik ise yargılama işlevini üstlenen yargıçların her türlü baskı, tehdit, etkilemenin dışında tutulmasıyla sağlanabilir. Yargıç uyuşmazlıklarda bunlara uygulanacak hukuk kurallarını tespit edip çatışan çıkarlar arasında dengeyi adalet ve hakkaniyet duygularından hareketle tesis edecektir. Adaletin denkleştirici ve dağıtıcı özelliklerini bir arada göz önünde bulunduran yargıç, yargılama işlevinin simgesi olan Themis gibi uyuşmazlığın taraflarını bilmeyen, görmeyen onlara karşı bu anlamda gözü kapalı duyarsız olmalıdır. Bu özelliğini ne ölçüde daha fazla yerine getirirse işlevi ve kararlarında isabet o ölçüde artar.

Yargıcın bağımsızlığı ve adilliği aynı zamanda bu özelliklerine ilişkin herhangi bir kuşkunun da olmamasını gerektirir. Hukuki düzenlemelerin ötesinde yargının tarafsızlığı yönünde bir kanaat oluşmuş, tarafsızlığı ve adilliği konusunda şüpheler var ise yargı bağımsızlığı kağıt üzerinde kalmaya yönelik bir ilke olur. Yargıç uyuşmazlığın tarafları anlamında bunların nitelik ve özelliklerinden etkilenmeyen bunlara karşı nesnelliğini koruyan ve koruyabilecek bir konumda olmalı, tutum ve davranış sergilemelidir. Dolayısıyla yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi başta anayasa olmak üzere pozitif hukukun düzenlemelerinde yer almanın ötesinde işlerliğini somut ve güncel olaylarla da kanıtlaması gereken bir durumu ifade eder. Maalesef

bu anlamda Ülkemizde ilkenin başarılı bir sınav verdiğini her zaman için söyleyebilmek mümkün değildir. Bu olumsuzluğun giderilmesi söz konusu ilkelere gerçek anlamda inanmak, saygı göstermekle mümkün olabilir. Yasama ve özellikle de yürütmenin bu ilkeye yönelik yaklaşımı çok önemlidir. Aksi yöndeki davranış ve uygulamalar diğer erklerin hukukiliğin ötesinde meşruiyeti ve saygınlığı açısından olumsuz neticeler doğurur.

Demokratik çağdaş devlet anlayışına göre devlet erkini kullanan kurumların yetki ve sorumlulukları belli olup aralarında bir çekişme rekabet söz konusu olamaz. Aralarındaki ilişki işlevlerinin etkinleştirilmesi ve dengelenmesi anlamında bir işbölümü, paylaşımı ve dayanışmasıdır.

Evrensel bir değer ve ilke ve aynı zamanda da anayasal bir hüküm olarak yargı bağımsızlığı, devletin temel işlevlerinden özgünlüğüyle ayrılan ve hukuk devletinin önde gelen bir ilkesi olma anlamı taşır. Kavram kurumsal anlamda yargının ve bireysel anlamda da yargıcın diğer devlet erklerine yani yasama ve yürütmeye, yürütmenin parçası ve somut uygulayıcısı olan idareye, basına kamuoyuna ve kişilere karşı bağımsızlığıdır. Bu bağımsızlığın kendilerine karşı ileri sürüldüğü erkler ve diğer unsurlar tarafından kabullenilip, saygı duyulması gerekir. Aksi takdirde her erkin kendi hukuk uygulayıcısı, sorun çözücüsü kısacası yargısını yaratması, hukukun parçalanması ve sübjektifleştirilmesi söz konusu olur.

Çağdaş hukuk ve siyasal sitemlerinde yargı bağımsızlığı anayasalarda öngörülen ve koruma mekanizmalarıyla güvence altına alınmaya çalışılan tarihsel süreç anlamında da erkler ayrılığı ilkesinin doğal seyrinin bir neticesidir. Erkler ayrılığı ilkesinin oluşumu ve sürekliliği evrensel değerler ve bunlardan beslenen hukukla sağlanır. Hukuk devlet erklerinin varlık sebebi, işlevlerinin ve meşruiyetlerinin kaynağıdır. Hukukun varlığını tehdit eden tehlikeye düşüren her çaba, gayret ve mücadele bireye, topluma ve yargıya zarar verir.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN PETROL PLATFORMLARI'NA İLİŞKİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Saeed BAGHERİ*

ÖZET

Bu çalışmada 1992'de İran ve ABD tarafından Birleşmiş Milletler (BM)'in başlıca yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı'na sunulan Petrol Platformları Davası incelenmiştir. Taraflar, Divan'ın zorunlu yargı yetkisini yürürlükte olan, uyuşmazlıkların zorunlu çözümünü düzenleyen Dostluk Antlaşması (1955) ile kabul etmişlerdir. Divan, tarafların iddialarını, itirazlarını ve taleplerini değerlendirdikten sonra Kasım 2003 tarihindeki kararında ABD'nin silâhlı kuvvetlerinin 19 Ekim 1987 ve 18 Nisan 1988 tarihlerinde İran petrol platformlarına yönelik saldırılarının iki taraf arasındaki 1955 tarihli Dostluk Antlaşması hükümleri ve uluslararası hukuka aykırı bulmuştur.

Çalışmanın amacı iki ülke arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın tarihi arka planı, Divan'ın bu davaya ilişkin yargı yetkisini, tarafların iddialarını, özellikle ABD'nin meşru müdafaa iddiası konusunu değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Hukuk, Kuvvet Kullanma Yasağı, Meşru Müdafaa Hakkı, 1955 Dostluk Antlaşması.

EVALUATING THE DECISION OF INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE CONCERNING THE OIL PLATFORMS

ABSTRACT

In this study Oil Platforms Case that was presented to ICJ as the principal judicial organ of the United Nations (UN) by Iran and United States in 1992 is discussed. The parties have recognized the compulsory jurisdiction of the Court under 1955 Treaty Amity between Iran and US. After evaluating the claims and requests of the dispute parties, in its November 2003 decision the Court found the attacks of

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Milletlerarası Hukuk doktora öğrencisi. (sbocanli@gmail.com).

US Military Forces on Iranian oil platforms on 19 October 1987 and 18 April 1988 contrary to the provisions of 1955 Treaty Amity and rules of international law.

The purpose of the study is evaluate of historical back ground of the dispute arising between the two countries, the jurisdiction of the Court in this case, claims of the parties, in particular the United States claim of self-defense.

Keywords: *International Court of Justice, International Law, Use of Force, Right of Self Defence, Oil Platforms Case, 1955 Treaty Amity.*

GİRİŞ:

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) 6 Kasım 2003'te Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nin İran petrol platformlarına askerî saldırıları konusunda önemli bir karar almıştır. 1992'de İran tarafından açılan bu davada, Divan, ABD'nin silâhlı kuvvetleri tarafından İran petrol platformlarına yönelik yapılan iki saldırı hususunu ele almıştır. Gerek İran gerekse ABD, karşı tarafın, iki devlet arasında Tahran'da imzalanan 1955 tarihli *Dostluk Antlaşması* hükümlerini ihlâl ettiğini iddia etmişlerdir.

Divan'ın kararının ve değerlendirmelerinin inceleneceği bu çalışmada, kararın içeriği ve Divan'ın vardığı sonuç kadar davacı olan İran'ın iddiaları ve buna karşılık olarak davalı ABD'nin karşı iddiaları, alınan kararın niteliği ve olası etkileri önem arz etmektedir.

Divan 1996 yılında, ABD savaş gemilerinin İran petrol platformlarını tahrip edilmesiyle ilgili 1992 yılına ait bu davaya ait kararına yapılan itirazları reddetmiştir. Divan, Kasım 2003'te ABD'ye davranışlarının kendi ulusal güvenlik gerekliliklerini korumak için yeterli neden olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Fakat, bu davranışların ticaret özgürlüğünü ihlâl etmediğinden, İran'ın tazminat talebi kabul edilmemiştir. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri'nin karşı davasını da reddetmiştir. Divan, ayrıca kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak meşru müdafaa hakkına ilişkin önemli bir tespitte bulunmuştur. Temel olarak Divan'm kararının ve değerlendirmelerinin inceleneceği bu çalışmada, konunun özel önemi nedeniyle, öncelikle tarihi arka plan ve uyuşmazlığın ortaya çıkışı konusu ele alınacaktır.

I. TARİHİ ARKA PLAN VE UYUŞMAZLIĞIN ORTAYA ÇIKIŞI

24 Eylül 1980'de patlayan İran - Irak savaşı¹ Körfez bölgesi petrollerinin ne kadar tehlikelere açık olduğunu ortaya koymuştur. Her iki taraf birbirlerinin petrol tankerleri ve rafinelerine saldırılar düzenlemiştir. 1986'da her iki tarafın saldırısına uğrayan tarafsız gemilerin sayısı artmaktaydı. Bu arada Basra Körfezi'nde, Kuveyt tankerleri uyruğu bilinmeyen uçakların saldırısına uğramıştır. Kuveyt, gemilerinin kesinlikle İran tarafından hedef alındığına inanıyordu. Bu yüzden bu uçakların İran'a ait olduğunu ileri sürmüştür. İran'ın bu operasyonları düzenlemesinin sebebi, Kuveyt'in İran-Irak savaşında Irak'ı desteklemesiydi. İran'ı geleneksel anlamda Irak karşısında bir denge unsuru olarak gören Kuveyt, özellikle İran Devrimi'nin beraberinde getirdiği ideolojik ve etnik nedenlerle, bir tehdit unsuru olarak gördüğü İran karşısında, Irak'a savaş boyunca önemli ölçüde destek sağlamıştır. 1987 yılında Kuveyt, tankerlerinin Basra Körfezi geçişinde eskortlanması talebinde bulundu. Japonya, İsveç ve Norveç gibi devletler Kuveyt'in isteğini reddettiler. Bununla birlikte, Amerikan Deniz Kuvvetleri bu görevi üstlendi. Böylece Kuveyt'in on bir tane petrol ve gaz tankeri ABD kendi bayrağı altına girdi. ABD başkanı Reagan, Kuveyt'in talebini kabul ettikten sonra açıkça ABD'nin petrol ve gaz sıkıntısı yaşadığını vurgulayarak Körfez'deki ekonomik çıkarlarının var olduğunu şu şekilde açıklamıştır:

“Ülkemizin ekonomisi bir daha gaz sıkıntısı, ekonomik kaymaları ve uluslararası düzeyde aşılabilir günlerine dönmeyecektir. Şunu da vurgulamam gerekiyor ki Basra Körfezi'ndeki deniz yollarının kullanımı İranlılar tarafından belirlenmeyecektir. Bu deniz yolları Sovyetler Birliği'nin kontrolü altında olmayacaktır. Bütün milletlerin Basra Körfezi'nden geçişi serbest olacaktır.”²

Daha sonra Körfez'de ortaya çıkan olaylar gözönüne alınarak, ABD'nin İran-Irak savaşı sırasında, Irak'ı İran'a karşı desteklediği kanıtlanmıştır. ABD, uluslararası politikası olarak Kuveyt'in gemilerini korumakla birlikte bütün rotaların bu gemilere açık olması gerektiğini vurgulamış ve söz konusu gemilere yapılan herhangi bir saldırının ABD'ye karşı yapılan bir saldırı olduğunu açıklamıştır.³

¹ İran-Irak savaşı sekiz yıl sürmüştür. 22 Eylül 1980 de başlayan savaş, Güvenlik Konseyi'nin 598 sayılı kararını, 17 Temmuz 1988 de Irak'ın ve 18 Temmuz 1988'de de İran'ın kabul etmesi üzerine, 20 Ağustos 1988'de bütün cephelerde ateşkesin yürürlüğe girmesiyle sona ermiştir.

² RISHIKOFT, s. 336.

³ RISHIKOFT, s. 336.

Körfez petrol ticaretinin zarar görmesi, ABD'nin, savaşa aktif olarak katılmasına sebep olmuştur. Genel olarak, dünya ticaretinin özgürce yapılması ve açık denizlerin serbestliği ABD dış politikasının temelini oluşturmuştur. Ayrıca ABD ve müttefikleri (Avrupa ve Japonya) büyük ölçüde Körfez petrolüne muhtaçtı ve bu petrol yolunun saldırıya açık olması Batı dünyası için tehlikeliydi. Körfez petrol yolunu açık tutmak için ABD bölgeye bir filo gönderdi ve Amerikan bayrağı çekmiş Kuveyt tankerlerini korumaya başlamıştır.

16 Ekim 1987 tarihinde ABD bayrağını taşıyan ve Kuveyt'e ait *Sea Isle City*⁴ adlı petrol tankeri, Kuveyt limanı yakınlarında İran füzeleriyle vurulmuştur. Olaydan üç gün sonra Körfez'de bulunan Amerikan Deniz Kuvvetleri'ne ait dört savaş gemisi karşılık olarak *Reshadat* ve *Resalat*⁵ platformlarına karşı silâhlı saldırılar düzenleyip, söz konusu petrol platformlarını tamamen tahrip etmişlerdir.⁶ Kırk beş dakika süren bu saldırılar sonucunda söz konusu her iki platformun ihracat faaliyetleri tamamen durdurulmuştur.

İran'ın petrol platformlarına yapılan ilk silâhlı saldırı 19 Ekim 1987'de ABD'ye ait dört gemi ve onları destekleyen F14 savaş uçakları tarafından gerçekleştirilmiştir.

ABD'nin silâhlı kuvvetlerinin ikinci saldırısı ise 18 Nisan 1988 tarihinde gerçekleşmiştir. İran, Irak'la savaşırken petrol gemilerini vurunca, hedefteki gemileri koruma adına Körfez'e giren *USS Samuel B. Roberts* firkateyni 14 Nisan 1988'de Bahreyn yakınlarında mayına çarpmıştır. Dört gün sonra ABD *Nasr* ve *Salman* platformlarına saldırmış ve meşru müdafaa halinde olduğunu iddia etmiştir.⁷ ABD'nin bu saldırıları sonucu *Nasr* ve *Salman* platformları tamamen tahrip edilmiştir.⁸ Gerçi ABD, davacı İran'ın Körfez'deki bütün gemilerin rotalarına mayın döşeyerek iki devlet arasındaki *Dostluk, Ekonomik*

⁴ Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports 6 November 2003, para. 24.

⁵ İran, Körfez'deki kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesinde birçok petrol üretim tesislerine sahiptir. Bunlardan en önemlisi *Reshadat* ve *Resalat* platformları 1965-1970 yılları arasında İran Millî Petrol Şirketi tarafından ticarî amaçlarla yapılmıştır. Söz konusu petrol platformları İran-Irak savaşı boyunca defalarca Irak'ın silâhlı kuvvetleri tarafından silâhlı saldırılara uğramıştır. 1987 yılında İran'ın günlük iki yüz bin varil ham petrolü *Reshadat* ve *Resalat* platformlarında üretilmekteydi.

⁶ E. FOSTER, s. 581.

⁷ Amerikan Deniz Kuvvetleri bu saldırıları *Praying Mantis Harekâtı* olarak isimlendirilen daha geniş bir harekâtın parçası olarak tasarlayıp uygulamıştır. Bkz., E. FOSTER, para. 25.

⁸ ICJ Reports (2003), para. 25.

*İlişkiler ve Konsolosluk Haklarına Dair Antlaşma*⁹'nın 10 (1) maddesini ihlâl ettiğini ileri sürmüştür¹⁰; ama İran USS Samuel B. Roberts fırkateynine karşı düzenlenen saldırının sorumluluğunu üstlenmemiş, saldırının Irak tarafından düzenlenmiş olduğunu ve kendisinin savunma amaçlı eylemler yaptığını iddia etmiştir.¹¹ Dolayısıyla İran-Irak savaşı esnasında (1987) Amerikan Deniz Kuvvetleri'ne ait olan gemiler ve uçakların söz konusu petrol platformlarına karşı düzenlediği saldırılar iki devlet arasında uyumsuzluğa neden olmuştur.

İran-Irak savaşı sona erdikten sonra, İran devleti söz konusu petrol platformlarına yönelik yapılan saldırılar gerekçesiyle 2 Kasım 1992 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı'nda ABD aleyhine dava açmıştır.¹²

II. DİVAN'IN YARGI YETKİSİ

İran ile ABD, BM üyesi oldukları için, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraftırlar.¹³ Bu yüzden, Divan önündeki davalarda taraf olabilirler.¹⁴ Bununla birlikte her iki Devlet, Divan'ın zorunlu yargı yetkisini yürürlükte olan, uyumsuzlukların zorunlu çözümünü düzenleyen *Dostluk Antlaşması* (1955) ile kabul etmişlerdir.¹⁵

Bu davada ABD bir itiraz layihası¹⁶ ile UAD'nin yetkisine itiraz etmiştir. Aksine, davacı İran iki devlet arasındaki *Dostluk Antlaşması*'nın 21

⁹ 1955 Treaty Amity, Economic Realtions and Consular Rights between the United States of America and Islamic Republic of Iran. Antlaşmanın İngilizce metnine erişmek için bkz. http://www.parstimes.com/law/iran_us_treaty.html. (15.05.2012).

¹⁰ ICJ Reports (2003), para. 26.

¹¹ ICJ Reports (2003), para. 26.

¹² Mahkemede İran uyruklu bir yargıcı yer almadığı için davacı İran UAD'nin içtüzüğünün 31 (2) maddesi çerçevesinde Belçikalı François Rigaux'u *ad hoc* yargıç olarak atamıştır. Bkz. ICJ Reports (2003), para. 6.

¹³ BM Antlaşması, madde 93/1. Antlaşmanın Türkçe metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_01.pdf. (16.05.2012).

¹⁴ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, madde 35 (1). Statünün Türkçe metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_02.pdf. (16.05.2012).

¹⁵ UAD Statüsü'nün 36 (1) maddesi; Divan'ın yargı yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi almak için bkz. İNAN, s. 67.

¹⁶ Bu konuyla ilgili detaylı bilgi almak için bkz. "Rules of ICJ (1978), Adopted on 14 April 1978 and Entered Into Force on 1 July 1978", art. 79/1 (Preliminary Objections), (<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>, erişim 15.05.2012).

(2) maddesi¹⁷ ışığında UAD'nin bu davada yetkili olduğunu ileri sürmüştür.¹⁸ Bu nedenle Divan, 18 Ocak 1994 tarihinde yargı yetkisine ilişkin itirazları incelemeye karar vermiştir.¹⁹

ABD'nin iddiasına göre uyuşmazlık doğrudan doğruya kuvvet kullanma ve silâhlı çatışmalar hukuku²⁰, özellikle meşru müdafaaya ilişkin bir uyuşmazlıktır. Dolayısıyla uyuşmazlık 1955 *Dostluk Antlaşması* çerçevesinde incelenemez. Bu nedenle dava UAD'nin yetkisinde değildir.²¹ ABD'ye göre, Divan'ın yetkisi *Dostluk Antlaşması*'nın 21 (2) maddesine uygun olarak, sadece Antlaşma'nın yorumlanması ve uygulanmasıyla sınırlı olup, tarafların genel uluslararası hukuk çerçevesindeki herhangi bir eyleminin hukukiliğinin saptanmasına uzatılamaz. Dolayısıyla ABD meşru müdafa sorununun UAD tarafından incelenmesinin gereksiz olduğunu, Antlaşma'nın 20 (1/d)²² deki istisnanın, örf ve âdet hukuku ve BM Antlaşması çerçevesinde meşru müdafa standartlarıyla örtüşebilecek eylemlerle sınırlı olmadığını vurgulamıştır.²³

Divan, ABD'nin yetki itirazını ve delillerini değerlendirerek, öncelikle bu itirazların doğrudan doğruya usule ilişkin olduğunu ve esasa ilişkin ilk İtiraz olmadığını belirtmiştir. Divan'a göre, davalı ABD yetki itirazı kapsamında ileri sürdüğü iddiayı (*Dostluk Antlaşması*'nın kapsamında yer almayan ve silâhlı çatışmalar hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık olduğu iddiası) bir delil

¹⁷ Antlaşmanın 21 (2) maddesine göre "Mevcut Anlaşma'nın yorumlanması ve uygulanmasına dair Yüksek Âkit Taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık, diplomatik yollarla tatmin edici bir surette halledilemezse, Taraflar başka barışçı yolda çözümleme hususunda anlaşmadıkça, Uluslararası Adalet Divanı'na götüreceklerdir". Aynı hükmü ABD ile Nicaragua arasında imzalanan 1956 tarihli *Dostluk Antlaşması*'nın 24. maddesinde de görebiliriz. Nicaragua 1986 tarihli Nicaragua davasında söz konusu Antlaşma'nın 24. maddesine dayanarak UAD'nin bu davada yetkili mahkeme olduğu iddiasında bulunmuştu. Söz konusu meddeye göre, Antlaşma'nın yorumlanması ve uygulanmasına dair herhangi bir uyuşmazlık Divan'a götürelecektir. Bkz. *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (with protocol) signed 21 January 1956, Nicaragua - United States of America, Entered into Force 24 May 1958, UNTS, Vol. 367, No. 3. 1960.* Ayrıca bkz. BEKKER, s. 1 (<http://www.asil.org/insigh119.cfm>, erişim 12.11.2012).

¹⁸ ICJ Reports (2003), para. 1.

¹⁹ Rules of ICJ (1978). Article. 79/3.

²⁰ *Law of the Armed Conflicts.*

²¹ ICJ Report (2003), para. 5.

²² Antlaşma'nın madde 20 (1/d) hükmüne göre "*İşbu Andlaşma şu önlemlerin uygulanmasını engellemeyecektir:*

"... d) Yüksek Âkit Tarafların Uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesi ve onarımı için yükümlülüklerini icra amacıyla veya esaslı güvenlik menfaatlerini korumak için gerekli olan önlemler".

²³ ICJ Report (2003), para. 39.

olarak savunma esnasında kullanabilir.²⁴

Divan, sorunun Antlaşma'nın, özellikle 20 (1/d) maddesinin yorumuyla ilgili olarak, bu maddede öngörülen tedbirler kuvvet kullanmayı içerip içermediği ve böyle bir kullanımın uluslararası hukuk kurallarına uyuşacak bir kullanım olup olmayacağı hususudur. Divan, müşterek veya bireysel meşru müdafaada yapılan eylemin *Dostluk Antlaşması*'nın 20 (1/d) maddesindekinden daha geniş kapsamlı tedbirlerin bir parçası olarak nitelendirmiştir.²⁵

Dostluk Antlaşması'nın 1. maddesine göre “İran ve ABD arasında güçlü ve süregelen barış ve samimi dostluk olacaktır.” UAD'ye göre, Antlaşma'nın diğer maddelerinin bu madde ışığında yorumlanması gerekmektedir.²⁶ Dolayısıyla konuya bu açıdan bakılırsa, söz konusu Antlaşma'nın 20 (1/d) maddesinde öngörülen tedbirler bir tarafın diğer tarafa karşı hukuka aykırı kuvvet kullanımını içermemektedir.

Divan'a göre, bu konuda 1969 tarihli *Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi*'nin yorumu dair genel kurallarında²⁷, taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir uluslararası hukukun bütün ilgili kurallarını da dikkate almak gerekir.²⁸

Divan, Antlaşma'nın 20 (1/d) maddesinin, Antlaşma'nın ihlâlüne dair sınırlı bir talep olsa bile, uluslararası hukukun kuvvet kullanımına dair ilgili diğer kurallardan bağımsız olarak icrasının tasarlanmadığını vurgulamaktadır. Dolayısıyla bu soruna ilişkin uluslararası hukuk kurallarının uygulanması, onun bir parçasını oluşturmaktadır.²⁹ Bir başka deyişle, BM Antlaşması hükümleri ve uluslararası örf ve âdet hukuku hükümleri uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları olarak belirtilebilir. Ayrıca Divan, yetkisinin *Dostluk Antlaşması*'nın 21 (2) maddesi çerçevesinde sınırlı olarak

²⁴ BROWNLIE, Ian, *Principle Public International Law*, s. 817.

²⁵ ICJ Report (2003), para. 34; ayrıca bkz. ICJ Reports (1986), p. 117, para. 225.

²⁶ ICJ Reports (1996) (II), para. 3; ayrıca bkz. ICJ Report (2003), para. 41.

²⁷ Türkçe'ye yukarıdaki gibi çevirebileceğimiz Sözleşme (*Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*, Done at Vienna on 23 May 1969, Entered into Force on 27 January 1980) İngilizce metni için bkz. *UNTS*, Volume. 1155, 1980, s. 331. Sözleşme'nin Türkçe'ye resmi çevirisi için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilisoz/bm.html> (05.05.2012). Sözleşme'nin 31 (3/c) maddesinin metni şöyledir: “Antlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır: ... c. Taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.”

²⁸ ICJ Report (2003), para. 41.

²⁹ ICJ Report (2003), para. 41.

kaldığını ve yetkisinin daima dava taraflarının rızası ile belirlenebileceği kanısındadır.³⁰

Sonuç itibariye, Antlaşma'nın 20 (1/d) maddesi, öncelikle uluslararası hukukun kuvvet kullanma yasağına ilişkin kuralları ve meşru müdafaa ile ilgili kuralları çerçevesinde incelenmelidir. Bu hükmün doğrultusunda Antlaşma taraflarının birinin esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için gereken bazı tedbirleri ele alması haklı görülebilir. Divan'a göre önemli olan, alınan tedbirlerin tarafın esaslı güvenlik menfaatlerini korumak için gerekli olması hususudur. Divan Nicaragua Kararı'na atf yaparak, bir tarafın ele aldığı tedbirlerin meşru müdafaa olarak nitelendirilebilmesi için gereklilik ve orantılılık koşullarına riayet etmesi gerektiğini vurgulamıştır.³¹ Ayrıca, alınan önlem gerekli olsa bile, bir tarafın subjektif yargısı için sorun olmamalıdır ve bunu sadece Divan değerlendirebilir.³²

Bu sonuç itibariyle Divan, 12 Aralık 1996'da ABD'nin yetki itirazını reddederek 1955 tarihli *Dostluk, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Antlaşması*'nın 21 (2) maddesi esasında kendine aksettirilen dava üzerinde yetkili olduğunu belirtmiştir.³³

Divan, ABD'nin Divan'ın yargı yetkisine ilişkin itiraz layihasını reddedince, davalı ABD İran'a karşı iddialarda bulundu. ABD'nin ileri sürdüğü karşı iddiaları ikinci bölümde ele alınacaktır.

III. TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARI

A. Davacı İran'ın İddiaları ve Divan'ın Değerlendirmesi

UAD'nin 17 Şubat – 7 Mart 2003 oturumunda davacı İran iddialarını ve taleplerini şu şekilde Divan'a sunmuştur:

1. ABD, 19 Ekim 1987 tarihinde *Reshadat* ve *Resalat* ve 18 Nisan 1988'de *Salman* ve *Nasr* platformlarına saldırarak, 1955 tarihli *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesini ihlâl etmiştir³⁴. Dolayısıyla söz konusu platformların tahrip edilmesinin sorumluluğunu kabullenmesi gerekir.

³⁰ ICJ Report (2003), para. 42.

³¹ ICJ Report (2003), para. 43; ICJ Reports (1986), para. 194; Bazı yazarlar gereklilik ve orantılılık ilkelerini meşru müdafaaı sınırlandıran iki temel koşul olarak kabul etmemektedirler. Bkz. L. KUNZ, ss. 872- 873.

³² KUNZ, ss. 872-873.

³³ Case Concerning *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports (II), 17 September 1996, para. 25. s. 821, para. 55/2.

³⁴ Antlaşmanın 10 (1) maddesine göre “Her iki Yüksek Âkit Taraf”ın ülkesi arasında ticaret ve seyr sarbestisi olacaktır”.

2. ABD, İran petrol platformlarına yaptığı saldırılar sonucu uluslararası yükümlülüklerin ihlâlini ve davacı tarafa verilen bütün hasarları onarmak zorundadır. Zararların miktarı daha sonra Divan tarafından belirlenecektir. Kesinlikle İran devleti ABD tarafından ödenecek tazminatı değerlendirilme, tam olarak hesaplama ve Divan'a sunma hakkına sahiptir.

3. Divan'ın uygun gördüğü başka tür giderimler.³⁵

Divan, davacı İran'ın iddialarını değerlendirerek, ABD'nin yaptığı eylemlerle, *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesini ihlâl edip etmediğini incelemiştir. Divan'a göre, *Reshadat* platformu ABD'nin 19 Ekim 1987 saldırılarından önce İran - Irak savaşı sonucu ağır zarara uğramıştır. Dolayısıyla söz konusu platformun saldırı sırasında petrol üretmediği ve ihracatının durdurulmuş olduğu için ABD'nin saldırısı *Antlaşma*'nın 10 (1) maddesinin (iki ülke arasındaki ticaret serbestisi) ihlâli olarak nitelendirilemez.³⁶ Salman ve Nasr platformları ise ABD'nin saldırıları sırasında faaliyette değillerdi.³⁷

Ayrıca, 1987 tarihinde ABD Kongresi'nin her iki meclisinden de neredeyse oybirliği ile geçen İran petrolünün ithalatının durdurulması kararları sonucu başkan Reagan, 29 Ekim 1987'de imzaladığı 12613 sayılı *Yürütme Kararı*³⁸ ile İran'dan tüm ithalatı (ham petrol hariç) yasaklamıştır.³⁹ Bu kararda 1985 tarihli Uluslararası Güvenlik ve İşbirliği Geliştirme Yasası'nın 505. bölümüne atıf yaparak İran kaynaklı eşyaların ithalatına ambargo koyup, potansiyel olarak askerî amaçlar için kullanılabilecek on dört ürünün ihracatını yasaklamıştır. Sonuç olarak, 1987'de petrolü kapsayan 1,6 milyar dolarlık İran ürünlerinin ithalatı sıfıra düşmüştür.⁴⁰ Bu yüzden Salman ve Nasr platformları faaliyette olsalardı bile, ambargo iki ülke arasında ticarete engel olmuştur. Bu

³⁵ ICJ Report (2003), para. 20.

³⁶ ICJ Report (2003), para. 98.

³⁷ ICJ Report (2003), para. 98.

³⁸ *Executive Order 12613, signed October 29, 1987, prevents goods of Iranian origin to be imported into the United States. Specific restrictions, such as the 1987 Iranian Transactions Regulations (31 CFR Part 560) and subsequent amendments, place limits on transactions relating to the development of Iran's petroleum facilities* (<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12613.html>, erişim 15.05.2012).

Reagan'ın kararına göre "İran, devletin politikasının bir parçası olarak aktif bir biçimde terörizmi desteklemektedir. Ayrıca, ABD bayrağını taşıyan ve tarafsız ülkelerin Körfez bölgesindeki açık sularında ve diğer tarafsız ülkelerin sularında barışçıl ticaret yapan ticarî gemilerine karşı hukuk dışı askerî eylemler gerçekleştirmiştir".

³⁹ ICJ Report (2003), para. 98.

⁴⁰ DAY, s. 103.

nedenle Divan, İran'ın onarım taleplerini reddetmiştir.⁴¹

B. Davalı ABD'nin Savunmaları ve İleri Sürdüğü Karşı İddiaları

Davalı ABD, iki ülke arasındaki 1995 tarihli *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesini ihlâl etmediğini ve İran'ın iddialarının kabul edilmez iddia olduğunu ileri sürmüştür.⁴²

ABD, Divan önünde kendini savunarak bazı talepler ve iddialarda da bulunmuştur. Gerçi İran, ABD'nin karşı iddialarına itiraz etmiş ve bu iddiaların UAD'nin içtüzüğünün 80 (1) maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür,⁴³ ama Divan, İran'ın itirazını reddederek 10 Mart 1998 tarihli kararıyla ABD'nin karşı iddialarını kabul etmiştir.

ABD'nin iddialarına göre,

1. İran, İran-Irak savaşı sırasında Körfez'e mayın döşeyip gemilere karşı füze fırlatarak iki devlet ülkesi arasındaki ticaret ve seyrüsefer serbestisini tehlikeye düşürmesi sonucu, *Dostluk Antlaşması*'nın 20 (1/d) maddesini ihlâl etmiştir.

2. İran, Antlaşma altındaki yükümlüklerini ihlâl etmesi sonucu, ABD'ye verdiği bütün hasarları onarmak zorundadır. Zararların miktarı daha sonra Divan tarafından belirlenecektir.⁴⁴

Görüldüğü gibi burada ABD, ilk önce Antlaşmanın 10 (1) maddesini ihlâl etmediğini ileri sürmüştür. ABD'nin iddiasına göre, *Reshadat* platformu ABD'nin 19 Ekim 1987 saldırılarından önce, yani İran – Irak savaşında tamamen tahrip edilmiş, dolayısıyla hiçbir faaliyet yapmamaktaydı.⁴⁵ Bu yüzden ABD'nin düzenlediği operasyonlar 10 (1) maddesinin ihlâli olarak nitelendirilmemektedir.

Ayrıca, 1987 tarihinde ABD Kongresi'nin İran petrolünün ithalatının durdurulması kararları sonucu başkan Reagan, 29 Ekim 1987'de imzaladığı yürütme kararıyla İran'dan tüm ithalatı (ham petrol hariç) yasaklamıştır.⁴⁶

⁴¹ ICJ Report (2003), para. 99.

⁴² ICJ Report (2003), para. 20.

⁴³ UAD'nin içtüzüğünün 80 (1) maddesine göre “Divan karşı iddiaları sadece yetkili olduğu davalarda kabul edebilir. Ayrıca karşı iddia davalı tarafın iddiasının konusuyla doğrudan doğruya bağlantılı olması gerekmektedir”.

⁴⁴ ICJ Reports (2003), para. 20.

⁴⁵ ICJ Reports (2003), para. 90.

⁴⁶ ICJ Reports (2003), para. 98.

ABD'nin Güvenlik Konseyi'ndeki temsilcisine göre, *Reshadat* platformunda yerleşmiş olan İran'ın silâhlı kuvvetleri ABD gemilerini takip ederek onların rotalarına mayın döşemişler ve nihayet 8 Ekim 1987 tarihinde ABD'nin savaş uçaklarına ateş açarak onları yok etmeye çalışmışlardır. Bu nedenle ABD'nin silâhlı kuvvetleri söz konusu platformların mürettebatının platformu terk etmelerini istedikten sonra 19 Ekim'de bu platformları bombalamıştır.⁴⁷

ABD, İran'ın petrol platformlarının bombalamasını sadece meşru müdafaa açısından değil, *Dostluk Antlaşması*'nın 20 (1/d) maddesindeki hükme dayandırmıştır. ABD temsilcisine göre, İran'ın, ABD gemisine karşı uyguladığı operasyonlar bu devletin esaslı güvenlik menfaatlerine ciddi tehditler oluşturmuştur. Ayrıca İran'ın tarafsız gemilere ateş açması, Körfez'deki güvenliği ve ekonomik düzeni tehlikeye düşürmüştür. Dolayısıyla Amerikan Deniz Kuvvetleri meşru müdafaaaya başvurmak zorunda kalmışlardır.⁴⁸

ABD, *Reshadat* platformunun askerî haberleşme bağlantısı olarak kullanıldığı iddiasında da bulunmuştur. Bu iddialarını kanıtlamak için Amerikan Deniz Kuvvetleri'nin *İran Ajr* gemisinde bulduğu belgeleri ve materyalleri Divan'a sunmuştur.⁴⁹

ABD, iddialarını kanıtlamak için edindiği uydu görüntülerini de görsel kanıtlar olarak Divan'a sunmuştur. Bu görüntüler olay zamanında İran egemenliğinde bulunan Fav adasındaki füze fırlatma istasyonunda, *Sea Isle City* gemisine karşı fırlatılan *İpekböceği* füzelerinin aynısının dört adet bulunduğunu kanıtlamaktaydı. Ayrıca iki Kuveytli subay tanıklıkta bulunarak 16 Ekim 1987 tarihinde altı füzenin Fav adasından İran silâhlı kuvvetleri tarafından ABD gemisine karşı fırlatıldığına tanıklık yapmışlardır.⁵⁰

İran ise ABD'nin ileri sürdüğü iddialara karşı olarak 7 Mart 2003 oturumunda Divan'dan aşağıdaki hükümlere varmasını istemiştir⁵¹:

⁴⁷ ICJ Reports (2003), para. 48.

⁴⁸ ICJ Reports (2003), para. 49.

⁴⁹ ICJ Reports (2003), para. 74; İran, *Reshadat* Platformu'nda askerî teçhizatın bulunduğunu kabul etmiştir; ancak bu teçhizatın sadece savunma amaçlı olduğu ve petrol üretim tesislerine daha önceki Irak saldırıları nedeniyle kanıtlandığı hususunu vurgulamıştır. Bkz. ICJ Reports (2003), para. 75. Ayrıca İran, *İran Ajr* gemisinde ve *Reshadat Platformu*'nda bulunan ve ABD tarafından delil olarak gösterdiği belgelerin yanlış tercüme edildiğinin ve savunma amacıyla uygun olmayan bir şekilde yorumlandığını ileri sürmüştür. Bkz. ICJ Reports (2003), para. 75.

⁵⁰ ICJ Reports (2003), para. 53.

⁵¹ ICJ Reports (2003), para. 53.

1. ABD'nin karşı iddiası *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesinin kapsamında yer almayan bir iddiadır. Bu yüzden Divan'ın bu iddiayı reddetmesi ve kabul edilmezliğine ilişkin karar vermesi gerekir.

2. ABD'nin karşı iddiası aşağıdaki nedenlerle kabul edilmez bir iddiadır:

(a) Genel olarak, ABD'nin iddiası ilgili *Dostluk Antlaşması*'nın 21. maddesi çerçevesinde (barışçı yollarla çözüm) düzenlememiştir:

(b) Her halükârda, bu iddia ABD uyruğunda olmayan gemiler veya ABD'nin bayrağını taşıyan ve o zaman İran'a karşı olmayan gemilere ilişkin bir iddiadır.

3. Bu davada, Divan tarafından yorumlandığı gibi, her halükârda İran, Antlaşma'nın 10 (1) maddesi altında ABD'ye karşı yükümlülüklerini ihlâl etmemiştir.

Ayrıca İran, söz konusu füzelerin Fav adasında bulunduğu iddiasını teyit etmiş, ama fırlatma istasyonlarının İran-Irak savaşı'nda tamamen tahrip edildiğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla *Sea Isle City* gemisine fırlatılan füzelerin bu istasyonlardan fırlatılmış olduğu iddiasını da reddetmiştir. İran'a göre, ABD'nin Divan'a sunduğu görüntülerdeki füzeler ve istasyonların İran istasyonlarında bulunan *İpekböceği* füzelerine hiçbir benzerliği yoktu. Dolayısıyla İran, *Sea Isle City* gemisine yapılan saldırının Irak tarafından düzenlenmiş olduğunu ileri sürmüştür.⁵²

ABD'nin ileri sürdüğü kanıtlar *Reshadat* platformunun askerî amaçlı kullanımını da yeterli bir şekilde desteklediği açısından Divan'ı ikna etmemiştir.⁵³ Divan, ABD'nin iddialarını değerlendirerek, şikâyet ettiği İran'ın platformlarındaki askerî eylemlerini ve ticarî gemilere saldırı düzenlediği ve nakliye rotalarına mayın döşediğini kanıtlayamadığını ve platformların hedefinin gerekli bir eylem olarak görmediğini vurgulamıştır.⁵⁴

Genel olarak ABD'nin iddialarına göre, 24 Temmuz 1987'de *Bridgeton* ve 10 Ağustos 1987'de *Texaco Caribbean*, 15 Ekim 1987'de *Sungari*, 16 Ekim 1987'de *Sea Isle City*, 15 Kasım 1987'de *Lucy*, 16 Kasım 1987'de *Esso Freeport*, 7 Şubat 1988'de *Diana*, 14 Nisan 1988'de *USS Samuel B. Roberts* (ABD'nin savaş gemisi) ve 11 Haziran 1988'de *Esso Demetia* gemileri iki

⁵² ICJ Reports (2003), para. 55.

⁵³ ICJ Reports (2003), para. 76.

⁵⁴ ICJ Reports (2003), para. 76.

devlet ülkesi arasında ticaretle meşgulken İran'ın saldırılarına uğramışlardı. Dolayısıyla, İran söz konusu gemilere karşı düzenlediği saldırılar sonucu *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesini ihlâl etmiştir.

Divan, ABD'nin bu iddiasını değerlendirerek söz konusu gemiler ve tankerlerin saldırılar sırasında iki ülke arasında denizcilik ve ticaretle meşgul olmadıklarını açıklamıştır.⁵⁵

Sonuç itibariyle Divan, İran'ın bahsedilen bu gemilere saldırarak 1955 tarihli *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesini ihlâl etmediğine karar vermiştir.⁵⁶

IV. DAVA KAPSAMINDA İNCELENEN BAŞLICA MESELELE VE DİVAN'IN DEĞERLENDİRMELERİ

İran'ın UAD'ye sunduğu davada ABD'nin meşru müdafaa hakkına dayanarak petrol platformlarını bombalaması ve *Dostluk Antlaşması* (1955) çerçevesinde uygulanan ticaret serbestîsinin ABD tarafından ihlâl edilmesi bu davada ele alınan başlıca konuyu oluşturmaktadır. Bu davada meşru müdafaa hakkı ile Antlaşmanın 20 (1) (d) maddesi arasındaki ilişki sorunu, dava tarafları arasında, özellikle UAD'nin yargı yetkisi konusunda anlaşmazlık yaratmıştır.

A. Meşru Müdafaa İddiası⁵⁷

BM Antlaşması'nın 2 (4) maddesi Dünyanın mevcut tehlikeleri karşısında bireysel ve kollektif meşru müdafaa hakkı ile karşılıklılık ilkesine imkân vermektedir.⁵⁸ Antlaşma'nın 51. maddesi kuvvet kullanma yasağının tek istisnası olarak meşru müdafaa hakkını öngörmektedir. Ama meşru müdafaa hakkının kullanılması uluslararası hukuk kurallarına uygun olmalıdır. Geçen yüzyıl boyunca uluslararası hukukun kuvvet kullanımına ilişkin kuralları önemli ölçüde gelişmiştir. Bu bağlamda BM Antlaşması'nın en radikal

⁵⁵ ICJ Reports (2003), para. 120.

⁵⁶ ICJ Reports (2003), para. 121.

⁵⁷ Meşru müdafaa hakkı, özellikle XX. Yüzyılda, kuvvet kullanmanın sınırlandırılmasıyla yeni bir anlam kazanmıştır. Devletlerin bir egemen hak olarak kuvvet kullanabildiği yüzyıllar boyunca, meşru müdafaa hakkına dayanarak kuvvet kullanılmasına özel önem verilmemesi doğaldır. Çünkü her devletin doğal olarak sahip olduğu, kendisini işgal ya da saldırıdan korumak için başvuracağı ve şartlarının oluştuğuna kendisinin karar vereceği bir hak olarak meşru müdafaa, 1928 Briand-Kellogg Paketi ile ortaya çıktı ve ancak 1945'ten itibaren tüm yönleriyle açıklığa kavuşturulmaya çalışıldı. Bkz. KESKİN, s. 43.

⁵⁸ J. SCHEFFER, s. 2.

dönüşüme yol açtığı iddia edilebilir.⁵⁹ 1837’de ABD uluslararası hukuk kuralları altında kuvvet kullanımı ve meşru müdafaa adına alınan tedbirlerle ilgili diğer devletlerle diyaloga girmiştir. Bu diyaloglar “gereklilik”⁶⁰ ve “orantılılık” ilkelerinin ortaya çıkışında önemli rol oynamıştır.⁶¹ Gereklilik ve orantılılık koşulları devletlerin birbirlerine karşı kuvvet kullanmasının iki temel koşulu olarak belirlenmiştir.⁶² Dolayısıyla meşru müdafaa hakkı sınırsız bir hak olmayıp silâhlı saldırı, özellikle gereklilik, orantılılık ve aciliyet koşulları ile sınırlandırılmış bir haktır. Kuvvet kullanma yasağı aynı zamanda uluslararası örf ve adet hukuku kuralı niteliği kazanmıştır. Böylece BM Antlaşması’na imza koymayan devlet ve süjeleri bağlar. Bu durum Nicaragua Davası kararı ile ortaya konulmuştur.⁶³ Kuvvet kullanma yasağı kapsamında verilen örnekler daha çok uluslararası hukukun genel ilkeleri bağlamında değerlendirilmektedir.

Devletin egemenlik haklarından olarak görülen savaş yapma hakkı; varlığını koruma, meşru müdafaa, zorunluluk hâli, hayati çıkarların korunması, hakların ihlâli, ulusal onurun veya şerefın zedelenmesi gibi iddialara dayandırılmıştır.⁶⁴ Bu durum, kuvvet kullanmaya ilişkin örf ve âdet hukuku kurallarını karmaşık bir hale sokmuş bunun yanında, devletlerin kuvvet kullanmasını haklı kılan etraflıca ve kesin olarak sınırları çizilmemiş esaslara dayalı bir uygulama ortaya çıkarmıştır. Bahsedilen kavramların her biri, diğerinden bir farkı olmadan kullanıldığı için savaş yapma çerçevesinde sınırsız kuvvet kullanılmasına izin vermiştir.⁶⁵

Petrol Platformları Davası’na gelince, taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık kuvvet kullanma hukuku ışığında ABD’nin eylemlerinin orantılılığı ve dolayısıyla hukuka uygun olup olmadığı hususudur. Bu davada davalı ABD,

⁵⁹ F. DAMROSCH & Others, *International Law: Cases and Materials*, Fourth Ed, West Publishing Co, 2001, s. 920.

⁶⁰ Gereklilik koşuluna göre, dostça görüşmeler yeterli veya başarısız olursa saldırıya uğrayan devlet ve ona yardıma giden devletler, karşı kuvvet kullanabilirler. Bu durumda ortaya çıkan eylem, aradan bir zaman geçmesine rağmen meşru müdafaa olarak kabul edilmelidir. Bkz. SCHACHTER, ss. 1620, 1635.

⁶¹ HYDE, s. 239; Ayrıca bkz. JENNINGS, ss. 82- 84.

⁶² Bu konuyla ilgili olarak daha fazla bilgi almak için bkz. LOBEL, ss. 537, 540-543; REIS-MANN, ss. 120, 125.

⁶³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports (1986), para. 4.

⁶⁴ BROWNLIE, s. 184.

⁶⁵ H. BAŞEREN, s. 22.

İran'ın petrol platformlarına saldırdıktan sonra meşru müdafaa hakkını kullandığını ileri sürmüştür.⁶⁶

ABD'nin iddialarına göre, ABD'nin meşru müdafaa hakkının kullanmasının nedeni 16 Ekim 1987'de *Sea Isle City* gemisine yapılan saldırıdır.⁶⁷ Ayrıca ABD, 24 Temmuz 1987'de *Bridgeton* gemisinin İran tarafından döşenen mayınlara çarpmasını, 10 Ağustos 1987'de *Texaco Caribbean* gemisine ve 8 Ekim 1987'de ABD helikopterlerine yapılan saldırıların İran hücum botları tarafından düzenlendiğini iddia etmiş ve bu saldırılara karşılık olarak meşru müdafaaya başvurmuştur.⁶⁸

ABD'nin iddialarına göre, ABD'nin savaş gemileri ve uçakları BM Antlaşması'nın 51. maddesi⁶⁹ ve uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde İran'ın *İpekböceği* füzeleri ile ABD'nin *Sea Isle City* gemisine karşı düzenlediği saldırılarına karşılık olarak meşru müdafaa hakkını kullanmıştır.⁷⁰

İran, ABD'nin bu iddialarını reddederek, söz konusu gemiye karşı fırlatılan füzenin Irak Hava Kuvvetleri'ne ait olduğu iddiasında bulunmuştur. Ayrıca İran, ABD'nin meşru müdafaa iddiasına karşı, petrol platformlarına karşı uygulanan silâhlı saldırıların uluslararası hukuk ve insancıl hukuk kurallarına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Çünkü platformlarda hiçbir uygun askerî hedef yoktu ve platform mürettebatı da askerî faaliyetle meşgul değillerdi. Dolayısıyla petrol platformlarının ABD'nin uçakları tarafından bombalanmasının meşru müdafaa olarak kabul edilmesi için, saldırıda bulunan tarafın orantılılık ve gereklilik koşullarına riayet ettiğini kanıtlaması gerekmektedir.⁷¹

⁶⁶ ICJ Reports (2003), para. 25.

⁶⁷ ICJ Reports (2003), para. 62.

⁶⁸ ICJ Reports (2003), para. 63.

⁶⁹ BM Antlaşması'nın 51. maddesine göre "Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, BM üyelerinden birinin silâhlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkına halel getirmez. Üyelerin bu meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez."

⁷⁰ ICJ Reports (2003), para. 48.

⁷¹ ICJ Reports (1986), s. para. 74, 194.

B. Divan'ın Değerlendirmeleri

Petrol Platformları Davası'nda, ABD'nin söz konusu platformlara karşı düzenlediği saldırılar doğrudan doğruya savaş açma hakkına (*Jus ad bellum*) aykırı olmamasına rağmen, UAD genel olarak kuvvet kullanma konusunu incelemiştir.⁷²

BM Antlaşması'nın 2. maddesinin 4. fıkrası her türlü kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı yasaklamıştır.⁷³ Antlaşma'nın 51. maddesi bu hükme istisna olarak, meşru müdafaa durumundaki kuvvet kullanımını, sadece sıkı bir biçimde belirlenmiş sınırlarda haklı bulmaktadır. Bu madde hükmü, belirlenmiş çerçevenin dışında, bir devletin güvenliği ile ilgili görülen çıkarlarını korumak için kuvvet kullanmasına izin vermemektedir. İlgili devletin elinde, aralarında özellikle Güvenlik Konseyi'ne başvurunun da yer aldığı başka araçlar bulunmaktadır.⁷⁴

Divan'ın Petrol Platformları'na İlişkin Kararı kuvvet kullanma hukuku ile ilgili önemli konuyu kapsamaktadır. Bu kararda, meşru müdafaa hakkı esasında kuvvet kullanmaya başvurulmasında silâhlı saldırı bir ön koşuldur ve kuvvete başvurulması gereklilik ve orantılılık şartları ile sınırlandırılmıştır.⁷⁵

UAD birçok kararında BM Antlaşması'nın 51. maddesini yorumlamıştır. Divan Nikaragua Davası'na ilişkin kararında, meşru müdafaa ile ilgili olarak, 51. maddede öngörülmeyen gereklilik ve orantılılık koşullarının geçerliliğini kabul etmektedir.⁷⁶ Divan, ABD'nin meşru müdafaa iddiasını incelediğinde *Nükleer Silâhların Kullanımı ve Tehdidine Dair Danışma Görüşü*'ne atıf yaparak, meşru müdafaa'nın gereklilik ve orantılılık şartlarının bir örf ve âdet kuralı olduğunu vurgulamıştır.⁷⁷

⁷² Kuvvet kullanma hukuku birçok yargıç tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Oil Platforms Case (Merits) [6 November 2003] ICJ [44]-[52] (Separate Opinion of Judge Higgins); [23]-[24] (Separate Opinion of Judge Kooijmans); [20]-[32] (Separate Opinion of Judge Buergenthal); [32]-[40] (Separate Opinion of Judge Owada).

⁷³ Bu konuyla ilgili farklı görüşler için bkz. M. FRANK, ss. 809-837; Ayrıca bkz. HENKIN, ss. 544-548.

⁷⁴ Case Concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of Congo v. Uganda) ICJ Reports (2005), para. 148.

⁷⁵ ICJ Reports (2003), para. 51.

⁷⁶ ICJ Reports (1986), para. 176.

⁷⁷ ICJ Reports (2003), para. 76; ICJ Reports (1996)(I), para. 4; UAD, Nicaragua kararında meşru müdafaa hakkına ilişkin örf ve adet hukuku kurallarının, geniş yorumlara imkân verileceğini kabul etmemiştir. Bununla birlikte; Divan, 51. maddede yer alan meşru müdafaa hakkının Antlaşmanın kabulünden önce de örf ve adet hukuku kurallarının var olduğu-

Divan, *Nicaragua Davası*'nda meşru müdafaayı sadece alınan tedbirler silâhlı saldırıya orantılı ve ona karşılık yapılmışsa uluslararası örf ve âdet hukukunun bir kuralı olacağını açıklamıştır.⁷⁸

UAD, *Petrol Platformları Davası*'nda öncelikle meşru müdafa hakkına başvurulabilmesi için devletin silâhlı bir saldırıya maruz kalması gerektiğini vurgulamıştır. Divan, *Nicaragua Kararı*, *Duvar Kararı*⁷⁹ ve *Nükleer Silâhların Kullanımı ve Tehdidine Dair Danışma Görüşü*⁸⁰ ile bu içtihadını teyit etmiştir. Doktrinde de, meşru müdafa hakkının söz konusu olabilmesi için silâhlı saldırı koşulunun gerekliliği hususunda genel bir mutabakat oluşmuştur.

Buna göre, meşru müdafa hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle ister doğrudan, ister dolaylı olsun, silâhlı saldırı düzeyine ulaşmış bir kuvvet kullanımının gerçekleşmesi gerekmektedir. Silâhlı saldırı boyutuna ulaşmamış eylemler, meşru müdafa çerçevesinde hareket edilmesine olanak vermemektedir.

Divan'a göre, silâhlı saldırı gerçekleşse bile meşru müdafa hakkının doğması için saldırının ölçü ve etki bakımından çok ciddi düzeyde olması gerekmektedir.⁸¹ Ayrıca Divan, meşru müdafa hakkını doğuran en ağır kuvvet kullanma biçimi olan silâhlı saldırıyla diğer kuvvet kullanma yasağı ihlalleri arasında Nicaragua Davası'nda yaptığı ayrımı teyit etmiştir.⁸²

UAD, öncelikle ABD'nin kuvvet kullanma eyleminin ABD gemisine karşı girilen "bir dizi atağa" karşı ve yeni saldırıların vuku bulmasını önlemek amacıyla yapıldığı, bu durumun ülke güvenliğine yönelik "daimi tehditleri" ortadan kaldırmaya matuf olduğu yönündeki ABD iddialarını değerlendirirken, ABD gemisine karşı girilen eylemlerin kümülatif etkisini

nu belirtmiştir. Bu açıdan, 51. madde metninde yer alan "... doğal olan bireysel veya müşterek meşru müdafa hakkı..." ifadesi uluslararası örf ve âdet hukukundaki bu hakkın Antlaşma metnine dahil edilmesinin bir sonucudur. Divan; dava hükmünde, 51. maddede yer almakla birlikte, meşru müdafaaya dayanan eylemlerin saldırıya karşı orantılı ve zaruri olması koşullarının, örf ve âdet hukukunda kabul edilen kurallar olduğunu ifade etmiştir. Bkz. ICJ Reports (1986), para. 176.

⁷⁸ ICJ Reports (1986), para. 176; ayrıca bkz. GILL, s. 197.

⁷⁹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion ICJ Reports (2004), para. 139.

⁸⁰ Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Report 66 (1996), paras. 40-44; *Case Concerning Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, ICJ Report 4 (1949).

⁸¹ ICJ Reports (2003), para. 161.

⁸² ICJ Reports (2003), para. 51.

de bir kriter olarak kabul etmiştir.⁸³

Divan, bir sonraki aşamada ABD'nin iddialarını değerlendirmiştir. Divan'a göre, *Sea Isle City* gemisine yapılan saldırı İran'a atfedilse bile, önemli olan bu saldırının silâhlı bir saldırı oluşturup oluşturmadığı hususudur.⁸⁴ Divan'a göre, saldırı sırasında *Sea Isle City* gemisi Kuveyt sularındaydı. Ayrıca, yüz kilometre uzaktan fırlatılan *İpekböceği* füzesi belli bir gemiye yönelik değil, Kuveyt sularında bulunan bazı hedeflere karşı planlanmış bir saldırıydı.⁸⁵ *Texaco Caribbean* gemisi ise saldırı sırasında ABD'nin bayrağını taşımamaktaydı. Dolayısıyla bu gemiye yapılan saldırı ABD'ye karşı bir saldırı olarak nitelendirilemez. Ayrıca Divan, İran-Irak savaşı sırasında Körfez'deki mayınların *İran Ajr* gemisi tarafından döşenmediğini vurgulayarak⁸⁶ ABD'nin Körfez'de bulunan gemilerine yapılan saldırıların da silâhlı saldırı olmadığını ve *Texaco Caribbean* gemisine yapılan saldırının bu gemiye zarar verme kastıyla yapılmadığını açıklamıştır.⁸⁷

Konuya başka bir açıdan bakarsak, genelde meşru müdafaa hakkı çerçevesinde gerçekleştirilen kuvvet kullanımının saldırı veya tehditle nitelik ve miktar bakımından orantılı olması ve tehdidi bertaraf etmek için

⁸³ ICJ Reports (2003), para. 64.

⁸⁴ BM Antlaşması'nın 51. maddesi silâhlı saldırıyı tanımlamamasına rağmen, UAD 1986 tarihli Nicaragua Kararı'nda silâhlı saldırının tanımını BM Genel Kurulu'nun 1974 tarihli kararına (*United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) (Definition of Aggression), December 14, 1974*) atf yaparak yorumlamıştır. BM Genel Kurulu 1974 tarihli kararının 1. Maddesinde, saldırı fiilini genel olarak şöyle tanımlamıştır: "Saldırı, bir Devletin diğer bir Devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu tanımda belirtildiği üzere, BM Antlaşması ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silâhlı kuvvet kullanılmasıdır." Saldırının tanımı ile ilgili görüşler için bkz. STONE, Julius, *Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression*, *AJIL*, Vol. 71, 1977, ss. 224-246. Divan Nicaragua kararında, BM Genel Kurulu'nun Saldırının (Tecavüzün) Tanımı'na ilişkin 3814 (XXIX) sayılı ve 1974 tarihli kararı çerçevesinde, meşru müdafaayı gerektiren gerçek silâhlı saldırıyı şu şekilde tanımlamıştır:

"Bir devlet tarafından veya bir devlet adına diğer bir devlete karşı silâhlı kuvvet fiillerini icra eden silâhlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması" düzenli ordu tarafından yürütülen gerçek bir silâhlı saldırıyı (*Actual Armed Attack*) oluşturmaktadır. Bkz. ICJ Reports (1986), paras. 194-95. Ayrıca bkz. *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, G.A. Res. 2625, U.N. GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, U.N. Doc. A/8028 (1970).

⁸⁵ ICJ Reports (2003), para. 64.

⁸⁶ ICJ Reports (2003), para. 64.

⁸⁷ ICJ Reports (2003), para. 64.

gerekli oranı aşmaması gerekmektedir.⁸⁸ Orantılılık ilkesine göre; mağdur devletin, saldırgan devletin saldırısına karşılık olarak gerçekleştirdiği askerî güç kullanımının doğrudan saldırgan devletin silâhlı gücüne yönelik olması ve savunma amaçlı olsa bile askerî misilleme niteliğine bürünmemesi gerekmektedir.⁸⁹ Bir başka deyişle, meşru müdafaa hakkını kullanan devletin karşı eylemi, kendisine yapılan saldırıyı bertaraf etmekle sınırlı olmalıdır.⁹⁰ Bu amacı aşan bir meşru müdafaa eylemi, bu hakkın ihlâli anlamına gelebilir. Bu nedenle meşru müdafaa hakkını kullandığını iddia eden devletin kendisi saldırgan konumuna düşebilir. Kuşkusuz bu durum, ilk silâhlı saldırıyı gerçekleştiren devletin eylemini de meşrulaştırmamaktadır. Ancak, verilen karşılığın da orantılılık koşulunu aşması yapılan eylemin meşru müdafaa olarak kabul edilmesini zorlaştıracaktır. Bu yüzden orantılığı aşan tersi bir durum, yapılan eylemin misilleme niteliği kazanmasına neden olabilir.⁹¹ Buna göre Divan, *Sea Isle City* gemisine karşı girişilen eylemleri kümülatif olarak değerlendirdiğinde bile ölçü ve etki bakımından en ciddi kuvvet kullanma biçimi olan silâhlı saldırı düzeyine ulaşmadığına hükmetmiştir.⁹² Her halükârda, 18 Nisan 1988 saldırılarının bütün çapını, İran'a ait iki fırkateynin ve birçok askerî gemi ve uçağın tahrip edildiğini de göz ardı etmemiştir. Divan, ABD'nin bu saldırılarını İran'ın Körfez'e mayın döşemesine karşılık olsa bile, meşru müdafadaki orantılı kuvvet kullanma olarak kabul etmemiştir.⁹³

Divan'a göre, seviyesi önemli miktarda ağır olmayan bir saldırıya karşı kuvvet kullanımı meşru müdafaa olarak nitelendirilemez. Ama Divan'ın uygulamasında bir saldırının silâhlı saldırı seviyesine varması için gereken güç miktarı belirlenmemiştir.⁹⁴

⁸⁸ F. INTOCCIA, s. 205.

⁸⁹ Misilleme (retorsion) ile meşru müdafaa arasındaki temel farklılık elde edilmek istenen amaçla ilgilidir. Meşru müdafada devletin amacı, hayati gördüğü haklarını savunmak ve güvenliğini sağlamaktır. Misilleme ise, meşru müdafaanın aksine cezalandırıcı bir niteliğe sahiptir. Misillemede, uğranılmış olan zararın tazmin edilmesinin karşı tarafa yüklenilmesi çabası vardır. Bkz. ALEXANDROV, s. 17.

Misilleme, devletler hukukunun izin verdiği sınırlar içerisinde kalınarak, bir devletin diğer bir devletin çıkarına aykırı olacak şekilde, zorlayıcı bir önlem olarak başvurduğu bir yoldur. Misilleme hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı eylemlere karşı girişilebilecek bir yoldur. Öte yandan, misillemenin orantılı olması da gerekmez. Detaylı bilgi almak için bkz. PAZARCI, s. 202.

⁹⁰ GREIG, s. 677.

⁹¹ BROWNLIE, *The Principle of Non – Use of Force*, s. 25.

⁹² ICJ Reports (2003), para. 77.

⁹³ ICJ Reports (2003), para. 77.

⁹⁴ OCHOA, s. 513.

Dolayısıyla, Divan'ın Petrol Platformları kararında, Nikaragua kararında belirlediği temel parametreler çerçevesinde meşru müdafaa hakkının dar bir yorumunu yaptığını söylemek mümkündür.

Divan'ın bu kararda meşru müdafaanın gereklilik ve orantılılık koşulları hakkında açıklaması eleştirilerden uzak kalmamıştır. ABD'nin hukuk danışmanı William H. Taft, Divan'ın açıklamalarının eksikliğini şu şekilde eleştirmiştir:

“Uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkını kullanan devletin saldırgan devlet tarafından kullanılan gücün aynı derecesini veya türünü kullanmasına lüzum yoktur. Aksine, meşru müdafaa adına alınan tedbirlerin orantılılığı tehdidin niteliğine göre değerlendirilir.”⁹⁵

V. DİVAN'IN KARARI

Divan, on bir sene süren *Petrol Platformları Davası*'nda tarafların iddialarını, itirazlarını ve taleplerini değerlendirdikten sonra kararını 6 Kasım 2003 tarihinde açıklamıştır.

Divan,

1. İkiye karşı on dört oyla,⁹⁶ 19 Ekim 1987 ve 18 Nisan 1988 tarihlerinde ABD'nin silâhlı kuvvetlerinin İran petrol platformlarına yaptığı saldırıların, İran ve ABD arasındaki *Dostluk, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Haklarına Dair 1955 tarihli Antlaşma*'nın 20 (1/d) maddesi çerçevesinde, kuvvet kullanımına ilişkin uluslararası hukuk ışığında yorumlandığı şekilde, davalı ABD'nin esaslı menfaatlerini korumak amacıyla gerekli tedbirler olarak haklı göstermeyeceğine; ayrıca, İran'ın, bu eylemlerin, tarafların ülkeleri arasındaki *Ticaret Serbestisine İlişkin Antlaşma*'nın 10 (1) maddesi altındaki ABD'nin yükümlülüklerinin ihlâl oluşturduğu iddiasını ve bu sonuç itibarıyla onarım istemini⁹⁷;

2. Bire karşı on beş oyla⁹⁸, ABD'nin, İran'ın tarafların ülkeleri arasındaki ticaret ve seyrüsefer serbestisine ilişkin *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesi altındaki yükümlülüklerinin ihlâlüne ve dolayısıyla onarım talebine ilişkin karşı iddialarını reddetmiştir.⁹⁹

⁹⁵ H. TAFT IV, s. 305.

⁹⁶ Yargıç Awn Shawakat Al-Khasawneh (Ürdün'den) ve Nabil Elaraby (Mısır'dan) karşı oy kullanmışlardı.

⁹⁷ ICJ Reports (2003), para. 125.

⁹⁸ Yargıç Bruno Simma karşı oy kullanmıştı.

⁹⁹ ICJ Reports (2003), para. 125.

Gerçi ABD'nin *Dostluk Antlaşması*'nın ihlâlinden sorumlu tutulması ve İran'ın uğradığı zararların tazmin edilmesi, İran'ın temel talepleri olarak olumlu bir şekilde Divan'ın kararına yansımamıştır; ama Divan, ABD'nin petrol platformlarına saldırısının gayri meşruluğuna ve dolayısıyla BM Antlaşması'nın 51. maddesinin ihlâl ettiğine dair karar vermekle birlikte, İran'ın zımni talebini gerçekleştirmiştir.¹⁰⁰ Divan, ABD'nin meşru müdafaa hakkı kapsamında kuvvet kullanmasının dolaylı şekilde BM Antlaşması'nın 51. maddesinin ihlâli olarak tanımıştır, çünkü meşru müdafaa koşulları gerçekleşmemiştir.

SONUÇ

Divan kararında en dikkat çekici nokta kararın bentlerinin doğru bir şekilde sıralanmamasıdır. Bir başka deyişle, Divan öncelikle ABD'nin meşru müdafaa iddiasını incelemiş ve sonra Antlaşmanın 10 (1) maddesinin ABD tarafından ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Hâlbuki hukuki bir analiz olarak önce 10. madde (ticaret serbestisi) ve sonra 20. madde esasında meşru müdafaa hususunun değerlendirilmesi gerekiyordu.

Divan, *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesindeki “Ticaret” kavramını dar bir şekilde yorumlamıştır; hâlbuki Antlaşma'daki ticaret kavramı sadece iki taraf arasındaki deniz ticaretini değil, genel olarak ticaretle ilgili tüm yardımcı faaliyetleri de kapsamaktadır. Ancak Divan, İran-Irak savaşı sırasında iki devlet arasında ekonomik ilişkinin olmadığı için ABD'nin saldırısının ticaret serbestisini etkilediğini kabul etmemiştir. Başka bir deyişle, Reagan'ın 1987'de İran'a karşı ambargo uygulanması kararı sonucu, iki ülke arasında gerçek anlamda ticarî ilişki yoktu. Bu nedenle Divan, Amerikan Deniz Kuvvetleri'nin İran'ın petrol platformlarına saldırısını, Antlaşma'daki ticaret serbestisinin ihlâli olarak değerlendirmemiştir. Aslında Divan, Antlaşma'daki ticaret kavramını doğrudan doğruya yapılan ticaretî faaliyetlerle sınırlı olarak yorumlamıştır.

Genelde hukuki açıdan devletler tek taraflı olarak uluslararası bir antlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçamazlar.¹⁰¹ Buna göre, Reagan'ın 12613 sayılı yürütme kararı (İran'dan tüm ithalatın (ham petrol hariç) yasaklanması) ABD'nin Antlaşmadaki ticaret ve seyrir serbestisini sağlaması yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla bu açıdan

¹⁰⁰ ICJ Reports (2003), paras. 31, 78.

¹⁰¹ *Separate Opinion of Judge ad hoc Rigaux*, ICJ Reports (2003), para. 8.

Divan'ın kararı eleştiriye açıktır.

İran devleti, iddialarında ABD'nin İran'ın petrol platformlarına saldırılar düzenlemesi sonucu *Dostluk Antlaşması*'nın 10 (1) maddesini ihlâl ettiğine ve dolayısıyla karşı tarafa verdiği tüm zararları karşılamasına karar verilmesini talep etmiştir. Hâlbuki Divan, ABD'nin eylemlerini Antlaşma'nın 10 (1) maddesi değil, 20 (1) maddesinin ihlâli olarak nitelendirmiş ve İran'ın onarım isteminin bu madde kapsamında yer almadığına ve sonuç olarak taleplerinin reddedilmesine karar vermiştir.

Bu bağlamda gelişmiş ülkeler uyruğundaki yargıçlar ve gelişmekte olan ülkeler uyruğundaki yargıçlar arasında görüş farklılığı vardı. ABD lehine oy kullanan yargıçlar¹⁰², Antlaşmanın 10 (1) maddesinin ABD tarafından ihlâl edilip edilmediği hususunun Divan tarafından incelemesinin gereksiz olduğunu ifade etmişlerdir. Gelişmekte olan devletler, özellikle de Arap devletlerinin uyruğundaki yargıçlar¹⁰³ ise, ABD'nin İran'ın petrol platformlarına düzenlediği saldırılar sonucu sorumlu tutulması ve İran'a verdiği zararları karşılaması gerektiğini vurgulamışlardır.

1987'de İran'a karşı ekonomik ambargonun uygulanması sürecinde bile iki devletin ülkesi arasında petrol ticareti tamamen durdurulmamıştı ve ABD'nin İran'dan petrol ithalatı dolaylı olarak devam etmekteydi¹⁰⁴. Buna rağmen Divan, İran'ın onarım talebinin kabulüne karar vermesi için iki ülke arasındaki dolaylı ticarî ilişkiyi yeterli bir delil olarak kabul etmemiştir.

Sonuç itibariyle, gerçi UAD Petrol Platformları Kararı'nda davacı İran'ın onarım talebini reddetmiştir; ama ABD'nin kuvvet kullanımının gayri meşruluğuna karar vermesiyle birlikte devletlerin uluslararası ilişkilerinde kuvvet kullanmalarına ilişkin önemli bir içtihat oluşturmuştur.

¹⁰² Rosalyn Higgins (İngiltere'den), Pieter H. Kooigmans (Hollanda'dan), Thomas Buergenthal (ABD'den), Hisashi Owada (Japonya'dan).

¹⁰³ Awn Shawakat Al-Khasawneh (Ürdün'den) ve Nabil Elaraby (Mısır'dan).

¹⁰⁴ Reagan'ın yürütmeye kararının ikinci bölümüne göre "Birinci bölümde öngörülen yasak (İran kaynaklı eşyaların ithalatının yasaaklanması) aşağıdakileri kapsamamaktadır: ... b. Üçüncü bir ülkede İran'ın ham petrolünden arındırılmış petrol ürünleri; c. Bu karar yürürlüğe girmeden önce doğrudan doğruya İran'dan ithal edilen maddeler"; Bkz. *Executive Order 12613, signed October 29, 1987, prevents goods of Iranian origin to be imported into the United States, Section. 2* (<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12613.html>, erişim 15.05.2012).

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- ALEXANDROV, Stanimir, *Self – Defense Against the Use of Force in International Law*, First ed., Netherlands 1996.
- ARAL, Berdal, *Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı*, Ankara 1999.
- BROWNLIE, Ian, *Law and the Use of Force by the States*, First ed., Oxford 1963.
- BROWNLIE, Ian, *Principle Public International Law*, 4th ed., Oxford 1995.
- BROWNLIE, Ian, *The Principle of Non – Use of Force*, (Edit) William BUTLER; *The Non- Use of Force International Law*, London 1989.
- DAY, Erin, *Economic Sanctions Imposed by the United States Against Specific Countries: 1979 Through 1992*, Washington 1992.
- D. GILL, Terry, “Litigation Strategy in the Nicaraguan Case at the International Court”, in: Yoram Dinstein & Mala Tabory; *International Law at a Time of Perplexity*, Netherlands 1989.
- GREIG, D. Westlake, *Internatioanal Law*, London 1970.
- F. DAMROSCH, Lori & Others, *International Law: Cases and Materials*, Fourth ed., United States 2001.
- HYDE, Charles Cheney, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, Vol. 3, Boston 1945.
- H. BAŞEREN, Sertaç, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara 2003.
- İNAN, Yüksel, *Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi*, Ankara 1982.
- J. SCHEFFER, David, *Introduction: The Gerat Debate of the 1980s*, Louis Henkin & Others (Ed.), *Right v. Might, International Law and the Use of Force*, New York 1989.
- KESKİN, Funda, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Ankara 1998.
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Cilt: 3, Ankara 1999.

MAKALELER

- E. FOSTER, Caroline, The *Oil Platforms* Case and the Use of Force in International Law, *Singapore Journal of International & Comparative Law*, Vol. 7, 2003, ss. 579-588.
- H. F. BEKKER, Pieter, The World Court Finds that U.S. Attacks on Iranian Oil Platforms in 1987-1988 Were Not Justifiable as Self-Defense, but the United States Did Not Violate the Applicable Treaty With Iran, *ASIL Insights*, 2003, (<http://www.asil.org/insigh119.cfm>, erişim 12.11.2012)
- H. TAFT, William, Self-Defense and the *Oil Platforms* Decision, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 29: 291, 2004, ss. 295-306.
- HENKIN, Louis, The Reports of the Death of Article 2 (4) Are Greatly Exaggregated, *AJIL*, Vol. 65, 1971, ss. 544-548.
- INTOCCIA, Gregory Francis, American Bombing of Libya: An International Legal Analysis, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 19, 1987, ss. 177-213.
- JENNINGS, R.Y, The Caroline and McLeod Cases, *AJIL*, Vol. 32, No. 1, 1938, ss. 82-84.
- L. KUNZ, Josef, Individual and Collective Self-Defence in Article 51 of the Charter of the United Nations, *AJIL*, Vol. 87, 1947, ss. 872- 873.
- LOBEL, Jules, The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 24, 1999, ss. 537-543.
- M. FRANK, Thomas, Who Killed Article 2 (4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States, *AJIL*, Vol. 64, 1970, ss. 809, 837.
- OCHOA, Natalia & Others, Exploring the Limits of International Law Relating to the Use of Force in Self-defence, *EJIL*, Vol. 16, No. 3, 2005, ss. 499-524.
- REİSMANN, W. Michael, The Raid on Baghdad: Some Reflections on Its Lawfulness and Implications, *EJIL*, Vol. 5, 1994, ss. 120, 125.
- RİSHİKOFT, Harvey, When Naked Came the Doctrine of Self-Defense: What Is the Proper Role of the International Court of Justice in Use of Force Cases?, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 29: 291, 2004, ss. 331-342.

SCHACHTER, Oscar, The Right of States to Use Armed Force, *The Michigan Law Review*, Vol. 82, 1984, ss. 1620-1635.

STONE, Julius, Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression, *AJIL*, Vol. 71, 1977, ss. 224-246.

YARGI KARARLARI

Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports, 2004.

Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Report 66, 1996.

Case Concerning *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, ICJ Report 4 (1949).

Case Concerning *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Reports (II), 17 September 1996.

Case Concerning *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Reports 6 November 2003.

Case Concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* ICJ Reports, 1986.

Case Concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)* ICJ Reports, 2005.

BELGELER

Executive Order 12613, signed October 29, 1987, prevents goods of Iranian origin to be imported into the United States. Specific restrictions, such as the 1987 Iranian Transactions Regulations (31 CFR Part 560) and subsequent amendments, place limits on transactions relating to the development of Iran's petroleum facilities (<http://www.archives.gov/federalregister/codification/executiveorder/12613.html>, erişim 15.05.2012).

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625, U.N. GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28,

U.N. Doc. A/8028 (1970), <http://www.unhcr.org/refworld/topic,459d17822,459d17a82,3dda1f104,0.html>, erişim 16.05.2012).

Rules of ICJ (1978), Adopted on 14 April 1978 and Entered Into Force on 1 July 1978 (<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>, erişim 11.12.2012).

Treaty Amity, Economic Realtions and Consular Rights between the United States of America and Islamic Republic of Iran (1955, http://www.parstimes.com/law/iran_us_treaty.html, erişim 15.05.2012).

Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (with protocol) signed 21 January 1956, Nicaragua - United States of America, Enterede into Force 24 May 1958 UNTS, Vol. 367, No. 3. 1960.

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, art. 31 (3)(c), U.N. Doe. A/CONF. 39/27, 1155 U.N.T.S. 331, 340 (1980); United Nations Treaty Series (UNTS), Volume. 1155, 1980.

AVUSTURYA PARLAMENTOSU ÜZERİNE

Fahri BAKIRCI*

ÖZET

Parlamenteur sisteme sahip olan Avusturya ile Türkiye arasında, parlamenteur sistemlerde rastlanmayan devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçimi konusunda benzerlik oluşmuştur. Diğer taraftan, iki Ülke Parlamentolarının yapı ve işleyişlerinde benzerlikler bulunmaktadır. Ancak bu benzerliklere rağmen Ülkelerin Parlamentolarının çalışma süreleri birbirinden çok farklıdır. Bunun nedeni Avusturya Parlamentosunda rasyonelleştirme ilkesinin etkin biçimde uygulanmasıdır. Rasyonelleştirme ilkesi etkin biçimde uygulanmadığı ve uygulama aksi yönde geliştiği için, TBMM Avusturya Parlamentosu ile karşılaştırılamayacak çok uzun süreler çalışmasına ve çok sayıda yasa çıkarmasına rağmen yasa ihtiyacını azaltamamaktadır. Bu makalede Avusturya Parlamentosunun yapı ve işleyişi ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmış ve sistemin rasyonel işleminin arkasındaki nedenler ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu makalenin TBMM'nin rasyonel bir işleyişe kavuşturulmak istenmesi halinde yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Parlamento, TBMM, Avusturya Parlamentosu, rasyonelleştirme, içtüzük.

ON THE AUSTRIAN PARLIAMENT

ABSTRACT

Turkey and Austria both have parliamentary systems. But although in these types of the systems, the presidents of the states are not directly elected by the people, in these two countries they are. So both Countries have exceptions in this respect. On the other hand, both Countries have some similarities in respects of the structure and functioning of their Parliaments. But they have important and vital differences in respect of rationality principle. Grand National Assembly of Turkey (GNAT) does not make use of this principal and its working procedure is based on a non-rational principle. For this reason although GNAT works harder than Austrian Parliament, there is a great need of the new legislation in Turkey. In this article the rational working of Austrian Parliament and the reasons behind it, are tried to be explained. It is supposed that this article can be useful if GNAT desires to apply rationality principle.

Keywords: Parliament, GNAT, Austrian Parliament, rationalization, standing orders.

* Dr., TBMM, Müdür Yrd. fahribakirci@gmail.com

GİRİŞ

Avusturya'daki anayasal sistem, Türkiye açısından bugün özel bir önem kazanmıştır. Çünkü her iki ülkede de devlet başkanları doğrudan halk tarafından seçilmekle birlikte, devlet sistemleri, parlamenter sistemler olmaya devam etmektedir. Avusturya'da bu sistem, 1929 yılında yaşanan siyasal krize bir tepki olarak devlet başkanının güçlendirilmesi isteğinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır ve dolayısıyla tarihsel bir kökeni vardır. Türkiye'de ise makalenin yazıldığı sırada Cumhurbaşkanı henüz halkoyu ile seçilmemiştir ve parlamenter sistemin dengeleri ile ilgili kaygılar vardır.

Ancak iki ülke arasındaki benzerlik parlamenter sistem olmalarına rağmen devlet başkanını halkoyu ile seçmelerinden ibaret değildir. İki Ülkenin Meclislerinde yürürlükte olan İçtüzükler önemli benzerlikler taşımaktadır. Bu benzerlik kimi zaman o kadar artmaktadır ki Ülkelerden birinin değerinden etkilendiği izlenimi çok güçlü biçimde ortaya çıkmaktadır. Ne var ki İçtüzüklerin birinin diğerinden etkilendiğine ilişkin olarak elde herhangi bir somut kanıt bulunmamaktadır. Diğer taraftan bu benzerliğin ortaya konup ispatlanması kendi başına anlamlı değildir. Anlamlı olan, bu benzerliğe rağmen, Avusturya Parlamentosu İçtüzüğü'nün neden rasyonel bir işleyişe olanak tanıdığı ve TBMM İçtüzüğü'nün neden rasyonel bir işleyişin önünde engel oluşturduğudur. Bu cevabın verilebilmesi halinde TBMM İçtüzüğü'nün değiştirilmesi sırasında aksayan yönlerin nasıl düzeltilebileceği somut bir örnekten yola çıkılarak gösterilebilecektir. Bu nedenle de bu makalede Avusturya Parlamentosunun yapı ve işleyişi Anayasa ve İçtüzük kuralları çerçevesinde incelenecektir. Kurumların ve işleyişlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için kökenlerine inebilmek amacıyla ülkenin tarihsel geçmişine de kısaca göz atılacaktır.¹

A. Kısa Avusturya Tarihi

1.Kuruluş, Roma İmparatorluğu altında Noricum Krallığı dönemi (M.Ö. II-M.S.V Yüzyıllar)

Bugünkü Avusturya topraklarında ilk olarak M.Ö. II. Yüzyılda Noricum Krallığı kurulmuştur. Devleti oluşturan Norik halkı, İlyrler ile Keltlerin karışımından oluşmuştu. Romalılar Cermen tehlikesine karşı bir tampon oluşturmak amacıyla Noricum Krallığına barışçı yollarla sızmış ve

¹ Avusturya'nın tarihine ilişkin bu kısa özet temel olarak şu kaynaktan derlenmiştir: ÇELİKER, s. 5-19. Bu nedenle bu bölümde bu kaynaktan yapılacak alıntılar için dipnot verilmeyecek, başka kaynaklardan alıntı yapıldığı takdirde bunlara ilişkin dipnot verilecektir.

M.Ö. 16'da burayı savaşız işgal etmişlerdir. Norikler Roma uygarlığından yararlanmışlar ve M.S. V. Yüzyılda bölgede Roma İmparatorluğunun tümüyle çökmesine kadar Roma İmparatorluğunun egemenliği altında yaşamışlardır. Bundan sonra V ve VI. Yüzyıllarda Avusturya toprakları üzerinde, kısa süreli ve birbirini izleyen Hun, Cermen, Got, Bavyera, Slav, Avar devlet ya da dukalıkları kurulmuştur.

2.Frank Egemenliği ya da Bavyeralılar Yönetimi (VI-IX. Yüzyıllar)

VI. Yüzyılın ortalarından X. Yüzyılın başlarına kadar bu topraklarda Bavyeralılar hüküm sürmüştür. O tarihlerde Bavyera Dukalığı Frankların egemenliğindedir ve Frank Kralı Büyük Karl IX. Yüzyılın başında Avusturya topraklarında Ostmark'ı (Doğu Vilayeti) kurmuştur. Büyük Kralın ölümünden sonra karışıklıklar nedeniyle Frankların doğudaki egemenlikleri sarsılmış ve Karolenj Avusturya tarihe karışmıştır. Bunun yerine bugünkü Aşağı Avusturya (Niederösterreich) yarım yüzyıl boyunca Macarların egemenliğinde kalmıştır.

3.Babenbergler Dönemi (X-XIII Yüzyıllar)

Avusturya 10 Ağustos 955'te² Macar ordusunu yenilgiye uğratan Alman Kralı I. Otto tarafından Ostmark (Östereich) adıyla yeniden kurulmuştur. Bundan sonra Bavyeralılar yeniden Avusturya'ya göç etmişler ve Ostmark 976 yılında Bavyera Dukalığına bağlı bir kontluk haline getirilmiştir. Kontluğun yönetimi Babenberg Soyuna verilmiştir. Babenbergler 976'dan 1246 yılına kadar 12 Prensle Avusturya'yı yönetmişlerdir ve bu dönemde sınırlar Kontlar ve Dükler tarafından genişletilmiştir. Alman İmparatoru I. Frederich 1156 yılında Ostmark'ı Bavyera'dan ayırmış ve dukalığa yükseltmiştir. Bu dönemde Osmark'ın başkentleri sırasıyla Pöchlarn, Melk, Tulln, Gars, Klosterneuburg ve 1154'te Dük II. Heinrich zamanında, bugünkü başkent Viyana olmuştur.³ Erkek çocuğu olmayan son Babenberg Dükü'nün 1246'da Macarlarla yaptığı savaşta ölmesi üzerine Babenberg soyunun yönetimi sona ermiştir.

4.Ottokar Dönemi (XIII Yüzyıl-1246-1276)

İktidar mücadelesini o zaman Maehren⁴ Kontu Perzemsal Ottokar kazanmış ve 1276 yılına kadar burayı yönetmiştir. Ottokar daha sonra Bohemya

² Bu tarih Avusturya'nın doğum günü olarak kabul edilir.

³ Avusturya Bayrağının geçmişi Haçlı Seferlerine dayanmaktadır. 1191'de Haçlı Seferlerine katılan Dük V. Leopold kırmızı-beyaz-kırmızı bir şilt taşımış ve bu renkler 1230 yılında VI. Leopold zamanında Avusturya arması olarak kabul edilmiştir. Bu renkler bugün Anayasa ile güvence altına alınmış olan Avusturya Bayrağının renkleridir.

⁴ Bugün Çekoslovakya'da bulunan Moravya.

Kralı da olmuş ve bu nedenle Avusturya'yı Bohemya Krallığına bağlı bir il olarak yönetmiştir. 1273 yılında Alman Krallığına Rudolf von Habsburg seçilmiştir. Ottokar bu seçimi tanımayarak Alman Kralı ile mücadeleye başlamıştır. Ottokar 1276'da mücadeleyi kaybetmiş ve 1278'de yapılan savaşta da ölmüştür. Bundan sonra yönetim beş asır yönetimde kalacak olan ve daha sonra bir buçuk asır daha Lotringen Soyu ile birlikte Avusturya'yı yönetecek olan Habsburg Soyunun eline geçmiştir.

5.Habsburg Soyu Dönemi (XIII-XVIII Yüzyıllar: 1278-1780)

Ottokar'ı yenen Rudolf von Habsburg Avusturyayı dört yıl yönettikten sonra yerine oğlu I. Albrecht geçmiştir. Avusturya tahtına Habsburg soyundan 45 hükümdar geçmiştir. Ülke 1379 yılında Avusturya ve Steier, 1406'da Steier ve Tirol, 1564'te Avusturya, Steier ve Tirol soylarına bölünmüş ve kardeşler kendilerine ait topraklarda ayrı ayrı egemen olmuşlardır. 1619 yılında ülke toprakları tekrar birleşmiş ve tekrar bölünme olmamıştır. Habsburg İmparatorlarının 265.453 metre karelik toprak üzerinde 53 milyon kişiyi yönettikleri sanılmaktadır. Bugünkü Avusturya nüfusunun 8.3 milyon kişi ve yüzölçümünün 33.000 metre kare olduğu düşünüldüğünde Habsburglar döneminde İmparatorluğun ne kadar genişlediği daha iyi tahayyül edilebilir.⁵ İlk Habsburglar Avusturya'ya savaşlar yoluyla yeni topraklar kazandırmak ve bağımsız bir devlet olmak için çaba göstermişlerse de daha sonraki dönemlerde savaşlar yerine evliliklerle genişleme yolu seçilmiştir. Dük V. Albrecht 1437'de Macar Kralı, 1438'de Alman ve Bohemya Kralı olmuştur. Böylece Avusturya Dükü üç kral tacı birden giymiştir. Bu tarihten sonra 1806 yılına kadar Kutsal Roma Cermen İmparatorluğunun tacı Avusturya hükümdarlarında kalmıştır. İmparator I. Maximilian döneminde, Avusturya, Alman topluluğu içinde büyük bir devlet olarak gelişmiştir. İmparatorun *evlenme politikası* 'sayesinde Burgund Kontluğu, Hollanda, İspanya, Macaristan ve Bohemya tahtları Habsburg Hanedanının eline geçmiştir. Bu dönemde Fransızlara karşı yapılan savaşlar ile İspanya Veraset Savaşlarında başarı kazanan Avusturya Napoli, Milano, Sardunya ve Belçika'yı ele geçirmiş ve Orta Avrupa'da büyük bir güç haline gelmiştir. Avusturya tahtında oturan VI. Karl'ın erkek çocuğu olmadığından kızı Maria Theresia'yı veliaht ilan etmiş ve bunun Avrupa devletleri tarafından kabulünü sağlamıştır.

⁵ AUSTRIA, s. 9.

⁶ Savaşları başkaları yapsın, Sen, mutlu Avusturya, evlen!. Bu ilkeye dayalı olarak 1477'de Burgund, 1496'da İspanya, 1515'te Macaristan ile Bohemya evliliği yapılmıştır.

6.Habsburg-Lothringen Dönemi (XVIII-XX. Yüzyıl: 1780-1918)

Maria Theresia Lothringen Dükü I. Franz ile evlenmişti. Bu nedenle de Theresia'nın ölümünden sonra Avusturya tahtı Lothringen soyundan gelen oğlu II. Joseph'in eline geçmişti. Ancak Avusturya'nın kaderi bundan sonra Theresia'nın kızının yaptığı evlilikten de etkilenecekti. Theresia'nın kızı Kraliçe Maria Antoinette, Fransa Kralı XVI. Louis'in eşi idi. Bu nedenle Fransız ihtilali Avusturya'yı diğer Avrupa ülkelerinden daha fazla etkilemişti. Avusturya, 1792'den 1805 yılına kadar Fransa ile birlikte Alman İmparatoru II. Franz'a karşı savaşmış ve 1809 yılında tek başına savaşa devam etmiştir. Savaşlar maddi ve manevi kayıpların yanında geniş toprakların kaybına da neden olmuştur. Napolyon da 1805'te yaptığı savaşta Avusturya Ordusunu Austerlitz'te (Osterlitz) yenmiş ve Viyana'yı işgal etmiştir. Napolyon'un himaye ettiği Alman prensleri 1806'da Rhein Birliğini kurmuşlar ve Alman İmparatoru II. Franz, Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu tacından tümüyle vazgeçerek I. Franz adıyla sadece Avusturya İmparatoru olmuştur. Napolyon 1809 yılında yeniden Viyana'ya girmiş ve 1810'da Avusturyalı Grandüşes Maria Louise ile evlenmiştir. Başbakan Metternich Napolyon ile gerilimi sürdürmek yerine kısa süreli barışı yeğlemiştir.⁷ 1812 yılında Fransa ile birlikte Rusya'ya karşı savaşa giren Metternich bir yıl sonra Napolyon'a karşı Prusya ve Rusya ile birlikte açılan kurtuluş savaşına katılmış, Napolyon'a düşman kesilmiştir. Müttefikler Leipzig zaferini kazanarak Parisi işgal etmişlerdir. 1815'te yapılan Viyana Kongresi sonucunda Avusturya Belçika'dan vazgeçmiş ve bunun karşılığında Tirol, Voralberg, Salzburg, Galiçya, İlyria ve Kuzey İtalya'yı almıştır. Bu dönem Avusturya'sına '*Tuna Devleti*' denmiştir.

Bundan sonra Viyana Kongresi'nde başarı kazanmış olan Metternich dönemi başlamıştır. Metternich Avusturya'da sert bir politika izlemiş ve hoşnutsuzlukların artmasına neden olmuştur. İtalya ve Macaristan'da ihtilal olmuş ve 1848'de Viyana'da bir halk ayaklanması gerçekleşmiştir. Bu ayaklanmaların, Metternich'in uyguladığı sansürcü ve baskıcı politikalar yanında, sanayileşmeden kaynaklanan yapısal değişim ve eşzamanlı ortaya çıkan işsizlik ile hasatta meydana gelen düşüş gibi ekonomik nedenleri de vardır. Ayaklanmaya katılanlar sistemden rahatsızlık duyan siyasal liberaller ile demokratlar, yükselen burjuvazi, yoksullaşan kitleler, karşıt görüşlü ulusalcılar

⁷ Metternich XIX. Yüzyıl Habsburg tarihi içinde en önemli karakterdir. Tarihçiler 1815-1848 dönemini 'Metternich Çağı' ve getirdiği sistemi de 'Metternich Sistemi' olarak adlandırmışlardır. SKED, s. 42.

ve gizli örgütlerdir.⁸ Bu ayaklanmadan sonra Metternich İngiltere'ye kaçmış ve Avusturya'da Anayasanın kabulü sansürün kaldırılması gibi reformlar yapılmıştır. Avusturya'da ilk anayasa 25 Nisan 1848 tarihli'dir. Bu Anayasaya göre İmparatorluk Meclisi (Diet) Senato ve Temsilciler Meclisi olmak üzere iki kanatlıydı. Senato, Hanedan soyundan gelen prensler, kral tarafından ömür boyu seçilen soylular ve toprak sahibi soylular tarafından seçilecek temsilcilerden oluşuyordu, yani bir soylu meclisi idi. Temsilciler Meclisi iki dereceli seçimle seçiliyordu. Ücretle çalışan beden işçileri, hizmetçiler ve yoksullar hariç olmak üzere oy hakkından yoksun bırakılmamış bütün 24 yaşını doldurmuş erkekler, ikinci seçmen seçiminde oy kullanabiliyordu. Bir yasanın yasalaşması için her iki meclis tarafından kabulü ve Kral tarafından onaylanması gerekiyordu. Bu Anayasaya liberal orta sınıf, işçiler ve öğrenciler tarafından muhalefet edilmiştir, çünkü aristokratik senatonun demokratik yönü ağır basan Temsilciler Meclisi ile yetkileri aynı idi ve işçilerin çoğunluğu oy hakkından yoksun bırakılmıştı. Bu nedenle uygulama Anayasaya uygun yapılmadı. Bir kararname ile Meclisin tek kanattan oluştuğu açıklandı ve aynı ay çıkarılan seçim kanunuyla ücretlilerin oy kullanmasına izin verildi. Sadece birinin kişisel hizmetinde çalışanlar ile bir sosyal yardım kuruluşundan yardım alan yoksullar seçme hakkından yoksun kılındı. Böylece ilk Parlamento Anayasaya göre değil, seçim kanununa göre oluşturuldu. Ancak bu Parlamento kısa ömürlü olmuş ve 1849'da feshedilmiştir.⁹ Anayasaya rağmen ayaklanma çevreye yayılmış Bohemya, Macaristan, Yukarı İtalya ve Güney Slavya'da isyanlar çıkmıştır. Bunun sonucunda İmparator I. Ferdinand tahttan indirilmiş, Franz Josef imparator olmuştur.

İmparator Josef hem siyasal hem de ekonomik reformlar yapmış ve düzen yeniden kurulmuştur. Joseph tahta geldiğinde yeni bir anayasa (Mart Anayasası) ilan edilmiş, ancak bu anayasa da kısa süreli olmuş ve üç yıl için teorik düzeyde bir uygulaması olmuştur. Bu Anayasaya göre Kraliyet Meclisi iki kanattan oluşuyordu. Üst Kanat çeşitli illerin il meclisleri tarafından Aşağı Kanat 24 yaşına gelmiş ve belirli bir asgari vergiyi ödeme gücüne sahip erkekler tarafından doğrudan seçilerek oluşturuluyordu. 1849'da çıkarılan bu Mart Anayasasında Anayasanın kendisinden daha önemli bir kurum doğmuştur. Bu kurum daha sonraki modern parlamentonun da temelini oluşturacaktır: *Reichsrat* adındaki *Kraliyet Konseyi* bir tür danışma meclis olarak tasarlanmıştır ve Mart Anayasasının işleyen tek kurumu olmuştur.

⁸ SKED, s. 42, 74.

⁹ PARLIAMENTARY, s. 7.

Monarşinin gücü artınca mutlak yönetim hakim olmuş ve Anayasa yerine yeni bir Kraliyet Kararnamesi yayınlanmıştır. Bundan sonra 10 yıl boyunca mutlak yönetim egemen olmuş ve 1859'dan sonra yaşanan savaş ve ekonomik kriz nedeniyle sonra yeniden anayasal düzen arayışları başlamıştır. Bu amaçla *Ekim Deklarasyonu* yayınlanmıştır. Bu Deklarasyona göre Reichsrat iki meclisli bir yapı olacaktı. Aşağı ve Yukarı Meclislerin üyeleri kısmen kalıtsal, kısmen ömür boyu seçilen ve kısmen de il meclislerinde seçilen temsilciler tarafından dolaylı olarak seçilen ve İmparator tarafından onaylanan üyelerden oluşacaktı. Ancak bu yapı da işlememiş ve Macaristan'ın ayaklanma başlatması üzerine dört ay sonra Şubat Şartı adını taşıyan yeni bir anayasa çıkarılmıştır. Bu Anayasa'da Avusturya'da 1918'de monarşinin çöküşüne kadar varlığını sürdürecektir olan ve danışma organı olmaktan çok karar verme yetkisine sahip Reichsrat adında bir Parlamento oluşturulacaktı. Şubat 1861'de çıkarılan Krallığın Temsiline ilişkin Temel Yasa Avusturya Parlamentosunun doğuşunu sağlayan yasa olmuştur. Bu Anayasaya göre Reichsrat'ın iki kanadı (*Herrenhaus* ve *Abgeordnetenhaus*) vardı ve yasa her iki kanadın onayı ve imparatorun onayı ile kabul ediliyordu. Ancak imparatorun mutlak veto yetkisi de bulunmaktaydı. Parlamentonun toplantıya çağırılması ve feshedilmesi imparatorun ayrıcalığı idi.¹⁰

Parlamentonun bu erken dönemi şiddet içeren ulusal mücadelelerin gölgesinde geçmiştir. Macaristan Meclisi Temsilciler Meclisine üye seçmeyi reddetmiş ve bunun üzerine Hırvatistan Meclisi de üye seçmemiştir. Polonya ve Çekoslovakya da geç üye göndermiş ve gönderdikleri üyeleri sonradan geri çekmişlerdir. Bunun üzerine 1865 yılında parlamentoyu feshetmiştir ve parlamenter etkinlikler sona ermiştir. Avusturya'nın bu yıllarda dış politikada başarısızlığa uğraması üzerine Macarlar 1867'de Macar Anayasasının kabulü için baskı yapmışlardır. Macarlarla yapılan anlaşma üzerine merkezi, üniter Avusturya yerine Avusturya Macaristan Döalist devleti kurulmuştur. Yeni Anayasa Budapeşte'de ayrı bir Macar Parlamentosunun kurulmasını zorunlu kılmıştır¹¹: Macaristan iç yönetiminde tümüyle özgür olan eşit haklara sahip bir krallık olarak Avusturya-Macaristan Devletin yarısını oluşturmuştur. Avusturya İmparatoru aynı zamanda Macaristan Kralı olmuştur. Devletin içinde 16 ulus yer almıştır.¹² Bu uluslar Birinci Dünya Savaşına kadar bağımsızlık mücadelesi yürütmüşlerdir.¹³

¹⁰ PARLIAMENTARY, s. 9-12.

¹¹ PARLIAMENTARY, s.13.

¹² Alman, Çek, Slovak, İtalyan, Rumen, Sırp, Hırvat, Sloven, Macar, Polonya, Ukranya bunların önemlileridir.

¹³ Bu çok uluslu yapı nedeniyle, döalizm esası yerine federalizmin benimsenmesi halinde

Avusturya 1879 yılında Ruslara karşı bir savunma paktı imzalamış ve 1882’de İtalya da bu pakta katılarak Üçlü İttifak’ı oluşturmuştur. Avusturya Velihahtı Grandük Franz Ferdinand ile eşi Düşes Sophia’nın Saray Bosna’da bir Sırp Milliyetçisi tarafından öldürülmesi üzerine başlayan Birinci Dünya Savaşında Avusturya birçok cephede savaşmış ve aynı zamanda iç ayaklanmalarla uğraşmıştır. 1916’da İmparator Joseph’in, savaşın sürdüğü sırada ölmesi üzerine Avusturya- Macaristan İmparatorluğu çökmüştür.

7.Birinci Cumhuriyet: 1918-1938

1918 yılında Avusturya için geçici bir Milli Meclis oluşturulmuş ve aynı yıl İmparator Karl hükümdarlık hakkında feragat etmiştir. 12 Kasım 1918’da Avusturya demokratik cumhuriyet olmuştur. Şubat 1919’da yapılan ilk Ulusal Meclis seçimlerinde sosyal demokratlar 72, Hristiyan Sosyal Parti 69, Alman muhafazakar partisi 26 ve diğer partiler üç milletvekilliği kazanmışlar ve en büyük iki parti Karl Renner’in yönetimi altında bir koalisyon hükümeti kurmuşlardır.¹⁴ 25 Ekim 1919’da Avusturya Cumhurbaşkanı Karl Seitz tarafından imzalanan St. Germain Barış Anlaşmasıyla İtalya, Sırp-Hırvat Krallığı ve Çekoslovakya’ya geniş toprak bırakılarak Orta Avrupa’da küçük bir devlet haline gelmiştir. Cumhuriyetin ilk günlerinde sınırlarla ilgili tartışma devam etmiş ve sonunda yapılan referandumlarla Devletin bugünkü sınırları çizilmiştir. 1 Ekim 1920 tarihinde de federal devlet sistemini benimseyen Birinci Cumhuriyet Anayasası kabul edilmiştir.¹⁵ Buna göre Ulusal Konsey (*Nationalrat*) doğrudan seçimle oluşturuluyordu. Federal Konsey (*Bundesrat*) ise illeri temsil eden ve il meclisleri tarafından seçilen üyelerden oluşuyordu. Ancak Federal Konseyin tek yetkisi Ulusal Konseyin kabul ettiği yasaları ya onaylamak ya da veto etmektir. Veto üzerine Ulusal Konseyin ikinci oylama yapması gerekiyordu ve taslağın yeniden kabulü halinde veto kalkıyordu. İki meclisin toplamından oluşan Federal Meclis (*Bundesversammlung*) Federal başkanı seçiyordu. Önceleri Ulusal Meclisin Başkanı Devlet Başkanı da olmuştur. Federal Hükümet Ulusal Konsey tarafından seçiliyor ve bu Konsey tarafından güven oylamasına tabi tutuluyordu. Bunun doğal sonucu olarak siyasi sorumluluk gereği hükümet üyeleri Konseyin kararı ile Anayasa Mahkemesinin önüne çıkarılabiliyordu.¹⁶

Avusturya’nın daha başarılı olacağı ileri sürülmektedir.

¹⁴ AUSTRIA, s. 11.

¹⁵ Bu Anayasa üç büyük ve çok sayıda küçük değişiklikle birlikte bugün de yürürlükte olan anayasadır.

¹⁶ AUSTRIA, s. 22.

1922 yılından sonra Avusturya’da dört temel siyasal parti bulunmuştur: Sosyal Demokratlar(radikal sol), Hristiyan Sosyal Parti (muhafazakar), Büyük Alman Partisi (milliyetçi-liberal), Çiftçi Birliği (halkçı). Bu partilerin önemli bir özelliği her birinin özel milis kuvvetlerinin bulunmasıdır. Cumhuriyetin ilk yıllarında yaşanan ekonomik bunalımın da etkisiyle siyasal partiler arasında şiddeti de içeren çatışmalar yaşanmış ve 1927 yılında Viyana’da ihtilal olmuştur. Bu arada Başbakan Speil’e suikast düzenlemiş ve adliye sarayı yakılmıştır. Bunun üzerine 1929 yılında bir anayasa değişikliği gerçekleştirilmiş ve değişikliklerle cumhurbaşkanının yetkileri artırılmıştır.¹⁷ Bu değişikliklerle cumhurbaşkanına hükümeti atama ve görevden alma, parlamentoyu toplantıya çağırma, tatile sokma, feshetme, ordunun başkomutanı olma, olağanüstü hâl kararnameleleri çıkarma yetkileri verilmiş ve Federal Başkanın doğrudan seçmenler tarafından seçilmesi kuralı getirilmiştir.¹⁸ 1933 yılında yaşanan dünya ekonomik krizi ve bir siyasal bunalım nedeniyle cumhurbaşkanı ve meclis başkanı istifa etmiş ve Meclis kendi kendisini feshetmiştir. Bundan sonra seçimlere gidilmesi gerekirken Başbakan Dolfuss İtalya’nın da desteğini alarak diktatörlüğünü ilan etmiştir. Ancak Dolfuss’un diktatörlüğü çok sürmemiş ve 25 Temmuz 1934’teki bir nasyonal sosyalist ayaklanmasında öldürülmüştür. Yerine geçen Schuschingg de 1938 yılında nasyonal sosyalistler lehine hükümetten çekilmek zorunda kalmıştır. 13 Mart 1938 tarihinde Almanlar Avusturya’ya girmiş ve Hitler Avusturya’yı Alman topraklarına katmıştır. Böylece Birinci Cumhuriyet 1938 yılında sona ermiştir. 1938-1945 yıllarını Alman işgali altında geçirince İkinci Dünya Savaşının da savaşan taraflarından bir olmak zorunda kalmıştır. Savaş sırasında yayınlanan Moskova Deklarasyonunda savaş sonrasında Avusturya’nın bağımsızlık ve egemenliğini ilan edeceği açıklanmıştır.

8.İkinci Cumhuriyet: 1946-

Viyana 15 Nisan 1945’te Kızılordu tarafından ele geçirilmiş ve 27 Nisan 1945’te Karl Renner başkanlığında kurulan geçici hükümet Avusturya Cumhuriyetini yeniden ilan etmiştir. 1920 Anayasası, 1929’da değişikliğe uğradığı biçimiyle 1 Mayıs 1945’te yürürlüğe konmuş ve İkinci Cumhuriyet

¹⁷ Anayasa’da yapılan ilk büyük değişiklik 1925’te yapılan değişikliktir. Bu değişiklikte federal devlet ile eyaletlerin görev ve yetkileri açıkça belirlenmiştir. 1929’da yapılan bu önemli değişiklikten sonra 1995 tarihine kadar önemli bir değişiklik yapılmamıştır. 15 Aralık 1994’teki değişiklik Avusturya’nın 1 Ocak 1995’te Avrupa Birliği Üyesi olması ile ilgili değişikliktir.

¹⁸ Federal Başkanın doğrudan halk tarafından seçilmesi kuralı birinci cumhuriyette uygulanmamış ve ilk defa 1951 yılında uygulanabilmiştir. (Bkz. AUSTRIA, s. 15).

başlamıştır. 1945’de Viyana dört bölgeye ayrılmış ve bu dönemde hükümetin faaliyetleri Viyana’da kurulan ‘Müttefik İşgal Komisyonu’ tarafından yönlendirilmiştir. Bundan dolayı da İkinci Cumhuriyetin ilk on yılında işgale son verilmesi ve bu amaçla bir anlaşma yapılmasıyla uğraşmıştır. Sonunda 15 Mayıs 1955’te ABD, SSCB, İngiltere ve Fransa ile Avusturya arasında Viyana’da Belvedere Sarayında bir anlaşma imzalanmış ve Avusturya 1 Ocak 1938’deki sınırlarına kavuşmuştur. Böylece Avusturya dokuz federe devletten¹⁹ kurulu bağımsız ve bağılantısız bir cumhuriyet olmuştur.

B. Temel Yapı ve İşleyiş

Federal Avusturya Anayasasına²⁰ göre Avusturya *demokratik bir cumhuriyettir* ve yasaların kaynağı halktır. Federal Devlet 9 özerk eyaletten oluşmaktadır: Burgenland, Carinthia, Aşağı Avusturya, Yukarı Avusturya, Salzburg, Styria, Tirol, Vorarlberg ve Viyana. Federal başkent Viyana’dır. Federal devlet sınırları içinde tek para kullanılır, ekonomi ve gümrük birliği vardır.

Anayasa’nın 8. maddesine göre Devletin *resmi dili* Almancadır. Ancak bu durum federal kanunların azınlık olan dillere sağladığı hakların aleyhine yorumlanamaz. Anayasa *azınlıkta kalan dil ve kültürlerin ya da* daha doğru bir ifadeyle *etnik grupların* korunması için özel hüküm de getirmiştir. Buna göre Devlet, hem federal düzeyde hem de eyaletler ve belediyeler düzeyinde zaman içinde gelişmiş ve yerel etnik gruplarda ifadesini bulan kültürel ve dilsel çeşitliliğe bağlıdır. Bu etnik grupların dillerine, kültürlerine ve varlıklarını korumaya saygı gösterilmesi, bunların korunması ve geliştirilmesi gerekir. Anayasa ayrıca kadınların ve engellilerin eşitliğinin sağlanmasına yönelik koruyucu hükümler taşımaktadır.

Avusturya Cumhuriyetinin renkleri kırmızı-beyaz-kırmızıdır. Bayrak, ortası beyaz altı ve üstü kırmızı olan üç paralel doğrudan oluşur. Cumhuriyetin amblemi başında üç uçlu bir taç bulunan bir kartaldır.

Federal devlet ve federe devletler arasındaki yetki paylaşımının çerçevesi Anayasada belirlenmiştir. Anayasa federal devlete bırakılan yetkileri ayrıntılı olarak belirlemiş ve federal devlete yetki verilmemiş alanlarda yetkinin

¹⁹ Oberösterreich (Yukarı Avusturya), Niederösterreich (Aşağı Avusturya), Steiermark, Kärnten, Tirol, Salzburg, Vorarlberg, Burgenland, Viyana

²⁰ Federal Avusturya Anayasası, 01/03/2010 tarihli versiyonu, (http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf erişim: 7 Kasım 2012)

eyaletle ait olduğu kuralını getirmiştir. Ancak federasyona bırakılan yetkilerin sayılması ile yetinilmemiş bu yetkilerin kullanılma biçimi de saptanmıştır. Anayasa bu konuda şöyle bir sistem izlemiştir:

Münhasıran federal devlete bırakılan yetkiler.

Çıkarılacak Anayasal kanunlar gereğince kullanılacak yetkiler.

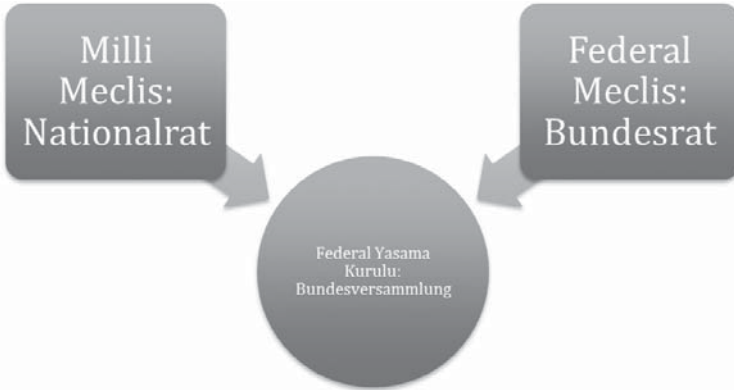
Yasama yetkisi federal devlete, uygulaması federe devletlere ait olan yetkiler bulunmaktadır.

Genel yasama yetkisi federal devlete ait olmakla birlikte, uygulaması çıkarılacak uygulama yasalarına bağı olan düzenlemelerde genel yetki federal devlete aittir.

Anayasada hüküm bulunmayan hallerde genel yetkili federe devletlerdir.

1.Federal Yasama Organının Yapı ve İşleyişi

Federasyonun üst yasama kurulu olan *Bundesversammlung* iki kanattan oluşur. 1. Milli Meclis, *Nationalrat*, 2. Federal Meclis, *Bundesrat*.



Ulusal Meclis federal başkent olan Viyana'dadır. Ancak olağanüstü hal ilan edildiği durumlarda, Federal Hükümetin isteğı üzerine Federal Başkan tarafından federal toprakların başka bir yerinde de toplantıya çağrılabilir.

a) Ulusal Meclis (Nationalrat)

Ulusal Meclis 16 yaşını dolduran seçmenler tarafından beş yıllık bir süre için seçilir. Bu beş yıllık süre Ulusal Meclisin ilk toplandığı günden itibaren hesaplanır ve yeni Meclisin toplanacağı güne kadar geçen beş yıllık süreyi kapsar. Yeni seçilen Ulusal Meclis seçimlerin yapılmasından sonraki

otuz günlük süre içinde Federal Başkan tarafından toplantıya çağrılır.²¹ Ancak seçim tarihinin, Federal Hükümet tarafından, Ulusal Meclisin, beş yıllık yasama döneminin bitmesinin ertesi günü toplanabileceği şekilde ayarlanması gerekir (AY. m. 27). Her durumda eski Meclisin yetkileri yeni Meclis toplanıncaya kadar sürer (AY. m. 30). Ulusal Meclise üye seçilebilmek için 18 yaşın doldurulması yeterlidir. Meclisin 183 üyesi vardır ve bu üyeler orantılı temsil esasına göre seçilir. Bir siyasi parti grubunun Ulusal Mecliste temsil edilebilmesi için %4'lük barajı aşması gerekir.

(1)Ulusal Meclisin Feshi

Ulusal Meclisin feshedilmesinin iki yolu vardır. Meclis çıkaracağı bir kanunla yasama dönemi sona ermeden kendi kendisini feshedebileceği gibi Federal Başkan da Ulusal Meclisi feshedebilir.²² Bu konuda Federal Başkana getirilen tek sınırlama, Başkanın bu yetkisini aynı nedene dayalı olarak sadece bir kez kullanabilmesidir. Ulusal Meclisin Federal Başkan tarafından feshedildiği durumlarda yeni seçimler Federal Hükümet tarafından öyle bir şekilde ayarlanmak zorundadır ki yeni seçilen Meclis fesihten itibaren en geç yüzüncü günde toplanabilsin. Bu durumda ülkenin Ulusal Meclisi olmadan geçirebileceği maksimum süre yüz gündür. Anayasa koyucu bu durumda Ulusal Meclisin varolmadığı bir döneme olanak tanıırken, Ulusal Meclisin seçim döneminin sona ermesi nedeniyle seçime gidildiği ve Meclisin kendi kendisini feshettiği durumlarda eski Meclisin yetkilerinin yeni Meclis toplanıncaya kadar devam edeceğini kabul etmiştir. (AY. m. 29)

(2)Federal Anayasa, Federal Anayasal Yasa ve İçtüzük

Federal Anayasa, devlet organları ile bu organların işleyişini ve federal devlet ile federe devletler arasındaki görev ve yetki paylaşımını düzenleyen temel belgedir. Anayasanın değiştirilmesinde olağan yasaların değiştirilmesinden farklı bir yöntem uygulanmaktadır. Olağan yasalarda yapılan oylamalarda toplantı yetersayısı üye tamsayısının 1/3 ü iken, Anayasa

²¹ Yeni seçilen Meclisin kendiliğinden değil Devlet Başkanı tarafından ilk toplantıya çağrılması *parlamentonun süresizliği* kuralının bir sonucudur. Türkiye gibi *parlamentonun sürekliliği* kuralının uygulandığı ülkelerde, yeni seçilen Meclis önceden belirlenen bir tarihte kendiliğinden toplanır.

²² 1982 Anayasasına göre de Cumhurbaşkanının TBMM'yi fesih yetkisi vardır. Ancak bu yetki son derece ağır koşullara bağlanmıştır: Bunun için hükümetin güvenoyu alamaması veya güvensizlik oyuyla düşürülmesi halinde 45 gün içinde hükümetin kurulamaması ya da kurulduğu halde güven oyu alamaması gerekir. Bu durumda da Cumhurbaşkanı Meclis Başkanına danışarak Meclisi feshedebilir. Bu yetki Avusturya Anayasasındaki yetkiyle karşılaştırılabilecek bir yetki değildir.

değişikliklerinde salt çoğunluktur. Yine olağan yasalarda karar yetersayısı toplantıya katılanların salt çoğunluğu iken Anayasa değişikliklerinde toplantıya katılanların 2/3 çoğunluğudur.²³ Anayasa değişikliklerinin referanduma sunulması konusunda bir ayırım yapılmıştır. Anayasayı bütünüyle değiştiren ya da bu tür bir etki doğuran değişikliklerin referanduma sunulması zorunludur. Bunlar Federal Başkan tarafından yayınlanmadan doğrudan referanduma sunulurlar. Anayasanın kısmi değişikliklerinde ise referandum zorunlu değil, bütün olağan yasalarda olduğu gibi isteğe bağlıdır. Yani referanduma sunulma bakımından kısmi anayasa değişiklikleri ile olağan yasalar arasında hiçbir fark yoktur.

Avusturya’da özel bir yasa kategorisi bulunmaktadır: *Anayasal Yasa* ya da *Anayasal Hüküm*. Bu yasalar Anayasanın 44. maddesinde tanımlanmış ve anayasal yasa ya da anayasal hüküm olarak adlandırılacakları belirtilmiştir. İlk bakışta Fransa²⁴ ve İspanya gibi ülkelerde rastlanan organik yasaları andıran bu uygulamanın organik yasalardan önemli farkları vardır.²⁵

Bu yasalar da ağırlıklı çoğunlukla kabul edilirler (Toplantı 1/2, Karar 2/3). Ancak organik yasalar anayasalardan daha kolay kabul edilir ve değiştirilirken, anayasal yasalar, anayasa değişikliğine uygulanan yöntemle kabul edilir ve değiştirilirler.

Organik yasalar normlar hiyerarşisinde anayasa ile yasa arasında iken, anayasal yasalar, organik yasalardan farklı olarak anayasayla aynı hiyerarşik düzeyde ve yasaların üstündedirler.

Organik yasalar ile anayasal yasalar arasındaki en önemli fark, anayasal yasaların tümünün anayasada gösterilmemiş olmasıdır. Anayasal yasalardan bazıları Anayasada gösterilmiştir. Örneğin Anayasanın 99. maddesinde bir anayasal finans kanunundan ve 116. maddesinde anayasal finans hükmünden

²³ Bu kurallara göre olağan yasalar için toplantı yetersayısı 183/3= 61 iken Anayasa değişikliklerinde 183/2=92’dir. Bu çoğunlukta karar yetersayısı olağan yasalar için 31 ve anayasa değişiklikleri için 62’dir. Alt sınırda biri diğerinin iki katıdır.

²⁴ Fransa’daki organik yasalar ile olağan yasaların görüşme yönteminin farkları şöyle sıralanabilir: Organik yasanın görüşülebilmesi için sunulmasından itibaren beş gün geçmesi, Senato ve Millet Meclisinin aynı metin üzerinde uzlaşma zorunluluğu, uzlaşma olmaması halinde Millet Meclisinin 2/3 çoğunlukla karar alma zorunluluğu, yürütmeye yetki devrinin olanaksızlığı, Anayasa Konseyinin ödenetiminin zorunluluğu. Organik yasanın en önemli bir özelliği ise Anayasa’da açıkça yer almasıdır. EROĞUL, s. 169-170. Organik yasa bu nedenlerle Avusturya’daki anayasal yasadaki önemli ölçüde farklıdır.

²⁵ Organik yasa, temel yasa konusundaki tartışmalar için bkz: BAKIRCI, Kod Yasa-Çerçeve Yasa s. 222-240.

söz edilmektedir. Ancak Anayasada tanımlanmamış olsa bile parlamentonun anayasal yasa çıkarması mümkündür. Böyle olunca da Parlamento anayasada değişiklik yapmak yerine aynı değere sahip olan anayasal yasalar çıkarmayı tercih etmektedir. Bu yüzden de Avusturya’da çok sayıda anayasal yasa görmek mümkündür. Parlamentonun olağan yasalar yerine anayasal yasa çıkarmayı tercih etmesinin bir nedeni de Anayasa Mahkemesinin denetiminden kaçmaktır. Anayasal yasalar, Anayasalar gibi Anayasa Mahkemesinin denetiminde değildir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi Engeli ile karşılaşmamak için çoğu kez yasa konusu olması gereken konular anayasal yasa ile düzenlenmekte ve anayasal değere kavuşturulmaktadır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi de, son yıllarda, anayasal yasaları denetim kapsamına alma çabası içine girmiş ve bazı anayasal yasaları denetim süzgecinden geçirmiştir.

Meclis kendi çalışmalarını İçtüzükle değil yaptığı özel bir Federal Kanuna²⁶ göre yürütmektedir.²⁷ İçtüzük kabul ediliş yöntemi bakımından anayasal kanunla aynı yöneme tabidir. Dolayısıyla İçtüzüğün de anayasa gibi kabul edilmesinden dolayı anayasal değerde olduğunu kabul etmek gerekir. Zaten Anayasa ve iç işleyişle ilgili federal kanun (İçtüzük) birlikte göz önüne alındığında iç işleyişle ilişkin ayrıntı sayılabilecek hususların anayasada düzenlendiği ve anayasada düzenlenen hususların bazılarının gerekli değilse içtüzükte ayrıca düzenlenmediği görülmektedir. Çünkü içtüzüğü değiştirmenin anayasayı değiştirmekten bir farkı bulunmamaktadır.

(3) Yemin

Milletvekilleri göreve başlamadan önce yemin ederler. Açılış toplantısında bulunanlar bu toplantıda, bu toplantıda bulunmayanlar katıldıkları toplantıda yemin ederler. Anayasada ya da içtüzükte tanımlanmış bir yemin metni yoktur: Tek zorunluluk yemine ‘Söz veriyorum ki’ diye başlamaktır. Daha sonra Cumhuriyete bağlı kalınacağına, Anayasal Yasalara saygı gösterileceğine ve görevini dürüstçe yapacağına ilişkin bir beyanda bulunulur.

²⁶ Söz konusu Kanun 1975 yılında çıkarılmış ve 410/1975 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Kanun daha sonra 1979, 1986, 1988, 1993, 1996, 1997, 1998, 2005, 2009 ve 2010 yıllarında değişikliğe uğratılmıştır. Kanunun, değişiklikler işlenmiş olan güncel metnine <http://www.parlament.gv.at/ENGL/PERK/RGES/GOGNR/index.shtml> adresinden erişilmiştir. Erişim: 7 Aralık 2012

²⁷ Bu nedenle de Ulusal Meclisin iş işleyişini düzenleyen düzenlemenin adı *İçtüzük* değil *Kanun* olmakla birlikte, bu çalışmada karşılaştırma yapılmasına olanak tanımak için İçtüzük kavramı kullanılacaktır. Çünkü genellikle iş işleyişlere ilişkin düzenlemeler içtüzüklerle yapılmaktadır.

(4) Başkanlık Divanı ve Geçici Başkanlık Divanı

Yeni Meclisin toplantısı önceki Meclisin Başkanı tarafından açılır ve eski Başkan yeni Başkan seçilinceye kadar görev yapar. Oturumu yöneten Başkan geçici olarak görev yapmaları için dört Katip atar. (İçt. m. 3)

Anayasanın 30. maddesine göre Ulusal Meclis üyeleri arasından Başkan, İkinci ve Üçüncü Başkanları seçer. Başkan seçiminin yöntemine ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Uygulamada en güçlü üç siyasal parti Başkanlar için aday çıkarır ve bu Başkan adayları Genel Kurul tarafından seçilir.

Başkanların seçiminden sonra beş katip ve en az üç İdare Amiri (Whip) seçilir.

Başkanlık divanı bütün seçim dönemi için seçilir.

Başkan Meclisin haklarını korumak, görevlerini yerine getirmesini sağlamak, görüşmelerin zamanında yapılmasını sağlamak, İçtüzüğü uygulamak, Genel Kurulda düzeni sağlamak, gerektiğinde toplantılara ara vermek ya da ertelemek, toplantıları yönetmek, komisyonlara havale, bağdaşmazlık komisyonu kararlarını Genel Kurula bildirmek ve çalışma programını oluşturmak gibi yetkilere sahiptir. Başkan, ikinci ve üçüncü başkanlarla birlikte bütçeyi oluşturur ve Federal Maliye Bakanına sunar. Meclisten çıkan bütün belgelerin Başkan ve katiplerden biri tarafından imzalanması zorunludur. Başkan oturumların yönetilmesi işini ikinci ya da üçüncü başkana verebilir.

Katipler görevlerini yerine getirirken ve özellikle evrakların okunmasında Başkana yardımcı olurlar; oylama sonuçlarını saptarlar.(İÇT. m.14)

İdare amirleri oturumların yönetilmesinde ve düzenin sağlanmasında Başkana yardımcı olurlar.

(5) Parlamento Görevlileri

Anayasa parlamento görevlilerini önemsemiş ve görevliler hakkında hüküm koymuştur. Parlamento görevlilerinin atanması ve personelle ilgili bütün yetkiler Meclis başkanına aittir. Başkan Parlamentonun görevlilerini parlamenter görevlerini yerine getirmelerine yardımcı olmak için parlamenter gruplarda görevlendirebilir. Başkan idari meselelerde en üst yetkilidir. Başkan yönetsel konularda kararnameler çıkarabilir. Parlamento görevlileri de parlamenter görevlerin ve idari görevlerin yerine getirilmesinde Başkana tabidir. (AY. m. 30, İÇT. m. 14)

Başkan görüşmelerin kaydı ile ilgili olarak stenograflar ve diğer ses ve kayıt teknisyenlerine yönelik özel düzenlemeler yapabilir.

(6) Başkanlar Konferansı

Parlamentonun önemli kurumlarından birisi, ülkemizdeki *Danışma Kuruluna* karşılık gelen *Başkanlar Konferansı*dır. Üç başkan ve parlamenter grup başkanları Başkanlar Konferansının üyesidirler. Parlamenter grup başkanları konferansa kendi yerlerine başka bir grup üyesini yetkilendirebilirler. (İÇT. m. 8)

Başkanlar konferansı özellikle üzerinde uzlaşma olmayan konularda içtüzüğü yorumlayan ve uygulama önerisinde bulunan bir müzakere organıdır. Genel kurulun gündemini, çalışma gün ve saatlerini hazırlar, komisyon toplantılarını koordine eder, komisyonlara havale, konuşma sürelerinin sınırlandırılması, konuşmacıların konuşma sırası, görüşme süresi, uluslararası parlamenter ilişkiler, parlamento binasındaki iç işleri konularında tartışarak öneriler geliştirir ve sunar. Konferans uzlaşmanın sağlanacağı bir platform olarak tasarlanmış ancak uzlaşmazlık durumunda ne olacağı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bütün bu önerilerin Başkanlar tarafından Genel Kurula sunulduğu dikkate alındığında, uzlaşmazlık halinde son sözü Başkanların söylediği sonucu çıkarılabilir.

Başkanlar Konferansı ve diğer ülkelerdeki benzeri kurullar, meclislerin işleyişinde çok önemli etkilere sahip olabilmektedir. Etkisi, adı ve işleyişi farklı olsa da hemen her ülkede benzeri kurullara rastlanabilmektedir. Bu kurullar, özellikle genel kurul gündeminin belirlenmesinde söz sahibi olduklarından sistemin genel işleyişini olumlu/olumsuz etkileyebilmektedirler.²⁸ İspanya’da önemli etkisi olan Danışma Kurulunun²⁹ asıl adı *Parlamenter Grup Sözcüleri Kuruludur*. Almanya’da bu kurula *Yaşlılar Konseyi* denmektedir. Ancak Almanya’daki Konsey’in diğerlerinden önemli bir farkı vardır: Sayıca daha kalabalık olan bu Kurul aynı zamanda bizdeki *Başkanlık Divanı* ve İspanya’daki *Büronun* görevini de yürütmektedir.³⁰ Başka bir anlatımla bu kurul Almanya’da hem siyasi hem de idari görevlere sahiptir. Aslında bir Mecliste idari ve siyasi konular arasında ayırım yapmak her zaman kolay değildir. Bu nedenle İspanya’da Büro üyeleri, Parlamenter Grup Sözcüleri Kurulu toplantılarına katılmaktadır. Ülkemizde her iki kurulun da başkanı Meclis Başkanıdır ve iki kurulun kararları arasındaki koordinasyon Başkan tarafından sağlanmaktadır.

²⁸ BAKIRCI, TBMM Genel Kurulunun, s. 123.

²⁹ NEZİROĞLU, s. 133-134.

³⁰ SCHREINER ve LINN, s. 21.

Ancak ülkemizdeki Danışma Kurulunun önemli bir özelliği, kurul kararlarının bağlayıcı olmaması, istişari nitelik taşımasıdır. Genel Kurul, Danışma Kurulu kararını onaylamadığı sürece kararların bir etkisi yoktur. Kurul kararlarını oybirliği ile almak zorundadır ve oybirliği sağlanmadığı sürece her grup kendi önerisini Genel Kurulda tartıştırma imkanına sahiptir. Bu ise Genel Kurulun zaman ve enerji kaybına neden olmaktadır. Burada karşılaştırılan Avusturya, Almanya ve İspanya modellerinden yola çıkarak her iki kurulun üye sayısının artırılarak birleştirilmesi ve belli esaslar dahilinde bağlayıcı karar almalarının sağlanması ülkemiz için karma bir model olarak önerilebilir.

(7)Parlamente Grupları

Aynı siyasal parti içinde seçimlere katılan milletvekilleri bir parlamente grup kurabilirler. Bunun için siyasal partinin en az beş üyeye sahip olması gerekir. Diğer bir anlatımla parlamente grupların³¹ en az beş üyesi vardır (İÇT. m.6). Seçim sistemi bağımsızların parlamento girmesini güçleştirdiğinden, parlamentoda bağımsız üyeye rastlanmamaktadır. Bu nedenle bütün siyasal partiler kendi parlamento gruplarını oluşturmakta ve yasama faaliyetlerine katılmaktadır. Parlamente grupları oluşturulunca derhal Başkana bilgi verilmekte ve grup faaliyetlerine başlamaktadır. Parlamente grupları tüzel kişiliğe, özel haklara ve finansal desteğe sahiptirler.

Parlamente gruplardan zaman içinde kopmalar olabilir. Ancak bunlar yine de o grubun üyesi olarak kalmaya devam ederler. Parlamente grup ayrılan üyelerin grup üyeliğini kabul etmezse gruptan ayrılmak zorundadırlar. Ayrılanların sayısı beş ve daha fazla ise bunlar da ayrı bir parlamente grup kurabilirler³².

³¹ Ülkemizde *parlamente grup* kavramı yerine *siyasal parti grubu* kavramı kullanılmaktadır. Bunun nedeni ülkemizde birden fazla siyasal partinin bir parlamente grubu oluşturamamasıdır. İspanya’da da Avusturya’daki gibi parlamente grup kavramı kullanılmıştır. Bunun nedeni, İspanya’da birden fazla siyasal partinin kolaylıkla bir parlamento grubu oluşturmasıdır. Bunun tek koşulu parlamente grup kurabilmek için gerekli 15 milletvekiline ulaşmaktır. İspanya’da bunun da ilerisine gidilerek, bir parlamente grup kuramamış bütün milletvekillerinin *karma parlamento grubu* adı altında bir parlamento grubu oluşturmaları zorunlu kılınmıştır. Avusturya’da da birden fazla sayıda siyasal parti üyesi bir parlamente grup oluşturabilirler. Ancak bu tür bir grubu Genel Kurul onaylaması gerekir. Genel kurul onaylamadığı takdirde birden fazla siyasal partinin parlamente grup oluşturmaları mümkün olmaz. Diğer taraftan Avusturya’da seçim sistemi dolayısıyla bir siyasal partinin en az 6-7 üyelik sahibi olduğu, baraj dolayısıyla bu sayıya ulaşamayan partilerin parlamento giremedikleri belirtilmektedir ki bu da grup kurmak için gerekli olan beş sayısının üzerindedir. Dolayısıyla parlamente grup kavramı kullanılmış olmakla birlikte burada parlamente grupların aynı siyasi partiye mensup milletvekillerinden oluştuğu görülmektedir. Uygulamaya bakarak buradaki parlamente grupları bizdeki gibi siyasal parti grubu olarak adlandırmak mümkündür.

³² Avusturya Parlamentosunun internet üzerindeki web sayfasının adresi şöyledir (İngilizce):

(8) Tatil, Yasama Yılı ve Olağanüstü toplantı

Parlamentonun süreksizliği kuralının uygulandığı ülkelerde tatil esastır; toplantı istisnaidir. Bu nedenle de bu ülkelerde Meclisin bir yılda ne kadar toplanmasının değil ne kadar tatil yapmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Burada da Anayasanın 28. maddesinde Federal Başkanın Ulusal Meclisi her yıl 15 Eylül'den önce başlayamayan ve bir sonraki yılın 15 Temmuzunu aşamayan olağan bir yasama için toplantıya çağırır. Meclisin kendiliğinden toplantı yapamaması ve toplantı çağırısının Federal Başkan tarafından yapılması süreksizlik kuralının bir sonucudur. Yine Meclisin toplantı döneminin tatil zorunluluğu ile tanımlanmış olması bu kuralın sonucudur. Buna göre Meclis yılda en az iki ay toplantı yapmak zorundadır. Ancak bu 'en az' tatil süresidir; çok daha uzun tatil yapılabilir. Örneğin Meclis 15 Eylül yerine 15 mart tarihinde toplantıya çağırılabilir ve bu durumda dahi 15 Temmuzda tatile girmek zorundadır. Bu durumda yıllık çalışma süresi dört ayla sınırlandırılmış olmaktadır. Ancak bu inisiyatif tümüyle Federal Başkandır. Başkanın Meclisi çalıştırmamasının bir alt sınırı yoktur ama Meclisi çalıştırmasının 10 aylık bir üst sınırı vardır. (AY. m. 28, İçt. m. 46)

Federal Başkan Ulusal Meclisi olağanüstü toplantıya da çağırabilir. Federal Hükümet ya da Ulusal Meclisin ya da Federal Meclisin üçte bir miktarındaki üyesi Ulusal Meclisin toplantıya çağırılması talebinde bulunursa, Federal Başkan talebin kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki hafta içinde toplanması için çağrı yapmak zorundadır. (AY. m. 28, İçt. m. 46)

İster olağan olsun ister olağanüstü olsun Ulusal Meclisin toplantıya çağırılması yetkisi Federal Başkanda olmakla birlikte tatile girme kararı Meclisin kendisi tarafından verilir. Federal Başkan Ulusal Mecliste toplantının kapatılmasına ilişkin oylamadan sonra sadece toplantının kapatıldığını duyurur. Ulusal Meclisin uymak zorunda olduğu tek sınır Anayasada yer alan 15 Temmuz sınırır.

(9) Toplantı gündemi, günleri ve saatleri

Toplantı günleri ne Anayasa'da ne de İçtüzükte belirlenmiştir. Bunun yerine bir sonraki toplantının tarihinin ve gündeminin Başkan tarafından kararlaştırılması esası getirilmiştir. Ancak gündemin tümüyle Başkan tarafından özgürce belirlendiği sanılmasın. Başkan Başkanlar Konferansı üyelerine danışarak Meclisin 12 aylık programını oluşturur. Bu programı hazırlarken

kural olarak ayın birinci ve ikinci haftalarını komisyon toplantılarına ve üçüncü haftayı Genel Kurul toplantılarına ayırır. Dördüncü hafta milletvekillerinin seçim bölgelerine giderek seçmenleriyle görüşmeleri için boş bırakılır. Genel kurul toplantılarının yapılacağı hafta ise kural olarak iki ya da üç gün toplanılır ve bu günlerin her birinde en az bir oturum yapılır (İÇT. m. 13). İktüzüğün 50. maddesine göre Başkan kural olarak her toplantının sonunda öngörülen bir sonraki toplantının gününü, saatini ve mümkünse gündemini duyurur. Başkan bu amaçla yazılı bir bildiriye dağıtabilir ve bu bildiriye atıfta bulunarak sonraki toplantının gün, saat ve gündemini duyurabilir. Buna bir itiraz olduğu ve Başkan da bu itirazı kabul etmediği takdirde, itiraz üzerine karar verme yetkisi Genel Kurulundur. Bu durumda kural olarak yapılan bütün itirazlar birlikte tartışılır ve Başkan görüşmelerde konuşma süresini beş dakika ve konuşmacı sayısını Parlamenter Grup başına üç kişi ile sınırlayabilir. Ancak itirazlar üzerine ortak bir tartışma yerine Parlamenter Grupların önerilerini ayrı ayrı görüşmek de mümkündür. Eğer bir Parlamenter Gruba mensup beş milletvekili istemde bulunursa bu Parlamenter Grubun önerisi ayrı görüşülür. Bu durumda da Başkan aynı konuşma süresi ve konuşmacı sayısı sınırlaması getirebilir. Tek görüşme yapılması halinde bu görüşmenin sonunda, birden fazla görüşme yapılması halinde bütün görüşmeler bittikten sonra tek bir oylama yapılır. Hiçbir itiraz çoğunluk tarafından kabul edilmediği takdirde Başkanın önerisi geçerliliğini korur ve gündem Başkanın önerdiği gibi kabul edilmiş sayılır.³³ Ancak her durumda Başkanın seçimle ilgili işleri gündeme koyma hakkı vardır.

Başkan toplantıyı kapatırken bir sonraki toplantının gün, saat ve gündemini bildirmemiş olabilir. Bu durumda sonraki toplantının günü, saati ve gündemi Başkan tarafından yazılı olarak her üyeye ve her bir Parlamenter gruba bildirilir. Başkanlık bununla da yetinmeyerek Parlamento binasında duyuru yapabilir, basın, radyo ve diğer kitle iletişim araçlarını kullanarak ayrıca bildirimde bulunabilir. Böyle bir gündem belirleme durumunda artık

³³ TBMM’de de Danışma Kurulunda, gündemde değişiklik önerildiğinde ve Danışma Kurulunda toplanarak ya da toplanamadan uzlaşma sağlanamadığında Genel Kurul grup önerilerini görüşerek oylamaktadır. Ancak her grup önerisi bittikten sonra oylama yapıldığından, bir öneri kabul edildikten sonra diğerinin görüşülememesi gerekir. Aksi takdirde Genel Kurul, birbirinden farklı ve uzlaşması olanaksız olan iki öneriyi kabul etmek gibi çelişkili bir durumun içine düşebilir. Ancak uygulamada bütün önerilerin görüşüldüğü ve böyle bir çelişki oluşmaması için de kabul edilme olasılığı yüksek olan iktidar partisi grubu önerisinin en son görüşüldüğü görülmektedir. Yine de böyle bir riskli durumla karşılaşılmasın için bütün görüşmeler bittikten sonra tek bir oylama ile yetinilmesi mantıklı bir çözüm gibi görünmektedir.

toplantı gün ve saatine itiraz olanağı kalmaz ama belirlenen gündeme itiraz edilebilir. Böyle bir itiraz varsa bu itiraz oturumun açılmasından hemen sonra yapılır. Bu durumda görüşme yöntemi yukarıdaki paragrafta açıklanan yöntemle aynıdır; bu yöntem kıyasen uygulanır. (İçt. m. 50)

Bu sistemde haftanın belli günlerinde toplanma zorunluluğu olmadığı için iki toplantı günü arasında çok uzun bir süre olabilir. İçtüzük Genel Kurulun ayda en fazla iki-üç hafta toplanmasına olanak tanıdığı için Genel Kurulda detaylı görüşmeler yapmamakta ve kararlarını yetkili komisyonların raporları ya da önerileri üzerine vermektedir. Genel Kurul metin üzerinde nihai kararı vermekte ve nihai değişiklikler yapmaktadır. Dolayısıyla iki Genel Kurul toplantısı arasına uzun süreler girmektedir. Bu dönemde olağanüstü toplantı yapmanın da imkanı yoktur, çünkü toplantı yapılmamakla birlikte bu bir tatil durumu değildir. İşte bu nedenle Anayasanın 28. ve İçtüzüğün 46. maddelerinde çalışma dönemlerinde Meclisin toplantı halinde olmadığı günlerde Meclis Başkanının belirlenen gündemden önce Meclisi toplantıya çağırmasına olanak tanınmıştır. Bunun için 20 üyenin bu yönde bir istemde bulunması ve bu istemde görüşülmek istenen konunun gösterilmesi gerekir. Ancak sözkonusu olan bir parlamenter grupsa, 20 üyesi olmasa bile bu tür bir istemde bulunma hakkı vardır. Ne var ki parlamenter grubun bu tür bir haktan yararlanabilmesi için bütün üyelerinin bu isteme destek vermesi gerekir. Bu durumlarda Başkan sekiz gün içinde toplantı yapılacak şekilde Meclisi toplantıya çağırır; sürelerin hesabında hafta sonları ve resmi bayramlar hesaba katılmaz. Ancak İçtüzük bu hakkın kötüye kullanılmasını da engellemeye çalışmış olacak ki bir milletvekilinin bu hakkı yılda en fazla bir kere kullanabileceğini öngörmüştür. Bunun dışında da bu dönemde Meclisin Başkan tarafından toplantıya çağırılması mümkündür: Federal Hükümetin ya da üyelerin 1/3'ünün isteği üzerinde Meclis belirtilen sürede toplantıya çağrılmak zorundadır.

Özetlemek gerekirse Ulusal Meclis hem uzun süreler tatil yapabilmekte ve hem de çalışma dönemlerinde az sayıda günde toplanmaktadır. Anayasa ve İçtüzük her iki dönemde de Meclisin toplantıya çağırılmasına yönelik ayrı düzenlemeler yapmış ancak bu düzenlemelerde hakkın kötüye kullanımının da önüne geçmiştir.

(10) Acil Önerge ve Acil Yazılı Soru

Görüldüğü gibi Genel Kurul, ayın belli günlerinde toplanmaktadır ve Genel Kurulun gündemi belli esaslara uyularak Başkan tarafından

belirlenmektedir. Ancak İçtüzükte, üyelerin acil konuları Meclis gündemine taşınmalarına da olanak tanınmıştır. Bunun için gündeme geçmeden önce beş milletvekili tarafından bu konuda bir önergeyle bir istemde bulunulması gerekir. Bu istemde hükümetin belli bir işi gereği gibi yerine getirip getirmediğiyle ilgili bir tartışma yapılması istenir. Ancak bu tartışmanın bir zamanı vardır: Bu tartışma ancak gündemdeki diğer işler görüşüldükten sonra başlatılabilir ve gündemdeki diğer işler en az üç saat süre ile görüşülmüş olmalıdır. Gündeme geçmeden yapılan istem bundan sonra görüşülmeye başlanır. Ancak İçtüzük istemin çok geç görüşülmesini de engellemiştir: İstem öğleden sonra saat üçü geçmeden görüşülmek zorundadır. Görüşmede önce önerge sahiplerinden birisi sözlü açıklama yapar ve ardından önergeye ilişkin bir görüşme yapılır. Ancak önerge sahibinin açıklamasından sonra, görüşmelere başlamadan önce, Hükümetin 20 dakikayı geçmeyen bir görüş açıklama hakkı vardır. Bu görüşmede önergeyi açıklayan önerge sahibinin 20 dakika, bundan sonra söz alan her milletvekilinin 10 dakika ve her parlamenter grubun toplam 25 dakika konuşma hakkı vardır. Görüşmeler sırasında, üyeler, hükümetin belli bir konudaki görevini gereği gibi yerine getirip getirmediğini içeren karar taslakları sunabilirler ve Genel Kurul bu önergeleri oylayarak bu konuda bir karar alabilir. Başkan bu karar taslaklarını görüşmelerin bitiminde oylatabileceği gibi, oylamayı bir sonraki birleşimin başına da erteleyebilir. (İÇT. m. 74a)

İçtüzük, acil önergede olduğu gibi beş milletvekilinin birleşimin başında sözlü olarak cevaplandırılmak üzere yazılı bir soru sormalarına olanak tanımıştır. Sorunun gündemde görüşüleceği zaman ve konuşacak kişiler, görüşmeden sonra yapılacak oylama acil önergede olduğu gibidir. Aradaki tek fark Hükümet üyesinin 20 dakikalık cevap hakkını kullanmak yerine soruyu iki ay içinde yazılı olarak cevaplama hakkının olmasıdır. (İÇT. 93)

İçtüzükte acil soru ve acil önerge haklarının kötüye kullanılmasını engellemek için sınırlamalar getirilmiştir. Kural olarak her milletvekili bir yıl içinde sadece bir acil önergeyi ve sadece bir acil soru önergesi imzalayabilir. Ancak parlamenter gruplar tarafından da acil soru ve acil önerge verilebilir ve milletvekilleri parlamenter gruplar tarafından verilen önergelere imza attıklarında bireysel hakları saklı kalır. Başka bir anlatımla milletvekilinin parlamenter grubun önergesini imzalamış olması, yıllık hakkını kullandığı anlamına gelmez. Diğer taraftan acil soruda parlamenter gruplar için de bir sınırlama getirilmiştir: acil soru için her parlamenter gruba yılda dört acil soru sorma hakkı tanınmışken, acil önergede bir sınırlama getirilmemiştir.

Bu sınırlamalar uygulandığında milletvekilleri ve grupların bu haklarını gerçekten acil olan işlerde kullanacakları tahmin edilebilir.³⁴

(11) Önemli Konuların Görüşülmesi

Acil önerge ve acil soru önergelerinin ortak özelliklerinden biri birleşimin başında sunulmaları ve o birleşim içinde görüşmelerinin yapılmasıdır. Yine bu önergelerin görüşmelerinin sonunda Meclis hükümetin etkinlikleri ile ilgili bir karar almak zorundadır. Ancak acil olmasa da önemli konuların görüşmeye açıldığı bir başka mekanizma daha vardır. Bu görüşmeler birleşimin başında yapılır ve bu yönüyle bizdeki gündem dışı konuşmaya benzer. Bu görüşmenin başlaması için beş milletvekilinin tatiller hariç görüşmeden en az 48 saat önce, görüşme konusunu da içeren bir istemde bulunmaları gerekir. Birden fazla talep varsa, Başkan konunun önemi, gruplar arasındaki denge, grupların büyüklüğü gibi hususları da dikkate alarak konulardan birini seçer. Parlamento yönetimi konu hakkında federal hükümeti bilgilendirir. Görüşme kural olarak toplam 60-70 dakika sürer. Bu süreden üyelere ayrılan süre 50 dakikayı geçemez. Yine kural olarak ilk öneri sahibine 10 dakika, hükümete 10 dakika, diğer milletvekillerine beşer dakikayı aşmayan süreler verilir. Her parlamenter gruptan en az iki kişiye konuşma hakkı verilir. Bu demektir ki grup sayısı arttığında, bu 60-70 dakikalık süre zorunlu olarak aşılmaktadır. Bu durumda görüşmeler 90 dakikayı geçerse, başkanın görüşmeleri sona erdirmeye hakkı vardır. İhtüzük bu görüşmenin yapıldığı gün diğer işlerin görüşülmesine olanak tanımak için bu görüşmenin yapıldığı günlerde soru saati yapılmasını da yasaklamıştır (İÇT. m. 97a). Bu görüşme ülkemizdeki bir tür öngörüşmesiz genel görüşmeyi de andırır. Çünkü görüşmede toplumu ilgilendiren bir sorun konuşulur ve sonunda karar alınmaz.

(12) Toplantı ve karar yetersayısı

Anayasanın 31. maddesine göre Anayasada ya da içtüzükte aksi belirtilmediği takdirde Meclisteki oylamalarda karar alınabilmesi için üye tamsayısının üçte birinin hazır bulunması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun bir yönde oy kullanmış olması gerekir. Başka bir anlatımla Anayasa sadece karar yetersayısını tanımlamış ve karar alabilmek için Genel Kurulda hazır bulunması gereken üye sayısını da saptamıştır. İhtüzüğün 48 ve 49.

³⁴ Ülkemizde acil önerge ya da acil soru mekanizmaları yoktur. Ancak acil konuların gündeme getirilmesine olanak tanıyan gündem dışı konuşma mekanizması bulunmaktadır (m. 59). Ne var ki bu konudaki sınırlamalara rağmen mekanizma amacı dışında kullanılmaktadır. Konu acil olmasa da gündeme getirilmekte ve her gün en çok üç milletvekili biçimindeki üst sınırlama, sürekli olarak üst sınırdan uygulanmakta; ama aslında sınırı aşılmamış olmaktadır.

maddelerinde buna açıklık getirilmiştir. Toplantı yetersayısı sadece oylamalar ve seçimler sırasında aranır. Toplantı yetersayısının yokluğu dolayısıyla oylama ya da seçim yapılamıyorsa Başkan oturumu erteler. Ancak oylama ya da seçim yapılmayacaksa toplantı yetersayısı aranmaz. Başkan belirlenen saatte mevcut üyelerin sayısına bakmaksızın oturumu açar. Açılış sırasında bulunmayan üyelerin ömrünü ve Federal Hükümetin toplantıya katılamayan üyelerinin yerine vekalet edecek kişileri açıklar. Ancak bunu toplantının sonunda da yapabilir. Dolayısıyla bir oylamaya ve seçime başlanmadığı takdirde toplantı çok az sayıda üye ile sürdürülebilir. Oylama ve seçim sırasında ise öngörülen toplantı yetersayısının (183/3=61 üye) bulunması zorunludur. Oylama ve seçime geçildikten sonra toplantı yetersayısı bulunmadığı takdirde toplantının sürdürülmesi imkansızdır; Başkan bu durumda toplantıyı erteler. Bu düzenleme *rasyonelleştirilmiş parlamentarizm* ilkesinin bir sonucudur. Çünkü bir irade açıklaması sözkonusu olmadığında üyelerin toplantıda hazır bulunmalarını istemenin rasyonel bir yönünü bulmak güçtür. Böyle bir zorlama yapıldığında ya toplantı yetersayısı bulunamadığından görüşmeler sürdürülememekte ve siyasi krizlerin doğmasına neden olunmaktadır ya da toplantıya katılan üyeler toplantı konusuna ilgisiz kalmaktadırlar. Gerçekten de bugün çok sayıda konu uzmanlık bilgisi gerektiren niteliktedir ve üyelerin uzmanlık sahibi oldukları ya da ilgi duydukları konulardaki toplantıyı izlemeleri ve görüşülen konuya katkı yapmaları doğru görünmektedir. Bir meclisin üyelerini ilgisiz oldukları bir konuda toplantıda hazır bulunmaya zorlamak, üyelerin toplantı sırasında başka şeylerle ilgilenmesi ve konuşmacının dikkatini dağıtması riskini içermektedir. Bazen üyeler toplantı yetersayısını saptayan yoklama yapıldığında içeriye girmekte ve bundan sonra dışarıya çıkmaktadırlar. Dolayısıyla bu tür gerçekleri göz önüne almayan durumlarla karşılaşmak yerine toplantı yetersayısı aramamak makul bir çözümdür. Ancak karar alınacağı zaman belli bir sayıda açıklanmış iradeyi aramak, alınan kararın meşruiyetini sağlar. Önemli olan bu iradelerin sonuç doğuracağı an olan oylama ya da seçim anında hazır bulunması ve açıklanmasıdır. Avusturya Anayasasının ve İçtüzüğü'nün yaptığı da budur ve rasyonelleştirilmiş parlamentarizm ilkesine uymaktadır.

(13) Açık ve kapalı toplantı

Ulusal Meclisin toplantıları kural olarak kamuya açıktır. Hiç kimse Ulusal Meclisin görüşmelerinin tutanaklarının yayınlanmasından dolayı sorumlu tutulamaz. Anayasa tutanakların yayınlanmasını zorunlu kılmamış, ama tutanakların yayınlanmasının sorumluluk gerektirmediğini ifade etmiştir. (AY. m. 32-33)

Meclis Başkanı ya da üyelerin beşte biri (183/5=37) istemde bulunduğu takdirde kapalı oturuma geçilmesi zorunludur. Bu oturumda yapılan oylamada bu istem kabul edilirse, kapalı oturum yapılır. Kapalı oturumun Resmi Tutanakları tutulur. Ancak bu tutanakların stenografik olarak tutulma zorunluluğu yoktur. Meclis tutulacak tutanak türü ile tutanakların yayınlanıp yayınlanmayacağı hakkında karar verir. Tutanaklar aynı oturum sırasında okunur ve itiraz edilmediği takdirde onaylanmış sayılır. İtiraz olması halinde itiraz Başkanın aynı oturumundaki yönetiminde görüşülür. (AY. m. 32, İÇT. m. 47)

b) Federal Meclis (Bundesrat)

Anayasa Federal Meclisi Ulusal Meclis kadar ayrıntılı düzenlememiştir. Ulusal Konseye ait kimi kurallar Anayasada Federal Meclis için de yinelenmiş ya da sadece ilgili maddelere atıfta bulunmakla yetinilmiştir.

Eyaletler sahip oldukları nüfusla orantılı olarak Federal Mecliste temsil edilmektedirler. Federal Meclisin görevi Federal illerin temsili olduğundan *İller Meclisi* olarak da adlandırılır. Eyaletlerin sahip olacakları temsilcilerin alt ve üst sınırı bulunmaktadır. En geniş topraklara sahip eyalet 12 üye ile temsil edilir ve bir eyaletin sahip olacağı en az üye sayısı üçtür. Diğer eyaletler en büyük eyalete orantılı üye çıkarır. Dolayısıyla 9 eyaletten seçilen üye sayısı şu anda 62 olmakla birlikte, bu sayı, nüfustaki hareketlerden etkilenecek değişebilir. Dolayısıyla her eyalet meclisi seçiminden sonra Federal Meclisin üye sayısının değişme olasılığı bulunmaktadır. Eyaletlerde yapılacak seçimler doğrudan halk tarafından yapılmaz. *Diet* adı verilen eyalet meclisleri eyaletin payına düşen sayıda asıl üyeyi ve aynı sayıda yedek üyeyi seçerler. Seçilecek kişilerin mutlaka eyalet meclisinin üyesi olması gerekmez ancak seçilecek üye eyalet meclisine üye seçilebilmek için aranan koşulları taşıyor olmalıdır. Federal Meclisin seçim dönemi Ulusal Meclisin seçim döneminden farklı ve onunla ilgisizdir. Her eyalet meclisi, seçeceği üyeleri, kendi seçim dönemiyle sınırlı olarak seçer. Eyalet meclisinin süresi sona erdiğinde ya da seçim dönemi sona ermeden feshedildiğinde, Federal Meclis için seçtiği üyelerin süresi de sona erer. Ancak eyalet meclisinin Federal Meclis için seçmiş olduğu üyelerin görev süresi, yeni eyalet meclisinin Federal Meclis için üye seçmesine kadar sürer. Böylece Federal Meclisin üyeleri zaman içinde sürekli değişmekle birlikte üye sayısında hiçbir şekilde azalma olmaz. Çünkü Federal Meclis üyesi, kendisini seçen eyalet meclisi dağılsa bile, yeni seçilen eyalet meclisi yeni bir Federal Meclis üyesi seçinceye kadar, Federal Meclisin üyesi olmaya devam eder. (AY. 34-35)

Federal Meclisin Başkanı için Federal Mecliste seçim yapılmaz. Eyaletler alfabetik sıraya göre Başkanlık ederler ve Başkanın görevi altı aydır. Altı ay sonra başkanlık alfabetik sıradaki diğer eyalete geçer. Bu durumda sözkonusu eyaletten gelen hangi temsilcinin Başkanlık edeceği sorunu doğar. Anayasa buna da cevap vermiştir: Eyalette en çok üyeye sahip partinin en üstte gösterilen temsilcisi başkanlık yapar. Eğer eyalette birden çok parti üye aynı sayıda üyeye sahipse başkanlık en son eyalet meclisi seçiminde en çok oy alan partinin temsilcisine bırakılır. Bir eyalet meclisi çoğunluğa sahip partinin listesinde en üstte yer alan isim yerine, yine bu partiden olmak üzere başka bir isim de önerebilir. Ancak bu durumda bu partinin çoğunluğunun bu öneriyi desteklemesi gerekir. Federal Mecliste bir Federal Meclis Başkanı ve bir de seçimi İçtüzük tarafından belirlenen bir Federal Meclis Başkanvekili bulunur. Federal Meclis Ulusal Meclisle aynı yerde ve Başkanın çağrısıyla toplanır. Ancak üyelerinin dörtte bir ya da Federal Hükümetin istemi üzerine Başkan Meclisi derhal toplantıya çağırarak zorundadır. Bütün Eyalet Hükümet Yöneticileri Federal Meclisin toplantılarına katılabilirler ve katıldıkları toplantılarda eyaletlerine ilişkin sorunları dile getirme hakkına sahiptirler. (AY. m. 36)

Anayasa Ulusal Mecliste olduğu gibi Federal Konsey için bir toplantı yetersayısı öngörmemiş ancak karar alınabilmesi için üye tamsayısının üçte birinin (21) hazır bulunmasını ve karar alınabilmesi için bunların salt çoğunluğunun (11) belli bir yönde oy kullanmasını zorunlu kılmıştır. Anayasa Federal Meclisin de bir özel bir çoğunlukla³⁵ iş işleyişe ilişkin bir kanun (İçtüzük) çıkarmasını zorunlu kılmıştır. Federal Meclis kapalı toplantı ile ilgili olarak Ulusal Meclisin tabi olduğu kurallara bağlıdır. (AY. m. 37)

Federal Meclis Ulusal Meclisle birlikte yasama yetkisini paylaşır. Ancak yasamada sahip olduğu pay Ulusal Meclisin çok gerisindedir. Federal Konseyin yasamada üç tür yetkisinden/yetkisizliğinden söz edilebilir:

Geciktirici veto ya da geri gönderme yetkisi: Federal Meclis Ulusal Meclisin kabul ettiği yasayı geri gönderebilir. Ulusal Meclis kararında ısrar ederse veto aşılmış olur.

Federal finansman gibi konularda Federal Konseyin hiçbir yetkisi yoktur. Bu konular sadece bilgiye sunulma amacıyla Federal Konseye gönderilir.

³⁵ Ulusal Mecliste olduğu gibi, toplantı yetersayısının üye tamsayısının salt çoğunluğu ve karar yetersayısının toplantıya katılanların 2/3 ünün olduğu bir çoğunluk.

Mutlak veto yetkisi: Belirli konularda Federal Konseyin açık onayı gerekir:

Eyaletlerin yetkilerini sınırlayan düzenlemeler,

Federal Konseyi etkileyen düzenlemeler,

Eyaletlerin özerk düzenleme yetki alanına giren konularda düzenleme yapan anlaşmalar,

Bu tür mutlak veto yetkisinin olduğu durumlarda, kimi zaman Federal Meclisin karar alması da yetmez. Eyaletlerin en az dördünde bu düzenlemenin çoğunlukla kabul edilmiş olması zorunludur.

Federal Meclisin yasa teklif etme yetkisi de vardır. Ancak bu teklifler, diğerleri gibi, Ulusal Mecliste görüşüldükten sonra onaylanma amacıyla kendisine gelir. Federal Meclisin Federal Hükümete sözlü ve yazılı soru sorma hakkı da vardır.

c) Federal Yasama Kurulu (Bundesversammlung)

Federal Yasama organı Anayasa'da sadece üç maddede düzenlenmiştir. Bu da Federal Yasama Kurulunun gerçek bir yasama organı olmaktan çok, yasama işiyle ilgili iki kanadın bir araya gelerek oluşturduğu ve sınırlı görevleri olan bir organ olduğunu göstermektedir.

Ulusal Meclis ve Federal Meclis birlikte iki amaçla Ulusal Meclisin toplandığı yerde Federal bir Kurul olarak toplanırlar. Bu iki amaçtan birincisi Federal Başkanın Başkanlığının onaylanması ve diğeri savaş hali ilanına karar verilmesidir. İstisnalar hariç bu organ Federal başkan tarafından toplantıya çağrılır ve Kurulun başkanlığını Ulusal Meclis ile Federal Meclisin başkanları dönüşümlü olarak yaparlar. Kurulun görüşme tutanakları yayınlanır. Kurul Ulusal Meclisin İçtüzüğünü kıyasen uygular. Kurulun kararları oturumu yöneten Başkan tarafından onaylanır ve Federal Başbakan tarafından imzalanır. Kurulun savaş ilanına ilişkin kararları Federal Başbakan tarafından resmi gazetede yayınlanır. (AY. m. 38, 39, 40)

d) Ulusal Meclis ve Federal Meclis Üyelerinin Statüsü

Üyelerin statüsü ile ilgili hükümler Anayasanın 56-59b maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerin başında klasik temsili demokrasinin temel kurallarından biri olan 'emredici vekalet'in geçerli olmaması kuralı gelmektedir. Bunun anlamı üyelerin hiç kimseden emir ve talimat almadan görevlerini sürdürmelerinin güvenceye alınmış olmasıdır. Seçmenlerin yasama dönemi

süresi içinde temsilcilerini azletme yetkisi bulunmamaktadır.³⁶ Üyelerin güvenliği bir de yasama sorumsuzluğu ve kısmi bir yasama dokunulmazlığı ilkesi ile sağlanmıştır.

(1) Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlık

Ulusal Meclis üyeleri görevlerini yerine getirirken kullandıkları oylardan dolayı hiçbir zaman sorumlu tutulamazlar. Üyeler sadece Ulusal Konseyde söyledikleri yazılı ve sözlü açıklamalardan ötürü sorumlu tutulabilirler. Ancak bu sorumluluk sadece Ulusal Meclise karşıdır. Bu açıklamalardan dolayı üyeler Ulusal Meclis dışında kimseye hesap vermezler. Dolayısıyla üyeler Ulusal Mecliste görevlerini yerine getirirken söyledikleri ve yazdıkları düşüncelerden, kullandıkları oylardan dolayı *mutlak sorumsuzluğa* sahiptirler. Üyeler, kural olarak, bir suç işledikleri kuşkusu bulunan durumlarda ancak Ulusal Meclisin onayı ile yakalanabilirler ve üyelerin evleri de ancak Ulusal Meclisin onayı ile aranabilir. Ancak üyenin işlediği iddia edilen suçun siyasal bir yönü yoksa ve bu durum çok açıksa üye hakkında yasal işlemler başlatılabilir. Dolayısıyla dokunulmazlık kapsamında olan milletvekilinin adi suçları değil, siyasal bağlantısı olan suçlarıdır. Adi suçlar bakımından milletvekilinin dokunulmazlığı yoktur. Ancak adi suç işlediği ileri sürülen üye ya da bu konularla ilgili ihtisas komisyonu suçun siyasal bir yönü olduğu iddiasında bulunursa, yetkili makam Ulusal Konseyin bir karar vermesini ister. Bu tür bir istemin yapıldığı durumda yasal işlemler derhal durdurulur ya da başlatılmaz. Meclis bundan sonra işlendiği ileri sürülen suç ile üyenin siyasal etkinliği arasında bir ilişki olup olmadığına karar verir. Bu karar sırasında sözkonusu üyenin yargılanmasını onaylayıp onaylamadığı hakkında da karar verir. Yine suçüstü yakalama gerçekleştiğinde, yetkili makam derhal Ulusal Meclis Başkanını bilgilendirir. Ulusal Meclis ya da Meclisin toplantıda olmadığı hallerde konuyla ilgili İhtisas Komisyonu talep ettiği takdirde yakalama durdurulur ya da yasal süreç tümüyle kesilir. Ancak Anayasa, dokunulmazlık kararının verilmesi konusunda çok uzun süre beklenilmesine de izin vermemiştir. Anayasaya göre yetkili makam tarafından dokunulmazlık konusunda bir karar verilmesinin istendiği her durumda Meclis en geç sekiz hafta içinde kararını verir. Başkan, Genel Kurulun en uygun zamanını gözeterek, ama her halükarda tatile rastlamadığı takdirde, sekizinci haftanın son gününde bir oylama yaparak yetkili makamın isteğine cevap verir. Bu sürede cevap verilmediği takdirde istem kabul edilmiş sayılır ve dokunulmazlık kalkar. Dolayısıyla Meclisin dokunulmazlık hakkında karar

³⁶ TEZİÇ, s. 224; SOYSAL, s. 293.

verme yetkisi bir süreyle sınırlıdır ve dokunulmazlığın kaldırılması için değil ama dokunulmazlığın korunması için Meclisin karar vermesi gerekir. Çünkü karar verilmediği takdirde Meclisin dokunulmazlığı kaldırma kararı verdiği varsayılır ve dokunulmazlık kalkar. Meclisin dokunulmazlığın sürmesine karar verdiği hallerde, dokunulmazlık yeni toplanan Meclisin toplandığı il güne kadar sürer. Eski Meclisin yeni Mecliste görevi devam eden üyelerinin dokunulmazlığı görevleri sona erinceye kadar sürer (AY. m. 57, İÇT. 10).

(2) Bağdaşmazlık

Ulusal Meclis, Federal Meclis ve Avrupa Parlamentosuna aynı anda üye olmak olanaklı değildir; bunlardan sadece birine üye olunabilir.(AY. m. 59)

Ulusal Meclis üyeliği belli koşullarla, belli kamu görevleri ile bağdaşır. Meclis üyeleri yargıçlık, savcılık ve idarede memurluk yapabilirler. Ulusal Meclise seçilmek isteyen kamu görevlisine seçimde propaganda yapabilmesi için önce belli bir süre izin verilir. Üyeliğe seçilenler ise, görev süresince kurumlarından izin alabilirler ya da emekli olabilirler. Ancak izinli oldukları süre içinde, yargıçlık, savcılık ya da idarede memurluk görevi de sürdürülebilir. Bunun için görevlerini tarafsız ve nesnel yapabilmelerinin olanaklı olması gerekir. Taraflı ya da subjektif olma konusunda bir kuşku varsa bu görevler sürdürülemez. Yapılan bu görevler karşılığı bir ücret ödenir. Ancak bu ücret hiçbir şekilde kurumda aldıkları ücretin %75'ini geçemez (AY. m. 59a). Kamu görevini sürdüren milletvekillerine yapılacak ödemeler ve kurumlarıyla ilişkileri konusunda sorunlar çıkabilir. Bu nedenle Ulusal ya da Federal Meclise seçilen kamu görevlilerine yapılacak ödemeleri denetlemek ve bu konuda çıkacak sorunları çözüme bağlamak amacıyla Parlamento görevlilerinin gözetiminde bir komisyon kurulur. Anayasa, öneminden dolayı komisyonu ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Komisyon, Birinci, İkinci ve Üçüncü Meclis Başkanı ile Federal Meclis Başkanının önereceği birer temsilci, iki Eyalet temsilcisi, iki belediye temsilcisi, eski bir yargı üyesi olmak üzere dokuz kişiden oluşur. Komisyon aynı zamanda milletvekili ile çalıştığı kurumun amiri arasındaki uzlaşmazlıklar konusunda da karar verir. Kurumundan izinli olup göreve devam eden milletvekili her yıl komisyona izinli olduğu işi ve buradaki çalışmaları hakkında bilgi verir. Komisyon kendisine bir içtüzük yapar ve buna göre her yıl Genel Kurula, internette de yayınlanacak olan bir rapor sunar. (m. 59b)

Milletvekilliği sona erdikten sonra eski görevine atanmak olanaklı değilse, eski göreve eşdeğer bir atama yapılır. Ancak milletvekili razı olursa daha aşağı bir göreve de atama yapılabilir.

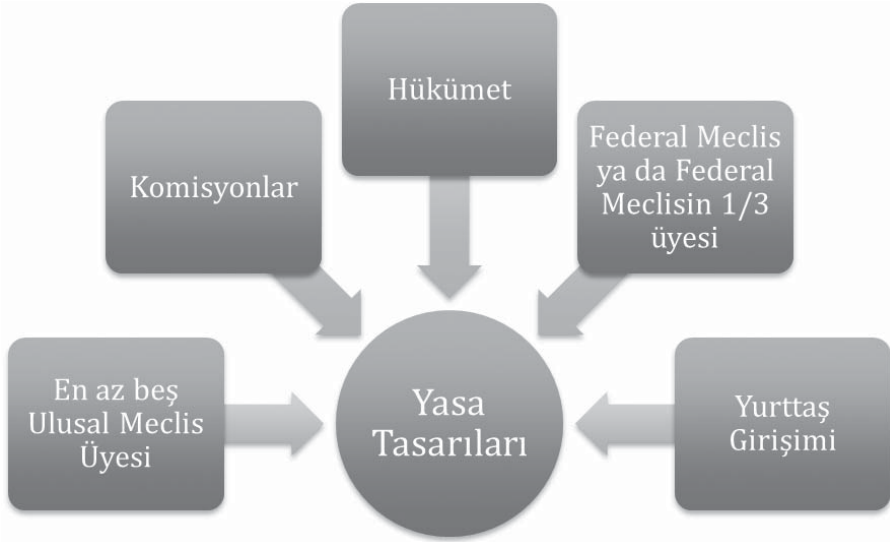
(3) Toplantılara Devam

Meclis üyesi Genel Kurul ve üyesi olduğu komisyon toplantılarına katılmakla yükümlüdür. Bir üye Genel Kurul toplantılarının ardışık bir kaçına katılamayacaksa kendisi ya da mensubu olduğu parlamenter grup, oturumun başında ya da katılmayacağı ardışık oturumların ilkinde parlamento idaresini bilgilendirir. Başkan her toplantının başında Genel Kurulu katılmama özürleri konusunda bilgilendirir. Ancak bir üye 30 günden fazla toplantılara katılamayacaksa Başkanı gerekçesini de bildirerek bilgilendirir. Eğer katılmama gerekçesi hastalık dışındaki bir gerekçe ise Başkan bu gerekçeyi Genel Kurula bildirir. Bu gerekçeye Genel Kurulda karşı çıkılacak olursa, görüşmesiz bir oylama ile ilgili üyenin gecikmeksizin Genel Kurulun bundan sonraki toplantılarına katılıp katılmaması oylanır. Oylamada katılma kararı çıkarsa, üye sonraki toplantılara devama mecburdur (İÇT. 11).

e) Yasama Süreci

(1) Yasa Önerme Yetkisi

Yasa önerileri beş kaynaktan gelmektedir:



Ulusal Meclis Üyeleri,

Ulusal Meclis üyelerine yasa teklifinde bulunma yetkisi verilmiş olmakla birlikte İçtüzükte buna bir sınırlama getirilmiştir (İÇT. m 26). Bir

yasa teklifinin ilk imza sahibi olan teklif sahibi dahil en az beş milletvekili tarafından imzalanmış olması zorunludur.³⁷ Milletvekilleri tekliflerinde havale edilecek komisyon ile ilgili öneride de bulunabilirler. Yazılı olarak verilebilen kanun teklifi verildikten sonra bastırılıp bütün üyelere dağıtılır. İlgili komisyon teklifin görüşmelerine havale tarihinden itibaren altı ay içinde başlamak zorundadır. Teklifin bu süre içinde görüşmelerine başlanmadığı takdirde teklif sahiplerinden biri ya da birkaçı sekiz hafta içinde görüşmelere başlanmasını isteyebilirler. Bunun dışında havaleden başlayarak altı ay içinde teklif sahipleri de dahil en az beş üyenin desteği ile ilgili komisyonun teklif hakkında Genel Kurula bir rapor sunması da istenebilir. Bu tür istemler Meclis Başkanına yazılı olarak yapılır ve Başkan ilgili komisyon başkanı ile Meclis üyelerini bu istemler hakkında bilgilendirir. Üyeler tekliflerini oylamadan önce komisyondan geri çekebilirler. Oylama yapıldıktan sonra geri çekme sözkonusu olmaz.

Uygulamada milletvekillerinin kanun tekliflerinin sayısının tasarılar göre çok az olduğu görülmektedir. Bunun nedeni milletvekili tekliflerinin görüşülme ve kanunlaşma şanslarının az olmasıdır. Bu nedenle olmalı ki milletvekilleri kimi zaman kanun teklifini hazırlayarak Meclise sunmak yerine bir önerge ile Hükümetten bir kanun tasarısı hazırlaması isteyebilmektedirler. Özellikle bir uzmanlık bilgisine ve incelemeye gerek görülen hallerde milletvekilleri kanun teklifi hazırlamak yerine hükümetten tasarı hazırlanması talebinde bulunabilmektedirler. Kanun teklif etme yetkisi kimi zaman iktidar grubu ya da grupları tarafından da kullanılmaktadır. Görüşülen işin acil olması durumunda, tasarının hazırlanmasında geçen süreyi kazanmak için hükümet tasarı hazırlamak yerine hükümet partisinin milletvekilleri tarafından kanun teklifi sunulabilmektedir.³⁸

Komisyon tasarıları,

Komisyonlar, Anayasa'da kanun teklifinde bulunabilecek yerler arasında sayılmamasına rağmen İçtüzüğün 27. maddesi, her komisyonun,

³⁷ Bir parlamento grubu kurabilmek için de en az beş üyeye sahip olmak zorunlu kılındığından kanun teklif etme hakkı, milletvekillerinden çok parlamento gruplarına ya da bir parlamento grubu kurabilecek sayıda milletvekiline tanınmıştır denirse yanlış olmayacaktır. Aynı sistem İspanya'da da mevcuttur. İspanya'da kanun teklif edebilmek için bir parlamenter grup olmak ya da bir parlamenter kurabilecek 15 sayısına ulaşmak zorunludur. Dolayısıyla milletvekillere kanun teklif etme yetkisinin bireysel bir hak değil toplu olarak kullanılabilecek bir hak biçiminde tanımlandığını söylemek mümkündür.

³⁸ Bu yöntem ülkemizde de uygulanmaktadır. Bu tür durumlarda kanun teklifi iktidar partisinin grup başkanvekillerinden biri ya da birkaçı tarafından imzalanmaktadır. Bu tür düzenlemeler teklif adını taşımakla birlikte tasarılarla farklıdır. (Ayrıntılı bilgi için bkz: BAKIRCI, TBMM'nin Çalışma Yöntemi, s. 401-402.

kendi görev alanıyla ilgili konularda, görüşmekte olduğu bir düzenlemeyle ilgili olarak, Komisyon teklifi sunma yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Komisyonun önünde görüşülmekte olan bir kanun tasarısı bulunmalı ve uygulamada boşluk doğmaması için yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmalıdır. Komisyonun önünde görüşmekte olduğu bir kanun tasarısı ya da teklifi olmasa bile, Komisyonun kanun teklifinde bulunma yetkisi vardır. Ancak bu durumda da konunun komisyonun gündeminde tartışılmakta olan bir konu olması gerekir. Bu durumda Komisyon teklifi kendisi görüşür ve kendisine havale edilen işlerde uyguladığı yönteme uygun olarak bir rapor hazırlayarak Genel Kurula sunar. Başka bir anlatımla konunun kendi yetki alanına girdiğine komisyonun kendisi karar vermekte ve havaleyi kendi kendisine yapmaktadır. Komisyonlara verilmiş bu önemli yetkiye görüştüğü konuyla ilgili olması sınırlaması yanında başka sınırlamalar da getirilmiştir: Federal Bütçe ve Federal Maliye ile ilgili konular ile Federal Meclisin geri gönderdiği konularda komisyonların kanun teklifinde bulunması yasaklanmıştır. Komisyona verilen bu yetki, komisyonun sorunlu kanun çıkarmasını engellemeye yönelik olduğu düşünülebilir.

Milletvekilleri ve komisyonlar tarafından sunulan yasa tekliflerinde Federal Bütçe tasarısında öngörülen tahminleri aşan mali yükler getirildiği takdirde bu yüklerin nasıl karşılanacağına ilişkin önerilerin de yer alması zorunludur. Ayrıca her komisyon kendisine sunulan bu tür tekliflerde gider artışının karşılanmasına yönelik önerinin yeterli olup olmadığını değerlendirmek zorundadır. (İÇT. m. 28)

Federal Meclis ya da Federal Meclisin 1/3 tutarındaki üyesi,

Federal Meclis tarafından verilen önerilerde, en az üç Federal Meclis üyesi tarafından imzalanmış bir öneri taslağı söz konusu olmalı ve bu taslak Federal Meclisin en az 1/3 ile toplanan Genel Kurulunda toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu tarafından kabul edildikten sonra sunulabilmektedir. Dolayısıyla Federal Meclis sunacağı teklifi görüşmemişse üyelerin 1/3'ü tarafından imzalanmak ve sunacağı teklifi görüşmüşse karar yetersayısı ile karar almış olması gerekmektedir. Bu demektir ki Federal Meclis üyelerine bireysel olarak ya da parti grubu olarak değil Meclis olarak yasa teklifinde bulunabilme yetkisi verilmiştir.

Federal Hükümet Tasarıları

Parlamentar sistem geleneğine uygun olarak Ulusal Mecliste çoğunluğa sahip olan iktidar partisi/partilerinin tasarılarına öncelik verilmektedir.

Bu nedenle de Meclise sunulan tasarıların büyük çoğunluğu hükümetten gelen tasarılardır. Hükümet bu yolla seçimde sunduğu vaatlerini hükümet programı yoluyla gerçekleştirme olanağı bulmaktadır. Tasarılar bakanlıklarda hazırlanmakta ve katılımcı bir süreç işletilmektedir. Bu süreçte uzmanlara ve sivil toplum örgütlerine danışılmaktadır. Bu amaçla taslak ilgili bütün gruplara gönderilmekte ve internete konmaktadır. Taraflara görüşlerini bildirmeleri için altı haftalık bir süre tanınmakta ve gelen görüşlerden yararlanılmaktadır. Ancak şeffaflık ilkesi gereği eleştiriler dahil gelen bütün görüşler, olduğu gibi, Ulusal Meclisin internet sayfasına konmaktadır. Bakanlık bu görüşleri dikkate alarak ya da almayarak taslağa son şeklini verdikten sonra Federal Hükümete sunmaktadır. Hükümet taslağı onayladıktan sonra tasarı olarak Meclise sunmak ve tasarı Meclisin internet sayfasında yayınlanmaktadır.

Yurttaş girişimi yoluyla sunulacak öneriler³⁹

Oy kullanma hakkına sahip 100000 seçmen tarafından ya da üç eyaletin her birinin 1/6 tutarındaki üyesi, yurttaş girişimi yoluyla yasa önerisinde bulunabilirler. Bunun için Avusturya nüfusunun binde biri miktarındaki 8023 yurttaşın bir girişim başlatıp bir gündem önermesi gerekir. Bundan sonra belediyede bir haftalık imza süreci başlatılır. Bir haftada oy verme hakkına sahip 100.000 kişi yasa formatında hazırlanmış tasarıya imza atacak olursa yurttaş girişimi olan tasarı federal seçim bürosu tarafından Ulusal Meclise sunulur ve görüşülür. Meclis bu isteği yerine getirmezse süreç sona erer. Ayrıca yurttaş girişimi konusu olabilecek alanlar Federal Anayasa tarafından belirlenmiştir; bu alanlar dışında yurttaş girişimi yapılamaz. İçtüzüğe göre Ulusal Meclisin gündemi belirlenirken halk girişimine öncelik verilir. Tasarı ilgili komisyona gönderildikten sonra bir ay içinde ilk görüşmelerine başlanır ve her durumda dört ay içinde Genel Kurula bir rapor sunulur(m. 24). Avusturya'da 1964 yılından beri 34 yurttaş girişimi yapılmıştır.

Yurttaş girişimi, batı demokrasilerinde, temsili demokrasinin krizlerini aşmada kullanılan bir araç olarak ortaya çıkmıştır. Temsili demokraside seçmen ile seçilen arasındaki bağın zamanla kopması ya da zayıflaması nedeniyle temsilci, temsil edilenden kopabilmekte ve bu da demokraside bir krize dönüşmektedir. İşte temsili demokrasiler bu krizi aşmak için temsili demokrasileri doğrudan demokrasilere yaklaştıran yurttaş girişimi mekanizmasını benimsemişlerdir. Ancak bu mekanizmanın getirildiği

³⁹ Bu başlık altındaki bilgiler Anayasa, İçtüzük ve <http://www.mehr-demokratie.at/mehr-demokratie/english-summary> adresinden alınmıştır. Mehr-demokratie adlı sivil toplum örgütü doğrudan demokrasinin geliştirilmesi için çaba harcamaktadır.

ülkelerde, buna sınırlamalar da getirilmiştir. Örneğin belli sayıda yurttaşın imzası, vergi, insan hakları konularına ilişkin olmama vb. kısıtlar aşağı yukarı bu yöntemi benimseyen ülkelerin hepsinde vardır.⁴⁰

Avusturya’da doğrudan demokrasiyi gerçekleştirmeye yönelik tek araç yurttaş girişimi değildir. Anayasa kimi durumlarda, örneğin Anayasanın bütünüyle değiştirildiği hallerde, referandumu zorunlu bir yöntem olarak öngörmüştür. Ancak Anayasa ve buna uygun olarak İçtüzükte Ulusal Meclise geniş bir referandum yetkisi vermiştir. Anayasanın 43. maddesine göre usulüne göre kabul edilmiş bütün kanunlar Federal Başkan tarafından yayınlanmadan önce Ulusal Meclisin kararı ya da üyelerinin çoğunluğunun istemi üzerine referanduma sunulmak zorundadır. Bunun için sözkonusu kanunun bütün aşamalardan geçerek kanunlaşmış olması ancak henüz yayınlanmamış olması gerekir. Bu durumda, Ulusal Meclis basit karar alma yöntemiyle referandum karar alabileceği gibi, Meclis üyelerinin çoğunluğu da bir görüşme yapmaksızın referandum isteminde bulunabilir. Bu durumda referanduma gitmek zorunludur. Bu demektir ki Ulusal Meclis kabul ettiği her kanunu bir de halkın onayından geçirme yetkisine sahiptir.

Doğrudan demokrasiyi geliştirmeye yönelik üçüncü araç bugüne kadar hiç kullanılmamış olan *halka danışma* mekanizmasıdır. Anayasanın 49b maddesinde düzenlenen mekanizma, yargının ve yürütmenin yetki alanına girmeyen ulusal nitelik taşıyan temel konularda Federal Hükümet ya da Ulusal Meclisin üyelerinin isteği üzerine Ulusal Meclisin kararına bağlı bir kurumdur. Bu durumda halka danışılacak konu belirgin hale getirilerek evet ve hayır biçiminde ya da iki seçenekli olarak halka danışma yoluna gidilir.

Avusturya’da doğrudan demokrasi ile ilgili olarak yaşanmakta olan yeni bir tartışma bulunmaktadır. Bu tartışma İsviçre’de halen uygulanmakta olan *halkın referandum yetkisi*dir. Bu yolla halk referandum sürecini kendisi başlatmakta ve parlamento tarafından çıkarılan bir yasayı iptal edebilmektedir. Böylece parlamento tarafından çıkarılan ve referanduma sunulmayan yasaların halkın doğrudan desteğine sahip oldukları varsayılmaktadır. Çünkü halkın elinde istemediği yasaları reddetme ve yürürlüğe sokmama yetkisi bulunmaktadır. Bu tür bir referandumun kullanılabilmesi halinde parlamentonun halka rağmen bir düzenleme yapması mümkün olmamaktadır. Avusturya bu mekanizma için İsviçre’den esinlendiğinden aşağıda İsviçre ile ilgili bir çalışmadan alıntı yapılmıştır:

⁴⁰ Örneğin İspanya Anayasasının 87. maddesinde bu tür kanun teklifleri için 500.000 yurttaşın imzası gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, s. 56.

‘Dolaylı demokrasinin bir tamamlayıcısı olan doğrudan demokrasi İsviçre’de 19. Yüzyılın başlarında yerleşmiştir ve o zamandan beri geliştirilmektedir... İsviçre’de doğrudan demokrasinin üç ana yöntemi vardır. Bunlardan birincisi zorunlu referandumdur: Parlamento Anayasaya bir şeyler eklemek ya da Anayasayı değiştirmek isterse, Anayasada yer alan kurala göre, değişiklik ya da ek taslağı ulusal bir referandum oylamasıyla onaylanmak (ya da reddedilmek) zorundadır. İkinci olarak isteğe ya da seçmeye bağlı referandum bulunmaktadır. Parlamentodan geçmiş olan yeni yasalar ya da yasalarda yapılacak değişiklikler, 50.000 seçmen bu tür bir istemi desteklediği takdirde, bir referandum oylaması ile kabul ya da reddedilmek zorundadır. Üçüncü olarak yurttaş girişimi vardır: Önerinin 100.000 seçmenin desteğini alabilmesi halinde yurttaşların bir referandumda kararlaştıracağı bir yasa önerisi sunma hakları vardır.’⁴¹

Bu araçlardan birincisi Avusturya’da vardır. Üçüncü mekanizma Avusturya’da vardır ancak çok daha sınırlıdır. İsviçre’de yurttaş girişimi yoluyla sunulan öneri halk tarafından referandum yoluyla yasalaştırılabilirken, Avusturya’da halk sadece yasa önerisinde bulunmakta ve önerinin yasalaşıp yasalaşmamasına parlamento karar vermektedir. İkinci mekanizma ise bugün Avusturya’da tartışılmakta olan mekanizmadır. Bu tartışmalar sırasında halka bu tür bir yetki vermenin bir diktatörlüğe dönüşme ya da insan hakları ile ilgili olarak geriye gitme tehlikesinin bulunduğu belirtilmektedir. Ancak buna karşılık olarak da halkın bu tür bir yetkiye sahip olmakla birlikte İsviçre’nin bugüne kadar insan hakları karşısı ya da otoriter bir devlete dönüşmediği ve bu ülkede insan haklarının hiçbir zaman tehditle karşılaşmadığı cevabı verilmektedir. Ek olarak İsviçre’de ölüm cezası olmamasına rağmen bu cezanın halk tarafından geri getirilmediği ve İsviçre yurttaşlarının demokratik sistemlerini yok etmeye yönelik bir planlarının olmadığı belirtilmektedir.⁴²

Teziç temsili demokrasiyi doğrudan demokrasiye yaklaştıran bu araçları uygulayan sistemlere *yarı doğrudan hükümet sistemleri* adını vermekte ve bu sistemlerin hem temsili demokrasiden, hem de doğrudan demokrasiden üstün olduğunu belirtmektedir. Doğrudan demokrasilerde halk meclislerinin yeteneksiz olması yasama ve hükümet faaliyetlerinin aksamasına neden olurken, parlamenter sistemlerde halk tarafından seçilen parlamentoların mutlak üstünlük iddiasında bulunmaları ve parlamentoların zaman içinde kendilerini seçenlerden bağımsızlaşmaları sorun yaratabilmektedir. Yarı

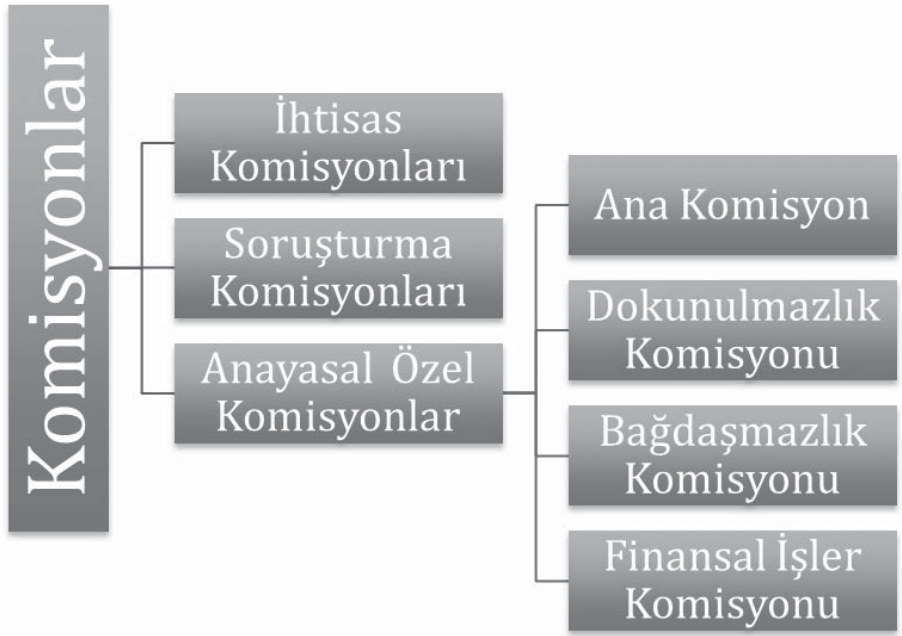
⁴¹ KAUFMANN, s. 8.

⁴² VERLHUST, s. 8.

doğrudan demokrasi hem temsili demokrasiyi koruyarak hem de sınırlayarak her iki sistemin de sakıncalarını gidermektedir.⁴³ Avusturya Parlamentosunun da bu çerçevede adım atma hazırlığı içinde olduğu görülmektedir.

(2) Komisyonlar

Ulusal Meclise sunulan öneriler ayrıntılı olarak incelenmeleri için komisyonlara havale edilir. Komisyonlar incelemeleri sırasında uzman görüşüne de başvurabilirler. Bunun dışında Mecliste soruşturma ile görevli ya da dokunulmazlıklarla ilgili özel komisyonlar da bulunmaktadır. Komisyonlar kabaca şöyle sınıflanabilir:



(a) İhtisas Komisyonlarının Yapı ve İşleyişi

Ulusal Meclis her dönem başında önemli gördüğü alanlarda *ihtisas komisyonları* kurar. Örneğin Aile İşleri Komisyonu, Anayasa Komisyonu, Sağlık Komisyonu, Dış Politika Komisyonu gibi komisyonlar her dönem kurulabilen komisyonlardır. Ancak Ulusal Meclis bu komisyonları kurmak zorunda olmadığı gibi bunlara yeni komisyonlar da ekleyebilir. Başka bir anlatımla Anayasa ya da İçtüzükte belirli komisyonlar kurulacağına ilişkin bir

⁴³ TEZİÇ, s. 235.

hüküm bulunmamaktadır. Genel Kurul kendi iradesiyle o dönem kurulacak ihtisas komisyonlarını belirlemektedir. Bunun dışında Genel Kurul önemli konularda özel komisyonlar da kurabilmektedir. Bugün için Ulusal Mecliste 32 komisyon bulunmaktadır.

İçtüzükte komisyonların oluşumuna ve işleyişine ilişkin ayrıntılı kurallar bulunmaktadır. İçtüzük genel olarak komisyonlarda uygulanacak kuralları belirlemiş ve sadece 41. maddenin son fıkrasında, görüşmelere ara verilmesi, olgusal düzeltmeler, usul görüşmeleri ve oylamaları, oylama düzeni, düzene ve konuyla ilgili konuşmaya davet konularında Genel Kurula ilişkin kuralların komisyonlarda da kıyasen uygulanacağını öngörmüştür.

Komisyonların üye ve yedek sayıları Genel Kurul tarafından belirlenir ve Parlamenter Gruplar komisyonlarda üye sayısı oranında temsil edilirler. Grupların üye sayısında değişiklik olduğu takdirde bu değişiklik komisyon üye sayısına yansıtılır. Komisyon toplantısına katılamayan üyelerin yerine yedek üyeler toplantılara katılabilirler. Ancak toplantıya katılamayan üye, kendi yerine yedek üye yerine, mensubu olduğu Parlamenter grubun başka bir üyesinin katılmasını yazılı olarak Komisyon Başkanından isteyebilir (İÇT m. 32). Komisyonlar ilk toplantılarını Meclis Başkanının başkanlığında yaparlar ve komisyona başkan seçilinceye kadar Meclis Başkanının başkanlığı devam eder. Bu toplantıda her komisyon bir başkan yeterli sayıda başkanvekili ve katip seçerler; başkanvekili ve katip sayısı komisyonun takdirine bağlıdır. Komisyon katibinin katılmadığı toplantılarda, komisyon, o toplantı için bir katip seçer. Komisyon başkanı komisyonu toplantılara çağırmaya, toplantıları açmaya ve kapatmaya, toplantıları ertelemeye, toplantılar sırasında düzeni sağlamaya ve İçtüzük kurallarını uygulamaya yetkilidir. Komisyon başkanı konunun komisyonda yeterince tartışılmasından sonra görüşmeleri sonlandırma hakkı vardır. (İÇT. m. 34). Komisyon, görüşmelerinin başlangıcında görüşmekte olduğu tasarıyla ilgili bir komisyon raportörü seçer (İÇT. m. 41). Komisyon üyeleri komisyon toplantılarına ve çalışmalarına katılmakla yükümlüdürler (İÇT. m. 36). Diğer hem Ulusal Meclis hem de Federal Meclis üyeleri toplantılara gözlemci olarak katılabilirler. Komisyon da üyesi olmayan milletvekillerini danışma amacıyla toplantılarına çağırabilir. Ulusal Meclis Başkanı komisyonlara üye olabilir. Ancak Meclis Başkanı üyesi olmadığı komisyonlardaki toplantılara ve tartışmalara da katılabilir. Komisyonlar toplantılara katılmasını istemedikleri kişileri toplantıdan çıkarabilirler, kısmi gizlilik kararı alabilirler ve hatta komisyonda oy hakkı olmayan milletvekillerinin de dışarı çıkarılmasını kararlaştırabilirler. Ancak sözkonusu milletvekillerinin toplantıdan çıkarılabilmeleri için kullanılan

oyların üçte ikisinin bu yönde olması zorunludur. Meclis Başkanı hiçbir durumda toplantıdan çıkarılamaz. (İÇT m. 37)

Komisyonunda tutanak tutulmaması genel kuraldır. İstisnai durumlarda Komisyon Başkanı, Meclis Başkanından, komisyonlarda stenograflar tarafından özet tutanak tutulmasını isteyebilir. Özet tutanaklar, özellikle üyeler tarafından yapılan açıklamaları içerir. Bunun dışındaki bütün görüşmelerin tam tutanağının tutulması gerekmez, özetlenmesi yeterlidir. Komisyon bu şekilde tutanak tutulmasını kararlaştırmışsa Meclis Başkanı bu tutanakların yayınlanması talimatı verir (İÇT m. 39). Tutanak tutulmamakla birlikte komisyon toplantılarının uygun kaydının tutulması gerekir. Bu resmi kayıtlar başkan ve katip tarafından imzalanır ve Meclis arşivinde saklanır. Bu kayıtlarda görüşülen işlerin listesi, verilen önergeler, önergelere yapılan işlemler, oylama sonuçları ve alınan kararlar yer alır. Bunlara katılım listesi, asıl üye yerine katılan yedek üyelerin ya da bildirilen üyelerin listesi, komisyon başkanının toplantı sırasında üyelere dağıttığı metinlerin birer örneği eklenir. Bu kayıtlara toplantıdan bir gün sonrasına kadar itiraz edilmediği takdirde onaylanmış sayılır. Bir itiraz gelirse, bu itiraz komisyon başkanı tarafından karşılanır. (İÇT. m. 38)

Komisyonların toplantı yetersayısı üye tamsayısının salt çoğunluğu ve karar yetersayısı toplantıya katılanların salt çoğunluğudur. Ancak Genel Kurulda olduğu gibi burada da toplantı yetersayısı sadece oylama ve seçimler için aranır. Oylama ve seçim yapılmayacaksa toplantı yetersayısını aramanın anlamı yoktur. Toplantı yetersayısı bulunmuyorsa başkan toplantıyı belirli ya da belirsiz bir zamana erteler. Oylamalar genellikle işaretle yapılır. Ancak Başkanın kendi isteğiyle ya da üye tamsayısının beşte birinin isteği üzerine açık oylama yapılır. Toplantının başlangıcında, Başkan görüşmesiz oylamayla gündemdeki işlerin sırasını değiştirebilir ve farklı başlıklar altında bulunan maddeleri tek başlık altında birleştirebilir. Toplantının başlangıcında bir komisyon üyesinin isteği üzerine ya da kendiliğinden bir gündem maddesinin gündemden çıkarılmasını ya da gündemde olmayan bir maddenin gündeme alınmasını önerebilir. Bu istem mevcut üyelerin üçte iki çoğunluğu ile kabul edilirse, madde gündemden çıkarılır ya da eklenir (İÇT. m 41). Burada dikkat edilmesi gereken şey, gündeme alınacak konunun mevcut gündem konularıyla bir ilgisinin bulunma zorunluluğunun olmamasıdır. Başkan, görüşülmekte olan konuyla ilgili olan bir başka konuyu da toplantı sırasında gündeme alabilir. Diğer taraftan gündemle ilişkili bir konu komisyonun kararıyla ya da bir komisyon üyesinin istemi üzerine de toplanmış olan komisyonun gündemine alınabilir. Ancak bir komisyon üyesinin bu tür bir istemde bulunabilmesi

için önceden bu tür bir isteminin olması ve bu istemin üzerinden altı hafta geçmiş olması gerekir (İÇT. m. 34). Toplantının başlangıcında komisyonun önünde kapsayıcı nitelikte birçok metin varsa, komisyon bunların hangisini esas alacağını kararlaştırır. Bu amaçla yapılacak oylamadan önce genel bir görüşme yapılabilir. Ancak komisyonun önünde yazılı bir alt komisyon metni varsa, bu metin görüşmelere esas alınır. Komisyon Başkanı, toplantıda söz istemlerini istem sırasına göre kaydeder. Komisyonlarda kural olarak her üye istediği kadar konuşabilir. Ancak konuşmalar iki türlü sınırlanabilir: (1) Başkanın önerisi üzerine, söz talebinde bulunan üyelerin konuşma süreleri sınırlanabilir. Bu sınırlamanın uygulanabilmesi için Başkanın önerisinin mevcut üyelerin 2/3'ü tarafından kabul edilmesi zorunludur. Ancak bu durumda dahi konuşma süreleri 15 dakikadan az olamaz. (2) Söz talebinde bulunan en az üç üye konuştuğundan sonra bir yeterlilik önergesi verilebilir. Başkan bu önergeyi derhal oya sunar. Önerge kabul edilirse o zamana kadar söz talebinde bulunan bütün üyeler konuşma hakkına sahiptir. Oylama sırasında Başkana ulaşmış bir söz talebi yoksa Parlamenter Grupların her birine bir konuşmacıyı konuşturma hakkı verilir. Komisyon üyeleri görüşmelerde yazılı ve gerekçeli değişiklik önergesi verme hakkına sahiptirler. Komisyonda bir yeterlilik önergesi verilmişse, bu tür bir önergenin verilmesinden sonra da, değişiklik önergesi verilebilir. Başkan bu tür önergeyi komisyona iletir (İÇT. m. 41).

İhtisas komisyonlarının görüşmekte olan bir konunun derinleştirilmesi amacıyla bir alt komisyon kurmaları ya da konuyu kurulmuş bir alt komisyona göndermeleri olanaklıdır. Alt komisyon kararları bağlayıcı değildir, danışma kararı niteliğindedir. Alt komisyon başkanını seçmek için yapılacak toplantılara komisyon başkanı başkanlık eder ve bu toplantıda yeteri kadar başkanvekili ile katip de seçilir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece alt komisyon toplantıları gizlidir (İÇT. m. 35). Alt komisyon görüşmelerinin sonucu alt komisyon başkanı ya da seçilmiş bir raportör tarafından yazılı ya da sözlü olarak rapor edilir. Taslağın bütün bölümleri üzerinde uzlaşmaya varılmadığında, alt komisyon başkanı ya da raportör bir metin taslağı hazırlar ve bu metin üzerinde uzlaşma bulunmayan bölümler uygun şekilde işaretlenir. Komisyon, her aşamada alt komisyona bir nihai görüşme süresi verebilir; bu süre görüşmelere başladıktan sonra da verilebilir. (İÇT. m. 35a)

Komisyon toplantılarının sonunda komisyon raporunu yazmak üzere bir raportör seçilir⁴⁴ ve raportör raporu yazdıktan sonra komisyon başkanıyla

⁴⁴ 41 ve 42. maddelerin her ikisinde de raportör seçiminden söz edilmektedir. Bunlardan birisi komisyondaki görüşmeler sırasında, diğeri tasarı komisyondan çıktıktan sonra rapordan sorumludur. Uygulamada bu iki görevi, aynı kişinin yerine getirdiği düşünülmektedir.

⁴⁵ Komisyon rapor sunacak bir raportör belirleyememişse komisyon başkanı ya da başkanve-

birlikte imzalanarak Meclis Başkanına sunulur. Rapora bir muhalefet şerhi eklenebilir. Bunun iki yolu vardır: (1) Görüşmelere katılan en az üç üye tarafından yazılı olarak ayrı bir muhalefet raporu yazılabilir. (2) Komisyon toplantılarına katılan bir üye kendi kişisel muhalefet görüşlerini yazılı olarak sunabilir. Bu görüşlerin rapora eklenmesi gerekmez; ayrı olarak da sunulabilir. Ancak muhalefet görüşlerinin ya da raporlarının, zamanında sunulmuş olması gerekir. Meclis Başkanı bu şekilde kendisine sunulan raporu ve muhalefet şerhlerini ayrı ayrı çoğaltarak üyelere dağıtır. Komisyon raporu Meclis Başkanlığına sunulmadan önce komisyon kararıyla değiştirilebilir. Ancak bunun için kararın kabul edildiği ilk çoğunluk önemlidir. Örneğin karar 10 oyla alınmışsa, bu kararı değiştirmek için en az 11 oy gereklidir. Komisyonun yeterli çoğunluğu olsa bile 10'un altında bir çoğunlukla değişiklik yapmak mümkün değildir. Ancak eğer bu çoğunluk sağlanamıyorsa, bir başka şans daha vardır: Mevcut üyelerin 2/3'ünün desteği sağlanabiliyorsa, değişiklik gerçekleştirilebilir. Rapor bir kez Meclis Başkanına sunulduktan sonra, geri alınabilmesi ancak Meclisin onayına bağlıdır. (İÇT. m. 42)

Komisyonunda bir tasarinın görüşülmesinin zamanı komisyonun takdirindedir. Ancak Meclis Başkanının önerisi ya da bir Üyenin istemi üzerine Genel Kurul, komisyona raporunu vermesi için bir bağlayıcı süre verebilir. Başkan gündeme geçmeden önce bu istemi Genel Kurula bildirir. Bu konuda bir görüşme yapılırsa, oylama görüşmeden sonra, görüşme yapılmazsa, oturumun sonunda oylanır. Genel kurul bu süre dolmadan, komisyonun görüşme süresini aynı yöntemle uzatabilir (İÇT. m. 43). Bu süre dolduktan sonra komisyon raporu verilmeden, Genel Kurulun ilk birleşiminde konunun görüşülmesine başlanabilir. (İÇT. m. 44)

Kural olarak bir komisyon raporunun Genel Kurul gündemine alınması, raporun dağıtılmasından 24 saat sonra mümkündür. Başkanın önerisi üzerine Genel Kurul 2/3 çoğunlukla karar verdiği taktirde raporun çoğaltılması zorunluluğu ve 24 saat sınırlamasının kaldırılması mümkündür. (İÇT. m. 44)

(b) Anayasal Komisyonlar

Mecliste ihtisas komisyonları dışında özel işlerle görevlendirilmiş Anayasa ya da anayasal yasalarla kurulmuş önemli komisyonlar da bulunmaktadır. Dokunulmazlık Komisyonu, Bağdaşmazlık Komisyonu, Finansal Anayasa Kanununa göre kurulan Uzlaştırma Komisyonu ve Ana Komisyon bu özel komisyonların bir kaçıdır. Bunlardan *Ana Komisyon (Main Committee)* diğer komisyonlardan farklı olan ve sistem içinde çok etkili olan

kili Genel Kurula sözlü bir rapor sunabilir. (İÇT. m. 44)

özel bir komisyondur. Ana Komisyon Anayasanın 55. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. İktüzük de bu hüküm doğrultusunda ayrıntıları düzenlemiş ve bu Komisyona geniş bir yer ayırmıştır. Buna göre Ana Komisyonun üye sayısı Ulusal Meclis tarafından belirlenir. Komisyonda siyasi partilerin tümü güçleri oranında temsil edilirler. Komisyonun başkanlığını Ulusal Meclis Başkanı yürütür. Ana Komisyon iki Daimi Alt Komisyon kurar. Bunlardan biri Avrupa Birliği (AB) ile ilgili işlere, diğeri hükümet, seçim vb. AB dışındaki işlere bakar. Alt Komisyona yapılacak seçimlerde de güç oranında temsil ilkesine uyulur. Ancak Alt Komisyonlarda, Komisyonda temsil edilen bütün siyasi partiler en az bir üyeyle temsil edilirler. Ana Komisyon, AB ile ilişkiler, hükümetle ilişkiler, referandum, Ombudsman, Sayıştay ve Parlamenter Ordu Komisyonu gibi yerlere aday önermek gibi geniş ve önemli yetkileri olan bir komisyondur. Ulusal Meclisin tatilde olduğu zamanlarda, gerek görüldüğü takdirde Ana Komisyon toplantıya çağrılabilir. Alt Komisyonlar ise her zaman toplantıya çağrılabilir ve her zaman toplanabilir. Ulusal Konseyin Federal Başkan tarafından feshedildiği zamanlarda, Ana Komisyonun görevlerini Daimi Alt Komisyon yerine getirir.

(c) Soruşturma Komisyonları

Mecliste ayrıca Federal Hükümet üyelerinin siyasal sorumluluğunu ve federal düzeydeki idari yetkililerin belirli eylemlerini araştıran soruşturma komisyonları kurulabilmektedir. Soruşturma Komisyonu kurulmasına ilişkin önerge Meclis Başkanlığına yazılı olarak verilir ve önerge soruşturma konusunu, amacını ve soruşturma komisyonunun oluşumunu içerir. Ana komisyonda temsil edilen her parti Soruşturma Komisyonunda da en az bir üye sahibidir. Soruşturma komisyonları ihtisas komisyonlarından farklı olarak sadece taslak raporların yazılması amacıyla alt komisyonlar kurabilirler; soruşturma derinleşecekse bunu kendileri yapmak zorundadırlar. Soruşturma komisyonuna, ihtisas komisyonlarında olduğu gibi bir süre verildiği takdirde, komisyon çalışmalarını bu süre içinde tamamlamak zorundadır. Rapor sunulmamışsa, çalışma süresinin bitimini takip eden ilk Genel Kurul toplantısında soruşturma komisyonu başkanı ya da başkanvekili soruşturma komisyonunun etkinlikleri hakkında sözlü bir rapor sunar. Genel kurul komisyona yazılı olarak bir rapor sunması için yeni bir süre vermezse, soruşturma komisyonu sona erer. (İÇT. m. 45)

(d) Komisyonda Bilgilenme ve Ulusal Meclisin Bilgilenmesi

İktüzük bilgilenme ile ilgili üç farklı düzenleme getirmiştir: *Komisyonda görüş alma (hearing)*, *parlamenter görüş alma (hearing)* ve *araştırma komisyonu*. (m. 40, 98, 98a)

Komisyonlar, Meclis Başkanı aracılığıyla bakanlardan araştırma yapmak ya da yazılı ve sözlü olarak görüşlerini almak üzere uzmanları ya da ilgilileri toplantıya getirmelerini isteyebilirler. Uzmanın ya da ilgilinin toplantıya gelmek istememesi halinde yetkililer tarafından toplantıya katılması sağlanır. Komisyona bilgi vermek üzere gelen uzmanların yol ve konaklama giderlerinin karşılanması gerektiğinde, bu giderler Parlamento idaresi tarafından Meclis bütçesinden karşılanır. Uygulamada bu giderlerin asgari düzeyde olmasına özen gösterilmektedir. Diğer taraftan, görüşülmekte olan bir tasarinin olgunlaştırılmasıyla ilgili olarak komisyon üyeleri de ülke içinde gerekli yerlere ziyarette bulunabilirler.

Federal yasama alanına giren bir konuda parlamenter görüş alma Ana Komisyon tarafından yapılır. Bunun için komisyonun üyelerinden birinin Meclis Başkanına yazılı bir önergeyle bir talepte bulunması ve komisyonun bu istem doğrultusunda karar vermiş olması gerekir. Önergede görüş alma konusunun açıklanması, çağrılmak istenen katılımcılar belirtilmesi ve toplantı gününün belli edilmesi zorunludur. Bir toplantı sırasında üyelerin üçte biri tarafından önergenin görüşülmesine yönelik bir talep gelirse, önerge Ana Komisyonun bir sonraki toplantısının gündemine girer. Bu tür bir talep gelmezse, önerge verildikten itibaren altı ay içinde komisyonda görüşülmek zorundadır. Parlamenter görüş alma toplantısı, Meclis Başkanı tarafından yönetilir. Görüş alma toplantısı yapılmasına ilişkin kararın alındığı Ana Komisyon toplantısında aksine bir karar alınmadığı takdirde, bu toplantılar basına açıktır. Toplantılar ayrıca komisyon toplantılarına katılma hakkı olan herkese açıktır. Uygulamada görüş alma toplantılarına çağrılacak sivil toplum örgütü temsilcileri partiler arası uzlaşma ile çağrılır. Her siyasi partiye belli sayıda temsilci çağırma hakkı verilir. Aksine karar alınmadığı takdirde bu toplantıların tutanakları tutulur ve bu tutanaklar yayınlanır.

Ana komisyon önemli ve kapsamlı bir yasa konusunda bu tür bir görüş alma toplantısı düzenleyebileceği gibi aynı yöntemle bir *araştırma komisyonu* da kurabilir. Bu amaçla verilecek önergede, komisyonun oluşumu, çalışma süresi ve ilkelerine de yer verilir. Araştırma Komisyonu belirlenen sürede farklı görüşleri yansıtan bir rapor hazırlayarak Ulusal Meclise sunar. Ancak bir anda kurulabilecek araştırma komisyonu sayısı sınırlıdır: Mecliste aynı anda raporunu sunmamış araştırma komisyonu sayısı üçü geçemez.

(3) Yasalaşma Aşamaları

Yasama sürecine genel olarak bakıldığında birinci, ikinci ve üçüncü aşama olarak üç aşamanın bulunduğu görülmektedir.⁴⁶

⁴⁶ Bu aşamalar, İngiltere'deki görüşme aşamalarına benzemektedir. İngiltere'deki aşamalar



Birinci okuma İçtüzükte düzenlenmiş olmakla birlikte (m. 69) uygulamada nadiren kullanılmaktadır ve yapıldığı takdirde, tasarının genel ilkeleri üzerindeki görüşmeyle sınırlıdır. 69. maddenin üçüncü fıkrasına göre milletvekili teklifi dışındaki önerilerin birinci okumasının yapılması için Genel Kurulun bu yönde bir karar vermesi gerekir. Bunun için teklifin dağıtılmasından sonra teklifin gündeme girdiği oturumun başlangıcında ya da bu oturumun sonunda bir önerge verilmesi ve bu önergenin Genel Kurulda kabul edilmesi gerekir. Ancak uygulamada bu tür bir önerge verilmediğinden milletvekili teklifleri dışındaki tekliflerde birinci okumanın hiç yapılmadığı görülmektedir. Milletvekili tekliflerinin birinci görüşmesi ile ilgili olarak dördüncü fıkra özel bir hüküm vardır. Buna göre teklif sahibi teklifin gerekçesinde birinci okumanın yapılmasını isteyebilir. Hatta teklif sahibi bu okumanın üç ay içinde gerçekleştirilmesini de isteyebilir. Bu durumda gündem belirlenirken bu istem dikkate alınır. Birinci görüşmede ilk söz ilk teklif sahibi ya da teklif sahiplerinden birine verilir. Birinci okuma hakkını genellikle muhalefet milletvekilleri istemektedir. Tekliflerinin görüşülme şansı olmadığını düşünen muhalefet milletvekilleri, genellikle tekliflerinin gerekçesinde birinci okuma talebinde bulunmakta ve böylece tekliflerinin geneli üzerinde Genel Kurulda kısa bir görüşme yapılmasını sağlamaktadırlar. Birinci okumadan sonra sadece teklifin bir komisyona havalesiyle ilgili önerge verilebilir. Ancak teklifin hangi komisyona gideceğine başkan karar verir. (İÇT. m 69)

Birinci okuma yapılmadığı durumlarda ise milletvekili teklifleri sunuldukları birleşim sırasında, diğer teklifler ise dağıtılmalarından sonraki ikinci birleşimde ilgili komisyona havale edilirler. (İÇT. m. 69/7)

Avusturya’da birden fazla komisyona havale ya da esas-tali komisyon gibi bir ayırım bulunmamakta, tasarılar tek komisyona havale edilmektedirler. Uygulamada bundan ötürü bir sorun da yaşanmamaktadır.⁴⁷

‘1. Tasarının ilk kez Avam Kamarasında okunması, 2. İkinci bir kez okunarak genel görüşme yapılması, 3. Komisyonlarda tasarının ayrıntıları üzerinde inceleme yapılarak bir rapor hazırlanması, 4. Komisyon raporunun görüşülmesi, 5. Nihayet, üçüncü bir kez tasarı okunarak aldığı son biçim üzerinde görüşme.’ ÇAM, s. 59.

⁴⁷ Aynı sistem İspanya’da da sorunsuz işlemektedir. Ülkemizde bunun tersine aynı konu birden

Tasarı üzerindeki asıl görüşme, *ikinci okuma* sırasında yapılan görüşmedir. Tasarının yetkili komisyona havale edilmesinden sonra komisyon raporu Genel Kurula sunulur ve derhal ikinci okumaya tabi tutulur. İkinci okuma aslında iki bölümden ve oylamadan oluşur: tasarının tümü üzerindeki genel görüşme ve maddeler üzerindeki özel görüşme. Bu genel ve özel görüşme kural olarak birlikte yapılır. Ancak tasarının raportörünün sunacağı önerge üzerine Genel Kurul bu iki görüşmenin ayrı yapılmasını kararlaştırabilir. (İÇT. m. 70)

Genel ve özel görüşmenin ayrı yapılmasının kararlaştırıldığı durumlarda görüşmelerin ertelenmesi, tasarının ilgili komisyona geri gönderilmesi ya da tasarının başka bir komisyona gönderilmesi ile ilgili istemler sadece tasarının geneli üzerindeki görüşmeler sırasında ve geneli üzerindeki konuşmalar bittikten sonra yapılabilir. Bu tür bir önerge gelmemişse özel görüşmeye ya da maddelerinin görüşülmesine geçilip geçilmemesi oylanır. Maddelerine geçilmesinin reddi durumunda tasarı işlemde kalker; reddedilmiş sayılır. Özel görüşmeye geçilmesinin kabulü durumunda Genel Kurul görüşmelere hazır demektir ve hemen özel görüşmeye geçilir. Aslında genel-özel görüşme ayrımı TBMM'deki tümü üzerinde-maddeleri üzerinde görüşme ayrımına benzemektedir. Ancak ikisi arasında önemli farklılıklar vardır. İlk olarak bu iki görüşmenin birlikte yapılması esastır. İkinci olarak özel görüşmeye konu olan bölümler maddeler değildir. İki görüşmenin ayrı yapıldığı durumlarda Başkan, görüşmenin başında hangi maddelerin ve konuların birlikte ya da ayrı görüşüleceğini ve oylanacağını belirler. Bunu yaparken bu bölümlemenin görüşmeleri kolaylaştırması ve görüşülmekte olan konunun anlaşılması ilkelerini gözetir. Bölümlemeye itiraz edilecek olursa, Genel Kurul görüşme yapmaksızın oylamayla karar verir. Ortada birden çok tasarı varsa, Genel Kurul bunlardan hangisinin özel görüşmede esas alınacağını kararlaştırır. Milletvekilleri görüşmeye açılan her bir bölüm üzerinde yazılı olarak değişiklik önergesi verebilirler. Ancak bu önergenin en az beş milletvekili tarafından imzalanmış olması gerekir. Önergede beş imza olmadığı takdirde Başkan imza atacak başka milletvekili olup olmadığını sorar. Önergedeki imzalar beşe tamamlanıyorsa, önerge üzerinde görüşme açılır: Önerge sahiplerinden biri ya da Başkan tarafından talimat verildiği takdirde, katip üyelerden bir önergeyi okur ve önerge üzerinde görüşme başlar. (İÇT. m. 71-72)

çok komisyona havale edilebilmekte ve süreç içinde çeşitli değişikliklere gidilmesine rağmen sorun giderilememektedir. Dolayısıyla Avusturya ve İspanya'da olduğu gibi bir sisteme geçmek sorunu çözebilir. Nitekim İçtüzük Uzlaşma Komisyonu metninde bu çözüm benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: BAKIRCI, *TBMM'de Komisyonların*, s. 113-143

Görüldüğü gibi burada TBMM’de olduğu gibi her maddenin görüşülmesi mümkün değildir. Başkan tarafından yapılan ayırım üzerine bölümler görüşülmekte ve üzerlerinde değişiklik önergesi işlemi yapılmaktadır. Genel kurul, verilen her önergeyi yetkili komisyona göndererek görüşmeleri konuyla ilgili yeni bir rapor gelinceye kadar erteleyebilmektedir. Bu yolla üzerinde tartışma olmayan maddelerin görüşme konusu yapılarak zaman kaybedilmesi yerine, ihtilafli konular üzerine yoğunlaşarak bir uzlaşma sağlanmaya çalışılmaktadır.⁴⁸ Her bölüm ayrıca oylandıktan sonra ve konuşmacıların tümü konuşmalarını yaptıktan sonra Genel Kurul üç farklı karar verebilir: (1) Görüşmelerin ertelenmesi, (2)tasarının yetkili komisyona geri gönderilmesi, (3) gündemdeki yeni bir konunun görüşmelerine geçilmesi. Gündemdeki yeni bir konunun görüşmelerine geçilmesi demek tasarı üzerindeki ikinci okumanın tamamlandığı anlamına gelir (İÇT. m. 72). İkinci okumada genel ve özel görüşmenin birlikte yapılması halinde de aşağı yukarı aynı kurallar uygulanır. Doğal olarak bu durumda özel görüşmeye geçilip geçilmemesi oylanmaz ve önergeler tasarının geneli üzerinde verilir. Ancak Başkan ayrı görüşme yapılmasına karar verilmemiş olmasına rağmen belli bir konunun ayrı görüşülmesini ve oylanmasını kararlaştırabilir. Buna bir itiraz olduğu takdirde görüşmesiz karar verilir. Bu görüşmeden sonra da genelin ve özelin ayrı görüşülmesinde olduğu gibi üç seçeneğe sahiptir: (1)Görüşmelerin ertelenmesi, (2)tasarının yetkili komisyona geri gönderilmesi, (3) tasarının gündemden düşürülmesi yani reddi (İÇT. m. 73). Ayrı görüşmede genel üzerindeki görüşmelerden özel üzerindeki görüşmelere geçerken verilen tasarının reddi yetkisi, burada zorunlu olarak görüşmenin sonuna ertelenmiştir.

İkinci okumada reddedilmemiş olması halinde Tasarının ikinci okuması tamamlanmış sayılır ve üçüncü okumaya geçilir. *Üçüncü okuma* tasarının tümünün oylanmasından ibarettir. Üçüncü okumanın, yani oylamanın yapılması tasarının ikinci okumada kabul edildiği anlamına gelir. Kural olarak üçüncü okuma ikinci okumadan sonra yapılır. Ancak Başkanın önerisi ya da bir milletvekilinin önergesi üzerinde Genel Kurul üçüncü okumanın daha sonraki bir tarihte yapılmasını kararlaştırabilir. Üçüncü okuma oylamadan ibaret olmakla birlikte oylamadan önce yapılabilecek iki işlem vardır. İlk

⁴⁸ TBMM İhtisaz komisyonu bu konuda İspanya modelinden esinlenmiştir. İspanya modelinde tasarı üzerinde Genel Kurulda tek görüşme yapılmakta ancak her konuşmacı dilettiği konular üzerine yoğunlaşmaktadır. Bölümleme burada Başkan tarafından değil bir bakıma parlamenter grupların kendileri tarafından yapılmaktadır. Böylece her grup tasarının kendince önemli gördüğü yönünü öne çıkarmaktadır. Her iki modelin de ortak yönü, üzerinde uzlaşmazlık olmayan konuların gereksiz yere tartışmaya açılmamasıdır.

olarak Genel Kurulun, maddeler hakkında önerge verilmesini kabul etmesi koşuluyla verilen önergeler hakkında görüşme açılır. Bu görüşmede her konuşmacıya beş dakikayla sınırlı bir konuşma hakkı verilir. Bu kuralın amacı son anda ortaya çıkabilecek yeni bir hususun, Genel Kurulun onayıyla görüşülmesine olanak tanımadır. İkinci olarak, ikinci okuma sırasında yapılan değişiklikler dolayısıyla metinde meydana gelen çelişkileri, dil, anlatım ve yazım bozukluklarını gidermeye yönelik olarak önergeler verilebilmektedir. Böylece esasa ilişkin olmayan düzeltmelerin üçüncü okuma sırasında Genel Kurulun bizzat kendisi tarafından yapılmasına olanak tanınmaktadır. Bundan sonra tasarının tümünün oylaması yapılmakta ve tasarı onaylanmak üzere Federal Meclise gönderilmektedir. (İÇT. m. 74)

(4) Genel Kurulda Görüşme Yöntemi

İçtüzük Genel Kuruldaki görüşmeleri ayrıntılı olarak saptamıştır (m. 53-68)

(a) Görüşmelerin Başlaması

Bir yasa tasarısı üzerinde görüşmeler, komisyon raporunun dağıtılmasından 24 saat geçtikten sonra başlayabilir. Rapor üzerinde ilk konuşmayı raportör, raportörün yokluğunda komisyon başkanı, onun da yokluğunda başkanvekili yapar. Bunların hiçbirinin hazır olmaması ya da rapor olmaması durumunda ilk söz talebinde bulunan kişi konuşur. Tasarının ikinci okuması böylece başlamış olur. (İÇT. m. 53)

(b) Değişiklik Önergeleri

Tasarı bütün olarak görüşülecekse bütün üzerinde, bölümler halinde görüşülecekse bölüm üzerinde görüşmeler başladıktan sonra, konuyla ilgili karar alınmadan önce en az beş milletvekili tarafından yazılı değişiklik önergesi verilebilir. Önergede beş imza yoksa Başkan önergeyi destekleyen olup olmadığını sorar ve toplam beş milletvekili önergeyi desteklerse, önergeyi işleme alır. Bu önergeler, önerge sahibi tarafından ya da Başkan tarafından istenmesi halinde katip üyelerden biri tarafından okunur. Ancak önerge çok ayrıntılı ise Başkan görüşmeleri hızlandırmak amacıyla önergenin çoğaltılarak üyelere dağıtılmasını ve önergenin, sahipleri tarafından sözlü olarak kısaca açıklanmasını isteyebilir. Bu durumda önerge tutanaklara eklenir. Genel kurul önergenin komisyona gönderilmesi ve görüşmelerin yeni komisyon raporu gelinceye kadar ertelenmesi kararı alabilir. (İÇT. m. 53)

(c) *Yeterlilik Önergesi*

Söz talebinde bulunan en az iki üye konuşmalarını tamamladıktan sonra bir yeterlilik önergesi verilebilir. Bu önerge Başkan tarafından derhal oya konur. Önerge kabul edildiği takdirde, komisyondakinden farklı olarak, konuşmacıların konuşma hakkı düşer. Ancak bunun yerine her parlamenter gruba bir konuşmacı hakkı daha verilir. Diğer bir anlatımla yeterlilik önergesi ancak iki konuşmadan sonra verilebilir ve kabul edildikten sonra parlamenter grupların her biri bir konuşmacısını konuşturabilir. Yeterlilik önergesinin kabulünden sonra parlamenter grupların birer sözcüsünden başka raportörün ve bir milletvekili teklifi söz konusu ise, teklif sahiplerinden birinin de (öncelik ilk imza sahibinde olmak üzere) ayrıca konuşma hakkı vardır. Yeterlilik önergesinin kabulünden sonra üyeler değişiklik önergesi vermek isterlerse, bu önergelerini derhal Başkana sunarlar ve Başkan da bu önergeleri Genel Kurula sunar. (İÇT. m. 56)

(d) *Konuşmalar*

Milletvekilleri tarafından Genel Kurulda üç tür konuşma yapılabilir: Aleyhinde, üzerinde ve lehinde. Konuşma sıralaması aleyhinde ve lehinde biçimindedir. Ancak komisyon raportörleri sorumlu oldukları raporun lehinde ya da aleyhinde konuşamazlar; raporu açıklamakla yetinirler. Konuşmacılar aleyhinde ve lehinde konuşma isteklerini oturumun açılmasından sonra bu amaçla görevlendirilmiş parlamento görevlilerine bildirirler. Aynı anda iki ya da daha fazla lehinde ya da aleyhinde konuşma talebi gelmişse bunların hangisinin önce konuşacağına Başkan karar verir. Ancak Başkan bu kararında milletvekilinin mensup olduğu siyasal partinin üye sayısı, konunun farklı yönlerinin dile getirilmesinin sağlanması, farklı parlamenter grupların görüşlerini dile getirmesi gibi kıstasları gözetir. Milletvekilleri söz taleplerini geri çekebilirler ya da konuşma haklarını daha önce aynı konuda iki kereden fazla konuşmamış başka bir üyeye devredebilirler. Konuşma sırası geldiğinde hazır bulunmayan milletvekilleri konuşma haklarını kaybederler. (İÇT. m. 60)

Meclis Başkanlarının her üçünün de konuşma hakları vardır. Ancak başkanlardan biri söz talebinde bulunmuşsa, görüşülen konu tamamlanmadan yeniden kürsüye çıkamaz (İÇT. m. 61). Kural olarak oturumu yöneten Başkan işaretle oylamaya katılamaz. Ancak oylama sonuçlarını açıklamadan önce sözlü olarak oyunun rengini açıklayabilir. Oturumu yöneten Başkana getirilen bu kısmi sınırlama sadece işaretle oylamaya ilişkindir; oturumu yöneten Başkan açık ve gizli oylama ile seçimlere katılabilir. (İÇT. m. 68)

Görüşmelerde ilke olarak, her bir milletvekilinin konuşma süresi 20 dakika ile sınırlıdır. Ayrıca ilke olarak bir görüşmede bir milletvekili iki kereden fazla konuşamaz. Başkan, Başkanlar Konferansına danışarak, özel önem taşıyan konularda, daha uzun görüşme süreleri önerebilir. Başkanın bu önerisi üzerine, Genel Kurul 20 dakikadan daha fazla bir konuşma süresi belirleyebilir. Daha uzun konuşma süreleri belirlenmediği takdirde konuşma süresinin üst sınırı 20 dakikadır. Ancak getirilen bu sınırlama konunun bütün halinde görüşülmesinde geçerlidir. Görüşülen konunun bölümlere ayrılması halinde, bu 20 dakikalık üst sınır, her bölüm için ayrı ayrı geçerlidir. Ancak bu 20 dakika üst sınırdır; kişi başına üst sınır aşağı çekilebilir. Görüşmeler başlamadan önce Genel Kurul ya da görüşmeler başlamış olsa bile Başkanlar Konferansında danışan Başkan, kişi başına konuşmanın üst sınırını, 10 dakikadan daha aşağı olmamak üzere düşürebilir. Genel kurul kararıyla ya da başkanın emriyle ayrıca her Parlamenter gruba ek bir sınırlama getirilebilir. Grupların üçüncü konuşmacılarından sonra konuşacak sözcülerinin konuşma süreleri beşer dakika daha düşürülebilir. (İÇT. m. 57, 63)

Meclis Başkanı konuşma sürelerini düşürmek için başka yöntemler de kullanabilir: Başkan, Başkanlar Konferansına danıştıktan sonra, görüşmeler başlamadan önce parlamenter gruplara verilen toplam süreleri sınırlayabilir. Başkan bu amaçla görüşme konusu üzerinde her gruba belirli bir toplam süre verebilir ya da konu bölümlere ayrılmışsa, her bölüm üzerinde her grubun belli bir süreyi aşmaması kuralı koyabilir. Başkanın gruplar bazında konuşma süresi belirlediği durumlarda, her bir gruba ayrılan süre yarım saatin altında olamaz. Başkan bu süreyi koymak yerine, Başkanlar Konferansına danışarak gündemde yer alan konuların görüşme süresi ile ilgili önerisini Genel Kurula da oylatabilir. Bu oylamanın gündeme geçmeden yapılması ve bu önerinin Genel Kurulun üçte iki çoğunluğu tarafından kabul görmesi gerekir. Bu durumda parlamenter gruplar gündemdeki bir konu üzerinde değil, gündemde yer alan birden çok konu üzerinde belirli bir konuşma süresi tanınmaktadır. İhtüzük bu durumda her bir parlamenter gruba verilen sürenin alt sınırını belirlemiştir. Buna göre her bir parlamenter gruba bu şekilde verilecek konuşma süresi 60 dakikadan az 10 saatten fazla olamaz. Parlamenter gruplara toplam bir süre verildiği durumlarda, her bir milletvekiline getirilen 20 dakikadan aşağı 10 dakikadan fazla konuşma sınırlaması artık uygulanamaz (İÇT. m. 57). Burada konuşma süreleri ile ilgili kurallar birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlar çıkarılabilir: İhtüzük biri milletvekili ve diğeri parlamenter grup olmak üzere iki eksenli sınırlama getirmiştir. Bir taraftan milletvekillerine konuşma

üst sınırı getirilerek diğer milletvekillerine de konuşma hakkı bırakılmaya çalışılmıştır, diğer taraftan gruplara toplu bir süre tanınarak süreleri grupların kendi üyeleri arasında dağıtmalarına olanak tanınmıştır. Parlamentoda bağımsız milletvekili bulunmadığından ve parlamenter gruplara dayalı çalışma yürütüldüğünden milletvekiline getirilen 20 dakikalık üst sınırın sadece grup üyeleri arasında asgari bir adalet sağlamaya çalıştığı, bu konuda asıl yetkinin parlamenter gruplara verildiği söylenebilir. Ama bundan da önemlisi, gruplara toplam bir süre verilerek hem görüşmelerin belirli bir zamanda bitirilmesine olanak tanınmakta, hem gündemin öngörülebilir olması sağlanmakta, hem de gruplar görüşülen konunun sorunlu yönleri üzerinde odaklanmaya zorlanmaktadır. Çünkü süre sınırlanınca ve sınırlanmış süreyi dağıtma hakkı parlamenter gruplara verilince gruplar ister istemez bir süre planlaması yapmaya zorlanacak ve üyelerini muhalefet etmek istedikleri konularda konuşmaya teşvik edeceklerdir. Böyle bir ortamda konudan sapma gibi bir sorunla karşılaşılması en azından teorik düzeyde güçtür.⁴⁹ Yasama sürecinin bu yönüyle rasyonel bir süreç olarak tasarlandığını kabul etmek gerekir.

Parlamentoya bağımsız bir üyenin girmesi olanaksız olsa da İçtüzük bir partiden ayrılıp parlamenter grup kuramama olasılığını dikkate alarak parlamenter grup üyesi olmayan milletvekillerinin de konuşma süresini düzenlemiştir. Rastlanmayan bir durum olsa da böyle bir durumda milletvekillerine tanınacak konuşma sürelerinin 10 dakikadan az olmayacak biçimde sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır (İÇT. m. 57).

Bu görüşmelerde federal hükümete de konuşma hakkı tanınır ve federal hükümet parlamenter gruplardan bir kadar konuşma hakkına sahiptir. Hükümet üyelerinden birisi 20 dakikalık üst sınıra uymayacak ve bu sınırı aşacak olursa, her bir parlamenter gruba da muhalefet etmesi için hükümet üyesinin aştığı kadar ek bir süre verilir (İÇT. m. 57). Böylece hükümet görüşmelerin uzaması tehdidiyle konuşma sürelerine uymaya zorlanmaktadır. Sürelere uymama halinde ise gruplar ile hükümet arasında adalet sağlanmaya çalışılmaktadır.

⁴⁹ TBMM’de yaşanan en büyük sorunlardan biri budur. TBMM İçtüzüğüne göre her tasarı üzerinde her siyasi parti grubuna tasarının tümü ve maddeleri üzerinde söz verilmektedir. Grupların tasarının tümü üzerinde 20 her bir madde üzerinde 10’ar dakika söz hakkı vardır. Bu durumda her madde ayrı ayrı görüşmeye açılmakta ve tasarının uzunluğuna göre görüşme süresi de uzamaktadır. Gruplar her madde üzerinde söz hakkı sahibi olunca, muhalif olmasalar bile bu süreyi kullanmak istemekte ve bunu bir fırsata dönüştürme kaygısı içinde gündemdeki diğer sorunlarla ilgili konuşma yapmaktadırlar. Bu da konudan ayrılmaya ve gündemdeki konuyla ilgili olmayan konularda konuşma yapılmasına neden olmaktadır. Zaman bu şekilde amacı dışında kullanılıncı konular üst üste birikmekte ve yasa yapma ihtiyacı her geçen gün artmaktadır. Bu durum zincirleme başka sorunlar doğurmakta ve öngörülebilir olmayan bir yasama süreci yaratmaktadır.

Bu süreler gündemdeki tasarıların görüşülmesine ilişkindir. İçtüzük diğer konulara ilişkin genel süreler belirlemiştir. Federal hükümete ya da üyelerinden birine yöneltilen bir soruya verilen cevap, bir işe zaman üst sınırı koyan bir önerge ve bir soruşturma komisyonu kurulmasına ilişkin önerge üzerinde ilk olarak önerge sahibi, on dakikalık konuşma hakkına sahiptir. Bundan sonra her parlamenter gruba bir konuşmacısı için beşer dakika söz hakkı verilir; grup üyelerinin aynı anda başvurmaları halinde gruplara büyüklükleri gözetilerek söz sırası verilir. Konu üzerinde bakanlara verilecek süre on dakikadan fazla olamaz. Ancak bu görüşmeler her zaman yapılamaz: Sorulara verilen yazılı cevaplarla ilgili görüşmeler ile süre sınırı koyan önergeler gündemin tüketilmesinden sonra ama öğleden sonra saat 3 ü geçmeyen bir zamanda yapılır. Aynı günde bir acil soru ya da acil önerge görüşmesi yapılacaksa, bu görüşmeler bu acil görüşmelerin sonrasına sarkar. Soruşturma komisyonu kurulmasına ilişkin önerge ise gündemin sonunda görüşülür. (İÇT. m. 57a)

İçtüzüğün özel olarak düzenlediği konuşmalardan biri de ‘olgusal düzeltme’ konuşmasıdır⁵⁰ (İÇT. m. 58). Olgusal düzeltme yapmak isteyen üyeye Başkan derhal ya da en geç görüşülen konu ile ilgili bütün görüşmeler sona ermeden önce söz verir. İçtüzük düzeltmenin nasıl yapılacağını da göstermiştir: Önce düzeltilecek olgu olduğu gibi tekrarlanacak ve daha sonra düzeltilmiş olgu sunulacaktır. Düzeltmeyi yapan kendisini gerçek olgunun açıklamasıyla sınırlamak zorundadır. Bu amaçla verilecek süre iki dakika ile sınırlıdır. Ancak istisnai durumlarda talep üzerine bu süreyi uzatabilir.

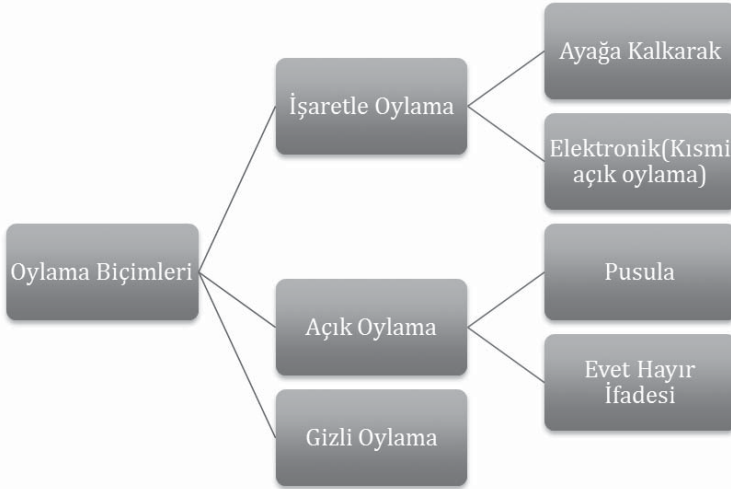
İçtüzükte bir başka düzenleme usul görüşmelerine ilişkindir (İÇT. m. 59). Buna göre usule ilişkin taleplerin yazılı olması gerekmez ve bu tür öneriler tek milletvekili tarafından da yapılabilir. Usul önerisi üzerinde bir görüşme yapma zorunlu değildir; Genel Kurul usulle ilgili öneri üzerinde bir görüşme açmadığı takdirde derhal oya başvurulur. Başkanın kendiliğinden önerisi ya da bir milletvekilinin talebi üzerine Genel Kurul usul görüşmesi açmayı kararlaştırabilir. Bu görüşmede Başkan, milletvekillerinin konuşmalarını beş dakikadan aşağı olmamak üzere sınırlayabilir. Öneri üzerinde söz talebinde bulunan milletvekili önergede imza sahibi değilse, Başkan bu milletvekiline toplantının sonunda söz verme hakkına sahiptir.

⁵⁰ Düzenleme TBMM İçtüzüğünün ‘açıklama hakkını’ düzenleyen 69. maddesindeki düzenlemeye benzer. TBMM İçtüzüğüne göre ‘şahsına sataşılın ya da ileri sürmüş olduğu görüşten farklı bir görüş kendisine atfedilen’ milletvekiline açıklama hakkı verilmektedir. ‘ileri sürdüğünden farklı bir görüş atfedilmek’ bir tür ‘olgusal düzeltme’dir.

(e) Oylamalar

Konuyla ilgili görüşmeler bittikten sonra karar alabilmek için bir oylama yapılması gerekir.⁵¹ Oylama kural olarak görüşmelerin bitiminden sonra yapılır. Ancak İçtüzükte sayılan bazı durumlarda⁵² ve oylama için verilecek kısa aranın oylama hazırlığı için yeterli olmaması durumunda, Başkan oylamayı en geç oturumun sonuna kadar erteleyebilir ve gündemdeki diğer işlerin görüşmelerine geçebilir.

Kural olarak görüşmeler bittikten sonra Başkan oylamaya geçileceğini bildirir. Başkan oylanacak konunun ne olduğunu açıkça gösterir. Oylama öyle bir şekilde yapılmalıdır ki Genel Kuruldaki çoğunluğun görüşünü tam olarak yansıtsın. Bu amaçla da metnin kendisinin oylanmasından önce değişiklik önergesi oylanır. Değişiklik önergelerinden de, daha kapsayıcı önergeler, daha dar olanlarından önce oylanır. Başkan oylamalardan önce oylamaların hangi sırayla yapılacağını, her birinin ne anlama geldiğini açıkça belirtir. Başkanın bu konuda izleyeceği yönetime itiraz edilirse, Genel Kurul görüşmesiz oylamayla karar verir. Toplantıda bulunan bütün üyeler oylarını kullanmak zorundadırlar; oy kullanmaktan kaçınmazlar. Bu kural aynı zamanda Federal Hükümet üyesi olan Meclis üyeleri için de geçerlidir.



⁵¹ Oylamalar İçtüzüğün 64-68 maddelerinde düzenlenmiştir.

⁵² Oylamaların görüşmelerin hemen sonrasında yapılmayabileceği iki durum Federal Hükümete güvensizlik açıklandığında yapılacak oylama ile Ulusal Meclisin feshine ilişkin tasarrufların oylamasıdır. Bu durumlarda üyelerin beşte bir yazılı talepte bulunduğu takdirde oylama o günden sonraki işgününe ertelenebilir. Güvensizlik önergesi verildiği durumlarda daha ileri tarihte oylama yapılabilmesi için Ulusal Meclisin kararı gerekir.

İçtüzüğe göre kural olarak işaretle oylama yapılır. Oylamada önemli olan bireysel olarak oyunu kullanan milletvekilinin onayını ya da onay vermeyişini gerekçesiz biçimde açıklamış, işaret etmiş olmasıdır. Oylarda eşitlik olması halinde onay verilmemiş ya da ret kararı alınmış olur. İşaretle oylama kural olarak ayağa kalkma ya da yerinde oturma yöntemiyle gerçekleştirilir. Elektronik oylama mekanizması mevcutsa, başkan oylama ve seçimlerde elektronik mekanizmayı kullanabilir. Elektronik oylamada her üyenin kullandığı oy gösterilir ve her üye, oylamaya ilişkin kayıtları isteyebilir. Ancak üyelerin kullandıkları oylar tutanaklarda yer almaz. Burada ilginç bir düzenleme var: İşaretle oylama sonrada açık oylamaya dönüştürülebilir. Başkanın isteği üzerine ya da en az 20 üyenin oturum sonuna kadar yapacakları istem üzerine hangi üyenin ne yönde oy kullandığı tutanaklarda yer alır. Bu nedenle elektronik mekanizma ile işaretle oylama yapıldığında, yapılan oylamaya işaretle oylama denmesi oldukça güçtür. Çünkü işaretle oylamada oylama anı dışında kimin ne yönde oy kullandığı belli değildir ve buna ilişkin olarak tutanaklarda hiçbir bilgi yer almaz. Bu tür bir bilginin tutanıklara konma ihtimali, aslında yapılan oylamanın bir işaretle oylama olmasını engeller.

İçtüzüğe göre açık (adla) ve gizli oylama da yapılabilir. 20 milletvekilinin oylama başlamadan önce yazılı olarak açık oylama yapılmasını istemeleri halinde bu istek derhal kabul edilir ve açık oylama yapılır. Açık oylama talebi yapılmadığı takdirde Başkanın kendi isteği ya da 20 milletvekilinin istemi üzerine Genel Kurul kararıyla gizli oylama yapılabilir. Kural işaretle oylamadır; ancak işaretle oylama sonradan açık oylamaya dönüştürülebilir. 20 milletvekilinin istemi halinde açık oylama yapılması zorunludur. Açık oylama istemi yapılmamışsa, talep üzerine Genel Kurul kararıyla gizli oylama yapılabilir.

Açık ve gizli oylamada resmi mühürlü ve renkli oy pusulaları kullanılır. Bu oylamalarda adı okunan üye sandığa giderek aynı sandığa oy atar. Adı okunan üye adı okunduğunda oyunu kullanmak zorundadır; sonradan oy kullanılamaz. Açık oylamanın bir başka biçimi de alfabetik sıraya göre adı okunan üyenin yüksek sesle evet ya da hayır diye oy kullanmasıdır. İlginç biçimde elektronik mekanizmayla açık oylamaya izin verilmemiştir. Gizli oylamanın da mutlaka kulübede yapılması gerekmez. Ancak beş üye istediği takdirde gizli oyun kulübelerde hazırlanması mümkündür.

Başkanın oylamanın bittiğini açıklamasından sonra oylar katiplerin gözetiminde parlamento görevlileri tarafından tasnif edilir ve sayılır; ayrıca tasnif komisyonuna gerek görülmemiştir. Oylar sayıldıktan sonra kullanılan

oylar ile zarflar ve oy kullanan üye sayısı arasında farklılık oluştursa oylamanın tekrarlanması zorunlu değildir. Eğer aradaki fark oylama sonucunu değiştirmeyecek miktarda değilse, oylama geçerlidir. Ancak aradaki fark sonucu etkileyebilecek miktardaysa oylama tekrarlanır.

(f) Görüşmelerin Sona Ermesi

Tasarı üzerindeki konuşmalar tamamlanınca Genel Kurul üç değişik karar verebilir: (1) Görüşmelere ara verilmesi, (2) Tasarının Komisyona geri verilmesi, (3) Tasarının düşmesi. Tasarının düşmesine karar verildiğinde reddedilmiş sayılır ve gündemden çıkar. Genel Kurul, görüşmenin her aşamasında, üçte iki çoğunlukla, görüşülen konunun görüşmelerine ara verilmesi kararı alabilir. Görüşmelerin birkaç gün sürdüğü ve tasarının belli bölümler halinde görüşülmesine karar verildiği hallerde, Genel Kurul bölümlerin ayrı birleşimde görüşülmesi için tasarının görüşmelerine ara verebilir (İÇT. m. 53). Genel kurul tasarının yetkili komisyona geri verilmesini kararlaştırmışsa, Başkanın ya da bir milletvekilinin önerisi üzerine komisyona bir süre verilmesini de kararlaştırabilir. Bu süre sonunda Genel Kurula komisyonun yazılı bir raporu sunulmadığı ya da komisyon raporunu sunmak için bir raportör seçmediği takdirde, Genel Kurul görüşmelerine kaldığı yerden devam eder (İÇT. m. 54).

(5) Yasaların Yürürlüğe Girmesi ve Düzeltilmesi

Federal Meclis, daha öncede belirtildiği gibi, Ulusal Meclisin kabul ettiği metnin maddelerine girmeden görüşmelerini yapmakta ve itirazı varsa Ulusal Meclise bildirmektedir. Ulusal Meclis kararında direnirse, tasarı yeniden Federal Meclise geri gitmemektedir. Dolayısıyla Ulusal Meclisin kabul ettiği tasarının,

Federal Mecliste itiraza uğramaması,

Federal Mecliste itiraza uğramakla birlikte, itirazın sekiz haftalık süre içinde Ulusal Meclise bildirilmemesi,

Federal Mecliste itiraz edildikten sonra Ulusal Mecliste aynen kabul edilmesi hallerinde,

Tasarı yasalaşmış sayılır ve yayınlanmak üzere Federal Başkana gönderilir. Federal Başkan halk tarafından seçilmekle, gücünü doğrudan halktan almakla birlikte, parlamenter sistemde devlet başkanlarının sahip olduğu yetkilere bile sahip değildir. Bundan dolayı devlet başkanını halk tarafından seçen Avusturya yarı başkanlık ya da başkanlık sistemine değil,

parlamentar sisteme sahiptir. Federal Başkan parlamentonun kabul ettiği kanunu veto etme ya da yeniden görüşmek üzere geri gönderme yetkisine bile sahip değildir. Federal Başkan, gelen yasayı resmi gazetede yayınlamak zorundadır. Buradaki yetkisi parlamenter sistemlerde devlet başkanlarının sahip olduğu yetkiden bile daha azdır. Üstelik yasa onaylandıktan sonra, Federal Başbakan tarafından da imzalanmak zorundadır (AY. m 47). Yine kabul edilen yasalar Federal Başkan tarafından değil Federal Başbakan tarafından resmi gazetede yayınlanır.

Kabul edilen yasanın resmi gazetede yayınlanmasıyla, yasa, ülkemizdeki gibi hemen yürürlüğe girmez. Yasa, aksine karar alınmadığı takdirde, yayımlandığı günden sonraki gün yürürlüğe girer ve Federal topraklarda uygulanır (AY. m 49). Burada ‘kanunu bilmemek mazeret sayılmaz’ ilkesinin gereği olarak yurttaşlara bir günlük yasayı okuma ve anlama süresi verilmektedir.

Avusturya Anayasasının 49a maddesinde Federal Başbakana bakanlarla birlikte kullanılmak üzere çok ilginç bir yetki verilmiştir. Yukarıda, kanunun üçüncü okuması sırasında, ikinci görüşme sırasında oluşan çelişkileri, dil, anlatım ve yazım bozukluklarını gidermek için Genel Kurula düzeltme yetkisi verildiği belirtilmişti. Burada ise, Anayasa hariç olmak üzere, çıkarılmış ve kabul edilmiş kanunlar ile uluslararası anlaşmaların düzeltilmesine ilişkin olarak Federal Başbakana geniş sayılabilecek bir yetki vermektedir. Üstelik sözkonusu madde ayrıntıya girerek bir yönetmelik ayrıntısında bu hususları bizzat kendisi düzenlemektedir. Bunun nedeni bu kadar önemli bir yetkinin sınırlarının zorlanmasına bir set çekmek olsa gerek. Maddeye göre çıkarılmış olan kanunlara ve uluslararası anlaşmalara ilişkin olarak,

Artık kullanılmayan ifadeler düzeltilebilir ve eski imla kuralları yenileriyle değiştirilebilir.

Mevcut düzenlemeyle uyum içinde olmayan atıflar ve diğer çelişkiler düzeltilebilir.

Sonradan yapılan düzenlemelerle yürürlükten kaldırılan ya da başka bir şekilde geçersiz hale gelmiş düzenlemelerin artık geçerli olmadıkları ilan edilebilir.

Başlık kısaltmaları ve başlıkların alfabetik listesi eklenebilir.

Maddeler, bölümler, fıkralar ve benzeri eklemelerde ve çıkartmalarda düzenlemenin bütünlüğü ve içindeki atıflar değiştiğinde gerekli düzeltmeler yapılabilir.

Federal Kanunun ya da anlaşmanın geçici hükümleri ya da uygulanabilir nitelikteki eski versiyonları içerikleri korunarak özetlenebilir.

Bu tür değişiklikler yeniden resmi gazetede yayınlanır ve yayınlandıkları günün ertesi günü yürürlüğe girer.

Görüldüğü gibi Avusturya’da başbakan ve bakanlara tanınmış bir yetkiyle, yürürlükte olan yasalar üzerinde değişiklikler yapma ve yürürlükteki mevzuatı hatasız ve tutarlı hale getirme olanağı bulunmaktadır.

f) Denetim ve Bilgi Edinme

Yukarıdaki başlıklar altında soruşturma komisyonu, acil soru, önemli konu, araştırma komisyonu gibi çeşitli denetim mekanizmaları incelenmiştir. Burada daha önce açıklanan mekanizmalar tekrarlanmayacak, sadece soru mekanizması incelenecektir.

(1) Soru

Soru, İçtüzükte Federal Hükümetin etkinliklerini denetleme, hükümet üyelerini yürütme etkinliği bakımından sorgulama ve onlarda gerekli bilgileri talep etme biçiminde tanımlanmıştır(m. 90). İçtüzüğe göre ayrıca her üyenin Meclis Başkanına ve komisyon başkanlarına soru sorma hakkı bulunmaktadır. Başkanlara sorulan sorulara yazılı cevap verilir(m. 89). Dolayısıyla Meclisin kendi içinde sadece yazılı soru sorulabildiğini kabul etmek gerekir.

İçtüzük hükümete sorulan sorular konusunda ikili bir ayrım yapmıştır. Birinci grup sorular ilgili hükümet üyesinin takdirine göre hem sözlü hem de yazılı olarak cevaplanabilmektedir. Birinci grup sorular en az beş milletvekili tarafından yazılı olarak sorulur ve parlamento yönetimi tarafından ilgili bakana iletilir. Sorular kural olarak okunmaz; Başkan isterse okunabilir. Kendisine sorulan bakan sorulara sözlü olarak cevap verebileceği gibi iki ay içinde yazılı cevap da verebilir (m. 91). İkinci grup sorular belirli bir birleşimde sözlü olarak cevaplandırılmak üzere sorulan kısa sorulardır. Bu sorular dört hafta içinde sözlü olarak cevaplandırılmadığı takdirde, bundan sonraki sekiz gün içinde soru sahibi tarafından yazılı cevap istenebilir ve soru yazılı soruya dönüşür. Sözlü sorulardan dönüşen sorulara bir ay içinde cevap verilir. Başkan, cevap geldiğinde bunu üyelere bildirir ve kopyasını üyelere dağıtır (m. 97).

İçtüzük sözlü soruların görüşme yöntemini de ayrıntılı olarak belirlemiştir. İçtüzüğe göre *Önemli Konu* görüşülen birleşimler dışında, her birleşimin başında *Soru Zamanı* vardır. Başkan, Başkanlar Konferansına danışarak buna istisnalar getirebilir. Gündemde yanıtlanacak fazla sayıda soru varsa, Başkan bu soruların yanıtlanması için özel birleşimler koyabilir. Soru

saatine belirlenen saatte başlanamamışsa Başkan soru saatinin başlangıcını değiştirebilir. Soru saatinde her milletvekilinin bireysel olarak kısa sorular sorma hakkı vardır. Sorular kısa, somut olmalı ve bölünmemelidir. Bir milletvekili bir ay içinde en fazla dört sözlü soru sorabilir. Sorular birleşimden en az 48 saat önce (hafta sonları ve tatiller hariç) parlamento idaresine sunulur ve parlamento idaresi ilgili kişiyi derhal haberdar eder. Sorular geliş sırasına göre işleme alınır; ancak Başkan, başkanlar konferansına danışarak sıralamayı değiştirebilir. Yeni sıralamada bakanlıkların sorumluluğunu, parlamenter grupları ve sorularda dile getirilen farklı görüşleri dikkate alır. O birleşimde yanıtlanacak sorular birleşimden önce çoğaltılarak üyelere dağıtılır (m. 94-95). Sözlü soru Genel Kurulda soru sahibi tarafından bir dakikalık süre içinde sorulur. Soru sahibi yoksa, soru gündeme alınmaz. Bir dakikada sorulan soruya iki dakikada cevap verilir. Bundan sonra soru sahibi sorulan soruyla doğrudan ilişkili ek bir tamamlayıcı soru sorma hakkına sahiptir. Arkasından diğer milletvekillerine tamamlayıcı soru sorma hakkı verilir. Bunların süresi de birer dakikadır. Her parlamenter grubun ek soru sorma hakkı vardır. Parlamenter gruplara uygun bir süre verilir. Başkan sıralamada gruplar arasında belli ilkelere dayalı bir denge gözetir (m. 96). Dolayısıyla soruların her birine soru sahibine toplam 2, cevaplayana toplam 4 ve parlamenter gruplara, grup sayısı ile orantılı bir süre verilmiş olur. Bu da her bir sorunun 10 dakikadan az olmayan bir süre görüşülmesine neden olur.

(2) Parlamenter Dilekçeler ve Parlamenter Yurttaş Girişimi⁵³

Avusturya’da, ülkemizde olduğu gibi yurttaşlar tarafından parlamentoya dilekçeler verilmesi mümkündür. Ancak iki ülkenin sistemi arasında çok ciddi farklar vardır. Avusturya’da bireylerin tek başlarına parlamentoya dilekçe sunma hakları yoktur. Dilekçeler ancak ilgili kamu idarelerine sunulabilir. Ulusal Meclis bünyesinde *Dilekçeler ve Yurttaş Girişimleri Komisyonu* bulunmaktadır. Ancak bu Komisyon yurttaşların bireysel dilekçeleriyle değil toplu dilekçeleri ile ilgilenmektedir. İçtüzüğe göre (m. 100, 100a, 100b, 100c, 100d) Komisyon iki kaynaktan yapılan başvurulara bakmaktadır:

1. Ulusal Konseydeki milletvekillerinin dilekçeleri,
2. 16 yaşını doldurmuş 500 Avusturya Yurttaşının dilekçesi.

Dolayısıyla dilekçe verebilmek için ya milletvekili olmak ya da birlikte hareket etmek gerekmektedir. Komisyon bireysel meselelerle değil toplumsal

⁵³ Buradaki yurttaş girişimi yasa teklifi sunulmasına ilişkin yurttaş girişiminden farklıdır. Kullanılan kavram aynı olsa da aradaki önemli fark gözden kaçırılmamalıdır.

yönü ağır basan meselelerle görevlendirilmiş bir komisyondur.⁵⁴ Komisyona milletvekilleri ya da belirtilen sayıda ve yaşta yurttaş yazılı olarak başvuru yapabilirler. Ancak başvuru konusunun yargı erkinin alanına girmemesi, başka bir anlatımla yasama ve yürütme erklerinin yetki alanı içinde olması gerekir. Bu durum bir hukuk devletindeki erkler ayrılığının doğal sonucudur. Bu koşullara uyan dilekçeler Meclis İdari yönetiminin denetiminden geçtikten sonra Başkan tarafından Dilekçeler ve Yurttaş Girişimleri Komisyonuna havale edilir. Ancak milletvekili dilekçelerinde, dilekçeyi sunan milletvekili, dilekçesinin Komisyon tarafından bir başka komisyona havale edilmesini isteyebilir. Dilekçeler duruma göre çoğaltılabılır, sadece komisyon üyeleri için çoğaltılabilir ya da bütün milletvekillerine dağıtılabilir. Komisyon toplantılarında bu dilekçeler görüşülür ve değişik kararlar verebilir. Komisyon konunun komisyonda görüşülmeye elverişli olmadığını düşünüyorsa dilekçeyi reddedebilir. Sorunun çözümü için dilekçeyi Ombudsmanın makamına gönderebilir. Meclis Başkanından dilekçenin başka bir komisyona havale edilmesini isteyebilir. Komisyon görüşmelere devam edebilmek için Meclis Başkanı aracılığıyla Federal Hükümetin ya da Ombudsman Kurumundaki görevlilerin bilgisini isteyebilir ve bunun için bir süre sınırı koyabilir. Komisyon buralardan bilgi talep etmek yerine buralarda konu hakkında bilgili görevlilerin ya da dilekçedeki ilk imza sahibinin toplantıya çağrılıp dinlenmesini isteyebilir. Bu görüşmelerin sonunda Komisyon bir öneri metni de oluşturarak, yasalaşma sürecinin başlatılması için dilekçeyi Meclis Başkanının ilgili ihtisas komisyonuna havale etmesini isteyebilir. Komisyon Genel Kurula hitaben de rapor yazabilir. Raporunda Genel Kurulun, dilekçeyi Federal hükümete ya da bakanlarına, gerekli adımı atmaları için göndermesini isteyebilir. Raporda dilekçenin Genel Kurul tarafından Ombudsmana gönderilmesi istenebilir. Raporda son olarak soruna dikkat çekilerek görüşmelerin sonlandırıldığı bildirilebilir. Uygulamada Komisyona sunulan bütün dilekçeler web sayfasına konmakta ve dilekçeyi verenlerin kimlik bilgileri, itiraz etmedikleri takdirde yayınlanmaktadır. Dilekçenin aşamaları ile ilgili bütün bilgiler web sayfasında sürekli güncellenmekte ve hem ilgililerin hem de yurttaşların dilekçenin

⁵⁴ Bu düzenleme genel yaklaşımı yansıttığından dolayı önemlidir. Yurttaşlar bireysel sorunları için *yasalar çerçevesinde* yönetsel makamlara ve yargı makamlarına başvurarak çözüm beklerler. Yasalar çerçevesinde çözülemeyen ve yasaların değişmesini gerektiren sorunlar için başvurulacak yer Meclistir. Çünkü mevcut yasalara göre hareket eden yürütme ve yargı organı, yasalar çerçevesinde gerekeni yapmak zorundadır. Mevcut yasalar çözüme olanak tanımadığında, yasanın değişmesi gerekir ve bunu yapacak olan yasama erkidir. Ülkemizde yurttaşlar bireysel sorunlarının çözümü için Meclis komisyonlarına başvurabilmektedir. Hatta milletvekillerine doğrudan bu amaçla başvurulabilmekte ve yasaların sınırlarının zorlanması talep edilmektedir.

akıbeti hakkında bilgilenmeleri sağlanmaktadır. Bunun dışında sayfada, yurttaşların dilekçeyi destekleyebildikleri bir oylama düğmesi bulunmakta ve yurttaşlar dilekçeyi destekleyebilmektedirler. Böylece dilekçeye verilen toplumsal desteğin buradan izlenmesi mümkün olmaktadır.

2.Ulusal Meclis-Federal Yürütme İlişkileri

Federal yürütme, Federal Başkan ile Federal Hükümetten oluşmaktadır. Yürütmenin sorumsuz kanadı olan Federal Başkanın⁵⁵ bütün yasal işlemleri, aksi Anayasada belirtilmediği sürece, yürürlüğe girmek için sorumlu kanat olan Başbakan ya da bir bakan tarafından imzalanmak zorundadır. Ama bundan da önemlisi Federal Başkanın yaptığı bütün işlemlerde Federal Hükümetin ya da yetkili bakanın onayını almak zorunda olmasıdır. (AY. m. 67).

a) Federal Başkan ve Ulusal Meclis ilişkileri

Avusturya’da Federal Başkan, parlamenter sistemlerdeki devlet başkanlarının seçim usulüne aykırı biçimde, doğrudan halk tarafından altı yıllık bir süre için seçilmektedir. Başkan seçilebilmek için kullanılan oyların yarısından fazlasını almak gereklidir. Çoğunluk sağlanamazsa ikinci oylama yapılır ve bu oylamaya ilk oylamada en çok oy alan iki aday katılır. Sonuçta da ikinci oylamada Başkanın seçimi garantilenmiş olur. Ulusal Meclise seçilme yeterliliğine sahip 35 yaşındaki herkes Başkan seçilebilir. Bunun tek istisnası kraliyet ailesi mensuplarıdır. Bir kimse arka arkaya sadece iki kez başkan seçilebilir. Federal Meclis iki değişik yolla Anayasa Mahkemesinde yargılanabilir. Bunlardan birincisi Başkanın Ulusal Meclis tarafından suçlanmasıdır. İkincisi Başkanın bir mahkeme tarafından yasal kovuşturmayla tutulmasıdır. İlk olarak Ulusal Meclisin Federal Başkanı suçlaması mümkündür. Bunun için Ulusal Meclisin bu amacı taşıyan bir önergeyi, salt çoğunlukla toplanarak ve toplantıya katılanların 2/3 çoğunluğu ile kabul etmesi gerekir. Ulusal Meclis bu kararı aldığı andan itibaren Federal Başkan görevden el çektilir. Karar üzerine Başbakan derhal Federal Yasama Kurulunu iki kanadıyla birlikte toplantıya çağırır. Federal Yasama Kurulu iki kanadının birlikte toplanmasıyla bu konuda referandum yapıp yapılmamasına karar verir. Referandum yapılmasına karar verilirse ve referandumda suçlama reddedilirse, Başkan görevine dönmekle kalmaz, Ulusal Meclis feshedilmiş sayılır ve yeni seçimlere gidilir (AY. m. 60, 68). Referandumda suçlama kabul

⁵⁵ Federal Başkanın Federal Yasama Meclisine karşı sorumlu olduğu belirtilse de, bu sorumluluğun, vatana ihanet ya da anayasayı ihlal türü suçların işlenmesi halinde gündeme gelebileceğini kabul etmek gerekir. Bu sorumluluğun, hükümetin siyasi sorumluluğundan farklı olduğu çok açıktır.

edilirse Başkan Anayasa Mahkemesinde yargılanır ve kararın sonucuna göre hareket edilir. Anayasa Başkan ile Ulusal Meclis arasında bu düzeyde bir yüksek gerilim oluşması halinde, ikisinin aynı anda görev yapmasına izin vermemiştir. Halk ya referandumda suçlamayı kabul ederek Başkanın yargılanmasını sağlayacaktır ya da referandumda suçlamayı reddettiğinde Ulusal Meclis feshedilmiş sayılacaktır. Aslında referandum, Başkan ya da Ulusal Meclisten birini suçlamaya dönüşmektedir. Başkanın yargılanmasının ikinci yolu yetkili organ tarafından Başkan hakkına kovuşturma başlatılmak istenmesidir. Bu durumda yine ilk oylama Ulusal Mecliste yapılır ve bu oylamada konunun Federal Yasama Meclisine götürülüp götürülmemesi oylanır. Ulusal Meclis konuyu Federal Yasama Meclisine götürmeyi kararlaştırırsa, Başkanın yargılanıp yargılanmamasına Federal Yasama Meclisi karar verir. (AY. m. 63)

Başkan görev süresi boyunca ne temsili bir organa üye olabilir ne de bir mesleği yürütebilir (AY. m. 61). Dolayısıyla Başkanın tarafsızlığına ilişkin doğrudan bir hüküm olmamakla birlikte dolaylı bir hüküm olduğu söylenebilir. Çünkü siyasal partilerin de temsili organlar olduğu düşünüldüğünde, Başkanın bir partiye üye olmayacağı sonucu kendiliğinden doğar. Başkanın göreve başlarken ettiği yemin bu tarafsızlığı güvenceye alır niteliktedir. Başkan, göreve başlarken, Anayasayı ve Cumhuriyetin bütün yasalarını gözeticeğine, görevini sahip olduğu bilgi ve inanca göre en iyi şekilde yerine getireceğine dair yazılı bir yemin metnini okuyarak yemin eder. Ancak Anayasa, Başkan seçilen kişinin kendi dinsel inançlarına göre eklemeler yapmasına da izin vermiştir (AY. m. 62). Böylece Başkan seçilen kişinin dini inancı, her Başkanın farklı yemin etmesine olanak tanımış olmaktadır.

Federal Başkana, Anayasada Devleti temsil etmek, yabancı devlet elçilerini kabul etmek ve yetkilendirmek, anlaşmaları imzalamak, anlaşmaların uygulanması için kararnameler çıkarmak, belli kişilerin suçlarının cezasını affetmek ya da hafifletmek, federal bakanları ve devlet sekreterlerini atamak, Ulusal Meclisi feshetmek, toplantıya çağırarak, ordunun başkomutanlığını temsil etmek, yargıçlar, Sayıştay üyeleri vb. parlamenter sistemlerde devlet başkanına tanınan yetkiler verilmiştir. Bütün resmi kararları için hükümetin ya da ilgili bakanın görüşünü almak zorunda olması ve bütün işlemlerinin Başbakan tarafından imzalanması, doğrudan seçimle gelmesine rağmen, parlamenter sistemlerdeki devlet başkanından daha fazla sınırlandığını gösterir.

b) Federal Hükümet; Başbakan ve Bakanlar ve Ulusal Meclis İlişkileri

Federal Hükümet, Federal Başbakanın başkanlığında kurulur. Federal Başbakanın bir Başbakan Yardımcısı vardır ve Yardımcı Başbakanın bütün yetkileri konusunda kendisine vekalet eder. Onların yokluğunda hükümetin en yaşlı üyesi vekaleten Başbakanın bütün yetkilerini kullanır (AY. m. 69). Federal Başbakan ve Federal Hükümetin diğer üyeleri, Başbakanın önerisi üzerine Federal Başkan tarafından atanır. Bakanlar, Başbakanın önerisi üzerine Başkan tarafından görevden alınır. Hükümet üyelerinin, Meclis üyesi olmaları gerekmez; Meclise seçilme yeterliğine sahip olmaları yeterlidir (AY. m. 70).

Federal Hükümetin toplantı yetersayısı, üye tamsayısının salt çoğunluğudur. (AY. m. 69)

Anayasada hükümetin ne zaman, nasıl kurulacağına, göreve başlarken güven oylamasına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Sadece hükümet üyelerinin göreve başlamadan önce Federal Başkan önünde yemin edecekleri belirtilmiş ve yeminin şekli ile yemin metni düzenlenmemiştir. Yeminde dini inançların kullanılabileceği belirtilmiştir (AY. m. 72). Ulusal Meclisin hükümete ya da bakanlara güvensizlik oyu vermesi halinde hükümetin ya da bakanın düşeceği belirtilmiş ve bu konuda bizdeki gibi başbakanla bakanlar arasında ayırım yapılmamıştır. Güven oylamasına ilişkin olarak da, sadece bu toplantıdaki toplantı yetersayısının üye tamsayısının salt çoğunluğu olduğu belirtilmiştir.

C. Sonuç

Avusturya'daki siyasal sistem, özellikle, 1982 Anayasasında 2007 yılında yapılan Cumhurbaşkanının halk tarafından doğrudan seçilmesine ilişkin değişiklikten sonra Türkiye için ilginç hale gelmiştir. Çünkü Avusturya Federal Başkanını halk tarafından seçmekle birlikte parlamenter sistem niteliğini koruyabilen bir ülkedir. Gerçi Federal Başkanlığa aday olabilmek için 1982 Anayasasında olduğu gibi Meclisin aday göstermesine gerek yoktur; eski kraliyet ailelerine mensup olanlar dışındaki bütün yurttaşlar 35 yaşını doldurmak ve milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmak koşuluyla Başkan adayı olabilirler. Ancak bu farklılık ortaya çıkan yeni benzerliği gölgeleyemez: Her iki ülke de devlet başkanlarını halk oyu ile seçmelerine rağmen, başkanlık ya da yarı başkanlık sistemine değil parlamenter sisteme sahiptirler.

Bu makalede ise iki ülke arasındaki bir başka benzerliğe dikkat çekilmiştir: Parlamentoların yapı işleyişine ilişkin kurallarda önemli

benzerlikler vardır. Örneğin Türkiye'deki Danışma Kurulu gibi, tavsiye kararları alan Başkanlar Konferansı paralel biçimde örgütlenmiştir. TBMM İçtüzüğünde de Başkanın birleşimi kapatırken gündemde bulunan işlerden hangilerinin gelecekte birleşimde veya birleşimlerde görüşüleceğini Genel Kurula bildireceği belirtilmiştir. Avusturya'da gelecek gündemde ne görüşüleceği tümüyle bu şekilde belirlenirken, Türkiye uygulamasında Başkan, gelecek birleşimde görüşülecek işi basılı gündemi izleyerek bildirmektedir. Başka bir anlatımla kural benzeşmekle birlikte uygulama önemli ölçüde ayrılmaktadır. Yine TBMM'de bir kanun tasarısının görüşülmesine başlanmasından sonra değişiklik önergesi verilebilmesi için en az beş milletvekilinin imzası zorunludur. Avusturya'da ise bütün değişiklik önergeleri için en az beş üyenin imzası gerekmektedir. TBMM'deki *gündem dışı konuşma* ile Avusturya'daki *önemli konu* tamamen aynı amacı taşımaktadır; ancak Türkiye'de uygulama amacın dışına çıkmıştır. Açık oylama yapılabilmesi için istemde bulunması gereken milletvekili sayısı her iki ülkede de 20'dir. Avusturya'da Tasarıların ikinci görüşmesi TBMM Genel Kurulunda tasarı üzerindeki görüşmeleri andırmaktadır. Tasarının tümü üzerindeki genel görüşme ile maddeler üzerindeki özel görüşme TBMM'deki tasarının tümü ve maddeleri üzerindeki görüşme ayrımına benzemektedir. Ancak uygulama iki Ülkede farklı yönlerde doğru gelişmiştir. Bu örneklerin artırılması olanaklıdır. Gerçi hangi iki ülke ele alınırsa alınsın birtakım benzerlikler bulunabilir. Ancak en azından sayılar bakımından böyle bir benzerlik bulunamaz ve iki ülkenin benzeşen kimi yönleri diğer parlamenter sistemlerde farklıdır.

Bu durumda can alıcı soru şudur: İki ülke arasındaki bu benzerliklere rağmen TBMM neden çok fazla çalışmasına rağmen neden çok ağır bir iş yükü ile karşı karşıya olmaya devam etmektedir? TBMM her hafta toplanmakta ve haftanın üç işgünü İçtüzükte öngörülmuş çalışma sürelerinin çok üstünde çalışmaktadır. Bu nedenle Türkiye'de yasama organının bir kanun yapım fabrikası gibi çalıştığı; Türkiye'de bir kanun enflasyonu bulunduğu söylenmektedir.⁵⁶ Yine TBMM'nin tatil yapacağı süre üç ayları sınırlandırılmıştır; bu sürenin altında da tatil yapılabilir. Oysa Avusturya Parlamentosunun tatil süresi değil çalışma süresi sınırlandırılmıştır ve Genel Kurul ayın sadece bir haftası çalışmaktadır. Bu hafta içinde de çalışmasının üst sınır üç günle sınırlanmıştır; bir gün bile çalışılabilir. İki Ülke parlamentosunun çalışma süreleri arasındaki farka bakarak Türkiye'nin sorunlarının nitelik bakımından daha ağır ve nicelik bakımından daha çok olduğu ve bu nedenle TBMM'nin

⁵⁶ İBA, s. 128-131.

daha uzun çalıştığı cevabı verilebilir. Ancak bu cevap tatmin edici olmaktan uzaktır. Çünkü her toplumun kendine özgü sorunları vardır ve bu da yasama organlarının gerekli yasaları çıkarmasını zorunlu kılar. Bu soruya verilecek en tutarlı cevap, iki Ülke parlamentolarının çalışmalarına işbölümü ilkesi açısından bakılınca verilebilmektedir: Avusturya’da Genel Kurul bir hafta çalışırken iki hafta tümüyle komisyonlara ayrılmıştır. İşin asıl görüşmeleri komisyonlarda yürütülmekte ve tasarılar buralarda olgunlaştırılmaktadır. Tasarılar geldiklerinde Genel Kurul bilgilenmekte ve gerekiyorsa birinci okuma yaparak bilgilenmekte ve sonra tasarı tek komisyona havale edilmektedir. Komisyonlarda tasarinın itiraz edilen yönleri üzerinde yoğunlaşmakta ve bu yönler üzerinde uzlaşma sağlanmaya çalışılmaktadır. Daha sonra Genel Kurul’da, tartışmalı konular üzerinde görüşmeler sürdürülmekte ve her madde üzerinde yeniden inceleme yapılmadan tasarı sonuçlandırılmaktadır. TBMM’de hem birden fazla komisyon aynı işin tümünü ve maddelerinin herbirini ayrı ayrı görüşmekte ve Genel Kurul birden fazla komisyonla yapılan işi tekrarlamaktadır. Dolayısıyla TBMM İçtüzüğü’nün Avusturya Parlamentosu İçtüzüğü gözetilerek bu yönde rasyonelleştirilmesi halinde TBMM’nin hem yasa yapma ve hem de denetim kapasitesi birkaç kat artacaktır. Bu makalenin sözkonusu amaca hizmet edebileceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- AUSTRIA DOCUMENTATION, *The First Republic: 1918-1938*, Vienna 1998.
- BAKIRCI, Fahri, *TBMM’nin Çalışma Yöntemi*, Ankara 2000.
- BAKIRCI, Fahri, Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine, *Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, sa: 5, s. 222-240.
- BAKIRCI, Fahri, TBMM Genel Kurulunun Birleşimi ve Gündemi Üzerine, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, ed. C. 2, Ankara, 2008, s. 91-126.
- BAKIRCI, Fahri, TBMM’de Komisyonların Yapı ve İşleyişi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Kanun Yapım Süreci Sempozyumu*, Ankara 2011, s. 113-143.

- ÇAM, Esat, *Devlet Sistemleri*, İstanbul 1982.
- ÇELİKER, Fahri, *Avusturya'nın ve Türk-Avusturya İlişkilerinin Tarihçesi*, Ankara 1983.
- EROĞUL, Cem, *Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya*, Ankara 2008.
- İBA, Şeref, *100 Soruda Parlamento Hukuku*, Ankara 2006.
- KAUFMANN, Bruno, Rolf Buchi, & Nadja Braun, *Guidebook to Direct Democracy*, Switzerland 2010 (www.iri-europe.org/publications/guidebooks/2010-edition-english/)
- NEZİROĞLU, İrfan, *İspanya Parlamentosunda Yasama Uygulamaları, Yasama Dergisi*, C. 1, Sa. 1, s. 129-141.
- SKED, Alan, *The Decline&Fall of the Habsburg Empire 1815-1918*, USA 1998.
- Parliamentary Administration, *The Austrian Parliament*, Vienna 1998.
- SOYSAL, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul 1986.
- SCHREINER, Herman J. ve Susanne Linn, *The German Bundestag: Functions and procedures*, Rheinbreitbach 2006.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2001
- VERLHUST, Jos & Arjen Nijeboer, *Direct Democracy: Facts and Arguments about the Introduction of Initiative and Referendum*, Switzerland 2010. (www.Democracy-international.org)
- YILDIZ, Ahmet ve Fahri Bakırcı, *İspanya Anayasası ve İçtüzüğü*, (çev). Ankara 2012.
- Federal Avusturya Anayasası, 01/03/2010 tarihli versiyonu, (http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf erişim: 7 Kasım 2012)
- Ulusal Meclis İç İşleyiş Kanunu (İçtüzüğü), <http://www.parlament.gv.at/ENGL/PERK/RGES/GOGNR/index.shtml> erişim: 7 Aralık 2012)

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ CEZA HUKUKU UYGULAMASINDA SAVCI-SANIK PAZARLIĞI VE TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİ

Yusuf Solmaz BALO*
Ekrem ÇETİNTÜRK**

ÖZET

Dünyadaki tüm ceza adalet sistemlerinde son 30 yıl içinde köklü değişimler meydana gelmiştir. Bu değişimlerin nedenlerinden birisi de, hiç şüphesi ki, değişik hukuk sistemlerine sahip ülkelerin birbirlerinden etkilenmesidir. Bu değişim aynı zamanda hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların bir ölçüde azalmasını sağlamaktadır.

Dünyadaki ceza hukuk sistemleri üzerinde büyük etkisi olan kurumlardan birisi de anglo-sakson hukuk sisteminin ürünü olarak ortaya çıkan savcı-sanık pazarlığı (plea bargaining)'dır. ABD'de dahi üzerinde büyük tartışmalar olan bu kurum çok farklı hukuk sistemleri içinde kendine değişik şekillerde yer bulmaya başlamıştır. Hatta uzun zaman bu uygulamaya karşı olan ceza adalet sistemlerinde uygulamaları görülmektedir. Savcı-sanık pazarlığı, Almanya, Rusya, Hindistan, Tayvan, Güney Afrika, Avustralya ve Arjantin gibi ülkelere ulaşmış bulunmaktadır. ABD modelini esas alan savcı-sanık pazarlığı, ceza hukukunda reform yapan İtalya'dan, Bulgaristan'a ve Hindistan'a kadar pek çok ülke tarafında değerlendirilmiş ve bazı değişikliklerle uygulamaya sokulmuşlardır.

Savcı-sanık pazarlığının diğer ülkelere benimsenmesinde en etkili model ABD uygulaması olmuştur. Bu nedenle, savcı-sanık pazarlığının diğer hukuk sistemlerinde uygulanabilirliği konusunda yapılacak değerlendirmelerde, ABD modelinin incelenmesi önem taşımaktadır.

Bu makalede ABD modeli üzerinden savcı-sanık pazarlığı uygulaması, kurumun doğuşu ve gelişimi, uygulamanın lehindeki ve aleyhindeki görüşler ve kurumun Türkiye'de uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Savcı-sanık pazarlığı, dava pazarlığı, ABD ceza adalet sistemi, ceza hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm metodları, ceza mahkemelerinin işyükünün azaltılması.

* Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı, ysbalo@gmail.com

** Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, ecetinturk1974@gmail.com

**THE PLEA BARGAINING IN CRIMINAL LAW OF USA AND ITS
APPLICABILITY IN TURKEY**

ABSTARCT

Criminal justice systems, all over the world, have occurred radical changes in the last 30 years. One of the reasons for these changes, no doubt, that countries with different legal systems influenced by each other. At the same time, this change is reducing the differences between the legal systems.

One of the institutions that has a big impact on the criminal justice systems of the world, arise as a product of the Anglo-Saxon legal system is plea bargaining. Although there is great debates on this institution in the United States, in many different legal systems began to find its place in different ways. It can be seen some practise of this institution in different criminal justice systems, which are generally against this practice. Implementation of plea bargaining have reached countries like Germany, Italy, Bulgaria, Russia, India, Taiwan, South Africa, Australia and Argentina.

When other countries adopt the plea bargaining, implementation of United States has become the most effective model. Therefore, it is important to analyze the U.S. model for assessments on the applicability of plea bargaining in other legal systems.

In this article, implementation in the United States, historical appearance and development, opinions in favor and against of this institution and the assessments on applicability of the institution in Turkey will be made.

Keywords: *Plea bargaining, criminal justice system in ABD, alternative dispute resolution methods in criminal law, reducing the workload of the criminal courts.*

GİRİŞ

Dünyadaki tüm ceza adalet sistemlerinde son 30 yıl içinde köklü değişimler meydana gelmiştir. Bu değişimlerin nedenlerinden birisi de, hiç şüphesi ki, değişik hukuk sistemlerine sahip ülkelerin birbirlerinden etkilenmesidir. Bu değişim aynı zamanda hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların bir ölçüde azalmasını sağlamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri, (the United States of America) 50 tane eyalet ve 1 tane federal bölgeden oluşan federal bir cumhuriyettir. Federal Anayasa, her eyalete kayda değer ölçüde bağımsızlık ve yetki veren bir cumhuriyet kurmuştur. Federal hükümetin yetkileri Anayasa’da tayin edilen

sınırlar içinde belirlenmiştir ve geri kalan hususlarda düzenleme yapma yetkisi ABD Anayasasıyla eyaletlere bırakılmıştır (U.S.A. Any. Ek m.10)¹.

Amerikan hükümetinin ayırt edilebilir-belirgin yüzü federalizmdir. Veya iktidarın eyaletler ve ulusal hükümet arasında paylaşımıdır. Anayasa, ulusal hükümet ile eyaletler arasındaki ilişkiyi ve her birinin kendine ait alanı tam olarak belirlemiştir².

Federalizm, devlet egemenliğinin ulusal federal devlet ile federe devletler arasında paylaşılmasını gerektirmektedir. Birleşik Devletler Anayasası belirli bazı yetkileri federal hükümette toplarken diğer tüm yetkilerin ise federe devletler tarafından kullanılmasını öngörmektedir. Federal ve federe devletlerin bu şekildeki yetki paylaşımları egemenlik ayrımı olarak bilinmekte ve her devletin (federal devlet ve eyaletler) kendi hak ve yetki alanı içerisinde tam yetkili olması anlamını taşımaktadır³.

ABD Anayasasının hazırlığı sürecinde, yargı sisteminin yapılandırılması hususunda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Federalizm karşıtları, ulusal mahkeme olarak yalnızca Yüksek Mahkemenin (the Supreme Court of America) kurulmasını ve diğer hukuk ve ceza uyuşmazlıklarının tümünün eyalet mahkemelerinde görülmesi fikrini ileri sürmüştür. Federalizm taraftarları ise, eyaletlerin fazla güce sahip olmaması ve uyuşmazlıkların federal mahkemeler tarafından ele alınması görüşünü savunmuşlardır. Uzlaşabilmek için, her iki taraf savundukları görüşten nihayetinde taviz vermek durumunda kalmıştır ki, bu suretle ABD'nin ikili yargılama sistemi (*dual-court system*) oluşturulmuştur⁴.

Dünyadaki ceza hukuk sistemleri üzerinde büyük etkisi olan kurumlardan birisi de anglo-sakson hukuk sisteminin ürünü olarak ortaya çıkan savcı-sanık pazarlığı (*plea bargaining*)'dır. ABD'de dahi üzerinde büyük tartışmalar olan bu kurum çok farklı hukuk sistemleri içinde kendine değişik şekillerde yer bulmaya başlamıştır. Hatta uzun zaman bu uygulamaya karşı olan ceza adalet sistemlerinde uygulamaları görülmektedir. Savcı-sanık pazarlığı, Almanya, Rusya, Hindistan, Tayvan, Güney Afrika, Avustralya ve Arjantin gibi ülkelere ulaşmış bulunmaktadır⁵.

¹ BALO, s. 975.

² ACKER / BRODY, s. 25.

³ YAPAR, s. 24.

⁴ SCHMALLEGER, s. 369.

⁵ TURNER, s. 1.

ABD modelini esas alan savcı-sanık pazarlığı, ceza hukukunda reform yapan İtalya'dan, Bulgaristan'a ve Hindistan'a kadar pek çok ülke tarafında değerlendirilmiş ve bazı değişikliklerle uygulamaya sokulmuşlardır. Öte yandan, savcı-sanık pazarlığı, ceza muhakemesinde büyük oranda çekişmeli (adversarial) modeli esas alan Ruanda ve eski Yugoslavya için kurulan uluslararası ceza mahkemelerini etkilemiştir. Bu mahkemelerdeki tecrübelerin, Uluslararası Ceza Mahkemesinin de usulünü şekillendirmesi muhtemel görülmektedir⁶.

Savcı-sanık pazarlığının diğer ülkelerce benimsenmesinde en etkili model ABD uygulaması olmuştur. Bu nedenle, savcı-sanık pazarlığının diğer hukuk sistemlerinde uygulanabilirliği konusunda yapılacak değerlendirmelerde, ABD modelinin incelenmesi önem taşımaktadır.

Günümüzde, ABD ceza adaleti sisteminde en yaygın uygulamalardan ve resmi olmayan (informal justice) adalet sisteminin köşe taşlarından birisi savcı-sanık pazarlığı (plea bargaining)'dır⁷. Öte yandan, ABD Yüksek Mahkemesi bu kurumu “adalet yönetiminin temel bileşeni (essential component) olarak kabul etmiştir⁸. Sistem, ceza mahkemelerinin iş yoğunluğu ve savcı, savunma avukatı ve diğer personele olan ihtiyaçlardan dolayı, günümüzde, adalet yönetiminin, temeli henüz tartışmalı olan, temel bir kurumu haline gelmiştir⁹.

Öte yandan, “savcı-sanık pazarlığı” terimi çoğunlukla ceza hukuku sistemine doğrudan dahil olmayan veya Kıta Avrupası sistemine tabi ülkelerde yaşayan kişiler için negatif çağrışımlar da uyandırmaktadır. Akıllara avukatların arka odalarda anlaşma yaptıkları ve suçluların adalet sisteminden hak etmedikleri bir şekilde yeterli ceza görmeden kaçmalarının sağlandığı bir görüntü gelmektedir. Toplumdan gelen genel hoşnutsuzluğa rağmen, Amerikan ceza adaleti sisteminde savcı-sanık pazarlığı ceza hukuku sistemi içindeki en yaygın uygulamaların başında gelmektedir. ABD’de pek çok kişi bu uygulamanın kaldırılması halinde bütün sistemin duracağına ve bunun da yıkıcı olacağına inanmaktadır¹⁰.

⁶ TURNER, s. 7 ve 8.

⁷ SENNA / SİEGEL, s. 350 ve 403.

⁸ Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970).

⁹ SİEGEL / WORRALL, s. 405.

¹⁰ DAVIS, s. 43.

Bu makalede ABD modeli üzerinden savcı-sanık pazarlığı uygulaması, kurumun doğuşu ve gelişimi, uygulamanın lehindeki ve aleyhindeki görüşler ve kurumun Türkiye’de uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK

A. Kavram

Bu makalede orjinal adı “plea bargaining” olan kurum için, Türkçe karşılık olarak “savcı-sanık pazarlığı” terimi kullanılmıştır.

Ülkemizde bu kurumu inceleyen çok fazla çalışma bulunmadığı gibi, bu kurum için bir kavram birliği de bulunmamaktadır.

Bazı çalışmalarda kurum “dava pazarlığı” olarak ifade edilmiştir. Özel hukuk kavramı olan “dava” teriminin bir ceza hukuku kavramını açıklamak için kullanılması doğru olmayacaktır. Burada belki “kovuşturma” veya “yargılama” pazarlığından söz edilebilir. Ancak pazarlık yapılan hususlar “kovuşturma” veya “yargılama” yapılıp yapılması değildir. Pazarlık esas itibarıyla sanığa uygulanacak ceza ve kişi hakkında isnat olunacak suçlar üzerinden gerçekleşmektedir. Üstelik, pazarlığın yargılama sırasında, hatta yargılama sona erdikten sonra da yapılması mümkündür.

Bazı çalışmalarda ise, “ceza pazarlığı” veya “itham pazarlığı” kavramları kullanılmıştır. Ancak bu iki kavram kurumu bir bütün olarak ifade etmemekte, uygulama çeşitlerini göstermektedir. Nitekim pazarlıklar ya sanığın alacağı ceza üzerinden ya da sanığa yüklenecek suçlar üzerinden yapılmaktadır.

Yine bu kurum için “iddianame pazarlığı”¹¹ kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Ancak pazarlık yapılan husus iddianame değildir. Çünkü, yukarıda belirttiğimiz gibi, pazarlığın yargılama sırasında, hatta yargılama sona erdikten sonra da yapılması mümkündür.

Açıklanan nedenlerle, her ne kadar tam olarak İngilizce karşılığı olmasa da bu kurumu ve yaşanan süreci Türkçe en iyi ifade eden kavramın “savcı-sanık pazarlığı” olacağı kanaatindeyiz.

B. Tanım

Savcı-sanık pazarlığı (plea bargaining), sanığın ceza adalet sisteminden daha yumuşak bir tepki almak amacıyla suçluluğunu kabul etmesi veya sisteme yardımda bulunması suretiyle başlayan, bir tarafta sanık diğer tarafta

¹¹ Bkz. BACAŞIZ, s. 121.

savcılık ile onay ve denetim makamı olarak mahkemenin bulunduğu bir süreci ve açık bir anlaşmayı ifade etmektedir¹².

Savcı-sanık pazarlığı, üzerinde suç şüphesi bulunan kimselerin suçunu itiraf etme hakkına sahip olduğu ve bütün ceza davalarının mahkemeye taşınmasının adil ve hakkaniyetli olmadığı kabulüne dayanmakta olup, sanıkların sorumluluk almasına yardımcı olmaktadır. Savcı-sanık pazarlığı, savcıların suç ikrarı almak amacıyla, sanıkların avukatlarıyla yaptığı pazarlık sürecini anlatan bir terimdir. Özellikle, savcı ile sanık arasında bir pazarlığı içerir. Bu pazarlıkta sanık mahkemeye çıkmaya dair anayasal hakkından feragat eder ve savcının bir ya da birkaç sözüne karşılık itham edildiği suçlardan bir ya da birkaçını kabul eder. Bu sözler genellikle, itham edilen suçlardan bazılarının düşürülmesi ve/veya daha az bir ceza verdirilmesidir. Suç ithamında bulunma kararı (the charging decision) gibi savcı-sanık pazarlığı (plea bargaining) süreci de tamamen savcı tarafından kontrol edilmektedir. Sanık iddianamede yer alan bazı suçlar için ikrarda bulunma isteğini belirtebilir, ancak, diğerleri için değil. Ancak, savcı suç ikrarı karşılığında diğer suçlamalardan vazgeçmeyi kabul etmezse, ne sanığın ne de hâkimin savcıyı kabul etmeye zorlama yetkisi ve gücü bulunmamaktadır¹³.

C. Türleri

Savcı-sanık pazarlığı, geniş çaplı bir dizi uygulamayı içine alan genel bir terimdir. Aslında, mahkeme görevlileri savcı-sanık pazarlığıyla amaçlanan manayı kabul etmemektedirler. Bazı savcılar pazarlık yaptıklarını kabul etmemektedirler; onlar bu uygulamayı başka şekilde isimlendirmektedirler. Bu nedenle, üzerinde pazarlık yapılan adalet hakkındaki her türlü tartışma, hem pazarlık yapılan savcı-sanık anlaşmasında, hem de bu anlaşmaların yapıldığı süreçte önemli farklılıkların mevcut olduğu hatırlanarak başlamalıdır. Genel olarak savcı-sanık pazarlıkları aşağıdaki üç şekilden bir ya da birkaçından oluşmaktadır:

- Suçlama pazarlığı (Charge bargaining),
- Suçlama sayısı pazarlığı (Count bargaining) ve
- Ceza pazarlığı (Sentence bargaining).

Aşağıdaki tablo farklı pazarlık türlerinin özetini vermektedir¹⁴.

¹² SİEGEL / SCHMALLEGER / WORRALL, s. 319; TURNER, s. 1.

¹³ DAVIS, s. 43.

¹⁴ SİEGEL / SCHMALLEGER / WORRALL, s. 319; NEUBAUER / FRADELLA, s. 315.

SAVCI-SANIK PAZARLIĞI TÜRLERİ		
	Kitaplardaki Hukuk (Law on the Books)	Uygulamadaki Hukuk (Law in Action)
Suç İsnat Pazarlığı (Charge Bargaining)	Sanık asıl yapılan suçlamadan daha az bir suçlama için suçunu ikrar eder. Daha az bir suçlama için suç ikrarı sanığın karşı karşıya bulunduğu muhtemel cezayı azaltır.	Adliye normları izin verilebilir indirimleri kontrol eder. Bazı savcılar bariz şekilde fazla suçlama yöneltilir, böylece sanığın bir fırsat yakaladığı gibi bir durum ortaya çıkar.
Suçlama Sayısı Pazarlığı (Count Bargaining)	Sanık suçlama belgesinde yer alan suçlama sayısının hepsini değil, bazılarını ikrar eder. Daha az sayıda suçlama için ikrarda bulunmak sanığın karşı karşıya bulunduğu muhtemel cezayı azaltır.	Bazı savcılar bir kısmını sonradan düşürebilmek amacıyla bariz şekilde ilave suçlama yöneltilir, böylece sanığın iyi bir anlaşma yaptığını düşünmesini amaçlarlar. Birden fazla suç isnadı yapılan davalarda cezalar aynı anda çekilir (birbiri ardına değil). Bu durumda sanığın aldığı “ceza indirimi” büyük oranda bir yanılsamadır.
Ceza Pazarlığı (Sentence Bargaining)	Sanık kendisine verilecek cezayı bilerek suçunu ikrar eder. Ceza pazarlığındaki ceza en yüksek cezadan daha azdır.	Hükümler normal cezalara dayanır. Bir suçun cezasının en üst seviyenin altında olması nedeniyle sanıklar hafif cezalarla kurtulmuş görünürler.

a. Suç İsnad Pazarlığı (Charge Bargaining)

Savcı-sanık pazarlıklarından (plea bargaining) birisi, suç isnat pazarlığı (charge bargaining) olarak adlandırılmaktadır. Sanığın suçunu ikrar etmesi karşılığında savcı sanığın asıl olarak isnat edilen suçlamadan daha az bir suçlamayı ikrar etmesine imkan tanır. Örneğin, sanık silahlı soygun yerine soygun suçunu ikrar eder. Ya da sanık ağır ceza gerektiren hırsızlık yerine hafif ceza gerektiren hırsızlık suçu için pazarlık yapar. Daha az ağır olan bir suçun ikrarının başlıca etkisi muhtemel cezanın azaltılmasıdır¹⁵.

Bazı suçlar için oldukça yüksek ceza üst sınırları vardır. Bu nedenle daha az bir suçlama için ikrarda bulunmak sanığın alacağı hapis cezasının süresini büyük ölçüde düşürecektir. ABD’de, daha az suçlamalar için pazarlıklar daha çok ceza kanunlarının sert olduğu ya da savcıların başlangıçta daha yüksek suçlamalar isnat ettikleri yargı bölgelerinde yaygın olarak uygulanmaktadır¹⁶.

b. Suçlama Sayısı Pazarlığı (Count Bargaining)

Savcı-sanık pazarlığının (plea bargaining) diğer yaygın bir türü de suçlama sayısı pazarlığıdır. Sanığın iddianame (indictment) ya da bilgilendirmede (information) yer alan suçlamalardan bir ya da birkaçını ikrar etmesi karşılığında savcı, diğer suçlamaları düşürür. Örneğin, üç ayrı hırsızlık olayıyla suçlanan bir sanık bir hırsızlık suçunu ikrar eder ve diğer iki hırsızlık suçlaması düşürülür¹⁷.

c. Ceza Pazarlığı (Sentence Bargaining)

Savcı-sanık pazarlığının (plea bargaining) üçüncü yaygın türü ceza pazarlığıdır (sentence bargaining). Cezalandırmada müsamaha sözü karşılığında suç ikrarı anlaşması yapılır. Sanığın şartla tahliyeye dahil edileceği ya da hapis cezası süresinin belli bir süreden fazla olmayacağına dair bir söz verilebilir. Ceza pazarlığında (sentence bargaining) genel olarak

¹⁵ ŞAHİN, s. 268, 244; NEUBAUER / FRADELLA, s. 316.

“Burada şüphelinin yakalanmasından kovuşturmaya kadar müdafii müvekkilinin daha az ceza almasını sağlayacak bir isnatta bulunmaya savcıcıyı ikna etmeye çalışmaktadır. Bunun karşılığında ise şüpheli daha az ceza gerektiren isnada konu olan fiili işlediğini ikrar edecektir. Isnat pazarlığının bir diğer görünüş biçiminde ise savcı ilk baştaki iddiasından daha az ceza gerektiren bir fiil isnat etmeyi önerir. Karşılığında ise şüphelinin isnat edilecek fiili kabul etmesini bekler. Ancak bazen bu görüşmeler esnasında, iki tarafça kabul edilebilecek bir ortak noktaya varıluncaya kadar taraflar karşılıklı olarak teklifte bulunurlar.” BACAŞIZ, s. 155.

¹⁶ NEUBAUER / FRADELLA, s. 316.

¹⁷ NEUBAUER / FRADELLA, s. 316.

sanık asıl suçlamayı kabul eder. Ancak, bazı yargı bölgelerinde ceza pazarlığı suçlama sayısı ve ceza indirimi pazarlıklarıyla birlikte işletilmektedir¹⁸.

II. ABD’DE SAVCI-SANIK PAZARLIĞININ TARİHİ GELİŞİMİ

A. Savcı-Sanık Pazarlığının Resmi Olarak Tanınması Öncesi Uygulama

Sanığın suçunu kabul etmesi (plea guilty) çok eski zamanlardan beri mevcut olan bir uygulamadır. İthamın kabul edilmesi (guilty plea), yani sanığın yargılanma hakkından feragat ederek hemen cezalandırılmasına izin vermesi) ise bir miktar yeni bir uygulama olmakla birlikte, gelenek hukukunun (common law) uygulandığı ülkelerde bu uygulama yüzyıllardır varlığını devam ettirmiştir (İngiltere’de ortaçağdan buyana, ABD’de ise koloniler zamanından beri). Ancak 19. yüzyıla kadar ithamın kabul edilmesi daha az uygulanmış ve İngiltere ve ABD hakimleri bu kuruma mesafeli durmuşlardır. Bir kişinin ağır bir suç nedeniyle ithamı kabul etmesi genellikle idam edileceği anlamına geldiğinden, hakimler sanığın baskı sonucu veya yeterince bilgilendirilmemelerinden dolayı itham etmelerinden endişeliydiler. Bu nedenle hakimler, genellikle sanıkları yargılanma hakkını kullanmaya teşvik etmişlerdir¹⁹.

Savcı-sanık pazarlığı (plea bargaining, yani ithamın kabul edilmesine neden olan savcı ve sanık arasındaki müzakereler) ise 19. yüzyıla kadar ABD’de uygulamaları oldukça sınırlıydı. Bundan önceki süreçte jüri yargılamaları, usul ve delillere ilişkin kurallara asgari düzeyde dikkat edilen ve tarafların avukat tarafından temsil edilmediği kısa bir muhakeme şeklinde gerçekleşmekteydi. Bu nedenle, 19. yüzyıl öncesinde dava pazarlığı sisteminin geliştirilmesi yönünde ciddi bir talep olmamıştır. Ancak sonraki dönemde ceza yargılamasında meydana gelen değişiklikler dava pazarlığının gelişimine neden olmuştur²⁰.

ABD bakımında savcı-sanık pazarlığı çok yeni bir uygulama değildir. İç Savaşın (the Civil War) bir süre sonra eyalet mahkemelerinde yaygın bir uygulama haline geldiğini gösteren önemli deliller bulunmaktadır. Örneğin Massachusetts Middlesex Bölgesinde savcı-sanık pazarlığı 20. yüzyılda tamamen “normal” hale gelmiştir. Federal mahkemelerde, yasaklamadan

¹⁸ ŞAHİN, s. 268; NEUBAUER / FRADELLA, s. 316.

¹⁹ TURNER, s. 8.

²⁰ TURNER, s. 8-9.

kaynaklanan alkollü içki davalarının çokluğu 20. yüzyılın ilk otuz yılında savcı-sanık pazarlığının kurumsallaşmasına neden olmuştur²¹.

Savcı-şüpheli pazarlığı, 19. yüzyılın sonlarına doğru gelişme gösteren bir ceza hukuku kurumudur. ABD Anayasasında veya İnsan Hakları Beyannamesi (Bill of Rights) savcı-şüpheli pazarlığıyla ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte 19. yüzyılın ortalarına doğru savcı-şüpheli pazarlığı, ABD’de ceza uyuşmazlıklarının çözümünde en baskın kurum olmuştur²².

19.yüzyılınsonlarıile20.yüzyılınbaşlarıarasındaABD,davapazarlığının hiç uygulanmadığı bir ülkeden, ceza takibatlarının büyük kısmının dava pazarlığı usulüyle çözüldüğü bir ülke durumuna dönüşmüştür. Bu dönüşüm, büyük oranda yasal bir düzenleme veya resmi yargısal bir kabul olmadan gerçekleşmiştir. Dava pazarlığının ilk uygulamaları, New York, Chicago, Boston gibi daha büyük şehirlerdeki artan iş yüküne çözüm olarak savcılar tarafından gerçekleştirilmiştir. İş yükündeki yükselişe, büyük oranda nüfusta ve suç oranındaki artış neden olmuştur. Bununla birlikte, jüri yargılamasını oldukça karmaşık olması ve ceza adaleti sistemindeki profesyonelleşme sistem üzerindeki yükü daha da arttırmıştır. Dava pazarlığı,savcılık kurumunun, tüm ceza dosyalarını tam bir yargılama sürecinde değerlendirmek için yeterli zamanı ve kaynağı olmamasından kaynaklanan sorununa temel çözüm olarak ortaya çıkmıştır²³.

Savcı-sanık pazarlığının (plea bargaining) ihtilaflı ulusal bir mesele olarak ortaya çıkması ancak 1960’larda olmuştur. Ancak, günümüzde savcı sanık pazarlığının belirli özelliklerinin dönemsel ihtilaflara sahne olmasına rağmen sürecin kendisi o kadar büyük oranda kabul görmüştür ki bu kurum artık modern Amerikan ceza adaleti sürecine egemen hale gelmiştir²⁴.

Savcı-sanık pazarlığı ceza adalet sisteminin farklı yönleri dikkate alınmak suretiyle şiddetli eleştirilere tabi tutulmasına rağmen²⁵, bu eleştiriler 20. yüzyıl boyunca dava pazarlığının uygulaması artmaya devam etmiştir. Artan iş yükü, muhakeme sürecinin sanığa daha geniş seçenekler sunması ve hâkim ve savcılarının yüksek düzeydeki uygulama memnuniyeti gibi nedenler dava pazarlığının artarak uygulanmasına neden olmuştur. Dava pazarlığı,

²¹ NEUBAUER / FRADELLA, s. 314.

²² SIEGEL / WORRALL, s. 403.

²³ TURNER, s. 9.

²⁴ NEUBAUER / FRADELLA, s. 314.

²⁵ Bu eleştiriler için bkz: s.

sonuçta ABD’de mahkûmiyet kararları verilmesinde en yaygın kullanılan usul olmuştur. 2004 yılında Federal ve eyalet düzeyinde mahkûmiyet kararlarının %95’den fazlası sanığın suçunu itiraf etmesi suretiyle verilmiştir²⁶.

ABD ceza adaleti sisteminde plea bargaining uygulaması olağan hale gelmiştir. Dahası suç ikrarı (guilty plea) Amerikan ceza adaleti sisteminin temelidir. Bir araştırmaya göre, ABD ceza adalet sisteminde yer alan soruşturma dosyalarının yaklaşık olarak % 90’ı neticede savunma anlaşmasıyla (negotiated plea) sonuçlanmaktadır²⁷.

B. Dava Pazarlığının Resmi Olarak Tanınması

19. yüzyıl sonları ve 20. asrın başlarında dava pazarlığı rutin olarak uygulanmasına rağmen, bu uygulamalar yargının açık bir kabulü olmaksızın gayri resmi olarak gerçekleşmekteydi. Temyiz mahkemeleri sık sık dava pazarlığı uygulamasının yanlış olduğuna hükmetmesine rağmen, ağır olduğu mahkemelerdeki savcı ve müdafiler nadiren yargısal denetimden geçeceği inancıyla uygulamaya devam etmişlerdir. Anayasaya aykırılık iddialarına rağmen, Yüksek Mahkeme çeşitli kararlarında savcı-sanık pazarlığı uygulamasının Anayasauygun olduğuna karar vermiştir.

1970 yılında Yüksek Mahkeme Brady-Birleşik Devletler davasında ilk defa dava pazarlığını kabul ederek uygulamalarını onaylamıştır. Mahkeme bu Kararında, dava pazarlığının bizatihi ithamı kabul etmenin gönüllüğüne zarar vermediğine hükmetmiştir. Bu Karar, dava pazarlığı uygulamalarına meşruiyet kazandırmış ve bu uygulamaların yasal alt yapıya kavuşacağı yeni bir dönemin başlamasına yol açmıştır²⁸. Mahkeme bu kararında, “karşılığında Devlete önemli bir yarar sağlayan bir sanığa Devletin yarar sağlamasını anayasaya aykırı bulamayız” gerekçesiyle savcı-sanık pazarlığı uygulamasını Anayasa uygun bulmuştur²⁹.

²⁶ TURNER, s. 9-10.

²⁷ SCHMALLEGER, s. 426; SENNA / SIEGEL, s. 351; SIEGEL / WORRALL, s. 405; NISSMAN / HAGEH, s. 29.

²⁸ TURNER, s. 10.

²⁹ Kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

“Bizim tartıştığımız konu, ceza hukukunun ve onun idaresinin doğasında olan bir husustur. Çünkü, suçunu kabul ederek savunma yapmayı Anayasa yasaklamamıştır; her bir somut olay için cezanın belirlenmesi konusunda hâkime veya jüriye geniş takdir hakkı vermek ceza hukukunun temel ilkelerinden birisidir; kanunda öngörülen en yüksek cezanın verilmemesi hem sanığın hem de devletin lehinedir. Beraat etme ihtimalini zayıf gören bir sanık için, suçunu kabul etmesinin ve alacağı muhtemel cezayı sınırlandırmasının faydaları açıktır (karşılaştığı risk azalmaktadır; infaz süreci hemen başlayabilir; yargılamanın getire-

Bir yıl sonraki *Santobello -New York* (1971) davasında, Mahkeme savcı-sanık pazarlığı konusunda daha da destekleyici bir karar vermiştir. Mahkemeye göre, uygulamada bazen ‘savcı-sanık pazarlığı’ olarak nitelendirilen, suç isnadının savcı ve sanık arasındaki anlaşma yoluyla çözülmesi, adalet yönetiminin temel bir parçasıdır. Düzgün uygulandığında, savcı-sanık pazarlığı teşvik edilmelidir. Eğer tüm suç isnatları tam bir yargılama yapılarak çözülsediydi, eyaletlerin ve Federal Hükümet’in mevcut hâkim ve mahkeme sayısını defalarca katlaması gerekirdi³⁰. Mahkemeye göre, bu usul, pek çok ceza davasının hızlı ve büyük oranda kesin bir şekilde sonuçlandırılmasına hizmet eder; yargılama öncesi ve yargılama sırasında yaşanan gereksiz tutuklamaları önler; tutuksuz yargılanmakla birlikte suç işlemeye eğilimli kişilerden toplumun korunmasına hizmet eder; suç ithamıyla bu itham hakkında karar verilmesi arasındaki süreyi kısaltır; cezanın hızlı bir şekilde verilmesi suçlu kişinin rehabilite imkânını artırır. Ancak, tüm bu değerlendirmeler, savcı ve sanık arasındaki anlaşmanın adil olduğunun garanti altına alınmış olmasına bağlıdır³¹.

Daha sonraki süreçte *Bordenkircher-Hayes* (1978) davasında Yüksek Mahkeme daha tartışmalı bir karar daha vermiştir. Bu karara konu olan olay şu şekildedir. Mala karşı suç işleyen sanık hakkında savcı suç ikrarında bulunulmasını talep etmiş ve birkaç yıllık bir ceza öngörmüştür. Sanık cezayı çok bularak teklifi kabul etmemiş ve yargılanmayı istemiştir. Savcı bunun üzerine eğer yargılanmayı tercih ederse, çok daha ağır bir ceza verilmesi talebinde bulunacağını söylemiştir. Savcı, buna rağmen hala mahkemeye gitmek isteyip istemediğini sanıktan sormuştur. Sanık yargılanmayı tercih etmiş ve sonuçta oldukça ağır bir cezaya çarptırılmıştır. Yüksek Mahkeme, savcının herhangi bir şekilde usule aykırı davranmadığını, savcılarının suçsuz olduğunu beyan etme hakkından feragat etmesi için sanığı ikna etmekte meşru bir menfaatin olduğuna karar vermiştir. Savcının tehditte bulunmadığını ve Anayasaya

ceği yüklerden kurtulur). Devlet için de bazı avantajlar bulunmaktadır (suçun kabul edilmesinden sonra uygulanacak bir ceza, cezadan beklenen faydaların daha etkin elde edilmesini sağlayacaktır; yargılama yapılmaması sınırlı olan yargı kaynaklarının devletin ispat yükü olduğu davalarda daha etkin kullanılmasını sağlayacaktır). Bu karşılıklı fayda, bu ülkede ceza mahkûmiyetlerinin dörtte üçünün suçluluğun kabul edilmesi suretiyle gerçekleştiği gerçeğini açıklamaktadır. Bunların büyük çoğunluğunu, şüphesiz ki, yargılama sonucu hâkim veya jüri tarafından suçlu bulunması durumunda uygulanacak cezadan daha az bir ceza alma ümidi veya garantisi motive etmektedir.” TURNER, s. 10-16; SCHEP / SCHEP, s. 538; BEALE, North Carolina, Ekim 2012.

³⁰ SCHEP / SCHEP, s. 538; TURNER, s. 18-19; BEALE, North Carolina, Ekim 2012.

³¹ TURNER, s. 19.

aykırı bir durum olmadığını söylemiştir. *Dolayısıyla Yüksek Mahkeme yargı yolunu tercih etmesi halinde sanığın daha ağır bir cezayla tehdit edilmesinin itiraf alabilmek için kabul edilebilir bir uygulama olduğunu kabul etmiştir.* Bu nedenle savcının çok daha ağırceza talebinde bulunmasının da hukuka uygun olduğunu söylemiştir³².

ABD Yüksek Mahkemesinin savcı-sanık pazarlığı hakkında vermiş olduğu ve kurumun gelişimine katkı sağlayan başka kararları da bulunmaktadır³³.

Bundan sonraki süreçte savcı-sanık pazarlığı hem eyalet düzeyinde hem de federal düzeyde tüm ceza usul düzenlemelerinde kendine yer bulmuştur.

Yüksek Mahkeme savcı-sanık pazarlığını onayladıktan sonra ceza davalarının sayısı önemli ölçüde artmıştır³⁴.

III. İTİRAF PAZARLIĞININ UYGULANMASI

A. Genel Olarak

ABD’de ceza soruşturmalarının sona erdirilmesinde uygulanan en yaygın usul, savcı-sanık pazarlığıdır. Ceza muhakemesinde hükümlerin % 90’dan fazlası ithamın kabul edilmesi (guilty plea) yoluyla elde edilmekte ve

³² SCHEP / SCHEP, s. 538.

³³ Boykin–Alabama Davası (1969), Brady–ABD Davası (1971), Alford–North Carolina Davası (1971), Santobello–New York Davası (1971), Bordenkircher – Hayes Davası (1978), Ricketts–Adamson Davası (1987), Alabama–Smith Davası (1989), ABD–Mezzanatto Davası (1995), ABD–Ruiz Davası (2002). NEUBAUER / FRADELLA, s. 324.

³⁴ 1990 yılı itibarıyla Federal ceza davalarında sanıkların %84’ü suç ikrarında bulunurken bu sayı 2010 yılında %97 olmuştur. 2010 yılı itibarıyla Federal ceza davalarında hakkında karar verilen sanık sayısı 98311 olmuştur. Bunlardan 2352 tanesi mahkemede yargılanmış, bunlardan 423 tanesi beraat etmiştir. Eyalet ceza davalarında ise, 2006 yılı itibarıyla sanıkların %94’ü suç ikrarında bulunmuş, sadece %6’sı yargılama yolunu tercih etmiştir. Bunların %4’ü jüri ile yargılanmıştır, %2’si ise hâkim tarafından yargılanmıştır. Bkz. BEALE, North Carolina, Ekim 2012; Kuzey Carolina eyaletindeki Federal ve eyalet düzeyindeki daha güncel istatistikler savcı-sanık pazarlığının önemini daha da çarpıcı göstermektedir. 2011 yılında eyalet düzeyindeki soruşturma sayısı 86.201’dir. Federal düzeydeki soruşturma sayısı ise 551’dir. 2011 yılında eyalet düzeyindeki soruşturmalardan %96,9’u, Federal düzeydeki soruşturmalardan %93,5’i savcı-sanık pazarlığı yöntemi ile çözülmüştür. Buna göre mahkemelere gidip yargılama yapılan dosya sayısı eyalet düzeyinde 2.691, Federal düzeyde 36 olmuştur. 1 Ocak 2012 tarihinden 30 Eylül 2012 tarihine kadar ise Federal düzeyde 379 soruşturmadan sadece 28’i mahkemede yapılan yargılamayla sonuçlandırılmıştır. %93’ü ise savcı-sanık pazarlığı yöntemiyle çözülmüştür. Bu rakamlar bize savcı-sanık pazarlığının ceza adalet sisteminin büyük oranda kendisi olduğunu açıkça göstermektedir. CONRAD, North Carolina, Ekim 2012.

bununda büyük çoğunluğu pazarlıkla ortaya çıkmaktadır³⁵. Diğer bir ifadeyle, ABD'de suç isnat edilen suç zanlılarının yüzde 90'ından fazlası suçunu kabul etmeyi ya da suçlamaya itiraz etmemeyi seçmektedir. Suçun kabul edilmesi genellikle, savunma ve iddia makamı arasındaki bir pazarlık sonucunda gerçekleşmektedir. Bir Savcı-sanık pazarlığında, şüpheli, suçlamaların sayısının veya ağırlığının azalması ya da savcının kanun tarafından izin verilen en yüksek cezayı talep etmemesi karşılığında suçunu kabul etmektedir. Genellikle pazarlıklar, tayin edilecek ceza, şartlı tahliye, mağdurun zararının tazmini gibi konuların ele alındığı kendine özgü bir usul çerçevesinde gerçekleşmektedir.

Ceza soruşturmasında öncelikli olarak sanığın haklarının ve hakkındaki iddiaların bildirilmesi gerekmektedir³⁶. Daha sonra kişi hakkında tutuklanması talebi varsa bir tutukluluk duruşması yapılır. Kişi bu aşamada suçlu veya suçsuzluk iddiasında bulunabilir. Eğer suçsuz olduğunu iddia ediyorsa anayasal hızlı yargılanma hakkı vardır. Yargılama öncesinde delillerin tespit edilmesinden sonraki aşamada savcı-sanık pazarlığı süreci başlamaktadır. Pazarlık süreci savcı ve müdafî arasında yürütülür. Hâkim kural olarak bu sürece katılmamaktadır. Pazarlık sürecinin sonunda yazılı bir belge hazırlanmaktadır. Bu belgenin ya hep ya hiç şeklinde düzenlenmesi gerekmemektedir. Buna göre sanık bazı suçlar için ikrarda bulunabilir. Savcı ise bazı iddiaları düşürmeyi kabul edebilir³⁷.

Savcı ile sanık arasında, suç iddialarına çözüm getirmek için yargılama yapılmadan gerçekleşen süreç genel olarak şu şekilde işlemektedir. Kolluk kuvvetleri suç delillerini topladıktan sonra savcılarla paylaşırlar. Bu noktadan sonra savcılar devreye girerler ve deliller değerlendirilerek şüpheliye karşı hangi suçlamaların yapılacağına karar verirler. Savcının bu konuda çok ciddi bir takdir yetkisi vardır. ABD ceza adalet sistemini jüri sistemine dayanmaktadır. Vatandaşlardan tarafında seçilen kişilerin oluşturduğu *büyük ve küçük jüri*³⁸ olmak üzere iki çeşit jüri bulunmaktadır. Uygun

³⁵ TURNER, s. 7; SİEGEL / SCHMALLEGGER / WORRALL, s. 319.

³⁶ Sanık suçu itiraf etmezse, yargılama yapılır ve bu yargılama sırasında sanığın bir takım anayasal hakları bulunmaktadır. Sanık için masumiyet karinesi vardır. Sanığın tanıklarla yüzleşme hakkı vardır. Sağının jüri önünde yargılanma hakkı vardır. Sanığın tanık çağırma hakkı vardır. Ayrıca makul şüphenin ötesinde ispat yükü savcılığa aittir.

³⁷ JONAS, North Carolina, Ekim 2012.

³⁸ Anglo-Amerikan Sistemi jüri sistemine dayanmaktadır. Bu tarafsız jüri sanığın suçlandığı bölge veya yerde bulunan bireylerden oluşmalıdır. Jüri üyeleri genellikle avukat veya kolluk personelinden seçilmez. Jüri üyeleri süreci halkın sağduyusunu taşır. İki çeşit jüri bulunmaktadır. Büyük jüri itham edici jüridir. 16 ila 23 kişiden oluşur. Soruşturmanın devam edip etmemesi bu jürinin kararına bağlıdır. İddianame için yeterli delil olup olmadığını belirler. Gizli

görülen suçlamalar belirlendikten sonra, şüpheli hakkında hangi suçlardan dolayı suçlama yapılacağı büyük jüri tarafından belirlenmektedir. Büyük jüri soruşturma aşamasında hangi suçlardan dolayı kişinin suçlanacağına karar vermektedir. Küçük jüri ise kovuşturma aşamasında kişinin suçluluğu hakkında karar vermektedir. Dolayısıyla suçlamaların en erken aşamasında jüri devreye girmekte ve hangi iddiaların ortaya konulacağına karar vererek vatandaşlar bakımından bir sigorta görevi görmektedir. Daha sonra şüpheli hakkında yapılan isnatlar resmi bir belge ile tespit edilmekte ve pazarlık bu isnatlar üzerinden yapılmaktadır³⁹.

Pazarlık müzakereleri yargılamayı yapacak olan mahkemenin onayına tabidir. Çoğu durumda, pazarlık her iki taraftaki deneyimli ve bilgili avukat ve savcılar tarafından düzenlenir ve mahkeme tarafından kolayca onaylanır. Mahkemenin savcı-sanık pazarlığını onaylamaya isteksiz olması halinde, şüpheli, suçunu kabul etmekten vazgeçme (ki bu durumda mahkemede yargılanacaktır) veya hakim onaylayabileceği bazı değişikliklerle savcı-sanık pazarlığını kabul etme arasında bir seçim yapması gerekir. Mahkeme, savcı-sanık pazarlığı uyarınca suçun itirafını kabul ettiğinde, şüpheliye itirafından vazgeçme imkanı vermeksizin, tek taraflı olarak bu itirafı değiştiremez⁴⁰.

Savcı-sanık pazarlığı genellikle savcı, şüpheli ve savunma avukatının (defense counsel) katılımıyla gerçekleştirilen bir müzakere ve anlaşmaya varma; Sanığın, devletten bir karşılık bekleyerek ceza gerektiren bir suç için ikrarda bulunduğu sürecidir⁴¹. Tüm katılanların karşılıklı çıkarı üzerine kurulu bir sistemdir. Bu anlamda, Amerikan savcısı bu sürecin başarılı olmasını, elindeki delillerin daha ziyade istediğinden daha zayıf veya yetersiz olduğu durumlarda tercih etmektedir. Çünkü, savcı-şüpheli pazarlığı (plea bargaining) savcıya yeniden delil araştırmasına girmesine gerek kalmaksızın ve ek maliyetlere neden olmaksızın elindeki dosyayı şüphelinin de üzerinde mutabık kaldığı bir sonuçla neticelendirme imkanı sunmaktadır⁴².

çalışırlar. Sadece savcının bulunduğu bir ortamda delilleri dinlerler. Müdafinin hazır bulunmasına veya delil sunmasına izin verilmez. Bu jüri için oy birliği gerekli değildir ancak en az 12 oy gereklidir. Küçük jüri yargılayıcı jüridir. Genellikle 12 jüri üyesinden oluşur. Mahkeme salonunda olguların doğruluğunu tespit ederler. Hem savcı hem müdafinin delillerini dikkate alırlar. Açık mahkemede dinledikleri delillere göre oy birliği ile karar vermek zorundadırlar. Eğer oy birliği ile karar alamazlarsa duruşma yeniden yapılır. Sanık jüri tarafından suçlu bulunursa hüküm yine hâkim tarafından verilir. **CONRAD**, North Carolina, Ekim 2012.

³⁹ ROSE, North Carolina, Ekim 2012.

⁴⁰ SCHEP / SCHEP, s. 537-538.

⁴¹ NEUBAUER / FRADELLA, s. 314.

⁴² Cezada pazarlık sürecinin (Plea bargaining) şüpheli bakımından en önemli tercih nedeni, olayı en iyi bilen kişinin şüpheli olduğu gerçeğine bağlı olarak, hakkında ileride verilebilecek

ABD sisteminde savcı-sanık pazarlığı (plea bargaining) genellikle savcılık tarafından, delil durumunun yeterli olmadığı dosyalar hakkında uygulanması tercih edilmektedir⁴³.

ABD Yüksek Mahkemesine göre, soruşturma evresinde şüpheliyle yürütülen savcı-sanık pazarlığı (plea bargain) sürecinde, savcı tarafından şüpheliye sunulmuş olan ve şüpheli tarafından kabul edilmemiş olan en lehe teklifin, yargılama sırasında da savcı tarafından yürütülmesi ve önceki teklife sadık kalınması gerekmektedir⁴⁴.

Suç ikrarında bulunmak, suç teşkil eden davranışı kabul etmenin ötesinde bir husustur. Aynı zamanda, sanığın mahkeme sürecinin hayati önem taşıyan masumiyet karinesi, jüri yargılaması ve tanıklarla yüzleşme haklarından da feragat etmesi anlamına gelmektedir⁴⁵.

B. Pazarlık Sürecinin Aktörleri

a. Genel Olarak

ABD ceza adaleti kurumlarından olan savcı-sanık pazarlığı sürecinde önemli oyuncular savcı, müdafî, hakim, sanık ve suçun mağdurudur⁴⁶.

ABD’da savcı-sanık pazarlığı müzakerelerine genellikle sadece savcı ile müdafî katılmaktadır. Ancak müdafî sürekli olarak müvekkiline danışabilmektedir. Müzakereler genellikle telefonda, savcılık ofisinde veya mahkeme binasında gerçekleştirilmektedir. Eyaletlerin çoğunda mağdurun savcı-sanık pazarlığında bir rolü bulunmamaktadır. Ancak sadece birkaç eyalette savcının mağduru bilgi verme veya danışma zorunluluğu bulunmaktadır.⁴⁷ Hakimler ise genellikle pazarlık müzakerelerine katılmamaktadır⁴⁸.

b. Savcı (Prosecutor)

Savcının sanık ile pazarlık yapıp yapmamaya karar verirken göz önünde bulundurabileceği bir dizi meşru faktör bulunmaktadır. Ancak, suç isnadında olduğu gibi, savcı sanık pazarlığı için karar verirken de bu faktörleri göz önünde bulundurmalarına ilişkin herhangi bir zorunluluk yoktur. En önemli faktörlerden birisi dava yüküdür. Savcıların çoğunluğunun çok fazla

olan muhtemel daha fazla cezadan kurtulma yatırımıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHMAL-LEGER, s. 425; WORRALL, s. 348; SALTBURG / CAPRA, s. 1129 vd.

⁴³ SIEGEH / WORRALL, s. 408.

⁴⁴ Santobello v. New York, 404. U.S. 257 (1971).

⁴⁵ NEUBAUER / FRADELLA, s. 323.

⁴⁶ SENNA / SIEGEL, s. 353.

⁴⁷ TURNER, s. 22.

⁴⁸ TURNER, s. 23

dava yükü vardır ve hepsini mahkemeye götürmek için gerçekte yeterli zamanları ve kaynakları olmaması nedeniyle davaların büyük bir kısmında savcı pazarlık teklifi yapmak zorundadırlar. Diğer bir faktör de mağdurun davaya olan ilgisidir. Suç isnadı kararında olduğu gibi, savcı mağdurla istişare etmek zorunda değildir; ancak, mağdurun davaya katılma konusundaki isteği, duruşmadan önce tanıklarla görüşme yapmak için müsait olup olmaması ve tanık olarak nasıl davranacağı konuları savcı sanık pazarlığı yapmak için karar verirken göz önünde bulundurulması gereken meşru faktörlerdir. Öte yandan sanığın sabık kaydı da önemli bir faktördür. İlk defa suç işleyen bir kişinin uzun bir sabıka kaydı olan kişiye oranla daha cömert bir teklif alma ihtimali daha yüksektir⁴⁹.

İdeal anlamda, taraflar masaya eşit şartlarda gelirler ve her iki tarafın da bazı kayıp ve kazançları olur. Ancak, ABD sisteminde, gerçekte süreç üzerinde kontrolü elinde tutması nedeniyle savcının eli her zaman daha güçlüdür⁵⁰.

Amerikan savcısının cezada pazarlık sürecindeki rolüne baktığımızda, esasen görülmektedir ki, ABD ceza adaleti sisteminde savcı yükümlülüklerini yerine getirirken çok geniş bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Bu yetki aynı zamanda, herhangi bir dosya hakkında pazarlığa gidilip gidilmeyeceği ve gidilecekse koşullarının belirlenmesini de içermektedir⁵¹. Esasen, pazarlık, savcının ceza adaleti sistemini kontrol altında tuttuğu veya ceza adaleti sisteminde etkin olduğu en önemli araçlardan birisidir⁵².

Birkaç eyalette pazarlık uygulanmasında savcının takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Buna karşılık olarak, pazarlık kararının verilmesi sürecinde, suçun ağırlığı, failin kişiliği, mağdurun bulunduğu koşullar veya takdir edilecek cezanın uygulanabilirliği gibi hususların belirlenmesinde savcılarının geniş takdir yetkileri bulunmaktadır. Esasen, bu sürecin kendisi şekli kurallara çok fazla bağlı olmayıp, sürecin doğasında takdir yetkisini barındırmaktadır⁵³.

⁴⁹ DAVIS, s. 47.

⁵⁰ DAVIS, s. 44.

⁵¹ SIEGEL / WORRALL, s. 408.; Şüpheliye kolluk tarafından savcı-sanık pazarlığı süreci hakkında bilgi verilmekte ve kolluk ile işbirliğine gitmesi durumunda, savcıya yardımlar hakkında bilgi verileceği ve bu işbirliğinin savcı-sanık pazarlığı sırasında kişinin yararına olacağı belirtilmektedir. Yoksa, kolluğun savcı-sanık pazarlığı teklif etme yetkisi bulunmamaktadır.

⁵² Amerikan ceza muhakemesi sisteminde, savcının bir kişinin suçlanacağı suçun belirlenmesi ve bu kişi hakkındaki soruşturma dosyasının yargılama aşamasına atabilme yetkilerinin yanında, cezada pazarlık savcının ceza adaleti sistemini kontrol altında tutmasında yararlanmakta olduğu en önemli üç araçtan birisidir. Bkz. SENNA / SIEGEL, s. 353; SIEGEL / WORRALL, s. 408.

⁵³ SENNA / SIEGEL, s. 353.

Ancak, bu takdir yetkisinin kullanımı tümüyle sorumsuzluk anlamında da anlaşılmamalıdır. Takdir yetkisinin kullanımında, suçun etkenlerinin yanında, şüphelinin adli sicil kayıtları, yaşı, kişiliği ve delillerin kabul edilebilirliği gibi hususlar ile suç mağduru ve koşulları da pazarlık süreci kararında etkili olan hususlardır⁵⁴.

ABD’de savcının takdir yetkisinin sınırını anayasal ilkeler ve etik standartlar belirlemektedir. Yüksek Mahkeme, delillerin yeterince araştırılmamasını, savcının takdir yetkisini keyfi kullanmasını, hukuki dinlenilme hakkından şüphelinin yoksun bırakılmasını, savcılığın pazarlık yapan şerikin güvenilirliğine ilişkin şahsi teminat vermesini hukuka aykırı bularak savcının takdir yetkisinin doğru kullanılmadığı sonucuna varmıştır⁵⁵.

Bir savcı için savcı-sanık pazarlığı, duruşmadan kaynaklanan riskler olmadan hüküm elde etme garantisi anlamına gelmektedir. Savcılar, kolluk kuvvetlerinin caydırıcı amaçlarına değer verdikleri için suçlu bir kişinin mahkum olmadan kurtulması yerine, basit bir suç veya az bir cezaya ilişkin olmuş olsa bile, herhangi bir suçlamadan dolayı mahkum olmasını tercih ederler⁵⁶.

Öte yandan duruşma sırasında birçok beklenmedik olay meydana gelebilir ve bunların çoğunluğu savcının izlediği stratejinin zararına olabilir. Mağdur işbirliği yapmayı reddedebilir, tanıkların ifadeleri soruşturma raporunda verdikleri ifadelerden çok farklı olabilir ve jürinin sanığın suçlu olduğuna dair karar vermesi halinde bile, temyiz mahkemesi kararı bozabilir, bu da bütün sürecin en baştan tekrarlanması anlamına gelir⁵⁷.

Suç ikrarı yoluyla hüküm elde etmeye çalışırken savcı pazarlık sürecini kontrol edebilecek önemli bir pozisyonadadır. Toplamış olduğu deliller dolayısıyla savcı, güçlü olduğu bir pozisyonun müzakerelere başlamaktadır⁵⁸.

c. Sanık (Defendant)

Sanık genellikle savcı ve müdafî arasında gerçekleşen müzakerelere katılmaz. Ancak etik kurallar, müdafinin önerilen anlaşma konusunda müvekkilini bilgilendirmesini gerektirmektedir⁵⁹.

Savcı-sanık pazarlığını anlamak için sanığın duruşma hakkından feragat

⁵⁴ SİEGEL / WORRALL, s. 408; SENNA / SİEGEL, s. 353.

⁵⁵ BACAŞIZ, s. 164-165.

⁵⁶ NEUBAUER / FRADELLA, s. 318.

⁵⁷ NEUBAUER / FRADELLA, s. 318.

⁵⁸ NEUBAUER / FRADELLA, s. 319.

⁵⁹ TURNER, s. 22.

etmesinin çoğu zaman sanığın lehine olduğunun hatırdta tutulması önemlidir⁶⁰. Çünkü, suç ikrarının başlıca faydası daha düşük bir ceza ihtimalidir⁶¹.

d. Savunma Avukatı (Defense Attorney)

İddianame pazarlığının önemli aktörlerinden biri de savunma avukatıdır. Sanığı bir hukukçunun temsil etmesi, sanığın pazarlık gücünü arttıracaktır. Nitekim, uygulamada da iddianame pazarlığı hukukçular arasında yapılmaktadır⁶².

ABD’de savunma avukatı, müvekkillerini ne pahasına olursa olsun hukuki yardımla yükümlüdürler. Sanıklar suçlandıkları zaman avukatlarından iki şey beklerler. Birincisi iyi bir danışmanlık hizmeti vermeleri. İkincisi güvenilir olmaları⁶³.

Müdafie pazarlık sürecinde sanığın doğru karar verebilmesi bakımından çok önemli görevler düşmektedir. Sanıkların bilinçli ve akılcı seçimler yapmaları büyük ölçüde ehliyet sahibi bir müdafinin görüşlerinden yararlanabilmelerine bağlıdır. Bu nedenle, sanığın avukatı bulunmaması durumunda, avukat tutma hakkı ve mali durumunun yeterli olmaması durumunda avukat sağlanacağı konusunda bilgilendirilmelidir. Sanığın doğru karar verebilmesi için anayasal bir ilke olarak müdafinin gerçekten yetkin bir avukat olması gerekmektedir. Bunun dışında da pazarlık aşamasında da yeterli bir performans göstermesi gereklidir. Yüksek Mahkemeye göre, eğer müdafie savcının neler yapabileceğine dair yeterli bilgi vermezse; müdafie, suç ikrarında bulunmayıp mahkemeye gitmesi durumunda neler olacağına dair açıklama yapmazsa; müdafie, savcılığın ispatla yükümlü olduğu konulara ilişkin hatalı görüş bildirdiyse sanığın avukattan yararlanma hakkının ihlal edilmiş sayılacaktır⁶⁴.

⁶⁰ ABD sistemindesavcı-sanık pazarlığının etkin olmasının sebeplerinden bir tanesi de sanığın sahip olduğu haklardır. Sanığın üç önemli hakkı bulunmaktadır. Birincisi kendi aleyhine tanıklık yapan kişilerle yüzleşme ve onları çapraz sorgulamaya tabi tutma hakkı. İkincisi avukat tutma hakkı (iyi eğitim görmüş bir avukat olduğu takdirde kendi aleyhine tanıklık eden kişileri zor durumda bırakabiliyor). Üçüncüsü devletin tüm suçlamaları makul şüphenin ötesinde ispatlamak zorunda olmasıdır. İşte sanık, bu üç hakkından dolayı her zaman yargılama sırasında davayı kazanma şansına sahiptir ve bu da pazarlıkta elini kuvvetlendiriyor. **FIALKO / RAUSCHER / FOSTER**, North Carolina, 15 Ekim 2012.

⁶¹ **NEUBAUER / FRADELLA**, s. 319.

⁶² Keza Amerikan Yüksek Mahkemesi Anderson-North Carolina davasında avukatı olmayan bir şüpheli ile savcı arasında gerçekleşen pazarlığı iptal etmiştir. **BACAKSIZ**, s. 161.

⁶³ **FIALKO / RAUSCHER / FOSTER**, 15 Ekim 2012.

⁶⁴ **BEALE**, North Carolina, Ekim 2012.

Savcının güçlü bir pozisyondan pazarlık müzakerelerine başlaması halinde ellerinde pazarlık yapacak çok az malzeme olan savunma avukatları için bu durumun tersi geçerlidir. Duruşmada kazanma şansı pek yüksek değilse, ki çoğu zaman değildir, savunma avukatları duruşma sonrasında verilecek hükümde sanığın daha fazla bir cezaya çarptırılabilceğini göz önünde bulundurmamak zorundadırlar⁶⁵.

Anlaşma yaparken savunma avukatının başlıca kaynağı mahkeme çalışma grubu hakkındaki sahip olduğu bilgilerdir⁶⁶.

Savunma avukatlarının doğru değerlendirme yapabilmeleri ve müzakere sürecinde başarılı olabilmeleri için olay hakkında bilgi sahibi olması gereklidir. Savunma avukatının yapacağı ilk iş, bütün delilleri gözden geçirmektir. Savcılık müdafiyeye bu belgelerin hepsini vermekle yükümlüdür. Öte yandan, sanıkla görüşmek de gerekmektedir⁶⁷.

İtiraf anlaşması duruşmasında hakim, sanığa özellikle üzerinde durmak suretiyle, avukatının sanık-savcı pazarlığı müzakere sürecindeki hizmetlerinden memnun olup olmadığını sormaktadır⁶⁸.

e. Hâkim (Judge)

ABD’de uygulanan savcı-sanık pazarlığında hakimler genellikle pazarlık müzakerelerine katılmamaktadır. Bazı eyaletlerde hakimlerin müzakerelere katılması özellikle yasaklanmıştır. Bu yasaklamanın nedenlerinden birisi, hakimlerin tarafsızlığının riske gireceği endişesidir. Üstelik, hakimler sanığın alacağı ceza konusunda son karar vericiler olduğundan, hakimlerin müzakerelere katılması sanığın kararının baskı sonucu ortaya çıktığı şeklindeki kaygıları arttıracaktır⁶⁹.

Bazı eyalet uygulamalarında ise, hâkimler savcı-sanık pazarlığı görüşmelerine doğrudan katılır. Bu katılımın amacı, adil ve hızlı bir çözüm için hâkimin taraflara rehberlik edebilmesine imkân sağlamaktır. Bununla birlikte, bazı mahkeme uygulamalarında, hâkimin gücü ve konumunun şüpheliyibu usulü kabul konusunda olumsuz etkileyebileceği gerekçesiyle, hâkimin savcı-sanık pazarlığı görüşmelerine katılmasına karşı çıkılmaktadır⁷⁰.

⁶⁵ NEUBAUER / FRADELLA, s. 319.

⁶⁶ Mahkeme çalışma grubu üyeleri, hâkim, savcı, sanık ve savunma avukatıdır. NEUBAUER / FRADELLA, s. 319.

⁶⁷ FIALKO / RAUSHER / FOSTER, 15 Ekim 2012.

⁶⁸ FIALKO / RAUSHER / FOSTER, 15 Ekim 2012; BACAKSIZ, s. 163.

⁶⁹ TURNER, s. 23

⁷⁰ SCHEP / SCHEP, s. 538.

Federal mahkeme sisteminde hâkimlerin savcı sanık pazarlığı sürecine dahil olmaları yasaklanmıştır⁷¹.

Hakimler genellikle müzakerelere katılmazken, savcı-sanık pazarlığının geçerliliğini inceleme yetkisi hakimlere aittir. Aleni olarak yapılan bir duruşmada hakim, olayla ilgili sanığı ve delilleri değerlendirerek, suçu kabul etmenin bilerek, istenerek, gönüllü bir şekilde dosyadaki gerçeklere uygun olarak yapılıp yapılmadığını belirler⁷². Hakim, aynı zamanda, savcı-sanık anlaşmasının kabulü veya reddi yönünde karar verir. Savcı ve müdafî belli bir ceza konusunda anlaşmaya varmadıkça (ki bu durum hakimler böyle bir anlaşmayı sevmediklerinden nadiren olur), nihai ceza miktarını belirleme yetkisi hakime aittir⁷³. Savcıların anlaşmaya uygun olarak bir ceza teklifinde bulunmalarına rağmen, hakimler bu teklifle bağlı değildirler⁷⁴.

Hakimlerin cezayı belirlemedeki takdir yetkisinin, savcı-sanık pazarlığı bakımından önemli bir sonucu bulunmaktadır. Hakimlerin daha geniş takdir yetkisine sahip olması, savcıların müdafîyle görüşmeleri sırasında ceza miktarı bakımından kesin vaatlerde bulunmalarını engellemektedir. Ancak ABD’de hakimlerin de cezayı belirleme konusunda çok geniş bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Eyaletlerin pek çoğunda ve Federal mahkemelerde suç tiplerine bağlı olarak uygulanması zorunlu olan asgari cezaları gösteren kanunlar bulunmaktadır. Bununla birlikte, eyaletlerin çoğunda tavsiye niteliğinde veya bağlayıcı olan ceza belirleme rehberleri bulunmaktadır ki, bunlar yargısal takdir yetkisini daha da sınırlandırmaktadır⁷⁵.

ABD ceza adaleti sisteminde, bazı etkenler hâkimin savcı-sanık pazarlığını kontrol etme ya da yönetme kabiliyetini kısıtlamaktadır. ABD ceza adaleti sisteminde, ihtilaf halindeki tarafların delillerini bağımsız bir hâkim veya jüriye sunarak çözüm aradıkları yargılama sistemindeki (the adversary system) güçler ayrılığına bağlı olarak hâkimler, savcılık takdir

⁷¹ NEUBAUER / FRADELLA, s. 320.

⁷² Burada hâkime büyük bir görev düşüyor. Hâkimin görevi, savcı-sanık pazarlığı sırasında sanığın o suçu işleyip işlemediğinden emin olmaktır. Bu kontrolleri yapan kişi hâkimdir. Yani böyle bir tehlikeden sanığı koruyan kişi de hâkimdir. FİALKO / RAUSHER / FOSTER, 15 Ekim 2012.

⁷³ “İddianame pazarlığının esas konusu kusurun ağırlığından ziyade verilecek cezanın ne olduğudur. Dolayısıyla iddianame pazarlığı her ne kadar savcı ve müdafî arasında geçse de esas itibariyle iddianame pazarlığının konusu üçüncü bir kişinin yani hâkimin tavrıdır. Hâkim bu konumu nedeniyle ister istemez aktif ya da pasif şekilde iddianame pazarlığının bir parçasıdır.” BACAŞIZ, s. 163.

⁷⁴ TURNER, s. 23-24.

⁷⁵ TURNER, s. 24.

yetkisine müdahale etme konusunda isteksizdirler. Savcının, savunma avukatının ve sanığın bir suçlama sayısı ya da suçlamada yapılacak indirim üzerinde anlaşmaları halinde, sanığın yasal hakları ihlal edilmemiş olmak kaydıyla, hâkimin suç ikrarını kabul etmeme konusunda yasal bir yetkisi bulunmamaktadır Kısacası, ABD ceza adaleti sisteminde uygulanan savcı-sanık pazarlığı bakımından hâkim, savcıya, daha dar kapsamda ise savunma avukatına tabidir⁷⁶.

C. Yapılma Zamanı

Savcı-sanık pazarlığı iddianame hazırlanmadan önce veya sonra yapılabilir. Savcı-sanık pazarlığı genellikle yargılama başlamadan önce yapılsa da, duruşma sırasında, jüri kararını verirken veya yargılama sonrasında yapılması da mümkündür. Ancak savcılar genellikle zaman ve kaynak tasarrufu sağlamak amacıyla ceza takibatının mümkün olan en erken aşamasında pazarlığı yapmayı tercih etmektedirler⁷⁷.

D. Pazarlık Yapılabilecek Suçlar ve Pazarlığın Cezaya Etkisi

Bazı eyaletler savcı-sanık pazarlığı yapılabilecek suç tiplerini sınırlamıştır. Örneğin Kaliforniya ve Missisipi, ciddi şiddet suçları ile cinsel saldırı suçlarında savcı-sanık pazarlığının uygulanmasına izin vermemektedir. Bazı eyaletler ise sanığın suçunu kabul etmesi veya işbirliğinde bulunması karşılığında bazı suçlamalardan vazgeçileceği veya suçlamaların hafifletileceği şeklinde savcılarının vaadi suretiyle gerçekleşen “suçlama pazarlığı” (charge bargaining) uygulamasını sınırlandırmaktadır. Bazı eyaletler ise, bazı ciddi suçlarda dava pazarlığından dolayı ceza indirimi yapılmasına sınır getirmektedir. Ancak bu sınırlamalar kural olmaktan ziyade istisna niteliğindedir. Genel olarak bakılacak olursa, ABD’de savcı-sanık pazarlığı tüm suçlar bakımından uygulanmakta ve kapsamı bakımından sınırlı bir düzenlemeye sahip bulunmaktadır⁷⁸.

Pazarlık sırasında taraflar farklı konularda ayrıcalık sağlamaya çalışmaktadır. “Suçlama pazarlığı” kapsamında, savcı bazı suçlamaları düşürebilir, suçlamaları azaltabilir veya gelecekte sanığa veya üçüncü bir kişiye dava açmamayı önerebilir. “Ceza pazarlığı” kapsamında, savcı belli bir ceza veya cezanın üst sınırını hakime önermeyi veya ceza konusunda bir tavsiyede bulunmamayı kabul edebilir. Sanığın suçu kabul etmesi durumunda cezanın ne kadar indirileceği konusunda yerleşik kurallar bulunmamaktadır.

⁷⁶ NEUBAUER / FRADELLA, s. 320.

⁷⁷ TURNER, s. 28.

⁷⁸ TURNER, s. 28.

Federal suçlarla ilgili olarak yapılan araştırma, tüm suçlar bakımından ortalama ceza indiriminin % 35 civarında olduğunu göstermiştir. Sanığın ayrıca iddia makamıyla işbirliği yaptığı durumlarda bu oran % 50 olmuştur. Suçlama pazarlığıyla ilgili olarak Kuzey Carolina’da eyalet mahkemelerinde yapılan diğer bir araştırma, bazı suçlar bakımından suçlama pazarlığının yargılama sonrası mahkûmiyete nazaran % 79’a kadar ceza indirimine neden olduğunu göstermiştir. Pazarlık sonunda suçlama veya ceza konusunda verilen ayrıcalıklar yanında savcı, cezanın infaz edileceği yer, uygulanacak denetimli serbestlik şartları, koşullu salıverme ve suçu kabul etmeninin diğer sonuçları hakkında müzakerede bulunabilir⁷⁹.

Sanık, suçu kabul etmekle birlikte, diğer faillerin ve suçların soruşturulması ve takibi için devletle işbirliği yapmaya karar verebilir. ABD’de suçun kabulü ve cezanın belirlenmesi için iki ayrı duruşma yapılmaktadır. Bu nedenle sanığın suçunu kabul ettiği duruşma ile cezasının belirlendiği duruşma arasında bir zaman aralığı bulunmaktadır. Bu sanığa ceza alana kadarki süreçte gerekli bilgileri sağlaması için bir fırsat sağlamaktadır. Federal sistemde ise, diğer suç işleyen bir kişinin soruşturulması ve takibi için önemli yardım sağladığı konusunda savcılık tarafından mahkemeye bir dilekçe verilmedikçe, mahkeme sanığın cezasında indirim yapmamaktadır. Bu savcılık dilekçesi sanığın önemli yardımda bulunduğunu belgelemekte ve hakime cezalandırma rehberlerinin gösterdiği aralığın altında, hatta zorunlu asgari sınırın altında ceza verebilmesine imkan sağlamaktadır⁸⁰. Savcı genellikle sanığın işbirliği nedeniyle belli bir ceza indirimi önerse de, nihai olarak cezayı belirleme yetkisi mahkemeye aittir. Savcılık, mahkemeye bu şekilde önemli işbirliğini gösteren bir dilekçe vermeden de, bazı suçlamaları düşürerek veya azaltarak, cezada önemli miktarda bir indirim netice verecek şekilde işbirliğini ödüllendirebilir⁸¹.

E. Haklardan Feragat

Savcı-sanık anlaşmasının bir parçası olarak, sanık bir takım haklarından vazgeçmeyi kabul eder. Bazı haklardan feragat, suçu kabul etme

⁷⁹ TURNER, s. 28-29.

⁸⁰ 2005-2007 yılları arasında yapılan bir araştırma, önemli işbirliği yapan sanıkların ortalama % 48.2 şeklinde önemli ceza indiriminden yararlandıklarını göstermiştir. Örnek vermek gerekirse, indirim oranı uyuşturucu kaçakçılığında ortalama % 43.9, hürriyeti tahdit suçunda % 44, rüşvet suçunda % 86.7, karapara aklama suçunda % 59.9 oranında olmuştur. TURNER, s. 33.

⁸¹ TURNER, s. 32.

kararının doğasında bulunmaktadır. Bir sanık suçunu kabul ettiği zaman, jüri önünde yargılanma, aleyhindeki tanıklarla yüzleşme, kendini suçlamaya zorlanamaması, tanıklık etme, delil sunma ve tanık çağırma haklarından feragat eder. Ayrıca, sanık mahkûmiyet kararına karşı temyize gitmeme, aynı fiil için ikinci kez yargılanmama, pazarlık sırasında kabul ettiği delilleri sonraki yargılamalarda açıklamama, zamanaşımının dolmasından dolayı herhangi bir suçtan dolayı takibat yapılamaması, mağdurla görüşme, suçlu kabul ettiği duruşmada müdafî tarafından temsil edilme, hakkında yapılan soruşturma ile ilgili olarak hukuk davası açma gibi bazı diğer haklarından da vazgeçmeyi kabul edebilir⁸².

Öte yandan, sanığın tüm haklarından vazgeçmesi mümkün değildir. Örneğin, sanık müdafiden yeterli hukuki destek alamadıysa, mahkûmiyet kararı ırka dayalı ayrımcılık yaparak verildiyse veya verilen ceza kanunda öngörülen üst sınırı aştıysa temyiz hakkından vazgeçemez. Yine bazı eyaletlerde sanığın anayasal hızlı yargılanma iddiasına dayanan temyiz hakkından feragat etmesi mümkün değildir⁸³.

F. Suçu Kabul Etmenin Geçerlilik Şartları

a. Genel Olarak

Savcı ve sanık anlaşma sağladıktan sonra, sanık suçlu kabul etmek amacıyla mahkemeye çıkar. Suçu kabul etmenin geçerlilik kazanabilmesi için, hakim tarafından bu durumun dikkatlice incelenmesi gerekmektedir. Suçu kabul etmekle birlikte sanık bir takım hak ve yetkilerinden feragat ettiğinden, mahkeme bu feragatin gönüllü olarak bilerek yapıldığından emin olmalıdır. Mahkeme ayrıca bu sonucu doğrulayacak bir kayıta tutmak zorundadır. Usul kuralları, bu sürecin geçerli olabilmesi için bir takım ek koşullarda gerektirmektedir. Mahkeme sanığı suçlu kabul etmekten vazgeçme hakkı olduğu ve suçunu kabul etmenin sonuçları hakkında bilgilendirmelidir. Son olarak, suçsuz kişilerin işlemedikleri bir suçtan dolayı suçlu kabul etme ihtimalini en aza indirmek amacıyla, suçlu kabul etmenin olaya dayanak olan somut olgulara uygunluğu araştırılmalıdır.

b. Gönüllülük ve Bilgi

Savcı-sanık pazarlığı anayasada yer alan yargılanma hakkından feragat gerektirir, bu nedenle, mahkemenin, suçlananın kendi haklarından bilerek

⁸² TURNER, s. 35.

⁸³ TURNER, s. 36.

feragat ettiğine ve devlet tarafından zorlama olmaksızın suçunu kabullendiğine karar vermek üzere incelemesi gerekir (*Boykin - Alabama* davası)⁸⁴.

Gönüllü bir suç ikrarı, fiziksel veya zihinsel baskı, aldatma veya haksız vaatler sonucu elde edilmemelidir. Ancak sadece yargılanma durumunda daha ağır ceza alma ihtimali, suçu kabul etmeyi geçersiz hale getirmez⁸⁵. Sanık

⁸⁴ SCHEP / SCHEP, s. 538

⁸⁵ Bu husus Brady-Birleşik Devletler Davasında Yüksek Mahkeme tarafından ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Kararın ilgili bölümleri şu şekildedir:

“1959 yılında işlediği adam kaçırma fülinden suçlanan sanık, mağdur zarar görmeden özgür bırakılmadığından, jürinin bu yönde karar vermesi durumunda azami olarak idam cezasıyla cezalandırılmayla karşı karşıya kalmıştır. İşinde yeterli bir müdafiyile temsil edilen sanık, ilk seçiminde suçu kabul etmemiştir. Duruşma hâkiminin, jürisiz dosyanın görülmesine açık bir şekilde isteksiz olması nedeniyle, sanığın jüri yargılamasından vazgeçerek ölüm cezası ihtimalini azaltmak yönünde ciddi bir girişimi olmamıştır. Suç ortaklarından birinin suçunu itiraf ettiğini ve onun aleyhine tanıklık yapmaya hazır olduğunu öğrenmesi üzerine, sanık savunmasını suçluluğunu kabul ederek değiştirmiştir. Duruşma hâkimi tarafından bu savunmasını gönüllü olarak yaptığı hususu iki kez sorulduktan sonra, bu yeni savunması kabul edilmiştir. Sanık hakkında 50 yıl hapis cezası verilmiş, daha sonra bu ceza 30 yıla düşürülmüştür.

1967 yılında bu kişi, üzerinde uygulanan baskı nedeniyle suçu gönüllü olarak kabul etmediği, müdafisinin kendisine baskı uyguladığı ve suçu cezasının azaltılması amacıyla kabul ettiği ve duruşma hâkiminin usul kurallarına uygun hareket etmediği iddialarıyla temyize başvurmuştur.

Yüksek Mahkeme, uzun zamandır kabul edilen ithamın kabul edilmesi uygulamasının, sadece büyük bir özen ve dikkatle kabul edilebilecek ciddi ve önemli bir kurum olduğunu ifade ettikten sonra aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır. Mahkeme bu uygulamayla sanık aleyhine bir karar verilebilmesi için, sanığın iddianamede üzerine yüklenen suçları gerçekleştirdiğine dair açık bir duruşmada kabulünün olması gerekmektedir. Bu nedenle sanığın bu seçimini gönüllü olarak yapması, ithamları kabul ederek savunma yapmasının asgari zorunluluğudur. Ancak bu savunma sadece geçmişte yapılan bir davranışın kabul edilmesi değildir. Sanık, jüri veya hâkim önünde yargılanma hakkından feragat ederek, yargılama yapılmaksızın hakkında mahkumiyet kararı verilmesine izin vermektedir. Anayasal haklardan vazgeçilmesi sadece gönüllülüğe dayanmamalı, aynı zamanda sanık içinde bulunduğu durumun ve sonuçlarının yeterli ölçüde farkında olmalıdır.

1959 yılında duruşma hâkimi, 1968 yılında Bölge Mahkemesi savunmanın gönüllü yapıldığını kabul etmiştir. Temyiz Mahkemesi ise gönüllülüğü açıkça belirtmiştir. bu kayıtlarda, bu mahkemelerin kararlarından endişe edilmesi için bir neden bulunmamaktadır. Mesleğinde yetkin bir müdafiden tavsiye alan sanık, suç ortaklarından birinin suçunu itiraf ettiğini ve onun aleyhine tanıklık yapmaya hazır olduğunu öğrenmesi üzerine, savunmasını değiştirmiştir. Bölge Mahkemesi bu gelişmenin sanığın suçluluğunu kabul etmesini tetiklediğini tespit etmiştir.

Sanığın savunmasının gönüllülüğü, sadece savunmasını belirleyen ilgili durumların değerlendirilmesiyle belirlenebilir. Bu durumlardan birisi, yargılama sonunda suçlu bulunması halinde daha yüksek ceza alma ihtimalidir. Brady’in ağır bir suçla itham edilmesi ve beraat etme ihtimalinin zayıf olması, ölüm cezasıyla sonuçlanabilecek jüri yargılamasını seçmek yerine ömür boyu hapis cezası almasına neden olabilecek suçunu kabul etmesini tercih ettirmiş olabilir. Ancak ölüm cezası olmasaydı Brady’in suçunu kabul etmeyeceğini farz etmek dahi, bu kabul dahi suçunu kabul ederek savunma yapmasının sadece ölüm cezasından kaynaklandı-

ğı anlamına gelmez. Bu bağlamda, suçun kabul edilmesi savunmasının ölüm cezasından kaynaklanması, zorunlu olarak bu savunmanın gönülsüz olarak baskı altında yapıldığını ve geçersiz olduğunu ispatlamaz.

Devlet, ceza takibatının her aşamasında suçluluğun kabul edilmesi savunmasını bir dereceye kadar teşvik etmektedir. Bazı kişiler için sadece kanunları ihlal etmeleri cezayı kabul etmeleri için yeterlidir. Diğerleri, devlet tarafından başlatılan takibattan korktukları için suçlarını kabul ederler. Diğer durumlarda ise, iddianamedeki delillerin değerlendirilmesi, sanık ve müdafii duruşmanın sanık ve ailesine yol açacağı ızdırıp ve masraflara değmeyeceğine ikna ettiğinden suçlarını kabul ederler. Tüm bu savunmaların yapılmasına teşvik eden unsurlarda bir miktar devletin sorumluluğu bulunsa da, suçluluğun kabul edilmesi şeklinde yapılan tüm bu savunmalar geçerlidir. Bu savunmalar, duruşma sırasında kesin mahkumiyet alacağını anlayan sanığın kararından daha fazla zorlamaya içermemektedir.

Devlet görevlilerinin, sanığın iradesini fiziksel bir zararlar veya tehditle ya da zihinsel bir baskıyla etkileyerek suçu kabul ettiği yönünde bir savunma yaptırmaları mümkün olmadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bunlardan hiçbirisi bu dosyada iddia edilmemiştir. Aynı zamanda Brady'nin ölüm cezası korkusundan veya cezasının azaltılacağı umudundan etkilediğine dair bir delil de bulunmamaktadır. Brady, müdafisinin yardımıyla, suçunu kabul etmesinin avantajları ile yargılamayı kabul etmenin avantajlarını makul şekilde değerlendirmiştir. Brady'nin iddiası daha farklıdır. Buna göre, daha az ceza alma fırsatı ve vaadiyle suçun kabul edilmesine teşvik ve etkileme Anayasal hakları ihlal etmektedir. İtham edildiği suç için daha fazla ceza alma korkusundan etkilendiği ve devletin delilleri ortaya koymasından sonra mahkumiyetin verildiği durumlarda, suçun kabul edilmesi baskı sonucu olmaktadır ve geçersizdir.

Aşağıdaki durumlar Brady'nin savunmasının gönüllülüğüyle büyük fark taşımamaktadır:

1. Hâkim ve jürinin ceza verme konusunda aynı yetkiye sahip olduğu bir bölgede, sanığın, hâkimin muhtemelen jüriden daha yumuşak davranacağı şeklindeki avukatının tavsiyesi üzerine suçu kabul etmesinde,
2. Sadece hâkimin ceza verme konusunda yetkiye sahip olduğu bir bölgede, avukatının suçunu kabul eden sanıklara karşı hâkimin yargılamayı seçenlere göre daha yumuşak olduğu şeklinde tavsiyede bulunmasında,
3. Suçunu kabul etmesi durumunda, savcı ve hâkimin sanığın daha hafif suçlanmasına izin vermesinde,
4. Sanığın diğer ithamların düşeceğini dikkate alarak suçu kabul etmesinde.

Yukarıdaki ihtimallerin her birinde, Brady'nin olayında olduğu gibi, sanık suçunu kabul etmesi durumunda alacağı cezanın yargılamayı seçmesi durumunda alacağı cezadan daha hafif olması ihtimali bulunmaması durumunda asla suçunu kabul etmeyecekti. Bu nedenle, sanığın, yargılama sonunda daha ağır bir ceza ile karşılaşma yerine, daha hafif ceza alma ihtimali veya kesinliğiyle suçunu kabul etmesinde bir zorlama ve Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Brady ilk başta suçu kabul etmemiştir. Suçluluğunu kabul etme şeklindeki savunmasını değiştirmeden önce, yetkililerle yüz yüze görüştüğünde bir vaat veya tehdide maruz kalmamıştır. O yeterli bir avukata sahipti ve suçluluğunu kabul etmek ile yargılamayı kabul etmesinin fayda ve zararlarını tam olarak değerlendirebilecek imkânla sahipti. O hukukun gereklerinin yapılması bakımından oldukça hassas bir hâkimin huzurunda ve açık bir duruşma sırasında suçunu kabul etmiştir. Brady bu kabulünü gönüllü olarak yapmıştır.

Önümüzdeki kayıtlar Brady'nin kararını sonuçlarını bilerek verdiğini göstermektedir. O mesleğinde yeterli bir avukattan tavsiyeler almış ve aleyhinde yapılan ithamların ne olduğunu farkına varmıştır. Onun bu konuda yetersiz olduğunu veya akli melekelerini kontrol edemediğini gösteren hiçbir delil yoktur. O, ömür boyu hapis veya belli bir dönemle sınırlı bir hapis cezasından fazla bir ceza ile karşılaşmayacağından emin olduğundan suçunu kabul et-

suçu kabul etme duruşmasında masum olduğunu ve yargılama sonrasında daha ağır bir ceza alma ihtimalinden kaçınmak için suçu kabul ettiğini iddia etse de, mahkeme bunu bir baskı olarak değerlendirmemelidir. Suçu kabul etme olaya dayanak olan somut olgulara uygun olduğu sürece, sanığın gönüllü olmadığı düşünülmemelidir. Aynı şekilde, savcılığın pazarlık sırasında avantaj kazanmak amacıyla, sanığa eyleminden dolayı birden fazla suçlama yönelttiği durumlarda, savcının her bir suçlamadan dolayı dosya açabilmek için makul sebebi olması durumunda, suçun gönülsüz olarak kabul edildiği söylenemez. Hatta suçu kabul etme teklifinin reddedilmesi durumunda, savcının sanığa ek suçlamalarda bulunacağı yönünde tehditte bulunması, suçu kabul etmeyi geçersiz hale getirmez. Ancak, bu durumda savcı ek suçlamalarda bulunmak için makul sebeplere sahip olmalı veya ırk, din gibi keyfi bir ayrımcılık nedenine dayanarak haksız olarak hareket etmemelidir⁸⁶.

Savcının, sanığın eşini veya çocuğunu suçlamakla tehdit etmesi üzerine suçun kabul edilmesi durumunda gönüllülük durumu değerlendirilmelidir. Yukarıda açıklandığı gibi, eğer savcı bu kişilere karşı soruşturma başlatmak için makul sebeplere sahipse ve kötü niyetle hareket etmiyorsa, mahkeme bu durumda gönüllülüğün tespiti için daha fazla inceleme yapacak olsa da suçu kabul etmeyi onaylayacaktır⁸⁷.

meyi seçti. Brady, mağduru kaçırıp zarar vermeden serbest bırakmadığını kabul ettiği zaman, bunun ne anlama geldiğinin tam olarak farkındaydı.

Bu açıklamalar suçunu kabul etme suretiyle verilen mahkumiyetlerin masumlar bakımından risk teşkil etmediği veya suçu kabul etme sürecinde uygulanan yöntemlerin her durumda zorunlu olarak geçerli oldukları anlamına gelmemektedir. Bu şekilde elde edilen mahkumiyetler, mahkeme veya jüri önünde yapılan tam bir yargılama sonucu elde edilen mahkumiyetlerden daha hatasız değildir. Bu nedenle, mahkumiyetin yargılama veya suçu kabul etme sonucunda verildiğine bakmaksızın, haksız sonuçların ortaya çıkmasını önleyecek önlemleri almaktayız ve bunu yapmaya devam etmeliyiz. Eğer sanık suçu kabul etmeye teşvik edilirken avukatının da tavsiyesiyle daha az ceza almak için kendisini haksız olarak suçlasaydı, bu dava hakkında bizim de önemli kuşklarımız olabilirdi. Ancak bizim değerlendirmelerimiz tam tersi noktadır. Suçu kabul etmenin, mesleğinde yeterli bir avukatın tavsiyesiyle gönüllü olarak ve sonuçları bilinerek yapıldığına mahkemeler kanaat getirmiştir. Bu nedenle sanığın kendisine yüklenen suçları kabul etmesinde her hangi bir soru işareti bulunmamaktadır. Bizim önümüzdeki bu dosyada, Brady'nin aleni bir mahkemede yaptığı kabulünün doğru olmadığına ilişkin her hangi bir kayıt bulunmamaktadır.

Brady'nin suçu kabul etmesi, muhtemel ölüm cezasından kaçınma isteğinden kaynaklanıyor olsa da, biz bu kabulün gönüllü olarak ve sonuçları bilinerek yapıldığına kanaat ettik ve suçu kabul etmesinin gerçek olduğunu şüpheye düşürecek bir neden bulamadık.” TURNER, s. 10-16.

⁸⁶ TURNER, s. 38.

⁸⁷ TURNER, s. 38.

Bazı eyaletlerde pazarlık görüşmelerine hakimın katılması, suçun gönüllü olarak kabul edilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Federal Ceza Usul Kuralları pazarlık görüşmelerine hakimlerin katılmalarını özellikle yasaklamaktadır. Hakimlerin görüşmelere katılması teklifi reddedilmesi durumunda daha ağır ceza ile karşılaşacağını düşünen sanıklar üzerinde baskı oluşturabileceğinden bu şekilde yasaklamalar yapılmıştır⁸⁸.

Gönüllü ve bilerek suçu kabul etmek için, sanığın bu kabulün ne demek olduğunu ve sonuçlarını anlayacak akli yeterliliğe sahip olması gereklidir. Pazarlık müzakerelerine başlayabilmek için gerekli olan standart sanığın duruşmaya katılabilmesi için sahip olması gereken ehliyetle aynıdır. Sanık aleyhinde başlatılan soruşturmayı anlayacak durumda bulunmalı ve durumu makul seviyede anlamak için avukatına danışabilecek yeterliliğe sahip olmalıdır. Hakim, sanığın yeterliliği konusunda bir şüpheye sahip olursa, sanığın yeterliliğinin inceleneceği bir duruşma yapmak zorundadır⁸⁹.

Pazarlık sürecini inceleyen hakim, ayrıca, sanığın kabul ettiği suçlamaları anladığından emin olmalıdır. Yüksek Mahkeme Henderson-Morgon kararında, sanığın aleyhindeki suçlamaların gerçek mahiyeti konusunda bilgilendirilmediği bir suçu kabul etmesinin, gönüllü olmayacağını vurgulamış ve bu bilgilendirmenin adil yargılamanın evrensel gerekliliklerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle hakim en azından kabul ettiği suçun temel unsurları hakkında sanığı bilgilendirmelidir⁹⁰.

Mahkeme, suçu kabul etmenin bilerek gerçek gerçekleştiğinden emin olmak amacıyla, sanığın suçu kabul etmesiyle kendi kendini suçlamama, jüri önünde yargılanma, hakkında suç isnadında bulunanlarla yüzleşme gibi haklardan feragat ettiğini anladığından emin olmalıdır⁹¹. Federal sistem de

⁸⁸ TURNER, s. 39.

⁸⁹ TURNER, s. 39.

⁹⁰ TURNER, s. 39-40.

⁹¹ Eyaletler arasında farklılıklar olmasına karşılık hâkim sanığın gönüllü olarak ve bilerek anlaşmayı kabul ettiğini tespit amacıyla suçun kabul edilmesinin tespiti amacıyla yapılan duruşmada sanığa aşağıdaki soruları tek tek sormaktadır:

—Yemin altında olduğumuz ve soracağım sorulara doğru yanıtlar vermeniz gerektiğini anlıyor musunuz?

—Yeminli iken yanlış bilgi vererseniz mahkemede yalancı şahitlik yapmakla ve yanlış ifade vermekle yargılanacağınızı anlıyor musunuz?

—Avukatınıza danıştıktan sonra iddianamede yer alan suçlara ilişkin itirafınızı bu mahkemenin kabul etmesini istiyor musunuz?

—Şu an alkol, ilaç, uyuşturucu vs. etkisi altında mısınız?

—Bilinciniz yerinde mi, daha sonra geri alamayacağınız bir itirafı bulunmak için burada ol-

dahil olmak üzere eyaletlerin pek çoğunda hakimın, uygulanması zorunlu olan asgari cezada dahil olmak üzere sanığa uygulanabilecek ek yaptırımlar konusunda da bilgi vermesi zorunludur⁹².

Öte yandan, ABD’de genellikle pazarlık görüşmeleri öncesinde müdafiyeye soruşturma dosyasıyla ilgili tüm bilgiler verilmemektedir. Ancak, savcılar anayasal bir görev olarak sanığın suçsuzluğunu gösterecek delillerin çoğunu açıklamak zorundadırlar. Bazı eyaletlerde ise, iddianame hazırlandıktan sonra, sanığın suçsuzluğuyla ilgili olmasa da müdafinin savunmasını hazırlayabilmesi için bazı bilgilerin açıklanması gerekmektedir. Ancak bu bilgiler şahitlerin adı ve açıklamalarını veya mahkumiyetle alakalı materyalleri kapsamamaktadır. Savcının iddianame öncesinde yapılan müzakerelerde de bu bilgileri açıklama

duğunuzu anlıyor musunuz?

—İddianamenin içeriğini avukatla görüştünüz mü? (Görüşmenin bu noktasında suçlamalar, azami cezalar, zorunlu asgari ceza hükümleri davalıya açıklanır)

—Size yönelik suçlamalardan hüküm giydiğiniz takdirde alacağınız azami cezanın ne olduğunun tam olarak farkında mısınız?

—Hakkınızda verilen hüküm beklediğinizden daha ağır olursa veya mahkeme savcılığın önerisini kabul etmezse suç itirafınızı yine de geçerliği olacağını ve geri alamayacağınızı anlıyor musunuz?

—Şartlı tahliyeden yararlanamayacağınızı anlıyor musunuz?

—“SUÇLU DEĞİLİM” şeklinde ifade verme hakkınız olduğunu, hâkim ve jüri önünde seri yargılanma hakkınız olduğunu, lehinize ifade verecek tanık çağırma ve aleyhinize ifade veren tanıklarla yüzleşme hakkınızın olduğunu anlıyor musunuz?

—Muhakeme hakkınızı kullanırsanız bir avukat tutabilirsiniz; ifade vermeniz gerekmecektir. Masum olduğunuz varsayılacaktır; makul şüphenin ötesinde suçlu olduğunuzu ispat etme görevi savcılığa ait olacaktır. Tüm bu haklarınızı anlıyor musunuz?

—Suçu kabul ederek bu haklardan vazgeçiyorsunuz. Muhakeme olmayacaktır. İtirafınız kabul edilirse bir duruşma daha düzenlenecektir. Bölge mahkemesi hâkimi yapacağı bir duruşmayla; a) itirafınız gerçeklere dayalı mı? b) verilecek hüküm konularında karar verecektir.

—Bu gün itiraf etmek üzere mahkemeye geldiniz ve iddianamede yer alan iddialarla ilgili gerçekten suçlu musunuz?

—Söz konusu koşulların savcı-sanık pazarlığında geçen koşullar olduğunu anlıyor ve bu koşulları kabul ediyor musunuz?

—Pazarlık anlaşmasında ki imza size mi ait?

—Suçu itiraf etmeniz için sizi herhangi biri zorladı mı, tehdit etti mi veya göz dağı verdi mi?

—Savcı-sanık pazarlığında yer alan koşullar haricinde suçu itiraf etmeniz karşılığında herhangi biri size daha hafif bir ceza vaadinde bulundu mu?

—Söz konusu ithamlarla ilgili olarak avukatınızla görüşme vaktiniz oldu mu?

—Avukatınızın bu davada ki hizmetinden memnun musunuz?

—Bu işlemin her unsurunu duyduunuz ve anladınız mı ve hala suçlu olduğunuzu itiraf etmek istiyor musunuz?

—Bu noktada söylemek bir şey veya sormak istediğiniz bir soru var mı?

—Sayın avukat sanık ile itirafın sonuçlarını ele aldınız mı ve sanığın bu sonuçları aldığına emin misiniz?

⁹² TURNER, s. 40.

zorunluluğu bulunmamaktadır. Savcılık rehberlerindeki tavsiyeleri takip eden bazı savcılar mahkumiyetle ilgili tüm delilleri müdafii açıklamaktadırlar. Ancak diğerleri bu bilgileri sadece mahkumiyet öncesi rapor hazırlandıktan, diğer bir ifadeyle, pazarlık müzakereleri sona erdikten çok sonra açıklamaktadırlar. Mahkemeler pazarlık görüşmeleri öncesinden ziyade mahkumiyetten kısa bir süre önce mahkumiyetle ilgili bilgilerin açıklanması şeklindeki uygulamayı onaylamaktadırlar⁹³.

c. Olaya Dayanak Olan Somut Olgular

Yukarda açıklandığı üzere pek çok eyalette mahkeme, anlaşmanın gönüllü ve bilerek yapıldığını incelemenin yanında, suçu kabul etmenin dosyadaki gerçeklerle uyuşup uyuşmadığı da denetlemek zorundadır. Olaya dayanak olan somut olguların incelenmesi zorunluluğu aynı zamanda ceza adalet sisteminin gerçeği arama fonksiyonuyla da yakından alakalıdır ve sanığın işlemediği bir suç kabul etme tehlikesinden korur⁹⁴.

G. Suçu Kabul Etmekten Vazgeçme

Sanık, suçu kabul etmesine ilişkin kararı hâkim tarafından kabul edilmeden önce istediği zaman bu kararından vazgeçebilir. Sanığın suçu kabul etmesine ilişkin kararın mahkeme tarafından kabul edilmesinden sonra ise, taraflar arasındaki anlaşmanın mahkeme tarafından reddedilmesi veya sanığın haklı ve makul nedenler göstermesi durumunda, sanık bu kararından yine vazgeçebilir. Sanığın haklı ve makul nedenleri olup olmadığı değerlendirilirken, mahkeme, sanığın suçsuz olabileceği ihtimali veya suçu kabul etmesinin geçersiz olabileceği gibi unsurları değerlendirir. Sanık hakkında ceza verildikten sonra, sanığın suçu kabul etmesinde açık bir adaletsiz olmadıkça, bu kabulden vazgeçemez⁹⁵.

H. Pazarlık Sonucu Kabul Edilen Anlaşmanın İhlal Edilmesi

Pazarlık sonucunda elde edilen anlaşmalar genellikle bir sözleşme gibi uygulanmaktadır. Hem savcı hem de sanık, mahkeme tarafından kabul edilen anlaşmaya göre verdikleri sözleri yerine getirmek zorundadır. Yapılan anlaşma büyük ölçüde savcılığın verdiği sözlere dayanmaktaysa, bu sözler mutlaka yerine getirilmelidir. Yüksek Mahkemenin Santebello-New York Kararına göre, savcılığın bu anlaşma hükümlerine bazı durumlarda uymamak

⁹³ TURNER, s. 40-41.

⁹⁴ TURNER, s. 41.

⁹⁵ TURNER, s. 44.

amacıyla bazı muhtemel nedenler bulması, mahkemenin buna ancak onay vermesiyle mümkündür⁹⁶.

Sanığın, işbirliği yapmamak gibi anlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, savcılık anlaşmayı iptal etmek hakkına sahiptir. Sözleşmenin iptal edilmesi durumunda, savcılık sanığa karşı düşürülmüş olan suçlamalarda dahil olmak üzere yeni bir takibat başlatabilir. Ayrıca savcılık daha yüksek ceza istemeyeceği şeklindeki anlaşmayı göz ardı ederken, sanığın suçu kabul etmesini esas almak suretiyle soruşturmaya devam edebilir. Yine bu durumda, mahkeme, savcılığın talebi üzerine, sanığın bazı davranışlarda bulunmasına karar verebilir. Bu şekilde savcılığın talepte bulunması çok nadir olmakla birlikte, mahkeme bazen uyuşmazlık konusu malların teslimi veya Federal Cezalandırma Rehberlerinden ayrılması durumunda karşı çıkılmaması gibi sanığın pazarlık anlaşmasına göre bazı davranışlarda bulunmasına karar verebilir⁹⁷.

Ricketts-Adamson davası, sanığın savcılıkla işbirliğine devam etmeyi reddetmesinin, sanığa ne kadar maliyetli olduğunu ispatlamıştır. Bu davada sanık Adamson birinci derece öldürmeyle suçlanmış, ancak suça iştirak eden diğer kişiler aleyhine ifade vermeyi kabul etmesi karşılığında suçlamalar ikinci derece öldürmeye düşürülmüştür. Adamson ifade vermiş ve suç ortakları mahkum olmuştur. Ancak daha sonra bu mahkumiyetleri kaldırılmış ve ikinci duruşmada Adamson ifade vermeyi reddetmiştir. Adamson'ın avukatı savcılığa bir yazı yazarak müvekkilinin anlaşmadaki yükümlülüğünü yerine getirdiğini, denetimli olarak serbest bırakılması durumunda yeniden ifade verebileceğini söylüyor. Savcılık bu durumu, Adamson'ın ilk anlaşmayı ihlal ettiği şeklinde kabul edip, bu şekilde cevap veriyor. Daha sonra savcılık Adamson'ı birinci derece öldürme suçuyla suçluyor ve sanık idam cezasıyla cezalandırılıyor. Adamson bu ikinci mahkûmiyet kararının, ikinci kez yargılanmama şartını ihlal ettiği gerekçesiyle temyiz kanun yoluna başvuruyor ve temyiz mahkemesi onu haklı buluyor. Ancak, Yüksek Mahkeme, anlaşmanın ihlal edilmesinin ikinci kere yargılanma engelini kaldırdığı gerekçesiyle sanığa ilk suçlamadan ceza verilmesinin ikinci kere yargılama yasağını ihlal etmediğine karar vermiştir⁹⁸.

Sürecin özünde var olan hatalara rağmen, savcı-sanık pazarlığı sisteminin (plea bargaining) var olması gerektiği, hatta bunun zorunlu

⁹⁶ TURNER, s. 44-45.

⁹⁷ TURNER, s. 45.

⁹⁸ TURNER, s. 45-46.

olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, ceza hukuku sistemi her dosyanın mahkemeye gelmesini hiçbir zaman kaldıramaz ve böyle bir sonuçta arzu edilmez. Suç teşkil eden davranışlarının sorumluluğunu kabul etmeyi tercih eden sanıklar, kararlarını gönüllü olarak ve bir avukatın tavsiyelerinden faydalanarak yaptıkları müddetçe, bunu yapmaktan alıkonulmamalıdır. Bu nedenle, savcılar, sanıkların sorumluluklarını kabul etmeleri ve mahkemeye çıkmaya ilişkin anayasal haklarından feragat etmeleri nedeniyle, sanıkları “ödüllendirmek” amacıyla bazı suçlamalardan vazgeçmeye ve cezanın azaltılmasını desteklemeye istekli olmalıdırlar⁹⁹.

IV. SAVCI-SANIK PAZARLIĞININ LEHİNDEKİ GÖRÜŞLER

Sıkça yapılan eleştirilere rağmen, savcı-sanık pazarlığı uygulaması günümüzde Amerikan yargı çevrelerinde yaygın bir uygulamadır. İtiraf pazarlığında asıl amaç, kısa sürede etkin ve adil bir sonuç elde etmektir. Bu sayede hem devlet hem de sanık için önemli bir fayda sağlanmaya çalışılmaktadır. ABD’de savcı-sanık pazarlığı sisteminin yokluğu durumunda, ceza adaleti sisteminin çökeceği ileri sürülmektedir. Savcı-sanık pazarlığı kurumu, ceza adalet sisteminde en verimli şekilde iş yapmanın yöntemi olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁰.

Kovuşturma ve yargılamada kaynakların önemli derecede korunmasına izin vermesine ilave olarak, savcı-sanık pazarlığı, tarafların, karşılıklı tavizlerle, ceza muhakemesinde süreci nihai olarak bitiren ivedi bir çözüm elde edebildiği bir yöntem sağlar. Savcı-sanık pazarlığı veya müzakere sonucu elde edilen mahkûmiyet, tarafların, yargılama ve temyiz gecikme ve belirsizliklerinden kaçınmalarını sağlar ve olayın koşullarına uyarlanmış bir mahkûmiyet ile hukuku çiğneyenlerin hızlı ve kesin cezalandırılmasına izin verir¹⁰¹. Savcı-sanık pazarlığının, ceza adaleti sisteminde yapılan giderlerin düşürülmesinde, mahkemelerin verimliliğinin artmasında, özellikle savcılığın zamanının daha önemli suçlara tahsis edilmesinde, şüphelinin kendine göre daha uygun ceza sonucu elde etmesinde ve kaynakların daha fazla özen isteyen dosyalara kaydırılmasında önemli katkıları bulunduğu belirtilmektedir¹⁰². Sürecin en önemli unsurlarından birisi de, kişileri alıp tutuklayıp daha sonra uzun süreler tutuklu olarak kalmasına izin vermemesidir.

⁹⁹ Davis, s. 58.

¹⁰⁰ ŞAHİN, s. 223, 224.

¹⁰¹ SCHEP / SCHEP, s. 538; WORRALL, s. 349 vd.

¹⁰² SIEGEL / WORRALL, s. 405; TURNER, s. 50-51; WORRALL, s. 349 vd.; COLE / SMİTH, s. 341.

Savcı-sanık pazarlığını en önemli amacı mahkemenin dava yükünü azaltmaktır. ABD’de her ceza uyuşmazlığının yargılamayla çözülmesi durumunda jüri sistemiyle birlikte durum değerlendirildiğinde mahkemelere altından kalamayacakları bir yük yüklenmiş olacaktır.

Savcılık bakımından ise daha önemli davalara savcıların odaklanmasını ve bu tür soruşturmalara savcının daha fazla zaman ayırmasını sağlamaktadır. Savcılar, bazen günlerce veya haftalarca bir dosya üzerinde çalışmak durumunda kalmaktadır. Savcı tanıkları mahkemeye çağırmak, onları ifade vermeye ve onlara sorulacak soruları hazırlamak, açılış ve kapanış konuşması yapmak zorundadır. Duruşmalar sık kesintilerle yavaş ve uzun sürelidir. Davanın türüne bağlı olarak, duruşmalar günler, haftalar ve hatta aylar boyunca sürebilir. Savcılar suç isnadında bulundukları bütün davaları mahkemeye götürmek zorunda olsalardı diğer savcılık görevlerini ve sorumluluklarını yerine getirmek için hiç zamanları kalmazdı. Bunun yanı sıra, savcılar suçları makul şüphenin ötesinde kanıtlamayabilecekleri davaları mahkemeye götürme konusunda isteksizdirler¹⁰³.

ABD’de özellikle örgütlü suçlar ile uluslararası suçlarda savcı-sanık pazarlığı çok etkin şekilde kullanılmaktadır. Bir suç örgütü üyesinin, örgüt hakkında bilgi vermesi tek başına o suçtan mahkum olmasından daha önemli olabilmektedir. Bu sayede diğer örgüt üyelerine ulaşılabilir ve bu kişilerin de pazarlıkta bulunması suretiyle diğer örgüt üyelerine ulaşılabilir¹⁰⁴. Pazarlık

¹⁰³ DAVIS, s. 44; WORRALL, s. 349 vd.

¹⁰⁴ Herhangi bir organize suç örgütüne piramit olarak bakacak olursak, o piramidin alt kısımlarından başlayarak soruşturmayı yürütürsünüz. Piramidin o alt kısımlarındaki kişileri alıp, onlardan birtakım bilgileri rapor ettikten sonra yavaş yavaş yukarıya doğru ilerleyip, bir üst kademede ki kişileri belirleyebilirsiniz. Savcı-sanık pazarlığı özellikle muhbir kullanıldığı durumlarda çok önemli hale geliyor. Çünkü itiraf pazarlığı sistemi aslında muhbirlerin oluşturulması için kullanılan bir sistem ve muhbirler de hemen hemen bütün soruşturmaların kilit noktasıdır. Bu konuda yaşadığımız somut bir olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Bir kişi silah taşıırken yakalandı ve bu kişinin daha öncede kabarık bir suç dosyası vardı. Bu kişi hakkında 15 yıl hapis cezası öngörülme idi. Biz temasa geçtik. Bu davada savcının da bilgisi vardı. Biz bu kişiye dedik ki, bizimle işbirliği yaparsan ceza indirimi alırsın. Bizim sistemimizde ceza indirimi ile ilgili herhangi bir sınırlama yok. Yani bir bireyin ne kadar ceza alacağı kesin olarak yazılmış değil. Mesela çok ciddi boyutlarda iş birliği gösterirseniz hiç ceza almamanız da mümkün olabilir. Bu kişi iş birliğini kabul etti ve bir bölgede kokain satan silahlı bir organize suç örgütünden bahsetti. Muhbirimiz daha sonra uyuşturucu satan örgüt üyelerinden birinin yakalanmasını sağladı. Sonra da iş birliği için bu yakalanan kişiye teklifte bulunduk. Ardından savcılık ofisinin bulunduğu binanın sahibinin örgüt üyelerinden biri olduğunu öğrendik. Bu kişi iş birliğine yanaştı ve kendisi bize bir başka isim verdi. Bu kişi de bizim için çeşitli kişilerle temasa geçerek kokain alımı yaptı. Yavaş yavaş bu suç örgütü içerisinde ilerleyerek 8-9 kişiyi kapsayan bir iddianame hazırlanmasını sağladık. En sonunda örgütün yöneticisine ulaştık. İlk itiraf anlaşmasını kabul eden kişilerden bir tanesi bu kişiyle aynı suçları işlemiş-

yapmadan suç örgütlerinin tüm unsurlarının ortaya çıkarılması oldukça zor olmaktadır. Bu nedenle, örgütlü suçlar ile terör suçlarıyla mücadelede savcı-sanık pazarlığı büyük önem taşımaktadır. Savcılar işbirliği anlaşmalarına organize suçla mücadelede vazgeçilmez araçlar olarak bakmaktadırlar. Savcılar, örgüt içindeki kişilerin işbirliği olmaksızın, büyük ölçekli ve karmaşık örgüt yapılarının ortaya çıkarılmasının oldukça zor olduğuna işaret etmektedir. Aynı zamanda üyesi bulunduğu suç örgütünün yıkılmasında önemli yardımlarda bulunan sanıkların, suç işleme eğilimlerinin azaldığı ve daha kolay rehabilite edildikleri belirtilmektedir¹⁰⁵.

Savcı-sanık pazarlığından sanıklar da kazançlı çıkmaktadırlar. Sanığın bazı haklarından feragat ederek suç ikrarında bulunması genel olarak sanığın çıkarınadır. Devletin ceza davalarında işlenen bir suçu kanıtlama yükümlülüğü ağır bir yük olarak görünmektedir; ancak, suçluluğa ilişkin olarak güçlü delillerin olması halinde bu yükümlülük kolayca karşılanır¹⁰⁶.

İspat hukuku bakımından da, kurumun sağladığı faydalar bulunmaktadır. Kolluk veya savcı, bazı durumlarda bilmektedir ki, kişi suçu işlemiştir. Ancak, kişinin eylemi ispat edilememektedir veya yeterli delil elde edilememektedir. Bu durumlarda savcılar, bir kısım tavizler karşılığında, gerçekte yargılama gidilmiş olsa, ispat etmekte zorlanacakları eylemler hakkında, savcı-sanık pazarlığı kurumu aracılığıyla, az da olsa kişinin sistemde ceza almasını sağlamaktadırlar¹⁰⁷.

Öte yandan, kідemsiz veya yetersiz hakimlerin adil olmayan kararlarıyla karşılaşmak istemeyen kimseler, savcı-sanık pazarlığı kurumundan yararlanmayı seçebilmektedir. Bu gibi durumlarda tercihler konusunda belirleyici olan savunma avukatlarıdır. Avukatlar, müvekkillerinin kaderini kötü hâkimlerin eline bırakmak istememektedirler.

İtiraf pazarlığının faydalarının birisi de, kaynak tasarrufu sağlamasıdır. Duruşma ve yargılama yöntemini benimsediğiniz zaman, ceza muhakemesinin temel kurallarının garanti altına almış olduğu hakların sağlanması amacıyla, binlerce insanın sisteme katılması gerekiyor. Oysa, savcı-sanık pazarlığı çok kısa ve az bir masrafla uyuşmazlığın çözümlenmesini sağlamaktadır.

lerdi. Davanın sonunda bu kişi denetimli serbestlikle serbest kaldı. Diğer kişi ise mahkemeye gitmeyi tercih etmiş ve aynı suçlardan mahkemede ömür boyu hapis cezası almıştır. **MEAD / ROMAGNUOLO / TADEO**, North Carolina, 15 Ekim 2012.

¹⁰⁵ **TURNER**, s. 34.

¹⁰⁶ **TURNER**, s. 51; **DAVIS**, s. 44; **WORRALL**, s. 349 vd.

¹⁰⁷ **ŞAHİN**, s. 224; **FİALKO / RAUSCHER / FOSTER**, 15 Ekim 2012; **WORRALL**, s. 349 vd.

Çocuk istismarı veya cinsel dokunulmazlığı karşı işlenen suçlarda, tarafların korunması amacıyla, genel olarak süreçlerin kamuoyundan gizli olarak yürütülmesinde yarar bulunmaktadır. Öyle olunca da insanlar mahkemeye çıkmak istememektedirler. Yani hem suçu işleyenler hem de mağdurlar yargılama yapılmamasını tercih edebilmektedirler.

V. SAVCI-SANIK PAZARLIĞININ ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER

Savcı-sanık pazarlığı, ABD’de 150 yılı aşkın süreden beri uygulanmaktadır ve bu usul, mahkemeler tarafından ceza adalet sisteminin etkin yönetiminde önemli bir araç olarak görülmekte ve desteklenmektedir. Savcı-sanık pazarlığının uzun geçmişine ve yaygın uygulanmasına rağmen, savcı-sanık pazarlığı üzerindeki tartışmalar devam etmektedir. Savcı-sanık müzakerelerinin adilliği, doğruluğu ve meşruluğu konusundaki eleştirileri karşılamak amacıyla Federal ve eyaletler düzeyinde savcı-sanık pazarlığının değişik yönlerine ilişkin pek çok düzenleme yapılmıştır. Üstelik, savcı-sanık pazarlığında reform yapılması ve hatta bu usulün tamamen kaldırılması yönündeki talepler devam etmektedir¹⁰⁸.

Sitemin aleyhindeki görüşler şu şekilde özetlenebilir: Pazarlıkyapılan aşamada maddi gerçek tam olarak ortaya çıkmayabiliyor, sistem daha düşük cezalar verilmesi yolunda tavizde bulunulduğu için, hiçbir şekilde gerçek cezalar verilmiyor, çok ağır bir suç işleyen kişinin cezasında indirim olduğundan normalde serbest bırakılacaklarından çok daha erken serbest bırakılıyor ve bu durum kamu güvenliğini tehlikeye sokabiliyor, delillerin çok zayıf olduğu davalarda, savcılık elindeki delillerin zayıflığından dolayı çok düşük cezaları kabul edebiliyor, mükerrer suç işleyenler kişiler yeniden suç işledikleri takdirde, indirim alacaklarının bilinciyle hareket ediyorlar ve bu nedenle pazarlık suç işlenmesinde teşvik edici olabiliyor, mağdurlar, suç işleyen kişinin daha az ceza alması durumunda sisteme karşı inançlarını kaybedebiliyorlar, mahkemeye gitmesi durumunda daha yüksek ceza alma ihtimali suçsuz birinin pazarlığı kabul etmesine neden olabiliyor¹⁰⁹.

Yargı süreci modelinin değerlerini savunanlar savcı sanık pazarlığının bireylere sağlanan korumaların altını oyduğu, masum sanıkların hüküm giymesine neden olabileceği ve sanıklara çok az somut fayda sağladığı yönünde

¹⁰⁸TURNER, s. 7; COLE / SMİTH, s. 350.

¹⁰⁹FİALKO / RAUSCHER / FOSTER,15 Ekim 2012.

endişe taşımaktadırlar¹¹⁰. Yargı sürecini savunanların başlıca endişesi, suç ikrarı üretmeye bağlı olan bir yargı sürecinin, sanığın masum kabul edildiği açık yargılama olan, ihtilaf halindeki tarafların delillerini bağımsız bir hâkim veya jüriye sunarak çözüm aradıkları yargılama biçimini (adversary system), savcı-sanık pazarlıklarının duruşmayı kaybedebilecek kişilere ceza vererek duruşmaya çıkmaktan vazgeçirmesi nedeniyle inkar etmiş olacaktır¹¹¹.

Toplumun artan eleştirisi ve profesyonelleri endişeleri ile karşılaşan bazı Amerikan toplumlarındaki savcı ve hâkimler geleneksel savcı sanık pazarlığı uygulamalarını değiştirmişlerdir. ABD’de, savcı sanık pazarlıklarının yasaklanması ya da üzerinde önemli reformlar yapılması yönünde talepler ve bu taleplerin karşılanmasına yönelik olarak bazı resmi ve akademik çalışmalar vardır¹¹².

Öte yandan, çok az sayıda sanık suç ikrarının ile duruşmanın avantajları arasında makul bir seçim yapabilecek durumdadır; sanıkların çoğu fakir, derdini anlatamayan ve çok az eğitime sahip kişilerdir. Bu tür sanıklar için mahkeme salonlarındaki tecrübeleri sokaklardaki hayatları gibidir; öğrenerek hayatlarına devam ederler. Çoğu zaman cezaevinde duruşmayı beklerken fikir değiştirir ve hayatlarına devam etmek ve daha ağır cezalardan kurtulmak için suç ikrarının en iyi yol olduğunu düşünür¹¹³.

¹¹⁰ Bu görüş savcı sanık pazarlığının önde gelen akademik eleştirmenlerinden hukuk profesörü Albert Alschuler tarafından şöyle ifade edilmektedir: “Günümüzdeki savcı sanık pazarlığı sistemi becerikli, bilinçli ve yüksek motivasyonlu avukatları bile gerçekte müvekkillerinin çıkarına olmayan kararlar almaya yönlendirmektedir” Bkz. NEABAUER/ FRADELLA, s. 328.

“*Iddianame pazarlığının en önemli sakıncası masum kişilerinde cezalandırılabilirmeleridir. Zira iddianame pazarlığı sanık ister suçlu olsun ister masum olsun üzerinde ciddi bir baskı oluşturmaktadır. Dolayısıyla masum kişiler de bu baskının etkisiyle kendilerine yöneltilen is-nadı kabul edebilmekte ve cezalandırılabilirmektedirler.*” BACAŞIZ, s. 167.

¹¹¹ Los Angeles’ten bir kamu avukatının deyişiyle: “Zayıf ve sanığın masum olma şansının yüksek olduğu istisnai bir davanız varsa bu davayı jüriye götürmek istemezsiniz, çünkü ne yapacaklarını asla bilemezsiniz” Bkz. NEABAUER/ FRADELLA, s. 328.

¹¹² NEABAUER/ FRADELLA, s. 330; COLE / SMİTH, s. 350.

Birleşik Devletlerdeki pek çok akademisyen itiraf pazarlığına karşı çıkmaktadır. Herhangi bir şekilde sanığın anayasal haklarından feragat etmeye zorlanmasının doğru olmadığını düşünmektedirler. Jüri önünde yargılanmalarının mutlaka gerekli olduğunu söylemişlerdir. Bazıları ise, jürisiz hâkim önünde daha kısa yargılamaları savunmaktadır. Ancak bugün için ABD’li akademisyenlerin çoğunluğu itiraf pazarlığının bir dereceye kadar kaçınılmaz ve gerekli olduğunu kabul etmektedirler. Akademisyenler bu gün artık itiraf pazarlığının nasıl düzenleneceği ve sınırlandırılabilceği üzerine odaklanmaktadır. BEALE, North Carolina, Ekim 2012.

¹¹³ NEABAUER/ FRADELLA, s. 319.

“Yukarıda da anlatıldığı üzere iddianame pazarlığı savcı ve sanık arasında gerçekleşmekte-

Ayrıca, savcı-sanık pazarlığı, ceza muhakemesinde gerçeğin araştırılmasına zarar verme ihtimali nedeniyle eleştirilmekte ve mağdurların haklarına zarar verdiği için suçlanmaktadır. Üstelik, savcı-sanık müzakerelerinin şeffaf olmaması, ceza adalet sisteminin meşruluğunu azalttığı söylenmektedir¹¹⁴.

Savcı-sanık pazarlığı ceza adalet sisteminin farklı yönleri dikkate alınmak suretiyle şiddetli eleştirilere tabi tutulmaktadır. Eleştiriler temel olarak savcı-sanık pazarlığının, cezaların ağırlığını azaltmasına ve şüphelilerin anayasaya aykırı olarak adil yargılanma hakkından mahrum bırakılmasına dayanmaktadır¹¹⁵. Bu bağlamda, dava pazarlığı sonucunda suçlulara daha az ceza verilmesinin bu kişileri suç işlemeye teşvik eden yanlış bir mesaj olduğu ve bazı masum sanıkların daha ağır ceza korkusuyla veya ödüllendirilme umuduyla baskı altında suçu itiraf ettikleri ifade edilmektedir. Yine dava pazarlığının tecrübesiz savcılar ceza adalet sisteminde gerçek karar vericiler olarak hakimlerin yerine geçtikleri iddia edilmektedir¹¹⁶.

Müdafilere üzerindeki aşırı iş yükü, müvekkillerinin suçu kabul etmelerinin kendileri için en uygun çözüm olmadığı durumlarda da, müdafilere müvekkillerini suçu kabul etmeye teşvik etmelerine neden olabilmektedir. Dava yükünün aşırı olması, kamu adına müdafilik yapan avukatların anayasada öngörülen şekilde yeterli temsil sağlayıp sağlamadığına

dir. Burada sanık ağır bir cezaya çarptırılmaktan endişe ettiği için pazarlık sanık üzerinde bir baskı oluşturmaktadır. Bu nedenle özgür iradesi gerçek anlamda ortaya çıkamamaktadır. Doktrinde özellikle fiil için öngörülen cezanın farklı aralıkta olduğu durumlarda sanığın iddianame pazarlığını kabul etmek zorunda kaldığı ve özgür iradenin söz konusu olmadığı söylenmektedir” BACAŞIZ, s. 165.

Bu konudaki endişelerden birincisi, sanıkların gerçekten durumu anlayıp bilinçli ve akılcı seçimler yapıp yapamadıkları konusundadır. İtiraf pazarlığı sanığın lehine olabilir ama sanığın bunu tam olarak anlayarak tercih ediyor olması gerekir. İkinci husus ise, masum kişilerin üzerlerinde oluşan ceza tehdidi nedeniyle suç ikrarında bulunup bulunmadıklarıdır. **BEALE**, North Carolina, Ekim 2012.

¹¹⁴ **TURNER**, s. 1.

¹¹⁵ **SCHEP / SCHEP**, s. 538.

¹¹⁶ **TURNER**, s. 9.

“İddianame pazarlığı da bir an için gerçek ve karşılıklı bir yargılama gibi düşünülse bile yargılamadaki belirleyici figür olan hâkim sadece tarafların iradelerinin gereğini yerine getirmektedir. İddianame pazarlığında bu iradeyi belirleyip mahkemeye taşıyan ise savcıdır. Cezaların miktarlarının kanunda kesin bir dille belirtildiği eyaletlerde bu durum daha da belirgindir.

Bu durum doktrinde de fiili tek taraflı yargılama olarak isimlendirilmekte ve eleştirilmektedir. Buna göre savcı pazarlık sonucu tek başına kimin suçlu kimin masum olduğuna karar verecektir.” BACAŞIZ, s. 166.

ilişkin ciddi soruları gündeme getirmektedir. Dava yükünün aşırı olması bu konuda çok belirleyicidir. Müdafinin yeterince temsil sağlayıp sağlamadığı ve sayılarının yeterli olup olmadığına dair şüpheler vardır¹¹⁷. Aynı şekilde, savcılarının dosyayı en kısa sürede sonuçlandırma isteği, savcı-sanık anlaşmalarının gereğinden fazla uygulanmasına neden olabilmektedir. Pazarlık müzakerelerini sınırlandırıcı bazı savcılık rehberleri bulunsa da, bunların uygulamada savcılarının davranışlarını ne kadar sınırladığı tartışmalıdır¹¹⁸.

ABD ceza adaleti sisteminde bazı savcılarının, savcı-sanık müzakerelerinde, pazarlık pozisyonunu güçlendirmek amacıyla bariz şekilde fazla suçlamalarda bulunduğu görülebilmektedir¹¹⁹.

Savcı-sanık pazarlığının karşıtları, uygulamanın sanığın anayasal haklarından vazgeçmesine neden olduğu, tehlikeli sanıkların hafif cezalar almasına neden olduğu, şüphelileri pazarlığa ikna etmek veya zorlamak için savcılara geniş bir hareket özgürlüğü verilmekte olduğu, gerçekte suçsuz olduğu halde adalet sistemine güveni olmayan ve kesin olarak beraat edeceğine inanmayan insanların da¹²⁰ haklarında bu sistemin uygulanmasını talep edebilmesine neden olduğu¹²¹, suçu kabul etme savunması (guilty plea)

¹¹⁷ **BEALE**, North Carolina, Ekim 2012.

¹¹⁸ **TURNER**, s. 23.

¹¹⁹ Bir San Francisco savcısı "...hırsızlık, soygun ve hırsızlık malı edinmeye de suçlama yaparız, çünkü sadece hırsızlık suçlaması yaparsak sanık duruşmaya çıkmaya tercih eder. Bkz. **NEABAUER/ FRADELLA**, s. 319.

ABD'de hem eyalet hem de federal düzeyde pek çok ceza kanunu ve suç teşkil eden eylem düzenlenmiş durumda. Birçok suç var ve bazı suçlarda iç içe geçmiş durumda. Mesela soygun suçu dediğiniz zaman 4-5 tane kanun devreye giriyor ve cezada korkunç bir şekilde artıyor. Savcı-sanık pazarlığı sayesinde savcılığın sadece şu şu yasa maddelerinden dolayı suç isnadında bulunacağım, diğer yasa maddelerini devre dışı bırakacağım deme şansı var. **BE-ALE**, North Carolina, Ekim 2012.

¹²⁰ Gerçekte suç işlemediği halde plea bargaining sisteminden yararlanılmasına neden olan diğer hususlar; kişinin baskı altında tutulması (örneğin tutuklama gibi), sarhoşluğun, psikolojik rahatsızlıkların, hukuk kuralları konusunda bilgisiz olmanın, şiddet korkusunun, daha fazla ceza alma kaygısının ve durumun yanlış değerlendirilmekte olması gösterilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SİEGEL / WORRALL**, s. 407.

¹²¹ ABD'de yapılan bir araştırma sonucunda, plea bargain sisteminden yararlanmış olan kişilerin % 25'nin gerçekte masum olduğu anlaşılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SİEGEL / WORRALL**, s. 406.

Örneğin, Kuzey Carolina'da birinci derecede cinayetle suçlanan bir kişi ölüm cezasına çarptırılma riskini taşıyor ama itiraf pazarlığına otursun ölüm cezası almıyor. Ama her halükarda minimum zorunlu ceza ömür boyu hapis cezasıdır. Birinci derece cinayetle suçlanan 20 yaşında bir kişiyi düşünün. Bu kişi mahkemeye gidersem ömür boyu hapis cezası alacağım, ama pazarlık yaparsam daha erken çıkabilirim diyor. Yani suçlu olmadığı halde razı olabiliyor. **FİALKO / RAUSCHER / FOSTER**, 15 Ekim 2012.

kültürünün savunma avukatları arasında geliştiği, bunda da suç işlemiş olan ve ancak daha az ceza peşinde koşmakta olan müvekkillerin dürüst olmayan yaklaşımlarının etkili olduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹²².

ABD ceza adaleti sisteminde savcı-sanık pazarlığı kurumunun son yirmi yılına bakıldığında, kurum üzerindeki algıların değiştiği görülmektedir. Gerçekten, geline aşamada savcı-sanık pazarlığı sistemi daha az ceza alma kurumu gibi algılanmaya başlanmıştır. ABD’de daha öncesinde böyle bir algı bulunmamaktaydı. İnsanlar savcı-sanık pazarlığı gibi, mahkemeye gitme haklarını da aynı oranlarda kullanabiliyorlardı. Ancak şimdi mahkemedeki ağır ceza tehdidi nedeniyle, psikolojik olarak mahkemeye gitme seçeneği büyük oranda kaybolmuştur¹²³.

Öte yandan, savcının delillerinin çok zayıf olduğu durumlarda, dosyayı neticelendirmek, bir anlamda dosyanın iş olarak varlığını sonlandırmak amacıyla, sanığın hak ettiğinden çok düşük ceza ile cezalandırılması taleplerini kabul edebilmektedir. Ayrıca, mükerrir suçluların savcı-sanık pazarlığı sisteminden yararlanmak suretiyle daha az ceza alacağı düşüncesi, onların yeni suç işlemeye cezanın caydırıcılığı bakımından olumsuz etki yaratmamaktadır¹²⁴.

Kendisine karşı suç işlemiş kimseyle, devletin yürüttüğü savcı-sanık pazarlığı müzakere süreçleri, suç mağdurlarını devletten beklentiler anlamında hayal kırıklığına uğratmaktadır¹²⁵.

Pek çok savcı-sanık anlaşmasında belirlenen ceza hâkim tarafından onaylanmaktadır. Çok nadir olarak hâkimlerin savcı-sanık pazarlığını reddettiğini görmekteyiz. Bu da cezanın, esas itibarıyla, hakim tarafından değil, savcı tarafından belirlenmekte olduğunu ortaya çıkartmaktadır¹²⁶.

Pek çok suç isnadı seçeneği ve göz önünde bulundurulabilecek veya bulundurulmayacak meşru olan ya da olmayan faktörlerle birlikte savcı-sanık pazarlığı sürecinin sistemsiz ve keyfi olması sürpriz değildir. Bazı savcılık büroları savcı-sanık pazarlığı tekliflerini diğerlerine göre daha fazla yapmaktadırlar ve aynı büro içinde bile başsavcının ve personeli arasındaki diğer savcılarının eğilimlerine bağlı olarak uygulamalarda eşitsizlikler

¹²² SIEGEL / WORRALL, s. 406; WORRALL, s. 350 vd.

¹²³ FIALKO / RAUSCHER / FOSTER, 15 Ekim 2012.

¹²⁴ FIALKO / RAUSCHER / FOSTER, 15 Ekim 2012.

¹²⁵ FIALKO / RAUSCHER / FOSTER, 15 Ekim 2012; WORRALL, s. 350 vd.

¹²⁶ TURNER, s. 52; FIALKO / RAUSCHER / FOSTER, 15 Ekim 2012.

görülmektedir. Sonuç ise muğlaklık, tutarsızlık ve nihayetinde sanıklara ve mağdurlara eşit olmayan muamele olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçların hepsi ceza hukuku sistemi içinde adaletsizlik duygusu yaratmaktadır¹²⁷.

Sürecin şeffaf olmaması toplumun savcı-sanık pazarlığına güven duymama nedenidir. Yetişkinlerin yargılandığı ceza davalarında mahkeme salonlarının halka açık olmasına rağmen, ceza mahkemelerine her gün gelmeden savcıların teklif ettikleri savcı-sanık pazarlığı türlerini tespit etmek zordur. Pek mümkün olmamakla birlikte, savcıyı seçen kişilerin mahkemeleri izleme yönünde ilgileri ve buna zamanları olması halinde bile, bu tespitin yapılabilmesi için gerekli olan önemli faktörlerin büyük çoğunluğunun açık duruşmada ifşa edilmemesi nedeniyle, aynı şartlar altındaki sanıklara ve mağdurlara eşit muamele edilip edilmediğini tespit edebilmek için etkin bir temel bulamayacaklardır. Tabii ki gerçek hayatta insanların mahkemeleri takip etme istekleri ve buna zamanları yoktur ve bu bilgileri topluma sunacak bir mekanizma da bulunmamaktadır. Halk sadece medya mensuplarının haber yapmaya karar vermeleri halinde belirli davalar hakkında bilgi edinebilmektedirler¹²⁸. Keyfi karar verme hususu suç isnat etme sürecinde olduğu kadar savcı-sanık pazarlığı sürecinde de mümkündür¹²⁹.

İtiraf pazarlığı herkes tarafından sevilen bir kurum olmamakla birlikte, halen savcı-sanık pazarlığı ile çözülen çok sayıda dosyanın mahkemeye gitmesinin neden olacağı muazzam maliyet ile dosya yükün yargılama sürecini uzatacağı gerçeği bu kurumdan vazgeçilmesini destekleyenlerin sınırlı olmasına neden olmaktadır¹³⁰.

Amerikan ceza adaleti sisteminin içindeki bazı kişiler savcı-sanık pazarlığının adliyelere suçluluğun ve masumiyetin pazarlığının yapıldığı bir yer haline getirdiğinden endişe duymaktadırlar. Aslında, öncelikle savcı-sanık pazarlığına karşı olmak farklı ideolojik tercihleri yansıtmaktadır. Özellikle ilginç olan ise sivil özgürlükçülerin olduğu kadar kanun ve nizam savunucularının da, çoğu zaman farklı sebeplerle de olsa, savcı-sanık arasında yapılan pazarlığı bir tehlike olarak görmeleridir¹³¹.

Birleşik Devletlerdeki bazı akademisyenler savcı-sanık pazarlığına karşı çıkmaktadır. Herhangi bir şekilde sanığın anayasal haklarından feragat

¹²⁷ Worrall, s. 350 vd.; Davis, s. 48.

¹²⁸ Worrall, s. 350 vd.; Davis, s. 48.

¹²⁹ Davis, s. 47; Worrall, s. 350 vd.

¹³⁰ Schep / Schep, 538.

¹³¹ Neubauer / Fraedella, s. 325.

etmeye zorlanmasının doğru olmadığını düşünmektedirler. Bu konudaki endişelerden birincisi, sanıkların gerçekten durumu anlayıp bilinçli ve akılcı seçimler yapıp yapamadıkları konusundadır. İtiraf pazarlığı sanığın lehine olabilir ama sanığın bunu tam olarak anlayarak tercih ediyor olması gerekir. İkinci husus ise, masum kişilerin üzerlerinde oluşan ceza tehdidi nedeniyle suç ikrarında bulunup bulunmadıklarıdır.

ABD ceza adaleti sisteminde savcı-sanık pazarlığı (plea bargaining) kurumu üzerindeki tartışmalarda, genel kabul sistemin bazı değişikliklere ihtiyacının olduğudur¹³². Buna göre, savcıların sanıkların bilgilendirilmiş bir şekilde karar vermelerine imkân sağlayacak gerekli bütün bilgileri vermelerinin gerekli kılınması halinde, savcı-sanık pazarlığı süreci büyük oranda geliştirilebilir¹³³.

SONUÇ : TÜRKİYE’DE UYGULANABİLİRLİĞİ

1. Günümüzde savcı-sanık pazarlığı, bir takım eleştirilere rağmen, yargı paydaşları tarafından o kadar büyük oranda kabul görmüştür ki, bu kurum artık büyük oranda modern Amerikan ceza adaleti sisteminin kendisi haline gelmiştir. Ceza ihtilaflarının % 95’den fazlasının bu usulle çözülüyor olması bu durumun en büyük kanıtıdır. Hatta, bu kurumu eleştirenler dahi, ABD ceza adalet sisteminin bu kurumdan vazgeçme ihtimali olmadığını, sadece kurumun daha adil işlemesi için bazı reformlar yapılması gerektiği ifade etmektedirler.

2. Özellikle mahkemelerin ve savcılıkların iş yükünün azaltılması bakımından, savcı-sanık pazarlığının bu derece etkin bir şekilde sonuç veriyor olması, ceza adalet sistemlerinde bu sorunu yaşayan tüm ülkelerin bu kuruma olan ilgisini de büyük oranda arttırmaktadır. Üstelik, kurumun değeri üzerindeki tartışmaların onun doğduğu ülkede bile tartışılmaya devam edilmesine rağmen, savcı-sanık pazarlığının diğer ülke uygulamalarında yer bulmaya devam etmesi yakın bir gelecekte onun tüm dünya adalet sistemlerinde önemli bir rol oynayacağını göstermektedir.

4. Şu husus da açık bir şekilde tespit edilmelidir ki, ülkelerin hukuk sistemlerinde yaşadıkları problemleri çözmek için, aynı sorunları yaşayarak

¹³² Amerikan Doktrini’nde reform önerileri kapsamında, pazarlık sürecinde savcının yetkisinin daraltılması, savcının tek başına karar veren kişi olmaktan çıkarılması, savcının makul şüpheyi ispatlamak zorunda bırakılması, savcının etik ilkelere uymasının sağlanması, savcının delilleri açıklama yükümlülüğünün genişletilmesi, pazarlıklarının yargısal denetiminin ve özellikle sanığın pazarlıkta özgür iradesini ortaya koyması sağlanması ifade edilmektedir. **BACAKSIZ**,s. 168.

¹³³ **DAVIS**, s. 59; ABD’de savcı-sanık pazarlığı üzerindeki eleştiriler ve değişiklik teklifleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **COYE / SMİTH**, s. 351.

kurumsal çözümler bulmuş ülkelerden etkilenmeleri oldukça doğaldır. Ancak bu etkileşim sırasında ülkelerin diğer ülke uygulamalarını aynen ictibas etmeleri ülkeler arasındaki kültürel, toplumsal ve hukuki yapı farklılıkları nedeniyle doğru bir çözüm olarak görülmediğı gibi, bu mümkün de değildir.

5. Türkiye’de Cumhuriyet savcılıklarına intikal eden dosya sayısında sürekli olarak bir artış bulunmaktadır. 2000 yılında devirlerle birlikte bu sayı 2.684.920 iken, 2011 yılında bu sayı 6.050.030 olmuştur. Bu dönem aralığında, devir eden dosya hariç olmak üzere, hiçbir zaman, savcılık teşkilatı yıl içinde gelen dosya sayısı kadar dosyayı bitirememiştir. Bu nedenle, devir eden dosya sayısında her yıl sürekli olarak artış olmuştur. Ceza mahkemelerine gelen ve çıkan işlerin sayısına baktığımızda, mahkemelerde de durumun farklı olmadığını görmekteyiz. 2011 yılında ceza mahkemelerine gelen iş sayısı 2.922.898 iken, bu mahkemelerden çıkarılabilen iş sayısı (icra ceza mahkemeleri de dahil olmak üzere) ancak 1.70.476 olmuştur. Ceza mahkemeleri kendine açılan davaların sayısı kadar bir dosyayı aynı yıl bitirememektedir. Savcılıkların açtığı ceza davası sayısında her yıl bir artış bulunmaktadır ve ceza mahkemeleri de o yıl içinde açılmış olan ceza davası sayısı kadar dahi davayı bitirememektedir. Dahası, soruşturma evresinde dosyaların neticelendirilmesi amacıyla öngörölmüş olan önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve uzlaşma kurumları üzerinden yeterli dosya neticelendirilememektedir. 2011 yılı verilerine göre 2 071 dosya ön ödeme ve 8 380 dosya uzlaşma ile bitirilmiştir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu ise 2009 ilâ 2011 yılları arasında hiç uygulanmamıştır.

6. Anayasanın 141 inci maddesinin son fıkrasında “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” hükmüne yer verilmiş ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında da herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının “makul süre içinde” görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Yargının iş yükünün aşırı şekilde ağırlaşması ve yargılama sürecinin yavaş işlenmesi, Anayasamızın ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin kabul ettiği makul sürede yargılanma hakkı ve devletin makul sürede yargılama yükümlölüğünün gereğinin yerine getirilmesini önemli derecede engellemektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ihlâli nedeniyle Türkiye’nin tazminat ödemek zorunda kaldığı fiillerin önemli bir kısmının da makul sürede yargılama ilkesinin ihlâliyle ilgili olduğu düşünüldüğünde,

makul sürede yargılama yükümlülüğünün önemi daha da artmaktadır. Bununla birlikte, yoğun iş yükü nedeniyle uzun süren ve yetersiz incelemeye dayalı olarak yapılmak zorunda kalınan yargılamaların, ayrıca bu nedenlerle ortaya çıkan adli hataların sosyal barışı olumsuz yönde etkiledikleri muhakkaktır. Bu nedenle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması suretiyle yargı hizmetlerinin hızlandırılması ve etkinliğinin artırılması ceza adalet sisteminin öncelikli ihtiyaçlarından birisi olarak önümüzde durmaktadır.

7. Ülkemizde ceza adalet sisteminin iş yükünü, mevcut yapı uzun süre taşıyamayacağına göre, bu konuda acil bazı radikal adımların atılması zarureti bulunmaktadır. İş yükünün azaltılması bakımından değişik alternatiflerin düşünülmesi mümkündür. Bu amaçla hakim, savcı ve mahkeme sayısının arttırılması bir seçenektir. Ancak bunun çok kısa sürede gerçekleşme imkanı bulunmamaktadır. Üstelik yakın bir gelecekte istinaf mahkemelerinin açılacak olması nedeniyle, kısa ve orta vadede ilk derece mahkemelerinde görev yapacak hakim ve savcı sayısında ciddi bir artış yapılması mümkün görülmemektedir. Diğer bir alternatif, ceza adalet sistemine giren dosya sayısının azaltılmasıdır. Bunun için suç olarak kabul edilen fiillerin suç olmaktan çıkartılması veya kabahate dönüştürülmesi gerekmektedir. Esasen, 2000’li yıllardan itibaren suçların kabahate dönüştürülmesi yönünde Adalet Bakanlığı bir politika yürütmektedir ve bu kapsamda yapılabilecek çalışmalar tüketilmiş benzermektedir. Bu nedenle, bu kapsamda yapılacak düzenlemelerle ceza adalet sistemine giren dosya sayısında ciddi bir değişim yapılması olası görülmemektedir.

Bu bağlamda, yapılması gereken husus, soruşturma ve kovuşturma süreçlerini hızlandıracak usuller geliştirmek ve tüm dosyaların kovuşturma aşamasına geçmesini engellemektir. Bu amaca hizmet edebilecek uzlaştırma, önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bu amaçları karşılayacak etkinlikte uygulanmamaktadır. Bunlar içinde en etkin uygulananı olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması ise, tüm soruşturma ve kovuşturma süreci tamamlandıktan sonra uygulandığından ilk derece mahkemelerinin iş yükünün azalması bakımından neticeye etkili olabilecek bir fayda sağlamamaktadır. Üstelik, netice itibarıyla iki yıla kadar hapis cezaları hakkında hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verilebilmektedir. Ancak hükmün açıklanmasının kararı verilebilecek bu dosyalarda neden erteleme kararı verebilmek için soruşturma ve kovuşturma aşamalarının tamamlanmasının gerektiğinin makul bir gerekçesi de kanımızca bulunmamaktadır. Bu nedenle hükmün açıklanmasının

ertelenmesi kararı verilebilecek dosyalar bakımından soruşturma aşamasının başlangıcında, sanığa etkin bir yaptırım olacak ve mağduru da tatmin edecek alternatifler geliştirilmesi en makul çözüm yolu olarak görülmektedir. Bu noktada savcı-sanık pazarlığına benzer bir uygulamanın Ülkemiz bakımından uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

8. Savcı-sanık pazarlığının ülkemizde ne ölçüde uygulanabileceğinin tespit edilmesi amacıyla, ABD ile ülkemizin ceza adalet sisteminin temel farklarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu temel farklar şu şekilde özetlenebilir:

- ABD’de savcılık teşkilatı net bir şekilde yürütme organı içindeyken, Türkiye’de yargı organı içinde kabul edilmektedir. ABD’de sadece hakimler yargı organını temsil etmektedir

- ABD’de soruşturmalar savcıdan bağımsız olarak kolluk tarafından yürütülür (özellikle soruşturmanın başlangıcında). Ülkemizde ise suç şüphesiyle birlikte durum savcıya bildirilir ve soruşturma savcının talimatı doğrultusunda yürütülür¹³⁴.

- ABD’de savcılık soruşturmaya başlanması ve kovuşturmaya geçilmesi konusunda takdir hakkına sahiptir (takdirilik ilkesi). Ülkemizde ise yeterli şüphe olması durumunda kural olarak savcı kovuşturmayı başlatmak zorundadır (kamu davasının mecburiliği ilkesi)¹³⁵.

- ABD’de belli bir yerdeki savcılık birimi belli sayıda personel ve bütçeyle çalışmak zorunda olduğundan, işleri en az zamanda ve en az kaynakla yapma baskısı altındadır. ABD’de savcılar üzerinde bu baskıyı destekleyen diğer ve önemli husus, özellikle yerel savcılıklar bakımından, başsavcılarının

¹³⁴ “Anglo-Sakson Ülkelerinde soruşturma evresi Kıta Avrupası Sistemi’nden farklı yürütmektedir. Soruşturma makamları özellikle de polis, muhakemenin başından itibaren belli bir şüphe seviyesine(makul şüphe-probable cause) ulaşmak için gayri resmi önalan soruşturmaları yapar.” BACAŞIZ, s. 154-155.

¹³⁵ “Bir suçun işlendiği haberinin alınması üzerine, suçu takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma başlatılmasını (CMK m.160/1); soruşturma sonucunda failin ve fiilin belli olması, yeterli suç şüphesinin bulunması ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda, savcı tarafından kamu davasının açılmasını (CMK m.170/1); açılan kamu davasının, muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye **kovuşturma mecburiyeti ilkesi** denir.

Bir suçun işlendiği haberinin alınması üzerine, C.savcısının hemen soruşturmaya başlayıp başlamakta; soruşturma evresi sonunda fiilin ve failin belli olması, toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluştursa dahi C.savcısının kamu davasını açıp açmamakta; ve nihayet kamu davasını muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütüp yürütmemekte takdir yetkisinin bulunduğu ifade eden ilkeye ise **maslahata (maksada) uygunluk ilkesi** denmektedir.” BACAŞIZ, s. 152.

seçimle göreve gelmiş olmasıdır. Ülkemizde ise savcılar bu şekilde bir baskı hissetmemektedirler.

- ABD’de bir sanığın beraat etmesi savcının mesleki kariyeri bakımından büyük bir risk teşkil ederken, Ülkemizde savcılar sanığın beraatını isteyebilmektedir ve bu bir sorun olarak görülmemektedir. Savcılarının mesleki yeterlilikleri bakımından açtıkları davalarda sanıkların beraat oranları dikkate alınmamaktadır.

- ABD’de ceza miktarları oldukça yüksektir. Özellikle mükerriirler bakımından ceza miktarları Türkiye’ye göre oldukça yüksektir (ki bu durum savcının pazarlık sırasında konumunu oldukça güçlendirmekte ve sanığın üzerinde büyük baskı oluşturmaktadır)¹³⁶.

- ABD’de delillerin değerlendirilmesi ve suçluluk hakkında karar vermek kural olarak jürinin (ki bu sistemi daha zor ve masraflı hale getirmektedir); Ülkemizde ise hakimnin görevidir¹³⁷. Jüri sisteminin varlığı, güçlü savcılık ve kolluk karşısında ve cezaların oldukça yüksek olduğu bir sistemde, sanık haklarının korunması bakımından, dengeleyici, koruyucu ve güvenceli bir yapı oluşturmaktadır.

- ABD’de hakim delil araştırması yapmayan pasif bir hakem görevindeyken, deliller savcı ve müdafî tarafından toplanmakta ve bu kişiler aktif olarak delilleri tartışmaktadır. Ülkemizde ise kovuşturma aşamasında tek yetkili kişi hakim olup, hüküm verilebilmesi için gereken tüm işlemler hakim

¹³⁶ İtiraf pazarlığının başarısı bakımından ABD’de iki tane çok önemli etken vardır. Birincisi cezaların çok yüksek olması, diğeri ise mahkûmiyet oranlarının çok yüksek olmasıdır. ABD’deki cezaevindeki mahkûm sayısı OECD ülkelerinin ortalamasından 5 kat daha fazladır. Türkiye ise bu sayı ortalama yakındır. Diğeri bir ifadeyle ABD uygulamasının Türkiye’den farklı olduğu temel hususlardan birisi mahkûm sayısı ve cezaların ağırlığıdır. Bunun dışında suç oranlarına baktığımız zaman, ABD’deki suçlarla Türkiye’deki suçlar arasında ciddi farklar olduğunu görüyoruz. ABD’de Türkiye’ye kıyasen suç oranları çok yüksektir. **MICHAELS**, North Carolina, 15 Ekim 2012.

¹³⁷ ABD’nin hukuki kültürü common law sisteminden gelirken Türkiye’nin Kıta Avrupa’sı sistemine dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak ABD’de ceza muhakemesinde mücadeleci sistem söz konusuysa Türkiye’de sorgulayıcı sistem egemen olmuştur. ABD’deki mücadeleci sistemde savcı ve sanık ceza yargılamasında mücadele etmektedir. Hâkim ise pasif durumda bir imparator gibi hareket etmektedir. Dava pazarlığında sanık ve savcı tarafından bulunan çözüm büyük oranda hâkim tarafından onaylanmaktadır. Türkiye’deki sorgulayıcı sistemde ise ceza yargılaması gerçeğin bulunması üzerine bina edilmiştir. Hâkim gerçeği bulmak için aktif olarak faaliyettedir ve taraflarından talepten çok daha fazlasını araştırma yetkisine sahiptir.

Kurumsal yapıya baktığımız zaman ceza muhakemesinin ABD’de jüri hakkı ve diğeri teknik usul kurulları nedeniyle çok masraflı olduğunu görmekteyiz. Türkiye’de ise ABD’ye göre ceza muhakemesi çok daha ucuz işlemektedir. **MICHAELS**, North Carolina, 15 Ekim 2012.

tarafından yerine getirilmektedir.

- ABD’de güçlü savcılık teşkilatı karşısında sanığın haklarının korunması amacıyla, güçlü bir savunma sistemi öngörülmüştür. Eyaletlerin önemli bir kısmında, savcılık teşkilatı gibi, kamu görevlisi olarak çalışan ve adliye çalışma grubu içinde yer alan savunma sistemi kurulmuştur. Savunma tarafının delil toplamasında kendisine yardımcı olacak, dedektiflik kurumu kurulmuştur. Türkiye’de ise savunma tarafı, savcılık kurumunun gücü karşısında, sanık bakımından yeterli korumayı sağlayacak güce sahip olduğunu söylemek mümkün değildir.

Esasen bu temel farklılıklar ABD’de savcı-sanık pazarlığının neden başarılı uygulandığını ve Türkiye’de kurumun aynen iktibas edilmesi durumunda başarılı olması ihtimalinin mümkün olmadığını göstermektedir. Bu nedenle yapılacak bir iktibas çalışmasında bu farklılıklar dikkate alınmak suretiyle kendimize uygun çözümler bulunması gerekmektedir.

9. Savcı-sanık pazarlığının Ülkemiz uygulamasına tamamen yabancı olduğunu söylemekte mümkün değildir. *Etkin pişmanlık* kurumu, uygulanma amaçları ve sanığın alacağı cezaya etkisi bakımında savcı-sanık pazarlığına bir miktar benzerlik taşımaktadır¹³⁸. Etkin pişmanlık durumunda, suç teşkil eden fiil işlenirken failin cezalandırılmasını engelleyecek bir durum mevcut değilken, suç tamamlandıktan sonra çıkan bazı şartların varlığı durumunda faile hiç ceza verilmemekte veya cezada indirim yapılmaktadır. Kanun, bazı suçlar bakımından soruşturma başlamadan önce, soruşturma evresinde, hüküm verilmeden önce ve hatta cezanın infazı sürecinde etkin pişmanlık gösterilerek işlenen haksızlığın neticelerinin mümkün olduğunca izale edilmesi veya azaltılması halinde, faile ya hiç ceza verilmemesini veya cezasında belli bir miktar indirim yapılmasını öngörmektedir. Bu durumda işlenmiş ve tamamlanmış olan bir suç, işlenmemiş hale irca edilmemekte, ancak, gerçekleştirilen haksızlığın neticeleri fail tarafından mümkün olduğunca izale edilmektedir¹³⁹.

Türk hukukunda etkin pişmanlık hükümleri suçun niteliğine göreaşağıdaki amaçlardan birini veya bir kaçını gerçekleştirmek amacıyla düzenlemiştir.

- Suçun ortaya çıkarılması (TCK md. 93, 192, 201, 221, 269, 274)
- Suçluların ortaya çıkarılması (TCK md. 93, 192, 201, 221, 293)

¹³⁸ŞAHİN, s. 243, 244.

¹³⁹ÖZGENÇ, s. 273.

- Mağdurun serbest bırakılması (TCK md. 110)
- Zararının giderilmesi (TCK md. 168, 248, 254)
- Suç eşyalarının ele geçirilmesi (TCK md. 192, 201)

Savcı-sanık pazarlığından farklı olarak, etkin pişmanlık hükümleri savcılığın takdirinde uygulanmamakta ve sanığın cezasında yapılacak indirim kanunla açıkça belirlenmiş bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, etkin pişmanlıktan şüpheli veya sanığın yararlandırılması konusunda takdir hakkı yoktur, ancak cezanın miktarının belirlenmesi noktasında bazı durumlarda hakime takdir hakkı verilmiştir. Pişmanlık gösterilen aşamanın soruşturma öncesi, soruşturma aşaması ve kovuşturma aşaması olmasına göre failin elde edeceği fayda değişmektedir. Aşamasına ve suçun niteliğine göre cezasızlık nedeni veya cezada indirim nedeni olabilmektedir.

10. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da, genellikle uzlaştırmayla karıştırılan savcı-sanık pazarlığı usulünün, uzlaştırmamanın bir çeşidi olmayıp, uzlaştırmadan tamamen farklı bir kurum olduğudur. Pazarlık usulü, müdafî ile savcı arasında yapılan bir anlaşma olup, bu anlaşmada, sanık suçunu itiraf etmekte veya cezaî suçlamaya itiraz etmemektedir. Buna karşılık savcı da, bazı suçlamaları düşürmekte, azaltmakta ya da müdafî tarafından da kabul edilebilecek bir ceza vermesini tavsiye etmektedir. Uzlaştırma ise mağdur ve fail arasında gerçekleştirilen ve onarıcı adalet ilkelerine uygun olarak başta mağdur olmak üzere her iki tarafında iyileştirilmesi amaçlayan bir usuldür. Pazarlık usulünün ise temel amacı yargının hızlandırılması ve mahkemelerin aşırı iş yükünün azaltılmasıdır ve asıl faydası fail ve ceza adalet sistemi bakımındandır. Görüldüğü üzere uzlaştırma ve savcı-sanık pazarlığı usullerinin hem temel felsefesi ve amacı hem de tarafları tamamen farklıdır. Pazarlık usullerinde onarıcı adalet ilkelerine yer verilmediği gibi, tam tersine buna aykırı olarak mağdurun iradesi alınmadan devlet tek taraflı iradesiyle faile verilecek cezayı kaldırmakta veya azaltmaktadır. Nitekim, pazarlık usullerinin mağdura verdiği konum, bu usulün en çok eleştirilen yönlerinden birisidir. Kısacası, mağdurun bulunmadığı bir ortamda gerçekleştirilen her hangi bir usulden uzlaştırma olarak bahsedilmesi imkânı bulunmamaktadır¹⁴⁰.

11. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde kanımızca savcı-sanık pazarlığı benzeri bir kurumun Türkiye’de düzenlenmesi bakımından aşağıdaki hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir.

¹⁴⁰ Onarıcı adalet ve uzlaştırma konularında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇETİNTÜRK, Onarıcı Adalet; ÇETİNTÜRK, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, s. 51 vd.

- Kurumun aynen ihracı ABD ile Türkiye ceza adalet sistemleri arasındaki büyük farklılıktan dolayı mümkün görülmemektedir.

- Bu nedenle, ABD’de yer alan savcı-sanık pazarlığı sisteminin Türkiye’ye aynen alınması yerine, Türk Ceza Kanununun genel hükümlerinde, suçun veya faillerin ortaya çıkarılmasına katkı sağlayan bilgi verenler hakkında uygulanabilecek genel bir etkin pişmanlık hükmü düzenlenebilir. Buna göre, etkin pişmanlıktan yararlananlar kanunda tespit edilen sınırlar içinde hakim tarafından belirlenecek bir oranda ceza indirimden yararlanacaktır.

- Bu sistemde, etkin pişmanlığın sadece belli bir mağduru olmayan suçlar bakımından uygulanması daha doğru bir seçenek olarak görülmektedir. Çünkü, belli bir mağduru olan suçlar bakımından böyle bir genel etkin pişmanlık hükmüne ihtiyaç bulunmamaktadır.

- İşyükü üzerinde müspet bir etki yapması için, bu etkin pişmanlıktan yararlananlar bakımından daha hızlı bir muhakeme yöntemi de öngörülmelidir. Buna göre, mahkeme, yapılacak tek duruşmada sadece kişinin özgür iradesiyle pişman olduğunu tespit etmeli ve verilecek cezayı belirlemelidir.

- Teklif edilen bu sistemin uygulanabilirliğin diğer koşulları, bu kurumun soruşturma evresinde uygulanması teşvik edilmeli, iddianamenin iadesi kurumunun etkin uygulanması sağlanmalıdır.

- Kişi hakkında yapılacak ceza indirim oranının belirlenmesinde, kişinin adalet sistemine sağlamış olduğu katkısının değeri göz önünde bulundurulmalıdır. Öte yandan, kişinin sağladığı katkının değerinin belirlenmesinde kolluğun görüşü de dikkate alınmalıdır.

- Bu usulün etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, kolluk ve savcılar tarafından fail, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmaya öncelikli olarak teşvik edilmelidir.

- Bu önerinin, terör ve örgütlü suçlarla mücadelede önemli bir araç olarak hizmet sağlayacağı düşünülmektedir¹⁴¹.

- Kamuoyu bu konuda bilinçlendirilmeli ve suç işleyen kişinin aklına ilk olarak bu kurum gelmelidir (ABD uygulaması gibi).

- Sürece müdafilerin katılımı ve müdafilerin bu usulü benimsemeleri de büyük önem taşımaktadır.

¹⁴¹ ŞAHİN, s. 244.

KAYNAKÇA

- ACKER**, James R. / **BRODY**, Davit C., Criminal Precedure, A Contemporary Perspective, Second Edition, Jonesand Bartlett Publishers, Sudbury, Massachusetts 2004.
- BACAKSIZ**, Pınar, İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining), Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008, Sayı: 7.
- BALO**, Yusuf Solmaz, Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme Teşkilatı, AÜHFD, Yıl 2012, Cilt 61, Sayı 3.
- BEALE**, Sara Sun, “İtiraf Pazarlığının Akademik Yönü”,Duke University, 18.10.2012, Amerikan CAS İtham Pazarlığı sunum ve notları, North Carolina, Charlotte Ekim 2012.
- COLE**, George F. / **SMİTH**, Christopher E., The American System of Criminal Justice, 9 th Edition, Wadsworth Thonson Learning, USA 2001.
- CONRAD**, Robert J. Tarafından İtiraf Pazarlığının Sistem İçindeki Önemi, 18.10.2012, Amerikan CAS İtham Pazarlığı sunum ve notları, North Carolina, Ekim 2012.
- ÇETİNTÜRK**, Ekrem, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, HD Yayıncılık, İstanbul Şubat 2009.
- ÇETİNTÜRK**, Ekrem, Onarıcı Adalet, Acar Basım ve Cilt San. Tic. A.Ş., Ankara 2008.
- DAVIS**, Angela J.,Arbitrary Justice, The Power of the American Prosecutor, Oxford University Press, 2007.
- FİALKO**, Chris / **RAUSCHER**, Claire / **FOSTER**, Mark, “İtiraf Pazarlığında Müdafinin Durumu”, Amerikan CAS İtham Pazarlığı Sunum ve Notları, Federal Savcı, Federal Savcılık Ofisi, Charlotte, North Carolina, 15 Ekim 2012.
- MEAD**, Jim / **ROMAGNUOLO**, Andy / **TADEO**, Terry, “Savcı-Sanık Pazarlığının Kolluk Yönünden Algısı”, Amerikan CAS İtham Pazarlığı Sunum ve Notları, Federal Savcı, Federal Savcılık Ofisi, Charlotte, North Carolina, 15 Ekim 2012.
- MICHAELS**, Ralf, “Karşılaştırılması Hukuk Çerçevesinde Savcı-Sanık Pazarlığı” Amerikan CAS İtham Pazarlığı Sunum ve Notları, Federal Savcı, Federal Savcılık Ofisi, Charlotte, North Carolina, 15 Ekim 2012.
- NEUBAUER**, David W. / **FRADELLA**, Henry F.,America’s Court and Criminal Justice System, Wadsworth Cengage Learning, Tenth Edition, United States.

- NISSMAN**, David M. / **HAGEN**, Ed, The Prosecution Function, Lexington Books, D.C. Heathand Company Lexington, Massachusetts, Toronto – 1982.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- ROSE**, Jill, Amerikan CAS İtham Pazarlığı sunum ve notları, North Carolina, Ekim 2012.
- SALZBURG**, Stephen A. / **CAPRA**, Daniel J., American Criminal Procedure Casesand Commentary, Ninth Edition, West Publishing Co., American Casebook Series, Thomson Reuters, 2010.
- SCHEP**, John M. / **SCHEP**, II John M., Criminal Lawand Procedure, Seventh Edition, Wadsworth, Cengage Learning, United States of America 2011.
- SCHMALLEGER**, Frank, Criminal Justice Today, An İntroductory Text for the 21 st Century, 8 th Edition, Pearson Education, New Jersey 2005.
- SENNA**, Joseph J. / **SİEGEL**, Larry J.,İntroduction to Criminal Justice, Ninth Edition, Wadsworth Thonson Learning, Canada 2002.
- SİEGEL**, Larry J. / **SCHMALLEGER**, Frank / **WORRALL**, John L., Courts and Criminal Justice in America, Annotated İnstructur’s Edition, Prentice Hall, USA – 2010.
- SİEGEL**, Larry J. / **WORRALL**, John L.,İntroduction to Criminal Justice, Thirteenth Edition, Wadsworth Cangage Learning, USA 2010.
- ŞAHİN**, Cumhur, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Süleyman Arslan’a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, 1998.
- TURNER**, I. Jelıa, Plea Bargaining Across Borders, Aspen Publishers, Walters Kluver, United States of America 2009.
- WORRALL**, John L.,Criminal Procedure, From First Contact to Appeal, 3 th Edition, Pearson Edication, USA – 2010.
- YAPAR**, Mehmet Emin, Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Hukukunda Plea Bargaining (İddia Pazarlığı) Kavramı ve Uygulaması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2012.

VERGİYE KARŞI DİRENME ŞEKİLLERİ VE VERGİ İNZİVASI

Elif PÜRSÜNERLİ ÇAKAR*

ÖZET

Mükellefler vergiye karşı çeşitli şekillerde direnmektedirler.

Bu çalışmanın amacı, vergi inzivası ile diğer vergiye direnme biçimlerini birlikte değerlendirmek suretiyle, vergi inzivası hareketinin özelliklerini ortaya koymaktır. Vergi inzivası, vergi baskısı sonucunda ortaya çıkan bir vergiye direnme biçimidir.

Vergi inzivası, tek bir bireyin veya bir birey topluluğunun, Devlete yönelik vergi yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla yasal ikametgâhlarını terk ettikleri bir davranış biçimidir.

Vergi baskısı, mükelleflerin vergi ile ilgili yükümlülüklerinin dışında kalmak amacıyla başka yerlere taşınmalarına neden olmaktadır. Vergi inzivası hareketiyle vergi mükellefleri; çalışmayı bırakmakta, topraklarını terk etmekte ve vergi yükümlülüklerini gerçekleştirmek zorunda bulunmayacakları alanlara göç etmektedirler.

Anahtar Kelimeler: Vergi inzivası, vergi baskısı, vergiye karşı direnme, yasal ikametgah, mali ikametgah.

THE TYPES OF FISCAL RESISTANCE AND FISCAL ANACHORESIS

ABSTRACT

The tax payers are resisting to tax in several forms.

The purpose of this study, is to determine the particularities of fiscal anachoresis movement, treating together with the other fiscal resistance forms. Fiscal anachoresis is a type of fiscal resistance, which is the result of a fiscal oppression.

Fiscal anachoresis, is a form of conduct, where a certain individual or a group of individuals, vacate their legal residence, in order to avoid tax obligations imposed by the State.

Fiscal oppression causes tax payers to relocate in order to avoid their tax related obligations. Through the act of fiscal anachoresis; the tax payers quit working, leave their lands and immigrate to other places where they will not fulfill their tax obligations.

Keywords: Fiscal anachoresis, fiscal oppression, fiscal resistance, legal residence, financial residence.

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi

VERGİYE KARŞI DİRENME ŞEKİLLERİ VE VERGİ İNİZİVASI ()**

GİRİŞ

Mükellefler; vergi düzenlemeleri, vergi oranları ve vergi yüküne karşı çeşitli tepkiler vermektedirler. Bu tepkiler, vergiye karşı çeşitli direnme şekillerinde ortaya çıkmaktadır.

Vergi baskısı, bir ülkede mükelleflerin vergi ile ilgili tutum ve davranışlarını, muhatap olabileceklerini düşündükleri vergi işlemleri ve sorunlarını göz önünde tutmak suretiyle belirlemelerini ifade etmektedir¹.

Geniş anlamda vergi baskısı, vergi gelirlerinin yanı sıra sosyal güvenlik kesintilerini de kapsarken, dar anlamda sadece vergi gelirlerini kapsamaktadır².

Vergiye karşı direnme ise; Devlet'in egemenlik gücüne dayanarak vergi koymasına karşı değil, mali zorlamaya karşı gösterilen bireysel veya toplumsal tepkileri ifade etmektedir³.

Mali zorlama durumunda, vergilendirme yetkisinin, vergi ilkelerini aşama aşama ihlâl edecek şekilde aşırı kullanımı söz konusu olabilmektedir. Özellikle, savaş ve doğal afetlerle karşı karşıya kalma, ekonomik kriz gibi olağanüstü koşulların yaşandığı dönemlerde toplumun olumlu duyarlılıklarının da göz önünde tutularak, mali ihtiyaçların mali kaynaklara aşırı yüklenme ile karşılanması yoluna gidilebilmektedir⁴.

Vergi inzivasi ise, vergi baskısı nedeniyle kişilerin vergi yükünün dışında kalmak amacıyla, vergi ortamından uzak kalabilecekleri başka yerlere (bölgelere) gitmelerini, göç etmelerini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle vergi inzivasi, vergi baskısı sonucunda ortaya çıkan pasif bir direnişi ifade etmektedir⁵.

Tarihte vergi inzivasi hareketinin sayısız örnekleri bulunurken, günümüzde çağdaş toplumlarda bu hareketin hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılabileceği bu çalışmada incelenmeye çalışılmıştır.

** Çeviren: Doç. Dr. Elif PÜRSÜNERLİ ÇAKAR

¹ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.196.

² BARILARI et DRAPÉ, Lexique Fiscale, 1992, s.115.

³ BOUVIER, Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de L'Impôt, 2003, s.152-153.

⁴ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.185.

⁵ BOUVIER, 2003, s.185.

I- VERGİYE KARŞI DİRENME ŞEKİLLERİ

Vergilendirme yoluyla kişilerin veya toplulukların mali ve iktisadi güçlerinde bir azalma ortaya çıkması, vergiye karşı tepki duymalarına neden olmaktadır⁶.

Vergi baskısı sonucunda mükellefler veya vergi sorumluları, vergiye karşı çeşitli direnme şekilleriyle bu tepkilerini ortaya koyabilmektedirler. Vergi baskısına karşı direnme ise, vergi ile ilgili yükümlülüklerin şekil ve bileşimlerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır⁷.

Vergi baskısına bağlı olarak ortaya çıkan vergiye karşı direnme şekilleri aşağıda açıklanmaya çalışılmıştır.

Bunlar; vergi grevi, verginin reddi, vergi yansımaları, vergi planlaması, kayıt dışı ekonomi ve vergi cennetleri, vergi karşıtı siyasi partiler, birlikler ve baskı grupları, vergi kaçakçılığı, vergiden kaçınma ile vergi inzivasıdır.

Vergi inzivasının, tarihsel süreçte vergiye karşı direnme şekilleri arasında oldukça büyük bir önem taşıdığı görülmektedir.

Vergiye karşı direnme biçimleri; bireysel, kurumsal, toplu (kolektif) veya toplumsal nitelik taşımakta ve bu niteliklerin biri veya birkaçı bir arada bulunabilmektedir.

A- VERGİ GREVİ

Vergi grevi; vergi ödememe konusunda kolektif (toplu) bir direnişi ifade etmektedir.

Vergi grevinin en tipik örneğini 1953 yılında Pierre Poujade adlı kişinin önderliğinde başlatılan olay oluşturmaktadır. Bu olay mali literatüre Poujade olayı olarak geçmiştir. Poujade'ın vergi ödemeye bireysel olarak başlattığı bu tepki, kısa sürede diğer kişilerin katılmalarıyla yaygınlaşmış ve sonraları sosyal niteliğini yitirerek, siyasal bir örgütlenme biçimine dönüşmüştür⁸.

Bu hareketten 15 yıl sonra, Rhône-Alp'lerinde başlayan Nicoud hareketi de vergi grevinin bir başka örneğini oluşturmaktadır. Poujade hareketinin aksine Nicoud hareketi, ekonomik açıdan gelişmiş bir bölgede gerçekleşmiştir. Bu hareketin sebebi, küçük esnaf ve işletmecilerin vergi

⁶ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.156.

⁷ CHOUVEL, l'Essentiel des Finances Publiques, 2003, s. 57.

⁸ ERDEM, ŞENYÜZ ve TATLIOĞLU, Kamu Maliyesi, 2009, s.154.

düzenlemeleri ile getirilen yüksek vergi oranlarından olumsuz etkilenmeleri ve vergi yüklerinin artmasıdır⁹.

1960'lı yılların sonundan 1970'li yılların sonuna kadar ABD (Amerika Birleşik Devletleri)'nde de, vergi grevi niteliğindeki hareketlere rastlanmıştır.

Vergi grevi, Devlet müdahaleciliğinin azaltılmasına yönelik neo-liberal düşüncelerin gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. 1960'lı yılların sonunda kayıt dışı ekonominin belli bir boyuta ulaşmasıyla aynı döneme denk gelen bu hareket, esas olarak Kaliforniya'da 6 Haziran 1978 tarihli yasa ile yayılmaya başlamıştır. Bu yasa ile Emlâk Vergisi oranının düşürülmesi kabul edilmiş ve Anayasa'nın XIII. Maddesinde yerini almıştır. Bu yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte "American Tax Reduction Movement" (Amerika Vergi İndirimi Hareketi) isimli vergi oranlarındaki muhtemel artışların sınırlandırılmasına yönelik vergi grevi hareketi ortaya çıkmıştır¹⁰.

Vergi grevi, bireysel nitelikte ortaya çıkabileceği gibi, kolektif (toplu) ve hatta toplumsal bir vergiye karşı direnme biçimine de dönüşebilmektedir.

B- VERGİNİN REDDİ

Verginin reddinden bahsedebilmek için, her şeyden önce bir verginin yasa ile konulmuş olması gerekmektedir. Vergi konulduktan sonra, toplumsal tepkiler üzerine, bu verginin kaldırılmış olması gerekmektedir¹¹. Eğer, tepkilere rağmen vergi kaldırılmıyorsa, verginin reddinden bahsetmek mümkün değildir¹².

Verginin reddi, vergiye karşı toplumsal bir tepkidir. Fransa'da 1953 yılında gerçekleşen Poujade Hareketi, verginin reddinin örneğini oluşturmaktadır¹³.

C- VERGİNİN YANSIMASI

Verginin yansımaları, vergi baskısı sonucunda ortaya çıkan bireysel veya kurumsal nitelikli bir vergiye karşı direnme biçimidir. Vergi yansımalarının kolektif (toplu) veya toplumsal niteliği bulunmamaktadır.

⁹ BOUVIER, s.157.

¹⁰ LAURENT et REICHMAN, Théories Contre L'Impôt, 2009, s.3.

¹¹ ARDANT, 1965, s. 730.

¹² AKGÜL YILMAZ, 2007, s.166.

¹³ AKGÜL YILMAZ, 2007, s.166.

Vergiye ödeyen kimsenin, iktisadi imkânlardan faydalanmak suretiyle, verginin bir kısmı veya tamamını başkası veya başkalarına devretmesi, vergi yansıması olarak ifade edilmektedir¹⁴.

Faaliyet ve girişimlerinde ayarlamalar yapmak suretiyle, vergiyi ödemiş olan kişi, vergi yükünü bir başkasına aktarabilmektedir¹⁵.

Verginin yansıması durumunda, verginin kanuni mükellefi ile fiili mükellefi aynı kişi olmamaktadır¹⁶.

D- VERGİ PLANLAMASI

Vergi planlaması, mikro (kişisel) ve makro (Devlet açısından) vergi planlaması olmak üzere iki grupta incelenebilmektedir¹⁷.

Mikro vergi planlaması; mükelleflerin ve vergi sorumlularının; iktisadi ve mali imkânlarıyla ödemeleri gereken vergi arasındaki ilişkiyi belirlemeleri, yasalara aykırı olmayan girişim ve uygulamalarıyla ödemeleri gereken vergi tutarını asgariye indirme çabalarıdır¹⁸.

Makro vergi planlaması ise; Devletin duyduğu finansal ihtiyacın en uygun kaynaklardan, toplumun yaklaşımlarını, tavır ve davranışlarını dikkate almak suretiyle verginin konulma amaçlarına uygun olarak maksimum hizmeti sağlayacak şekilde vergi uygulamasının gerçekleştirilmesidir¹⁹.

Vergi planlaması; vergiye karşı bireysel nitelikli bir tepki olup, birey veya firmaların vergi yükünü hafifletmeye yönelik olarak vergi muafiyeti veya istisnalarını tespit ederek, faaliyet alanı tespitlerini buna göre yapmaları ve bu boşluk alanında faaliyette bulunmalarıdır²⁰.

Vergi planlaması gerçek kişiler tarafından yapılabileceği gibi, kurumlar tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Bu yönüyle, vergi planlamasının bireysel ve kurumsal nitelikte bir vergiye karşı direnme biçimi olduğunu ifade etmek mümkündür.

¹⁴ AKGÜL YILMAZ, 2007, s.153.

¹⁵ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.311.

¹⁶ MUZELLEÇ, 1997, s. 45.

¹⁷ AKDOĞAN, Vergilendirme Bilinci ve Vergi Planlaması, 1996, s.357- 362.

¹⁸ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.189.

¹⁹ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.190.

²⁰ AKGÜL YILMAZ, 2007, s.164.

E- KAYIT DIŞI EKONOMİ VE VERGİ CENNETLERİ

Kayıt dışı ekonomi; bir taraftan çok yüksek oranda vergilendirilmeye engel olmak, diğer taraftan da bazı avantajlardan yararlanmak için beyan dışı bırakılan her türlü geliri ifade etmektedir. Kayıt dışı ekonomi, vergi karşısı hareketlerin başladığı dönemlerle eş zamanlı olarak ABD’de ortaya çıkmış olan bir olgudur²¹. Kayıt dışı ekonomi, Gayri Safi Milli Hasıla (GSMH) hesaplarını elde etmede kullanılan ve bilinen istatistiksel yöntemlere göre tahmin edilemeyen gelir yaratıcı ekonomik faaliyetlerin tümü olarak ifade edilmektedir²².

Mükelleflerin vergiye karşı direnme çabaları, kayıt dışılığa sebep olan önemli bir etkidir. Hatalı veya eksik diye nitelendirilebilecek ekonomik ve mali politikalar uygulanması sonucunda, vergi gelirlerinin Devlet tarafından etkin olarak kullanılmadığına dair oluşan inanç, mükelleflerin vergi ödemeye karşı direncini arttırmakta; sıkça çıkan vergi afları ise düzenli vergi ödeyen mükellefler aleyhine haksızlığa yol açmaktadır²³.

Kayıt dışı ekonominin boyutları, vergi rekabeti sonucunda, vergi cenneti ülkelerin ve off-shore bankacılık (kıyı bankacılığı) faaliyetlerinin yaygınlaşmasıyla genişlemiştir.

Vergi cenneti bir ülke, genellikle düşük vergi oranlarına sahip yer olarak tanımlanmaktadır²⁴. Vergi uygulaması olmayan ya da çok düşük oranda vergi uygulanan ülkelere vergi cenneti ülkeler denilmektedir²⁵. Vergi cennetleri, düşük vergi oranlarının uygulandığı, ticari gizlilik taşıyan ve çoğunlukla off-shore finans merkezleri olarak bilinen yerlerdir²⁶. Off-shore finans merkezleri (kıyı bankacılığı bölgeleri), bir ülkenin topraklarında kurulmakla birlikte, yurt dışında topladıkları mevduatı yine yurt dışına kullandıran ve dolayısıyla o ülkenin vergi ve bankacılık mevzuatına tabi olmadan faaliyet gösteren bankalardır²⁷.

Birçok vergi cenneti, doğal kaynakların kıtlığı nedeniyle sanayi ülkesi olmaya uygun olmayan ülkelerdir. Fiziki yatırımları teşvik edememelerinden

²¹ LAURENT et REICHMAN, 2009, s.13.

²² ÇİLOĞLU, 1998, s. 23.

²³ US, 2004, s.11-12.

²⁴ GÜNAYDIN, 1999, s.76.

²⁵ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.192.

²⁶ YILDIZ, 2005, s.54.

²⁷ ÖZ, 2005, s.166.

dolayı finansal hizmetler ve portföy yatırımları açısından cazibe ortamı yaratmaya çalışmakta ve bankacılık, muhasebe, hukuk hizmetleri sunarak; iletişim, otel, ofis araç ve gereçleri gibi altyapı hizmetleri sağlayarak, birey ve kurumların vergi yüklerini azaltmayı önermektedirler²⁸.

Mükellefler, sermayelerini vergi cennetlerine yöneltmekle birlikte, çoğunlukla fiziksel olarak vergi cennetlerine yerleşmemektedirler. Vergi cennetlerine yönelik olarak, gerçek kişiler açısından mali ikametgâh değiştirilmekte ancak fiziki olarak yer değiştirmesöz konusu olmayabilmektedir.

Kurumların vergi cennetlerine yönelmeleri durumunda ise, vergi yükünü azaltmak amacıyla mali ikametgâhlarının değiştirmeleri gerekmektedir. Vergi cennetlerinde üs şirket veya kanal şirket uygulamalarının da yaygın olduğu görülmektedir²⁹.

Vergi cennetlerine yönelme, vergiye karşı bireysel veya kurumsal nitelikteki bir vergiye karşı direnme biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.

F- VERGİ KARŞITI SİYASİ PARTİLER, VERGİ KARŞITI BİRLİKLER VE BASKI GRUPLARI

Vergi karşıtı siyasi partilerin, özellikle Kuzey Avrupa’da, siyasi parti programlarına vergi oranları ve vergi yükümlülüklerindeki indirim projelerini dahil ettikleri görülmektedir.

Vergi karşıtı birliklere örnek olarak, 1930 yılında Fransa’da oluşturulan “Fédération des Contribuables” (Mükellef Federasyonu) ve 1980’li yılların ortasında oluşturulan ve vergi mükelleflerinin yüksek oranda vergilendirilmelerine karşı toplumsal bir örgütlenmeyi ifade eden “Ligue des Contribuables” (Mükellef Birliği) verilebilmektedir³⁰.

Baskı grupları ise, kanunların parlamentoda görüşülmesi aşamasında vergi ile ilgili yükümlülükler ve vergi oranlarının düşürülmesi konularında baskı yapmak veya mükellefleri, vergilendirme ile ilgili mevzuat ve uygulama sonuçları ile ilgili olarak bilgilendirmek ve önlem almayı amaçlamaktadırlar³¹.

Vergi karşıtı partiler, birlikler ve baskı grupları, Devletin vergilendirme yetkisine değil, yüksek vergi oranlarına ve vergi yükünün bireyler arasındaki dağılımı konularındaki eşitsizliklere karşı çıkmaktadırlar³².

²⁸ ÖZ, 2005, s. 128.

²⁹ Bkz. KIZILOT, ŞENYÜZ, TAŞ Ve DÖNMEZ, 2008, s. 314-315.

³⁰ BOUVIER, 2003, s. 158.

³¹ GROSCLAUDE ET MARCHESSOU, 1998, s. 44.

³² BOUVIER, 2003, s.157.

Vergi karşıtı partiler, birlikler ve baskı gruplarınca gerçekleştirilen vergiye karşı direnme biçiminin, toplumsal niteliği ağır basmaktadır.

G- VERGİ KAÇAKÇILIĞI VE VERGİDEN KAÇINMA

Vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma, bireysel veya kurumsal nitelikte ortaya çıkan vergiye karşı direnme biçimleridir. Burada, vergi borcu doğmuş olmasına rağmen, vergi kanunlarına aykırı düşen hareketlerle, verginin hiç ödenmemesi veya kısmen ödenmesidir³³.

Vergi kaçakçılığı, vergiye karşı direnişin bireysel nitelikteki örneğini oluşturmakta ve amaç olarak, vergi yükünün tümünün veya bir kısmının dışında kalma çabasını ifade etmektedir. Vergi kaçakçılığının gerçekleşmesi için, vergi yükünün dışında kalma çabalarına yönelik eylemlerin yasaları ihlâl etmek suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir³⁴.

Vergiden kaçınma ise, vergiyi doğuran olaya neden olunmaması suretiyle vergi yükünün dışında kalma çabalarını ifade etmektedir³⁵. Vergiden kaçınma durumunda mükellefler, vergi yasalarını ihlâl etmeksizin ve vergi yasalarına uygun davranmak suretiyle vergi yükünün dışında kalmaktadırlar³⁶.

Vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma vergiye karşı bireysel nitelikte iken; vergi inzivası, tarihte sık görülen biçimiyle bireysel nitelikte olabileceği gibi, toplumsal nitelikte de ortaya çıkabilmektedir³⁷.

II- VERGİ İNZİVASI İLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

Vergiyi doğuran olaya neden olunsun veya olunmasın, bir kısım mükelleflerin, vergi idaresi karşısında kendilerini yeterince güçlü hissetmemeleri, vergi uygulamasını yeterince bilmemeleri, sıkıntıya düşebilecekleri gibi nedenlerle, vergi ortamından uzak kalmayı yeğlemeleri söz konusu olabilmektedir³⁸.

Vergi inzivasını gerçekleştirenler; çalışmayı bırakmakta, mal varlıklarını ve topraklarını terk etmekte ve vergiye tabi olmayacakları, vergi yükünün dışında kalacakları yerlere, topraklara, bölgelere göç etmektedirler³⁹.

³³ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009 s.170.

³⁴ BOUVIER, 2003, s.154.

³⁵ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.169.

³⁶ AKGÜL YILMAZ, 2007, s. 163.

³⁷ BOUVIER, 2003, s.157.

³⁸ AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s.196.

³⁹ BRILL, 1988, s. 243.

Vergi inzivası, kişilerin veya kişi topluluklarının yasal ikametgâhlarını, Devlet'e karşı yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla terk etmelerini ve başka bölgelere yerleşmelerini ifade eden bir vergiye karşı direnme biçimidir⁴⁰.

Vergi inzivasında, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmiş olmasının veya olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Her iki durumda da mükellefler yasal ikametgâhlarını terk etmekte ve vergi ile ilgili maruz kaldıkları veya kalabilecekleri vergi yükümlülüklerinden kurtulmak için başka yerlere taşınarak (yasal ikametgâhlarını değiştirerek) vergi inzivası hareketini gerçekleştirmektedirler⁴¹.

III- TARİHTE VERGİ İNZIVASI

Tarihte vergi inzivasının en önemli örneği, Yunan ve Roma işgali altındaki (M.Ö. 332- 395) Mısır'da görülmüştür⁴². Yunan işgali sırasında birçok kişi veya topluluk, savaş sonrasında ortaya çıkan mali ve ekonomik güçlüklerin giderilmesi amacıyla getirilen mali yükümlülükleri yerine getirmemek için, vergi yükünün dışında kalabilecekleri alanlara, çöllere ve dağlara yerleşmişlerdir⁴³.

Mısır'da Roma işgali sırasında vergi inzivası hareketini engellemek için şehirde yaşamının getirdiği mali yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla, şehir dışında bulunan ıssız alanlara veya çöllere ve rahiplere katılmak suretiyle şehir dışına yerleşilmesini çok ağır bir şekilde cezalandıran yasalara rağmen, vergi inzivası hareketinin engellenemediği görülmektedir. Vergi inzivasının sadece çöllerde, dağlarda veya ıssız bölgelerde değil, tam olarak Devlet kontrolünün gelişmediği şehirlere yakın (perifer) bölgelerde de ortaya çıktığı görülmektedir⁴⁴.

Vergi inzivası hareketi, tarihte ilk olarak M.Ö. 332 yılında, vergi yükümlülüklerini yerine getirmemek için başta çiftçiler olmak üzere küçük esnaf ve ticaret erbabının, yaşadıkları şehirleri terk ederek, rahipler ve din adamlarının koruyuculuğu altında tapınaklara sığınımaları ile başlamıştır⁴⁵.

⁴⁰ BOUVIER, 2003, s.157.

⁴¹ BOUVIER, 2003, s.158.

⁴² Bkz. TURHAN, 1977, s. 10 vd.

⁴³ PROUDHON, 2002, s. 23.

⁴⁴ BRILL, 1998, s. 244.

⁴⁵ BAGNALL AND FRIER, 1994, s. 37-38.

Tarihsel gelişim süreci boyunca, toplu (kolektif) nitelikteki vergi inzivası hareketi, bir tapınakta toplanmış bulunan ve Devlet yöneticileriyle geri dönüş pazarlığı yapan belli gruplar ile sınırlı olarak kayıtlara geçmiştir. Bununla birlikte bireysel nitelikteki inzivaların daha yaygın olarak gerçekleştiği kaydedilmiştir. Hatta, bazen bu hareket o kadar şiddetli olmuştur ki, vergi baskısının yüksek olduğu bölgelerde bulunan kasabaların boşaldığı bile görülmüştür⁴⁶.

Vergi inzivasının örneklerini Zenon (Xenon) Arşivlerinde görmek mümkündür⁴⁷.

İsis'deki Memfis tapınağına sığınanlar vergi inzivasının ilk örneklerini oluşturmaktadır⁴⁸.

Ptolémée Emergète'in (M.Ö. 118) vergi inzivasına gidenlere yönelik olarak çıkardığı “geri dönüş yasası”, ile vergi inzivasını gerçekleştiren kişilerin, yaşadıkları (ikamet ettikleri) bölgelere ve işlerinin başına dönmeleri durumunda; kaçakların hiçbir şekilde ceza almayacakları, kaçaklara yardım eden Devlet memurlarının cezalandırılmayacağı ve vergi yükümlülüklerinin ve borçlarının azalacağı yönünde teminat vermesi de, vergi inzivası olgusunun örneklerini ortaya koymaktadır⁴⁹.

Papirüs'te de, (M.Ö. 114) Menchers'in, savaşın getirdiği ekonomik güçlükler nedeniyle, vergi yükümlülüklerinin artması nedeniyle, çiftçilerin topraklarını terk ettikleri ve Narmouthi tapınağına yerleştiklerini gösteren Appolonios ve Panakestor arasındaki yazışmalara ait kayıtlar bulunmaktadır⁵⁰.

Vergi inzivası ile ilgili bir başka belge ise, Mısır'ın Roma işgali döneminde, kaçakların komşularının toplu inziva hareketlerini Devlet memurlarına bildirmeleri için düzenledikleri belgelerdir⁵¹.

IV- ÇAĞDAŞ TOPLUMLARDA VERGİ İNZİVASI

Çağdaş toplumlarda ise, 1960'lı yılların başından 1980'li yılların başına kadar, vergi inzivasının mantığını barındıran bazı hareketlere rastlandığını söylemek mümkündür.

⁴⁶ CAMERON AND GARNSEY, 1992, s.13.

⁴⁷ ROSTOVFTZEFF, 1922, s. 145 ve PAUX, 1931, s.121.

⁴⁸ BRILL, 1988, s. 246.

⁴⁹ BRILL, 1988, s. 246.

⁵⁰ ABECASSIS and ARDISSON, 1995, s. 4.

⁵¹ GREEN, 1993, s. 68.

1958 yılında ABD'nin durgunluğa girmesi ve 1974 yılında ortaya çıkan petrol kriziyle birlikte, Dünya ekonomisinde yaşanan olumsuzluklar sonucunda çalışanların vergi yüklerinde önemli ölçülerde artışlar yaşanmıştır.

Bu dönemde çalışanların elde ettikleri gelire uygulanan vergi oranlarındaki artışa bağlı olarak, özellikle serbest meslek erbabının işlerini ve yaşadıkları bölgeleri terk edip başka bölgelere yerleşmelerinde vergi inzivası hareketinin mantığının bulunduğunu ifade etmek mümkündür⁵².

Bu kişilerin, işlerini bırakmak suretiyle, daha rahat bir hayat tarzı için bulundukları yerlerden başka bölgelere yerleşmeleri olgusunun temelinde vergi inzivası hareketinin mantığının bulunduğunu ifade eden görüşler bulunmaktadır⁵³.

Bu kişilerin göç ettikleri/yerleştikleri bölgelerde ise, mali zorlama daha düşük olmaktadır⁵⁴.

Vergi inzivası hareketinin, ekonominin küreselleşmesi ile birlikte kurumlar için de geçerli olmaya başladığını ifade etmek mümkündür. Kurumlar da, vergi baskısının daha az olduğu Devletlere yerleşme kararı alabilmektedirler⁵⁵. Kurumlarda vergi yükünün azaltılması amacıyla yer değiştirmelerinde belirleyici kriter tam ve dar mükellefiyet ile uluslar arası çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları olmaktadır. Ayrıca, yasal ikametgah kavramının, çağdaş toplumlarda yerini mali ikametgaha terk ettiği görülmektedir.

V- VERGİ İNZİVASI, YASAL İKAMETGAH VE MALİ İKAMETGAH KAVRAMLARI

Yasal ikametgâh kavramı, ülkelerin yasalarında tanımlanmış olan ikametgahtır. Yasal ikametgâh kavramına ulaşmak için ülkeler; hukuksal, ticari ya da ekonomik bağlantılara yönelik kriterlerden birini ya da birkaçını bir arada kullanmaktadırlar.

Yasal ikametgah kavramı ülkelerin kendi yasalarında tanımlanmıştır.

Türkiye’de gerçek kişiler için yasal ikametgâh kavramına ulaşmak için Medeni Kanun (MK), Gelir Vergisi Kanunu (GVK)’nın, Kurumlar açısından

⁵² BRILL, 1988, s. 251; BOUVIER, 2003, s. 157.

⁵³ BOUVIER, 2003, s. 157; CHOUVEL, 2003, s. 24.

⁵⁴ VALLÉE, 1997, s. 37.

⁵⁵ JULIEN, 2007, s. 5.

yasal ikametgahın tespiti için ise; Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) ve Medeni Kanun'un (MK) birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türkiye’de ikametgah kavramı kanunlarda aşağıdaki şekilde belirlenmektedir.

Türkiye’de, vergilendirme ile ilgili işlemler için ikametgah kavramının tespitinde, GVK Md. 4/1 ile Medeni Kanun’a atıf yapılmıştır. Medeni Kanun’da ise ikametgah kavramı yerine yerleşim yeri ifadesi yer almaktadır. Bu Kanun’a göre yerleşim yeri; bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (MK Md. 19/1). Bu kural, ticari ve sınai kuruluşlar hakkında uygulanmaz (MK Md. 19/3).

Vergi hukuku açısından vergi ikametgâhı; ülkelerin tam vergi yükümlülüğü içerisinde gerçek ve tüzel kişileri vergilendirebilme haklarına sahip olabilmeleri için, gerçek kişilerin ülke içinde fiziki veya hukuki olarak bir ikamete mahsus ikametgâha sahip olabilmeleri veya ülke içerisinde belli bir süre oturmaları; tüzel kişilerin de o ülkede iş merkezi veya kanuni merkeze sahip olmaları hali olarak tanımlanabilmektedir⁵⁶.

Türk vergi hukukunda, gerçek kişilerin tam veya dar mükellef olarak Gelir Vergisi’ne tabi olmaları tabiiyet (şahsılık) ilkesi ve ikamet (mülkilik) ilkesine göre belirlenmekte⁵⁷; tüzel kişilerin vergilendirilmesinde ise “kanuni merkez” veya “iş merkezi”nin bulunduğu yere göre tam mükellefiyet veya dar mükellefiyet tesis ettirilmektedir.

GVK Md. 4/1 ile; ikametgâhı Türkiye’de bulunanlar (ikametgâh, MK’nun 19. ve müteakip maddelerinde yazılı olan yerlerdir) ve GVK Md 4/2’de yer alan; bir takvim yılı içinde Türkiye’de devamlı olarak altı aydan fazla oturanlar (geçici ayrılmalar Türkiye’de oturma süresini kesmez) hükmü ile ikametgâh ve oturma kavramlarını tanımlamış ve kimlerin Türkiye’de yerleşmiş sayılacağı ortaya konulmuştur.

Kurumlar açısından yasal ikametgâh kavramı ise, MK. Md. 51’de “kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerin yönetildiği yer” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁶ BAYRAKLI, 1990, s. 6,7.

⁵⁷ Türkiye’de gerçek kişi tam mükelleflerde mali ikametgah; yerleşmiş olma (ikametgah veya oturma süresi) ile uyrukluk ölçütleri; dar mükelleflerde ise terleşmemiş olma ve elde etme ölçütlerine göre belirlerken; tüzel kişilerde, tam ve dar mükelleflerde kanuni merkez ve iş merkezi kavramları dikkate alınarak belirlenmektedir. Uluslar arası belirleyici ölçütler ise; daimi mesken, hayati çıkarlar merkezi, mutad oturma yeri, uyrukluk ve etkin yönetim merkezidir. Bkz ARIKAN, 2007, s. 19-43.

KVK'nın 1. maddesinde sayılı kurumlardan kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunanlar, gerek Türkiye içinde, gerekse Türkiye dışında elde ettikleri kazançların tamamı üzerinden vergilendirilir (KVK Md.3) hükmü ile tam mükellefin tanımı yapılmıştır.

Son yıllarda küreselleşmenin ortaya çıkması ve uluslar arası işgücü ve sermaye hareketlerinin yaygınlaşmasıyla birlikte yasal ikametgah kavramının yerini mali ikametgaha bıraktığı görülmektedir. OECD ve Birleşmiş Milletler de, gerçekleştirdiği çalışmalar sonucunda, vergilendirme ile ilgili yükümlülükler açısından mali ikametgâh kavramını tanımlamışlardır. OECD tarafından hazırlanan ve ilk olarak 1963 yılında yayımlanan Gelir ve Servet Vergilerinde Çifte Vergilendirme Anlaşma Modeli'nin 4. maddesinde mali ikametgah tanımlanmıştır. Buna göre; “bir akit devletin mukimi deyimi, o devletin kanunları gereğince, ikametgahı, meskeni, yönetim merkezi veya diğer benzer yapıda herhangi bir kritere dayanılarak vergi mükellefiyetine tabi bulunan kişi anlamına gelir” (Md. 4/1.fıkra). Fakat mukim deyimi, yalnızca bu devletteki kaynaklardan elde edilen gelirler veya bu devlette bulunan servet nedeniyle vergi mükellefi olan kişileri (dar mükellefleri) kapsamamaktadır⁵⁸.

Kişi, daimi olarak kalabileceği bir meskene sahip bulunduğu akit devletin mukimi sayılacaktır. Eğer kişinin her iki devlette de daimi meskeni varsa, bu kişi, kişisel ve ekonomik ilişkilerinin daha yakın olduğu (hayati çıkarlarının merkezi) akit devletin mukimi sayılacaktır. Kişinin hayati çıkarlarının merkezinin hangi akit devlette olduğu belirlenemiyorsa veya bu kişinin her iki akit devlette daimi olarak kalabileceği bir meskeni yoksa, bu durumda, bu kişi kalmayı adet edindiği akit devletin mukimi sayılacaktır. Kişinin her iki akit devlette de kalmayı adet edindiği bir meskeni varsa veya her iki akit devlette de böyle bir meskeni bulunmuyorsa, kişi vatandaşı olduğu akit devletin mukimi sayılacaktır. Kişi her iki akit devletin de vatandaşıysa veya hiçbir akit devletin vatandaşı değilse, akit devletlerin yetkili makamları karşılıklı anlaşmalar sonucu olayı çözümleyeceklerdir (Md.4/2.fıkra). Gerçek kişiler dışında kalan bir kişi, Md.4/1'e göre; akit devletlerin her ikisinde de mukim sayılıyorsa, bu kişi etkin yönetim merkezinin bulunduğu akit devletin mukimi sayılacaktır (Md. 4/3)⁵⁹.

Birleşmiş Milletler Modeli'nin 4. maddesinde de mali ikametgah tanımlanmıştır. Buna göre; bir akit devletin mukimi, o devletin kanunları

⁵⁸ Bkz. ARIKAN, 2007, s. 132.

⁵⁹ Bkz. ARIKAN, 2007, s. 133.

gereğince ikametgahı, meskeni, kuruluş yeri, yönetim merkezi veya benzer yapıda diğer herhangi bir ölçüt nedeniyle vergi mükellefiyetine tabi tutulan kişi anlamına gelir ve vergiyi devletin, politik bir alt bölümünün ya da mahalli bir idarenin alması durumu değiştirmez. Mukim değimi dar mükellefleri kapsamaz. Birleşmiş Milletler modelinin 4/2. ve 3. maddesi OECD modeli ile paralellik taşımaktadır⁶⁰.

OECD modelinde ikametgah (yerleşim yeri) ilkesi kabul edilmiş ancak istisnalara yer verilmiştir. Gerçek kişilerin dışındaki kişilerin gelirleri, fiili iş merkezinin bulunduğu, gayrimenkul varlıklarından elde edilen gelirler varlığın bulunduğu, servetler, bu malların bulunduğu, bazı gelir unsurları (serbest meslek kazançları, ücretler, faaliyetin icra edildiği ülkede) vergilendirilmektedir⁶¹.

Birleşmiş Milletler modelinde ise, kaynak ülke (gelirin doğduğu yer) ilkesine öncelik tanınmış, ancak kaynak ülke ilkesinin yanı sıra OECD modelinin ikametgah ilkesinin yumuşatılmış şekline de yer verilmiştir⁶².

1969 yılında OECD modelinin Türkiye'ye uygun olmayan yönlerinin değiştirilmesiyle oluşturulan Türk Modeli oluşturulmuştur. Türk Modeli, OECD Modeline dayanan ikametgah devletin vergilendirme yetkisine bağlanan bazı gelirlerin kaynak devlet tarafından vergilendirilmesine bağlanmış ve gelirin olabildiğince doğduğu ülkede vergilendirilmesini öngörerek OECD Modelinin temel çizgisinden ayrılmıştır⁶³. Ancak Türk Modeli eski ve kullanılmayan bir metin olup, geçerliliği bulunmamaktadır⁶⁴.

Türk Modelinden hareketle Türkiye'nin diğer ülkelerle yapmış olduğu anlaşmalarda gerçek veya tüzel kişilerin hangi ülkenin vergilendirme alanına gireceği "mali ikametgah" ölçüsünden hareketle tespit edilir⁶⁵.

Mali ikametgah kavramı Türk modelinin 4. maddesinde ele alınmıştır. Buna göre; bir akit devletin mukimi deyimi, o devletin kanunları gereğince ikametgahı, meskeni, kanuni merkezi, iş merkezi veya diğer benzer mahiyette herhangi bir kritere istinaden vergiye tabi tutulan tüm kişileri belirtir⁶⁶.

⁶⁰ ARIKAN, 2007, s. 133.

⁶¹ KIZILOĞ, ŞENYÜZ, TAŞ ve DÖNMEZ 2008, s. 342 ve ARIKAN 2007, s. 138.

⁶² Bkz. ARIKAN, 2007, s. 138-139.

⁶³ ARIKAN, 2005, s. 142.

⁶⁴ YALTI SOYDAN, 1995, s. 50.

⁶⁵ ARIKAN, 2007, s. 142.

⁶⁶ ARIKAN, 2007, s. 141.

Türk Modeli Md.4/3'de; gerçek kişi dışında kalan bir kişinin Md. 4/1 hükmüne göre, akit devletlerden birinin mukimi sayılması halinde, kanuni merkezinin bulunduğu akit devletlerin mukimi sayılır ifadesiyle, kanuni merkezin belirleyici olması sağlanmıştır⁶⁷.

Vergilendirme yetkisinin tespiti açısından mali ikametgâh kavramının dikkate alınması, özellikle vergi cenneti ülkelerde elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi konusunda önem taşımaktadır.

Mali ikametgâh; “Devletin vergi alma hususunda hukuki ve fiili gücü kullanmasına esas teşkil eden bir bağlantı noktası olarak oturan, bulunulan ya da işlerin yürütüldüğü yerdir”⁶⁸. “Bir vergi mükellefinin belirli bir ülkede oturduğu, bulunduğu veya işlerini yürüttüğü yerdir”⁶⁹.

Tüzel kişilerin mali ikametgâhları, bazen ülke ile ilgili hukuksal bağlantıya, bazen de ticari ya da ekonomik bağlantıya göre tespit edilir. Mali ikametgâh tespit edilirken, hukuksal açıdan; kanuni merkez, kayıtlı merkez, kuruluş yeri gibi ölçüler dikkate alınırken, ticari ya da ekonomik bağlantı yönünden ise; fiili duruma bakılır ve yönetim yeri, ana iş yeri, iş merkezi, merkezi yönetim ve denetim yeri, hissedarların mukim olduğu yerler dikkate alınır⁷⁰.

Mali ikametgâhın tespiti, özellikle çifte vergilendirmenin önlenmesi açısından önem taşımaktadır. 20. yüzyılın başlarında vergi cennetlerinin miktarında önemli artışlar olmuş ve bu artışlar 21. yüzyıla uzanmıştır. Dünyada dolaşımdaki paranın yaklaşık yarısı vergi cennetlerinde toplanmıştır. Ancak, bu durumların çok azında yatırımcılar, gerçekten fiziki olarak vergi cennetlerine yerleşmişlerdir⁷¹.

Dolayısıyla, vergi inzivası hareketinin gerçekleştiğini ifade edebilmek için, mali ikametgâh kavramının ortaya konulması ve dikkate alınması gerekmektedir.

VI- VERGİ İNZİVASI VE VERGİNİN İKAME ETKİSİ

Tarihte vergi inzivasının gerçek kişilerin Gelir Vergisi yükünde meydana gelen artışlar sonucunda gerçekleştiği görülmektedir. Bu yönüyle,

⁶⁷ TUNCER, 1974, s. 246-247 ve ARIKAN, 2007, s. 141.

⁶⁸ ARIKAN, 2007, s. 7.

⁶⁹ TUNCER 1990, s. 6 ve ARIKAN 2007, s. 7.

⁷⁰ ARIKAN, 2007, s. 7-8.

⁷¹ ARIKAN, 2007, s.12.

vergi inzivası hareketinin verginin ikame etkisi sonucunda ortaya çıktığı söylenebilmektedir.

Verginin ikame etkisini bazı yazarlarca aşağıdaki şekilde şekilde tanımlanmaktadır.

Vergi dolayısıyla, boş zamanın maliyeti (çalışma sonucunda sağlanan vergi sonrası gelirin tutarı) azalmakta olduğundan, mükellef boş durmayı tercih edecektir⁷².

İkâme etkisi, marjinal vergi oranına bağlı olarak ortaya çıkmakta, mükelleflerin çalışmaları üzerindeki etkisi ise; ortalama vergi oranı ile marjinal vergi oranı arasındaki farka bağlı olarak gerçekleşmektedir⁷³.

Verginin ikame etkisinin ortaya çıkması ile kişi veya topluluklar, vergi düzenlemelerine bağlı olarak marjinal vergi oranlarında ortaya çıkan artış sonucunda, çalışma yerine boş zamanı tercih edebilmektedirler Verginin ikame etkisi ise, çalışmanın bırakılması sonucunu doğurmaktadır⁷⁴.

Bu etkinin devamında ise kişi veya toplulukların, vergi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda bulunmayacakları alanlara göç etmeleri suretiyle vergi inzivası gerçekleşmektedir⁷⁵.

Vergi nedeniyle net geliri azalan kişinin, eski gelir düzeyini devam ettirebilmek için daha fazla çalışması verginin gelir etkisini, daha fazla çalışması yerine aylaklığı tercih etmesi ise verginin ikame etkisini göstermektedir⁷⁶.

Mükelleflerin, vergi borçlarını ödedikten sonra ellerinde kalan gelirlerinin, gerçekleştirdikleri çalışmanın yoğunluğuna ve ağırlığına kıyasla daha düşük olduğunu düşüncesiyle mükellefler çalışmayı bırakmaktadırlar. Vergi mükellefleri daha sonra, vergi ile ilgili yükümlülüklerini gerçekleştirmek zorunda bulunmayacakları yerlere göç etmekte/ yönelmekte, yasal ikametgâhlarını terk etmekte ve vergi inzivası hareketini gerçekleştirmektedirler.

Vergi inzivası hareketi; verginin ikame etkisine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Mükellefler, boş zamanı tercih etmelerinin yanı sıra, fiziksel

⁷² AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 2009, s. 488.

⁷³ Bkz. BALSEVEN, 2003, s. 220-221.

⁷⁴ BOUVIER, 2003, s. 157.

⁷⁵ BRILL, 1988, s. 121.

⁷⁶ ERDEM, ŞENYÜZ ve TATLIOĞLU, 2009, s. 195.

olarak da başka bölgelere göç etmekte, yasal ikametgâhlarını terk etmekte ve böylelikle vergi yükünün dışında kalmaya çalışmaktadırlar.

Günümüzde vergi inzivasından bahsedebilmek için yasal ikametgah kavramını yerini mali ikametgahın aldığını söylemek gerekmektedir. Mükelleflerin, vergi yükünün dışında kalmak amacıyla mali ikametgahlarını terk etmeleri durumunda vergi inzivası gerçekleşmiş olacaktır.

SONUÇ

Vergi baskısı sonucunda oluşan vergiye karşı direnme şekillerinden vergi kaçakçılığı, vergi planlaması, vergi yansımaları, vergiden kaçınma, vergi cennetlerine yönelme hareketleri kolektif (toplu)/toplumsal nitelik arz etmeyen, bireysel veya kurumsal nitelikte ortaya çıkan tepkiler iken; vergi grevi bireysel olarak da başlasa, kolektif (toplu) ve toplumsal bir tepki şekline dönüşen bir nitelik taşımakta, verginin reddi ise toplumsal niteliği ağır basan bir vergiye karşı direnme biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.

Vergi inzivası ise, hem bireysel hem de kolektif (toplu) ve toplumsal niteliği itibarıyla, vergi baskısı sonucunda ortaya çıkan, diğer vergiye karşı direnme şekillerinden farklılık göstermektedir. Vergi inzivasının bireysel bir hareket olarak başlatıp, tarihte toplu/toplumsal bir harekete dönüştüğü görülmektedir.

Geçmişte vergi inzivası hareketinin gerçekleştiğinden bahsedebilmek için, yasal ikametgah kavramını tespit etmek gerekmektedir, günümüzde vergi inzivasının oluşmasını mali ikametgah kavramının tespitine bağlamak gerekmektedir.

Gerçek kişilerin vergilendirilmesinde vergi inzivası hareketinin gerçekleşmesi için, vergi baskısına bağlı olarak ortaya çıkan vergiye karşı direnme hareketinin, bir yer değiştirme (terk etme/göç etme) özelliğini taşıması diğer bir ifadeyle fiziksel bir yer değiştirmenin söz konusu olması ve sonuç olarak yasal ikametgâhın (günümüzdeki gerçekleşme biçimi itibarıyla mali ikametgâhın) terk edilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde kurumlar açısından vergi inzivasından bahsedebilmek için de; mali ikametgâhın terk edilmesi, değiştirilmesi gerekmektedir.

Günümüzde, vergiye karşı direnme şekillerinden sadece vergi cennetlerine yönelmede ikametgahın değiştirilmesi söz konusu olmaktadır.

Ancak, vergi cenneti ülkelere yönelmenin gerçekleşmiş olması ve bu durumda vergi inzivasının gerçekleştiğinin ifade edilebilmesi için fiziksel yer değiştirme veya yasal ikametgahın değiştirilmesi şart değildir. Vergi

cenneti uygulamalarında, günümüzde vergilendirme ile ilgili ödevlerin gerçekleştirilmesine yönelik olarak belirleyici olan ikametgâh kavramı, mali ikametgâhtır. Diğer bir ifadeyle, vergi cenneti ülkelere yönelmede, mükelleflerin mali ikametgahlarını değiştirmeleri durumunda vergi inzivası hareketinden söz edebilmek mümkün olacaktır.

Vergi baskısına karşı mükelleflerin diğer direnme şekillerinde ise; fiziksel olarak yer değiştirme ve yasal (mali) ikametgâhlarını taşımaları olgusu/koşulu ortaya çıkmamaktadır.

Vergi inzivası hareketi, vergilendirmenin ikame etkisi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Vergi sonrası marjinal vergi oranlarındaki artış, kişilerin veya toplulukların çalışma yerine boş zamanı tercih etmelerine neden olmaktadır.

Vergi inzivası, tarihi süreçte vergiye karşı direnme şekilleri içinde önemli bir yer tutmuşken; çağdaş toplumlarda da belli bir dönemde, ulusal düzeyde, özellikle serbest meslek erbabının elde ettikleri gelirlere uygulanan yüksek vergi oranları nedeniyle bu kişilerin çalışmayı bırakmaları, başka bölgelere taşınmak suretiyle yasal ikametgâhlarını terk etmelerinde, vergi inzivasının mantığının bulunduğu ifade eden görüşler bulunmaktadır.

Uluslar arası düzeyde ise, günümüzde, vergi cennetlerine yönelme vergi inzivası hareketinin çağdaş toplumlardaki örneğini oluşturmaktadır. Çağdaş toplumlarda, ekonominin küreselleşmesiyle birlikte, kurumlar açısından da vergi inzivası hareketinin söz konusu olduğunu ifade edilebilmektedir.

NOTLAR

(1) Vergi baskısı; Fransızca’da l’oppression fiscale, İngilizce’de ise, fiscal oppression olarak ifade edilmektedir (Lexilogos, 2010).

(2) Mali zorlama; Fransızca’da l’abus du pouvoir fiscal olarak ifade edilmektedir (Lexilogos, 2010; Bouvier, 2003: 153-154).

(3) Vergi inzivası; Fransızca’da anachorésis fiscale, İngilizce’de ise fiscal anachoresis olarak ifade edilmektedir. (Linguaterna, 2100).

(4) İnziva kelimesi Fransızca bir kelime olup; regat edip bir tarafa çekilmek, bir işe karışmamak, Dünya işlerini bırakmak, dini meditasyona ayrılmış zaman anlamında kullanılmaktadır (Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 2010).

(5) Anachoresis kelimesi ise Latince anachoreticus kelimesinden gelmekte olup; kendini yalnızlığa mahkûm eden birleştirici din adamı, münzevi hayatı içinde yalnızlık, çekilmek, münzevi hayatı anlamında kullanılmaktadır (Lexilogos, 2010).

(6) Yasal ikametgâh; Fransızca'da la résidence légale, İngilizce'de ise legal residence olarak ifade edilmektedir.

(7) Mali ikametgâh 1963 tarihli OECD Modeli'nin 4. maddesinde fiscal domicile olarak ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- ABECASSIS, Frédéric and ARDISSON, Denis, Les Magistrats Egyptiens Variation Sociales sur le Modèle de l'État, Droit et Culture, No: 30, Paris 1995.
- AKDOĞAN, Abdurrahman, Kamu Maliyesi, 13. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009.
- AKDOĞAN, Abdurrahman, “ Vergilendirme Bilinci ve Vergi Planlaması”, Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi, 1996, C.12, Sayı: 1-2; 357-362.
- AKGÜL YILMAZ, Gülay, Kamu Maliyesi (Ders Notları), Genişletilmiş 2. Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.
- ARDANT, Gabriel , Théorie Sociologique de l'Impôt, The American Historical Association, SEVPEN, Paris 1965.
- ARIKAN, Zeynep, Türk Vergi Hukukunda Mali İkametgah, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2007.
- BAGNALL, Roger S. and W. FRIER, Bruce, The Demography of Roman Egypt, Cambridge University Press, 1994, Vol. 12, p. 37-38.
- BALSEVEN, Hale, Vergilerin Emek Arzı Üzerindeki Gelir, İkâme ve Mali Etkileri, Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi, 2003, Cilt:2, s. 217-238.
- BARILARI, André et DRAPÉ, Robert, Lexique Fiscal, Dalloz, Paris 1992.
- BAYRAKLI, H. Hüseyin, Türk ve Alman Vergi Hukukunda Vergi İkâmetgahı

- (Yayımlanmamış Doçentlik Çalışması), Afyon 1990.
- BOUVIER, Michel, Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de L'Impôt, 5. Edition, L.G.D.J, Paris 2003.
- BRILL, E.J, Forms of Control and Subordination in Antiquity, Edited by: Toru YOUNG- Masaoki DOĞI, The Society for Studys on Resistance Movements in Antiquity, Tokyo 1988.
- CAMERON, Averil and GARNSEY, Peter, *The Cambridge Ancient History*, 1992, Volume: 12, A.D, p. 193-337.
- CHOUVEL, François, L'Essentiel des Finances Publiques, Gualino Éditeur, Paris 2003.
- ÇİLOĞLU, İsmail, Kayıt Dışı Ekonominin İşleyişi ve Kamu Bütçesine Etkisi, *Hazine Dergisi*, 1998, Sayı: 11, s. 23.
- ERDEM, Metin; ŞENYÜZ, Doğan ve TATLIOĞLU, İsmail, Kamu Maliyesi, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.
- Eurostat (2010), İnternet adresi: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/statistics/themes>. Erişim tarihi: 29.12.2009.
- GREEN, Peter, Hellenistic History and Culture, University of California Press, Berkeley, California 1993.
- GROSCLAUDE, Jacques et MARCHESSOU, Philippe, Procédures Fiscales, Dalloz, Paris 1998.
- GÜNAYDIN, İhsan, Vergi Cennetlerinin Özellikleri ve Kullanımları, *Vergi Sorunları Dergisi*, Mart 1999, Sayı: 126, s. 76.
- JULIEN, Serge, “Le Refus de l'Impôt”, <http://www.oboulo.com>. Erişim tarihi: 27.01.2010.
- KIZILOT, Şükrü; ŞENYÜZ, Doğan; TAŞ Metin ve DÖNMEZ Recai, Vergi Hukuku, Yaklaşım Yayıncılık (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı), Ankara 2008.
- LAURENT, Alain et REICHMAN, Claude, Théories Contre L'Impôt, Les Belles Lettres, Paris 2009.
- Lexilogos (2010), İnternet adresi: <http://www.linguaterna.com/inziva>. Erişim tarihi: 14.12.2009. Bkz. Lexilogos.com.

- Linguaterna (2010), İnternet adresi: <http://www.linguaterna.com/anachorésis>. Erişim tarihi: 14.12.2009. Bkz. Lexilogos.com.
- MUZELLEC, Raymonde, Finances Publiques, SIREY Edition, Paris 1997.
- Osmanlıca-Türkçe Sözlük (2010), İnternet adresi: <http://www.osmanlicatürkce.com/inziva>. Erişim tarihi: 14.12.2009.
- Petit Robert I, Dictionnaire Alphabétique et Analogique de la Langue Française, Paris 2007.
- PRÉAUX, Claire, l'Économie Royale des Lagides, Arno Press, Bruxelles 1931.
- PROUDHON, P-J., Théorie de l'Impôt, L'Harmattan, Paris 2002.
- ROSTOVFTSEFF, Michael, Large Estate in Egypt in the Third Century B.C, University of Wisconsin, Studies No: 6, Madison 1922.
- TUNCER, Selahattin, Vergi Kanunlarımızda İkametgah Kavramı II, *Vergi Dünyası*, Haziran 1990, Sayı 106, s. 6-7.
- TUNCER, Selahattin, Çifte Vergilendirme ve Vergi Anlaşmaları, EİTİA Yayın No: 112, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- TURHAN, Salih, Vergi Teorisi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2550, İstanbul 1977.
- US, Vuslat, Kayıt Dışı Ekonomi Tahmini Yöntem Önerisi: Türkiye Örneği, Türkiye Ekonomi Kurumu, Tartışma Metni, Ankara 2004.
- VALLÉE, Annie, Pourquoi L'Impôt?, Voyage à Travers le Paysage Fiscal, Publi-Union Éditions, Paris 1997.
- YALTI SOYDAN, Billur, Uluslar arası Vergi Anlaşmaları, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Yayın No: 581, İşletme Ekonomisi Dizisi: 55, 1. Baskı, İstanbul 1995.
- YILDIZ, Habib, Küreselleşmenin Vergileme Üzerine Etkileri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

BOŞ

BELEDİYE LOGOLARI HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCELER

N. Münci ÇAKMAK*

ÖZET

İnsanoğlu tarih boyunca çeşitli semboller, amblemler ve simgeler kullanmıştır. Bu işaretler kurumlar, devletler ve şirketler gibi yapılar tarafından kurumsal kimliği ifade aracı olarak benimsenmiştir. Belediyeler de kendilerine özgü logolar kullanmak suretiyle kendilerini ifade etmektedirler. Belediye logolarının halk tarafından yeterince tanınmadığını düşünmekteyiz. Alternatif bir yöntem olarak da bütün belediyeler için geçerli, tek tip bir belediye logosu kullanılmasının daha yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, Belediye, Belediye logoları, Belediye amblemleri, Logo

SOME THOUGHTS ABOUT MUNICIPALITY LOGOS

ABSTRACT

Mankind used different kinds of symbols, emblems and signs throughout the history. These signs are used by organizations, states and firms in order to assign their institutional identity. Municipalities are also show their institutional identities by the help of their logos. We think that municipality logos are not recognized by residents. As an alternative choice for providing utilization, we suggest using only one kind and monotype municipality logo for all municipalities.

Keywords: Administrative Law, Municipality, Municipality logos, Municipality emblems, Logo

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I-Giriş

İnsan topluluklarının kendilerini çeşitli sembol, bayrak, işaret, amblem gibi araçlarla ifade etmesi eski bir olgudur. İnsanın sosyal hayata geçmesi ile birlikte dünyanın farklı coğrafyalarında farklı topluluklar ortaya çıkmış, o dönemlerin yaşam standardının bir sonucu olarak okur-yazar oranının düşük olması nedeniyle toplumlar düşüncelerini arma ve simgelerle anlatmaya başlamışlardır.¹ İlk çağ toplumlarından günümüze kadar bazı bireyler, aileler, ticari örgütler, siyasi oluşumlar, klanlar, beylikler ve devletlerin, çeşitli sembol ve ifade biçimleri kullandıkları bilinmektedir.

Evensel iletişim, insanoğlu var olduğundan bu yana kullanılmakta olup; Çin ve Mısır gibi eski uygarlıkların eserlerinde yansıttığı üzere işaretler, simgeler ve el işareti gibi yöntemlerle başlamıştır.²

İnsanoğlunun göstergelerle, biçimlerle, simgeler ve imgelerle çepçevre sarıldığını ve bu dünya içinde de yaşamak zorunda olduğunu söylememiz mümkündür.³ Bu nedenle logolar, işaretler, semboller her zaman var olmuştur ve olmaya da devam edecektir.

Arma ve simgeler ilk olarak soyluların, kralların ve kentlerin kullandıkları işaretlerde karşımıza çıkmaktadır.⁴

İnsanlar arasındaki işbirliği ve örgütlenme sonucu oluşan çeşitli yapılar, örnek olarak şirketler, dernekler, vakıflar, kamu kurum ve kuruluşları, yerel yönetimler, Cumhurbaşkanlığı, Yüksek Mahkemeler, Silahlı Kuvvetlere ait birimler de zaman içinde kendilerine özgü amblemler ve logolar kullanmaya başlamışlardır.

Bazı işaretler ise belli bir topluluğun ortak özelliğini yansıtmak yerine ulusal ve uluslararası alanda faaliyet gösteren kurumları temsil etmek (mesela Birleşmiş Milletler) veya evrensel anlamda insanlara kolaylık sağlamak için oluşturulmuş olabilirler (ör: havaalanı işareti, telefon işareti gibi).

¹ ÇALIŞ, Ece/BAYRAKTAROĞLU, Ali M., “Amblem ve Logo Tasarımlarında Yalınlaştırmalar”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Hakemli Dergisi*, ART-E, Cilt 3, Sayı 6, Yıl 2010, s. 6-7 (07.08.2012 tarih, bkz. <http://edergi.sdu.edu.tr/index.php/gsfed/article/view/2551/2314>).

² FRANGIALLI, Francesco, *Tourism Signs and Symbols, A Status Report and Guidebook*, World Tourism Organization, 2001, s. i.

³ GÜNAY, B./DOĞAN, V., “Görsel Okuryazarlık ve İmgenin Anlamlandırılması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Hakemli Dergisi*, S. 1, Y. 2008, s. 2.

⁴ ÇALIŞ, Ece, *Amblem ve Logo Tasarımlarında Yalınlaştırmalar*, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Güzel Sanatlar Enstitüsü, Isparta 2008, s. 6.

Türk Dil Kurumu Güncel Türk Sözlük, sembol, logo, amblem, arma, simge kavramlarını şu şekilde tanımlamaktadır:

- Sembol, simge ile eş anlamlı olup “*duyularla ifade edilemeyen bir şeyi belirten somut nesne veya işaret, alem, remiz, rumuz, timsal*” anlamındadır.⁵

- Logo (imlek): “*Bir kurum veya kuruluşun kendine seçtiği, bazı ticaret eşyası üzerine konulan, o eşyayı üreten veya satanı tanıtan resim, harf vb. özel işaret*” olarak tanımlanmaktadır.⁶

- Amblem (belirtke): “*Soyut bir şeyin, bir kavramın sembolü olan varlık veya eşya*” olarak tanımlanmıştır.⁷

- Arma, “*Bir devletin, bir hanedanın veya bir şehrin simgesi olarak kabul edilmiş resim, harf veya şekil, ongun*” anlamındadır.⁸

Amblem, “*ürün ya da hizmet üreten kuruluşlara kimlik kazandıran, sözcük özelliği göstermeyen, soyut ya da nesnel görüntülerle ya da harflerle oluşturulan simge*” olarak tanımlanırken⁹ logo (logotype), iki ya da daha fazla tipografik karakterin sözcük halinde okunacak biçimde bir araya getirilmesiyle oluşturulan ve bir ürün, kuruluş ya da hizmeti tanıtan simgeler olup markanın görsel simgesi olan bir amblem ile markanın/kuruluşun isminin ayırt edici biçimde bir araya gelmesiyle oluşur.¹⁰ Logo, bir şirketin, nesnenin, yayının, kişinin, hizmetin veya bir fikrin belirgin sembolüdür.¹¹

Ancak halk arasında yukarıda yer alan kavramların çoğu aynı anlamda kullanılmaktadır. Konuşma dilinde kavramsal farklılıklara dikkat edilmemekte, bir şeyi sembolize eden kavramlar genel olarak aynı anlamda ve aynı kelimeler ile ifade edilmektedir.

Özetle sembol kullanmak bir topluluğu veya kişiliği diğer topluluklardan veya kişilerden ayırmak için kullanılan şekiller ve/veya yazılar olarak nitelendirilebilir.

⁵ www.tdk.gov.tr

⁶ www.tdk.gov.tr

⁷ www.tdk.gov.tr

⁸ www.tdk.gov.tr

⁹ ÇALIŞ, 2008, s. 31.

¹⁰ ÇALIŞ, 2008, s. 31.

¹¹ ADAMS, Sean/MORIOKA, Noreen/STONE, Terry, **Logo Design Workbook: a hands-on guide to creating logos**, Rockport Publishers Inc. 2006, s. 16.

Sembollerdeki şekiller ve kompozisyonlar topluluğun mesleğini, yaşadıkları yeri, yöresel özellikleri, siyasi düşünceler gibi hususları yansıtarak ilgili topluluğu diğer topluluklardan ayırır. Amblem, topluluklara karşı kendini belli etme faaliyetini vurgular.

Günümüzde topluluk sayısının ve çeşidinin çok fazla artmış olması nedeniyle sembol sayısı da aynı oranda artmıştır. Sayı fazlalığı nedeniyle ilgili sembolü söz konusu topluluk üyelerinden başka kişiler tanımakta zorlanmaktadır.

İyi bir amblem ya da logonun; ilgili kuruluşun ya da ürünün özelliklerini yansıtması, özgün olması, renk ve biçim açısından bütünlük içinde olması, logoların okunabilir olması, çok harf olduğu hallerde okunabilirliğinin bozulmaması özelliklerini taşıması gerekmektedir.¹²

Çalış'a göre amblemlerin önemli özelliği, okuma yazması olan veya olmayan bütün insanlara, tüm topluma seslenebilmesi ve insanların zamanla amblem ile bütünleşebilmeleridir. Bu da amblemin akılda kalıcılık özelliğini vurgulamaktadır.¹³

Konumuz belediye logoları olduğu için bundan sonraki açıklamalarımız belediyelerle ilgili ve sınırlı olacaktır.

II- Belediyelerin Kullandığı Logolar

Belediyeler (büyükşehir, ilk kademe, ilçe belediyeleri, okuyucuya kolaylık olması amacıyla hepsi için ortak olarak belediye kavramı kullanılacaktır) kendilerini diğer topluluklardan ayırmak ve kendi kurum kimliklerini ifade etmek için logo kullanılmaktadır. Bu logolar incelendiğinde çok çeşitli figürlerin-nesnelerin temada yer aldığı göze çarpmaktadır. Birkaç örnek vermek gerekirse;

1- Yörede yetişen ürünler: Kiraz, buğday, üzüm...

2- Taşıtlar: Tekne, kayık...

3- Sanayi mamulleri: Ayakkabı...

4- Yörenin sahip olduğu tarihi yapılar: Köprü, kule, tarihi bina, cami, kale, sur...

¹² GEMCİ, Remzi/GÜLŞEN, Gamze/KABASAKAL, F. Müge, "Markalar ve Markalaşma Şartları", *Uludağ Üniversitesi Mühendislik-Mimarlık Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, Yıl 2009, s. 110.

¹³ ÇALIŞ, 2008, s. 31.

5- Hayvan veya bitkiler: Ağaç, yaprak, başak, lale, kuş, balık...

6- Coğrafi şekiller: Deniz, dağ, göl, nehir...

7- Diğer şekiller: Baş harfler, tek bir harf, dünya, hilâl, güneş, bayrak, zeytin dalı, çelenk, insan figürü, çeşitli süsleme motifleri, geometrik şekiller, rüzgar gülü, enerji santrali, teleferik, yel değirmeni vb.

Bu şekiller soyut veya somut biçimde logoya yansıtılmaktadır. Tek başına kullanıldıkları gibi iki veya daha fazla figür de logolarda yer alabilmektedir.

Belediyelerce kullanılan logoların (kanun amblem kelimesini tercih etmiştir) belirlenmesi mevzuatta şöyle düzenlenmiştir: 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun, Belediye Meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 18/n. maddesine göre; "Meydan, cadde, sokak, park, tesis ve benzerlerine ad vermek; mahalle kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi, adlarıyla sınırlarının tespiti ve değiştirilmesine karar vermek; beldeyi tanıtıcı amblem, flama ve benzerlerini kabul etmek" belediye meclisinin görev ve yetki alanındadır. Bu ad verme, tanıtıcı amblem ve flama kullanımının yapılış usulü ise aynı Kanunun 81. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: "Cadde, sokak, meydan, park, tesis ve benzerlerine ad verilmesi ve beldeyi tanıtıcı amblem, flama ve benzerlerinin tespitine ilişkin kararlarda; belediye meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğu, bunların değiştirilmesine ilişkin kararlarda ise meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun kararı aranır. Bu kararlar mülkî idare amirinin onayı ile yürürlüğe girer." Büyükşehir belediyelerinde ise; 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu bu konuyu Belediye Kanunu gibi özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak 5216 sayılı Kanunun 12. ve 28. maddeleri¹⁴ uyarınca Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda düzenleme olmayan konularda Belediye Kanunu uygulanacağı için, büyükşehir belediyelerinin logo, amblem, flama vb. işlemlerinde de büyükşehir belediye meclisi görevli ve yetkili olacak, yapılış usulü de yine Belediye Kanunu'nda yer alan biçimde gerçekleşecektir.

Belediyeler logolarını seçerken anket, oylama, araştırma, yarışma gibi yöntemlere de başvurabilirler. Logonun içeriğini belirlemede her hangi bir sınırlama yoktur.

¹⁴ 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu Madde 12: "Büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediye meclisleri ile bunların çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlarda Belediye Kanunu hükümleri uygulanır."

Madde 28: "Belediye Kanunu ve diğer ilgili Kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri ilgisine göre büyükşehir, büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediyeleri hakkında da uygulanır."

III- Logolarla ilgili yaşanan sorunlar

Logolarla ilgili olarak yaşanan sorun, çoğu logonun aynı ilde yaşayan vatandaşlarca bile bazen tanınmaması, sadece o belediyeye ait bölgedeki vatandaşların kendi belediyelerinin amblemlerine aşina olmalarıdır. Başka bir ifade ile belediyenin tanınması için logoların yeterli olmadığını düşünüyoruz. Çoğu halde amblemlerin alt kısmında belediyenin adı yazmıyor ise bu amblemlerin bilinmesi veya tanınması çok zordur. Güncel olan veya tanınmış bazı belediyelerin dışında kullanılan logolara dayanılarak bir logonun bir belediyeye ait olduğunu mümkün olmadığı gibi, yine altında isim yazmadığı sürece söz konusu logonun bir belediyeye ait olup olmadığını anlamak bile olanaksızdır.

Belediyelerin daha doğrusu büyükşehir belediyelerinin logolarıyla ilgili olarak yaşanan bir başka sorun ise logonun tüm ilin logosuymuş gibi değerlendirilmesi veya algılanması hususudur. Aslında belediye logosu öncelikle belediyelerin diğer belediyelere karşı kendilerini ifade aracıdır. Daha doğrusu öyle algılanmalıdır. Şehrin logosu ise farklı bir olgudur. Buna karşılık bazı hallerde logo büyükşehir belediyesine ait olmasına rağmen, ilgili ili temsil ettiği gibi bir anlayış söz konusu olabilmektedir. Bir mahalli idarenin logosu, neredeyse il ve ilde yaşayanlar ile özdeşleşmektedir. Her hangi bir kentte yaşayan insanların bu kentle olan duygusal bağları ile hemşeri gururu ve aidiyetin kurulmasında kentin tarihi dokusu ve doğal güzellikleri ile şekillenen turistik yapısı, manevi kültürel zenginlikleri, kahramanlar gibi çeşitli faktörlerin etkisi olsa da¹⁵ bu türden aidiyet duygularının arasına belediye logosu katmamak ve kentliliği bu logo ile özdeşleştirmemek gerekir. Şehir veya il logosunun amacı, potansiyel ziyaretçilere ilin/şehrin tanıtılmasına yardımcı olmak ve yaşayanların kente yönelik kimlik duygusunu güçlendirmektir.¹⁶

Logonun bu derece sahiplenilmesi, logonun değişmesi halinde bazı problemlerin yaşanmasına yol açmaktadır. Bazı durumlarda çeşitli sebeplerden dolayı logolar değişmektedir. Örneğin Ankara Büyükşehir Belediyesi logosu çeşitli kereler değiştirilmek istenmiş, bu logo değişikliği karmaşık hukuki olayların yaşanmasına neden olmuştur.¹⁷

¹⁵ KURT, Nihat, “Kent Hizmetlerinin Geleceğinde Kentsel Sorumluluklar ve Kent Kültürünün Geliştirilmesi Stratejileri”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, (9:2), 2011, s. 266.

¹⁶ LISIAK, Agata Anna, *Urban Cultures in (Post) Colonial Central Europe*, 2010 Purdue University Press, s. 84.

¹⁷ Bkz. ÖZER, Atilla, “Türkiye Cumhuriyeti’nin Başkenti Ankara İçin Düşünülen Amblem ve Tartışmalar”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, Yıl 2002-2003, s. 98 vd.

Bir hususa daha dikkat çekmek istiyoruz. Çalış; amblem ve logo/ logotype tasarlanırken, özgünlüğüne, kolay algılanabilirliğine, tüm kullanım alanlarında uygulanabilirliğine, zaman içindeki dayanıklılığına dikkat edilmesi gerektiğine işaret etmekte, logoların büyütüldüğünde ve küçültüldüğünde, simge özelliklerini koruyabilmesi ve biçimsel bozulmalar yaşanmaması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁸ Frangialli de sembollerde yer alan resim, kelime, nesne ve fikirlerin geniş oranda anlaşılabilir olabilmesi için basit ve evrensel ihtiyaçları karşılayabilir nitelikte olması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁹ Belediyelerin logolarını incelediğimizde bazı belediyelerin logolarının anlaşılması güç semboller içerdiği, bazılarının ise boyutlarının değiştirilmesi esnasında detayların kaybolduğu gözümüze çarpmaktadır. Bundan daha önemlisi belediye logolarının zamana direnip direnmemesi gerektiğinin bir zorunluluk olup olmadığıdır. Belediye hizmetleri, özel sektör bakış açısı ile yerine getirilmemelidir. Faaliyetler özel hukuka tabi de olsa, hizmet özel kişilere gördürülüyor bile olsa kamu hizmeti görme niteliği ağır basar. Bu nedenle belediye logoları özel firmalara ait logolar gibi değerlendirilmemelidir. Belediyeler şirket değildir, belde halkı da şirket müşterisi değildir. Bu nedenle logonun bir ürünü veya hizmeti tanıtmaya gibi amaçları belediyelerin ürettiği mal veya hizmetler için geçerli olmamalıdır.

IV- Sonuç ve Öneriler

Yaşanan problemler ve önerilerimiz şunlardır:

Belediye logosunun o beldedeki kişileri, beldeyi, ilçeyi veya ili temsil ettiğine dair bir inanç söz konusudur. Gerçekte logonun belediye tüzelkişiliğini temsil etmesi gerekir. Nasıl ki bir şirketin logosu sadece o şirketi ifade eder, müşterileri ifade etmez ise, belediye logoları da sadece o belediyeyi ifade eder. Bu nedenle, belediyeye ait logo ilgili şehrin, kentin, kasabanın simgesi olarak algılanmamalıdır.

Amblemlerin uluslararası alanda veya ülkeye gelen yabancılar tarafından tanınması mümkün değildir. Ayrıca diğer illerde yaşayan kimselerin de tanıyabilmesi istisnalar hariç çok zordur. Hatta aynı ildeki başka belde sakinleri de ilgili belediyenin logosunu tanınamamaktadır. Bunu engellemenin tek yolu logonun altına belediyenin adının yazılmasıdır. Yazı yazdıktan sonra da belediye logolarının birbirlerin farklı olmasının bir anlamı kalmamaktadır. O halde bütün belediye logolarının aynı olmasında veya ortak olmasında - mesela tek bir ulusal veya uluslararası logo - bir sakınca olmadığını düşünüyoruz.

¹⁸ ÇALIŞ, 2008, s. 32.

¹⁹ FRANGIALLI, 2001: i

Tek bir ortak logo olmalı, altında da ilgili belediyenin adı yazmalıdır. Bu durum demokrasiye veya mahalli idarelerin özerk yapısına aykırı olarak düşünülmemelidir çünkü belediye logosu belediye sınırları yaşayan insanları temsil etmez, bir kamu kuruluşu olarak belediye tüzelkişiliğini ifade eder. Nasıl ki isimleri ve yapıları farklı olsa da tüm dünyadaki havaalanları, hastaneler, restoranlar gibi hizmet birimleri aynı logo ile tasvir edilebilmektedir, belediyeler de aynı logo ile benliklerini ifade edebilirler. Bu kültürel bir yanlıştır da değildir, sözgelimi logoda yer alan bir tarihi eser nedeniyle ilgili logonun o yerleşim yerini veya tarihi, kültürü tanıtıyor olması iddia edilebilir ancak bu da dikkat edilirse halktan farklı olmakta, sonuçta mahalli bir alanı tanıtarak yine insan unsurundan kopmaktadır. Neticede belediye logoları hiçbir zaman halkın simgesi olmamaktadır.

Kabul etmek gerekir ki logoları tek tip hale getirmek, bir örgüt olarak belediyelerin örgütsel görünüm açısından imajını olumsuz yönde etkileyebilir. Bilindiği gibi imaj, bir dizi bilgilenme sürecinin sonunda ulaşılan imgedir.²⁰ Tek tip hale getirilmiş logolar bu bilgilenme sürecini zedeleyebilir. Örgütsel görünüm başlığı altında ele alırsak belediyenin fiziki yapısı ile ilgili olan, logo, yazı karakteri, binaların mimarisi, çevre düzenlemesi ve temizliği... gibi unsurlar yerel yönetimin toplum tarafından algılanması açısından da son derece önemlidir.²¹ Yerel yönetimlerin; yerel kültür ile örf ve adetlerin korunmasına katkısı olduğu düşünüldüğünde²² söz konusu bölgeye ait değerlerin logodan çıkartılması genel anlamda o beldenin kültürel zenginliğinin tanıtılmasını engelleyici bir faaliyet olarak nitelendirilebilir. Netice itibarıyla belediye logolarını tek tip hale getirmek belediyelerin kurumsal kimlikleri üzerinde olumsuz etkilere sebep olabilir. Bilindiği üzere kimlik, herhangi bir nesneyi belirlemeye yarayan, onu türdeşlerinden ayıran özelliklerin bütünü olup²³ belediye açısından ele aldığımızda bir belediyeyi diğer belediyeden ayırmaya yarar. Bu nedenle logoları aynı hale getirmek bu açıdan sakıncalı olabilir.

²⁰ GÖKDENİZ, Ayhan/AŞIK, Nuran, “Küresel Rekabet Ortamında Turizm İşletmelerinde Söyut İmaj Oluşturma”, *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 11, Sayı 20, Yıl 2008, s. 136.

²¹ PARILTI, Nurettin/TOLON, Metehan, “Yerel Yönetimlerde İmaj Kavramı ve Olası Sonuçları”, *I. Uluslararası Yerel Yönetimler Üniversite ve Sanayi İşbirliği Sempozyumu*, 23-24 Ekim 2003, Gazi Üniversitesi - Ankara - Türkiye, s. 7.

²² YÜKSEL, Fatih, “Sosyal Devletin Dönüşüm Sürecinde Yerel Yönetimlerin Yeni İşlevleri”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62-1, Yıl 2007, s. 290.

²³ ÖZTÜRK, Gülay, “Logonun Kurum Kimliği Üzerindeki Etkisi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 5, Sayı 9, Bahar 2006/I, s. 2.

Burada bir tercih yapmak gerektiği kanaatindeyiz. Birbiri ile çatışan iki ayrı değer söz konusudur. Ya kurumsal kimliğe öncelik tanınacak ya da ulusal veya evrensel ölçekte tanınabilirliğe öncelik verilecektir.

Bir beldeyi bir veya birkaç sembolle ifade etmenin gereksizliği ve o beldedeki diğer değerlerin ikinci plana itilmesi sorunu da gündeme getirmektedir. Belli bir tarım ürününü, yörede yetişen meyveyi veya tarihi yapıyı logoya yerleştirmek demek diğer ürünlerin ve ayırıcı unsurların ikinci plana atıldığı hissini uyandırmaktadır. Bütün ürünlerin ve eserlerin logolara yerleştirilmeleri de mümkün olmadığına göre, en ünlü olan simgeyi seçme faaliyetinin her hangi bir yararı olduğunu düşünmüyoruz.

Her ne kadar belediyelerde yerel olma özelliği ağır bassa da günümüzde belediye sınırları arasında insanlar daha fazla yer değiştirir hale gelmiştir. Bu durum farklı iller açısından geçerli olduğu gibi aynı il veya şehir içinde de geçerlidir. Mesela gün içinde eve dönmek, işe gitmek ve alış-veriş yapmak amacıyla hareket eden insanlar, farklı belediyelerin sınırları içerisinde kalan alanlarda vakit geçirmektedir. Böyle olunca da artık insanlar sadece yaşadığı evin ait olduğu belediyeye bağlı kalmamakta ve hizmet beklememekte, farklı belediyelerin hizmetleri ile muhatap olmaktadırlar. Büyük bir kentte yaşayan veya başka illere yolculuk yapan insanlar artık birden çok belediyenin sakiniymiş gibi hizmet beklemektedirler. Büyükşehir belediyesi olan kentlerde zaten her vatandaş otomatik olarak en az iki belediye sakini durumundadır. Birincisi yaşadığı yerin belediyesi ikincisi ise büyükşehir belediyesidir. Gün içinde yapılan yer değiştirme faaliyetlerinin bir sonucu olarak bu sayı da haliyle artmaktadır. Bu karmaşık yapıya il özel idareleri, köy ve merkezi idareyi kattığımızda birden çok idare ile muhatap konumunda olan birey ile karşı karşıya kalırız. Kimden hangi hizmeti aldığını her zaman bilemeyen insanlar bütününden oluşan vatandaşlardan, logoları tanımasını beklemek biraz haksızlıktır.

İlginçtir ki yerel yönetimlerin önemi; küreselleşme, uluslararası örgütlerin daha etkin hale gelmesi ve bilgi-iletişim teknolojilerindeki hızlı gelişimle beraber hızla artmaktadır.²⁴ Bugün küreselleşme; mal, hizmet, sermaye ve insanların serbestçe dolaşımını öngörmektedir.²⁵ Bu süreçlerin beraberinde getirdiği başka bir konu da yukarıda izah etmeye çalıştığımız

²⁴ EMİNİ, Filiz Tufan/KOCAOĞLU, Mustafa, "Bilişim Teknolojileri Kullanımının Hizmet Sunumuna Etkileri: Konya İl Özel İdaresi Örneği", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, Y. 2011, s. 181.

²⁵ DEMİRCAN, Esra Sivrekli, "Yeni Ekonomik Düzendeki Küreselleşme Yerelleşme Bağlamında Belediyelerde Yeni Mali Yönetim Anlayışı", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Sayı 30, 2008, s. 101.

gibi daha fazla sayıda insanın bir araya gelmesidir. Gerek coğrafi olarak gerekse bilgisayar ortamında bir araya gelişlerin artması, kendini sembolle ifade edilecek olan birey sayısını da artırmaktadır. Yaşanması muhtemel bir logo karmaşasının ilacı ise evrensel veya ulusal logolar kullanmaktır. Burada kastımız başkalarının evrensel logoları olmayıp kendimize ait olan ve belediyelerin şahsi özelliklerinden ziyade bir belediye olmalarını ifade eden logolardır.

Küreselleşme, yerelleşme olgusunu daha fazla gündeme getirmekte, yerele ait olan değerlerin kaybedilmesi endişesini de beraberinde getirmektedir.²⁶ Başka bir ifade ile yerel değerlerin sanki küreselleşme ortamında yitip gideceği endişesi vardır. Bu itibarla konumuz açısından düşünürsek, beldelerin dünya ölçeğinde ve kültüründe kaybolmamaları, o beldeye hizmet götüren belediyenin kurumsal kimliğinin korunması açısından yöreye ait değerleri içinde bulunduran logoların yararlı olacağı düşünülebilir. Beldeye ait değerlerin logoda yer alması bütün dünyaca tanınmasının yanında beldeye ait değerlerin korunmasını da sağlar. Tek tip logo ile bunu başarmak söz konusu olamaz. Bunu kabul etmekle beraber belediye logolarının tek tip olmasının vatandaşlar açısından daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. .

²⁶ ARSLAN, Nagehan Talat, “Yerelleşme, Özerklik ve Demokratikleşme Açısından Mahalli İdareler Hakkında Bir Değerlendirme”, *C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 32, No: 2, Yıl 2008, s. 264.

KAYNAKÇA

- ADAMS, Sean/MORIOKA, Noreen/STONE, Terry, **Logo Design Workbook: a hands-on guide to creating logos**, Rockport Publishers Inc. 2006.
- ARSLAN, Nagehan Talat, “Yerelleşme, Özerklik ve Demokratikleşme Açısından Mahalli İdareler Hakkında Bir Değerlendirme”, **C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 32, No: 2, Yıl 2008, (s. 263-282).
- ÇALIŞ, Ece, **Amblem ve Logo Tasarımlarında Yalınlaştırmalar**, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Güzel Sanatlar Enstitüsü, Isparta 2008.
- ÇALIŞ, Ece/BAYRAKTAROĞLU, Ali M., “Amblem ve Logo Tasarımlarında Yalınlaştırmalar”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Hakemli Dergisi**, ART-E, Cilt 3, Sayı 6, Yıl 2010, (s. 1-22). (erişim tarihi 07.08.2012, bkz. <http://edergi.sdu.edu.tr/index.php/gsfed/article/view/2551/2314>).
- DEMİRCAN, Esra Siverekli, “Yeni Ekonomik Düzendeki Küreselleşme Yerelleşme Bağlamında Belediyelerde Yeni Mali Yönetim Anlayışı”, **Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı 30, 2008, (s. 99-128).
- EMİNİ, Filiz Tufan/KOÇAOĞLU, Mustafa, “Bilişim Teknolojileri Kullanımının Hizmet Sunumuna Etkileri: Konya İl Özel İdaresi Örneği”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 2, Y. 2011, (s. 179-200).
- FRANGIALLI, Francesco, **Tourism Signs and Symbols, A Status Report and Guidebook**, World Tourism Organization, 2001. (www.unwto.org)
- GEMCİ, Remzi/GÜLŞEN, Gamze/KABASAKAL, F. Müge, “Markalar ve Markalaşma Şartları”, **Uludağ Üniversitesi Mühendislik-Mimarlık Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1, Yıl 2009, (s. 105-114).
- GÖKDENİZ, Ayhan/AŞIK, Nuran, “Küresel Rekabet Ortamında Turizm İşletmelerinde Soyut İmaj Oluşturma”, **Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 11, Sayı 20, Yıl 2008, (s. 134-149).
- GÜNAY, B./DOĞAN, V., “Görsel Okuryazarlık ve İmgenin Anlamlandırılması”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Hakemli**

- Dergisi**, S. 1, Y. 2008, (s. 1-29).
- KURT, Nihat, “Kent Hizmetlerinin Geleceğinde Kentsel Sorumluluklar ve Kent Kültürünün Geliştirilmesi Stratejileri”, **Yönetim Bilimleri Dergisi**, (9:2), 2011, (s. 264-278).
- LISIAK, Agata Anna, **Urban Cultures in (Post) Colonial Central Europe**, 2010 Purdue University Press.
- ÖZER, Atilla, “Türkiye Cumhuriyeti’nin Başkenti Ankara İçin Düşünülen Amblem ve Tartışmalar”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 2, Sayı 1, Yıl 2002-2003, (s. 95-108).
- ÖZTÜRK, Gülay, “Logonun Kurum Kimliği Üzerindeki Etkisi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 5, Sayı 9, Bahar 2006/I, (s. 1-17).
- PARILTI, Nurettin/TOLON, Metehan, “Yerel Yönetimlerde İmaj Kavramı ve Olası Sonuçları”, **I. Uluslararası Yerel Yönetimler Üniversite ve Sanayi İşbirliği Sempozyumu**, 23-24 Ekim 2003, Gazi Üniversitesi - Ankara - Türkiye, s. 1-10 bkz. <http://w3.gazi.edu.tr/web/metehan/1.pdf> (erişim tarihi 15.08.2012).
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (erişim tarihi 25 Temmuz 2011).
- YÜKSEL, Fatih, “Sosyal Devletin Dönüşüm Sürecinde Yerel Yönetimlerin Yeni İşlevleri”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 62-1, Yıl 2007, (s. 279-298).

**TÜRKİYE’DE
KAMU PERSONELİNİN VERİMLİLİĞİNİN
ARTTIRILMASINDA HUKUKİ ARAÇLAR ve YARGI KARARLARI**

Selami DEMİRKOL*

Emre AKBULUT**

ÖZET

Toplumsal yaşamın huzur içinde devam etmesi ve bu suretle idarenin varlık sebebinin gerçekleşmesi için, kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi gerekmektedir. Kamu hizmetlerinin doğru şekilde ve zamanında ifa edilmesi ise, kamu personelinin çalışmalarından beklenen verimin alınmasına bağlıdır. Ne var ki ülkemizde kamu personelinin istenilen verimlilikte çalışmaması kimi zaman yakınma konusu olmakta ve hukuk kurallarının yetersizliği ile yargı kararları, bu durumun sebepleri arasında değerlendirilebilmektedir. Bu çerçevede bu makale ile “kamu personelinin verimliliğinin artırılması konusunda ulusal mevzuat hükümlerinin yeterli olup olmadığı” incelenerek, “mevcut hukuk kuralları ile yargısal kararların, kamu personeline beklenen verimin sağlanmasında gerçekten olumsuz bir rol oynayıp oynamadığı” sorusu cevaplandırılmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu personeli, verimlilik, kamu personeli güvenceleri, kamu personeline ilişkin mevzuat hükümleri, kamu personeline ilişkin yargı kararları

**LEGAL INSTRUMENT AND VERDICT RELATED TO ENHANCING THE
EFFICIENCY OF CIVIL SERVANT IN TURKEY**

ABSTRACT

For a sustained social life in peace in this wise to fulfill the purpose of existing of administrative authority, the public services must be carried out without a hitch. However in our country, inadequacy of civil servant sometimes becomes the issue of complaint and inadequacy of legal rules and verdict may be evaluated as one of the reason of this kind of complaint in fact. In this frame, this article aims to answer these two question; the legislation is sufficient for enhancing the efficiency of civil servant in Turkey or not behind this is it possible to evaluate the legal rules and verdict as a reason of inefficiency of civil servant.

Keywords: Civil Servant, Efficiency Of Civil Servant In Turkey, Indemnity of Civil Servant, Legislation Related to Civil Servant, Verdict Related to Civil Servant

* Dr., Danıştay Üyesi

** Dr., İdari Hâkim

I. GİRİŞ

Kamu idarelerinin varlık sebebi, temel olarak insanların toplum halinde yaşamalarından kaynaklanan ve tek başlarına karşılayamayacakları ihtiyaçlarının giderilmesidir. Bir diğer ifadeyle kamu idareleri, “*toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetler*”¹ şeklinde tanımlanabilecek kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için kurulmuşlardır. Bu hizmetlerin etkin ve ihtiyaca uygun şekilde ifa edilebilmesi kamu yönetimi disiplininin, hukuka uygun şekilde yerine getirilebilmesi de idare hukuku disiplininin uğraş alanları arasında bulunmaktadır.

Günümüzde toplumsal yaşam siyasal, ekonomik ve özellikle teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok hızlı şekilde değişmekte; bu da kamu hizmeti anlayışının durağanlığını engellemektedir. Zira söz konusu değişim hem kamu hizmetlerinin görülüş biçiminin farklılaşmasını gerektirmekte, hem de bireyler ve toplum açısından kamu idarelerince tatmini gereken yeni ihtiyaçlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin kısa süre öncesine kadar “güvenlik” kamu hizmetinin kapsamı içinde değerlendirilemeyen “kişisel verilerin korunması”nın, bugün aynen kişilerin mallarının korunması gibi güvenlik kamu hizmetinin kapsamı içinde bulunduğunu söylemek kanımızca abartılı olmayacaktır.

Gerçek kişi olmayan, kamu tüzel kişiliğine istinaden hak ve fiil ehliyeti kullanan kamu idareleri, işlem ve eylemlerini kendileri adına hareket eden ve tüzel kişiliklerini temsil eden bireyler aracılığıyla yerine getirmektedir. Bu durum, kamu idarelerinin kamu hizmetlerini zamanında ve eksiksiz şekilde yerine getirebilmelerini, diğer faktörlerin yanı sıra öncelikle personelinin niteliğine ve çalışma şekline bağlı hâle getirmektedir. Bu çerçevede kamu idarelerinin kamu hizmetlerini gerektiği gibi yerine getirebilmeleri için; kamu personelinin “görevlerini tam ve zamanında yapmaları”, ayrıca “kamu hizmeti kavramının ve buna bağlı olarak toplumsal beklentiler ile mevzuat hükümlerinin geçirdiği hızlı değişime ayak uydurabilmeleri” zorunluluk arz etmektedir.

Bununla birlikte kamu personelinin görevlerini istenildiği şekilde yerine getirmemeleri, kamu personelinin beklenen verimin alınamaması zaman zaman şikayet konusu olmakta² ve kamu personeli sisteminde reform

¹ Aydın GÜLAN, Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD, Yıl 9, S:1-3, 1988, syf.148

² “Bakan Bayraktar: Memur ol, sonra yat, uzan, para kazan... Böyle bir şey yok.” <http://www.radikal.com.tr/radikal.aspx?atype=radikaldetayv3&articleid=1127007&category>

gerekliliğinin sürekli gündemde kalmasına sebebiyet vermektedir.³ Kaldı ki bu durum sadece ülkemiz açısından geçerli değildir. Örneğin son 20-30 yılda kamu personeli sistemine ilişkin reform arayışları ve uygulamaları Avrupa’da da güncelliğini korumaktadır.⁴

Türkiye’de yürürlükteki mevzuat hükümlerinde kamu personelinin görevlerini tam ve eksiksiz biçimde yapmalarını, kamu hizmetlerinin yürütümünü sekteye uğratmamalarını, daha verimli şekilde çalışmalarını sağlamaya yönelik çeşitli hukuki araçlara yer verilmiş bulunmaktadır. Ancak kamu personel sistemine ilişkin mevcut ve güncelliğini koruyan değişim arayışları, bu araçların istenilen hedeflere ulaşma açısından yeterli olmadığı yönünde izlenim uyandırmaktadır. Şüphesiz bunda söz konusu hukuki araçların kullanımı sonrasında gündeme gelen yargısal denetimin sonuçlarının (yargısal denetim neticesinde verilen iptal kararlarının sayıca fazlalığının) da etkisi bulunmaktadır.

Bu çerçevede bu çalışma ile kamu personelinin çalışmaları konusunda var olan ya da olması muhtemel bulunan yetersizlikleri ortadan kaldırmak, kamu personelinden alınan verimi arttırmak için hâlen mevzuatımızda yer alan hukuki araçların neler olduğunun ve bu araçların kullanım şekli konusunda yargı organlarının nasıl bir yaklaşım sergilediğinin ortaya konulması; nihai olarak da, “kamu personelinin verimliliğinin arttırılması için yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerinde değişiklik yapılmasının zorunlu olup olmadığı” sorusunun cevaplandırılması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla inceleme Türk Hukuku ve olan hukukun (*de lege lata*) kamu yönetiminin ihtiyaçlarına cevap verme konusundaki yeterliliği ile sınırlı tutulmuş; mukayeseli hukuk sistemlerinin değerlendirilmesi ve kamu personel sistemi açısından geçerli olabilecek ideal sistemin (olması gereken hukuk – *de lege feranda*) saptanması gibi bir arayışa girilmemiştir.

II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. KAMU PERSONELİ

a. Tanım

Türk Hukuku’nda kamu personeli hakkındaki temel norm 18.10.1982 tarihli, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 128. maddesinde yer

id=78, haber tarihi:28.03.2013.

³ “Çelik: Kamu Personeli Rejimi Çalışmamızı Tamamladık”, <http://www.memurlar.net/haber/339570/>, haber tarihi:19.02.2013”

⁴ Christoph DEMMKE, Civil Services in the EU of 27 – Reform Outcomes and the Future of the Civil Service, EIPASCOPE, 2010/2, syf.5

almaktadır. Bu maddede kamu personeli kavramının tanımına yer verilmemekle birlikte, kamu personeli, “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmuş ve hangi hizmetlerin bu personel aracılığıyla yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görül..”ecektir.

Anayasa’dan yola çıkılarak bir tanımlama yapılmaya çalışıldığında, kamu personelinin “genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yerine getiren memurlar ile diğer kamu görevlileri” olduğu belirtilebilecektir. Bu çerçevede kamu personelinin tanımlanmasında kurucu unsur olarak kamu hizmeti ön plâna çıkmaktadır. Buna göre eğer bir personelin yürüttüğü hizmet kamu hizmeti niteliği taşımıyorsa, söz konusu personelin kamu personeli olarak nitelendirilmesi de mümkün olmayacaktır.

Ancak kamu hizmeti faktörü kamu personelinin tanımlanmasında tek ölçüt değildir. Zira aksi durum, bir kamu hizmetinin yürütümüne katılmakla birlikte herhangi bir kamu idaresi ile hukukî bağlantısı bulunmayan kişilerin (örneğin özel bir sağlık kuruluşunda sağlık kamu hizmetinin yürütümüne katılan her türlü görevlinin) ya da kamu idarelerinde özel hukuk kurallarına göre istihdam edilerek bir kamu hizmetinin ifasına katkı sağlayan kimselerin (örneğin kamu idarelerinde çalışan işçilerin) de kamu personeli sayılması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle öğretilde kamu personeli tanımlanırken, kamu hizmeti unsurunun yanı sıra kamu idareleri ile kamu hukuku kurallarına göre var olması gereken hukuki bağlılık unsuruna da işaret edilerek; kamu görevlilerinin “herhangi bir kamu tüzel kişiliğinde kamu hukuku kurallarına göre çalışan kişi”⁵ şeklinde tanımlanması yoluna gidilmiştir.

⁵ Turan YILDIRIM, Nur KARAN, İdare Hukuku I, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha, 2009, syf.278. ; “... Kamu görevlilerinin kamu kesimindeki bir teşkilata bağlı olarak görev yapmaları şartı, olmazsa olmaz bir koşuldur. Bu açıdan bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından istihdam edilen kişiler kamu görevlisi sayılamayacağı gibi kamu kesimindeki bir teşkilata bağlı olmaksızın kamuya yararlı bir hizmet ifa edenler ... veya kamu hizmeti ifa edenler ... de kamu görevlisi sayılamazlar.” Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, 1. Baskı, Ankara: Seçkin, 2009, syf.545. ; “... diğer kamu görevlileri, ancak, idare ile ‘kamu hukuku’ ilişkisi bulunan ... çalışanlar olabilir...” Sait GÜRAN, Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu, Anayasa Yargısı, Cilt I, 1984, syf.199.

Belirtilmelidir ki, Anayasa’nın 128. maddesinde kamu personeli kavramının tanımlanmasında yol gösterici olabilecek bir diğer kural daha bulunmaktadır. Esasen memurlar ve diğer kamu görevlileri yani kamu personeli açısından güvenceler öngören ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan bu hüküm, “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*” şeklindedir. Bu hüküm konumuz açısından “*kamu personeli; nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenen (düzenlenmesi mecburi olan) çalışan grubudur*” şeklinde bir değerlendirme yapmaya da olanak sağlamaktadır. Nitekim bu Anayasal kural doğrultusunda memurların ve diğer kamu görevlilerinin özlük hakları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu başta olmak üzere kamu personeline ilişkin düzenlemeler öngören bir çok yasa kuralı ile kapsamlı şekilde kodifiye edilmiş bulunmaktadır.

Bu hukuki çerçeve içinde çalışmamıza konu oluşturan kamu personeli kavramı, kamu idarelerinin insan unsurunu oluşturan⁶, kamu idarelerine kamu hukuku kurallarına göre bağlı bulunan ve kamu idareleri namına kamu hizmeti yürüten⁷ kişileri ifade etmektedir. Ayrıca bu kavram, Anayasa tarafından “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” şeklinde ifade edilen her iki personel grubunu da kapsamına almaktadır. Buna göre Türk Hukuk Sistemi’nde gerek 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda tanımlanan ve bu kanun uyarınca görev ifa eden devlet memurları, gerekse kendi özel personel kanunlarına göre çalışan diğer kamu görevlileri (örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na göre istihdam edilen öğretim elemanları ve öğretim üyeleri) “kamu personeli” teriminin kapsamı içinde bulunmaktadır.

b. Kamu Personelinin Özel Sektör Çalışanlarından Farkı

Kamu personelinin özel sektör çalışanlarından temel farkı, tâbi oldukları hukukî rejimin farklılığıdır. Bu kapsamda özel sektörde yani özel hukuk kişilerine bağlı olarak çalışan personelin çalışma ilişkileri ile parasal ve özlük hakları özel hukuk kurallarına göre şekillenirken; kamu personelinin istihdamında kamu hukuku ilkeleri belirleyici olmaktadır.

Kamu hukuku kurallarının özel hukuk kurallarından temel farkı, bu kuralların geçerli kabul edildiği ilişkilerde taraflar arasında eşitlik prensibinin

⁶ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara: Turhan, 2007, syf.891.

⁷ Emre AKBULUT, Kanunî İdare İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2013, syf.126.

geçerli olmamasıdır.⁸ Bu kapsamda özel sektör çalışanları ile işverenleri niteliğini taşıyan özel hukuk kuruluşları arasında var olan ilişkilerde iradeler arasında eşitlik ilkesi geçerlidir ve taraflar, aralarındaki ilişkiyi hukuk kurallarının çizdiği çerçeve içinde sözleşme hükümlerine göre istedikleri gibi belirleyebilirler. Kamu hukuku kurallarının belirleyici olduğu “kamu personeli – kamu idaresi” ilişkisinde ise kamu personeli hakkında kamu gücü kullanma yetkisine sahip olan kamu idaresinin iradesi kamu personelininkinden üstündür ve taraflar arasındaki ilişki, kanun, tüzük, yönetmelik, talimat, yönerge gibi hukuk kuralları ile *hem kamu personeli hem de kamu idarelerini bağlayacak şekilde* devlet tarafından önceden belirlenmiştir. Bu nedenle kamu personeli kendi hukukunun oluşumunda belirleyici olma gibi bir imkândan yoksundur. Daha teknik bir anlatımla kamu personeli ile idare arasındaki ilişki statüler⁹ bir ilişkidir ve kamu personeli olmayı isteyen kişi, esasen kuralları önceden saptanmış belli bir statüye girmeye ve bu statünün tüm gerekliliklerinin kendisine uygulanmasına rıza gösteren kişidir.

Özel sektör çalışanlarının özel hukuk kurallarına göre çalışması ve dolayısıyla özel sektör çalışanları ile işverenleri arasındaki ilişkide iradeler arası eşitlik prensibinin geçerli olması, bu ilişkinin koşullarının belirlenmesinde tarafları zorlayıcı hiçbir hukuk kuralının bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Zira devletin, kamu düzenini korumak ve özellikle sosyal devlet olarak ilişkinin zayıf tarafının mağdur edilmesini önlemek amacıyla söz konusu ilişkiye belli ölçülerde müdahale etmesi gerekmektedir. Bu çerçevede örneğin 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri ile özel sektör çalışanları ve işverenler arasında düzenlenecek istihdam sözleşmelerinde uyulması gereken kurallar, sözleşmelerin sonlandırılma koşulları, çalışanların alacağı ücretin asgari sınırı, ücretin ödenme şekli ve zamanı, çalışanların izin hakları gibi pek çok konu düzenlenerek, tarafların bu gibi hususlarda kendi iradeleriyle farklı kurallar benimsemelerinin önüne geçilmiştir.

Kamu personelinin özel hukuk kurallarına tâbi olmamasının temel sonucu, devletin bu personele ilişkin konuları daha kapsamlı ve ayrıntılı şekilde düzenlemesi; ayrıca bu düzenlemeleri yaparken sadece kamu düzeninin korunmasını değil, kamu hizmetlerinin gerektiği şekilde yürütülebilmesini ve bu suretle kamu yararının teminini de sağlamayı amaçlamasıdır.

Kamu personelinin statüsünün belirlenmesine ilişkin hukuk kurallarının yoğunluğu ilk başta Anayasa’da kendini göstermektedir. Bu çerçevede Anayasa’nın öncelikle 71. maddesinde kamu hizmetine girmek

⁸ Kemal GÖZLER, *Hukuka Giriş*, 3. Baskı, Bursa: Ekin, 2006, syf.65.

⁹ Yıldızhan YAYLA, *İdare Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul: Beta, 2009, syf.283

yani kamu personeli statüsünü kazanmak bir hak olarak düzenlenmiş ve bu hakkın kullanımında temel ölçüt “görevin gerektirdiği nitelikler” şeklinde belirlenmiştir. Bunun dışında Anayasa’nın 128. ve 129. maddesinde, toplam 9 fıkra da kamu personeli ile ilgili esaslar saptanmış ve kamu personeline (özel sektör çalışanlarına nazaran) çok önemli hukukî güvenceler¹⁰ sağlanmıştır. Ayrıca Anayasa’dan sonra çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnamelerle de, sayma yoluyla tüketilemeyecek kadar çok düzenlemeyle kamu personeli sisteminin hukukî çerçevesi şekillendirilmeye çalışılmıştır.

Kamu personelinin hukukî statüsünün ayrıntılı bir şekilde ve daha güvenceli esaslara bağlanarak düzenlenmesinin amacı, şüphesiz ayrıcalıklı bir çalışan grubu oluşturmak değildir. Kamu personeline söz konusu güvencelerin sağlanmasının nedeni, ifa ettikleri görevlerin yani yürütümüne katıldıkları kamu hizmetlerinin toplum açısından taşıdığı önemdir. Diğer taraftan kendilerine tanınan güvenceler, kamu personeline ilişkin hukukî düzenlemeler bakımından madalyonun yalnızca bir yüzünü oluşturmaktadır. Söz konusu güvenceler yanında kanunlarla kamu personeline yüklenen ve özel sektör çalışanlarının tâbi olmadığı bazı yükümlülükler de bulunmaktadır. Örneğin özel sektör çalışanlarından farklı olarak devlet memurları, belli aralıklarla mal bildiriminde bulunmak zorundadır. (657 sayılı Kanun m.14) Yine aynı şekilde özel sektör çalışanları açısından böyle bir yasak bulunmamasına karşın, devlet memurlarının, yürüttükleri kamu görevi dışında, ticaret veya kazanç getirici diğer faaliyetlerde bulunmaları yasaklanmıştır. (657 sayılı Kanun m.28) Dolayısıyla kamu personeli olmak sadece yürütülen hizmetin önemine binaen hukukî güvence sağlamamakta; aynı zamanda kişilere ek bir takım hukukî yükümlülükler de getirerek, nimet-külfet dengesini tamamlamaktadır.

Bu temel farklılıklar ışığında, inceleme konumuz açısından kamu personeli ile özel sektör çalışanları arasındaki en önemli kırılma noktasını, her iki personelin görevinin sonlandırılması konusunda hukuk sisteminin yaklaşımı oluşturmaktadır. Buna göre, bir kamu idaresinin veya bir özel sektör işverenin, kendisinden beklediği verimi alamaması, görevini gereği gibi yerine getirmemesi gibi bir gerekçeyle *ya da herhangi bir nedenle*

¹⁰ Kamu personelinin niteliklerinin, atanmalarının, görevlerinin ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğu, kamu personeline savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilememesi, kamu personelinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabilmesi, kamu personeli hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılmasının, kanunla belirlenen istisnalar dışında kanunun gösterdiği merciin iznine bağlı olması gibi.

hizmetinde bulunan bir çalışanın görevine son vermek istemesi pekâla gündeme gelebilecektir. İşte bu noktada her iki hukuk sujesinin hukuken sahip olduğu imkânlar, her iki hukuk sujesine bağlı şekilde çalışan personel grubunun (kamu personeli ile özel sektör çalışanlarının) tâbi olduğu hukuki rejimin sonuçlarının somutlaşmasını sağlamaktadır.

Bu çerçevede özel sektör işvereni açısından konu ele alındığında, 4857 sayılı İş Kanunu gereğince özel sektör işverenin herhangi bir çalışanın görevine son verebilmesi için, belli miktarda tazminat ödemek dışında hukukî hiçbir engelinin bulunmadığı söylenebilecektir. Zira söz konusu Kanun'un 21. maddesi gereğince işveren, geçerli hiçbir sebep göstermese dahi işçisine en az dört en fazla sekiz aylığı tutarında bir tazminat ödemek suretiyle onun işine son verebilme imkânına sahip bulunmaktadır.

Kamu idareleri ve dolayısıyla kamu personeli açısından ise böyle bir sonucun gerçekleşebilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır. Çünkü kamu hukukunda kamu personelinin görevine hangi hallerde son verilebileceği kanun hükümleri ile açık ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu haller gerçekleşmeden ve bu hallerin gerçekleştiği delilleriyle somut bir şekilde ortaya konulmadan, kamu personelinin görevinin kamu idarelerince sonlandırılması hukuken imkânsızdır. Bu çerçevede kamu idarelerinin, *gerekirse tazminat ödeyerek* kamu personelini işten çıkarma gibi bir yetkileri de mevcut değildir.

Bu konuda kamu idarelerine tanınan yetkinin çerçevesi o kadar dardır ki; kamu idarelerinin çalıştırmak istemediği kamu personelinin görevine son vermek yerine onları emekliliğe sevk etmek gibi bir yetki kullanabilmesi de çoğu kez mümkün görünmemektedir. Hatta bu konuda kamu idarelerine yetki veren özel bir yasa kuralının ihdas edilmesi dahi sonucu değiştirmemektir. Örneğin yasa koyucu yakın bir tarihte 5535 sayılı Kanun ile bir düzenleme getirerek, 61 yaşını dolduran kamu personelinin, hizmetin gereğinin ve niteliğinin zorunlu kıldığı durumlarda yaş haddinden emekliliğe sevk edilebileceklerini öngörmüş; ancak anılan düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından şu gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir: "... *Emekli Sandığı iştirakçilerinin zorunlu yaş haddi 65 yaşın doldurulduğu tarih olarak belirlenmesine karşın, dava konusu bölümde hizmet süreleri ne olursa olsun hizmetin gereğinin ve niteliğinin zorunlu kıldığı durumlarda kurumlarınca yaş haddinin 61 yaşını dolduranlar hakkında da uygulanabileceği öngörülmektedir. Kuralda hizmetin gereğinin ve niteliğinin zorunlu kıldığı*

durumların uygulanması kurumların takdirine bırakılmıştır. Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre, aynı maddenin birinci fıkrası kapsamına giren personelin istihdam edileceği kadrolara ilişkin düzenleme ve değişikliklerin yasa ile yapılması gerekir. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Yasa ile esasları belirlenmeden, çerçevesi çizilmeden idareye yetki verilmesi yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa’da açıkça düzenleme yoluna gidilmeden kurumlara hizmetin gereğinin ve niteliğinin zorunlu kıldığı durumları belirleme yetkisinin bırakılması aynı zamanda yasama yetkisinin devri niteliğini de taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa’nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”¹¹

Görüldüğü üzere kamu personelinin kapsamlı ve doğrudan Anayasa’dan kaynaklanan güvenceleri sadece kamu idarelerinin değil, yasama organının dahi kamu personeli hakkında serbestçe tasarruflarda bulunmasının önünde hukuki engel oluşturmaktadır. Bu sonuç kamu personeli sisteminin hukuki çerçevesinin sık sık değiştirilebilmesini önlemekte ve kamu personelinin hukuki statüsünü büyük ölçüde stabil kılmaktadır. Öte yandan bu sonuç ayrıca, (gerçekte o anlama gelmemesine karşın) pratikte, kamu personelinin çalışmasa da başına bir şey gelmeyeceği, görevine son verilemeyeceği, emekli olana kadar maaşını alarak statüsünü korumaya devam edebileceği şeklinde **yanlış** bir algının da toplumda oluşmasına sebebiyet vermektedir.

B. VERİMLİLİK

a. Tanım

Verimlilik kelimesi Büyük Türkçe Sözlük’te “*verimli olma durumu, yatırılmış sermayenin, bir kuruluşun veya bir yatırımın gelir sağlayabilme olanağı*”¹² şeklinde tanımlanmaktadır. Kavramın günümüzde genellikle kabul gören anlamı ise, belli bir süreç sonunda elde edilen çıktı (ürün) miktarı hacminin, süreçte kullanılan girdi (hammadde) miktarı hacmine oranını¹³ ifade

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 03.04.2007 E:2005/52 K:2007/35, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr , Aynı konuda benzer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 08.10.2003 E:2003/31 K:2003/87, 08.10.2003 E:2003/67 K:2003/88, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr

¹² Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

¹³ OECD, Measuring Productivity – Measurement of Aggregate and Industry Level Productivity Growth, OECD Manual, 2001, (<http://www.oecd.org/std/productivity-stats/2352458.pdf>), syf.11. ; Paula LINNA, Sanna PEKKOLA, Juhani UKKO, Helina MELKAS, Defining and Measuring Productivity in the Public Sector: Managerial Perceptions, International Journal of Public Sector Management, Vol. 23, No:3, 2010, syf.301

etmektedir. Görüleceği üzere bu tanımlar, kavramın ekonomi bilimindeki karşılığını ön plana çıkarmaktadır. Ancak tabiidir ki bu durum, verimliliğin sadece özel kuruluşlara ya da sadece (özel veya kamusal nitelikteki) ekonomik faaliyetlere özgü bir kavram olduğu anlamına gelmemektedir.

Verimlilik olgusu, şüphesiz kamu hizmeti ifayla yükümlü olan kamu yönetimi kuruluşlarının kısaca kamu sektörünün faaliyetleri bakımından da geçerlidir. Bu açıdan kamu sektörünün verimliliği kavramının geniş anlamda kamu sektörünün üretmeyi başardığı çıktılara (kamusal hizmetlere) bağlı olarak yorumlandığı ve özellikle toplumda, kişilerin ödedikleri vergilere ve benzeri kamusal katılım paylarına karşılık olarak elde ettikleri kamu hizmetinin değerine (önemine ve kalitesine) göre değerlendirildiği belirtilebilecektir.¹⁴

Kamu sektörü açısından verimlilik kavramının mevzuat hükümlerinde de karşılığı bulunmaktadır. Bu çerçevede her ne kadar kavramın tanımı ve kapsamı konusunda mevzuat hükümleri ile somut bir belirleme yapılmamışsa da, 24.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile verimlilik, Türk kamu malı yönetim sisteminin temel esaslarından biri haline getirilmiştir. Bu kapsamda örneğin kamu idarelerinin yönetimi açısından geçerli başlıca iki kontrol mekanizmasından biri olan iç denetimin referansları arasında verimlilik kavramı da yer almaktadır. Zira anılan Kanun'un 63. maddesi uyarınca gerçekleştirilecek iç denetim faaliyetinde kamu kaynaklarının ekonomiklik, etkililik ve bunların yanı sıra verimlilik esaslarına göre yönetilip yönetilmediği değerlendirilecektir. Yine aynı şekilde 5018 sayılı Kanun'la öngörülen Türk kamu malı yönetim sistemini tamamlayan ve kamu idarelerinin dış denetimi konusundaki ilkeleri belirleyen 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nda da "verimlilik" bir denetim ölçütü olarak yer almıştır. 6085 sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince her türlü kamu kaynağının elde edilmesinde ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar; kaynakların hukuka uygun, etkili, ekonomik ve ayrıca verimli olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden sorumlu olacaklar ve bu sorumlulukları bakımından denetime tâbi tutulacaklardır.

Özetle verimlilik kavramı, belli bir üretim sürecinde katlanılan maliyet ile elde edilen sonuç arasındaki ilişkiyi yansıtan bir terimdir. Bu süreçte maliyetin azaltılması ya da elde edilen sonuçta niteliksel veya niceliksel anlamda artış meydana gelmesi, verimliliğin artırılması anlamına gelecektir. Bu durum, özel sektör kuruluşlarının ürettiği mal ve hizmetlerin yanı sıra kamu idarelerinin ürettiği kamu hizmetleri bakımından da geçerli bulunmaktadır. Bu bağlamda kamu kaynaklarının daha etkili kullanılması neticesinde üretilen

¹⁴ LINNA, PEKKOLA, UKKO, MELKAS, syf.301

kamu hizmetinin kalitesinde veya kamu hizmetinin sayı ile ölçülebilen sonuçlarında artış sağlanması, verimlilik olgusunun kamu sektöründeki temel hedefini ifade etmektedir. Öte yandan verimlilik kelimesi sadece modern yönetim biliminin terminolojik bir kavramı değildir; aynı zamanda yasama organının kendisine verdiği önem nedeniyle günümüzde, hukukî bir terim hüviyetini de kazanmıştır.

b. Kamu Personelinin Verimliliği Kavramı

Kamu hizmetlerinin tam ve zamanında, eksiksiz şekilde yürütülmesi, daha az kamu kaynağı kullanılarak daha nitelikli kamu hizmeti üretilmesi konusunda kamu personelinin çalışmalarının büyük önem taşıdığı; kamu personelinin daha verimli çalışmaları sağlanmadan kamu hizmetlerinde verimin arttırılamayacağı açıktır.

Bununla birlikte kamu hizmetlerinin verimliliğinin arttırılmasının teker teker her bir kamu personelinin sorumluluğu kapsamında bulunduğunu söylemek hukuken mümkün değildir. Zira mevzuatımızda her bir kamu personelinin *doğrudan* “yürütümüne katıldığı kamu hizmetinin verimini arttıracak şekilde çalışmasını” zorunlu kılan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuk sistemimizin kamu personelinin beklediği, yasalarla ve idari işlemlerle kendisine yüklenen görevleri yine yasalara ve konuyla ilgili idari işlemlere uygun şekilde yerine getirmesidir. (657 sayılı Kanun m.11)

Hukumumuzda gerek yasama yetkisinin aslî bir yetki olması, gerekse Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenen kanunî idare ilkesi gereğince kamu idarelerinin görevlerinin kanunla belirlenmesi sebebiyle bir hizmeti kamu hizmeti olarak kurmak¹⁵, düzenlemek, örgütlemek ve hizmetin görülüş usullerini belirlemek kanun koyucunun yetkisi dahilinde bulunmaktadır.

Diğer taraftan kamu hizmetinin yürütüm şekli konusunda kanunla kamu idaresine takdir yetkisi tanınan hallerde, söz konusu takdir yetkisinin kullanım şeklini belirlemek açısından kamu idaresinin tüm çalışanlarını bağlayacak şekilde kural koyma¹⁶ yetkisi ise kamu idaresinin karar organına

¹⁵ “... bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir.” Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 E:1994/71 K:1995/23, Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr

¹⁶ İdarenin düzenleme yetkisi ile takdir yetkisi arasındaki ilişki için bkz. Turan GÜNEŞ, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1965, syf. 81 vd.

veya en üst yöneticisine ya da onların yetki vermesi halinde diğer üst kademe yöneticilerine ait bulunmaktadır.¹⁷ Başka bir deyişle, kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde kamu hizmetinin yürütüm şekli konusunda düzenlemeler yapma yetkisi, söz konusu kamu hizmetini yürütmekle görevli kamu idaresinin yönetimine ait bulunmaktadır.

Bu açıklamalar, kamu hizmetlerinin verimliliğinin artırılması için makro ölçekli tedbirler alınmasının öncelikle yasama organının, kanunların yetki verdiği ölçüde de kamu idarelerinin yönetiminin (örneğin bakanlık şeklinde örgütlenen kamu hizmetlerinin verimliliğinin artırılması bakımından ilgili bakanın ve/veya bakanlık üst düzey yöneticilerinin) sorumluluğunda bulunduğunu göstermektedir. Bununla birlikte her bir kamu personeli de yasalarla ve yasalara uygun şekilde çıkarılan diğer düzenleyici işlemlerle tanımlanan görevlerini yapmak ve ayrıca âmirlerinin hukuk kurallarına aykırı olmayan emirlerini yerine getirmek (Anayasa m.137, 657 sayılı Kanun m.11) zorundadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinde verimliliğinin artırılması için yasama organı tarafından gerekli tedbirler alındıktan, ayrıca yasa kurallarının “kamu hizmetlerinin daha verimli yürütülmesini sağlayacak” şekilde uygulanması için kamu idareleri tarafından gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra kamu personeline düşen, “görevini zamanında, tam ve eksiksiz şekilde” yerine getirmek olacaktır.

Bu çerçevede çalışma konumuz kapsamında **kamu personelinin verimliliği** kavramıyla kastetmek istediğimiz, “*kamu personelinin görevini zamanında, tam ve eksiksiz şekilde yerine getirmesi ve görevini aksatmaması*”; **kamu personelinin verimliliğinin artırılması** ifadesiyle vurgulamak istediğimiz de “*kamu personelinin görevini kusursuz şekilde yerine getirmesini sağlayacak tedbirlerin alınması, kamu personeli tam ve eksiksiz şekilde görev yapmaktan alıkoyan faktörlerin ortadan kaldırılması*”dır. Bunlar sağlandıktan sonra kamu hizmetlerinin verimliliğinin istenilen düzeyde bulunmaması kamu personeli ile ilgili bir konu gibi değerlendirilemeyecek; yasama ve yürütme organının siyasi sorumluluğu ile kamu idareleri yöneticilerinin¹⁸ hukuki sorumluluğunun konusunu oluşturacaktır.

¹⁷ AKBULUT, syf.216

¹⁸ Şüphesiz kamu idarelerinin yöneticileri de (örneğin bakan, müsteşar, belediye başkanı ...vb) geniş anlamda kamu personelidir. Ancak bunların göreve gelme usullerinin farklılığı, yürütmenin teknik kanadından ziyade siyasi kanadına yakın olmaları ve bir çok yönden mevzuat hükümlerinde öngörülen genel kamu personel sistemine ilişkin kurallara tâbi olmamaları nedeniyle, sınırlı sayıdaki bu kamu personeli (üst düzey kamu yöneticileri) inceleme konumuzun kapsamı dışında bulunmaktadır.

III. KAMU PERSONELİ GÜVENCELERİNİN VERİMLİLİĞE ETKİSİ

Yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin önemi dolayısıyla, hukuk kuralları tarafından kamu personeline sağlanan bazı güvencelerin varlığını daha önce belirtmiştik. Bu güvencelerden en önemlileri kuşkusuz, yasama organının müdahalesine dahi kapalı olmaları sebebiyle, Anayasa ile öngörülmüş bulunanlardır. Bu çerçevede Anayasa gereği memurların ve diğer kamu görevlilerinin (kamu personelinin) nitelikleri, atanmaları, görevleri, yetkileri, hakları, yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanun dışında bir hukuki tasarrufla düzenlenemeyecek, kamu personelinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları (kendilerine rücu edilmek kaydıyla da olsa) ancak idare aleyhine açılabilir ve işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü kamu personeli hakkında ceza kovuşturması açılması, (kanunla öngörülen istisnalar dışında) idarenin iznine bağlı olacaktır.

Anayasa koyucunun veya Anayasa hükümleri doğrultusunda yasama organının öngördüğü bu gibi güvencelerin amacı kuşkusuz, kamu personelinin görevlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirebilecekleri ortamı sağlamak, kamu hizmetlerinin ifası için onlardan en iyi verimin alınmasını temin etmektir. Zira bu gibi güvenceler, kamu personelinin özlük hakları ile ilgili konularda endişe duymalarını önleyecek, kendilerini hukuken güvende hissederek fiziksel ve zihinsel anlamda görevlerine yoğunlaşabilmelerini sağlayacak; bu da yürütülen kamu hizmetinin kalitesini olumlu yönde etkileyecektir.¹⁹

Ne var ki asıl amacı kamu hizmetlerinin en iyi şekilde yürütülmesini sağlamak, kamu hizmetlerinin verimliliğini arttırmak olan bu güvencelerin, tam tersi yönde bir etki doğurabilmesi de mümkündür. Örneğin kamu idarelerinin kamu personeli hakkında yaptırım uygulayabilmesi, hele kamu personelinin görevden alabilmesi çok sıkı kurallara bağlı tutulduğundan ya da göreviyle ilgili olarak suç oluşturan icraî veya ihmali bir davranış sergileyen kamu personelinin yargılanması izin sistemiyle zorlaştırıldığından, görevini tam ve olması gerektiği şekilde yapmak istemeyen kamu personeli söz konusu güvenceleri kötüye kullanılabilecektir. Nitekim günümüzde, kamu personelinin istenilen verimin alınamaması konusunda gündeme gelen yakınmalarda, doğrudan veya dolaylı olarak kamu personeli güvenceleri de eleştiri konusu yapılabilmektedir.

¹⁹ AKBULUT, syf.133

Bu durum yani verimliliğin artırılması konusunda bazı avantajlarının ve dezavantajlarının bulunması, kamu personeli güvencelerine mevzuatta yer verilmesi gerekip gerekmediğini belirlemek konusunda, bir fayda-maliyet analizi yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak halen mevzuat hükümlerimizde önemli güvenceler içeren bir kamu personel rejiminin benimsenmesi sebebiyle, olan hukuktan ziyade olması gereken hukuku ilgilendiren böyle bir analiz, çalışma konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır.

Ancak gündeme gelebilecek olası bir mevzuat değişikliğinde böyle bir analizin doğru şekilde yapılabilmesi, “yürürlükteki mevzuat hükümlerinin, kamu personelinin verimliliği ile ilgili olumsuzlukları giderebilmek için kamu yöneticilerine ne gibi imkânlar sunduğu ve kamu personelinden istenilen verimin alınmasında bu imkânların ne ölçüde yeterli olduğu” konularında sağlıklı bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda çalışmanın bundan sonraki kısımlarında kamu personelinin verimliliğinin artırılmasına yönelik hukuki araçlar incelenerek, kamu personelinin verimliliği ile “hukuk” ve “yargı” arasındaki ilişkinin doğru biçimde analizine katkı sunulmaya çalışılacaktır.

IV. KAMU PERSONELİNİN VERİMLİLİĞİNİN ARTTIRILMASINA YÖNELİK HUKUKİ ARAÇLAR

Hukuk sistemimizin kamu personel rejimine yaklaşımı, sadece kamu personeli açısından bazı güvenceler öngörmekten ibaret değildir. Kamu hizmetlerinin yürütümünün sekteye uğramaması, kamu hizmetlerini idare adına ifa eden kamu personelinden beklenen verimin her durumda alınabilmesi için hukukumuzda, kamu hizmetinin yürütümünden sorumlu bulunan idarelere kendi personeli üzerinde çeşitli yetkiler kullanma imkânı da tanınmıştır. Şüphesiz, farklı mevzuat hükümleri ile öngörülen bu hukukî araçlardan hepsinin sayma yoluyla belirtilerek tüketilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle konu hakkında daha net fikir sahibi olunabilmesi için, verimliliği arttırmaya yönelik hukuki araçlardan yasa konusu yapılan belli başlıları üzerinde durularak, seçilen örneklerden hareketle konu hakkında bir yargıya ulaşılmaya çalışılacaktır.

A. YASAL DÜZENLEMELER

a. Nakil

Nakil, kamu personelinin görev yerinin değiştirilmesini ifade etmektedir. Bu görev yeri değişikliği kamu personelinin görev yaptığı kamu

idaresi bünyesinde gerçekleşebileceği gibi, personelin bir kamu idaresinden bir başka kamu idaresine atanması şeklinde de kendini gösterebilecektir.

Bu çerçevede değişik yasal düzenlemelerde kamu idarelerine kendi personelinin naklen atama konusunda yetki veren değişik hükümler bulunmaktadır. Bunlardan uygulamada en yaygın kullanılanları, kapsamına aldığı kamu personelinin sayıca fazlalığı nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda yer alan düzenlemelerdir. Bu kapsamda örneğin 657 sayılı Kanun’un 76. maddesinde “*657 sayılı Kanun’un kapsamı içinde bulunan Kurumların, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya belli koşullarla daha üst derecede bulunan, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilecekleri*” öngörülerek, kamu personelinin aynı kamu idaresi bünyesinde görev yerinin değiştirilmesine imkân tanınmıştır. Yine aynı Kanun’un 74. maddesinde memurların 657 sayılı Kanun’a tâbi bir kamu idaresinden bir diğerine, idarelerin muvafakatı ile atanabileceği belirtilmiş, ayrıca bunun için aşağı dereceye atanmadıkları sürece memurların muvafakatinin alınması gibi bir koşul da aranmamıştır.

Bu ve benzeri yasal düzenlemelerde kamu idarelerine tanınan nakil yetkisi ile, kamu personelinin aynı görev yerinde çok uzun süre görev yapması, belli görev yerlerinde kamu personeli arasında huzursuzluklar yaşanması, bir kamu idaresinde veya belli bir görev yerinde bir kamu personelinin beklenen verimin alınamaması gibi durumlardan kaynaklanabilecek sorunların giderilmesinin amaçlandığı ifade edilebilecektir. Nitekim uygulamada, yasalarla idarelere tanınan nakil yetkisinin kullanım şeklinin belirlenmesi amacıyla hazırlanan düzenleyici işlemlerde bu mülâhazaların dikkate alındığı görülmektedir. Bu bağlamda bir çok kamu idaresince hazırlanan düzenleyici işlemlerde idarenin nakil yetkisini kullanması bakımından görev yerleri coğrafi olarak gruplandırılmakta ve her bir kamu personelinin her bir görev yeri grubunda belli sürelerle çalışması sağlanarak, kamu personelinin çok uzun süre aynı yerde görev yapmasından kaynaklanabilecek olumsuzluklar ve olası verim düşüklükleri önlenmeye çalışılmaktadır.

Yine söz konusu düzenleyici işlemlerde, bir kamu personelinin çalışmasındaki aksaklık veya başka olumsuz davranışları nedeniyle aynı yerde görev yapmasının sakınca oluşturması durumları genellikle özel düzenleme konusu yapılmakta ve bu gibi hallerde kamu idaresinin herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmaksızın nakil yetkisini kullanabileceği ayrıca belirtilmektedir. Örneğin 19.04.1983 günlü, 83/6525 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen ve

657 sayılı Kanun’a tâbi bütün memurlar hakkında uygulanacak olan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 11. maddesinde “*haklarında adli, idari, inzibati bir soruşturma yapılmış ve bu soruşturma sonucunda o yerde kalmalarında sakınca görülmüş olan memurların*” hizmet bölgelerindeki zorunlu çalışma süreleri beklenmeden de başka görev yerlerine naklen atanabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kamu personelinin nakli konusunda kamu idarelerine tanınan yetki, kanımızca kamu personelinin verimliliğinin arttırılması konusunda önemli bir hukuki araçtır. Kaldı ki kanun koyucu, konu hakkındaki düzenlemelerde nakil işleminin sebep unsurunu somut olarak belirlemeyerek ve kamu personelinin naklini sıkı usul kurallarına bağlamayarak kamu personelinin atanması bakımından idareye geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu noktadan sonra kamu idarelerine düşen sorumluluk, bu yetkiyi kamu hizmetlerinin verimliliğini arttırmak amacıyla ve hukuka uygun şekilde kullanmak, aynı şartlar ve olaylar kapsamında bu yetkiyi kullanırken eşitlik ilkesine riayet etmek²⁰ ve bunun için gerekli düzenlemeleri yapmaktır.

b. Sicil

Sicil, kamu personelinin belirli bir çalışma dönemindeki performansı, iş ilişkileri, çalışmaları, görev yaptığı kamu idaresini temsil yeteneği ile benzeri diğer özelliklerinin ölçülmesi suretiyle tesis edilen ve anılan konularda kamu idareleri yöneticilerinin personel hakkındaki değerlendirmelerini içeren idari işlemdir.

Mevzuatımızda önemli bir yer işgal etmekte iken günümüzde eski önemini yitirmeye başladığı belirtilebilecek olan sicil müessesesi ile ilgili en kapsamlı düzenlemeler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 110. ve devamı maddelerinde yer almaktaydı. 25.02.2011 tarihine kadar yürürlükte kalan bu düzenlemelerde “*Devlet memurlarının ehliyetlerinin tespitinde, kademe ilerlemelerinde, derece yükselmelerinde, emekliye çıkarma veya hizmetle ilişkilerinin kesilmesinde özlük ve sicil dosyalarının başlıca dayanak oluşturacağı*” öngörülmekte (657 sayılı Kanun -mülga- m.111); söz konusu kanun hükümlerinin uygulanmasını göstermek amacıyla çıkarılan yönetmelik hükümlerinde de sicil işleminin tesisi bakımından “*Sicil amirleri sicil raporunu doldurdukları her memuru; a) Dış görünüşü (Kılık, kıyafet), b) Zeka derecesi ve kavrayış kabiliyeti, c) Azim ve sebatkârlık, dürüstlük, sır saklamada güvenilirlik ve beşeri münasebetlerdeki başarısı, d) Alkol, kumar vb. alışkanlıkları memuriyetle bağdaşmayacak ölçüde sürdürme gibi halleri,*

²⁰ GÜNEŞ, syf.81.

e) Güvenilir olmama, şahsi menfaatlerini aşırı derecede düşünme, yalan söyleme, dedikodu yapma, kıskançlık, kin tutma gibi kötü huy ve davranışları bakımından genel bir değerlendirmeye tabi tutarlar. Sicil döneminde edinilen bilgi ve müşahedelerden yararlanılarak yapılacak değerlendirme sonuçlarına göre memurların olumlu ve olumsuz yönleri, kusur ve noksanları hakkındaki düşünceler sicil raporunun şahsiyet değerlendirilmesine ait bölümüne ayrı ayrı, açık ve gereğine göre kısa veya teferruatlı olarak yazılır. ...” şeklindeki esaslara yer verilmekte idi. (-mülga- Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği m.17)

Bunun yanı sıra 25.02.2011 tarihinde 6111 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerden önce, “son altı yıllık sicil notu ortalaması doksan veya daha yukarı olanlardan son sicil notu olumlu bulunan” kamu personelinin belli koşullarla kadro şartı aranmaksızın bir üst dereceye yükseltileceği şeklindeki yasa kuralı ile sicilin kamu personelinin daha iyi çalışmaya sevk etmesi; “İki defa üst üste olumsuz sicil alan memurlar başka bir sicil amirinin emrine atanırlar; burada da olumsuz sicil almaları halinde memuriyetle ilişkileri kesilir” gibi düzenlemelerle de, görevini gereği gibi yapmayan kamu personelinin sicil işlemleri aracılığıyla caydırılması ve gerektiğinde görevinden alınabilmesi amaçlanmaktaydı. (657 sayılı Kanun m.37 ve m.120)

Ne var ki kanun koyucu, kamu personelinin verimliliğinin ölçülmesinde sicilin artık etkin bir hukuki araç olmadığını düşündüğünden; 25.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun’la, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tâbi olarak çalışan kamu personeli açısından sicil müessesesini yürürlükten kaldırmış bulunmaktadır. Bunun nedenleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 6111 sayılı Kanun olarak kabul edilen Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın genel gerekçesinde, şu şekilde izah edilmiştir: “Yıllardır süren uygulamalar, Devlet memurları için gizli sicil raporu doldurulması suretiyle başarı ve başarısızlığın tespitinin mümkün olamadığını göstermiştir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamındaki başvurularla birlikte, gizli olması gereken sicil raporlarının aleniyet kazanması, çalışanlar ile idarecileri karşı karşıya getirmiş, bu alandaki idarî yargı davalarında büyük bir artışa yol açmıştır. Özellikle yıl sonunun gelmesiyle sicil amirleri açısından bir külfet hâlini alan sicil değerlendirmesi, memurların yükselmesinde ve liyakatin tespitinde başlıca dayanak olma vasfını yitirmiş, bürokratik bir formaliteye dönüşmüştür. Gelineen noktada,

gerek değerlendirme makamları, gerekse değerlendirilenler açısından inandırıcılığını ve güvenilirliğini yitirmiş olan sicil sisteminin kaldırılmasının kamu yararı açısından daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.”²¹

Bununla birlikte hukukumuzda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tâbi olarak değil de kendi özel personel kanunları uyarınca görev yapan bir kısım kamu personeli açısından sicil ile ilgili mevzuat hükümleri halen yürürlüktedir. Örneğin 2547 sayılı Kanun uyarınca görev yapan öğretim elemanları için sicil, yine 5411 sayılı Kanun uyarınca görev yapan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu personeli açısından performans ölçümü uygulaması devam etmektedir.

Kamu personelinin performanslarının belli zaman dilimlerinde ölçülmesini gerektiren sicil uygulamasının, özellikle objektif ve tarafsız şekilde uygulama alanı bulması ve içeriğinin somut kanıtlarla ortaya konulması (örneğin, kamu personelinin çalışmalarında yetersiz olduğu şeklindeki bir kanaatin; yürüttüğü kamu hizmeti ile ilgili olarak kendisine yazılı biçimde tevdi edilen bir görevin yapılamadığını gösteren belgeye dayandırılması) durumunda, kamu personelinin verimliliğinin artırılmasına yönelik etkili bir araç olduğu belirtilebilecektir. Ne var ki günümüzde yasama organının eğilimi, etkin bir performans ölçüm sistemi olmadığı gerekçesiyle sicil uygulamalarının kaldırılması yönündedir. Her ne kadar bazı kamu personeli açısından sicil sistemi halen uygulanmaya devam olursa da, yasa koyucunun 6111 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde yer alan aynı sâiklerden hareketle benzer bir mevzuat değişikliğini memurlar dışındaki diğer kamu personeli açısından da gerçekleştirmesi ihtimalden uzak değildir.

c. Ödül

Ödül, insan ilişkilerinde istenilen amaca ulaşılabilmesi için sıklıkla kullanılan yöntemlerden biridir. Bu çerçevede kamu personelinin daha iyi çalışanlara, görevini icra ederken üstün performans sergileyenlere, kamu hizmetinin yürütümüne beklenenden fazla katkı sağlayanlara mükâfatlar verilmesi, kamu personeli verimliliğinin artırılmasına katkı sağlayacak bir araç olarak değerlendirilebilecektir.

Kamu personeli açısından ödül uygulamasının içeriği sadece moral etkiyi içerecek tarzda, takdir ve taltif şeklinde veya parasal bir mükâfat olarak yahut her ikisinin birlikte uygulanması suretiyle belirlenebilecektir. Örneğin 657

²¹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0971.pdf>

sayılı Kanun’un 122. maddesinde düzenlenen hükümle kamu personelinin çalışmalarında üstün gayret gösterenlere başarı belgesi, üstün başarı belgesi ve para ödülü verilmesi öngörülerek karma bir sistem belirlenmiş olup; madde şu şekildedir: “Görevli oldukları kurumlarda olağanüstü gayret ve çalışmaları ile emsallerine göre başarılı görev yapmak suretiyle; kamu kaynağında önemli ölçüde tasarruf sağlanmasında, kamu zararının oluşmasının önlenmesinde ve önlenemez kamu zararlarının önemli ölçüde azaltılmasında, kamusal fayda ve gelirlerin beklenenin üzerinde artırılmasında veya sunulan hizmetlerin etkinlik ve kalitesinin yükseltilmesinde somut olaylara ve verilere dayalı olarak katkı sağladıkları tespit edilen memurlara, ... başarı belgesi verilebilir. ... Üç defa başarı belgesi alanlara üstün başarı belgesi verilir. Üstün başarı belgesi verilenlere, ... en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dâhil) %200’üne kadar ödül verilebilir.”

Mevzuatımızda ödül uygulamasının sık uygulanan²² örneklerinden bir diğeri, emniyet örgütü mensupları için öngörülmüş olanıdır. Bu kapsamda 3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanunu’nun “Para mükafatı” başlıklı 86. maddesinde, “Emniyet örgütü mensuplarından, ülkenin güvenlik ve esenliği, Devletin çıkarları ve kişilerin can, ırz ve mallarını korumada yüksek hizmetleri görülenlerin, fiilen almakta oldukları aylık tutarlarının iki katından beş katına kadar; olağanüstü durumlarda yaşamını ortaya koyarak büyük yararlılıklar gösterenlerin, fiilen almakta oldukları aylık tutarlarının altı katından yirmi dört katına kadar para verilerek ödüllendirileceği” hükme bağlanmıştır.

Bu ve benzer hükümlerle görevini yerine getirirken normalden daha fazla gayret gösteren, böylelikle kamu hizmetlerinin niteliğini artıran kamuya yararlı personele ödül verilmesinin, kamu personeli arasında bu tür olumlu davranışları teşvik edeceği açıktır. Dolayısıyla mevzuat hükümlerimizde yer alan ve başarı belgesi, takdir belgesi, taltif, para ödülü gibi görünüm şekilleri bulunan ödül mekanizmasının, kamu personelinin verimliliğinin arttırılması açısından elverişli bir araç olduğu kuşkusuzdur. Ödül sisteminin bu amaca hizmet etmesi ise şüphesiz gayesine uygun şekilde kullanılmasına ve özellikle kamu personeli arasında eşit olmayan uygulama yapıldığı yönünde izlenim²³

²² “Zam Alamayan Polise Taltif Telifi, ... Taltif Komisyonu 2012’de 110 bin polise 150 milyon lira maaş taltifi verdi. ...”, <http://www.memurlar.net/haber/320339/>, haber tarihi:23.12.2012.

²³ “Taltifler Emniyet Müdürlerini Zengin Etti, ... Genel hizmet branşlarında görev yapan polis memurları, maaş taltif listelerinin polis müdürleri tarafından hakkaniyetli ve adil olarak teşkil edilmediğini, taltiflerin operasyonel birimlerde çalışan polislere daha çok verildiğini belirterek, maaş taltifleri için havuz sistemi oluşturulmasını, bu havuzdan başarılı her polise eşit olarak dağıtılmasını istediler”, <http://www.kamudanhaber.com/kamu/emniyet->

uyandırılmamasına bağlı olacaktır. Aksi takdirde kendilerine hak etmelerine rağmen ödül verilmediğini veya başkalarına hak etmedikleri ödüllerin verildiğini düşünen kamu görevlilerinin çalışmalarının olumsuz etkilenmesi ve böylece ödül mekanizmasının, ihdas gayesinin tersine bir kısım kamu personelinin verimliliğinin azalmasına neden olabilmesi de mümkündür.

d. Disiplin Cezaları

Disiplin cezaları, kamu personeline çalıştıkları kurumun düzenine aykırı fiilleri nedeniyle uygulanan zorlayıcı önlemlerdir.²⁴ Amaçları kamu hizmeti düzeninin sağlanması²⁵, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde aksaklıkların önüne geçilmesidir.

Hukuk sistemimizde kamu kurumlarının düzenine aykırı davranış gerçekleştiren kamu personeli hakkında müeyyide öngören çeşitli yasal normlar bulunmaktadır. Bu kurallardan en yaygın şekilde uygulananları -kapsamına aldığı kamu personelinin sayısal açıdan fazlalığı nedeniyle- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan hükümlerdir. Bu hükümler incelendiğinde kamu personelinin giyim şeklinden, iş arkadaşlarıyla, ast ve üstleri ile olan ilişkilerine, işe devamlılıklarından ve görevlerini yerine getirme başarılarından çalışma hayatı dışındaki tutum ve davranışlarına kadar bir çok eylemin disiplin hukuku kapsamına alındığı ve farklı sonuçlar doğuran çeşitli yaptırımlara bağlandığı görülmektedir.

Sebeup ve konu unsuru farklılık arz eden söz konusu disiplin cezalarından özellikle kamu personelinin verimliliği ile daha yakın ilişki içinde bulunanlara örnek verilecek olursa; meselâ 657 sayılı Kanunun 125-A/a maddesi uyarınca “*verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde **kayıtsızlık gösteren***” kamu personeli uyarma cezasıyla, aynı maddenin B/a bendi uyarınca “*verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde **kusurlu davranan***” kamu personeli kınama cezasıyla, C/a bendi gereğince de “***kasıtlı olarak, verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmayan, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmeyen***” kamu personeli aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılacaktır. Dikkat edileceği üzere

personeli/taltifler-emniyet-mudurlerini-zengin-etti-h37138.html , haber tarihi:15.12.2011.

²⁴ Danıştay 12. Dairesi, 25.05.2012 E:2011/9670 K:2012/3553, Danıştay Dergisi, Yıl 2012, Sayı:131, syf.226

²⁵ Nur KAMAN KARAN, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, 1. Baskı, Ankara: Seçkin, 2003, syf.95

her üç disiplin cezasının da amacı kamu personelinin mevzuat hükümleriyle öngörülen veya üstleri tarafından kendilerine verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmalarının, görev mahallinde kurumlarınca belirlenen usul ve esasları eksiksiz şekilde yerine getirmelerinin temin edilmesidir. Görevlerin tam ve zamanında yapılmasının, kamu kurumlarının göreve ilişkin tüm usullerinin yerine getirilmesinin ise kamu hizmetlerini aksamaktan alıkoyacağı, kamu personelinin verimliliğinin düşmesini engelleyeceği tabiidir.

Kamu personelinin verimliliğinin sağlanmasına yönelik disiplin cezaları sadece uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezasından ibaret değildir. Bu kapsamda örneğin yine 657 sayılı Kanunun 125/D-n maddesinde, “*verilen görev ve emirleri kasten yapmayan memurların*” kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılacağı; 125/E-e bendinde de “*savaş, olağan üstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev ve emirleri yapmayan memurların*” Devlet memurluğundan çıkarma cezasına maruz kalacakları öngörülmüştür. Diğer taraftan 125. maddenin ikinci fıkrası gereğince “*disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların özlük dosyasından silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanacağı*” düzenlendiğinden; olağan dönemlerde kendisine verilen emir ve görevleri bir defadan fazla kasten yerine getirmeyen kamu personelinin görevine son verilmesi de gündeme gelebilecektir.

Disiplin hukukuna ilişkin bu hükümlerin incelenmesinden, bir kamu görevlisinin mevzuat hükümlerinde tanımlanan veya âmirleri tarafından kendisine verilen görevleri en iyi şekilde yerine getirmek zorunda olduğu, zira değil bu görevleri kasten yerine getirmemesi, bu konuda bir kusurunun bulunması veya kayıtsızlık göstermesi durumunda dahi disiplin yaptırımına maruz kalacağı anlaşılmaktadır. Bu teorik açıklamaların sonucuna paralel olarak, söz konusu disiplin cezalarının uygulama alanı bulmadığı hallerde tüm kamu personelinin kendilerine tevdi edilen görevleri en iyi şekilde yerine getiriyor olması gerekeceğinden, pratikte kamu personelinin verimliliği gibi bir sorunun da kalmaması gerekecektir. Ancak uygulamanın bu noktanın uzağında olduğu, bu kapsamda bütün kamu personelinin “*görevini tam ve zamanında yaptığının*” ileri sürülemeyeceği dikkate alındığında; verimliliğin arttırılmasında hukuki araç olan disiplin yaptırımlarının kamu idarelerince etkin ve etkili şekilde kullanılmadığı ve/veya bu yaptırımların “yargı kararlarıyla iptal edilmeyecek şekilde” hukuka uygun olarak uygulanmadığı belirtilebilecektir.

e. Adlî Cezalar

Kanun koyucu, kamu hizmetlerinin devamlılığının ve aksamadan yürütülmesinin toplum açısından taşıdığı önem sebebiyle, kamu hizmetlerinin işleyişini sekteye uğratacak davranışları sadece idarî müeyyide konusu yapmamış; bu tür eylemler için yukarıda aktarılan disiplin yaptırımlarına ek olarak adlî cezalar da öngörmüştür. Bu çerçevede başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere çeşitli ceza yasalarında kamu hizmetlerinin gerekleriyle bağdaşmayacak, hizmetlerin yürütümünü engelleyecek, kamu idarelerinin iç düzenini bozacak veya toplumun kamu idarelerine duyduğu güveni sarsarak kamu düzenini bozabilecek fiillerin adlî para cezası ve/veya hürriyeti bağlayıcı cezalarla cezalandırılmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.

Kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesini temin için öngörülen adlî cezalara, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının dördüncü kısmının, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlığını taşıyan birinci bölümünde düzenlenen bir çok hüküm örnek gösterilebilecektir. Bu kapsamda söz konusu hükümlerden biri olan ve genel görev suçu olarak nitelendirilebilecek bir düzenleme içeren Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesi şu şekildedir: *"Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

Görüldüğü üzere oldukça kapsayıcı bir dille kaleme alınan Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesi gereğince hiçbir kamu personelinin kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanmasına neden olacak şekilde görevinin gereklerine aykırı hareket etmemesi ve görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermemesi, aksi davranışlarda bulunan kamu personelinin ise hapis cezası ile cezalandırılması gerekmektedir. Öte yandan görevin gereklerine aykırı veya bu gerekleri ihmal eden davranış aynı zamanda disiplin hukukunun da konusunu oluşturacağından, görevini yapmayan kamu personeli açısından adlî ve idarî anlamda ikili bir yaptırım gündeme gelecek; bu da, kamu görevinin gereklilikleriyle bağdaşmayan eylemler ve eylemsizlikler için güçlü bir caydırıcılık unsuru oluşturacaktır.

Ceza yasalarının kamu hizmetlerinin yürütümünü aksatan fiillerle ilgili başka düzenlemeler de öngördüğünü belirtmiştik. Bu kapsamda Türk Ceza Kanunu’nda görevi kötüye kullanma ve ihmal dışında zimmet, irtikâp, denetim görevinin ihmali, rüşvet, göreve ilişkin sırrın açıklanması, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi gibi kamu idarelerinin ve kamu hizmetlerinin düzenini bozacak pek çok eylem daha adli ceza müeyyidesine bağlanmış bulunmaktadır.

Adli suç ve ceza olgusunun, gerek kişi hürriyetini kısıtlayacak sonuçlar doğurması, gerekse kişiyi başka yönlerden mağdur edebilecek (belli hallerde kamu görevinden ya da belli bir meslek ve sanatı icradan yasaklama gibi) çeşitli neticelerinin bulunması sebebiyle, kamu personelinin görevleriyle ilgili konularda hata yapmamaya sevk edeceği ve böylelikle kamu hizmetlerinin mümkün olduğunca kusursuz şekilde yerine getirilmesine katkı sağlayacağı açıktır. Bununla birlikte kamu personelinin işledikleri suçlar yönünden Anayasa’nın 129. maddesinin kovuşturma yapılmasını kural olarak yetkili merciin iznine bağladığı, yine Anayasa’nın 129. maddesine paralel olarak çıkarılan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’da da memurların ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar yönünden cezaî takibata maruz kalmalarının, ancak kamu yöneticilerinin izin vermesi halinde mümkün kılındığı dikkate alındığında; kamu personelinin görevini kötüye kullanmasına veya ihmal etmesine rağmen ilgili kamu yöneticisinin personeli koruma sâikiyle hareket etmesi ve soruşturma izni vermemesi (bu kararın itiraz üzerine de kaldırılmaması) hallerinde, adli cezaların kamu personelinin verimliliğinin arttırılması konusundaki etkisini kaybedebileceği de not edilmelidir.

B. HUKUKİ ARAÇLARIN KULLANIMINDA YARGININ ROLÜ

Anayasa’nın 125. maddesi gereğince idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Yine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca idari işlemler, iptal davasının konusunu oluşturmaları halinde yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygunluk denetimine tâbi olacaklardır.

Kamu personelinin verimliliğinin arttırılmasına yönelik hukuki araçlar büyük çoğunlukla ilgili personelin menfaatlerini ihlâl etmekte olduğundan, idari yargı organları nezdinde iptal davalarına konu olmaktadır. Bilindiği üzere idare mahkemelerince bir idari işlemin hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesi, idari işlem hiç tesis edilmemiş gibi sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla kamu

personelinin verimliliğinin arttırılmasına yönelik hukuki araçlardan idari işlem şeklinde uygulananların (nakil, sicil, ödül, disiplin cezaları) işlevlerini icra edebilmeleri, iptal davasına mâruz kalmaları halinde mahkemelerce hukuka uygun bulunmalarına bağlı hale gelmektedir.

Uygulamada diğer idari işlemler açısından olduğu gibi nakil, sicil, disiplin cezası işlemleri bakımından da “*idarenin üzerine düşen görevi yaparak gerekli işlemi tesis ettiği, ancak mahkemenin işlemi iptal ettiği, dolayısıyla görevini gereği gibi yapmayan, aksatan kamu görevlisinin bu tutumunun yanına kâr kaldığı, bunun da kamu hizmetlerinin verimini düşürdüğü*” anlamına gelebilecek şikayetlere zaman zaman tanık olunabilmektedir. Bu şikayetlerin haklılığı hakkında objektif bir değerlendirme yapılabilmesi mümkün görünmemekle birlikte; bu şikayetlerin “*mahkeme hukuka uygun işlemi neden iptal etsin*” ve devamında “*bir hukuk devletinde idare neden hukuka aykırı işlem tesis etsin*” şeklindeki soruları gündeme getirerek bir dilemma oluşturduğu açıktır.

Diğer taraftan bu konu kapsamında mahkemelere kamu idarelerince yöneltilen önemli bir diğer eleştiri de, “*mahkemelerin kanunla idarelere tanınan takdir yetkisine müdahale ettiği ve böylelikle yerindelik denetimi yaparak Anayasa’nın öngördüğü yasak alana girdiği*” yönündeki değerlendirmedir. Şüphesiz konu hakkında “*uygulamada hiçbir mahkemenin yerindelik denetimi yapmadığı*” ya da “*mahkemelerin her durumda yerindelik denetimi yaptığı*” gibi tefrit veya ifrat ölçüsündeki bir değerlendirme ile genelleme yapılması bilimsellikten uzak olacaktır. Bununla birlikte bu ve benzer içerikteki eleştiriler yapılırken mutlaka göz önünde bulundurulması gereken bazı hususların bulunduğu, sorunun kaynağını tespit kolaylığı sağlaması açısından not edilmelidir.

Bu çerçevede öncelikle, takdir yetkisinin idari işlemlere yargı bağışıklığı kazandırmadığı unutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle idareye idari işlem tesisi konusunda takdir yetkisi tanınan hallerde bu yetkinin kullanılması suretiyle tesis edilen idari işlemler, aynen diğer idari işlemler gibi yargı denetimine tâbi olacaklar ve her iki grup idari işlemin yargılanmasında usule veya esasa ilişkin farklı kurallar uygulanmayacaktır. Bunun uzantısı olarak, takdir yetkisi kullanılmak suretiyle tesis edilen idari işlemler de yetki, şekil, sebep, konu ve maksat şeklindeki idari işlemin beş unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimine tâbi tutulacaktır.

Bir önceki paragrafta yapılan tespitlerden sonra konu hakkında özellikle vurgulanması gereken husus, idari işlemin sebep unsurunun *idari işlemin*

*gerekçesi*²⁶ olduğu ve “**idarenin idari işlem tesisi konusunda takdir yetkisine sahip olmasının, idari işlemin sebep unsurunu oluşturmadığı**”dır. Zira “idarenin takdir yetkisine sahip olduğu” tümcesi, “idarenin işlemi neden, ne için, neye binâen tesis ettiği” sorularına cevap oluşturmamaktadır. Dolayısıyla esas olarak idarenin işlem tesis etme konusunda yetkisinin olup olmadığını ve bu yetkinin kullanım şeklini (idarenin yetki kullanırken hareket serbestisine sahip bulunup bulunmadığını) gösteren takdir yetkisi mefhumunun, soyut ve mücerret şekilde idari işlemin sebep unsurunu oluşturduğunun kabulü mümkün bulunmamaktadır.

Son olarak belirtilmelidir ki idari işlemin gerekçesinin yani sebep unsurunu oluşturan hukuki ve maddi olguların ortaya konulması yükümlülüğü idari işlemi hukuk âleminde var eden idareye aittir. Şüphesiz bir hukuk devletinde ve tarafların eşit olduğu bir yargılama sisteminde, işlemin sebep unsuru olarak gösterilen olguların gerçekten var olup olmadığı hususunda hiçbir delil olmadan sadece idarenin beyanlarına itibar edilebilmesi de mümkün değildir.

Bu açıklamalar ışığında kamu personelinin verimliliğinin arttırılmasına ilişkin hukuki araçlarla ilgili yargı kararlarından örnekler incelemek, konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

Bu bağlamda ilk olarak, mevzuat hükümlerine açıkça aykırılık oluşturan idari işlemlerin mahkemelerce iptal edileceğinin tabîi olduğu söylenmelidir. Örneğin kamu personeline, mevzuatla tanınan bir güvence olan “savunma hakkı” kullandırılmaksızın tesis edilen disiplin cezası işlemi, kurum düzenini bozan davranış ne derece zararlı olursa olsun iptal edilmek durumundadır. Danıştay’a göre; “*T.C. Anayasasının 129/2. maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği belirtilmiştir. ... soruşturmayı yapan veya ilgili disiplin kurulunca davacının üzerine atılı fiiller belirtilmek ve 7 günden az olmamak üzere süre verilerek savunması alınmak suretiyle disiplin cezası verilmesi gerekirken, davacının soruşturmacı tarafından alınan ifadesi yeterli görülerek verilen cezada hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*”²⁷

²⁶ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargısı, 15. Baskı, Ankara: Turhan, 2002, syf.222

²⁷ Danıştay 12. Dairesi, 15.03.2010 E:2007/1614 K:2010/1439, Danıştay Dergisi, Yıl 40, Sayı:124, 2010, syf.441

Yine idareler tarafından hukuken geçerli sebeplere dayanmaksızın ya da işlemin dayanağını oluşturan sebepler hukuken geçerli delillerle ortaya konulmaksızın tesis edilen idari işlemler ve bu kapsamda sicil, atama ve disiplin cezası işlemleri de -haklı olarak- idare mahkemelerince iptal edilmektedir. Bu tür yargı kararlarına şu örnekler verilebilecektir: “... 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanununun ‘Dosyanın İncelenmesi’* başlıklı 20 nci maddesinin 1 inci fıkrasında, ‘*Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar, mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir.*’ hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm ile uyumsuzluğu çözmekle görevli yargı yerlerine, dava konusu işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılığını saptama konusunda re’sen araştırma yetkisi verildiği görülmektedir. Ayrıca, taraflar davalarını ispat yönünden, yargı yerleri önünde eşit seviyede olduklarından, davasını ispat külfetinin sadece bir tarafa yüklenmesi de mümkün değildir. Olayda, davacının 1998 yılı sicil notunun orta olarak düzenlenmesine neden olarak herhangi bir somut olay, bilgi veya belge gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, olumsuz düzenlenen sicile karşı açılan davalarda uygulanan çözüm yönteminin, düşük not takdir edilmek suretiyle olumlu olarak düzenlenen sicillere karşı açılan davalarda da uygulanması gerektiği tartışmasız olup, **uyuşmazlığın çözümü uyuşmazlığa konu idari işlemin sebebinin ortaya konulmasının olduğu ve bu sebebin, davalı idarece ileri sürülmesinin yanında bilgi ve belgeyle ispatlanması gerekliliği** de dikkate alındığında; somut bilgi ve belgeye dayandırılmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde ve ispat külfeti, öncelikle olayda aktif durumda bulunan davalı idareye yükletilmesi gerekeceğinden, sicilin orta düzeyde belirlenmesi sırasında sicil amirlerince objektif davranılmadığının ortaya konulması hususunun davacıya yükletilmesi suretiyle davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”²⁸

“... geçmiş yıllar sicilleri iyi ve çok iyi olarak düzenlenen davacının, 2005 yılı sicilinin 76 puanla düzenlenmesini haklı kılabilen hukuken geçerli bir neden ve bu konuda herhangi bir bilgi ve belge de sunulmaması nedeniyle 2005 yılı sicilinin objektif olarak düzenlenmediği sonucuna varıldığından,

²⁸ Danıştay 2. Dairesi, 31.01.2005 E:2004/6213 K:2005/329, Danıştay Dergisi, Yıl 35, Sayı:110, 2005, syf.125, 126. Metinde koyu yazılı kısımlar kararın orijinalinde normal şekilde yazılmıştır.

aksi düşünce ile davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuksal isabet bulunmamaktadır.”²⁹

“... idarelere kamu görevlilerinin naklen atanmaları konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin kullanımı kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olup, bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu İdare Hukukunun bilinen ilkelerindendir. ... davacının köyün ve ilçenin huzuru için ne gibi sakıncalar yaratacağı hususunun somut olarak ortaya konulamadığı, faaliyette bulunduğu şeklindeki duyumların hukuki değerinin olmadığı ve bu şekliyle içeriği itibariyle hukuki bir delil olarak kullanılması mümkün olmayan doğruluğu kanıtlanmamış istihbari bilgilere dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”³⁰

Görüleceği üzere aktarılan örneklerde kamu idarelerince kamu personelinin verimliliğinin arttırılması ve kamu hizmetinin daha verimli işlenmesinin sağlanması için bazı hukuki araçlara başvurulmuş; ancak tesis edilen işlemlerin sebep unsuru bakımından hukuka uygunluğu ortaya konulamadığı için işlemler, iptal müeyyidesiyle karşılaşmıştır.

Tabiidir ki idare mahkemeleri, bir idari işlemin hukuk kurallarına uygunluğunu denetlemektedir. Kamu personelinin verimliliğinin arttırılması, kamu hizmetinin gereklilikleri gibi ölçütler ise, sadece işlemin maksat unsuru ile olan ilişkileri bakımından hukuka uygunluk denetiminin kapsamı içerisinde bulunmaktadır. Dolayısıyla takdir yetkisine ilişkin olarak söylediğimiz hususlara paralel şekilde, bir idari işlemin kamu personelinin verimliliğinin arttırılması amacıyla tesis edilmesi ya da kamu hizmetinin gerekliliklerinin söz konusu işlemin tesis edilmesini gerektirmesi, idari işlemin sebep unsurunun hukuka uygunluğu açısından tek başına yeterli bir olgu olarak değerlendirilemeyecektir.

Bu çerçevede kamu idareleri tarafından kamu personelinin verimliliğinin arttırılması ve kamu hizmetinin gerekliliklerinin sağlanması amaç edinilerek tesis edilen işlemlerin özellikle maddi gerekçelerinin kabul edilebilir şekilde ve asgari somutluk içerecek düzeyde ortaya konulması halinde (diğer unsurlar yönünden de hukuka aykırılık içermemeleri koşuluyla), ortada idari işlemlerin iptal edilmesi için bir neden kalmayacağı söylenebilecektir. Bu açıklamalara

²⁹ Danıştay 2. Dairesi, 17.06.2008 E:2007/842 K:2008/2888, Danıştay Dergisi, Yıl 39, Sayı:120, 2009, syf.111

³⁰ Danıştay 2. Dairesi, 12.05.2005 E:2004/1822 K:2005/1657, Danıştay Dergisi, Yıl 36, Sayı:111, 2006, syf.113, 114

dayanak oluşturan yargı kararlarına şu örneklerin verilmesi mümkündür: “657 sayılı Yasanın 125. maddesinin C fıkrasında ‘özürsüz olarak göreve bir veya iki gün gelmemek’ fiili, aylıktan kesme cezasını, (D) fıkrasında, ‘özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek’ fiili, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını, (E) fıkrasında da ‘özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek’ fiili ise Devlet Memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır. ... 1 yıl içerisinde 31 gün göreve gelmediği sabit olan ve 17.3.2006 tarihli savunmasında da göreve gelmediğini kabul eden davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.”³¹

“... soruşturma raporundaki bilgi, belgeler ve tanık ifadelerinin incelenmesinden; davacının 76 diplomanın öğrencilere verilmesi sırasında karşılığında 5'er milyon lira alınması için müdür yardımcılarına talimat verdiğinin, sözü edilen kişilerin ifadesiyle doğrulandığı, toplanan para karşılığı ise makbuz verilmediği, davacının, okula yardım olsun diye para aldığını, zorlama olmadığını, bazı öğrencilerden para alındığını, müdür yardımcılara zorlama yapmadan para alın dediğini, toplanan paraların kendisine getirildiğini, ancak miktarını hatırlamadığını, bu paraların okulda çalışan hizmetlileri İl Milli Eğitim Müdürlüğü, PTT ve diğer resmi kurumlara gönderirken yol parası vermek suretiyle harcadığını, karşılığında belge konulmadığı gibi derneğe makbuz karşılığı gelir aktarmadığını kendi ifadesiyle kabul ettiği anlaşılmış olup, bu durumda dava konusu disiplin cezasının dayanağından fiili subut bulan davacının, toplanan paraları okuldaki görevlilerin yol giderlerine harcadığını ifadesinde belirtmiş ise de; bir kişinin harcayacağı yol giderinin çok düşük olması nedeniyle bu açıklamaların gerçeğe uygun bulunmaması karşısında, eyleminin karşılığı olarak verilen disiplin cezasında hukuka aykırılık görülmemiştir.”³²

“Olayda, soruşturma kapsamında adı geçen davacı ve diğer şahısların ifadelerinden, mahrece iade işlemine konu olan 12 adet aracın yurt dışı edildikten sonra 21.7.2000 günlü mahrece iade tutanağının düzenlendiği, dolayısıyla davacı ve tutanağı imzalayan diğer şahısların araçları görmedikleri halde, kaçakçılığı men, takip ve tahkik görevini suistimal

³¹ Danıştay 12. Dairesi, 30.09.2009 E:2008/7586 K:2009/5098, Danıştay Dergisi, Yıl 40, Sayı:123, 2010, syf.395, 396

³² Danıştay 12. Dairesi, 15.05.2005 E:2002/4325 K:2005/2510, Danıştay Dergisi, Yıl 36, Sayı:111, 2006, syf.345

ederek tutanak düzenledikleri sonucuna varıldığından, davacının üzerine atılı gerçeğe aykırı belge düzenlemek fiilinden dolayı verilen dava konusu cezada hukuka aykırılık görülmemiştir.”³³

“Sicil Raporunun, Sicil Amirlerinin Memurun Mesleki Ehliyeti Hakkındaki Notları bölümünde yer alan hususların gözlem ve kanaate dayandığı ve bunların cevaplandırılması sırasında da sicil amirlerinin memur hakkındaki olumsuz düşüncelerini muhakkak belgelendirmesi gerektiği memur sicil hukukunun genel ilkelerinden olup, yargısal içtihatlar da bu yöndedir. Ancak, memur hakkındaki olumsuz düşüncelerin sicilin tüm hanelerini ilgilendirecek şekilde her zaman belgelendirilmesi de mümkün olamamaktadır. Böylesi durumlarda, davalı idarenin sicilin olumsuz düzenlenmesine dayanak aldığı en az bir olmak üzere birkaç somut olayın ilgili olduğu hanenin dışındaki diğer haneleri de etkileyip etkileyememesi yönünden bir değerlendirme yapılması gerektiği zaman, sicil amirinin düşüncesinde neler yazdığı ve ilgisinin geçmiş yıl sicilleri gibi diğer karinelerle birlikte olayın ele alınarak bir yargıya varılmasının hukuka daha uygun olacağı kaçınılmazdır. Dosyanın incelenmesinden; Kastamonu İmam-Hatip Lisesinde öğretmen olarak görev yapan davacının 1998, 1999, 2000, 2001 ve 2002 yıllarına ait sicil raporlarının 74, 68, 74, 71 ve 64 olarak orta düzeyde düzenlenmiş olduğu, dava konusu edilen 2003 yılı sicil raporunun 1. sicil amirince 60 puan, 2. sicil amirince 68 puan takdir edilerek ortalamasının 64 orta düzeyde değerlendirildiği, 1 ve 2. sicil amirlerinin düşünceleri bölümünde ise kontrol altında tutulması ve görevinde daha gayretli olması gerektiğinin belirtildiği, davalı idarece; dava konusu edilen sicil raporunun o yıl içinde yapılan gözlemler sonucunda sicil amirlerince kanaate dayalı objektif kriterler esas alınarak ve mevzuata uygun olarak düzenlendiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının son beş yıllık sicillerinin orta düzeyde düzenlenmiş olması ve dava konusu edilen 2003 yılına ait sicili ile önceki yıllar sicilleri arasında açık bir farkın bulunmaması, aksine paralellik göstermesi hususları dikkate alındığında anılan yıla ait sicilin hizmete ilişkin sebepler ve objektif kriterler gözetilerek düzenlendiği anlaşıldığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”³⁴

“Dava, Tarım Reformu Genel Müdürlüğünde Destekleme Daire Başkanı olarak görev yapan davacının, bu görevinden alınarak APK Uzmanı olarak atanmasına ilişkin ... işlemin iptali istemiyle açılmıştır. ... davacının

³³ Danıştay 12. Dairesi, 05.07.2005 E:2002/1245 K:2005/2795, Danıştay Dergisi, Yıl 36, Sayı:111, 2006, syf.347

³⁴ Danıştay 2. Dairesi, 13.06.2007 E:2007/276 K:2007/2686, Danıştay Dergisi, Yıl 38, Sayı:117, 2008, syf.96

Tarım Reformu Genel Müdürlüğünde Destekleme Daire Başkanı olarak görev yaptığı, Genel Müdürlük teknik personelinin bazılarını 1999 yılı ve önceki yıllarda ayrıcalık yapılarak bazı personelin hiç araziye gitmediği halde kendilerine ek özel hizmet tazminatı ödendiği ve ödemelerin halen devam ettiği konusunda yapılan inceleme sonucu düzenlenen ... günlü, ... sayılı inceleme raporunda, davacının amiri bulunduğu birimde görev yapan personelin 3 aylık iş programında belirtilen mahallerde görev yapmadıkları, buna karşın iş programlarında öngörülen işlerin yapıp yapılmadığını, görevlendirilen personelin görev yerlerine gidip gitmediğini kontrol etmeden, bir inceleme ve değerlendirme yapmadan yeni dönemler için iş programları tanzim ederek ek özel hizmet arazi tazminatı ödemelerinin yapılmasını sağladığı belirtilerek toplam 4.285.066.000-TL'nin yasal faiziyle birlikte davacıdan tahsilinin sağlanması teklifinin getirildiği, rapor üzerine davacı adına 8.143.290.000-TL kişi borcu tahakkuk ettirildiği ve dava konusu işlemler Daire Başkanlığı görevinden alınarak APK uzmanlığına atandığı anlaşılmıştır. ... dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının görev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiremediği anlaşıldığından, hizmetin daha iyi ve verimli yapılmasını sağlamak amacıyla tesis edildiği sonuç ve kanaatine ulaşılan dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığından aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”³⁵

İptal davalarında idare mahkemelerinin yaptığı denetimin hukuka uygunluk denetimi olması, kamu personelinin verimliliğinin tamamen göz ardı edilebileceği anlamına gelmemektedir. Zira kamu personelinin verimliliğinin artırılması ile kamu hizmetinin gerekleri, kamu hizmetinin gerekleri ile de bütün idari işlemlerin maksat unsurunu oluşturan kamu yararı arasında bağlantı bulunduğu açıktır. Dolayısıyla bir idari işlemi denetlerken kamu yararı maksadı güdülerken tesis edilip edilmediğini değerlendirecek olan idare mahkemesi, bu değerlendirmeyi yaparken somut olayın koşulları çerçevesinde kamu personelinin verimliliğini de dikkate almak durumundadır. Nitekim uygulamada bu değerlendirme yapılarak verilmiş olan yargı kararları mevcuttur. Örneğin Danıştay'a göre; “İdarelere kamu görevlilerinin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklen geçişleri konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, mutlak ve sınırsız olmayan bu yetkinin kullanılması halinde, gerçekleştirilen işlemlerin kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından yargı denetimine tabi olduğu çekişmesizdir. Kamu hizmetinin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi gereğince, kamu görevlilerinin özel koşullarına göre verimliliklerinin en yüksek olduğu ve hizmetlerinden en yüksek oranda

³⁵ Danıştay 2. Dairesi, 30.09.2005 E:2004/1228 K:2005/2822, Danıştay Dergisi, Yıl 36, Sayı:111, 2006, syf.115, 116

yararlanılacak bir birimde çalıştırılmalarının kamu yararına uygun düşeceği açıktır. Olayda, ihtiyaç gerekçesiyle işlemin kurulduğu söylenmekte ise de, davacı ile aynı durumda olan personele daha önce muvafakat verilmiş olduğu ve davacının hizmetine duyulan ihtiyacın hukuken geçerli belgelerle ortaya konulmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.”³⁶

Özetle, idare mahkemelerinin hukuka uygunluk denetimi neticesinde idari işlemin reddine karar verebilmeleri için bir gerekçeye dayanmak zorunda oldukları açıktır. İdari işlemin sebep unsurunu yani gerekçesini oluşturmak bakımından tek başına yeterli olmayan “idarenin idari işlem tesisi hususunda takdir yetkisine sahip olması” ya da “işlemin kamu personelinin verimliliğini arttırmak, kamu hizmetinin gereklerini sağlamak amacıyla tesis edilmesi” gibi olgulara dayanarak mahkemelerin davanın reddine karar vermelerini beklemek; kamu personelinin âdil olmayan ve yetersiz bir yargılamaya mâruz kalmasını ummak demektir. Şüphesiz, bir hukuk devletinde bunun kabul edilebilmesi olanaksızdır.

Kaldı ki, idare mahkemelerinin kararlarında aranılan “*idari işlemlerin sebep unsurunu oluşturan maddi olguların belgelendirilmesi*”, sanıldığı kadar zor değildir. Bu çerçevede kamu idarelerinin düzenleyici işlemlerle ya da âmir konumunda bulunan kamu yöneticilerinin vereceği yazılı emirlerle kamu personelinin görev tanımını açıkça yapması, bir kamu personelinin yazılı hale gelen görevinin kapsamındaki somut işlem veya eylemleri yapmaması halinde de bu durumun usulüne uygun bir tutanakla yahut hukuken kabul edilebilir başka bir belge ile ortaya konulabilmesi pekâla mümkündür. Bu gibi basit ancak kamu yöneticilerinin donanımına ve ileri görüşlülüğüne bağlı tedbirlerin alınması durumunda görevini aksatan, kendisinden verim alınamayan kamu personeli için idarenin takdir yetkisi kapsamındaki hukukî araçlardan birisinin uygulanması her zaman mümkündür. Böylelikle kamu personelinin verimliliğini arttırmaya yönelik hukuki araçlar, hem etkili hem hukuka uygun hem de hukuka uygunluk hâli ispatlanabilir şekilde kullanılmış olacaktır.

V. VERİMLİLİĞİN ARTTIRILMASINA YÖNELİK ARAYIŞLAR KAPSAMINDA SÖZLEŞMELİ PERSONEL İSTİHDAMI

Ülkemizde son yıllarda kamu personel sistemine ilişkin rastlanan önemli bir eğilim, sözleşmeli personel uygulamasının yaygınlaştırılmaya

³⁶ Danıştay 5. Dairesi, 01.10.2007 E:2006/875 K:2007/4996, Danıştay Dergisi, Yıl 38, Sayı:117, 2008, syf.148

çalışılmasıdır. Kanımızca bu uygulamanın sebepleri arasında, sözleşme ile istihdam edilen kamu personelinin hukuki durumunun özel sektör çalışanlarınıninkine benzer belirlenebileceği ve bu personele statü hukukunun tüm kurallarının uygulanmayabileceği yönündeki düşünce ile hizmet sözleşmelerinin belli bir süre için yapılmasına bağlı olarak, hizmetinden verim alınamayan personelin sözleşmesinin yenilenmemesi suretiyle kamu personelinin görevine daha kolay son verilebileceği şeklindeki mülâhaza bulunmaktadır.

Konunun hukukî çerçevesi incelendiğinde, kanun koyucunun 657 sayılı Kanunun 33. maddesinde kamu idarelerinde kadrosuz memur çalıştırılmayacağını öngördüğü ancak memurlar dışındaki diğer kamu görevlileri açısından böyle bir kısıtlamaya yer vermediği hatta bu uygulamanın hukukî altyapısını oluşturacak düzenlemeler sevk ettiği görülmektedir. Buna göre örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4/B maddesinde sözleşmeli personel “*Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallerde münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığı’nca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri*” şeklinde tanımlanarak 657 sayılı Kanuna tâbi kamu kurumlarında sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir. Her ne kadar maddede sözleşmeli personel istihdamının zaruri ve istisnai hallerde yapılacağı belirtilmişse de; gerek maddenin devam eden fıkraları³⁷ ile 657 sayılı Kanun ve diğer mevzuat hükümlerinde³⁸ yapılan

³⁷ “... Ancak, yabancı uyrukluların; tarihi belge ve eski harflerle yazılmış arşiv kayıtlarını değerlendirenlerin mütercimlerin; tercümanların; Milli Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılamaması hallerinde öğretmenlerin; dava adedinin azlığı nedeni ile kadrolu avukat istihdamının gerekli olmadığı yerlerde avukatlarını, kadrolu istihdamın mümkün olmadığı hallerde, tabip ve uzman tabiplerin; Adli Tıp Müessesesi uzmanlarının; Devlet Konservatuvarları sanatçı öğretim üyelerinin; İstanbul Büyükşehir Belediyesi Konservatuvarları sanatçı öğretim üyelerinin; İstanbul Belediyesi Konservatuvarı sanatçıların; bu Kanuna tâbi kamu idarelerinde ve dış kuruluşlarda belirli bazı hizmetlerde çalıştırılacak personelin de zorunlu hallerde sözleşme ile istihdamları caizdir. ...” (657 sayılı Kanun m.4/B)

³⁸ Örneğin 10.07.2003 günlü, 4924 sayılı Kanun’la eleman temininde güçlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından hizmet akdi ile sözleşmeli personel çalıştırılmasının; yine 03.07.2005 günlü, 5393 sayılı Kanun’un 49. maddesinin 3. fıkrası ile belediye ve bağlı kuruluşlarında, norm kadroya uygun olarak çevre, sağlık, veterinerlik, teknik, hukuk, ekonomi, bilişim ve iletişim, plânlama, araştırma

değişiklikler, gerekse uygulamada kamu idareleri tarafından sözleşmeli personel çalıştırılmasının yaygınlık kazanması nedeniyle, sözleşmeli personel uygulaması zarurîlik ve istisnaîlik niteliklerini yitirerek, kadrolu çalışmaya alternatif ikinci bir istihdam şekli haline gelmiştir.

Kadro esası yerine hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan kamu personeli de, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getirmek koşuluyla Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında değerlendirilecek, dolayısıyla Anayasa’nın kamu personeli açısından öngördüğü güvencelerden yararlanacaklardır. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca sözleşmeli personelin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunlarla düzenlenmesi gerekecek, sözleşmeli personel de aynen memurlar gibi statü hukukuna tâbi olacaktır. Nitekim konu hakkında yargı organlarının düşüncesi de aynı doğrultudadır. Örneğin Danıştay’a göre; “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 128. maddesinde; genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği öngörülmüştür. Anılan maddede geçen ‘diğer kamu görevlileri’, memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde idareye kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olarak çalışanlardır. Bu ilişkinin doğal sonucu, bunlara bütçeden ödeme yapılması, haklarında özel kuralların uygulanmasıdır. Diğer bir anlatımla, sözleşmeli personel, kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde memur ve işçiden ayrı, kamu hukuku bağlantısı olan kimsedir. ... Buna göre, sözleşmeli personelin durumu; kanun, kanun hükmünde kararname, bakanlar kurulu kararı, yönetmelik ve tip sözleşmelerle düzenlenmekte ve bunlarda hüküm bulunmaması halinde Devlet Memurları Kanunu’nun uygulanacağı öngörülmektedir. Bu nedenle sözleşmeli personelin durumu da, memurların durumu gibi büyük ölçüde kanuni ve nizami bir durum, yani statüler durum haline gelmiş bulunmaktadır. Zira, bunların hukuki durumu memurların hukuki durumu gibi büyük ölçüde idare tarafından düzenleyici işlemlerle belirlenmekte ve bu hukuki durum yine idare tarafından tek yanlı olarak her zaman değiştirilebilmektedir.”³⁹

ve geliştirme, eğitim ve danışmanlık alanlarında avukat, mimar, mühendis, şehir ve bölge plâncısı, çözümleyici ve programcı, tabip, uzman tabip, ebe, hemşire, veteriner, kimyager, teknisyen ve tekniker gibi uzman ve teknik personelin yıllık sözleşme ile çalıştırılabilmesinin öngörülmesi gibi.

³⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 04.02.2010, Yürütmenin Durdurulması İtiraz No:2009/921, Karar yayınlanmamıştır.

Yine belirtmelidir ki sözleşmeli personel istihdamında idareler ile kamu personeli arasında imzalanan sözleşmeler, bir tarafının kamu idaresi olması, bir kamu hizmetinin yürütümüne ilişkin bulunması ve sözleşmenin tarafı idarenin (kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesini sağlamak amacıyla) özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen kimi ayrıcalıklara sahip olabilmesi nedeniyle⁴⁰ “idari sözleşme” niteliği taşımaktadır. Bu sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesinin başlıca sonucu ise, bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı mercilerinin idari yargı organları olmasıdır.

Uygulamada idari yargı organları tarafından sözleşmeli personele ilişkin uyuşmazlıklarda, kadro karşılığı çalışan kamu personelinin uyuşmazlıklarından farklı bir değerlendirme yapılmamaktadır. Sözleşmeli personelin tecziyesi, çeşitli ikramiye ve ödüllerden yararlandırılmaması, sözleşmesinin yenilenmemesi gibi tüm uyuşmazlıklarda idarenin tasarrufu yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları itibarıyla hukuka uygunluğu yönünden incelenmekte ve idarelerin takdir yetkisi bulunan hallerde bu yetkiyi kullanım şekilleri hukuki denetim kapsamı dışında bırakılmamaktadır. Örneğin bir sözleşmeli personelin sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine karşı açtığı davada idare mahkemesi, şu gerekçelerden hareket ederek dava konusu işlemi iptal etmiş ve idareyi dolaylı olarak davacı ile tekrar hizmet sözleşmesi imzalamak durumunda bırakmıştır: “*Davacı ile davalı idare arasında yapılan hizmet sözleşmesinde gerekli duyurma yapılmak suretiyle sözleşmenin tek taraflı olarak feshedileceği belirtilmiş olup, bu hüküm ile sözleşmenin feshi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmakla birlikte, bu yetkinin kullanımının mutlak olmadığı, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu ve takdire dayanan işlemlerin sebep ve maksat yönlerinden yargı denetimine tabi bulunduğu hususları idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Olayda, davalı idarece davacıdan yeterli verimin alınamadığı, hizmetine ihtiyaç kalmadığı, yerine inşaat mühendisi istihdam edileceği belirtilerek davacı ile yapılan hizmet sözleşmesi yenilenmemiş ise de, hizmetinde başarılı olamadığı ve verim alınamadığı yolunda hukuken geçerli bir tespit bulunmadığı gibi anılan sözleşmenin 13. maddesinde belirtilen sebeplerden herhangi birinin varlığı da ileri sürülmediğinden sözleşmenin yenilenmemesine ilişkin işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerine ve hukuka uyarlık görülmemiştir.*”⁴¹

İdari yargı organlarının bu yaklaşımı şüphesiz hukuk devleti ilkesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun gereğidir. Ayrıca bu uygulama

⁴⁰ Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: İmaj, 2004, syf.168, 169

⁴¹ Eskişehir 2. İdare Mahkemesi, 16.07.2012 E:2012/259 K:2012/517, Karar yayınlanmamıştır.

pratikte sözleşmeli kamu personeline hukuki güvence oluşturmaktadır. Bununla birlikte sözleşmeli personel çalıştırarak esnek ve hatta serbest bir personel rejimi hedefleyen idarenin, mahkemelerin bu yaklaşımından pek de hoşnut olmadığını tahmin etmek zor olmasa gerektir. Zira özellikle kamu personelinin görevine son verilmesi bakımından sözleşmeli personel istihdamının en büyük amacı, hizmetinden verim alınamadığı gerekçesiyle birlikte çalışılmak istenilmeyen personelin görevine rahatlıkla son verilebilmesidir. İdare mahkemelerinin bu yaklaşımları ile kamu idarelerinin söz konusu amaca ulaşılabilmeleri ise pek mümkün görünmemektedir.

Bu nedenle son dönemde uygulamada kanun ve kanun hükmünde kararname hükümleriyle, kamu personeli istihdamı açısından klasik sözleşmeli personel rejiminden farklı ilke ve kurallar içeren yeni sistemler benimsenmektedir. Buna göre örneğin, Sağlık Bakanlığı’nın teşkilatlanmasını düzenleyen 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 29. maddesi ile Sağlık Bakanlığı’na bağlı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu kurulmuş, 30. maddesinde sağlık kuruluşlarının illerde Kurum tarafından kurulacak Kamu Hastaneleri Birlikleri aracılığıyla işletileceği düzenlenmiş, 32. maddesinde ise birliklerde görev yapacak genel sekreter, başkan, hastane yöneticileri, başhekim ve müdürlerin sözleşme ile çalıştırılacağı, bu sözleşmelerin süresinin iki yıldan dört yıla kadar olabileceği, sözleşmeye ek performans hedeflerindeki gerçekleştirmelere bağlı olarak süresinden önce de sözleşmelerin sona erdirilebileceği, başarısızlık sebebiyle genel sekreterin değişmesi halinde başkanların ve başarısızlığa sebebiyet veren hastane yöneticilerinin sözleşmelerinin kendiliğinden sona ereceği ve yine yeni hastane yöneticisinin göreve başlamasından itibaren, ilgili hastane başhekim, müdürleri, başhekim yardımcıları ve müdür yardımcılarının, yeni başhekim ve müdürlerin göreve başlamasından itibaren de yardımcılarının sözleşmelerinin bir ay sonunda kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmıştır.⁴² Böylece kanun koyucu, kamu hastanelerinin yönetimi konusunda kamu personeli ile sözleşme imzalama ve sözleşmeleri sonlandırma konularında idareye daha geniş takdir yetkisi tanımış, bazı özel durumlarda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini belirtip bu konuda bir idari işlemin tesisini aramayarak söz konusu durumları fiilen idari yargı denetiminin kapsamı dışına çıkarmıştır.

⁴² “663 sayılı KHK ile kamu hastanelerinin personel sisteminin işletmecisi bir yaklaşımla yapılandırıldığı görülmektedir.” İpek Özkal SAYAN, Aziz KÜÇÜK, Türkiye’de Kamu Personeli İstihdamında Dönüşüm: Sağlık Bakanlığı Örneği, AÜSBF Dergisi, Cilt 67, No:1, 2012, syf.187, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile personel sisteminde öngörülen değişiklikler ve bunların kapsamlı bir analizi için bkz. SAYAN, KÜÇÜK, syf.186 vd.

Böylelikle idareye, kamu personeli istihdam etmek açısından arzu edilen esneklik, özel sektördeki istihdam ilişkilerine benzer şekilde sağlanmıştır.

Kamu hizmetlerinin daha iyi yürütülebilmesini temin açısından kamu personel rejiminde değişiklikler yapmak şüphesiz kanun koyucunun takdir yetkisi dahilindedir. Bu çerçevede yasama organı mevcut hukuk sisteminde kamu personelinin verimliliğinin artırılması bakımından var olan hukuki araçları yeterli görmeyerek veya kamu personelinin sahip olduğu yasal güvencelerin kamu hizmetlerini sekteye uğrattığını değerlendirerek yeni düzenlemeler yapabilecektir. Ancak bu gibi yeni düzenlemeler yapılırken Anayasa tarafından çizilen çerçevenin sınırları aşılmamalı; bu doğrultuda Anayasa'nın âmir hükmü gereği genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar veya diğer kamu görevlileri aracılığıyla yürütülmesi sağlanmalı ve yine Anayasa uyarınca, kamu personelinin görev ve yetkilerinin, aylık ve ödeneklerinin ve benzeri özlük haklarının düzenlenmesi kanun yerine idari işlemlere veya idari sözleşmelere bırakılmamalıdır. Zira unutulmamalıdır ki hukuk kurallarına uygunluk, toplum açısından en az kamu hizmetlerinde verimlilik kadar önemli bir değer oluşturmaktadır.

VI. SONUÇ

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi kamu idarelerinin varlık sebebidir. Kamu hizmetlerinin aksamadan, olması gerektiği şekilde yürütülebilmesi de idarelerin insan unsurunu oluşturan kamu personelinin yeterli verimlilikte çalışmasına bağlıdır. Özellikle çeşitli alanlardaki toplumsal gelişmelere bağlı olarak kamu hizmeti kavramının içeriğinin ve kapsamının stabil kalmadığı günümüzde kamu personelinin beklenen verimin alınması, kamu idarelerinin işleyişi açısından çok daha önemli bir hale gelmiştir.

Kamu hizmetlerinin toplum yaşamı açısından, kamu personelinin kamu hizmeti açısından taşıdığı önem sebebiyle, hukukumuzda kamu personelinin tâbi olduğu hukuki rejim özel sektör çalışanlarınınkinden farklı biçimde düzenlenmiş, kamu personeline özel sektör çalışanlarının sahip olmadığı bazı güvenceler sağlanmıştır. Bu kapsamdaki güvencelerden en önemlisi ise, özel sektör işverenlerinin birlikte çalışmak istemediği personelinin işine hiçbir gerekçe göstermeden (tazminat ödeyerek) son verebilmesine karşın, kamu idarelerinin kamu personeline karşı aynı uygulamayı gerçekleştirememesidir.

Kamu personeline hukuk kuralları ile bir takım güvenceler sağlanmasının sebebi, onların çalışma yaşamı açısından endişe duymamalarını sağlayarak,

kamu hizmetlerinin daha verimli şekilde yürütülmesini temin etmektir. Bununla birlikte kamu personelinin bir kısmının yeterli verimlilikte çalışmaması yani görevinin gereklerini tam olarak yerine getirmemesi her zaman mümkün olduğundan, mevzuatımızda kamu personelinin verimliliğini sağlamaya ve arttırmaya yönelik çeşitli hukuki araçlara da yer verilmiş bulunmaktadır.

Bu çerçevede ulusal mevzuat hükümlerinde kamu personelinin verimliliğini arttırmaya yönelik olarak nakil, sicil, ödül, disiplin cezaları ve adli cezalar gibi çeşitli hukuki müesseseler öngörülmüştür. Böylece moral etkiden kamu görevi ile ilişik kesmeye, parasal mükâfattan hapis cezasına kadar kamu personeline çok değişik etkileri olan ve teorik olarak kamu hizmetinin personel tarafından aksatıldığı her duruma çözüm sunabilen tedbirler, kamu yöneticilerinin kullanımına sunulmuş bulunmaktadır.

Kamu personelinin görevini aksattığı hallerde mevzuat hükümlerinin sunduğu hukuki araçların etkin bir şekilde kullanılabilmesi, şüphesiz bu araçların idari davaya konu edilmemeleri veya dava konusu edilmeleri durumunda davanın reddedilmesi koşuluna bağlıdır. Dolayısıyla idare mahkemelerince yapılan hukukilik denetimi sonucunda verilen iptal kararları, kamu personelinin verimliliğinin arttırılmasına yönelik hukuki araçların etkisini azaltıcı sonuçlar doğurabilmekte ve bu nedenle eleştiri konusu yapılabilmektedir.

İdarenin her türlü tasarrufu konusunda hukuka uygunluk denetimi yapmakla görevli idare mahkemelerinin “*bir idari işlemin kamu personelinin verimliliğini arttırmaya yönelik olduğundan bahisle*” ya da “*konu hakkında idarenin takdir yetkisi olduğu gerekçesiyle*”, dava konusu işlemin gerekçesini sorgulamadan davanın reddine karar vermesi; idari işlemin hukukîliğinin sebep unsuru yönünden denetlenmediği anlamına gelecek ve hem hukuk devleti ilkesine, hem de 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesine aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla kamu personelinin verimliliğinin arttırılmasına yönelik hukuki araçların etkili şekilde kullanılabilmesi için mahkemelere yöneltilen eleştirilerin dikkate alınmasını istemek, esasen hukuk kurallarının askıya alınmasını istemekten farklı bir anlam taşımamaktadır.

Uygulamada idare mahkemelerinin iptal kararları incelendiğinde, mahkemelerin özellikle “*idari işlemin sebep unsurunun*” belgelendirilebilmesi/ ispat edilebilmesi hususu üzerinde durduğu ve idareciler tarafından eleştiri konusu yapılan iptal kararlarının çoğunlukla bu gerekçeye müstenid olduğu görülmektedir. Kanımızca bu durumda kamu idarelerince yapılması gereken, “*idarenin takdir yetkisi*” ve “*kamu hizmetinin gerekleri*” kavramlarına

dayanarak mahkemelerin soyut içerikli idare savunmalarına itibar etmesini beklemek *olmamalıdır*. Kamu personelinin görevinin yazılı şekilde önceden tanımlanması, görevin gereklerini aksatan ve kamu hizmetini sekteye uğratan davranışların ise en azından usulüne uygun bir tutanakla belgeye bağlanması gibi basit önlemler dahi, kanımızca iptal kararıyla sonuçlanabilecek bir çok davanın reddedilmesini netice verme potansiyeline sahip bulunmaktadır.

Diğer taraftan yasama organınca kamu personelinin verimliliğinin arttırılmasına yönelik hukuki araçların yeterli bulunmaması halinde, yasal değişikliklerle yeni hukuki araçlar ihdas edilmesi de her zaman mümkün bulunmaktadır. Bu kapsamda ülkemizde son yıllarda sözleşmeli personel istihdamı yaygınlaştırılmaya ve anılan istihdam biçiminin hukukî rejimi değiştirilmeye çalışılmaktadır. Aslî düzenleme yetkisine sahip bulunan, dolayısıyla yürütmeye ve idareye nazaran daha serbest bir hareket alanı olan yasama organının bu girişimleri esnasında dikkat edilmesi gereken ise, Anayasa'ya aykırı hareket edilmemesi ve hukukun üstünlüğünün kamu personelinin verimliliğine feda edilmemesidir.

Son tahlilde hiçbir hukuk kuralı, kendisini uygulayan insan unsurunun nitelikli ve iyi niyetli olmamasına rağmen mükemmel sonuçlar doğurabilecek özellikte değildir. Bu çerçevede hukukumuzda kamu personelinin verimliliğinin arttırılması açısından öngörülen hukuki araçlar, doğru şekilde ve iyi niyetle (yani sadece kamu yararı maksadı güdülererek) kullanılmaları halinde kanımızca istenilen amaca ulaşmak açısından yeterlidir. Bu konuda uygulamada var olabilen bir takım aksaklıkların müsebbibi de *–bazı kesimlerce sanıldığı gibi aksine–* idare mahkemeleri değildir. Kamu personelinin verimliliğinin arttırılması ile ilgili eleştirilerde bakış açısı değiştiği ve idari işlemlerin gerekçelerinin ortaya konulabilmesi noktasında idarelerce daha hassas davranıldığı takdirde, söz konusu eleştirileri doğuran nedenler büyük ölçüde ortadan kalkacaktır. Nihayetinde “hukuka uygunluk” ile “kamu hizmetinin verimliliği” birbiriyle çatışan kavramlar değil, ancak bir arada olmaları durumunda kamu düzeninin ve toplumsal huzurun sağlanabileceği değerlerdir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT Emre. **Kanunî İdare İlkesi**. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil. **Türk İdare Hukuku**. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- DEMMKE Christoph. **Civil Services in the EU of 27 – Reform Outcomes and the Future of the Civil Service**. EIPASCOPE (European Institute of Public Administration Scope), 2010/2, syf.5 vd. (<http://www.eipa.eu/en/eipascope/>).
- GÖZLER Kemal. **Hukuka Giriş**. 3. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, 2006.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref. **Yönetmelik Yargısı**. 15. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut. **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**. 5. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- GÜLAN Aydın. **Kamu Hizmeti Kavramı**. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 9, S:1-3, 1988, syf.147 vd.
- GÜNDAY Metin. **İdare Hukuku**. 9. Baskı. Ankara: İmaj Yayınevi, 2004.
- GÜRAN Sait. **Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu**. Anayasa Yargısı, Cilt 1, 1984, syf.193 vd.
- GÜNEŞ Turan. **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1965.
- KAMAN KARAN Nur. **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- LINNA Paula, PEKKOLA Sanna, UKKO Juhani, MELKAS Helina. **Defining and Measuring Productivity in the Public Sector: Managerial Perceptions**. International Journal of Public Sector Management, Vol. 23, No:3, 2010, syf.300 vd. (<http://www.emeraldinsight.com/0951-3558.htm>).
- OECD, **Measuring Productivity – Measurement of Aggregate and Industry Level Productivity Growth**. OECD Manual, 2001, (<http://www.oecd.org/std/productivity-stats/2352458.pdf>).

SAYAN İpek Özkal, KÜÇÜK Aziz. **Türkiye’de Kamu Personeli İstihdamında Dönüşüm: Sağlık Bakanlığı Örneği**, AÜSBF Dergisi. Cilt 67, No:1, 2012, syf.171 vd.

YAYLA Yıldızhan. **İdare Hukuku**. 1. Baskı. İstanbul: Beta Basım, 2009.

YILDIRIM Turan, KARAN Nur. **İdare Hukuku I**. 1. Baskı. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE KORUNMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Erkan DUYMAZ*

ÖZET

İnsan haklarına ilişkin diğer temel belgelere kıyasla, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, ifade özgürlüğünü oldukça detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Sözleşme'nin yargısal denetim organı olan Amerikalılar-arası Mahkeme, kararları ve tavsiye görüşleriyle, ifade özgürlüğünün kapsamını geniş, bu özgürlüğe getirilebilecek sınırlamaları dar yorumlamıştır. Kısa zamanda zengin ve tutarlı bir içtihat oluşturan Mahkeme, ifade özgürlüğünü yalnızca bireysel değil, aynı zamanda kendisine önemli misyonlar yüklenen sosyal ve kültürel bir hak olarak ele almıştır. Özellikle, bilgi edinme hakkına ilişkin Mahkeme kararları, ifade özgürlüğünü, şeffaf ve katılımcı bir demokrasinin hayata geçirilmesinde vazgeçilmez bir araç olarak ortaya koymuştur. Birçok açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına paralel kararlar üreten Amerikalılar-arası Mahkeme, Avrupa sisteminin sağladığı güvenceleri asgari bir standart olarak görmekte ve ifade özgürlüğünün korunmasında daha ileri bir noktaya ulaşmayı hedeflemektedir.

Anahtar kelimeler: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, İfade Özgürlüğü, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları, Bilgi Edinme Hakkı.

A STUDY ON THE PROTECTION OF FREEDOM OF EXPRESSION WITHIN THE FRAMEWORK OF THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

Compared with other basic instruments relating to human rights, the American Convention on Human Rights treats the freedom of expression quite in detail. The Inter-American Court, body of judicial control provided by the Convention, has interpreted, through its judgments and advisory opinions, the scope of the freedom of expression broadly, the restrictions that can be applied to this freedom strictly. Forming a rich and consistent case-law in a short time, the Court has considered the freedom of expression not only as an individual right but also a social and cultural right assuming important missions. Especially, Court judgments regarding the right to access to information have recognized the freedom of expression as an indispensable

* Dr., İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. erkan.duymaz@istanbul.edu.tr

instrument in the implementation of a transparent and participatory democracy. The Inter-American Court, which renders decisions in many respects parallel to the case-law of the European Court of Human Rights, regards the guarantees provided by the European system as a minimum standard and intends to achieve a further step in the protection of the freedom of expression.

Keywords: *American Convention on Human Rights, Freedom of Expression, Inter-American Court of Human Rights, Human Rights, Right to Access to Information.*

Giriş

Düşünceyi açıklamak, açıklanan düşünceyi yaymak ve yayılan düşünceye ulaşmak. Kullanılan terimler bakımından bazı nüanslar bulunsa da, ifade özgürlüğünün, en dar haliyle, bu eylemleri kapsadığı konusunda ulusal ve ulusüstü insan hakları hukuku sistemlerinde bir görüş birliği olduğu savunulabilir. “Düşünce” yerine “kanaat”, “fikir”, “görüş”, “haber” veya “bilgi” kelimelerinden birinin, birkaçının ya da hepsinin konulabileceği hususunda da önemli bir tartışma göze çarpmamaktadır. Bununla birlikte, ifade özgürlüğünün insan hakları belgelerinde yer alış şekli ve adlandırılması söz konusu olduğunda birtakım farklılıklar dikkat çekmektedir.

Bu bağlamda öne çıkan en önemli ayrım ifade özgürlüğü-düşünce özgürlüğü ilişkisinin algılanış biçimiyle ilgilidir. İnsan hakları listelerine bakıldığında, bu ilişkinin ele alınışı konusunda, genel olarak, üç değişik yaklaşım tespit edilebilir. Bunlardan ilkinde göre, düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir unsuru olmaktan ziyade, din ve vicdan özgürlüğünün tamamlayıcısı niteliğindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB), Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) düşünce özgürlüğünü bu yönde düzenlemiş, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü adı altında, din değiştirme, ibadet etme ve inanç açıklama özgürlüklerine yer vermiştir.¹ Anayasa’nın 25. maddesinde vücut bulan ikinci yaklaşım, düşünce özgürlüğünü kanaat özgürlüğüyle birlikte ve ifade özgürlüğünden ayrı olarak düzenlemektedir. Bu maddeye göre, düşünce ve kanaat özgürlüğü kişiye iki güvence sağlamaktadır: düşüncelerini ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması, düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamaması ve suçlanamaması. Bu güvencelerden ilki ifade özgürlüğünün negatif yönü olarak tanımlanabilir. İkinci güvence ise, kişilerin, düşünce ve kanaatleri

¹ Sırasıyla 9., 18., 18. ve 10. maddeler.

nedeniyle rahatsız edilemeyeceği ve eşitlik ilkesine aykırı bir muameleye tabi tutulamayacağı şeklinde yorumlanabilir.² Hiç kuşku yok ki, bir kişinin düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanması veya suçlanması ancak bu düşünce ve kanaatlerin açıklanması, ortaya çıkması durumunda gündeme gelebilir. Bu açıdan ele alındığında, kanaat özgürlüğünü ifade özgürlüğünün içerisinde değerlendirmek mümkündür. Nitekim AIHS, EİHB, MSHS ve ABTHŞ kanaat/görüş sahibi olma hakkını/özgürlüğünü ifade özgürlüğüne ilişkin düzenleme çerçevesinde ve bu özgürlüğün birincil unsuru olarak görmektedir.³ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme, Amerikan Sözleşmesi, San José Paktı) 13. maddesi ise, üçüncü bir yaklaşımla, düşünce ve ifade özgürlüğü başlığı altında tek bir düzenleme öngörmektedir. Düşünce özgürlüğünden ne anlaşılması gerektiği konusunda sessiz kalan bu madde, içerik bakımından yalnızca ifade özgürlüğünü düzenlemektedir.⁴ Yukarıda adı geçen belgelerdeki düzenlemeler göz önüne alındığında, bu maddedeki düşünce özgürlüğünün esasen düşünce ve kanaat sahibi olma hakkını içerdiği düşünülebilir. Kişinin, düşünce ve kanaat sahibi olabilmesi için açıklanan ve yayılan düşüncelere/bilgilere ulaşması gerektiği göz önüne alındığında, bu maddedeki hak ve özgürlükleri sadece ifade özgürlüğü adı altında incelemek yanlış bir tercih olmayacaktır.⁵

1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, ifade özgürlüğünü, insanın sahip olduğu “en değerli haklardan biri” olarak tanımlamıştır.⁶ Düşünce ve fikirlerin serbestçe dolaşımının önemine iki yüzyılı aşan bir süre önce yapılan bu istisnai vurgu, günümüzde de birçok açıdan geçerliliğini korumaktadır. İfade özgürlüğü, her şeyden önce, bireyin entelektüel kapasitesini geliştirmesi ve sosyal bir varlık olarak hayatını sürdürmesi için zorunlu bir araçtır. Sosyal açıdan ele alındığında, ifade özgürlüğü, toplumun fikir, bilgi ve haberlere ulaşması ve böylece toplumsal iletişimin sağlanması açısından

² Bkz., KABOĞLU, s. 337.

³ Sırasıyla 10., 19., 19. ve 11. maddeler.

⁴ Madde 13/1 şu şekilde kaleme alınmıştır : “ Herkesin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, sınırlar dikkate alınmaksızın, sözlü, yazılı ya da basılı olarak yahut sanatsal formda ya da bir kimsenin kendi seçeceği herhangi bir başka yolla, her türlü bilginin ve düşüncenin araştırılması, alınması ve yayılması özgürlüğünü de içerir.” Sözleşme metninin Türkçe karşılıklarında Mehmet Semih GEMALMAZ'ın çevirisi esas alınmıştır. GEMALMAZ, Ulusalüstü, s. 729-761.

⁵ Bu noktada belirtmek gerekir ki, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 9. maddesinde, yalnızca ifade özgürlüğünü düzenlemekte, düşünce özgürlüğüne ne bu maddede ne de Sözleşme'nin başka bir yerinde değinilmektedir.

⁶ Madde 11.

hayati önemdedir. Sanatçıların, yazarların ve en geniş anlamıyla basının veya medyanın özgür olması, ifade özgürlüğünün sosyal misyonunun gerçekleşmesinin en temel koşuludur. İfade özgürlüğü, öte yandan, kültürün dışa vurumu, yayımı ve aktarımı için olmazsa olmaz bir güvencedir. Bu özgürlük gerçek anlamda koruma altına alınmadan bir kültürün yaşayabilmesi ve gelecek nesillere iletilmesi mümkün değildir. Nihayet, siyasi hakların kullanılması ve iktidarın denetimi bakımından ifade özgürlüğünün önemi büyüktür. Nitekim demokrasinin en temel dayanaklarından birinin ifade özgürlüğü olduğu konusunda ulusalüstü insan hakları hukukunda gerçek bir konsensüs oluşmuştur. Bu bağlamda vurgu yapılan özgürlük yalnızca bireysel ifade özgürlüğü değil, aynı zamanda ve özellikle basın, siyasetçilerin, sendikaların, sivil toplum kuruluşlarının kısacası topluma yön vermek ve yönetimde söz sahibi olmak isteyen herkesin ifade özgürlüğüdür.

Tüm bu yönleriyle ele alındığında, ifade özgürlüğünün her dönemde gündemin ön sıralarında yer alması hiç de şaşırtıcı değildir.⁷ Bu durum, ifade özgürlüğünün korunmasında ciddi sıkıntılar yaşanan ülkemiz için de kuşkusuz geçerlidir.⁸ Türkiye’de ifade özgürlüğü çoğunlukla AİHS bağlamında ve AİHM kararları ışığında incelenmektedir. AİHS’nin iç hukukumuzun bir parçası olduğu, AİHM kararlarının bağlayıcı niteliği ve bu mahkemenin ifade özgürlüğü alanında geliştirdiği içtihadın zenginliği göz önüne alındığında, çalışmaların bu alanda yoğunlaşması doğal karşılanmalıdır. Bununla birlikte, AİHS sistemi insan haklarının ulusalüstü boyutta korunmasının örneklerinden sadece biridir. Bu sistemin artıları ve eksileriyle tahlil edilebilmesi, insan haklarının korunması amacıyla üretilen diğer belgelerin ve öngörülen kontrol mekanizmalarının incelenmesiyle mümkündür. İlk bakışta Türkiye’yi ilgilendirmedeği düşünülse de, Amerikan İnsan Hakları özleşmesi kapsamında ifade özgürlüğü meselesi üzerine bir çalışma birçok bakımdan faydalı ve önemlidir. Her şeyden önce, ulusal, bölgesel ve uluslararası tüm sistemler, insan hakları hukuku söz konusu olduğunda, karşılıklı etkileşim halindedirler.⁹ Gerçekten de, ifade özgürlüğü özelinde bakıldığında, AİHM içtihadının Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme, Amerikalılar-arası Mahkeme, San José Mahkemesi) kararlarında oldukça önemli bir yer tuttuğu

⁷ Tek bir örnek vermek gerekirse, dini değerleri ve kişilikleri eleştiren veya bunlara saldıran karikatür ve filmler son yıllarda geniş çaplı krizlere yol açmış, ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırları üzerine tüm dünyada bir tartışma yaratmıştır.

⁸ Türkiye’deki ifade özgürlüğü sorunlarını çok yönlü ele alan bir çalışma için bkz, Taner KOÇAK, Taylan DOĞAN, Zeynep KUTLUATA (ed.).

⁹ GEMALMAZ, Amerikan, s. 20.

gözlenebilir.¹⁰ İkinci olarak, Latin Amerika devletlerinin hukuksal ve siyasal yapı bakımından Türkiye ile birtakım ortak özellikler taşıdığı gerçeğine dikkat çekilebilir.¹¹ Bu tespitin doğruluğu, Amerikalılar-arası Mahkeme önüne gelen başvurular incelendiğinde ortaya çıkmaktadır. Son olarak, Mahkeme içtihadının yalnızca Latin Amerika ülkeleri ya da Türkiye için değil, tüm ulusal hukuk sistemleri için önem taşıdığı sonucuna Mahkeme'nin “evrensel” bir hukuk dili kullanması gerekçe gösterilerek ulaşılabilir.¹² Daha sonra da değinileceği gibi, Mahkeme, insan hakları hukukunu bir bütün olarak ele almakta ve geliştirdiği yorum metotlarıyla evrensel bir insan hakları hukukunun izini sürmektedir.

Amerikalılar-arası insan hakları hukukunun temelinde, Amerikan Devletler Örgütü (ADÖ) bünyesinde 1969 yılında imzalanan ve 1978'de yürürlüğe giren, medeni ve siyasi hakların korunmasına dair Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi yer alır.¹³ Sözleşme, 11. Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce Avrupa sisteminde olduğu gibi, ikili bir denetim mekanizması öngörür: Komisyon ve Mahkeme. Yargısal bir yetkisi olmayan Komisyon, başka birçok görevinin yanı sıra, önüne gelen bireysel başvuruları nihai bir karar vermesi için Mahkeme'ye iletebilir. Yetkileri ve çalışma usulleri bakımından, genel olarak, AİHM ile benzerlik gösteren Mahkeme, başvurular hakkında kesin ve bağlayıcı kararlar vermenin yanında ve ADÖ üyesi devletlerin talebi üzerine tavsiye niteliğinde görüş bildirmeye de yetkilidir. Esasa ilişkin ilk kararını 1988 yılında veren Mahkeme çoğunlukla yoğun ve sistematik insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruları incelemiştir.¹⁴

Amerikalılar-arası sistemde, ifade özgürlüğü Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, ifade özgürlüğüne atfedilen özel önem nedeniyle Amerikalılar-arası Komisyon bünyesinde bir “İfade Özgürlüğü Özel Raportörlüğü” kurulmuştur. İfade özgürlüğüne ilişkin değişik konularda çok sayıda çalışma yapan Raportörlük, 2000 yılında, İfade Özgürlüğüne İlişkin İlkeler Bildirisi'ni yayımlayarak Sözleşme'nin 13. maddesine açıklık getirmiştir.¹⁵ Bu çalışmanın amacı Amerikan Sözleşmesi çerçevesinde ifade özgürlüğünün incelenmesidir. Her ne kadar Komisyon kararlarına ve

¹⁰ BERTONI, s. 332-352.

¹¹ GEMALMAZ, Amerikan, s. 20.

¹² Bkz. HENNEBEL, La Cour, s. 75-119.

¹³ Amerikalılar-arası insan hakları sistemi, özellikle Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve öngördüğü denetim mekanizması hakkında bkz., GEMALMAZ, İnsan, s. 177 vd.

¹⁴ TİGROUDJA, s. 213.

¹⁵ Raportörlüğün çalışmaları, raporları, yayınları ve Bildiri'nin metnine aşağıdaki linkten ulaşılabilir : <http://www.oas.org/en/iachr/expression/index.asp>. 01.12.2012.

Raportörlüğün çalışmalarına yeri geldiğinde değinilmişse de, veri olarak Mahkeme kararları ve tavsiye görüşleri esas alınmıştır. Öte yandan, kaçınılmaz olarak karşılaştırmalı bir yöntem izlenilmiş, BM İnsan Hakları Komitesi kararlarına ve özellikle AİHM içtihadına sistematik bir şekilde gönderme yapılmıştır. Bu doğrultuda, sırasıyla, ifade özgürlüğünün Amerikalılar-arası sistemdeki misyonu (I), ifade özgürlüğünün kapsamı (II) ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması (III) konuları işlenmiştir.

I – Amerikalılar-arası Sistemde İfade Özgürlüğünün Misyonu

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin verdiği kararlarda göze çarpan ilk husus, bu özgürlüğe önemli bir misyon yüklenmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında olduğu gibi, Amerikalılar-arası Mahkeme kararlarında da ifade özgürlüğü ve demokrasi arasındaki sıkı ilişki her fırsatta vurgulanmakta, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun ön koşulu olarak kabul edilmektedir (A). İkinci olarak ve de Strasbourg Mahkemesi içtihadından farklı olarak, San José Mahkemesi kararlarında ifade özgürlüğü hem bireysel hem de sosyal boyutuyla ele alınmakta, böylece bu özgürlüğe ikili bir misyon yüklenmektedir (B).

A – Demokratik Toplumun Köşe Taşı Olarak İfade Özgürlüğü

Demokratik toplum - ifade özgürlüğü ilişkisinin Mahkeme tarafından ne biçimde algılandığını görmeden önce AİHM'nin bu konudaki tutumuna kısaca değinmekte fayda vardır. Zira Amerikalılar-arası Mahkeme bu ilişkinin altını çizerken Avrupa Mahkeme'sinin emsal kararlarına doğrudan gönderme yapmakta, bu hususta gerçek bir uzlaşma olduğunu göstermektedir.

İfade özgürlüğünün Avrupa Mahkemesi tarafından ele alındığı en önemli kararlardan biri kuşkusuz *Handyside* başvurusu neticesinde alınmıştır. Avrupa Mahkemesi bu kararda ifade özgürlüğünü “demokratik toplumun en temel dayanaklarından biri” ve “toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişiminin esas koşullarından biri” olarak kabul etmiştir.¹⁶ Öte yandan, Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü sadece toplumda iyi karşılanan veya zararsız ya da önemsiz olarak algılanan bilgi ve fikirleri değil, aynı zamanda devleti veya toplumun bir kısmını inciten, şok eden veya kaygılandıran görüş ve düşünceleri de kapsamaktadır.¹⁷ Yine aynı kararda Avrupa Mahkemesi, “çoğulculuk”, “tolerans” ve “açık fikirlilik” kavramlarını demokratik toplumun bileşenleri olarak görmüş, bunlar olmaksızın demokratik bir toplumdaki söz edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁸ O halde bu kavramlar

¹⁶ AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, n° 5493/72, 07.12.1976, par. 49.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

ifade özgürlüğü ile birlikte anlam kazanmakta, ifade özgürlüğü sayesinde demokratik bir toplumun oluşmasına katkı sağlamaktadır. Bu yönüyle ifade özgürlüğü demokrasinin gerçekleşmesi için önemli bir araçtır. Ancak *Handyside* kararı, ifade özgürlüğünü sadece bir araç olarak değil, aynı zamanda demokrasinin temel karakteristiklerinden biri olarak ortaya koymuştur.¹⁹ Nitekim *Özgür Gündem* kararında da ifade özgürlüğünün “demokrasinin iyi işleyişinin öncelikli koşullarından biri” olduğu hatırlatılmış, böylece bu özgürlüğün demokrasi için “*hayati bir önem*” taşıdığı vurgulanmıştır.²⁰ İfade özgürlüğünün Avrupa insan hakları sistemi içerisindeki yerini en iyi açıklayan ise, kanımızca, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July* kararına ilişkin muhalif görüş yazısı kaleme alan bir grup yargıç olmuştur.²¹ Yargıçlara göre “ifade özgürlüğü sadece devletin müdahalelerine karşı bir güvence (sübjektif bir hak) değil, aynı zamanda demokratik yaşam için temel objektif bir prensiptir”. Böylece ifade özgürlüğü, bireysel bir hak olmanın ötesinde, demokrasi için bir değer olarak algılanmış ve güçlü bir korumadan yararlanması gerektiği savunulmuştur.

Kısaca göstermeye çalıştığımız ifade özgürlüğü - demokratik toplum ilişkilendirmesi benzer şekilde Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir.²² 13 Kasım 1985 tarihli, gazeteciler için öngörülen zorunlu dernek üyeliği ile ilgili tavsiye görüşünde Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun “köşe taşı” olduğunu belirtmiş, bu özgürlüğün kamuoyunun oluşması için elzem olduğunu vurgulamıştır.²³ Mahkeme’ye göre, ifade özgürlüğü ayrıca siyasal partilerin, sendikaların, bilimsel ve kültürel derneklerin/toplulukların ve genel olarak halkı etkilemek isteyen herkesin gelişimi için bir *sine qua non* koşuldur.²⁴ İfade özgürlüğünün toplumun bilgilendirilmesi açısından taşıdığı önem üzerinde de duran Mahkeme, iyi bilgilendirilmemiş bir toplumun gerçek anlamda özgür olamayacağını savunmuştur.²⁵ Yine bu tavsiye görüşü vesilesiyle, Mahkeme, demokratik bir toplumdaki “kamu düzeni” konseptine değinmiş, ifade

¹⁹ Bu konuda bkz. ŞAHİN, s. 393.

²⁰ AİHM, *Özgür Gündem/Türkiye*, n° 23144/93, 16.03.2000, par. 43.

²¹ Büyük Daire, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July/Fransa*, 22 Ekim 2007, n° 21279/02 ; 36448/02. Yargıç ROZAKIS, BRATZA, TULKENS ve ŞİKUTA’nın ortak, kısmen muhalif görüş yazısı.

²² Bkz. TIGROUDJA, PANOUSSIS, s. 223 ; HENNEBEL, La Convention, s. 561.

²³ Ame.İHM, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85, 13.11.1985, seri A, n° 5, par. 70.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

özgürlüğünü bu düzenin birincil ve temel unsuru olarak ortaya koymuştur.²⁶ Gazetecilerin demokratik bir toplumda oynadığı önemli role dikkat çeken Mahkeme, haberlerin, fikir ve düşüncelerin mümkün olduğu kadar geniş bir alana yayılmasının ve toplumun tüm kesiminin bilgiye/habere erişiminin güvence altına alınmasının demokratik bir toplumda kamu düzeninin gereği olduğunu belirtmiştir.²⁷ Mahkeme, daha sonra verdiği kararlarla, şok edici, saldırgan ve rahatsız edici söylemlerin de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir.²⁸

Amerikalılar-arası sistemde ifade özgürlüğünün önemini vurgulayan bu tavsiye görüşü Mahkeme'nin birçok kararı için referans teşkil etmiştir. İfade özgürlüğü ihlali iddialarının incelendiği vakalarda, Mahkeme bu tavsiye görüşünü hatırlatmış ve hemen sonrasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına gönderme yapmıştır.²⁹ Böylece, ifade özgürlüğünün, prensip olarak, her iki kıtada da aynı şekilde ele alındığının ve demokratik toplum açısından aynı misyona sahip olduğunun altını çizmiştir. Demokratik toplum - ifade özgürlüğü ilişkisinin son halkası bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğü çerçevesinde tanınması olmuştur. Katılımcı bir demokrasi için vazgeçilmez bir hak olan bilgi edinme hakkının önemi özellikle San José Mahkemesi kararlarında belirgin bir şekilde ortaya konmuştur.³⁰

Son olarak eklemek gerekir ki, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK) de adı geçen iki mahkemeye aynı doğrultuda hareket etmiş ve ifade özgürlüğünün hukuk tarafından korunan bireysel bir hak olmanın ötesinde “bütün özgür ve demokratik toplumların köşe taşı” olduğunu dile getirmiştir.³¹ İnsan Haklarının uluslararası ve bölgesel düzlemde korunması konusunda sürekli diğer mahkeme ve kurumlarla “diyalog” halinde olan Amerikalılar-arası Mahkeme, İnsan Hakları Komitesi'nin bu kararına ve de Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu kararlarına da gönderme yaparak ifade özgürlüğünün demokrasi açısından sahip olduğu önemin çok geniş bir düzlemde kabul edildiğini hatırlatmıştır.³²

²⁶ Par. 69.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Örn., Ame.İHM, *Ivcher Bronstein/Peru*, 06.02.2001, seri C, n° 74, par. 152.

²⁹ Örn., Ame.İHM, “*The Last Temptation of Christ*” (*Olmedo-Bustos et al.*)/Şili, 05.02.2001, seri C, n° 73, par. 69 ; Ame.İHM, *Ivcher Bronstein/Peru*, 06.02.2001, seri C, n° 74, par. 151, 52.

³⁰ Bkz. bölüm II, B.

³¹ İHK, *Aduayom and consorts/Togo*, 12.07.1996, n° 422-424/1990, par. 7(4).

³² Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 113-116 ; Ame.İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 84-86.

B – Bireysel ve Sosyal Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü

Amerikalılar-arası sistemde ifade özgürlüğüne ilişkin öne çıkan ikinci nokta bu özgürlüğün hem bireysel hem de sosyal boyutunun dikkate alınmasıdır.³³ İfade özgürlüğüne yüklenen bu sosyal fonksiyon Mahkeme'nin birçok kararında ve görüşünde etraflıca tanımlanmıştır. Mahkeme'ye göre, bir kişinin ifade özgürlüğü kanunsuz bir şekilde sınırlandırıldığında, bu sadece bir kişiye yapılmış bir hak ihlali değil, aynı zamanda başkalarının haber ve fikirlere erişim hakkının da ihlali anlamına gelir. Zira Amerikan Sözleşmesi'nin 13. maddesiyle koruma altına alınan hak çift boyutludur. Bu madde, bir yandan, düşünce açıklamalarının keyfi yere sınırlandırılmasını veya engellenmesini yasaklarken, öte yandan, herkesin her türlü haberi ve bilgiyi almasını ve başkalarının açıkladığı düşüncelere erişimini güvence altına alır. İlk durumda ifade özgürlüğü “bireysel” bir hak iken, ikinci durumda “kolektif” bir haktır.³⁴ Bireysel bir hak olarak ifade özgürlüğü okuma ve yazma özgürlüklerini ve de düşünceleri yaymak ve geniş bir kitleye ulaşmak için uygun yöntemleri kullanma hakkını içermektedir. Kolektif bir hak olarak ifade özgürlüğü ise fikir ve haber alışverişinde bulunma ve ayrıca herkesin fikirleri, bilgileri, haberleri bilme/tanımaya hakkını içerir.³⁵ Sıradan bir vatandaş için başkalarının fikirlerinden haberdar olmak kendi fikirlerini açıklamak kadar önemlidir.³⁶ Bu nedenle, Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğünün bireysel ve sosyal boyutları eşit öneme sahiptir ve bu özgürlüğün tam anlamıyla etkili bir şekilde kullanılması için her iki boyutun da eş zamanlı olarak korunması gerekmektedir.³⁷

Her ne kadar Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ifade özgürlüğünün bireysel ve sosyal boyutları aynı hüküm çerçevesinde korunsun da uygulamada bu iki boyutun birbirinden bağımsız olarak incelenebilmektedir. Başka bir deyişle, Sözleşme'ye taraf bir devletin aynı olayda ifade özgürlüğünü hem

³³ TIGROUDJA, PANOUSSIS, s. 221-222.

³⁴ Örn., Ame.İHM, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85, 13.11.1985, seri A, n° 5, par. 30 ; Ame.İHM, *“The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.)*/Şili, 05.02.2001, seri C, n° 73, par. 64 ; Ame.İHM, *Ivcher Bronstein/Peru*, 06.02.2001, seri C, n° 74, par. 146 ; Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 2.07.2004, seri C, n° 107, par. 108 ; Ame.İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 77.

³⁵ Ame.İHM, *“The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.)*/Şili, 5.02.2001, seri C, n° 73, par. 65- 66 ; Ame.İHM, *Ivcher Bronstein/Peru*, 6.02.2001, seri C, n° 74, par. 147-148 ; Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 109-111 ; Ame.İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 78-80.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

bireysel hem de kolektif bir hak olarak ihlal etmesi mümkündür. Bu duruma verilebilecek en güzel örnek *Manuel Cepeda Vargas* vakasıdır.³⁸ Kolombiya Komünist Partisi'nde ve Yurtsever Birlik Partisi'nde yöneticilik yapan ve aynı zamanda senatör olan Manuel Cepeda Vargas'ın yargısız infazını konu alan bu olayda, Komisyon, söz konusu infazın silahlı kuvvetler mensupları ve bunlarla işbirliği halinde olan silahlı kişiler (*paramilitary groups*) tarafından gerçekleştirildiğini savunmuştur. Komisyon'a göre yargısız infazdan sonra devlet etkili bir soruşturma yürütmemiş, sorumluları cezalandırmada yetersiz kalmış, yargılamayı engellemiş ve maktulün yakınları lehine adil bir tazminata hükmetmemiştir. Yaşam hakkı başta olmak üzere savunmacı devletin Sözleşme'nin birçok maddesini ihlal ettiğini öne süren Komisyon, öldürülen kişinin aktif bir politikacı, senatör ve muhalif olduğunu belirterek olayda 13. maddenin de ihlal edildiğini dile getirmiştir.³⁹ Kolombiya devleti yazılı cevabında ihlal iddialarını kısmen kabul etmiş, ifade özgürlüğünün devlet tarafından korunmadığını, yargısız infaz neticesinde senatörün fikirlerini açıklamasının engellendiğini doğrulamıştır.⁴⁰ Ancak, bununla yetinmeyen Komisyon, ifade özgürlüğünün, örgütlenme özgürlüğünün ve yönetime katılma hakkının sosyal boyutlarının ihmal edildiği düşüncesiyle Mahkeme'den bu konuda da bir karar vermesini istemiştir.⁴¹ Adı geçen hak ve özgürlüklerin demokrasi için vazgeçilmez olduğunu belirten Mahkeme ihlal iddialarını bir arada incelemeyi uygun bulmuştur. Senatörün politik faaliyeti nedeniyle öldürüldüğü gerçeğinin altını çizen Mahkeme, cinayetin birçok bireysel hak ve özgürlüğü ihlal ettiğini, ancak bunun da ötesinde hukuk devletinin temelindeki ilkeleri hedef aldığını ve demokratik rejime doğrudan bir saldırı niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Öte yandan, Mahkeme'ye göre, Manuel Cepeda Vargas'ın öldürülmesi, partisinde faaliyet gösterenler, fikirlerini destekleyenler ve hatta partisinin seçmenleri üzerinde korkutucu/yıldırıcı bir etki yaratacaktır. Sonuç olarak, savunmacı devletin, sadece bir kişinin ifade özgürlüğünü koruyamadığı için değil, aynı zamanda demokratik toplumun temelleri ve başkalarının ifade özgürlüğü açısından yeterli güvence sağlayamadığı için Sözleşme'yi ihlal ettiği neticesine varılmıştır.⁴²

Bu kararın da gösterdiği gibi, ifade özgürlüğünün siyasi ve toplumsal boyutuyla ele alınması sadece teorik bir söylemden ibaret olmayıp pratikte sonuçlar doğurmaktadır. Mahkeme'nin, savunmacı devletin ikrarıyla

³⁸ Ame.İHM, *Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya*, 26.05.2010, seri C, n° 213.

³⁹ Par. 2 ve 3.

⁴⁰ Par. 13.

⁴¹ Par. 168.

⁴² Par. 171-179.

yetinmeyip kapsamlı bir analize girişmesi, olaydaki hak ihlalinin vahametini ve toplum üzerindeki etkisini açığa çıkarması bakımından önemlidir. Mahkeme'nin karar içerisinde yaptığı yorum ve saptamalar hiç şüphe yok ki ifade özgürlüğünün daha güçlü bir korumadan yararlanmasını sağlayacak ve bu özgürlüğün sınırlandırılmasında devletlere daha dar bir serbesti alanı bırakacak niteliktedir.

İfade özgürlüğünün bireysel bir hak olmanın ötesinde sosyal bir misyona sahip olduğu düşüncesi AIHM ve BM İHK tarafından da kabul görmektedir. Bu özgürlüğün toplumun ve bireylerin gelişimi ve demokratik bir toplumun sağlıklı işleyişi bakımından sahip olduğu önemin altının çizilmesi kuşkusuz bu doğrultuda yorumlanmalıdır. Ancak, sosyal boyutun bireysel boyuttan ayrı ele alınıp incelenmesi ve bu ayrımın kararlara yansıtılması Amerikalılar-arası Mahkeme'ye özgü bir yaklaşımdır.

II – İfade Özgürlüğünün Kapsamı

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi oldukça detaylı bir şekilde ifade özgürlüğünün kapsamını düzenlemiştir. Mahkeme'ye göre, bu düzenleme, içerik bakımından, AIHS'nin 10. ve MSHS'nin 19. maddelerine göre daha geniş bir koruma sağlamaktadır.⁴³ Amerikalılar-arası sistemde ifade özgürlüğü ilk ve doğal olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü içerir (A). Bu noktada Strasbourg Mahkemesi kararlarına paralel bir içtihat geliştiren San José Mahkemesi bilgi edinme hakkı konusunda oldukça farklı bir yol izleyerek ifade özgürlüğünün içeriğini zenginleştirmiştir (B).

A – Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü

İfade özgürlüğü dendiğinde akla ilk gelen, bireylerin düşüncelerini açıklama serbestisidir. Ancak, açıklanan düşüncenin bir anlam ve değer kazanabilmesi için bu düşüncenin yayılması, başkalarına ulaştırılması da kuşkusuz ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde. Nitekim Amerikalılar-arası Mahkeme, birçok kararında, ifade özgürlüğünün sadece yazma ve konuşma hakkının teorik olarak tanınmasından ibaret olmadığını, bu özgürlüğün aynı zamanda uygun araç ve yöntemlerle düşünce ve fikirleri yayma hakkını da içerdiğini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, “açıklama” ve “yayma” birbirinden ayrılmaz iki unsur olarak ifade özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır.⁴⁴

⁴³ Ame.İHM, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Advisory Opinion OC-5/85, 13.11.1985, seri A, n° 5, par. 50.

⁴⁴ Örn., Ame.İHM, *Ivcher Bronstein/Peru*, 06.02.2001, seri C, n° 74, par. 147 ; Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 109 ; Ame.İHM, *Ricardo Cane-*

Düşünce açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin kararlara bakıldığında, oldukça çeşitli konuların Mahkeme'nin incelemesine sunulduğu görülebilir. Sayı olarak az ancak içerik olarak zengin olan bu kararlardan yola çıkarak, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini spesifik başlıklar altında ele almak mümkündür.

1) İfade Özgürlüğünün Kullanıcıları: Gerçek Kişi - Tüzel Kişi Ayrımı

Amerikalılar-arası insan hakları koruma mekanizmasının ayırt edici özelliklerinden biri, söz konusu korumanın gerçek kişileri/insanları hedef almasıdır.⁴⁵ Yalnızca bir gerçek kişi Sözleşme'deki haklarının ihlal edildiği iddiası ile İnsan Hakları Komisyonu'na başvurabilir. O halde, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sahibi de gerçek kişiler, bireylerdir. Bunun anlamı, yazılı ve görsel basın kuruluşları, dernek, vakıf, siyasi parti vb. tüzel kişilerin ifade özgürlüklerinin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde korunmadığıdır. *Herrera Ulloa* kararında Mahkeme bu kuralı hatırlatmış, Sözleşme'nin gazeteler açısından uygulanabilir olmadığına hükmetmiştir.⁴⁶ Kosta Rika'da yayımlanan *La Nacion* adlı gazetede çıkan bir haber nedeniyle, haberi yapan gazeteci ve gazetenin sorumlu yasal temsilcisi aleyhine tazminata hükmedilmesini konu alan bu başvuruda, Mahkeme, yasal temsilcinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını incelemeye almamıştır. Zira Mahkeme'ye göre, iç hukuktaki yaptırımlar doğrudan gazeteyi hedef almış, gazete temsilcisi yasa gereği sorumlu tutulmuştur. Başka bir deyişle, haberi yapan gazeteciden farklı olarak, gazete temsilcisi, kendi fikirlerini açıkladığı veya yaydığı için değil, yasal olarak gazetede haberlerden sorumlu olduğu için yargılanmıştır.⁴⁷ Gerçek mağdurun gazete olduğunu belirten Mahkeme, gazetenin bir gerçek kişi olmaması nedeniyle Sözleşme'nin sağladığı güvencelerden yararlanamayacağına hükmetmiştir.

Bu karardan Amerikalılar-arası sistemin tüzel kişilere ifade özgürlüğü tanımadığı sonucunu çıkarmak kuşkusuz doğru değildir. Nitekim Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, *Diario ABC Color* vakasında, bir gazetenin ifade özgürlüğünün korunması gerektiği yönünde karar almıştır.⁴⁸ Ancak, Komisyon

se/Paraguay, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 78.

⁴⁵ Md. 1/2.

⁴⁶ Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.072004, seri C, n° 107.

⁴⁷ Par. 99-100.

⁴⁸ Ame. İHK, *Diario ABC Color/Paraguay*, 17.05.1984, n° 6.84. BURGORGUE-LARSEN, UBEDA DE, s. 577.

bu sonuca Amerikan Sözleşmesi'ne değil, Amerikan Haklar ve Ödevler Bildirisi'ne dayanarak ulaşmıştır. Bu da göstermektedir ki, tüzel kişilerin ifade özgürlüklerinin korunmaması sadece Sözleşme açısından geçerlidir.

2) Yüksek Korumadan Yararlanan İfadeler: Politik Söylemler ve Toplumu İlgilendiren Konularda Düşünce Açıklamaları

Açıklanan her düşüncenin eşit düzeyde korunmaması, toplumu yakından ilgilendiren görüş, bilgi ve haberlerin “daha değerli” sayılması hemen her sistemde kabul gören bir yaklaşımdır. Bu bağlamda, siyasal söylemlerin ve devlet görevlilerine yönelik eleştirilerin ifade özgürlüğü içerisinde özel bir yeri olduğunu iddia etmek hiç de zor değildir.⁴⁹ Bu durum, ifade özgürlüğü ve demokratik toplum olgusu arasındaki sıkı ilişkinin oluşmasında bu tür ifadelerin oynadığı hayati rolden kaynaklanmaktadır. AİHM kararlarında bu vurgu sıklıkla yapılmakta, başta politik söylemler olmak üzere kamuyu ilgilendiren konulara ilişkin ifadeler diğer düşünce açıklamalarından açıkça daha önemli sayılmaktadır.⁵⁰ Bunun sonucu olarak, politikacılara ve kamu görevlilerine yönelik yapılan eleştirilerin sınırının sıradan insanlara karşı yapılan eleştirilerin sınırından daha geniş olduğu kabul edilmekte,⁵¹ ticari nitelikteki ifadelerle kıyasla politik ifadeler daha güçlü bir şekilde korunmakta,⁵² devletlere politik ifadelerin sınırlandırılması konusunda oldukça dar bir takdir payı bırakılmaktadır.⁵³

Amerikalılar-arası sisteme bakıldığında bu temel ilkelerin San José Mahkemesi kararlarında da benimsendiğini açık bir şekilde görmek mümkündür. Demokrasinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için kamu yararına ilişkin bilgi, düşünce ve görüşlerin serbest dolaşımının önemini her fırsatta dile getiren Mahkeme,⁵⁴ devletin bu tür ifadeleri sınırlandırmaktan kaçınması gerektiğini, bu konuda devletlere tanınan takdir marjının diğer durumlara göre çok daha dar olduğunu vurgulamıştır.⁵⁵ Mahkeme'ye göre, devlet sadece sınırlandırmalardan kaçınmamalı, çoğulculuğu teşvik ederek

⁴⁹ ŞAHİN, s. 351.

⁵⁰ UYGUN, Avrupa Birliği, s. 751 vd. ; UYGUN, Avrupa İnsan, s. 29.

⁵¹ Örn., AİHM, Büyük Daire, *Lingens/Avusturya*, 08.07.1986, n° 9815/82, par. 42.

⁵² Örn., AİHM, *VgT Verein gegen Tierfabriken/İsviçre*, 28.06.2001, n° 24699/94, par. 66

⁵³ Örn., AİHM, *Wingrove/Birleik Krallık*, 25/11/1996, n° 17419/90, par. 58 ; AİHM, *Öllinger/Avusturya*, 29.06.2006, n° 76900/01, par. 38.

⁵⁴ Örn., Ame.İHM, *Kimel/Arjantin*, 03.05.2008, seri C, n° 177, par. 57.

⁵⁵ Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 127 ; Ame.İHM, *Ivcher Bronstein /Peru*, 06.02.2001, seri C, n° 74, par. 155.

farklı düşüncelerin kamusal tartışmalara katılımını mümkün kılacak kurallar koymalıdır.⁵⁶ Eleştiri hakkının sınırları üzerinde de duran Mahkeme, devlet kurumlarının ve görevlilerinin, üstlendikleri kamusal görevler nedeniyle, eleştirilere karşı sıradan bireylere oranla daha yüksek bir tolerans eşiğine sahip olması gerektiğini savunmuştur.⁵⁷

Bu son duruma örnek olarak *Herrera Ulloa* ve *Ricardo Canese* kararları gösterilebilir.⁵⁸ Bu vakaların ilkinde uluslararası alanda önemli görevlerde bulunan bir diplomat hakkında yolsuzluk iddiaları içeren yazıları nedeniyle ceza alan bir gazetecinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası incelenmiştir. İkincisi ise devlet başkanlığı seçimleri öncesi rakibinin faşist geçmişi hakkında yaptığı konuşmalar nedeniyle iftira ve hakaret suçlarından ceza alan başkan adayı bir politikacının başvurusunu konu almaktadır. Her iki olayda da benzer saptamalarda bulunan Mahkeme, AIHM içtihadına göndermeler yaparak, ifade özgürlüğünün demokratik toplumların önemli dayanaklarından biri olduğunu hatırlatmış, eleştiriye maruz kalan kişilerin önemli kamusal görev ve misyon üstlenmeleri nedeniyle sıradan bireylere göre daha az korunması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁹ Mahkeme'ye göre, kamusal görevlerde bulunan kişilerin haysiyetlerinin yasal olarak korunması meşru bir amaç sayılsa da, bu koruma demokratik çoğulculuğun gerekleriyle uyumlu bir şekilde sağlanmalıdır.⁶⁰ İfade özgürlüğünün seçim dönemlerinde artan önemi üzerinde de duran Mahkeme, bu özgürlüğün seçmenlerin fikirlerinin oluşması için vazgeçilmez olduğunu, seçimlere katılan aday ve partiler arasındaki siyasi mücadeleleri güçlendirdiğini ve değişik adayların önerdikleri politik programlarının analizi için doğal bir araç işlevi gördüğünü savunmuştur. Bu nedenlerle, ifade özgürlüğünün seçim dönemlerinde güvence altına alınması, şeffaflığın sağlanması ve gelecek iktidarlar ve bunların yönetimleri üzerinde daha iyi bir denetim kurulması sonuçlarını doğurur.⁶¹

⁵⁶ Ame.İHM, *Kimel/Arjantin*, 03.05.2008, seri C, n° 177, par. 57.

⁵⁷ Ame. İHM, *Palamara-Iribarne/Şili*, 22.11.2005, seri C, n° 135, par. 83 ; Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 125.

⁵⁸ Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07. 2004, seri C, n° 107 ; Ame.İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111. Bkz. LALY-CHEVALIER, DA POÏAN, TIG-ROUDJA, s. 490-491.

⁵⁹ Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 125-127 ; Ame.İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 102-103.

⁶⁰ Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 128 ; Ame.İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 100-101.

⁶¹ Ame.İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 88.

Kamu yararını ilgilendiren düşünce açıklamalarının yüksek bir korumadan yararlanması birçok kararda daha gündeme gelmiştir. *Palamara Iribarne* vakasında, kendisi hakkında mahkûmiyet kararı veren askeri ceza mahkemesi üyelerine yönelik yaptığı eleştiriler nedeniyle ifade özgürlüğü kısıtlanan başvurucunun durumunu ele alan Mahkeme, kamu görevlilerine ve kamu hizmeti gören kişilere ilişkin beyanat için güçlü bir korumanın öngörülmesini makul ve uygun bulmuştur. Zira ancak bu sayede gerçek bir demokrasinin işleyişi için gerekli geniş tartışma alanı yaratılmış olacaktır.⁶² Benzer şekilde, *Kimel* davasında, yazar ve gazeteci olan başvurucu federal bir yargıç hakkında ciddi ithamlarda bulunmuş, bu nedenle yargılanmış ve ceza almıştır.⁶³ *Tristan Donoso* vakasında avukat olan başvurucu, telefon görüşmelerinin ülkenin en yüksek iddia makamı olan Ulusal Başsavcı tarafından yasadışı bir şekilde dinlenip kayıt altına alındığını iddia etmiş, bunun neticesinde cezalandırılmıştır.⁶⁴ Son olarak *Uson Ramirez* davasında, emekli bir asker olan başvurucu, katıldığı bir televizyon programında yaptığı açıklamalarla ülkesinin silahlı kuvvetlerine hakaret ettiği gerekçesiyle suçlu bulunmuştur.⁶⁵ Bütün bu vakaların ortak yanı, başvurucuların kamu görevlileri hakkında veya kamu yararını ilgilendiren konularda görüş bildirmeleridir. Mahkeme, genel olarak, bütün başvurular için aynı değerlendirmeyi yapmış, bahsi geçen tüm düşünce açıklamalarının kamu yararına ilişkin olduğu ve bu nedenle Sözleşme kapsamında güçlü bir koruma sağlanması gerektiği sonucuna varmıştır.

3) Sosyal İletişim Araçları ve İfade Özgürlüğü

Demokratik toplum ile ifade özgürlüğü arasındaki bağın kurulmasında politik ifade özgürlüğü kadar önemli bir diğer unsur da sosyal iletişim özgürlüğüdür. Kitlesele iletişim araçlarının bütününe kapsar şekilde kullanıldığında basın veya medya özgürlüğü adını alan bu özgürlük gerçek bir demokrasinin işleyişi için vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Bunun bilincinde olan AİHM, basını “demokrasinin bekçisi” olarak tanımlamış,⁶⁶ bu anlayışı basın özgürlüğüne ilişkin verdiği çok sayıda karara yansıtmıştır.⁶⁷

⁶² Ame. İHM, *Palamara-Iribarne/Şili*, 22.11.2005, seri C, n° 135, par. 82.

⁶³ Ame.İHM, *Kimel/Arjantin*, 03.05.2008, seri C, n° 177.

⁶⁴ Ame.İHM, *Tristan Donoso/Panama*, 27.01.2009, seri C, n° 193.

⁶⁵ Ame.İHM, *Uson Ramirez/Venezuela*, 20.11.2009, seri C, n° 207.

⁶⁶ Örn., AİHM, *Thorgeir Thorgeirson/İzlanda*, 25.06.1992, n° 13778/88, par. 63.

⁶⁷ Bkz. GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 360 vd.

Bu konuda benzer bir yaklaşım sergileyen San José Mahkemesi, ifade özgürlüğünün sosyal misyonunun gerçekleşmesinde kitle iletişim araçlarının rolüne dikkat çekmiştir.⁶⁸ Mahkeme, medyanın, ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı bir yol değil, aksine bu özgürlüğü hayata geçirecek bir araç olması durumunda demokratik toplumun işleyişine katkı sağlayacağını dile getirmiş, en çeşitli haber ve düşüncelerin medyada yer almasının hayati önemde olduğunu belirtmiştir.⁶⁹ Özellikle gazetecilik üzerinde duran Mahkeme, bu mesleği “düşünce ve ifade özgürlüğünün birincil ve temel tezahürü” şeklinde değerlendirmiştir.⁷⁰ Buna bağlı olarak, gazetecilik faaliyetine, yalnızca, üniversitede edinilen bilgi ve eğitim yoluyla yerine getirilen bir kamusal hizmet olarak bakılmaması gerektiği, gazetecilerin icra ettiği mesleğin bir kitle iletişim işi olduğu Mahkeme tarafından vurgulanmıştır.⁷¹ Toplumun gerçek anlamda özgür olabilmesi ve toplumsal tartışmanın güçlenmesi için her şeyden önce toplumun bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu önemli görevi üstlenen gazetecilerin, işlerini en iyi şekilde yapabilmeleri için gerekli korumaya ve bağımsızlığa sahip olmaları son derece önemlidir.⁷²

Gazetecilik yapabilecek kişiler hakkında getirilen kısıtlamalara da değinme fırsatı bulan Mahkeme bu konuda oldukça özgürlükçü bir tutum takınmıştır. Kosta Rika hükümetinin sorduğu bir soru üzerine kaleme aldığı tavsiye görüşünde, gazetecilik mesleğinin icrası için bir meslek örgütüne zorunlu üyelik ve üniversitenin belirli bir bölümünden mezun olma şartlarının Sözleşme’ye aykırı olacağını ifade eden Mahkeme, böyle bir düzenlemenin hem bireylerin düşünce ve haberleri açıklama ve yayma özgürlüğünü hem de toplumun bilgiye/habere erişim özgürlüğünü ihlal edeceğini belirtmiştir.⁷³ Mahkeme’ye göre, zorunlu dernek üyeliği ve diploma şartlarının halkın objektif ve doğru haber alması için öngörüldüğü tezi de ikna edici olmaktan uzaktır. Zira toplum açısından olabildiğince fazla ve çeşitli habere ulaşmak daha önemlidir ve bu da ancak ifade özgürlüğünün en geniş şekilde kullanılması ile mümkündür. Öte yandan, objektif ve doğru haber kaygısı nedeniyle ifade özgürlüğünü kontrol altına almak suistimale oldukça açık bir ortam

⁶⁸ Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 117.

⁶⁹ *Ibid.*; Ame.İHM, *Ivcher Bronstein/Peru*, 06.02.2001, seri C, n° 74, par. 149.

⁷⁰ Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 118.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 119 ; Ame.İHM, *Ivcher Bronstein/Peru*, 06.02.2001, seri C, n° 74, par. 150.

⁷³ Ame.İHM, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85, 13.11.1985, seri A, n° 5, par. 80.

yaratıp halkın ifade özgürlüğünü korumak yerine ihlallere yol açabilecektir.⁷⁴ Kısacası, Mahkeme'nin bakış açısına göre, ifade özgürlüğünün gerçek anlamda kullanılabilmesi için, devlet, haber ve düşüncelerin açıklanması ve yayılmasını kontrol altına almamalı ve bu tür faaliyette bulunmak isteyen kişilere engel olmamalıdır.

Eklemek gerekir ki, Amerikan Sözleşmesi çerçevesinde devletin ifade özgürlüğüne ilişkin yükümlülükleri müdahale etmeme ile sınırlı değildir. Bu negatif yükümlülüğün yanı sıra devletin birtakım pozitif edimlerde bulunması gerekir. Genel olarak, toplumun ve bireylerin ifade özgürlüğünün korunması için her türlü önlemi alması gereken devlet, basın özgürlüğü özelinde, çoğulculuğu sağlamalı,⁷⁵ anti-tekel yasaları uygulamalı ve gazetecilerin bağımsızlığını koruyacak adımlar atmalıdır.⁷⁶ Bunlara ek olarak, kitlesel iletişimin herkese açık olması, ayırım yapılmaksızın herkesin medyaya erişiminin sağlanması da Sözleşme'nin devlete yüklediği bir ödevdir.⁷⁷ Öte yandan, haber ve bilgileri topluma ulaştıran kişilerin güvenliği konusunda, devlet organları, açık ve yakın bir tehlike durumunda gazetecilerin hayatlarını ve vücut bütünlüğünü korumak amacıyla gerekli önlemleri almalıdır.⁷⁸ Gazetecilerin can güvenliğini ve ifade özgürlüğünü üçüncü kişilerden gelen saldırılara karşı korumak da devletin pozitif yükümlülükleri kapsamındadır.⁷⁹ Düşünceleri veya gazetecilik faaliyeti nedeniyle ve devletin ihmali neticesinde bir gazeteci öldürüldüğünde sadece yaşam hakkının değil, ifade özgürlüğünün de ihlal edildiği kararlaştırılabilir. 1995-2005 yılları arasında Latin Amerika ülkelerinde meydana gelen çok sayıda gazeteci cinayetleri üzerine bir çalışma yapan İfade Özgürlüğü Özel Raportörlüğü de devletin pozitif yükümlülüklerine değinmiştir. Gazetecilerin öldürülmesi, kaçırılması, tehdit edilmesi/korkutulması ve iletişim araçlarının imha edilmesinin ifade özgürlüğünün bireysel ve sosyal boyutunu ciddi şekilde ihlal ettiğini dile getiren Raportörlük, bu tür saldırılar neticesinde devletin etkili bir soruşturma yürütme, failleri bulma ve cezalandırma ödevleri olduğunu belirtmiştir.⁸⁰

⁷⁴ Par. 77.

⁷⁵ Ame.İHM, *Kimel/Arjantin*, 03.05.2008, seri C, n° 177, par. 57.

⁷⁶ Ame.İHM, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85, 13.11.1985, seri A, n° 5, par. 34.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Ame. İHK, *Héctor Félix Miranda/Meksika*, 13.04.1999, n° 11.739.

⁷⁹ Ame.İHM, *Rios et al./Venezuela*, 28.01.2009, seri C, n° 194, par. 109 ; Ame.İHM, *Perozo et al./Venezuela*, 28.01.2009, seri C, n° 195, par. 120.

⁸⁰ Special Study on Murder of Journalists, s. 35-36.

4) Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü

Tıpkı AİHS gibi, Amerikan Sözleşmesi de ifade özgürlüğünün kullanımının birtakım sorumlulukları beraberinde getireceğini öngörmüştür.⁸¹ Kuşkusuz, bu sorumluluklar ifade özgürlüğünü kullanan tüm bireyler açısından geçerlidir. Ne var ki, bazı meslek mensuplarına, üstlendikleri görev ve yürüttükleri faaliyetin niteliğinden kaynaklanan bir takım özel sorumluluklar yüklenmiştir. Bunların başında devlet görevlileri gelmektedir.⁸² Bu kişilerin, ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda ayrı bir kategoride incelenmelerinin temel sebebi kendilerine yüklenen “bağlılık” ve “gizlilik” ödevleridir. AİHM kararlarına bakıldığında, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün bu ödevler çerçevesinde sınırlandırılmasının meşru kabul edildiği, ancak bu sınırlandırmanın AİHS madde 10/2’deki ilkelere tabi olduğu sonucu çıkmaktadır.⁸³ Örneğin, bir subayın devlet sırrı kapsamındaki bir bilgiyi açıklaması nedeniyle ceza almasını konu alan *Hadjianastassiou* vakasında, AİHM, ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğunu saptamış, fakat davacının sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasını esas alarak, bu müdahalenin haklı olduğuna karar vermiştir.⁸⁴ *Vogt* kararında ise, Komünist Parti’ye üye olduğu için görevden alınan bir öğretmenın başvurusu incelenmiştir.⁸⁵ Devlet memurlarının Anayasa’ya bağlılık ödevleri olduğu hatırlatan AİHM, ancak bu ödevin ifade özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıracak derecede katı olamayacağını belirtmiştir.⁸⁶ Strasbourg Mahkemesi her ne kadar olaydaki müdahalenin haklı bir sebebe dayandığı kanısına varmışsa da bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olduğu konusunda ikna olmamıştır.⁸⁷

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü meselesine yaklaşım olarak Avrupa ve Amerikan mahkemeleri arasında bir görüş birliği olduğu söylenebilir. San José Mahkemesi tarafından karara bağlanan *Palamara Iribarne* vakasında, donanmada görev almış emekli bir çalışanın istihbarat

⁸¹ AİHS md. 10/2, Ame.İHS md. 13/2, MSHS md. 19/3.

⁸² Basın mensuplarını da bu kategoride değerlendirmek mümkündür. Bu konuda bkz., MA-COVEI, s. 42.

⁸³ *Ibid.*, s. 37 vd.

⁸⁴ AİHM, *Hadjianastassiou/Yunanistan*, 16.12.1992, n° 12945/87, par. 39 vd.

⁸⁵ AİHM, Büyük Daire, *Vogt/Almanya*, 26.09.1995, n° 17851/91. Bkz., SUDRE (et al.), s. 638 vd.

⁸⁶ Par. 53. Belirtmek gerekir ki, Alman mahkemeleri, bu vakada, komünizmi savunmayı Anayasa’ya karşı düşmanca bir hareket olarak değerlendirmişlerdir. Par. 59.

⁸⁷ Par. 61.

servisleri ile ilgili yazdığı bir kitabın basımının engellenmesi incelenmiştir.⁸⁸ Mahkeme, öncelikle, bir kurumun çalışanlarının görevleri nedeniyle öğrendiği ve görevleriyle ilgili bilgileri ifşa etmeme yükümlülüğü ile bağlı olmalarının makul ve anlaşılır olduğunu dile getirmiştir. Mahkeme, ayrıca, sır saklama ödevini ihlal eden görevlinin, bazı koşullar altında, idari veya haksız fiil sorumluluğunun doğabileceğini, bu kişi hakkında disiplin tedbirleri uygulanabileceğini kabul etmiştir. Ancak somut olayda, başvurusunun kitabına konu olan bilgilerin gizli olmadığı, aksine bu bilgilere halka açık kaynaklar yoluyla ulaşılabilirdiği gerekçesiyle, Mahkeme, sır saklama yükümlülüğünün detaylarına girmeksizin savunmacı devletin Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı hareket ettiğine hükmetmiştir.⁸⁹ Asker kişilerin ifade özgürlüğü meselesi Amerikan İnsan Hakları Komisyonu kararlarına da konu olmuştur.⁹⁰ Komisyon'un yaklaşımına göre, silahlı kuvvetlerin kendine has dikey hiyerarşik yapısı nedeniyle asker kişilerin ifade özgürlüğü makul derece sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırmada ölçüsüz davranılmamalı, Sözleşme'nin 13/2 maddesindeki sınırlama ölçütlerine riayet edilmelidir.⁹¹ Öte yandan, Komisyon'a göre, asker ve polislerin ifade özgürlükleri haberdar oldukları insan hakları ihlallerini ifşa etmeyi kapsamaktadır. İnsan hakları ihlallerinin dile getirilmesini sadece bireylerin ifade özgürlüğünün güvenceye alınması için değil, aynı zamanda toplumun bilgilendirilmesi bakımından da hayati önemde olduğunu belirten Komisyon, bu tür düşünce açıklamalarının kuvvetli bir şekilde korunması gerektiğini vurgulamıştır.⁹²

5) İfade Özgürlüğünün Kültürel Boyutu: Ana Dilde İfade Özgürlüğü

Amerikan Sözleşmesi'nin 13. maddesinde düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün hangi yollarla kullanılabileceği tahdidi olarak sayılmamıştır. Bu maddeye göre, ifade özgürlüğü sözlü, yazılı, basılı veya sanatsal bir biçimde olabileceği gibi kişinin kendi seçeceği başka bir yolla da kullanılabilir. Her ne kadar bu maddede açıkça yer almıyor olsa da, kişinin istediği dilde kendisini ifade etmesi şüphesiz ifade özgürlüğünün temel unsurlarından biridir.

⁸⁸ Ame. İHM, *Palamara-Iribarne/Şili*, 22.11.2005, seri C, n° 135.

⁸⁹ Par. 77-78.

⁹⁰ The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression, s. 77-78.

⁹¹ Ame. İHK, *Rodolfo Robles Espinoza and Sons./Peru*, 23.02.1999, n° 11.317, par. 148.

⁹² Par. 153.

San José Mahkemesi'nin *Lopez Alvarez* kararı bu konuya değinmiş, ana dilde konuşma özgürlüğünü bireysel ve kültürel açıdan vazgeçilmez hak olarak tanımlamıştır.⁹³ Karara konu olan olayda, etnik bir azınlığa mensup olan başvurucunun hapisanede bulunduğu süre içerisinde ana dilinde (Garifuna) konuşması hapisane müdürü tarafından yasaklanmıştır. İfade özgürlüğünün ve eşit muamele görme hakkının ihlal edildiğini iddia eden başvurucu Mahkeme tarafından haklı bulunmuştur. Mahkeme, ilk önce, düşüncenin istenilen dilde açıklanmasını ifade özgürlüğünün bir unsuru olarak kabul etmiş, devletin cezalandırma yetkisinin kişilerin bu özgürlüğünü haksız yere sınırlandırmayı kapsamadığını belirtmiştir.⁹⁴ Sonrasında, başvurucunun etnik bir azınlığa mensup olmasını dikkate alan Mahkeme, bu gerçeğin olaydaki yasağın ciddiyetini arttırdığını, ana dilin başvurucunun kimliğinin bir parçası olduğunu, bu sebeple, bir topluluğun üyesi olarak başvurucunun kişisel onurunun söz konusu olduğunu savunmuştur.⁹⁵ Kararda, son olarak, devletin pozitif yükümlülüğü üzerinde durulmuştur: devlet, yerli halkları halkın geri kalanından farklılaştıran ve bu toplulukların kültürel kimliklerini meydana getiren unsurları göz önüne almalıdır. Bu açıdan “dil”, kültürün ifade edilmesini, yayılmasını ve aktarılmasını güvence altına aldığı için tüm insanlar açısından kimliğin en önemli unsurlarından biridir.⁹⁶ Sonuç olarak, Mahkeme'ye göre, ana dilde konuşma hakkına getirilen sınırlama, Sözleşme ile tanınan ifade özgürlüğüne aykırı olduğu gibi ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu da doğurur.⁹⁷

B – Bilgi Edinme Hakkı ve İktidarın Demokratik Denetimi

Demokratik bir toplumun köşe taşı olarak kabul edilen ifade özgürlüğünün düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden ibaret olması düşünülemez. Amerikan Sözleşmesi'nin 13. maddesi bu özgürlüğün yanı sıra, her türlü düşüncenin ve bilginin araştırılması ve alınması haklarını da içermektedir. Yakın bir geçmişe kadar, bu maddenin gerçek anlamda bir bilgi edinme hakkını içerip içermediği konusunda kesin bir yargıya varılamazken, *Claude Reyes* kararı sonrası bu belirsizliğin tamamen ortadan kalktığı

⁹³ Ame. İHM, *Lopez-Alvarez/Honduras*, 01.02.2006, seri C, n° 141.

⁹⁴ Par. 164, 168.

⁹⁵ Par. 169.

⁹⁶ Par. 171. Ayrıca bkz. Yargıç Sergio GARCIA RAMIREZ'in aynı yönde kişisel görüş yazısı, par. 45 vd.

⁹⁷ Par. 173.

söylenbilir.⁹⁸ Bu karara konu olan olayda, yabancı ve yerli birkaç özel şirket, büyük ormanlık alanları yok edecek bir sanayileşme projesini hayata geçirmek için Şili hükümeti ile anlaşmıştır. Bu önemli projenin ticari, sosyal ve çevresel sonuçları hakkında kaygı duyan Claude Reyes adında bir ekonomist, birçok dernek ve kişi, proje hakkında bilgi almak amacıyla bir kamu kurumu olan Yabancı Yatırım Komitesi'ne⁹⁹ başvurmuşlardır. İstedikleri bilgilerin sadece bir kısmını elde eden başvuru, Sözleşme'nin 13. maddesi kapsamında bilgiye erişim haklarının ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. Bu başvuru üzerine Amerikalılar-arası Mahkeme'nin verdiği önemli karar birçok yönden irdelenmeye değerdir.

Kararın en önemli getirisi, hiç kuşku yok ki, kamu kurumlarının elindeki bilgilere erişimi bir hak olarak tanınması ve bu konuda devlete pozitif bir yükümlülük yüklemesidir. Gerçekten de, San José Mahkemesi'ne göre, 13. maddede yer alan bilginin “araştırılması” ve “alınması/edinilmesi” hakkı, kişilere, devletin kontrolünde olan bilgilere erişmeyi isteme hakkını içermektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, devlet, istenilen bu bilgileri açıklamak veya ilgili kişiye gerekçeli bir cevap vermekle yükümlüdür.¹⁰⁰ Öte yandan, bilgi edinmek isteyen kişilerin direkt ve şahsi bir menfaat öne sürmelerine gerek yoktur. Başka bir deyişle, toplumu ilgilendiren bir bilgi söz konusu olduğunda bu bilgiye erişim herkesin hakkıdır.¹⁰¹ Devletin, elindeki bir bilgiyi açıklaması, bu bilginin toplumda dolaşımına, toplum tarafından öğrenilip değerlendirilmesine olanak verir. Bu sayede, bilgiye erişim hakkı, ifade özgürlüğü'nün hem kişisel hem de sosyal boyutunun eşzamanlı korunmasına hizmet etmektedir.¹⁰² Bununla birlikte, diğer hak ve özgürlükler gibi bilgiye erişim hakkı da meşru sebeplere dayanılarak sınırlandırılabilir. Ne var ki, demokratik bir toplumda, devlet denetimindeki bütün bilgilerin erişilebilirliği yönünde bir karine olmalı, istisnalar sınırlı tutulmalıdır.¹⁰³

Kararda öne çıkan ikinci nokta, bilgi edinme hakkının tanınmasında Sözleşme dışındaki belgelere ve bu hakkın dünyadaki gelişimine yapılan

⁹⁸ Ame.İHM, *Claude Reyes et al./Şili*, 19.09.2006, seri C, n° 151. Bkz., BURGORGUE-LARSEN, UBEDA DE TORRES, s. 565 vd.

⁹⁹ Komite çok sayıda bakandan ve Merkez Bankası Başkanı'ndan oluşmaktadır.

¹⁰⁰ Par. 77.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Par. 92.

atıftır.¹⁰⁴ Strasbourg Mahkemesi tarafından da benimsenen bu teknik sayesinde, Mahkemesi, ulusal, bölgesel veya uluslararası düzlemde belirli bir konuda oluşan ortak bir eğilim veya görüş birliğinden hareketle, bir hakkın tanınmasını, kapsamının genişletilmesini veya bu hakkın sınırlandırılmasında devletlere tanınan takdir yetkisinin daraltılmasını meşru gösterme çabası içindedir.¹⁰⁵ Bu doğrultuda, Mahkeme, Amerikan Devletler Örgütü'ne üye devletler arasında kamusal bilgilere erişim hakkının önemi ve korunması konularında bir görüş birliği olduğunu hatırlatmış, Amerika ve Avrupa kıtalarında ve Birleşmiş Milletler bünyesinde bu hususta hazırlanan bildirimlere, alınan kararlara ve tavsiye görüşlerine gönderme yapmıştır.¹⁰⁶ Ulusalüstü alandaki bu çalışmalar neticesinde, dünyanın birçok ülkesinde, devletin kontrolündeki bilgilere erişimi düzenlemek ve korumak amacıyla hukuki düzenlemeler yapıldığına değinen Mahkeme,¹⁰⁷ söz konusu hakkın tanınmasının kaçınılmaz olduğunu göstermeye çalışmıştır.

Claude Reyes kararında altı çizilmesi gereken son nokta, demokrasinin güçlenmesi açısından bilgiye erişim hakkının taşıdığı önemin özel bir ilgiyle ifade edilmesidir. Amerikan Devletler Örgütü Genel Meclisi'nin çeşitli kararlarında dile getirildiği gibi, devlet denetimindeki bilgilere erişme, “demokrasinin işleyişi”, “şeffaflık” ve “sorumlu bir kamu yönetimi” için vazgeçilmez bir koşuldur.¹⁰⁸ Zira “temsili ve katılımcı bir demokraside”, vatandaşlar, anayasal haklarını, geniş bir ifade özgürlüğü ve bilgiye serbest erişim hakkı sayesinde kullanabilirler.¹⁰⁹ Bireylerin, devlet idaresi üzerinde demokratik bir denetim kurabilmesi ve bu sayede kamusal görevlerin layıkıyla yerine getirilip gerilmediğini sorgulayıp, araştırıp ve değerlendirebilmesi için, devletin işleyişi “açıklık” ve “şeffaflık” ilkelerine tabi olmalıdır.¹¹⁰ Bu bağlamda, kamusal bilgileri edinme hakkı sayesinde oluşacak “sosyal kontrol” mekanizması, bireylerin devlet yönetimine katılmasına imkân tanıyacaktır.¹¹¹ Kamuoyu aracılığıyla toplumun gerçekleştireceği “demokratik denetim” devlet işlerinin şeffaflaşmasına katkı sağlayacak ve kamu görevlilerinin sorumluluğunu artıracaktır.¹¹²

¹⁰⁴ Bkz. LIXINSKI, s. 595.

¹⁰⁵ AİHM için bkz. SUDRE, s. 228 vd.

¹⁰⁶ Par. 78-81.

¹⁰⁷ Par. 82.

¹⁰⁸ Par. 84.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Par. 86.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Par. 87.

Görüldüğü gibi *Claude Reyes* kararı, devlet kontrolündeki bilgilere erişimi bir hak olarak tanımakla yetinmeyip, bu hakkın katılımcı bir demokrasi açısından ne denli önemli olduğu üzerinde de etraflıca durmuştur. Bu karardan sonra, bilgiye erişim hakkına ilişkin çok sayıda başvuru Mahkeme tarafından incelenmiştir. Örnek vermek gerekirse, *Gomes Lund* kararında, Mahkeme, ağır insan hakkı ihlalleri söz konusu olduğunda mağdurların yakınları dâhil tüm toplumun bu ihlallerle ilgili bilgi sahibi olma ve gerçekleri bilme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.¹¹³ Gerçekleri bilme/öğrenme hakkını önceki kararlarında Sözleşme'nin 8. ve 25. maddelerine¹¹⁴ dayandıran Mahkeme, bu olayda, bilgileri araştırma ve edinme hakkını da incelemeye dâhil etmiş ve başvuru sahiplerinin devlet elindeki bilgilere erişememesini ifade özgürlüğünün de ihlali olarak değerlendirmiştir.¹¹⁵ Öte yandan, Mahkeme'ye göre, devletten birtakım bilgiler istenildiğinde, devlet, istenilen bilgilerin mevcut olduğuna dair delil olmadığı savının arkasına gizlenmemeli, aksine, söz konusu bilgilerin mevcut olmadığını kanıtlamak için elindeki tüm imkânları seferber ettiğini göstererek ret kararını gerekçelendirmelidir. Bilgi edinme hakkını korumak için, devlet otoriteleri iyi niyetle hareket etmeli, bu hakkın etkili bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli adımları atmalıdır. Bu yükümlülükler, özellikle cebri kaybetme ve yargısız infaz gibi ağır insan hakları ihlallerine ilişkin gerçekleri öğrenme hakkı söz konusu olduğunda çok daha önem kazanmaktadır.¹¹⁶ *Contreras* kararında, bu prensiplerin, silahlı kuvvetlerin arşivlerinde bulunan ve ağır insan hakları ihlallerine ilişkin bilgiler açısından da geçerli olduğu hatırlatılmıştır.¹¹⁷ Nihayet, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku* kararında, Mahkeme, yerli toplulukların topraklarında bulunan doğal kaynakların araştırılması ve işletilmesi meselesine değinmiştir. Bu konunun bariz bir şekilde kamu yararını ilgilendirdiğini belirten Mahkeme, devletin bu alandaki faaliyeti üzerinde etkin bir demokratik denetimin gerçekleşmesi için bilgi edinme hakkının hayati önemde olduğunu vurgulamıştır.¹¹⁸

¹¹³ Ame.İHM, *Gomes-Lund et al./Brezilya*, 24.11.2010, seri C, n° 219, par. 200.

¹¹⁴ Sırasıyla, adil yargılanma hakkı ve yargısal korunma hakkı.

¹¹⁵ Par. 201, 212.

¹¹⁶ Par. 211. Mahkeme, ayrıca, insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, devlet otoritelerinin, devlet sırrı veya bilgilerin gizliliği gibi mekanizmaları öne sürerek veya kamu yararı yahut ulusal güvenlik gibi gerekçelere dayanarak, soruşturmayı yürüten idari veya yargısal kurumlara bilgi vermekten kaçınamayacağını dile getirmiştir. Par. 202.

¹¹⁷ Ame.İHM, *Contreras et al./El Salvador*, 31.08.2011, seri C, n° 232, par. 165 vd.

¹¹⁸ Ame.İHM, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku/Ekivador*, 27.06.2012, seri C, n° 245, par. 230.

Bu örneklerden yola çıkarak, devlet kontrolündeki bilgilere erişim hakkının Amerikalılar-arası Mahkeme tarafından sıkı bir şekilde korunduğunu, bu hakkın devlet faaliyetinin sosyal denetiminde etkin bir araç olarak görüldüğü sonucuna varmak mümkündür.¹¹⁹ Bu noktada, İnsan Hakları Komitesi'nin de San José Mahkemesi'nin çok gerisinde kalmadığı söylenebilir. Bilgiye erişim hakkını basın özgürlüğüne ilişkin bir başvuruda ele alan Komite, kamusal bir tartışmaya dair veya kamuoyunu ilgilendiren bir bilgiye erişim hakkının devlet tarafından keyfî ve haksız bir şekilde engellenemeyeceğini ifade etmiştir.¹²⁰ Parlamentonun basına ayrılan bölümüne bir gazetecinin alınmasının yasaklanmasını konu alan bir başvuruda, Komite, öngörülen yasağın bilgiyi araştırma ve edinme hakkını ihlal edebileceğine hükmetmiştir.¹²¹

Strasbourg Mahkemesi içtihadına bakıldığında ise, farklı bir yaklaşım göze çarpmaktadır. Amerikan Sözleşmesi'nden ve MSHS'den farklı olarak bilgiyi araştırma hakkını düzenlemeyen AİHS, Avrupa Mahkemesi tarafından uzun bir süre dar yorumlanmıştır. Örneğin, yaşadıkları bölgede faaliyet gösteren ve kimyasal madde imal eden bir fabrikanın çevreye ve insan sağlığına verdiği zararlar hakkında bilgi sahibi olmak isteyen bir grup vatandaşın başvurusu üzerine alınan *Guerra* kararında, AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin ne bireylere bu türden bilgilere erişim hakkı tanıdığını ne de devlete vatandaşları bilgilendirme pozitif yükümlülüğü getirdiğini savunmuştur.¹²² Bu hususta Komisyon'dan farklı düşünen Mahkeme, maruz kalınan risk konusunda bireylerin bilgilendirilmesi gerektiğini ancak bu yükümlülüğün maddi dayanağının 8. maddede düzenlenen özel yaşamın ve aile yaşamının korunması hakkı olduğunu belirtmiştir.¹²³ Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğünün devlete yüklediği asıl ödev, kişilerin bilgiye erişmesini engellememektir.¹²⁴ Aynı yaklaşımı *McGinley and Egan* kararında da dile getiren AİHM, nükleer denemelerde görev alan kişilerin maruz kaldıkları radyasyon düzeyi konusunda bilgilendirilmelerini 8. maddeden kaynaklanan bir ödev olarak değerlendirmiştir.¹²⁵ Son olarak *Öneryıldız* kararında,

¹¹⁹ Amerikalılar-arası sistemde bilgiye erişim hakkı üzerine, ulusal hukuk boyutunu da inceleyen kapsamlı bir çalışma için bkz. The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Access to Information.

¹²⁰ TOUZÉ, s. 452.

¹²¹ İHK, *Gauthier/Kanada*, 05.05.1999, n° 633/1995.

¹²² AİHM, *Guerra ve diğerleri/İtalya*, 19.02.1998, n° 14967/89.

¹²³ Par. 52, 53.

¹²⁴ Par. 53.

¹²⁵ AİHM, *McGinley and Egan/Birleşik Krallık*, 09.06.1998, n° 21825/93 ; 23414/94, par. 101.

Mahkeme, tehlike arz eden bir faaliyet söz konusu olduğunda, halkın “açık ve eksiksiz” bilgilere ulaşmasının temel insan haklarından biri olduğunu vurgulamıştır.¹²⁶ Bununla birlikte, olaydaki tehlikeli faaliyet kişilerin yaşam hakkını tehdit ettiğinden, devlete yüklenen bilgilendirme pozitif yükümlülüğü yaşam hakkını düzenleyen 2. maddeye dayandırılmıştır.¹²⁷

Görüldüğü üzere, AİHM, bu kararlarında, ifade özgürlüğünün bir unsuru olarak bağımsız bir bilgi edinme hakkını tanımayıp, Sözleşme’de tanınan diğer hak ve özgürlüklerin gerektirdiği ölçüde kişilerin bilgiye erişimini bir hak olarak kabul etmiştir.¹²⁸ Bu açıdan bakıldığında, AİHM’nin tanıdığı bilgi edinme hakkı toplumsal değil, tam anlamıyla bireysel bir haktır. Başka bir deyişle, kişi, Sözleşme’deki haklarından biri müdahaleye uğradığında veya bu hakkın kullanımı tehlikeye girdiğinde bilgiye erişim hakkına sahip olmaktadır. Bağımsız bir bilgi edinme hakkı söz konusu olmadığından, bu hakkın ileri sürülebilmesi için, kişinin, direkt ve şahsi bir menfaatinin etkilendiğini göstermesi gerekecektir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, AİHM’nin bu yaklaşımı son yıllarda önemli bir değişim geçirmiştir. Örneğin, nükleer santral inşasına ilişkin teknik bilgilere ulaşamadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini öne süren bir derneğin yaptığı başvuruda, AİHM, verdiği kabul edilebilirlik kararında, Sözleşme’nin 10. maddesi gereği herkesin bilgi alma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.¹²⁹ Ancak, AİHM’ye göre, talep edilen bilgi ve belgeler santralin çevre üzerindeki etkisi gibi kamu yararı bulunan bir konuya ilişkin olmayıp tamamen teknik niteliktedir. Bu nedenle devletin geniş bir takdir yetkisi olduğunu savunan AİHM, bilgiye erişimin engellenmesini AİHS’ye aykırı bulmamıştır. Böylece, kamuyu ilgilendiren konularda bilgi alma hakkının 10. madde kapsamına gireceği Mahkeme tarafından kabul edilmiş, ancak bu hakkın içeriği net olarak belirtilmemiştir. Bu muğlaklık *Tarsasag A*

¹²⁶ AİHM, Büyük Daire, *Öneryıldız/Türkiye*, 30.11.2004, n° 48939/99, par. 62.

¹²⁷ Par. 90.

¹²⁸ Aynı durum kişisel verilere/bilgilere erişim konusunda da geçerlidir. AİHM’ye göre, Sözleşme’nin 10. maddesi, kişisel bilgilerin bulunduğu kayıtlara erişim hakkı içermediği gibi devlete de bu tür bilgileri ilgililere verme ödevi yüklemesiz. AİHM, *Leander/İsveç*, n° 9248/81, 26.03.1987, par. 74. Tıpkı devlet elindeki bilgilere erişim gibi, kişisel bilgilere erişim de, başvuruda ihlal edildiği öne sürülen madde (md. 8) kapsamında değerlendirilmektedir. Örn., AİHM, *Gaskin/Birleşik Krallık*, 07.07.1989, n° 10454/83.

¹²⁹ AİHM, *Sdružení Jihočeské Matky/Çek Cumhuriyeti*, 10.07.2006, n° 19101/03, Kabul edilebilirlik kararı.

Szabadsagjogokert kararında az da olsa giderilmiştir.¹³⁰ Macaristan Anayasa Mahkemesi'ne soyut norm denetimi kapsamında yapılan bir başvurunun detaylarını öğrenmek isteyen, fakat istediği bilgileri elde edemeyen bir derneğin başvurusunu konu alan bu vakada, AİHM, ilk kez 10. madde çerçevesinde, kamuyu doğrudan ilgilendiren bir hususta bilgi edinme hakkının sınırlarını çizmiştir. Yukarıda bahsedilen kabul edilebilirlik kararına atıf yapan AİHM, bu kararda, 10. maddede yer alan “bilgi alma özgürlüğü”nün “bilgiye erişim hakkının tanınmasına yakın” bir şekilde geniş yorumlandığını ifade etmiştir.¹³¹ Başvuruyu tamamen devletin negatif yükümlülükleri bağlamında inceleyen AİHM, kamu otoritelerinin “bilgiye erişimi engellememe ödevi” olduğunu vurgulamıştır.¹³² Hiç şüphe yok ki, bu kararın getirisi, bireysel bir menfaat ileri sürülmeden kamu yararına ilişkin bir konuda bilgi alma hakkının 10. madde kapsamına alınmasıdır. Ne var ki, tanınan bu hakkın gerçek anlamda bir “bilgi edinme” veya “bilgiye erişim” hakkı olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira AİHM, bilgiye erişim hakkına yakın bir haktan bahsetmekte, bu hakkın devlete yüklediği ödevler konusunda yeni bir şey söylememektedir. Bilgi edinme hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için devletin yerine getirmesi gereken pozitif ödevler konusunda AİHM'nin sessiz kalması, kanımızca, gerçek bir bilgi edinme hakkının henüz tanınmadığı şeklinde yorumlanabilir. Bu açıdan bakıldığında, Strasbourg Mahkemesi'nin San José Mahkemesi'nden bir adım geride olduğunu söylemek hiç de zor değildir. Bununla birlikte, Avrupa Konseyi'nin çalışmalarını da göz önüne alarak, bilgi edinme hakkının gelecekte daha etkin bir şekilde korunacağını ve bu alandaki Strasbourg içtihadının netlik kazanacağını öngörmek mümkündür.¹³³

III – İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Sınırlandırılması

İfade özgürlüğü de diğer birçok hak ve özgürlük gibi sınırlamalara tabidir.¹³⁴ Öncelikle, Amerikan Sözleşmesi 13. maddesinin 5. paragrafında bu özgürlük kapsamında değerlendirilemeyecek düşünce açıklamalarına yer vermiştir : “Her tür savaş propagandası ve hukuka aykırı şiddeti kışkırtan ulusal, ırksal ya da dinsel nefret savunusu ya da ırk, renk, din, dil ya da ulusal

¹³⁰ AİHM, *Tarsasag A Szabadsagjogokert/Macaristan*, 14.04.2009, n° 37374/05.

¹³¹ Par. 35.

¹³² Par. 36.

¹³³ Avrupa Konseyi bünyesinde bilgi edinme hakkına ilişkin çalışmalar ve kabul edilen tavsiye görüşleri için bkz., DÖNER, s. 123 vd.

¹³⁴ İfade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda karşılaştırmalı bir çalışma için bkz., BA-TUR YAMANER, s. 41 vd.

köken dâhil herhangi bir temelde herhangi bir kişiye ya da kişiler grubuna karşı herhangi bir başka benzeri yasadışı eylem, yasa ile cezalandırılabilir suçlar olarak değerlendirilecektir”. İfade özgürlüğünün sınırlarını belirleyen bu hüküm dışında 13. maddede yer alan sınırlamaya ilişkin kuralları Mahkeme kararlarından da yararlanarak sınırlamaların genel rejimi (A), dolaylı sınırlamalar (B) ve sansür yasağı (C) şeklinde incelemek mümkündür.

A – Sınırlamaların Genel Rejimi ve Mahkeme’nin Kontrol Yöntemi

Amerikan Sözleşmesi, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında özel sınırlama kuralları dışında bir de sınırlamaların kapsamına ilişkin genel bir hükme yer vermiştir. Madde 13/2’ye göre, ifade özgürlüğünün kullanımı, yasayla öngörülmesi olmak kaydıyla, “başkalarının haklarına ya da şöhretine saygı gösterilmesi”¹³⁵ ya da “ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da genel sağlık ya da ahlakın korunması” amacıyla gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Sınırlamaların kapsamına ilişkin 30. maddede ise, haklara veya özgürlüklere getirilecek sınırlamaların “genel yarar gerekçeleriyle çıkarılan yasalara ve bu tür sınırlamaların konulması amacına uygun bulunması haricinde” uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bu iki madde birlikte okunduğunda, AİHS’de yer alan, sınırlamanın “demokratik bir toplumda gerekli/zorunlu” olması koşulunun, Amerikan Sözleşmesi tarafından ihmal edildiği sonucu çıkabilir. Ne var ki, San José Mahkemesi bu eksikliği yorum yoluyla ve çok erken bir tarihte doldurmuş, böylece sınırlama koşulları bakımından AİHM ile ortak bir içtihat geliştirmiştir. Gerçekten de, Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 29. maddesinde belirtilen yorumlamaya ilişkin sınırlamalar dikkate alındığında, Sözleşme’nin hiçbir hükmünün “insan kişiliğinde yerleşik olan ya da bir yönetim biçimi olarak temsili demokrasiden kaynaklanan diğer hakları ya da güvenceleri ortadan kaldırır biçimde” yorumlanamayacağı açıktır.¹³⁶ Öte yandan, bu maddenin d. fıkrası, Sözleşme hükümlerinin Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi’nin etkinliğini ortadan kaldıracak ya da sınırlandıracak biçimde yorumlanmasını yasaklamıştır. Bu bildiri ise, insan haklarının, demokrasinin meşru gerekleri ölçüsünde sınırlandırılabilceğini

¹³⁵ Amerikan Sözleşmesi tüzel kişilerin hak ve özgürlüklerini korumamakla birlikte, bir kurumun haysiyetinin korunmasını ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında haklı bir sebep olarak değerlendirmiştir. Ame.İHM, *Uson Ramirez/Venezuela*, 20.11.2009, seri C, n° 207, par. 59 vd. Mahkeme, bu kararında, ülkenin Silahlı Kuvvetleri’nin haysiyetini korumak amacıyla ifade özgürlüğünün, diğer koşullara uyulmak kaydıyla, sınırlandırılabilceğini savunmuştur.

¹³⁶ Md. 29/c. Ame.İHM, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85, 13.11.1985, seri A, n° 5, par. 44.

öngörmüştür. O halde, Mahkeme'ye göre, Sözleşme çerçevesinde bir hakkın sınırlandırılması, demokratik bir toplumun gereklerine uygun olduğu ölçüde, haklı sayılmalıdır. Sınırlama koşulları konusunda AİHM'nin içtihadına gönderme yapan Amerikalılar-arası Mahkeme, AİHM'nin benimsediği ilkelerin Amerikalılar-arası sistemde de geçerli olduğunu dile getirmiştir.¹³⁷ Buna göre, haklı bir sınırlamadan söz edebilmek için, bu sınırlamanın, yasal bir dayanağı olması ve meşru bir amaç gütmesi dışında, “zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç” tan kaynaklanması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesine de değinen Mahkeme, meşru amaca ulaşmak için birden fazla seçeneğin olması halinde, ifade özgürlüğünü en az ölçüde kısıtlayan yöntemin benimsenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, son olarak, sınırlamaların ölçülü ve istenilen amaca ulaşmak için elverişli/uygun olması koşulunu dile getirmiş, böylece birçok kararında uygulayacağı kontrol kıstaslarını Avrupa sistemindeki şekliyle benimsemiştir.¹³⁸

Sınırlamanın yasal bir dayanağı olması koşulu Mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, ifade özgürlüğüne getirilen her türlü kısıtlama “kesin” ve “açık” bir şekilde “önceden” yasayla öngörülmüş olmalıdır.¹³⁹ Özellikle ceza yasaları söz konusu olduğunda, net ve muğlak olmayan ifadeler kullanılmamalı, cezaya tabi davranışlar açık bir şekilde belirtilmelidir.¹⁴⁰ Öte yandan, yasal dayanaktan anlaşılması gereken hem “şekli” hem de “maddi” anlamda yasadır.¹⁴¹

Yasa tarafından öngörülen bir sınırlamanın Sözleşme'yi ihlal etmemesi için, bu sınırlamanın haklı bir sebebe dayanması ve son olarak demokratik bir toplumda gerekli olması gerekir. Uygulamada, Mahkeme'nin incelemesi, esas olarak, sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Ölçülülük denetiminin de yapıldığı bu aşamada, Mahkeme, başvurucuların ifade özgürlüğüne getirilen aşırı sınırlamaları

¹³⁷ Par. 46.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, par. 39.

¹⁴⁰ Ame.İHM, *Kimel/Arjantin*, 03.05.2008, seri C, n° 177, par. 63 ; Ame.İHM, *Uson Ramirez/Venezuela*, 20.11.2009, seri C, n° 207, par. 55. Mahkeme, bu kararında, başvurucuya uygulanan cezai yaptırımın öngördüğü yasanın belirsiz ve muğlak hükümler içerdiğini saptamış ve bu durumun Sözleşme'yi ihlal etmeye yeterli olacağını belirtmiştir.

¹⁴¹ Ame.İHM, *Kimel/Arjantin*, 03.05.2008, seri C, n° 177, par. 63 ; Ame.İHM, *Uson Ramirez/Venezuela*, 20.11.2009, seri C, n° 207, par. 55. Avrupa Mahkemesi kararlarında “yasa” kavramı “şekli” değil “maddi” anlamda algılanmaktadır. Örn., AİHM, *Kruslin/Fransa*, 24.04.1990, n° 11801/85, par. 29.

Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur. Birkaç örnek vermek gerekirse, yazdığı bir kitapla askeri yargıyı eleştirdiği için hakkında cezai yaptırım uygulanan bir kişinin başvurusunu konu alan *Palamara Iribarne* vakasında, San José yargıçları, başvurucunun ifade özgürlüğüne “ölçüsüz” ve “demokratik bir toplumda gerekli olmayan” bir müdahalenin yapıldığı sonucuna varmışlardır.¹⁴² Yargıçlara göre, söz konusu yaptırım, başvurucunun, devlet kurumlarının işleyişi ve devlet görevlileri hakkında eleştiri yapma olanağını ortadan kaldırmıştır.¹⁴³ Başkanlık seçimlerindeki rakibi hakkında ortaya attığı iddialar nedeniyle iftira ve hakarete ilişkin hükümler çerçevesinde ceza alan, ayrıca hakkında sekiz yıllık bir süreyle yurt dışına çıkma yasağı konan bir başvurucunun durumunu ele alan Mahkeme, verilen cezaların “gereksiz” ve “aşırı” olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁴⁴ Zira başvurucunun ifade özgürlüğünü kamu yararına ilişkin bir konuda kullanmış olduğu gerçeği göz ardı edilmiş, “zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç” olmadan “ölçüsüz” bir yaptırım uygulanmıştır.¹⁴⁵ Devlet görevlileri hakkında dile getirdiği yolsuzluk iddiaları sebebiyle yargılanan ve mahkûm olan bir gazetecinin başvurusu üzerine verilen *Herrera Ulloa* kararında ise, gazetecilerin, iddialarının doğruluğunu kanıtlayamamaları durumunda cezalandırılması Sözleşme ile tanınan güvencelere aykırı bulunmuştur.¹⁴⁶ Öngörülen ispat kuralının gazetecilerin özgürlüğüne “aşırı” bir kısıtlama getirdiğini savunan Mahkeme, Sözleşme'nin bu türden sınırlamalara imkân vermediğini ifade etmiştir.¹⁴⁷ Aynı tespit *Uson Ramirez* başvurusu için de geçerlidir. Ülkenin Silahlı Kuvvetleri'ni karalama suçu işlediği gerekçesiyle hapis cezası alan emekli bir general hakkında görülen bu davada, verilen ceza “ölçüsüz” bulunmuştur.¹⁴⁸ Mahkeme'ye göre, bir hakkı sınırlamada, kişiyi özgürlüğünden alıkoyan cezai müeyyideler başvurulması gereken en son yol olmalıdır. Bu tür yaptırımlar uygulanırken “asgari müdahale” ilkesi esas alınmalı, cezalandırma yetkisi sadece mutlak ihtiyaç halinde kullanılmalıdır.¹⁴⁹

¹⁴² Ame. İHM, *Palamara-Iribarne/Şili*, 22.11.2005, seri C, n° 135, par. 88.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Ame.İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 106.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 132.

¹⁴⁷ Par. 132, 135.

¹⁴⁸ Ame.İHM, *Uson Ramirez/Venezuela*, 20.11.2009, seri C, n° 207, par. 76 vd.

¹⁴⁹ Par. 73. Bu konuda ayrıca bkz. Yargıç Sergio GARCIA RAMIREZ'in *Herrera-Ulloa/Kosta Rika* kararına ilişkin aynı yönde kişisel görüş yazısı, par. 10 vd.

Yukarıda bahsi geçen vakaların ortak yönü, ifade özgürlüğünün kamuyu ilgilendiren veya kamu yararına ilişkin konularda kullanılmış olmasıdır. Yüksek bir korumadan yararlanan bu tür düşünce açıklamalarına getirilen sınırlamalar söz konusu olduğunda, daha önce ifade edildiği gibi, devletlere tanınan takdir payı oldukça dar yorumlanmaktadır. Bu husus ölçülülük denetimi yapılırken Mahkeme tarafından göz önüne alınmış ve verilen ihlal kararlarında etkili hatta belirleyici olmuştur.

İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarla ilgili değinilmesi gereken son nokta bu özgürlüğün Sözleşme tarafından korunan başka bir hak veya özgürlükle çatışması durumunda nasıl korunacağı meselesidir. Mahkeme'nin bu konudaki tutumu *Fontovecchia y D'Amico* başvurusu neticesinde verdiği kararda netlik kazanmıştır. Karara konu olan olayda, *Noticias* adlı bir derginin yöneticisi ve editörü, dergide yer alan bir haber ve yayımlanan fotoğraflarla, Arjantin Devlet Başkanı'nın özel ve aile yaşamının gizliliğini ihlal ettikleri gerekçesiyle tazminat ödemeye mahkûm olmuşlardır.¹⁵⁰ Haberde, Devlet Başkanı'nın gayrimeşru bir çocuğunun olduğu, çocuğun ve çocuğun annesinin Başkan'la görüştüğü, çocuğun annesinin Başkan'dan çok pahalı hediyeler aldığı ve Başkan'ın çocuğun annesine siyasi ve ekonomik olarak büyük menfaat sağladığı bilgileri yer almıştır. Görüldüğü üzere, haber her ne kadar Başkan'ın özel ve aile yaşantısıyla ilgili olsa da kamuyu ilgilendirecek unsurları da içermektedir. Mahkeme, ilk önce, ifade özgürlüğüne ilişkin temel ilkeleri hatırlatmış, ardından özel yaşamın korunması hakkının öneminden ve bu hakkın sadece devlet tarafından değil, özel kişiler tarafından da ihlal edilebileceğini belirtmiş ve ifade özgürlüğü ile özel yaşamın gizliliği arasında bir dengenin kurulması gerektiğini dile getirmiştir.¹⁵¹ İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının yasal bir dayanağı olduğunu ve başkalarının haklarını ve şöhretini korumayı amaçladığını kolaylıkla saptayan Mahkeme, bu sınırlamanın gerekliliği incelemesini oldukça detaylı bir şekilde yürütmüş ve sonuç olarak olaydaki sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin bu kanıya varmasında birçok unsur belirleyici olmuştur. Özellikle, haberdeki iddiaların daha önce değişik şekillerde gündeme gelmiş olması, habere konu olan ilişkilerin halktan özenle gizlenmemesi, fotoğrafların gizlice ve habersiz çekilmemiş, aksine Başkanlık resmi ofisi tarafından dergiye verilmiş olması Mahkeme tarafından

¹⁵⁰ Ame. İHM, *Fontovecchia y D'Amico/Arjantin*, 29.11.2011, seri C, n° 238.

¹⁵¹ Par. 42-50.

özel hayata ciddi bir müdahalenin olmadığı şeklinde yorumlanmıştır.¹⁵² Yerel mahkemelerin kararlarına da değinen Mahkeme, Başkan hakkındaki haber ve iddiaların genel menfaat açısından öneminin ihmal edildiğini ve davanın iç hukukta sadece özel hayatın gizliliği çerçevesinde incelendiğini saptamıştır.¹⁵³ Ülkenin seçilmiş en yüksek otoritesi hakkında yapılan bu yayınların yalnızca halkın merakını gidermek için değil, toplumu ilgilendiren bir konuda tartışma yaratarak genel yarara hizmet etmek amacıyla yapıldığı kanaatinde olan Mahkeme, dergi aleyhine tazminata hükmedilmesinin demokratik bir toplumda gerekli/zorunlu olmadığına karar vermiştir.¹⁵⁴ İfade özgürlüğü ve özel yaşamın mahremiyetinin ilk kez San José Mahkemesi önünde karşı karşıya geldiği bu kararda birçok temel ve önemli ilke ortaya konmuştur. Mahkeme, AİHM içtihadına sadece bir kere gönderme yapmış olsa da,¹⁵⁵ bu mahkeme tarafından geliştirilen standartların Amerika kıtasında da tam anlamıyla kabul gördüğünü göstermiştir.

B) İfade Özgürlüğü'nün Dolaylı Yoldan Sınırlandırılması

AİHS'den ve MSHS'den farklı olarak, San José Paktı, ifade özgürlüğü'nün doğrudan sınırlandırılması yanında dolaylı olarak sınırlandırılması sorununa da değinmiştir. Dolaylı sınırlamalardan kasıt, düşüncüyü açıklamaya ve yaymaya hizmet eden araç veya yolların kullanımının devlet veya özel sektör tarafından engellenmesidir.¹⁵⁶ Sözleşme, bu tür sınırlamaları açıkça yasaklayarak, görünüşte ifade özgürlüğü'nü hedef almayan, ancak, doğurduğu sonuçlar bakımından bu özgürlüğü kısıtlayan ya da ortadan kaldıran davranışların önüne geçmek istemiştir.

Bu duruma verilebilecek en güzel örnek *Ivcher Bronstein* vakasıdır.¹⁵⁷ Peru'da yayın yapan bir televizyon kanalının bağlı olduğu şirketin yönetim kurulu başkanı olan ve aynı zamanda şirket hisselerinin çoğunluğunu elinde bulunduran başvuru, televizyon kanalı sahibi olabilmek için, yasa gereği,

¹⁵² Par. 63 vd.

¹⁵³ Par. 66.

¹⁵⁴ Par. 68, 74.

¹⁵⁵ Par. 49. AİHM, *Von Hannover/Almanya*, 24.06.2004, n° 59320/00 kararına devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında atıf yapılmıştır.

¹⁵⁶ Sözleşme'nin 13/3 maddesine göre, "ifade hakkı, basılı haberler, radyo yayın frekansları yahut bilginin dağıtılmasında kullanılan araçlar üzerinde, ya da düşüncelerin ve görüşlerin iletilmesini ve dolaşımını engellemeye yol açacak diğer herhangi bir yolla hükümetin ya da özel kesimin denetiminin kötüye kullanılması halleri gibi, dolaylı yöntemler ya da yollarla kayıtlanamaz".

¹⁵⁷ Ame.İHM, *Ivcher Bronstein/Peru*, 06.02.2001, seri C, n° 74.

Peru vatandaşlığına geçmiş eski bir İsrail vatandaşıdır. Sahibi olduğu kanalda yayımlanan programlardan birinde Askeri İstihbarat Servisi elemanlarının işkence yaptığı, Peru Gizli Servisi'nde yolsuzluk yapıldığı ve gazetecilerin, yargıçların ve muhalif politikacıların telefon görüşmelerinin yasa dışı bir şekilde dinlendiği iddiaları yer almıştır. Başvurucu, bunun üzerine, Peru vatandaşlığından çıkarılmış, ancak gerekçe olarak başvurucunun İsrail vatandaşlığından çıktığının kanıtlanamadığı gösterilmiştir. Ivcher Bronstein, vatandaşlıktan çıkarılma kararının sonucu olarak kanal sahibi olma sıfatını ve yayımlanan programlar üzerindeki etkisini kaybetmiştir. Yerine gelen yöneticiler, söz konusu programı yayından kaldırmış ve programın yapımında görev alan çalışanların işine son vermiştir. Görüldüğü üzere, başvurucunun ifade özgürlüğü somut olayda doğrudan sınırlandırılmamıştır. Bunun yerine, vatandaşlığı elinden alınmak suretiyle kanal yönetimindeki etkisi ortadan kaldırılmış akabinde programın yayınına son verilmiştir. Bu gerçeğin farkında olan Mahkeme, ifade özgürlüğü ihlaline ilişkin bir iddia söz konusu olduğunda olayın tüm unsurlarıyla bir bütün olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁸ Bu doğrultuda yaptığı inceleme sonucunda, başvurucunun ve işten çıkarılan gazetecilerin ifade özgürlüğüne dolaylı bir sınırlama getirildiğine karar veren Mahkeme, sadece bu kişilerin değil, toplumun da haber alma hakkının engellendiği sonucuna varmıştır.¹⁵⁹

San José Mahkemesi başka kararlarında da dolaylı sınırlamalara değinmiştir. Buna göre, devlet görevlileri, sorumluluklarını unutup verdikleri beyanlarla basın özgürlüğünün doğrudan ya da dolaylı yoldan sınırlandırılmasına neden olabilirler.¹⁶⁰ Gazetecilerin resmi etkinliklere katılımı konusunda ölçüsüz ve ayrımcı akreditasyon ve izin uygulamaları da bu kapsamda değerlendirilebilir.¹⁶¹ Öte yandan, dolaylı sınırlamalar sadece devletin değil, özel kişi veya kurumların faaliyetinden de kaynaklanabilir.¹⁶² Amerikan Komisyonu ise dolaylı sınırlamaları oldukça geniş yorumlamıştır. Komisyon'a göre, örneğin, iktidar aleyhine yapılan düşünce açıklamalarının

¹⁵⁸ Par. 154.

¹⁵⁹ Par. 162, 163.

¹⁶⁰ Ame.İHM, *Rios et al./Venezuela*, 28.01.2009, seri C, n° 194, par. 139 ; Ame.İHM, *Perozo et al./Venezuela*, 28.01.2009, seri C, n° 195, par. 151.

¹⁶¹ Ame.İHM, *Rios et al./Venezuela*, 28.01.2009, seri C, n° 346, par. 139 ; Ame.İHM, *Perozo et al./Venezuela*, 28.01.2009, seri C, n° 195, par. 375.

¹⁶² Ame.İHM, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85, 13.11.1985, seri A, n° 5, par. 48 ; Ame.İHM, *Rios et al./Venezuela*, 28.01.2009, seri C, n° 194, par. 340 ; Ame.İHM, *Perozo et al./Venezuela*, 28.01.2009, seri C, n° 195, par. 367.

cezalandırılması ifade özgürlüğünün hem doğrudan hem de dolaylı yoldan sınırlanması anlamına gelmektedir.¹⁶³ Zira bir kişinin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar başkaları üzerinde yıldırıcı veya caydırıcı bir etki yaratıyorsa, bu durum, Komisyon'a göre, başkalarının özgürlüğünün dolaylı olarak sınırlandığı şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁶⁴ Bu bakış açısına göre, ifade özgürlüğünün sosyal boyutunun ihlali aynı zamanda dolaylı bir sınırlama olarak değerlendirilebilir. Mahkeme ise bu gibi durumları dolaylı sınırlamalar içinde değil, madde 13/2 çerçevesinde incelemektedir. Belirtmek gerekir ki, bir sınırlamanın doğrudan veya dolaylı bir şekilde yapılması arasında ortaya çıkan sonuç bakımından önemli bir fark bulunmamaktadır. Her iki sınırlama da ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir. Bununla birlikte, dolaylı sınırlamaların ayrı bir düzenlemeye konu olması, devlet veya özel kişilerin elindeki imkânların kötüye kullanımının yasaklanması bakımından önemli olup, ifade özgürlüğünün korunmasında ek bir güvence olarak değerlendirilebilir.

C) (Ön) Sansür Yasağı

Amerikan Sözleşmesi'nin diğer belgelerden başka bir farkı sansüre ilişkin hükümler içermesidir. Sözleşmenin 13. maddesinin 2. fıkrasında ifade özgürlüğünün kullanımının önceden sansüre tabi tutulamayacağı kuralı konulmuş, 4. fıkrada ise bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, kamusal eğlenceler, çocukların ve gençlerin ahlaki yönden korunması amacıyla ve yasada öngörülmesi koşuluyla ön sansüre tabi tutulabilir.

İfade özgürlüğünün sansür yoluyla ihlal edildiği iddiası iki başvuruda Mahkeme önüne getirilmiştir. Sanatsal ifade özgürlüğünü konu alan birinci vakada, Martin Scorsese'nin yönetmenliğini yaptığı "The Last Temptation of Christ" adlı filmin gösterimi, Katolik Kilisesi adına hareket eden bir grup vatandaşın talebi üzerine ve yürürlükteki Şili kanunlarına uygun bir şekilde, engellenmiştir.¹⁶⁵ Uygulanan sansürün Sözleşme'deki istisna kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirten Mahkeme, uygulamanın açıkça Sözleşme'ye aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁶⁶ Daha önce de değinilen ikinci vakada ise, emekli bir donanma mensubunun askeri istihbarat servisine

¹⁶³ Komisyon'un Mahkeme önünde savunduğu tezlerden bu sonuç çıkmaktadır. Örn., Ame. İHM, *Ricardo Canese/Paraguay*, 31.08.2004, seri C, n° 111, par. 72.i.

¹⁶⁴ Örn, Ame.İHM, *Herrera-Ulloa/Kosta Rika*, 02.07.2004, seri C, n° 107, par. 101.2.k).

¹⁶⁵ Ame.İHM, *"The Last Temptation of Christ"* (Olmedo-Bustos et al.)/Şili, 05.02.2001, seri C, n° 73.

¹⁶⁶ Par. 70, 71.

yönelik eleştiriler içeren kitabına sansür uygulanmıştır.¹⁶⁷ Savcılık emriyle kitaba ilişkin bütün yazılar ve belgeler yayınevinden alınmış, basımı gerçekleştirilen ve yayınevinde ve yazarın evinde bulunan örnekler el konulmuştur. Davaya bakan mahkeme de, aynı doğrultuda, yazarın kişisel bilgisayarında, disketlerde ve yayınevinin bilgisayarlarında bulunan eserin elektronik versiyonunun silinmesini emretmiştir. Öte yandan, başka kişilerde bulunan kitap örneklerin toplanması için yasal takibat başlatılmıştır. Yazarın düşünce ve görüşlerinin topluma ulaşmasını engelleyen bu tedbirler San José Mahkemesi tarafından ön sansür olarak değerlendirilmiş ve Sözleşme'ye açıkça aykırı bulunmuştur.¹⁶⁸

Amerikan Sözleşmesi sansürü kesin bir dille yasaklamış, bu yasağa tek bir istisna getirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin denetimi, alınan tedbirlerin sansür yasağını ihlal edip etmediği ve bir sansür söz konusuysa bu sansürün öngörülen istisna kapsamında olup olmadığı ile sınırlıdır. AİHS sansür hususunda bir hüküm içermediğinden, Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımı bu noktada farklılaşmaktadır. Birçok kez sansür uygulamalarını konu alan başvuruları inceleyen Strasbourg Mahkemesi, AİHS'nin 10. maddesinin yayınlara getirilen ön sınırlamaları büsbütün yasaklamadığını ifade etmiştir.¹⁶⁹ Ancak bu tür sınırlamaların AİHS'ye aykırı olmaması için, yasakların sınırları çok titiz bir şekilde kanunla düzenlenmeli ve olası suistimallere karşı etkili bir yargısal denetim mekanizması öngörülmelidir.¹⁷⁰ Yayınların ön sınırlamalara tabi tutulmasının veya tamamen yasaklanmasının demokratik bir toplum için ciddi bir tehlike oluşturduğunu hatırlatan AİHM, bu nedenle başvuruların kendisi tarafından en titiz şekilde inceleneceğini temin etmiştir.¹⁷¹ Böylece, Amerikalılar-arası sistemden farklı olarak, sansür, yasak bir uygulama olarak değil, gerek ulusal gerek ulusalüstü düzlemde sıkı bir denetime tabi tutulması gereken bir sınırlama olarak ele alınmıştır.

¹⁶⁷ Ame. İHM, *Palamara-Iribarne/Şili*, 22.11.2005, seri C, n° 135.

¹⁶⁸ Par. 78.

¹⁶⁹ Örn., AİHM, *Association Ekin/Fransa*, 17.07.2001, n° 39288/98, par. 56, 58 ; AİHM, *Gaweda/Polonya*, 14.03.2002, n° 26229/95, par. 40.

¹⁷⁰ AİHM, *Association Ekin/Fransa*, 17.07.2001, n° 39288/98, par. 58 ; AİHM, *Çetin ve diğerleri/Türkiye*, 13.02.2003, n° 40153/98 ; 40160/98, par. 59.

¹⁷¹ AİHM, *Éditions Plon/Fransa*, 18.05.2004, n° 58148/00, par. 42.

SONUÇ

Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, kısa denilebilecek bir süre içerisinde, ifade özgürlüğü alanında önemli bir içtihat geliştirmiştir. Sayı olarak az, ancak zengin içerikli görüş ve kararlarıyla ifade özgürlüğünün demokrasi açısından ne denli önemli olduğunu her fırsatta hatırlatmış, özgürlüğün kapsamını geniş, özgürlüğe getirilen sınırlamaları ise dar yorumlamıştır. Kuşkusuz, San José Paktı'nın ifade özgürlüğünü diğer insan hakları belgelerinden daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş olması Mahkeme'nin işini kolaylaştırmıştır. Sansürün ve dolaylı sınırlamaların kesin bir dille Sözleşme'ye aykırı bulunması bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Ulusalüstü insan hakları hukuku penceresinden bakıldığında, Mahkeme içtihadının getirisi dikkat çekicidir. Her şeyden önce, ifade özgürlüğünün hem bireysel hem de kolektif bir güvence olarak tanımlanması, bu özgürlüğe önemli bir sosyal fonksiyon yüklenmesi sonucunu doğurmuştur. Böylece, ifade özgürlüğü - demokrasi ilişkisi özgür bireyin yanında özgür toplumun da ön plana çıktığı bir düzlemde algılanmıştır. Öte yandan, özgür toplum sadece düşünce ve fikirlere özgürce ulaşan değil, bunun ötesinde, kendisini ilgilendiren bilgileri elde eden bir toplumdur. Elde edilen bilgiler sayesinde, toplum, uygulanan politikaları eleştirebilecek, yöneticilerden hesap sorabilecek ve bu sayede kamu yönetimi üzerinde demokratik denetim kurabilecektir. Bu süreç, kaçınılmaz olarak, toplumun yönetime dâhil olmasının önünü açacak ve katılımcı bir demokrasinin koşullarının oluşumuna katkı sağlayacaktır.¹⁷²

Amerikalılar-arası sistemde göze çarpan bir başka farklılık, San José Paktı dışındaki insan hakları belgelerine ve bunları uygulayan organların kararlarına yapılan göndermelerdir. İfade özgürlüğü özelinde bakıldığında, Mahkeme'nin, başta AİHS ve AİHM içtihadı olmak üzere, birçok bölgesel ve uluslararası düzlemde üretilen belgeyi, kararı, bildiriye vs. sıklıkla kullandığı, karşılaştırdığı ve bunlardan yararlanarak ortak bir "ifade özgürlüğü hukuku" oluşturma gayreti içerisinde olduğu saptanabilir. Aslında bu tutum, genel olarak Mahkeme içtihadına yön veren orijinal bir "felsefenin" doğal bir uzantısından ibarettir. Mahkeme'nin 1982 yılında verdiği ilk tavsiye görüşünde temelleri atılan bu yaklaşım, ulusalüstü insan hakları hukukunun bir "bütün" olduğu fikri üzerine kuruludur.¹⁷³ Bu doğrultuda, insan haklarının korunmasında "bölgesellik" ve "evrensellik" ayrımını tutarlı bulmayan Mahkeme, kendisini,

¹⁷² ERGİL, s. 99.

¹⁷³ Ame.İHM, I/A Court H.R., "Other treaties" subject to the advisory jurisdiction of the Court, Advisory Opinion OC-1/82, 24.09.1982, seri A, n° 1, par. 40.

evrensel insan haklarını koruyan bölgesel bir mahkeme olarak görmektedir.¹⁷⁴ Sözleşme dışı kaynaklara başvurması, Mahkeme'ye, insan haklarının korunmasında asgari bir eşik belirleme imkânı vermektedir. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da geçerlidir. AİHM'nin zengin içtihadı her ne kadar San José Mahkemesi için yol gösterici olsa da, ifade özgürlüğünün korunmasında bir üst sınır teşkil etmemektedir. Strasbourg Mahkemesi cephesinden bakıldığında ise iki mahkeme arasında gerçek anlamda bir etkileşim olduğunu savunmak oldukça güçtür. AİHM, San José içtihadına zaman zaman gönderme yapsa da¹⁷⁵ ifade özgürlüğü alanında bu organ tarafından kaydedilen gelişmelerin uzağında kalmıştır. Devlet denetiminde bulunan bilgileri edinme hakkı ve devletin bilgilendirme pozitif yükümlülüğü konularındaki çekingen tavrı bu yargıyı doğrulayan en açık örnektir.

Sonuç olarak, ifade özgürlüğünün Amerikalılar-arası sistemde yararlandığı koruma diğer sistemlerin sağladığı güvencelere kıyasla oldukça etkin ve kapsamlı görünmektedir. Ancak, hemen eklemek gerekir ki, tüzel kişilerin ifade özgürlüğünün San José Paktı tarafından korunmaması ve Mahkeme'nin doğrudan bireysel başvurulara kapalı olması bu sistemin zayıf yönleri olarak öne çıkmaktadır. Ne var ki, Mahkeme tarafından incelenen başvuruların sayıca az olmasına neden olan bu “eksiklikler”, diğer yandan, kararların ayrıntılı, açık ve sistemli olmasına imkân tanımaktadır. Bu durum da, Mahkeme kararlarının, devletlerin iç hukukunun oluşum ve şekillenme sürecindeki etkisini artırmakta, sistemin etkililiğini güçlendirmektedir. Amerikan Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin birçoğunun totaliter sistemlerle hesaplama ve demokrasiye geçiş aşamalarını henüz tamamlamadığı gerçeği göz önüne alındığında, Mahkeme içtihadının önemi daha da belirginleşmektedir. Bu tespit, Mahkeme'nin “evrensel” bir insan hakları hukuku uyguladığı iddiasıyla birlikte düşünüldüğünde, Amerikalılar-arası sistemin sadece Latin Amerika bölgesinin değil, insan haklarına dayalı demokratik bir rejim idealini benimseyen bütün ülkelerin yararlanacağı zengin bir hukuk kaynağı oluşturduğu söylenebilir.

¹⁷⁴ HENNEBEL, La Convention, s. 619.

¹⁷⁵ BERTONI, s. 352. Örneğin, AİHM, Büyük Daire, *Stoll/İsviçre*, 10.12.2007, n° 69698/01 kararında, devlet elindeki bilgilere erişimin önemini vurgulamak için Ame.İHM'nin *Claude Reyes* kararı hatırlatılmıştır (par. 43).

KAYNAKÇA

- BATUR YAMANER, Melike**, Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü. S.B.E., İstanbul 2001.
- BERTONI, Eduardo Andrés**, The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards, *E.H.R.L.R.* (2009), 3, s. 332-352.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, UBEDA DE TORRES, Amaya**, Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Bruxelles 2008.
- DÖNER, Ayhan**, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, İstanbul 2010.
- ERGİL, Doğu**, Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü, *in* Taner KOÇAK, Taylan DOĞAN, Zeynep KUTLUATA (ed.), Türkiye'de İfade Özgürlüğü, İstanbul 2009 s. 98-109.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih**, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri. I. Cilt, Bölgesel Sistemler, İstanbul 2010.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih**, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Latin Amerika'da İnsan Hakları, İstanbul 1991.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih**, İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikalılararası Sistem, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü. S.B.E., İstanbul 1989.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, b. 9, Ankara 2011.
- HENNEBEL, Ludovic**, La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme, *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (éd.), Le particularisme interaméricain des droits de l'homme, Paris 2009, s. 75-119.
- HENNEBEL, Ludovic**, La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés, Bruxelles 2007.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.**, Özgürlükler Hukuku, b. 6, Ankara 2002.
- LALY-CHEVALIER, Caroline, DA POÏAN, Fanny, TIGROUDJA, Hélène**, Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2002-2004), *Rev. trim. dr. h.*, 2006, s. 490-491.

- LIXINSKI, Lucas**, Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law, *EJIL* (2010), Vol. 21, No. 3, s. 585-604.
- MACOVEI, Monica**, İfade Özgürlüğü. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan hakları el kitapları, No. 2, Avrupa Konseyi, Strasbourg 2004.
- Special Study on Murder of Journalists, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Inter American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.131 Doc: 35, 08/03/2008.
- SUDRE, Frédéric** (et al.), Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 5^e éd., Paris 2009.
- SUDRE, Frédéric**, Droit européen et international des droits de l'homme, 9^e éd., Paris 2008.
- ŞAHİN, Kemal**, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, Gerekçeleri ve Sınırları, İstanbul 2009.
- The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Access to Information, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Inter American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 1/9, 30/12/2009.
- The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Inter American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2/9, 30/12/2009.
- TIGROUDJA, Hélène**, Convention interaméricaine des droits de l'homme, *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël (et al.), Dictionnaire des Droits de l'Homme, Paris 2008, s. 208-214.
- TIGROUDJA, Hélène, PANOUSSIS, Ioannis K.**, La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse, Bruxelles 2003.
- TOUZÉ, Sébastien**, Article 19, *in* Emmanuel DECAUX (dir.), Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article, Paris 2011, s. 447-460.
- UYGUN, Oktay**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması, *in* Taner KOÇAK, Taylan DOĞAN, Zeynep KUTLUATA (ed.), Türkiye'de İfade Özgürlüğü, İstanbul 2009, s. 15-67.
- UYGUN, Oktay**, Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de İfade Özgürlüğü, Bülent Tanör Armağanı, İstanbul 2004, s. 746-761.

İDARİ YARGIDA UYGULAMA İŞLEMİ

Çınar Can EVREN*

ÖZET

Uygulama işlemi, dayanağı düzenleyici işleme karşı dava açma süresi geçtikten sonra iki işlemin birden dava edilebilmesine imkân veren bir müessesedir. Ancak uygulama işlemi sadece dava açma süresi ile ilgili olmayıp görev, idari işlemin niteliği, idari işlem türleri gibi birçok idare hukuku ve idari yargı konusuyla da ilgilidir.

Anahtar Kelimeler: Uygulama işlemi, idari işlem, idari yargı, hukuk devleti.

APPLICATION ACT IN THE CONTEXT OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION

ABSTRACT

Application act is an administrative law concept that allows concerned parties, who missed the term to file a suit against an administrative regulatory act, to file a suit against the application act together with its reference administrative regulatory act. The concept of application act is not only related with the term of litigation, but also with the jurisdiction as well as the types and features of administrative act.

Keywords: Application act, administrative act, administrative jurisdiction, rule of law.

I. Giriş:

İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava açma süresi ilan tarihini izleyen günden başlar. Ancak, bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, uygulama işlemine dayanak teşkil eden düzenleyici işlem için öngörülen dava açma süresi geçmiş olsa dahi, düzenleyici işlem veya uygulama işlemi yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Bu düzenlemenin amacı, hukuka aykırı işlemlerin mümkün olduğu kadar dava konusu edilip iptallerini sağlamak ve bu suretle hukuk devletini gerçekleştirmektir¹.

Bir düzenleyici işlem tesis edildiği anda hukuka aykırı olabileceği gibi değişen koşullar nedeniyle de hukuka aykırı hale gelebilir². Düzenleyici işlemler ilan veya yayımla yürürlüğe girdikleri için ilgililerin bu işlemlerden

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi

¹ Kaplan: s. 294.

² Kaplan: s. 294.

haberdar olması her zaman mümkün olmayabilir. Ancak uygulama işlemleri, düzenleyici işlem niteliğinde de olabilmekle beraber, bireysel işlem niteliğinde iseler tebliğ edileceklerinden, ilgililerin hem uygulama hem de düzenleyici işlemten haberdar olması sağlanır.

Anayasa madde 125 uyarınca idari işlemlere karşı açılacak davalarda süre yazılı bildirim ile başlar. Bu hüküm uyarınca düzenleyici işlemlere karşı uygulama işleminin tebliğinden itibaren tekrar dava açılabilmesi, aynı zamanda Anayasal bir gerekliliktir³.

Uygulama işleminde amaç, hukuka aykırı işlemlerin iptalini ve hukuk devletini gerçekleştirmeyi sağlamaktır. Uygulama işlemine yönelik tatbikatta ortaya çıkan görev, işlemin niteliği gibi kimi konular, kamu düzenine aykırı olmadığı ölçüde, bu amaç çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Danıştay sadece düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen işlemleri değil aynı zamanda hazırlık işlemi niteliğinde olan, örneğin rapora istinaden tesis edilen işlemleri⁴ veya mahkeme kararı uyarınca idarenin tesis etmesi gereken işlemleri⁵ de uygulama işlemi olarak nitelendirmekle beraber amacımız, İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) madde 7/4 çerçevesinde bir inceleme yapmak olacaktır.

II. Uygulama İşlemi Ve Aynı Dilekçe İle Birden Fazla İşleme Karşı Dava Açılması Halinin Karşılaştırılması (İYUK madde 7/4 - 5)

İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) madde 7/4 ve 5 birbirine benzeyen ve karıştırılmaya müsait hükümler içermektedir. İYUK madde 5 aynı dilekçe ile dava açılacak halleri düzenlemektedir. Esas olan her idari işleme karşı ayrı ayrı dava açılmasıdır. Ancak aynı yargı yerinin görevine giren ve çözümleri ayrı emek gerektirmeyen idari uyuşmazlıkların aynı dava içerisinde görülmelerini sağlamak, gereksiz zaman ve masrafın yapılmasını önlenmek ve farklı kararların verilebilmesi riskini ortadan kaldırmak amacıyla aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile dava açılabilir⁶.

³ Aral: s. 208.

⁴ D8D: E. 02/3476, K. 02/6237, www.hukukturk.com (HT).

⁵ DİDDK: 12.06.1998, E. 96/623, K. 98/276, HT.

⁶ D7D: 10.11.2005, E. 05/4667, K. 05/2661, (HT).

İYUK madde 5/1 uyarınca bir kişinin⁷ birden fazla işlemi tek dilekçe ile dava edebilmesi için bu işlemler arasında maddi veya hukuki yönden bağılılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Bunlar birlikte bulunması gereken şartlar olmayıp birinin varlığı işlemlerin ilgisine aynı dilekçe ile birden fazla işlemi dava edebilme imkânı vermektedir. İnceleme konumuz olan İYUK madde 7/4 ise böyle bir şart getirilmeden, düzenleyici işlem ve uygulama işleminin birlikte veya ayrı ayrı dava konusu edilebileceğini düzenlemektedir. Ancak uygulama işlemi ve düzenleyici işlem arasında bir sebep sonuç ilişkisi olduğu da açıktır.

İki düzenleme arasında bulunan bir diğer fark işlemlerin niteliği noktasında kendini göstermektedir: İYUK madde 5 uyarınca aralarında maddi veya hukuki yönden bağılılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunduğu sürece işlemlerin ikisinin de düzenleyici⁸ veya bireysel⁹ veya düzenleyici ve bireysel işlem olması mümkündür. Ancak 7. maddede uygulama işlemi bireysel veya düzenleyici işlem olabileceken dava açma süresi kaçırılmış olan ilk işlemin ilanı gereken düzenleyici işlem olması gerekmektedir.

Bir düzenleyici işlem yayımlanmış ve ona karşı dava açma süresi henüz dolmadan yine o düzenleyici işleme dayanılarak bir bireysel işlem tesis edilmiş ise, ikinci işlemin muhatabı 5. madde uyarınca bu iki işlem arasında sebep sonuç ilişkisi olduğu gerekçesiyle aynı dilekçe ile ikisinin de iptalini talep edebilir. Bu noktada 5. madde ve 7. madde arasındaki fark, ikincisi uyarınca düzenleyici işleme karşı dava açma süresi geçmiş ise uygulama işleminden sonra düzenleyici işlemin yine dava konusu edilebilecek olmasıdır.

5. maddenin uygulanmasına ilişkin olarak Kanun'da açıkça yer almamakla birlikte Danıştay içtihatları ile bir kısım ek koşullar getirilmiştir¹⁰: Bu koşullardan ilki, tek dilekçe ile dava edilecek işlemlere karşı açılacak davalarda aynı yargı düzeninin ve o yargı düzeni içinde de aynı mahkemenin görevli olmasıdır¹¹. İYUK madde 5 uyarınca aralarında hukuki bağlantı olan iki

⁷ İYUK madde 5/1'de getirilen imkândan tek kişinin yararlanabileceği açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte 2. fıkra incelendiğinde birden fazla kişinin birlikte dava açması halinin düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle 1. fıkra tek kişinin birden fazla işlemi tek dilekçe ile dava edebilmesi halini düzenlemektedir. **Candan:** s. 262.

⁸ Aynı kanuna dayanılarak çıkarılmış olan düzenleyici işlemler bu duruma örnek verilebilir.

⁹ Bu duruma ise disiplin cezası verme işlemi ve bu disiplin cezasının atanmaya engel olduğu görevden alınma işlemi örnek gösterilebilir. **Candan:** s. 267.

¹⁰ Söz konusu bu ek koşulların kamu düzeninin gereklerinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Ek koşullara ilişkin geniş bilgi için bkz **Candan:** s. 268 vd; **Gözübüyük/Tan:** s. 945 vd.

¹¹ Bu noktada Danıştay'ın temyiz yerlerinin de aynı olması gerektiğine ilişkin kararları mevcut-

işlem farklı yargı yerlerinin görevine giriyorsa tek dilekçe ile dava edilemezler. Oysa İYUK madde 7/4 uyarınca, uygulama işlemi ve düzenleyici işlem tek başlarına dava edildiklerinde ayrı mahkemelerin görev alanına girseler bile birlikte dava edildiklerinde aynı mahkeme (normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan işlemin tabi olduğu mahkeme) tarafından denetlenirler. Bununla birlikte İYUK madde 7/4'ün konusunun birden fazla işleme karşı tek dilekçe ile dava açılması olmadığı; 7. maddenin 5. madde ile birlikte değerlendirilerek işlemlerin her birinin tek başlarına dava konusu edilselerdi nerede görülecekse orada incelenmesi gerektiği, zira görevin kamu düzenine ilişkin olduğu da ileri sürülmektedir¹².

Danıştayın 5. maddeye istinaden aradığı bir diğer koşul, dava konusu edilecek işlemlerin dava açma sürelerinin geçirilmemiş olmasıdır. Oysa İYUK madde 7/4, dava açma süresi geçmiş olsa bile düzenleyici işlemin tekrar iptal davasına konu edilmesini amaçlanmaktadır.

İYUK madde 5'e yönelik getirilen bir diğer koşul ise işlemlerin davalısının aynı olmasıdır. İşlemlerin davalıları birbirinden farklıysa, bir dilekçe ile iki işleme karşı dava açılmaz¹³. İYUK madde 7/4 için böyle bir zorunluluk söz konusu olmayıp açılacak davada iki farklı idare birlikte davalı olarak gösterilmektedir¹⁴.

Görüldüğü üzere İYUK madde 7/4, İYUK madde 5'in özel bir şeklini teşkil etmekte olup, Danıştay içtihatlarının 5. madde için belirttiği kayıtlara tabi değildir. Ayrıca 7. madde süreye ilişkin bir düzenleme niteliğinde iken 5. madde daha çok davanın açılmasında izlenecek usul ile ilgilidir.

III. Düzenlemenin Tanındığı İmkânlar

İYUK madde 7/4 hükmü, ilgisine uygulama işlemini tek başına, düzenleyici işlemle birlikte veya sadece düzenleyici işlemi¹⁵ dava edebilme

tur. D7D: 15.02.1985, E. 84/3374, K. 85/490, aktaran **Gözübüyük/Tan**: s. 947.

Ayrıca işlemlerden birinin kurul halinde diğerinin ise tek hâkimle çözümlenecek bir işlem olması durumunda aynı dilekçe ile birlikte bu iki işleme karşı dava açılmayacağına ilişkin kararlar mevcuttur. D7D: 03.10.2005, E. 02/1593, K. 05/2219. Ancak Danıştayın aksi yönde kararları olduğu da belirtilmektedir. **Candan**: s. 270.

¹² **Candan**: s. 269.

¹³ **Gözübüyük/Tan**: s. 948.

¹⁴ Aksi yönde bir görüş için bkz **Sancaktar**: s. 237.

¹⁵ “...zımını ret şeklinde gerçekleşen uygulama işleminden sonra, bu işlem dava konusu edilmeksizin, düzenleyici işleme karşı açılan dava; uygulama işlemine karşı öngörülen dava açma süresi içerisinde bulunduğundan, davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin Dai-re kararında hukuki isabet görülmemiştir.” DİDDGK: 14.12.2006, E. 03/1009, K. 06/2127. Ayrıca bkz. D7D: 31.03.2004, E. 04/734, K. 04/798; D6D: 07.10.2005, E. 05/3170, K.

imkânı sağlar. Yani işlemin muhatabı üçlü bir seçeneğe sahiptir¹⁶. Danıştay kararlarında da aynı imkânın altı çizilmektedir¹⁷. Bununla birlikte aynı Yüksek Mahkeme “*Davacı tarafından 11.6.2004 gününde 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığına başvuruda bulunularak plan değişikliği istenilmiş ise de bu istemlerin reddi yolundaki işlemin değil doğrudan 19.6.1998 onaylı planın iptalinin istenmiş olması karşısında yukarıda içeriği yazılı yasal düzenlemeler uyarınca genel düzenleyici işlem niteliğinde bulunan dava konusu 1/25.000 ölçekli imar planına karşı doğrudan açıldığının kabulü gereken bu davanın anılan planın son ilan tarihini izleyen günden itibaren sözü edilen maddelerde öngörülen süreler içerisinde açılması gerekmektedir*” gerekçesiyle uygulama işlemi dolayısıyla açılacak davalarda sadece düzenleyici işlemin değil, uygulama işleminin de iptalinin istemesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹⁸. Maddenin açık hükmü karşısında, ilgilinin sahip olduğu seçimlik haklara içtihatla böyle bir sınırlama getirilmesi, Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin hükmüne aykırıdır. Zira bir hak arama hürriyeti olan dava açma hakkı temel hak ve hürriyetlerden olup Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca ancak kanunla sınırlanabilir.

İşlemin ilgilisi İYUK madde 7/4’ün kendisine tanıdığı imkânlardan hangisini kullanırsa kullansın, bu hallerin tümünde dava açma süresi uygulama işleminin tebliği, yayını veya ilanını izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁹.

IV. Görevli Mahkeme

Uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işlemin de iptali istenildiğinde görevli mahkeme, normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan işleme göre belirlenir. İşlemin ilgilisi maddenin kendisine tanıdığı imkanlardan birini kullanır ve sadece uygulama işleminin veya sadece düzenleyici işlemin iptalini talep ederse, bu durumda doğal olarak işlem hangi yargı merciinin görevine giriyorsa o mahkemede denetlenecektir.

05/4538; D6D: 26.10.2005, E. 05/5815, K. 05/5119, www.kazancihukuk.com (**Kazancı**).

¹⁶ **Erkut**: s. 229; **Coşkun/Karyağdı**: s. 218.

¹⁷ DİDDK: 06.10.2005, E. 05/1729, K. 05/2365, **HT**; DİDDGK: 03.11.2000, E. 00/495, K. 00/1069; D10D: 28.12.2004, E. 04/12053, K. 04/8090, **Kazancı**.

¹⁸ D6D: 11.05.2005, E. 05/1682, K. 05/1740, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, (**DBB**).

¹⁹ **Karavelioğlu**: s. 565.

Genel kabul ve uygulama, düzenleyici işlemle uygulama işleminin birlikte aynı mahkemede dava edilebileceği yönünde olmakla birlikte²⁰, Danıştay'ın işlemlerin tek başlarına aynı mahkemenin görevine girmedeği gerekçesiyle birlikte dava edilemeyeceği yönünde kararları da bulunmaktadır. Danıştay 7. Dairesine göre, İYUK madde 7/4 hükmünde ilgililerin düzenleyici işlemle uygulama işleminin her ikisi aleyhine birden dava açabileceğinin söylenmiş olması, her iki işleme karşı aynı dilekçeyle ve aynı yargı yerinde dava açılabilirliği anlamına gelmez. Yine söz konusu Daireye göre, aynı dilekçe ile dava açılabilir haller İYUK'un 5. maddesinde düzenlenmiş olup, aralarında bu maddede aranan bağıllık ya da ilişki bulunsa bile, birden fazla işlemin aynı dilekçeyle idari davaya konu edilebilmesi, kamu düzeni için öngörülen usul, görev kurallarının ve bu kurallarla korunan ve Anayasa'nın 37. maddesinde öngörülen kanuni hakim ilkesinin ihlal edilmemesi şartlarına bağlıdır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevine giren Bakanlar Kurulu Kararı ile vergi mahkemelerinin görevine giren tahakkuk işlemine karşı aynı dilekçe ile Danıştay'da dava açılmasına olanak yoktur²¹.

Uygulama işlemi ve dayanak düzenleyici işleme karşı aynı mahkemede dava açılması, işlemler arasında sebep-sonuç ilişkisi olduğu için gereklidir. Aksi halde birbirine sebep-sonuç ilişkisi ile bağlı olan iki işlemten biri iptal edilirken diğerinin iptal edilmemesi ihtimali söz konusu olabilir. Örneğin Danıştay düzenleyici işlemi iptal ederken idare mahkemesi uygulama işlemini iptal etmezse, davacı kendisine sağlanan imkândan tam anlamıyla yararlanamamış ve büyük ihtimalle onun için daha önemli olan uygulama işleminin iptalini sağlayamamış olacaktır. Yine uygulama işlemini inceleyecek olan idare mahkemesi işlemin sebep unsurunu oluşturan düzenleyici işlemin (düzenleyici işlemi iptal edemeyecek olmakla birlikte) hukuka aykırı olduğu değerlendirmesinde bulunur ancak düzenleyici işlemin hukuka uygunluğunu denetleyecek olan Danıştay davayı reddederse ortaya aynı konuda iki mahkemeden iki farklı karar çıkmış olacaktır. Bu durum, hukuka olan güveni sarsar. Ayrıca iki işlemin aynı mahkemede birlikte dava edilebilmesi, usul ekonomisi ilkesine de hizmet edecek; ilgilinin zaman ve paradan tasarruf etmesini sağlayacaktır. Zira davacı iki işlemin de iptalini aynı mahkemeden isteyerek tek bir harç ödemiş ve yalnızca bir kez yargılama giderine katlanmış

²⁰ D4D: 11.10.1990, E. 89/2055, K. 90/2727, **DBB**.

²¹ D7D: 10.11.2005, E. 05/4667, K. 05/2661, **HT**. Yüksek Mahkeme bir başka kararında da aynı yargı yerlerine tabi iki işlemin aynı mahkemede dava edilmesinin bu davalarda verilecek kararların kanun yollarını değiştireceğini bu nedenle iki işlemin birlikte dava edilemeyeceğini belirtmiştir. D7D: 03.10.2005, E. 02/1593, K. 05/2219, aktaran **Candan**: s. 270.

olacaktır. Her işleme karşı ayrı yargı yerlerine başvurulması halinde ise, davacı, birden fazla harç ödeyeceği, yargılama gideri yapacağı ve emek harcayacağı için sadece kendisini doğrudan ilgilendiren uygulama işleminin iptalini isteme yolunu seçebilecektir.

V. Dava Açma Süresi

İdari işlemlerin dava konusu edilebilmesinin belirli bir süreye bağlanması, yönetilenlerin işlem hakkında dava açıp açmamak konusunda karar vermelerini ve bu arada hazırlanmalarını ayrıca idari istikrarın korunmasını amaçlar²².

Hâkim görüş, idari yargıda dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğudur²³. Ancak Duran'a göre bu süre kendine özgüdür²⁴, zira hak düşürücü sürenin, süre dolduktan sonra yeniden işlemeye başlaması söz konusu olmazken, düzenleyici işlemin dava açma süresi geçtikten sonra uygulama işlemi ile birlikte tekrar dava konusu edilmesi mümkündür²⁵.

İYUK madde 7 uyarınca dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay ve idare mahkemelerinde altmış; vergi mahkemelerinde otuz gündür. Aynı Kanun'un 8. maddesi uyarınca bu süreler²⁶ tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Bu durumda düzenleyici işlemin uygulanması halinde dava açma süresi uygulama işleminin tebliği, yayınlanması veya ilanını izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır²⁷.

Düzenleyici işlemin süresi geçtikten sonra uygulama işlemi ile birlikte yeniden dava konusu edilebilmesi için davanın, uygulama işlemine ilişkin dava açma süresi içinde açılmış olması gerekir. Nitekim kamulaştırma işleminin dayanağını oluşturan imar planının iptaline ilişkin istemi reddeden ilk derece mahkemesinin kararı Danıştay'ca, kamulaştırma işlemine karşı

²² **Gözübüyük/Tan:** s. 858. Ayrıca bkz. **Görel:** s. 251. Kamu hizmetlerinde verimlilik ilkesinin olumsuz etkileneceği ve kanunilik karinesinin geçerli olmadığı düşüncesinin güçlenebileceği düşünülerek dava açmak süresinin sınırlandırıldığı belirtilmektedir. **Kalabalık:** s. 256.

²³ **Kalabalık:** s. 256; **Gözübüyük/Tan:** s. 859; **Karavelioğlu:** s. 531.

²⁴ **Duran:** s. 254. Benzer bir görüş için bkz. **Müderrişoğlu:** s. 193.

²⁵ İdari dava açma süresinin niteliğine ve zamanaşımı ve hak düşürücü süreden faklarına ilişkin olarak bkz. **Duran:** s. 247 vd.

²⁶ Bu sürelerin özel hukuk davaları için öngörülen sürelerden kısa olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, çünkü bir kişinin bir başka kişiye dava açarken uzun, idareye karşı dava açarken kısa sürelerle tabi olduğu ifade edilmiştir. **Akıncı:** s. 181.

²⁷ **Demirkol/Baş:** s. 157 vd.

dava açma süresi kaçırıldığı, bu nedenle, imar planlarına karşı açılan davada da süre aşımı olduğu gerekçesiyle onanmıştır²⁸. Bu konuda sorun kendini daha çok uygulama işleminin ve düzenleyici işlemin farklı idari yargı yerlerine ve dolayısıyla farklı dava açma sürelerine tabi olması durumunda gösterir. Örneğin uygulama işlemi vergi mahkemesinin görev alanına giren bir işlem ise dava açma süresi 30 gündür. Düzenleyici işlem ise Danıştay'ın veya idare mahkemesinin görev alanına giriyorsa dava açma süresi 60 gündür. Bu durumda iki işleme karşı birlikte dava açılması halinde dava açma süresi nasıl tespit edilecektir? Danıştay'a göre uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı aynı dilekçe ile dava açılması mümkün olup, Kanunda dava açma süreleri davanın açılacağı mahkemelere göre farklılaşmaktadır. İYUK madde 7/4 uyarınca iki işlemin birlikte dava edilmesi halinde, düzenleyici işlemin görüleceği mahkeme için geçerli olan dava açma süresi esas alınacaktır²⁹. Bu durum süre ile ilgili olduğu kadar görevle de ilgilidir. Zira dava açma süreleri işlemin niteliğine göre değil uyuşmazlıkların çözümleneceği mahkemelere göre belirlenmiştir. İki işleme karşı birlikte dava açılması kabul edildiğine göre dava açma süresinin normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan işlemin tabi olduğu mahkemedeki dava açma süresine göre belirlenmesi gerekir. Ancak, işlemler ayrı ayrı dava edilmişse, bu durumda dava açma süresi işlemin tek başına dava konusu edildiğinde tabi olacağı mahkemeye ait dava açma süresine göre belirlenecektir.

²⁸ D6D: 22.09.2006, E. 04/3697, K. 06/4213. Ayrıca bkz. DİDDGK: 14.12.2006, E. 03/1009, K. 06/2127, **Kazancı**.

²⁹ DVDDK: 09.03.1990, E. 89/14, K. 90/26, **DBB**. Bu karara şu gerekçelerle karşı oy yazılmıştır: "2577 sayılı yasanın 7. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile, Danıştay ve İdare Mahkemelerinde 60 gün olarak belirlenen dava açma süresi Vergi Mahkemeleri için 30 gün olarak belirlenmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasının, düzenleyici işlemle uygulama işleminin birlikte dava edilmesi halinde dava açma süresinin düzenleyici işleme göre saptanacağı yolunda herhangi bir hüküm taşımamaktadır. Olayımızda, dava konusu düzenleyici işlemle, uygulama işlemlerinin ayrı ayrı işlemler olduğu, bizzat yasa koyucunun bunların ayrı ayrı dava edilebilmesini kabul etmiş olmasıyla de sabittir. Öteden beri mevzuatımızda yer almış bulunan bu yoldaki hükümle objektif iptal davası süresi geçmiş olan düzenleyici işleme karşı, uygulama üzerine uygulama işleminin tabi olduğu dava açma süresi içinde, yeniden dava açabilme imkânı sağlanmıştır. Görülüyor ki, özünde böyle bir durumda dava açma süresini tayin eden esasen dava süresi geçmiş olan düzenleyici işlem değil, uygulama işlemidir. Tarhiyat işlemi yapıldığında, yükümlü ancak süresi içinde (30 gün) açacağı bir dava dolayısıyla, esasen objektif dava süresi geçmiş olan düzenleyici işlemi de dava edebilir, Çoğunluk kararı, özel bir yasa hükmüne dayanmaksızın, dava süresi geçmiş ve kesinleşmiş tarh işlemine yeniden dava edilebilirlik imkânı sağlamakla kalmayıp, buna bağlı olarak objektif dava süresi geçmiş düzenleyici işlemi de dava edilebilir hale sokmakla dava teorisine aykırı bir sonuç yaratmaktadır. Gerçekten düzenleyici işlem ilanı tarihinden itibaren süresi içinde dava edilmemişse ancak uygulama işlemine bağlı olarak dava edilebileceğine göre, dava açmak ancak uygulama işleminin süresine bağlı kalınmak suretiyle mümkün olmalıdır."

VI. Uygulama İşleminin Hukuki Niteliği

Uygulama işleminin niteliğinin ve hangi işlemlerin uygulama işlemi kabul edilip bunlara dayanarak düzenleyici işlemlere dava açılabilceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Danıştay'ın bir kararında uygulama işlemi, ilgili idari birim tarafından, kural koyucu nitelikteki düzenleyici işlemlere dayanılarak, kişiler hakkında tesis edilen işlem şeklinde tanımlanmıştır³⁰. Ancak uygulama işlemi sadece kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yapan işlemler olmayıp nesnelerin hukuki durumlarında da değişiklik yapabilir³¹.

Uygulama işlemi genellikle bireysel işlem olarak değerlendirilmektedir³². Ancak uygulama işlemi düzenleyici işlem de olabilir. Zira İYUK'da uygulama işleminin bireysel işlem olması gerektiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Danıştay 6. Dairesi, 1/25.000 ölçekli imar planına karşı açılan davayı süresi içerisinde açılmadığı, bu süre geçtikten sonra kendisi de bir düzenleyici işlem olan ve Mahkemeye göre 1/25.000 ölçekli planın uygulama işlemi olarak kabulüne olanak bulunmayan³³ 1/1000 ölçekli uygulama imar planının ilanı üzerine (1/25.000 ölçekli plana karşı) açılan davayı süreaşımı bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından “...imar planları arasındaki bu hiyerarşik ilişkinin diğer

³⁰ D7D: 31.03.2004, E. 04/734, K. 04/798, **Kazancı**. Ayrıca bkz. D7D: 02.11.2004, E. 04/1876, K. 04/2719, **HT**.

³¹ Buna örnek olarak imar durumu belgesi, kamulaştırma işlemi verilebilir. D6D: 03.01.2003, E. 01/6627, K. 03/20, **Kazancı**. İmar durumu belgesi, taşınmazların imar planındaki konumu ve yapılaşma koşullarını ilgili yönetmeliğine göre göstererek plan hakkında bilgi veren, yapılaşma aşamasında ruhsata eklenecek projelerin hazırlanmasına esas alınarak plana uygunluğu sağlayan uygulama işlemi şeklinde belirtilmiştir. D6D: 26.10.2005, E. 05/5815, K. 05/5119, **Kazancı**.

³² “...bireysel (kişisel) işlem olan uygulama işlemlerine karşı açılan idari davalar ise...” **Candan**: s. 382.

Aynı yönde bir mahkeme kararı için bkz. “Yukarıdaki yasal düzenlemelere göre, ilan tarihinden itibaren işlemeye başlayan dava açma süresi içerisinde idari davaya konu edilmeyen düzenleyici işlemlerin, bu tarihten sonra davaya konu edilebilmeleri, ilgili hakkında uygulama işlemi yapılmış olması, bireysel işlemin ise, birlikte dava konusu yapıldığı düzenleyici işlemin uygulaması niteliğinde bulunması gerekmektedir.” D7D: 02.11.2004, E. 04/1876, K. 04/2719, **HT**.

³³ Benzer bir karar için bkz. “1/1000 ölçekli uygulama imar planına karşı süresinde dava açılmış olmakla birlikte, 1/5000 ölçekli nazım imar planının da aynı davada iptalinin istenmiş olması karşısında, bir genel düzenleyici işlem olan ve 1/5000 ölçekli planın uygulama işlemi olarak kabulüne olanak bulunmayan 1/1000 ölçekli uygulama imar planına dayanılarak 1/5000 ölçekli nazım imar planına karşı dava açılması hukuken mümkün değildir.” D6D: 08.06.2011, E. 10/12920, K. 11/2120, **HT**.

düzenleyici işlemlerden farklı olduğu ve alt ölçekli planların üst ölçekli planların uygulanması amacıyla tesis edildiği, dolayısıyla üst ölçekli plan varsa alt ölçekli planın (düzenleyici işlem olmakla birlikte) uygulama işlemi niteliğinde olduğu ve bunun sonucunda da nazım imar planı veya uygulama imar planı yapıldıktan sonra henüz sübjektif işlem tesis edilmemiş olsa dahi bu planlar ile birlikte üst ölçekli plana dava açılabilceği gibi doğrudan veya alt ölçekli planlara karşı açılan davalarda öğrenme üzerine dayanağı olan üst ölçekli planın iptali istemiyle de dava açılabilceği sonucuna varılmaktadır. Aksi halde 1/1000 ve 1/5000 ölçekli planların çevre düzeni planına uygun tesis edilmiş olması durumunda uygulama programlarını direk etkilemesine karşın bu planların iptali için açılan davalarda işin esasının incelenmesi suretiyle yargısal denetim yapılamayacaktır.” gerekçesiyle bozmuştur³⁴. Danıştay’ın bu konudaki kararını sadece imar planlarına hasretmemek gerekmektedir. Örneğin, bir tüzüğe dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin veya bir yönetmeliğe dayanılarak çıkarılan diğer bir düzenleyici işlemin ilanından sonra, İYUK madde 7/4 hükmünden yararlanarak dayandıkları işlemlerin de iptalini talep edebilmek hukuk devleti ilkesi açısından bir gerekliliktir.

İYUK madde 7/4’den yararlanabilmek için bir uygulama işleminin bulunması³⁵ ve bu işlemin icrai olması gerekir³⁶. Aksi halde mahkeme, dava açma süresi geçmiş olmak şartıyla, düzenleyici işlemi süre aşımı; uygulama işlemini de idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı gerekçesiyle reddedecektir³⁷.

³⁴ DİDDGK: 15.12.2005, E. 05/2477, K. 05/2822, **Kazancı**. “Hangi ölçekte olursa olsun, imar planları genel düzenleyici işlemler olduklarından ilgilileri hakkında sonuç doğurabilmeleri için ilan edilmek suretiyle kesinleştirilmeleri zorunludur.” D6D: 11.05.2005, E. 05/1682, K. 05/1740, **DBB**.

³⁵ D9D: 27.02.2001, E. 99/4885, K.01/665, **Kazancı**. Ayrıca bkz. DİDDK: 27.03.1998, E. 96/768, K. 98/164, **DBB**. Uygulama işlemi idarenin iradesini açıkça beyan ettiği bir işlem olabileceği gibi zımnı red işlemi şeklinde de olabilir. DİDDGK: 14.12.2006, E. 03/1009, K. 06/2127, **Kazancı**.

³⁶ “...söz konusu yazı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun anılan 7’nci maddesinin dördüncü bendinde belirtilen anlamda bir uygulama işlemi olmayıp, bu haliyle idari yargı yerinde dava konusu edilebilecek kesin ve yürütülebilir bir nitelik de taşımamaktadır. Bu bakımdan, ortada, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7’nci maddesinin 4’üncü fıkrasında tanımlanan anlamda uygulama işlemi bulunmadığından; davanın düzenleyici işleme ilişkin kısmının, 15 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin Resmi Gazete’de yayımı tarihinden itibaren işleyen idari dava açma süresinin dolmasından çok sonra açılmış olmasından dolayı, süre aşımı nedeniyle incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Davanın, Maliye Bakanlığı yazısının iptali istemine ilişkin kısmına gelince; anılan yazının, idari yargı yerinde dava konusu edilebilecek kesin ve yürütülebilir nitelik taşımaması nedeniyle, bu davada incelenmesi mümkün değildir.” D7D: 02.11.2004, E. 04/1876, K. 04/2719; D7D: 02.12.2002, E. 00/3035, K. 02/3888, **HT**.

³⁷ Ancak bu durum iki işlemin de ayrı ayrı dava edilselerdi aynı yargı yerinde çözümlenmeleri

Uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı da dava açabilmek için, düzenleyici işlemin de icrai olması gerekir³⁸. Dayanak işlem görüş bildiren veya hazırlık işlemi niteliğinde olup icrai değilse, mahkeme ortada kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem bulunmadığı için görüş bildiren işlemi reddedecek ve bu iki işleme karşı davanın birlikte açılması görev değişikliğine neden olmuşsa, uygulama işlemine karşı açılan davayı görevli mahkemeye gönderecektir³⁹.

Uygulama işleminin geri alınması dayanak düzenleyici işlemin incelenmesine engel olmamalıdır. Ancak Danıştay, kamulaştırma işlemi ve dayanağı imar planının iptali istemiyle açılan davayı, davalı idarenin kamulaştırma işlemi geri alması sonucu imar planının inceleme olanağı kalmadığı gerekçesiyle reddeden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁴⁰. Mahkemenin bu kararı eleştiriye açıktır. Zira davalı idare kamulaştırma kararını usulüne uygun olarak dava açıldıktan sonra geri almıştır. Uygulama işleminin hukuka aykırılığının belediyenin geri alma işlemi ile giderildiği düşünülebilirse de, düzenleyici işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi mümkün olmamış ve düzenleyici işleme yönelik idare herhangi bir işlem de tesis etmemiştir. Hâlbuki İYUK madde 7/4'ün amacı, düzenleyici işlemlerin mümkün olduğu kadar çok yargısal denetime tabi tutulmalarını sağlamaktır. Ayrıca, söz konusu fıkra düzenleyici işlemin ancak uygulama işleminin

şartına bağlıdır. Aksi halde mahkeme düzenleyici işlem için süre aşımı; uygulama işlemi için de görevsizlik kararı verecektir. Zira bilindiği gibi görev ve yetki İYUK madde 14 uyarınca işlemin davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığından önce incelenir.

³⁸ DVDDGK: 28.05.1999, E. 98/346, K. 99/331, **Kazancı**.

³⁹ “...gümrük vergisi mükellefleri bakımından kural koyucu nitelikteki idari metinler; tüzük, kararname ve yönetmelikle sınırlandırılmıştır. Gümrük idaresinin bu sayılanlar dışında kalan idari işlemlerinin kural koyması; dolayısıyla, gümrük vergisi mükellefini bağlayıcı nitelik kazanması hukuken olanaklı değildir. Bu bakımdan; davalı idarenin, Türkiye’ye gelmesinden sonra sigorta poliçesi düzenlenen eşyanın gümrük vergisine esas kıymetine sigorta bedelinin nasıl yansıtılacağına dair açıklama getiren 2000/43 sayılı Genelgesinin de, kural koyucu, yani düzenleyici olarak kabulüne ve iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesine olanak yoktur. Öte yandan; kişisel idari işlemlerin, 2577 sayılı Kanununun 7’nci maddesinin 4’üncü fıkrası delaletiyle Danıştayda doğrudan açılacak bir davaya konu edilebilmesi için birlikte davaya konu edildikleri işlemin düzenleyici nitelikte olması gerekir. Açıklandığı üzere, davalı idarenin 2000/43 sayılı Genelgesi bu nitelikte olmadığından; davanın, ek tahakkukun düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddinden sonra yapılan itiraz başvurusunun da reddine dair işlemin iptali talebiyle açılan kısmının, vergi mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir.” D7D: 03.10.2002, E. 01/337, K. 02/3092, **Kazancı**. Ayrıca bkz. D7D: 02.12.2002, E. 00/3035, K. 02/3888, **HT**.

⁴⁰ DİDDK: 27.03.1998, E. 96/768, K. 98/164 **DBB**. Ayrıca bkz. D6D: 14.09.1994, E. 94/216, K. 94/2883, **Kazancı**.

iptalinin istenmesi halinde dava konusu edilebileceği şeklinde bir sınırlama getirilmemiş olup, bu konuda ilgililere seçimlik haklar tanınmıştır⁴¹.

Dayanak düzenleyici işlemin davanın açılması anında yürürlükte bulunması da gerekmektedir. Nitekim Danıştay bir yönetmeliğin yürürlükten kaldırılmış eski hükümlerinin uygulama işlemi ile birlikte dava edilemeyeceğini; uygulama işleminin dayanağı olmayan yönetmeliğe karşı açılacak davada sürenin ilan tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını belirtmiştir⁴². Uygulama işleminin dayanağını teşkil eden düzenleyici işlem yürürlükten kaldırılmış olsa bile, mahkeme bu düzenleyici işlemin hükümlerini inceleyip bu incelemeye istinaden uygulama işlemi hakkında bir karar verebilir. Ancak mahkemenin yürürlükten kaldırılmış düzenleyici işlemin iptaline karar veremeyeceğini açıklamak da gereksizdir.

Düzenleyici işlem, süresinde dava edilmemiş ve bir uygulama işlemi de tesis edilmemiş olabilir. İlgililer, İYUK madde 10 uyarınca haklarında idari davaya konu olabilecek işlem tesis edilmesini isterlerse ve bu istek düzenleyici işlem gerekçe gösterilerek reddedilirse, red işlemiyle birlikte dayanak düzenleyici işlemin iptali de talep edebilirler. Danıştay da “...2577 sayılı Yasanın 10. maddesi uyarınca ilgilisi tarafından imar planı değişikliği istemiyle yapılan başvurunun yetkili organlarca reddi üzerine dava açma süresi içerisinde hem imar planı değişikliği isteminin reddi işlemine hem de imar planına karşı birlikte dava açılması durumunda her iki işlemin birlikte incelenerek karara bağlanması”nın mümkün olduğunu ifade etmiştir⁴³. Ancak burada kanaatimizce ilgilinin başvurusu İYUK madde 10 değil 11’e göre yapılmaktadır⁴⁴. Zira ortada mevcut bir işlem (imar planı) olup, ilgili bu işlemin değiştirilmesini talep etmektedir.

Danıştay’a göre düzenleyici işleme karşı dava açma süresini yeniden başlatacak olan uygulama işleminin, idari yargıda dava konusu edilebilen

⁴¹ Danıştay’ın bu görüşe paralel nitelikte kararları da mevcuttur. Yüksek Mahkeme bir kararında Davacıya verilen uyarma cezasının, 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Yasa uyarınca davanın devamı sırasında affa uğrayarak kaldırılması üzerine artık düzenleyici işlemin iptali isteminin incelenmeyeceğinin kabulünü hukuka aykırı bulmuştur. DİDDGK: 03.11.2000, E. 00/495, K. 00/1069, **Kazancı**.

⁴² DİDDK: 09.11.2000, E. 00/646, K. 00/1119, **DBB**.

⁴³ D6D: 20.02.2004, E. 02/6968, K. 04/944, **DBB**. Danıştay bir başka kararında ise imar planlarına karşı, bir aylık askı süresi içinde 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi kapsamında başvuruda bulunulabileceğini; imar planına askı süresi içinde bir itirazda bulunulmamış ise son ilan tarihinden sonra 60 gün içinde dava açılabileceğini veya İYUK madde 10 uyarınca idari başvuru yapılabileceğini belirtmiştir. D6D: 11.05.2005, E. 05/1682, K. 05/1740, **DBB**.

⁴⁴ Danıştay’ın buna benzer başvuruları İYUK madde 11 kapsamında değerlendirdiği kararları da mevcuttur. D6D: 08.06.2011, E. 10/12920, K. 11/2120, **HT**.

bir işlem olma zorunluluğu yoktur. Özel hukuk alanında kişilerin hukuki durumlarının etkilenmesi de düzenleyici işlemin uygulanması olup, uygulama idari davaya konu edilmese de, uygulamaya dayanak alınan düzenleyici işlemin uygulamadan itibaren süresi içinde idari davaya konu edilmesi mümkündür. Aksi halin kabulü ilgilinin düzenleyici işlemin iptali istemiyle hiçbir zaman dava açamaması sonucunu doğurur⁴⁵. Danıştay'ın isabetle vurguladığı üzere, bir işlemin uygulama işlemi olması için icrai nitelikte olması gerekli ve yeterli olup bu icrailiğin mutlaka idare hukuku alanında doğması gerekmez. İşlem, ilgisinin özel hukuka tabi durumunu etkilese de icrai niteliğe sahip olduğu sürece uygulama işlemi kabul edilmelidir. Bu durumda uygulama işlemi idari yargıda dava konusu yapılamasa bile dayanağı düzenleyici işlemin idari yargıda iptali istenebilir.

VII. Düzenleyici İşleme Dayanarak Birden Fazla Uygulama İşlemi Tesis Edilmesi Hali

Düzenleyici işlemin birden fazla uygulanması halinde her uygulama işlemi düzenleyici işleme karşı yeni bir dava açma hakkı verir mi? Doktrinde Kaplan, uygulama işlemi üzerine düzenleyici işleme karşı dava açılmasını, Anayasa yargısındaki somut norm denetimine benzetmekte ve kanunun kişiye birden fazla uygulanmasının ilgilinin ya da mahkemenin resen Anayasaya aykırılığı ileri sürmesine engel teşkil etmediğini; aynı hususun düzenleyici işlemler için de benimsenmesinin önünde bir engel olmadığını belirtmektedir⁴⁶. Danıştay da her uygulama işleminin düzenleyici işlemin iptali için dava açılmasına imkân vereceğini belirtmektedir⁴⁷. Bununla birlikte aynı Yüksek Mahkeme'nin bir düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen

⁴⁵ DİDDK: 14.10.2010, E. 08/2039, K. 10/14000, HT.

⁴⁶ **Kaplan:** s. 294. Ancak bilindiği üzere Anayasanın 152. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca Yazar böyle bir benzetme yapmakla birlikte, benzettiği işlemlerin tür ve nitelik farkları da aşikârdır.

⁴⁷ “Davacı tarafından iptal davasına konu edilen ve ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşıyan Sağlık Bakanlığına Bağlı İkinci ve Üçüncü Basamak Sağlık Kurumlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönerge, kapsamında bulunan personele ek ödemenin aylık dönemler halinde yapılmasını ve döner sermaye komisyonunca dağıtılmaya karar verilen ek ödeme tutarının, o dönemin bitiminden sonraki yirmi gün içinde hak sahiplerine ödenmesini kurala bağladığına göre; bu Yönergenin her ay itibarıyla uygulama işlemleri tesis edilmesini zorunlu kıldığı, dolayısıyla ilgililerin her ay itibarıyla tesis edilen uygulama işlemi üzerine söz konusu Yönergeye veya uygulama işlemine ya da her ikisi aleyhine birden dava açabileceği açıktır.” DİDDK: 06.10.2005, E. 05/1729, K. 05/2365, HT.

ilk uygulama işlemi ile aynı konuda olan başka bir uygulama işleminin yeni bir dava açma hakkı doğurmayacağı gerekçesiyle aksi yönde verdiği kararı da mevcuttur⁴⁸. Danıştay'ın belirtilen ikinci görüşüne katılmak güçtür, zira İYUK madde 7/4'de düzenleyici işleme karşı uygulama işlemiyle birlikte dava açılabilmesinin ilk uygulama işlemi ile sınırlı olduğu şeklinde bir ifade yer almamaktadır. Danıştay'a göre uygulama işlemlerinin süreklilik arz etmesi halinde düzenleyici işleme karşı dava açma süresi geçmiş sayılmayacaktır⁴⁹. Ayrıca yine Danıştay'a göre temel hak ve hürriyetlere ilişkin konularda idareye yapılan her başvuru üzerine verilen cevap, dayanak düzenleyici işleme karşı İYUK madde 7 uyarınca dava açma hakkı vermektedir⁵⁰.

VIII. Uygulama İşleminin Düzenleyici İşleme Uygun Ancak Daha Üst Hukuk Normlarına Aykırı Olması Hali

İYUK madde 7/4 uyarınca düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayanarak tesis edilen uygulama işlemin iptaline engel olmayacaktır. Düzenleyici işlemin iptal edilmesi ise, bu düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen uygulama işleminin iptalini gerektirmektedir. Zira bu iptal ile uygulama işleminin sebep unsuru ortadan kalkmış olacaktır.

İYUK madde 7/4 hükmünden yararlanan ilgilinin, sadece uygulama işlemini dava etmesi ve hukuka aykırı dayanak düzenleyici işlemin iptalini ne ilk ilan tarihinden itibaren ne de uygulama işlemi ile birlikte talep etmemesi halinde, hukuka aykırı düzenleyici işlem kaldırılmadıkça veya değiştirilmedikçe varlığını sürdürecektir. Bu durumda, uygulama işleminin,

⁴⁸ DVDDK: 26.01.1996, E. 94/330, K. 96/42, HT.

⁴⁹ “davacının iptalini talep ettiği uygulama işlemlerinin süreklilik arz etmesi, başka bir deyişle, alan kılavuzluğu kurslarına aday kabulünün ve başarılı olanlara sertifika tesliminin devam etmesi nedeniyle, davalı idarenin bu iddiasına itibar edilmemiştir.” D10D: 09.07.2008, E. 05/7470, K. 08/5626, HT.

⁵⁰ “Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerden olan mülkiyet hakkının kullanılabilmesi için ilgililerin gerekli işlemin yapılmasının idareden her zaman isteyebilecekleri açıktır. İmar planları mülkiyet hakkıyla ilgilidir ve bu mülkiyet hakkının kullanılabilmesi için imar durumu alınmış olması halinde aynı konuda idareye tekrar başvurulmasına ve başvuruya verilen cevap üzerine imar planına karşı dava açılmasına bir engel bulunmamaktadır. Her yeni başvuru üzerine idarece tesis edilecek işlem üzerine 2577 sayılı Yasanın 7. maddesinde öngörülen 60 günlük süre içinde imar planına dava açılması mümkündür. Dosyanın incelenmesinden, davacının ilk olarak 24.10.1995 tarihinde imar durumu belgesi aldığı, ancak imar planının iptali istemiyle dava açmadığı, 21.3.2003 gününde yeniden imar durumu belgesi alması üzerine 7.4.2003 gününde bu davayı açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, mülkiyet hakkıyla ilgili bir konuda uygulama işlemi niteliğindeki imar durumu belgesi alınması üzerine süresinde dava açıldığından, İdare Mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken davanın süre yönünden reddine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” D6D: 09.03.2007, E. 05/214, K. 07/1461, **Kazancı**.

dayanağı düzenleyici işleme uygun, ancak daha üst norm olan örneğin kanuna aykırı olması halinde, uygulama işlemi hakkında nasıl bir karar verilmesi gerekecektir?

Danıştay'ın işlemlerin hukukilik denetiminin kendisinden sonra gelen ilk norma göre yapılması gerektiği ve inceleme olanağı bulunmayan yönetmeliğin ihmalî de söz konusu olamayacağından dava konusu işlemin yönetmelik hükümlerine uygun olarak tesis edilmiş olduğuna yönelik kararı⁵¹ bulunmakla birlikte, uygulama işleminin dayanağı düzenleyici işleme uygun, ancak üstündeki normlara aykırı olması halinde iptali gerekir⁵². Düzenleyici işleme karşı dava açılmaması veya dava açma süresinin kaçırılması düzenleyici işleme yargısal dokunulmazlık kazandırmaktadır⁵³. Ancak bu dokunulmazlık işlemin gerçekten hukuka uygun olduğu anlamına gelmez. Danıştay da “2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*’nun 7/4. maddesinde yer alan “düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı” yolundaki hüküm karşısında; dava konusu 1.2.2001 günlü, 31315 sayılı işlemin dayanağı olan Emniyet Teşkilatında Görevli Memurların Nitelikleri ve Atanma Usulleri ile Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin 6/c maddesi 657 sayılı Yasa’ya aykırı olduğu halde, bu madde hükmü “ihmal edilmemek”, bir başka anlatımla, bu madde hükmüne “hukuki bir değer yüklemek” suretiyle, anılan maddeye dayanılarak tesis edilmiş olan dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan işbu davanın reddi yolunda verilen *İdare Mahkemesi* kararında hukuki isabet görülmemiştir.” gerekçesiyle aynı hususu vurgulamıştır⁵⁴.

Hukuk devletinin amacı, hukuka aykırı işlemlerin mümkün olduğu ölçüde hukuk düzeninden silinmesini sağlamaktır. Mahkemenin dayanak düzenleyici işlemi atlayarak uygulama işlemini daha üst normlara göre değerlendirmesi ve bir hukuka aykırılık tespit etmesi halinde bunu iptal etmesi gerekir. Bu durumda düzenleyici işlem iptal edilmeyeceği için kazanmış olduğu yargısal dokunulmazlık da korunmuş olacaktır⁵⁵. Ayrıca düzenleyici

⁵¹ D10D: 03.02.1986, E. 84/2560, K. 86/143, aktaran **Candan**: s. 380. Aynı yöndeki görüş için bkz. **Kaplan**: s. 293.

⁵² Bu durumun üstünlüğün Anayasa ve Kanunlarda olduğu anlayışının ve üstün hukuk kurallarına uyma zorunluluğunun bir sonucu olduğu belirtilmektedir. **Karavelioğlu**: s. 569.

⁵³ **Candan**: s. 380.

⁵⁴ D5D: 10.11.2005, E. 02/3255, K. 05/5075, **HT**. Ayrıca bkz. D5D: 29.06.2007, E. 06/3804, K. 07/3778; D11D: 19.02.2003, E. 00/10901, K. 03/739; D2D: 17.04.2007, E. 05/316, K. 07/1744; D10D, 26.10.2010, E. 07/6066, K. 10/8400, **Kazancı**.

⁵⁵ **Candan**: s. 381.

işlem iptal edilmemiş olmakla birlikte, uygulama işleminin iptal edilmesi düzenleyici işlemi tesis eden makamın işlemini tekrar gözden geçirmesini ve gerekli ise değiştirmesini veya kaldırmasını sağlayabilir.

IX. Uygulama İşleminin Dayanağı Olan Düzenleyici İşleme Dayanak Teşkil Eden Bir Diğer Düzenleyici İşleme Dava Açılabilir mi?

Bir kanuna dayanılarak çıkarılan bir tüzük, söz konusu tüzüğe istinaden çıkarılan bir yönetmelik ve bu yönetmelik uyarınca tesis edilen bir uygulama işlemi söz konusu olduğunda, uygulama işleminin iptali talep edilirken sadece dayanak yönetmeliğin mi yoksa diğerlerinin de iptali istenebilir mi?

Bu noktada Danıştay'ın imar planlarına ilişkin vermiş olduğu karar yol göstericidir. Yüksek Mahkeme uygulama işlemi ile birlikte hem 1/1000 ölçekli hem de 1/5000 ölçekli imar planlarına karşı dava açılabileceğini kabul etmiştir⁵⁶. Danıştay bir başka kararında da Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik hükümlerine dayanmış⁵⁷ ve “*Anılan hükümler uyarınca, planlar arasındaki hiyerarşi kapsamında bir bölgede çevre düzeni planı varsa, o bölgede yapılacak olan imar planlarının (nazım imar planı ve uygulama imar planı) bu plana uygun olması ve yine çevre düzeni planına uygun yapılan nazım imar planından sonra yapılacak olan uygulama imar planının da üst ölçekli planlara uygun yapılması gerekmektedir. Bu durumda; 1/1000 ölçekli planların uygulamaya esas planlar olması nedeniyle bu planlara dayanılarak parselasyon, ruhsat, kamulaştırma gibi uygulama işlemlerinin yapılması zorunluluğu karşısında, sübjektif uygulama işlemleri üzerine açılacak iptal davalarında 1/1000, 1/5000 ölçekli planlar ile varsa çevre düzeni planı veya diğer üst ölçekli planların da iptalinin istenebileceği açıktır.*” gerekçesiyle uygulama işlemlerinin dayanağı olan birden fazla düzenleyici işlemin iptalinin talep edilebileceğini belirtmiştir⁵⁸.

Planlar arasındaki bu hiyerarşi kabul ediliyor ve Mahkemece bunun dayanağı olarak bir Yönetmelik hükmü gösteriliyorsa, dayanağını Anayasa'dan alan düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşi uyarınca, bir uygulama işleminin dayanağı olan yönetmeliğin ve onun da dayanağı olan tüzüğün iptal davasına konu edilebilmesi gerekir. Ayrıca bu işlemlerin dayanağını teşkil eden kanunların da ilgilinin talebi veya resen mahkemece Anayasa aykırı görülmesi halinde somut norm denetimi yoluyla Anayasa

⁵⁶ D6D: 03.01.2003, E. 01/6627, K. 03/20, **Kazancı**.

⁵⁷ Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik madde 7/1: “*Çevre düzeni planı ilke, esas ve kararlarına aykırı imar planı yapılamaz.*” RG: Tarih/sayı: 02.11.1985/18916 Mükerrer.

⁵⁸ DİDDGK: 15.12.2005, E. 05/2477, K. 05/2822, **Kazancı**.

Mahkemesi'ne götürülebilmesi gerekir. Ancak bu noktada mahkemenin davacının dilekçesinde iptalini istediği işlemlerle bağlı olduğu ve kanunun o olayda uygulanacak kanun olması gerektiği unutulmamalıdır.

Son olarak, uygulama işlemi ile düzenleyici işlemin de iptalinin talep edilmesi halinde düzenleyici işlemin sadece belirli ve ilgili hükümlerinin mi yoksa tamamının mı iptali istenebilir? Hukuki boşluk olmaması için sadece uygulama işleminin dayanağını teşkil eden düzenleyici işlemin ilgili hükümleri denetlenmelidir. Nitekim Danıştay da uygulama işlemi ile birlikte dava edilen yönetmeliğin iptali talep edilen uygulama işlemiyle ilgisiz hükümlerini süre aşımı nedeniyle reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onamış; uygulama işleminin yönetmelik hükmüyle ilgili hükmünün iptalini süre aşımı nedeniyle reddeden kısmını ise bozmuştur⁵⁹.

SONUÇ

Uygulama işlemi, daha önce dava konusu edilmeyen düzenleyici işlemin tekrar incelenerek hukuka aykırı ise iptaline imkân veren bir kurumdur.

İYUK madde 7/4 dava açma konusunda seçimlik haklar tanımış olup, ilgililer sadece dayanak düzenleyici işlemi, sadece uygulama işlemi veya ikisini birden dava konusu yapabilirler. İki işleme karşı birlikte dava açılması halinde, görevli mahkeme normlar hiyerarşisinde üst sırada yer alan işlemin tabi olduğu mahkemeye göre belirlenecektir. Mahkemenin belirlenmesi aynı zamanda bu işlemlere karşı hangi süre içinde dava açılacağını da göstermektedir. Zira bilindiği gibi idari yargıda dava açma süreleri işlemlerin niteliğine göre değil, denetlenecekleri yargı yerine göre belirlenmektedir. İlgili İYUK madde 7/4'ün kendisine tanıdığı imkanlardan hangisini kullanırsa kullansın, davasını uygulama işleminin tebliğ, ilan veya yayını izleyen günden itibaren görevli mahkeme için öngörülmüş olan dava açma süresi içinde açması gereklidir.

Uygulama işlemi uyarınca düzenleyici işlemin dava konusu edilebilmesi için bu işlemlerin (hem uygulama hem de düzenleyici işlem) ilgililerin hukuki durumlarında değişiklik yapar nitelikte (icrai) olması yeterli olup, ayrıca bu işlemin (uygulama işlemi) mutla surette idari yargıda denetlenecek işlem olması gerekli değildir.

Düzenleyici bir işleme istinaden birden çok kez uygulanan veya süreklilik arz eden uygulama işlemlerinin her birinin ayrı ayrı ve yeniden düzenleyici işleme karşı da dava açma hakkı verdiğinin kabulü, hukuka aykırı işlemlerin hukuk düzeninden silinmesine imkan verir.

⁵⁹ DİDDK: 11.07.1997, E. 97/103, K. 97/427, HT.

Yapılacak yargısal denetimde, uygulama işleminin sadece dayanağı olan düzenleyici işleme uygunluğunun denetimi ile yetinilmemesi; uygulama işleminin dayanak düzenleyici işleme uygun ancak daha üst norma aykırı olması halinde iptal edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, dava dilekçesinde talep edildiği sürece, uygulama işleminin sadece dayanağı işlemin değil ilk dayanak işlemin dayanağı olan diğer düzenleyici işlemlerin de denetlenebilmesi, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirebilmek için bir gerekliliktir.

KAYNAKÇA

Akıncı Müslüm: İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Aral Kenan: Danıştay Muhakeme Usulü, Sevinç Matbaası, Ankara 1965.

Candan Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara 2009.

Coşkun Sabri – **Karyağdı** Müjgan: İdari Yargılama Usulü, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

Demirkol Selami – **Baş** B. Zuhâl: Teori Ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma Ve Davaların Takip Usulü, 5. Bası, Beta, İstanbul 2005.

Duran Lütfi: “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, İÜHFM, C. XI, S. 1-2.

Erkut Celal: “İYUK Çerçevesinde İdari Dava Türleri Ve Bazı Usuli Değişiklikler”, İÜHFM, C. 51, S. 1-4.

Görelî İsmail Hakkı: Devlet Şurası, AÜSBF Yay, No. 36-18, Ankara 1953.

Gözübüyük Şeref – **Tan** Turgut: İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş Bası, Ankara 2003.

Kalabalık Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 4. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2011.

Kaplan Gürsel: İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Karavelioğlu Celal: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt 1, 6. Bası, Ankara 2006.

Müderrişoğlu Hakkı: Danıştay Kanunu, Ankara 1974.

Sancaktar Oğuz: “İdari Yargıda Tek Dilekçe İle Dava Açma (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. 9, S. 2.

ULUSLARARASI HUKUK BOYUTUYLA HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Said Vakkas GÖZLÜGÖL*

ÖZET

Bütün demokratik toplumların ortak belirleyici özelliği olması itibarıyla hukukun üstünlüğü, özgür ve müreffeh bir toplumun en önemli önşartıdır. Günümüzde hukukun üstünlüğü, sosyal, ekonomik ve politik sonuçlarla doğrudan ilgili olduğu için, ulusal ve uluslararası boyutlarda bütün hukuksal ve siyasal tartışmaların odağında bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğü kavramı, devletlerin ve hükümetlerin hukuksal ve siyasal karar ve hareketlerinin eleştirilmesi, takdir edilmesi, meşruluğu veya gayrimeşruluğunun tartışılmasında hukukçular, politikacılar, devlet adamları ve medya tarafından sıkça kullanılmasına rağmen, kavramın ne olduğu konusu hâlâ net olarak açıklanamamaktadır. Bu sebeple, bu makalede, devletin sınırları ötesinde bir değerlendirme yapmak suretiyle, daha öz ve açık bir hukukun üstünlüğü kavramı için daha geniş anlamda işlevsel bir tanımlama yapmaya ve kamu kudretini hukuk yoluyla düzenlemeye olan mutlak ihtiyaç hakkında farkındalığa katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Şüphesiz, modern toplumların bu birincil ihtiyacı için devletin pozitif rol alarak, kuralları yerinde ve zamanında etkin ve doğru olarak uygulamasına, en az yöneten dinamik bir hukuk sistemini tesis etmiş olması kadar önem atfedilmektedir. Sadece devletin değil, aynı zamanda bireylerin ve toplumun bir bütün olarak yaklaşımı, tutum ve uygulaması hayati önemde görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukukun üstünlüğü, ulusal hukuk, uluslararası hukuk ve devlet.

THE RULE OF LAW WITH THE INTERNATIONAL LAW DIMENSION

ABSTRACT

The rule of law, as a determinant dimension of all democratic societies, is of paramount importance to a free and prosperous society. In recent years, the interest in social, economic and political consequences of the rule of law has become a prevalent concept in current legal and political discourse on both national and international levels. Although it is frequently used by legal scholars, politicians, statesmen and the news media to criticize or commend states and governments for the legitimacy or illegitimacy of legal and political actions and decisions, it is still however vague

* Dr., Vali, Merkez Valiler Kurulu, İçişleri Bakanlığı

when it comes to explaining just what the rule of law is. For this reason, in this article, through a restatement of the rule of law that better explains its use beyond state borders, the attempt is to give a concise and clearer conception of the rule of law to provide a working definition for, in a broader sense, and promote awareness on the absolute need to channel the power through law.

Without doubt, for this essential need of modern societies, through taking a positive role, the state should enact and implement the rules and laws in time and place effectively and properly. This is at least equally important for the state to have an effective and dynamic legal system established. Not only the state's attitude of mind but also positive behaviour and attitudes of individuals and the society as a whole are deemed crucial importance.

Keywords: *The rule of law, national law, international law, and the state.*

GİRİŞ

İnsanlığın bilinen tarihi itibarıyla, hukuk kavramı her alanda teorisyenlerin ve pratisyenlerin ilgi odağında yer almıştır. Yüzyıllar boyunca, politikacılar, devlet, düşünce ve bilim insanları hukuku tanımlama çabasında olmuşlardır.¹ Bu çaba, zaman, yer ve disipline bağlı bir şekilde farklılık gösterse de, genellikle hak, adalet ve eşitlik eksenli olmuştur. Adalet ve eşitlik kavramları da yer ve zamana göre değişken nitelikte bulunduklarından genel geçer bir hukuk kavramı ortaya konulamamıştır. Sonuç olarak, her hukuk sisteminin uygulaması farklı olmuştur. Aynı hukuk sistemi içinde bile, her farklı bakış veya disiplin açısından bakıldığında farklı kavramlara ulaşılmıştır.

Bununla birlikte, bugün, her kişi, her toplum ve hatta uluslararası toplum hukuk kavramı içinde tanımını bulmak durumundadır. Hukuksal olarak düzenlenmeyen hiçbir disiplin, politik, sosyal veya ekonomik yapı dinamizmini devam ettiremez. Kısa bir ifadeyle, hukuk bunların varlık ifadesidir. İnsan hayatının fiziksel, biyolojik ve ruhsal boyutu kadar hukuksal boyutu da olmazsa olmaz şarttır. Bu insan hayatının bütünsel olarak ideal anlamda devamı ve gelişimi için hukuk, insan hak ve özgürlükleri ve

¹ MÖ 1760'da Babylon kralı tarafından ilan edilen Hammurabi Kanunu bilinen ilk yazılı kurallar manzumesini, yasal bir sisteme yönelik önemli bir gelişmeyi oluşturmuştur. Daha sonra, örneğin, Plato'nun Cumhuriyet (*The Republic*), Aristo'nun Politika (*The Politics*) kitaplarında tartışılan süreçte, aksi yöndeki kimi doktriner görüşlere rağmen hukuk egemen gücün bir yönetim aracı olarak görülmüş, egemen gücü sınırlayabilecek kurallar ve kurumların gelişimi yüzyılları almıştır. Bkz. Chesterman, Simon, 'An International Rule of Law?', *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56(2), Spring 2008, s. 333-334; Shaw, Malcolm N., *International Law*, Sixth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 1-68.

demokrasi gibi ideal veya değerlerle düzenlenmesi gerekmektedir. Hiç kuşkusuz, dinamik bir insan hayatının tesisi ve barış içinde devamı, bireysel veya toplumsal gelişimin sağlanması için hukukun bütün boyutlarda üstün kılınması kaçınılmaz olarak gereklidir.

Nitekim, coğrafyadan bağımsız olarak herkes için adalet ve barış yolunda, yukarıda adı geçen ideal veya değerler çerçevesinde hukukun üstün kılınması uluslararası toplum nezdinde birincil derecede genel kabul görmektedir. Bu genel kabulden hareketle, başta devletlerin münferit çabaları olmak üzere, uluslararası düzeylerde pek çok kuruluş adalet ve barışa ulaşmak için pek çok düzeyde hukuk sistemi tesis etme ve hukuku her güce üstün kılma çabası içinde bulunmaktadır. Bu sürekli ve kararlı çabalara rağmen, ne yazık ki henüz herkes için bir barış, adalet ve hukuk düzeni tesis edilebilmiş değildir. Bugün, hukukun egemen olduğu pek az ülke, eşit fırsatlarla adalete kavuşmuş ve barış içinde güvenle gelecek kurgusu yapabilen pek az insan veya toplumdan bahsedilebilmesi abartılı görülmemelidir.

Hukukun üstünlüğü, her ne kadar Batı’da, 100 yıl öncesinden Albert V. Dicey tarafından modern anlamda formüle edilmiş, 50 yıl kadar önce Friedrich A. Hayek tarafından yeniden ifade edilmiş ve son 30 yılda, özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde hukuk teorisyenlerince geniş tartışma konusu yapılmış ise de, kavramın tesis ve geliştirilmesi sadece Batı toplumlarına özgü olarak değerlendirilemez. Zira, bugün Afganistan, Endonezya, Çin, Meksika, Rusya Zimbabwe gibi farklı sistemlerden bütün devlet yönetimleri, farklı sebeplerle de olsa, hukukun üstünlüğüne bağlılıklarını ifade etmektedirler. Bu yönetimlerin kimileri özgürlükler, kimileri kamusal düzenin korunması ve çoğu da ekonomik gelişme yararına hukukun üstünlüğünü tesisi zorunlu görmektedirler. Görülüyor ki, yönetim meşruluğunun küresel ölçütü haline gelen hukukun üstünlüğü ideale bağlılık küresel en üst düzeylerde ittifakla ve önemle ifade bulan tek politik idealdir.² Günümüzde, hukukun üstünlüğü terimi sadece politika ve hukuk literatüründe değil, özellikle medyada oldukça yaygın kullanılmaktadır. Daha doğrusu, herkes hukukun üstünlüğünü sürekli olarak hemen her vesileyle dile getirmektedir.³ Hukukun üstünlüğü ideali adına bu ilerlemeye rağmen, bugün evrensel düzeyde uygulanabilir genel bir hukukun üstünlüğü kavramına ulaşamamıştır.

² Zywicki, Todd J., ‘The Rule of Law, Freedom, and Prosperity’, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 10, 2003, s. 23; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, 8th Printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 2-4, 137.

³ Waldron, Jeremy, ‘The Concept and the Rule of Law’, *Georgia Law Review*, Vol. 43(1), Fall 2008, s. 3-5; Bingham, Tom, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010, s. vii.

Bu anlamda, hukukun üstünlüğü doktrini bu makalenin esas eksenini teşkil etmektedir. Dolayısıyla, bu makalede herhangi bir hukuk kuralı veya hukuk sistemi incelenmemekte; hukukun üstünlüğünün, özellikle uluslararası boyutta, neden tesis edilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Esas itibarıyla, insan hayatını kuşatan politik yapıda hukukun üstünlüğünün rolü inceleme konusu edilmektedir.

I. Hukukun Üstünlüğüne İlişkin Temel Kavramlar

Kapsayıcı ve kuşatıcı bir hukukun üstünlüğü kavramına ulaşabilmek için, kavramın tesisi ve uygulama alanının iki olmazsa olmaz şartı, hukuk ve devlet kavramlarını burada kısaca hatırlamakta fayda vardır.

1. Hukuk Kavramı

Her şeyden önce ifade edilmelidir ki, hukuk bir kanunu veya kuralı ifadeden daha kapsamlı olmakla birlikte, hem esas hem de esasın uygulanmasına ilişkin bütün kurallar manzumesini ifade etmektedir. Kuşkusuz, bu kapsayıcı manzume statik bir durumu değil, aksine insan hayatındaki bütün gelişmeler doğrultusunda sürekli yenilenen bir dinamizmi ifade etmektedir.

Bu makale bağlamında hukuk, kamu gücünün tesisinde ve uygulanmasında, kısaca hayata geçmesinde uygulanması gereken hukuktur. Şu halde, hem hukukun tesisinde hem de uygulanmasında esas aktör olan devletin uyması gereken hukuk, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan, bireylere kendilerini ve işlerini kendi iradeleri doğrultusunda geliştirmelerine eşit imkân ve fırsat sağlayan hukuktur.⁴

Bu anlamda, sadece bir devletin yetki alanında etkin olan ulusal hukuk değil, uluslararası düzeni sağlayan ve yöneten, küresel barışı koruyan, uluslararası toplumun ortak kazanımı uluslararası hukuk da kastedilmektedir. Bu uluslararası hukuk, esas itibarıyla, geleneksel (örf ve adet) uluslararası hukuktan, devletler arası antlaşmalardan, hukukun genel ilkelerinden⁵ ve

⁴ Nitekim, Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre de devletin uyması gereken hukukun öncelikle 'hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir.' Bkz. 27 Mart 1986 tarihli Türk Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas 1985/31, Karar 1986/11, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 22, s. 119-120.

⁵ Gündüz, Aslan, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Geliştirilmiş 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 1-34; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 3-19; Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Güncellenmiş 4. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s. 17-81. Hukukun genel ilkelerinden maksat, uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleridir (Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, m. 38(1)(c)). Statü metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/documents/index>.

bilhassa uluslararası insan hakları belgeleriyle kurulan yargı kurumlarının içtihadlarından kaynaklanmaktadır.⁶ Eklemekte fayda var ki, devletin yetki alanı uluslararası hukuk belgeleriyle kurulan yargısal kurumlarca bireysel davalar vesilesiyle her gün yeniden yorumlanmakta, genişlemekte, sınır ötesi alanlara ulaşmaktadır.⁷ Uluslararası hukuka göre devletin yargı yetkisi alanı kural olarak, devletin ulusal sınırlarını kapsamaktadır. Fakat, devletin ulusal sınırları dışında diplomatik temsilcileri aracılığıyla etkin otorite sağlaması, yerel bir alt yönetimce veya askeri güçlerince başka bir ülke üzerinde etkin hükümete kontrol uygulaması gibi kimi istisnâ durumlarda yargı yetkisi bu ülkeleri de kapsamaktadır.⁸ Bu itibarla, uluslararası hukuk, bilhassa uluslararası insan hakları hukuku gelişen dinamik bir özellik arz etmektedir.⁹ Dolayısıyla, devlet bu mekanlarda gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerinde hukukun üstünlüğüne göre hareket etmek durumundadır. Daha ötesinde, ulusal sınırlar dahilinde gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, devlet sınır ötesi mekanlarda hüküm ve sonuç doğuran eylem ve işlemlerini de hukukun üstünlüğüne göre tesis etmek ve uygulamak yükümlülüğü altındadır. Daha açık bir ifadeyle, devlet, örneğin bir yabancıyı sınır-dışı etme veya bir suçlunun iadesi işleminde, iç hukuka uygunluk savunması yapamaz, bu kabilden işlemleri uluslararası hukuka ve uluslararası yargısal kurumların içtihadlarına uygun tesis etmek ve uygulamak yükümlülüğü altındadır.¹⁰

php?p1=4&p2=2&p3=0 [erişim 4 Ocak 2013].

⁶ Brownlie, s. 19-24. Uluslararası hukukun bağlayıcı ve yardımcı kaynakları Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde sayılmaktadır. Fakat, bu kaynaklar sınırlayıcı değildir. Geniş bilgi için bkz. Bozkurt, Enver, Kütükçü, M. Akif ve Poyraz, Yasin, *Devletler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 51-59.

⁷ King, Hugh, 'The Extraterritorial Human Rights Obligations of States', *Human Rights Law Review*, Vol. 9(4), 2009, s. 530-534, 539. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 56. maddesi devletlere iradî olarak uluslararası belgelerle üstlendikleri yükümlülükleri koloni gibi başka yerlerde de ifa edeceklerine dair bildirimlerde bulunma imkânı vermektedir.

⁸ *Loizidou v Turkey (Preliminary Objections)* (App no. 15318/89) [GCJ] 23 March 1995, para 62; *Bankovic and Others v Belgium and 16 Other Contracting States (Admissibility)* (App no. 52207/99) [GCD] 12 December 2001, para 71, 73. Ayrıca, devletin sınır-ötesi alanda güç kullanımı ve etkin kontrol uygulaması hakkında bkz. Shaw, s. 500-507.

⁹ Uluslararası hukukun gelişimi hakkında bkz. Shaw, s. 1-68. Özellikle uluslararası insan hakları hukuku için bkz. Steiner, Henry J., Alston, Philip and Goodman, Ryan, *International Human Rights in Context: Law Politics, Morals*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007; Rehman, Javaid, *International Human Rights Law*, Second Edition, Longman, England, 2010; Schutter, Olivier De, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, 3rd Printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

¹⁰ Devletin sınır dışı etme, geri gönderme ve geri verme işlemleri konusunda Türk hukuku ve uluslararası hukuk bakımından mukayeseli bir çalışma için bkz. Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme*,

2. Devlet Kavramı

Şüphesiz, hukuk kavramından ve hukukun üstün kılınmasından bahsedebilmek temelde ancak bir devlet düzeni için geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, hukukun üstünlüğünün siyasal hayata geçişi devletlerle mümkün olabilmektedir. Zira devlet, hem uluslararası düzenin kurucu unsuru hem uluslararası hukukun yapıcısı ve hem de bizzat sujesidir.¹¹ Ayrıca, uluslararası hukuk bizzat devlet kavramı üzerine kurulmuştur.¹²

Devlet, egemen olduğu nüfus varlığı üzerinde kamusal güç kullanan bağımsız bir uluslararası hukuk tüzel kişiliğidir. Devletin hükümet etme gücü hem devletin ulusal hukukundan hem de uluslararası hukuktan kaynaklanmaktadır. Devlet, ülkesinde hukuksal işlemler kurduğu gibi uluslararası ilişkilerde de diğer egemen devletlerle eşit şartlarda hukuksal işlemler kurabilir ve yürütebilir. Bu anlamda devlet, uluslararası hukukun bir sujesidir.¹³ Dolayısıyla, devletin uluslararası bütün eylem ve işlemleri uluslararası hukuk içerisinde gerçekleşmektedir. Ayrıca, devletin iç hukuk işlemlerinin de uluslararası hukuka uygun olması gerekmektedir.¹⁴ Zira, uluslararası hukuk devlet sınırlarını aşmakta, hatta uluslararası kuruluşların üzerinde işlemektedir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası veya supranasyonel kurumlar da uluslararası hukukun üstünlüğüne tâbi durumdadırlar.¹⁵ Çünkü, uluslararası hukuk hem devletler ve uluslararası örgütler ve hem de günümüzde bireyler içindir.¹⁶ Eklemek gerekir ki, hukukun üstünlüğünü hayata geçirmede esas zorluk egemen devletle vatandaşları arasındaki dikey ilişkide değil, uluslararası hukukun sujeleri arasındaki ilişkide bulunmaktadır.¹⁷

Ulusal ve uluslararası alanda hukuku tesis ve hâkim kılma ile diplomatik ilişkilerinde ve politikalarında hukukun üstünlüğünü teşvik etme

Yargı Yayınları, Ankara, 2012.

¹¹ Rehman, s. 17.

¹² Shaw, s. 487.

¹³ Uluslararası hukukun sujeleri konusunda kapsamlı bir inceleme için bkz. Bozkurt, Küttükçü ve Poyraz, s. 95-174. Ayrıca bkz. Özkan, Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku (Lizbon Antlaşmasındaki Son Değişikliklerle)*, Seçkin, Ankara, 2011, s. 69-70.

¹⁴ Gündüz, s. 2-3, 7, 12-15; Özkan, Abdullah, *Küreselleşme ve Avrupa Birliği ile Bütünleşme Sürecinde Türkiye*, Tasam Yayınları, İstanbul, 2004, s. 33-41; Sur, s. 243-258.

¹⁵ Palombella, Gianluigi, 'The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory', *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7(3), 2009, s. 442-449.

¹⁶ Sands, Philippe, 'International Rule of Law: Extraordinary Rendition, Complicity and its Consequences', *European Human Rights Law Review*, Issue 4, 2006, s. 409.

¹⁷ Chesterman, s. 333.

kapasitesine sahip olan devlet tüzel kişiliğidir. Devlet kapasitesini hukukun üstünlüğüne adanarak tam olarak kullanmak suretiyle hukukun insan yararına amaçlarını gerçekleştirmekle görevlidir.¹⁸ Şüphesiz, devlet bu görevin yerine getirilmesinde sadece kendi iç hukukuna göre hareket ederek yükümlülüğünden kurtulamaz. Temelde yasama, yürütme ve yargı olmak üzere bütün işlevlerinde uluslararası hukuka uygun hareket etmek durumundadır.

Lovett, hukukun üstünlüğünü devletin ‘ne yapması’ veya ‘ne yapmaması’nı belirleyen yasal sistem olarak ifade etmektedir.¹⁹ Bu devlet işlevlerini sınırlayan yaklaşım bir ölçüde kabul edilebilir. Ne var ki, devletin ‘sağlama’ veya ‘yerine getirme’ yükümlülüğü de hukukun üstünlüğünün gereğidir. Söz konusu sınırlama, bu yükümlülüğün devlet tarafından yerine getirilmesini zayıflatmamalı, aksine, etkinlik ve uygulanabilirliğini de mümkün kılmalıdır. Nitekim, Bingham’a göre hukukun üstünlüğü devletin iç hukukunda olduğu gibi uluslararası yükümlülüklerine uymasını da gerektirmektedir. Yani, devletlerin iç hukuklarında öngörülen yükümlülükleri ifa etmeleri ile yükümlülükleri sona ermemekte, ayrıca uluslararası veya küresel politika alanında yüklenedikleri taahhütlerini de ifa etmeleri gerekmektedir.²⁰

Hukukun tesisinde ve uygulanmasında esas aktör olan devlet, aynı zamanda, küreselleşme süreci, bölgesel entegrasyonlar ve uluslararası hukuk alanındaki gelişmelerden etkilenmekte olan temel aktördür.

Bugün, bireysel talepler devletlerin kaygılarının önünde yer almakta, birey önplanda bulunmaktadır. Klâsik devlet egemenliği anlayışı yerini egemenliğin işbirliği halinde kullanılması anlayışına bırakmış bulunmaktadır.²¹ Hatta, uluslararası hukukun bugüne gelişimi devletin egemenlik alanını insan hak ve özgürlükleri lehine daraltmış bulunmaktadır.²² Aynı şekilde, endüstriyel,

¹⁸ Literatürde, kanun önünde eşitlik ilkesi, doğru bir usul-uygulama süreci ve bağımsız bir yargı sistemi ile yönetilen devletler hukukun üstünlüğüne tâbi devletler olarak nitelendirilmekte, bu anlamda hukukun üstünlüğünü sağlayan, hukukun tam anlamıyla siyasal hayat bulduğu devletlere ‘hukuk devleti’ denilmektedir. Bkz. Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 123-135; Bergman, Marcelo, ‘The Rule, the Law, and the Rule of Law: Improving Measurements and Content Validity’, *Justice System Journal*, Vol. 33(2), 2012, s. 175.

¹⁹ Lovett, Frank, ‘A Positivist Account of the Rule of Law’, *Law & Social Inquiry*, Vol. 27(1), Winter 2002, s. 42.

²⁰ Bingham, s. 110-129.

²¹ Özkan, *Küreselleşme*, 33-41.

²² Shelton, Dinah, ‘The Jurisprudence of Human Rights Tribunals on Remedies for Human Rights Violations’, in Flauss, J. F. (Ed.), *International Protection of Human Rights and Victim’s Rights*, Bruylant, Bruxelles, 2009, s. 57.

teknolojik ilerleme ve sosyal değişimler paralelinde, devletlerin ulusal sınırları klâsik anlamından uzaklaşmış bulunmaktadır. Yine bugün, devletler iç hukuklarından öte, uluslararası toplum tarafından bölgesel veya evrensel düzeyde geliştirilen ulusal-üstü hukuk sistemlerine tâbi durumdadırlar. Bunun en dikkat çekici örnekleri Avrupa Birliği hukuku²³ ile Avrupa Konseyi demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hak ve özgürlüklerini koruma ve geliştirme sistemi kapsamında geliştirilen Avrupa insan hakları hukukudur. Bu uluslararası hukuk, bütün devletlere bireysel veya işbirliği halinde hareket etmelerini gerektirmekte ve objektif yükümlülükler yüklemektedir.²⁴ Bunun sonucu olarak, devletlerin sorumluluk alanı birey lehine genişlemiş ve yükümlülükleri artmış bulunmaktadır.

Günümüzde, küresel barışın tesisi, insanlık onurunu tehdit eden insan ticareti, terörizm, silahlı çatışmalar, yoksulluk ve yolsuzluğun ortadan kaldırılması devletlerin küresel boyutta alacakları aktif role ve yerine getirecekleri yükümlülüklerine bağlıdır. Bu itibarla, devletlerin bütün imkân ve mekanizmalarını kullanarak küresel sorunlarla mücadelede etkin rol almaları beklenmektedir.

II. Hukukun Üstünlüğü Kavramı

Kuşkusuz, yeryüzünde tarih boyunca olduğu gibi bugün de toplumlar için tek bir hukuk düzeninden söz edilemez. Ama gerçek olan, bütün toplumlarda sürekli düzen, barış, adalet ve uyum arayışıdır. Bu arayışın ekseninde de hep kuralların veya hukukun araç olarak kullanıldığını söylemek mümkündür. Hukukla yaşamak tek seçenek olmasa da, toplumlar için daha iyi yaşam yollarının başında gelen bir yol olduğunda şüphe yoktur. Özgürlük ve zenginliğe götüren ana yol, hukukun üstünlüğüdür. Şu halde, özgürlük ve zenginlik arayan bir toplum, aynı zamanda hukukun üstünlüğünü de aramalıdır.²⁵

Hukukun üstünlüğü arayışı bugün gelişimini tamamlamış, mükemmel bir yaşam biçimi sunar hale gelebilmiş değildir. Hukuka olan ihtiyaç, bugün belki her zamankinden daha fazlası ve daha önemlidir. Çünkü, insanlık bu kazanımlara ulaşmak için çok ağır bedeller ödemiş ve hâlâ ödemektedir. Bu

²³ Gündüz, s. 6. Daha geniş bilgi için bkz. Özkan, *Avrupa Birliği*.

²⁴ Devletlerin özellikle kolektif veya birlikte sorumluluğu için bkz. Heijer, Maarten den, *Issues of Shared Responsibility before the European Court of Human Rights*, University of Amsterdam Research, Amsterdam Center for International Law Paper No. 2012-04 (SHARES Series), 26 January 2012 [<http://www.sharesproject.nl/>, erişim 11 Mart 2012], s. 4-5.

²⁵ Zywicki, s. 26.

kazanımların kaybı, insanlığa çok daha acı sonuçlar verecektir. Hatırlanmalıdır ki, tarih boyunca mutlak güç her zaman otoriterliğin sinsice yayılmasını yüreklendirmiştir.²⁶ Zira, Nazi Almanyası'nda Hitler'in, Şili'de Pinochet'in²⁷ ve bugün Suriye'de Esad'ın uygulamaları bütün insanlığa unutulamaz acılar yaşatmaktadır.

Günümüz itibarıyla, hukuk literatüründe hukukun üstünlüğü kavramı, adalet yönetimi, güvenlik ve düzen gibi pek çok anlamda kullanılmaktadır.²⁸ Bu yüzden hukukun üstünlüğü kavramı konusunda bir konsensus bulunmamaktadır. Kavramın ne olduğu, unsurları, kapsamı, yararları ve genel geçerliği teorisyenler arasında tartışmalı²⁹ olmakla birlikte, easta ve büyük ölçüde üçüncü bölümde ifade edilen hukukun üstünlüğüne ilişkin anlayışların etkisiyle bugün üzerinde görüş birliği oluşmuş hukukun üstünlüğü unsurları söz konusudur. Bu, büyük ölçüde kavramın çok boyutlu olması niteliğinden kaynaklanmaktadır.³⁰ Bu tartışma, şüphesiz, kavramın gelişmesine önemli katkıda bulunmaktadır.

1. Dar Anlamda Hukukun Üstünlüğü

Genel kabule göre, hukukun üstünlüğü dar ve geniş olmak üzere iki anlamda değerlendirilmektedir. Dar anlamda hukukun üstünlüğü, kamu görevlileri ve bireylerin hukuka göre hareket edebilmelerini ve hukukla bağlı olmalarını ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, yönetimin yaptığı her şeyi hukuk yoluyla yapmasıdır.³¹ Bu anlamda her modern devlet ortak özellik

²⁶ Steyn, Lord, 'Democracy, the Rule of Law and the Role of Judges', *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2006, s. 251.

²⁷ Steyn, s. 245-246.

²⁸ Haggard, Stephan, MacIntyre, Andrew and Tiede, Lydia, 'The Rule of Law and Economic Development', *The Annual Review of Political Science*, Vol. 11, 2007, s. 205.

²⁹ Lovett, ss. 41-78; O'Donnell, Guillermo, 'The Quality of Democracy, Why the Rule of Law Matters', *Journal of Democracy*, Vol. 15(4), October 2004, s. 33; Colliera, David, Hidalgo, Fernando Daniel and Maciuceanu, Andra Olivia, 'Essentially Contested Concepts: Debates and Applications', *Journal of Political Ideologies*, Vol. 11(3), 2006, ss. 211-246; Tamanaha, Brian Z., 'A Concise Guide to the Rule of Law', St. John's University School of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper 07-0082, September 2007 [<http://ssrn.com/abstract=1012051>, erişim 12 Aralık 2012], s. 2; Eyer, Katie R., 'Administrative Adjudication and the Rule of Law', *Administrative Law Review*, Vol. 60(3), 2008, s. 654.

³⁰ Rios-Figueroa, Julio and Staton, Jeffrey K., 'Unpacking the Rule of Law: A Review of Measures of Judicial Independence', 26 April 2009, CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper [<http://ssrn.com/abstract=1434234>, erişim 21 Eylül 2012], ss. 1-48.

³¹ Reynolds, Noel B., 'Grounding the Rule of Law', *Ratio Juris*, Vol. 2(1), 1989, p. 3.

olarak bir hukukun üstünlüğü sistemine sahiptir.³² Hukukun üstünlüğü, genellikle, hukukun önceden konulmuş, ilan edilmiş, genel, düzenli, kesin, herkes için uygulanabilir, açık ve anlaşılır olmasını gerektirmektedir. Bu unsurların hepsini birden sağlayamayan ve yönetemeyen bir hukuk yetersiz sayılmaktadır.³³ Raz, bu hukukun ayrıca daimi, açık, net ve genel kurallara göre konulması gereğine vurgu yapmaktadır.³⁴ Raz'a göre, hükümet hukuk tarafından yönetilmeli ve hukuka tâbi olmalıdır. Hukukun konulması da hukukla düzenlenmelidir.³⁵

Bu anlamda hukukun üstünlüğünde, yönetim ile yönetilenler arasındaki dikey ilişkide yönetimin keyfiliği karşısında vatandaşların hak ve özgürlükleri hukuksal güvencede bulunmakta, yönetimin insaf ve takdirine bırakılmamaktadır.³⁶ Bu anlamda hukukun üstünlüğü ile sınırlı ve yargısal denetime tâbi kamu kudreti anlatılmaktadır ki devletin kuruluşu, işleyişi, eylem ve işlemleri hukukla gerçekleşmektedir. Görülüyor ki, hukukun üstünlüğü literatürü daha çok hükümet üzerindeki sınırlara yoğunlaşmaktadır.³⁷

2. Geniş Anlamda Hukukun Üstünlüğü

Geniş anlamda hukukun üstünlüğü ise, dar anlamda hukukun üstünlüğü kavramının temel unsurlarına ek olarak, insan hak ve özgürlükleri, demokrasi, hak ve/veya adalet ölçütleri ile açık ve serbest, istikrarlı bir ekonomik sistemin varlığını gerekli kılmaktadır.³⁸ Bu anlamda hukukun üstünlüğü, devlete, hayatı bireyler için daha iyi kılacak, dağıtıcı adalet aracı dahil, bütün tedbirlerin alınması ve uygulanması yükümlülüğünü yükler.³⁹ Bu, kaçınılmaz olarak değişen şartlara ve bireysel ihtiyaçlara cevap verebilirliği de gerekli kılar.

³² Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 92; Özbudun, s. 123.

³³ Tamanaha, *A Concise Guide*, s. 3; Bergman, s. 175-176.

³⁴ Raz, Joseph, 'The Rule of Law and Its Virtue', *Law Quarterly Review*, Vol. 93, 1977, s. 198.

³⁵ Raz, s. 196.

³⁶ Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim 2004, s. 36-49; Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2010, s. 29-31; Gürbüz, Reşit, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 16-18; Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s. 96-98; Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 31-32; Özbudun, s. 123-124.

³⁷ Kairys, David, 'Searching for the Rule of Law', *Suffolk University Law Review*, Vol. 36(2), 2003, s. 310.

³⁸ Tamanaha, *A Concise Guide*, s. 3; Eyer, s. 656.

³⁹ Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 113.

Hukukun üstünlüğünün en temel unsuru insan hak ve özgürlüklerinin kurumsal olarak korunma altında bulunmasıdır. Bağımsız ve tarafsız yargı hakkı, haksız yere tutuklanmama hakkı, kanuna uygun tutuklamada adil yargılanma hakkı, kişisel güvenlik ve özgürlük hakkı ve siyasal iktidarın değişimine imkân veren açık ve adil seçimlerin gerçekleşmesi gibi kimi çekirdek ilkeler hukukun üstünlüğünü güçlendirmektedir.⁴⁰ Bunun için Bergman, devlete ve devletin kurumsal uygulama kapasitesine dikkat çekmektedir.⁴¹ Zira, insan hak ve özgürlüklerinin hem kamu otoritelerinin hem de özel kişilerin ihlallerine karşı korunması için gerekli bütün tedbirlerin alınması ve uygulanması devletin birincil pozitif yükümlülüğüdür. Çünkü, hukukun üstünlüğü sadece kamusal alanı değil, aynı zamanda özel alanı da kuşatmaktadır. Hiçbir devlet, hukuku üstün kılmaksızın bireysel özgürlükleri teminat altına alabilme kudretine sahip bulunmamaktadır.⁴² Dahası, bağımsız yargı tarafından korunan sağlıklı ve etkin bir hukukun üstünlüğü olmadıkça, hak ve özgürlükler güvencede bulunamaz; insan onuru ve eşitliği risk altında bulunur.

Siyasal, toplumsal ve yatay hesap verebilirlik sistemleri, sadece, güçlü kamusal aktörlerin engellemesi ve korkusu olmaksızın, demokratik bir hukukun üstünlüğü altında etkin bir şekilde işleyebilir. Hukukun üstünlüğü sadece hakların, eşitliğin ve hesap verebilirliğin demokratik boyutlarını geliştirdiği zaman hükümetin vatandaşın genel yararı ve ihtiyaçlarına yerinde ve zamanında gereği gibi cevap verebilirliği sağlanabilir.⁴³

Geleneksel anlamda hukukun üstünlüğü üç temel karakteristiğe sahiptir: Anayasacılık, kural bazlı karar alma süreçleri, kuvvetler ayrılığı ve metincilik gibi *nötr* ilkelere bağlılık. Birinci karakteristik, kamu gücünün kullanılmasına esas ve şekil bakımından sınırlamalar içeren anayasacılık anlayışıdır. Buna göre, kamu otoritesi dışarıdan bir güçle, yani hukukla sınırlıdır; bireysel hak ve özgürlüklerin korunması sistemini ve siyasal kararları tesis ederken bu hukuka uymak durumundadır.⁴⁴ İkincisi, hukuka göre işleyen karar alma süreçlerinin kural eksenli yürütülmesidir. Buna göre, kurallar, kural koyucu

⁴⁰ Jayakumar, S., 'Applying the Rule of Law', *The International Lawyer*, Vol. 43(1), Spring 2009, s. 85. 'Eğer hukukun üstünlüğü bir şey ifade ediyorsa, o ilk önce kişisel güvenliği ifade etmelidir.' Bkz. Haggard, MacIntyre, and Tiede, s. 209.

⁴¹ Bergman, s. 176.

⁴² Kramer, Matthew H., 'Freedom and the Rule of Law', *Alabama Law Review*, Vol. 61(4), 2010, s. 845.

⁴³ O'Donnell, s. 32.

⁴⁴ Zywicki, s. 4-5.

aktörlerin bireysel durumların yararlarından uzak, kuralların uygulanmasında da soyut ve tarafsız olmasını sağlamak suretiyle hukukun üstünlüğünü geliştirir. Kurallar çerçevesinde karar süreçleri, bireylerin geleceğe ilişkin karar alma ve planlama yapmalarına imkân veren bir istikrar, düzen ve dolayısıyla tahmin edilebilirlik sağlar. Şüphesiz, bu ayrıca yeniliklere ve ekonomik gelişmeye de yol açmaktadır.⁴⁵ Üçüncü temel karakteristik, yargısal ve anayasal karar alma için *nötr* ilkeler koymaktır. Bu, hükümeti duruma göre takdirî yetki kullanmaktan çok, *nötr* ilkeler çerçevesinde karar almaya zorlayarak hukukun üstünlüğünü daha ileriye, bir denetim ve denge durumuna götürmektedir. Zira kurumsal denetim ve dengeden yoksun hükümetler ne yargı bağımsızlığını ne de hukukun üstünlüğünün güvenilir bir dayanağını oluşturabilir.⁴⁶ Bu karakteristik, etkin bir denetim ve denge rejiminin tesisine hizmet etmektedir.

III. Doktriner Tartışmalarda Hukukun Üstünlüğü

Burada, hukukun üstünlüğünün tarihsel gelişimi sürecinde pek çok anlayıştan söz etmek mümkün ise de, tercihan bu alanda daha çok etkide bulunan tartışmalara yer vermek konunun insicamı açısından daha uygun görülmektedir. Kronolojik olarak, hukukun üstünlüğü anlayışının gelişiminde Dicey, Hayek, Raz ve O'Donnell etkin doktriner katkılarda bulunmuşlardır.

1. Albert V. Dicey

19. yüzyılın sonlarına doğru klâsik liberalizmin doruğa ulaştığı İngiltere’de, Anayasa hukukçusu Albert V. Dicey, liberal demokratik bir sistemde hukukun üstünlüğünü analiz ve formüle eden ünlü ilk çalışmasında (Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1888) ifade etmiş bulunduğu hukukun üstünlüğünün iç içe olan üç yönü - hükümet gücünü tanzim, kanun önünde eşitlik ve yargısal sürecin dokunulmazlığı - genellikle formel hukukun üstünlüğü anlayışının temelleri olarak kabul edilmektedir.

Bunların birincisi, ‘hiç kimsenin olağan hukukî usullere göre ve olağan mahkemelerce hukuk ihlâlinde bulunduğu tespit edilinceye kadar cezalandırılmaması ya da bedenlen veya mal varlığı olarak hukukî bir yaptırıma tâbi tutulmaması’dır. Bu, hükümetin keyfî güç kullanmamasını ifade eder. İkincisi, herkes kanun önünde eşittir. Herkes olağan hukuka ve olağan mahkemelere tâbidir. Hukukun üstünlüğünden söz edildiğinde, sadece hiç

⁴⁵ Örneğin, mülkiyet hakkının ve sözleşmelerin hukukun üstünlüğü altında güvende bulunması yatırımları ve ticareti yöreklendirmekte ve dolayısıyla ekonomik büyümeye ve gelişmeye yol açmaktadır. Bkz. Haggard, MacIntyre and Tiede, s. 205-207; Zywicki, s. 11-13, 22.

⁴⁶ Helmke, Gretchen and Rosenbluth, Frances, ‘Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective’, *The Annual Review of Political Science*, Vol. 12, 2009, s. 361.

kimsenin hukukun üstünde olmaması değil, aynı zamanda makamı ve durumu ne olursa olsun herkesin olağan hukuka ve olağan mahkemelerin yetkisine tâbi olması kastedilir. Bu anlamda, kamu otoritelerinin özel dokunulmazlıkları veya ayrıcalıkları, hatta geniş takdir yetkileri yoktur. Üçüncüsü ise özel kişilerin haklarını belirleyen yargı kararlarının toplamının bir ürünüdür. Dicey'e göre, İngiliz Anayasası, karakterini hukukun üstünlüğünün bu özelliğinden almıştır. Anayasa hukukunun genel kuralları ülkenin olağan hukukunun sonucu olarak gelişmiştir. Hukukun üstünlüğü, anayasa hukukunun, başka ülkelerde doğal olarak yazılı anayasanın bir parçasını oluşturan kuralların kaynağı değil, birey haklarının bir sonucu olduğunu ifade edecek bir formül olarak kullanılabilir.⁴⁷ Dicey'in hukukun üstünlüğüne dair tanımladığı pek çok değer günümüzdeki hukukun üstünlüğü anlayışının özünü oluşturmaktadır. Bu anlayış günümüze kadar özü itibarıyla korunmuş ve evrensel düzeyde kabul görmüştür.⁴⁸

2. Friedrich A. Hayek

Hukukun üstünlüğünü özgürlüğün temeltaşı olarak tanımlayan Friedrich A. Hayek, Dicey'e nazaran daha öz ve etkili bir tanımda bulunmuştur.⁴⁹ Hukukun üstünlüğünün anayasacılık değerlerinin en güçlü savunucusu Hayek'e göre, bütün hukukun üstünlüğü sistemleri temelde üç niteliğe sahiptir: Hukukun eşit uygulanması, genel ve kesin olması.

Hukukun eşit uygulanması, haksız ayırım yapılmaksızın hukukun herkese uygulanmasını ifade eder.⁵⁰ Hayek'e göre, askerlik hizmetlerinde kadın veya erkek gibi farklı uygulamaların meşru olabilmesi için farklı uygulamanın hedefi grupların çoğunluğu tarafından kabulünü gerektirir. Diğer bir ifadeyle, hukuk zorunlu kimi durumlarda farklı kategoride insanlar arasında farklı muameleye imkân verebilir, fakat bu istisna hiçbir durumda kimilerine ayrıcalık veya üstünlük tanıma anlamına gelmemelidir.

Hukukun genelliği, herhangi bir bireyi hedeflemeyen, önceden soyut olarak konulmuş ve ilan edilmiş olmasını ifade eder. Hukuk, istisnasız, durumu ve eylemi uyan herkese uygulanmalıdır. Şüphesiz, hukukun üstünlüğü hükümetin eylem ve işlemlerinin bu kurallara tâbi olmasını gerektirmektedir.

Hukukun öngörülebilirliğini, esas itibarıyla hukukun genel, anlaşılır,

⁴⁷ Zywicki, s. 3; Chesterman, s. 336; Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 60-65.

⁴⁸ Zywicki, s. 3-4.

⁴⁹ Hayek, F. A., *The Road to Serfdom*, ARK Paperbacks, Great Britain, 1986, s. 54-65.

⁵⁰ Eşitlik ilkesi ve kanuni prosedür, her bir vatandaşın onuruna dayalı bir anayasacılık ideali olarak yorumlandığında, hukukun üstünlüğünün kalbinde yer alır. Bkz. Allan, T.R.S., *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, s. 121.

net ve tutarlı olması, geçmişe yürümemesi ilkeleri sağlamaktadır. Bu anlayışta yönetimde keyfiliği önleyecek ve birey eşitliğini güvence altına alacak en önemli ilke *hukukun genelliği* ilkesidir. Hukukun üstünlüğü, hukukun genelliğini gerektirmektedir. Yönetimin haksız müdahalelerine, haksız güç kullanmasına karşı bireylerin korunması bu genel kurallarla yönetilir. Hukukun genelliği, aynı zamanda bunların hem kişileri ve hem de kamu otoritelerini bağlamalarını ifade etmektedir.⁵¹

Hukukun kesinliği ise hukukun bilinirliğini ifade eder. Hukuk uygulamasına konu olacak kişiler, eylemlerinin tâbi olacağı hangi hukuk kurallarının bulunduğu, bu kuralların nasıl yorumlandığı ve uygulandığını tahmin edebilmelidirler. Tahmin edilebilirlik, hareket özgürlüğünü sağlayan önbilginin zorunlu bir niteliğidir.⁵²

Hayek, hiçbir hukuk sisteminde bu üç niteliğin mükemmel bir şekilde bulunmayacağını ifade ederek, kamu otoritelerinin özel kişiler ve mal varlıkları üzerinde etkide bulunacak takdir yetkisini, hareketlerinin eşitlik, genellik ve kesinlik niteliklerine sahip hukuk kurallarına uygun olması ve bu yöndeki kararların yargısal denetime tâbi bulunmaları şartıyla kabul etmektedir.⁵³

3. Joseph Raz

Joseph Raz, esas itibarıyla bir kurallar sisteminin etkinliğiyle ilgili olan kurumsal hukukun üstünlüğü kavramının önemli bir savunucusu olmuştur. Raz, ilk olarak, bütün kanunların ileriye yönelik olarak öngörülebilen, açık ve anlaşılır olması gereğine işaret etmektedir. İkinci olarak, hukuk göreceli bir şekilde istikrarlı olmalıdır. Üçüncüsü, belirli kanunların yapılması açık, net, anlaşılır, istikrarlı ve genel kurallar rehberliğinde yapılmalıdır. Dördüncüsü, yargının bağımsızlığı garanti edilmelidir. Beşincisi, önyargısız, açık ve adil yargılama gibi doğal adalet ilkelerine uyulmalıdır. Altıncısı, mahkemeler hukukun üstünlüğüne uygunluk denetimi gücüne sahip olmalıdırlar. Yedincisi, mahkemeler kolayca ulaşılabilir olmalıdır. Nihayet, suç önleme ve güvenlik birimlerinin takdir yetkileri kullanımı hukukun kötüye kullanılmasına yol açmamalıdır.⁵⁴

Şüphesiz, her politik kurallar bütünü sistem, hukuk sistemi olarak nitelendirilemez. Bir kurallar sisteminin hukuk sistemi olarak ifade edilebilmesi

⁵¹ Allan, s. 31; Çoban, Ali Rıza, 'Giriş, Hukuk Devleti', in Çoban, Ali Rıza, Canatan, Bilal ve Küçük, Adnan (Ed.) *Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara, Şubat 2008, s. 11-12.

⁵² Zywicki, s. 5; Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 65-66.

⁵³ Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 67.

⁵⁴ Raz, s. 198-201.

için, insan davranışlarına uygulanması varsayılan bu kuralların genel, kamuya açık, görülebilir ve ulaşılabilir olması gerekir. Bu nitelikteki hukuk kuralları yeterince ilgisi bulunan herkesçe erişilebilir durumda bulunmalıdır.⁵⁵

4. Guillermo O'Donnell

Guillermo O'Donnell, hukukun üstünlüğünün demokrasi⁵⁶ ve demokratik rejimle ilişkisine dikkat çekerek demokratik hukukun üstünlüğünün kimi boyutlarını ifade etmektedir: Birinci boyutu hukuk sistemiyle ilgilidir. Hukuk sistemi bütün ülkede aynı yeknesak şekilde uygulama bulmalıdır. Ekonomik sektörler ve diğer muhtelif toplumsal sınıflar bağlamında aynı tutum, davranış ve yaklaşımda bulunmalıdır. Hukukun üstünlüğü ayrıca, fakir, kadın, yabancı ve çeşitli azınlıklara karşı yapılan ayrımcılığı yasaklayan ve sonuçta cezalandıran evrensel eşitlik hukukunun tesisi ve yürütülmesini de gerektirir. Anayasanın üstünlüğünün genel olarak tanınmasını ve yüksek yargı veya anayasa mahkemesince hukukun yorumlanması ve etkin olarak korunmasını gerektirmektedir.⁵⁷

İkincisi, bütün ülke boyutunda etkin ve hukuksal olarak bağlayıcı kontrol sağlayan devletin varlığıdır. Bu yatay hesap verebilirliği sağlayacak uygun şekilde yetkilendirilmiş kamu otoritelerinin varlığını da gerektirir. Üçüncüsü, mahkemeler ve yardımcı kuruluşları yasama, yürütme ve özel çıkarların etkisi ve nüfuzunda olmamalıdır. Bu halde, yargı bu durumunu kötüye kullanmamalıdır. Dördüncüsü, devletin genel kurumlarıyla ilgilidir. Demokratik bir hukukun üstünlüğü, sadece mahkemelerin değil, bütün devlet kurumlarının herkese adaletle, saygıyla ve dikkate alarak muamelede bulunmasını gerektirmektedir. Devlet kurumlarını düzenleyen kuralların hukuka uygun bir şekilde çıkarılmış, açık ve ulaşılabilir olması gerekir. Beşincisi, sosyal boyutta örgütlenme ve örgütlere katılma kural ve pratikte kullanılabilir olmalıdır. Farklı sosyal organizasyonların işleyişi ve dikey hesap verebilirliğin uygulanması için uygun haklar ve güvencelerin varlığı gereklidir. Nihayet, vatandaşlık ve insan hakları ihlallerinin önlenmesi, durdurulması ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını sağlayacak etkin ve hızlı mekanizmaların kurulmuş olması gerekmektedir.⁵⁸

⁵⁵ Waldron, s. 25-27.

⁵⁶ Demokrasi ile hukukun üstünlüğü birbirini güçlendirmektedir. İkisi de birbiriyle bağdaşmaktadır. Bkz. Palombella, s. 445.

⁵⁷ O'Donnell, s. 44-45; Yargı, yargısal denetim gibi önemli anayasal güçten yoksunsa bağımsızlığı eksik kalır. Bkz. Haggard, MacIntyre and Tiede, s. 216.

⁵⁸ O'Donnell, s. 44.45.

O'Donnell'a göre, yüksek kalitede bir demokrasi, siyasal haklar ve sivil özgürlükler, bütün vatandaşların siyasal eşitliğini sağlayan ve kamu gücünün kötüye kullanılması potansiyelini ortadan kaldıran hesap verebilirlik mekanizmasının teminatı demokratik bir hukukun üstünlüğünü zorunlu kılar.⁵⁹ Bu özellik itibarıyla, bu devletlerin bireylerin, kamu otoritelerinin tercih ve eğilimlerine göre değil, hukukla yönetildiği varsayılır. Bu devletlerde, insan aklı, fikri ve vicdanı özgür bir güvence ortamına sahiptir.

Demokratik hukukun üstünlüğünü etkin ve etkili kılan üç yönlü hesap verebilirliğin sağlanması gerekir: Birincisi, açık, adil ve kurumsal seçimler yoluyla bireyler dikey seçimsel boyutta partileri ve hükümet aktörlerini değiştirme imkânına sahiptir. Bu bireylerin veya grupların devletten veya hükümetten kamu görevlilerinin hukuksal ihlallerini önlemeyi, soruşturmayı ve cezalandırmayı isteyerek hukuk mekanizmalarını harekete geçirmesine elverişli hesap verebilirliği de gerektirir. İkinci yönü, yatay düzeyde, hiçbir kamu otoritesi veya görevlisi hukuk dışı hareketlerinden dolayı hukuksal denetimden kaçabilir durumda olmamalıdır. Ülke düzeyinde ulusal hukuk sistemi aynı yeknesak şekilde uygulanmalıdır. Hukukun işlemediği bir alan bulunmamalıdır. Üçüncü yönü ise hukuk sisteminin kişilerin cinsiyet, ırk, sınıf ve diğer özelliklerine göre uygulanmamasıdır. Son tahlilde, bütün bu özellikler demokratik bir hukukun üstünlüğünü etkin ve etkili kılmaktadır.⁶⁰

IV. Hukukun Üstünlüğünü Tesis, Koruma ve Geliştirmenin Temel Gereklere

Hukukun üstünlüğü yolunda, hukukun üstünlüğünün işlevi bakımından birbiriyle ilişkili, iç içe etkileşim halinde bulunan birtakım asgari esas ve usullere ilişkin önşartlar, zorunluluklar bulunmaktadır. İşte hukukun üstünlüğü bu sayılı olmayan gereklerle tecessüm etmektedir. Sadece teoride değil, pratikte de tesis edilmiş işlevsel ve dinamik bir hukuk sisteminden söz edilebilmesi için kimi temel gereklerin sağlanması gerekmektedir. Bunların birbirine üstünlüğü veya önceliği söz konusu değildir; hepsinin aynı zamanda işlevsel olarak tesisi ve uygulanması gerekmektedir.

Bunların birincisi, toplumsal kültürle, reflekslerle ve davranış biçimleriyle ilgilidir. Bu anlamda kültür, hukukun üstünlüğü, yani hukukun hâkim olması veya hukukun yönetimi zorunluluğunun toplumun kamu ve özel bütün kesimlerinde genel kabul görmesidir. Bu kabul, sadece toplumun

⁵⁹ O'Donnell, s. 32.

⁶⁰ O'Donnell, s. 37-38.

hukuksal politik yapısını değil aynı zamanda bireylerin bu yöndeki inançlarını yansıtan kültürel yapısını da ifade eder. Hukukun üstünlüğünün varlığından veya gücünden söz edilebilmesi için bu kültürel inancın toplumun her şubesine nüfuz etmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, hukukun üstünlüğünü işler kılan nitelik, hukukun üstünlüğüne bağlılık konusundaki yaygın toplumsal inanç, yaklaşım ve davranışlardır.⁶¹ Hukukun üstünlüğü kültürü uygun kanunlar yapmak ve onları uygulama iradesinden fazlasını, yani, aktif olarak geliştirilmesini gerektirir.⁶²

İkincisi, herkesin erişebileceği evrensel, açık, bağımsız ve tarafsız, kurumsal bir yargı sisteminin varlığıdır. Bu nitelikte bir yargı işlevi hukukun adil ve tavizsiz bir şekilde uygulanması ve yürütülmesi açısından zorunludur.⁶³ Diğer bir ifadeyle, kamu görevlilerini hukuka tâbi tutma dikey alanı ile kişiler arası uyuşmazlıkları hukuka göre çözme yatay alanında kurumsal ve bağımsız bir yargı sistemi hayati önemdedir. Bireysel veya grup olarak yargıçlar, herhangi bir etki altında kalmadan, önyargısız ve adil olarak hukuku yorumlamalı ve uygulamalıdır. Yargının bağımsızlığı aynı zamanda tarafsızlığını da gerektirir. Bir ülkede, aynı zamanda hukuk yapımcısı olarak işlev gören bu nitelikteki yargı sistemi hukukun üstünlüğünün korunması ve gelişiminin de güvencesidir.⁶⁴

Üçüncüsü, adil bir hukukun üstünlüğü sisteminin tesis edilmesi için, tek ve adil hukukun adil bir şekilde uygulanması gerekir. Bunun için, hukukun üstünlüğüne adanmış güçlü bir yargı mesleği ve geleneğinin bulunması, yetkin personel, elverişli binalar, teknolojik araçlar ile yargıçlık güvencesi ve uygun ücret gibi bir bütün olarak altyapıyı oluşturan kaynakların yeterli düzeyde sağlanması gerekmektedir.⁶⁵ Bu, bireylerin adalete erişimlerini garanti edecek, güvenebilecekleri ve kendilerini savunacak, etki ve manipülasyondan uzak saydam süreçlere sahip bağımsız, açık, önyargısız, haksızlık, adaletsizlik ve

⁶¹ Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 141.

⁶² Jayakumar, s. 86.

⁶³ Hukuk sisteminde yargı bağımsızlığı hukukun üstünlüğünün merkezi bir unsurudur. Bkz. Raz, s. 198; Allan, s. 31; Zywicki, s. 15; Rios-Figueroa ve Staton, s. 1-48. Yargı bağımsızlığı, mahkemelerin kalitesini belirleyici önemli bir özelliktir. Bkz. Haggard, MacIntyre, and Tiede, s. 216-217. Bağımsız yargının hukukun üstünlüğü için her zaman zorunlu olmadığı yönünde bir karşıt görüş için bkz. Helmke and Rosenbluth, s. 345-366. Ayrıca Türkiye açısından bkz. Selçuk, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Üçüncü Baskı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 79-104.

⁶⁴ Temel hak ve özgürlüklerin tek güvencesi yargıdır. Yani, temel hak ve özgürlüklerin tek garantörü sadece bağımsız, nötr ve tarafsız bir yargı olabilir. Bkz. Steyn, s. 246.

⁶⁵ Lovett, s. 66; Tamanaha, *A Concise Guide*, s. 13-16.

tiranlığa karşı duracak bir avukatlık kurumunu da gerektirir.⁶⁶

Dördüncüsü, yönetenlere ve bireylere uygulanacak belirli kuralların varlığıdır.⁶⁷ Hukukun üstünlüğü, ilk olarak, kamu gücü kullanma pozisyonunda bulunan kişi veya kurumların, kendi düşünce veya yaklaşımlarına uygun olarak değil, önceden tesis edilmiş bulunan hukuk kurallarına göre bu gücü kullanmalarını ifade etmektedir.⁶⁸ Diğer taraftan hukukun üstünlüğü, kamu gücü kullanımının sonuçlarının kişiler bakımından açıklığını, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmektedir.⁶⁹ Bu süreç, kamu gücünün sınırlarının açık ve net olarak belirliliğini gerektirir ve yargısal denetim altındadır.⁷⁰ Zira, hukukun üstünlüğü, kamu gücünün kötüye kullanımı kadim endişesinden kaynaklanmaktadır. Kamu otoritelerini hukukla bağlı tutmak suretiyle hukukun üstünlüğü bu endişeyi ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu, sadece devletin yargı işlevi açısından değil, diğer bütün işlevleri, yasama ve yürütme işlevleri açısından da esas ve şekil bakımından geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, insan hayatına etki eden kamu gücü hukukla düzenlenmeli ve hukukla bağlı olarak işlemelidir.⁷¹

Beşincisi, benzer durumlarda aynı kuralın aynı şekilde herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Bu evrensel eşitlik ilkesidir ki bir kişinin bile hukukun üstünde bulunmaması, herkesin hukuka tâbi olması, hukuk içerisinde hareket etmesi, hukuk dışında bırakılmaması ve kanun önünde eşit olmasını gerektirir. Vurgulamak gerekirse, kanun hem bireylere, hem ekonomik aktörlere, hem de kamu otoritelerine, istisnasız herkese, eşit şekilde uygulanır.⁷² Hiç kimse, en üst düzey kamu otoritesi dahil, hukukun üstünde bulunamaz ve kendi arzusu üzerine kendisini de ilgilendiren kuralları değiştiremez veya iptal edemez.⁷³

⁶⁶ Schildhaus, Aaron, 'The Just Rule of Law', *The International Lawyer*, Vol. 43(1), Spring 2009, s. 60.

⁶⁷ Kairys, s. 313.

⁶⁸ Waldron, s. 6.

⁶⁹ Waldron, s. 6-9.

⁷⁰ Jayakumar, s. 83.

⁷¹ Schor, Miguel, 'The Rule of Law', Suffolk University Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 07-14, 5 March 2007 [<http://ssrn.com/abstract=889472>, erişim 3 Ocak 2013], s. 1329, 1332; Tamanaha, *A Concise Guide*, s. 3-4.

⁷² Holmes, Stephen, 'Lineages of the rule of law', in Maravall, José María and Przeworski, Adam (Ed.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, October 2003, ss. 19-61; Kairys, s. 312; Steyn, s. 246; Jayakumar, s. 83.

⁷³ O'Donnell, s. 34-35.

Altıncısı, yönetimin takdir alanını düzenleyen ve sınırlayan kuralların varlığıdır. Daha açık bir ifadeyle, kimi durumlarda yönetimin etkinliği ve verimliliği, yani yükümlülüklerini zamanında ve yerinde gereği gibi yerine getirebilmesi adına kamu otoritelerine belirli bir takdir yetkisi tanınmaktadır. İşte bu takdir yetkisi alanının da hukukla belirlenmesi gerekmektedir.

Yedincisi, hukuki güvenliktir ki öncelikle temelde bireysel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınmasını gerektirir.⁷⁴ Hukukun en temel unsuru güvenlik hükmüdür. Eşit muamele ve şekli açıklık ilkeleri hemen bunu takip etmektedir.⁷⁵ Hukuki güvenlik ilan edilmiş, açık ve öngörülebilir kuralların varlığını gerektirir. Ayrıca, bu kuralların uygulanacağı kişilerin bu kuralların içeriğine erişimi mümkün olmalıdır. Kısaca, kurallar herkes tarafından ulaşılabilir ve anlaşılabilir olmalıdır. Söz konusu kuralların düzenli ve istikrarlı olması gerekmektedir. Ayrıca bunların hukuksal bütünlük içerisinde tahmin edilebilir olması da gerekmektedir. Yani, kişiler kendilerine uygulanacak kuralın içeriği ve gereği hakkında bilgi sahibi olabilmelidir.⁷⁶

Nihayet, hukukun üstünlüğü için siyasal sistemin kuvvetler ayrılığı ilkesine göre dizaynı zorunlu ise de yeterli olduğu söylenemez. Çünkü, siyasal sistem içerisinde bir parti aynı zamanda hem yasama işlevini ve hem de yürütme işlevini ele geçirme imkânına sahip olabilir.⁷⁷ Bunun gerçekleşmesi halinde, sadece kuralları uygulayan bağımsız bir yargı hukukun üstünlüğünü tek başına garanti edemez. Bu sebeple, hukukun üstünlüğünün çoğunluğun üstünlüğü veya yönetimi anlamına indirgenmemesi⁷⁸ için anayasa mahkemesi

⁷⁴ Jayakumar, s. 83.

⁷⁵ Haggard, MacIntyre, and Tiede, s. 210-211.

⁷⁶ Eyer, s. 655.

⁷⁷ Bingham, İngiltere parlamento egemenliğini örnek vererek hukukun üstünlüğünü devletin kendisi tarafından ihlâl edilebilecek siyasi bir konu olarak görmektedir. Parlamento normalde hukukun üstünlüğünü ihlâl edici şekilde yasama yapamaz ve fakat bunu yapmasını gerçekte engelleyecek bir şey de bulunmamaktadır. Bkz. Bingham, s. 160-170. Bu yüzden kuvvetler ayrılığı doktrini, İngiliz Anayasası'nda zayıf bir ilkedir. İngiltere gibi çok-kültürlü bir toplumda azınlık haklarını koruma ihtiyacı, genel olarak bireysel hakları koruma ön-plana çıkmaktadır. İnsanlar bugün, giderek, haklarının korunması için parlamentoya değil, yargıçlara bakmaktadır. Bu yeni dünyada yargıçlar, gerektiğinde hükümete karşı bireylerin yanında durmalarının demokratik ve anayasal görevleri olduğunu kabul etmektedirler. Bkz. Steyn, s. 247. Ayrıca, parlamento egemenliği ve hukukun üstünlüğü hakkında bkz. Allan, s. 201-242.

⁷⁸ Tarih göstermiştir ki, sıkı-sıkıya yasallık ve çoğunluğun yönetimi kendi başına despotluğa önlemenin, sivil ve adil bir toplumun garantisi olamamıştır. Bunun yakın örnekleri, Nazi Almanyası'nda Hitler demokratik oyla iktidara gelmiştir. Şili'nin sivil anayasal sistemi, General Pinochet'in iktidarı zorla ele geçirmesine ve binlerce insanın tutuklanmasına, işkence görmesine ve öldürülmesine emir vermesini engelleme garantisi olamamıştır. Totaliter dev-

gibi yüksek yargı organları belli ölçüde hukuk yapma işlevine de sahip olmalıdır.

Etkin bir denetim ve denge rejiminin tesisi aracı olan *kuvvetler ayrılığı ilkesi* hukukun üstünlüğünün belki de en temel ilkesidir.⁷⁹ İlk kez Aristo tarafından bir siyasal iktidarı sınırlama aracı olarak ileri sürülen ve 17. yüzyılın sonlarına doğru John Locke ve 18. yüzyılda Montesquieu tarafından geliştirilen bugünkü anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi, temel devlet işlevlerinin (yasama, yürütme ve yargı) birbirlerinden bağımsız devlet organlarınca yürütülmesini öngörmektedir.⁸⁰

Şekli saydamlık ve eşitlik ilkeleri herbiri farklı işlevlerden sorumlu devlet organları arasında bir kuvvetler ayrılığının varlığını zorunlu kılar. Yürütme, kamu politikasının formülasyonu ve uygulanmasında yasamanın öngördüğü genel amaçlar için konulan sınırlar dahilinde hareket etmelidir. Yürütmeden bağımsız bir yargı, sadece yasama organının seçilmiş üyelerinin çoğunluğunun bir aracı değil, her şeyden önce net bir şekilde yasamadan bağımsız bir bütün şeklinde anayasal düzenin koruyucusu olmalıdır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi yönetenler ile yönetilenler arasında bir istihkam aracı işlevi görmektedir. Hükümet, yasama tarafından önceden konulmuş genel kurallar çerçevesinde hareket ederken, aynı zamanda yönetilenlere karşı eşit muameleyi garantilemektedir. Bu denge ve denetim sisteminde yasama gücü, eşitlik ideali veya tarafsızlığı (nesnelliği) koruma sorumluluğu ile sınırlıdır. Ayrıca, yasama gücünün kapsamı üzerindeki temel hak ve özgürlükleri koruyan anayasal sınırlamalarla eşit vatandaşlık büyük ölçüde sağlanır.⁸¹ Benzer şekilde, hukukun üstünlüğü mantığına uygun olan, ucu açık subjektif kurallar değil, mantıklı hukuk metinlerinin uygulanmasıdır. Bu,

letlerin çoğu kendi ülkesel hukuklarına göre hareket etseler bile, kontrolsüz yürütme gücünün tehlikelerini göstermektedirler. Ayrıca, bunlar otoriter bir devletin kirlenmiş ahlakî ortamında gerçek yargısal bağımsızlığa sahip olmanın imkânsızlığını göstermektedirler. Bkz. Steyn, s. 245-246.

⁷⁹ Allan, s. 56; Zywicki, s. 14-15.

⁸⁰ Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku, Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Mart 2010, s. 78-80; Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Mart 2011, s. 73-102; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 185-191; Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012. Özellikle, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulaması bakımından örnekler için bkz. Aslan, Rıza, *Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Uygulamalı Örnekler (İngiltere, Almanya, ABD ve İsviçre)*, Dora Yayınları, Bursa, 2009.

⁸¹ Allan, s. 2-3, 152.

yargıçları metinsel dile bağlı olmaya ve metnin en mantıklı objektif yorumuna zorlayarak hukukun üstünlüğünü teşvik etmektedir.⁸²

Nihayet, kuvvetler ayrılığı, her biri ayrı ve bağımsız şekilde kamu gücü kullanan işlevlerin kendi başlarına buyruk hareket edebilecekleri anlamını asla vermez. Tersine, bu işlevlerin hepsi hukukun üstünlüğüne karşı sorumlu ve hesap verebilir durumdadırlar. Zira, sorumluluk anlayışı insana dair gelişimin zihinsel alanıdır.

V. Hukukun Üstünlüğünün İşlevleri

Devlet işlevlerine hukukun üstünlüğünün hâkim kılınmasında birey ve nihayet toplum lehine bazı temel yararların sağlanması amaçlanır. Bu amaçla, hukukun üstünlüğü ulusal ve uluslararası düzeyde hüküm ve sonuçları olan pek çok işleve sahip bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ulusal toplumlar ve bir bütün olarak uluslararası toplum için sayılamayacak kadar pek çok yarardan söz edilebilir. Bu, modern toplumların hukukun üstünlüğüne atfettikleri hayati önemden açıkça anlaşılmaktadır. Şu halde, hukukun üstünlüğünün modern toplumlar için dinamik bir yaşam biçimi olduğu ifade edilebilir.

Esasta, ulusal boyutta hukukun üstünlüğünün temelde iki işlevi bulunduğu söylenebilir: Bu işlevlerin birincisi, pozitif hukuka uyulması ve yasama yetkisinin sınırlandırılması suretiyle kamu otoritelerinin sınırlandırılmasıdır. İkincisi ise, kamu düzenini tesis etmesi ve özel alanları düzenlemesidir. Hukukun herşeyi düzenlemesi veya kapsaması şüphesiz gerekmemektedir.⁸³ Ancak, hukuk modern demokratik bir toplumda gelişen insan ihtiyaçlarını karşılayacak yeterlikte bulunmalıdır. Diğer taraftan, hukukun üstünlüğü kavramını sadece ulusal boyutta değerlendirmek hukukun üstünlüğünden murad erdemleri açıkça eksik kılar. Hukukun üstünlüğünün uluslararası boyutta da önemli işlevleri bulunmaktadır. Bu bakımdan hukukun üstünlüğü, hukuksal, sosyal ve siyasal bir sistemler bütünü olarak ifade edilebilir. Bu sistemin etki ve nüfuz alanı devletlerden öte uluslararası örgütleri hatta bir bütün olarak uluslararası toplumu da kapsamaktadır.

Genel olarak hukukun üstünlüğü, özellikle, siyasi aktörlerin önceden konulmuş kurallara şekil ve esas bakımından uymayan, ihlâl edici hareketlerini sınırlayarak tiranlığı önleme işlevi görmektedir.

Bu kapsamda, kamu gücü kullanan görevlilerin takdir yetkilerinin sınırlandırılarak kötüye kullanımının önlenmesi, kamu görevlilerinin vehim

⁸² Selçuk, s. 437-461; Zywicki, s. 15.

⁸³ Tamanaha, *A Concise Guide*, s. 3-7.

ve önyargılardan uzak bir şekilde hukuka bakarak hareket etmeleri ve bütün süreçleri hukuka tâbi olarak yürütmeleri beklenir. Ayrıca, bu hukuk kuralları önceden konulmuş standart ve gerekliliklere göre kamu görevlilerinin hesap verebilirliğine de imkân vermektedir.

Hukuk sisteminden bütün devlet mekanizmalarının ve görevlilerinin hukukun üstünlüğüne itaat etmeleri öngörülür. Dahası, eğer hukuk sisteminden çok yönlü sosyal ilişkileri uyum içinde düzenlemesi bekleniyorsa, kamu görevlilerinin hatta özel kişilerin dokunulmaz olarak hukuku ihlâl etmeleri hukukun üstünlüğünü eksik kılar. Bu açıdan, kamu görevlilerinin hukuk ihlallerini kendi kendilerine yapmış olmaları veya özel kişilere *de facto* imkân tanıyarak ihlâlâle yol açmaları arasında fark bulunmamaktadır. Bunun doğrudan sonucu olarak, demokrasi teorisi açısından bakıldığında, hukukun üstünlüğü sadece mahkemelerin performansı ve hukuk sisteminin bütün karakteristiği anlamında değil, daha çok hukuksal tarzda temellendirilmiş demokratik bir devletin yönetimi olarak da kabul edilebilir.

Hukukun üstünlüğü, bireylere, hükümetin haksız müdahalesi ve etkisi olmaksızın, seçme ve kendi amaçları doğrultusunda hareket etme özgürlüğü sağlayarak bireysel özgürlük alanının genişlemesine yol açmaktadır.⁸⁴ Zira, etkin, operasyonel ve işlevsel bir hukuk sistemi hem kişisel gelişimin ve hem de toplumsal ve ekonomik ilerlemenin temel şartıdır.⁸⁵ Bu itibarla, hukukun üstünlüğü, özgürlük ve ekonomik zenginliğin gerçekleşmesinin uygun şartlarını sağlar. Diğer bir ifadeyle, özgürlük ve zenginlik, güç ve desteğini hukukun üstünlüğünden alır. İnsan hak ve özgürlükleri ancak hukukun üstünlüğünün sağladığı güvenli ortamda gelişip serpilebilir.⁸⁶

Hukukun üstünlüğü, hukuksal güvenlik sağlamak suretiyle, kişilerin potansiyellerini maksimum düzeyde faydaya dönüştürmelerine uygun zemin hazırlar. Çünkü, kişisel gelişim ancak devlet ve vatandaşlar arasındaki dikey ilişkide ve vatandaşların kendileri arasındaki yatay ilişkide hukuksal güvenliğin, kesinliğin ve tahmin edilebilirliğin sağlandığı, yönetimin müdahalesi olmaksızın hukukla yasaklanmayan her alanda, her türlü korkudan uzak özgür bir ortamda mümkün olabilir. Hukuksal güvenlik, bireyi hayatında özerk kılar, hayatını kurgulayabilmesi, hareketlerinin sonuçlarını önceden görebilmesi, yarına güvenle bakabilmesini sağlar.

⁸⁴ Zywicki, s. 7.

⁸⁵ Schor, s. 1329.

⁸⁶ Kairys, s. 322.

Hukukun üstünlüğünün sağladığı hukuksal kesinlik, öngörülebilirlik ve güvenlik ekonomik aktörlere daha iyi kararlar alabilecekleri ve dolayısıyla ticari ve ekonomik faaliyetlerini geliştirebilecekleri bir ortam sunmakla ekonomik gelişime de yol açmaktadır. Bu, aynı önemde uluslararası alanda da geçerlidir.

Hukukun üstünlüğü hukuk kurallarının herkese eşit olarak uygulanmasını sağlamak suretiyle adaleti sağlamaktadır. Bu, hukukun üstünlüğünün ayrılmaz bir unsuru, adaletin temel gereklerindendir. Aksi halde, bir kişinin kimliği veya statüsü gibi özelliklerinin hukuk kuralının yorumlanması veya uygulanmasında etki yapması adil olmayan sonuçlara ulaştırır.⁸⁷ Kısaca, hukuk yoluyla herkese eşit adalet sağlanması suretiyle barış içinde bir sosyal düzenin tesisi ve korunması beklenir.

Hukukun üstünlüğü, bireyleri koruduğu gibi, ayrıca, sosyal, kültürel, etnik veya dinsel açılardan çoğulculuğun bulunduğu toplumlarda hükümetin baskısına karşı toplumsal uyumun ve bütünlüğün korunmasını sağlar.⁸⁸ Çoğulcu bir ortamda, herkesin hoşgörü, barış ve ahenk içerisinde birlikte yaşamasına imkân verir.

Nihayet hukukun üstün tutulması ile kişilerin emek ve nitelikleri adil bir karşılık bulur. Dolayısıyla, hukukun sağladığı güvenli ortamda pek çok alanda ilerleme imkân ve fırsat bulur.

VI. Uluslararası Çabalarda Hukukun Üstünlüğü

Bir ideali ifade eden hukukun üstünlüğü kavramı, yüzyıllar boyunca devam eden siyasal iktidarın sınırlandırılması, yönetimde keyfiliği önleme çabasının bir sonucu olarak gelişen bireye, insana özgü, özgür ve onurlu bir hayat sunan bir güvence sistemini ifade etmek için kullanılmaktadır.⁸⁹

Çağımızda hukukun üstünlüğünü tesis ve geliştirme çabası, özellikle, Soğuk Savaş'ın sonundan beri demokrasinin teşviki, politik, güvenlik ve ekonomik sebeplerle birlikte yürütülmüştür.

Bireyi uluslararası hukukun korumasına alan başlangıcın belgesi İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin Başlangıç bölümünde insan hakları ve

⁸⁷ Tamanaha, *A Concise Guide*, s. 8-13.

⁸⁸ Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 138.

⁸⁹ Türk hukuk literatüründe hukukun üstünlüğü sistemi daha çok hukuk devleti olarak incelenmektedir. Bkz. Çoban, s. 11. Hukuk devletinin genel olarak ve Türkiye'de tarihsel gelişim süreci hakkında bkz. Akyıldız, Ali, *Hukuk Devleti, Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay*, Anıttepe Yayıncılık, Ankara, 2009; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 96.

özgürlüklerinin hukukun üstünlüğü yoluyla korunması zorunlu görülmektedir. Zira, bu hak ve özgürlükler gerçekleşmedikçe ve bunu gerçekleştirecek mekanizmalar tesis edilmedikçe ‘adil’ bir hukukun üstünlüğünden söz edilemez.⁹⁰

Bu başlangıçtan sonra, hemen hemen bütün devletler, pek çok uluslararası kurum veya kuruluş muhtelif şekillerde hukukun üstünlüğünü sağlama ve geliştirme çabası içinde⁹¹ olmakla birlikte, küresel düzeyde Birleşmiş Milletler, bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve Avrupa Birliği bağlamında çabalar dikkat çekici ve etkin şekilde önplana çıkmaktadır. Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı evrensel değerleri temellerinde işlemektedir. Bu örgütlerin temel amacı, üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerine uluslararası hukukun ve evrensel değerlerin hâkim kılınması ve ötesinde teşviki suretiyle küresel barışa ve adalete hizmet etmektir.

Avrupa Konseyi üyesi her devlet yargı yetkisi alanında hukukun üstünlüğünü sağlamayı ve Avrupa Konseyi’nin amaçlarının gerçekleştirilmesi konusunda etkin işbirliğinde bulunmayı taahhüt etmiş bulunmaktadır (Avrupa Konseyi Statüsü, m. 3).⁹² Bu taahhüt bugün Asya ve Avrupa kıtasında 47 devleti ulusal-üstü düzeyde hukuksal olarak bağlamaktadır.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, sadece Avrupa bölgesinde değil, ayrıca Akdeniz, Amerika ve Asya bölgelerinden de katılımcı üye ve işbirliği ortaklarına sahip uluslararası bir kuruluştur. Bu kuruluş, esas itibarıyla, 56 üye devlet ve işbirliği ortağı devletlerin demokratikleşme, hukukun üstünlüğünü tesis ve insan hak ve özgürlüklerine saygının sağlanması alanlarındaki çabalarına katkı ve teşvik işlevi üstlenmekle uluslararası hukuk düzeninin korunması ve barışın sürdürülmesini amaçlamaktadır.⁹³

2005 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda üye devletler hem ulusal, hem de uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğüne ve uygulamasına bağlılık

⁹⁰ Schildhaus, s. 59.

⁹¹ O’Donnell, s. 42.

⁹² Avrupa Konseyi Statüsü, 5 Mayıs 1949 tarihinde imzaya açılmış ve 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu statüye 9 Ağustos 1949 tarihinde taraf olmuş bulunmaktadır. Bkz. Statute of the Council of Europe, CETS No. 001, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=001&CM=1&CL=ENG> [erişim 5 Ocak 2013].

⁹³ Geniş bilgi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Türkiye ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı [http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ve-avrupa-guvenli-ve-isbirligi-teskilati-_agit_.tr.mfa, erişim 27 Ocak 2013].

ihtiyacını oybirliğiyle tanımışlardır. Ayrıca, devletlerarası iş birliği ve barış içinde birlikte yaşama için zorunlu olan uluslararası hukuk ve hukukun üstünlüğü üzerinde temellendirilmiş bir uluslararası düzene katkılarını yeniden teyid etmişlerdir.⁹⁴

Ulusal ve uluslararası finansal ve yardım kuruluşları da hukukun üstünlüğü programlarını, geniş anlamda ekonomik büyüme ve fakirliğin azaltılması lehine, yönetim alanındaki reform çabalarının merkezine almışlardır.⁹⁵ Nitekim, hukukun üstünlüğüne hayati önem atfeden Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu, 1990'lı yılların başından beri, ülkelere finansal yardımı, yatırım için güvenli bir ortam sağlama, mülkiyet, sözleşmeler ve serbest pazar iş süreçlerine imkân veren hukukun üstünlüğünü uygulaması şartına bağlamaktadır.⁹⁶

Ne var ki, yukarıda kısaca ifade edilen kimi çabaların etkinliğini zayıflatan, enerjisini tüketen olumsuzluklar da yaşanmaktadır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallığın 11 Eylül 2001 sonrası Bagram, Ebu Garib, Guantanamo, Irak, Pakistan'daki utanç verici uygulamaları sonucu uluslararası kuruluşlar ve uluslararası hukuk itibar kaybetmiştir.⁹⁷ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin uygulaması, örneğin Rusya'nın Suriye'deki ağır insan hakları ihlallerine karşı aciz kalması uluslararası hukuktan beklenen güvenceleri sarsmakta ve uluslararası kurumların meşruluklarını haklı olarak sorgulatmaktadır.

SONUÇ

Açıkça görüldüğü üzere, hukukun üstünlüğü sadece ihtiyaç halinde güvenli bir liman değil, fakat aynı zamanda *herkes* için, uluslararası hukukun sujeleri için bir yaşam alanı, bir yaşam biçimidir. Hukukun üstünlüğü çağdaş toplumlarda her probleme tam olarak çözüm olmamakla birlikte, sorunları en aza indirdiği, barışı ve adaleti sağladığı, bireysel hak ve özgürlükleri ideal

⁹⁴ United Nations General Assembly Resolution A/RES/60/1, 2005 World Summit Outcome, para 134, 16 Eylül 2005 [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/1, erişim 10 Kasım 2012].

⁹⁵ Haggard, MacIntyre and Tiede, s. 206.

⁹⁶ Ekonomik anlamda başarılı toplumlar hukukun üstünlüğünün kesinliğini ve güvenliğini sağlamayı başarmış olan toplumlardır. Bkz. Özkan, *Küreselleşme*, s. 44; Santos, Alvaro, 'The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development', in Trubek, David and Santos, Alvaro (Ed.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, New York, 2006, ss. 253-300; Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 2.

⁹⁷ Steyn, s. 244-245, 253; Sands, s. 408-421.

anlamda yaşanır kıldığı varsayılır. Bu varsayım, hukukun üstünlüğü fikrinin ulusal düzeyde bir genel kültür ve refleks haline gelmesi ölçüsünde gerçek hayata yansır. Bu da ancak, herkes için kişisel hak ve özgürlüklerin en geniş anlamda garanti edildiği, uluslararası hukukla bütünleşik ulusal düzeyde bir anayasal güvence sistemi ile mümkün olabilir. Şu halde, Türkiye’de yeni anayasa, hukukun üstünlüğü temelinde devletin her işlevine tam anlamda egemen kılınmış hukukun üstünlüğünün bir güvence sistemi olmalıdır.

Evrensel anlamda hukuk ve adalet normlarıyla bütünleşik yeni bir anayasa hazırlanmasında, demokratik alanda ilerleme kaydetmiş ülkelerin anayasal normlarından da yararlanılabileceği gibi, uluslararası toplumun ortak kazanımı niteliği taşıyan hukukun genel ilkeleri, ulusal-üstü ve uluslararası hukuk, bilhassa Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği’nin birikim ve kazanımları uygun zemin oluşturacaktır. Bu tecrübe ve uygulamalara uyumlu hareket edilmesi, çağımızda ulaşılan ileri kazanımlardan maksimum faydayı sağlayacak, ulusal düzeyde demokratik kurumların gelişimini perçinleyecek ve uluslararası düzeyde de ileri uygarlıkla entegrasyona yol açacaktır.

Hatırlamak gerekir ki Türkiye’de, sıkça ‘özel koşullar’dan, ‘hassasiyetler’den söz edilir ve ‘ülkeye özgü’ düzenlemeler ve uygulamalar istenir. Bu talep, bir ölçüde haklı ve gerekli görülebilir. Bununla birlikte, insanlığın bugüne kadar tesis ve test ettiği kurumlar, kurallar, düzenlemeler ve uygulamalar vardır ki her uygar toplumun esas temelini oluşturmaktadır. Bunlar, nihai olarak insan hayatında hak, hukuk, barış ve adaleti amaçlar. Bundan sapma anlamındaki talepler de hiçbir şekilde haklı ve meşru görülemez.

Bu makalede, pozitif bir bakış açısıyla hukukun insan için insan eseri olduğu ve dolayısıyla insan için aktif bir şekilde düzenlenebileceği veya değiştirilebileceği vurgulanmaktadır. Her insan bir hukuk sistemi içinde yaşar. Hukuk sistemi dinamik bir süreçtir, zamana ve insan ihtiyacına bağlı olarak, kural koyucu otoritelerce ve uygulamalarla sürekli yenilenmektedir. Bunun gibi, yönetim (kamu gücü) de insanlar tarafından, insanlar için insanların yönetimidir. Dolayısıyla, değişen ve gelişen insan ihtiyacı karşısında hukukun zayıflayarak yetersizleşmesi sürekli bir iyileştirmeyi gerekli kılmaktadır.

Ulusal düzeyde hukukun üstünlüğünden söz edilebilmesi için, devletin ülkesinde bulunan her insana kendini fiziksel ve sosyal anlamda ifade edebilmesi için adil ve eşit fırsat sağlaması gerekmektedir. Her gerçek ve tüzel kişi serbestçe girişimlerde bulunabilmeli, mal varlığı üzerinde tasarruflarda

özgür olmalıdır. Bu aynı zamanda hukuk ve adalet gelişiminin de temel gereğidir.

Şüphesiz, bütün hukuk normlarında olması gerektiği gibi anayasa dizaynında da ‘statik bir hukuk metni’ hazırlama felsefesinden uzak, sürekli gelişen ve değişen insan ihtiyaçlarına cevap verebilir ‘dinamik bir hukuk sistemi’ öngörülmalıdır. Ayrıca, ‘sana-bana’ göre yaklaşımı ile değil, insan onuruna ve vakarına yakışır bir şekilde, zamanın ruhuna uygun olarak işleyen bir hukuk sistemi, kişilerin kendilerini ve hayatlarını özgürce her türlü korku ve endişeden uzak bir şekilde dizayn etmelerine imkân verecektir. Dahası, yaklaşım felsefesini sıkça duymakta ve etkilenmekte olduğumuz ‘ülkeye özgü koşullar’ cenderesinden çıkarak, tamamen saydam ve hesap verebilir kurum ve kuruluşlara, işlev ve anlamını hukuktan alan bir kültüre ulaşılacaktır. Ancak bu şekilde, ülkede varolan *atalet* ortadan kaldırılabilir; yeniliğe, ilerlemeye ve üreticiliğe yol açılabilir ve üretimin, emeğin, bilginin ve niteliğin karşılığı sağlanabilir. Dolayısıyla, vicdanlarda adalet duygusu ve özgüven sağlanabilir; her gerçek veya tüzel kişi, adil bir hukuk sisteminde refah ve ferah içinde yaşayabilir. Nihayet, ancak bu şekilde Türkiye gelişen demokrasilere model olabilir.

KAYNAKÇA

- Akyıldız, Ali, *Hukuk Devleti, Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay*, Anıttepe Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.
- Allan, T.R.S., *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Aslan, Rıza, *Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Uygulamalı Örnekler (İngiltere, Almanya, ABD ve İsviçre)*, Dora Yayınları, Bursa, 2009.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Bergman, Marcelo, ‘The Rule, the Law, and the Rule of Law: Improving Measurements and Content Validity’, *Justice System Journal*, Vol. 33(2), 2012, ss. 174-194.

- Bingham, Tom, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010.
- Bozkurt, Enver, Kütükçü, M. Akif ve Poyraz, Yasin, *Devletler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Chesterman, Simon, 'An International Rule of Law?', *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56(2), Spring 2008, ss. 331-361.
- Colliera, David, Hidalgo, Fernando Daniel and Maciuceanu, Andra Olivia, 'Essentially Contested Concepts: Debates and Applications', *Journal of Political Ideologies*, Vol. 11(3), 2006, ss. 211-246.
- Çoban, Ali Rıza, 'Giriş, Hukuk Devleti', in Çoban, Ali Rıza, Canatan, Bilal ve Küçük, Adnan (Ed.), *Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara, Şubat 2008, ss. 9-19.
- Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme*, Yargı Yayınları, Ankara, 2012.
- Eyer, Katie R., 'Administrative Adjudication and the Rule of Law', *Administrative Law Review*, Vol. 60(3), 2008, ss. 647-706.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Mart 2011.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Eylül 2010.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar*, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku, Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş* 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Mart 2010.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim 2004.
- Gündüz, Aslan, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Geliştirilmiş 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- Gürbüz, Reşit, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Haggard, Stephan, MacIntyre, Andrew and Tiede, Lydia 'The Rule of Law

and Economic Development', *The Annual Review of Political Science*, Vol. 11, 2007, ss. 205-234.

Hayek, F. A., *The Road to Serfdom*, ARK Paperbacks, Great Britain, 1986.

Heijer, Maarten den, *Issues of Shared Responsibility before the European Court of Human Rights*, University of Amsterdam Research, Amsterdam Center for International Law Paper No. 2012-04 (SHARES Series), 26 January 2012 [<http://www.sharesproject.nl/>, erişim 11 Mart 2012].

Helmke, Gretchen and Rosenbluth, Frances, 'Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective', *The Annual Review of Political Science*, Vol. 12, 2009, ss. 345-366.

Holmes, Stephen, 'Lineages of the rule of law', in Maravall, José María and Przeworski, Adam (Ed.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, October 2003, ss. 19-61.

Jayakumar, S., 'Applying the Rule of Law', *The International Lawyer*, Vol. 43(1), Spring 2009, ss. 83-89.

Kairys, David, 'Searching for the Rule of Law', *Suffolk University Law Review*, Vol. 36(2), 2003, ss. 307-329.

King, Hugh, 'The Extraterritorial Human Rights Obligations of States', *Human Rights Law Review*, Vol. 9(4), 2009, ss. 521-556.

Kramer, Matthew H., 'Freedom and the Rule of Law', *Alabama Law Review*, Vol. 61(4), 2010, ss. 827-845.

Kramer, Matthew H., *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

Lovett, Frank, 'A Positivist Account of the Rule of Law', *Law & Social Inquiry*, Vol. 27(1), Winter 2002, ss. 41-78.

O'Donnell, Guillermo, 'The Quality of Democracy, Why the Rule of Law Matters', *Journal of Democracy*, Vol. 15(4), October 2004, ss. 32-46.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Özkan, Abdullah, *Küreselleşme ve Avrupa Birliği ile Bütünleşme Sürecinde Türkiye*, Tasam Yayınları, İstanbul, 2004.

Özkan, Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku (Lizbon Antlaşmasındaki Son*

- Değişikliklerle*), Seçkin, Ankara, 2011.
- Palombella, Gianluigi, 'The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory', *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7(3), 2009, ss. 442-467.
- Raz, Joseph, 'The Rule of Law and Its Virtue', *Law Quarterly Review*, Vol. 93, 1977, ss. 195-201.
- Rehman, Javid, *International Human Rights Law*, Second Edition, Longman, England, 2010.
- Reynolds, Noel B., 'Grounding the Rule of Law', *Ratio Juris*, Vol. 2(1), 1989, ss. 1-16.
- Rios-Figueroa, Julio and Staton, Jeffrey K., 'Unpacking the Rule of Law: A Review of Measures of Judicial Independence', CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, 26 April 2009 [<http://ssrn.com/abstract=1434234>, erişim 21 Eylül 2012], ss. 1-48.
- Sands, Philippe, 'International Rule of Law: Extraordinary Rendition, Complicity and its Consequences', *European Human Rights Law Review*, Issue 4, 2006, ss. 408-421.
- Santos, Alvaro, 'The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development', in Trubek, David and Santos, Alvaro (Ed.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, New York, 2006, ss. 253-300.
- Selçuk, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Üçüncü Baskı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999.
- Schildhaus, Aaron, 'The Just Rule of Law', *The International Lawyer*, Vol. 43(1), Spring 2009, ss. 59-60.
- Schor, Miguel, 'The Rule of Law', Suffolk University Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 07-14, 5 March 2007 [<http://ssrn.com/abstract=889472>, erişim 3 Ocak 2013], ss. 1329-1333.
- Schutter, Olivier De, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, 3rd Printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

- Shaw, Malcolm N., *International Law*, Sixth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Shelton, Dinah, 'The Jurisprudence of Human Rights Tribunals on Remedies for Human Rights Violations', in Flauss, J. F. (Ed.), *International Protection of Human Rights and Victim's Rights*, Bruylant, Bruxelles, 2009, ss. 57-75.
- Steiner, Henry J., Alston, Philip and Goodman, Ryan, *International Human Rights in Context: Law Politics, Morals* (Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007).
- Steyn, Lord, 'Democracy, the Rule of Law and the Role of Judges', *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2006, ss. 243-253.
- Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Güncellenmiş 4. Bası, Beta, İstanbul, 2010.
- Tamanaha, Brian Z., 'A Concise Guide to the Rule of Law', St. John's University School of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper 07-0082, September 2007 [<http://ssrn.com/abstract=1012051>, erişim 12 Aralık 2012], ss. 1-20.
- Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, 8th Printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Waldron, Jeremy, 'The Concept and the Rule of Law', *Georgia Law Review*, Vol. 43(1), Fall 2008, ss. 1-61.
- Zywicki, Todd J., 'The Rule of Law, Freedom, and Prosperity', *Supreme Court Economic Review*, Vol. 10, 2003, ss. 1-26.

BOŞ

MEMUR DİSİPLİN HUKUKUNDA MOBBİNG

Ümit GÜVEYİ*

ÖZET

Mobbing kavramı, özellikle etkileri/sonuçları açısından büyük önem arz etmektedir. Öyle ki, sözü geçen sonuçlar, mobbing eylemine maruz kalan mağdurun intiharına kadar uzanabilmektedir. Mobbing konusunda yapılan çalışmalar değerlendirildiğinde; öncelikle iş hukuku ilişkileri kapsamında ele alınan mobbing olgusunun, günümüzde ise artık, kamu hukuku/memur (disiplin) hukuku açısından da önem arz ettiği hususunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Çalışmada mobbing olgusu, somut olaylar (davalar) ışığında, kamu hukuku/memur (disiplin) hukuku dâhilinde tartışılmıştır. Buna paralel olarak çalışmada, memur disiplin hukuku kapsamında, henüz açıkça ve ayrıca yasayla düzenlenmemiş olan mobbing olgusuna karşı başvurulabilecek yasal yollar da irdelenmeye ve belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mobbing; Kamu Hukuku; Memur Disiplin Hukuku; Mobbinge Karşı İzlenecek Yasal Yollar; Mobbing Davaları.

MOBBING IN DISCIPLINARY LAW OF THE CIVIL SERVANTS

ABSTRACT

The concept of mobbing is very important, especially because of its effects. So much so that the aforementioned results may lead to the suicide of the victim. When the studies about mobbing were evaluated, firstly mobbing was discussed within the labour law relationships, but today mobbing is accepted as an important concept also within the public law/disciplinary law of the civil servants. In this study, the mobbing phenomenon is discussed, in the light of concrete cases, within the public law/disciplinary law of the public officials. Parallel to this, the legal procedures to follow against the mobbing, which are not regulated clearly, are tried to discussed and determined.

Keywords: Mobbing; Public Law; Disciplinary Law Of The Civil Servants; Legal Procedures To Follow Against Mobbing; Cases About Mobbing.

* Arş. Gör., Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Mobbing kavramı, son günlerde sıkça tartışılan, güncel bir terim olarak hayatımıza girmiş bulunmaktadır. Psikolojik yıldırma, duygusal taciz, zorbalık gibi birçok farklı kelime ile ifade edilmeye çalışılan kavram; ilk olarak özel sektördeki iş ilişkileri kapsamında tartışılmaya başlanmıştır. Ancak gelinen son aşamada, kamu sektöründe de sıklıkla mobbing uygulamalarının varlığı kabul edilmektedir.

Nitekim basına yansıyan mobbing ile ilgili haberlerin neredeyse tamamı, kamu sektöründe yaşanan olaylardan oluşmaktadır. Kamu sektöründeki mobbing eylemi ise genelde, memur disiplin hukuku kapsamında, disiplin soruşturması ve disiplin cezası gibi bir dizi idari işlem yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Bu kapsamda çalışma konusu, memur disiplin hukukunda mobbing olarak belirlenmiştir.

Çalışma kapsamında ilk olarak, mobbing kavramı üzerinde durularak, tanımı ve tarihi süreci değerlendirilecek; ardından mobbing süreci, uygulamaları ve sonuçları irdelenmeye çalışılacaktır. Daha sonra, memur disiplin hukuku genel bir biçimde ele alınarak mevzuat ve uygulamaya bakılacaktır. Akabinde, Türkiye’de kamu sektöründe yaşanan bir takım mobbing uygulamalarına değinilecek ve sözü geçen uygulamalara karşı izlenecek yargısal süreç belirlenmeye çalışılacaktır. Son kısımda ise, konu ile ilgili olarak genel değerlendirmede bulunularak çalışma sonlandırılacaktır.

I.MOBİNG KAVRAMININ TANIMI ve KISA TARİHİ

*Mobbing*¹ kavramı, Latince kökenli *kararsız kalabalık* anlamındaki *mobile vulgus* deyiminden gelmektedir. *Mob* kelimesi, yasa dışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık anlamına gelmektedir. *Mob* eylemi ise; bir araya gelmek, saldırmak veya rahatsız etmek anlamında kullanılmaktadır².

¹ *Mobbing* kavramı yerine İngilizcede *bullying* kavramı da kullanılabilir. *Bullying*, zorlamak, kabadayılık, zorbalık anlamlarına sahiptir. *Leymann*’a göre, farklı araştırma grupları farklı terimler kullanabilmektedir. Söz konusu terminoloji farklılığı silahlı kuvvetler kapsamında, okulda ve iş yerinde olmak üzere değişiklik gösterebilmektedir. İngiltere ve Avusturalya’da *bullying* kelimesi *mobbing* yerine tercih edilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa’da ise *mobbing* kelimesi iş yerlerindeki eylemler için, *bullying* ise okul ortamındaki eylemler için kullanılmaktadır. Türkiye için de bu durum geçerlidir. Okul kapsamındaki eylemler zorbalık olarak, iş yerlerindeki fiiller ise *mobbing* olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. (<http://www.leymann.se/English/frame.html>), (E.T. 30 Nisan 2012).

² DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 3.

Dünyanın birçok dilinde *mobbing* kavramı halen olduğu gibi, İngilizce olarak, çevrilmeksizin kullanılmaktadır. Bu durumun sebebi ise, *mobbing* kelimesinin tam olarak karşılığının bulunamaması ve bilim adamlarının doktrinde kavram karmaşasına meydan vermek istememesi olarak gösterilebilmektedir. Söz konusu tutum, Türkiye ve Türkçe için de geçerlik arz etmektedir. Öyle ki, *mobbing* kelimesine tam olarak uyan bir karşılık bulunamadığından, kelime dilimize değiştirilmeksizin girmiştir. Buna rağmen, Türkçede *mobbing* kelimesi yerine *yıldırma*, *duygusal taciz*, *psikolojik taciz*, *zorbalık* gibi kelimeler de zaman zaman kullanılabilirlerdir³.

Mobbing kavramı ilk kez 1960'lı yıllarda, Avusturyalı bilim adamı *Konrad Lorenz* tarafından kullanılmıştır. *Lorenz*, hayvan davranışlarını inceleyen bir bilim adamıdır. Çalışmalarında, bir grup zayıf hayvanın bir araya gelerek saldırgan davranış sergilemek suretiyle, kendilerinden daha güçlü olan hayvanlara üstünlük sağlayabildiğini tespit etmiştir. Bu kapsamda *Lorenz*, *mobbing* terimini; hayvanların başka bir hayvanı ya da yabancıyı kaçırmak amacıyla gerçekleştirdikleri davranışların ifadesi amacıyla kullanmıştır⁴.

Daha sonra 1970'li yıllara gelindiğinde, İsveçli *Peter Paul Heinemann*, okul yaşantısında çocuk grupları üzerinde incelemeler yapmaktayken *mobbing* kavramına başvurmuştur. Bilim adamı çalışmalarında, çocuk gruplarında yaşanan zorbalık niteliğindeki davranışları araştırmıştır. *Heinemann*; *Lorenz*'in *mobbing* terimini, kurbanı uğradığı psikolojik yıkım nedeniyle intihara kadar sürükleyebilecek olan bu tarz davranışların ciddiyetini ifade etmek için kullanmıştır. Böylelikle *mobbing* kavramı, insan davranışları için kullanılmaya başlamıştır⁵.

1980'li yıllarda *Heinz Leymann*, İsveç ve Almanya'daki işyerlerinde yetişkinler arasındaki ilişkileri incelemiştir. Çalışmalarında, hayvanlar ve çocuklar arasındaki benzer davranışların, yetişkinlerin iş yaşantılarında da mevcut olduğunu tespit etmiştir. İnceleme yaptığı işyerlerinde, *zor kişiler* olarak nitelendirilen çalışanların, aslında işyeri yapısı ve kültürü sebebiyle bu şekilde nitelendirildiklerini belirlemiştir⁶. Nihayetinde 1984 yılında, *Leymann*

³ ÇOBANOĞLU, s. 19-20; Türk Dil Kurumu, *mobbing* kelimesine karşılık olarak *bezdiri* kelimesini kullanmaktadır. Bkz. (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f919837a9dc42.66669662), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁴ Bir grup kazın bir tilkiyi kaçırması eylemi bu duruma örnek olarak gösterilmektedir. DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 3.

⁵ ÇOBANOĞLU, s. 26.

⁶ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 3.

çalışmasını tamamlamış ve *mobbing* terimini *işyerindeki duygusal taciz, saldırı, psikolojik taciz* gibi anlamlara karşılık gelir niteliğe büründürmüştür⁷. Böylelikle Leymann'ın çalışmaları neticesinde *mobbing* kavramı, bugünkü anlamına kavuşmuştur.

II. MOBBİNG KONULU ARAŞTIRMALARA GENEL BİR BAKIŞ

1976 yılında, Amerika Birleşik Devletleri'nde psikiyatrist ve antropolog bilim adamı *Carroll Brodsky*, *The Harassed Worker*⁸ (Taciz Edilmiş İşçi/Çalışan) adında bir kitap yayınlamıştır. Çalışmada *Brodsky*, işçilerin açmış olduğu tazminat davalarının birçoğunun altında yatan asıl nedeni irdelemiştir. *Brodsky*'e göre taciz üç şekilde; insanlar tarafından, çalışma baskısı tarafından ve sistem tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Yine *Brodsky*'e göre, çalışanların çalışamayacak duruma gelmesindeki temel sebep ise fiziksel rahatsızlıklardan ziyade; mesai arkadaşları, işverenler ya da müşteriler tarafından gerçekleştirilen kötü davranışlardır⁹. *Brodsky* çalışmasında *mobbing* kavramını kullanmamıştır.

Leymann'ın 1984 yılında yayınladığı çalışmasına göre *mobbing*, “ bir ya da birkaç kişinin bir başkasına karşı sistematik bir şekilde sürdürdüğü düşmanca ve ahlak dışı nitelikteki psikolojik terör” olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, *mobbing* eyleminin en belirgin nitelikleri *uzun süreli* ve *tekrarlanır* olmasıdır. Bu şekilde, eyleme maruz kalan kişinin direnci kırılmakta ve kişi yardım alamayacak duruma getirilmektedir.

1988 yılında *Andrea Adams*¹¹ adında bir gazeteci, İngiltere'de *bullying* yani *zorbalık* eylemlerine dikkat çekmiştir. *Adams* 1992 yılında İngiltere'de, *Bullying at Work: How to Confront and Overcome It* (İşyerinde Zorbalık: Yüzleşme ve Aşma Yöntemleri) adında bir eser yayınlamıştır. Bunun yanı sıra *Adams* kendi adıyla, 1997'de kurulan vakıf kapsamında ciddi çalışmalar gerçekleştirmiştir¹².

⁷ ÇOBANOĞLU, s. 27.

⁸ Eserin tam künyesi: BRODSKY, Carroll M., *The Harassed Worker*, Mass.: Lexington Books, D.C. Heath and Co., Lexington 1976.

⁹ SEXTON, s. 123-124.) *Brodsky*'e göre taciz, başkalarını yıpratmak, engellemek ve tepki alabilmek adına, sürekli biçimde, muhatapı kışkırtan, yıldırان, korkutan ya da rahatını kaçırان davranışlarda bulunmak şeklinde tanımlanmaktadır.

¹⁰ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 5; ÇOBANOĞLU, s. 28.

¹¹ Andrea Adams, 1995 yılında vefat etmiştir. Halen kendi adına kurulmuş olan danışmanlık firması, *mobbing*, taciz ve zorbalık konularında danışmanlık hizmeti sunmaktadır. Bkz: (<http://www.andreaadamsconsultancy.com/about>), (E.T. 30 Nisan 2012).

¹² DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 5.

1996 yılında İngiliz yazar *Tim Field*, *Bully in Sight*¹³ (Görünürdeki Zorba) adında bir kitap yazmıştır. Kitapta zorbalık; *bir kimsenin, kurbanın kendisine, özgüvenine ve saygısına yönelik sürekli ve acımasızca saldırısı* olarak tanımlanmıştır. Zorbalık davranışıyla ulaşılmak istenen amaçlar ise üstünlük kurmak, buyruğu altına almak ya da yok etmek isteği olarak sayılmaktadır. *Field*'a göre; zorbalık davranışını gerçekleştiren kişiler, eylemin sonuçlarını inkâr etme eğilimi göstermektedirler¹⁴.

Avrupa Birliği'nde 2000 yılında yapılan bir araştırma, kamu ve özel sektör tüm çalışanların %9'unun (13 milyon çalışan) yıldırma ile karşılaştığını, yıldırma eyleminin yoğunluğunun hukuk sistemine, kültürel özellikler ve sürecin fark edilip edilmemesine göre ülkeden ülkeye değiştiğini, ilk sıralarda Finlandiya, İngiltere ve Hollanda'nın yer aldığını ortaya koymuştur. Yıldırma uygulamaları kamu sektöründe %14, otel ve restoran hizmetlerinde %13, diğer hizmetlerde ise %12 düzeyinde bulunmuştur¹⁵.

III. MOBBİNG SÜRECİ VE TEMELİNDEKİ SEBEPLER

Leymann'a göre, mobbing oluşumu beş aşamalı bir süreç sonucu gerçekleşmektedir. Buna göre birinci aşamada, önemli bir konu hakkında bir *anlaşmazlık* yaşanmaktadır. İkinci aşamada ise *saldırgan eylemler* baş göstermektedir. Üçüncü aşamada, *yönetim*¹⁶ olaya müdahil olur. Dördüncü aşamada, yönetimin yanlış değerlendirmesi nedeniyle mağdur kişi *zor* veya *akıl hastası* olarak nitelendirilir. Son aşama olan beşinci aşamada ise mağdurun *işine son verilir* ve mağdur duygusal-psikolojik açıdan son derece büyük bir yıkım sürecine atılmış olur¹⁷.

Mobbing eylemini doğuran nedenlere bakıldığında; saldırının psikolojik yapısından kaynaklanan nedenler, organizasyon / işyeri kültüründen kaynaklanan nedenler, mağdurun psikolojik yapısından kaynaklanan nedenler ve toplumsal değer yargılarından kaynaklanan bir takım nedenlerin varlığı göze çarpmaktadır¹⁸.

¹³ Eserin tam künyesi: FIELD, Tim, *Bully in Sight, How to Predict, Resist, Challenge and Combat Workplace Bullying. Overcoming the Silence and Denial by which Abuse Thrives*, Success Unlimited, Oxfordshire 1996.

¹⁴ FIELD, s. 33.

¹⁵ KÖSE/UYSAL, s. 262.

¹⁶ *Yönetim* kelimesi, işyerindeki idari kadro ya da idari kurumdaki amir ve yöneticileri kapsamaktadır. Bu anlamıyla *yönetim*, mobbing mağdurunun işine son vermeye yetkili kişiler olarak anlaşılmalıdır.

¹⁷ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 20.

¹⁸ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 37, 38.

Mobbing uygulayıcılarının psikolojileri irdelendiğinde; bu kişilerin aşırı kontrolcü, korkak, nevrotik ve iktidar açlığı çeken, kıskançlık ve güvensizlik duyguları ile yoğunlaşmış kimseler oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Psikiyatrist *M. Scott Peck*, *People Of The Lie* adlı çalışmasında, kötü kişilik sahibi kimselerin, kendi gelişimleri ve çıkarları adına diğer kişilerin ruhsal gelişimini engelleyebileceklerini, kendilerini koruyabilmek amacıyla diğer kişilere saldırıda bulunabileceklerini vurgulamıştır¹⁹. Tacizciler sürekli olarak suçlayıcı bir tavır içerisinde dirler. Özgüveni olmayan tacizciler, sürekli tedirgin bir ruh hali içerisinde bulunmakta ve bu nedenle de sürekli olarak muhataplarını suçlayıcı tavırlar sergilemektedirler²⁰. Dolayısıyla, mobbinge başvuran kişilerin farklı adlar altında kişilik bozukluklarının varlığı kabul edilmektedir²¹.

Mobbinge sebep olan etkenler kapsamında, *organizasyon kültürü*²² de yer almaktadır. Organizasyon kültürü, “*bir örgütün içindeki insanların davranışlarını yönlendiren normlar, davranışlar, değerler, inançlar ve alışkanlıklar sistemidir*”²³. Bu bağlamda, organizasyon/işyeri yapısının taşıdığı bir takım nitelikler, mobbing uygulamalarına neden olabilmektedir. Mobbinge yol açan başlıca örgütsel etmenler; kötü yönetim²⁴, yoğun stresli iş yeri, monotonluk, yöneticilerin inkârı, ahlak dışı organizasyonlar, yatay uygulamalar, küçülme, yeniden yapılanma ve şirket evlilikleri şeklinde sayılabilmektedir²⁵.

¹⁹ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 39; ÇOBANOĞLU, s. 34.

²⁰ ÇOBANOĞLU, s. 35.

²¹ Mobbing uygulayıcılarının kötü kişilik, paranoid kişilik bozukluğu, obsesif kişilik bozukluğu, narsist kişilik bozukluğu ve anti sosyal kişilik bozukluğu gibi adlandırılan psikolojik rahatsızlıklara sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz. DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 39 - 44; ÇOBANOĞLU, s. 35 - 39.

²² Organizasyon kültürü, şirket kültürü ile eş anlamlıdır. Organizasyonun/şirketin kültürü, mensubu bulunduğu ulusal kültürden etkilenmektedir. Yapılan araştırmalar neticesinde, Asyalı şirketler ile Amerikalı şirketlerin öncelikleri, dolayısıyla da kültürlerinin farklı olduğu tespit edilmiştir. Bkz. ÇOBANOĞLU, s. 44, 45.

²³ DİNÇER, s. 271.

²⁴ Kötü yönetim unsurları; yoğun hiyerarşik yapı, insan kaynakları amacıyla aşırı sonuca yönelik yaklaşım, şeffaflık olmama, iletişim eksikliği, liderlik eksikliği, yansıma ve suçlama psikolojisi, ekip çalışmasının yetersizliği, çözüm konusundaki zayıflıklar şeklinde sayılabilmektedir. Bu kapsamda, *Brodsky* tarafından mobbingin amaçları olarak sayılan disiplin, verimlilik ya da refleksleri güçlendirmek amaçları da kötü yönetim olarak nitelendirilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 47; ÇOBANOĞLU, s. 49.

²⁵ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 46, 50; ÇOBANOĞLU, s. 40, 47.

Mobbing mağdurunun psikolojik durumu ve diğer nitelikleri de yine, mobbinge neden olan etmenlerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, *duygusal zekâsı*²⁶ yüksek olan kişilerin, daha yoğun bir şekilde duygusal saldırıya maruz kaldığı öne sürülmektedir. Yapılan araştırmalara göre, mobbing mağdurlarının bir çoğunun, iyi eğitim almış, vizyon sahibi, yorum yapma ve çözüm üretebilme yeteneği gelişmiş, başarılı ve iyi bir dış görünüme sahip kişiler oldukları tespit edilmiştir²⁷. Yapılan bir araştırmaya göre, Türkiye’de mobbing mağdurlarının % 80’ inden fazlasının, yüksek seviyede duygusal zekâyâ sahip oldukları ve mağdurların % 70’ inin, yüksek duygusal zekâ sahibi bayanlardan oluştuğu belirtilmektedir²⁸.

Daha önce de belirtildiği üzere, *toplumsal değerler* de, mobbinge neden olan etmenler arasında sayılmaktadır. Kültürel farklılıklara paralel olarak ulusal değerler de toplumdan topluma farklılık göstermektedir. Özellikle Amerika, İngiltere ve Almanya gibi batı toplumlarında çalışma hayatı, verimlilik ve karlılık kavramlarına bağlanmış faydacı zihniyet yaygınlaşmıştır. Bu durumun sonucu olarak, çalışma yaşamındaki acımasız rekabet anlayışı, bireyin yalnızlaşması, verimlilik/karlılık amaçlarının ön planda gözetilmesi gibi *toplumsal değer* olarak adlandırılabilen olgular, mobbing uygulamalarını tetiklemektedir²⁹.

IV. MOBBİNG UYGULAMALARI VE SONUÇLARI

Somut olaya göre mobbing uygulamaları farklılık göstermektedir. Bu nedenle de mobbing uygulamalarının tümünü, bire bir önceden tespit etmek ve ayrıntılı bir şekilde sıralayabilmek son derece güçtür. Bununla birlikte *Leymann*’a göre; mobbing uygulamalarını, mağdurun üzerindeki etkilerine göre, beş temel başlık altında sınıflandırabilmek mümkündür. Sözü geçen sınıflandırmaya göre mobbing uygulamaları³⁰:

²⁶ Duygusal zekâ (*emotional intelligence*) kavramının temeli, *Thorndike*’ın 1920 yılında tanımladığı sosyal zekâ kavramına dayanmaktadır. Duygusal zekâ kavramı ilk kez *Peter Salovey* ve *John Mayer* adlı iki psikolog tarafından, “*bireylerin duygularıyla başa çıkabilme becerisi*” şeklinde tanımlanmıştır. Kavram 1995 yılında psikolog *Daniel Goleman* tarafından gündeme getirilmiştir. *Goleman*’a göre duygusal zekâ, “*azim, sebat, kendi kendini harekete geçirebilmeyi kapsayan, diğerlerinin ne hissettiğini anlayabilme ve dürtülere hâkim olabilmeyi sağlayan temel yaşam becerisidir.*” Bkz. DOĞAN/DEMİRAL, s. 211-212.

²⁷ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 51; ÇOBANOĞLU, s. 52, 53.

²⁸ ÇOBANOĞLU, s. 53.

²⁹ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 56-57; ÇOBANOĞLU, s. 66-68.

³⁰ *Leymann*’ın kişisel web sitesi kapsamında yer alan sınıflandırma için bkz. (<http://www.leymann.se/English/frame.html>), (E.T. 30 Nisan 2012).

• *Mağdurun iletişim alanına yönelik saldırılar:* Mağdur susturulur, düşünceleri önemsenmez, kendisine sözlü olarak tehdit ve hakaretlerde bulunulur. Mağdurun makul teklif ve görüşleri dahi duymazlıktan gelinir. Bu ve bunlara benzer davranışlar yoluyla mağdurun iletişim imkânı yok edilir.

• *Mağdurun sosyal temaslarına yönelik saldırılar:* Mağdur ile diğer çalışanların iletişim kurması yetkililerce/mobbing faillerince engellenir. Bu durum mağdurun (görev yerinin) izole edilmesi ya da mağdurla iletişimin diğer çalışanlara yasaklanması gibi yollarla gerçekleştirilebilmektedir. Böylelikle mağdur iş ortamında yalnızlaştırılmaktadır.

• *Mağdurun itibarına yönelik saldırılar:* Mağdur hakkında dedikodular çıkarılır. Mağdurun varsa fiziksel özrü, fiziksel özellikleri, etnik kökeni, dini ve vicdani inançları ile alay edilerek küçük düşmesi sağlanır.

• *Mağdurun mesleki konumuna yönelik saldırılar:* Mağdura asıl görevi kapsamında aktif görev verilmemesi, mağdura sürekli olarak anlamsız ve gereksiz görevler verilmesi gibi uygulamalarla mağdurun mesleki ilerlemesi kesilmektedir.

• *Mağdurun fiziksel sağlığına yönelik saldırılar:* Mağdura tehlikeli görevlerin verilmesi, fiziksel tehdit ve saldırılar yöneltilmesi, cinsel taciz uygulanması şeklindeki davranışlarla mağdurun fiziksel ve ruhsal sağlığı tahrip edilmektedir.

Mobbing uygulamalarının etkileri sadece mağdurun kişiliği ile sınırlı değildir. Mağdur yanında, çevresindeki kişiler, mağdurun ilişkileri ve toplum da zarara uğramaktadır. Mobbinge maruz kalan kişinin uğradığı zararlar; hafiften ağıra doğru, üç dereceli olarak irdelenebilmektedir.

Bu ayrıma göre; *birinci derecede mobbing* eylemleri sonucu kişide ağlama, uyku bozuklukları, alınganlık ve dikkat dağınıklığı gibi etkiler gözlemlenmektedir. *Birinci derecede mobbing* etkileri, mağdurun ailesi ve arkadaşları tarafından fark edilmez ve ilişkileri etkilemez. *İkinci derece mobbing* ise mağdurda yüksek tansiyon kalıcı uyku problemleri, sindirim sistemi problemleri, aşırı kilo değişiklikleri ve depresyon gibi rahatsızlıklara neden olabilmektedir. Bu derecenin etkileri ise mağdurun yanında artık çevresindekilerce de fark edilebilmektedir. *Üçüncü derece mobbing* uygulamaları ise mağdurda; şiddetli depresyon, panik atak, kalp krizi gibi ciddi sağlık problemlerine neden olur. Bunların yanında, üçüncü derecede mağdur; intihar girişimine meyilli hale gelmektedir. Bu aşamada mağdur

çevresindekilere yönelik şiddet eylemlerine girişebilmektedir. Artık çalışamaz duruma gelen kişinin tıbbi ve psikolojik olarak destek alması kaçınılmaz hale gelmiştir³¹.

Mobbingin etkileri genel olarak değerlendirildiğinde, maddi ve manevi maliyetlere neden olduğu kabul edilmektedir. Mobbing uygulamaları nedeniyle bireyler açısından ortaya çıkan sağlık problemleri, neticede intihar ya da cinayet eylemine kadar uzanarak insan hayatını tehdit eder bir niteliğe bürünebilmektedir. Aileler açısından ise mobbing eylemi, boşanmalara yol açabilmekte; bu durum ise ilgili toplumun sosyolojik açıdan ciddi anlamda yıpranmasına neden olabilmektedir. Organizasyonlar açısından mobbing eylemi, başta verimlilik açısından baltalayıcı sonuçlara neden olabilmekte ve ilgili kuruluşun hedeflerinden uzaklaşmasına sebep olabilmektedir. En nihayetinde; mobbing uygulamaları toplum açısından, mutsuz ve üretkenliklerini kaybetmiş bireyler ortaya çıkarmakta, sosyolojik ve ekonomik anlamda toplumsal zarara neden olabilmektedir³².

Tüm bu olumsuz etkilerinden dolayı mobbing olgusu, sadece mağdur ya da müstakbel mağdurları değil; işçi, işveren, baskı grupları, dernek ve siyasi partiler gibi toplumu oluşturan herkesi, özetle, tüm toplumu ilgilendiren büyük bir problem niteliği taşımaktadır.

V.GENEL OLARAK MEMUR DİSİPLİN HUKUKU VE MEVZUAT

Çalışmanın konusu nedeniyle, ilgili kavram sayılan, “memur disiplin hukuku” kavramına da değinmek gerekmektedir. Bununla birlikte; kavramın başlı başına geniş kapsamlı bir alan niteliği taşıması sebebiyle, çalışma dâhilinde ancak genel olarak değinilebilecektir.

Disiplin gücü (kudreti) kavramının, kapsam bakımından geniş olduğu ve temel olarak üç boyut içerdiği kabul edilmektedir. *Disiplin kudreti* dar anlamda, amirin emrinde çalışan memuru cezalandırabilme yetkisi; geniş anlamda ise idarenin özel kişileri cezalandırabilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte derneklerin kendi üyelerini cezalandırabilme yetkisi de yine disiplin kudretinin bir diğer görünümüdür³³.

Disiplin hukuku, kamu kurumlarında ve özel kurumlarda, amaçlanan çalışma düzeninin devamı ve korunması maksadıyla belirlenen bir

³¹ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 66 – 70.

³² DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 146 – 148.

³³ GÖLCÜKLÜ, s. 158.

dizi müeyyide ve ödüllendirme sistemini inceleyen hukuk dalı olarak tanımlanabilmektedir. Bu anlamıyla *disiplin hukuku*, üst kavram olarak kabul edilebilmektedir. *Disiplin hukuku* kapsamına, *memur disiplin hukuku* da dâhildir. *Memur disiplin hukuku* ise kamusal çalışma düzeninin sağlanması ve korunması maksadıyla belirlenmiş olan bir dizi müeyyide ve ödüllendirme sistemini konu edinen hukuk dalı olarak tanımlanabilmektedir. *Disiplin yaptırımı uygulama yetkisi*, konu bakımından disiplin hukukunun merkezi olarak nitelendirilebilmektedir. “*Disiplin hukuku ise başlıca; bu yetkinin kapsamını, kullanılış şeklini, savunma hakkı ve disiplin yaptırımı işlemlerine karşı hukuki başvuru yollarını inceler.*”³⁴. Söz konusu ödüllendirme ve müeyyide uygulamaları idare tarafından gerçekleştirildiğinden memur disiplin hukuku, *idare hukuku* çatısı altında yer almaktadır. Bununla birlikte, cezayı konu edinen bir hukuk dalı olan memur disiplin hukukunun, *ceza* boyutu da mevcut bulunmaktadır. Bu nedenlerle memur disiplin hukukunun, hem *idare hukuku* hem de *ceza hukuku*³⁵ çerçevesinde ele alınması gerekmektedir³⁶. Türkiye, Fransa, Almanya ve İsviçre hukuk sistemlerinde, memur disiplin hukuku, bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilmemiş; bunun yerine kamu hukuku ve idare hukukunun bir alt dalı olarak kabul edilmiştir³⁷.

Türk hukuku mevzuatı kapsamında, memur disiplin hukuku geçmiş, Cumhuriyet öncesi döneme kadar dayanmaktadır³⁸. Tanzimatın ilk dönemine denk düşen söz konusu düzenlemeler, eylem ile karşılık ceza arasında orantısız bir nitelik taşımaktadır. Fiillere karşılık olarak belirlenen cezaların

³⁴ SANCAKDAR, *Disiplin*, s. 122.

³⁵ Disiplin yaptırımı ile ceza yaptırım arasındaki ilişki konusunda, ortaya atılmış toplamda üç farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, her iki yaptırımda aynı kabul edilmektedir. Ayrım yapmak gereksiz görülmektedir. Bir diğer görüşe göre ise, disiplin hukuku, ceza hukukunun bir türü / alt dalı olarak kabul edilmektedir. Son görüşe göre ise disiplin yaptırımı ve ceza yaptırımlar arsında bağlantı bulunmamaktadır. Bu görüş disiplin hukukunu idari yaptırım olarak nitelendirmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAKDAR, *Disiplin*, s. 129-139.

³⁶ LİVANELİOĞLU, s. 1.

³⁷ SANCAKDAR, *Disiplin*, s. 139.

³⁸ 1860 tarihli Ticaret Kanunnamesi, 1860 tarihli Telgraf Nizamnamesi, 1861 tarihli Dersaadet Gümrükleri ile Mülhakat Gümrüklerinin Muameleti Dahiliyesine Dair Nizamnamei Dahili, 1869 tarihli Mektebi Sanayi Nizamnamesi, 1881 tarihli Memurini Mülkiye Kararnamesi, 1883 tarihli Sıhhiye Memurin ve Müstahdemin Komisyon Nizamnamesi, 1913 tarihli Tedrisatı İptidaiye Kanunu Muvakkati, 1913 tarihli Polis Nizamnamesi disiplin suç ve cezalarını düzenlemektedir. Bunların yanında, hâkimler hakkında disiplin hükümlerini içeren, 1868 tarihli Divanı Ahkâmı Adliyenin Teşkilî Hakkındaki Nizamnamei Esasi, 1874 tarihli Hükkamı Şer’iye Nizamnamesi, 1879 tarihli Mehakimi Nizamiye Teşkilatı Kanunu Muvakkati ve 1880 tarihli Vilayet Devairi Adliyesinde Usulü İdarei Maliye ve Hesabiye Dair Talimat bulunmaktadır. Tarihçe konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ORHUN, s. 157–193.

orantısızca ağırlığının yanında söz konusu düzenlemelerde, hangi cezaların hangi fiillere karşılık uygulanacağı hususu da açıklıkla tespit edilmemiştir. Bu durum ise, uygulayıcı yetkili makam ve mercilere son derece geniş bir takdir hakkının tanınması anlamına gelmektedir. İkinci Meşrutiyet döneminde, 1911 tarihli Adiiye ve Mezahip Nezareti Nizamnamei Dahilisi, söz konusu takdir yetkisinin sınırlandırılması yönündeki ilk düzenleme olarak kabul edilmektedir. Akabinde; Cumhuriyet döneminde 1926 tarihli 788 sayılı Memurun Kanunu, disiplin cezalarını ve bu cezaların hangi durumlarda uygulanacağını belirtmiş, disiplin yargılaması usul ve itiraz şeklini düzenlemiştir³⁹.

Yürürlükteki mevzuat kapsamında Türk Memur Disiplin Hukuku kuralları, başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere, çok sayıda kanun kapsamında, dağınık olarak yer almaktadır. Devlet Memurları Kanunu, Memur Disiplin Hukuku kapsamında genel nitelikli bir kanun olarak kabul edilmektedir. Öyle ki, 657 sayılı Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların memurları, şayet mevcutsa, özel kanunlarında yer alan disiplin hükümlerine; böyle bir düzenleme mevcut değil ise, 657 sayılı Kanun kapsamında yer alan disiplin hükümlerine tabi sayılmıştır. Ayrıca 657 sayılı Kanun kapsamında yer almasa dahi, kendi özel kanunlarının 657 sayılı Kanunun disiplin hükümlerine atıfta bulunan kurum ve kuruluşların memurları da yine 657 sayılı Kanunun disiplin hükümlerine tabidir⁴⁰.

657 sayılı Kanun 125. maddesi kapsamında, disiplin cezalarını ve bu cezaların uygulanacağı halleri saymıştır. Madde kapsamında, toplamda beş adet disiplin cezası öngörülmüştür. Bunlar, hafiften ağıra doğru: *uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma* yaptırımlarıdır⁴¹. Uyarma; memura görevi ile ilgili olarak dikkatli olmasının yazılı şekilde bildirilmesidir. Kınama; memura kusurlu olduğunun yazılı olarak bildirilmesidir. Aylıktan kesme; memurun brüt aylığından 1/30–1/8 arasında kesinti yapılmasıdır. Kademe ilerlemesinin durdurulması; fiilin ağırlık derecesine göre memurun bulunduğu kademede ilerlemesinin 1–3 yıl durdurulmasıdır. Devlet memurluğundan çıkarma ise, memurun bir daha devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarılmasıdır⁴².

³⁹ LİVANELİOĞLU, s. 9–12.

⁴⁰ LİVANELİOĞLU, s. 12–13. Danıştay’a göre, “özel kanunla düzenlenmeyen bir konuda, disiplin cezasını gerektiren bir fiilin varlığı nedeniyle, genel kanun olan 657 sayılı kanunun uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” Bkz. Danıştay 10. Dairesi, E. 1985/112, K. 1987/566, K.T. 18.3.1987, (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/KararMevzuatNo.jsp>), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁴¹ LİVANELİOĞLU, s. 14; DURMUŞ, s. 220.

⁴² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 125. maddesinde disiplin cezalarını açıkça tanımlamış

Türk mevzuatı kapsamında 657 sayılı Kanun dışında, disiplin suç ve cezalarının yer aldığı başlıca diğer yasal düzenlemeler: 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kurulu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁴³, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 832 sayılı Sayıştay Kanunu⁴⁴, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 477 sayılı Disiplin Mahkemelerinin Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun, 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına Dair Kanun, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanunu, 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun, 1580 sayılı Belediyeler Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu, Gümrük Memurlarıyla ilgili olarak 1920, 3944 ve 2677 sayılı kanunlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunudur.

Sayılan tüm bu düzenlemeler kapsam bakımından farklı kişi ve kurumlara ilişkindir. Bununla birlikte, düzenlemelerin içeriğine bakıldığında farklı disiplin cezalarının kabul edildiği görülmektedir. Bir görüşe göre; disiplin hukukunun meslek, kişi ve kurumlar açısından farklılık göstermesi, mevzuat dağınıklığını zorunlu kılmaktadır⁴⁵.

Memurlara yönelik belirlenmiş olan disiplin cezaları, bir başka ifadeyle, memur disiplin hukuku, ülkeden ülkeye de farklılık arz etmektedir. İngiltere’de; para cezası, başka yere gönderme, ücret kesintisiyle birlikte işten el çekirme, emeklilik maaşının indirilmesi, memuriyetten çıkarma gibi cezalar kabul edilmiştir. İsveç’te; aylıktan kesme, memurun terfi ve maaş artışını keser nitelikte uyarma, maaşsız uzaklaştırma ve memurluktan çıkarma

ve uygulanacağı halleri tek tek saymıştır.

⁴³ 6216 sayılı kanunun ikinci bölümü “Disiplin İşlemeleri İle Suç Ve Cezalara İlişkin Hükümler” başlığı ile 16, 17, 18 ve 19. maddeler kapsamında, disiplin hükümleri yer almaktadır. Bkz. (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/30984.html>), (E.T. 11 Ekim 2012).

⁴⁴ 832 sayılı kanunun on birinci bölümü “Disiplin Ceza Ve Kovuşturması” başlığı altında, 95 ile 98. maddeler kapsamında, disiplin cezalarını ve kovuşturmasını düzenlemektedir. Bkz. (<http://www.sayistay.gov.tr/mevzuat/kanun.htm>), (E.T. 11 Ekim 2012).

⁴⁵ Yüksek hâkimler için *uyarı* ya da *görevden çekilmeye davet* yaptırımı öngörülmüşken, asker kişiler için *oda* ya da *göz hapsi* gibi disiplin cezaları öngörülmüştür. Bir görüşe göre para cezası niteliğindeki disiplin yaptırımları, sosyal devlet ilkesi kapsamında eleştirilmektedir. Diğer yandan, memurun kıdem, sınıf ve emeklilik gibi özlük haklarının ortadan kaldırılması yerine para cezasının uygulanması memur açısından daha makul karşılanabilmektedir. Bkz. Lİ-VANELİOĞLU, s. 16, 19.

gibi cezalar uygulanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde; para cezası, sınıf düşürülmesi, daha alt bir göreve atama gibi yaptırımlar kabul edilmiştir. İtalya'da; kınama, maaşsız uzaklaştırma, emeklilik haklarının kısmi ya da tamamen elinden alınması, göreve son verme gibi cezalar kabul edilmiştir. Fransa'da; uyarma, kınama, terfi listesinden çıkarma, kıdem ya da sınıf indirimi ve memurluktan çıkarma gibi yaptırımlar kabul edilmektedir⁴⁶.

VI. MEMUR DİSİPLİN HUKUKUNUN GENEL ESASLARI VE UYGULAMA

Memur disiplin hukuku kapsamında düzenlenmiş olan disiplin suç ve cezalarına ilişkin genel esaslar belirlenirken öncelikle, ilgili mevzuata bakmak gerekmektedir. Ve fakat genel kanun sayılan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında Türk Ceza Kanunu'nun aksine, memur disiplin hukukunun genel esaslarını belirleyen bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Bununla birlikte, cezaya sebep olan eyleme ilişkin tanımlamanın yer aldığı 125. madde kapsamında da genel unsurlar, her bir eylem için ayrıca düzenlenmemiştir. Söz konusu belirsizliğin aşılması için kanun koyucunun iradesi, mahkeme içtihatları ve teamüller yol gösterici olarak kabul edilebilmektedir⁴⁷.

Memur disiplin hukuku mevzuatı kapsamında; genel hükümlerin açıkça ve yeterli şekilde düzenlenmemiş olması, disiplin hukukunun idare hukuku şemsiyesi altında bulunması, idare hukukunun ise içtihat hukuku olması nedenleriyle disiplin hukuku uygulamalarında ceza hukukuna dair genel ilkelerden faydalanılmaktadır⁴⁸. Bu anlamıyla ceza hukuku ve disiplin hukuku hem benzer hem de farklı niteliklere sahiptirler. Amaç bakımından ceza hukuku kamu düzeninin korunmasını hedeflerken, disiplin hukuku belirli bir kurum ve ya personelin çalışma düzeninin korunmasını amaçlamaktadır. Kapsam açısından ceza hukuku toplumun tüm bireylerini kapsamaktayken disiplin hukuku yalnızca ilgili, daha dar bir kitleyi kapsamaktadır. Uygulama açısından ise ceza hukuku bağımsız hâkim ve mahkemelerce uygulanmaktayken, disiplin hukuku ilgili kurum içerisinde bulunan amir tarafından işletilmektedir. Bu haliyle genel esasları belirlenmiş hâkimlere oranla, suç unsurları ve genel esasları belirlenmemiş disiplin cezasını uygulayan amirin takdir hakkı son derece geniştir⁴⁹.

⁴⁶ LİVANELİOĞLU, s. 18.

⁴⁷ LİVANELİOĞLU, s. 22.

⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 638; SANCAKDAR, *Disiplin*, s. 138; LİVANELİOĞLU, s. 21.

⁴⁹ DURMUŞ, s. 16-17.

Türk disiplin hukuku mevzuat ve içtihatlar incelendiğinde, ceza hukukuna ilişkin olarak benimsenmiş olan belirli kural, hak ve ilkeler şunlardır⁵⁰:

- Şüpheden sanık yararlanır ilkesi⁵¹,
- Kanunsuz ceza olmaz (nulla poena sine lege) kuralı⁵²,
- Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı⁵³,
- Aleyhe değiştirme yasağı (reformatio in peius)⁵⁴,
- Savunma hakkı, susma hakkı, müdafiden faydalanabilme hakkı⁵⁵,
- Suç ile ceza arasında oranlılık/ölçülülük ilkesi⁵⁶,
- Suçun manevi unsurunun varlığı/kusurluluk şartı⁵⁷,

⁵⁰ OĞURLU, s. 102–104; DURMUŞ, s. 17–18; SANCAKDAR, *İdare*, s. 412–418.

⁵¹ İlke *masumluk karinesi* olarak ifade edilmektedir. Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 138–139.

⁵² Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasanın 38. maddesinde tanımlanan suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, disiplin suç ve cezaları açısından da geçerlilik arz etmektedir. LİVANELİOĞLU, s. 25. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1990/12, K. 1991/7, K.T. 4.4.1991. (http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=932&content=), (E.T. 30 Nisan 2012). Ancak bu görüşe karşıt görüş olarak, disiplin suç ve cezalarının Anayasanın 128. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. LİVANELİOĞLU, s. 25–26.

⁵³ Ceza hukukuna paralel olarak, disiplin hukukunda da kanunu bilmemek, cezalandırılmama sebebi olarak kabul edilmemiştir. Öyle ki, ilgili mevzuat yükümlülüklerini bilmek, bir memurluk görevi olarak kabul edilmektedir. Bkz. LİVANELİOĞLU, s. 41.

⁵⁴ Aleyhe değiştirme yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL/ZAFER, s. 586–588.

⁵⁵ Savunma hakkı, susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı için bkz. CENTEL/ZAFER, s. 135–138.

⁵⁶ Oranlılık ilkesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi somut olaya göre değerlendirmede bulunmakta ve demokratik toplumda alınması gerekli tedbirler şartı ölçütünü kullanmaktadır. Oranlılık ilkesi Fransa ve İsviçre Yargı yerlerinde bizzat uygulanan bir kıstas niteliğindedir. Türkiye’de Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 69 son fıkrası kapsamında yer alan, “...*Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.*” şeklindeki düzenleme, idareye son derece geniş bir takdir hakkı tanıması nedeniyle eleştirilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAKDAR, *Disiplin*, s. 298–303.

⁵⁷ Disiplin suçlarının oluşabilmesinde kural olarak kastın varlığı aranmaktadır. Taksirden dolayı disiplin cezası verilebilmesi için ise kanunda açık bir düzenlemenin varlığı aranmalıdır. Yine ceza hukukunda olduğu gibi kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler (kaza, tesadüf, mücbir sebep, cebir, ikrah, tehdit, yanıltma ve sapma) disiplin hukuku için de geçerli kabul edilmektedir. Bkz. LİVANELİOĞLU, s. 39–41.

- Cezada indirim⁵⁸ ve zamanaşımı⁵⁹ hali,
- Disiplin kuralları açısından öngörülebilirlik⁶⁰,
- Zamana göre uygulama ve lehe olan yasanın uygulanması ilkesi⁶¹,
- Aynı suçtan ötürü aynı kişi aleyhine tekrar dava açılmaması (*Ne Bis In Idem*⁶²) ilkesidir.

Memur disiplin hukuku uygulaması (disiplin yargılaması) konusunda kabul edilmiş olan başlıca üç sistem mevcut bulunmaktadır. Bunlar; *hiyerarşik sistem*, *yarı kazaî (yargısal) sistem* ve *kazaî (yargısal) sistem* olarak nitelendirilmektedir. *Hiyerarşik sisteme* göre amir, disiplin davasının tarafı ve hâkimidir. İtiraz amire yapılır ve itiraz konusunda verilen karar kesindir. Bu sistem, *İngiliz sistemi* olarak adlandırılır. *Yarı yargısal sistemde* ise amir, cezayı uygulamadan önce danışma kurulunun görüşünü almak, memurun savunmasını almak ve kararlarını gerekçeye dayandırmak durumundadır. *Fransız sistemi* olarak adlandırılan bu disiplin mercii (amirin) kararına karşı itiraz yolu açıktır. *Yargısal sistem* ise *Alman sistemi* olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu sisteme göre, disiplin kovuşturması ceza kovuşturması gibi yürütülmektedir. Hiyerarşik amir şikâyetçi ya da davacıdır. Disiplin muhakemesi, bağımsız nitelikteki *disiplin mahkemesi* tarafından gerçekleştirilir. Almanya örneğinde olduğu gibi, idari sistemde otoritenin güçlenmesi, memurun hukuken daha iyi

⁵⁸ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 125'e göre: "...Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalar olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir....".

⁵⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 127'e göre: "Bu Kanunun 125 inci maddesinde sayılan fiil ve halleri işleyenler hakkında, bu fiil ve hallerin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren; a) Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına, b) Memurluktan çıkarma cezasında altı ay içinde disiplin kovuşturmasına, Başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar. Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar."

⁶⁰ Konu ile ilgili bilgi için bkz. CENTEL, s. 184–185.

⁶¹ Ceza hukukunda kabul edildiği gibi, eylemin gerçekleştirildiği tarihte suç sayılmayan bir davranıştan dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı kuralı, disiplin hukuku için de geçerlidir. Bunun yanında ilkenin istisnası durumunda olan lehe olan hükmün uygulanması kuralı da yine disiplin hukuku tarafından benimsenmiş bir ceza hukuku ilkesidir. Bkz. SANCAK-DAR, *Disiplin*, s. 311 - 312; LİVANELİOĞLU, s. 42–43.

⁶² Kural olarak ceza kovuşturması ile disiplin kovuşturması birbirinden bağımsızdır. Bu durumun iki istisnası mevcuttur: 1. Ceza mahkemesinin sanığın atılı suçu işlemediğinden bahisle vermiş olduğu beraat kararları disiplin mercilerini bağlamaktadır. 2. Ceza mahkemesinin sanığın atılı suçu işlemiş olduğuna dair vermiş olduğu karar da disiplin mercilerini bağlamaktadır. Bkz. LİVANELİOĞLU, s. 45–46.

korunmasına hizmet eden bir disiplin sistemini de zorunlu hale getirmektedir⁶³.

Türkiye’de yürürlükteki hukuka bakıldığında; genel kanun olarak nitelendirilen Devlet Memurları Kanuna göre benimsenmiş olan disiplin yargılaması sistemi, Fransız sistemine (yarı yargısal sisteme) benzetilmektedir⁶⁴. Öyle ki, 657 sayılı Kanun 126. maddesine göre amirin disiplin cezasını verme konusunda yetkilendirilmesi, disiplin kurulunun işlevi, 130. madde kapsamında memura tanınmış olan savunma hakkı ve 135. madde kapsamında disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yolunun tanınması nitelikleri ile Devlet Memurları Kanunu’nca benimsenen sistem, *Fransız sistemini* andırmaktadır⁶⁵. Türkiye’de benimsenen disiplin hukuku sisteminde, disiplin yargılaması; *soruşturma* ile *karar* olmak üzere iki aşamada gerçekleştirilmektedir⁶⁶.

Soruşturma evresine ilişkin olarak, 657 sayılı Kanun kapsamında ayrıntılı düzenlemelere rastlamak mümkün değildir. Bu sebeple soruşturma usulü konusunda, kurumların kendi teftiş kurulu tüzük ve yönetmeliklerinde yer alan hükümler ile mevcut idari teamüller kaynak teşkil etmektedir. Söz konusu hükümlere göre disiplin soruşturması, cezalandırmaya yetkili amir tarafından başlatılır. Danıştay’a göre soruşturmayı gerçekleştiren amir, hem soruşturmacı hem de cezayı veren konumunda bulunabilmektedir⁶⁷. 657 sayılı Kanun md. 129 kapsamında, yüksek disiplin kurulu “...*gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin özlük dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya...*” yetkili kılınmıştır. Yüksek disiplin kuruluna tanınan bu yetkilerin soruşturmayı sürdüren amir ve onun görevlendirdikleri tarafından da kullanılabilmesi gerekmektedir⁶⁸. *Yemin* uygulaması, ancak kanunla açıkça verilmiş olan bir yetkiyi gerekli kıldığından dolayı; yemin yetkisi ancak yüksek disiplin kurullarınca kullanılabilmektedir.

⁶³ GÖLCÜKLÜ, s. 165-166.

⁶⁴ Eski kanun Memurin Kanunu döneminde, Türkiye’de benimsenmiş olan disiplin yargılaması sisteminin, yargısal (Alman) sistemine benzediği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 166-168.

⁶⁵ LİVANELİOĞLU, s. 64.

⁶⁶ LİVANELİOĞLU, s. 65.

⁶⁷ Danıştay 8. Dairesi, E. 1991/1310, K. 1992/215, K.T. 10.2.1992, (<http://www.danistay.gov.tr/>), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁶⁸ Soruşturma yetkili amir tarafından bizzat yapılabileceği gibi onun görevlendirdiği müfettiş ya da soruşturmacılar eliyle de gerçekleştirilebilmektedir. Söz geçen yetkilendirilmiş soruşturmacılar da amirin sahip olduğu yetkileri kullanabilmektedir. Bunun yanında soruşturmacı ile soruşturmaya tabi memur arasında hısımlık, evlilik gibi soruşturmaya dair hukuki bir engel durumunun bulunmaması gerekmektedir. Bkz. SANCAKDAR, *Disiplin*, s. 261.

Devamsızlık gibi bazı durumlarda ise eylemin gerçekleştirildiği imza cetveli gibi yazılı delille sabit bulunsa dahi memurun savunmasının alınması zaruridir.

Kovuşturma/Karar evresine özetle değinmek gerekirse: Soruşturma sonunda *soruşturma raporu* düzenlenir ve raporun son kısmında yer alan sonuç bölümünde hakkında soruşturma yapılan memurun *idari, hukuki ve cezai* sorumluluk durumları tespit edilir⁶⁹. *Soruşturma raporu* kapsamında, idari sorumluluk mevcut görüldüğünde, eylem ve karşılık disiplin cezası da tanımlanır. Ancak söz konusu tanımlama öneri niteliğindedir ve disiplin cezasını vermeye yetkili amir ya da kurullarını bağlamamaktadır. Karar aşamasında, disiplin cezası vermeye yetkili amir ya da kurul; soruşturma kapsamında elde edilen bilgi ve bulguları tartışır, illiyet bağını, gerekçesini kurar ve konu hakkındaki nihai kararını verir. Böylelikle, disiplin yargılaması sürecini tamamlanmış olur⁷⁰.

VII. TÜRKİYE'DE MOBBİNG VE KAMU SEKTÖRÜNDEKİ ÖRNEKLERİ

Türkiye'de mobbing uygulamaları, evrensel oluşuma paralel olarak öncelikle özel sektör kapsamında ortaya atılmıştır. Mobbing uygulamaları konusunda mevzuatta açık düzenlemeler yer almasa dahi, mobbing kavramı güncel bir nitelik taşımaktadır. Mobbing konusunda verilen ilk yargı kararı Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 2006/19 E. ve 2006/625 K. sayılı ilamı olarak kabul edilmektedir. Karar kapsamında mahkeme, işverenin işçiden bir yıl içerisinde beş kez yazılı savunma istemesini ve işçiyi aşağılayıcı, küçük düşürücü davranışlarda (yüksek sesle emir vermek, hakaret etmek gibi davranışlarda) bulunmasını mobbing uygulaması kapsamında değerlendirmiştir. Neticede, mahkeme işçi lehine manevi tazminata ve aleyhinde verilmiş disiplin cezalarının iptaline hükmetmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2007/42976 E. 2008/17137 K. sayılı ilamı ile söz konusu ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Söz konusu karar, mobbing uygulamasının yargı mercilerince tanımlanması açısından ve Türkiye için başlangıç niteliği taşıması bakımından önem arz etmektedir⁷¹. Mobbing uygulamaları konusunda, 1475 sayılı İş Kanunu md. 24 kapsamında, işçinin haklı fesih hallerinden faydalanması ve iş akdini bildirimsizce feshetmesi mümkündür⁷².

⁶⁹ LİVANELİOĞLU, s. 71.

⁷⁰ Bkz. SANCAKDAR, *Disiplin*, s. 296–298.

⁷¹ Mobbing İle Mücadele Derneği İnternet Sitesi, Yargıtay Kararı, (http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=404:yargitay-karari&catid=30:is-mahkemesi-kararlari&Itemid=14), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁷² 24. madde kapsamında, hakkını kullanan işçi ihbar tazminatına hak kazanamamakta ve fa-

Uygulamanın başlangıç noktası özel sektör olsa dahi, bu durum kamu sektöründe mobbing uygulamasının yaşanmadığı anlamına gelmemektedir. Kamu sektöründe mobbing uygulamasının somut bir örneği olarak, Danıştay 1. Dairesi tarafından verilmiş bulunan bir karara değinmek gerekmektedir. Söz konusu kararında yüksek mahkeme; bir öğretim üyesine yönelik, dekanın gerçekleştirdiği mobbing niteliğindeki eylemlerin cezai sorumluluk doğurup doğurmadığı konusunda, ceza yargılaması yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Olayda, şikâyetçi öğretim üyesi; yurt dışı görevlendirmesi konusunda çekimser oy kullanılmasının, bilinçli ve kasıtlı bir mobbing uygulamasına dayandığını vurgulamıştır. Bu gerekçe ile savcılığa başvuruda bulunan öğretim üyesi, Yüksek Öğretim Kurulu tarafından dekan hakkında soruşturma başlatmıştır. Ve fakat gerçekleştirilen soruşturma neticesinde, dekanın yargılamasına izin verilmemiştir. Bunun üzerine şikâyetçi öğretim üyesi, söz konusu “men-i muhakeme kararı” aleyhine Danıştay’a başvuruda bulunmuştur. Danıştay söz konusu “men-i muhakeme” kararını iptal ederek, dekanın ceza mahkemesinde “görevi kötüye kullanmak suçu” kapsamında yargılanmasına karar vermiştir. Aynı olay kapsamında; mobbinge maruz kaldığını iddia eden öğretim üyesi lehine, Kocaeli Sulh Hukuk Mahkemesi’nce manevi tazminata da hükmedilmiştir⁷³. Söz konusu kararlar benzer olaylara emsal teşkil etmesi bakımından önem taşımaktadır⁷⁴.

Bir başka emsal olayda, bir öğretim üyesi; profesör olarak görev yaptığı üniversitede gerçekleştirilen mal/hizmet alımlarında belirli firmalara ayrıcalık tanındığı, bu durumun ise devleti zarara soktuğu yönünde savcılığa şikâyetle bulunmuştur. Savcılık gerçekleştirmiş olduğu soruşturma kapsamında çok sayıda kişiyi tutuklamış ve ağır ceza mahkemesinde dava açmıştır. Durumdan rahatsız olan rektör, şikâyetçi öğretim üyesi hakkında ardı ardına dokuz adet disiplin soruşturması⁷⁵ başlatmıştır. Soruşturmalar neticesinde; öğretim üyesi

kat çalışma süresi bir yılı aşması halinde, kıdem tazminatını talep edebilmektedir. Bunun yanında, işçinin manevi tazminat hakkı somut olaya göre mevcut bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZER, s. 651–664; ÇELİK, s. 226–232; DEMİR, s. 250–270.

⁷³ Haber için bkz. (http://www.adaletvehukuk.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=776:daniştaydan-örnek-olacak-mobbing-kararı&Itemid=1), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁷⁴ Haber için bkz. (http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=218:mobbing-uygulayan-dekana-ceza&catid=48:mevzuat&Itemid=17), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁷⁵ Suçlamalardan bir kısmı şunlardır: “Genel cerrah olan ve özellikle sağlıklı beslenme konusunda çok sayıda çalışması olan Acar’ın, Yozgat’taki bir fırıncıya bol kepekli ekmeği üretmesini tavsiye etmesi, fırıncının tavsiyede bulunanın Acar olduğunu belirterek satış yapması. Yozgat’ta açılan balıkçının, Acar’ın balığın faydalarına yönelik beyanlarını levha hali-

suçlu bulunarak profesörlük unvanı kendisinden alınmış, üniversite ile ilişkisi kesilmiştir. Öğretim üyesi; sözü geçen disiplin cezalarına karşı, gerek Yüksek Öğretim Kurumu gerekse mahkemeler yoluyla karşı koymuş ve sadece tek bir kınama cezası hariç⁷⁶, diğer sekiz adet disiplin yaptırımını iptal ettirmiştir. Şikâyetçi öğretim üyesi; rektör aleyhine, mobbinge dayalı olarak, asliye hukuk mahkemesinde, manevi tazminat davası açmıştır. Mahkeme, şikâyetçi öğretim üyesinin manevi tazminat istemini kabul etmiştir⁷⁷. Özellikle değinilen iş bu somut olay, mobbing eyleminin disiplin soruşturmaları ve cezaları eliyle gerçekleştirilmesi bakımından, çalışmaya örnek teşkil etmektedir.

Güncel bir başka olay ise; üniversitede güvenlik görevlisi olarak çalışan kişinin, mobbinge maruz kaldığı gerekçesiyle, asliye hukuk mahkemesinde açmış olduğu manevi tazminat davasıdır. Olayda güvenlik görevlisi, *görev yapan 400 güvenlik çalışanı içinde ötekileştiriliyorum. Sadece benim yerim, hastane ve kampüs içinde değiştiriliyor. Yeni açılan bölümlere de sürekli beni gönderiyorlar. Hep sürgün vaziyeti, gidip geliyorum. Beni uzaklaştırıp izole etmek istiyorlar*⁷⁸ ifadeleri ile eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara maruz bırakıldığını öne sürmüştür. Davacı, tuvalete gittiğinde dahi hakkında tutanak tutulduğunu ve tüm bu yaşadıkları sebebiyle psikolojisinin bozulduğunu iddia etmiştir. Dava; rektör, güvenlik müdürü ve güvenlik sorumlusuna karşı açılmıştır⁷⁹. Dava henüz neticelendirilmemiş olsa dahi; yasal düzenlemeyle açıkça korunmamış olan bir alanın, içtihatlar yoluyla korunması bakımından son derece büyük önem arz etmektedir.

VIII. MEMUR DİSİPLİN HUKUKUNDA MOBBİNGE MÜCADELE

Daha önce de belirtildiği üzere, mobbing eylemi *yatay* veya *dikey*

ne getirmesi. Acar'ın bir yakınının ve yakınının annesinin ameliyatlarını Ankara'da yapması. Ankara'da doktorların katıldığı bir kokteyle gitmesi. 6 ayrı hastalığı bulunan Şeyma adlı bebekle özel olarak ilgilenmesi, bu konunun basına yansması. Başhekime hakaret." (http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=565:profesoruenn-mobbing-zaferi&catid=8:basindan-secilenler&Itemid=9), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁷⁶ Şikâyetçi öğretim üyesi lehine verilen manevi tazminat tutarı, medyada rekor tazminat olarak anılmıştır. Söz konusu haberin tamamı için bkz. (<http://gundem.milliyet.com.tr/profesurun-mobbing-zaferi/gundem/gundemdetay/25.03.2012/1519650/default.htm>), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁷⁷ Haber için bkz. (http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=547:guevenlik-goerevlisi-rektore-mobbing-davas-act&catid=8:basindan-secilenler&Itemid=9), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁷⁸ Habere ulaşmak için bkz. (<http://www.haberekspres.com.tr/guvenlik-gorevlisi-rektore-mobbing-davasi-acti.htm>), (E.T. 30 Nisan 2012).

⁷⁹ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 29.

boyutta gerçekleşebilmektedir⁸⁰. Bununla birlikte mobbing eyleminin türü somut olaya göre farklılık gösterebilmektedir. Somut olaya göre eylem farklılığı mevcut olsa dahi, tüm mobbing uygulamaları neticesinde; çeşitli yıldırma eylemleri ile mağdurun şeref, haysiyet, onur, kariyer gibi alanlarına saldırılar gerçekleştirilerek, psikolojik olarak yıpranması amaçlanmaktadır.

Mobbing uygulamalarının somut olaya göre çeşitliliği beraberinde, söz konusu uygulamalara karşı başvurulacak olan hukuki yöntemin de çeşitlilik göstermesine neden olmaktadır. İş Kanunu kapsamında çalışan bir kişinin yıldırma eylemine maruz kalması halinde, İş Kanunu md. 24 kapsamında, *bildirimsiz haklı fesih* hakkını kullanma ihtimali doğmaktayken; memur statüsünde çalışan bir kişinin mobbing mağduru olması durumunda izlenecek yol farklılaşmaktadır. Çalışma başlığı kapsamında değerlendirildiğinde ise, konuya memur disiplin hukuku çerçevesinde bakmak gerekmektedir.

Memur disiplin hukuku uygulamaları eliyle gerçekleştirilen mobbing eylemleri, çoğunlukla, mağdura yönelik gerçekleştirilen haksız ve asılsız disiplin soruşturmaları ve cezaları şeklinde somutlaşmaktadır. Üst bölümde değinilen somut olaylar kapsamında yer alan uygulamalar da bu tespiti doğrular niteliktedir. Bu bağlamda; memurlara yönelik gerçekleştirilen mobbing uygulamalarına karşı izlenebilecek yollar da kendi içerisinde, somut olaya göre değerlendirilmelidir. Öyle ki, genel kanun olarak ele alınan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu yanında, şayet var ise ilgili memurun tabi bulunduğu özel kanunda yer alan hükümler de somut olaya göre irdelenmelidir. Bununla birlikte, konuyu genel olarak değerlendirmek gerekirse; öncelikle Türkiye’deki ilgili mevzuata özetle değinmek faydalı olacaktır.

Daha önce de belirtildiği üzere, Türkiye’de mobbing konusunda düzenlenmiş olan ayrı bir yasa bulunmamaktadır. Bunun yanında, mobbing uygulamaları konusundaki yargılamalarda uygulanabilecek çok sayıda norm da yine, mevzuat kapsamında, dağınık olarak mevcut bulunmaktadır. Ana hatlarıyla söz konusu ilgili mevzuata değinmek gerekirse:

Anayasa’nın 125, 128 ve 129. maddeleri memur disiplin hukuku ile ilgilidir⁸¹. Söz konusu maddelerden konu ile bire bir ilgili olanı şüphesiz

⁸⁰ Anayasanın 125. maddesinde idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açılmıştır. 128. madde ise kamu görevlileri ile ilgili genel hükümleri içermektedir. 129. madde kapsamında, disiplin kovuşturmasında güvence ilkesini düzenlemektedir.

⁸¹ Eski düzenlemede yargı denetimi dışında bırakılan uyarma ve kınama yaptırımının ilgili özel kanunda da açıkça denetim dışı bırakılmış olması gerekmektedir. Örneğin eski düzenleme döneminde, 657 sayılı Kanunun 135. maddesinde de uyarma ve kınama cezaları yargı dene-

129. maddedir. Madde kapsamında, *disiplin kovuşturmasında güvence* ilkesi düzenlenmiştir. İlke içeriğinde, disiplin cezalarında *savunma hakkı* ve disiplin cezalarının *yargısal denetimi* korunmaktadır. İlgili düzenleme; 2010 tarihli değişiklik öncesinde, uyarma ve kınama cezalarını yargısal denetim dışında bırakmaktayken, değişiklik ile birlikte sıkça eleştirilen bu istisna kaldırılmış ve tüm disiplin cezaları yargısal denetime tabi kılınmıştır⁸². Bunların yanında kanaatimizce, anayasada yer alan *hukuk devleti ilkesi* (md. 2), *eşitlik ilkesi* (md. 10), *kişi dokunulmazlığı ilkesi* (md. 17) ve *hak arama hürriyeti* (md. 36) gibi ilkeler de yine, mobbing kavramı ile ilgili niteliktedir.

Devlet Memurları Kanunu kapsamında, “disiplin” başlığını taşıyan yedinci bölüm dâhilinde yer alan, 124 ve devamındaki maddeler, mobbing uygulamalarına karşı gerçekleştirilecek olan başvurularda kullanılabilir. 13.02.2011 tarihli yasa değişikliği sonrasında, “itiraz” başlıklı 135. madde kapsamında; uyarma ve kınama cezalarına karşı da yargı yolu, Anayasa’nın 129. maddesine uygun olarak açılmıştır. Böylelikle, Anayasanın 36 ve 125. maddelerine istisna konumunda bulunan uygulama da sonlandırılmıştır.

Diğer taraftan, uluslar arası boyutta; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunan hakların, mobbing uygulaması yoluyla ihlal edilmesi durumunda, diğer koşulların da sağlanması halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuruda bulunmak mümkün olacaktır⁸³. Bununla birlikte, şartların oluşması durumunda, 6216 sayılı Kanun kapsamında, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan *bireysel başvuru yolu*⁸⁴ ile Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmak da yine mümkün görünmektedir⁸⁵.

timi dışında tutulmaktaydı. Buna karşın Yüksek Öğretim Kanunu kapsamında bu şekilde bir düzenleme yer almadığı için, eski düzenleme döneminde dahi Yüksek Öğretim Kanunu kapsamında uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna gidilebilmekteydi. Bkz. LİVANELİOĞLU, s. 105-106.

⁸² Başvurunun hangi hakka istinaden gerçekleştirileceği konusu ise somut olaya göre ayrıca değerlendirilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuru ve sözleşme kapsamında korunan haklar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, eserin tamamı.

⁸³ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun, 45–51. maddeleri kapsamında bireysel başvuruyu düzenlemektedir. Bireysel başvuru usulü, 6216 sayılı Kanun md. 76 uyarınca 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlük kazanmıştır. Söz konusu uygulamanın asıl getiriliş amacı, Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılan başvuruların önüne geçmektir.

⁸⁴ Bireysel başvuru yolunda izlenmesi gereken usul ve yöntem için Anayasa Mahkemesi tarafından bir kılavuz yayımlanmıştır. Söz konusu kılavuza erişim için bkz. (http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/basvuru_kilavuzu.pdf), (E.T. 11 Ekim 2012).

⁸⁵ 2011 yasa değişikliği ile 657 sayılı Kanun md. 135’e göre, “*Disiplin amirleri tarafından ve-*

Söz konusu bireysel başvuru usulü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru ile büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Yakın zamanda ülkemizde uygulamaya konulan bireysel başvuru yolunun, amacına hizmet edip edemeyeceği hususu belirsizliğini sürdürmektedir. Söz konusu belirsizlik, ancak ilk uygulamalar sonrasında netlik kazanacaktır.

Genel kanun niteliği taşıyan 657 sayılı Kanun kapsamında yer alan memur disiplinine ilişkin hükümler yanında, ilgili memurun tabi bulunduğu özel kanunda yer alan disiplin hükümleri de önem arz etmektedir. Bu nedenle, daha önce de belirtildiği üzere; memur disiplin hukuku kapsamında gerçekleştirilen mobbing uygulamalarına yönelik yargısal başvuru süreci, somut olaya göre farklılık gösterecektir. Ancak memur disiplin hukuku kapsamındaki olayların tümünde, disiplin cezasının varlığı söz konusu olduğundan ve disiplin cezası uygulaması, idari nitelikte olduğundan dolayı; özel kanunlardaki farklılıklara rağmen, mağdurun her halükarda *idari dava* açma ihtimali söz konusu olacaktır.

Bu bağlamda, memur disiplin hukuku kapsamında, mobbing uygulaması niteliği taşıyan haksız ve yıldırmaya yönelik disiplin cezasına çarptırılan mağdur memur, öncelikle tabi olduğu özel kanuna göre *itiraz yolu*⁸⁶ öngörülmüş ise söz konusu itirazı gerçekleştirmeli; şayet özel kanunda itiraz usulü mevcut değilse, disiplin cezasının iptaline yönelik idari dava açma hakkını kullanmalıdır. Hak ve zaman kaybının önüne geçmek adına, itiraz ile birlikte idari dava açılabilmesi de kanaatimizce makuldür. Nitekim Danıştay'a göre, itiraz başvurusu, idari dava açma süresini durdurmamaktadır. İdare mahkemesi, söz konusu süreyi davanın esasına girmeden önce re'sen gözetmek durumundadır. Davanın süresinde açılmadığı iddiası, davanın her aşamasında ileri sürülebilmektedir. İdari dava açma süresi ise, aksi düzenlenmedikçe genel süre olarak, ön kararın yazılı bildiriminin yapıldığı ya da zımni ret süresinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren altmış

rilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. İtirazda süre, kararın ilgilîye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır. İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.” Danıştay'a göre itiraz yoluna başvuruda bulunmak, idari dava açma süresini durdurmamaktadır. Bu nedenle, itirazla birlikte idari dava açmak hak kaybının önlenmesi ya da en azından zaman kaybının önüne geçilmesi bakımından faydalı olacaktır. LİVANELİOĞLU, s. 105.

⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK, s. 394-399.

gündür⁸⁷. İdari dava yoluyla mağdur memur, aleyhinde verilmiş olan disiplin cezalarının iptalini gerçekleştirebilecektir.

İdari dava yanında, somut olayda mobbing niteliği taşıyan eylemler nedeniyle; mağdurun manevi dünyasında meydana gelen zararın tazmini, hukuk mahkemesinde açılacak olan *manevi tazminat davası*⁸⁸ ile talep edilebilecektir. Manevi tazminat davası, kuruma değil; mobbing eylemini gerçekleştiren gerçek kişilere yöneltilmelidir. Bunun yanında, haksız disiplin cezası kapsamında mağdurun uğramış olduğu (gelir kaybı gibi) maddi bir zarar mevcut ise; söz konusu maddi zararların tazmini de yine, hukuk mahkemelerinde açılacak olan *maddi tazminat davası* ile talep edilebilecektir⁸⁹.

Mobbing konusunda ayrıca bir düzenlemenin mevcut olmaması nedeniyle; açılan davalar neticesinde oluşturulan içtihatlar sayesinde, hakların gelişimi sağlanabilmektedir. Türkiye’de mobbing uygulamalarına karşı mücadele ciddi boyutlara ulaşmıştır. Mobbinge mücadele konulu derneklerin kurulması, basında yer alan yıldırma haberleri ve mobbing kavramı konusunda bireylerin bilinçlenmesi olguları bir bakıma yürütme organının da dikkatini çekmiştir. Öyle ki, Başbakanlık tarafından 19 Mart 2011 tarihli, 2011/2 sayılı, “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı bir genelge yayınlanmıştır⁹⁰. Kanaatimizce, tüm bu gelişmeler doğrultusunda; Türkiye’de mobbing konusundaki bilinçlenmenin, artan bir ivme ile geliştiğini söylemek haksızlık olmayacaktır.

SONUÇ

Çalışma kapsamında değinildiği üzere, mobbing uygulaması her ne kadar ilk olarak özel iş ilişkileri kapsamında tartışılmaya başlanmış olsa da; günümüzde kamu sektöründe de sıklıkla gözlemlenebilen bir olgu olarak varlık kazanmış bulunmaktadır. Mobbing, yani yıldırma eylemi; çok farklı fiiller şeklinde gerçekleştirilebilen, bu nedenle de somut olaylar kapsamında farklılık arz edebilen bir olgudur. Çalışma konumuz çerçevesinde ise, memur

⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK, s. 394–399.

⁸⁸ Manevi zarar, kişinin şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi maddi olmayan kişisel değerlerinde oluşan zarardır. KILIÇOĞLU, s. 191.

⁸⁹ Bu bağlamda maddi tazminat talebi idareye değil, eylemi gerçekleştiren gerçek kişi ya da kişilere yöneltilmelidir.

⁹⁰ Genelge için bkz. (<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319.htm>), (E.T. 30 Nisan 2012).

disiplin hukuku kapsamındaki eylemler eliyle gerçekleştirilen mobbing olgusu irdelenmeye çalışılmıştır.

Memur disiplin hukuku kapsamında, disiplin soruşturması ve disiplin cezası uygulamaları yoluyla, memur kişiler üzerinde mobbing uygulamak mümkün bulunmaktadır. Öyle ki, çalışmada değinilen Türkiye örneklerine bakıldığında; mağdurları yıldırma maksadıyla haklarında haksız disiplin soruşturmaları açıldığı ve kendilerine haksız disiplin cezaları verildiği gözlemlenmektedir. Bu sayede, mağdurun psikolojik olarak yıldırılması yoluyla, iş ortamından uzaklaştırılması amaçlanmaktadır. Mobbing uygulayıcılarının temel amacı, mağdurun iş ortamından uzaklaştırılması olsa dahi; mobbing eyleminin mağdur üzerinde yol açtığı zarar bu denli açık ve belirlenebilir nitelik taşımamaktadır. Şöyle ki; mobbing eyleminin yol açtığı zararlar, kişinin hafif bir psikolojik zarara uğramasından başlayarak, en son aşamada intiharına kadar gidebilmektedir. Bu durum ise mobbing olgusunun ne denli büyük bir önem arz ettiğinin en açık göstergesidir.

Mobbing konusunda, Türkiye’de ayrıca düzenlenmiş olan bir kanun bulunmamaktadır. Dünya genelinde de yine mobbing konusunda, her ülkenin kendine özgü düzenlemelerinin varlığı kabul edilmektedir. Bir başka ifade ile mobbing konusunda, evrensel nitelikli bir takım hukuk düzenlemelerinin varlığından da bahsedebilmek şu an için mümkün değildir. Aslına bakılırsa, son derece güncel bir kavram hakkında yasal düzenlemelerin bu denli sıkıntılı olması da çelişkili bir durum olarak karşılanabilmektedir. Diğer taraftan, söz konusu yasalaşma sıkıntısının nedeni, kavramın kendi niteliğinden de kaynaklanıyor olabilir. Öyle ki, mobbing uygulaması; kişiye, eylemin türüne ve sonuçlarına göre farklılık göstermektedir. Bu durum ise her somut olayın; ayrıca, kendi şartlarına göre değerlendirilmesi mecburiyetini beraberinde getirmektedir. Söz konusu durum ise, mobbing eyleminin; somut ve tipik tanımının yapılmasına bir ölçüde engel teşkil etmektedir. Buna rağmen, mobbing olgusunun yasayla düzenlenmesinin; uygulama birliği ve hukuki korumanın etkinliği açısından, son derece faydalı olacağı da aşîkârdır.

Açık bir düzenleme bulunmasa dahi; kişilerin tabi olduğu özel kanunlar ve genel kanunlar kapsamında, somut olaya uygun bir biçimde, mobbing eylemine karşı yargı yoluna gitmek, hak arama hürriyetinin bir gereği olarak mümkündür. Nitekim çalışma kapsamında değinildiği üzere; Türkiye örneklerinde, somut olaya göre değişen, adli ve idari bir dizi davalar yoluyla mobbing eylemine karşı hak aramak, uygulamada artık mümkün

hale gelmiştir. Bu uygulamalar ise bireylere, mobbing eylemine karşı, yeni mahkeme kararları ile sürekli gelişim gösteren içtihadî bir hukuki koruma sağlamaktadır. Zaten önemli olan da yasalarla korunmuş bulunan hakların uygulanabilirliği meselesi değil midir? Bu anlamıyla, yasayı yorumlayan uygulayıcılar, mobbinge karşı koruyucu hukuk şemsiyenin eksenini belirleyen kimseler olarak nitelendirilebilmektedir. Bu nedenlerle, en kısa sürede konunun yasayla, açık bir şekilde düzenlenmesi temennilerimizle birlikte; kanaatimizce, mobbing konusunda son zamanlarda verilen olumlu mahkeme kararları, kişi haklarının kapsamını genişletici ve her açıdan sevindirici olarak yorumlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- BRODSKY**, Carroll M., *The Harassed Worker*, Mass.: Lexington Books, D.C. Heath and Co., Lexington 1976.
- CENTEL**, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, İstanbul 2002.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, İstanbul 2005.
- ÇELİK**, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, Beta, İstanbul 2005.
- ÇOBANOĞLU**, Şaban, *Mobbing İşyerinde Duygusal Saldırı ve Mücadele Yöntemleri*, Timaş Yayınları, İstanbul 2005.
- DAVENPORT**, Noa/**SCHWARTZ**, Ruth Distler/**ELLIOTT**, Gail Pursell, *Mobbing Emotional Abuse In The American Workplace*, (Çev: ÖNERTOY, Osman Cem), Sistem Yayıncılık, İstanbul 2003.
- DEMİR**, Fevzi, *İş Hukuku ve Uygulaması*, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2005.
- DİNÇER**, Ömer, *Stratejik Yönetim Ve İşletme Politikası*, Beta Yayınları, İstanbul 1992.
- DOĞAN**, Selen/**DEMİRAL**, Özge, Kurumların Başarısında Duygusal Zekânın Rolü ve Önemi, *Yönetim ve Ekonomi*, Cilt 14, Celal Bayar Üniversitesi İİBF, 2007 Manisa, s. 209 – 230, s. 211-212, (<http://www2.bayar.edu.tr/yonetimekonomi../dergi/pdf/C14S12007/SDOD.pdf>), (E.T. 19 Nisan 2012).

- DURMUŞ, A.** Alper, *Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu Memur Disiplin Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- FIELD, Tim**, *Bully in Sight, How to Predict, Resist, Challenge and Combat Workplace Bullying. Overcoming the Silence and Denial by which Abuse Thrives*, Success Unlimited, Oxfordshire 1996.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, *SBFD*, C. XVIII/2, , s. 115–182.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut**, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref**, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- KÖSE, Sevinç/UYSAL, Şener**, Kamu Personelinin Yıldırma (Mobbing) ve Boyutları Hakkındaki Düşünceleri Üzerine Bir Çalışma: Manisa Tarım İl Müdürlüğü Örneği, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl 2010, C. 8, S. 1, s. 261-276.
- OĞURLU, Yücel**, Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezasına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis İn İdem’ Kuralı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 5, 2003, s. 101–124.
- ORHUN, Hayri**, *Türkiye’de Devlet Memurlarının Hukuki Rejimi Umumi Hatlarıyla Tarihi Gelişim ve Bugünkü Durum*, İçişleri Bakanlığı Yayınları, Seri: 3 Sayı: 2, Ankara 1946.
- SANCAKDAR, Oğuz**, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memurluğundan Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2001. (SANCAKDAR, *Disiplin*)
- SANCAKDAR, Oğuz**, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin, Ankara 2011. (SANCAKDAR, *İdare*)
- SANCAKDAR, Oğuz**, *Memur Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2011. (SANCAKDAR, *Memur*)
- SEXTON, Patricia Cayo**, Book Review, *The Harassed Worker* By Carroll M. Brodsky, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 31, Number 1, October 1977, s. 123-124.
- SÜZER, Sarper**, *İş Hukuku*, Beta, İstanbul 2010.

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM,** Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR,** Oğuz/**ÖNOK,** Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin, Ankara 2010.

İNTERNET KAYNAKLARI

(http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=932&content=), (E.T. 30 Nisan 2012).

(<http://www.andreaadamsconsultancy.com/about>), (E.T. 30 Nisan 2012).

(<http://www.danistay.gov.tr/>), (E.T. 30 Nisan 2012).

(<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/KararMevzuatNo.jsp>), (E.T. 30 Nisan 2012).

(<http://www.leymann.se/English/frame.html>), (E.T. 30 Nisan 2012).

(http://www.adaletvehukuk.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=776:danistaydan-ornek-olacak-mobbing-karari&Itemid=1), (E.T. 30 Nisan 2012).

(http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=218:mobbing-uygulayan-dekana-ceza&catid=48:mevzuat&Itemid=17), (E.T. 30 Nisan 2012).

(http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=565:profesoeruen-mobbing-zaferi&catid=8:basindan-secilenler&Itemid=9), (E.T. 30 Nisan 2012).

(<http://gundem.milliyet.com.tr/profesurun-mobbing-zaferi/gundem/gundemdetay/25.03.2012/1519650/default.htm>), (E.T. 30 Nisan 2012).

(http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=547:guevenlik-goerevlisi-rektoere-mobbing-davas-act&catid=8:basindan-secilenler&Itemid=9), (E.T. 30 Nisan 2012).

(<http://www.haberekspres.com.tr/guvenlik-gorevlisi-rektore-mobbing-davasi-acti.htm>), (E.T. 30 Nisan 2012).

(<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110319.htm>), (E.T. 30 Nisan 2012).

(http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/basvuru_kilavuzu.pdf), (E.T. 11 Ekim 2012)

BOŞ

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İDARÎ YARGININ GÖREV ALANINA YÖNELİK MÜDAHALELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Oğuzhan GÜZEL**

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, idarî uyuşmazlıkları adli yargının görev alanına sokan yasal düzenlemelerin haklı neden ve kamu yararı bulunması halinde Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini iptal eden yüksek mahkeme, idarî uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına dahil edilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunmadığını vurgulamıştır. Bu kapsamda makalede Anayasa Mahkemesi kararları ışığında bu nitelikteki yasal düzenlemeler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İdarî yargının tarihsel gelişimi, idarî yargının anayasal dayanağı, Karayolları Trafik Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

EVALUATION OF THE INTERVENTION REGARDING ADMINISTRATIVE JURISDICTION 'S DUTY FIELD IN THE LIGHT OF VERDICTS OF CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The Constitutional Court decides that legal arrangements which put administrative disputes into the duty field of civil and criminal jurisdiction are not contrary to constitution, in case of righteous cause and public interest. Supreme Court abrogating article 3 of Civil Procedure Code (No: 6100) emphasizes that legislator hasn't absolute judicial discretion on the subject of putting administrative disputes to the duty field of civil and criminal jurisdiction. In this context this kind of legal arrangements will be reviewed in the light of verdicts of constitutional court in this article.

Keywords: Historical progress of administrative jurisdiction, constitutional basis of administrative jurisdiction, Highway Traffic Code, Civil Procedure Code (No: 6100), Turkish Obligation Code (No:6098).

* Bu makale, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Prof. Dr. Metin GÜNDAY ve Yrd. Doç. Dr. Burak ÖZTÜRK gözetiminde yürütülen yüksek lisans dersinde sunulan ödev ve Ankara Barosu ile Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ortak etkinliği olarak 9 Mart 2012 tarihinde düzenlenen "İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdarî Yargı" sempozyumunda yapılan sunum temelinde geliştirilmiştir.

** Arş. Gör., Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

I.GİRİŞ***

İdarî yargı; genel manasıyla idarenin, idare hukukunca düzenlenen eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarına bakan, adli yargının dışında kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri olan ayrı bir yargı düzenidir¹.

İdarî yargının adli yargı dışında ayrı bir yargı kolu olarak örgütlenmesinin mantığını kavrayabilmek için öncelikle bu yargı kolunun dünyada ve ülkemizdeki tarihsel gelişimini incelemek gerekmektedir. İşte bu çalışmanın konusu, idarî yargının Türkiye’deki tarihsel gelişimini ortaya koymak suretiyle anayasal bir dayanağı olup olmadığını -özellikle Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda- inceleyerek idarî yargının görev alanına yönelik yasal düzenlemelerin değerlendirilmesidir.

Bu çalışmanın amacı ise, tarihsel gelişimi doğrultusunda idarî yargının gerekliliğini vurgulayarak idarî yargının görev alanının Anayasa’nın² lâfzî ile olmasa bile sistematığı ile korunduğunu, bir an için idarî yargının görev alanının anayasal dayanağının olmadığı düşünülse bile idarî uyuşmazlıklar için ayrı bir yargı kolu örgütlenmişken bu uyuşmazlıkların çözümünü adli yargıya taşıyan yasal düzenlemelerin isabetli olmayacağını ortaya koymaktır. Bu doğrultuda halen yürürlükte olup Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya uygunluğu esastan incelenmeyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 110. maddesinin birinci fıkrası ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun iptal edilen 3. maddesi ile paralel bir düzenleme olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı belirtilmektedir.

Son yıllarda idarî yargının görev alanına yönelik yasal müdahalelerin sıklıkla hatta Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun iptal edilen 3. maddesi ile birlikte neredeyse tam yargı davalarının tamamının idarî yargının görev alanından çıkartılması eğilimi, bireyin idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri karşısında koruyan idarî yargının yok edilmesi sonucunu doğuracaktır. İdarî uyuşmazlıklar hukuk mahkemelerinin görev alanına girdiğinde birey, idarî yargılama ilkeleri ile elde ettiği avantajlardan mahrum kalarak hukuka aykırı işlemlerine rağmen uyuşmazlıkla ilgili bilgi ve belgelerin idarede olması sebebiyle savunmasını güçlü yapabilen bir idare karşısında zayıf konuma

*** Kısaltmalar: age. adı geçen eser, agm. adı geçen makale, s. sayfa, bkz. bakınız.

¹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.5.

² Aksi belirtilmediği sürece sadece “Anayasa” olarak belirtilen ifadelerden “1982 Anayasası” anlaşılacaktır.

düşmektedir. Bu nedenle doktrin ve mahkeme kararlarını detaylı bir şekilde tartışarak bu çalışmanın yapılması gerekmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde makalemizde vurgulanmak istenen amaç çerçevesinde öncelikle idarî yargının tarihsel gelişimini genel anlamıyla hatırlatma ihtiyacı hissedilmiş ve Türkiye için emsâl teşkil eden Fransız sistemi ile bağlantı kurularak ülkemizde idarî yargının tarihsel gelişiminden bahsedilmiştir.

İkinci bölümde ise idarî yargının görev alanına yönelik müdahalelerin Anayasa'ya uyarlılığını değerlendirmek için idarî yargının görev alanının anayasal dayanağının olup olmadığı hususu irdelenmiştir. Bu doğrultuda, doktrindeki düşünceler ve Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası'ndan itibaren bu yöndeki yasal düzenlemelere ilişkin kararları ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin son yıllarda verdiği kararlarda, itiraz yoluna başvuran mahkemenin görevsizliği sebebiyle esasen Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmadığı yasal düzenlemelere vurgu yapılarak çeşitli tespitlerde bulunulmuştur.

Üçüncü bölümde, idarenin eylem ve işlemleriyle ortaya çıkan bedensel zararlara ilişkin tüm davaları adlî yargının görev alanına taşınması sebebiyle dikkat çeken ve sonrasında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin anlamı ve amacına değinilmek suretiyle yüksek mahkemenin iptal kararı ve bu kararın gerekçesi tartışılmıştır.

Son bölümde ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesine ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararından yola çıkılarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'ya uyarlığı üzerinde durulmuştur.

II. İDARÎ YARGININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Hukuk devleti, vatandaşların hukukî güvence altında bulunduğu, devlet organlarının işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu devlettir³. Hukuk devleti olmanın en önemli gereği, idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tâbi tutularak, hukuka aykırı eylem ve işlemlerin ortadan kaldırılıp bunlar sebebiyle meydana gelen zararların idare tarafından tazmin edilmesidir. Bu sonucun elde edilebilmesi için biri Anglo – Amerikan

³ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, , s. 103.

ülkelerinde uygulanan “yargı birliği”(Anglo-Amerikan, Anglo-Sakson ya da adli yargı), diğeri Kara Avrupası ülkelerinde ve ülkemizde uygulanan “idarî yargı”(yargı ayrılığı ya da Kara Avrupası) sistemi olmak üzere iki ana sistem vardır⁴.

Anglo-Amerikan sisteminde idare hukuka bağlı olmakla birlikte bu bağlılığın kontrolü; genel mahkemeler yani adli yargı mercileri tarafından sağlanır⁵. Müstakil bir idarî yargı mekanizmasının bulunmadığı, özel kişiler aleyhine de, idare aleyhine de davaların aynı yargı düzeninde açıldığı bu sisteme “adli idare sistemi” de denilmektedir⁶.

İdarî yargı sisteminde ise idarî uyumsuzluklara bakan, adli yargının dışında, kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri olan ayrı bir yargı düzeni oluşturulmuştur⁷. Öncülüğünü Fransa yaptığı için “Fransız Sistemi”⁸ adı da verilen bu sistem zamanla ülkemizde de geçerli hale gelmiştir.

A. Fransa’da “İdarî Yargı”nın Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

“İdarî yargı”nın ortaya çıktığı Fransa’daki gelişimini incelemek, müesseseyi kökeninde anlamak bakımından zorunludur¹⁰.

⁴ BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.223; EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, Genel Esaslar İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985, s.359-360; GÖZÜBÜYÜK, s.3; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş Onikinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Eylül 2012, s. 813 (Bundan sonra yazarların bu eserine atıflar age. şeklinde yapılacaktır). Adli idare sistemiyle, idarî yargı sistemi arasında bireylerin subjektif haklarının korunmasının adliye mahkemelerine bırakıldığı ancak idareye karşı iptal davasının kabul edildiği “mahkeme tipi” ya da “Belçika sistemi” diye adlandırılan bir sistemden daha bahsedilmektedir. Bu sistemle ilgili detaylı bilgi için bkz. ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku -İdarî Yargı-Ders Notları, Ankara 1977, s.58. İdarenin yargı denetimi hakkında muhtelif sistemlerle ilgili daha fazla bilgi için bkz. ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, III. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası İstanbul 1966, s. 1832-1839 (Bundan sonra yazarın bu eserine atıflar III. Cilt şeklinde yapılacaktır).

⁵ EROĞLU, s.362; GÖZLER/KAPLAN, age., s.813.

⁶ ÖZYÖRÜK, s.58; GÖZLER/KAPLAN, age., s.813. Anglo-Amerikan sistemi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. ÖZYÖRÜK, s.56-58.

⁷ GÖZÜBÜYÜK, s.5; GÖZLER/KAPLAN, age., s.813.

⁸ EROĞLU, s.360; GÖZLER/KAPLAN, age., s.813.

⁹ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. ÖZYÖRÜK, s.30-41; ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, I. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 64-69 (Bundan sonra yazarın bu eserine atıflar I. Cilt şeklinde yapılacaktır); DERBİL, Süheyl, İdare Hukuku I (İdarî Kaza-İdarî Teşkilât), 4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1955, s.165-171; BONNARD, Roger, İdarenin Kazai Murakabesi(Çeviren: Ahmet Reşit TURNAGİL), Devlet Basımevi, İstanbul 1939, s.177-207.

¹⁰ ÖZYÖRÜK, s.30.

Fransa’da adlî- idarî yargı ayırımının 1789’dan sonra başladığını söyleyen yazarların¹¹ yanında bu ayırımın 1641 yılına kadar geriye gittiğini iddia edenler de vardır¹².

Fransa’da derebeylik döneminde, yönetsel ve yargısal görev ayırımı yapılmıyor, aynı kamu görevlisi her iki görevi de yerine getiriyordu¹³. Merkezî iktidarın derebeylerine karşı kuvvetlenmesiyle birlikte merkezî idare tarafından görevlendirilen yargıçlar ve idareciler, mahallî derebeylerinin yetkilerinin bir kısmını üzerlerine almaya başlayınca o günkü anlamıyla idare ile yargı ayrı ayrı örgütlenme sürecine girmiştir¹⁴. Bu örgütlenme ile paralel olarak merkezî yönetimin atadığı görevliler arasında yargısal işlere bakanlar ve idarî işlere bakanlar şeklinde bir işbölümü yapılmıştır¹⁵. Bu dönemde yargıçlar, ancak özel hukuk uyuşmazlıklarına ve ceza davalarına bakıyor, idarî nitelik taşıyan uyuşmazlıklar adlî yargının görev alanının dışında tutuluyordu¹⁶. Bunların yanı sıra, her eyalette soyluların temsilcilerinden meydana gelen ve kendi eyaletlerinde, kral fermanlarıyla çalışmamak üzere küçük çapta da olsa yasama işlevleri bulunan, kral yargıçlarının gördükleri davalara bir temyiz mercii gibi bakıp kral memurları hakkındaki şikâyetleri inceleyebilen ve “Parlament” denilen feodal yapılı meclisler vardı¹⁷. Bir süre sonra hükümdar; merkezî otoriteyi derebeylerine karşı kuvvetlendirmek için, Parlamentler’in yetkilerini ellerinden alarak yargıçların kararları ve idareye yönelik şikâyetler için ancak kendisine başvurulabileceğine dair fermanlar yayınlamaya başlamıştır¹⁸. Hükümdar, kendisine yapılan müracaatları “Kral Konseyi”nde incelemektedir¹⁹.

Parlamentler’in idarî iş ve mercilere karışmaları yüzünden idarî hizmetlerde görülen aksamalar hoşnutsuzluk yaratmış, 1789 ihtilâlcileri de buna tepki olarak 4 Ağustos 1789’da feodaliteyi ilga edip Parlamentler’i dağıtmıştır. 16-24 Ağustos 1790 tarihli yasa ile de yargı ile idare arasında

¹¹ DUEZ, Paul/DEBEYRE, Guy, *Traité de Droit Administratif*, 1952, s.235 nakleden: ÖZYÖRÜK, s.30.

¹² GÖZÜBÜYÜK, s.5; BÉNOIT, Francis-Paul, *Le Droit Administratif Français*, 1968, s.273 nakleden: ÖZYÖRÜK, s.31.

¹³ GÖZÜBÜYÜK, s.5.

¹⁴ ÖZYÖRÜK, s.31.

¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, s.5.

¹⁶ GÖZÜBÜYÜK, s.6.

¹⁷ ÖZYÖRÜK, s.31.

¹⁸ ÖZYÖRÜK, s.32.

¹⁹ ÖZYÖRÜK, s.32.

tam bir ayrılık ilkesi konularak mahkemelerin idare aleyhine dava kabul etmeleri yasaklanmıştır²⁰. İdareyle ilgili uyuşmazlıklar hakkında dava açılması bu şekilde yasaklanınca vatandaşlar, mahkemelere başvuramadıkları için doğrudan doğruya siyasî ve idarî mercilere, bu arada devlet başkanına başvurmaya başlamışlardır²¹. Böylece “idareci yargıç” veya “bakan yargıç” denilen sistem benimsenmiş oluyordu²². Bakan-yargıç sisteminde bakanlar kendilerine yapılan başvuruları bir yargıç gibi, kesin bir şekilde karara bağlıyorlardı²³. Yani bu sistemde idare, hem yargıç, hem de taraf durumunda bulunuyordu²⁴. Uyuşmazlıkların objektif bir şekilde incelenememesi ve devlet başkanının bireysel şikâyetlerle meşguliyetinin doğurduğu güçlükler sebebiyle bu sistem terk edilmiştir²⁵.

1799’da Birinci Konsül olan Napoleon Bonapart, büyük bir idarî reform gerçekleştirerek biri merkezî diğeri mülkî olmak üzere iki çeşit kurul kurmuştu²⁶. Merkezî bir kurul olarak Devlet Konseyi (Conseil d’Etat) bizdeki adıyla Danıştay, eski “Kral Konseyi” gibi idarî işlemler aleyhine devlet başkanına yapılan müracaatları inceliyordu²⁷. Mülkî ayırım yapılarak il ve ilçelerde oluşturulan konseyler de görev alanlarıyla sınırlı bir şekilde vatandaşlarla idare arasındaki uyuşmazlıkları çözüyordu²⁸. Bu konseylerin görevi dışında kalan idarî uyuşmazlıklar ise yine “bakan yargıç” yöntemi ile gideriliyordu²⁹.

Aslında Danıştay’a yargısal görevler verilmemişti³⁰. Ancak gerek il konseylerinden çıkan kararlar gerek “bakan yargıç” ların kararları aleyhine devlet başkanına başvurulması sonucunda devlet başkanı, bu başvuruları

²⁰ BALTA, s.223-224; GÖZÜBÜYÜK, s.6. Adli merciler, bir dava sırasında bir idarî kararın kanuniliği veya yorumu söz konusu olsa bile bu hususu idarecilerden soracaklar ve alacakları cevapla bağlı kalacaklardır. ÖZYÖRÜK, s.32; ONAR, I. Cilt, s.67.

²¹ BALTA, s.224; ÖZYÖRÜK, s.33, GÖZÜBÜYÜK, s.6; GÖZLER/KAPLAN, age., s.814.

²² ÖZYÖRÜK, s.34; GÖZÜBÜYÜK, s.6; EROĞLU, s.360; DERBİL, s.167. Bu isim fertlerin müracaatlarını inceleyecek nihai karar veren hiyerarşik âmirin bakan olması sebebiyle verilmiştir. EROĞLU, s.360.

²³ GÖZÜBÜYÜK, s.6.

²⁴ EROĞLU, s.360; ONAR, I. Cilt, s.67.

²⁵ EROĞLU, s.361.

²⁶ EROĞLU, s.361.

²⁷ ÖZYÖRÜK, s.35; EROĞLU, s.361.

²⁸ ÖZYÖRÜK, s.35; EROĞLU, s.361.

²⁹ GÖZÜBÜYÜK, s.6.

³⁰ GÖZÜBÜYÜK, s.6.

incelemesi için Danıştay'a gönderiyordu³¹. Bir süre sonra söz konusu şikâyetler doğrudan Danıştay'a yapılmaya başlamıştı. Fakat her iki halde de, Danıştay'ın verdiği kararlar yargısal nitelikte olmayıp devlet başkanına sunulan bir rapordan ibaretti³². Zira Danıştay'ın kararları, ancak devlet başkanı onayından sonra uygulanıyor, sorumlu idare âmirleri de doğrudan doğruya Danıştay'ın kararlarını değil, devlet başkanının emrini yerine getiriyorlardı³³. Nihai kararın devlet başkanının onayına tâbi olması sebebiyle bu usûle “tutuk adalet” adı verilmekteydi³⁴. Buna rağmen devlet başkanlarının ancak iki veya üç Danıştay raporunu değiştirerek uygulattırdıkları, bu değişikliklerin de davacı kişiler lehine olduğu belirtilmektedir³⁵.

Danıştay, 24 Mayıs 1872 tarihli bir yasa sonrasında tasdiksiz kaza yetkisine sahip olmuştur³⁶. Bu yetkiyle birlikte artık Danıştay, “devredilmiş adalet”e sahip bağımsız bir yüksek mahkemedir³⁷. 1926 yılında il konseyleri değişikliğe uğramış, 1953 yılında da ilk derece idare mahkemelerine dönüştürülmüştür³⁸. Yine 1987 yılında çıkarılan bir yasa ile üç dereceli yargı sistemi oluşturularak istinaf mahkemeleri kurulmuştur³⁹.

İncelemiş olduğumuz bu tarihsel süreç göstermektedir ki 1790 tarihli yasa ile mahkemelerin idarî uyuşmazlıklar hakkında karar vermesinin yasaklandığı Fransa'da, idarenin yargısal denetiminde ortaya çıkan boşluk neticesinde idarî yargı doğmuş ve gelişmiştir⁴⁰. Fransız idarî yargı sisteminin kökü olan bu süreç de, Türkiye ve diğer ülkelere emsâl teşkil etmiştir⁴¹.

³¹ GÖZÜBÜYÜK, s.6.

³² ÖZYÖRÜK, s.35.

³³ ÖZYÖRÜK, s.36; GÖZÜBÜYÜK, s.7.

³⁴ ÖZYÖRÜK, s.36; EROĞLU, s.361; GÖZÜBÜYÜK, s.7.

³⁵ ÖZYÖRÜK, s.36.

³⁶ GÖZÜBÜYÜK, s.7.

³⁷ “Devredilmiş adalet”i, “murahhas adalet” olarak adlandıran ÖZYÖRÜK, günümüzde yargı yetkisinin devredilmesi gibi bir hususun olmadığını vurgulayarak bizde böyle bir biçim bulunmadığına değinmiştir. ÖZYÖRÜK, s.36-37, dipnot x.

³⁸ GÖZÜBÜYÜK, s.7.

³⁹ GÖZÜBÜYÜK, s.7.

⁴⁰ GÖZLER/KAPLAN, age., s.814.

⁴¹ BALTA, s.224.

B. Türkiye’de “İdarî Yargı”nın Ortaya Çıkışı ve Gelişimi⁴²

Tarihsel gelişim olarak hukuk sistemimiz Osmanlı İmparatorluğu döneminde yalnız İslâm Hukuku’nun uygulandığı safha ve İslâm Hukuku ile birlikte Avrupa Hukuku ve müesseselerin de uygulandığı safha olmak üzere iki döneme ayrılabilir⁴³. Monist safha olarak adlandırılabilen ilk safha, Tanzimat’a kadar uzanmaktadır⁴⁴. Tanzimat’tan sonra imparatorluk; ikili bir sistem yani İslâm Hukuku ile buna dayanan hukuk ve müesseselerinin Avrupa hukuk ve idare müesseseleriyle birlikte yaşadığı bir safhaya girer⁴⁵. Cumhuriyet devri ile birlikte ise lâik hukuk ve idareyi kabul eden ve birincinin tam aksine Avrupa hukuk ve idare sistemine dayanan yeni bir tek hukuk ve idare sistemi başlamaktadır⁴⁶.

Tanzimat’tan önceki eski Türk rejiminde idarenin haksızlıklarına karşı birtakım idarî ve yargısal denetim yolları olmasına rağmen⁴⁷, idarî işlerle yargısal işler teşkilât bakımından ayrı olmayıp aynı kişi veya kurul hem idarî hem de kazaî görev ve yetkilerle donatılmıştır⁴⁸. Tanzimat Fermanı ise, idarenin yargısal denetimi hususunda bir yenilik getirmemiş olmasına rağmen, batı hukuku alanına geçiş ortamı hazırlamış olması ve Şûra-yı Devlet’in (Danıştay) kuruluşuna dolaylı olarak hizmet etmesi sebebiyle önemlidir⁴⁹.

1868’de bugünkü Yargıtay’ın ilk şekli olan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye kurularak, batı hukuku yavaş yavaş yurda girmeye başlamıştır⁵⁰. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, şer’iye mahkemelerinin yanında, Tanzimat’tan beri konan kanunlar ve tüzükler hükümlerine göre özel kişiler arasında çıkan davaları yargılamak üzere kurulan, idarî davaları yargılamaktan memnu olan bir adalet mahkemesidir⁵¹.

⁴² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ÖZDEŞ, Orhan, “Danıştay’ın Tarihçesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968, s.42-224; ARAL, Rüştü, “Yargı Organı Olarak Danıştay”, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968, s. 225-300; ONAR, I. Cilt, s.83-92; DERBİL, s.182-235.

⁴³ ONAR, I. Cilt, s.83.

⁴⁴ ONAR, I. Cilt, s.83.

⁴⁵ ONAR, I. Cilt, s.83.

⁴⁶ ONAR, I. Cilt, s.84.

⁴⁷ BALTA, s.226.

⁴⁸ DERBİL, s. 182.

⁴⁹ EROĞLU, s.364.

⁵⁰ ÖZYÖRÜK, s.42.

⁵¹ DERBİL, s.183.

10 Mayıs 1868 tarihinde Türkiye'ye getirilen bir diğer müessese de Mithat Paşa'nın başkanlığı altında kurulan Şûra-yı Devlet olup, idarî yargı alanında ilk girişim olarak nitelendirilen bu gelişme ile idare rejimimizin temeli atılmıştır⁵². İdarî bir heyet olan Şûra-yı Devlet'e idare(=hükümet) ile şahıslar arasındaki davaları görmek, adlî yargı ile idarî yargı arasında çıkacak görev ve yetki uyumsuzluklarını çözmek ve son olarak memurların muhakemelerine bakmak gibi mühim yargısal vazifeler verilmiştir⁵³.

Görüldüğü gibi Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ve Şûra-yı Devlet nizamnameleri ile adlî ve idarî yargı ayrılığı esas kabul edilerek idarî yargıya adlî yargı karşısında mutlak bir istiklâl tanınmıştır⁵⁴. Ancak Şûra-yı Devlet kararlarının sadrazam onayı ve padişah iradesi ile yürürlüğe girmesi, bu dönemde de Fransa'da o tarihlerde uygulanan tutuk yargı yetkisinin(=tutuk ya da saklı adalet) varlığının kanıtıdır⁵⁵.

1293 Kanun-u Esasîsi (1876 tarihli Anayasa), Fransız örneğine göre başlatılmış idarî yargı dönemine son vermiş; kişiler ile hükümet arasındaki davalarda dahi genel mahkemelerin (adliye mahkemeleri) görevli olacağını hüküm altına almıştır (madde 85)⁵⁶. Bu hükümle birlikte artık idarenin adlî yargı önünde yargılanacağı kabul edilmiştir⁵⁷.

1293 Kanun-u Esasîsi ile Şûra-yı Devlet kaldırılmamış; memurların yargılanmasına ilişkin davalara bakmaya ve mevzuatın kendisine verdiği diğer vazifeleri görmeye devam etmiştir⁵⁸. İkinci Meşrutiyet dönemine kadar Şûra-yı Devlet; Heyet-i Vükela'ya dahil ve bağımsız bir makam olarak görev yapmakta iken, 1909 tarihli Muvazenei Umumiye Kanunu ile bu görev Adliye

⁵² DERBİL, s.183; ÖZYÖRÜK, s.42; BALTA, s.226; ONAR, I. Cilt, s.86; EROĞLU, s.364; GÖZÜBÜYÜK, s.13, GÖZLER/KAPLAN, age., s.814.

⁵³ DERBİL, s.183; ONAR, I. Cilt, s.86; EROĞLU, s.364-365; GÖZÜBÜYÜK, s.13. Osmanlı Devleti'nin henüz anayasalı bir monarşiye bile dönüşmediği bu dönemde kamu hukuku-özel hukuk ayrımı bile yapılamazken Danıştay'a idarî yargı görevi verilmesini bir özentî olarak nitelendiren görüşler için bkz. GÖZÜBÜYÜK, s.13; ÖZYÖRÜK, s.44.

⁵⁴ ONAR, I. Cilt, s.87.

⁵⁵ BALTA, s.226; DERBİL, s.183; GÖZÜBÜYÜK, s.13; ZABUNOĞLU, Yahya, İdare Hukuku (Cilt-2), Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.98 (Bundan sonra yazarın bu eserine yapılan atıflar Cilt-2 olarak yapılacaktır).

⁵⁶ ONAR, I. Cilt, s.88; BALTA, s. 227; GÖZÜBÜYÜK, s.14; ZABUNOĞLU, Cilt-2, s.98-99; GÖZLER/KAPLAN, age., s.814. Bu hükümle kamu gücü kullanılarak yapılan idarî tasarrufların adlî yargının görev alanı dışında kaldığı yönünde ONAR'ın görüşü için bkz. ONAR, I. Cilt, s.88. Bu görüşün eleştirisi için bkz. ÖZYÖRÜK s. 45.

⁵⁷ ONAR, I. Cilt, s.88.

⁵⁸ ÖZYÖRÜK s. 44-45; GÖZLER/KAPLAN, age., s.814.

Nezareti'ne verilmiştir⁵⁹. Şûra-yı Devlet, saltanatın kaldırılmasıyla birlikte diğer imparatorluk müesseseleri gibi 1 Kasım 1922'de kaldırılmıştır⁶⁰.

Doktrindeki bazı yazarlar, her ne kadar Osmanlı döneminde Fransa'daki gibi bir Şûra-yı Devlet kurulmuş olsa da bu dönemde genel yargıdan ayrı bir idarî yargıdan söz edilemeyeceği kanaatindedirler⁶¹.

Cumhuriyet devrinde kabul edilen 1924 tarihli Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun (=1924 Anayasası) 51'inci maddesi ile idarî dava ve ihtilâfları çözmek üzere⁶² bir Şûra-yı Devlet kurulması öngörülerek idarî rejim benimsemiş ve bu Şûra-yı Devlet, 23 Kasım 1925 tarih ve 669 sayılı Kanunla kurularak 6 Temmuz 1927 tarihinde göreve başlamıştır⁶³.

1961 Anayasası, idare ile yargı arasına tam bir ayrılık koymak suretiyle idareye ayrıcalıklar tanıdığı gibi idarî yargının adlî yargı karşısındaki muhtariyetini ve bu muhtariyetin müeyyidesi olarak da Uyuşmazlık Mahkemesi'ni kurmakla tam anlamıyla idarî rejimi kabul etmiştir⁶⁴. 1961 Anayasası'nın 140. maddesi uyarınca Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlemekle görevli; aynı zamanda da kanunların başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesidir⁶⁵. 1961 Anayasası'nın getirdiği ilkeler doğrultusunda 24.12.1964 tarihli ve 521 sayılı Danıştay Kanunu çıkarılmıştır⁶⁶.

1982 yılı başlarında idarî yargıyı yeniden düzenleyen 2575 sayılı "Danıştay Kanunu", 2576 sayılı "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun", 2577 sayılı "İdarî Yargılama Usulü Kanunu" olmak üzere üç temel yasa çıkarılmış; bu düzenlemeler 1982 Anayasası'nda da benimsenmiştir. Bu düzenlemelerle Fransa'da 1953 yılında yapılan yenilikler, yaklaşık otuz yıllık bir gecikme sonrasında ülkemizde de gerçekleştirilmiştir⁶⁷.

⁵⁹ GÖZÜBÜYÜK, s.15.

⁶⁰ ONAR, I. Cilt, s.90; ÖZYÖRÜK, s.50; GÖZÜBÜYÜK, s.15; GÖZLER/KAPLAN, age., s.814; ZABUNOĞLU, Cilt-2, s.99.

⁶¹ ÖZYÖRÜK, s.43-52; GÖZÜBÜYÜK, s.15; GÖZLER/KAPLAN, age., s.814.

⁶² 1924 Anayasası'nın idarî olan ihtilâflarla idarî olmayan ihtilâflar ayırımı yapan bu hükmü sebebiyle ülkemizde idarî yargının ve idare hukukunun başlangıcının Cumhuriyet devri olduğu yönündeki görüş için bkz. ÖZYÖRÜK, s.52.

⁶³ ONAR, I. Cilt, s.90; BALTA, S.227; DERBİL, s.186-187; GÖZÜBÜYÜK, s.14-15; GÖZLER/KAPLAN, age., s.814.

⁶⁴ ONAR, I. Cilt, s.92.

⁶⁵ GÖZÜBÜYÜK, s.15.

⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK, s.16.

⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK, s.17.

C. İdarî Yargının Gerekliliği

Ayrı bir yargı kolu olarak idarî yargının varlığında yatan temel sebep idarenin görevlerinin ehemmiyeti gereği ihtiyaç duyduğu kamu gücüdür. Bireyin sahip olduğu özel usullerle ve yetkilerle görevlerini başaran bir idare mekanizması bugün hiçbir ülkede mevcut değildir⁶⁸. Bu sebeple eylem ve işlemlerinde herhangi bir birey gibi hareket etmeyen idarenin, birbirleri ile eşit şartlarda olan bireyler arası ihtilâflardaki kurallara dayalı olarak yargılanması kabul edilemez. Çünkü özel hukuk alanında davalar hakkında nasıl bir yargı sistemi varsa, idarî uyuşmazlıkları çözmekle görevli ayrı bir özel yargı sistemine ihtiyaç vardır⁶⁹.

İdarî yargı, idarenin taraf olduğu her davaya değil, bunlardan sadece idare hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmaktadır⁷⁰. Bundan dolayı idarî yargı sistemine yöneltilen en önemli itiraz idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların bu şekilde iki yargı düzeni arasında bölünmesinin içtihat birliğini sarsacağı, görev ve hüküm uyuşmazlıklarına yol açacağıdır⁷¹. Ancak görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözmek üzere uyuşmazlık mahkemelerinin kurulması bu sorunu ortadan kaldırmaktadır⁷².

İdarî yargı sisteminin terk edilip yargı birliği sistemine geçilmesi, idare hukukunu özel hukuka yaklaştırır⁷³. Adlî yargıya bakıldığında kanuna riayet fikri hâkimken idarî yargıda idare hukukunun kodlaştırılmamış olması sebebiyle içtihatlarla geliştirilen ilkeler söz konusudur⁷⁴. Yargı birliğinde de adlî yargıdaki gibi boşlukların doldurulmasında özel hukuk mevzuatına göre hareket edileceğinden idarî uyuşmazlıklara özel hukuk prensipleri uygulanacaktır⁷⁵.

İdarî yargı sistemi, idarenin yargısal denetiminin sağlanması bakımından adlî yargıdan daha elverişlidir⁷⁶. Çünkü yapıları gereği özel hukuk uyuşmazlıklarından farklı nitelikte olan idare hukuku uyuşmazlıklarının;

⁶⁸ ONAR, I. Cilt, s.94.

⁶⁹ EROĞLU, s.363.

⁷⁰ BALTA, s. 228.

⁷¹ EROĞLU, s. 363; BALTA, s. 228.

⁷² EROĞLU, s. 363; BALTA, s. 228.

⁷³ GÖZÜBÜYÜK, s.9.

⁷⁴ EROĞLU, s. 363.

⁷⁵ EROĞLU, s. 363.

⁷⁶ BALTA, s. 228.

idareyi, idarenin görev ve yetkilerini yakından tanıyan ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi hususunda derin bir bilgiye sahip yargıçlardan oluşan ihtisas mahkemelerinde görülmesi daha doğru olacaktır⁷⁷. Burada ayrı bir idarî yargı düzeni kurmak yerine, bu ihtisas mahkemelerinin adlî yargı düzeni içinde kurulabileceği, adlî yargının üst organı olan Yargıtay'da da bir idarî dava dairesi oluşturulabileceği iddia edilebilir⁷⁸. Ancak bu halde, adlî yargı düzeni içerisinde örgütlenecek idare mahkemelerinin içtihatları büyük ölçüde özel hukukun etkisinde kalarak idare hukukunun gelişmesi önlenecektir⁷⁹. Kaldı ki adlî yargı düzeni içinde kurulacak ihtisas mahkemesinin üyelerini idarî tecrübe doğrultusunda seçmeye adlî hâkim rejimi elverişli de değildir⁸⁰. Yine adlî yargı içerisindeki tüm mahkemelerin içtihat ayrılıklarını çözme bakımından Yargıtay Genel Kurulu'na bağlı bulunması ihtisas unsurunu zaafa uğratacaktır⁸¹. Bu zaafı gidermek için adlî yargı içinde kurulacak idarî ihtisas bölümünü içtihat uyumsuzlukları bakımından Yargıtay'ın öteki kuruluşlarından ayırmak gerekir ki bu halde de yargı birliğinin bir anlamı kalmayacaktır⁸².

III. İDARÎ YARGININ GÖREV ALANININ ANAYASAL DAYANAĞI SORUNU⁸³

Anayasası'nın 142. maddesine göre mahkemelerin görev alanları kanunla tespit edilir. Bu hüküm doğrultusunda kanunî düzenlemelerle bazı idarî nitelikteki uyumsuzlukların çözümünü, adlî yargı mercilerinin görev alanına sokan yasal düzenlemeler, idarî yargının görev alanının anayasal bir dayanağı olup olmadığı sorununu gündeme getirmektedir. Bu sorunun çözümüne göre de yasal düzenlemeler ile idarî uyumsuzluklarda adlî yargı mercilerinin görevlendirilip görevlendirilemeyeceği meselesi aydınlanacaktır.

⁷⁷ EROĞLU, s. 363; BALTA, s. 228-229.

⁷⁸ BALTA, s.229; GÖZÜBÜYÜK, s. 9.

⁷⁹ GÖZÜBÜYÜK, s. 9.

⁸⁰ BALTA, s.229.

⁸¹ BALTA, s.229.

⁸² BALTA, s.229.

⁸³ GÜNDAY, Metin, "İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı, Sayı 14, Ankara 1997, s.347-363 (Bundan sonra yazarın bu eserine atıflar agm. şeklinde yapılacaktır) ; GÜRAN, Sait, "Yargı Denetiminin Kapsamı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Dönmezer'e Armağan Sayısı, Cilt:I-II, Sayı 1-4, İstanbul 1987, s.35-45; ÖZAY, İl Han, "Türkiye'de İdarî Yargının İşlev ve Kapsamı", İdarî Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayınları, Ankara Haziran 1982, s.1-30; ÖZKOL, Adil, "İdarî Yargının Görev Alanı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.

İdarî yargının görev alanının anayasal dayanağı konusu hem doktrin hem de Anayasa Mahkemesi içtihatları ile tartışılmaya devam ediliyor olmasına rağmen hâla net bir sonuca ulaşıldığı söylenemez.

A. Doktrinde İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı

Kimi yazarlara göre idarî işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümleneceği görevli yargı yerinin belirlenmesi yasa koyucunun takdirindedir.

ÖZAY’a göre Danıştay ile idarî yargı yerlerinin idare alanında genel yetkili mahkemeler olması, görev konularında kiminin ya da bir bölümünün kanunla adli yargıya verilmesine engel teşkil etmemektedir. Bu nedenle yasal düzenlemeleri yapanlar herhangi bir nedenle idarî bir uyuşmazlığın çözümlenmesinin adliye mahkemeleri önünde görülecek bir dava olmasını isteyebilir. ÖZAY, uyuşmazlığın gerçek niteliğinin yasa ile idarî olmaktan çıkarılamayacağını, yasal düzenlemelerin uyuşmazlıkların maddî nitelikleri üzerinde herhangi bir değişim yaratmayacağını, ancak çözüm alanının birinden diğerine aktarılabilceğini, hattâ böylece yargının etkinliğinin ve yaygınlığının sağlanabileceğini belirtmiştir⁸⁴.

YAYLA ise, 1982 Anayasası’nın Danıştay’a ilişkin 155’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, 1961 Anayasası’nın aksine Danıştay’ın “idarî davalar”ı görmesinden değil sadece “davalar”ı görmesinden söz edilmesi ve bu davalara ilişkin “idarî” nitelemesinin kullanılmaması karşısında 1982 Anayasası bakımından yasakoyucunun görevli yargı yerini belirleme ve dolayısıyla bir idari davayı adli yargının görev alanı içine sokabilme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu ve hatta bu takdir yetkisinin mutlak olduğunu ileri sürmüştür⁸⁵.

GÖZÜBÜYÜK de, idarî yargının görev alanının 1982 Anayasası’nın 142. maddesine uygun olarak yasalarla düzenlendiğini, 1961 Anayasası’nın Danıştay’ın yargı görevlerini “idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlemek” ifadesi ile ortaya koymasına rağmen 1982 Anayasasının Danıştay’ı düzenleyen 155 inci maddesinde bu kavramlara yer verilmediğini belirtmiştir⁸⁶.

⁸⁴ ÖZAY, s. 29.

⁸⁵ YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku I, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s.31.

⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK, s.71-72.

Görev sorununun; mahkemelerin farklı yorumlayabilecekleri ölçütlerle değil açık yasa hükümleriyle çözümlenmesi gerektiğini savunan YILDIRIM ise, adli yargıda çözümlenmesi istenen idari uyuşmazlıkların yasayla belirtilmesi gerekeceği, yasada görev hususunda açık bir hüküm bulunmaması halindeyse idare makamlarının eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olacağı görüşündedir⁸⁷.

GÖZLER/KAPLAN, Anayasamızda idari yargının görev alanını tanımlayan ve idari yargının görev alanını adli yargıya karşı koruyan bir hüküm bulunmadığını, Anayasa'nın 155. maddesinde Danıştay'ın görevinin “kanunda gösterilen belli davalar”a ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak şeklinde açıklandığını, bu “davalar”ın niteliğinin belirtilmediğini, 155. maddenin ikinci fıkrasında geçen “idari uyuşmazlık”tan kastedilen şeyin de “idari işlere ilişkin idari uyuşmazlıklar” olduğunu belirtmiştir⁸⁸. ZABUNOĞLU'na göre “idari uyuşmazlık”, idari eylem ve işlemlerle, idarenin etkinlikleri nedeniyle ve idari sözleşmelerin uygulanmasından ötürü ilgilileri ile idare arasında uyuşmazlık çıkması halidir. Bu uyuşmazlığın çözümü için usulünce bir idari yargı yerine başvurulması halinde o andan itibaren idari uyuşmazlık artık, “idari dava” kimlik ve niteliği kazanmıştır⁸⁹. Bu görüşlerin aksine Anayasa Mahkemesi; idari uyuşmazlıkları, idari makamlar arasında doğan ve çeşitli yasa hükümleriyle kesin olarak çözümü Danıştay'a verilmiş bulunan ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 47. maddesi ile de Danıştay'ın birinci, ikinci ve üçüncü daireleriyle Danıştay Genel Kurulu veya İdari Daireler Kurulu görevlendirilmiş olan uyuşmazlıklar olarak nitelendirmiştir⁹⁰. GÖZÜBÜYÜK/TAN ise kimi yerlerde eş anlamlı, kimi yerlerde de farklı anlamlarda kullanılan “idari dava” ve “idari uyuşmazlık” kavramlarının Anayasa'nın 155. maddesinde farklı anlamlarda kullanıldığını, idari uyuşmazlık deyiminin idari davalar dışındaki uyuşmazlıklar için kullanılmasında yarar olduğunu, “idari dava” deyiminin de idari yargının görev alanının belirlenmesinde yardımcı olmasına rağmen mevzuatta bu konuda bir belirsizliğin bulunduğunu ifade etmiştir⁹¹. İşte bu

⁸⁷ YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s.12.

⁸⁸ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:6, Sayı:63, Kasım 2011, s.40.

⁸⁹ ZABUNOĞLU, Cilt-2, s.166.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 25.5.1976 gün ve E.1976/1, K.1976/28 sayılı kararı, 16 Ağustos 1976 tarihli ve 15679 sayılı Resmi Gazete.

⁹¹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ocak 2012, s.121.

belirsizlik sebebiyle GÖZLER/KAPLAN, “idarî uyuşmazlık”tan kastedilen şeyin “idarî dava” olduğu kabul edilse bile idarî yargının görev alanının anayasal bir dayanağından bahsedilmeyeceğini savunmaktadırlar⁹².

Yine idarî yargının görev alanının anayasal bir dayanağı olmadığını savunan ZABUNOĞLU’na göre idarî yargının görev alanı içinde yer alması gereken bir uyuşmazlık, adalet yargısının görev alanına sokulabileceği gibi yönetsel nitelik ve kimliği bulunmayan iş ve işlemlerden doğan kimi uyuşmazlıklar da yasa ile idarî yargının görev alanına sokulabilir⁹³.

Buna karşın baskın görüş idarî yargının görev alanının Anayasa ile korunduğu yönündedir. 1961 Anayasası ile ilgili yorumunda ONAR, idare hukukunun temel eseri olarak kabul edilen kitabında müstakil idarî yargının varlığının Anayasa’ya dayandığını, Anayasa’nın idarî uyuşmazlıkların Danıştay’da halledileceğini düzenlediğini, Anayasa’nın bu hükmü uyarınca bütün idarî uyuşmazlıkların Danıştay’ın idarî denetimine tâbi olduğunu ve adliye mahkemelerinin bu uyuşmazlıklara müdahale edemeyeceğini, Anayasanın bu hükmüne nazaran idarî uyuşmazlıkların adliye mahkemelerinin yetkisi dahiline konulması veya hususî ve âdi uyuşmazlıkların da idarî mercilerin ve Danıştay’ın salâhiyeti dahilinde sayılmasının mümkün olmadığını ve bu nitelikte bir kanunun Anayasaya aykırı olacağını savunmaktadır⁹⁴. GÜRAN ise, 1982 Anayasasının, metni ve mantığı ile idarî yargının kapsamının, doğal olarak görev alanına giren konularının yasalarla adlî yargıya aktarılacak daraltılmasına izin vermediğini; bu yasağın temelinde ise aktarmanın, idarî yargı sisteminin sağladığı etkin yargısal denetimin ve buna bağlı olan duyarlı anayasal dengeyi bozma tehlikesinin olduğunu belirtmektedir⁹⁵. ERKUT da idarî yargının görev alanına girdiği açık olan bir işte, yasakoyucunun görev belirleme yetkisini adliye mahkemelerinden yana kullanması halinde Anayasa’nın İdare Hukuku ilkelerine aykırı bir durum oluşacağı kanaatindedir⁹⁶.

GÜNDAY, idarî işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetleneceği davaların kanunla adlî yargının görev alanına sokulmasının Anayasayla bağdaşmadığını, özel görevli askerî idarî yargının görev

⁹² GÖZLER/KAPLAN, s.40.

⁹³ ZABUNOĞLU, Cilt-2, s.165.

⁹⁴ ONAR, III. Cilt, s.1824.

⁹⁵ GÜRAN, s.39.

⁹⁶ ERKUT, Celâl, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, Ankara 1990, s.155-156.

alanını güvence altına alan Anayasa'nın genel idarî yargının görev alanını güvence altına almadığından söz edilemeyeceğini, buna karşılık idarî işlem ve eylemlerle uzaktan ya da yakından ilgili olmakla beraber, bu işlem veya eylemlerin hukuka uygunluk denetimlerinin yapılmadığı davaların adlî yargının görev alanına sokulmasında anayasal bir engel olmadığını ifade etmektedir⁹⁷. DERDİMAN da GÜNDAY'ı kaynak göstererek idarenin salt “idarî” eylem ve işlemlerinin idarî yargıdan başka bir yerde çözümlenmesinin mümkün olmayacağını, aksi halin Anayasa'nın lâfzına olmasa bile ruhuna aykırı görüleceğini belirtmiştir⁹⁸.

B. Anayasa Mahkemesi'nin İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Yasal Düzenlemelere Yaklaşımı⁹⁹

İdarî yargının görev alanı, 1961 ve 1982 Anayasalarının yürürlükte olduğu dönemlerinde Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararına konu olmuştur. Özellikle son beş yıllık süreçte yüksek mahkeme önceki kararlarına göre farklı bir yaklaşım benimsemiştir¹⁰⁰. Nitekim yüksek mahkeme, idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığı, adlî yargının görev alanına sokan bir yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olacağına ilişkin kararlar vermekte iken, son yıllarda haklı neden ve kamu yararı bulunması halinde idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî uyuşmazlığın çözümünün yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakabileceğini öngörmektedir.

1. İdarî Uyuşmazlıkların Adlî Yargının Görev Alanına Sokulmasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Yönündeki Kararlar

Anayasa Mahkemesi, uzunca bir süre idarî yargının Anayasa ile korunan bir görev alanının bulunduğu, bu alana ilişkin (idarî) uyuşmazlıkların hiçbir koşulda adlî yargıda görülemeyeceği ve bu nitelikteki yasal düzenlemelerde Anayasa'ya uyarlık bulunmadığı yönünde kararlar vermiştir.

⁹⁷ GÜNDAY, agm., s.352-353-354.

⁹⁸ DERDİMAN, R. Cengiz, İdarî Yargının Genel Esasları, Alfa Aktüel Yayınları, İstanbul 2012, s.17.

⁹⁹ YASİN, Melikşah, “Anayasa Mahkemesinin İdarî Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı”, Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No.4, İstanbul 2003, s.567-576.

¹⁰⁰ Bazı yazarlara göre Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihatlarında Anayasa'ya uyarlık bulunmamaktaydı.

Bu görüş bkz. GÖZLER/KAPLAN, s.40.

a. Anayasa Mahkemesi'nin 25.5.1976 gün ve E.1976/1, K.1976/28 sayılı Kararı¹⁰¹

“Danıştay 12. Dairesi”, 27/5/1959 günlü, 7307 sayılı Orta Doğu Teknik Üniversitesi Kanunu’nun 6. maddesinin (F) bendinde ve 17. maddesinde yer alan hükümlerinin¹⁰² Anayasa’nın çalışma hürriyeti, hukuk devleti, yargı denetimi, üniversite özerkliği ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne itiraz yoluna başvurmuştur.

Bir öğretim üyesi olan davacının Orta Doğu Teknik Üniversitesi Mütevelli Heyetince görevinden uzaklaştırılması sonucunda açtığı davaya konu olan bu hükümlerden incelememiz kapsamında bizi ilgilendiren, üniversite ile öğretim üyelerinin işlemlerinin özel hukuk hükümlerine tâbi olması ve bu sebeple normalde idare mahkemelerinin görevinde olan bir davanın adlî yargının görev alanına dâhil edilmiş olmasıdır.

Yüksek Mahkeme kararında öncelikle 1961 Anayasası’nın 140. maddesinin ikinci fıkrasına göre Danıştay’ın idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlemekle görevli olduğuna değinmiş, yürürlükteki mevzuat uyarınca idarî davaları tanımlamış¹⁰³, Anayasa’nın kabul ettiği bağımsız idarî yargı sisteminin görev alanına giren bu idarî davaların konusunu oluşturan

¹⁰¹ 16 Ağustos 1976 tarihli ve 15679 sayılı Resmî Gazete.

¹⁰² Madde 6/F- Mütevelli Heyeti, üniversitenin ilmî, teknik ve milletlerarası mahiyetini gözönünde tutmak suretiyle müessesenin esas ve usullerine göre Türk ve diğer devletler vatandaşlarından idareciler, öğretim üyeleri ve memurlar tayin ve bunların ücretlerini, hizmet müddet ve şartlarını ve mukavele esaslarını, mer’i mevzuat hükümlerine tâbi olmaksızın tespit eder.

Ancak, Türk vatandaşlarından olan öğretim üyelerinden bütün faaliyet ve gayretlerini Orta Doğu Teknik

Üniversitesine hasredenler hariç olmak üzere diğer Türk vatandaşı öğretim üyelerine mukavele ile verilecek ücret miktarı birinci derece Devlet memurunun alabileceği aylık ve sair munzam istihkakları yekûnunu tecavüz edemez.”

“Madde 17- Orta Doğu Teknik Üniversitesinin Mütevelli Heyeti ilk öğretim üyeleri, idarecileri, memur ve

müstahdemleri halk ve mensup oldukları üniversite ile muamele ve münasebetlerinde hususî hukuk hükümlerine tâbi olup haklarında Memurin Muhakematı Kanunu ile Memurin Kanuni, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümleri tatbik olunmaz.

Orta Doğu Teknik Üniversitesine ait mallar Devlet malı hükmündedir. Bunları çalanlar, ihtilâs edenler, zimmetine geçirenler veya her ne suretle olursa olsun suistimal edenler hakkında Devlet mallarına karşı işlenen bu çeşit suçlara ait cezaî takibat yapılır.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi’nin bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğu denetimi sırasında Anayasadaki kavramların pozitif hukuka(başka kanunlardaki düzenlemelere) bakarak tanımlanmasının, Anayasanın üstünlüğü prensibine aykırı olduğu ve uygun bir yorum yönümlü olmadığı yönündeki görüş için bkz. AKILLIOĞLU, Tekin, “Anayasa Mahkemesine Göre Anayasa 114 Yorumu”, Seha L. Meray’a Armağan, Cilt 1, Ankara 1981, s.17-18.

idarî işlem ve idarî sözleşmelerin ne olduklarının ve nasıl nitelik taşıdıklarını ortaya koyduktan sonra Orta Doğu Teknik Üniversitesi ile öğretim üyeleri arasındaki hukukî bağın bir kamu hukuku ilişkisi olduğunu, böyle bir ilişkiden doğan uyumsuzlukların da 1961 Anayasasının 140. maddesi uyarınca temyiz mercii Danıştay olan idarî yargıda görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek mahkeme bu tespiti yaparken 1961 Anayasası ile Danıştay'ın görevinin açık ve kesin bir biçimde çizildiğine, bu ilkenin açıklığı ve kesinliği karşısında da Danıştay'ın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olmadığına vurgu yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, böyle bir düzenlemenin ayrıca 1961 Anayasası'nın idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirten kuralına da uyarlık göstermediğini, zira bu kuralla açık tutulan “yargı yolu”nun kamu hukuku alanında idarî yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğunun tartışma gerektirmeyecek şekilde belirgin olduğunu belirtmiştir. Yüksek mahkeme, aksi halde bu durumun, 1961 Anayasası'nın “Kanunî Hâkim Güvencesi” başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz” biçiminde ifade edilmiş bulunan “tabî mahkeme ve tabî hâkim” kuralına aykırılık teşkil edeceği sonucuna varmıştır.

Görüldüğü üzere yüksek mahkeme, bu kararında sorunu salt bir görev sorunu olmaktan öte, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi ile ilgili bir sorun olarak da algılamıştır¹⁰⁴.

b. Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1988 gün ve E.1988/5, K.1988/55 sayılı Kararı¹⁰⁵

5.1.1988 günlü, 308 sayılı “Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname”nin bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla anamuhalefet partisi tarafından iptal davası açılmıştır. Söz konusu kararnamenin Anayasa'ya aykırılığının iddia edildiği hükümlerinden çalışma konumuzu ilgilendiren “Sözleşme Ücreti ve Diğer Haklar” başlıklı 45. maddesinin sekizinci fıkrasına göre:

¹⁰⁴ GÜNDAY, agm., s.350.

¹⁰⁵ 25 Temmuz 1989 tarihli ve 20232 sayılı Resmî Gazete.

“Personelle imzalanacak sözleşmelerin uygulanmasından doğacak anlaşmazlıklar adli yargı yerlerince karara bağlanır.”

Bu hükümden anlaşılacağı üzere personelle akdedilecek sözleşmenin uygulanmasından doğacak ihtilâflar için, adlî yargı görevli kılınmıştı.

Yüksek mahkeme bu hükmün Anayasa’ya uyarlılığını denetlerken öncelikle personel ile yönetim arasındaki sözleşmenin niteliği üzerinde durmuştur. Dava konusu kararnamenin 42. maddesinde kamu iktisadî teşebbüslerinde çalışanların “hizmet sözleşmesi” ne tâbi olduğunu belirtmiş; bu hizmet sözleşmesinin özel hukuk alanına girdiğinden bahisle de sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, adlî yargının görev alanına dâhil edilmiştir. Oysa yönetimle görevliler arasındaki ilişki, idare hukuku ilkelerine dayanan ve idare hukuku kuralları ile düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir. Anayasa’nın “yargı yolu” başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” biçimindeki kural doğrultusunda kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargı, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargı görevli olacağından yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Bu tespitiye bağlı olarak yüksek mahkeme, aksi bir düzenlemenin Anayasa’nın “kanunî hâkim güvencesi” başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında; “*Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.*” biçiminde ifade edilmiş emredici kurala aykırılık oluşturacağını belirterek Anayasa’nın 156. maddesi uyarınca da, idarî uyuşmazlıkların çözümünün Danıştay’ın görev alanına girdiğini hatırlatmıştır.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, önceki kararları ile neredeyse aynı denilebilecek gerekçelerle, ilgili düzenlemenin Anayasa’nın 37. ve 155. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varmıştır.

c. Anayasa Mahkemesi’nin 28.2.1989 gün ve E.1988/32, K.1989/10 sayılı Kararı¹⁰⁶

2802 Sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu ile 3221 Sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2. maddesinin¹⁰⁷ Anayasa’ya aykırılığı iddiası

¹⁰⁶ 22 Haziran 1989 tarihli ve 20203 sayılı Resmî Gazete.

¹⁰⁷ 3446 sayılı Yasa’nın dava konusu 2. maddesiyle eklenen (c) ve (d) bentlerinden sonra 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun “Görev Değiştirme” başlıklı 36. maddesi şu biçimi almıştır:

ile anamuhalefet partisi tarafından açılan iptal davası, doğrudan idarî bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına sokan bir yasal düzenleme ile ilgili olmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin bu nitelikte bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olacağına yönelik tespitleri sebebiyle çalışmamız açısından önemlidir.

Dava konusu yasal düzenleme ile adli yargı hâkim ve savcılarının idarî yargı hâkim ve savcılıklarına, yasada belirtilen koşulları taşıyan idarî yargı hâkim ve savcılarının adli yargı hâkim ve savcılıklarına nakledilmeleri olanağı getirilmiştir. Söz konusu düzenlemenin oyçokluğu ile Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan yüksek mahkeme, adli ve idarî yargı yolu ayrımının uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki ayrılıktan ileri geldiğini ve bu nedenle adli yargı alanındaki bir uyuşmazlığın idarî yargı hâkimine, idarî yargı alanındaki bir uyuşmazlığın da adli yargı hâkimine gördürülmesi sonucunu doğuracak bir düzenlemenin Anayasa'nın öngördüğü yargı ayrılığı ilkesiyle çelişerek Anayasa'nın 140. maddesine aykırı olacağına karar vermiştir.

2. İdarî Uyuşmazlıkların Adli Yargının Görev Alanına Sokulabileceği Yönündeki Kararlar

Anayasa Mahkemesi, zamanla önceki kararlarındaki katı tutumunu değiştirerek, yasakoyucunun mutlak bir takdir yetkisi bulunmamakla birlikte haklı neden ve kamu yararı bulunması halinde idarî uyuşmazlıkları adli yargıya aktarabileceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır.

a. Anayasa Mahkemesi'nin 10.7.1990 gün ve E. 1989/28, K.1990/18 sayılı Kararı¹⁰⁸

İş Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle¹⁰⁹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik

"Madde 36.- Hizmetin gereklerine, teşkilâtın ihtiyaçlarına veya ilgililerin isteğine göre:

a) Adli yargıda görevli Hâkimler, adli yargıda savcılık; adli yargıda görevli savcılar, adli yargıda Hâkimlik;

b) İdarî yargıda görevli Hâkimler, idarî yargıda savcılık; idarî yargıda görevli savcılar, idarî yargıda Hâkimlik;

c) Adli yargıda görevli Hâkim ve savcılar, idarî yargıda Hâkim ve savcılık;

d) İdarî yargıda görevli Hâkim ve savcılardan bu Kanunun 8 inci maddesinin (c) bendindeki adli yargı adaylığı için aranan şartları taşıyanlar, adli yargıda Hâkim ve savcılık;

Görevlerine, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca nakledilebilirler."

¹⁰⁸ 28 Temmuz 1993 tarihli ve 21651 sayılı Resmî Gazete.

¹⁰⁹ 1475 sayılı İş Kanununun 108 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Madde 108- Bu Kanunda öngörülen idarî nitelikteki para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilir. 98 inci maddenin

Bakanlığı Bölge Müdürünce verilen idarî nitelikteki para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün Anayasa'nın 141., 154. ve 155. maddelerine aykırılığı iddiası ile itiraz yoluna başvurulması sonucunda konuyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, ciddi bir muhalefet oyuna rağmen içtihat değiştirerek ilk kez bu nitelikte bir düzenlemede -doyurucu bir gerekçe sunmamakla birlikte- Anayasa'ya aykırılık olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; itiraza konu yasa ile mahkemelerin işini azaltmak için diğer ülkelerde başvuru olan ve “idarenin ceza belirlemesi” olarak tanımlanabilecek bir “ceza kararnamesi” kurumunun düzenlendiği, toplumlar geliştikçe ve nüfus arttıkça yaptırım uygulanacak eylemler de artacağından yeni düzenlemelere aykırılıkları önlemek için kimi durumlarda uyuşmazlıkları çözümlmek amacıyla yeni yargısal yöntemlerin öngörülmesinin doğal olduğuna değinilmiştir. Daha önceki kararları ile birebir çelişen yüksek mahkeme, sırf bu çıkarımdan hareketle dava konusu düzenleme ile öngörülen uyuşmazlıkların adlî yargı yerinde çözümlenmesinin, Anayasa'nın yargı ile ilgili genel ilkelerine ve dolayısıyla 154. ve 155. maddelerine aykırı bir yönü bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Her ne kadar karşı oydaki gerekçelerde¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin

(D) bendindeki ceza hükümlerini uygulamaya mahallin sulh ceza mahkemeleri, 105 inci maddesinde yer alan eylemlerden dolayı açılan davalarda ise asliye ceza mahkemeleri yetkilidir. Bu davalar acele mevaddandır.

İdarî nitelikteki para cezaları ilgililere usulüne göre tebliğ edilir. Bu para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede

sonuçlandırılır. Bu Kanuna göre verilen idarî para cezaları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre mahallî mal memurluğınca tahsil olunur.”

¹¹⁰ İtiraza konu düzenlemenin özellikle bir “ceza kararnamesi” olduğu gerekçesiyle alınan karara karşı oy gerekçesinde Selçuk TÜZÜN “idarî işlem” vurgusu yapmaktadır:

“...Sayın DÖNMEZER-ERMAN, para cezasını “kanunun suç olarak gösterdiği bir fiili işleyen kişiye uygulanan ve kanunda yazılı sınırlar arasında tayin olunacak ve mahkûm tarafından ödenmemesi halinde kanunun gösterdiği diğer müeyyidelere çevrilebilen ve kamu gücüne bir miktar paranın ödenmesini emreden bir müeyyide” şeklinde belirleyip, çeşitlerini de kamu para cezaları, tazminat kabîlinden para cezaları, medenî para cezaları, disiplin para cezaları, nisbî para cezaları, ağır ve hafif para cezaları, idarî para cezaları olarak açıklanmışlar ve idarî para cezalarını, belirli nizamla aykırılık dolayısıyla cezaî organların müdahalesi olmadan, doğrudan doğruya idarî mercilerce hükmedilen para cezaları olarak tanımlamışlardır.

İdarî para cezalarının diğer cezalardan ayrıldığı temel esas, onun idarî makamlar tarafından verilmesi, bir idarî işlem olmasıdır.

Bu cezaların yürürlükteki yasalar gereği adlî yargı organları tarafından incelenmesi ve kaldırılması olanağı varsa da, bunun başlangıçta idare tarafından verilmesi ve itiraz ed-

önceki yıllarda verdiği yerleşik kararları sunularak itiraza konu yasal düzenlemenin “doğal hâkim” ve “yargı ayrılığı” ilkeleriyle bağdaşmadığı dile getirilse de bu karar, idarî yargının o güne kadar koruma altına alınan sert çekirdek görev alanı karşısında deyim yerindeyse surda açılan bir gedik niteliğindedir. Nitekim bu karar ile yüksek mahkeme, yasama organının idarî yargının görev alanına yönelik müdahalelerini Anayasa’ya uygun bularak, günümüze kadar devam edecek bir tartışma süreci başlatmıştır.

b. Anayasa Mahkemesi’nin 15.05.1997 gün ve E. 1996/72, K.1997/51 sayılı Kararı¹¹¹

Yasa koyucu 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 42. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi¹¹² ile kanun uyarınca verilen imar para cezalarına karşı cezanın tebliğinden itibaren 7 gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edileceğini düzenleyerek idarî nitelikte bir uyuşmazlığı adlî yargının görev alanına dâhil etmiştir. Ankara 7. İdare Mahkemesi’nin itiraz yoluna başvurusu sonucu Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen söz konusu hüküm, oyçokluğu ile Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Karar gerekçesinde yüksek mahkeme, Anayasa’nın 125., 142. ve 155. maddeleri doğrultusunda kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunu belirtmesine rağmen bu tespiti ile çelişerek idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümünün idarenin mutlak bir takdir hakkı olmamakla birlikte “haklı neden” ve “kamu yararı”nın bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabileceğini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, itiraza konu yasal düzenlemeye sulh ceza

ilmeme halinde infaz edilir hale gelmesi onun idarî niteliğini kesin ve açık olarak ortaya koyar. İtiraz halinde hâkimin verdiği karar yeni bir kararın yaratılması olmayıp idarî kararın tasdiki veya iptali niteliğindedir. Sonuç olarak idarenin verdiği para cezası daima idarî nitelikte kalmaktadır.

Ceza, kamusal nitelikteki cezalardan kendisini organın ve uyguladığı usulün farklı olması nedeniyle ayrılmaktadır.

İdarî para cezaları sonuçları belli ölçüde kamu para cezalarına benzese bile tam anlamıyla bir “idarî işlem” sonucu oluşan idarî yaptırımlardır.

İtiraz konusu kuralla getirilen düzenleme idarenin yaptırım uygulamasının tipik bir örneğidir...” Karşı oyun tamamı için bkz. 28 Temmuz 1993 tarih ve 21651 sayılı Resmî Gazete.

¹¹¹ 01 Şubat 2001 tarihli ve 24305 sayılı Resmî Gazete.

¹¹² 3194 sayılı Yasa’nın 42. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

“Bu cezalara karşı cezanın tebliğinden itibaren yedi gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.”

mahkemesinin görev alanına sokulan idarî para cezalarının bir “idarî işlem” olmasını vurgulayarak, “cezaî” niteliğine vurgu yapan 1990 tarihli kararıyla da çelişmektedir. Bu değerlendirmelerden özellikle aynı yapı içinde alınan farklı imar yaptırımlarının bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesinin yargının bütünlüğünü bozacağı gerekçesi ile imar para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların adlî yargıda görülmesinde haklı neden ve kamu yararının bulunmadığına kanaat getiren yüksek mahkeme, itiraza konu hükmü Anayasa’nın 2., 125., 142., ve 155. maddelerine aykırı bularak oyçokluğu¹¹³ ile hükmün iptaline karar vermiştir.

Gerekçesinde de görüldüğü gibi bu karar, her ne kadar isabetli olarak değerlendirilse bile, yargısal bir uyuşmazlığı çözmekten çok, çözüm bulamamanın kargaşası içinde “mecburen” çözüme ulaşan bir yapı arz etmektedir. Zira, yüksek mahkeme önceki yerleşik içtihatları ile 1990 yılında vermiş olduğu karar arasında bir karar verememe noktasına gelmiştir. Özellikle bu karardan sonra idarî nitelikteki bir uyuşmazlığın yasal bir düzenleme ile adlî yargının görevine sokulması ve bu yasal düzenlemenin yüksek mahkemenin önüne gelmesi halinde ne yönde bir karar vereceği öngörülemez bir başlanmıştır.

c. Anayasa Mahkemesi’nin 1.3.2006 gün ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı Kararı¹¹⁴

5236 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “Başvuru yolu” başlıklı 27. maddesi¹¹⁵ ile idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararlarının yargısal denetimi sulh ceza mahkemelerinin görevine verilmiştir. Aynı Kanun’un “Genel kanun niteliği” başlıklı 3. maddesi¹¹⁶ uyarınca bu Kanun’un genel hükümleri bütün kabahatlere uygulanacağından diğer kanunlarda yer alan idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi

¹¹³ İdarî yargının görev alanının anayasal dayanağı olmadığı, ancak Anayasa’da “davaların en az giderle ve

mümkün olan süratle sonuçlandırılması”nın öngörülmesi sebebiyle itiraza konu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğunu belirten Ahmet Necdet SEZER, gerekçe yönünden çoğunluk görüşüne katılmamıştır. Nitekim YASİN’e göre de, yargılamanın bütünlüğünü bozan düzenlemelerde Anayasa’ya uyarlık bulunmamaktadır. Bu görüş için bkz. YASİN, s. 573.

¹¹⁴ 22 Temmuz 2006 tarihli ve 26236 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁵ “MADDE 27- (1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.”

¹¹⁶ “MADDE 3- (1) Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.”

yaptırımlarında da sulh ceza mahkemeleri görevli hale gelmiştir. Türkiye'nin çeşitli yerlerindeki sulh ceza mahkemeleri, 5236 sayılı Kanun'un bu hükümlerini de içeren bazı maddelerine karşı Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurmuştur. İtiraz sonucunda yapılan incelemede 3. madde iptal edilirken, 27. maddede Anayasa'ya aykırılık bulunmamıştır.

Yüksek mahkemeye göre; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler ile 5252 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle, çeşitli yasalarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımların idarî para cezasına dönüştürülmesinin bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyip, cezaî karakteri ağır basan bu eylemler açısından verilen idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı başvurunun sulh ceza mahkemesi tarafından kanunda belirtilen usule göre incelenmesini düzenleyen 27. maddede Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır¹¹⁷. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler dışındaki idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararlarına da uygulanmasını öngören Kanun'un 3. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir. İdarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun bu nitelikte geniş takdir hakkının bulunmadığını vurgulayan yüksek mahkeme, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idarî işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idarî yargı alanından çıkarılarak adlî yargıya bırakılmasını mümkün kılan “Genel kanun niteliği” başlıklı 3. maddenin Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğunu tespit ederek oyçokluğuyla¹¹⁸ iptaline karar vermiştir.

¹¹⁷ Anayasa'nın 125. maddesinin idarî işlemlerin yargısal denetimi açısından güvence oluşturduğunu ve bu madde uyarında bahsedilen yargı yerinin de idarî yargı olduğunu, çeşitli kanunlarda düzenlenen suçların “kabahat” başlığı altında yeniden düzenlenmesi ile bunlara idarî para cezası verilmesinin öngörülerek bu eylemlerin artık ceza hukukunun kapsamı dışına çıkartıldığını, yaptırımın uygulanmasındaki yöntemin de ceza hukuku ilkelerine göre değil idare hukuku ilkelerine göre düzenlendiğini, ceza değil idarî işlem niteliğinde olan idarî yaptırımların, Türk hukuk sisteminin kökleşmiş kurumları ve Anayasa kuralları uyarınca, idarî yargı denetimine tâbi tutulması gerektiğini belirten Osman Alifeyyaz PAKSÜT, itiraza konu 27. maddenin Anayasa'nın 2., 125., ve 155. maddelerine aykırı olduğunu iddia ederek çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

¹¹⁸ Sacit ADALI ve Mehmet ERTEN, itiraz konusu 3. madde ile Kabahatler Kanunu'nda yer alan ve “ceza mahkemesini yetkili kılan düzenlemenin de içinde olduğu genel hükümlerin”, “özel kanunlardaki kabahatler” için de uygulanacağını hüküm altına alındığını, böyl-

d. Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2006 gün ve E.2003/75, K.2006/114 sayılı Kararı¹¹⁹

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun “*Bu kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür*” hükmünü ihtiva eden 134. maddesi ile 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun yine aynı hükmü ihtiva eden 70. maddesinin birinci fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluyla yüksek mahkemenin incelemesine tâbi tutulmuştur. İtiraz konusu hükümlerle, ilgili kanunların uygulamasından doğan bütün uyuşmazlıklar iş mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmek suretiyle bu kanunlar doğrultusunda tesis edilen “idarî işlem”lerin denetimi de adlî yargının görev alanına dâhil edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin ilk defa ve açıkça idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümünün, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabileceğini kabul ettiği bu kararında, ihtisaslaşmayı esas alan itiraz konusu hükümlerin kamu yararı amacıyla getirildiği ve yargı ayrılığı ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır¹²⁰.

Yüksek mahkemenin önceki kararlarında nitelik ve nicelik yönünden dikkat çeken muhalefet şerhlerinin, idarî yargının görev alanına ilişkin yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygun olabileceğini öngören bu kararda yer almaması mahkemenin önceki içtihatlarındaki katı tutumundan vazgeçtiğinin

ece yasa koyucunun amacına uygun şekilde uygulamada birlik ve ahenk sağlanarak hukuk güvenliğinin tesis edildiğini belirterek çoğunluk kararına katılmamışlardır.

¹¹⁹ 31 Mart 2007 tarihli ve 26479 sayılı Resmî Gazete.

¹²⁰ Kararda söz konusu düzenlemeler açısından kamu yararı; “...Ülkemizde, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile, işçi ve işveren arasında iş aktinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarına bakmak üzere iş mahkemeleri kurulmuştur. Sosyal güvenlik kurumlarının prim ve diğer alacaklarının hesaplanması, sigortalı olma hakkının kazanılması ya da kaybedilmesi, ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatlarından doğan uyuşmazlıklar sonucunda hükmolunan miktarların ve bunlara uygulanacak faiz oranlarının hesaplanması gibi konuların kendi içinde bütünlük ve ihtisas gerektirmeleri yanında, iş hukuku ile de yakından ilişkili olduğu açıktır. Nitekim 5521 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin (B) bendi ile ‘işçi sigortalı kurumu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara...’ bu mahkemelerde bakılacağı 506 sayılı Yasa'nın itiraz konusu kuralına paralel biçimde ayrıca vurgulanmıştır. 1479 sayılı Yasa'dan kaynaklanan kimi uyuşmazlıkların da bu nitelikte oldukları görülmektedir...” şeklinde açıklanmıştır.

bir göstergesidir¹²¹.

3. Başvuran Mahkemenin Yetkisizliği Nedeniyle Esastan İncelenmeyen Yasal Düzenlemeler

İdarî uyuşmazlıkların yargısal denetiminin adlî yargı tarafından yapılmasını öngören bazı yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmesine rağmen Anayasa Mahkemesi; itiraz yoluna başvuran mahkemenin “yetkisizliği” sebebiyle başvurunun reddine karar vererek bu hükümlerle ilgili esastan Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmamıştır. Yüksek mahkemenin bu kararlarında Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası uyarınca işin esasına girilerek verilen bir red kararından bahsedilemeyeceğinden söz konusu hükümler, bakılmakta olan davayı gören “görevli” mahkemeler tarafından Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilir. Bu sebeple konumuz kapsamında bu hükümleri de değerlendirmeyi uygun gördük.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yüksek mahkeme, bu kararlarında “görev” yerine “yetki” terimini kullanarak lâfzen hatalı kararlar vermiştir. Her ne kadar şekli bir yanlış olarak görülse de, Anayasa'nın üstünlüğünü sağlamakla görevli yüksek mahkemenin temel hukukî terimleri hatalı kullanması kabul edilemez. Bir diğer yanlış ise Anayasa'da geçen “bir davaya bakmakta olan mahkeme” ifadesinin mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması gerektiği şeklinde yorumlanarak itiraza konu yasal düzenlemeleri esastan incelemekten kaçınmaktır. Anayasa Mahkemesi'nin bu şekildeki daraltıcı yorumla ortaya koyduğu içtihatları, adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözenin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yetkisinde olduğunu gerekçe gösterilerek doktrinde ciddi eleştirilere konu olmuştur¹²².

¹²¹ Karara karşı tek muhalif oy kullanan Şevket APALAK; “Anayasa'nın 60. maddesi de sosyal güvenlik hakkını vurgulamış ve Devlet'in bu güvenliği sağlayacak teşkilât kuracağını öngörmüştür. Böylece oluşturulan sosyal güvenlik kuruluşları, görev yönünden yerinden yönetim idareleri olarak idarî yapı içinde yer aldığı gibi, bu kuruluşların görev alanları ve yürütecekleri uğraşlar idarî faaliyet alanı içinde kalır. Devlet'in sosyal güvenlikle ilgili bu görevlerini, hizmeti yönlendireceği kişilerin konumlarına göre nitelemek, idarî uğraşı ve idarî işlemleri ilgili bireylere göre ayırtırmak sonucunu doğuracaktır. Bu sonucun kamu hizmeti kuramıyla bağdaştırılması olanaksızdır. Belirlenen bu durum karşısında sosyal güvenlikle ilgili Devlet tarafından kurulan teşkilâtın işlemlerinin idarî nitelikleri, bunlarla ilgili uyuşmazlıkların da idarî yargı yerlerinde görülmesini kaçınılmaz kılar. Yargı kolları içinde özel ve teknik mahkemeler gereksinimi yargı yeri ayırımının gözetilmemesinin haklı nedeni olamaz. Kamu yararı ve haklı nedenler kavramları ancak idarî yargı içinde vergi mahkemeleri gibi özel mahkeme olgusunun gerekçesi olabilir...” diyerek itiraz konusu düzenlemelerin Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddelerine aykırılığı sebebiyle iptali gerekeceğini belirtmiştir.

¹²² ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 429-430.

Bu eleştirilere katılmakla birlikte çalışmamız kapsamında yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz yüksek mahkemenin ODTÜ kararı ve İmar Kanunu’nun 42. maddesine ilişkin vermiş olduğu kararda da görüleceği üzere, itiraz yoluna başvuran mahkemelerin mevzuat uyarınca “görevsiz” olmalarına rağmen itiraz konusu yasal düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğunun esastan incelendiğini hatırlatmakla yetiniyoruz¹²³.

a. Anayasa Mahkemesi’nin 5.4.2007 gün ve E.2007/35, K.2007/36 sayılı Kararı¹²⁴

Kabahatler Kanunu’nun “Genel kanun niteliği” başlıklı genel hükümlerinin bütün kabahatlere uygulanacağına ilişkin 3. maddesi, yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz Anayasa Mahkemesi’nin 1.3.2006 gün ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararı ile iptal edilmişti. İptal kararı sonrasında yasakoyucu 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 3 üncü maddesini, 6/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun’un 31. maddesi¹²⁵ ile yeniden düzenleyerek Kabahatler Kanunu’nun idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağını hüküm altına almıştır. Bu yeni düzenleme sonrasında da idarî işlem niteliğindeki idarî yaptırımların yargısal denetiminin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde sulh ceza mahkemeleri tarafından yapılması sonucunu doğuran bu hüküm, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. İmar Kanunu’nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasının iptali istemiyle açılan davada Sulh Ceza Mahkemesi’nin görevsiz olduğu kanısına vararak Anayasa’ya aykırılığı iddia edilen bu hükmü; başvuran mahkemenin yetkisizliği sebebiyle esastan incelemeyen yüksek mahkeme itiraz başvurusunun reddine karar vermiştir¹²⁶.

¹²³ Bkz. II-B-1-a ve II- B-2-b.

¹²⁴ 15 Kasım 2007 tarihli ve 26701 sayılı Resmî Gazete.

¹²⁵ *MADDE 31- 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

“MADDE 3- (1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm

bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır.”

¹²⁶ Yüksek mahkeme kararında: “... İmar Kanunu’nun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işlemi, imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik idarî bir işlemin devamı niteliğinde olduğundan, Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca idarî yaptırım kararının yanı sıra idarî yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para

Uygulamada idarî para cezalarının yargısal denetiminin sulh ceza mahkemeleri tarafından yürütülmesinde ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Çünkü sulh ceza hâkimleri, idare hukuku ilkeleri doğrultusunda verilen idarî para cezalarının denetiminde yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple de “Kabahatler Kanunu” kapsamında verilen idarî yaptırım kararlarının yargısal denetiminde vatandaş ve hukukçular açısından “tatminsizlik” yaratan bu hükmün isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

b. Anayasa Mahkemesi’nin 8.12.2011 gün ve E.2011/124, K.2011/160 sayılı Kararı¹²⁷

Elazığ İdare Mahkemesi, 3.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanunla değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının, “*İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, Kanundan doğan sorumluluk davaları adlî yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez*” bölümünün iptali için itiraz yoluna başvurarak, söz konusu davaların adlî yargıda görülmesinin Anayasa’ya aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 2918 sayılı Kanun’dan doğan sorumluluk davalarının adlî yargıda görüleceğini belirterek itiraz başvurusunda bulunan idare mahkemesinin davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkeme olmadığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar vermiştir¹²⁸.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 6099 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 19.1.2011 tarihinden önce hizmet kusuruna dayalı olarak açılan tazminat davasının, idarî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır¹²⁹. Her ne kadar değişiklikten sonra da yol kusurundan veya işaretleme eksikliğinden kaynaklanmış trafik kazaları sebebiyle idareye karşı açılan tazminat davalarının idare mahkemelerinin görevine gireceği

cezalarına karşı açılacak davalarda idarî yargının görevli olduğunun kabulü gerekmektedir...” diyerek imar para cezalarına karşı idare mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varmıştır.

¹²⁷ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000157&content= (Erişim Tarihi:30.01.2013).

¹²⁸ Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Burhan ÜSTÜN bu görüşe katılmamışlardır.

¹²⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 4.6.2012 tarih ve E.2012/107, K.2012/134 sayılı kararı, 18 Haziran 2012 tarihli ve 28327 sayılı Resmî Gazete (Mükerrer).

belirtilmişse¹³⁰ de Uyuşmazlık Mahkemesi, 2918 sayılı Kanun'un 1., 2. ve 10. maddeleri¹³¹ ile Anayasa Mahkemesi'nin incelediğimiz kararını gerekçe göstererek¹³² bu Kanun'dan kaynaklanan sorumluluk davalarının tamamında

¹³⁰ GÖZLER/KAPLAN, s.36, dipnot 4.

¹³¹ AMAÇ:

Madde 1 - Bu Kanunun amacı, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemektir.

KAPSAM:

Madde 2 - Bu Kanun, trafikle ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini, ilgili kuruluşları ve bunların görev, yetki ve sorumluluk, çalışma usulleri ile diğer hükümleri kapsar.

Bu Kanun, karayollarında uygulanır. Ancak aksine bir hüküm yoksa;

a) Karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerler ile,

b) Erişme kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında da, Bu Kanun hükümleri uygulanır.

BELEDİYE TRAFİK BİRİMLERİ, GÖREV VE YETKİLERİ:

Madde 10 - (Değişik madde: 18/01/1985 - KHK 245/3 md.; Aynen kabul: 28/03/1985 - 3176/3 md.)

Bu Kanunla belediyelere verilen görevler il ve ilçe trafik komisyonları ve mahalli trafik birimleri ile işbirliği yapılarak yürütülür.

a) Kuruluş

Her belediye başkanlığı bünyesinde, hizmet kapasitesi gözönünde tutularak İçişleri Bakanlığınca tespit edilecek ölçülere ve genel hükümlere göre, belediye trafik şube müdürlüğü, şefliği veya memurluğu kurulur.

b) Görev ve yetkiler

1. Yapım ve bakımından sorumlu olduğu yolları trafik düzeni ve güvenliğini sağlayacak durumda bulundurmak,

2. Gerekli görülen kavşaklara ve yerlere trafik ışıklı işaretleri, işaret levhaları koymak ve yer işaretlemeleri yapmak,

3. Karayolu yapısında ve üzerinde yapılacak çalışmalarda gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve denetlemek,

4. Karayolunda trafik için tehlike teşkil eden engelleri gece veya gündüze göre kolayca görülebilecek şekilde işaretlemek veya ortadan kaldırmak,

5. Yol yapısı veya işaretleme yetersizliği yüzünden trafik kazalarının vukubulduğu yerlerde, yetkililerce teklif edilen tedbirleri almak,

6. Çocuklar için trafik eğitim tesisleri yapmak veya yapılmasını sağlamak,

7. Bu Kanun ve bu Kanuna göre çıkarılan yönetmeliklerle verilen diğer görevleri yapmak. (Ek fıkra: 25/06/1988 - KHK 330/2 md.)

¹³² Anayasa'nın 158. maddesinin son fıkrası uyarınca görev hususunda Anayasa Mahkemesi'nin kararları esas alınacağından Uyuşmazlık Mahkemesi aksi yönde karar vermiş olsa da bu

adlî yargının görevli olduğuna karar vermiştir¹³³.

Kanımızca, idarenin araçları ile sebebiyet verdiği zararlar hakkında 2918 sayılı Kanun’da yer alan hükümler sonucunda oluşan yerleşik uygulama haklı sebep ve kamu yararı teşkil ettiğinden adlî yargının görevlendirilmesi kabul edilebilir. Ancak yol kusuru ya da işaretleme eksikliği gibi hizmet kusuru kabul edeceğimiz nedenlerden dolayı meydana gelen trafik kazalarına ilişkin tazminat davalarında adlî yargının görevlendirilmesi sonucunu doğuran 2918 sayılı Kanun’un 110. maddesinin 1. fıkrası Anayasa’ya aykırıdır. Çünkü hizmetin kurulması, düzenlenmesi ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklık olarak nitelendirilen¹³⁴ ve idarî eylem ya da işlemlerden doğan hizmet kusurunun tespiti idarî yargı organlarının görevine girmekte olup, bu uyuşmazlıkların adlî yargının görev alanına dâhil edilmesinde kamu yararı ya da haklı bir sebep söz konusu olamaz.

IV. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU’NUN İPTAL EDİLEN 3. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. Maddesinin Anlamı ve Amacı

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesi ile idarî eylem ve işlemler sebebiyle ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmişti¹³⁵. Bu çerçevede, başkaca hiçbir koşul ve sınırlama bulunmaksızın idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer nedenlerin yol açtığı “vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen yitirilmesi” ya da “kişinin ölümü” sonucu oluşan maddî ve manevî zararların tazmini istemiyle açılan davalarda, görevli yargı yeri adlî yargı düzeni içerisinde “asliye hukuk mahkemesi” olmuştur.

kararın bir bağlayıcılığı olmayacaktı.

¹³³ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 05.11.2012 tarih ve E.2012/144, K.2012/224 sayılı kararı, 7 Aralık 2012 tarihli ve 28490 sayılı Resmî Gazete.

¹³⁴ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s.369 (Bundan sonra yazarın bu eserine atıflar age. olarak yapılacaktır).

¹³⁵ “Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır”.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi, yasalaşma sürecinde komisyon görüşmeleri sırasında verilen bir önergenin komisyonda kabul edilmesi ile yasa tasarısına girmiştir. Komisyonda verilen önergede; insan zararlarına ilişkin olarak açılan tazminat davalarının farklı yargı kollarında görülmesinin benzer olaylarda birbirinden farklı kararların çıkmasına sebep olduğu, bu alanın disipline edilebilmesi bakımından insanın vücut bütünlüğüne ilişkin bir zarar doğması durumunda zararı kimin verdiği bakılmaksızın zarar süjesi esas alınarak bu davaların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir¹³⁶.

Hükmün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere amaç; farklı yargı kollarının gördüğü benzer uyuşmazlıklar yönünden oluşan içtihat ayrılığının önüne geçerek adaletin tecellisine vesile olmaktır. Ancak bu değerlendirme ve bu değerlendirme ışığında oluşturulan bu hükümle idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli ayrı ve asıl yargı kolu olan idarî yargı ihmal edilmiştir. Kısacası, içtihat farklılıkları sebebiyle ortaya çıkan eşitsizlik giderilmeye çalışılırken bireyin idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri karşısında koruyan idarî yargı ortadan kaldırılmıştır.

Bu düzenleme ile bedensel zarara uğrama sebebiyle idare aleyhine açılacak maddî ve manevî tazminat davaları hukuk mahkemelerinde taraflarca hazırlanma ilkesine uygun olarak görülmeye başlanacaktı. İdarenin işlem ve eylemleri sebebiyle uğranılan zararlar yönünden bu ilkeye göre yargılama yapmak; idarenin eylem ve işlemleri sebebiyle zarara uğradığını iddia eden bireyi, olası bir hukuka aykırı karar sonucunda uğradığı zararlar yönünden yalnız bırakmak anlamına gelecekti.

İdarenin haksız eylemleri ile zararına sebep olduğu bireyin zararlarının giderilmesinde şüphesiz kamu yararı vardır. Buna rağmen hâkimin incelemesini taraflarca sunulan delillere göre yaptığı, tarafların bildirmediği olaylar ve delilleri kendiliğinden inceleyemediği ve buna göre uyuşmazlığı karara bağladığı bir sistem idarî nitelikteki bir uyuşmazlığın yargılama ilkesi olmamalıdır. İdarî bir uyuşmazlıkta hâkim; davanın açılmasından nihai karar verilmesine kadar olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, maddî olayın hukukî tavsifi, iddia ve savunmada ortaya konulan maddî olguların gerçeğe aykırı olup olmadığının araştırılması, delillerin takdiri, idarenin sorumluluk esasının tespit edilmesiyle ilgili olarak, tarafların talebine bağlı olmaksızın önüne gelen somut olayı çözecektir. Çünkü mahkeme

¹³⁶Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>(Erişim Tarihi:30.01.2013).

ancak aktif konumda hareket ederek, idarenin üstün gücünü kullanarak tesis ettiği hukuka aykırı işlemlerle bireyin hak ve özgürlüklerine müdahalesini engelleyebilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi -Anayasa Mahkemesi kararını vermeden önce bile- gerek yerindeliği ve gerek Anayasa'ya uygunluğu yönünden ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Düzenlemenin bir istisna değil; adeta idarî yargının görev alanının dörtte birinin blok olarak adlî yargıya kaydırılması anlamına geldiği dile getirilerek isabetsizliği vurgulanmıştır¹³⁷. Ayrıca düzenlemeyle amaçlanan “kamu yararı”nın mümkün gözükmediği, aksine yargılamanın bütünlüğü ilkesini bozan bu düzenlemenin hangi gerekçe ile yapılırsa yapılısın “kamu yararı”nı ortadan kaldıracağı belirtilmiştir¹³⁸.

B. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi, anamuhalefet partisinin açmış olduğu iptal davası üzerine 6100 sayılı Kanun'un 3. maddesinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyerek söz konusu hükmün iptaline karar vermiştir¹³⁹. Öğretideki görüşler, mahkemenin son yıllardaki içtihatları ve kanunun kabulünden sonraki süreç dikkate alındığında, kararın oybirliğiyle ve özellikle Anayasa'nın 125. ve 155. maddeleri de gerekçe gösterilerek iptal edilmesi “hukuk devleti”nin olmazsa olmazı olarak nitelendirdiğimiz idarenin yargısal denetimi açısından isabetli olmuştur.

6100 sayılı Kanun'un 3. maddesinin Anayasa'nın 157. maddesine aykırı olduğu hususu tartışma götürmez bir gerçektir. Nitekim yüksek mahkemenin kararında da, gerekçe yönünden bir görüş birliği olmamasına rağmen iptale konu hükmün Anayasa'nın 157. maddesine aykırılığı hususunda bir konsensüs oluşmuştur. Kararda da belirtildiği üzere Anayasa, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin olan eylem ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nde çözümleneceğini açıkça düzenlemesine rağmen 6100 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile bu uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde adlî yargının görevli kılınması söz konusu aykırılığı ortaya koymaktadır. Ancak bizim asıl değerlendirmek istediğimiz husus, iptale konu hükmün Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğuna yönelik gerekçesi ve bu gerekçeye ilişkin ek ve karşı görüşlerdir.

¹³⁷ GÖZLER/KAPLAN, s.41.

¹³⁸ ÇAKIR, Hüseyin Melih, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK M.3'ün İdarî Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım-Aralık 2011, Cilt:85, Sayı:2011/6, s.201.

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.2.2012 gün ve E.2011/35, K.2012/23 sayılı kararı, 19 Mayıs 2012 tarihli ve 28297 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi, kararında; son içtihatları ile uyumlu olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunmadığını, idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümünün ancak haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabileceğini tekrarlamıştır. Kamu yararı ve haklı nedenle bağlantı kurarak yargılamanın bütünlüğü¹⁴⁰ hususuna da özellikle değinen yüksek mahkeme, idare hukukuna özgü sorumluluk ilkelerinin farklılığına vurgu yaparak aynı idarî eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden bulunmadığı sonucuna varmıştır¹⁴¹. Her ne kadar iptal kararı oybirliği ile alınmışsa da bu gerekçe genel kabul görmemiş; iptali talep edilen kuralın, Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırılığı nedeniyle değil, sadece 157. maddesine aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi yönünde değişik gerekçeler yazılmıştır¹⁴².

Görüldüğü gibi yüksek mahkeme bu kararında da son yıllardaki içtihatlarıyla oluşturduğu haklı sebep ve kamu yararı kriterlerinden vazgeçmemiştir. Kanımızca karar, özellikle “yargılamanın bütünlüğü”nü bozan yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığının tespiti bakımından emsâl niteliğindedir. Çıkarılmış olduğumuz bu sonucun anayasal dayanağı ise mahkeme üyelerinden Erdal TERCAN'ın ek gerekçesinde belirttiği gibi Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında dile getirilen davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması kuralı ya da doktrindeki adıyla “usûl ekonomisi”dir.

V. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 55/II HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile paralel olarak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrası, idarî eylem ve işlemler sebebiyle açılan tazminat davaları açısından

¹⁴⁰ Yargılamanın bütünlüğünü bozan düzenlemelerin de Anayasa'ya aykırı olacağı yönündeki görüşe 27 no.lu dipnotta değinilmiştir.

¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi üyelerinden Erdal TERCAN, iptali istenen hüküm uyarınca aynı sorumluluk sebebiyle adli yargıda ikinci bir dava açılması gerekeceğinden, bu durumun Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında dile getirilen, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması kuralına da aykırı olacağını ek gerekçesi ile belirtmiştir.

¹⁴² Bu yöndeki gerekçeler için bkz. Mehmet ERTEN, Recep KÖMÜRCÜ ve Hicabi DURSUN'un değişik gerekçeleri.

farklı bir kural getirmiştir. Bu düzenleme uyarınca her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri uygulanacaktır¹⁴³. Bu düzenlemenin sonunda yer alan 'istem ve davalardan', idarî yargıdaki tam yargı davalarının anlaşılması gerekmektedir¹⁴⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iptal edilen 3. maddesi ve bu düzenlemeye göre daha önce idarî yargı mercilerinin görevli olduğu ve özel hukukta uygulanan tazminat kurallarının idarî yargı ilkelerine uygun olarak değerlendirilmesi sonucu çözüme bağlanan bu nitelikteki tam yargı davaları, Türk Borçlar Kanunu hükümleri doğrultusunda asliye hukuk mahkemelerinde görülmeye başlanacaktı. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi iptal edilmiştir. Bu yöndeki diğer düzenleme olan Türk Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesinin 2'inci fıkrası ise halen yürürlüktedir.

Uygulamada, idare mahkemelerinin tam yargı davaları sonucu verdiği kararlarda zararın hesaplanması ve tazminat miktarının belirlenmesi konusunda eksik hesaplamalar yaptığı ve bunun da hak ve adalet ilkeleri ile bağdaşmadığı yolunda eleştiriler vardır¹⁴⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesine göre de amaç, insan zararlarında farklı hukuk düzenlemelerinden bütüncül bir düzenleme ve yargı birliğine geçmektir¹⁴⁶. Her ne kadar bu hükmün; zararın ve tazminatın hesaplanması konusunda bir değişiklik getirdiği öne sürülse de¹⁴⁷, bu düzenleme ile birlikte idarenin tazminat sorumluluğu da Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenmek zorundadır. Oysa ki, Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesine yönelik vermiş olduğu iptal kararının gerekçesinde de vurguladığı gibi, idare hukukunda var olan sorumluluk kuralları bireyin idare karşısındaki korunma kapsamını genişletmektedir. Çünkü idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da fedakârlığın denkleştirilmesi, sosyal risk ve terör eylemleri gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı

¹⁴³ 11 Ocak 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri"nin düzenlendiği "İkinci Ayrım" ında yer alan 55. maddesinin ikinci fıkrası: *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır"*.

¹⁴⁴ ZABUNOĞLU, Yahya, İdare Hukuku (Cilt-1), Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.742 (Bundan sonra yazarın bu eserine yapılan atıflar Cilt-1 olarak yapılacaktır).

¹⁴⁵ ZABUNOĞLU, Cilt-1, s.742.

¹⁴⁶ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sira-sayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim Tarihi:30.01.2013).

¹⁴⁷ ZABUNOĞLU, Cilt-1, s.742.

zararların tazmin edilmesi mümkünken, özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır¹⁴⁸.

Yine İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini Anayasa Mahkemesi'ne götüren kararının gerekçesinde de belirtildiği üzere:

“...Yönetmelik yargı yerlerince benimsenmiş yargısal içtihatlarla; ‘idarenin hukuksal sorumluluğunun, kişilere lütüf ve âtîfet duyguları ile belli miktarda para ödenmesini öngören bir ilke olmadığı, demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuksal bir sonuç olduğu da vurgulanarak; kamusal faaliyetler sonucunda idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin kurulması ve idarî etkinlikler nedeniyle bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurum olduğu kabul edilegelmiştir. Bu işlev ve niteliğinin bir gereği olarak, tam yargı davalarında zararı doğuran yönetmelik faaliyetlerin günümüzde aldığı çeşitlilik ve özellikler de göz önünde bulundurularak; sorumluluk nedenleri genel olarak özel hukuk alanındaki sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden ya da ancak özel durumlar için yasa ile öngörülebilir kusursuz sorumluluk nedenlerinden bağımsız olarak yargısal içtihatlarla geliştirilmiştir. Bu anlamda, yönetmelik yargı yerlerince oluşturulan içtihatlarla, kural olarak idare yürüttüğü kamu hizmeti ile nedensellik kurulabilen zararlardan, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleri ile sorumlu tutularak bireylerin özel zararlarının tazminine karar verilmekle birlikte; Mahkemeler önlerine gelen uyuşmazlıklarda idare hukukuna özgü ölçüt ve ilkelerle hem zararı doğuran eylem ve işlemleri irdelemekte; hem de bundan çıkabilecek hukuksal sonuçları belirlemektedir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, idarî yargı yerleri yargısal içtihatlarla, özel hukuk alanında hukuksal sorumluluk nedenlerini oluşturan hallerin maddî ve hukuksal çerçevesinden bağımsız olarak, salt idare hukukuna özgü ilke ve gereklerle “hizmet kusuru”, “kusursuz sorumluluk”, “görev sorumluluğu” ve son yıllarda geliştirilen “sosyal risk” sorumluluğu gibi tazmin borcu doğuran hukuksal sorumluluk nedenleri ile bu nedenlerin yürütülen hizmetin nitelik ve gereklerine uygun olarak değişen görünüş biçimlerine ilişkin ilke ve ölçütler geliştirmişlerdir...”¹⁴⁹

¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 16.2.2012 gün ve E.2011/35, K.2012/23 sayılı kararı, 19 Mayıs 2012 tarihli ve 28297 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴⁹ İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 09.01.2012 gün ve E.2011/2454 sayılı kararı, www.izmirbim.adalet.gov.tr/kararlar/HMK3.MD.doc (Erişim Tarihi:30.01.2013).

Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunması; uyumsuzluk alanlarının ve bu uyumsuzluklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır. Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyumsuzluğun hak ve nesafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde idari yargı denetiminin ana amacı, idarenin, idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır¹⁵⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptalinden sonra 6098 sayılı yasanın 55/II hükmü yürürlükte bulunduğundan idarenin sorumlu olduğu vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin davalar, idari yargının amacına aykırı olarak özel hukuk hükümlerine göre çözümlenecektir. Bu hüküm uyarınca idarenin sorumluluğu da özel hukuk hükümlerine göre belirleneceğinden söz konusu uyumsuzlukların idari yargı mercilerinde çözümlenmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 55/II hükmü uyarınca idare mahkemeleri, içtihatlarla geliştirilen daha önce bahsettiğimiz sorumluluk ilkelerine göre karar veremeyecek, bu da bireyin idare karşısındaki korunma kapsamını daraltacaktır.

Türk Borçlar Kanunu idarenin malî sorumluluğu konusunda bir ikilik yaratmıştır. Şöyle ki, idari eylem ve işlem sebebiyle meydana gelen maddi zararlar için farklı, bedensel zararlar için farklı sorumluluk ilkeleri uygulanması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin idarenin bir eylemi sonucunda yaralanan ve motorlu taşıtı zarar gören bir kişinin yaralanması sebebiyle uğramış olduğu zarar için Borçlar Kanunu hükümleri, motorlu taşıtın uğramış olduğu zarar için ise idare hukukundaki sorumluluk ilke ve esasları uygulanacaktır¹⁵¹.

Tüm bu açıklamalarımızdan da açıkça anlaşılacağı üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iptal edilen 3. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrası benzer gerekçelerle yapılan birbiriyle iç içe düzenlemelerdir. Bu nedenle birinin iptali sonrasında diğerrinin varlığı hukuk bütünlüğünü bozmaktadır.

İdarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri sonucunda tazmin sorumluluğunu daraltan Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrası, hem hukuk devleti ilkesini hem de Anayasa'nın 125. maddesindeki idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu kuralını

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 25.5.1976 gün ve E.1976/1, K.1976/28 sayılı kararı, 16 Ağustos 1976 tarihli ve 15679 sayılı Resmî Gazete.

¹⁵¹ GÜNDAY, age., s.368, 301 no.lu dipnot.

ihlâl etmektedir. Zira idarenin hukukî sorumluluğu özel hukuk ilkelerinin uygulanması ile tam olarak yerine getirilemez. İdarenin sorumluluğunun tâbi olacağı ilke ve esaslar, zarara uğrayan varlığın niteliğine göre değil, idarenin zarara neden olan faaliyetinin niteliğine göre saptanmalıdır¹⁵².

İdare hukukunun kendine özgü sorumluluk ilkelerine vurgu yaparak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini iptal eden Anayasa Mahkemesi, önüne gelmesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasını da kuvvetle muhtemel iptal edecektir.

VI. SONUÇ

Anayasa Mahkemesi son içtihatları ile kamu yararı ve haklı neden bulunmadığı sürece idarî bir uyuşmazlığın adlî yargının görev alanına sokulmasını Anayasa'ya aykırı bulmaktadır. Yine yüksek mahkemeye göre görev alanına ilişkin yargılamanın bütünlüğünü bozan yasal düzenlemelerde de Anayasa'ya uyarlık bulunmamaktadır.

Hizmet kusuru kabul edeceğimiz nedenlerden dolayı meydana gelen trafik kazalarına ilişkin tazminat davalarını adlî yargının görev alanına dâhil eden, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrası iptal edilmelidir. Hizmet kusuruna dayanan tam yargı davalarının, idarenin görev ve yetkilerini yakından tanıyan idare mahkemesi yargıçları tarafından görülmesinde kamu yararı söz konusudur. Bu nedenle söz konusu hüküm Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrası ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptal edilmesi ile yargı bütünlüğünü bozmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini iptal ederken idare hukukunun kendine özgü sorumluluk ilkelerine vurgu yapan Anayasa Mahkemesi'nin itiraz yolu ile önüne gelebilecek bu hükmü de iptal etmesi sürpriz olmayacaktır. Kanımızca da, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri sonucunda tazmin sorumluluğunu daralttığı için Anayasa'da ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 125. maddesindeki idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu kuralı ve de aynı sorumluluk sebebiyle maddî zararlarda kamu hukuku ilkeleri uygulanırken bedensel zararlarda özel hukuk ilkelerinin uygulanması sonucunu doğurduğu için yargılamanın bütünlüğü ilkesi ile Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında dile getirilen, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması kuralına da aykırı olan bu hüküm iptal edilmelidir.

¹⁵² GÜNDAY, age., s.368, 301 no.lu dipnot.

Anayasanın yargı ayrılığı rejimini benimsemiş olması sebebiyle idarî işlemler ile eylemlerden dolayı uğranılan zararların tazmini için idarî yargıda dava açılması gerekmektedir¹⁵³. Geçmişte Demokrat Parti iktidarı programında yer alan yargı birliği görüşü, yeni Anayasa çalışmaları çerçevesinde Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından da savunulmaktadır¹⁵⁴. İdarî yargının adlî yargıdan ayrı bir yargı kolu olarak ortaya çıkması, özellikle ikinci dünya savaşından sonra devletin görevlerinin çeşitlenmesi sebebiyle yargı fonksiyonunun genişlemesinin bir sonucudur¹⁵⁵. Yargı birliğini ısrarla savunan İngilizlerin bile birey-devlet uyumsuzluklarını çözmekle görevli yarı-yargısal komisyonları geliştirmekte olduğu ve İngiliz İdare Hukuku'nun daha sistemli hale gelmesi için yüksek denetimin adlî yargıdan alınarak bir yüksek idare mahkemesi kurulmasına taraftarlık etmeleri¹⁵⁶, yargı birliğinin idarenin yargısal denetiminde yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır. Yerleşmiş, faydası görülmüş bir sistemi yeni bir tecrübeye feda etmek için esaslı bir neden bulmak gerekir ki böyle bir neden olmadığı gibi¹⁵⁷ mevcut sistemin yerindeliğine yönelik gerekçeler ortadadır. O halde idarî yargı ayrı bir yargı düzeni olarak muhafaza edilmelidir¹⁵⁸.

KAYNAKÇA

I.Kitaplar ve Makaleler

AKILLIOĞLU, Tekin, “ Anayasa Mahkemesine Göre Anayasa 114 Yorumu”, Seha L.

Meray’a Armağan, Cilt 1, Ankara 1981, s.13-26.

ARAL, Rüştü, “Yargı Organı Olarak Danıştay”, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968, s. 225-300.

¹⁵³ İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 09.01.2012 gün ve E.2011/2454 sayılı kararı, www.izmirbim.adalet.gov.tr/kararlar/HMK3.MD.doc (Erişim Tarihi:30.01.2013).

¹⁵⁴ “Amacımız Yargı Birliği”, <http://siyaset.milliyet.com.tr/amacimiz-yargi-birligi/siyaset/siyasetdetay/09.02.2013/1666508/default.htm> (Erişim Tarihi: 25.03.2013).

¹⁵⁵ ONAR, I. Cilt, s.94.

¹⁵⁶ ÖZYÖRÜK, s. 58.

¹⁵⁷ BALTA, s.229.

¹⁵⁸ BALTA, s.229; EROĞLU, s. 364.

- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- BONNARD, Roger, İdarenin Kazaî Murakabesi (Çeviren: Ahmet Reşit TURNAGİL), Devlet Basımevi, İstanbul 1939.
- BÉNOIT, Francis-Paul, Le Droit Administratif Français, 1968.
- ÇAKIR, Hüseyin Melih, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK M.3’ün İdarî Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım-Aralık 2011, Cilt:85, Sayı:2011/6, s.179-202.
- DERBİL, Süheyl, İdare Hukuku I (İdarî Kaza-İdarî Teşkilât), 4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1955.
- DERDİMAN, R. Cengiz, İdarî Yargının Genel Esasları, Alfa Aktüel Yayınları, İstanbul 2012.
- DUEZ, Paul/DEBEYRE, Guy, Traité de Droit administratif, 1952.
- ERKUT, Celâl, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, Ankara 1990, s.155-156.,
- EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, Genel Esaslar İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş Onikinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Eylül 2012.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, “İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:6, Sayı:63, Kasım 2011, s.36-41.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt 2 İdarî Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ocak 2012.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

- GÜNDAY, Metin, “İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı, Sayı 14, Ankara, 1997, s.347-363.
- GÜRAN, Sait, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Dönmezer’e Armağan Sayısı, Cilt:I-II, Sayı 1-4, İstanbul 1987, s.35-45.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, I. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, III. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖZAY, İl Han, “Türkiye’de İdarî Yargının İşlev ve Kapsamı”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayınları, Ankara Haziran 1982, s.1-30.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ÖZDEŞ, Orhan, “Danıştay’ın Tarihçesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968.
- ÖZKOL, Adil, ”İdarî Yargının Görev Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku -İdarî Yargı- Ders Notları, Ankara 1977.
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku I, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- ZABUNOĞLU, Yahya, İdare Hukuku (Cilt-1), Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ZABUNOĞLU, Yahya, İdare Hukuku (Cilt-2), Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- YASİN, Melikşah, “Anayasa Mahkemesinin İdari Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No.4, İstanbul 2003, s.567-576.
- YILDIRIM, Turan, İdarî Yargı, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

II. İnternet Kaynakları

“Amacımız Yargı Birliği”, <http://siyaset.milliyet.com.tr/amacimiz-yargi->

birliği/siyaset/siyasetdetay/09.02.2013/1666508/default.htm (Erişim Tarihi: 25.03.2013).

III. Komisyon Raporları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu,
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>(Erişim Tarihi:30.01.2013).

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu,
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>(Erişim Tarihi:30.01.2013).

IV. Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin 25.5.1976 gün ve E.1976/1, K.1976/28 sayılı kararı, 16 Ağustos 1976 tarihli ve 15679 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1988 gün ve E.1988/5, K.1988/55 sayılı Kararı, 25 Temmuz 1989 tarihli ve 20232 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin 28.2.1989 gün ve E.1988/32, K.1989/10 sayılı Kararı, 22 Haziran 1989 tarih ve 20203 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin 10.7.1990 gün ve E. 1989/28, K.1990/18 sayılı Kararı, 28 Temmuz 1993 tarihli ve 21651 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin 15.05.1997 gün ve E. 1996/72, K.1997/51 sayılı Kararı, 01 Şubat 2001 tarihli ve 24305 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 gün ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı Kararı, 22 Temmuz 2006 tarihli ve 26236 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2006 gün ve E.2003/75, K.2006/114 sayılı Kararı, 31 Mart 2007 tarihli ve 26479 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin 5.4.2007 gün ve E.2007/35, K.2007/36 sayılı Kararı, 15 Kasım 2007 tarihli ve 26701 sayılı Resmî Gazete.

Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 gün ve E.2011/124, K.2011/160 sayılı Kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000157&content=(Erişim Tarihi:30.01.2013).

Anayasa Mahkemesi'nin 16.2.2012 gün ve E.2011/35, K.2012/23 sayılı kararı, 19 Mayıs 2012 tarihli ve 28297 sayılı Resmî Gazete.

İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 09.01.2012 gün ve E.2011/2454 sayılı

kararı, www.izmirbim.adalet.gov.tr/kararlar/HMK3.MD.doc (Erişim Tarihi: 30.01.2013).

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 05.11.2012 tarih ve E.2012/144, K.2012/224 sayılı kararı, 7 Aralık 2012 tarihli ve 28490 sayılı Resmî Gazete.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 4.6.2012 tarih ve E.2012/107, K.2012/134 sayılı kararı, 18 Haziran 2012 tarihli ve 28327 sayılı Resmî Gazete (Mükerrer).

BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ ve ULUSAL GÜVENLİK*

Zeynep HAZAR**

ÖZET

Türk Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde ve Amerikan Hukukunda ifade özgürlüğünün bir görünüş biçimi olan basın özgürlüğünü sınırlandırma nedenlerinden biri de ulusal güvenliktir. Bu sınırlandırma nedeni, hukukî bir kavram olmakla birlikte siyasi bir nitelik de arz eder. Siyasi niteliği genel olarak açık bir tanımının yapılmamış (veya yapılamamış) olmasından ve kapsamının her bir ülkenin siyasi koşullarına bağlı olarak değişmesinden ileri gelmektedir. Bu nedenle ulusal güvenlik kavramının içeriğinin kesin sınırları olduğunu söylemek oldukça güçtür. Bu sınır genel olarak yargı organları tarafından belirlenmiştir. Bu makalede Türk Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak ulusal güvenlik, mahkeme kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Basın, Basın Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Ulusal Güvenlik, AİHS, m. 10.

FREEDOM OF PRESS and NATIONAL SECURITY

ABSTRACT

One of the restrictions of the freedom of press which is a form the freedom of expression in the Turkish Law, in the system of European Convention on Human Rights and in the American Law is national security. This restriction is a legal concept and in addition to this, it also presents a political nature. Its political nature results from the fact that generally a clear definition of the concept was not made (or could not be made) and the scope of the concept changes depending on the political conditions of each country. Therefore, it is very difficult to state that the scope of the national security has exact limits. This limitation is usually determined by judicial bodies. In this essay, the national security will be considered as a reason that restricts the freedom of press in the Turkish Law, in the system of European Convention on Human Rights and in the American Law within the framework of court decisions.

Keywords: Press, Freedom of Press, Freedom of Expression, National Security, ECHR article 10.

* Bu makale Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü(RWI)'nın 2012 yılında yapmış olduğu "Türkiye'de İnsan Hakları" konulu makale yarışmasında yüksek lisans alanında birinci olmuştur.

** Araştırma Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD, zeynep-hazar@gazi.edu.tr.

GİRİŞ

İnsanı tüm diğer varlıklardan ayıran, onu özel kılan düşünebiliyor olmasıdır. Bu nedenle düşünce özgürlüğü liberal demokrasilerin temel taşlarından biri olarak kabul edilmektedir. Düşünce özgürlüğü özneyi yani düşünce sahibi kişiyi koruyan bir haktır. Hâlbuki gerçek bir demokraside kişiler kadar fikirlerin de korunması gerekir. Zira düşünce kişinin iç dünyasıyla ilgilidir ve gerçekten bir anlam ifade etmesi ancak onun dışa aksettirilmesi yani ifade edilmesi ile mümkündür. İfade bir kişinin duygu, düşünce ve bilgilerini dışa vurması, anlatmasıdır¹. Bu bakımdan şunu söylemek mümkündür ifade özgürlüğü esas itibarıyla düşünceyi ve düşüncenin dış dünyaya her türlü ifade ediliş biçimini korur. Düşünce özgürlüğü kişinin kendi özel dünyası ile ilgili bir mesele iken ifade özgürlüğü fikirlerin serbestçe yayılması ilave değerini esas alır. Demokrasi tartışmasının odağında ifade özgürlüğünün yer almasının nedeni de budur².

Kişinin düşüncelerini ifade etmesi çeşitli biçimlerde gerçekleşebilir. Düşüncelerin yazıyla ifade edilmesi de bu biçimlerden biridir. Günümüzde düşüncelerin yazıyla ifadesinde en etkin şekilde kullanılan yol basındır. Zira basın bugün, yasama, yürütme ve yargının yanında dördüncü bir kuvvet olarak görülmektedir. Bu nitelendirme yerinde olmamakla birlikte³ basının kamuoyu üzerindeki etkisi yadsınamaz bir gerçektir. İfade özgürlüğünün özel bir biçimi olan basın özgürlüğünün öneminin bir sebebi de kamuoyu üzerindeki bu etkisidir. Çünkü basın özgürlüğü yalnızca kişilerin düşüncelerini serbestçe ifade edebilme özgürlüğünü içermez. Bunun yanında kişilere haber, düşünce ve bilgilere ulaşma hakkı da verir⁴. Kişilerin bilgilere ulaşmasında asıl muhatabı devlet kurumları olacağından, basın için devleti sınırlayan bir dördüncü kuvvet benzetmesi yapılması bu anlamda makul karşılanabilir. Zira basın halkın toplumsal sorunlar hakkında bilgi edinmesine, tartışmasına ve siyasal kararları denetlemesine ve etkilemesine aracı olmaktadır⁵.

Kuşkusuz her özgürlük gibi basın özgürlüğü de sınırsız bir özgürlük değildir ve hemen hemen tüm anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde basın özgürlüğünün hangi nedenlerle sınırlandırılabilceği düzenlenmektedir. Bu sınırlandırma nedenlerinden birisi de ulusal güvenliktir. Ulusal güvenlik hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde hem 1982 Anayasasında hem de

¹ Türkçe Sözlük, s. 1153.

² ERDOĞAN, s. 20-21.

³ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., s. 519.

⁴ DÖNMEZER, s. 94.

⁵ BOZKURT- DOST, s. 58.

Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak yer almakla birlikte, anlamı belirsiz olan bu kavramın yorumlanış biçimi Türkiye’de, Avrupa’da ve Amerika Birleşik Devletleri’nde oldukça farklıdır. Bu farklı yorum biçimlerini ele almak hangisinin daha doğru olduğunu saptamak açısından önem arz eder. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle terminoloji sorununa değinilip, basın, basın özgürlüğü ve ulusal güvenliğin ne anlama geldiği anlatılacaktır Daha sonra ise ABD Anayasasındaki düzenlemeler ve ABD Yüksek Mahkemesi’nin ortaya koyduğu kriterler ele alınacaktır. Bunun ardından AİHM’nin ifade özgürlüğünün dolayısıyla basın özgürlüğünün ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılmasında ortaya koyduğu kriterler anlatılacaktır. Son olarak da 1982 Anayasasında ve bazı diğer mevzuatta bir sınırlandırma nedeni olarak ulusal güvenliğin nasıl düzenlendiği, Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın konuya yaklaşımı ele alınacaktır.

I. TERMİNOLOJİ

A. Basın Kavramı

Kitle iletişim araçları, birtakım kaynaklardan elde edilen bilgi ve haberlerin geniş halk topluluklarına yaygın olarak duyurulması amacıyla kullanılan araçlardır⁶. Bu araçlar gazete, dergi, kitap gibi basılı yayınlar; radyo ve televizyon, sinema filmleri, plak, ses ve görüntü bantları, ses ve görüntü diskleri, bilgisayar ve internet gibi iletişim sağlayan tüm araçlardır⁷. Modern sanayi toplumunda kitle iletişim araçları; halka yönetim ve siyaset hakkında bilgi aktarmak, yönetimi denetlemek, kriz anlarında kitleleri süratle uyarmak, kamuoyunun düşünce kanaat ve faaliyetlerini açıklamak gibi çok sayıda işlevi yerine getirir⁸. Kitle iletişim araçlarının en önemlilerinden biri de şüphesiz basındır. Basın, belirli zamanlarda çıkan yazılı yayınların bütününe ifade etmektedir⁹. Basın ayrıca modern demokrasilerde ifade özgürlüğünün en etkin şekilde kullanıldığı yollardan biridir. Basın kelimesi genel olarak yazılı basın, görsel basın ve işitsel basın olmak üzere kullanılsa da kanımızca bu ayrım isabetli değildir. Çünkü internet, televizyon, gazete gibi birçok kitle iletişim aracı görsel, işitsel ve yazılı olma niteliklerini aynı anda haiz olabilir¹⁰. Çalışmamızda basın kavramı yalnızca kitap, gazete, dergi, bildiri gibi basılan ve basılarak çoğaltılan kitle iletişim araçları için kullanılacaktır.

⁶ Türkçe Sözlük, s. 1451.

⁷ SALİHPAŞAOĞLU, s. 23.

⁸ SALİHPAŞAOĞLU, s. 15.

⁹ Türkçe Sözlük, s. 258.

¹⁰ SALİHPAŞAOĞLU, s. 23

B. Basın Özgürlüğü Kavramı

İfade özgürlüğü anayasal demokrasilerin ve demokratik düzenin temel taşlarından biridir. İfade özgürlüğü en geniş anlamıyla; bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının serbest olmasıdır¹¹. İfade özgürlüğünün hizmet ettiği iki temel amaç vardır. İlk amaç insanın kendini entelektüel ve iletişimsel açıdan gerçekleştirmesini sağlamak, ikinci amaç ise toplumun demokratik olarak biçimlenmesini sağlamaktır¹². Bu nedenledir ki ifade özgürlüğü yalnızca düşünceyi açıklayan aktif süjeler için değil, bu düşünceye ulaşan pasif süjeler için de önemlidir¹³. İfade özgürlüğünün önemli bir unsurunu oluşturan bilgi ve düşüncelerin pasif süjelere ulaştırılması sırasında kullanılan farklı yöntemler, farklı özgürlük kategorilerini meydana getirmektedir¹⁴. Bilgi ve düşüncelerin, günümüzde en etkili kitle iletişim araçlarından biri olan basın yoluyla açıklanması hâlinde basın özgürlüğü söz konusu olmaktadır. Basının düşüncenin açıklanmasına ve yayılmasına sağladığı genişlik ve güç, genel nitelikteki ifade özgürlüğünün yanında basın özgürlüğü kavramının doğmasına yol açmıştır¹⁵.

Basın özgürlüğü genellikle haber, fikir ve düşünceleri, çoğaltıcı araçlarla, serbestçe açıklayabilmek özgürlüğü olarak tanımlanmıştır. Bu tarife göre basın özgürlüğü; haber, bilgi ve düşünceleri serbest olarak toplayıp, yorum ve eleştiri yaparak çoğaltabilmek ve bunları serbest olarak yayımlayıp dağıtabilmek haklarını içerir¹⁶. 5187 sayılı Basın Kanununun 3. maddesine göre ise “*Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma hakların içerir*”.

Basın aracılığıyla yapılan yayım düşüncelerin açıklanmasının özel bir türüdür; ancak bununla birlikte düşünceyi açıklama özgürlüğünden farklı bir özgürlük kategorisi oluşturur¹⁷. Nitekim 1982 Anayasasının 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün yanında, 28. maddede basın özgürlüğü ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci ve ikinci fıkrasına göre “*Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mâli teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır*”.

¹¹ ERDOĞAN, s. 19.

¹² BEYDOĞAN, s. 22.

¹³ ÇANKAYA - BATUR YAMANER, s. 1.

¹⁴ SUNAY, s. 129.

¹⁵ SALİHPAŞAOĞLU, s. 25-26.

¹⁶ DÖNMEZER, s. 41.

¹⁷ SALİHPAŞAOĞLU, s. 26.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise basın özgürlüğünü bağımsız bir özgürlük olarak kabul etmemiş, basın özgürlüğünü ifade özgürlüğünün kullanımı biçimlerinden biri olarak kabul etmiştir. Sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesine göre, *“Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak düşünce özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir”*¹⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk kez basın yoluyla düşüncüyü açıklama ve haberleşme özgürlüğünün ihlaline Sunday Times davasında karar vermiştir. Bu davada AIHM bir ilaca ve bununla ilgili davalara ilişkin bir makalenin basın yoluyla yayımlanmasını engelleyen İngiliz Mahkemesi kararının 10. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁹.

Amerika’da ilk olarak Virginia Devleti’nce kabul edilen 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi’nin 12. maddesinde basın özgürlüğüne değinilmiştir. Buna göre basın özgürlüğü, özgürlüğü savunan en kuvvetli araçlardan biridir ve ancak baskıcı yönetimlerce sınırlandırılabilir²⁰. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında basın özgürlüğü ifade özgürlüğünden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Amerikan Anayasasında yapılan Birinci Değişikliğe(First Amendment) göre, *“Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyetle neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır”*²¹. Son derece kısa ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili hiçbir hüküm içermeyen bu değişiklik, Amerikan Yüksek Mahkemesinin içtihatlarıyla gerçek şeklini almıştır. Gerçekten de Yüksek Mahkeme verdiği kararlarla, Birinci Değişikliğin koruduğu özgürlüklerin ne anlama geldiğini, bu özgürlüklerin demokrasi bakımından taşıdığı anlamı detaylı ve zengin bir teorik temele oturtmaya çalışmaktadır²².

¹⁸ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION_ENG_WEB.pdf>(Erişim, 24.03. 2012)

¹⁹ Case of Sunday Times v. The United Kingdom, application no. 6538/74.

²⁰ AKAD- DİNÇKOL(VURAL), s. 163-164.

²¹ <http://www.usconstitution.net/xconst_Am1.html >(Erişim, 24.03. 2012).

²² ARSLAN, s. 47.

C. Ulusal Güvenlik Kavramı

Ulusal(millî) güvenlik kelimesinin bilimsel bir tanımını yapmak oldukça güçtür. Zira ulusal güvenlik doğa bilimlerindeki kavramlar anlamında “*bilimsel*” bir kavram değildir. Ulusal güvenlik sosyal bilimler alanında uzun süre üzerinde çalışılarak geliştirilmiş ve yerleşmiş bir kavram ya da zamanaşımı, sözleşme, tazminat gibi teknik anlamda hukukî bir kavram da değildir²³.

Ulusal güvenliğin “*siyasî-hukukî*” bir kavram olduğu düşünülebilir. Kavramın siyasî niteliği genel olarak açık bir tanımının yapılmamış(veya yapılamamış) olmasından ve kapsamının bir ülkenin siyasî koşullarına bağlı olarak değişmesinden ileri gelmektedir. Kavramın hukukî yönü ise uluslararası sözleşmelerde, anayasalarda ve kanunlarda yer almasından ortaya çıkmaktadır²⁴.

Güvenlik, sözlük anlamıyla “*Tophum yaşamında yasal düzenin aksamadan yürütülmesi, kişilerin korkusuzca yaşayabilmesi durumu, emniyet*”²⁵ demektir. Bu tanımdan hareketle güvenliğin biri fiziksel biri psikolojik olmak üzere iki boyutu olduğunu söylemek mümkündür. Tarih boyunca güvenliğin daha çok fiziksel boyutu üzerinde durulmuş ve ulusal sınırları başka devletlerin saldırı ve tehdidinden uzak tutmak, devletlerin güvenlik anlayışlarının en önemli unsuru olarak görülmüştür. Ulusal güvenlik ise ulus devletlerin güvenliklerini sağlamaya yönelik endişelerini ifade etmek için kullanılan bir kavramdır²⁶. Bu kavram, özellikle II. Dünya Savaşı’na kadar siyasî ve askerî liderler tarafından retorik bir deyim olarak kullanılmıştır²⁷. Liderlerin bu tutumu güvenliğin daha çok psikolojik boyutunu ön plana çıkarmaya yöneliktir.

Ulusal güvenlik kavramının bilimsel anlamda ele alınmasındaki en büyük etken II. Dünya Savaşı sonrası özellikle ABD’nin, yönetim ve politika alanlarında ulusal güvenliğe ilişkin yapmış olduğu düzenlemelerdir. Savaş sonrası meydana gelen teknolojik gelişmeler ve geliştirilen yeni silahlar, ulusal güvenliğin tek yönlü düşünülmemeyeceğini; savaş ve savunma sorunlarının siyasal, sosyal ve ekonomik sorunlarla birlikte düşünülmesi gerektiğini ortaya

²³ AYBAY, s. 60.

²⁴ AYBAY, s. 60.

²⁵ Türkçe Sözlük, s. 1013.

²⁶ ERHAN, s. 78.

²⁷ AYBAY, s. 60.

çıkarmıştır. Ulusal güvenliğe ilişkin sorunlarda isabetli kararlar alınabilmesi için sorunun çok yönlü bir şekilde ele alınması gerekliliği, ülkelerin siyasî- idarî yapılarında değişikliğe yol açmış, yeni örgütlenme biçimleri ortaya çıkarmıştır²⁸. Ulusal güvenlik kavramına ve ulusal güvenliği sağlayacak idarî örgütlenmeye önem veren ilk ülke ABD olmuştur. ABD Anayasasının ulusal güvenliği ilgilendiren 4, 5 ve 14. Değişiklikleri ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin bu Değişikliklere ilişkin verdiği kararlar tüm dünyada yankılar uyandırmıştır. 1947 yılında çıkarılan Ulusal Güvenlik Kanunu ve bu Kanuna göre kurulan Millî Güvenlik Konseyi, Türkiye de dâhil birçok ülkenin bu konudaki uygulamalarına örnek olmuştur²⁹.

Türk hukuk mevzuatında çok başarılı olmamakla birlikte ulusal güvenliğe ilişkin sadece bir tanım bulmak mümkündür. Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Sekreterliği Kanununun 2. maddesine göre, “*Millî güvenlik; devletin anayasal düzeninin, Millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasî, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması*” dır. Dış güvenliğin korunması, savaşta ya da barışta yabancı devletlerden gelecek tehditlere ve saldırılara karşı; iç güvenliğin korunması ise, Devlet tüzel kişiliğinin silahlı ayaklanmaya, terörizme ve ağır şiddet olaylarına karşı korunmasıdır. Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Sekreterliği Kanunundaki tanımdan hareketle şu tespiti yapmak mümkündür; ulusal güvenlik devletin toprak(ülke) bütünlüğünü de kapsayan bir kavramdır. Zira güvenliği azaltan her olgu, eylem ve davranış gibi toprak bütünlüğünü ihlâl e yönelik her hareket de ulusal güvenliğe aykırılık teşkil eder³⁰. Ulusal güvenlik ve kamu düzeni kavramı ise birbirinden farklı iki kavramdır. Ulusal güvenlik, kamu düzeni kavramına göre daha geniş ve çok yönlü bir kavramdır. Ulusal güvenlik ülkenin, halkın ve yerleşmiş düzenin devamını sağlayan üst düzeyde ve siyasal birtakım kararların alındığı, koşulların gerçekleştiği durumlarda ortaya çıkar. Kamu düzeni ise halkın günlük yaşantısının, güvenlik, sağlık ve sükûn içinde devam etmesi için alınan önlemlerin bütünüdür³¹. Yani kamu düzeninin değişmez anlamı belirli bir siyasî ve sosyal hukuk düzeninin düzensizliklere karşı korunmasıdır³².

²⁸ AYBAY, s. 60.

²⁹ AKGÜNER, s.5-6.

³⁰ ERHAN, s. 78.

³¹ AKGÜNER, s. 8.

³² SUNAY, s. 84.

II. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK ULUSAL GÜVENLİK

A. Genel Olarak

Toplum hayatında temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması kaçınılmazdır³³. Demokratik toplumlarda da bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması kabul edilebilir görülmüştür. Çünkü devletin ve toplumun var olabilmesini ve devamlılığını sağlamak için hürriyetleri sınırlamak kaçınılmaz bir zorunluluk teşkil eder³⁴. Hiçbir zaman, hiçbir toplumda sınırsız özgürlük diye bir şey olamayacağı, sınırsız özgürlüğün anarşi doğuracağı ve sonuçta özgürlükleri yok edeceği çok fazla açıklama gerektirmeyecek bir gerçektir³⁵. İnsan hakları düşüncesinin en önemli çıkmazlarından biri olarak ortaya çıkan bu sorun, günümüzde özgürlüklerle düzen arasında bir denge kurularak çözülmeye çalışılmaktadır³⁶.

İfade özgürlüğü bir toplumda korunması gereken tek değer değildir. Bu nedenle bu özgürlüğün toplumun huzuru, asayiş ve ulusal güvenlik gibi değerlerle çatışması hâlinde bir uzlaşmanın sağlanması gerekir³⁷. Bu uzlaşmanın sağlanması ve ulusal güvenliğin korunması amacıyla Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve AİHS gibi önemli uluslararası sözleşmelerde ulusal güvenlik, ifade özgürlüğünü ve dolayısıyla basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak düzenlenmiştir³⁸.

Gerek 1982 Anayasasının 28. maddesi, gerek AİHS'nin 10. maddesi, gerekse AİHM ve Amerika Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar dikkate alındığında basın özgürlüğünün sınırları *“başkalarının şöhret ve haklarının korunması”, “devletin ve toplumun korunması”, “ahlâkın korunması”* olmak üzere üç kategori altında toplanabilir³⁹. Basın özgürlüğünün ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılması devletin ve toplumun korunması kategorisi içerisindedir.

³³ GÖZLER, s. 134.

³⁴ KAPANİ, s. 228.

³⁵ KAPANİ, s.217.

³⁶ ÇEÇEN, s.38.

³⁷ ARSLAN, s. 29.

³⁸ Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12. maddesinin 3. fıkrasına göre, *“Yukarıda belirtilen haklar; bu Sözleşmede tanınan diğer haklara uygun olarak ulusal güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık veya genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli sebepler ile hukuken öngörülmüş sınırlamalar dışında hiç bir sınırlamaya tabi tutulamaz”*

³⁹ SALİHPAŞAOĞLU, s. 44.

B. Amerika Birleşik Devletleri'nde Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Ulusal Güvenlik

İfade özgürlüğünün genel olarak dört farklı türde sınırlama hükmüne tâbi olduğu söylenebilir⁴⁰. İlk sınırlama şekli tüm hakları kapsayan genel bir sınırlandırma hükmünün anayasalarda yer almasıdır. Örneğin Kanada Anayasasında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bu şekildedir⁴¹. İkinci sınırlama şekli de 1982 Anayasasında 2001 yılındaki değişiklik sonrası benimsenen sınırlama şeklidir. Buna göre her bir özgürlüğün düzenlendiği maddede, bu özgürlüğün hangi durumlarda sınırlandırılacağı da belirtilmektedir. Üçüncü sınırlama şekli Alman Anayasasında olduğu gibi ifade özgürlüğünün düzenlendiği maddede, genel kanunlara atıf yapılarak son derece geniş bir sınırlandırmanın yapıldığı şekildedir⁴². Dördüncü sınırlama şekli ise Güney Afrika ve İran Anayasalarında olduğu gibi, ifade özgürlüğünün hem anayasada düzenlenmiş genel sınırlandırma nedenleri ile hem de söz konusu özgürlüğün düzenlendiği maddedeki özel sınırlandırma nedenleri ile sınırlandırılmasıdır⁴³.

ABD Anayasasında ise bu sınırlandırma şekillerinden hiçbirisi benimsenmemiştir. ABD Anayasasında yapılan Birinci Değişikliğe göre “*Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyetle neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır*”⁴⁴. Bu hükme göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ancak Anayasayı yorumlama yetkisi olan Yüksek Mahkeme tarafından gerçekleştirilebilir. Yüksek Mahkeme bu sınırlandırmayı geliştirdiği bazı kriterler çerçevesinde yapmıştır.

⁴⁰ TRAGER- DONNA, s. 95’den aktaran KARAGÖZ, s. 82.

⁴¹ Constitution Act, 1982, md. 1, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-11.html#sc:7:s_1> (Erişim, 27.03. 2012).

⁴² Söz konusu maddenin birinci ve ikinci fıkrasına göre: “*Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engel uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır. Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır. Sansür uygulanamaz. Bu haklar, genel yasaların hükümleri, gençliğin korunması hakkındaki yasa hükümleri ve kişisel şeref hakları ile sınırlıdır.*” Federal Almanya Anayasası, s. 218, <<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>> (Erişim, 27.03. 2012).

⁴³ KARAGÖZ, s. 83.

⁴⁴ http://www.usconstitution.net/xconst_Am1.html (Erişim, 24.03. 2012).

Bu kriterlerden en önemlisi ilk defa, *Schenck v. United States*⁴⁵ davasında, Yargıç Holmes tarafından dile getirilen “*açık ve mevcut tehlike (clear and present danger)*” dir. Bu kritere göre, ifade özgürlüğü ile ilgili her davada bakılması gereken şey “*kelimelerin açık ve mevcut tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır*”⁴⁶. Burada tehlikenin muhatapları bireyler ve toplumdur. Diğer bir deyişle, eğer bir düşüncenin açıklanması bireyler ve toplum için açık ve mevcut bir tehlike yaratıyor ise bu düşüncenin açıklanması sınırlanabilir. Bireylere yönelik zarar hususunda çok fazla tartışma yoktur. Nitekim iftira ve hakaret hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde yaptırıma bağlanmıştır. Ancak toplumun çıkarlarına yönelik açık ve mevcut tehlikenin tespit edilmesi bu kadar kolay değildir. Çünkü toplumun çıkarları mekâna, zamana ve koşullara bağlı olarak farklı yorumlanabilir⁴⁷. Genelde özgürlüklerin korunmasına yönelik bir kriter gibi düşünülen açık ve mevcut tehlike kriteri, ABD’de toplum çıkarları konusundaki yorum farklılıkları nedeniyle, bazen özgürlükleri genişletici bazen de daraltıcı şekilde uygulanmıştır.

I. Dünya Savaşı ile birlikte tüm dünya basını gibi Amerikan basını da sansür kanunları ile karşı karşıya gelmiştir. ABD’de girilen bu yeni dönemde grevcilere, anarşistlere ve komünistlere karşı katı bir tutum takınılmaya başlamış, hoşgörü ışığının yerini sansür ve karanlık almıştır. 1917 yılında Espionage Act (Casusluk Kanunu) kabul edilmiştir. Amerikan Kongresi, mahkemeleri bu kanun çerçevesinde basın özgürlüğünü sınırlandırmaya davet etmiştir. Bu kanun uyarınca mahkûmiyetle sonuçlanan birçok dava Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. Bu davalardan en önemlisi *Schenck Davası*dır⁴⁸.

1919 yılında verilen *Schenck* kararında Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğünün toplumun çıkarlarını korumak amacıyla keyfî bir biçimde sınırlandırılmasını önlemek için “*tehlike*” kavramını nitelendirmiştir. Bu tehlike hem “*ciddi*” ve “*somut*” olacak, hem de “*açık*” ve “*mevcut*” olacaktır⁴⁹. Açıklık şüphe ve kuruntuya yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada olmasıdır. Tehlikenin mevcudiyeti ise kullanılan kelimelerin zarar yaratma ihtimalinin kesine yakın olmasını ifade etmektedir⁵⁰. Bu ölçüt uzun yıllar boyunca özgürlükleri korumak için Yüksek Mahkeme tarafından

⁴⁵ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 1919.

⁴⁶ *Schenck v. United States*, p. 52.

⁴⁷ ARSLAN, s. 58.

⁴⁸ SALİHPAŞAOĞLU, s. 69.

⁴⁹ *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 1949.

⁵⁰ ARSLAN, s. 58.

kullanılmıştır. Ancak açık ve mevcut tehlike kriterinin en büyük sınavı, 20. yüzyılın ortalarında zorlu rakibi *ulusal güvenliğe* karşı verdiği sınavdır. Bu yıllarda ABD’de bir ifadenin sınırlandırılabilmesi için mutlaka açık ve mevcut tehlikenin olması gerektiği genel kabulü etkinliğini kaybetmiştir⁵¹. II. Dünya Savaşının sonundan 60’lı yıllara kadar devam eden, daha sonraları Wisconsin Senatörü Joe Mccarthy’nin adıyla “*McCarthyizm*” olarak anılan komünist düşmanlığının en üst safhada olduğu dönemde Yüksek Mahkeme, anti-komünist uygulamaları bu kriteri esas alarak desteklemiştir⁵². Yüksek Mahkeme Dennis Davasında, Komünist Parti’nin liderlerini, Smith Yasasının⁵³ 2. maddesi uyarınca, Birleşik Devletlerde herhangi bir hükümeti yıkmak amacıyla yazılı ya da basılı matbuatı basmak, yayımlamak, redaksiyonunu yapmak, piyasaya sürmek, dağıtmak, satmak ya da alenen göstermekten suçlu bulmuştur. Yüksek Mahkeme Komünist Parti liderlerini, hükümetin zor ve şiddet yoluyla devrilmesi öğretisini(komünizmi) savunmalarının sınırlandırılmasını, hükümeti yıkmak konusunda “*açık ve mevcut tehlike*” yarattığı gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuştur⁵⁴. Yüksek Mahkemenin Smith Yasasına yönelik tavrı “*açık ve mevcut tehlike*” ölçütünü de şekillendirmiştir. Buna göre hükümet onu devirmeyi amaçlayan bir grubun, bir düşünce sisteminin esaslarını üyelerine öğrettiğini(beyin yıkadığını) ve liderlerinin onları, şartların elverişli olduğunu hissettiklerinde vuracak bir şekilde belirli bir yöne sevk ettiğini fark ederse, açık ve mevcut tehlike vardır. Hükümetin harekete geçmesi için ayaklanmanın gerçekleşmesi gerekmez⁵⁵.

Yüksek Mahkeme anti-komünist uygulamalara ilişkin tavrını Yates Davası ile değiştirmiş, “*açık ve mevcut tehlike*” kriterine yeni bir anlam kazandırmıştır. Bu anlamda konuşma ve eylem arasında ayırım yapılmış, Smith Yasasına göre yasaklananın soyut düşünce değil somut eylemler olduğu belirtilmiştir⁵⁶. Yüksek Mahkemenin bu kararı McCarthy dönemine hâkim olan anti-komünist histerinin de sonunu hazırlamıştır⁵⁷.Yüksek

⁵¹ STRONG, s. 52.

⁵² ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 71.

⁵³ Smith Yasası siyasi muhalefeti bastırma amacıyla çıkarılmış, şiddet ve zor kullanarak hükümeti devirmeyi savunan görüşleri cezalandırmayı öngörmüş bir kanundur bkz: ARSLAN, s. 60.

⁵⁴ Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 1951.

⁵⁵ Dennis v. United States, p. 188.

⁵⁶ Yates v. 354 U.S. 298, 1957.

⁵⁷ ARSLAN, s. 61.

Mahkeme 1969 yılında görülen Brandenburg v. Ohio⁵⁸ davasında ise hükümetin ifade özgürlüğünü yasaklayıp yasaklayamayacağı sorununu bazı değişikliklerle tekrar ele alınmıştır⁵⁹. Buna göre bir ifadenin sınırlandırılması için onun aynı zamanda “*hukuk dışı bir eyleme kışkırtması ya da bu eylemi doğurması gerekir*”⁶⁰. Yüksek Mahkeme basın özgürlüğünün ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılması ile ilgili olarak da benzer bir yaklaşım içerisinde olmuştur. Nitekim New York Times Co. v. Unites States davasında⁶¹ Yüksek Mahkeme, Hükümetin gizli belgelerin yayımlanmasının sınırlandırılabilmesi için bu yayının mutlaka, doğrudan doğruya ve hemen mevcut bir faaliyetin güvenliğini, ulusal güvenliği, tehlikeye atacak bir durum yaratacağını ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira Yüksek Mahkemeye göre devlet hayatında gizlilik temelde anti-demokratiktir, kamusal sorunların açıkça tartışılması ve fikir alışverişi demokratik bir toplum için önemlidir. Bu nedenle Hükümet iddiasını tamamen ve açıkça ortaya koyana kadar Birinci Değişiklikteki hükme göre hiçbir yasaklama yapamaz⁶².

Brandenburg v. Ohio davasından sonra da Yüksek Mahkeme “açık ve mevcut tehlike” kriterini özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlamasına rağmen, bu kriter özellikle baskı dönemlerinde diğer bir deyişle zor zamanlarda⁶³ ifade özgürlüğü için tehlikeli olma potansiyeline sahiptir⁶⁴. Tüm bunlara rağmen bu kriter Amerika sınırlarını aşmış, birçok ülkenin yargı sisteminde, hatta AİHM kararlarında benimsenen bir kriter haline gelmiştir⁶⁵. Bu kriterin Türk Hukuk Sistemine Avrupa Birliği uyum çalışmaları kapsamında “*açık ve yakın tehlike*” halini alarak geçmesi⁶⁶, ifade özgürlüğü bakımından olumlu

⁵⁸ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 1969. Bu davada siyahî karşıtı ırkçı bir örgüt olan Ku Klux Klan lideri Clarence Brandenburg bir gösteri sırasında “Zenciler Afrika’ya, yahudiler İsrail’e dönmelidir” şeklinde bir konuşma yapmıştır. Bunun üzerine Brandenburg mahkûm edilir. Ancak Yüksek Mahkeme oybirliği ile bu mahkûmiyetin anayasaya aykırı olduğuna karar verir.

⁵⁹ COURSEY, s. 880.

⁶⁰ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 1969.

⁶¹ New York Times Co. v. Unites States, 403 U.S 58, 1971.

⁶² New York Times Co. v. United States, 403 US 713, 727, 1971 .

⁶³ Amerikan Yüksek Mahkemesi zor zamanlarda yönetimin muhaliflere yönelik baskıcı politikalarını genellikle desteklediğini ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını ile ilgili kriterleri bu çerçevede yorumladığını söylemek yanlış olmayacaktır; bkz: ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 190.

⁶⁴ HAKYEMEZ, s. 76.

⁶⁵ Örneğin bkz: Case of Gerger v. Turkey, application no. 24919/94.

⁶⁶ Bu kriter 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 17. ve 19. maddelerine 2003 yılında yapılan değişiklikle girmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Halkı Kin ve

bir gelişme olarak kabul edilse de bu kriterin yargı organları tarafından nasıl yorumlanacağı ve pratiğinin nasıl olacağı konusu çok daha önemlidir⁶⁷.

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Ulusal Güvenlik

AIHS’de düzenlenen hakların sınırlandırılması için genel sınırlandırma nedenleri öngörülmemiş olup, her bir hakkın hangi durumlarda sınırlandırılabilirliği ilgili maddede yazılan özel sınırlandırma nedenleri ile belirtilmiştir. İfade özgürlüğünün ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılabilirliği AIHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre *“Kullanılması görev ve sorumluluk gerektiren bu özgürlükler; ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin, düzeni korumanın, suçun önlenmesinin, sağlığın ya da ahlâkın ve başkalarının ünü ya da haklarının korunması için, demokratik bir toplulukta zorunlu önlemler niteliğinde olarak, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesi ya da yargı erkinin üstünlüğünün ve yansızlığının sağlanması bakımından, kanunla belirli işlemlere, koşullara, sınırlamalara ya da yaptırımlara bağlı tutulabilir”*⁶⁸. Bu hükme göre ifade özgürlüğünün belirtilen meşru nedenlerle -ki bu nedenler içerisinde ulusal güvenlik de vardır- sınırlandırılabilmesi için iki temel şart gerekir. Birinci şart bu sınırlandırmanın kanunî dayanağa sahip olmasıdır. İkinci şart ise bu sınırlandırmanın demokratik bir toplumda zorunlu önlem niteliğinde olmasıdır. Sözleşmenin 8, 9 ve 11. maddelerinde de sınırlama hükmü olarak benzer bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu şartlar AIHM tarafından çok katı bir şekilde yorumlanmaktadır⁶⁹.

10. maddede düzenlenen ve ifade özgürlüğüne sınır getiren meşru nedenleri üç bölüme ayırabiliriz⁷⁰:

a. Genel yararı korumaya yönelik sınırlama nedenleri (ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, düzeni koruma, suç önleme, sağlığı ya da ahlâkı koruma)

Düşmanlığa Tahrik ve Aşağılama suçunu düzenleyen 216. Maddesinde de açık ve yakın tehlike kriteri yer almaktadır.

⁶⁷ SALİHPAŞAOĞLU, *Açık ve Mevcut Tehlike*, s. 237-238.

⁶⁸ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION_ENG_WEB.pdf> (Erişim, 27. 03. 2012).

⁶⁹ BIÇAK, s. 56.

⁷⁰ KARAGÖZ, s. 103.

b. Bireylerin haklarına korumaya yönelik sınırlama nedenleri (başkalarının şöhreti ya da haklarının korunması, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesi)

c. Yargı organının üstünlüğünü ve tarafsızlığını korumaya yönelik sınırlama nedenleri

Mahkeme bu kavramların tanımını yapmaksızın, net bir şekilde anlamları ifade edilemeyen bu meşru nedenlerin dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁷¹. Zira bu nedenler istisnaîdir ve tüketici bir anlayışla ele alınmalıdır⁷². Bu anlayışa paralel olarak devletler ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını ulusal güvenliğin savunulması temelinde gerekçelendiriyorsa, bu kavramı çok kesin ve dar bir anlamda tanımlamalı ve ulusal güvenliğin gerçek kapsamının dışında kalan alanları buraya dâhil etmekten kaçınmalıdır. Aynı zamanda, devletler korunmakta olan çıkarın, ulusal güvenliğin, gerçekten tehlike ile karşı karşıya olduğunu kanıtlama ve halkın bir miktar bilgi edinme konusundaki çıkarını da göz önüne alma yükümlülüğüne sahiptir. Eğer bu sağlanmazsa sınırlama, 10. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen demokratik bir toplumda zorunlu önlem niteliğinde olma şartına uygun olmaz⁷³.

AIHM, birçok kere, Avrupa denetimi çerçevesinde müdahalenin zorunluluğunun test edilmesinin öneminin altını çizmiştir⁷⁴. Mahkemenin içtihatlarına göre üye devletler müdahalenin zorunluluğunu değerlendirme konusunda belli bir takdir hakkına sahiptir; fakat bu takdir hakkı, duruma göre, az veya çok, daha geniş Avrupa denetimi ile eş zamanlıdır. Eğer bu müdahale 10. maddenin 1. fıkrasında güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanımına ilişkin ise, bu hakların önemi nedeniyle, denetimin çok sıkı olması gerekir. Bunları sınırlama zorunluluğu inandırıcı bir şekilde ortaya konulmalıdır⁷⁵. Mahkeme bu yaklaşımını, 1997 yılında verdiği bir kararında da⁷⁶ “ulusal takdir hakkının, basın özgürlüğünün sağlanması ve korunmasına ilişkin demokratik bir topluluğun çıkarı ile çatıştığını” belirterek teyit etmiştir.

⁷¹ Case of Sunday Times v. The United Kingdom, application no. 6538/74.

⁷² KARAGÖZ, s. 104.

⁷³ MACOVEI, s. 37.

⁷⁴ Freedom of Expression In Europe, Case Law Concerning Article 10 of The European Convention on Human Rights, s. 9, <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BA2CB2C0-E837-4253-A1B5-5BC87D84AABE/0/DG2ENHRFILES182007.pdf>> (Erişim, 27.03.2012).

⁷⁵ Case of Autronic AG v. Switzerland, application no. 12726/87, p. 61.

⁷⁶ Case of Worm v. Austria, application no. 22714/93, p. 47.

Mahkeme, 10. maddede düzenlenen sınırlandırma nedenlerinin içeriklerinin kolay tespit edilememesi nedeniyle, ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılması davalarında kullanılmak üzere çeşitli ilkeler geliştirmiştir:

a. Aleniyet kazanan bilginin yayımı yasaklanamaz

Mahkeme, bir bilginin yayımlanmasının ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılabilceğini belirtmektedir. Ancak ulusal güvenliği tehdit eden bir düşünce açıklamasının AİHS'nin koruması dışında kalabilmesi için söz konusu sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması ve sosyal ihtiyaç baskısı oluşturması gerekmektedir. Mahkeme bu anlamda, devlet sırrı niteliğinde ve yayımlanması ulusal güvenliğe aykırı olan bilgileri içeren kitap, dergi, gazete gibi yayınların toplatılmasını, bu yayınların halihazırda elde edilebilen veya büyük oranda elde edilmiş yani aleniyet kazanmış olması durumunda hem demokratik bir toplumda gerekli olmadığı hem de sosyal ihtiyaç baskısının oluşmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 10. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkemenin vermiş olduğu bir kararda, devlet sırrı niteliğinde bilgi içeren bir kitabın yayımlanmasından önce devletin aldığı geçici tedbir kararlarının haklı görülebileceğini, ancak kitabın önce ABD'de daha sonra da İngiltere'de yayımlanması sonrasında bu tedbirlerin anlamını kaybettiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre söz konusu olan müdahale kitabın yayımlanmasından sonra demokratik bir toplumda gerekli olmaktan çıkmıştır⁷⁷.

Mahkeme Vereniging Weekblad Bluf! v. Hollanda Davasında da benzer bir karar vermiştir. Mahkeme, Hollanda İç İstihbarat Servisinin periyodik raporlarından birini eline geçiren ve yayımlamak isteyen Bluf! dergisinin söz konusu sayısına el konulmasını ve gizlice dağıtılmasından sonra toplatılmasını AİHS'ye aykırı bulmuştur. Zira Mahkemeye göre bu belgeler artık aleniyet kazanmıştır⁷⁸. Mahkemenin bu davada koyduğu bir diğer önemli ilke ulusal güvenlik konusunda her tür bilginin kayıtsız şartsız gizli olarak nitelenmesinin mümkün olmadığıdır. Bu ilke, ulusal güvenlik ile ilgili her tür bilgiye ulaşılmasına önceden bir sınırlama getirilmesi konusunda devletlere bir yasak getirir⁷⁹.

⁷⁷ Case of Observer and Guardian v. The United Kingdom, application no. 13585/88, p. 66-70.

⁷⁸ Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands, application no. 16616/90, p.43-46.

⁷⁹ MACOVEI, s. 37.

b. Şiddete teşvik eden açıklamalar yasaklanabilir

Mahkeme, özellikle siyasî kimliğe sahip kişilerin ülkenin sorunları üzerine konuşmak ve eleştiri yapmalarını doğal karşılamaktadır. Bu açıklamalar son derece sert eleştiriler de içerebilir. Ancak bu açıklamalar, özellikle açıklamanın yapıldığı yerin ve zamanın koşullarında, şiddete teşvik niteliğinde olmamalıdır⁸⁰. Mahkemeye göre ifadelerin “*rahatsız edici, şok edici, abartılı*”⁸¹ hatta “*saldırgan*”⁸² olması, fikirlerin “*düşmanca bir üslupla ele alınması*”⁸³ önemli değildir. Meğerki bu ifadeler şiddete çağrı niteliğinde olsun. Zana kararında Mahkeme, Diyarbakır’ın eski belediye başkanı olan Mehdi Zana’nın yaptığı açıklamanın, bölgede zaten patlamak üzere olan durumu şiddetlendirebileceğine dikkati çekerek, Türk yargı organlarının ifade özgürlüğüne getirdikleri sınırlamanın haklı olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre verilen ceza ağır bir sosyal ihtiyaca cevap verir niteliktedir⁸⁴.

c. Yayının içeriğindeki potansiyel tehlike dikkate alınmalıdır

Mahkemeye göre bir yayının salt içerik olarak ulusal güvenliği tehdit eder nitelikte olması o yayının sınırlanmasını haklı göstermez. Aynı zamanda o yayının ortaya çıkardığı potansiyel tehlike de dikkate alınmalıdır⁸⁵. Mahkeme bu potansiyel tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının tespiti hususunda açıklamayı yapan kişiye özel bir önem vermiştir. Mahkeme, Zana kararında, terör örgütünü destekleyen ve önemli bir günlük gazetede yer alan açıklamanın, terör olaylarının yaygın olduğu bölgenin en önemli kenti olan Diyarbakır’ın eski belediye başkanı tarafından yapılmış olmasının, şiddete teşvik niteliğinde sayılacağını söylemiştir⁸⁶. Mahkeme Ceylan kararında da, başvurucunun söz konusu düşünce açıklamalarının Türk siyasî hayatında söz sahibi bir sendika başkanı sıfatıyla yaptığını vurgulamış, ancak buna rağmen kişileri şiddete veya silahlı ayaklanmaya teşvik eden bir açıklamanın söz konusu olmadığına karar vermiştir⁸⁷.

⁸⁰ ÇANKAYA - BATUR YAMANER, s. 79.

⁸¹ Case of Thoma v. Luxemburg,, application no. 38432/97, p. 44.

⁸² Case of Sener v. Turkey, application no. 26680/95, p. 45.

⁸³ Case of Polat v. Turkey, application no. 23500/94, p. 47.

⁸⁴ Case of Zana v. Turkey, application no. 26982/95, p. 60. ve 62. Zana’nın gazetecilerle yaptığı mülakattaki açıklaması şu şekildedir: “PKK’nın ulusal bağımsızlık mücadelesini destekliyorum. Bununla beraber, katliamlardan yana değilim. Herkes hata yapabilir ve PKK kadınları ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor”, BEYDOĞAN, s. 201.

⁸⁵ SALİHPAŞAOĞLU, s. 67.

⁸⁶ ÇANKAYA- BATUR YAMANER, s. 79.

⁸⁷ Case of Ceylan v. Turkey, application no. 23556/94, p. 36.

Mahkemenin potansiyel tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda önem verdiği diğer bir husus da açıklamanın yapıldığı ortamdır. Ortam hem düşünce açıklamalarının yapıldığı andaki ülkenin ve bölgenin genel durumu hem de bu düşüncelerin açıklandığı yeri kapsamaktadır⁸⁸. Mahkeme, Sürek kararında uzun yıllardan beri güvenlik kuvvetleri ile terör örgütü PKK yanlıları arasında yaşanan çatışmalara dikkat çekmiş, bu çatışmalar sonucunda birçok insanın hayatını kaybettiğini ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hâl ilan edildiğini kaydederek, bu tür bir ortamda yapılan açıklamanın sınırlanmasının 10. maddeye uygun olduğuna karar vermiştir⁸⁹.

Mahkemenin dikkat ettiği diğer bir husus da yapılan düşünce açıklamasının şekli ve büründüğü edebi kılıktır⁹⁰. Mahkemeye göre ifadenin şekli bu açıklamanın yapacağı etki bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Okçuoğlu kararında Mahkeme, düşünce açıklamasının dar bir kitleye dağıtılan bir dergide yer almasının ulusal güvenlik, kamu düzeni veya toprak bütünlüğü konusunda yapabileceği etkiyi sınırladığı görüşündedir⁹¹. Zana davasında ise söz konusu düşünce açıklamalarının önemli bir günlük gazetede yapılmış olmasını karar verirken göz önünde bulundurmuştur⁹². Mahkeme yaratacakları etki açısından düşünce açıklamalarının hangi ifade biçimi kullanılarak yapıldığını da incelemektedir⁹³. Bu konudaki en ilgi çekici örnek Karataş kararıdır. Söz konusu kararında Mahkeme, lafzî olarak bakıldığında şiirlerde okuyucuları kin duymaya, şiddete ve isyana başvurmaya özendirme olsa da bu ifadenin sanatsal bir ifade olduğunu, madde 10'un sanatsal ifadeleri de koruduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkemeye göre şiirler sadece küçük bir kitleye hitap edebileceğinden potansiyel tehlike yaratacak nitelikte değildir⁹⁴.

⁸⁸ ÇANKAYA- BATUR YAMANER, s. 80.

⁸⁹ Case of Sürek v. Turkey, No: 1, application no. 26682/95, p. 62. Söz konusu olayda Haber- de Gerçekte Yorum isimli haftalık dergide yer alan iki okuyucu mektubunda Güneydoğuda- ki sekiz il bağımsız Kürdistan olarak, PKK ise Türk Devleti'ne karşı ulusal bağımsızlık mü- cadelesi yürüten bir kuruluş nitelenmiştir. Mahkemeye göre okuyucu mektuplarında yer alan “Faşist Türk Ordusu”, “TC cinayet çetesi”, “emperyalizmin kiralık katilleri” gibi ifadeler nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir, bkz: a.g.k., p. 62.

⁹⁰ DEĞER, s. 46.

⁹¹ Case of Okçuoğlu v. Turkey, application no. 24246/94, p. 48.

⁹² Case of Zana v. Turkey, application no. 26982/95, p. 60.

⁹³ ÇANKAYA - BATUR YAMANER, s. 98.

⁹⁴ Case of Karataş, application no. 23168/94, p. 49.

D. Türkiye’de Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Ulusal Güvenlik

1982 Anayasasının 28. maddesinin 3. fıkrasına göre basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasanın 26 ve 27. maddeleri hükümleri uygulanır. Ulusal güvenlik, basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak 26. maddede düzenlenmiştir. 26. maddenin 2. fıkrasına göre *“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, ...amaçlarıyla sınırlandırılabilir.”*

“Millî güvenlik” kavramı, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesi, 13. maddede düzenlenen genel sınırlandırma nedenlerinden biriydi. Genel sınırlandırma nedenlerinin kaldırılması sonrasında özel sınırlandırma nedeni olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne, dolayısıyla basın özgürlüğüne eklenmiştir⁹⁵.

5187 sayılı Basın Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasında da basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm vardır. Buna göre, *“Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlandırılabilir”*. Basın Kanunundaki bu düzenlemenin AİHS 10. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlandırma nedenlerine benzerliği, düzenlemede AİHS’nin esas alındığını göstermektedir. 1982 Anayasasında olduğu gibi Basın Kanununda da millî güvenlik basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak düzenlenmiştir.

İfade özgürlüğünün sınırlarının belirtildiği ve oldukça tartışmalı olan bir diğer düzenleme Terörle Mücadele Kanununda yapılmıştır. Özellikle TMK’nın 7. maddesinin 2. fıkrasında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin önemli hükümler içermektedir. Buna göre *“Terör örgütünün⁹⁶ propagandasını*

⁹⁵ GÖZLER, Anayasa Değişikliğinin, s. 63.

⁹⁶ TMK’nın 1. maddesine göre *“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”* Terör örgütü ise TMK’nın 2. maddesine göre 1. maddedeki amaçlara ulaşmak için meydana getirilen örgütlerdir.

yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür”. Bu hükme göre bir düşünce açıklaması TMK’nın 1. maddesindeki amaçları gerçekleştirmeyi hedefliyorsa yani terör örgütünün propagandasını yapıyorsa ifade özgürlüğü sınırlandırılabilir. TMK’nın gerekçesine göre, bazı Batı ülkelerinde uygulanan “Kamu Düzeninin Sağlanması”, “Terörist Gruplarla Mücadele”, “Şiddet Suçlarının Önlenmesi” kanunlarında görüldüğü gibi, ülkemizde de, Anayasa çerçevesinde, hukuka ve demokratik hak ve özgürlüklere uygun kanunî düzenlemeye ve uzun vadeli terörizm tehdidine karşı tedbirlere ihtiyaç duyulması bu kanunun çıkması zarureti doğurmuştur⁹⁷. Ancak 2006 yılında yapılan değişiklikle “şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde” ifadesinin maddeden çıkarılması ve salt propagandanın yasaklanması ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü adına atılmış bir geri adımdır⁹⁸. Bu değişiklik ayrıca, TMK’nın gerekçesinde belirtilen demokratik hak ve özgürlüklere uygun kanunî düzenleme kriterine ve AİHM’in ifade özgürlüğünü sınırlandırırken başvurduğu temel ölçüt olan “demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olma” ilkesine uymayan bir yaklaşım içerir. Bu nedenle, hem ulusal güvenliği hem de ifade özgürlüğünü koruyacak bir şekilde yorum yapmak ve iki değer arasında demokratik bir toplum düzeninin gereklerine uygun bir denge kurmak görevi mahkemelere düşmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre basın özgürlüğü düşünce ve kanaat özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan bir özgürlüktür. Ancak Anayasa Mahkemesine göre basının özgür olması Devletin güvenliğini ihlâl edecek mahiyetteki beyanların ve yazıların cezasız bırakılması demek değildir⁹⁹. Anayasa Mahkemesinin basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak millî güvenliğin ne olduğu konusunda kesin bir görüş ortaya koyduğunu söylemek güçtür. AYM bir kararında kamu düzeni, kamu güvenliği ve ulusal güvenlik gibi kavramların anlamının muğlak ve kişiye göre değişebileceğinden bahsetmişse de¹⁰⁰, yaklaşık bir yıl sonra verdiği

⁹⁷ TBMM Tutanak Dergisi, C. 59, Birleşim 106’ya Ek.

⁹⁸ SALİHPAŞAOĞLU, s. 185.

⁹⁹ Esas no: 1963/16, karar no: 1963/83, karar tarihi: 08. 04. 1963.

¹⁰⁰ Esas no: 1973/12, karar no: 1973/24, karar tarihi: 07. 06. 1973.

başka bir kararında bu kavramların genel kavram niteliğini haiz olduklarını belirtmiştir¹⁰¹. Anayasa Mahkemesinin basın özgürlüğünün özünün ne olduğuna ve hangi kısıtlamaların bu özü tahrip ettiğine dair tutarlı ve istikrarlı bir tavrı da mevcut değildir. AYM kararlarına bakıldığında genel olarak basın özgürlüğünün konjonktüre bağlı olarak yorumlandığı görülmektedir¹⁰². Bu anlayış AİHM tarafından ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında esas alınan demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olma kriterine aykırıdır. Temelinde çoğulculuk yatan bir hakkın, güvenlik ile özgürlük arasında bir denge oluşturmaya çalışılmaksızın yalnızca mevcut düzeni koruma amacıyla sınırlandırılması, liberal demokrasilerin temel taşı olan ifade özgürlüğünün özüne aykırıdır.

Bununla birlikte Danıştayın anayasal özgürlükleri sınırlandıran bir neden olarak ulusal güvenlikten ne anlaşılması gerektiğine dair dikkat çekici kararları vardır. Danıştay 12. Dairesi'nin 1970 yılında vermiş olduğu bir kararda¹⁰³ ulusal güvenlik kavramının içeriğini tespitiye yönelik bir çaba olduğu gözükmemektedir. Buna göre “*Millî güvenliği genel bir deyimle ‘yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı, Devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması’ şeklinde tanımlamanın mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır. Şüphesiz iç ve dış tehlikelerden hangilerinin millî güvenliğe ilişkin bulunduğunu, tehlikenin kapsamı ve niteliğine ve memleketin içinde bulunduğu şartlara göre tayin ve takdir etmek gerekecektir*”. Danıştay 12. Dairesi ulusal güvenliğin anlamını tespit ettikten sonra anayasal hakların sınırlandırma nedeni olarak ulusal güvenlikten ne anlaşılması gerektiğini de belirtmiştir: “*Bir eylemin mevzuata aykırı ve hatta suç vasfında olması, mutlaka millî güvenliği ihlâlâ matuf bulunduğu delili olamaz. Aksi halde millî güvenlik kavramının kapsamı Anayasa Yapıcısının ve Kanun Koyucusunun amaç ve iradesine aykırı surette genişletilmiş olur. Suç teşkil eden bir eylem aynı zamanda Devletin bütünlüğüne yönelmiş bir nitelik taşıyor ise, ancak o takdirde eylemin millî güvenlikle ilişkisinden söz etmek mümkün bulunabilir... Bir Hukuk devletinde kişilerin veya kitlelerin Anayasa çerçevesi içinde sorunlarını kanunî yollardan yetkililere duyurmak istemeleri tabiidir. Şüphesiz, özellikle kamu görevlilerinin kanunların tayin ettiği yol yerine, fiilî durum yaratmak suretiyle duyurmada bulunmaları tercih olunamaz. Ancak herhalde fiilî yolun tercih edilmesi de; bunun kapsamı, amacı ve yapılış*

¹⁰¹ Esas no: 1973/4, karar no: 1974/13, karar tarihi: 25. 04. 1974. AYM’nin sınırlandırma nedeni olarak ulusal güvenliği en yaygın olarak kullandığı alan örgütlenme hürriyeti alanıdır. Örgütlenme hürriyeti çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından bu konuya değinilmeyecektir.

¹⁰² SALİHPAŞAOĞLU, s. 122.

¹⁰³ Esas no: 1969/4097, karar no: 1970/426, karar tarihi: 5.03. 1970.

*şekli düşünülmemesinin, millî güvenliğin sağlanması gerekçesiyle, bazı temel hak ve hürriyetlerim kısıtlanmasına vesile vermez”.*¹⁰⁴ Kanımızca bu karar döneminin koşulları da dikkate alındığında, özgürlükler ile ulusal güvenlik arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik başarılı ve yerinde bir karardır. Danıştay başka bir kararında da Bakanlar Kurulunun 275 sayılı Grev Kanununun 21. maddesi uyarınca almış olduğu bir grev erteleme kararının iptali istemiyle açılmış bir davada¹⁰⁵, anayasal özgürlükle ulusal güvenlik arasındaki dengeyi, konuya ertelenen grevle ulusal güvenlik arasında gerçek bir ilişkinin bulunup bulunmadığı açısından bakarak sağlamıştır¹⁰⁶. Bu bakış açısının AİHM kararlarındaki yaklaşıma oldukça yakın bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkündür.

SONUÇ

Tüm diğer özgürlükler gibi basın özgürlüğünün de devletin ve toplumun korunması amacıyla ve çeşitli nedenlerle sınırlandırılması kaçınılmazdır. Bu nedenle basın özgürlüğünün ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılması doğaldır. Çünkü insanoğlunun doğduğu andan itibaren ortaya çıkan en büyük ihtiyaçlarından biri güvenlidir. Güven içinde bir yaşamdan sonra diğer hak ve özgürlüklerin bir anlamı olabilir. Ancak bu durum güvenlik için özgürlüklerden vazgeçilmesi tehlikesini de beraberinde getirir. Ulusal güvenliğin herkes tarafından ortak bir şekilde tanımlanamayan, zamana ve bilhassa siyasî şartlara göre değişen bir kavram olması bu tehlikenin seviyesini daha da yükseltir. Zira konu güvenliğe geldiğinde, günümüzde en ileri örnek olarak gözükseler dahi, Batı demokrasileri bile, özgürlük ile güvenlik arasındaki dengeyi her zaman sağlayamamıştır. Tüm bu nedenlerden ötürü basın özgürlüğünün ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılması konusunda en büyük görev yargı organlarına düşmektedir. Bu anlamda AİHM ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin basın özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda ortaya koyduğu kriterler yalnızca Avrupa ve ABD için değil diğer demokratik devletler ve Türkiye için de çok önemlidir. Bununla birlikte mahkemelerin görevi yalnızca Amerikan Yüksek Mahkemesinin ortaya koyduğu “*açık ve mevcut tehlike*” ya da AİHM’in ortaya koyduğu “*demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olma*” gibi kriterleri uygulamalarıyla yerine getirilemez. Önemli olan husus bu kriterlerin, yargı organları tarafından gerçekten de özgürlükler ile ulusal güvenlik arasında bir denge sağlamaya yönelik şekilde yorumlanması ve pratiğe de aynı şekilde yansmasıdır.

¹⁰⁴ Bkz. Esas no: 1969/4097, karar no: 1970/426, karar tarihi: 5.03. 1970.

¹⁰⁵ Esas no: 1967/711, karar no: 1969/652, karar tarihi: 19. 09. 1969.

¹⁰⁶ AYBAY, s. 67.

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet- DİNÇKOL(VURAL), Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2000.
- AKGÜNER, Tayfun, Some Thoughts on National Security Concept, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 6, S. 1-3, s.5-12.
- ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, İkinci Baskı: Tıpkı Basım, Seçkin Yayınları, 2008, Ankara.
- ARSLAN, Zühtü, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Der. Zühtü Arslan, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.
- ARSLAN, Zühtü, İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Editör: Bekir Berat Özipek, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 14-22.
- AYBAY, Rona, Millî Güvenlik Kavramı ve Millî Güvenlik Kurulu, AÜSBFD, C. 33, S. 1, s. 59-82.
- BEYDOĞAN, T. Ayhan, Türk Hukukunda Siyasî İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.
- BIÇAK, Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 6, S. 24, s. 57-74.
- BOZKURT, Enver- DOST, Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, SDÜİİBFD, C. 7, S. 1, s.47-74.
- COURSEY, Robert J. III, Another Case of Freedom vs. Safety: Stretching the First Amendment to Protect the Publication of Murder Manuals- Brandenburg Need Not Apply, Georgia State University Law Review, Vol. 14, Issue 4, 1998, s.875-900.
- ÇANKAYA, Özden- BATUR YAMANER, Melike, Kitle İletişim Özgürlüğü, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006.
- ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2000.
- ERDOĞAN, Mustafa, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, Editör: Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.
- DEĞER, Ozan, AİHS’nin 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler, AÜSBFD, C. 62, S. 1, s. 43-64.
- DÖNMEZER, Sulhi, Basın ve Hukuku, Genişletilmiş ve Yeniden Gözden

- Geçirilmiş Dördüncü Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2213, İstanbul, 1976.
- ERHAN, Çağrı: ABD'nin Ulusal Güvenlik Anlayışı, AÜSBFD, C. 56, S. 4, s. 77-93.
- Freedom of Expression In Europe, Case Law Concerning Article 10 of The European Convention on Human Rights, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BA2CB2C0-E837-4253-A1B5-5BC87D84AABE/0/DG2ENHRFILES182007.pdf> (Erişim 27.03.2012).
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, S. 2001/4, s. 53-67
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002.
- KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- KARAGÖZ, Kasım, İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu(Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2004.
- MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 2, 2001.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Türkiye'de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri Ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 2008, S. 51-52, s. 231-243.
- SUNAY, Reyhan, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2001.
- STRONG, Frank R., Fifty Years of 'Clear an Present Danger': From Schenck to Brandenburg- And Beyond, Supreme Court Review,

1969, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/suprev1969&div=5&g_sent=1&collection=journals, s. 41-80 (Erişim 30. 03. 2012).

TBMM Tutanak Dergisi, C. 59, Birleşim 106'ya Ek.

TRAGER, Robert- DONNA, L. Dickersen, Freedom of Expression in the 21 st Century, Pine Forge Press, California, 1999.

Türkçe Sözlük, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu Yayınları, Ankara, 2010.

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.k.	: adı geçen karar
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: bakınız
SDÜİİBFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
der.	: derleyen
m.	: madde
p.	: paragraf
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
v.	: versus

ULUSLARARASI BELGELER IŞIĞINDA POLİS VE VATANDAŞ İLİŞKİSİ

M. Kerem OSMANOĞLU*

ÖZET

Polislik aşırı derecede zor ve çaba gerektiren bir meslektir. Aslında bu durum bir bakıma polislik mesleğinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Polis, kanunlarda belirlenen sorumluluklarını iyi bilmeli ve bu sorumluluğa göre hareket etmelidir. Bu bağlamda, polis her zaman için hukuka saygılı olup, hukuk kurallarına uymalıdır. Aksi bir tutum, korunması gereken bireylerin mağdur duruma düşmesine yol açacaktır. Bu bakımdan insan haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından polislik mesleğiyle ilgili olabilecek ulusal ve uluslararası belgeler önem taşımaktadır. Polis bu belgelerde yer alan kurallar çerçevesinde hareket etmek durumundadır. Bu yüzden makale çalışmasında, Türkiye'nin içinde yer aldığı gerek Birleşmiş Milletler'in gerekse Avrupa Konseyi'nin kabul etmiş olduğu "polis ve vatandaş ilişkisiyle" ilgili olabilecek insan hakları belgelerinden yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Polis, Mağdur, İnsan Hakları, Kolluk, Zor Kullanma.

INTERNATIONAL DOCUMENTS IN THE LIGHT OF THE RELATIONSHIP BETWEEN POLICE AND CITIZENS

ABSTRACT

Policing is a very difficult and demanding profession. In fact, in a sense, this situation stems from the nature of the policing profession. The police should know the law, and this responsibility should act according to well-defined responsibilities. In this regard, the police and respectful to law at all times, comply with the rule of law. Otherwise, an attitude of individuals to be protected will result in the victim. In this regard national and international documents related to policing are important for the protection and development of human rights. The police has to act in accordance with the rules contained in these. Since Turkey belongs to both the United Nations and the European Council, the article will address the instruments adopted in those regulating bodies, especially regarding the relation with the police and the citizens in compliance with human rights instruments developed in the United Nations and the European Council.

Keywords: Police, Victim, Human rights, Police, Use of force.

* Arş. Gör., Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GİRİŞ

İdeal bir ortamda insanlardan beklenen, karşılıklı ilişkilerinde barışçı ve hoşgörülü tavırlar sergilemeleridir. Böyle bir ortamda polise ihtiyaç duyulmayacağı aşikardır. Başka bir ifadeyle, herkesin karşılıklı olarak hak ve hürriyetlere saygılı olduğu bir ortamda kargaşanın olması zor bir ihtimal olacaktır¹. Bu bağlamda, kamu düzeninin bozulması söz konusu olmayacağından polisin müdahalede bulunmasına gerek kalmayacaktır.

Ne yazık ki, günümüz açısından bir değerlendirme yapıldığında ideal olandan farklı bir durumla karşılaşmaktayız. Halkın en fazla karşılaştığı haberlerin arasında polisin şiddet ve güç kullanmasından kaynaklanan olaylar yer almaktadır. Bu tür haberlerle hemen hemen her gün yazılı ve görsel basında karşılaşmak mümkündür. Söz konusu durum sürekli halk tarafından eleştirilen bir durumdur². Ancak, zaman zaman medyanın verilerinin doğru olmadığını belirten görüşler de mevcuttur. Belirtilen haberlerde, asıl amacın medyanın tirajını artırmak ve reytingini yükseltmek için basit suçların medyada abartıldığı yapılan eleştirel arasındadır³. Her iki görüşten de anlaşılacağı gibi, polisin sadece halkın güvenlik ve huzur içinde yaşamasını sağlamakla yetinemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Polis aynı zamanda halka sunacağı hizmetin insan onuruna yakışır şekilde olmasına da dikkat etmelidir.

Polis için önem arzeden birkısta, polisin tüm eylem ve işlemlerinde insan haklarına saygılı olması gerektiğidir. Bu yüzden, polis insan haklarını güvence altına alan hukuki belgeleri de göz önünde bulundurmalıdır⁴. Bu bağlamda, öncelikle polisin temel hak ve hürriyetlere yapmış olduğu kısıtlamaların nasıl olması gerektiği hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Yapılan çalışma, söz konusu kaygıların giderilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan, polis ve insan hakları arasındaki ilişkiden hareket edilerek ulusal ve uluslararası hukuki metinlere çalışmada yer verilmiştir.

II. POLİS KAVRAMI

Dünyanın en eski ve yaygın mesleklerinden biri polisliktir⁵. İlk toplumlarda, kamu düzenini korumak ve suçlarla çeşitli şekillerde mücadele

¹ Ramazan Cengiz Derdiman, Polis Yönetimi ve Hukuku: Görev ve Yetkiler, Tokat 1997, s. 4.

² Tülin Günşen İçli, Polislik Mesleği ve Etik Kuralları, Polis Meslek Etiği (Editör: İhsan Bal/ Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 65.

³ Füsün Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, 2. baskı, İstanbul 2008, s. 178.

⁴ İhsan Bal/ Fatih Beren, Polis Etiği, Ankara 2003, s. 85.

⁵ Remzi Fındıklı, Polislik Mesleğinin Özellikleri ve Mesleki Kimlik Olgusu, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl: 2000, Sayı 5-6, s. 2.

etmek toplumun tüm üyelerinin görevini oluşturmaktaydı. Ancak, daha sonraki dönemlerde bu durum değişmiştir. Bu görev toplum tarafından görevlendirilen kişiler aracılığıyla sağlanmaya başlamıştır. Örnek olarak Eski Çin medeniyeti verilebilir. Söz konusu medeniyette suçlu, suçtan zarar gören veya akrabaları tarafından yakalanırdı. Daha sonraları, bu devletin görevi haline gelmiştir⁶. Benzer şekilde, Eski Yunan'da Atina sitesinde "Polemark" adlı görevliler halkın güvenliğinden sorumlu olmuşlardır⁷.

Polis kavramının köken olarak incelendiğinde ise Yunancada "Politeia" ve Latince "Politia" kelimelerinden türemiştir⁸. Bu kelimeler etimolojik olarak sitenin ve kentin idaresi anlamının yanında, siyasi yönetim anlamına da gelmektedir⁹. Eski Yunan'da kent veya şehir, Latince kamusal yönetim ve siyasal teşkilatın karşılığı olarak polis kavramı kullanılmıştır¹⁰. Daha sonraki süreçte polis, sitenin tüm kamu hizmetlerinin yerine getirildiği kurum anlamına bürünmüştür¹¹.

Günümüzde, polisin farklı tanımlarına rastlamak mümkündür. Polis kavramına, daha çok polise atfedilen görevler üzerinden anlam verilmektedir. Kamu düzeni ve güvenliğini koruma, suça engel olma ve suç işlendiğinde ortaya çıkarma görevi olan kişi, polis olarak tanımlanmaktadır¹². Başka bir tanımlamaya göre polis, devlet tarafından kanunları uygulamak ve düzeni sağlamak için meşru güç kullanma yetkisi verilen kişilerdir¹³.

Polise atfedilen temel görevler arasında güvenliği sağlamak gelmektedir. Bu durum, polisin en temel ve öncelikli görevidir¹⁴. Ancak,

⁶ Füsün Sokullu-Akıncı, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, s. 23.

⁷ Sokullu-Akıncı, s. 24.

⁸ Serdar Kurban Dursun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve Türkiye Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, s. 3.

⁹ Zeki Hafızogulları, İnsan Hakları, Polis Görev ve Yetkisi, Ankara Hukuk Dergisi, Cilt 44, Yıl:1995, Sayı 1-4, s. 566.

¹⁰ Mustafa Yılmaz, Polisin Zor Kullanma Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2007, s. 3.

¹¹ Nevzat Sönmez, Emniyet Teşkilatı ve Polis Meslek Hukuku ile Polisin Görev ve Yetkileri, Ankara 2003, s. 29.

¹² Sokullu-Akıncı, s. 22.

¹³ Remzi Fındıklı, Polislik Mesleğinin Evrensel Değerleri ve İlkeleri, Uluslararası Polislik ve İç Güvenlik (Editor: Tülin Günşen içli ve Fatih Karaosmanoğlu), Ankara 2003, s. 6; Ramazan Cengiz Derdiman, Polis Yönetimi ve Hukuku: Görev ve Yetkiler, Tokat 1997, s. 7; Sönmez, s. 28.

¹⁴ Turkut Göksu/ Veysel K. Bilgiç, Polislik Mesleği ve Etik Kuralları, Polis Meslek Etiği(Editor:

bu görev dışındaki bazı idari işlerin de polis tarafından yerine getirildiği görülmektedir. Suç mağduru olma riski taşıyan bazı kişilerin polis tarafından korunması gerekmektedir. Örneğin sokakta hastalanan kişileri güvenli bir yere getirmek de polisin görevleri arasında sayılabilir¹⁵. Bunun dışında, yardıma muhtaç olanlara, sakatlara, güçsüzlere ve küçüklere yardım etmek de polisin görevidir¹⁶. Başka bir ifadeyle, polis her ne kadar güvenliği sağlamasıyla vasıflandırılrsa da, polisin topluma yardımcı olan hizmet yönünün de olduğu gözden kaçmamalıdır.

Polis aynı zamanda kolluk kavramı üzerinden tanımlanmaktadır. Kolluk, kollama görevi yapan tüm kuruluşları ifade etmek için kullanılmaktadır. Devlet kolluk gücüyle, bireylerin toplumda sergiledikleri tutum ve davranışları denetleyerek kamu düzenini sağlamaya çalışır¹⁷. Kolluğun temel amacı kamu düzenini sağlamaktır. Bu amaç kapsamında, kolluk, düzen bozulduğunda onu yeniden sağlamaya çalışır¹⁸. Toplum düzeni sağlandığında bireylerin ve toplulukların güvenlik ve huzur içinde yaşamaları sağlanmış olacaktır. İdarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak için giriştiği bu çabalar kolluk faaliyetini oluşturmaktadır.

Hiç şüphesiz toplum suçun olmadığı bir ortamda yaşamak ister. Eğer bir yerde suç oranı azsa bu durumda mağdur sayısı da az olacaktır¹⁹. Bu yüzden kolluğun öncelikli görevi toplumun güvenliğini ve kamu dirlik ve düzenini korumaktır. Kolluğun görevleri adli ve idari olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır²⁰. Kolluğun görevleri, suçun işlenmesinden önce ve sonra olarak da ayrılabilir. Suç öncesi görev koruma, önleme ve yardım, suç sonrası görevi ise suç ve suçluları araştırmaktan ibarettir.

İdari ve adli kolluk hizmetleri, aynı kolluk birimi tarafından yürütülmektedir. Polis adli hizmetleri adli kolluk sıfatıyla yerine getirirken, idari görevlerini idari kolluk sıfatıyla yerine getirir²¹. Yapılan ayırım iş bölümü

İhsan Bal/Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 87.

¹⁵ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 196.

¹⁶ Turan Genç, Polis Meslek Etiği, 21. Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu, Ankara 2000, s. 469.

¹⁷ Sokullu-Akıncı, s. 20.

¹⁸ Emrullah Aycı, Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi ve İşkence Yasağı, Yargıtay Dergisi, , Cilt: 33, Yıl: 2007, Sayı 1-2, s. 187.

¹⁹ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 174.

²⁰ Aycı, s. 188.

²¹ Cihan Koç, Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri, Ankara 2002, s. 3.

açısından yapılan bir ayırmadır. Olaya müdahale eden idari polisin adli işlemleri yürütmesinde kanuni bir engel bulunmamaktadır²². Örneğin, polis önleyici görev yaparken, bir suç işlendiğinde suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yapmak durumunda kaldığında görevi doğrudan adli nitelikli görev haline gelmektedir²³. Başka bir ifadeyle kolluğun suçun işlenmesinden sonra yaptığı işlemlere adli faaliyetler denir. Adli görevler suç işlendiğinin öğrenilmesiyle başlar, şüpheli ya da sanığın yakalanması suçla ilgili delillerin toplanması sanığın yargılanarak hakkında hüküm verilmesiyle son bulur²⁴. Bu yüzden, polisin karşılaştığı olaylarda söz konusu ayrıma dayanarak müdahale etmemesi söz konusu olmayacaktır.

Niteliği itibariyle, polislik mesleği diğer mesleklerden farklı özellikler arz etmektedir. Polislik, meslek olarak insanların eylemleriyle uğraşmaktadır²⁵. Hiç şüphesiz, insan haklarının gerçekleştirilmesi için sosyal düzenin sağlanması çok büyük önem taşımaktadır. Sosyal düzenin sağlanması bir polis fonksiyonu olduğundan, insan haklarının korunmasında polisin büyük bir rolü olduğu söylenebilir. Başka açıdan değerlendirildiğinde, insan haklarının korunması güvenliğinin sağlanması sonucunda ortaya çıkar. Güvenliğin sağlanmasında polise büyük bir görev düşmektedir²⁶. Aslında, polisin temel görevi, güvenliği sağlamak ve sürdürmektir. Bu amaçla polis kanunları uygular ve uygulanmasına hizmet eder.

Polislik her ülkede mevcut olup polise getirilen tanımlamalarda benzerlik ve farklılıklar mevcuttur. Uygulamadaki ayrıntılar bir tarafa bırakılacak olursa, her ülkede polisin benzer nitelik, hedef ve işlevleri vardır²⁷. Birleşmiş Milletler bağlamında Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurların Davranış Kuralları'na Dair İlkeler m. 1 f. b (a)'da polis kavramını tanımlamıştır. Buna göre polis, kişileri gözaltına alma ve yakalama yetkisi olan kişi olarak kabul edilmektedir. Avrupa Birliği ("AB") benzer şekilde polisin insan haklarına saygılı olması

²² Adli polis ve idari polis ayrımının önemli bir sonucu adli polisin adli görevlere ilişkin durumlarda Cumhuriyet savcısından talimat almasıdır. Adli polisin söz konusu görevleri dışındaki hizmetlerde kendi üstlerinin emirlerini yerine getirmek durumundadırlar.

²³ Derdiman, s. 67.

²⁴ Koç, s. 3.

²⁵ İnyet Pehlivan Aydın, Polis Meslek Etiği İlkeleri, Polis Meslek Etiği (Editör: İhsan Bal/Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 106.

²⁶ J. Alderson, İnsan Hakları ve Polis (Çeviren: İhsan Kuntbay), Ankara 1984, s. 15.; Zühtü Arslan, Bilgiden Bilince İnsan Hakları Eğitimi: Karşılaşılan Güçlükler ve Çözüm Önerileri, 21. Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu, Ankara 2000, s. 62.

²⁷ Aydın, s. 106.

gerektiği vurgusunda bulunarak yapmış olduğu polis tanımlamasında bu gerekliliğe yer vermiştir²⁸. Söz konusu tanımda AB'nin ortak polis kavramına ulaşılmaktadır. Buna göre, polisin toplumda insan haklarına saygı gösteren, güvenliği sağlayan ve halkın güvenliğini koruyan kamu görevlisi olduğu belirtilmiştir²⁹. Uluslararası düzenlemelerde polis kavramı açıklanırken insan haklarına yer verilmesi, temel hak ve hürriyetlerin polis tarafından korunması gerekliliği açısından önemlidir.

Polis kavramı, Türk hukukunda farklı kanunlarda tanımlanmıştır. 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu ("ETK")³⁰ m. 4 f. 1'de polisi silahlı güce sahip birim anlamında kullanılmıştır. Polisin tanımlandığı bir diğer kanun olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ("PVSK")³¹ m. 1'e göre polis, kamu düzenini, kamu emniyeti ve halkın can ve mal güvenliğini sağlayan, kanunların kendisine verdiği yetkiyi kullanan kişiler olarak kabul edilmiştir.

İnsan haklarının istenen şekilde korunup geliştirilmesi için kamu düzenin sağlanmış olması gerekir. Bu amaca ulaşmak için polisin fonksiyonu önem arz etmektedir³². Etkin bir polisin öncelikli görevi suçun önlenmesini sağlamaktır. Suç işlendikten sonra suçluların yakalanması ve cezalandırması ise daha sonra gelmektedir. Bir toplumda barış, kamu düzeni sağlandığı zaman kişilerin can ve mal güvenliği de sağlanacaktır. Bunun sonucunda polisin amacına ulaşmış olduğu kabul edilir³³. Kamu düzenini sağlamak dışında da bozulan düzenin tekrar eski haline getirmek de polisin temel amacını teşkil eder. Polis bu amaçla bozulan kamu düzenini tekrar sağlayabilmek maksadıyla tüm yetkilerini kullanmalıdır³⁴. Söz konusu durum bir nevi polisin varlık nedenini oluşturmaktadır.

²⁸ United Nations, Human Rights and Law Enforcement: A Manual on Human Rights Training for the Police UN, s. 7.

²⁹ <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training5en.pdf>

³⁰ Sönmez, s. 30.

³¹ Kanun No: 3201, Kabul T. 04.06.1937, RG 12.06.1937/ 3629.

³² Kanun No: 2559, Kabul T.: 04.07.1934, RG 14.07.1934/2751.

³³ Ralph Crawshaw, Human Rights and Policing, Police Professional Ethics(Ed: İhsan Bal/ Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 158.

³⁴ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 174.

³⁵ Derdiman, s. 16.

III. POLİSİN YETKİSİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Demokratik bir ülkede polis, insan haklarını korumada çok önemli görevler üstlenmesi gereken bir kurumdur³⁵. Polis temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi bakımından önemli bir role sahiptir. Bu yüzden polis faaliyetinin doğası ve amacında en önemli olan etken, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi olmalıdır.

Dünyada en çok eleştirilen konular arasında polisin yanlış davranışları ve insan hakları ihlalleri gelmektedir³⁶. Polis suçun önlenmesi için yapmış olduğu müdahaleler aşırıya kaçtığı zaman kişileri rahatsız edici boyutlara ulaşmaktadır³⁷. Bunun önüne geçebilmek amacıyla, insan haklarının korunması ve gelişmesinde uluslararası insan hakları belgeleri önemli bir yer teşkil etmektedir³⁸. Polis uluslararası standartlara uymak ve uygulamak durumdadır. İnsan hakları bilincinin yerleşmesi ve insan hakları ihlallerinin önüne geçmede en önemli kriter polislere bu yönde eğitim verilmesidir. Bu bilinçle hareket eden uluslararası insan hakları mekanizmaları, polisin davranış şekillerini belirleyen bazı standartlar kabul etmiştir. Burada ele alınan çalışmada mümkün mertebe bu standartların yansıtılmasına çalışılacaktır

A. İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muameleye ya da Cezaya Karşı Sözleşme

İşkenceye uğramama hakkı insan kişiliğinin ayrılmaz ve vazgeçilmez bir parçasını oluşturmaktadır. Bu yüzden, işkenceye maruz kalmama durumu uluslararası hukukta da genel kabul gören emredici bir normdur³⁹. Uluslararası hukuk metinlerinde işkence suçu en geniş olarak Birleşmiş Milletler tarafından 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilen İşkenceye Karşı Sözleşme’de (“İKS”) düzenlenmiştir⁴⁰.

İKS’nin en önemli özelliği Sözleşme’nin 1. maddesinde işkencenin tanımlanmış olmasıdır⁴¹. Burada işkence suçu geniş anlamda tanımlanmıştır.

³⁵ Fatih Karaosmanoğlu, Türkiye’nin Demokratikleşmesi: Yaşam Hakkı ve Polis, Türkiye’de Devlet, Toplum ve Polis(Editör: Hasan Hüseyin Çevik/Turkut Göksu) Ankara 2002, s. 113.

³⁶ Fındıklı, Güvenlik, s. 25.

³⁷ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 174.

³⁸ Karaosmanoğlu, s. 120.

³⁹ R. Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 162.

⁴⁰ Yaşar Aydın/ Hakan Gündüz, İşkence ve Kötü Muamele Suçu TOHAV Raporu, İstanbul 2008, s. 17.

⁴¹ İKS m. 1 f. 1’e göre işkence kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

İlgili Sözleşme’de işkence yasağı temel bir yasak olarak yer almış ve işkenceyle birlikte zalimane muamele, insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza, aşağılayıcı muamele ve aşağılayıcı cezalandırma yasaklanmıştır. İşkenceyle bağlantılı olarak ele alınan bu durumlar arasında bir ayırım yapılmamıştır⁴². Sözleşme m. 1’de işkencenin tanımı konusunda temel noktalar belirtilmektedir. Bu yüzden yapılan tanımlama tüm dünyada da geçerliliğini korumaktadır⁴³.

İşkence suçunu tanımlayan uluslararası hukuk metinlerinde işkence suçunun tanımı mutlak yasak ilkesiyle birlikte ele alınmaktadır. Bu durum hiçbir gerekçe ve mazeretin işkence suçunu kabul edilebilir gösterememesi anlamına gelmektedir.

Güç kullanma yetkisinin aşılması sonucunda meydana gelen durum çoğu zaman işkence olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. İKS m. 1 ve 2’de polisle ilgili sınırlamalar getirmektedir. Polisin bireysel sorumluluğu açısından değerlendirildiğinde, İKS m. 2’de polisin zor kullanmasıyla ilgili bir hüküm niteliğindedir⁴⁵.

Her türlü işkence, insanlık dışı muamele kesinlikle yasaklanmalı, acilen araştırılmalı ve cezalandırılmalıdır. İKS’de devletlere işkence ve kötü muamele yapmama yükümlülüğü yüklemiştir⁴⁶. İKS m. 2 f. 1’de yer alan taraf devletlerin işkenceyi önleme yükümlülükleri arasında kanuni, adli, idari veya

“Bu Sözleşme’nin amacı bakımından “işkence”, bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak aşırı acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.”

⁴² Aydın/ Gündüz, s. 10.

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de söz konusu işkence tanımını esas almaktadır. Bunun nedeni olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde işkencenin bir tanımının olmaması gösterilebilir. Söz konusu Sözleşme’de işkence yasağı başlıklı 3. maddede hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Ancak burada işkence tanımlanmamıştır.

⁴⁴ Aycı, s. 192.

⁴⁵ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights and Law Enforcement: A Manual on Human Rights Training for the Police, New York- Geneva 1997, s. 38. Bkz. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training5en.pdf>

⁴⁶ Neval Oğal Balkız, Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi ve Öneriler, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2001/4, Sayı:59, s. 98.

başka tedbirler almasından söz etmektedir. Sözleşmenin ilgili maddesinde, başka tedbirler denerek taraf devletlerin tüm imkanlarını seferber etmeleri beklenmektedir.

Kişiler üzerinde işkence, insanlık dışı muamele kesinlikle yasaklanmıştır⁴⁷. Söz konusu durum İKS’de de düzenlenmiştir. Sözleşme m. 2 f. 2’ye göre işkencenin hiçbir şekilde hukuka uygun hale gelemeyeceği düzenlenerek işkence için hiçbir istisnanın kabul edilemeyeceği hükme bağlanmıştır⁴⁸.

İşkence faillerinin zaman zaman amirin emrine uyduklarını iddia ederek sorumluluktan kurtulma çabası içine girmektedirler. Ancak, bir amirin veya bir kamu makamının verdiği bir emir, işkenceyi haklı göstermek için dayanak noktası olamaz⁴⁹. İşkencenin önlenmesi yolunda önemli bir adım da işkence sonucu alınan ifadelerin delil kabul edilmemesi gerektiğidir⁵⁰.

İKS işkenceyle mücadele adına önemli bir hüküm içermektedir. Söz konusu hüküm, işkencenin önlenmesi amacıyla personele eğitim verilmesini gerektirmektedir⁵¹. Polis açısından değerlendirildiğinde iki aşamalı bir süreç mevcut olmaktadır. İlki hizmete başlamadan önceki dönemi kapsamaktadır. Bu aşamada, eğitim ve öğretim müfredatlarında işkencenin yasaklanmasına dair tüm telkin edici programlara yer verilmelidir. İkinci aşama ise, göreve başladıktan sonraki sürece ilişkindir. Belirli aralıklarla, hizmet içi eğitim ve öğretim müfredatlarında işkencenin yasaklanmasına ilişkin bilgi ve eğitime yer verilerek polislerin işkenceye karşı mücadelede etkin rol almaları sağlanmalıdır⁵².

Yukarıda birçok kez belirtildiği gibi, devletin en önemli görevlerinden biri işkence ve kötü muamelede bulunulmasını engellemektir. Ayrıca, bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul nedenler bulunduğu zaman derhal ve tarafsız bir soruşturma yapmak da devletin yükümlülüğüne

⁴⁷ Un, s. 10.

⁴⁸ Cüneyt Er, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:60, Yıl: 2005, s. 174. Bu yönde diğer insan hakları sözleşmeleri de aynı yönde düzenlemeye yer vermiştir. Bu konuya ilişkin hiçbir istisna olamayacağı düzenlenmiştir. MSHS 4/2, Avrupa sözleşmesi 15/2, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi m. 27 f.2’de, işkence yasağına hiçbir sınırlama getirilemeyeceği kabul edilmiştir.

⁴⁹ İKS m. 2 f. 3.

⁵⁰ İKS m. 15.

⁵¹ İKS m. 10 f. 1 ve 2.

⁵² Er, s. 176.

girmektedir. Bu bağlamda, İKS m. 12 söz konusu yükümlülüğe vurgu yapmaktadır⁵³. Aksi takdirde, devletler mutlak şekilde söz konusu işkence fiilinden sorumlu tutulacaklardır.

B. Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurların Davranış Kuralları

Ülkeler açısından değerlendirildiğinde polisin nasıl davranması gerektiği devletler tarafından belirlenmelidir. Buna göre, polis hukuk kurallarına uygun olarak, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi maksadıyla faaliyette bulunması gerekmektedir. Söz konusu amaç doğrultusunda BM tarafından 1979 yılında Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurların Davranış Kuralları⁵⁴ (“KKK”) kabul edilmiştir.

KKK m. 1’de, kuvvet kullanmaya yetkili memurların görevlerini ifa ederken nasıl davranması gerektiği düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, bu kişiler kanunla kendilerine verilmiş görevleri her zaman için mesleklerinin gerektirdiği yüksek derecedeki sorumluluğa uygun şekilde, topluma hizmet etmeyi ve tüm kişileri kanun dışı eylemlere karşı korumayı esas almak suretiyle yerine getirmeleri gerekmektedir.

KKK m. 1’in yorumuna ilişkin (a) metni uyarınca, “kuvvet kullanmaya yetkili memurlar” teriminden ne anlaşılması gerektiği tanımlanmıştır. Özellikle gözaltına alma ve tutma yetkileri başta olmak üzere, polis yetkilerini kullanan tüm görevliler bu kapsamda görülmüştür.

İnsan haklarına saygılı olma, iyi bir polis olmak için çok önemli bir kuraldır. KKK m. 2’ye göre, polis görevlerini yerine getirirken, insan onuruna saygı göstermeli ve insan onurunu korumak için çaba sarf etmelidir. Ayrıca, herkesin insan haklarını koruyarak bu amaç doğrultusunda insan haklarını geliştirme gayretinde olmalıdır. İlgili madde, insanlık dışı, aşağılayıcı, kötü muamele ve işkence yasağını da içermektedir.

Polis, görevini etkili bir biçimde yerine getirebilmesi için bir takım yetki ve yükümlülüklerle donatılmıştır. Örneğin polis kamu düzenini korumak için güç kullanma hakkına kanunen sahiptir⁵⁵. İdeal olan durum, kuşkusuz, polisin kuvvete başvurmadan amacını gerçekleştirmesidir. Ama güç kullanmak

⁵³ Osman Doğru, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasası, İstanbul 2006, s. 167.

⁵⁴ Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurların Edimlerine İlişkin Yasa (Code of Conduct for Law Enforcement Officials), Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 17 Aralık 1979 tarih ve 34/169 sayılı karar ile kabul edilmiştir. Bu belgenin Türkçe metni için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, İşkence Yasasına İlişkin Ulusal Üstü Belgeler, İstanbul 2002, sf:38-41.

⁵⁵ Alderson, s. 23.

zorunlu hale geldiğinde kullanılan kuvvetin, karşılaşılan problem ile orantılı olması gerekmektedir⁵⁶. Başka bir ifadeyle zor kullanma polisin görevini yaparken kullanabileceği en son aşama olmalıdır.

KKK m. 3 kapsamında, polis ancak mutlak zorunluluk olduğu hallerde zor kullanılabilir. Polisin, görevini yerine getirmesi amacıyla ve gerekli olduğu ölçüde zor kullanılabileceği söz konusu maddede belirtilmiştir. Aynı maddede polisin güç kullanılmasının ancak istisnai hallerde olabileceğini vurgulamaktadır. Bu hüküm çerçevesinde, istisna olabilecek durumlara, polisin suç işlenmesini önlemek ya da suçluları yahut suçlu olduğundan şüphelenilen kişileri hukuka uygun olarak gözaltına almak amacıyla kullandığı zor kullanma, örnek verilebilir. Ancak, söz konusu durumlarda bile şartların makul olarak gerekli kıldığı hallerde ve kuvvete başvurulmasının kullanım amacının ötesine geçmemesi kaydıyla, polis güç kullanabilecektir⁵⁷. Polisin güç kullanırken gereklilik ve orantılılık prensiplerine uygun davranması gerekmektedir⁵⁸. Bu yönde KKK m. 3'te yasayı uygulayanların kesinlikle zorunluluk halinde ve görevi yerine getirmek amacıyla gerektiği ölçüde güce başvurulacağı kabul edilmiştir.

Polisin hiç bir şekilde işkence veya başka bir zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza uygulayamayacağı KKK m. 5'te belirtilmiştir. Söz konusu durumlarda, polisin bireysel sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. İlgili maddenin aynı zamanda polisin uygulamada yer alan sorumluluktan kurtulmak amacıyla yapmış olduğu savunmaları geçersiz kılmaktadır. Söz konusu durumlarda, polis, memurun amirinin emri ya da savaş hali ya da savaş tehlikesi durumu, ulusal güvenliğe yönelik tehdit, iç siyasal istikrarsızlık yahut herhangi bir başka kamusal tehlike gibi istisnai şartları ileri süremeyecektir.

Eğitim programlarında, polisin kanunlardan kaynaklanan zor kullanma yetkisi ve bu yetkinin sınırlarının daha iyi anlaşılması için uğraşılmalıdır. Bu kapsamda hukukun ve insan hakları ihlallerinin rapor edilmesi gerekliliği bu eğitimlerde yer almalıdır. Daha sonraki aşamada raporlarda yer alan insan hakları ihlallerinin ve bu kapsamdaki şikayetlerin tamamen ve uygun şekilde araştırılması sağlanmalıdır⁵⁹.

⁵⁶ Alderson, s. 24.

⁵⁷ KKK m 1'in (a) yorumu.

⁵⁸ Karaosmanoğlu, s. 121.

⁵⁹ Un, s. 3.

Polis açısından değerlendirildiğinde polisin insan hakları ihlallerini rapor etmesi hem bir etik kuralı hem de polisin kanunlara uyması açısından bir davranış yükümlülüğüdür. KKK'nın m. 8'de bu kural düzenlenmiştir. Bu bağlamda söz konusu madde, polislerin kanunlara bağlı olmalarının yanı sıra, aynı zamanda kanunlara karşı olumsuz davranışları da önlemesi açısından yükümlülükler getirilmektedir.

C. Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler

Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler ("KKİ")⁶⁰ Birleşmiş Milletler tarafından 1990 yılında kabul edilmiştir. Bu bakımdan temel hak ve hürriyetlerin korunması noktasında kolluk kuvvetlerine verilen zor kullanma yetkisinin uluslararası standartlara bağlanması önem arz etmektedir. Başka bir ifadeyle insan hakları hukuku, kesin bir zorunluluk olarak başvurulacak zor kullanmayı meşru görebilir. Bu durumda, polis uluslararası kuralları ve durumun gerektirdiği ölçülü davranış kurallarını ihlal etmediği sürece sorumlu olmayacaktır⁶¹.

Polis sadece belirli durumlarda öldürücü güç kullanabilir. Öncelikle, polis kendisinin veya başkasının hayatının tehlikede olduğuna inanmalı ya da kendisinin veya başkasının vücut bütünlüğüne ciddi bir müdahale söz konusu ise silah kullanılmalıdır. Polis durumun şartları içerisinde silah dışında bir alternatif kullanabiliyorsa silah kullanmaması gerekmektedir⁶². Bu bağlamda KKİ m. 4 ve m. 5'e göre zor ve silah kullanımı en son yöntem olması gerekmektedir.

Söz konusu ilkenin 4. maddesine göre kuvvet kullanmaya yetkili memurlar görevlerini yerine getirirlerken, zor ve "ateşli silah" kullanımına başvurmadan önce, mümkün olduğu ölçüde şiddet içermeyen araçları kullanmalıdırlar. Ayrıca, kuvvet kullanmaya sadece, diğer araçların etkisiz kalması ya da hedeflenen sonucu gerçekleştirmek için "başka çare" bulunmaması durumunda başvurulmalıdır.

⁶⁰ Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler (Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials), 27 Ağustos -7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana kentinde yapılan Suçun Önlenmesi ve Suçlulara Yapılacak Muamele Hakkında Birleşmiş Milletler Sekizinci Kongresi tarafından kabul edilmiştir.

⁶¹ Kerem Altıparmak, İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz?-Türkiye'de Orantısız Güç Kullanma Sorunu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, İnsan Hakları Raporu 2008, s. 364. Bkz. <http://www.tihv.org.tr/index.php?turkiye-insan-haklari-raporu>

⁶² David A. May/James E. Headley, Reasonable Use of Force by Police, New York 2008, s. 47.

KKİ m. 5 zor kullanma bağlamında kabul ettiği hukuki standartlar mevcuttur. Kullanılacak güç polis açısından “kaçınılmaz” olmalıdır. Öncelikle polis istediği zaman ve şekilde güç kullanamaz. Başka bir ifade ile polisin keyfi olarak ve temel hak ve hürriyetlere aykırı bir şekilde güç kullanması söz konusu değildir. Bunun için, gerekli şartların oluşması gerekmektedir.

Polis toplum düzenini bozanlara karşı gerektiğinde zor kullanma hakkına sahip olsa da bu yetkiyi kullanırken aşırıya kaçmamalıdır⁶³. Kuvvet kullanan polisin uyması gereken bazı kurallar vardır. Öncelikle, polisin kullanacağı güç aşamalı şekilde artmalıdır. Güç kullanımı orantılı olmalıdır. Başka bir ifadeyle polis amacın elde edilmesi için gerekenden daha fazla güç kullanılmamalıdır⁶⁴. Bu durum söz konusu ilkelerde de belirtilmiştir. İlgili hükme göre zor kullanma araçlarına sınırlı olarak başvurulmalı ve suçun ağırlığı ve başarılması hedeflenen meşru amaç ile orantılı biçimde tasarrufta bulunulmalıdır⁶⁵. Kişilere daha fazla zarar vermekten kaçınılarak verilecek zarar asgariye indirmelidir. Yapılacak müdahalelerde insan yaşamına saygı gösterilmeli ve korunmalıdır⁶⁶. Burada insan haklarına yapılan vurgu polise getirdiği yükümlülük açısından önemlidir.

Polisin zor kullanması ve silah kullanmasına izin verilebilmesi için insan hayatını korumak için başka çarenin kalmaması gerekir⁶⁷. Bu manada bir zorunluluk olması şarttır. Ayrıca, zor kullanmanın kaynağı hukuk kurallarına dayanmalıdır. Zor kullanılacak durumun özelliklerine göre yapılacak müdahalede güç kullanılacak kişilere mümkün mertebe zarar verme ve yaralama en azami şekilde olmalıdır⁶⁸. Bu yüzden polisin zor kullanması bir zorunluluğa dayanmalı ve söz konusu güç kullanımı hukuki bir zeminde olması gerekecektir.

Zor kullanma sadece ihtiyaç duyulduğunda kullanılmalıdır. Hukuka aykırı zor kullanmanın hiçbir şekilde istisnası yoktur⁶⁹. Bu yüzden KKİ m. 7 polis tarafından keyfi biçimde ya da yetkinin kötüye kullanılması suretiyle zora ya da ateşli silahlara başvurulmasının, devletler tarafından cezayı gerektiren bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁶³ Fındıklı, Güvenlik, s. 24.

⁶⁴ Denis Bergmans, Community Policing as a Central Factor for a Modern Police Service, (Ed. : İhsan Bal- M.Bedri Eryılmaz), Police Professional Ethics, Ankara 2002, s. 223.

⁶⁵ KKİ m. 5 f. 1 b. (a).

⁶⁶ KKİ m. 5 f. 1 b. (b).

⁶⁷ Un, s. 25.

⁶⁸ Un, s. 23.

⁶⁹ Un, s. 23.

Polisin insan hakları ihlallerini rapor etme yükümlülüğü vardır⁷⁰. Bu yükümlülüğü belirlenen kriterlerde de açık olarak düzenlenmiştir. Polis karşılaşılabilecek olaylarda zor veya silah kullanılması sonucunda bir yaralama veya ölüme sebebiyet vermişse söz konusu olayı hemen üst makamlara bildirmelidir⁷¹. Bu konuda bir raporlama sisteminin var olması gerekmektedir. Polis hazırlayacağı raporda etkili bir inceleme sürecinin olanaklı olmasını ve bağımsız ve idari kovuşturma makamlarının uygun hallerde yetkilerini kullanabilmesini amaç edinmelidir⁷².

Polisin insan hakları ihlallerini raporda yer verirken raporların açık, tam ve kesin veriler içermesi gerekmektedir⁷³. İnsan haklarının korunması sadece ulusal ve uluslararası metinlerde yapılacak düzenlemelerde koruma altına alınamaz. Bu yüzden polisin yaptığı hukuka aykırı eylemlerin bağımsız, etkili bir soruşturma yöntemi benimsenerek yapılması gereklidir. Bu bağlamda söz konusu ilkelerde soruşturma yöntemine yapılan vurgu önemli ve gereklidir.

KKİ toplantı ve gösteri hakkı bağlamında yapılacak müdahaleler için bir takım ilkeler benimsenmiştir. Öncelikle, herkesin hukuka uygun ve barışçıl nitelikli toplantılara katılmasına uluslararası metinlerde izin verilmiş olduğundan, devletler zor ve ateşli silahların sadece m. 13 ve m. 14 hükümleri uyarınca kullanabilecektir⁷⁴. KKİ m. 13'e göre polis kanun dışı olan ancak şiddet içermeyen toplantıların dağıtılması sırasında zor kullanmaktan kaçınmalıdır. Eğer zor kullanmaktan kaçınmak mümkün değilse, yapılan müdahaleyi asgari ölçüyle sınırlı tutmak gerekecektir.

Şiddet unsuru içeren toplantıların dağıtılmasında belirlenen ilkeler KKİ m. 14'te düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde polis ateşli silahları, sadece daha az tehlikeli araçların kullanılmasının mümkün olmadığı zamanda kullanmalıdır. Ayrıca, silah kullanılırken kişilere zarar vermek asgari ölçüde tutulmalıdır.

Önemle üzerinde durulması gereken nokta, öldürücü olmayan silahlar olarak bilinen silahların, bazı durumlarda öldürücü etkiye sahip olabileceği gözden kaçırılmamalıdır⁷⁵. Bu durumlarda kullanılan silahların tüm şartlar

⁷⁰ OHCHR, s. 38.

⁷¹ KKİ m. 6.

⁷² KKİ m. 22.

⁷³ Un, s. 55.

⁷⁴ KKİ m. 12.

⁷⁵ Öldürücü güç, öldürme veya vücuda büyük veya ağır zarar verme kastıyla aşırı güç

için kullanılabilmesi etkili ve uygun olmayabilir. Bu araçların, silahlardan daha az ölümcül olduğu ortadadır. Ancak doğru şekilde kullanıldıklarında çok etkili olabilirler. Bu araçların güvenilirliği hakkındaki bilgiler daha çok ürünlerin üreticilerinden gelmektedir. Başka bir ifadeyle, bu araçların etkisi ve tehlikeleri hakkında tam manasıyla bilgi sahibi olduğumuz söylenemez⁷⁶.

D. Herhangi bir Biçimde Alınan ya da Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü

Herhangi Biçimde Alınan ya da Hapsedilen Tüm Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (“AHP”) Birleşmiş Milletler tarafından 1988 tarihinde kabul edilmiştir⁷⁷. Bu prensipler, her hangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen herkesin korunması açısından uluslararası bir koruma getirmesi açısından önemlidir.

AHP m. 1’e göre herhangi biçimde alınılan ya da hapsedilen tüm kişiler, insani şekilde muameleye tabi olmaları gerekmektedir. Bu yüzden, ilgili ilke kapsamında herkesin kişiliğine ve onuruna saygı gösterilmesini talep etmesi en doğal hakkı olarak görülmelidir.

Her türlü tutma veya hapsedme kararıyla ve tutulan veya hapsedilen bir kimsenin insan haklarını her hangi bir biçimde etkileyen bütün tedbirlere yargısal veya diğer bir makam tarafından karar verilmeli veya bu tedbirler bu makamların etkili denetimine tabi tutulmalıdır⁷⁸.

AHP m. 6 işkence ve benzeri durumları yasaklamıştır. Söz konusu hüküm kapsamında herhangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen bir kimse, işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamayacaktır. Hiç bir durum, söz konusu davranışları haklı göstermek için ileri sürülemeyecektir.

AHP m. 7 f. 1’de devletlere, bu prensiplerde yer alan haklara ve ödevlere aykırı bütün fiilleri hukuken yasaklama sorumluluğu getirmektedir.

kullanımıdır. Öldürücü olmayan güç kullanımı ise ölümlü veya ölümcül derecede ağır yaralanma ile sonuçlanmayan güç kullanımıdır. Eğer aşırı güç kullanımı kanuni sınırları aşarsa polis bu gücü kullanmanın sonuçlarından yargıya karşı sorumludur.

⁷⁶ May/Headley, s. 55.

⁷⁷ Herhangi Biçimde Alınan ya da Hapsedilen Tüm Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü (Body of Principles for the Protection of Ali Persons under Any Form of Detention or Imprisonment), Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 9 Aralık 1988 tarih ve 43/173 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Bu belgenin Türkçe metni için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, işkence Yasağına İlişkin Ulusal Üstü Belgeler, Haziran 2002, sf:66-75.

⁷⁸ AHP m. 4.

Bu kapsamda devletlerin bu tür eylemleri gerekli yaptırımlara bağlamasını ve bu tür eylemler hakkında yapılan şikayetler konusunda tarafsız soruşturmalar yapmasını istemektedir. Söz konusu ilkede yapılacak soruşturmanın tarafsız olmasına gönderme yapması önemlidir. Bu bağlamda devletlerden beklenen bu konuda güvenilir sistemler kurmaktır.

AHP’de yer alan haklara aykırı olarak kamu görevlilerinin eylemleri veya ihmalleri nedeniyle uğranılan zararlar söz konusu olabilir. Devletlere düşen görev iç hukuktaki sorumluluk hükümlerine göre uğranılan zararların tazmin edilebilmesini sağlamak olmalıdır⁷⁹. Bu durumda kolluğun orantısız güç kullanımına maruz kalan kişilerin cezai yaptırım ve tazminat hukuku açısından uluslararası bir düzenlemeyle bu hakları güvence altına alınmıştır.

Suç işlediğinden kuşkuyla veya hakkında bir suç isnadı bulunan tutuklu bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır ve buna göre muamele görmelidir⁸⁰. Bu yüzden, polis mümkün mertebe kişilere en az zarar verebilecek zor kullanma yöntemlerini seçmeli ve orantılılık ve gereklilik şartlarına uymalıdır.

E. Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Prensipler

Polis hizmetlerinde en uygun standartlara ulaşılması ve polisin yetkilerinin yerinde kullanımı, sorumluluk ve etkili başvuru yolu gibi bazı insan hakları yaptırımlarıyla garanti altına alınmaya çalışılmıştır⁸¹. BM tarafından kabul edilen Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Prensipler (“HKP”)⁸² polisin eylemlerinin soruşturulması kapsamında uluslararası düzenlemeler getirmiştir.

HKP m. 1’e göre devletlerin hukuk dışı, keyfi ve yargısız infazları kanunla yasaklaması gerekmektedir. Bu tür infazların ceza kanununa göre suç olarak düzenlenmesini ve bu suçun ağırlığını dikkate alan gerekli cezalar ile cezalandırılmasını sağlamak, devletlerin yükümlülüğü altındadır. Hiçbir şekilde bu hükme istisna kabul edilmemektedir. Söz konusu hüküm çerçevesinde polisin aşırı veya kanun dışı güç kullandığı durumlarda hiçbir hal ve şart altında bu tür bir infaz yapılamayacağı belirtilmiştir.

⁷⁹ AHP m. 35 f. 1.

⁸⁰ AHP m. 36 f. 1.

⁸¹ Crawshaw, s. 156.

⁸² Ekonomik ve Sosyal Konsey’in 1989 tarihli ve 1989/65 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

Polis üzerinde etkili gözetim ve denetim sağlayacak iç disiplin ve dış kontrol mekanizmaları kurulmalıdır⁸³. HKP m. 2 kapsamında, devlet, hukuk dışı, keyfi ve kısa yoldan infazları önlemek için çaba sarf etmelidir. Bunun için yakalama, gözaltına alma, gözaltında tutma ve ayrıca zor kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlileri üzerinde sıkı bir denetim uygulaması gerekmektedir.

Hukuk dışı, keyfi ve kısa yoldan infazdan kuşkulanan bütün olaylarda ve doğal olmayan bir ölümün meydana geldiği durumlarda, hemen tam ve tarafsız bir soruşturma yapılmalıdır. Ayrıca bu tür olaylarda kişilerin yakınlarının şikayetçi olması veya güvenilir kaynaklardan haber alınması söz konusu olduğunda, bunların soruşturmayı yapan kişiler tarafından dikkate alınması gerekmektedir⁸⁴.

Yürürlükte bulunan soruşturma usullerinin uzmanlık veya tarafsızlık kriterlerine uymaması veya açık bir kötüye kullanma tarzını içermesi durumunda, taraf devletler açısından bir takım yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, devletin, bu soruşturmaları, bağımsız bir inceleme komisyonunca veya benzeri bir usule göre yaptırması gerekmektedir. Ayrıca, mağdur konumunda olanların şikayetlerinin dikkate alınması gerekmektedir⁸⁵. Özellikle geliştirilecek olan sistemde polis halka karşı tamamen sorumlu hale gelmesi bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Polise karşı yapılacak soruşturma, etkili bir sistem öngörmelidir. Bunun için gerektiğinde olayla ilgili olarak şahitler, kurbanlar ve şüphelilerle görüşülmelidir⁸⁶. Ayrıca, hukuk dışı, keyfi veya kısa yoldan infazlara potansiyel olarak karışmış olmaları mümkün olan kişiler, soruşturmayı yürütenlerin üzerinde bulundukları doğrudan veya dolaylı bütün amirlik ve denetim görevlerinden alınmalıdırlar⁸⁷. Böylece, yapılacak soruşturmada, polisin kişiler üzerinde fiziksel veya duygusal baskı kurmasının önüne geçilmiş olunacaktır.

Polis amiri hakkın kötüye kullanılmasından sorumlu olmalıdır. Ancak, amir durumu biliyorsa ya da bilmesi gerektiği halde harekete geçmemişse

⁸³ Un, s. 60.

⁸⁴ HKP m. 9.

⁸⁵ HKP m. 11.

⁸⁶ Un, s. 10.

⁸⁷ HKP m. 15.

sorumlu tutulmalıdır⁸⁸. HKP m. 19’ a göre bir amirin veya bir kamu makamının verdiği emirler hukuk dışı, keyfi veya kısa yoldan infazları haklı göstermek için ileri sürülemez. Emirleri altındaki görevliler tarafından yapılan bu tür eylemleri önlemek için makul imkanlara sahip oldukları halde bunları önlemeyen amirler, memurlar veya diğer kamu görevlileri de bu eylemlerden ötürü sorumlu tutulurlar.

F. Polis Bildirisi

Avrupa Konseyi (“AK”) daha ilk günlerinden itibaren polisle ilgili konulara sürekli gündeminde yer vermiştir. Gerçekten, polis AK’nin değerleri olarak kabul edilen çoğulcu demokrasi, hukuk kuralları ve insan haklarını koruma noktasında önemli rol oynadığı kabul edilmektedir⁸⁹. Bu amaçla AK polis mesleğinde insan hakları bilincini geliştirmek için birçok faaliyette bulunmaktadır⁹⁰. Başka bir ifadeyle, Avrupa Konseyi’nin, polisin demokratik bir toplumdaki rolüne ilişkin doğal bir tartışma ortamı yaratıldığını söylemek yerinde olacaktır.

İnsanın temel haklarının korunması ve muhafaza edilmesinde, polisin görevlerinin nasıl yapılacağını gösteren normların belirlenmesi oldukça önemlidir⁹¹. Bu amaçla, Polis Bildirisi⁹² AK tarafından 1979 yılında kabul edilmiştir.

Bildiri polisin uygulamada karşılaşılabileceği olası insan hakları ihlallerinde ne yapması gerektiği noktasında yol gösterici hükümler içermektedir. Bunlardan biri de polisin karşılaştığı önemli sorunlardan biri olan amirin emrinin kanunlara uymaması durumunda polisin ne yapması gerektiğidir. Söz konusu durum Bildiri’nin “A” bölümünün 3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümde, polisin bir kimseye işkence ve diğer ceza veya insanlık dışı veya alçaltıcı muamele yapmasını içeren emirleri yerine getiremeyeceği ifade edilmektedir. Söz konusu durumlar her koşulda yasaklanmış olduğundan polisin bu kurala uyması aynı zamanda bir yükümlülüktür.

⁸⁸ Un, s. 60.

⁸⁹ Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Açıklayıcı Metin, s. 12. [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/police_and_internal_security/documents/CO-POL%20\(2008\)01%20ECPE%20Turkish%20version.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/police_and_internal_security/documents/CO-POL%20(2008)01%20ECPE%20Turkish%20version.pdf)

⁹⁰ Neil Richards, The European Code of Police Ethics of the Council of Europe, (Ed: İhsan Bal- M.Bedri Eryılmaz), Police Professional Ethics, Ankara 2002, s. 260.

⁹¹ Alderson, s. 23.

⁹² Avrupa Konseyi’nin Parlamenterler Meclisi tarafından, 1 Şubat 1979 tarihinde 690 sayılı kararı ile kabul edilmiştir.

Polis, amiri tarafından verilen emirleri yerine getirmek durumundadır. Ancak, söz konusu emirlerin polis tarafından hukuka aykırı olduğu biliniyor ya da polisin bu aykırılığı biliyor olması gerekiyorsa verilen emirler polis tarafından yerine getirilmemesi gerektiği Bildiri’de yer almaktadır⁹³. Bu durum hukuken bağlayıcı olduğundan polisin uyması gerekmektedir. Aksi takdirde polis bireysel sorumluluktan kaçamayacaktır.

Polislerin kuvvete başvurmaları, genel olarak orantılılık ilkesine veya bazı ulusal kanunlarda açıklandığı gibi, “asgari ölçüde kuvvete başvurma” ilkesine göre yapılmalıdır⁹⁴. Polis Bildirisi’nin “A” bölümü m. 12’e göre polis, görevlerini yerine getirirken, kanuni açıdan aranan ya da cevaz verilen amacı gerçekleştirmek için gerekli her araca başvurabilir. Ancak, hiç bir zaman makul olandan fazla güce başvurmaması gerektiği ilgili maddede özellikle belirtmiştir.

Polis, görevi gereği silah kullanmasını gerektirecek durumlarla karşılaşabilir. Bu yüzden, polisin hangi şart ve şekiller içinde silah kullanmaları gerektiğinin açık ve kesin olarak belirtilmesi gerekmektedir⁹⁵. Söz konusu durum polisin kullanacağı gücün orantı olup olmadığının tespiti açısından önemlidir.

Devletler, polisin genel eğitimi, mesleki eğitimi ve meslek içi eğitimi konusunda yeterli özeni göstermelidirler. Bu eğitimlerin yanı sıra, toplumsal sorunlara, demokratik özgürlüklere, insan haklarına ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ilişkin uygun bir eğitimden de geçirilmelidirler⁹⁶. Polisin insan haklarını koruması ve ihlal etmemesi için öncelikle bu konular hakkında yeterli bilgiye sahip olması gerekmektedir.

G. Avrupa Polis Etiği Kuralları

İnsan haklarının iyi anlaşılması ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerine saygı gösterilmesi noktasında polise büyük görevler düşmektedir. Bu yüzden söz konusu durumun polis meslek etik değerleri⁹⁷ arasında öncelikle yer alması

⁹³ Polis Bildirisi’nin “A” bölümü m. 4.

⁹⁴ Alderson, s. 24.

⁹⁵ Polis Bildirisi’nin “A” bölümü m. 13.

⁹⁶ Polis Bildirisi’nin “B” bölümü m. 3.

⁹⁷ Meslek etiği, belirli bir meslek grubunun, mesleğe ilişkin olarak oluşturduğu, koruduğu ve meslek üyelerini belli bir şekilde davranmaya zorlayan davranış kurallarının bütünüdür. Ayrıca, meslek etiği üyelerinin kişisel eğilimlerini sınırlayan bir yönünün olduğu gibi yeter-siz ve ilkesiz üyeleri meslekten dışlayan yetkisi de mevcuttur.

Aktaran: Aydın, s. 105.

gerekmektedir. Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen Avrupa Polis Etiği Kuralları (“APEK”)⁹⁸ polisliğin ortak hedeflerini belirleme amacı taşımaktadır. AK’nin söz konusu kurallardaki amacı güvenlik hizmetlerini yürütenler açısından ortak bir standart oluşturma çabasıdır⁹⁹. Bu yüzden, AK üyelerinin uygulamalarında da söz konusu ilkeleri rehber edinmesi gerekmektedir.

Söz konusu kurallardan polisin geleneksel amaçlarına ulaşılabilir. Bu kurallarda polisin toplumda kamu huzurunun sağlanması, kanunun uygulanması ve bu amaçla düzenin sağlanmasında görevli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, APEK hükümlerinde AİHM’e gönderme yaparak, polisin Mahkeme’nin belirlediği bireyin temel hak ve özgürlüklerini koruma ve saygı gösterme kriterine uygun davranması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁰.

APEK’in hükümleri incelendiğinde polislik açısından önemli prensipler getirdiği görülecektir. Demokratik toplumlarda polislik mesleğinin, kamu otoritesini temsilen halka hizmet veren bir birim olduğu kabul edilir. Bu ifade doğrultusunda, polis güç kullanır, ancak kendisi bir güç olarak tanımlanmamalıdır¹⁰¹. Polisin hizmet veren vasfı ön plana çıkarıldığında, polisin hukuka ve insan onuruna saygı göstermesi gerektiği ortaya çıkmaktadır¹⁰². Başka bir ifadeyle polisin hareket noktası insan hakları olmalıdır. Bu yüzden, polis yapacağı tüm işlerde insan haklarına uygun davranmayı ilke edinmelidir.

Polisin insan haklarına saygılı bir şekilde çalışmasını sağlayacak önlemlerin sağlanması için gerekli tedbirlerin polis teşkilatı tarafından alınması gerekmektedir¹⁰³. Bu kapsamda ele alındığında, APEK m. 35 polisin tüm operasyonlarında herkesin yaşama hakkına saygılı olması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁴. Bu hükümle herkesin yaşama hakkını korumak ve polisin keyfi

⁹⁸ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 19 Eylül 2001 tarihinde kabul edilen (2001) 10 Sayılı Tavsiye Kararı.

⁹⁹ Bal, s. 251.

¹⁰⁰ Richards, s. 264.

¹⁰¹ Bal/ Beren, s. 80.

¹⁰² OHCHR, s. 37.

¹⁰³ Vahit Bıçak, *Demokratik Toplumda Polis Etiği*, Polis Meslek Etiği (Editör: İhsan Bal/Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 274.

¹⁰⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 2 üzerine kurulmuş olan bu madde polisin ve polisin operasyonları esnasında kasıtlı olarak insanları öldürmemesi gerektiğini ima etmektedir. Polis tarafından kullanılan kuvvet kullanımının yol açtığı can kayıpları da diğer bir faktördür. Ancak, belli şartlara uyulması durumunda bu her zaman hayat hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda AİHS’ nin m. 2 f. 2’de yer alan istisnalar yaşam hakkının ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. İlgili madde şu şekildedir:

“Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk haline gel-

olarak insanların yaşama hakkını ihlal etmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

İşkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı davranış ve cezalandırma eylemi, insan onuruna karşı ağır bir suç niteliğindedir. Bu tarzda davranışlar insan haklarına müdahale oluşturmaktadır. Söz konusu önlemler itiraf veya bilgi elde etmek amacıyla kullanılması durumunda işkence veya benzeri muameleye maruz kalan kişilerin yanlış bilgi vermelerine sebep olabilir. Dolayısıyla hukukun üstünlüğüne inanan bir yönetimle idare edilen bir devlette bu tür metotların kullanılması mümkün değildir¹⁰⁵. Bu yüzden APEK m. 36'da polisin hiçbir şart altında, herhangi bir işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele veya cezalandırmada bulunmaması gerektiği düzenlenmiştir. İlgili maddenin devamında, polisin söz konusu davranışlarını yapılmasına izin vermemesi ve bu tür durumları engellemek için elinden gelen her şeyi yapması gerektiği belirtilmiştir.

APEK m. 39'a göre polis memurları üstleri tarafından usulüne uygun olarak emirleri yerine getirmek yükümlülüğündedir. Ancak, polisin açıkça kanuna aykırı olan emirleri yerine getirmemelidir. Ayrıca, söz konusu emirlerin rapor edilmesi gerektiği ilgili maddede hükme bağlanmıştır. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir sorun raporları değerlendirecek olan kurumun kim olacağı sorunudur. Söz konusu raporların polisler dışında da başkaları tarafından değerlendirmeye açık olmalıdır. Böylece, maddenin ulaşmak istediği amaca ulaşılmış olunacaktır. Aksi takdirde, bu hükmün işlevsiz olacağı açık bir şekilde ortadadır.

Polisliğin tanımı yapılırken, polisliğin “güç” olmadığı fakat polisin görevini yaparken, kanunların yetki verdiği durumlarda ve şekillerde güç kullanabildiği belirtilmiştir. Polisin gücünü kanunların dışına çıkarak kullanması durumunda, polis meslek etiği kurallarına aykırı bir davranış gerçekleşmiş olunacaktır. Bundan dolayı polise düşen görev her uygulama ve operasyondan önce uygulamanın kanunlara uygun olduğunu her zaman için kontrol etmesi gerekmektedir¹⁰⁶.

mesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için; b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.”

¹⁰⁵ APEK m. 36'nın yorumu için bkz. Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Açıklayıcı Metin, [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/police_and_internal_security/documents/CO-POL%20\(2008\)01%20ECPE%20Turkish%20version.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/police_and_internal_security/documents/CO-POL%20(2008)01%20ECPE%20Turkish%20version.pdf)

¹⁰⁶ Bal/ Beren, s. 84.

Halka karşı sorumluluk ve hesap verilebilirlik ilkesi polis etiğine ilişkin en temel ilkelerdendir. Polis, yaptığı tüm işlerinden dolayı devlete karşı sorumlu olmalıdır. Bu kapsamda tüm üye ülkelerde polisi kontrol edecek devlet kurumları kurulmalıdır. Ancak, tam anlamıyla polisin sorumluluğunun yerine getirildiğini söyleyebilmemiz için iki unsurun birlikte olması gerekmektedir. Bunlar devletin polis üzerindeki kontrol mekanizması ve polisin toplumun taleplerine cevap verebilmesidir. Burada amaçlanan, polisin topluma karşı sorumlu olması ve halk ile polisin ortak ilişkiler geliştirebilmesidir. APEK m. 16 polisin sorumluluğunu düzenlemektedir. Söz konusu maddeye göre polisin, her durumda yaptıklarından ve ihmallerinden şahsen sorumlu olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, polisin kendi emri altındaki polisler verdiğ i direktiflerden dolayı sorumlu olduğu ve hesap vermesi gerektiği söz konusu maddede açık olarak belirtilmiştir.

APEK m. 59'a göre polisin devlete yurttaş ve onların temsilcilerine karşı sorumlu olması gerektiğini düzenlemiştir. Bunun yanı sıra polisin etkin bir dış kontrole tabi tutulması gerekliliği aynı madde de düzenlenmiştir. İlgili maddenin kapsamından anlaşılabileceği gibi, gerek polisin gerekse polis yöneticilerinin topluma karşı sorumluluğu ve hesap verilebilirliğinin önemi ilgili hükümde açık olarak ortaya konmuştur.

APEK m.62'de toplum ile polis arasında, karşılıklı iletişim ve anlayış üzerine kurulu, "sorumluluk" mekanizmalarının kurulması gerektiğini belirtmektedir. Söz konusu maddenin iki farklı işlevi mevcuttur. Öncelikle, toplum ve polis ilişkilerinde halkı polise daha da yakınlılaştıracağı söylenebilir. Daha sonra ise iki taraf arasında karşılıklı anlayış mekanizmaları sayesinde yapıcı bir durum ortaya çıkabilir. Bu yüzden halk ile polis arasındaki tartışmaların çözümünü takviye edecek mekanizmaların kurulması yerinde olacaktır.

Polisler arasında dayanışma duygusunun oldukça güçlü olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda polisin eylemlerine karşı uygulanacak yaptırımların tarafsızlığı ve şeffaflığı konusunda ciddi endişelerin olma ihtimali kaçınılmazdır. APEK m. 33'te bunun önüne geçmek için polise uygulanacak disiplin yaptırımlarının bağımsız organlar tarafından veya yargı organlarınca denetlenebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bunun sonucunda polisi daha şeffaf ve topluma karşı biraz daha açık hale getirilmesi söz konusu olacaktır¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Vahit Bıçak, *Demokratik Toplumda Polis Etiği, Polis Meslek Etiği*(Ed.: İhsan Bal/Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 275.

Polis aleyhine yapılan şikayetlerin tarafsız bir şekilde araştırılması gerekmektedir. Söz konusu amaca ulaşmak için APEK m. 61’de devletlere yükümlülükler getirmiştir. İlgili maddeye göre devletlerin polise yönelik şikayetlerle ilgili etkin ve tarafsız usullerin uygulanması sağlanmalıdır. Uygulama açısından “polis polisi soruşturması” tarafsızlık konusunda genelde endişe doğuran bir konudur. Bundan dolayı, devletler, toplumun güvenini kazanmak için, sadece tarafsız olan değil, aynı zamanda tarafsız görülen sistemler geliştirmelidir. Bu bağlamda, bu tür şikayetlerin bir mahkemeye iletilebilmesini sağlayacak sistemlerin oluşturulması gerekmektedir.

Polis meslek etiği kurallarını özümseyen bir polisin öncelikli görevi, mesleğinin ilkelerini ve kanuni sınırlarını iyi ve doğru şekilde bilmesi gerektiğidir¹⁰⁸. Ayrıca, polis eğitimi polise gerekli bilgi ve becerileri sağlaması yanında mesleki ahlak ve mesleki sorumluluğu da kazandırmalıdır. Polisin görevini yaparken toplumun kendisinden beklentilerine de kulak vermelidir¹⁰⁹. Belirlenen amaçların polis uygulamalarında yer alabilmesi, şüphesiz devletlerin bir takım yükümlülükleri yerine getirmesine bağlıdır. Bu bağlamda, APEK m. 26’da polisin eğitiminin neleri kapsaması gerektiği noktasında bir takım öneriler getirmektedir. İlgili hükme göre polis eğitiminin demokrasinin temel değerleri, hukuk devleti ve insan haklarının korunmasına ilişkin prensiplere dayanması gerekmektedir. Bu kapsamda, devletler, verecekleri eğitimlerde belirlenen ilkeleri dikkate almalıdır.

Polisin zor kullanma yetkisi noktasında düzenli bir eğitime tabi tutulmaları elzemdir. Bu amaçla hukuktaki değişiklikler güncellenerek eğitimin bir parçası haline gelmelidir¹¹⁰. Söz konusu gereğin farkında olan Avrupa Konseyi APEK m. 29’da bu yönde bir hüküm getirmektedir. İlgili hükme göre temel insan hakları prensipleri ve özellikle AİHM etrafında oluşan içtihatlar ışığında güç kullanımı sağlanmalıdır. Ayrıca, güç kullanma sınırları konusunda pratik bilgiler bütün seviyelerdeki polis eğitimine dahil edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İlgili hükümde AİHM’nin içtihatlarının polisin davranışlarında esas alınması hukuktaki değişikliklerin takip edilebilmesi açısından önemlidir.

¹⁰⁸ Bal/ Beren, s. 61.

¹⁰⁹ Sönmez, s. 259.

¹¹⁰ May/Headley, s. 40.

IV. POLİSİN YETKİSİNE İLİŞKİN ULUSAL DÜZENLEMELER

Güvenliğin sağlanması her ne kadar profesyonel ve teknik bir konu olsa da halkın aktif desteği olmadan polisin görevini tam olarak yerine getirmesi mümkün değildir. Bu bakımdan suçun önlenmesinde polisin tek başına hareket ederek başarıya ulaşması güçtür. Bu yüzden suçun önlenmesi noktasında toplum destekli ceza adalet sistemi ve polisin işbirliği önem taşır¹¹¹. Şüphesiz beklenen destek ve birliktelik, polisin hukuk ve insan haklarına saygılı olduğunda ortaya çıkacaktır¹¹². Ancak, polis görevini yerine getirirken bazen görev bilinciyle hareket etmeyebilir. Böyle durumlarda devletin yükümlülüğü, polisin görevini kötüye kullanmasını engelleyecek her türlü hukuksal düzenlemelere ulusal belgelerde de yer vermektir.

A. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Polis eylem ve işlemlerinin tedbir mahiyetinde olanlarının özelliği, anayasal haklara müdahale niteliği taşımasıdır. Polisin uyguladığı, örneğin, yakalama, arama, durdurup kimlik sorma ve benzeri tedbirler, aslında insanların temel hak ve hürriyetleri açısından yerleşme ve seyahat, mülkiyet hak ve hürriyeti gibi temel haklara yapılan bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bu bakımdan, polis tedbirinin hepsi, bir veya birden fazla özgürlüğün kısıtlanması ile ilgili olabilmektedir¹¹³.

Anayasalar temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alındığı hukuki metinlerdir. Bu haklara yapılacak müdahaleler keyfi olmaktan uzak olmalıdır. Bu yüzden, polis tedbir alırken kişilerin anayasalarda teminat altına alınan haklarını, kanunlara uygun olarak sınırlaması gerekmektedir¹¹⁴. Aslında, polis kişilerin, kendilerine tanınmış bu haklarını kullanabilme teminatı olduğu gibi aynı zamanda bu durum polisin mesleki ilke ve değerlerinden biridir¹¹⁵.

Polis bir olaya müdahale ederken mutlak surette şüphelileri öldürmek düşüncesiyle müdahale edemez. Söz gelimi, polise çok tehlikeli terörist bir örgüt ile mücadele edilirken bile, şüpheli ölünceye kadar ateş etmeye devam edilmesi şeklinde bir eğitim verilemez. Ayrıca, şüphelinin etkisiz kaldığı apaçık belli iken şüpheliye emin olmak için ateş edilmeye devam edilemez. Terör suçlularının da herkes gibi adil yargılanma hakkı vardır. Bu yüzden,

¹¹¹ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 176.

¹¹² OHCHR, s. 39.

¹¹³ Derdiman, s. 20.

¹¹⁴ Sönmez, s. 37.

¹¹⁵ Aydın, s. 124.

kolluğun yaralama veya öldürme yoluyla bir ceza takdir etme yetkisi yoktur. Ceza verme yetkisi bütün demokratik ülkelerde olduğu gibi mahkemelere verilmiştir¹¹⁶.

Polis, hiçbir şart altında, herhangi bir işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele veya cezalandırma yapmamalıdır. Söz konusu davranışlar Anayasa'nın m. 17 f. 3'te yasaklanmıştır. İlgili maddeye göre kimseye işkence ve eziyet yapılmayacağı ve kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

İşkence suçu yaşama hakkını düzenleyen hükümle aynı maddede düzenlenmiştir. Ancak, yaşama hakkının tabi olduğu sınırlamalar işkence için söz konusu olamaz. Çünkü işkence her koşul altında yasaklanmıştır. Başka bir ifadeyle hiçbir gerekçe işkenceyi kabul edilebilir hale getirmemektedir. Savaş, olağanüstü hal, haklı nedenler gibi durum veya koşullar işkence yasağı konusunda devletlerin başvurabileceği argümanlar değildir. Hiçbir devlet bu nedenlerden birine dayanarak işkenceyi savunamayacaktır¹¹⁷.

B. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

Polis ve mağdur ilişkisinin nasıl olduğu noktasında polisin zor kullanma yetkisi önem arz etmektedir. Polis görevini yerine getirirken, kanunların kendilerine verdiği yetkiler çerçevesinde hareket eder. Kanunlar polise görevini yerine getirebilmesi amacıyla zor kullanma yetkisini vermiştir¹¹⁸. Bu bağlamda 2559 sayılı Polis Vazife Salahiyet Kanunu ("PVSK")¹¹⁹ kolluğa zor kullanma yetkisini vermektedir. Söz konusu Kanun'da hangi hallerde kime karşı nasıl ve ne tür zor kullanmaya başvurulabileceği ve bunu yaparken ne gibi kurallara uyulacağı belirtilmiştir. Burada kanun koyucu zor kullanmayla ilgili olarak kanuni sınırlamalar getirerek keyfi muamelenin önüne geçmeyi amaçlamıştır.

PVSK m. 16 f. 1'e göre polisin, görevini yerine getirirken herhangi bir direnişle karşılaşması halinde zor kullanma yetkisi mevcuttur. Ancak, polis bu yetkiyi kullanırken söz konusu direnişi kırmak amacıyla hareket etmeli ve direnişi kırarak ölçüde zor kullanılmalıdır. Bu bağlamda polis keyfi olarak

¹¹⁶ Bedri Eryılmaz, *Toplumsal Olaylarda Orantısız Güç Kullanımı, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*(Ed. : İlyas Doğan), Ankara 2009, s. 154.

¹¹⁷ Aydın/ Gündüz, s. 10.

¹¹⁸ Halil İbrahim kavgacı, *Bağımsız Bir Polis Şikayet Sistemi ve Halkın Polisliğe Katılımı*, *Polis Bilimleri Dergisi*, Yıl:1998, Sayı: 1, s. 57.

¹¹⁹ Kanun No: 2559, Kabul T.: 04.07.1934 , RG 14.07.1934/2751.

bu yetkisini kullanamayacaktır. Ayrıca, ilgili madde polise sadece direniş kırma maksadıyla zor kullanabileceğini düzenleyerek bir nevi sınırlama getirmektedir. Bu yüzden direnç sona erdiğinde bu yetki kendiliğinden sona erecektir.

Zor kullanmanın derecesi uygulamada ihtiyacı aşmaması gerekir. Polis zor kullanırken ölçülü olmaya dikkat etmelidir. Örneğin ağır cezalı olmayan hatta şikayete bağlı bir suç sanığı kaçıyor diye silah kullanılması ölçüye aykırıdır¹²⁰. Bu bakımdan zor kullanma direnmeyi giderecek ölçüde olmalıdır. Aksi takdirde polisin davranışı aşırı güç kullanma olarak kabul edileceğinden polisin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buradaki kıstas zor kullanmanın direnme veya saldırı esnasında olması gerektiğidir. Saldırı ve direnmenin bitmesi durumunda kullanılmakta olan zora son verilmelidir.

Polisin zor kullanabilmesi için yaptığı müdahalede “mecbur” kalmış olmalıdır. Mecburiyet, olaya müdahale etmek, olaya karışanların kaçmasını önlemek ve yakalamak, suç delillerini elde etmek vs. için, diğer bütün yetkilerin kullanıldığını, bütün yolların denendiğini ve güç kullanmaktan başka bir çarenin olmadığını ifade etmektedir. Bu ilke zor kullanmanın temelini oluşturmaktadır. Polisin mecbur kalmadığı durumda zor kullanması keyfi bir tutum sayılacağından hukuken korunmayacaktır.

Polis zor kullanma yetkisinin kanuni ve hukuki sınırlarını ve meşru uygulama metotlarını çok iyi bilmesi yapılacak olan müdahaleler açısından oldukça önemlidir¹²¹. Toplumsal olayların bastırılmasında daha çok Çevik Kuvvet birimleri yer almaktadır. Dolayısıyla başta Çevik Kuvvet olmak üzere, polisin güç kullanma yetkisinin kanuni sınırlarını ve meşru uygulama metodunu çok iyi bilmesi gerekmektedir.

C. Türk Ceza Kanunu

Polisin görev ve yetkilerini kullanması ile ilgili olarak en önemli sorumluluğu suçtan kaynaklanan (cezai) sorumluluğudur. Buna göre polis, görevini herhangi bir suretle ihmal veya kötüye kullanmaktan dolayı eylemi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (“TCK”)¹²² ve diğer kanunlardaki suç tipine uymakta ise cezaya çarptırılır.

¹²⁰ Onursal Cin, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Yıl: 2000, S. 1–2, s. 679.

¹²¹ Sönmez, s. 303.

¹²² Kanun No: 5237, Kabul T. 26.9.2004, RG 12.10.2004 / 25611.

Polis silah kullanırken amacı adam öldürmek olmamalıdır. Şartlar sağlandığı takdirde görev sırasında uğranılan mukavemeti kırmak, saldırıyı defetmek ve kanunun hükmünü yerine getirmektir. Bu amaçla kolluk silahını gerekli olacak şekilde kullanacaktır¹²³. Şartlara uygun silah kullanılması durumda kolluğun hukuki sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir. Ancak, hukuk kurallarının ihlali söz konusu olduğu zaman toplum düzeninin önemli ölçüde bozulacağı anlayışı toplumda hakimdir. Hukuk düzeni bu anlayışla düzeni bozanlara karşı cezai müeyyideler öngörmüştür¹²⁴.

Polisin zor kullanması sonucunda cezai sorumluluğunu gerektiren durumlar TCK’da yer almaktadır. İlgili Kanunun “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının üçüncü bölümü (md. 94–96) “İşkence ve Eziyet” suçlarını düzenlemektedir. Ayrıca, polisin zor kullanma yetkisini kullanırken söz konusu yetkinin aşılması TCK m. 256’da suç olarak düzenlenmiştir.

V. ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZENLEMELER KAPSAMINDA SORUNUN TESPİTİ

Polisin faaliyetlerinin hukuk sınırları içinde tutulması insan haklarının korunması açısından önemlidir. Polisin yetkileri göz önünde bulundurulduğunda temel hak ve hürriyetlere, yani insan onuruna, beden bütünlüğüne ve yaşama hakkına fiili müdahale olduğundan söz konusu yetkiler kanuna dayanmalı ve kanunla açıkça belirlenmelidir. Örneğin polis istediği anda ve şekilde zor kullanamayacaktır. Aksi takdirde kanunlara aykırı davranacağından polisin hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır. Uygulamada polisin zor kullanma için gerekli şartlara uymadığı görülmektedir. Söz konusu durum gerek ulusal gerekse uluslararası insan hakları örgütleri tarafından eleştiri konusu olmuştur. Bu bağlamda bir kaç örnek vermek yerinde olacaktır. Polisin maddi güç olarak nitelenen biber gazını uygulamada sıkça kullandığı gözlemlenmektedir. Bu yüzden zor kullanma araçlarından biber gazı kullanımına değinilerek zor kullanma şartlarının uygulamadaki görünümüne yer verilecektir. Biber gazının insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olduğu ve kullanımının sınırlı olması gerektiği noktasında görüşler yaygın bir şekilde dile getirilmektedir¹²⁵. Ancak, polisin uygulamada neredeyse her durumda ve herkese karşı biber gazının kullandığı görülmektedir.

¹²³ Koç, s. 423.

¹²⁴ İzzet Özgenç, Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1994, Cilt: 68, Sayı: 1-2-3, s. 90.

¹²⁵ M. Kerem Osmanoğlu, Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri ve Hukuki Statüleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Sayfa: 65-91, Yıl: 2011.

Basında biber gazı kullanımıyla ilgili haberler oldukça geniş bir yer kaplamaktadır. Bu haberlerden anlaşıldığı gibi biber gazının kullanımını gerektirecek durumlara riayet edilmediği görülmektedir. Nitekim bu durumun farkına varan yetkililer biber gazının kullanımına sınırlamalar getirme yoluna gitmişlerdir. Polisin biber gazını kullanırken kapalı ya da açık alan uyarılarına uymadığı, hastane acillerinde biber gazı sıkıldığı, hatta engellilere karşı biber gazını kullanmaktan çekinmediği görülmektedir. Polis 1 Mayıs 2008’de biber gazını Şişli Etfal Hastanesi’nin bahçesine atması sonucunda, bahçede bekleyen ve aralarında çocukların, yaşlıların da bulunduğu hasta ve hasta yakınları biber gazından etkilenmişlerdir. Patlama, tedavi gören hastalarda ve sağlık personelinde ciddi solunum yetmezliğine neden olmuştur¹²⁶.

Biber gazının zararlı etkileri kapalı alanlarda daha çok hissedilmektedir. Ancak, polisin biber gazını kapalı alanlarda da kullandığını gösteren, hastaneler dışında başka örnekler de mevcuttur. İzmir’de oynanan basketbol maçında taraftarlar arasında çıkan olaylardan dolayı polis kapalı alanda biber gazı kullanmıştır. Gazdan tribündeki seyircilerle birlikte sahadaki basketbolcular da olumsuz etkilenmiştir¹²⁷.

Ankara’da elektronik eşya satan mağazasının açılışı sırasında uygulanan düşük fiyatlara vatandaşlar ilgi gösterince yaşanan izdihamın önüne geçmek için polis biber gazı kullanmıştır. Gazdan sadece vatandaşlar değil aynı zamanda polislerde etkilenmişlerdir¹²⁸. Sivas’ta köylülerle jandarma arasında geçen tartışma sonucunda jandarmanın sıkıştığı biber gazından köylüler olumsuz etkilenmişlerdir. Biber gazından etkilenen 6 kişi ambulansla hastaneye kaldırılmıştır¹²⁹.

Polis tüm kamu görevlileri gibi görevlerini kanuna uygun şekilde yapması gerekmektedir. Bu yükümlülüğün aksine eylemlerde bulunanlar hakkında hem adli hem de idari işlem yapılması hukuk devletinin gereğidir¹³⁰. Bu kapsamda ciddi suçlardan dolayı mahkum olanlar polislik mesleğinden uzaklaştırılmalı, basit suçlardan dolayı mahkum olanlara da işlediği suça uygun gerekli ceza verilmelidir. Başka bir ifadeyle, hukuk kurallarına

¹²⁶ Şişli Etfal’in Acil Servisine Gaz Bombası, Hürriyet Gazetesi, Tarih: 1.05.2008. bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/8831871.asp?m=1>, Erişim Tarihi:27. 05. 2010.

¹²⁷ Salonda Biber Gazı, Sabah Gazetesi, 10. 01. 2009.

¹²⁸ Biber Gazlı Mağaza Açılışı, Milliyet Gazetesi, 03.12.2007.

¹²⁹ Köylüler Su İçin Kaymakamı Taşladı, Milliyet Gazetesi, 26.06.2008.

¹³⁰ İzmir Barosu Dergisi, İşkence ve Kötü Muamele Suçlarının Soruşturulmasına İlişkin İçişleri Bakanlığı Verilerinin Değerlendirilmesi, Yıl: 2000, Sayı: 2, s. 69; May/Headley, s. 93.

uyma yükümlülüğü polis dahil olmak üzere tüm vatandaşlar için geçerlidir. Polisin kendi davranışlarından ve kusurundan dolayı bireysel olarak sorumlu olabilmesi insan haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından oldukça önemlidir.

Polisin davranışları bakımından dengeyi ve hukuka uygunluğunu sağlayacak yollardan birisi devletin cezalandırma yöntemleridir. Cezalandırma sistemi, istenmeyen davranışları önleyici ve böylece halka güven verici bir sonucun ortaya çıkmasını sağlayacaktır¹³¹. Aksi takdirde polis kendisini kanunun dışında görebilir veya kanunu hiç dikkate almama tutumu içersine girebilir. Bunun sonucunda da halkın saygısını, güvenini kaybeder ve dolayısıyla görevini yaparken halkın desteğinden yoksun kalır¹³².

Polislik, sorumluluk ve hesap verme mesleğidir. Bu yüzden polis, kendini bu göreve getiren yetkililere, mahkemelere ve hizmet verdiği halka karşı yaptığı işlemlerden dolayı sorumlu olacaktır. Uygulamada özellikle işkencenin tespit edilememesinden kaynaklanan bir cezasızlık sorunu mevcuttur. Fiziksel delillerin olmaması işkencenin var olmadığını göstermez. Ancak, işkence pek çok durumda iz bırakılmadan ya da çabuk kaybolan izler bırakılarak ortaya çıkmaktadır. İşkence niteliği gereği sadece fiziksel bir yıkım değil aynı zaman da ruhsal olarak etkisini sürdürmeye devam eder. Bu yüzden yapılacak incelemede mağdurun psikolojisinin de bozulabileceği dikkate alınmalıdır¹³³.

Sonuç olarak, kayıt dışı gözaltı ya da resmi mekanların dışındaki alıkonulma yerlerindeki gözaltı, işkence ve kötü muamele vakaları uygulamada varlığını sürdürmektedir. Bu tür durumlarda mağdurlar çoğunlukla hukuksal mekanizmalara güvenmediğinden veya çekindiğinden hukuki mekanizmalara başvurmadıklarından ciddi şekilde olumsuz etkilenmektedirler¹³⁴. Türkiye açısından olması gereken durum devletin mekanizmalarının bireylerin

¹³¹ Derdiman, s. 25.

¹³² Alderson, s. 71.

¹³³ İşkencenin önlenememesinin nedenleri arasında bu fiilin cezasız kalması ve işkence olduğuna ilişkin belgenin varlığına ulaşılamamasıdır. İşkence izlerinin tespitinde zorluk yaşanması işkencenin kayıt altına alınmaması faillerin cezalandırılmasına engel olmaktadır. İşkencenin soruşturulması ve belgelenmesi, işkenceye dair iddiaların araştırılması amacıyla izlenmesi gereken hukuki ve tıbbi prosedür konusunda yardımcı olmak için İstanbul Protokolü imzalanmıştır. Bu belge işkencenin izlerini kuşkuya yer bırakmayacak şekilde teşhis edilmesini sağlayan bir uluslararası klavuz niteliği taşımaktadır. İlgili metin için bkz. http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/ist_protokolu.html.

¹³⁴ Aydın /Gündüz, s. 55.

işkenceye dair iddialarını etkili ve tarafsız bir soruşturma yürüterek müdahalede bulunmalıdır. Bunun yanında, ilgili memuru adli ve disiplin kovuşturmasına maruz bırakmak devletin insan haklarını etkin şekilde koruması gereken yükümlülüğünü oluşturur.

Demokratik bir ülkedeki polislik uygulamaları denetlenebilir, sorgulanabilir ve şeffaf olmalıdır. Bu açıdan, kamu otoritelerinin, polise yönelik şikayetlerini araştırılması noktasında takip edilen prosedürün etkili ve tarafsız olması gerekmektedir. Bu hususta kişilerin bir şüphesinin olmaması gerekmektedir. Ancak, tartışılması gereken problem, polisin hatalı uygulamalarının meslektaşları tarafından ne derece sağlıklı bir şekilde incelenebileceğidir¹³⁵. Bu yüzden mümkün olduğu ölçütte denetlenebilir ve sorgulanabilir bir polis sisteminin varlığı polisin kanunlar çerçevesinde hareket edip etmediği noktasında önem arz etmektedir. Ancak uygulama açısından en temel sorun polisin ulusal ve uluslararası insan hakları mevzuatına aykırı davrandığı takdirde bu faaliyetleri takip edecek olan kurumun bağımsız olmamasıdır.

Polis kültürünün değişik yönleri vardır. Özellikle, polisin görevlerini yerine getirirken, çalışmasını ve davranışlarını etkileyen ve insan hakları ile hukukun üstünlüğü ilkesinin korunmasına ters düşebilecek bir takım polis alt-kültürü örnekleri mevcuttur. Örneğin, polislerin görevlerini yerine getirirken karşılaştıkları zorluklar ve onların kendi rollerine ilişkin algıları, onların kanunlara karşı kayıtsız olmalarına yol açabilir. Polis tarafından söz konusu durum zaman zaman polisin kendi çalışmalarını engelleyici ve suçlu/sanıklara yardımcı olan düzenlemeler olarak değerlendirilmektedir. Bu türden bir tavır, polis alt- kültürünün önemli bir sonucudur¹³⁶.

Polisin zaman zaman diğer etik problemler ve ikilemlerle karşı karşıya kaldığı durumlar söz konusu olmaktadır. Bunun nedeni daha çok insan haklarına ve hukuk kurallarına uymayan alt- kültürden kaynaklanmaktadır¹³⁷. Aslında söz konusu durum mesleğin doğasından kaynaklanmaktadır. Polis örgütlerinin ve onların kendi görevi doğrultusunda politik sistemler ve

¹³⁵ Alderson, s. 16.

¹³⁶ Arif Köktaş, Avrupa Birliğine'ne Uyum Sürecinde Türk Polis Teşkilatını Bekleyen Sorunlar, 21. Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu, Ankara 2000, s. 819.

¹³⁷ İnsan hakları ve polisin alt-kültürden kaynaklanan davranışları arasındaki ilişkinin tespit edilmesi için bkz. Füsun Sokullu-Akıncı, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990.

topluluklarla olan ilişkileri alt-kültürü etkileyen durumlardır¹³⁸. Bu yüzden polis zaman zaman sadakat ve dürüstlük duyguları arasında kalmaktadır. Örneğin, bir meslektaşının dürüstlüğe uymayan davranışını gören polis, arkadaşlık ve mesleki görev arasında kalabilmektedir. Bunun sonucunda da insan hakları açısından olumsuz olan bir davranış polis tarafından rapor edilmemektedir.

Bir toplumda istikrarın ve düzenin sağlanması için gerekli olan koşulların başında suçun önlenmesi gelmektedir. Bu bağlamda devlete büyük görevler düşmektedir¹³⁹. Polislere “sizce polis ne yapar?” sorusu yöneltildiğinde, en çok verilen yanıtın “suçluları yakalar” olması, polisin temel hedefini bireysel bazda bu şekilde belirlemektedir. Ancak, söz konusu durum polislik mesleğini giderek bu alana hapsedmektedir. Bu yüzden polisliğin hizmet boyutu zamanla göz ardı edilerek, devre dışı bırakılmaktadır¹⁴⁰.

Polislerin bir kısmı kanunların gerektiğinden fazla şüphelileri koruduğuna inanmaktadırlar. Bu yüzden polis zaman zaman kanunda belirtilen kuralları gerektiği gibi uygulamayarak, şüphelilere hak ettikleri gibi davrandıklarını düşünerek bir nevi kendi hukuklarını yaratmaktadırlar¹⁴¹. Söz konusu durum polisin zanlıya düşmanymış gibi bakmasına neden olmaktadır¹⁴². Başka bir ifadeyle, polis suçun önlenmesi ile şüpheli haklarına uyulması noktalarında bir seçim yapmak zorunda kaldığı durumlarda bu seçimi, daha önemli gördüğü, suçun önlenmesi yönünde yapmaktadır¹⁴³. Söz konusu durum polisin alt-kültürüyle ilişkili bir tutumdan kaynaklanmaktadır. Bu sorunun önüne geçilerek ve bu kişilere karşı objektif davranmasının sağlanması gerekmektedir.

Kamuoyu oluşturmaya ve toplumsal duyarlılığı geliştirmeye yönelik bir insan hakları eğitimi, hak ve özgürlüklerin korunmasında olmazsa olmaz bir şarttır. İnsan hakları eğitimi bir bütündür. Bu eğitimde, bilgilendirme kadar

¹³⁸ Bu kritik etkenler, özellikle de polis alt kültürü bir çok sosyolojik araştırmalarda tanımlanmış ve tartışılmıştır. Görev duygusu, eyleme dönük yönelme, sosyal çevre ile ilgili kötümserlik, sürekli şüpheli tutum, yalıtılmış sosyal hayat, güçlü dayanışma duygusu, siyasi tutuculuk, ırkçı önyargı, karşı ırkı zayıf görme, insanların kaba ve saygın olarak sınıflandırılması, sessizlik kuralı ve polis hatasını ört bas etmeye hazırlık bu mesleki kültürün özellikleridir. Bkz: Crawshaw, s. 165.

¹³⁹ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 169.

¹⁴⁰ Bal/Beren, s. 78.

¹⁴¹ Eryılmaz, s. 176.

¹⁴² İzmir Barosu, s. 77.

¹⁴³ Eryılmaz, s. 175.

bilinçlendirme ve duyarlılık oluşturma da önemlidir. Bu bilinçlenme sayesinde hem genel insan hakları eğitiminde hem de polisin insan hakları eğitiminde etkili sonuçlar elde edilecektir¹⁴⁴. Söz konusu eğitimi almayan polisin bazen de farkında olmadan kendi eksik bilgisinden dolayı hukuk kurallarına aykırı faaliyette bulunması mümkündür. Bu yüzden gerekli olan eğitimi vermek devletin yükümlülüğündedir.

İnsan hakları ihlallerinin en ağırısı hiç kuşkusuz işkence ve diğer kötü muamele türleridir. İşkence konusunda tutum ve davranışların değiştirilmesinin çok zor olduğu anlaşılmaktadır. Polis Akademisi'nde yapılan bir anket çalışması bu zorluğu ortaya koymaktadır. Akademi'nin birinci ve son sınıf öğrencileri üzerinde yapılan bu anket, insan hakları eğitimi konusunda ilginç sonuçlar içermektedir. Ankete katılan öğrencilerin yaklaşık %70'i şüpheli konumundaki kişilere işkence ya da kötü muamele yapıldığına inanmaktadır. Diğer yandan aynı anket sonuçlarına göre, insan hakları dersi aldıktan sonra insan haklarına yönelik düşüncelerinin olumlu yönde değiştiğini belirtenlerin oranı % 55'tir¹⁴⁵. Söz konusu anketten de anlaşılacağı gibi insan hakları konusunda polisin bilinçlenmesi önem arz etmektedir.

Polisin insan hakları konusunda bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Aslında, polisin meşruluğu insan haklarına saygılı olmaya dayanmaktadır. Bu bağlamda uygulamada yer alan sorunların çözülebilmesinde bilinen en etkili yollarından biri insan hakları eğitiminin verilmesidir. Söz konusu eğitim süreklilik arz etmeli ve bu eğitim gözden geçirilmelidir. Ayrıca, polise verilen bu eğitim yeni tekniklerle beslenmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, polis sadece cop kullanan ya da grubu dağıtan bir güç değildir. Bunun yanında adli ve toplumsal olayları, analiz edebilen, öncesi ve sonrasıyla bir bütün olarak olayları gözlemleyebilen bir güvenlik personeli olmalıdır¹⁴⁶.

VI. SONUÇ

Polislik aşırı derecede zor ve çaba gerektiren bir meslektir. Polisin sadece mesleği iyi bilmesi değil aynı zamanda kanunlarda belirlenen sorumluluklarını, uygulamada da yer vermelidir¹⁴⁷. Bu yönüyle insan haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından polislik mesleğiyle ilgili olabilecek ulusal ve

¹⁴⁴ Arslan, s. 68.

¹⁴⁵ Arslan, s. 65.

¹⁴⁶ Bal/Beren, s. 82.

¹⁴⁷ Bal/Beren, s. 59.

uluslararası belgeler önem taşımaktadır. Polis bu belgelerde yer alan kurallar çerçevesinde hareket etmelidir. Ayrıca, polis bireylerin hak ve özgürlüklerine saygı duyarak, çerçevesi çizilmiş yetkilerini kesinlikle aşmamalıdır.

Hiç kuşkusuz hukuk devleti sadece yapılan eylemle değil, hareketin nasıl yapıldığıyla da ilgilenir. Bu yüzden hukukun üstünlüğünü korumada ve bunu uygulamaya geçirmede polisin rolü oldukça önemlidir. Çoğu zaman, demokrasinin nasıl işlediği sadece onların davranış biçimine bakılarak değerlendirilebilmektedir¹⁴⁸. Diğer bir ifade ile güç kullanmaya dayalı bir hizmet anlayışı, temel hak ve hürriyetlerin gittikçe hassaslaştığı günümüzde artık geçerliliğini yitirmektedir.

İnsan hakları günümüzde oldukça önemli bir yere sahiptir. Temel hak ve özgürlüklere dair sınırlamalar sadece güvenliği sağlamak ve başkalarının haklarına saygı göstermek amacıyla olmalıdır¹⁴⁹. Bu yüzden polis her durumda hukuka saygı göstermeli ve hukuka uymalıdır. Polis insan haklarına saygı gösterirken aynı zamanda bu hakları korumak için çaba sarf etmelidir. Ayrıca, tüm insanların haklarını geliştirmek için faaliyetlerde bulunmalıdır¹⁵⁰.

Temel hak ve hürriyetlerine yapılacak müdahalelerin devletlerce kötü kullanılmasının önüne geçmek için ulusal ve uluslararası bir takım hukuki düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu bakımından polisin de belirlenen sınırlamalara uyması gerekmektedir. Öncelikle söz konusu düzenlemelerden hareket ettiğimizde polisin müdahalesini gerektiren durum kanunlara veya bu nitelikteki hukuki düzenlemelere dayanmalıdır. Bu yüzden polisin hukuken yetkili olması ilgili mevzuattan kaynaklanan yetkisini kullanması gerekmektedir. Bir sonraki şart, yapılan müdahalelerin ulusal ve uluslararası belgelerde belirtilen meşru amaçlardan birine yönelik olması gerekmektedir. Son olarak yapılan müdahalenin demokratik toplumda kabul edilebilir bir müdahale olması gerekmektedir.

Teorik düzeyde insan hakları ve polis arasında herhangi bir gerginliğin olması söz konusu değildir. Ancak gerginliğin uygulamada mevcut olduğu gerçeği sadece insan haklarının korunması açısından değil, aynı zamanda uzun vadeli etkili polis hizmeti açısından da zarar vericidir¹⁵¹. Bu yüzden

¹⁴⁸ Bal, s. 244.

¹⁴⁹ OHCHR, s. 41.

¹⁵⁰ United Nation, Human Rights Standart and Practice for the Police, New York and Ceneva 2004, s. 2.

¹⁵¹ <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training5Add3en.pdf>

¹⁵¹ Crawshaw, s. 164.

Türkiye bağlamında bu durumu değerlendirdiğimizde bir takım önlemlerin alınması gerekmektedir. Hiç kuşkusuz uygulamadaki aksaklıklarının önüne geçebilmek için öncelikle polisler için ciddi bir eğitimin verilmesi gerekmektedir.

Bu bakımdan demokrasinin temel değerleri, hukuk devleti ve insan haklarının korunması prensiplerine dayanan bir polis eğitiminin verilmesi amaçlanmalıdır. Bu yüzden Türkiye'nin polis eğitiminde söz konusu gerekliliklerin üzerinde durarak insan hakları odaklı bir eğitim sisteminin ortaya çıkarması gerekmektedir. Bu eğitimde teorik bilgilerin yanında uygulamaya yönelik bir insan hakları eğitiminin verilmesi uygulamada yer alan aksaklıkların çözümü noktasında önem taşımaktadır.

İnsan haklarının korunması noktasında devletlerin sadece hukuki düzenlemeler yapması veya bu konuda polise eğitim vermesi yeterli değildir. Aynı zamanda insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla bir takım önlemlerin alınması gerekmektedir. Türkiye'de özellikle polisin hukuka aykırı davranışlarının denetlenmesi noktasında sadece görünürde yer alan polisin polisi denetlediği bir sistemden vazgeçilmesi gerekmektedir. Söz konusu durum polisin müdahalesi sonucu mağdur konumunda olan kişiler açısından ciddi bir sorun teşkil etmektedir.

Her ne kadar polisin hukuka aykırı davranışları mahkemeler tarafından değerlendirilse de polisin mahkeme karşısına gelene kadar olan süreçte polisin bağlı olduğu kurumda yer alan meslektaşlarının aktif rolü vardır. Örneğin mağdur konumundaki kişiler aleyhine polis dava açtığında kendisine karşı mukavemet edildiğini iddia ederek dava açtığında polisin meslektaşları mağdurun aleyhine kanıtlar getirmektedir. Benzer şekilde mağdurun yapılan müdahalenin orantısız olduğuna dair yapacağı şikayette gideceği yer çoğu zaman karakol olacaktır.

Polisin ciddi şekilde var olan mesleki dayanışması söz konusu olduğunda ne yazık ki mağduru polis karşısında savunmasız bırakmaktadır. Söz konusu durum uygulamada mahkemelerde daha çok polis lehine çıkan kararlardan da anlaşılmaktadır. Uygulamada yer alan bu durum göz önünde bulundurulduğunda tarafsız, etkili ve bağımsız bir sistem geliştirilmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda polisin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin denetlenmesinde kendisinin veya meslek arkadaşlarının etkisi olmayacağından hukukun dışına çıkmayacaktır. Soruşturma sonucunda da mutlaka sorumlular cezalandırılmalıdır. Sorumluluk söz konusu değilse bu durumda yapılan soruşturmanın bir anlamı yoktur. Bu yüzden yapılacak olan soruşturmanın en baştan sonuna kadar tarafsız, acilen ve eksiksiz yapılması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Altıparmak* : Kerem Altıparmak, İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, İnsan Hakları Raporu 2008, s. 355–381.
<http://www.tihv.org.tr/index.php?turkiye-insan-haklari-raporu>
- Arslan* : Zühtü Arslan, Bilgiden Bilince İnsan Hakları Eğitimi: Karşılaşılan Güçlükler ve Çözüm Önerileri, 21. Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu, Ankara 2000.
- Aydın* : İlayet Pehlivan Aydın, Polis Meslek Etiği İlkeleri, Polis Meslek Etiği(Ed. İhsan Bal/Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 105–132.
- Alderson* : J. Alderson, İnsan Hakları ve Polis (Çeviren: İhsan Kuntbay) , Ankara 1984.
- Açıklayıcı Metin* : Avrupa Konseyi, Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Açıklayıcı Metin, Strasbourg 2008. [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/police_and_internal_security/documents/CO-OL%20\(2008\)01%20ECPE%20Turkish%20version.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/police_and_internal_security/documents/CO-OL%20(2008)01%20ECPE%20Turkish%20version.pdf)
- Aycı* : Emrullah Aycı, Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi ve İşkence Yasağı, Yargıtay Dergisi, Cilt: 33, Yıl: 2007, Sayı 1–2, s. 185–206.
- Aydın/Gündüz* : Yaşar Aydın ve Hakan Gündüz, İşkence ve Kötü Muamele Suçu TOHAV Raporu, İstanbul 2008.
- Bal* : İhsan Bal, Ulusal Güvenlik, Terörle Mücadele ve Polis Etiği, Polis Meslek Etiği(Ed. İhsan Bal/Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 239-253.

- Bal / Beren* : İhsan Bal / Fatih Beren, Polis Etiği, Ankara 2003.
- Balkız* : Neval Oğal Balkız, Uluslararası Belgelerdeki
İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar
ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir
Yaklaşım Denemesi ve Öneriler, Ankara Barosu
Dergisi, Yıl: 2001/4, Sayı:59, s. 98.
- Bergmans* : Denis Bergmans, Community Policing as a Central
Factor for a Modern Police Service, (Ed. : İhsan
Bal- M.Bedri Eryılmaz), Police Professional
Ethics, Ankara 2002, s. 195–220.
- Bıçak* : Vahit Bıçak, Demokratik Toplumda Polis Etiği,
Polis Meslek Etiği(Ed.: İhsan Bal/Bedri Eryılmaz),
Ankara 2002, s. 263-278.
- Crawshaw* : Ralph Crawshaw, Human Rights and Policing,
Police Professional Ethics(Ed. : İhsan Bal/Bedri
Eryılmaz), Ankara 2002, s. 155–172.
- Derdiman* : Ramazan Cengiz Derdiman, Polis Yönetimi ve
Hukuku: Görev ve Yetkiler, Tokat 1997.
- Doğru* : Osman Doğru, AİHS Hukukunda İşkence ve Kötü
Muamele Yasağı, İstanbul 2006.
- Dursun* : Serdar Kurban Dursun, Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Polisin Zor
Kullanma Yetkisi ve Türkiye Uygulamaları,
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
2006.
- Er* : Cüneyt Er, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler
Sözleşmesi, Türkiye Boralar Birliği Dergisi, Sayı
60, Yıl: 2005, s 169–188.

- Eryılmaz* : Bedri Eryılmaz, Toplumsal Olaylarda Orantısız Güç Kullanımı, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Ed. : İlyas Doğan), Ankara 2009.
- Fındıklı* : Remzi Fındıklı, Polislik Mesleğinin Özellikleri ve Mesleki Kimlik Olgusu, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl: 2000, Sayı 5–6, s. 1–16.
- Fındıklı, Güvenlik* : Remzi Fındıklı, Polislik Mesleğinin Evrensel Değerleri ve İlkeleri, Uluslararası Polislik ve İç Güvenlik (Ed.: Tülin Günşen içli ve Fatih Karaosmanoğlu), Ankara 2003.
- Genç* : Turan Genç, Polis Meslek Etiği, 21. Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu, Ankara 2000, s. 469–472.
- Göksu/ Bilgiç* : Turkut Göksu/ Veysel K. Bilgiç, Polislik Mesleği ve Etik Kuralları, Polis Meslek Etiği (Ed.: İhsan Bal/Bedri Eryılmaz), Ankara 2002, s. 85–96.
- Hafizoğulları* : Zeki Hafizoğulları, İnsan Hakları, Polis Görev ve Yetkisi, Ankara Hukuk Dergisi, Cilt 44, Yıl:1995, Sayı 1–4, s. 565-585.
- İçli* : Tülin Günşen İçli, Güç Kullanma Yetkisi ve Bunun Kullanımında Polisin Çelişkisi, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl:1998, Cilt:1, s. 69-72.
- Karaosmanoğlu* : Fatih Karaosmanoğlu, Türkiye'nin Demokratikleşmesi: Yaşama Hakkı ve Polis, Türkiye'de Devlet, Toplum ve Polis (Ed. : Hasan Hüseyin Çevik/Turkut Göksu) Ankara 2002, s. 113–135.
- Kavgacı* : Halil İbrahim Kavgacı, Bağımsız Bir Polis Şikâyet Sistemi ve Halkın Polisliğe Katılımı, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl:1998, Sayı: 1, s. 55–68.

- Köktaş* : Arif Köktaş, Avrupa Birliğine’ne Uyum Sürecinde Türk Polis Teşkilatını Bekleyen Sorunlar, 21.Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu, Ankara 2000, s. 817-824.
- Koç* : Cihan Koç, Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri, Ankara 2002.
- May/Headley* : David A. May/James E. Headley, Reasonable Use of Force by Police, New York 2008.
- OHCHR* : Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights and Law Enforcement: A Manual on Human Rights Training for the Police, New york- Geneva 1997, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training5en.pdf>
- Onursal* : Onursal Cin, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Yıl: 2000, S. 1–2, s. 665–686.
- Osmanoğlu* : M. Kerem Osmanoğlu, Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerindeki Etkileri ve Hukuki Statüleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı:1, Sayfa: 65-91, Yıl: 2011.
- Önok* : R. Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006.
- Özgenç* : İzzet Özgenç, Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1994, Cilt: 68, Sayı: 1-2-3, s. 90-101.
- Richards* : Neil Richards, The European Code of Police Ethics of the Council of Europe, (Ed.: İhsan Bal- M.Bedri Eryılmaz), Police Professional Ethics, Ankara 2002, s. 259–268.

- Sokullu- Akıncı* : Füsun Sokullu Akıncı, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990.
- Sokullu-Akıncı, Viktimoloji* : Füsun Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, 2. baskı, İstanbul 2008.
- Sönmez* : Nevzat Sönmez, Emniyet Teşkilatı ve Polis Meslek Hukuku ile Polisin Görev ve Yetkileri, Ankara 2003.
- Un* : United Nation, Human Rights Standart and Practice for the Police, New York and Ceneva 2004.
- Yılmaz* : Mustafa Yılmaz, Polisin Zor Kullanma Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2007.

BOŞ

İDARENİN MÜDAHALE ETTİĞİ ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ (BİLEŞİK İRADELİ “BİRLEŞME” SÖZLEŞMELER)

Murat SEZGİNER*

ÖZET

İdari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri şeklinde klasik bir ayırım kabul edilmektedir. Bu sözleşmeler iki farklı kategoride olmalarına rağmen, her iki tip sözleşmede de tarafların irade serbestisi mevcuttur. Ancak idarenin özel hukuk sözleşmelerine müdahaleleri sebebiyle, üçüncü bir sözleşme türünün kabul edilmesi gerekir: idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmeleri; (bileşik iradeli sözleşmeler). Bu tip sözleşmelerde idarenin işlemi, özel hukuk sözleşmesinin bir hükmünü oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Sözleşme, İdari sözleşme, özel hukuk sözleşmesi, idarenin sözleşmelere müdahalesi, idari işlem, bileşik iradeli sözleşmeler

LES CONTRATS DE DROIT PRIVÉ AUXQUELS L'ADMINISTRATION INTERVIENT; (LES CONTRATS DE VOLONTÉ COMMUNE)

RESUMÉ

C'est une distinction classique qui est acceptée en tant que ; contrat administratif et contrat de droit privé. L'autonomie de la volonté existe dans c'est deux types de contrats qui sont pourtant de nature différente. Mais en raison de l'intervention de l'administration aux contrats de droit privé, on devrait admettre une troisième sorte de contrat ; les contrats de droit privé auxquels l'administration intervient ; (les contrats de volonté commune). Dans ces types de contrats l'acte de l'administration devient une clause du contrat.

Mots-Clés : Contrat, Contrat administratif, contrat de droit privé, l'intervention de l'administration aux contrats, acte administratif, contrats de volonté commune.

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Sözleşmeler, geleneksel olarak *özel hukuk sözleşmeleri* ve *idari sözleşmeler* şeklinde bir ayrıma tabi tutulmakla birlikte; bu ayrımın esasları ile uyuşmayan karma nitelikte sözleşmeler de mevcuttur. Özellikle Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumlarının, idare ile özel hukuk kişileri arasındaki veya özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki sözleşmelere müdahale ettiği, hatta bazen mali hükümlerin düzenlenmesine kadar gidebildiği görülmektedir. Bu, geleneksel “*özel hukuk sözleşmeleri - idari sözleşmeler*” şeklindeki ayırım ile çözümlenebilecek nitelikte olmayan; nitelendirilmesinin ayrıca yapılması gereken bir durumdur. Burada sözleşmenin tarafları dışında yer alan bir idare, taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran tek yanlı bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Bu irade açıklamasının, idari işlemin tüm özelliklerini taşıdığı ve idare hukuku rejimi içerisinde değerlendirileceği tabidir. O halde, bir özel hukuk sözleşmesinin hükmü niteliğindeki idari işlemler söz konusudur. Bu işlemlerin denetiminin idari yargı yerleri tarafından yapılacağı düşünüldüğünde, özel hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimin dışına çıkıldığını söyleyebiliriz. Gerçekten de, idari yargı tarafından iptal edilebilecek idari işlem, aynı zamanda sözleşmenin tarafı durumundaki özel hukuk kişileri bakımından da hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bununla birlikte, iki özel hukuk kişisi arasındaki bir sözleşmenin, idari yargı denetimine tabi bir sözleşme hükmü içerse dahi, idari bir sözleşme olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Bu tür sözleşmeleri, taraflar dışında, idarenin iradesini de içerdiğinden “*Birleşme Sözleşmeleri*” şeklinde ifade etmek mümkündür. Bu tür sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarının iradesi dışında, sözleşme ilişkisinin dışında bulunan idarenin iradesi de sözleşmenin oluşumuna katılmaktadır. Hiç şüphesiz bu katılım, mevzuata göre, değişik şekillerde, derecede ve nitelikte olabilmektedir.

I.İdari Sözleşme – Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımı¹

İdarenin taraf olduğu sözleşmeler bakımından, idari sözleşme-idarenin özel hukuk sözleşmeleri ayrımının geleneksel olarak yapıldığı ve buna ilişkin esasların da temelde belirlendiği görülmektedir. Bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğu, kanun koyucu tarafından açıkça belirlenebileceği gibi, sözleşmenin içeriği değerlendirilmek suretiyle yargı organı tarafından içtihadı olarak da yapılabilir.

¹ Akylmaz, Bahtiyar-Sezginer, Murat-Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 3. baskı, Seçkin 2012, s.447-457’den Özetlenerek alınmıştır.

1) Kanun koyucu, bir sözleşmenin idari sözleşme olduğunu açıkça ifade edebileceği gibi², sözleşme ile ilgili uyuşmazlıkların çözüleceği yargı düzenine ilişkin bir düzenleme yaparak sözleşmenin niteliğini dolaylı bir şekilde de ifade edebilir. Bu durumda, uyuşmazlık için adli yargı öngörülmüş ise özel hukuk sözleşmesi, idari yargı öngörülmüş ise idari sözleşme söz konusu olacaktır³. Kanun koyucunun sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerle de idari sözleşme nitelendirmesi yapabileceği kabul edilir. Bu durumda, sözleşmeyle ilgili getirilen özel hukuku aşan ve kamusal nitelikteki bir kısım hükümlerden hareketle, yargı organı tarafından idari sözleşme nitelmesi yapılmaktadır. Bu durumlar için *kanun tarafından belirleme* veya *kanun tarafından ön belirleme* ya da *kanun etkisiyle idari sözleşme* tanımlamaları yapılmıştır⁴.

2) Yargı organları da idarenin yapmış bulunduğu sözleşmelerin idari ya da özel hukuk sözleşmesi olarak ayrılmasında kullanılacak ölçütler geliştirmiştir. İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırmak için kullanılan ilk ölçüt, *kamu hizmeti amacı* olmuştur. 20. yüzyılın başında, idare hukukunu kamu hizmeti kavramı çerçevesinde sistematize eden yazarlar tarafından savunulan bu anlayış, 1912 yılında bir Conseil d’Etat kararında *özel hukuku aşan hükümler* şartının aranmasına kadar, idari sözleşmeyi niteleyen tek kavram olarak kullanılmıştır⁵. Daha sonra, idari sözleşmenin taraflarına ilişkin yargı tarafından yapılan tespitlerle birlikte, idari sözleşmelerin ölçütleri organik (şekli) ve içeriğe ilişkin (maddi) şartlar olarak sistemleştirilmiştir⁶. Sözleşmenin taraflarının serbest iradeleri ile sözleşmenin niteliğini belirlemeleri ise mümkün görülmemektedir.⁷

² Guettier, Christophe, Droit des Contrats Administratifs, Themis, Paris 2008, s. 82-83. Nadir görülen bu duruma ilgili olarak verilen örnek, 16 Ekim 1997 tarihli, gençlerin istihdam alanlarının geliştirilmesine ilişkin Kanunla (m. 10), güvenliğe ilişkin bir kanun da yapılan değişikliktir. Buna göre, aktif bir polis memuru yanında güvenlik yardımcısı statüsü ile çalışacak gençler, kamu hukuku sözleşmesi niteliğinde bir ilişki içinde görevlendirebilir.

³ Laubadère, André de/Moderne, Frank/Delvolvé, Pierre, c. I, s. 131; Guettier, s. 75.

⁴ Laubadère/Moderne/Delvolvé, c. I, s. 131-132.

⁵ Laubadère/Moderne/Delvolvé, c. I, s. 146-158.

⁶ Vedel, Georges/Delvolvé, Pierre, Droit Administratif, PUF, c.I, 11.Ed.Paris 1990, s. 374 vd.; Rougevin-Baville, Michel/Denoix De Saint Marc, Renaud/Labetoulle, Daniel, Leçons de Droit Administratif, Hachette, Paris 1989, s. 180 vd.

⁷ Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi, c.II, Bursa 2003, s.34-35; D13D, 29.04.2011, E 2008/8235, K 2011/2451: “...İdari hizmet sözleşmesi niteliğindeki bir sözleşmede uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı mercilerinin görevinde olduğunun belirlenmesi, sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanmasında ölçüt olarak kabul edilemez. Zira görevli yargı yerinin belirlenmesi kamu düzenine ilişkin olup taraf iradesiyle değiştirilmesine hukuken

İdari sözleşme, kamu tüzel kişiliğine sahip veya kamu tüzel kişiliğini kullanma yetkisine sahip kamu kurumları ya da kamu idareleri tarafından yapılabilir. İdare karşısında, sözleşmenin diğer tarafı ise özel hukuk gerçek ya da tüzel kişisidir. Ancak diğer tarafın Fransa’da olduğu gibi tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu veya kamu idaresinin olabileceği de kabul edilmektedir⁸. O halde idari kuruluşlar kendi aralarında özel hukuk sözleşmeleri yapabilecekleri gibi, idari sözleşme de yapabilirler. Özel hukuk kişileri arasında yapılan sözleşmeler kural olarak idari sözleşme şeklinde nitelendirilemez. Ancak Fransa’da Uyuşmazlık Mahkemesi, bayındırlık işi yapmakla görevlendirilmiş ve özel hukuk tüzel kişisi statüsünde oluşturulmuş bir ortaklığın müteahhit ile yaptığı sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmiştir⁹. (Société Entreprise Peyrot kararı)¹⁰. Türk hukukunda ise, idare ile imtiyaz sözleşmesi, yani idari bir sözleşme yapmış olan bir özel hukuk kişinin; üstlendiği kamu hizmetinin yapılması için bile olsa; diğer bir özel kişi ile yapmış olduğu sözleşme, idari sözleşme değildir. Yine özel kişiler arasında yapılan bir sözleşmede, sözleşmenin konusunu oluşturan işleme ilişkin ücretin idare tarafından belirlenmesi veya idarenin özel kişilerden birinin yerine geçmesi, o sözleşmeye idari sözleşme niteliği kazandırmaz.

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, aranan ikinci şart, konusunun, kamu hizmetinin görülmesi, yürütülmesi, yerine getirilmesi olmasıdır. Nitekim idarenin kamu hizmetleri ile ilgili bazı araç ve gereci sağlamak ya da bazı işleri yaptırmak için yaptığı sözleşmeler idari sözleşme değil; idarenin özel hukuk sözleşmesi sayılır. Bu nedenle idari sözleşmede, karşı taraf “kamu görevinin görülmesine katılmalı”dır. Örneğin tipik bir idari sözleşme olan imtiyaz sözleşmelerinde karşı taraf bizzat hizmeti görür veya hizmetin görülmesine katılır. Bir kişinin kamu hizmetinden yararlanmasını sağlayan sözleşmeler de idari sözleşme sayılmaz. Mahkeme içtihatları, iktisadi kamu hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan abonman sözleşmelerini, aslında idarenin üstün yetkilerine ve ayrıcalıklarına dayanılarak yapıldıkları halde idari sözleşme saymamıştır.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi için, özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan, bir takım üstün hak ve yetkilerin idareye tanınması gerekir. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit koşullar

olanak bulunmamaktadır.”

⁸ **Duran**, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 431.

⁹ **Giritli**, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, 3.Baskı, İstanbul 2009, s. 1017; **Vedel/Delvolvé**, s. 378; **Leclercq**, Claude/**Chaminade**, André, Droit Administratif, Litec, Paris 1992, s. 436.

¹⁰ **Long**, Marceau/**Weil**, Prosper/**Braibant**, Guy/**Delvolvé**, Pierre/**Genevois**, Bruno, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, Dalloz, Paris 1999, s. 603.

altında ve hür iradeleri ile karşılıklı yarar sağlayacak biçimde sözleşme yaparlar. Bu nedenle de sözleşmenin tarafları eşit veya dengeli yükümlülükler ve borçlar yüklenirler. İdari sözleşmede ise, kamu yararı ile kişisel yarar karşı karşıyadır. Kamu yararı kişisel yarardan daima üstündür. Asla eşit olamaz. Bu bakımdan kamu yararının temsilcisi olan idare; kamu yararını gözetebilmek ve koruyabilmek için kişisel yararı temsil eden kişiye göre özel hukuk sözleşmelerinde herhangi bir tarafa tanınmayan bazı ayrıcalıklara ve üstün yetkilere sahip kılınmıştır¹¹. İdareye tanınan bu üstünlük ya kanunlarda yer alan bir hükme ya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır. Bu sebeplerden dolayı idari sözleşmeler özel hukuk kurallarından farklı bir hukuki rejime tabidirler. 1910 yılında kamu hizmeti kavramı ile idari sözleşmeyi belirlemeye çalışan karardan hemen sonra, CE, idari sözleşmelerde *özel hukuku aşan hükümler* şartını arayan bir başka karar vermiştir. (Société des Granits Porphyroides des Vosges kararı)¹². *Özel hukuku aşan hükümler*, sözleşmenin tarafı durumundaki idareye, ayrıcalıklı bir kısım yetkilerin verilmesini ifade etmektedir. Tamamen özel hukuk kişileri arasındaki sözleşme hükümleri mevcut ise ortada bir idari sözleşme yoktur. CE, 1973 yılında verdiği bir kararla, *özel hukuku aşan hükümler* kavramını *özel hukuku aşan rejim* kavramı şeklinde geliştirmiştir. (Société d'Exploitation Électrique de la Riviere du Sant kararı)¹³. Fransız elektrik idaresinin özel bir elektrik üreticisinden elektrik almasını zorunlu kılan bir kararname dolayısıyla, İdare ile şirket arasındaki sözleşmeyi idari sözleşme olarak değerlendirmiştir. Burada, ne kamu hizmeti ne de sözleşme içinde *özel hukuku aşan hükümler* söz konusu olmamasına rağmen, sözleşme dışındaki düzenleyici işlemlerden gelen özel hükümler (elektrik satın alınması mecburiyeti, bazı uyuşmazlıkları çözme yetkisinin bakana verilmesi) sebebiyle *özel hukuku aşan rejim* kavramı söz konusudur¹⁴. *Özel hukuku aşan hükümler* ile *özel hukuku aşan rejim* arasındaki farklılık, ikincisinde *özel hukuku aşan* kuralların sözleşme içinde değil, sözleşme için zorunlu bir çerçeve oluşturan önceden düzenlenmiş kurallar içinde bulunmasından kaynaklanmaktadır¹⁵.

II. Üçüncü Kategori: Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler

Sözleşmenin tarafları dışında yer alan bir idarenin, kamu gücü kullanmak suretiyle, idari işlemler yoluyla, sözleşmelere müdahale etmesi, sözleşme

¹¹ Danıştay 10 D, 29.04.1993, E 1991/1, K 1993/1752, DD, 1994, sy. 88, s. 465.

¹² Long/Weil/Braibant/Delvolvé/Genevois, s. 154.

¹³ Laubadère/Moderne/Delvolvé, c. I, s. 158.

¹⁴ Laubadère/Moderne/Delvolvé, c. I, s. 159.

¹⁵ Rougevin-Baville/Denoix De Saint Marc/Labetoulle, s. 184.

hükümleri ihdas etmesi veya değiştirmesi söz konusu olabilmektedir.¹⁶ Geleneksel ayırım ile çözümlenemeyecek bu tür sözleşmeler, çoğunlukla iki özel hukuk kişisi arasında söz konusu olmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, idari sözleşmeler bakımından aranan ilk kriter, taraflardan birinin idare olmasıdır. Özellikle Türk Hukuku bakımından bu husus, istisnasız bir şekilde aranmaktadır. O halde, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşme, idari sözleşme değildir.

Taraflardan birinin idare olduğu özel hukuk sözleşmelerinde de, bir başka idarenin sözleşmeye müdahale etmesi söz konusu olabilir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olarak yapılan ihaleler sonrası akdedilen sözleşmeler, bu konuda örnek olarak verilebilir. Bu tür sözleşmeler, taraflardan biri idare olmasına karşın, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelerdir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre, *“Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır./ İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir.”* Bu hüküm uyarınca, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşmeler esas alınarak taraflar arasında ihale konusu işe ait sözleşmeler imzalanır. Sözleşmenin taraflarından başlayarak tüm hükümleri tek taraflı olarak Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanır. Sözleşmenin tarafı olan idare tarafından, sadece, bırakılmış bulunan boşluklar doldurulabilir. Boşluk bırakılmamış sözleşme hükümleri idare ve istekli için uyulması zorunlu hükümlerdir ve her iki tarafça değiştirilemez. Bu hükümler, genel düzenleyici idari işlem mahiyetindedir.¹⁷ Tip Sözleşmelerde yer alan hükümler, doğrudan mali hüküm niteliğinde olmamakla birlikte, dolaylı olarak taraflar arasındaki mali ilişkiyi de etkilemektedir. Mesela gecikme cezalarındaki alt ve üst sınırlar, Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenmektedir. Bu sınırlar dışında, tarafların serbest iradeleri ile bir oran belirlemeleri mümkün değildir.

¹⁶ Devletin özel hukuk sözleşmelerine müdahalesi, aslında yeni bir husus değildir. Özellikle Birinci Dünya savaşı sonrasında, Devletin sözleşmelere müdahalesinin, özel hukuk sözleşmelerinde irade serbestisi ve özel hukuk sözleşmelerinin karakteristik özellikleri üzerindeki yansımaları tartışma yaratmıştır. Özellikle iş hayatına ilişkin sözleşmelerde bu müdahaleler en üst düzeyde görülmüştür. Bu sebeple de sözleşmelerin değişiminden söz edilmiş ve bu çerçevede “sözleşmenin kamusallaşması” (publicisation du contrat) veya “yönlendirilmiş sözleşme” (contrat dirigé) ifadelerinin kullanımı söz konusu olmuştur. Bk. **Laubadère/Moderne/Delvolvé**, c. I, s.22-23. Bununla birlikte, günümüzdeki düzenleyici denetleyici kamu kurumlarının sözleşmelere müdahalesi, sosyal devlet anlayışı içinde, geçmişte sözleşmelere yapılan müdahaleleri oldukça aşmış ve yeni bir tanımlama yapma ihtiyacı doğurmuştur.

¹⁷ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.481.

Birleşme sözleşmeler bakımından asıl çarpıcı örnekler, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmede, sözleşme konusu işin yürütülmesine ilişkin esasların yanında, mali hükümlerin, karşılıklı edimlerin de, idare tarafından belirlendiği sözleşmelerdir. Özellikle telekomünikasyon ve enerji sektöründe görülen bu sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmelerine yaptığı müdahaleyi çarpıcı şekilde ortaya koymaktadır. Gerek sektörde faaliyet gösteren şirketlerin kendi aralarında ve gerekse doğrudan hizmet alan müşteriler ile imzalanan sözleşmelerdeki mali hükümler (alınacak ücret, ücretin paylaşımı gibi) sözleşmenin tarafı olmayan bir idare tarafından tek yanlı olarak belirlenebilmektedir. Bu husus, idari sözleşmeler bakımından dahi söz konusu olmayan bir sınırlamayı ifade eder. Gerçekten de idari sözleşmelerde, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin esaslar tek yanlı olarak idare tarafından belirlenir ve sözleşmenin yürütülmesi sırasında, bu hükümler, idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilebilir. Bununla birlikte sözleşmenin mali hükümleri müzakere ile oluşturulur ve karşılıklı iradelerin uyumu ile hüküm ve sonuç ifade ettiğinden akdi niteliktedir. Bu sebeple de mali hükümler, idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilemez. Bu çerçevede, “sözleşmecinin ücreti, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi, resim ve harçlardan muafiyet gibi mali hükümleri akdi niteliktedir; dolayısıyla idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilemezler.”¹⁸ Nitekim Danıştay, imtiyaz sözleşmesindeki mali hükmün idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilmesini hukuka aykırı bulmuştur.¹⁹ Oysa birleşme sözleşmelerde, idari sözleşmelerde dahi müzakere yolu ile belirlenen mali hükümler, sözleşmenin taraflarının iradesini değil, sözleşme ilişkisi dışındaki idarenin iradesini yansıtır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun “Kurumun Görev ve Yetkileri” başlıklı 6/j maddesine göre, “Kullanıcılar ve erişim kapsamında diğer işletmecilere uygulanacak tarifelere, sözleşme hükümlerine, teknik hususlara ve görev alanına giren diğer konulara ilişkin genel kriterler ile uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri onaylamak, tarifelerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeleri yapmak” ve 6/k maddesine göre “İşletmeciler tarafından hazırlanan referans erişim tekliflerini onaylamak” Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun yetkisindedir. Bu Kanun kapsamında, işletmeciler²⁰ ile

¹⁸ Gözler, c.II, s.137.

¹⁹ Danıştay 13 D, 27.02.2008, E 2007/1622, K 2008/2776 (Yayınlanmamıştır).

²⁰ “İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket.” (5809 sayılı Kanun md.3/1-z)

aboneler²¹ arasındaki abonelik sözleşmeleri²²; işletmelerin kendi aralarındaki ara bağlantı sözleşmeleri²³ özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilir. Bu sözleşmelere ilişkin olarak tarifelerin²⁴ ve referans erişim²⁵ tekliflerinin onaylanması, taraflar arasında erişim talebine rağmen anlaşma sağlanamaması veya anlaşmanın uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda erişim anlaşması hükümlerinin (ücret dahil) resen düzenlenmesi yetkileri, aslında söz konusu sözleşmelerin, idarenin açıkça müdahale ettiği, birleşme sözleşmeler olduğunu ortaya koymaktadır.

İşletmeciler ile aboneler arasında geçerli olan tarifeler, esasında işletmeciler tarafından serbestçe belirlenmekle beraber, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun onayı ile birlikte geçerlilik kazanmaktadır. Bu tarifeler Kurum onayını müteakip ilan edilmekte, tarafları bağlamaktadır. 5809 sayılı Kanunun “*Tarifelerin Düzenlenmesi*” başlıklı 13/b ve c maddesine göre, “*İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde Kurum, tarifelerin onaylanması, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin yöntemleri ve tarifelerin alt ve üst sınırları ile bunların uygulama usul ve esaslarını belirleyebilir. İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde; Kurum, fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlandırma gibi rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesi için gerekli düzenlemeleri yapar ve uygulamaları denetler.*” 12.11.2009 tarih ve 27404 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Tarife Yönetmeliği de, tarifeler konusunda Kurumun yetkilerini ayrıntıları ile düzenlemiştir. Yönetmeliğin 6. maddesine göre, “*Kurum, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere tarife düzenlemelerine tabi olma yükümlülüğü getirmeye yetkilidir. Bu işletmecilerin tarifeleri; hizmetin sunulduğu pazarın yapısı, pazardaki rekabet koşulları ve tüketici menfaatleri dikkate alınarak aşağıdaki yöntemlerden biri veya*

²¹ “*Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişi*” (5809 sayılı Kanun md.3/1-a)

²² “*Abonelik sözleşmesi: İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlenmediği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşme.*” (5809 sayılı Kanun md.3/1-b)

²³ “*Ara bağlantı: Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısı.*” (5809 sayılı Kanun md.3/1-e)

²⁴ “*Tarife: İşletmecilerin, elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında kullanıcılardan farklı adlar altında alabilecekleri ücretleri içeren cetvel.*” (5809 sayılı Kanun md.3/1-nn)

²⁵ “*Erişim: Bu Kanunda belirtilen koşullarla, elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulması.*” (5809 sayılı Kanun md.3/1-ö)

birkaçı çerçevesinde düzenlenir. a) Tarifelerin bildirim usulüne tabi olması, b) Tarifelere Kurumca belirlenecek usul ve esaslar kapsamında alt ve/veya üst sınır getirilmesi, c) Tarifelerin maliyet esaslı yöntemle göre onaylanması, ç) Tarifelerin tavan fiyat yöntemine göre onaylanması.” Bu düzenlemeler, Kurumun, tarifeler üzerindeki yetkilerini ortaya koymaktadır. Tarifelere alt ve üst sınırlar getirilmek suretiyle müdahale edilmesi, tarifelerin Kurum tarafından onaylanmadıkça yürürlüğe girememesi gibi hususlar, Tarifelerin esasında Kurumun iradesini yansıtan bir idari işlem olarak kabulünü de beraberinde getirmektedir. Abonelik sözleşmesinin tarafları arasında geçerli olacak ücretlendirme tarifi, esasında, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun bir işlemi niteliğinde olup, idari yargının denetimine tabi bir idari işlemdir. Bunun sonucu olarak da, sözleşmenin tarafları arasında, adli yargı önünde tartışılabilir nitelikte bir uyuşmazlığa konu olamaz. Nitekim tarife içinde yer alan sabit ücrete ilişkin, abone ile işletmeci arasındaki uyuşmazlıkta, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararı şu şekilde olmuştur;

“...5809 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulunduğu, dava ve uyuşmazlığa konu sabit ücretin davacı işletmeci tarafından, Kurum onayı ile belirlenen “Tarifeler” çerçevesinde tespit edildiği, bu tarifelerin Kurum’un sektörle ilgili işlemi olmakla bunlara karşı Danıştay’da ilk derece mahkemesi sıfatıyla dava açılıp; bu mahkemece karara bağlanabileceği; tarifenin onaylanmasına ilişkin işlem bu yolla iptal edilmedikçe sabit ücretin belirlenen esaslar dahilinde alınmasına devam olunacağı; dosyaya yansıyan böyle bir iptal kararı da mevcut olmadığına göre Türk Telekomünikasyon AŞ tarafından belirlenen ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından onaylanan tarife uyarınca alınan sabit ücretin, yasal bir uygulama olduğu; Danıştay tarafından iptal edilmediği sürece sabit ücretin tarifede belirlenen miktar üzerinden alınmasında kanuna aykırı bir husus bulunmadığı, her türlü duraksamadan uzaktır. /Öte yandan, taraflar arasındaki sözleşmenin haksız şart içerdiğinin kabulü için herhangi bir yasal denetim yolu açık olmayan bir hükmün sözleşmeye konulmuş olması gerekir. Oysa 5809 Kanun ile sözleşmelerin düzenlenmesinin usul ve esaslarını belirleme görevini dahi Kurum’a vermiş ve ayrıca somut olaydaki gibi sabit ücrete ilişkin hükümlerin tarifelerle belirleneceğini, bu tarifelerin de Kurum’ca onaylanacağını belirlemiş; bununla yetinmeyerek bu tarifelere karşı dava yolunu da düzenlemiştir. Kurumun onay işlemine karşı dava açılmamış veya açılıp ta reddedilmiş olması durumunda

tarife kanuna uygun olmakla buna dayanılarak sözleşmede yer verilen sabit ücrete ilişkin miktarın haksız şart olarak kabulü de olanaklı değildir.”²⁶

Görüldüğü üzere, taraflar arasındaki sözleşme özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesine rağmen, sözleşme konusu ücrete ilişkin uyuşmazlık, adli yargı önünde tartışılmamaktadır. Zira uyuşmazlık konusu sözleşme hükmü, esasında taraflar dışındaki bir idari makamın idari işlemidir. Bu işlemin idari yargı denetimine tabi olduğu ise açıktır. Dolayısıyla özel hukuk rejimi içinde kabul edilen bir sözleşmenin, üstelik ücrete, mali konulara ilişkin bir hükmü, idari yargı denetimine tabi olmaktadır. İdari yargı organı tarafından bu hükmün iptali durumunda ise iptal kararı, sözleşmenin tarafları arasında sonuç doğuracaktır.

İşletmeciler arasındaki sözleşmeler konusunda da Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun etkin bir rol oynadığı, ticari işletmeler arasında geçerli olacak mali hükümler getirebildiği görülmektedir. Özellikle, işletmeciler arasında erişim, elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulması, konusunda Kurumun yetkileri oldukça ileri düzeydedir. 5809 sayılı Kanunun “Erişim Yükümlülüğü” başlıklı 16. maddesine göre;

“Erişim yükümlülükleri ve yükümlülüğün kapsamı Kurum tarafından belirlenir. Kurum; bir işletmecinin diğer bir işletmecinin bu Kanunun 15 inci maddesinde belirtilen hususlarda erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde, söz konusu işletmeciyeye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebilir./ (2) Bu Kanun uyarınca, tüm işletmeciler, talep gelmesi halinde birbirleriyle arabağlantı müzakerelerinde bulunmakla yükümlüdürler. Tarafların anlaşamamaları halinde Kurum, işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirebilir./ (3) Kurum, erişim ve arabağlantı yükümlülüklerini, bu Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurarak kamu menfaati açısından gerekli gördüğü

²⁶ Yargıtay HGK, 13.10.2010 tarih ve E.2010/13-406, K.2010/503 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde diğer kararlar için Bkz. Yargıtay 13. HD, 18.12.2008 tarih ve E.2008/11001, K.2008/15063; Yargıtay HGK 13.05.2009 tarih ve E.2009/13-122, K.2009/189; Yargıtay 13. HD, 20.05.2009 tarih ve E.2009/733, K.2009/6925.

*hallerde, yapacağı düzenlemelerle sınırlandırabilir./(4) Kurum, tüm erişim anlaşmalarının bu Kanunun amaç ve kapsamına, rekabetin ve tüketici haklarının korunmasına ve şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışılabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliğine uygun olarak tesis edilmesine ve uygulanmasına yönelik düzenlemeleri yapar./(5) Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere, diğer işletmecilerin makul erişim taleplerini, bu Kanun hükümleri çerçevesinde karşılamalarına yönelik olarak eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, **maliyet ve makul kâra dayalı olma yükümlülükleri ile erişim hizmetlerini kendi ortaklarına, iştiraklerine veya ortaklıklarına sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede sunma yükümlülüğü getirebilir.**”*

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, işletmecilere erişim yükümlülüğü getirirken, erişim şartlarını ve hatta ücretini dahi belirleyebilmektedir. Aynı şekilde, tesislerin ortak kullanımı ve bunun ücreti konusunda da Kurum’un yetkili olduğu görülmektedir. 5809 sayılı Kanunun 17/2. maddesine göre, “Kurum, işletmecilere kendi tesislerinde, diğer işletmecilerin ekipmanları **için maliyet esaslı bir bedel karşılığında**, başta fiziksel ortak yerleşim olmak üzere her türlü ortak yerleşim sağlama yükümlülüğü getirebilir. Kurumca öngörülmesine rağmen işletmecilerin ortak yerleşim tarifelerini maliyet esaslı belirlememesi ve bu durumun tespit edilmesi halinde, **Kurum ortak yerleşim tarifelerini; maliyetleri, uluslararası uygulamaları ve/veya rayiç bedelleri uygun olduğu ölçüde dikkate alarak belirler.**”

İşletmeciler arasında erişimden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da Kurumun oldukça ileri düzeyde yetkileri vardır. Şöyle ki; taraflar arasında bir anlaşma olmaması durumunda veya mevcut erişim sözleşmenin uygulanması sırasında bir anlaşmazlık olduğunda, Kurum uzlaştırma prosedürünü işletebilir ve bu arada taraflar arasındaki ücreti de geçici olarak belirler. Ancak uzlaştırma prosedürü sonucunda taraflar arasında anlaşma sağlanamazsa Kurum, ücret dahil taraflar arasında geçerli olacak hükümleri tek yanlı olarak belirler. Kanunun “Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü” başlıklı 18. maddesine göre;

“(1) Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır. Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir

*anlaşmazlık vuku bulması halinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya **geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere**, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer **tedbirleri almaya** veya uzlaştırma talebini reddetmeye **yetkilidir.** (2) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması halinde, erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan **hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai haller hariç olmak üzere iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir.** Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılıncaya kadar uygulanmasına devam olunur./ (3) Erişim anlaşmaları imzalanmasını müteakip Kuruma sunulur. Kurum ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılık hallerinde işletmecilerden anlaşmalarda değişiklik yapılmasını ister. **İşletmeciler Kurumun değişiklik isteğini yerine getirmekle yükümlüdür.**”*

İşletmeciler, hangi şartlarda erişim sağlayacaklarına ilişkin referans erişim tekliflerini hazırlamakla yükümlendirilebilir ve bu teklifler Kurum tarafından onaylanarak ilan edilir. Kurum, tekliflerde değişiklik yapılmasını isteyebilir; istenilen değişiklik yapılmadığı takdirde Kurum, tek yanlı olarak teklifte değişiklik yapabilir. Kanunun “Referans erişim teklifi” başlıklı 19. maddesine göre;

*“(1) Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirebilir. Kurum tarafından referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler, bu yükümlülüğün getirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde söz konusu **teklifleri Kurumun onayına sunmakla yükümlüdürler.** (2) Kurum, bu Kanunun 4 üncü maddesindeki ilkeleri göz önünde bulundurarak, referans erişim tekliflerinde **gerekli değişikliklerin yapılmasını işletmecilerden isteyebilir.** İşletmeciler, Kurumun istediği değişiklikleri belirtilen biçimde ve verilen sürede yerine getirmekle yükümlüdürler. Verilen süre içerisinde Kurumun istediği değişikliklerin yapılmaması halinde, **Kurum bu değişiklikleri re’sen yapabilir.** (3) Kurum uygun gördüğü teklifleri onaylar. İşletmeciler, Kurum tarafından onaylanan referans erişim tekliflerini yayımlamakla ve Kurum tarafından onaylanan referans erişim tekliflerindeki şartlarla erişim sağlamakla yükümlüdürler.”*

Referans erişim teklifleri, sonradan taraflar arasında imzalanacak olan erişim ve ara bağlantı sözleşmelerinde yer alacak hükümleri ihtiva etmektedir. Bu yönüyle referans erişim teklifleri adeta bir sözleşme tasarısı hükmündedir. Mevzuata göre bu teklif erişim yükümlüsü işletmeci tarafından hazırlanmakta ve tarifelerde olduğu gibi Kurum tarafından onaylanmaktadır. Ancak Kurum, onayın ötesinde, teklifte değişiklik yapılmasını isteyebilmekte; hatta bu değişikliklerin yapılmaması durumunda tek yanlı olarak, re’sen kendisi yapabilmektedir. Bu teklifler, Kurumun ve işletmecinin internet sitesinde yayınlanmaktadır. Böylece diğer işletmeciler, yayınlanan bu referans erişim tekliflerine uygun olarak kendisi ile sözleşme kurulmasını talep edebilmekte, kabul edilmediği durumlarda da Kurum’a başvurarak bu sözleşmenin idare tarafından tek yanlı olarak kurulmasını sağlayabilmektedir. Bu niteliği ile referans erişim teklifleri de idarenin iradesini yansıtan bir idari işlem niteliğindedir ve idari yargı önünde dava konusu edilebilir. Referans erişim tekliflerinin işletmeci tarafından hazırlanması, bu işlemin onayı müteakip idari işlem olarak kabul edilmesine engel değildir. Asıl olan, işlem bakımından kurucu unsur olan, idarenin iradesidir²⁷.

Referans erişim tekliflerine göre işletmeciler arasında imzalanan ara bağlantı ve erişim sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmekle birlikte, bu sözleşmeler, idarenin doğrudan müdahale ettiği, hükümlerini idari işlem olarak ortaya koyduğu, idarenin iradesinin de sözleşmede kurucu irade olarak ortaya çıktığı bir sözleşme olduğundan, birleşme sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Referans erişim teklifleri, Kurum tarafından onaylanarak yayınlanır ve teklifi hazırlayan erişim yükümlüsü işletmeye karşı başvurabilecek herkes bakımından uygulanabilir niteliktedir. Bu yönüyle referans erişim tekliflerinin genel düzenleyici bir işlem özelliğine sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, erişim yükümlüsü olan şirket bakımından aslında birel nitelikte bir işlem söz konusudur. Aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere, bu tür işlemler idare hukuku öğretisinde genel düzenleyici işlem olarak değil, genel karar olarak

²⁷ Benzer durum, 4734 sayılı Kanunda teknik şartnamelerle ilgili olarak da söz konusudur. Kanunun 12. maddesine göre, teknik şartnamelerin idare dışında özel hukuk kişilerine hazırlatılması da mümkündür. Bununla birlikte hazırlanan teknik şartname idare tarafından benimsendiğinde, idarenin işlemi sayılır. Özel kişi tarafından hazırlanan metin, sadece bir hazırlık safhası, usuli safha olarak değerlendirileceğinden (Aynı referans erişim teklifi taslağında olduğu gibi) dava konusu edilemeyecek bir işlemdir. 4734 sayılı Kanunun 12. Maddesine göre; “...Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığının ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, **teknik şartnameler** bu Kanun hükümlerine göre **hazırlattırılabilir.**”

adlandırılmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihaleler bakımından geçerli olan ve Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşmeler düzenleyici işlem mahiyetindedir. Zira bu düzenlemelerin kapsamına girecek olan taraflar önceden belli değildir ve bu yönüyle tam anlamıyla bir genel düzenleyici işlem söz konusudur. Referans erişim teklifleri bakımından ise bundan farklı bir durumun bulunduğu, en azından belli bir işletmeciye yükümlülük getiren ve bu işletmeci bakımından birel niteliği tartışmasız olan bir işlemin söz konusu olduğu söylenebilir. Bu tespit özellikle, referans erişim tekliflerinin idari yargı tarafından iptali durumunda, bu iptal kararının etkileri bakımından önemlidir.

Elektronik haberleşme sektöründe, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, özel hukuk kişileri arasındaki sözleşme ilişkilerine müdahale etmesi yetkisini veren 5809 sayılı Kanun hükümlerinin, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmadığını da ifade etmek gerekir.²⁸

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 02.06.2011 tarih ve E.2008/115, K.2011/86 (17.03.2012 tarih ve 28236 sayılı RG). Anayasa Mahkemesi, kararında “genel açıklama” başlığı altında, düzenleyici denetleyici kamu kurumlarının işlevi üzerinde açıklamalarda da bulunmuştur. Buna göre, “*Toplumsal yaşamda önemli bir yere sahip olan, özellikle kamu hizmeti niteliği taşıyan ve doğal tekel olan ya da gelişen teknolojiyle doğal tekel özellikleri zayıflamış olsa dahi mevcut firmanın hâkim durumunu sürdürebileceği sektörlerin yer aldığı piyasalarda, serbest rekabet koşulları kendiliğinden oluşmamaktadır. Bu tür piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler serbestçe rekabet içinde bulunmak yerine, tekel haline gelme çabası içinde olabilmektedir. Bu nedenle, toplumun günlük yaşamında önemli bir yere sahip olan ve teknolojik gelişmelerin hızlı bir şekilde yaşandığı enerji, gaz, su ve haberleşme gibi mal ve hizmetlerin ürettiği piyasaların, devletin herhangi bir müdahalesi olmaksızın pazar koşullarına terk edilmesi, bu piyasalarda aksaklıklara yol açması nedeniyle kabul edilmemektedir. Bu nedenle devletler, bu piyasaların işleyişine çeşitli vasıtalarla ve belirli sınırlar içinde müdahale etmektedir. Devletlerin bu piyasalara müdahalesi, bazı sektörlerin kamu tarafından tekel olarak işletilmesi ya da bu sektörlerdeki özel işletmelerin regülasyonu şeklinde olmaktadır. /Bu sektörlerin devlet tarafından tekel olarak işletilmesinin, istenilen verimi ve toplumsal refaha beklenen katkıyı sağlayamaması gibi nedenlerle, devletin özelleştirme ve serbestleştirme yolu ile bu piyasalardan çekilmesi ile tekelci özellik gösteren bu piyasalardaki devletçi politikalar, yerini düzenlenmiş piyasalara bırakmakta ve bu alanlar, faaliyet gösterdikleri sektörlerin siyasi-idari etkilerden uzak, objektif, şeffaf ve öngörülebilir kurallarla çalışmasını sağlamak amacıyla kurulan bağımsız düzenleyici kurumlar tarafından doldurulmaktadır./ Elektronik haberleşme sektörü, bireysel haberleşmeyi sağlamanın yanı sıra, bilgi toplumunun temel altyapısını oluşturan ve kendi başına ekonomik değeri olan stratejik bir sektördür. Teknolojideki büyük gelişim, telekomünikasyon sektörünün yapısını değiştirmiş, bu çerçevede bir taraftan pazar sınırlarının ortadan kalkması, diğer taraftan sektördeki ürün çeşitliliğinin genişlemesi, telekomünikasyon hizmetlerini hayatın vazgeçilmez bir parçası haline getirerek, piyasadaki arz ve talep dengelerinin yeniden oluşmasına yol açmıştır. Küresel düzeyde yaşanan bu gelişmeler, telekomünikasyon hizmetlerinin geleneksel tekelci ve devletçi yapıdan çıkarılarak, özel sektörün de katılımıyla rekabetçi bir ortamda verilmesi sonucunu doğurmuş ise de; yeni operatörlere yetki veya lisans verilmesi, bu operatörlerin piyasaya girişindeki engellerin kaldırılması, piyasaya yeni giren operatörlerle üzerine evrensel hizmet*

İdarenin müdahale ettiği sözleşmeler, enerji sektöründe de oldukça yoğun şekilde görülmektedir. Sektörde düzenleyici denetleyici kurum niteliğindeki Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), elektronik haberleşme ve iletişim sektöründe olduğu gibi, özellikle doğalgaz ve elektrik sektöründe faaliyet gösteren üreticiler ve dağıtım şirketlerinin kendi aralarında veya dağıtım şirketleri ile aboneler arasında söz konusu olan ve özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelere müdahale etmektedir. Bu müdahale, taraflar arasındaki mali hükümlerin doğrudan düzenlenmesine kadar gidebilmektedir.

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu’nun “tarifeler” başlıklı 11. maddesi, doğal gaz piyasasındaki sözleşmeler konusunda EPDK’nın yetkilerini ortaya koymaktadır. Düzenlemeye göre;

“1) Bağlantı Tarifeleri: Kurumca belirlenecek bağlantı tarife esasları, ilgili bağlantı anlaşmalarına dahil edilecek olan ve iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı için eşit durumda olan serbest tüketiciler arasında ayırım yapılmaması esasına dayalı hükümleri ve şartları içerir. Fiyatlar, bu esaslar dahilinde taraflarca serbestçe belirlenir. Abonelere Kurum ve dağıtım şirketi arasında belirlenen sabit bağlantı tarifeleri uygulanır.

2) İletim ve Depolama Tarifesi: Kurum, iletim ve sevkiyat kontrolüne ait tarifeleri belirler. Tarifelerde iletim mesafesi, iletilen gaz miktarı ve öngöreceği diğer faktörleri dikkate alır.

ara bağlantı görevi yüklenmiş olan operatörlerin birbirine bağlı olup olmadıklarının izlenmesi ve yüksek maliyetli veya düşük getirili yerlerde de hizmet sunumunun sağlanması gibi gereklilikler; elektronik haberleşme sektörünün bağımsız kuruluşlar tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesini zorunlu kılmaktadır./ Bu bağlamda, Devletin elektronik haberleşme sektöründe Anayasa’nın 167. maddesindeki görevlerini yerine getirmek üzere 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuş; 2813 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 5809 sayılı Kanun’un 67. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasında Kurumun görevlerini yerine getirirken bağımsız olduğu, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kuruma emir ve talimat veremeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Kurumun görev ve yetkilerinin çerçevesi ise 5809 sayılı Kanun’un 6. maddesiyle belirlenmiştir./ Bu görev ve yetkiler çerçevesinde, temel işlevi telekomünikasyon alanındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve bu kurallara uyulmaması halinde de, ya doğrudan doğruya yaptırım uygulamak veya bazen de kanunlarda gösterilen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirmek olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan, kamu tüzel kişiliğine sahip, görev alanına ilişkin sektörde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı olarak, kamu yararı amacıyla düzenleyici işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, gördüğü hizmet sürekli ve asli nitelik taşıyan bir kuruluştur.”

İletim ve sevkiyat kontrol hizmeti yapan tüzel kişiler tarifelerini Kurum tarafından belirlenecek süre içerisinde Kuruma bildirirler. Kurum, bildirilen tarifelerden ve bu maddede yer alan esaslardan hareketle yeni tarifeleri belirler.

Kurum tarafından hazırlanacak olan iletim tarifi üretilen, ithal veya ihraç edilen doğal gazın nakli için iletim şebekesinden yararlanan eşit durumda olan tüm kullanıcılar arasında fark gözetmeksizin uygulanacak fiyatları, hükümleri ve tarife şartlarını içerir.

Kurum, transit doğal gaz iletiminin teşvik edilmesi amacıyla transit iletim tarifelerini yurt içi iletim tarifelerinden farklı usul ve esaslara göre tespit etme yetkisine sahiptir.

Depolama tarifeleri depolamacı şirketler ile depolama hizmeti alan tüzel kişiler arasında serbestçe belirlenir.

İletim ve depolama şirketleri ekonomik, verimli ve güvenli işletmecilik hizmeti verdiklerini Kuruma göstermek zorundadırlar.

3) Toptan Satış Tarifi: Kurum doğal gaz satış tarifelerinde esas alınacak unsurlar ve şartları belirler. Satış fiyatları ise, bu esaslar dahilinde doğal gaz alım satımı yapan taraflarca serbestçe belirlenir.

4) Perakende Satış Tarifi: Dağıtım şirketleri en ucuz kaynaktan gaz temin ettiklerini, verimli ve güvenli işletmecilik yaptıklarını ispat etmek zorunda olup, lisans süresi içerisinde de bu yükümlülüğe uymak zorundadır. Dağıtım şirketinin birim gaz alım fiyatı, birim hizmet bedeli, amortisman bedelleri ve diğer faktörlerden meydana gelecek olan perakende satış fiyatları ve tarife esasları Kurumca belirlenir. Belirlenen perakende satış fiyatının dışında tüketicilerden herhangi bir ad altında ücret talep edilemez. Perakende satış tarifeleri enflasyon ve diğer hususlar göz önüne alınarak, dağıtım şirketlerinin Kuruma başvurması halinde yeniden tespit edilebilir. Kurum bu fiyatların tespitinde hizmet maliyeti, yatırıma imkan sağlayacak makul ölçüde karlılık ve piyasada cari olan doğal gaz alım fiyatlarını ve benzeri durumları dikkate alır. Kurulun onayladığı tarifelerin hüküm ve şartları, bu tarifelere tabi olan tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlar.../Bu maddede belirtilen esaslar doğrultusunda Kurum, bütün tarife türleri için tarifeler yönetmeliği hazırlar. Bu yönetmelik çerçevesinde, ilgili tüzel kişilerce tarife önerileri hazırlanır ve Kuruma sunulur. Kurum ilgili tüzel kişilerin mali verileri

ve tarife önerileri ile piyasa verilerinden hareketle tarifeleri belirler. İlgili tüzel kişiler, Kurul tarafından onaylanan tarifeleri uygular. Tarife esasları ve limitleri Kurumca enflasyon ve diğer hususlar göz önüne alınarak yeniden ayarlanabilir.”

EPDK, tarifeleri belirleme yetkisi ile özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmelere müdahale etmekte ve taraflara sınırlar çizmektedir. Aynı durum, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda da mevcuttur. Elektrik Piyasasında yer alan üretici ve dağıtıcı şirketlerin ve abone sayısının fazlalığı, idarenin müdahale ettiği alanı genişletmiş; buna bağlı olarak uyuşmazlık sayısını artırmıştır. Kanunun tarifeleri düzenleyen 13. maddesinde, tarifelere ilişkin esaslar düzenlenmiştir;

“Bu kısımda düzenlenen ve bir sonraki yıl uygulanması önerilecek tarifeler, ilgili tüzel kişi tarafından bu Kanun hükümleri doğrultusunda ve kendisine Kurul tarafından verilen lisanstaki hükümler uyarınca her yıl ekim ayının sonuna kadar hazırlanır ve Kurul onayına sunulur. Kurul, bu başvuruların ilgili lisans hükümlerine uygun olduğunu tespit etmesi halinde, bu başvuruları aynı yılın 31 Aralık tarihini geçmeyecek şekilde onaylar./ Lisans sahibinin, bir sonraki yıl boyunca tarifelerde yapacağı aylık enflasyon ve lisansında belirtilen diğer hususlarla ilgili ayarlamalar da Kurul onayında yer alır. Bu tür fiyat ayarlamaları ile ilgili formüller Kurum tarafından bu Kanun hükümleri doğrultusunda verilen her lisansta bulunur. Fiyat yapısı içinde, söz konusu tüzel kişinin piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsur yer alamaz”

III. Birleşme Sözleşmelerin İdari İşlem Niteliğindeki Hükümlerinin İptalinin Sonuçları

Birleşme sözleşmelerin, taraflar dışında yer alan bir idari makamın idari işlemi niteliğinde olan hükümleri, idari yargı yerleri önünde dava konusu edilebilir. Bu davalar sonucunda sözleşme hükmü niteliğinde olan idari işlemin iptal edilmesi durumunda, yargı kararının, kurulmuş bulunan sözleşmenin tarafları arasındaki sonuçlarının ayrıca ele alınması gerekir. Bu durumda, geleneksel idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayırımından hareketle sonuca ulaşmak mümkün değildir. Böyle bir durumda, idare hukuku rejimi ile özel hukuk rejiminin birlikte ele alınması ve bir çözümün oluşturulması gerekir. Bu sebeple de, bu tür sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmek suretiyle, sözleşme hükmü niteliğindeki idari işlemin iptalinin

sözleşme üzerinde hiçbir etkisi olamayacağı sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmesi yanında farklı bir kategori oluşturduğu ve iki farklı hukuki rejime ve bunun sonucu olarak da iki farklı yargı düzeninin denetimine tabi olduğunu ortaya koymak gerekir.

Özel hukuk sözleşmelerinden farklı nitelikte birleşme sözleşme kategorisinin kabul edilmemesinin sonuçları vahimdir. Nitekim Yargıtay, bu tür sözleşmeleri özel hukuk rejimi esasları ile kavradığından hukuken kabul edilemez sonuçlara ulaşmaktadır. Bir doğalgaz dağıtım şirketi, BOTAŞ’tan satın aldığı doğalgazı müşterisine, EPDK’nın belirlediği taşıma bedellerini eklemek suretiyle, satmıştır. Danıştay, EPDK’nın taşıma bedellerini düşük belirlediği gerekçesiyle, bu kararı iptal etmiştir. Doğalgaz dağıtıcısı şirket, idari yargı tarafından verilen iptal kararının geçmişe etkili olduğunu ifade ederek, müşterisinden eksik tahsil ettiği bedelleri talep etmiş ve yerel mahkeme davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay’ın konuya ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir;

“...İptal kararına konu düzenleyici işlem idare hukuku ilkelerine göre geçmişe yönelik olarak ortadan kalkarsa da dava edilen husus düzenleyici işlem esas alınarak tesis edilen bir idari işlem değil, tamamen özel hukuk hükümlerine tabi bir borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca serbest tüketici sıfatı olan davalının düzenleyici işlemin iptaline ilişkin davanın tarafı olmadığı da uyuşmazlık konusu değildir. Bu nedenle meselenin özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir./ Taraflar arasındaki sözleşmede, Doğalgaz Piyasası Kanununda ve bu Kanunun ikincil mevzuatında davacı şirketin geçmişe dönük taşıma bedeli talep edebileceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Tanzim edilen faturalar davalı tarafından ödenmiş davacı da bu ödemeleri ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul etmiştir... Bu durumda davacının taraflar arasındaki borç ilişkisinde özel hukuk hükümlerine göre geçmişe yönelik olarak taşıma bedeli altında ücret talep etmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden, somut olaya uygulanma imkanı bulunmayan idare hukukuna ilişkin genel hukuk ilkelerine göre davanın kabulüne hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”²⁹

²⁹ Yargıtay 19 HD, 04.11.2010 tarih ve E.2010/5556, K.2010/12508 (Yayınlanmamıştır). Aynı yönde başka bir karar için Bk. Yargıtay 19 HD, 13.10.2010 tarih ve E.2010/4118, K.2010/11216 (Yayınlanmamıştır).

Özel hukuk sözleşmeleri dışında, idare hukuku rejimini de kapsayan, idarenin tek yanlı iradesinin de katıldığı karma nitelikte, birleşme sözleşmeler kategorisinin kabul edilmemesinin en çarpıcı, hatalı sonucu, bu kararda ortaya çıkmaktadır. Bu kararın kabul edilemez nitelikteki bölümleri, salt özel hukuk rejimi ile idare hukuku rejimini de ilgilendiren bir konuda değerlendirmeler yapılmasından; birleşme nitelikteki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi rejimine göre çözümlenmeye çalışılmasından kaynaklanmaktadır. Yargıtay, söz konusu sözleşmeyi, iki tarafın serbest iradelerinin sonucunda oluşan bir özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirmiştir. Oysa tarafların iradesi dışında ve fakat onlar için bağlayıcı olan sözleşme hükümleri de söz konusudur. Karardaki ilk değerlendirme yanlışı şu cümledir; “*İptal kararına konu düzenleyici işlem idare hukuku ilkelerine göre geçmişe yönelik olarak ortadan kalkarsa da dava edilen husus düzenleyici işlem esas alınarak tesis edilen bir idari işlem değil, tamamen özel hukuk hükümlerine tabi bir borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır.*” Şüphesiz, sözleşmenin tümü bir idari işlem olarak değerlendirilemez; ancak sözleşmenin hükmü niteliğinde olan bir idari işlem söz konusudur. Somut uyuşmazlıkta, tarife, düzenleyici işlem niteliğinde değil, sözleşmenin tarafları bakımından birel işlem etkisi yaratan bir genel karardır. Üstelik sözleşme hükmü sayılan bu işleme karşı dava açılmış, itiraz edilmiştir. Bunun iptalinin sözleşmenin tarafları bakımından hüküm doğurmaması düşünülebilir mi? Bir diğer değerlendirme yanlışı ise *Ayrıca serbest tüketici sıfatı olan davalının düzenleyici işlemin iptaline ilişkin davanın tarafı olmadığı* hususudur. Burada da idari yargıda verilen iptal kararlarının sonuçları hususunda yanlışlığa düşülmüştür. Ayrıca Yargıtay’a göre, “*Taraflar arasındaki sözleşmede, Doğalgaz Piyasası Kanununda ve bu Kanunun ikincil mevzuatında davacı şirketin geçmişe dönük taşıma bedeli talep edebileceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.*” Taraflar serbest iradeleri ile sözleşmeye böyle bir hüküm koyabilir miydi? Hiç şüphesiz bu mümkün değildir. Ancak Yargıtay, tarafların serbest iradeleri ile oluşturulan bir özel hukuk sözleşmesinin mevcudiyetinden hareketle, böyle hatalı bir değerlendirme yapmaktadır.

Bir başka uyuşmazlıkta, uyuşmazlık tarihi itibarıyla yürürlükte olan mevzuat hükümleri ve EPDK kararlarına göre; 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun geçici 9. maddesine göre, EPDK’nın 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı Kurul kararı ile onaylanan “*20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimleri Hesaplaması ve Tarife Metodolojisi*”nin geçiş dönemi tarife uygulamalarına ilişkin II. Bölüm Perakende Satış Hizmeti Tarifesinin Hesaplanması

Değişikliği başlıklı 2/B maddesinde; geçiş dönemi süresince iletme doğrudan bağlı aboneler haricindeki tüm abone grupları için Perakende Satış Hizmeti Tarifesinin kWh bazında belirlenmiştir. Buna göre bir elektrik dağıtım şirketi, Perakende Satış Hizmeti bedelini kWh üzerinden hesaplamak suretiyle elektrik üreticisi şirketten tahsil etmiştir. Üretici şirket, Perakende Satış Hizmeti bedelinin kWh üzerinden hesaplanmak suretiyle tahsiline ilişkin uygulamanın hukuka aykırı olduğunu, buna son verilmek suretiyle mevzuata uygun bir uygulama yapılması istemiyle EPDK'ya başvurmuştur. Söz konusu başvuru, EPDK'nın 23.01.2008 tarih ve 2073 sayılı işlemi ile reddedilmiştir. Bunun üzerine ret işlemi ve 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı EPDK Kurul kararının perakende satış hizmeti bedelinin (PSHB) kWh bazında belirlenmesine ilişkin geçiş dönemi tarife uygulamalarına ilişkin II. Bölüm Perakende Satış Hizmeti Tarifesinin Hesaplanması Değişikliği başlıklı 2/B maddesinin iptali istemiyle iptal davası açılmıştır. Danıştay 13. Dairesi 06.04.2011 tarih ve E.2008/2695, K.2011/1368 sayılı kararıyla, EPDK'nın 23.01.2008 tarih ve 2073 sayılı başvurunun reddi işlemini ve 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı Kurul kararının perakende satış hizmeti bedelinin (PSHB) kWh bazında belirlenmesine ilişkin kısmını iptal etmiştir. Danıştay kararında şu değerlendirme yapılmıştır;

“...perakende satış hizmetinin ve buna ilişkin tarifenin Kurulun 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı kararı ile onaylanan 20 Dağıtım Şirketi için Gelir Gereksinimi Hesaplaması ve Tarife Metodolojisinde ne şekilde dikkate alındığı incelendiğinde, “Dağıtım Bölgesi Tarifelerinin Hesaplanması”na ilişkin I. Bölümünde; tüketici tarifeleri bileşenlerinin; perakende enerji satış tarifesi, dağıtım sistem kullanım tarifesi, perakende satış hizmeti tarifesi ve iletim bedeli olarak belirlendiği ve perakende satış hizmeti tarifesinin; serbest ve serbest olmayan tüketicilerin sayaç endekslerini okuma ve faturalama ile ilgili maliyetlerini yansıtacak fiyatlar olduğu görülmektedir. Yine bu bölümde tarifeye esas abone grupları, serbest olan ve olmayan tüketici ayırımı yapılmaksızın temel olarak mesken, sanayi, ticarethane, tarımsal sulama ve aydınlatma gruplarından oluşturulmuştur. Ayrıca bu bölümde perakende satış hizmeti tarifesinin belirlenmesinde, mevcut aktif enerji kullanımı yerine abone başına fiyatlandırmanın, perakende satış hizmeti ile ilgili endeks okuma, faturalandırma vb abone hizmetleri gibi faaliyetlerin maliyetinin ilgili mevzuatta da belirtildiği üzere abone başına sabit bir ücret olarak yansıtılması kabul edilmiş, öte yandan perakende satış hizmeti tarifesine baz teşkil edecek olan abone gruplarının, ölçek ekonomisi farkından dolayı bir AG abonesinin maliyeti ile bir OG abonesinin maliyetinin birbirinden

farklı olacağı varsayımından hareketle, OG ve AG aboneleri olarak belirlenmesi öngörülerek, perakende satış hizmetinin en önemli faaliyetinin endeks okuma olduğu, endeks okuma işleminden doğan maliyetin, tüketim büyüklüğüne göre değişmediği, sadece abone sayacına ulaşım zorluğu ve birim zamanda okunan abone sayısına göre değişiklik gösterdiği ve yapılan çalışmalarda gerek mesafeden kaynaklanan maliyetler ve gerekse zamandan kaynaklanan maliyetlerin uluslar arası örnek şirketlerin uygulamaları ve sahada bu konuda yapılan tespitler sonucunda bir OG abonesinin sayacını okumanın AG abonesinin sayacının okunmasına göre yaklaşık 10 kat daha fazla maliyeti olduğunun belirlendiği değerlendirilerek yapılarak perakende satış hizmeti tarifesi hesaplanması yöntem ve formülü açıklanmıştır./ Anılan metodolojinin Geçiş Dönemi Tarife Uygulamalarına İlişkin II. Bölümünde ise 4628 sayılı Kanunun geçici 9. maddesine yapılan atıfla geçiş dönemi tarifelerinin uygulanmasının gerekliliğinden bahisle geçiş dönemi tarifelerinin belirlendiği açıklanmıştır. Bu bölümün dava konusu edilen (B) bendinde ise perakende satış hizmeti tarifesi hesaplanması değişikliğine yer verilerek “Geçiş dönemi süresince perakende hizmetler bedeli iletme doğrudan bağlı aboneler haricindeki tüm abone grupları için aşağıdaki şekilde uygulanacaktır. I. Bölümde olduğu gibi verimlilik uygulanmamış perakende satış hizmeti işletme giderleri direkt olarak perakende satış hizmeti gelir tavanı olarak belirlenmektedir. I. Bölümde abone başına sabit bir ücret olarak belirlenen perakende satış hizmeti tarifi, geçiş döneminde tüketici tarifelerinin dengelenmesi bakımından kWh bazında belirlenmiştir.” Denilmiştir./ Yukarıda alıntısı yapılan mevzuat hükümleri ile dava konusu metodolojisine göre, perakende satış hizmeti, perakende satış lisansına sahip şirketler tarafından, elektrik enerjisi ve/veya kapasite satımı dışında, tüketicilere sağlanan sayaç okuma, faturalama gibi hizmetlerden meydana gelmektedir. Sayaç okuma ve faturalama hizmetlerine ilişkin maliyetlerin, abone grubuna ve tüketilen enerji miktarına göre değişiklik gösterecek maliyetler olmadığı ve bu nedenle abone başına sabit bir ücret olarak uygulanması gerektiği ortadadır. Kaldı ki buna ilişkin maliyetlerin metodolojisinin I. Bölümünde abone başına sabit bir ücret olarak belirlendiği açık bir şekilde ifade edilmiştir./ Bu durumda, perakende satış hizmet tarifesinin, geçiş döneminde tüketici tarifelerinin dengelenmesi bakımından kWh bazında belirlenmesine ilişkin 20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimi Hesaplaması ve

*Tarife Metodolojisinin, Geçiş Dönemi Tarife Uygulamaları Başlıklı II. Bölümün (B) bendi ile perakende satış hizmeti bedeli uygulamasının sona erdirilmesi ve perakende satış hizmeti bedelinin mevzuata uygun olarak belirlenerek uygulama yapılması konusunda yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem hukuka uygun bulunmamıştır.*³⁰

Danıştay kararıyla iptal edilen işlemin sözleşmenin tarafları üzerindeki etkisi hususunda sonuca ulaşmak için öncelikle iptal edilen işlemin mahiyetini tespit etmek gerekir.

EPDK tarafından alınan 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı EPDK Kurul kararının mahiyeti:

Söz konusu kararın bir idari işlem olduğu şüphesizdir. İdari işlem, gerek yargı kararlarında ve gerekse öğretide idari fonksiyon, kamu hizmeti veya idari usul kavramları kullanılmak suretiyle tanımlanmıştır. En sık kullanılan tanımlamaya göre idari işlem şu şekilde tanımlanmaktadır; *“iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından idari işlem, idari makamların kamu gücü kullanarak, idare hukuku alanında yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır.”*³¹ İdarenin kamu gücü kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği idari işlemler tek yanlı irade açıklamasının ürünüdür ve icrailik özelliği ile donatılmıştır. İcrailik, idarenin iradesinin açıklanmak suretiyle mevcut hukuk düzeninde etkiler yaratması, hukuki sonuçlar ortaya çıkarmasıdır.³² Hiç şüphe yok ki, tek yanlı icrai karar alabilme yetkisi idari rejimin bir sonucudur. İdari işlemin bir diğer özelliği ise idari işlemlerin kanunilik karinesinden yararlanmasıdır. Bu özellik, tek yanlılık ve icrailik ile birlikte ele alınmaktadır. İdari işlemin icrai nitelikte olması, aksi ispat edilinceye kadar idari işlemin hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir. Bu bakımdan idari işlemler “kanunilik Karinesi”nden³³ yararlanırlar. Başka bir ifadeyle **idari işlem, açılan bir iptal davası sonucu iptal edilinceye ya**

³⁰ Danıştay 13. D, 06.04.2011 tarih ve E.2008/2695, K.2011/1368 (Yayınlanmamıştır).

³¹ **Balta**, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, 1968-1970, s.155; **Tan**, Turgut, İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri, II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi (10-14 Mayıs 1993), İdari Yargının Dünyadaki Bugünkü Yeri, Ankara 1993, s.195; **Gözübüyük**, Şeref-**Tan**, Turgut: İdare Hukuku c1, Turhan Kitabevi 2007, s.409 vd; Danıştay 10 D,28.11.1996, E.1995/6770, K.1996/7965, Danıştay Dergisi, 1997, sy.93, s.538; Uyuşmazlık Mahkemesi. 11.11.1983, E.1983/7, K.1983/27, Resmi Gazte, 26.12.1983, sy.18263.

³² **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.368; **Erkut**, Celal, İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s.119.

³³ Danıştay, kanunilik karinesini, doğruluk karinesi olarak da adlandırmıştır. Danıştay 9D, 13.11.1973, E 1972/1739, K 1973/2182, DD, 1974, sy. 14-15, s. 423; Danıştay 3 D, 28.05.1981, E 1981/83, K 1981/100, DD, 1982, 1982, sy. 44-45, s. 75.

da yapılan başvuru üzerine veya idare tarafından kendiliğinden geri alınmıyca, kaldırılmıyca kadar “kanuni dayanağa sahip”, “hukuka uygun” kabul edilirler.³⁴ O halde, mahkeme kararıyla iptal edilmemiş veya idare tarafından geri alınmamış ise idari işlem hukuken varlığını sürdürür. Hukuken varlığını sürdüren idari işlem icrailik özelliği sebebiyle hukuki etki yaratır, hukuksal durumlarda değişiklik yapar veya yeni bir hukuki durumun oluşumunu sağlar.

İdari işlemler çeşitli açılardan ayırıma tabi tutulur. Somut uyumsuzlukta kullanılan genel düzenleyici işlem-birel işlem ayırımı idari işlemlerin maddi açıdan sınıflandırılmasında söz konusu olur. **Genel düzenleyici işlem, genel, soyut, kişilik dışı hükümler içerir; bireysel (birel) işlemler ise bir kişi veya belirlenebilir sayıda bir grubu, somut bir olayı ilgilendirir.** Düzenleyici işlemler bu yönüyle sosyal hayatın bir gereği iken birel işlem ise zaman ve kişi olarak belirlenmiş bir ihtiyaca cevap vermektedir. Ayrıca birel işlem sadece bir uygulama işlemidir ve düzenleyici işlem tarafından belirlenen haklar ve borçları hayata geçirir. Birel işlem tarafından kişiye sağlanan haklar veya yüklenen yükümlülükler daha önce bir norm tarafından kişilik dışı bir şekilde oluşturulmuştur. Dolayısıyla düzenleyici işlem ile birel işlem arasında öncelik sonralık ilişkisi de mevcuttur. Bütün bu hususlar mantıken birel işlemlerin düzenleyici işlemlere tabi olması sonucunu doğurur³⁵.

Genel düzenleyici işlem, idarenin gelecekte nasıl karar alacağını önceden ilan edilmesidir. Birel işlem yapma durumunda olan idare, daha önce bizzat kendisi tarafından yapılan genel düzenleyici işleme uymak zorundadır. İdare, genel düzenleyici işlem ile gelecekteki iradesini nasıl kullanacağını ifade etmektedir. *Kendi koyduğun kurala uy (Tu patere legem quem fecisti)* ilkesi, hukuki güvenlik ve eşitlik prensiplerinin gereğidir³⁶. Birel ve genel düzenleyici işlem arasındaki uyumsuzlukta, hukuki güvenlik ilkesi gereğince genel olana öncelik verilmelidir³⁷. İdarenin kendi koyduğu kurala kendisinin uyması prensibi yanında, başkaca idari makamlar tarafından ortaya konan genel düzenleyici işlemlere de uygun hareket etmesi gerekir.

Somut olaya dönülecek olursa, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun geçici 9. maddesine göre, 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı EPDK Kurul kararı

³⁴ Akylmaz/Sezginer/Kaya, s.367.

³⁵ Rainaud Jean Marie, La Distinction de L’Acte Réglementaire et de L’Acte Individuel, LGDJ Paris 1966, s.25.

³⁶ Moreau, Jacques, Droit Administratif, Pres Universitaires de France, 1989, s. 530.

³⁷ Rougevin-Baville/Denoix De Saint Marc/Labetoulle, s.29.

ile onaylanan “20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimleri Hesaplaması ve Tarife Metodolojisi” başlıklı işlem, maddi açıdan nasıl bir işlemdir? İşlemin Danıştay tarafından iptal edilen, geçiş dönemi tarife uygulamalarına ilişkin II. Bölüm Perakende Satış Hizmeti Tarifesinin Hesaplanması Değişikliği başlıklı 2/B maddesi hükmü, davanın tarafları arasındaki *sistem kullanım anlaşmasına* dayalı olarak Perakende Satış Hizmeti bedelinin hesaplanmasına ilişkin bir hükümdür. Üretim ve dağıtım şirketleri arasında akdedilmiş bulunan *sistem kullanım anlaşması*nda Perakende Satış Hizmeti bedelinin hesaplanmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. EPDK kararı adeta sözleşmenin bu konuya ilişkin hükmü niteliğindedir. Taraflar arasındaki Perakende Satış Hizmeti bedeli EPDK tarafından tek yanlı olarak belirlenmiştir. Bu işlem, Kanun ve Yönetmelik hükümlerine göre taraflar için bağlayıcı olup üzerindeki müzakere edilmek suretiyle oluşturulmuş bir sözleşme hükmü değildir. Bununla birlikte taraflar arasındaki *sistem kullanım anlaşması* EPDK kararının bunlar bakımından uygulanmasını sağlamaktadır. Bu değerlendirmelerden anlaşılacağı üzere EPDK kararının tipik bir genel düzenleyici işlem olarak tanımlanması mümkün değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, **Genel düzenleyici işlem, genel, soyut, kişilik dışı hükümler içerir; bireysel (birel) işlemler ise bir kişi veya belirlenebilir sayıda bir grubu, somut bir olayı ilgilendirir.** “20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimleri Hesaplaması ve Tarife Metodolojisi” başlıklı işlemin genel soyut kişilik dışı olduğu ve bir kişi veya belirlenebilir sayıda bir grubu, somut bir olayı ilgilendirmedeği söylenebilir mi? Hiç şüphesiz bu soruya olumsuz cevap verilecektir. Bu işlem, ne tam bir genel düzenleyici işlem ne de tam olarak birel bir işlemdir. İşlemin yöneldiği kişiler bakımından birel nitelikte kabul edilmesi gerekir. Bu işlemler, genellikleri yanında somut bir olayı ve belirli kişileri ilgilendirmeleri, birel nitelikleri de dikkate alınmak suretiyle, “*genel karar*”, “*karma işlem*”, “*ara işlem*”, “*somut olay işlemi*”, “*özel işlem*” vb adlarla anılır. Genel ve birel olma özelliklerini bünyesinde birlikte taşıyan bu tür işlemler öğretide şu şekilde ifade edilmektedir;

Akılmaz-Sezginer-Kaya’ya göre³⁸;

“İdari usulün konusu olarak idari işlemin belirlenmesinde genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı ya da özel, somut, bir kere uygulanmakla tükenen işlem olup olmadığı yanında somut bir olaya ilişkin, ancak sayıları belli olmayan kişilere yönelik tasarruflar; bir kişi için özel–somut, diğer bir kişi içinse genel–soyut bir düzenleme içeren tasarruflar

³⁸ Akılmaz/Sezginer/Kaya, s.379-380.

ve somut bir olayı düzenleyen, ancak belli bir zaman dilimine yayılan tasarruflar, yeni yaklaşımları da beraberinde getirmektedir.

Bu yaklaşımlardan biri olarak karşımıza çıkan genel karar, düzenleme yapıldığı anda sayıları belli veya belirlenebilir birden çok kişiye yönelik olan, sadece onların hukuki durumunu etkileyen ve idare tarafından “genellik” unsurları çerçevesinde hazırlanan idari işlemlerdir³⁹. Bu özellik genel kararı, hazırlandığı anda sayıları belli olmayan birden çok kişiye yönelen ve bir kere uygulanmakla tükenmeyen, tüzük, yönetmelik gibi genel düzenleyici işlemlerden ayırmaktadır.

Genel karar, idari işlemin özel bir şeklidir. Genel kararın belirleyici özelliği, “genel” unsurlar içeren düzenlemesi yanında, belirli ya da belirlenebilir sayıda birden fazla kişi ya da nesneye yönelmiş olmasıdır. Yani genel kararın, hukuki açıdan özelliği, yapılan hukuki düzenlemenin yöneldiği kişi ya da nesneyle ilgilidir. Ancak, sayıları ne kadar çok olursa olsun yöneldiği kişi ya da nesneler belli veya belirlenebilir nitelikte olduğu için genel karar, genel düzenleyici işlemlerden farklı olarak “genel norm” değil, “özel norm”lardan oluşur⁴⁰. Bu sebeple genel karar, genellik özelliği taşımakla beraber, genel düzenleyici işlem değildir.”

Özay’a göre⁴¹;

“Bazı işlemler de vardır ki, geneline bakıldığında şeklen olduğu gibi maddeten de bu niteliği taşır gibi görünse ve hatta genel olma niteliği ağır bassa bile geniş anlamda özel ya da “birel” nitelikler de içerebilir. Bu türlere karma işlem denilir.”

Gözler’e göre⁴²;

“İdarenin bazı işlemleri ne bireysel ne de düzenleyici niteliktedir. Bu tür işlemlere düzenleyici olmayan işlemler, özel işlemler, somut olay işlemleri, ortalama işlemler veya ara işlemler denir. Bu tür işlemlere türü kendine özgü işlemler de denebilir... Bu tür işlemler düzenleyici işlemlere benzerler; çünkü norm koyarlar; ancak koydukları norm, sadece somut bir duruma ya da özel bir muameleye ilişkindir. Bu

³⁹ Akylmaz, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Seçkin, Ankara 2000, s. 49.

⁴⁰ Özyörük, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1977, s. 19.

⁴¹ Özay, İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi 2004, s.444

⁴² Gözler, Kemal, İdare Hukuku c.I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s.562-563.

yönüyle de bireysel işlemlere benzerler. Bu tür işlemler, bir düzenleyici işlemin, bir kanunun, belirli bir somut duruma uygulanmasına imkan verirler; ama düzenleyici işlemin kendisinde bir değişiklik yapmazlar. Bunlar hukuki rejim olarak bazen bireysel idari işlem olarak kabul edilirler.”

Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararı, tam da yukarıda ifade edilen özellikleri taşıyan bir idari işlemdir. Sadece 20 dağıtım şirketine yönelen, somut bir olayı düzenleyen, taraflar arasındaki hukuki ilişkide adeta bir sözleşme hükmü oluşturan ve taraflar için bağlayıcı olan bir idari işlemdir. Dolayısıyla söz konusu Kurul kararının doğrudan genel düzenleyici işlem olarak tanımlanması mümkün değildir. Birel işlem nitelikleri de olan bir işlem söz konusudur. **Özellikle yöneldiği kişiler (sistem kullanım anlaşmasının tarafları) bakımından Kurul kararı birel bir işlem niteliğindedir.**

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, genel düzenleyici işlem-birel işlem ayırımından hareketle, EPDK işleminin iptalinin sözleşmenin tarafları arasındaki hüküm ve sonuçları ilgili değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu sebeple “*Genel düzenleyici işlemin iptali, bu işleme dayanılarak yapılan birel işlemlerin hukuki geçerliliğini etkilemez*” şeklindeki değerlendirme ile sonuca ulaşamaz. Bu değerlendirme, dayandığı temel ayırım bakımından hukuken kabul edilebilir nitelikte değildir. Yukarıda ifade edilen Yargıtay kararında ise, düzenleyici işlem-birel işlem şeklinde bir ayırım dahi yapılmaksızın; düzenleyici idari işlem-özel hukuk sözleşmesi tespiti ile sonuca ulaşılmıştır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin mahiyeti ve Kurul kararının bu sözleşme ilişkisi üzerindeki etkisi: Taraflar arasındaki “*Dağıtım Sistem Kullanım Anlaşması*” Danıştay tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, sözleşme, tüm yönleriyle bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde değildir. Sözleşme hükümleri taraflar arasında serbest müzakere usulü ile belirlenmiş değildir. Sözleşme içeriğinin taraflardan biri tarafından hazırlanması ve diğer tarafın bu sözleşme içeriğini kabul etmesi şeklinde bir katılmalı sözleşme de söz konusu değildir. Sözleşme tarafları dışında yer alan bir idari makamın (EPDK), mevzuat gereği, taraflar arasındaki alacak-borç ilişkisinde uygulanacak bir idari işlemi söz konusudur. Bu işlem yukarıda da ifade edildiği gibi bir sözleşme hükmüdür ve taraflar bakımından bağlayıcıdır. Dolayısıyla EPDK kararının taraflar arasında müzakere suretiyle oluşmuş bir sözleşme hükmü olarak değerlendirilmesi de; sözleşme dışında

genel soyut kişilik dışı genel düzenleyici işlem şeklinde değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple, “ *taraflar sözleşme hükümlerini önceden kabul etmiş*” demek de; yukarıdaki Yargıtay kararında ifade edildiği gibi, “*geçmişe dönük hak talebi konusunda sözleşmede hüküm yok*” demek de mümkün değildir. Taraflardan biri, taraflar için bağlayıcı olan ve taraflar dışındaki bir idari makamın işlemi olan mali düzenlemeye itiraz etmiş; yargı kararı ile aleyhine sonuç doğuran hukuka aykırı bu işlemi iptal ettirmiştir. Buna rağmen, davacının itiraz ettiği ve iptal ettirdiği bir düzenlemeyi önceden kabul ettiğini ve bu sebeple bu iptal hükmüne dayanarak bir hak talep edemeyeceğini, bunun basiretli bir tüccar davranışı olmadığını ifade etmek mümkün değildir.

Taraflar arasında müzakere sonucu oluşmayan, tarafların iradelerini yansıtmayan, fakat onlar bakımından hak ve borç yaratan bir idari işlemin mevcudiyetinden söz ediyoruz. EPDK tarafından yapılan bu idari işlemin yargısal denetimi idari yargı yerleri tarafından yapılacaktır. Taraflar arasındaki “*Dağıtım Sistem Kullanım Anlaşması*” Danıştay tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmekle birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere, salt bir özel hukuk sözleşmesinin ötesinde farklı bir durumun olduğu da ortadadır. Burada taraflar dışındaki bir idarenin iradesini de içeren, bileşik iradeli, birleşme sözleşme söz konusudur. Sözleşme tümüyle bir özel hukuk sözleşmesi olsaydı, taraflar arasındaki hak ve borca ilişkin bir uygulamanın adli yargı yerleri önünde tartışılıyor olması gerekirdi. Oysa EPDK kararı konusunda görevli yargı yeri idari yargıdır ve nitekim Danıştay, söz konusu işlemi iptal etmiştir. O halde, Danıştay kararı kaçınılmaz olarak sözleşme üzerinde etki edecektir. Nitekim bu uyuşmazlıklarda, Danıştay kararına uygun olarak yeni bir tarife belirlenmesi ve sözleşmenin taraflarının, Danıştay kararı sonrası bu karara uygun olarak sözleşme ilişkisine devam etmesi söz konusudur. Buna göre, Danıştay kararı sözleşme ilişkisinin tarafları bakımından bağlayıcı sonuçlar doğurmuş; sözleşme ilişkisi üzerinde etkili olmuştur.

Danıştay kararı, geçmişe etkili olarak sözleşmenin ilk yapıldığı tarihten itibaren uygulanacak mıdır? Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararına dayanarak yapılan tahsilâtların iadesi mümkün müdür? Danıştay kararı geçmişe etkili olarak sözleşme ilişkisine müdahale edebilecek midir? Bu durumda, hukuki güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkeleri bakımından bir değerlendirme yapmak mümkün müdür?

Danıştay kararının sonuçları; hukuki güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkesinin Danıştay kararının uygulanması bakımından sonuçları: İdari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının üç temel sonuç doğurduğu Danıştay kararları ve öğreti tarafından kabul edilmektedir. Bunlar;

1. İptal kararı işlemin varlığına son verir;
2. İptal kararı geçmişe etkilidir, işlem hiç yapılmamış gibi hüküm ve sonuç doğurur, işlemden önceki hukuki duruma dönülür;
3. İptal kararı genel etkilidir.

İdari işlem, iptal kararı ile birlikte hukuk âleminde silinir. Bu durum, idari işlemde etkilenen kişiler ve bu idari işleme bağlı her türlü hukuki tasarruf bakımından geçerlidir. Danıştay’ın uzun yıllardır içtihadı bu yöndedir. Danıştay tarafından, İdari işlemin iptalinin genel etkisi kişiler bakımından şu şekilde ifade edilmektedir;

“...bir kararın iptali yalnız davacıyı değil, bütün alakadarları ismal edecek bir netice hâsıl eder”⁴³

“iptal hükmü herkese sâri (dir)”⁴⁴

Konuya ilişkin temel eser olarak kabul edilen **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları** adlı eserde konu şu ifadelerle açıklanmaktadır;

“İşlem ortadan kalktığına göre, etkinin yalnız taraflar arasında kalması düşünülemez. İşlemin etkisi ne kadar ise, bu işlemin iptali sonucunda ortadan kalkmasının etkisi de – en azından – o kadar olacaktır... (Hukuk Muhakemeleri Usulündeki) kesin hükmün nisbiliği ilkesi iptal kararlarına uygulanamaz... İşlemin iptalinden bütün ilgililer aynı biçimde etkilenirler... İptal kararının etkisinin genelliği ilkesi (düzenleyici işlemlerde olduğu gibi) kişisel işlemler için de geçerlidir.”⁴⁵

İptal kararının genelliği prensibi, iptal edilen idari işlemle bağlantılı diğer işlemler bakımından da geçerlidir. Danıştay bu hususu şu şekilde ifade etmektedir;

“İptal kararı, iptali istenen tasarrufu ve ona bağlı işlemleri yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırır”⁴⁶

“...bir işlemdeki sakatlığın, ona dayanılarak yapılan işlemlere de bulaşacağını kabul etmek gereklidir. Dayanağı sakat olan işlemler de sakat doğmuş olacaklardır”⁴⁷

⁴³ Danıştay DDK, 25.06.1965, E.60/57, K.65/582, Danıştay Kararlar Dergisi, 95/96, s.140

⁴⁴ Uler, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s.44–46.

⁴⁵ Danıştay 8. D, 21.10.1982, E.81/551, K.82/1196, Danıştay Dergisi, sy.50–51, s.354.

⁴⁶ Çağlayan, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. baskı, Ankara 2004, s.150.

⁴⁷ Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1985, s.112.

İptal hükmü, davanın tarafları dışında, iptale konu işlemten etkilenen herkes için geçerlidir. Dolayısıyla, idari işlemle ilgili açılan iptal davasında taraf olmayan; ancak doğrudan işlemten etkilenen kişiler bakımından da hüküm ifade eden bir yargı kararı söz konusu olur.

Davacı Üretim şirketi ile EPDK arasındaki iptal davasında verilen bir hüküm söz konusudur. Ancak bu hüküm, Danıştay önündeki davada taraf olmayan dağıtım şirketi bakımından da sonuç doğurmuş ve karar tarihinden itibaren, karara uygun olarak yeniden belirlenen tarife göre sözleşmenin ifası söz konusu olmuştur. Bu suretle İptal kararının genelliği prensibine uygun hareket edilmiştir. İptal kararının bir diğer sonucu, geçmişe etkili sonuç doğurması; iptal edilmiş işlemin hiç yapılmamış sayılması, işlem öncesi hukuki duruma geri dönülmesidir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararı, tipik bir genel düzenleyici işlem niteliğinde olmayıp, *sistem kullanım anlaşmasının* tarafı durumunda bulunan şirketler bakımından özel norm niteliğinde birel bir idari işlemdir. Dolayısıyla işlemin iptalinin, genel düzenleyici işlemin iptali şeklinde değerlendirilmek suretiyle bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Bununla birlikte, EPDK kararı genel düzenleyici işlem; buna dayanılarak dağıtım şirketi tarafından yapılan tahsilât ise birel işlem olarak kabul edilse bile birel işlemin düzenleyici işlemin iptalinden etkilenmeyeceği şeklinde bir sonuca ulaşamaz. Birel işlemin dayanağı olan genel düzenleyici işlemin iptali, bu düzenleyici işleme dayanılarak daha önce yapılan birel işlem üzerinde nasıl bir etki yaratır? Hiç şüphe yoktur ki, bu durumda, birel işlemler hukuki dayanaklarını kaybetmiştir; bununla birlikte birel işlemler kendiliğinden hukuki varlıklarını kaybetmezler. Hukuka aykırı hale gelirler ve bu hukuka aykırılık hukuken himaye görmez. İdarenin bu tür hukuka aykırılığa son vermesi veya yargı tarafından bu işlemin ortadan kaldırılması gerekir. Bu durum, öğretilde, şu şekilde ifade edilmektedir;

“Öğretilde kabul edilen görüşe göre, bir düzenleyici işlem iptal edildiğinde, iptalden önce bu düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemler, bu iptal kararından doğrudan etkilenmezler. (Gözübüyük, Ş: Yönetmelik Yargısı, Ankara 1998 s.270; Özeren A.Ş./Bayhan, T, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Ankara 1992, s.49) Düzenleyici işlemlerin, kişilere uygulanmış olması, kişiler açısından kazanılmış hakkı, TAN’ın ifadesi ile kişisel sonuçların dokunulmazlığını (Tan, T: İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s.59,70) ortaya çıkarır. Bunun yanında hukuka aykırı işlemler, kazanılmış hak doğurmasalar bile kişiler lehine müesses durumlar ortaya çıkarırlar. Kişiler lehine hukuki durumlar yaratan

hukuki işlemlerin sınırsız bir şekilde tartışma konusu yapılması, hukuka güven ve istikrar ilkelerine aykırı düşer. Bu yüzden, hukuka aykırı da olsalar, işlemlerin kişiler lehine doğurduğu durumların belli bir süre (dava açma süresi) geçirildikten sonra korunması, işlemlerin kişisel sonuçlarının korunması ilkesinin bir gereğidir.(Duran,L:İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, s.371;Tan,age, s.71-73) Düzenleyici işlem iptal edildiğinde, buna bağlı birel işlemlerin, hukuki dayanağını kaybettiği ortadadır. Ancak düzenleyici işlem iptal edilince, buna bağlı birel işlemin otomatik olarak ortadan kalkmasının kabulü kazanılmış hakların korunması ya da işlemlerin kişisel sonuçlarının korunması ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, iptal edilen düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemler kendiliğinden ortadan kalkmazlar.”⁴⁸

Genel düzenleyici işlemlerin iptalinin bu işlemlere dayanılarak yapılmış bulunan birel işlemleri etkilememesi, ancak birel işlemler ile idareye karşı ileri sürülebilecek bir hak, hukuki bir durum kazanan kişiler bakımından söz konusu olabilir. Bu husus Danıştay tarafından özellikle imar mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmiştir. Gerek öğretide ve gerekse yargısal içtihatlarda imar planları, genel düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir. İmar planlarına düzenleyici işlem vasfını kazandıran husus, planların parçasını oluşturan raporlardaki açıklamalar ve hükümler olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Düzenleme, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır.⁵⁰ İdare tarafından hazırlanan imar planlarına bağlı olarak inşaat ruhsatı alan, inşaatı tamamlayan ve yapı kullanma izni alan bir kişi, genel düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planı iptal edilse bile buna dayanılarak verilen birel işlem niteliğindeki inşaat ruhsatına dayanarak yaptığı yapı ve yapı kullanma izni bakımından kazanılmış bir hakka sahip olmaktadır. Bu sebeple de, genel düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planı iptal edildiğinde, buna dayanan birel işlemlerin hukuken geçerli kabul edilmesi hakkaniyet gereğidir. Görüldüğü üzere kazanılmış hak, müesses durum, idarenin bir işleminden doğmakta ve idare karşısında oluşmakta, idareye karşı ileri sürülebilmektedir. Ancak kişilerin haklarını ihlal eden birel işlemler söz konusu ise bu işlemlerin dayanağı olan genel düzenleyici işlemler iptal edildiğinde birel işlemin hukuken geçerli olduğu hiçbir surette iddia edilemez. Somut uyuşmazlıkta Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararı sebebiyle fazla ödeme yapan ve bu suretle hakkının ihlal edildiğini iddia eden bir taraf da söz konusudur.

⁴⁸ Sezginer, Murat, Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, Ankara 2000, s.85.

⁴⁹ Danıştay DDUH, E.57/363, K.58/44, T.31.1.1958, DKD, 79-80, s.30

⁵⁰ Danıştay 9. D, E.67/2521, K.68/1700, T.6.6.1968, DKD, 122-126, s.369

Buna göre, bir tarafta, EPDK kararına dayanarak fazladan tahsilat yapan ve bu sebeple de kazanılmış hakkı oluştuğunu iddia eden dağıtım şirketi; diğer tarafta ise EPDK kararı sebebiyle fazladan ödeme yaptığını, hakkının ihlal edildiğini iddia eden bir üretim şirketi mevcuttur. Hukuka aykırılığı yargı kararı ile ortaya konan ve iptal edilen karar, genel düzenleyici nitelikte olduğu kabul edilse bile, bu işleme dayanılarak yapılan birel işlemler ile hakkı ihlal edilen kişiler mevcutsa birel işlemin geçerli olduğu, bir başkası için kazanılmış hak doğurduğu sonucu hiçbir surette doğmaz. Kazanılmış hak ancak idare karşısında ileri sürülebilen müesses durumu ifade eder. Hukuka aykırılığı sebebiyle iptal edilen genel düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemler dolayısıyla, idare dışındaki üçüncü bir kişinin aleyhine olacak şekilde kazanılmış hak iddiasında bulunulamaz. Aksi durumda, bir taraf için kazanılmış haktan bahsedilirken ve hukuken korunurken bir diğer tarafın ihlal edilmiş hakkının hukuken koruma görmeyeceği, ihlalin telafi edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır. Dolayısıyla, kazanılmış hak kavramı, idarenin bir işlemi dolayısıyla idare dışındaki üçüncü kişi aleyhine değil ancak idare karşısında ileri sürülebilen bir kavramdır.

Birel işlemler bir şekilde hak ihlali oluşturmuş ise mutlaka geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması ve hakkın teslimi gerekir. Aksi durumda, hak ihlali oluşturduğu iddia edilen işlemler aleyhine iptal davası açılmasının hiçbir anlamı kalmaz. Nitekim Danıştay’ın yerleşik içtihadında bu husus ısrarla vurgulanmaktadır. Danıştay, hak ihlali doğuran birel işlemleri, dayanakları olan genel düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığına dayanarak hukuka aykırı kabul etmiş ve bunların doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması gerektiğine karar vermiştir;

“...iptal edilen kararnameye dayanılarak alınan vergilerin geri verilmesi için açılan davada “...iptal kararlarının tesirleri, iptal edilen tasarrufun tesis edildiği tarihe raci olması idare hukuku prensiplerindendir... alınmış vergilerin iadesine⁵¹”, “...tahakkukun hukuki mesnedi olan tarife kararı, Dairemizce iptal edilmekle, ittihaz edildiği tarihten itibaren ortadan kalkmış bulunduğundan, bu taifeye göre yapılan... tahsilatın... davacıya iadesi gerekirken istemin reddinde isabet bulunmadığından söz konusu menfi işlemin iptaline⁵²”, “...ittihaz edildiği tarihten itibaren hukuki varlığı sona ermiş bulunan söz konusu yönetmelik hükmü sebebiyle evvelce irat kaydedilmiş olan teminat tutarının, davacının talebi vukuunda kendisine iadesi

⁵¹ Danıştay 12. D, E.67/304, K.68/2156, T.21.11.1968, DKD, 127-130, s.376.

⁵² Çağlayan, s.151.

gerekli(dir)...⁵³” şeklinde kararlar vererek, iptal edilen düzenleyici işleme dayanılarak birel işlemlerin, kişilerin aleyhine olan durumların ortadan kaldırılmasına karar vermiştir.”⁵⁴

Görüldüğü üzere, genel düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemlerle bir hak ihlali gerçekleşmiş ise bu durum hukuken korunamaz. Nitekim Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere Danıştay, “***tahakkukun hukuki mesnedi olan tarife kararı, iptal edilmekle, ittihaz edildiği tarihten itibaren ortadan kalkmış bulunduğundan, bu taiseye göre yapılan... tahsilatın... davacıya iadesi***” yönünde karar vermiştir.

İdarenin işleminin iptaline bağılı olarak bir hak talebi olduğunda sorumlu kimdir? İşlemi faili olan idare mi; bu işlem dolayısıyla fazladan tahsilât yapan sözleşmenin diğere tarafı mı? Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararı, iki şirket arasında alacak ve borç ilişkisini düzenleyen mali nitelikte bir sözleşme düzenlemesi şeklinde hüküm ifade etmiştir. Bu düzenlemeye dayalı olarak taraflardan biri bir diğere fazla ödeme yapmıştır. Buna göre, sözleşme ilişkisinin taraflarından biri bir yarar elde ederken bir diğere fazla ödeme dolayısıyla zarar görmüştür. Bu açıklamalar çerçevesinde, bir sözleşme hükmünden farkı olmayan EPDK kararının hukuka aykırı bulunması ve iptal edilmesinin sonuçlarının, sözleşmenin tarafları arasında müzakere edilmiş mali nitelikteki bir hükmün hukuka aykırı uygulanmış olduğunun tespit edilmesi durumundaki sonuçlardan farklı olmaması gerekir. Buna göre, EPDK kararı sonucu ortaya çıkan fazladan tahsilât, fazladan ödeme durumu, sözleşmenin tarafları bakımından söz konusudur ve bundan kaynaklanan uyuşmazlığın öncelikle sözleşmenin tarafları arasında çözümlenmesi gerekir. Sözleşmenin taraflarından birinin bir diğere aleyhine elde ettiği kazanç söz konusudur. O halde aleyhine sonuç doğan tarafın, kazanım elde eden diğere taraftan haklarını talep etmesi gerekir. Bu durum, taraflar arasında hukuka aykırı şekilde bozulmuş olan mali dengenin yeniden kurulması, yargı kararı doğrultusunda hukuka uygun olarak düzeltilmesi demektir. Davacının yapmış bulunduğu fazladan ödemenin sebebi EPDK kararıdır. Bu sebeple fazla ödemelerin öncelikle EPDK’dan talep edilmesi düşünülebilirse de EPDK kararının sözleşme ilişkisindeki fonksiyonu, sözleşmenin bir hükmü, parçası olduğu dikkate alındığında, fazla ödemeden dolayı ortaya çıkan yarar ve zararın muhataplarının öncelikle sözleşmenin tarafları olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Hiç şüphe yoktur ki, fazla ödemelerin taraflardan biri tarafından

⁵³ Danıştay 12. D, E.67/304, K.68/2156, T.21.11.1968, DKD, 127-130, s.376.

⁵⁴ Çağlayan, s.151.

bir diğerine iadesi sonrasında, buna rağmen her iki taraf bakımından da EPDK kararı sebebiyle oluşmuş başkaca zararlar söz konusu ise bu zararların EPDK’dan istenmesi mümkündür. Ancak öncelikle taraflar arasında fazla ödmeden kaynaklanan durumun düzeltilmesi, hukuka uygun hale getirilmesi gerekir. Bu, Danıştay kararının işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırması sebebiyle, yargı kararının uygulanması bakımından da zorunludur.

SONUÇ

İdarenin, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelere müdahale etmesi, sözleşmenin hükmü olarak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracak kararlar alabilmesi, bu sözleşmelerin farklı bir kategori içinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. İdarenin kamu gücü kullanarak oluşturduğu iradesinin, sözleşmenin taraflarının iradesi yanında, sözleşmenin kurucu unsuru olması, bu tür sözleşmelerin bileşik iradeli, birleşme sözleşmeler olarak kabul edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu sözleşmelerin klasik özel hukuk rejimi içinde değerlendirilmesi birçok hatalı sonuçların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Özellikle idari rejimi benimsemiş ülkeler bakımından, bu tür sözleşmeler için farklı bir değerlendirme yapılması, kaçınılmaz bir durumdur. Aksi durumda, idari yargı yerleri tarafından, aynı zamanda bir özel hukuk sözleşmesinin hükmü niteliğinde olan, idari işlemlerin iptali durumunda, bu iptal kararının, sözleşmenin tarafları üzerindeki etkisinin anlaşılabilmesi mümkün olamaz.

BOŞ

İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN SINIRLARINA İLİŞKİN MODELLER

Mahmut ŞEN*

ÖZET:

Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik rejimlerde yürütme organı ve idarenin denetimi ile ilgili farklı modeller öngörülmeyle birlikte, yargı denetiminin en etkili denetim şekli olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak, yargı denetiminin öngörüldüğü hallerde, denetimin yoğunluğu üzerindeki tartışmalar devam etmektedir. Bu yoğunluk, ülkelerin hukuk geleneklerinden doğrudan etkilenmektedir. Ayrıca denetime ilişkin ilke ve standartların usul hükümlerinde açık ve net olarak belirlenmemesi nedeniyle mahkemeler tarafından içtihat yoluyla bu ilke ve standartlar belirlenmektedir. Denetimin yoğun yapıldığı hallerde mahkemelere yönelik idarenin düzgün işlemesine engel olunduğu, düşük yoğunluklu denetim yapıldığında ise temel haklardan olan hak arama ve etkili yargısal koruma ilkelerinin ihlal edildiği eleştirileri yapılmaktadır. Bu nedenle hem idarenin etkili ve verimli olarak faaliyetini sürdürmesine engel olmayacak, hem de kişi hak ve hürriyetlerinin yeterince korunduğundan emin olunacak bir yargı denetiminin sağlanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler:İdare Hukuku, İdare Mahkemesi, İdarenin Yargısal Denetimi, Takdir yetkisi, Hukuka Uygunluk, Makuliyet, Ölçülülük, Temel Hakların Korunması

MODELS IN THE SCOPE OF THE JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATION

ABSTRACT:

It is an undeniable fact that judicial review is the most efficient way for auditing of administrative activities although there are different ways in the supervision of the executive power and administration in democratic systems which are governed by the rule of law. However, the intensity of judicial review is heavily discussed. Legal traditions of countries have an impact on this intensity. Due to the fact that the principles and standarts are not determined in certain and clear terms by legislation, courts hold responsibility to do that .However, criticism to court' decisions can be seen both circumstances in which courts intend hard-look judicial review or soft-look judicial review. When courts just focus on the application of procedural rights and decision making process rather than on the merit of administrative decision, it

* 10. İdare Mahkemesi Başkanı ANKARA

is said that effective judicial remedy and efficient judicial protection as fundemantal rights are not guaranteed. On the other hand, when judicial review is intensified, the effective functioning of administration is not ensured. Therefore, courts need to strike a fair balance between the effectiveness of administration and the protection of fundamental rights.

Keywords: *Administrative Law, Administrative Court, Judicial Review of Administration, Discretion, Legality, Reasonableness, Proportionality, the Protection of Fundamental Rights,*

Giriş

İdarenin işlem ve eylemlerinin denetimi, modern idare hukukunun en tartışmalı konularından birisidir. Denetim ya da kontrolün gerekliliği konusunda görüş ayrılığı olmasa da, denetimin yoğunluğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu kapsamda idarenin faaliyetlerinin yürütme organı tarafından iç denetim yoluyla ya da parlamento denetimi şeklinde yasama organı tarafından yapılması yönünde öneriler mevcut ise de, tarafsız ve bağımsız bir yargı organı tarafından yapılacak denetimin en etkili denetim şekli olacağına kuşku bulunmamaktadır. İdarenin yargısal denetimini yapan idari yargının temel fonksiyonunun güçlü olan idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri karşısında bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması, verilecek kararlarla idarenin hukuka bağlılığının sürdürülmesi olduğu belirtilmekte ve bu fonksiyonu nedeniyle yargı denetiminin hukukun üstünlüğü ilkesinin olmazsa olmaz şartı olduğu ifade edilmektedir¹.

Hukukun üstünlüğüne dayanan bütün siyasal sistemlerde kuvvetler ayrılığı ilkesinin tam olarak uygulanabilmesi için yasama ve yürütmenin işlemleri yargı organının denetimine tabi tutulmaktadır. “Denetim ve Denge”(check and balance) sistemi, bütün çağdaş demokrasilerin olmazsa olmazlarından biridir. Bu kapsamda üstlendikleri kamu hizmetlerini yerine getirirken yasama ve yürütme organının kendilerine çizilen anayasal sınırlar içerisinde kalıp kalmadığını belirleyecek olan yargısal denetim, kişi hak ve hürriyetlerinin de garantisidir. Kamu hizmetini yürütmekle görevli olan idarenin, bu hizmeti yerine getirirken bir takım kararlar alması, eylemde bulunması ya da işlem tesis etmesi gereken durumlarda, anayasa ve kanunla kendisine tanınan yetki dahilinde hareket edip etmediği, eylem ve işlemin kamu yararı amacından başka herhangi subjektif bir amaca ulaşılmasına

¹ Rubenstein, , s. 2169.

yönelik olup olmadığı gibi hususlar idari yargı denetimi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu belirleme yapılırken idare ajanlarına tanınan takdir yetkisinin sınırları ile idari yargı denetiminin yoğunluğunun ters orantılı olduğu, yargısal denetimin olmadığı ya da esasa ilişkin etkili bir denetim yapılmadan denetimin salt şekil şartlarına bağlı olduğu durumlarda idarenin işlem tesis ederken kullandığı takdir yetkisinin mutlak ya da neredeyse mutlak olduğu kabul edilmektedir. Yazılı hukuk kuralları genelde idarenin takdir yetkisinin varlığını ve mahkemenin yargısal denetim yetkisini düzenlemekle birlikte, denetimin unsurları ve yoğunluğu hususunda ayrıntılı düzenlemeler yapılmamakta, uygulamada bu tip ilke ve standartların belirlenmesi mahkemeler tarafından üstlenilmektedir. Örneğin Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması'nın 263. maddesine göre Birlik Organları tarafından tesis edilen işlemler, yetkili organ tarafından yapıлып yapılmadığı, işlem tesisi için öngörülen usul hükümlerine uyulup uyulmadığı, işlemin Kurucu Sözleşmeye ve genel olarak hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olup olmadığı yönünden yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Ancak Birliğin en üst mahkemesi konumunda bulunan Adalet Divanı'nın denetim yaparken sadece bu ilkeleri kullandığını söylemek zordur. Mahkemece bu unsurlar çerçeve olarak kabul edilmekte ve işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetlerken idari yaptırımın ölçülü, karar verme sürecinin şeffaf olması, temel haklara ve ayrımcılık yasağına riayet edilmesi, haklı beklentilerin korunması gibi mevzuatta yer almayan ilkelere de sık sık başvurulmaktadır². Buna ek olarak Mahkemece verilen kararlarda, idari işlem tesis edilirken Birlik kurumlarının uyması gereken ve uyulmadığı zaman idari işlemleri sakatlayan usuli gereklilikler de belirtilmekte ve alınacak karar öncesi dinlenilme hakkı, kararın içeriği konusunda bilgilendirilme, cevap hakkı, danışma hakkı, kararın gerekçeli olması gibi bir takım ilkeler bu kapsamda sayılmaktadır.

Ülkemiz açısından değerlendirme yapıldığında, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuki denetime tabi tutulacağı, ancak bu unsurlarda hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını denetleyecek olan mahkemenin idari işlem niteliğinde yargı kararı veremeyeceği gibi idari işlemin yerindeliliğini de denetleyemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak özellikle sebep ve maksat unsurları açısından yapılacak hukuka uygunluk denetiminin zaman zaman yerindelik denetimi ile çakıştığı, bu durumun ise kararı veren mahkemeye yönelik eleştirilere neden olduğu bilinmektedir.

² Craig,, De Búrca, s. 335.

Kanunun yayım tarihinden itibaren anılan ilkelere esaslı bir değişiklik olmamasına rağmen yargı organlarının farklı zaman dilimlerinde hatta bazen aynı anda kanun hükmünün ve denetimin sınırlarının farklı değerlendirilmesi suretiyle değişik sonuçlara ulaşıldığı, denetimin sıkı yapıldığı durumlarda mahkemeye yönelik idarenin yargısal kararlarla engellendiği, mahkemenin yerindelik denetimi yaptığı, yargısal denetimin daha dar yapıldığı halde ise, genel olarak kişi hak ve hürriyetlerinin, ve özelde ise hak arama hürriyetinin engellendiği eleştirileri yapılmaktadır.

Öte yandan, idareyi işlem tesisine iten sebeplerin ve idari işlemin gerekçesinin yargı organınca denetlenmesi kişi hak ve hürriyetlerinin korunması açısından en önemli araç olarak görülmekle birlikte³ idarenin yargısal yoldan denetimi ve idareye tanınan takdir yetkisinin sınırlarının sadece ülkemizde değil hukuk sistemleri ne olursa olsun bütün ülkelerde tartışıldığı bilinmektedir. İster idari yargının ayrı bir yargı sistemi olarak ortaya çıkmadığı ve idare mahkemelerinin genel yargı sistemi içerisinde kendine yer bulduğu Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'ne sahip İngiltere ve Amerika Birleşik devletleri gibi ülkelerde, isterse Fransa ve Almanya gibi idari yargının genel yargıdan ayrı bir yargı kolu olarak kendine özgü görev ve yetkilerle donatıldığı Kıta Avrupa'sı Hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde denetimin sınırlarına ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Hatta aday ülkelerin hukuk sistemlerinden bağımsız ülkeler üstü bir statüye sahip olan Avrupa Birliği yargı düzeni içerisinde de Birliğin en yüksek yargı organı olan Adalet Divanının bazı davalarda daha yoğun denetim yaparken bazılarında denetimin usul ve şekil denetiminden ileriye gitmediği eleştirisi yapılmaktadır⁴. Dolayısıyla idarenin hukuksal yönden denetimi yapılırken bir yandan temel insan haklarından biri olan hak arama ve adil yargılanma hakkının etkili bir biçimde yerine getirilmesi, diğer taraftan ise idarelerin üstlendikleri devlet fonksiyonlarını kanun koyucunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak şartıyla etkili ve verimli bir şekilde yerine getirmesini sağlayacak adil bir dengenin kurulması sistemin sağlıklı işleyebilmesi açısından önem arz etmektedir.

Bu çalışmada farklı yargı sistemlerinde idarenin yargısal denetiminin ilke ve sınırlarına ilişkin düzenleme ve tartışmalara yer verilmiştir. Bu kapsamda üç modelden bahsedilebilir. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi modelinde idarenin yargısal denetimi daha çok şekil şartları ve karar verme mekanizmasının adil olup olmadığı üzerinde yoğunlaşırken, Kıta Avrupa Hukuk Sisteminde idari

³ Tobler, s. 213.

⁴ Fritzsche, s. 370.

işlemler hem usul hem de esas denetimine tabi tutulmakta, esas denetimi yapılırken sadece yasal düzenlemelerle bağlı kalınmamakta ve hukukun evrensel prensiplerine aykırılıklarda iptal sebepleri arasında sayılmaktadır. İncelemeye esas alınan diğer bir model ise Avrupa Birliği Hukuk Sistemi'nde Adalet Divanı tarafından benimsenen denetim şeklidir. Bu modelde dava konusu uyuşmazlığın niteliğine göre mahkemece denetimin az yoğun, orta yoğunlukta ve çok yoğun olmak üzere üç farklı seçenekte yapıldığı söylenebilir. Bu sistemde denetimde kullanılan ölçü ve kriterlerin bizzat mahkemece dava türlerine göre belirlendiği görülmektedir.

1. Genel Değerlendirme

1970'li yılların sonlarından itibaren denetimin sınırları ve yoğunluğuna ilişkin ülkeler arası farklılıklar azalmakla birlikte, geleneksel olarak Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminde idari işlemin denetimi yapılırken idari işlemin esasına etki eden unsurlar yönünden bir denetim yapıldığı, Anglo-Sakson hukuk geleneğinde ise mahkemelerin daha çok usul ve şekle ilişkin hükümlerde hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı sorusuna odaklandıkları kabul edilmiştir⁵. Bu kapsamda İngiltere gibi ülkelerde daha çok işlem tesis edilmeden önce muhatabın bilgilendirilmesi, konuya ilişkin yazılı savunma ya da görüşünün alınması, karara esas alınan bilgi ve belgeleri inceleyebilmesi ve kararın gerekçeli bir halde kişiye bildirilmesi ilkelerine riayet edilip edilmediği yargı organının birinci önceliği olmuştur. Bunu sebebi ise parlamentonun (kanun koyucu iradenin) üstünlüğü ilkesinin bir gereği olarak idareye kanunla verilen yetkiye yargı organının müdahale etmekte isteksiz davranmasıdır. Bu nedenle klasik İngiliz İdare Hukukunda, idari işlemin yargısal denetiminin sadece usul hükümleri açısından yapılacağı kabul edilmiştir.

Denetimin idari işlemin esas unsurları üzerinden yapılmayıp, mahkemelerce sadece usul hükümlerine ve şekil şartlarına odaklanılmasının Amerika Birleşik Devletleri açısından gerekçesi biraz daha farklıdır. Bu ülke uygulamasında idarenin uzmanlaşmasına vurgu yapılarak, kamu hizmetini yürüten idarelerin ve idare ajanlarının kendi alanlarında uzmanlaşmasına karşın idari uyuşmazlığın çözümlendiği genel yetkili mahkeme hakimlerinin bu düzeyde uzmanlaşamamaları nedeniyle, idari takdire müdahalede bulunma konusunda isteksiz davrandıkları ileri sürülmektedir⁶.

Esasa ilişkin denetimin daha sıkı yapıldığı ülkelerde denetim için farklı kriterler kullanılmakta ise de, işlemin kanuna uygun ve makul olması

⁵ Bignami, s. 10.

⁶ Stephenson, s. 754.

ile idarenin keyfî uygulamalarına karşı bireyin temel haklarının korunması temel ilke edinilmiştir. Alman İdari Yargısı'nca tarih boyunca idarenin düzenleme ve takdir yetkisini, kişi hak ve hürriyetleri lehine daraltan bir çok ilke geliştirilmiştir. Bu kapsamda ölçülülük, haklı beklentilerin karşılanması ve bireylere eşit muamele ilkelerinin Alman idare mahkemelerince idari yargı literatürüne kazandırılan ilkeler olduğu söylenebilir⁷. İdari işlemin ölçülü olması ilkesi uygulanırken mahkemece, kamu yararından başka amaç güdülmemesinin yanında aynı amaca yönelik temel hakları daha az kısıtlayan bir yaptırım bulunup bulunmadığına da bakılmaktadır. Eşit muamele ilkesi açısından ise, bireyler arasında ki farklılığın nitelik ve ağırlığının farklı muamele görmelerini haklı gösterecek düzeyde olması gerektiği belirtilmektedir. Yine haklı beklenti ilkesi gereğince kanunların geriye yürümezliği, adalete olan güvenin korunması ve idari istikrar birlikte ele alınmaktadır. Bu ilkelerin Avrupa Adalet Divanı tarafından kullanılmaya başlaması ile Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin iç hukuk sistemlerinde önemli değişiklikler görülmüş, bu durum denetimin standartları ve ilkeleri açısından ülke uygulamalarını birbirine yaklaştırmıştır. Bu husus özellikle karar verme sürecini düzenleyen idari usul yasasının bulunmadığı ve bu sürecin tamamen ya da kısmen idarenin takdirine bırakıldığı durumlarda verilen kararın hukuka uygun olup olmadığının denetimi açısından önem arz etmektedir. Zira temel hakların tanınması ve uygulanmasında ülke uygulamalarının farklılaştığı görülebilmektedir. Örneğin, Fransa uygulamasında idari işlemde açık hata, İngiltere'de ortalama zeka seviyesinde bir insan şahit olduğunda garipseyeceği oranda makul olmama⁸, Amerika Birleşik Devletlerinde ise takdirin açıkça keyfi kullanımı gibi ilkeler temel alınarak karar değerlendirilmektedir⁹.

2. Kıta Avrupa Hukuk Sistemi'nde İdarenin Yargısal Denetimi

2.1. Almanya

Yukarıda belirtildiği üzere Avrupa Birliği müktesebatının etkisiyle üye ülke idare mahkemelerinin idari işlemin denetiminde kullandığı ilke ve standartlar birbirine yaklaşmakla birlikte, ülkelerin anayasal ve sosyal geleneklerinden ve tarihi deneyimlerinden kaynaklanan bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Gerçekten Birlik hukukunun ve Avrupa İnsan Hakları

⁷ Bignami, s. 13.

⁸ Kararın makul olmaması haline örnek olarak 1926 yılında kızıl saçlı bir öğretmenin saç rengi nedeniyle işten atılması işlemi gösterilmektedir; Short v. Poole Corporation [1926] Ch. 66 and Mills v. London County Council [1925] 1 K. B. 213.

⁹ Bignami, s. 17.

Mahkemesi kararlarının etkisiyle daha önce iç hukukta dikkate alınmayan pek çok ilke yargısal süreçlerde kullanılmaya başlamıştır.

Almanya’da Anglo-Sakson Hukuk Sistemi’nin aksine idarenin yargısal denetimini yapan mahkemenin bu yetkisinin çok geniş olduğunu söylemek mümkündür. Mahkeme idari işlemin sadece şekil ya da kanun metnine uygun olup olmadığı yönünden bir denetimini yapmamakta, idari işlemin esasına girerek delillerin ve idareyi işlem tesisine iten nedenler ile işlemde beklenen sonuçların da denetimini yapmaktadır. Bu denetim yapılırken mahkemenin idari faaliyetin etkili ve verimli bir şekilde yürütülmesi ve kamu yararının sağlanması ilkesi ile kişi hak ve hürriyetlerinin idarenin keyfi uygulamalarına karşı korunması arasında bir denge sağlaması gerektiği belirtilmektedir¹⁰.

Alman İdare Hukuku’nda kişi hak ve hürriyetlerine riayet ve bu hakların korunması Yasama, Yürütme ve Yargı organlarının tamamı için bağlayıcı niteliktedir. Bu durumun bir sonucu olarak idarenin düzenleme yetkisinin çok sınırlı olması gerektiği, düzenleme yetkisi verildiğinde ise hangi amaçla, ne ölçüde kullanılacağı, başka bir deyişle yetkinin sınırları ve kapsamının açıkça belirtilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹. Bu uygulamanın nedeni, Nazi yönetimi zamanında kişi hak ve özgürlüklerinin orantısız olarak kısıtlanması ve yaygın hak ihlallerinin görülmesidir. Benzer uygulamaları önlemek amacıyla savaş sonrasında yargısal denetim, temel hakların korunması açısından garantör olarak görülmüştür¹². Denetim yapılırken, idareye tanınan takdir yetkisinin anayasa ile korunan temel hakların özüne müdahale şeklinde kullanılıp kullanılmadığı ve varsa bu müdahalenin oranı yargı denetiminin de yoğunluğunu belirlemektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi Alman idare hukukunda sadece kanunda açıkça belirtilen ve sınırları çizilen durumlarda idarenin takdir yetkisinden bahsedilmektedir. Takdir yetkisinin kanunla açıkça tanındığı hallerde bile idare mahkemesince denetim yapılırken sadece şekil unsurları açısından bir denetim yapılmamakta, idari işlemin tüm unsurlarında hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı denetlenmektedir. İdari işlemin unsurlarında hukuka aykırılık saptanmadığı durumlarda bile idareyi işlem tesisine yönelten sebep ile varılan sonuç arasında adil bir dengenin bulunması, başka bir deyişle işlemin ölçülü olması gerektiği kabul edilmektedir. Ölçülülük ilkesi

¹⁰ Singh, s.120.

¹¹ Singh, s.130.

¹² Takahashi, s. 70,; Rose-Ackerman, s. 55.

uygulanırken kısıtlanan hakkın özüne yapılan müdahale ile toplumun genel menfaati kıyaslanmakta ve kamu yararının ağır bastığı durumlarda hakkın ölçülü bir şekilde kısıtlanabileceği ifade edilmektedir¹³. Bu halde de idari işlemin uygunluk, gereklilik ve ölçülülük ilkelerine de uygun bulunması gerekmektedir. Örneğin, su havzasına fabrika yapılma kararının, uygunluk ve gereklilik ilkelerinin ihlali anlamına geldiği, zira idarenin birden fazla seçeneğe sahip olduğu durumlarda en az zararlı olanı seçmesi gerektiği belirtilmektedir. İdari yaptırımın orantılı ve ölçülü olması ilkesinin ise yabancılarla ilgili tesis edilen sınır dışı etme işlemlerinde mahkemece çok başvuru olan bir ilke olduğu göze çarpmaktadır. Bu kapsamda suç işleyen bir kişinin sınır dışı edilmesine ilişkin yaptırımı ölçülü bulan mahkeme, başka bir olayda trafik kurallarını ihlal nedeniyle benzer bir yaptırım uygulanmasını orantısız bulmuştur¹⁴.

Her durumda idareden işlemin gerekçelerini hukuken kabul edilebilir şekilde açıklaması beklenmektedir. İdari işlemin hukuka uygun olup olmadığı belirlenirken Anglo-Sakson geleneğinde olduğunun aksine mahkeme, idarenin işlem tesis konusunda yetkili olup olmadığı, yetkili ise bu yetkinin orantılı ve ölçülü kullanılıp kullanılmadığı gibi daha sınırlı değerlendirmeler yapmak yerine yeri geldiğinde dava türüne göre toplumca kabul edilen genel ahlaki değerlere ve geleneklere uygun olup olmadığını bile denetleyip aykırı ise bu durumu iptal sebebi sayabilmektedir¹⁵. Buna ek olarak tesis edilen işlem ya da öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaca uygun ve yeterli olup olmadığı, hedeflenen amacı aşar bir şekilde kişinin cezalandırılmasını amaçlayan, fiiliyle orantısız bir kamu gücü kullanılıp kullanılmadığı yönünde de değerlendirme yapılmaktadır. Esasen ölçülülük ilkesi Alman İdare Hukuku kaynaklı olup, Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin etkisiyle diğer üye ülkelerin iç hukuklarında da kullanılmaya başlanılmıştır¹⁶. Alman idari yargı sisteminde idarenin bu kadar sıkı denetiminin yapılması yukarıda belirtildiği gibi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasının öncelik olarak belirlenmesi ile ilgilidir. Bu kapsamda katılmış olduğu sınavda bazı soruların yanlış olduğu savıyla bir öğrencinin açtığı davada sınırlı denetim yapan idare mahkemesi kararından sonra hak arama hürriyetinin ihlal edildiği iddiasıyla Alman Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru üzerine, bu Mahkemece başvuru haklı bulunmuş ve hak arama hürriyetinin sadece mahkemeye erişimi kapsamadığı,

¹³ Jowell, Oliver, s. 52.

¹⁴ Bilka-Kaufhaus GmbH, case 170/84, Jowell, Oliver, s. 53.

¹⁵ Singh, s. 135.

¹⁶ Rose-Ackerman, Lindseth, s. 142.

aynı zamanda etkili bir başvuru ve çözüm mekanizmasını öngördüğü, idari yargı denetimi yapılırken mahkemenin sadece idarece yapılan belirlemelere bağlı kalamayacağı, mevzuat hükümlerinin olaya uygulanmasında idarece gerekli hassasiyetin gösterilip gösterilmediği, somut olayın doğru yorumlanıp yorumlanmadığı hususlarının da denetlemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷.

Sonuç olarak, Alman İdari Yargı Sistemi'nde kişi hak ve hürriyetlerinin aşırı kısıtlandığı dönemlerin ardından idarenin hukuka ve temel haklara olan bağlılığı, yoğun bir yargısal denetim ile sağlanmaya çalışılmış olup, mahkemelerce denetim yapılırken sadece yazılı hukuk metinlerine bağlı kalınmamış, hukukun evrensel olan prensiplerinden de yararlanılmıştır.

2.2Hollanda da 1935 yılına kadar idarenin denetimi işlemin yasallığı ile sınırlı iken büyük ekonomik kriz nedeniyle geçmişe yürür bir şekilde maaş indirimini öngören bir düzenleme mahkeme tarafından hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri gereğince iptal edilmiş, ikinci dünya savaşı sonrasında ise kanun karşısında eşitlik, haklı beklenti ve ölçülülük ilkeleri yine mahkeme içtihatlarıyla denetimin ilkeleri arasındaki yerini almıştır. Takdir yetkisinin keyfi kullanılmaması ve kötüye kullanılmasının sisteme girmesi ise daha sonradır¹⁸. 1970 yılından sonra ise idari işlemin hukuken kabul edilebilir bir gerekçeye dayanması gerektiği mahkeme kararlarında belirtmeye başlamıştır. Fransa ve Hollanda'da mahkemenin hukukun genel prensiplerine vurgu yapması ve bu prensipleri denetimin standartları arasında sayması ekonomik ya da siyasi kriz yıllarına denk gelmektedir. Zira bu durumlarda idarenin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesi artmakta ve bu durum kişi hak ve hürriyetlerini doğrudan etkilemektedir¹⁹. Temel hakların korunması konusunda garantör olarak görülen mahkeme, idari işlemin sadece kanunilik açısından denetlenebileceğinin ileri sürüldüğü bir ortamda, güçlü idareye karşı bireysel hakların korunması için denetimin standartlarını kendisi belirlemiştir. Bu standartlar ise hukukun genel prensiplerine atıf yoluyla bulunmuştur. Hollanda İdare Hukuku'nda idarenin takdir yetkisi dahilinde tesis ettiği işlemlerin denetimi yapılırken işlemin sadece kanunla verilen takdir yetkisi içerisinde kalıp kalmadığı hususunda değil, idarenin işlem tesis etmesi için mevzuatta aranan şartların oluşup oluşmadığı ve oluştuğu ileri sürülen şartların gerçekten varolup olmadığı yönünde esasa ilişkin denetim yapılmaktadır. Denetimin yoğunluğu saptanırken mahkemece karar verme sürecinin niteliği, karara

¹⁷ BVerfGE 84, 59 (1991), Zward, s. 151.

¹⁸ Widdershoven, Remac, s. 383.

¹⁹ Widdershoven, Remac, s. 384.

ulaşırken değerlendirilen delil ve belgeler ve kullanılan kriterler ile idarece işlemde kullanılan ifadelerin objektif olup olmadığı gibi bir çok faktör dikkate alınmaktadır²⁰. Dolayısıyla idarenin takdire dayalı işlemlerinin denetiminde mahkemece hep aynı kriterlerin uygulandığından bahsetmek zordur.

2.3. Fransa

Fransa'da idari işlemin denetimi yapılırken mahkemece dikkate alınan ilkeler Türk İdari yargı sistemindeki ilkelerle benzeşmektedir. Buna göre işlemin yetkisiz kişi ya da makamca tesis edilmesi, yetkili makamın yetkisini aşarak işlem tesis etmesi, işlem tesisi için öngörülen usul hükümlerine uyulmaması, hukuka aykırı karar verilmesi, idari işlemin tesisine gerekçe gösterilen sebep ve argümanlar ile ulaşılmak istenen amacın yeterli açıklıkta ifade edilmemesi gibi hallerde işlemin iptaline karar verilmektedir. Anglo-sakson İdare Hukuku geleneğinin ana ilkelerinden olan makuliyet ilkesinin uygulanmasına benzer olarak idari işlemin gerekçeli olması ve gerekçenin hukuken kabul edilebilir olması mahkemece kriter olarak ele alınmakta, gerekçelerin mahkemeye sunulmaması veya mahkemece sunulan gerekçelerin yetersiz bulunması halinde işlem iptal edilmektedir²¹. İdari yargı kararlarında, diğer Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi ölçülülük ilkesi denetimin araçlarından birisi olarak kullanılmaktadır. İngiliz sisteminden farklı ve Alman sistemine benzer olarak idarenin takdir yetkisine sahip olduğu ve bu yetkiye dayanarak tesis ettiği işlemlere karşı açılan davalarda, mahkemece farklı seçenekler arasında yapılan seçimin kamu yararına uygun kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir²².

3. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi

3.1. İngiltere

Klasik yaklaşıma göre İngiliz sisteminde yargı denetimi üç ilke üzerinden yapılmaktadır. Bu ilkeler yasallık, makuliyet ve uygunluk olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları sonrasında idari işlemin orantılılık ilkesine de uygun olması gerektiği yönünde tartışmalar bulunmaktadır. Özellikle hak ve hürriyetlere müdahale niteliğinde olan işlemlerin denetiminde mahkemelerce makuliyet ölçütünün yanında idari tedbirin ölçülü olması koşulunun da aranması gerektiği belirtilmektedir. Ancak temel haklara müdahalenin nedeni ve gerekçeleri ile ulaşılmak istenen sonucun idare tarafından

²⁰ Bakker, Heringa, Stroink, s. 88.

²¹ Rose-Ackerman, Lindseth, s. 144.

²² Rose-Ackerman, Lindseth, s. 145.

ispatının istenilmesinin klasik Wednesbury doktrininden sapıldığı anlamına gelmektedir²³. Zira bu görüşe göre idari işlem makul olduğu, ortalama zekaya sahip bir insan tarafından garipsenmediği, mantığa ve toplumca kabul edilen ortak değerlere aykırı olmadığı sürece ispat külfetinin idareye yüklenemeyeceği savunulmaktadır²⁴. 1948 tarihli bir mahkeme kararı ile bu doktrin şekillenmiş ve bütün Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde idari işlemin denetiminde kullanılan en önemli ölçüt olmuştur. Bahsi geçen davada, sinema salonu açmak için yerel idareye başvuran şirketin ruhsat talebi 15 yaşından küçüklerin sinema salonuna alınmaması şartıyla kabul edilmiş, davacı şirket tarafından böyle bir şart belirlemenin makul olmadığı ileri sürülmüş, idare ise Kanunda öngörülecek şartlar konusunda bir sınırlama olmadığını ve şartların olaya göre idarece belirlenebileceğini ileri sürmüştür. Mahkemece yerel idarenin ruhsat verirken şartları belirleme hususunda takdir yetkisi olduğu, mahkemenin denetim yetkisinin sınırlı olduğu, bu nedenle idarenin yerine geçerek karar vermesinin mümkün olmadığı, böyle bir durumda idarenin takdir yetkisini kanuna aykırı kullanması halinde işlemin iptal edilebileceği, idarenin karar verme süreçlerinde dikkate aldığı gerekçeler ve ulaşmak istediği sonucun makul olmaması halinin takdir yetkisinin kanuna aykırı kullanıldığı anlamına geleceği, makul olmama kriterinin ise aynı durumda makul ve mantıklı olan hiçbir idari birimin aynı sonuca ulaşamayacağı olduğu belirtilmiştir. Davayı karara bağlayan hakim tarafından gerekçelendirilen bu ilkeler, klasik yetki aşımı denetiminden öte kararın esasına ilişkin bir denetimi de öngörmekte olup, diğer ilkeler kullanılarak sonuca ulaşamaması halinde ancak son çare olarak kullanılabilen ifade edilmektedir²⁵.

İngiltere’de idarenin yargısal denetiminin görece olarak sınırlı olduğu söylenebilir. Mahkemece idari işlem denetlenirken, Yasama organının üstünlüğü prensibine vurgu yapılarak idari işlemin yasa ile verilen yetki dahilinde olup olmadığı yönünde bir yargısal denetim yapılmakta olup, makuliyet testini geçen idari işlem hakkında mahkemenin esasa ilişkin iptal kararı vermesi beklenmemektedir. Bu hususa gerekçe olarak, kamu hizmetini yürütmek üzere idarenin kanun ile görevlendirildiği, idarenin takdirine mahkemece müdahale edilmesi ve idarenin tercihinin yargı organı ya da hakim tercihi ile değiştirilmesinin kanunla idareye verilen görevin

²³ Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation, [1948] 1 K.B. 223, Court of Appeal (England and Wales)

²⁴ Burca, s. 561.

²⁵ Leyland, Woods, s. 226.

mahkemece kullanımı anlamına geleceği gösterilmektedir²⁶. Mahkemenin fonksiyonu, idarenin yerine geçerek yerindelik denetimi yapmak olmayıp, karar verme süreçlerinde bireylere eşit ve adil muamele sağlandığından emin olmakla sınırlıdır. Dolayısıyla yargısal denetimin amacı, idarenin tercihinin isabetli olup olmadığını değerlendirerek bu tercihi gerektiğinde hakimnin kendi tercihi ile değiştirmek değil, karar verme sürecinin eşit ve adil olmasını sağlamaktır²⁷. Başka bir deyişle, denetimin idarece alınan karar ya da ulaşılan sonuçtan ziyade bu sonuca ulaştıran karar verme süreçlerini hedef alması gerekir²⁸. Aksi takdirde idarenin işlemi tesis ederken yetki aşımında bulunup bulunmadığını denetleyecek olan mahkeme, kendisi yetki aşımı tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır.

Klasik yaklaşıma göre, “Ultra vires” olarak adlandırılan doktrin uyarınca kanun koyucunun yetki vermediği bir alanda ya da bu yetkinin sınırları aşılarak işlem tesis edilmişse mahkemenin iptal kararı vermesi haklı görülmektedir. Ancak idari işlemin minimum denetiminin yapıldığı bu gibi durumlarda, bu hususun etkili yargısal koruma ilkesine aykırı olabileceği yönünde görüşlerde mevcuttur. Bu nedenle zaman içinde denetimin, ‘Ultra vires’ ilkesinden temel hakların korunması ve devlet gücünün vatandaş lehine sınırlandırılması kavramlarına doğru bir gelişme gösterdiği de vurgulanmaktadır²⁹. Ancak bu gelişmeler idarenin yargısal denetiminde mahkemelerce kullanılan kriterler konusunda tartışmaları beraberinde getirmektedir. Kanuna aykırılık, makul olmama ve karar verme sürecindeki usuli eksikliklerin idari işlemin iptali sonucunu doğuracağı kabul edilmekle birlikte yukarıda belirtildiği gibi orantılılık ya da ölçülülük ilkesine uyulmamasının işlemi sakatlayıp sakatlamayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. İdari yargı denetiminde ölçülülük ilkesinin uygulanması konusunda verilmiş kararlar konusunda tutarlılık da bulunmamaktadır. Bazı mahkemelerce Wednesbury makuliyet testinin orantılılığı da doğal olarak kapsadığı ileri sürülürken, mahkemelerin bir kısmı bu ilkenin denetim kriterleri arasında olduğunu kabul etmemektedir³⁰.

Avrupa Birliği yasal düzeni içerisinde güçlü idareye karşı daha zayıf konumda olan vatandaşların adalet arayışında yargısal denetim önemli bir araç olarak görülürken, İngiliz sisteminde parlamentonun üstünlüğüne vurgu

²⁶ Allen, Thompson, s. 562.

²⁷ Allen, Thompson, s.563.

²⁸ Barnett, s. 150.

²⁹ Rawlings, s. 1043.

³⁰ Craig, Ultra Vires and The Foundations of Judicial Review, s. 18.

yapılmak suretiyle idarenin yargısal yönden denetiminin ihtiyatlı ve sınırlı olması gerektiği belirtilmektedir. Bu hususa gerekçe olarak ,özel alanda ihtisaslaşan idarenin işleyişine mahkeme tarafından yapılan müdahalenin artmasının doğal olarak istikrarsızlığı ve farklı kararları ve daha çok davayı getireceği, mahkemeye verilen yetkinin denetim (*review*) yetkisi olduğu, istinaf (*appeal*) yetkisi olmadığı, bu nedenle somut olayın esasına ilişkin denetim yapmanın uygun olmadığı vurgulanmaktadır.³¹ Ayrıca her idari birimin uzmanlaşma yoluyla hizmetin gereklerini daha iyi bildiği, aynı standartların farklı idari birim kararlarına uygulanmaması gerektiği, bu yüzden açık hukuka aykırılık olması ya da makuliyet ölçüsüne uymaması hali dışında idarenin işleyişine mahkemece karışılmaması gerektiği, ayrıca yürütmenin seçimle geldiği, bu yüzden siyasi meşruiyete sahip olduğu, seçim yoluyla hesap verebilir olduğu, mahkemenin bu özelliğinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Ölçülülük veya orantılılık ilkesinin denetimin araçlarından biri olarak kabul edilmesi halinde idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin daha yoğun yapılacağı, bu halde denetimin şekli olmaktan çıkıp kararın esasına yöneleceği, bu durumun yargısal aktivizm eleştirilerine neden olacağı gerekçesiyle bu ilkenin kabulü konusunda mahkemelerin isteksiz davrandıkları yönünde eleştiriler bulunmaktadır.³² Ancak karşıt görüş olarak, Wednesbury testinde olduğu gibi mahkemelerin idari bakış açısıyla denetim yapmasının siyasal karar verme süreçlerinin değiştiği bir dönemde mümkün olmadığı, bu yüzden doktrinin bir bütün olarak ele alınması ve idarenin işlem tesis ederken objektif değerlendirme yapmaması, işlem tesisine esas aldığı olay ve kriterlerin olayla ilgisinin bulunmaması ya da dikkate alınması gereken hususların göz ardı edilmesi gibi unsurlarının da denetlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.³³

3.2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde idarenin işlem tesis ederken uyması gereken kurallar ile bu işlemin yargısal denetimi yapılırken mahkemece uygulanan standart ve ilkeler, İdari Usul Kanunu (Administrative Procedural Act) ile belirlenmiştir. Bu bağlamda, idari işlemin; hakkında idari işlem tesis edilecek kişinin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediğini anlamasını ve gerektiğinde yargı mercilerine başvurmasını olanaklı kılacak ölçüde yeterli gerekçeye sahip olması ve bu gerekçelerin anlamlı bir yargısal denetime imkan sağlayacak şekilde detaylı olarak belirtilmesi gerekmektedir.

³¹ Burca, s. 561.

³² Leyland; Woods, s. 239.

³³ Rawlings, s. 1044.

Bu husus idarinin tüm eylem ve işlemlerinde hesap verebilir ve şeffaf olabilmesi yönünde alınmış bir tedbir olarak görülmektedir. Gerçekten devlet yetkisi kullanan, seçimle iş başına gelen organların, yine seçim yoluyla seçmen tarafından denetiminin yapıldığı kabul edilen bu ülkede, atanmış idari otoritelerin yargısal yönden denetimi de hukukun üstünlüğünün teminatı olarak görülmektedir³⁴. Bu nedenle, mahkemece denetim yapılırken basit bir formalite olarak idari işlemin gerekçeli olması aranmamakta, idarece öne sürülen gerekçelerin işlem tesisi için yeterli, haklı ve ölçülü olması gerektiği de belirtilmektedir. İşlemin gerekçeli olması zorunluluğunun bir nedeni de, dava esnasında karşı tarafın konu ile ilgili bildiği her şeyin hakkında işlem tesis edilen davacı tarafından da bilinmesinin silahların eşitliği ilkesinin gereği olmasıdır³⁵. İdareyi işlem tesisine iten sebepler ile işlemden beklenen amacın detaylı bir şekilde açıklanmasının yargısal kararların kalitesini de artıracığı varsayılmaktadır. Zira idarenin işlem tesisinde rasyonel davranıp davranmadığı, dikkate alınması gereken tüm faktörleri hesaba katıp, olayla ve işlemlerle ilgisi olmayan subjektif değerlendirmeleri göz ardı ettiğinin tespiti ancak işlemin gerekçelerinin ortaya konması ile mümkündür³⁶. Soyut hukuki normların somut olaylara uygulanması ile hukuk alanında varlık bulan idari işlemlerin dayanağı olan hukuk kuralının idare tarafından kanun koyucunun niyet ve iradesine uygun olarak yorumlanıp yorumlanmadığının mahkeme tarafından tespit edilmesi nedeniyle ayrıntılı olarak açıklanacak işlem gerekçesi yeterli görüldüğünde ya da mahkemece yasal düzenlemenin lafzına ve ruhuna uygun olduğu kanaatine ulaşıldığında mahkemece idari işleyişe müdahale edilmemektedir. Denetimi yapan mahkemece idarenin yetki aşımı yaptığı, takdir yetkisi bulunan durumlarda takdir yetkisini kötüye kullandığı, kanunda öngörülen usuli şartlara aykırı işlem tesis ettiği, idarece ileri sürülen gerekçelerin işlem tesisi için yeterli görülmediği, anayasa ile garanti altına alınan temel haklara, ayrıcalık ya da muafiyetlere aykırı işlem tesis edildiği durumlarda mahkemece işlemin hukuka aykırı olduğuna hükmedilmektedir³⁷. İdari işlemin denetimi yapılırken mahkeme, işlem tesis edilirken hukuki ve fiili durumun ne olduğunu, yasal düzenlemenin ne getirdiğini ve idarenin takdir yetkisini nasıl kullandığını denetlemektedir. Takdire dayalı işlemlerde kullanılan yetkinin keyfî, subjektif veya eşitlik ilkesi gözetilmeden kullanıldığı durumlarda işlem mahkemece iptal edilmektedir.

³⁴ Tobler, s. 213.

³⁵ Owen,, s. 742.

³⁶ Tobler, s. 220.

³⁷ Armiger, s. 1169.

4. Avrupa Birliği Yargı Düzeni'nde Yargısal Denetim

Avrupa Birliği yargı düzeni içerisinde yargı denetiminin ilke ve kurallarını belirleyen bir idari usul ve idari yargılama usul yasası bulunmamakla birlikte, Birlik mahkemeleri evrensel hukuk ilkelerini kullanarak etkili bir denetim yapmaktadır. Birliğin en yüksek yargı mercii konumunda olan Adalet Divanı, bakmakta olduğu davalarda yargı denetiminin standartlarını kendisi belirlediği için eleştirilmektedir. Eleştiriler, karar verici konumunda olan Birlik organlarının takdir yetkisinin kısıtlandığı ve yargısal aktivizm yapıldığı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Mahkeme kararlarına bakıldığında, idari işlemler tesis edilirken uyulması gereken usul hükümlerinden temel haklara riayet edilmesine kadar bazı hususlara vurgu yapılmaktadır. Buna göre, Birlik organları tarafından tesis edilen işlemlerin Kurucu Anlaşma'nın 190. maddesi gereğince gerekçeli olması gerektiği, gerekçeli idari işlemlerin hem vatandaşların hak arama hürriyetinin sağlanmasına katkı yapacağı, hem de mahkemece belirlenen denetimin standartlarına idarece uyulup uyulmadığını belirleme imkanı sağlayacağı ifade edilmektedir.

Takdire dayalı işlemlerin denetimini yaparken idari işlemlerde Mahkemece en sık tespiti yapılan aksaklıklar, açık değerlendirme hatasının bulunduğu, idarenin işlemi gerekçelendiremediği ve usul hükümlerine uyulmadığıdır. Ancak Avrupa Birliği'nin en üst mahkemesi niteliğinde olan bu mahkemenin de yargısal denetimde kullandığı ölçütlerin tutarlı olduğundan bahsetmek zordur. Bazı dava türlerinde şekil denetimi yapmakla yetinen, sınırlı yargısal denetimi yeterli bulan ve bunu gerekçelendirmeyen mahkemenin; bazı davalarda ise kapsamlı bir denetim yaptığı görülmektedir³⁸.

Esasa ilişkin olarak idari işlemde ölçülülük, mahkemenin en sık başvurduğu ilkelerden birisi olarak göze çarpmaktadır³⁹. İdarenin her olay ve durumda sahip olduğu takdir yetkisinin kapsam ve sınırı farklılaşabileceğinden, bu ilkeye başvurulduğunda denetimin sınırlarının da her dava için farklılaşabileceği düşünülmektedir. Dolayısıyla, Adalet Divanı kararları dikkate alındığında, mahkemece dava türü ve özelliğine göre farklı denetim kriterleri oluşturma yönünde bir gayret gösterildiği, somut olayın niteliğine göre düşük, orta ve yüksek yoğunluklu denetim yapıldığı görülmektedir⁴⁰.

³⁸ Fritzsche, s. 380.

³⁹ Tobler, s. 226.

⁴⁰ Leyland, Woods, s. 238.

Bu kapsamda Mahkemenin bireysel bazı davalarda uyguladığı sıkı denetime, Birliğin genel politikalarının uygulanması ile ilgili davalarda başvurduğunu söylemek zordur. Yine karmaşık ekonomik verilerin değerlendirerek bir sonuca ulaşılması gereken davalarda, mahkemenin sıkı denetim yapmaktan kaçındığı gözlemlenmektedir. Genel Birlik politikalarının belirlendiği konularda açılan davalarda mahkeme sınırlı denetim yapmasının gerekçesi olarak, üye ülkelerin farklı ekonomik çıkarlara sahip olduğu durumlarda Birlik politikasının ne olması gerektiği konusunda Birlik kurumlarının birden fazla seçenek arasında seçim yapabilecekleri, bu tür politikaların belirlenmesinin mahkemenin değil, diğer kurumların yetki ve sorumluluğunda olduğu argümanı kullanılmaktadır⁴¹. Bir başka deyişle, Mahkemenin özellikle karmaşık sosyal ekonomik ve teknik değerlendirmelerin gerektiği veya Avrupa Birliğinin genel dış politikasıyla ilgili olan ve uzmanlığı gerektiren davalarda, Birliğin diğer organlarının yetkilerine müdahalede bulunmamak için sınırlı denetim yaptığı görülmektedir. Avrupa Birliği yargı düzeni içerisinde takdir yetkisi ve bu yetkinin yargısal denetimi kurumsal denge ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri açısından ele alınmaktadır. Bir yandan kurumsal dengenin sağlanması için diğer Birlik kurumlarının işlemleri üzerinde yargı denetiminin bu dengeyi bozmayacak tarzda sınırlı bir şekilde yapılması gerektiği belirtilirken, diğer yandan kurucu anlaşmalarla tanınan temel hakları ihlal edildiği iddiasındaki gerçek ya da tüzel kişilerin idari işlemin her unsuru açısından yargısal denetiminin yapılmasını bekleme haklarının olduğu, etkili yargısal koruma ve hukuki güvenlik ilkesinin de bunu gerektirdiği belirtilmektedir.

Sonuç

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak idarenin tüm faaliyetlerinin yargı denetimine tabi tutulmasının gerekliliği her sistemde kabul edilmekle birlikte, bu denetimin sınırları konusundaki tartışmalar devam etmektedir. Bu tartışmaların ülkelerin hukuk gelenekleri ile doğrudan ilgili olduğu söylenebilir. Bazı ülkelerde savaş, sıkıyönetim ya da otoriter rejimlerin hüküm sürdüğü zaman dilimlerinde kişi hak ve hürriyetlerinin özlerine dokunacak kadar kısıtlanması nedeniyle her idari faaliyetin yargının denetiminden geçirilmesi temel haklar açısından bir garanti olarak algılanmakta iken, bazılarında halkın oyları ile seçilmiş yasama organının verdiği takdir yetkisini kullanan yürütme organı ve idarenin işleyişine mahkemece yapılan her müdahalenin mahkemenin ve yargı denetiminin meşruiyetinin

⁴¹ Craig, s. 433.

sorgulanmasına neden olduğu görülmektedir. Ancak, hukuk sistemlerinin de küreselleşmenin ve Avrupa Birliği gibi uluslar üstü kurumların etkisiyle tek tipleşmeye doğru bir yol aldığı bir vakıadır. Bunun sonucu, geleneksel olarak farklı hukuk sistemlerine sahip olan ve mahkemelerin örgütlenmesinde ve uyuşmazlıkların çözümünde farklı mekanizmaları kullanan ülkelerin daha önce aşına olmadıkları ilke ve kuralları iç hukuk sistemlerine dahil ederek kullandıklarına şahit olunmaktadır. Ancak, Avrupa Birliği içerisinde Adalet Divanı örneğinde olduğu gibi mahkemece denetim konusunda kullanılan ilke ve kurallarda yeknesaklığın sağlanamaması ve her olayda farklı kriterlerin kullanılması yargıya olan eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, yargı yetkisini kullanan mahkemelerce idari işlem ve eylemlerin denetiminde kullanılan ilke ve kriterlerin uygulanmasında istikrarın sağlanması, yargıya olan güveni artıracak gibi idarenin politika ve işlemlerinde de istikrarın sağlanmasına katkıda bulunacaktır.

Türk İdare Hukuku'nda idarenin her türlü eylem ve işlemi aynı kriterler baz alarak denetlenmektedir. Müsteşar, genel müdür benzeri üst düzey kamu görevlilerinin görevden alınmasına ilişkin işlem ile genel idare hizmetleri sınıfında memur olarak görev yapan bir kişinin atanma işlemi aynı kriterlere tabi tutulmakta ve bu husus idarelerce mahkemelere yönelik eleştirilerin yapılmasına neden olmaktadır. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden idari işlemin denetleneceğine ilişkin hükmün istisnası olmadığından denetimi yapacak olan yargı merciinin bazı davalarda sadece şekil ve usul denetimi, bazılarında ise esasa ilişkin sıkı bir denetim yapmasının gerekliliği konusundaki tartışmaların mevzuat açısından bir temeli bulunmamaktadır. Bununla birlikte denetimin farklı işlem ve olaylar için farklı kriterlere göre yapılması ihtiyacının da bulunduğu bir vakıadır. Bununla birlikte, Avrupa Birliği yargı düzeni içerisinde Adalet Divanı'nın yaptığına benzer bir şekilde bu kriterlerin mahkemelerce belirlenmesi yargısal aktivizm ya da temel hakların göz ardı edildiği eleştirilerini daha da artıracaktır. Bu nedenle çözümün, yasama meclisi tarafından usul kanununda değişiklik yapılarak çözülmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- ALLEN, Michael; THOMPSON, Brian, Constitutional and Administrative law, Oxford, 2005.
- ARMIGER, Jonathan, Judicial Review of Public Utility Commissions, *Indiana Law Journal*, C. 86, Sa.3, s. 163-182.
- Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation, [1948] 1 K.B. 223, Court of Appeal (England and Wales).
- BAKKER, C. L; HERINGA, Aalt W. F.; STROINK, A.M, Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review, Antwerpen, 1995.
- BARNETT, Hilare, Constitutional and Administrative law, London, 2000.
- BIGNAMI, Francis, Comparative Administrative Law, in *The Cambridge Companion to Comparative Law*, s. 145-170.
- BURCA, G.D., Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK law, *European Public Law*, C. 3, Sa 4, s.561-586.
- CRAIG, Paul, The EU Administrative Law, Oxford, 2012.
- CRAIG Paul, Ultra Vires and The Foundations of Judicial Review, *The Cambridge Law Journal*, C. 57, Sa.1, s. 63-90.
- FRITZSCHE, Alexander, Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law, *Common Market Law Review*, C. 47, Sa. 1, s.361-403.
- LEYLAND, Peter; WOODS, Terry, Administrative Law, London, 1999.
- LIONEL, Jeffrey J; Dawn, Oliver, New Directions in Judicial Review: Current Legal Problems, London, 1988.
- OWEN, Roberts B, Placing the Facts of Administrative Decisionmaking Before Reviewing Courts: English and American Techniques, *William and Mary Law. Review*, C. 27, Sa. 4, s.741-752.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?, *Harvard Law Review*, C.107, Sa. 6, s.8-31.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L, Comparative Administrative Law, London, 2010.
- Short v. Poole Corporation [1926] Ch. 66 and Mills v. London County Council

[1925] 1 K. B. 213.

SINGH, Mahendra P, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer 2001.

STEPHENSON, Matthew C., A Costly Signaling Theory of Hard Look Judicial Review, *Administrative Law Review*, C.58, Sa. 4, s.753-814.

TAKAHASHI, Y.A., Discretion in German Administrative law: Doctrinal Discourse Revised, *European Public Law*, C. 6, Sa.1, s.69-80.

TOBLER, Claudia, The Standard of Judicial Review of Administrative Agencies in the U.S and EU: Accountability and Reasonable Agency Action, Boston Collage of International and Comparative Law Review, C.22, Sa.9, s.213-229.

RAWLINGS, H.F, Judicial Review and the Control of Government, Public Administration, C.64, Sa.2, s.135-145.

WIDDERSHOVEN, Rob; REMAC, Milan, General Principles of Law in Administrative Law under European Influence, *European Review of Private Law*, C. 2, s. 381-408.

ZWARD, Tom, Overseeing the Executive: Is the Legislature Reclaiming Lost Territory From The Courts?, in *Comparative Administrative Law*, London, 2010.

BOŞ

TÜRK HUKUKUNDA TUTUKLAMA KARARLARINA KARŞI BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Hasan TUNÇ*

ÖZET

1982 Anayasasında 12.09.2010 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikler kapsamında, gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine “Bireysel Başvuru Hakkı” tanınmış bulunmaktadır. Bireysel başvuruya konu olabilecek işlemler ise emredici ve bağlayıcı kamu gücü işlemleri olmak zorundadır.

Gerek Türk hukuk mevzuatı gerekse AİHS hükümleri açısından, ülkemizde verilen kimi tutuklama kararlarının kanunda ve sözleşmede belirtilen niteliklerden yoksun olduğu bilinen bir gerçektir. Hukuki şartları taşımayan tutuklama kararlarına karşı da itiraz dışında başka bir denetim yolu öngörülmuş değildir. Bu nedenle itiraz başvurusu sonrası bu nevi kararlar adeta kesinlik kazanmaktadır. Yani bu kararlar, emredici ve bağlayıcı kamu gücü kararları haline gelmektedir. Diğer deyişle icrai bir niteliğe bürünen tutuklama kararları ile, gerek Anayasamızda gerekse AİHS’de yer alan temel haklardan “Kişi Hürriyeti ve güvenliği” hakkı ihlal edilmektedir. Bu ihlal de bir kamu gücü kullanımından kaynaklanan yargı kararıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle de, yargılamanın bitmesini beklemeksizin, tutuklama kararları aleyhine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Tutuklama, Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

THE RIGHT TO INDIVIDUAL APPLICATION AGAINST ARREST VERDICTS IN TURKISH LAW

ABSTRACT

With the amendments in the Constitution of 1982 that was inured on 12.09.2010, the right to individual application to the Constitutional Court have been recognized for natural persons and legal persons of private law. However legal transactions that could be subject to the individual application must be compulsory and binding transactions of public power

In terms of both Turkish legal regulations and provisions and European Convention on Human Rights, it's a well-known fact that some of the arrest verdicts that have been reached in our country are lack of the qualifications which is indicated in the statutes and Convention. In addition, it is not foreseen a judicial review option but objection to unlawful arrest verdicts. For this reason, after the denial of objection, that kind of verdicts almost show effect of final decisions, which means this verdicts

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

become compulsory and binding decisions of public power. In other words, with the arrest verdicts that obtains executable qualification, the right to liberty and security of person foreseen both our Constitution and European Convention on Human Rights are violated. And this violation occurs with judicial decisions arisen from usage of public power. Therefore the right to individual application against arrest verdicts should be acceptable.

Keywords: *Individual Application, Arrest, The Right to Lliberty and Security of Person, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights*

1- Ülkemizde Bireysel Başvuru Hakkının Genel Kapsamı

1982 Anayasasında 12.09.2010 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikler kapsamında, gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine “Bireysel Başvuru Hakkı” tanınmış bulunmaktadır. Anayasanın 148. Maddesine eklenen konuya ilişkin fıkralar şöyledir: “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

Belirtilen Anayasa hükmü uyarınca, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 45. - 51. Maddelerinde konunun ayrıntıları düzenlenmiştir. Şöyle ki;

“- *Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*

- *İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*

- *Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile*

Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.

- Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.

- Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.

- Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.

- Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir.

- Bireysel başvurular harca tabidir. Belirlenmiş harç miktarı şu an için 172.50 TL dir.

- Başvuru dilekçesinde başvurunun ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle ihlâl edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanan Anayasa hükümlerinin, ihlâl gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır.

- Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir.

- Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.

- Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline

onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir.

- Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.

- Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir.

- Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir.

- Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Başkan iş yükünün bölümler arasında dengeli bir şekilde dağıtılması için gerekli önlemleri alır.

- Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir.

- Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir.

- Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir.

- Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

- Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

- Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının

ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

- Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

- Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir.

- Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir.”

Yukarıda da belirtildiği gibi, bireysel başvuruya konu olabilecek işlemler, emredici ve bağlayıcı kamu gücü işlemleri olmak zorundadır. Bağlayıcı olmayan işlemler, genel direktifler, kurum içi görüş bildirimleri, bilirkişi raporları, teklif veya tavsiyeler, Kamu idarelerinin kişilerle eşit hukuki statülerle giriştiği özel hukuk işlemleri hakkında bireysel başvuru yapılamaz. Yine Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler ile yasama işlemleri ve düzenleyici idarî işlemler hakkında da bireysel başvuru mümkün olamaz.

Anılan başvuru yoluyla özellikle Ülkemiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılacak başvuruların bir süzgeçten geçmesi ve mümkünse önlenmesi amaçlandığı açıktır. Tabidir ki getirilen yöntemin etkili ve yeterli bir denetim yolu olmaması halinde, arzu edilen sonuçları sağlayabilmesi mümkün olamayacaktır.

2- Tutuklama

Bireysel başvuru konusu olabilmeleri yönüyle, Ülkemizdeki “tutuklama kararlarının” özel bir öneme sahip olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle, tutuklama kararlarının “makul sebeplere dayanmadığının” çok sık ileri sürülüyor olması, 1982 Anayasasının 19. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesine aykırılık iddialarını gündeme taşımaktadır. Konuyla ilgili olarak, yargılama ve tutuklama sürelerinin uzunluğundan kaynaklı sorunlardan çok, bizatihi tutuklama kararlarının bireysel başvuru konusu yapıp yapılamayacağı konusu önem arzetmektedir. AİHM kararları ve doktrindeki genel eğilim,

yargılama veya tutuklama sürelerinin uzunluğundan kaynaklı hak ihlallerinin bireysel başvuru konusu olabileceği yönündedir¹. Ancak hak ihlallerine yönelik bireysel başvuru yöntemi henüz çok yeni bir uygulama olduğundan, Türk hukukundaki yaklaşımın ne olacağı henüz belirlenebilmiş değildir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi yetkilileri bu konuda iyimser görüşler beyan etmiş olsalar da², ilgi konudaki belirsizlik varlığını sürdürmektedir.

Türk Hukukunda tutuklama ile ilgili olarak 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 ila 108. maddeleri arasında, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 111 ila 116. maddeleri arasında düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 21. maddesinde de özel olarak tutuklama yasağı getirilmiştir³.

¹ “AİHM, Türk hukuk düzeninin, yargılanabilirliğe, yargılama süresi hakkında şikayette bulunabilmeyi sağlayan etkin bir başvuru yolunu sunmadığını daha önce de tespit ettiğini hatırlatmaktadır (Ebru ve Tayfun Engin Çolak- Türkiye, başvuru no: 60176/00, 30 Mayıs 2006). Süresinin çok uzun olmasından şikayet edilen bir yargılamanın önce sona ermesi gerektiğini söylemek yerinde olmayacağından ikinci itiraz şikayetin niteliği ile bağdaşmamaktadır”. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/53842-07.pdf>, ErişimTarihi: 28.09.2012; Ayrıca bir başka kararda da, “Hükümetin ilk itirazıyla ilgili olarak AİHM, süresinin çok uzun olmasından şikayet edilen bir yargılamanın önce sona ermesi gerektiğini söylemek yerinde olmayacağından, bu ön itirazın ceza yargılaması süresine dayalı şikâyetin niteliğiyle bağdaşmadığı kanaatine varmaktadır (bakınız Türkiye aleyhine Erhun davası, no 4818/03 ve 53842/07, prg. 24, 16 Haziran 2009). www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/1966-07.pdf, Erişim Tarihi: 28.09.2012.

² “Anayasa Mahkemesi Başkanı Kılıç, bireysel başvuru kurumuyla Türk yargı sisteminin AİHM standartlarına yakınlaşacağını vurgularken, uzun tutukluluk sürelerini anımsatarak, henüz devam eden davalarda tutuklu sanıkların Anayasa Mahkemesi'ne başvurup başvuramayacaklarını sordum. Kılıç, “başvurabilirler” yanıtını verdikten sonra şu değerlendirmeyi yaptı: “Başvuruları iki bölüm değerlendirecek. Ben, o bölümlerin başkanı veya üyesi değilim. Dolayısıyla arkadaşlar karar verecekler. Şimdi tutukluluk haline sanık itiraz ediyor, mahkeme tutukluluk halinin devamına karar veriyor; sonra mahkemenin bu kararına bir üst mahkemede yine itiraz ediliyor ve o mahkeme de tutukluluğun devamına karar veriyorsa, bu süreç başlıyor. AİHM, üst mahkemenin tutukluluğa itirazı reddetmesi kararını bir kesin karar olarak görüyor ve buna karşı bireysel başvuruyu kabul ediyor. Eğer bizim arkadaşlarımız da AİHM gibi düşünürlerse, 23 Eylül'den sonra yapılacak tutukluluğun kaldırılması başvuruları kesin reddedilirse buna karşı bireysel başvuruda bulunabilirler.” Kılıç, açıklamaları hukuki olarak yapmaya özen gösterdi. İsim geçirmede ve görev yapacak arkadaşları adına hüküm yansıtmaktan kaçındı. Ancak şu ortaya çıktı ki: Tutuklu yargılanan sanıklar, tutukluluk hallerinin kaldırılması için 23 Eylül'den sonra başvururlarsa, yine ret kararı alırlarsa, buna yapacakları üst mahkemedeki itiraz da reddedilirse, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabilecekler.”, Fikret Bila, Tutuklular için yeni umut Anayasa Mahkemesi”, <http://siyaset.milliyet.com.tr/tutuklular-icin-yeni-umut-anayasa-mahkemesi/siyaset/siyasetyazardetay/22.09.2012/1600159/default.htm>, Erişim Tarihi: 01.11.2012.

³ “Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez”.

Şüpheli veya sanık hakkında hüküm verilmeden önce uygulanan bir yaptırım olan tutuklama, CMK'ya göre bir koruma tedbiridir. Her şeyden önce bir kişinin tutuklanması için mutlaka bulunması gereken temel unsur kuvvetli suç şüphesidir. Şüphenin kuvvetli olup olmadığı ise hâkimin takdirindedir. Ayrıca tutuklama nedenlerinden en az birisinin, yani 'Kaçma Şüphesi' veya 'Delilleri Karartma Şüphesinin' mevcut bulunması tutuklama kararı verilmesi için gereken diğer bir şarttır⁴. Tabidir ki kuvvetli şüphenin olması için, kanunun ifadesiyle suç şüphesini gösteren olguların mevcudiyeti zorunludur⁵. Tutuklama kararının verilmesi zorunlu değil ihtiyaridir. Ancak, CMK 100'e göre, Anayasa'da da kendine yer bulan ölçülülük ilkesine aykırı olacak şekilde veya üst sınırı 2 yıldan fazla olmayan ya da sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilmesi yasaktır.

Bilindiği gibi tutuklama kararı verilmesi için sanığın bir müdafiden yararlanması ve mutlaka hâkimin karar vermesi gerekir. Ayrıca tutuklama kararı hangi hâkim tarafından verilirse verilsin tutuklama kararlarında bulunması gereken en önemli unsur Anayasa'nın 141/3 ve CMK'nın 101. maddesi gereği kararın gerekçeli olmasıdır. Tutuklama kararı verilmezse şüpheli veya sanığın derhal serbest bırakılması gerekir. Kişinin tutuklanmasına ilişkin kararlara karşı gidilebilecek kanun yolu itirazdır. İtiraz mercileri kural olarak dosya üzerinden inceleyip karar vermektedir. Tutuklu olan kişi de her aşamada hâkimden veya mahkemeden serbest bırakılmasını isteyebilir. Serbest bırakılması istemi üzerine Cumhuriyet Savcısı, müdafî ve şüphelinin görüşleri alınıp 3 gün içinde karar verilir. Verilen kararlara karşı itiraz yolu açıktır. Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye hâkimin kararıyla gecikmesizin haber verilir. Ayrıca soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla tutuklunun, tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilir. Tutuklanan kişinin durumu en geç 30 günlük süreler halinde incelenmek zorundadır. Haksız yere tutuklanan kişiler, CMK 141 ve devamındaki maddelere göre tazminat isteyebilme hakkına sahiptirler.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararlarına göre de, bir tedbir olan tutuklama öne alınmış bir ceza gibi kötüye kullanılmamalıdır. AİHM'e göre, ülke mahkemelerinin somut olayda masumiyet (suçsuzluk)

⁴ Geniş Bilgi için Bkz., ŞAHİN, s.223-236.

⁵ TDK'ya göre olgu, birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç, vaki'dir. http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.507e891f12bd20.96423461, Erişim Tarihi:17.10.2012.

karinesini de göz önünde bulundurarak, kişi özgürlüğünün sınırlanmasını meşru kılan tüm şartları araştırıp incelemeleri ve bunun gerekçesini de kararlarında açıkça göstermeleri gerekir. AİHM, tutuklama kararının inandırıcı gerekçeye dayanması gerektiğini belirtmektedir. Yine AİHM tutuklama kararında “dosya münderecatı”, “suçun ağırlığı”, “delil durumu” gibi genel ifadelerle yetinilmesi ile tutuklama kararlarının açık biçimde gerekçelendirilmemesini de hukuka aykırı bulmaktadır. Aynı şekilde kanundaki ifadelerin tekrarını da yeterli sebep olarak kabul etmemektedir. Tutuklamanın devamına karar verirken de, bu tedbirin neden hala gerekli olduğu tüm yönleriyle gerekçelendirilmelidir.

AİHM’e göre, bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılıp bırakılmadığını belirlerken hareket noktası, bireyin içinde bulunduğu somut durum olup, kişiye uygulanan tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi bütün faktörler dikkate alınmalıdır⁶.

Bu konudaki AİHS’nin 5. Maddesi⁷, kamu gücünü elinde tutanların

⁶ DOĞRU, s.16-17.

⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin konuya ilişkin 5. maddesi şu şekildedir:

“Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkolik, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmesinde olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması.

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada

yetkisini kötüye kullanmaması için getirilmiştir. Düzenleme, öncelikle herkesin kişi özgürlüğüne sahip olduğunu ifade etmektedir. Daha sonra hem sözleşmede hem de ulusal hukukta belirlenen yollar dışında kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı belirtilmektedir. Burada kümülatif bir durum söz konusudur. Çünkü ilgili ulusal hukukta bir kanunda hürriyetin engellenebileceği hallerin bulunması yetmez, o hükümlerin AİHS standartlarını karşılaması gerekir. Bundan dolayı verilecek bir tutuklama kararı CMK'ya ve AİHS'e uygun olmalıdır. AİHS'in yaşayan belge olmasını sağlayan AİHM kararları da bu yüzden dikkate alınmalıdır.

AİHS'in 5. maddesinin 1. fıkrasındaki hususlar çok geniş bir alana değinmektedir. Çünkü istisnayı belirten bentlerin hepsi ceza hukukuyla ilişkili değildir. Kimi zaman medeni hukukun konusuna girebilecek şekilde özgürlüğün kısıtlanması imkânı bile vardır. Yalnız ebeveynlerin çocuklarını terbiye etme maksadıyla makul sayılabilecek davranışlarda bulunması 5. madde kapsamına girmeyecektir. Çünkü 5. maddenin amacı bireyin haklarını kamu gücünü elinde tutan organlara karşı çiğnetmemektir. Kişinin özgürlüğünün sınırlandırılması hallerinden birisi de cezai sürecin bir parçası olan tutuklamadan kaynaklanmaktadır. Yargılama öncesi kişiyi alıkoyma gerekçelerinde AİHM, Sözleşmeye göre 4 gerekçe belirtmiştir. Bu gerekçeler:

- * Kişinin kaçması riski,
- * Yargı sürecine müdahale riski,
- * Suçu önleme ihtiyacı,
- * Kamu düzenini koruma ihtiyacıdır⁸.

Kişinin kaçması riski ve yargı sürecine müdahale riski Türk hukukunda da düzenlenmekle beraber suçu önleme ihtiyacı tutuklama sebebi olarak CMK'da ifade edilmemiştir. Suç işlenmesini önlemek konusunda, Mahkeme bunun genel bir suç politikası anlamında değil, somut ve belli bir suçun yakın gelecekte işlenmesini önlemek amacı güden tedbir niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işlemini mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır."

⁸ MACOEVI, s. 32.

Tutuklama ile kamu düzenini koruma ihtiyacı da uygulamayla ortaya çıkan bir durum olmaktadır. Kamu düzenini koruma ihtiyacı özellikle sanığın salıverilmesi halinde toplum tarafından linç edilmesini önlemek veya misilleme olma ihtimaline binaen, yani aslında sanığı korumak adına, AİHM'in içtihatlarla oluşturduğu bir sebeptir. Ancak AİHM, bunun istisnai bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Misilleme ihtimalinin azalacağı ilk şoktan sonra bu gerekçe belli bir süre geçerli olacaktır⁹. Kişiyi yetkili mercilere çıkarılmak üzere alıkoyulması için *makul nedenlerin* bulunması gerektiğini ifade eden AİHM, yukarıda bulunan dört enstrümanı kullanmaktadır.

3- Sonuç

Türk Hukukunda başta Anayasa ve CMK hükümleri olmak üzere, konuyla ilgili kanuni düzenlemeler, tutuklama kararlarının gerekçeli olması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, gerek Türk hukuk mevzuatı gerekse AİHS hükümleri açısından, ülkemizde verilen kimi tutuklama kararlarının anılan niteliklerden yoksun olduğu bilinen bir gerçektir. Hukuki şartları taşımayan tutuklama kararlarına karşı da itiraz dışında başka bir denetim yolu öngörülmüş değildir. Bu nedenle itiraz başvurusu sonrası bu nevi kararlar adeta kesinlik kazanmaktadır. Yani bu kararlar, emredici ve bağlayıcı kamu gücü kararları haline gelmektedir. Diğer deyişle icrai bir niteliğe bürünen tutuklama kararları ile, gerek Anayasamızda gerekse AİHS'de yer alan temel haklardan “Kişi Hürriyeti ve güvenliği” hakkı ihlal edilmektedir. Bu ihlal de bir kamu gücü kullanımından kaynaklanan yargı kararıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle de, yargılamanın bitmesini beklemeksizin, tutuklama kararları aleyhine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı kabul edilmelidir. Ayrıca bu nevi ihlalleri önleme adına, şahsi başvuru yoluyla gerçekleştirilecek denetim özel öneme sahiptir. Kaldı ki kişisel başvuru yolunun, etkili ve yeterli bir denetim olabilmesi açısından da belirtilen insan hakkı ihlallerine engel olabilmesi gerekmektedir. Ülkemizde uygulamada tutuklama ile ilgili çok fazla sayıda karar veriliyor olması ve bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bu iş yükünün altından kalkmayacağı gibi gerekçeler de, kabul edilebilir olamaz. Çünkü tutuklama kararı veren makam hukuka uygun davranmak zorundadır. Hukuka uygun verilmeyen tutuklama kararını da bireysel başvuru yoluyla getirilmiş denetim dışında tutmak, ne hukuk ne de adalet anlayışıyla bağdaşmayacaktır.

⁹ MACOEVI s. 36.

Açıkçası yeterli ve yerinde gerekçelere dayanmayan tutuklama kararları hakkında, kanunda belirlenen itirazlar sonrasındaki 30 gün içerisinde, Anayasa Mahkemesine kişisel başvuru yoluna gidilebilmelidir. Hürriyetten mahrumiyet gibi çok ağır sonuçları olan ve tedbir niteliğini aşan biçimde kullanılan tutuklamalar nedeniyle doğabilecek insan hakları ihlalleri bu denetim yoluyla önlenebilmelidir. Anayasa yargısının temel amaçlarından biri, insan haklarını korumak ve gelişimine katkıda bulunmaktır. Türk Anayasa Mahkemesi de, konuyla ilgili yaklaşım ve kararlarıyla, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusunda kendisinden beklenen katkıları sağlamalıdır. Aksine bir tutum, Yüksek Mahkemenin varlık nedenine aykırılık teşkil edebilecektir.

KAYNAKÇA

- DOĞRU, Osman; **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İktüzüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- MACOEVI, Monica; **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.5**, y.y., Avrupa Konseyi, 2010.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, Seçkin, Ankara, 2012
- Ebru ve Tayfun Engin Çolak- Türkiye, başvuru no: 60176/00, 30 Mayıs 2006. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/53842-07.pdf>.
- Türkiye aleyhine Erhun davası, no 4818/03 ve 53842/07, prg. 24, 16 Haziran 2009). www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/1966-07.pdf.
- http://siyaset.milliyet.com.tr/tutuklular-icin-yeni-umut-anayasa_mahkemesi/siyaset/siyasyetazardetay/22.09.2012/1600159/default.htm.
- http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.507e891f12bd20.96423461,

BOŞ

NİKARAGUA’NIN DEMOKRASİYE GEÇİŞİ VE 1987 ANAYASASI

Hasan TUNÇ*

Fatma Umay GENÇ**

ÖZET

Bir ülkedeki siyasal, ekonomik ve toplumsal güçler; o ülkenin demokrasiye geçişi bakımından büyük etkiye sahiptir. Bu unsurlar; aynı zamanda, anayasasının yapımı sürecinde de etkin rol oynamaktadır. Özellikle halkın anayasa hakkındaki düşünceleri ve anayasaya olan saygıları, anayasal değişme açısından oldukça önemli bir husustur. Bu sebeple, toplumun her kesiminin anayasa yapım sürecine katılımı büyük önem taşımaktadır. Nikaragua’nın 11. Anayasası olan 1987 Anayasası, Nikaragua’da demokrasiye geçiş süreci sonunda hazırlanmıştır. Bu Anayasa’yı yapanlar, yapım sürecinde herkesin görüşünü almak suretiyle uzlaşmaya dayalı bir yeni anayasa hazırlamaya çalışmışlardır. Çünkü 1987 Anayasası, o dönemde, hem Nikaragua’da bütün sınıfların yeni rejime olan desteğini sağlamak hem de insan haklarını garanti altına alan bir anayasa olduğu için uluslararası desteği sürdürmek bakımından gerekli olması sebebiyle büyük önem taşımaktadır. Her ne sebeple olursa olsun, 1987 Nikaragua Anayasası’nın yapım süreci, halkın anayasa yapımına katılımını ve yeni anayasaya desteğini sağlamak bakımından dikkate değer bir örnek teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Demokrasiye geçiş, demokratikleşme, anayasa yapım süreci, Nikaragua’da siyasi gelişmeler, 1984 seçimleri.

NICARAGUA’S TRANSITION TO DEMOCRACY AND THE CONSTITUTION OF 1987

ABSTRACT

Political, economic and social powers in a country have a great impact on democratic transition. These factors play an active role in constitution making process as well. Especially public opinion and respect for constitution are very essential aspects of constitutional transition. Therefore, it is very important to ensure participation of every segment of the society in constitution making process. The Constitution of 1987, the 11th constitution of the Nicaragua, was drafted as a product of the democratic transition process in Nicaragua. The lawmakers then tried to

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.umaygenc@gazi.edu.tr

legislate a new constitution based on consensus by taking everyone's opinion during the constitution making process. The Constitution of 1987 was of vital importance not only in the sense that it ensured support of every segment in the society to the regime, but also it guaranteed respect for human rights as it was quite essential in order to maintain international support. Whatever the reason might be, the constitution making process of the Constitution of 1987 constitutes a considerable example in terms of ensuring public engagement and support.

Keywords: *Transition to democracy, democratization, constitution making process, political developments in Nicaragua, elections of 1984.*

GİRİŞ

Demokrasiye geçişe yol açan ve bu süreci etkileyen çok çeşitli faktörler vardır. Ancak demokrasiye geçişte temel faktör, mevcut siyasi yapı ve bu siyasi yapı içerisinde farklı öznelerin ne ölçüde etkin olduğudur. Bilindiği gibi, bir ülkenin sosyal ve ekonomik yönden gelişmişlik düzeyi demokrasiye geçiş açısından büyük önem taşımaktadır¹. Bunun yanı sıra, demokratik bir ülkenin diğer bir ülkenin demokrasiye geçişi üzerinde etkili olması gibi, uluslararası faktörler de demokrasiye geçiş sürecinde etkin rol oynayabilir².

Demokrasiye geçişe benzer şekilde, anayasal değişimde de, bir başka deyişle yeni anayasanın yapımı sürecinde de mevcut siyasal, ekonomik ve toplumsal güçler etkili olmaktadır³. Anayasal düzenlemeler sosyal ve siyasi düzeni etkilediği gibi, sosyal ve siyasal yapı da hem anayasanın metnini hem de anayasa yapım sürecini etkilemektedir⁴. Anayasa yapım sürecinin özellikleri aynı zamanda yeni anayasanın kalitesini ve istikrarını da etkileyen bir husustur⁵. Anayasal değişim, biçimsel bir değişme olabileceği gibi, Anayasa'nın doğasında yahut Anayasa'nın yorumlanmasında bir değişiklik şeklinde de tezahür edebilir⁶. Her koşulda, siyasal, ekonomik ve toplumsal güçlerin anayasal değişme üzerindeki etkililiği, Anayasa yapımında zamanlamanın da büyük önem taşıdığını göstermektedir. Ancak siyasal, ekonomik ve toplumsal güçlerin yanı sıra ülkedeki mevcut siyasi partiler ve bunların siyasi sistem içerisindeki etkinliği ile seçim sistemi de anayasal

¹ ÖZBUDUN, s. 14.

² WHEARE, s. 89.

³ KORNBLITH, s. 61, 62.

⁴ ATAR, s. 145.

⁵ WHEARE, s. 102, 103.

⁶ WHEARE, s. 98, 99, 100.

değişme üzerinde oldukça etkili hususlardır⁷. Ayrıca halkın mevcut anayasa hakkındaki düşünceleri ve anayasaya olan saygıları da anayasal değişme açısından etkili ve önemli bir husustur⁸.

1. Demokrasiye Geçiş Yolları

Demokrasiye geçiş yolları⁹, reform, kopma ve sözleşme (pakt) yolu olmak üzere üçlü bir ayrıma tâbi tutulabilir¹⁰.

A. Reform yolu

Reform yolu, demokratikleşme hareketinin bizzat otoriter yönetimin kendi yöneticileri tarafından başlatıldığı ve sürdürüldüğü bir demokrasiye geçiş yoludur¹¹.

Özbudun'un naklettiğine üzere, Stepan'a göre bu yolun; demokratikleşmenin sivil veya sivilleşmiş siyasal liderlikçe başlatılması, demokratikleşmenin askeri yönetimce başlatılması, demokratikleşmenin kurum olarak silahlı kuvvetlerce başlatılması olmak üzere üç alt tipi mevcuttur¹².

Reform yoluyla demokratikleşmeden söz edilebilmesi için iktidar, muhalefetten daha güçlü olmalıdır. Bir başka deyişle, otoriter rejimin liderleri, istedikleri takdirde ülkelerini demokrasiye yöneltebilecek güçte olmalıdır¹³.

Reform yoluyla demokrasiye geçiş için öncelikle otoriter rejim yanlıları kendi aralarında yumuşaklık taraftarları ve sertlik taraftarları olarak iki ayrılmaktadır. Burada yumuşaklık taraftarları, rejimin özünü değiştirmeksizin, rejime olan halk desteğini arttırmayı ve rejimin meşruiyetini güçlendirmeyi amaçlamakta, demokrasiye yönelmenin istenilir veya zorunlu olduğuna inanmaktadır¹⁴. Rejime muhalif olanlar da gene kendi aralarında köktenciler ve ılımlılar olarak ayrılmaktadır. Yumuşaklık taraftarları ile ılımlılar arasında

⁷ WHEARE, s. 101.

⁸ ÖZBUDUN, s. 19, 20.

⁹ Huntington, demokrasiye geçiş yollarını, dönüşüm, yerine geçme ve yer değiştirme olarak üçe ayırmıştır. Huntington'un açıklamalarından hareketle bu yollar, reform, kopma ve sözleşme yollarına tekabül etmektedir. HUNTINGTON, s. 140-179.

¹⁰ ÖZBUDUN, s. 21.

¹¹ ÖZBUDUN, s. 21,22.

¹² HUNTINGTON, s. 140, 141.

¹³ ÖZBUDUN, s. 25; HUNTINGTON, s. 143.

¹⁴ ÖZBUDUN, s. 29, 30.

bir işbirliği gerçekleşir ve bu işbirliği de başarılı olursa, demokratikleşmede başarıya ulaşılması mümkündür. Ancak ılımlılar ve yumuşaklık taraftarlarının nihai amacı aynı olmadığı için bunlar arasındaki bir işbirliği için her iki tarafın da birtakım tavizler vermesi; bunların kendi aralarında en azından zımni bir uzlaşmaya varmaları gerekmektedir. Dolayısıyla “*yumuşaklık taraftarları ile ılımlılar arasında temsil ettikleri sosyal güçlerin demokratik sistemde önemli bir siyasal konuma sahip olmalarını sağlayacak kurumları yaratma, yumuşaklık taraftarlarının sertlik taraftarlarını razı etmeleri veya etkisiz hale getirmeleri, ılımlıların köktencileri kontrol edebilmeleri*” olmak üzere üç şartın gerçekleşmesi ile reform yolu ile demokratikleşme sağlanabilecektir¹⁵.

Belirtilmelidir ki, reform yoluyla demokrasiye geçiş zordur; zira seçim düzenlemesinin yapılmasının ardından, bundan yararlananlar, yerleşik çıkarlarını korumaya çalışacaklardır¹⁶.

B. Kopma yolu

Kopma yolu, otoriter rejimin zor kullanım suretiyle yıkılmasıdır¹⁷.

Burada, rejim içerisinde reformcular yoktur veya zayıftır; hâkim unsur otoriter rejim yanlısı tutuculardır. Genelde çöken otoriter rejimin yerini bir başka benzeri almaktadır¹⁸.

Kopma yolunda otoriter rejim çökmekte ve yöneticileri demokrasiye geçişte hiçbir rol oynamamaktadır. Demokrasiye geçiş ise geçici bir devrim hükümeti tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla demokrasiye geçiş, devrim hükümetinin niteliğine ve politikalarına bağlıdır¹⁹. Bazı hallerde, kopmadan önce hükümetin devrilmesini sağlamak için birleşen muhalefet grupları arasında kopmadan sonra bölünmeler ortaya çıkmakta, iktidarın dağılımı ve kurulması gereken rejimin mahiyeti üzerinde kavga başlayabilmekte ve bu da demokratikleşme sürecini olumsuz etkilemektedir²⁰.

¹⁵ SARTORI, s. 44, 45.

¹⁶ ÖZBUDUN, s. 19.

¹⁷ HUNTINGTON, s. 158, 159.

¹⁸ ÖZBUDUN, s. 29, 30.

¹⁹ HUNTINGTON, s. 164.

²⁰ ÖZBUDUN, s. 19, 20.

C. Sözleşme yolu

Sözleşme yolu, otoriter rejimin yöneticileri ve demokratik muhalefet arasında uzlaşmanın sağlanmasıdır²¹. Dolayısıyla demokratikleşme, iktidar ve muhalefetin ortak eylemleriyle gerçekleşmektedir²².

Sözleşme yolunda otoriter rejimin yöneticileri ve demokratik muhalefet, biçimsel bir anlaşma yapabilecekleri gibi zımni bir anlaşma ile de demokratikleşmeyi gerçekleştirebilir. Sözleşme yolunun varlığı için muhalefet, iktidarı demokratikleşmede güvenilir bir ortak olarak tanımalı ve onun mevcut yönetme hakkına açıkça olmasa bile zımnı rıza göstermeli; iktidar ise muhalefeti “*toplumun önemli kesimlerinin meşru temsilcileri olarak kabul etmelidir*”²³. Taraflar arasındaki açık veya zımni anlaşma, demokrasiye geçişin yöntemini ve hatta demokratik rejimin temel ilkelerini belirleyen bir anlaşma olabilir²⁴. Bu anlaşmanın zımni bir anlaşma olması halinde sözleşme yolunun demokrasiye geçişe ilişkin diğer iki yoldan birine yaklaştığı, dolayısıyla reform sözleşmesi veya kopma sözleşmesinden söz edilebileceği de ileri sürülmektedir²⁵.

Tekrar belirtmek gerekir ki, uzlaşma yolunda esas önem taşıyan husus, karşılıklı güvencelerin verilmesidir²⁶. Uzlaşmanın gerçekleşebilmesi için her iki tarafın diğerine belli ölçüde meşruiyet tanınması gerekmektedir²⁷.

2. Demokrasiye Geçiş Yolları İle Anayasa Yapım Süreci Arasındaki İlişki

Demokrasiye geçiş yolları ile demokratikleşme sonucunda gerçekleştirilecek anayasa yapım sürecinin demokratik niteliği arasında sıkı bir ilişki mevcuttur.

Demokrasiye geçiş yollarının özellikleri göz önüne alındığında, reform yolunda tam demokratik olmayan bir anayasa yapım sürecinden, kopma yolunda demokratik bir anayasa yapım sürecinin gerçekleşebilme ihtimalinden söz edilebilir; sözleşme yolunda ise anayasa yapım sürecinin demokratik

²¹ HUNTINGTON, s.167.

²² HUNTINGTON, s. 174.

²³ ÖZBUDUN, s. 31, 32.

²⁴ ÖZBUDUN, s. 32.

²⁵ HUNTINGTON, s. 175, 176.

²⁶ HUNTINGTON, s. 174.

²⁷ ÖZBUDUN, s. 114.

olup olmayacağının belirsiz olduğu öne sürülebilir²⁸. Zira reform yolu ile demokrasiye geçişin sağlandığı Brezilya, Şili ve Arnavutluk'ta demokratik olmayan bir anayasa yapım süreci; kopma yolu ile demokrasiye geçişin sağlandığı İtalya, Arjantin, Yunanistan ve Çekoslovakya'da demokratik bir anayasa yapım süreci gerçekleşmiştir²⁹. Buna karşılık, sözleşme yolu ile demokrasiye geçişin sağlandığı Uruguay, İspanya ve Macaristan'da demokratik bir anayasa yapım süreci gerçekleşmiş iken, Polonya ve Bulgaristan'da demokratik olmayan bir anayasa yapım süreci gerçekleşmiştir³⁰.

3. Nikaragua'da Siyasi Gelişmeler ve Somoza İktidarı

Nikaragua, Orta Amerika'da, Karayip Denizi ve Kuzey Pasifik Okyanusu kıyısında, Kosta Rika ve Honduras arasında yer almaktadır. Halkı, Mestizolar, beyazlar, zenciler ve Kızılderililerden oluşmaktadır³¹. Toplam nüfusunun % 69'u Mestizolar (Kızılderili ve beyaz karışımı), % 17'si beyazlar, % 9'u zenciler ve % 5'i de Kızılderililerden meydana gelmektedir. Nikaragua'nın yerli halkı belirsiz bir tarihte bölgeye gelip yerleşmiştir. Ancak 17. ve 18. yüzyıllarda Nikaragua'nın büyük bölümü İspanyollarca sömürge haline getirilmiştir. 1820-1830 yılları arasında İspanyol sömürgeleri bağımsızlıklarını kazanmaya başlamışlardır. 1821 yılında, beş orta Amerika eyaleti bağımsızlığını ilan ederek Meksika İmparatorluğu'na katılmıştır. İmparatorluğun 1823'te yıkılmasından sonra, bunlar Orta Amerika Birleşik Eyaletleri'ni oluşturmuşlardır. Eyaletler arasında sürekli anlaşmazlıklar çıkmış ve sonuçta birbirlerinden ayrılarak 1838'te Guatemala, Honduras, El Salvador, Nikaragua ve Kosta Rika adı ile birer bağımsız devlet olmuşlardır³². Nikaragua'nın doğu kıyısı 1848-1860 yılları arasında İngiliz egemenliğine girmiştir.

19. yüzyılda iktidar, uzunca bir süre liberaller ve muhafazakârlar arasında el değiştirmiştir. Muhafazakârların, Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) desteği ile iktidara gelmesinin ardından yaşanan gelişmeler sırasında, ABD kendi desteğiyle iktidara gelen muhafazakârları desteklemek için 1912-1933 yılları arasında birkaç kez ülkeyi işgal etmiştir. 1925 yılında çıkan iç

²⁸ Ancak kopma yolu ile demokrasiye geçişin sağlandığı Portekiz ve Romanya'da demokratik olmayan bir anayasa yapım süreci gerçekleşmiştir; bunun nedeni Romanya'da muhalefetin dağınıklığı ve örgütlenme zamanının azlığı nedeniyle kurucu seçimlerin büyük ölçüde eski komünistlerin hâkimiyeti ile sonuçlanması; Portekiz'de ise kurucu meclisin iktidardaki askerlerin güçlü de facto baskısı altında çalışmasıdır. ÖZBUDUN, s. 114, 115.

²⁹ ÖZBUDUN, s. 115.

³⁰ Central Intelligence Agency, "Nicaragua".

³¹ Sait YILMAZ, "Latin Amerika'da Neler Oldu?"

³² Bu birlik ABD tarafından kurulmuş, finanse edilmiş ve eğitilmiştir. PARSA, s. 64.

savaşın ardından, 1927 yılında liberallerin öncülük ettiği bir ayaklanma baş göstermiş; daha sonraki süreçte ABD kuvvetleri Nikaragua'ya gelmişlerdir. Bu sırada silahlı mücadeleyi sürdüren Augusto César Sandino' nun dışındaki liberal önderler, ABD denetiminde yapılacak bir seçime katılmayı kabul etmişlerdir. Ancak General Augusta Cesar Sandino, ABD aracılığıyla gerçekleşen uzlaşmayı reddetmiş ve son Amerikan askeri de Nikaragua'dan ayrılana dek savaşağına yemin etmiştir. Dört yıllık bir savaşın ardından ABD ülkeyi terk etme kararı almış ve 2 Şubat 1933'te ABD ile barış antlaşması imzalanmıştır. Bir süre sonra Ulusal Muhafız Birliği'nin³³ başında bulunan Anastasio Somoza Garcia'nın³⁴ emri ile düzenlenen bir suikast ile Sandino öldürülmüştür. Garcia, Sandino'nun taraftarlarını hareketsiz hale getirdiğı gibi ellerindeki çiftlik ve varlıklara da elkoymuş; bunun ardından 31 Mayıs 1936'da iç savaş çıkmış ve 8 gün sonra Somoza Nikaragua'yı denetimi altına almıştır. Somoza, kısa süreli kesintilerle de olsa 1979 yılına kadar iki oğlu ile birlikte ülkeyi yönetmiştir³⁵.

Somoza, iktidarda kaldığı süre boyunca ABD ile sıkı ilişkiler içinde bulunmuş; İkinci Dünya Savaşı'nın ardından soğuk savaşın başlaması ile Nikaragua adına ABD'den büyük miktarda ekonomik ve askeri yardım alınmıştır³⁶. Bu yardımlara karşılık Nikaragua, Kuzey Amerika'nın uluslararası politikasına bağlı kalarak ABD'ye yardımcı olmuştur.

Somozalar bir yandan iktidarda kalmak için ABD'nin desteğine yaslanmış diğer taraftan da Ulusal Muhafız Birliği'ni kullanarak ülkeyi denetim altında tutmuştur. Muhafız Birliği'ne, Nikaragua'nın telefon, telgraf ve posta hizmetlerini, radyo, gümrük, demiryolu, ulusal sağlık hizmeti ve vergi toplamayı da kapsayan çok sayıda görev verilmiştir. Muhafız Birliği'nin personeli sıradan halka göre ayrıcalıklı bir yere sahip olmuştur. Birlik mensupları, halktan farklı tıbbi bakım, okul eğitimi, beslenme, barınma ve giyinme imkanlarına sahip kılınmış ve ayrı vergi yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Ayrıca bu personel, sivillere karşı suç işlemekle suçlandığında sivil mahkemelerde yargılanmamıştır³⁷.

³³ Somoza, ABD'nin Nikaragua'daki askeri işgali sırasında Ulusal Muhafız Birliği'nin komutanlığına getirilmiştir. ABD Başkanı Franklin Roosevelt'in Somoza için "Somoza berbat bir adam olabilir ama bizim berbat adamımızdır" dediğı rivayet edilmektedir. PARSA, s. 63.

³⁴ PARSA, s. 62.

³⁵ Öyle ki Somoza Garcia'nın oğlu Somoza Debayle yıllar boyunca 14 binden fazla kişinin askeri eğitim için ABD'ye yollandığını belirtmiştir. PARSA, s. 63.

³⁶ PARSA, s. 64, 65.

³⁷ PARSA, s. 65.

1944 yılında ülkede iktidara karşı geniş protestolar düzenlenmiş ve bu protestoları bastırmada Ulusal Muhafız Birliği etkin bir şekilde kullanılmıştır. 1956 yılına gelindiğinde Somoza Garcia'nın bir suikastta öldürülmesinin ardından, Muhafazakâr Parti'nin ve diğer muhalif örgütlerin bir kısmı hükümeti devirmek için silahlı girişimlerde bulunmuşlar ama başarılı olamamışlardır³⁸.

4. 1967 Başkanlık Seçimleri ve Sonrası Siyasi Gelişmeler

Somoza Garcia'nın ölümünün üzerinden 11 yıl geçtikten sonra, 1967 yılında yeni başkanlık seçimi süreci başlamıştır. Seçimde Anastasio Somoza Debayle'nin yönetime gelmesinin beklendiği sıralarda, muhalefet güçlü kampanyalar yürütmüştür. Bu kampanyalarda “Artık yeter!” ve “Somoza'sız mutlu yıllar” sloganları kullanılmaya başlanmıştır. Bu mitinglere ülke çapında büyük kalabalıklar katılmıştır³⁹.

Nikaragua Anayasası'nın 25. maddesinde genel seçimin tek dereceli ve gizli olduğu belirtilmesine karşın, zamanın devlet başkanı ve Anastasio Somoza Debayle'nin ağabeyi Luis Somoza kendisinin açık oy kullanacağını ve tüm liberalleri de aynısını yapmaya davet ettiğini radyo yayını ile duyurmuştur. Ayrıca Luis Somoza, gizli oy kullananların hükümet düşmanı sayılacağını ilan etmiştir. Muhalefet liderleri ise adil ve şiddetin olmadığı bir seçim isteğinde bulunmuştur⁴⁰. Bunun ardından, 22 Ocak 1967 tarihinde Muhafazakâr Parti, Anastasio Somoza Debayle'nin pek yakın gelecekte seçilecek olmasını protesto etmek için 40.000 kişilik bir yürüyüş düzenlemiştir. Ancak Ulusal Muhafız Birliği yürüyüşe müdahale ederek göstericilerin üzerine ateş açmıştır. Bunun sonucunda tahminen 600 kişi ölmüş; ayrıca yürüyüşü düzenleyenler ve Muhafazakâr Parti liderleri de Somoza tarafından tutuklatılmıştır⁴¹. Seçimleri Anastasio Somoza Debayle kazanmışsa da, seçimlerde hile yapıldığına dair çok sayıda rapor hazırlanmıştır⁴².

1972 yılının Aralık ayında, Managua'da, 600 bloğun yerle bir olmasına ve 10.000 kişinin ölümüne yol açan bir deprem felaketi gerçekleşmiştir. Bunun üzerine 18 ay süren bir sıkıyönetim ilan edilerek sivil hükümet askıya alınmıştır⁴³. Bu dönemde, ABD Managua'nın yeniden kurulması için 32

³⁸ PARSA, s. 65, 67.

³⁹ PARSA, s. 68.

⁴⁰ PARSA, s. 67.

⁴¹ PARSA, s. 67.

⁴² PARSA, s. 68.

⁴³ PARSA, s. 63.

milyon dolarlık yardım ve ayrıca Ulusal Muhafız Birliği'nin düzeni sağlamakta yetersiz kalması nedeniyle 600 kişilik bir askeri personel göndermiştir⁴⁴.

1973 yılında, İnsani İlerleme Enstitüsü tarafından Managua, Leon, Jinotepe ve Matagalpa şehirlerinde 982 kişinin katılımı ile bir kamuoyu anketi gerçekleştirilmiştir. Anket sonuçlarına göre halk arasında mevcut koşullar hususunda yaygın bir memnuniyetsizliğin mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ankete katılanların yüzde doksanından fazlası ekonomik durumdan, yüzde 78'inden fazlası mevcut siyasi koşullardan şikâyetçi olup, yüzde 70'i ölüm cezasının basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı olduğu düşüncesinde olduğunu belirtmiştir. Ankete katılanların yüzde 78'i ülkede mevcut durumun değişmesi gerektiğini, yüzde 57.8'i ise hem sistemin hem de sistemin yapısının tümüyle değişmesi gerektiğini belirtmiştir. Diğer usulsüzlük ve yolsuzlukların yanı sıra Somoza, 1974 yılında, ülkedeki herhangi bir kamu işletmesinin yönetim kuruluna atanan işadamlarının son seçimde en çok oyu almış siyasi partiye üye olmalarını şart koşan bir yasa çıkarmıştır. Bu durum hükümetin deprem yardım fonlarının idaresi sırasında yaptığı yolsuzluklarla birleşince toplumsal memnuniyetsizlik iyice artmıştır⁴⁵.

Muhalefet ve siyasi örgütlenmelerin Somoza rejimine karşı hareketlenmeleri bağlamında, 1974 yılının Ocak ayında, Nikaragua'nın farklı kesimlerinin önde gelen temsilcilerinden oluşan ve Ulusal Seferberlik adıyla bilinen bir grup Somoza rejimine karşı bir bildiri imzalamıştır. Bu bildiride Somoza rejimi siyasi baskıcılık, özgürlük ve adaletin yok edilmesi ile suçlanmıştır. Bildiri, “Yeni bir hükümet istiyoruz! Kökten bir değişim arıyoruz! Daha adil bir sistem için mücadele ediyoruz!” şeklinde sonlandırılmıştır. Kısa süre sonra, yedi siyasi örgütlenme ile İşçilerin Genel Konfederasyonu (CGT-I) ve Nikaragua İşçi Federasyonu (CTN) olmak üzere, ülkenin en büyük iki işçi örgütünden oluşan bir koalisyon ortaya çıkmıştır. İlginç biçimde, çeşitli odalarda ve birliklerde örgütlü olan Nikaragualı sermayedarlar hiçbir zaman Somoza karşıtı koalisyona katılmamışlardır. Sözü edilen koalisyon ağırlıklı olarak yüksek meslek sahiplerinden ve işçi liderlerinden oluşmuştur⁴⁶. Bu koalisyon haziran ve eylül aylarında gerçekleştirilmesi öngörülen başkanlık seçimini boykot etme çağrısında bulunmuş ve bu çağrısında hatırı sayılır bir etki yaratmıştır. Her örgütten üç kişinin katılımı ile toplam 27 kişi “oy verilecek kimsenin olmadığı”nı iddia eden, ifade, bilgi edinme, din ve sendikal örgütlenme özgürlüğünün var olmayışını kınayan bir bildiri imzalamıştır⁴⁷.

⁴⁴ PARSA, s. 69, 70.

⁴⁵ PARSA, s. 70, 71.

⁴⁶ PARSA, s. 70.

⁴⁷ PARSA, s. 71.

Hükümet artan eleştiriler karşısında, Basın Yoluyla Karalama Yasası'nı çıkarmış, Kiliseye karşı ceza davaları açmış ve birçok aktivisti ve muhalif organizatörü tutuklatmıştır. Koalisyonun 27 imzacısı da o sırada ülkede yürürlükte bulunan, bütün vatandaşların oy kullanmasını zorunlu tutan yasaya muhalefetten suçlu bulunarak altı aylığına vatandaşlık haklarından yoksun bırakılmıştır⁴⁸.

Başkanlık seçimi eylülde gerçekleştirilmiş ve esasen seçme yeterliliğine sahip olanların yarısından azı oy kullanmış; seçimlerin sonucunda Somoza Debayle başkan seçilmiştir⁴⁹.

Bu gelişmelerin ardından ülkede çekişmeli ortam devam etmiştir. 1974 yılının sonunda, Sandinistalar tarafından, tarım bakanının konutunda verilen bir resepsiyona saldırı gerçekleştirilmiştir. Saldırıda birçok etkin isim rehin alınmış ve karşılığında 2 milyon dolar fidye elde edilmiştir. Ayrıca Daniel Ortega Saavedra'nın da aralarında bulunduğu birçok Sandinista tutuklusunun serbest bırakılması sağlanmıştır. Bunun yanı sıra gerillaların yayınladığı bildiriler ülkedeki gazeteler, iki televizyon kanalı ve altı radyo istasyonu tarafından yayımlanmıştır. Bu olay, Somoza iktidarını ülke çapında, 33 ay süren bir olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan etmeye itmiş, ayrıca Ulusal Muhafız Birliğince dağlarda gerilla avına başlanmış ve köylüler tutuklanarak çalışma kamplarında hapsedilmiştir. Devam eden süreçte çok sert önlemler alınmış ve medyada süregelen sansür uygulamasına devam edilmiştir⁵⁰.

1978 yılına gelindiğinde, Nikaragua'da bir ekonomik durgunluk baş göstermiş ve şartlar devrim için elverişli hale gelmiştir. Somoza karşıtı gazete, La Prensa'nın editörü Joaquin Chamorro'nun suikaste uğramasının ardından, halk bu suikastten Somoza'yı sorumlu tutmuştur. Sandinista Ulusal Kurtuluş Cephesi (FSLN) tarafından öncülük edilen Somoza karşıtı gerillalar, orduya karşı şiddetli bir ayaklanma başlatmışlar ve böylece Nikaragua'da iç savaş başlamıştır⁵¹.

5. Nikaragua'da Demokrasiye Geçiş Süreci

Çok sayıda insanın öldüğü şiddetli bir iç savaşın ardından 17 Temmuz 1979 tarihinde Somoza istifa etmek durumunda kalmış ve Paraguay'a sürgüne gönderilmiştir. 20 Temmuz'da Sandinista kuvvetleri Managua'ya girmişler

⁴⁸ PARSA, s. 71.

⁴⁹ PARSA, s. 72.

⁵⁰ "Timeline: Nicaragua".

⁵¹ "Timeline: Nicaragua".

ve yüzlerce Nikaragualı zaferi kutlamıştır^{52 53}. Devrimin hemen ertesi günü Temel Statü (Fundamental Statute of Republic of Nicaragua) yayınlanmak suretiyle mevcut hükümet kaldırılarak yerini beş üyeden oluşan Cunta (Junta-JGRN)⁵⁴ resmi olarak almıştır^{55 56}. Ayrıca, yasama, yürütme ve yargıdan oluşan geçici bir hükümet yapısı oluşturulmuştur. Yürütme görevi Cunta'nın, yasama görevi Cunta ile birlikte Divan'ın (The Council of State)⁵⁷, yargı görevi ise mahkemelerindir⁵⁸. Bunun yanı sıra, Ulusal Muhafız Birliği'nin yerini “*demokratik süreci ve ulusun egemenliği ve bağımsızlığı ile toprak bütünlüğünü korumaya adanmış, yeni milliyetçi bir Ulusal Ordu*” almıştır⁵⁹. Cunta, 21 Ağustos tarihinde, Haklar ve Garantiler Temel Statüsü'nü (the Fundamental Statute of Rights and Guarantees of the Nicaraguan People) yayınlamıştır. Statü ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin anahtar hükümlerini benimsemiş, bunlar iç hukukta bağlayıcı

⁵² “Timeline: Nicaragua”.

⁵³ Sandinista devriminin üç ana prensibi, siyasi çoğulculuk (political pluralism), karma ekonomi (mixed economy) ve bağlantısızlık (non-alignment)dır. Ancak bu prensipler, kökenini, Marksist rejimler tarafından desteklenen siyasi uygulamalardan almamıştır. Başkan Daniel Ortega 19 Temmuz 1988'de modern Sandinism'in sosyalist karakterini ve böylece Sandinista devrimini ilan ettiğinde, Nikaragua'da sosyalizmin ne anlama geldiğini de hemen tanımlamıştır: “siyasi çoğulculuk, karma ekonomi ve bağlantısızlığı destekleyen bir sistem”. AZIC-RI, s. 12.

⁵⁴ Cunta'nın beş üyesi şöyledir: iki muhafazakâr (Alfonso Robelo ve Violeta Barrios de Chamorro), bir Sandinista taraftarı sol görüşlü (Moises Hassan) ve iki Sandinista üyesi (Daniel Ortega ve Sergio Ramirez). Uyuşmazlıklar ve istifalar sonucunda 1981 yılında Cunta sadece 3 kişi üyeli bir organ haline gelmiştir: aynı iki Sandinista üyesi ve Demokratik Muhafazakar Parti ile bağlantıları olan bir hukukçu olan Cordova Rivas. Bkz. MIJESKI, Introduction, s. 6.

⁵⁵ Junta'nın iki üyesi (Violeta Barrios de Chamorro ve Alfonso Robelo) Somoza'nın düşürülmesinde işbirliği yapan devrimci olmayan güçler arasından seçilmiş olsa da diğer üç üyesi (Moisés Hassan, Sergio Ramirez ve Daniel Ortega) FSLN üyesi yahut sempatizandır. Doğayısıyla güç dengesini elinde tutan, esasen FSLN'dir. REDING, The Evolution of Governmental Institutions, s. 16.

⁵⁶ REDING, Evolution, s.16.

⁵⁷ Divan ilk kurulduğunda 33 üyeden oluşmaktadır ancak Junta tarafından 1984 yılının Mayıs ayında ilk toplanmasını gerçekleştirerek göreve başlamasından önce 14 üyelik daha eklenecek 47 üyeye ulaşmıştır. VANDEN, PREVOST, s. 72.

Her ne kadar Divan üyelerinin yüzde 60-75'i FSLN üyesi olsa da, Divanın üyeleri Nikaragua toplumunun farklı kesimlerinden atanmıştır: bütün siyasi partiler, ordu, kilise, özel sektör grupları ve kitle örgütleri ile halk örgütleri. 1985 yılının ocak ayında yerini millet meclisi almadan önce ise üye sayısı 51 üyeye çıkmıştı. MIJESKI, Introduction, s. 6; VANDEN, PREVOST, s. 73.

⁵⁸ SCHROEDER, Nicaraguan revolution, MIJESKI, Introduction, s. 5; BARTON, s. 56-57.

⁵⁹ Inter-American Commission On Human Rights, “Report on The Situation of Human Rights in The Republic of Nicaragua”.

hale getirilmiştir. Bunlarla birlikte ölüm cezasını kaldırmış ve yaşama hakkının doğuştan var olan ve dokunulamaz bir hak olduğunu vurgulamıştır⁶⁰.

Bu dönemde Sandinista hükümeti uluslararası camianın da dikkatini çeken, okuryazarlık, eğitim, sağlık hizmetleri, çocuk bakımı, sendikalar ve toprak reformu gibi hususlardaki sosyal programlarını uygulamaya başlamıştır. Bütün bu olumlu gelişmelere karşılık, ABD Sandinista rejimini devirmeyi amaçlayan ve on yıl sürerek çok sayıda insanın ölümüne ve çok büyük miktarlarda ekonomik kayıplara yol açan “karşı savaş”ı (contra war – muhalifler tarafından başlatılan iç savaş) finansal olarak desteklemeye başlamıştır⁶¹. Ayrıca Somoza’nın devrilmesinden önce FSLN halka kurucu bir millet meclisi için seçimler yapılacağına söz vermiş, böylece Nikaragualılar Nikaragua tarihinde ilk defa olarak kendi kaderlerini tayin etmeye çağırılmışlardır. Bu söz, Temel Statü’de de yer almaktadır⁶².

Devrim sonrası Nikaragua’da, Temel Statü ile geçici bir hükümet sistemi kurulmuş olmasının yanı sıra, hem Somoza döneminden kalma kanunlar ve hükümler hem de geçici hükümet tarafından yayınlanan kararnamelerin uygulandığı bir hukuki sistem ortaya çıkmıştır. Bu durum karşısında Sandinistalar, sistemi revize etmek ve devrimin değerleri ve amaçları ile uyumlu yeni bir sistem kurmak ihtiyacı hissetmişlerdir. ABD’nin desteklediği karşı savaşta ulusal ve uluslararası desteği kazanma amacıyla, demokratik niyetlerinin açıkça görülmesini istedikleri için yeni bir Anayasa hazırlanmasına karar vermişlerdir⁶³. Zira Sandinistalara göre yeni bir anayasanın yapımı, ülke içinde orta sınıfın yönetime katılması ve rejimi desteklemesi; ülke dışında ise insan haklarını garanti altına alan bir anayasanın uluslararası desteği sürdürmek bakımından gerekli olması açısından büyük önem taşımaktadır.

Somoza’nın devrilmesinden önce FSLN tarafından halka söz verildiği ve Temel Statü’de de öngörüldüğü üzere halk tarafından bir kurucu meclisin seçilmesi, yeni anayasanın oluşturulması sürecinde ilk adımı teşkil etmektedir. Yeni anayasa referandumla kabul edilmemiştir. Anayasa, kurucu meclis tarafından hazırlanmış ve onaylanmış olduğundan, meşruiyeti de büyük ölçüde 1984 seçimlerinin demokratik olup olmadığı hususuna dayanmaktadır⁶⁴.

⁶⁰ REDING, *Evolution*, s. 17.

⁶¹ “Timeline: Nicaragua”.

⁶² WISE, s. 533.

⁶³ REDING, *Nicaragua’s New Constitution: A Close Reading*, s. 79.

⁶⁴ WISE, s.534.

A. 1984 Seçimleri

Temel Statü'de seçimlerin “ulusal kalkınmanın şartları izin verir vermez” gerçekleştirileceği belirtilmiştir⁶⁵. 1980 yılının Ağustos ayında, seçimlerin 1985 yılından daha geç gerçekleştirilmeyeceği belirtilmiştir. Nikaragua'da, Somoza döneminde ve öncesinde gerçekten demokratik seçimler yapılmadığı için, seçimlere hazırlık Nikaragua için önemli görülmemiştir. Özellikle başta eğitim olmak üzere sosyal şartları iyileştirmeye öncelik verilmiş, ülkeyi kalkındırmaya yönelik çalışmalar yapılmıştır⁶⁶. Daha sonra, 4 Kasım 1984 tarihi seçim tarihi olarak belirlenmiştir⁶⁷. Latin Amerika Çalışmalar Derneği'nin (LASA) seçim gözlem takımına göre bunun sebebi, adil ve sağlıklı bir seçim yapılması suretiyle ABD'nin müdahalesinden kurtulmaktır^{68 69}.

Seçimler konusunda diğer ülkelerin seçim yasalarını incelemek üzere yurt dışına delegeler gönderilmiştir. FSLN ve diğer partiler arasında ve Meclis içerisinde seçimlere ilişkin temel kuralları belirlemek için çeşitli müzakereler yapılmıştır⁷⁰. Ayrıca muhalif partilerin haklarını garanti altına almak amacıyla, 1982 yılında çıkarılan Siyasi Partiler Kanunu'nun hazırlanması esnasında görüşleri alınmıştır⁷¹. 1984 yılında ise seçimlerinin yapısını ve şartlarını belirleyen Seçim Yasası çıkarılmıştır. Seçim Yasası'nda Millet Meclisi (The National Assembly) için her birinin görev süresi altı yıl olmak üzere bir başkan, bir başkan yardımcısı ve 96 üyenin eşzamanlı seçilmesi öngörülmüştür. Ayrıca Millet Meclisi, partilerin almış oldukları oylara göre nispi temsil sistemi ile farklı coğrafi bölgelerin üyelerinden oluşacaktır. Meclis hem yasama hem de yeni bir anayasa taslağı hazırlama yetkisi ile donatılmıştır⁷². Bunların yanı sıra, ülke nüfus yoğunluğuna göre dokuz bölgeye ayrılmış ve her bir bölge için mecliste 10 sandalye ayrılmıştır. Kalan altı sandalye ise başkanlık için yarışan adayların mağlup olanları için ayrılmıştır. Seçimlere hazırlık olarak, Kosta Rika ve Venezuela'dan model alınarak, belirli bir seçim sistemi

⁶⁵ Bknz. Madde 28 (İspanyolca metin) “Estatuto Fundamental”, ENVIO TEAM, Setting the Rules of the Game Nicaragua's Reformed Electoral Law.

⁶⁶ VANDEN, PREVOST, s. 75.

⁶⁷ MIJESKI, Introduction, s. 9.

⁶⁸ MIJESKI, Introduction, s. 9.

⁶⁹ Bazı Sandinistalar, 1984 seçimlerinin tamamen bir taktisel taviz olduğu görüşündedirler. Bkz. FORAN, GOODWIN, s. 229.

⁷⁰ WALKER, WILLIAMS, s. 485.

⁷¹ JONAS, STEIN, s. 15.

⁷² MIJESKI, Introduction, s.11.

geliştirmek ve oy vereceklerin kayıt prosedürünü yürütmekle görevli, üyeleri Anayasa Mahkemesince atanan beş kişiden oluşan bir Yüksek Seçim Kurulu oluşturulmuştur. Kayıt sürecinin tamamlanmasıyla birlikte, 1984 yılının Ağustos ayında, seçim kampanyaları başlamıştır⁷³.

Seçimlerde yarışan partilere seçim kampanyaları için eşit miktarda finansman sağlanmıştır. Partilere eşit süreli olarak ayrılmış 45 dakikalık radyo ve 30 dakikalık televizyon programlarında seçim kampanyalarını gerçekleştirme imkânı verilmiştir⁷⁴. Bunun yanı sıra, başkan yardımcılığı adayları arasında da televizyon tartışmaları gerçekleştirilmiştir⁷⁵. Ayrıca her bir partinin kayıt, oylama ve oyların sayılması süreçleri boyunca hazır bulunan seçim gözlemcileri olmuştur. İsveç Seçim Komisyonu, bütün bu süreçte teknik yardım sağlamıştır⁷⁶.

B. 1984 Seçimleri Sonrası Hükümet Sistemi

4 Kasım 1984 tarihinde gerçekleştirilen seçimlerde yedi siyasi parti yarışmıştır. Seçimlere kayıt zorunlu olmakla birlikte, seçimlerde oy kullanılması zorunlu tutulmamıştır. Yaklaşık 1.2 milyon Nikaragualı oy kullanmıştır (oy kullanma yeterliliği olanların % 94'ü kayıt olmuş, bunların % 75'i oy kullanmıştır)⁷⁷. FSLN oyların % 66.8'ini alarak seçimlerden galip parti olarak çıkmıştır. Ancak FSLN oyların % 66.8'ini almasına karşılık, meclisteki sandalyelerin % 63.5'ini alabilmiştir. Meclisin doksan üyesi nispi temsil sistemine göre seçilmiş, kalan altı üye ise mağlup olan başkan adayları arasından eklenmiştir⁷⁸. Böylece muhalif partiler de seçimlere katılarak 35 sandalye kazanmış ve Meclis'te temsil edilerek yeni anayasanın yazımına katkıda bulunmuşlardır⁷⁹.

1984 seçimlerinin yapılması ile Cunta'nın görevi sona ermiş ve Divan'ın yerini Millet Meclisi almıştır. Daniel Ortega Başkan, Sergio Ramirez Mercado ise Başkan Yardımcısı olarak göreve başlamıştır. Bundan iki gün sonra Meclis

⁷³ MIJESKI, Introduction, s. 9; REDING, Who says what's fit to print? The words behind the words, s. 494, 495; WALKER, WILLIAMS, s. 487.

⁷⁴ REDING, Who says what's fit to print? The words behind the words, s. 495.

⁷⁵ REDING Nicaragua's New Constitution, s. 104.

⁷⁶ REDING, Evolution, s. 25.

⁷⁷ WILLIAMS, s. 15, 19, REDING, Who says what's fit to print? The words behind the words, s. 495.

⁷⁸ WISE, s. 536, REDING, Who says what's fit to print? The words behind the words, s. 495.

⁷⁹ BOOTH, RICHARD, s. 119.

Başkanı olarak Carlos Núñez seçilmiştir⁸⁰. Başkan, başkan yardımcısı ve meclis üyelerinin her birinin görev süresi altı yıldır.

C. Yeni Anayasa Yapım Süreci

Yeni Millet Meclisi göreve başladıktan sonra, anayasa yazımı sürecini tamamlaması için kendisine iki yıl süre verilmiştir⁸¹. Yeni Meclis, ilk iş olarak 1985 yılının Nisan ayında, yeni Anayasa taslağını hazırlamak üzere 22 üyeli bir Anayasa Komisyonu atamıştır. Komisyon üyelikleri seçim sonuçlarına göre dağıtılmıştır. Komisyon'un 12 üyesi FSLN'den, 10'u da seçimlere katılan diğer partilerden oluşmaktadır⁸². Komisyon'da normalde FSLN üye sayısı daha fazla olması gerekmekte idi. Ancak her partinin temsil edilebilmesi için, FSLN hak ettiğinden daha az olan 12 (% 55) üye ile yetinmiştir^{83 84}. Anayasa yapım sürecinin büyük çoğunluğuna meclisin üç başkan yardımcısından ikisi olan PCD'den Clemento Guido ile PPSC'den Mauricio Diaz başkanlık etmiş olduğundan, Komisyon'da muhalefet daha avantajlı olmuştur⁸⁵.

Komisyon, çalışmalarına 1985 yazının başında başlamıştır. Komisyon tarafından dört delege seçilerek yerinde inceleme yapmak üzere 18 tane yabancı ülkeye gönderilmişlerdir. Millet Meclisi'nin Dış İlişkiler Alt Komisyonu tarafından gerekli düzenlemeler yapılarak, bir delege Mayıs ayında Sovyetler Birliği, Macaristan, Bulgaristan ve diğerlerini de kapsayacak şekilde Avrupa'daki sosyalist ülkeleri ziyaret etmiştir. İkinci delege Ağustos ayında Venezuela, Küba, Peru, Kolombiya, Panama, Kosta Rika ve Arjantin gibi Latin Amerika ülkelerine gitmiştir. Üçüncü delege Ekim ayında, İsviçre, İspanya, İngiltere, Fransa ve Batı Almanya'ya; dördüncü delege ise aralık ayında Amerika'ya seyahatle görevlendirilmiştir⁸⁶. Ancak her ne kadar delegeler Amerika'daki anayasa uzmanları ile görüş alışverişinde bulunmak istediler ise de Reagan Yönetimi tarafından vizeleri reddedilmiştir. Buna

⁸⁰ 1984 seçimleri yapılarak başkan ve yasamanın seçilmesi suretiyle Nikaragua, ideolojik olarak yedi farklı partinin yeni anayasa hakkında görüşmelere başladığı bir temsili demokrasi (representative democracy) haline gelmiştir. REDING, Evolution, s. 25.

⁸¹ WALKER, WILLIAMS, s. 491.

⁸² JONAS, STEIN, s. 19, 20.

⁸³ WISE, s. 536, 537.

⁸⁴ Anayasa Komisyonundaki üyeler, birbirinden birçok konuda farklı görüşler ileri süren kimselerdir. Öyle ki Komisyon'da yer alan 12 FSLN delegesinden beşi devrimci kanattan, diğerleri ise daha ulusalcı kanattan ve Ortodoks Marksist eğilimli kimselerden seçilmiştir. REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 83.

⁸⁵ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 80.

⁸⁶ AZICRI, s. 7, 8.

rağmen Amerikalı hukukçular Nikaragua'ya gelerek Anayasa taslağına ilişkin müzakerelere iştirak etmek suretiyle anayasa yapım sürecine katkıda bulunmuşlardır⁸⁷.

Ağustos-Ekim 1985 arasında siyasi partiler, dini gruplar, iş ve meslek sendikaları ve diğer örgütler taslakta nelerin yer alması gerektiğine ilişkin görüşlerini sunmak için komisyonla buluşmaya davet edilmişlerdir. Bu gruplarla toplantılar düzenlenmiştir. Millet meclisinde temsil edilen yedi siyasi parti de dâhil olmak üzere davet edilenlerin bir kısmı bu davete icabet etmişlerdir. Siyasi partilerin her biri, detaylı öneriler sunmuşlar ve bu önerilerin tamamı bağımsız El Nuevo Diario'da yayınlanmıştır^{88 89 90}.

21 Şubat 1986 tarihinde, Meclis Başkanı Carlos Nunez, yeni Anayasa'nın başlangıç niteliğindeki (ilk) taslağını, yasama organına resmi olarak sunmuştur⁹¹. Bu arada halk da anayasal tartışmalara katılmaya teşvik edilmiştir. 1986 yılının Şubat ayında anayasa tasarısının ilk taslağının 150.000 kopyası halka dağıtılmıştır^{92 93}. Hükümet tarafından, muhalif partilerin temsilcileri ile gerçekleştirilen 12 adet televizyon tartışma programı finanse edilmiştir. Daha sonra Komisyon, şehir toplantıları şeklinde gerçekleştirilen ve “cabildos abiertos” denilen açık toplantılar düzenleyerek halkın düşüncelerini öğrenmek istemiştir. Bu toplantılar iki turlu olarak Mayıs ve Haziran aylarında, ülke çapında gerçekleştirilmiştir. Her hafta başkan Ortega ve yardımcısı Sergio Ramirez ve diğer hükümet görevlileri televizyonda De Cara al Pueblo'da canlı olarak yayınlanan şehir toplantılarına katılmış ve doğrudan vatandaşlar tarafından sorulan soruları ve eleştirileri cevaplamışlardır. Her sabah,

⁸⁷ WISE, dipnot 86.

⁸⁸ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 80; JONAS, STEIN, s. 20.

⁸⁹ Bu durum yeni kuruldukları için mecliste temsil edilmeyen iki parti olan the Trotskyist Revolutionary Workers' Party ve merkez sağcı Central American Unionist Party için ayrıca bir fırsat olmuş ve bu partiler ilk kamu bildirilerini yapmışlardır. REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 82; AZICRI, s. 9, 10.

⁹⁰ 1985 yılının Ağustos ve Ekim ayları arasında siyasi partiler ve diğer toplumsal gruplar tarafından 24 adet anayasa teklifi verilmiştir. REDING, By the people: constitution making in Nicaragua, s. 436.

⁹¹ AZICRI, s. 8.

⁹² Bu ilk taslak, 221 maddeden oluşmuştur ve müteakip taslaklardan oldukça uzundur. BAR-TON, s. 56-57.

⁹³ 1986 yılında Nikaragua'da toplam nüfus, 3.781.000'dir. 1.900.000 civarında 15 yaş üzeri nüfusun varlığı ve gelişmekte olan bir ülke olarak ailelerin kalabalık oluşu düşünüldüğünde, yaklaşık olarak her aileye bir anayasa taslağı kopyası düşmektedir. Nikaragua nüfusu hakkında detaylı bilgi için bkz. United Nations Department of Economic and Social Affairs, “Population Division-Detailed Indicators”.

“Nikaragua'nın Sesi” (The Voice of Nicaragua) kanalı, “Cantacto 620” adı verilen dört saatlik bir canlı yayın programı yayınlamış ve burada vatandaşlar her konudaki soruları, şikâyetleri ve eleştirileri ile yayına bağlanabilmişlerdir⁹⁴. Toplantıların bir kısmı anayasa taslağının herhangi bir kısmına ilişkin olarak toplumun tüm kesimlerine açık iken, yedi tanesi ise kadınlar için özellikle önem taşıyan hususlara ilişkin olarak gerçekleştirilmiştir⁹⁵. Gerçekleştirilen toplam 73 adet toplantıya 100.000 kadar vatandaş katılmıştır. Toplantılara katılan vatandaşlardan 2.500 tanesi sunum yapmış, 1.500 tanesi ise taslağa ilişkin açıklamalarını yazılı olarak iletmiştir⁹⁶. Bu toplantılarda ifade edilen düşünceler, “Barricada” ve “El Nuevo Diario”da basılmış, ayrıca radyoda canlı olarak ve önemli noktaları da geceleri televizyonda yarım saatlik özet programlarda yayınlanmıştır^{97 98}.

Merkezci PPSC, Sandinistaların kendi partilerini güvenilir göstermek suretiyle toplantıları manipüle edecekleri endişesi taşıdığını açıklamasına karşın cabildos’a katılmıştır. Diğer taraftan PCD ise yasa koyucuların seçimlere ilişkin yetkisinin ihlal edildiği, böylece temsili demokrasinin baltalandığı iddialarıyla halkın katıldığı toplantılar yapılması düşüncesine karşı çıkmış ve sonuçta taraftarlarından bu toplantılara katılmamalarını istemiştir. Buna karşılık, anayasa komisyonundaki çalışmalarına devam etmiştir. PLI da Komisyon’dan çekilmiştir. Ancak “La Prensa” gazetesinde detaylı karşı öneriler yayınlamaya devam etmiştir. Tüm bunlar, ülkenin iki başlıca merkez sağ partisinin cabildos’a katılmadığı anlamına gelmektedir⁹⁹.

Bunların yanı sıra, sağ kanat “Coordinadora” siyasi koalisyonunu oluşturan üç siyasi parti, iki sendika ve Ticaret Odası anayasa taslağı hazırlanması sürecine katılmayı reddetmiştir¹⁰⁰. Buna karşılık Coordinadora’nın unsurları dolaylı şekilde anayasanın yapım sürecine katılımda bulunmuşlardır. Coordinadora koalisyonunu oluşturan partilerden birinin lideri olan Mario

⁹⁴ REDING, Nicaragua’s New Constitution, s. 105.

⁹⁵ WALKER, WILLIAMS, s. 489, MORGAN, s. 24.

⁹⁶ WALKER, WILLIAMS, s. 489.

⁹⁷ REDING, Nicaragua’s New Constitution, s. 82; JONAS, STEIN, s. 20, AZICRI, s. 9, REDING, Evolution, s. 28, REDING, By the people, s. 435, 436.

⁹⁸ Meclis üyelerinden birisi bu toplantıların aslında “insanların anayasal meseleleri anlamalarına yardımcı olmak” için düşünüldüğünü; ancak “temsilcilere insanların yararına olarak nasıl yasama faaliyetinde bulunacakları hususunda yardımcı olacak bir pratik okul” olduğunu belirtmiştir. JONAS, STEIN, s. 20.

⁹⁹ REDING, Nicaragua’s New Constitution, s. 82.; REDING, By the People, s. 435.

¹⁰⁰ Bu koalisyon aynı zamanda 1984 seçimlerine de katılmamıştır.

Rappacciolli ve Nikaragua Barosu'nun başkanı Alberto Saborio, La Prensa'da yayınlanan çeşitli makaleleri ile ilk anayasa taslağına ilişkin eleştirilerini açıklamışlardır¹⁰¹.

Katolik Kilisesi, daha sınırlı bir şekilde de olsa, anayasa çalışmalarına ilişkin süreçte yer almıştır. Nikaragualı Piskoposlar Birliği (Nicaraguan Conference of Bishops) tarafından temsil edilen Katolik Kilisesi, ilk anayasa taslağının yayınlanmasının ardından zorunlu askerliğe, bir diğer deyişle hükümet tarafından adlandırıldığı üzere “vatansever askerlik hizmeti”ne (patriotic military service) karşı çıkmıştır. Kilise ayrıca aile planlamasına karşı olduğunu belirten bir bildiri de yayınlamıştır. Buna karşılık Kilise, papazların yahut kilise mensubu olmayan Katoliklerin cabildos'a katılımını sınırlama girişiminde bulunmamış; hatta papazların ve rahibelerin bir kısmı, devrimi destekleyen bir kısmı ise devrime karşı çıkan muhafazakâr görüşler ileri sürmek suretiyle toplantılara önemli katkılarda bulunmuşlardır¹⁰².

Anayasa taslağındaki bazı hususlar hakkında Komisyon'da ve halk arasında ciddi tartışmalar gerçekleşmiştir. Anayasal süreç boyunca, tartışılan hususlarda FSLN delegelerinin tamamı her zaman için aynı yönde düşünce açıklamalarında bulunmamışlardır. Özellikle yargısal denetim, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin anayasaya katılması gibi bazı önemli meselelerde farklı görüşleri savunmuşlardır¹⁰³.

Taslakta yer temel başlıklara ilişkin önerileri şöylece sıralayabiliriz:

- Yargısal denetim: Sandinistalar, Anayasa Mahkemesi'nin başkanının ve yasama meclisinin işlemlerinin hukukiliği hakkında karar verme yetkisi bakımından görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Ancak yargısal denetimin gerekliliği doğrultusunda ve devlet erkleri arasında belirgin bir kuvvetler ayrılığının vurgulanması suretiyle sonuca ulaşılmıştır¹⁰⁴.

- Ordunun FSLN'den bağımsız olması¹⁰⁵: Seçimler sonrası ordu kimliğini Sandinista olarak sürdürse ve üyeleri Sandinista değerleri

¹⁰¹ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 82, 83; AZICRI, s. 10.

¹⁰² REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 83; AZICRI, s. 10.

¹⁰³ Belirli bir hususta delegelerin bazıları orta yolcu bir pozisyon alırken bazıları ise daha radikal bir duruş sergilemiştir. Bu, FLSN'nin diğer siyasi partilere daha önceden belirlenmiş, değiştirilemez bir anayasal metin dayatmaya kararlı olmadığının da göstergesidir. AZICRI, s. 9.

¹⁰⁴ JONAS, STEIN, s. 20.

¹⁰⁵ 4 Nisan 1986 tarihinde PPSC parlamento lideri Luis Humberto Guzman bir FSLN temsilcisi Rafael Solis Cerda ile karşılıklı gerçekleştirilen bir televizyon tartışmasında silahlı kuvvetlerin hükümetteki partiden ayrılmasını talep etti. Her iki tarafın görüşleri, 11 Nisan'da El Nuevo Diario'da yayınlandı. REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 104, 105.

doğrultusunda (örn. milliyetçilik ve antiemperyalizm) eğitilse de, Anayasa'da ordunun bağlılığının bir partiye değil, ülkeye ve ulusal Anayasa'ya olduğu belirtilmektedir. Ayrıca ordu, Sandinista olmayanların katılımına da açıktır. Ancak anayasal tartışmalar esnasında muhalefet, ordunun üst düzey görevlileri Sandinista olduğu için ordunun yapısına karşı çıkmıştır. Silahlı kuvvetlerde çoğulculuğun eksikliğinden söz etmiş, silahlı kuvvetlerin depolitize edilmesine yönelik çağrılar yaparak ordunun bağımsız bir yapısının olması gerektiğini savunmuştur. Bunlara cevaben FSLN, Latin Amerika tarihindeki apolitik ordularla ilgili tecrübelerden söz ederek Şili, Uruguay, Arjantin ve Brezilya'daki özgürce seçilmiş hükümetlerin hepsinin apolitik ordular tarafından sonlandırıldığını belirtmiştir. Tartışmalar sonucunda, Latin Amerika'daki mevcut tecrübeler ışığında, muhalefetin savunduğu şekilde bağımsız orduların devrimci ulusal hükümetlerden ayrılabilceği ve hükümete karşı hareket edebileceği sonucuna ulaşılmıştır¹⁰⁶.

- Kitle örgütleri: 1984 seçimleri öncesi, siyasi partiler gibi kitle örgütleri de Divan'da temsil edilmişlerdir. Bu durumu göz önüne alan muhalefet, Sandinista kontrolünde olan kitle örgütü olarak algıladığı örgütlerin devletin karar alma organında yahut idaresinde resmi bir rol oynamasını sağlayacak bir düzenleme yapılmasına karşı çıkmıştır. Tartışmalar sonucunda, millet meclisinin sadece siyasi parti temsilcilerinden oluşacağı Anayasa'da belirtilmiştir¹⁰⁷.

- Uluslararası insan hakları sözleşmeleri: Anayasa Komisyonu'nda tartışmalara neden olan hususlardan birisi de uluslararası insan hakları sözleşmelerine Anayasa metninde yer verilmesidir. PCD delegesi Eduardo Molina Palacios, anayasaya iki insan hakları bildirgesinin (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi) ve üç insan hakları sözleşmesinin (Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi) koyulması girişiminde bulunmuştur. Ortodoks Marksistler anlaşmalarda yer alan vicdan, düşünce, din ve barışçı toplanma hürriyetini işaret eden bazı haklar nedeniyle bu öneriye karşı çıkmıştır. Diğer taraftan ulusalcı Sandinistalar da, böyle bir hükmün yabancıların iç işlere müdahalesini kolaylaştıracağı ve bu nedenle ulusal egemenliğin ihlal edilebileceği korkusuyla, bu öneriye karşı çıkmıştır. Devrimci Hristiyanlar ise öneriyi desteklemiştir. Sonuçta, FSLN delegeleri

¹⁰⁶ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 108, 109; JONAS, STEIN, s. 20.

¹⁰⁷ JONAS, STEIN, s. 20, 21.

Danilo Aguirre Solis ve Humberto Solis Barker ve Sixto Ulloa Dona'nın PCD ve PSC delegeleri tarafında oy vermeleri ile, teklifin bir oyla anayasa taslağına yazılması sağlanmıştır. Millet Meclisi'ndeki son oylamada da, Sandinistalar sözü edilen maddeye karşı olumsuz tavırlarını değiştirmişler ve Ortodoks Marksist'ler de karşıt duruşlarını yumuşatmışlardır. Madde metni ulusal duyarlılıklar dikkate alınarak değiştirilmiştir. Maddenin Anayasa'daki yeri, "Nikaragua Vatandaşlarının Hakları, Ödevleri ve Güvenceleri" (Rights, Duties and Guarantees of the Nicaraguan People) başlıklı bölüm altında belirlenmiş ve bu da düzenlemenin uygulanabilirliğini arttırmıştır. Böylece ulusal düzeydeki acil durumlarda dahi sözü edilen maddenin uygulanmasının askıya alınamaması sağlanmıştır¹⁰⁸.

- Gözaltı süreleri: Anayasa'nın 36. maddesine göre işkence yasaklanmıştır ve bu da askıya alınamaz bir düzenlemedir. Ayrıca suç işleyenler hakkında cezaya hükmedilmesi zorunludur. Anayasa'daki işkence karşıtı bu düzenlemeler daha önceki uygulamalar ile de uyumludur. 15 Nisan 1985'te Nikaragua İşkenceye Karşı Uluslararası Sözleşme'yi imzalamıştır. Devlet Güvenliği Genel Müdürlüğü (The General Directorate of State Security) muhaliflerden bazılarını karşıt güçlerle ("contra"lar - devrim sonrası iç savaştaki hükümete karşı savaşılan gerillalar) bağları olduğu gerekçesiyle gözaltına almış ve sonra da herhangi bir itham olmadan salıvererek yetkilerini kötüye kullanmıştır. Bu durum, anayasal tartışmalar esnasında demokratik süreci zedeleyici bir tehdit niteliği arz etmiştir¹⁰⁹. Bir PCD delegesi olan başkan yardımcısı Clemente Guido, itham olmadan gözaltı için maksimum on günlük bir süre ve yanlış tutuklamalar için cezalar öngörülmesini önermiştir. PCD vekili Eduardo Molina 24 saat, PLI vekili Joaquin Mejia ve FSLN vekili Gustavo Vega iki gün, FSLN vekilleri Danilo Aguirre ve Humberto Solis üç gün önermiş ve sonuçta teklif Guido'nun önerisi doğrultusunda kabul edilerek maddede değişiklik yapılmıştır¹¹⁰.

- Din hürriyeti: Din hürriyeti hakkına Anayasa'nın 29. ve 69. maddelerinde yer verilmiştir. Nikaragua'da dini anlaşmazlık, ateizm ve antiklerikalizm arasında değildir. Bir tarafta Roma İmparatorluğu'nun hiyerarşik kurumları model alınarak oluşturulmuş Konstantinopolis Kilisesi'ni destekleyen piskoposların çoğunluğu vardır. Bunlar, Latin Amerika'nın geleneksel sosyal, ekonomik ve siyasi kurumlarını savunmaktadır. Diğer tarafta ise papazların

¹⁰⁸ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 84., REDING, By the people, s. 439.

¹⁰⁹ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 86.

¹¹⁰ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 87.

yarısı ve kilise mensubu olmayanların çoğunluğu bulunmaktadır ki bunlar, özgürlük teolojisinden esinlenmiş ve Katolik kilisesinin geniş unsurlarınca desteklenmektedir. Bunlar, demokratik yapıları desteklemektedir. Her iki taraf da anayasa komisyonunda temsil edilmiş ve Millet Meclisi'nde taslağa ilişkin daha sonraki tartışmalara da katılmışlardır. Muhafazakârlar, PSC ve PCD tarafından; ilericiler ise FSLN'nin devrimci Hristiyan kanadınca temsil edilmiştir. Her iki tarafın da nihai taslakta etkileri olmuştur. PCD, Tanrının önsözde zikredilmesini görüşmelere sürekli katılımlarının şartlarından biri olarak talep etmiştir¹¹¹. Ancak bazı Hristiyanlar, bunun devlet ve Kilise'nin birbirinden ayrılmasını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir¹¹². Bunun yanı sıra bazı muhafazakârlar, aynı zamanda kiliseyi ve devleti birbirinden ayıran hükümlere de karşı çıkmışlardır. Ancak muhafazakârlar kilisenin ve devletin birbirinden ayrılmasına ilişkin itirazlarında başarılı olamamışlar, nihayetinde din eğitimi kilise okulları ile sınırlı ve gönüllüğe dayalı olmuştur¹¹³.

Yukarıda belirtilenlerin dışında, tartışmalarda şu hususlar öne çıkmıştır: İlk anayasa taslağında her kesimden insan için Küba'da olduğu gibi ücretsiz sağlık ve eğitim hizmetleri güvenceleri yer almakta olmasına rağmen merkezci partilerin bu kıtlık ve savaş ortamında sözü edilen güvencelerin verilemeyeceğine yönelik eleştirileri karşısında nihai taslakta metin değiştirilmiştir. Değişikle, anılan düzenlemeler, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de belirtilen daha belirsiz güvencelerle uyumlu hale getirilmiştir. PSC vekili Mauricio Diaz'ın teklifi üzerine de daha sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı anayasaya dâhil edilmiştir¹¹⁴.

Nikaragualı kadınların ilk anayasa taslağına ilişkin eleştirileri karşısında, nihai taslakta kadınların eşit haklarını teyit eden düzenlemeye yer verilmiştir. İlk taslak 18 erkek ve 2 kadından oluşan bir komisyon tarafından yazılmıştır. Taslakta, kanun önünde herkesin eşit olduğu belirtilmekte, kadınlar bakımından eşit iş için eşit ücret ödenmesi, ücretli hamilelik izni, çocuklar için bakım sağlanması gibi hususlara yer verilmektedir. Buna rağmen, kadınlar gazetelerde yayınlanan taslakta belirgin eksiklikler belirlemiş ve bunları Cabildos'larda da dile getirmişlerdir. Kadınlar özellikle aile reisinin kadın olduğu ailelere karşı ayrımcılığın önlenmesi için, ailenin evlilikten ziyade

¹¹¹ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 98, 99.

¹¹² REDING, Evolution, s. 29.

¹¹³ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 100.

¹¹⁴ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 88.

ev işi esasına dayalı bir şekilde tanımlanması gerektiğini savunmuşlardır¹¹⁵. Ayrıca bazı kadınlar modası geçmiş ve cinsiyete dayalı bir yasal terminoloji olarak gördükleri, ebeveynlik yükümlülüklerini göstermek için kullanılan Latin terimi “patria potestad”ın kullanımına karşı çıkmışlardır. Terimin kökeninin, erkeklerin kadınlar ve çocukları üzerinde köleleri imiş gibi hüküm sürdükleri imparatorluk anlayışına dayandığına işaret etmişlerdir. Diğerleri ise böyle özel, yasal bir terimin halk tarafından şekillendirilen ve halka açık devrimci bir anayasada kullanılmasına karşı çıkmışlardır. Kadınların hükme yönelik eleştirileri doğrultusunda metinde değişiklikler yapılmış ve hükmün yeni hali, genel kuruldaki ikinci taslağa ilişkin nihai oylamada da onanmıştır. Ayrıca “patria potestad” terimi de “*ebeveyn ve çocukların görevleri*” şeklinde değiştirilmiştir¹¹⁶.

Bunların yanı sıra, kürtajin yasal olup olmaması hususuna ilişkin düşüncelerde keskin ayrılıklar ortaya çıkmış, orta sınıftan kimseler ve silahlı kuvvetler bunun yasal olmasını teklif ederken özellikle köylü kadınlar buna karşı çıkmıştır. Sonuç olarak kürtaja ilişkin bir düzenleme anayasaya alınmamıştır. Ancak cinsiyet eğitimi ve doğum kontrolünü de içeren aile planlaması hakkı, Katolik Kilisesi haricinde bütün kesimler tarafından desteklenmiştir¹¹⁷.

Bir başka önemli husus, Atlantik Kıyısının’da yaşayan Miskitolar’ın¹¹⁸ çok dilli eğitim ve bölgedeki doğal kaynakların bölgenin gelişimi için kullanılması gibi hususlarda ısrarcı olmalarıdır. Hükümetin 1984 yılından itibaren kurmuş olduğu bir komisyon vasıtasıyla bölgedeki temsilcilerle yaptığı görüşmeler sonucunda¹¹⁹, anayasanın çeşitli hükümleri ile Atlantik Kıyısı için bölgesel özerklik garanti altına alınmıştır. Yerlilere “*ulusal birlik içinde kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme, kendi sosyal örgüt biçimlerini seçme ve iç işlerini geleneklerine uygun olarak yönetme*” hakkı tanınmıştır. Devlet bu toplulukların kendi doğal kaynaklarını kullanmalarını, kendi dillerinde eğitim almalarını, bu dillerin resmi olarak kullanılmasını garanti altına almış ve herhangi bir şekilde ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır¹²⁰.

¹¹⁵ Ancak bu talebin başarıya ulaşması Katolik Kilisesi’nin karşı çıkmaları nedeniyle engellenmiştir. REDING, Nicaragua’s New Constitution, s. 100.

¹¹⁶ REDING, Nicaragua’s New Constitution, s. 89, 90.

¹¹⁷ REDING, Evolution, s. 29.

¹¹⁸ Miskitolar, bölgede yaşayan bir Kızılderili kabilesidir.

¹¹⁹ REDING, Evolution, s. 29.

¹²⁰ JONAS, STEIN, s. 22, AZICRI, s. 8.

Cezaevi memurlarının talebi üzerine, anayasanın ikinci taslağının 39. maddesinde suçluyu topluma entegre etmeyi amaçlayan bir cezaevi sistemi düzenlenmiştir. Ayrıca Nikaragua Anayasası'nın 37. maddesine göre hiçbir Nikaragualı 30 yıldan fazla hapsedilemeyecek ve bu hükmün uygulanması hiçbir koşul altında askıya alınamayacaktır¹²¹.

Anayasa yapım sürecinde geniş kesimlerce dile getirilen bir diğer talep, hâkimlerin parti üyesi olamamalarıdır. Ayrıca küçük bir kesim tarafından da yasama organının, bütçe kontrolünü de yapması desteklenmiştir¹²². Bunların dışında, Managua'lılar belediye başkanlarının atanmamasını, seçimle gelmesini talep etmişlerdir¹²³. Bunun yanı sıra, PCD'nin girişimi ile ilk anayasa taslağına kamu mallarının kişisel veya siyasi çıkar sağlamak amacıyla kötüye kullanılmasını önlemek için “*kamu kaynaklarının kamusal işlev dışında bir amaçla kullanımı*”nı yasaklayan bir hüküm koyulmuştur. İkinci taslakta ise daha güçlü bir koruma sistemine yer verilerek, yasamaca başkan tarafından önerilen üç adayın bulunduğu bir listeden atanan bağımsız bir başmüfettişe, hükmet fonlarının ve devlet mallarının tamamının uygun kullanımını sağlamak ve izlemek yükümlülüğü getirilmiştir¹²⁴.

Gerek ilk anayasa taslağına gerekse ikinci anayasa taslağına ilişkin çeşitli tartışmalar, anayasanın uzlaşmaya dayanan toplumsal bir sözleşme biçiminde şekillenmesinde etkin rol oynamıştır. Her ne kadar ikinci taslağa ilişkin müzakereler Millet Meclisi içerisinde cereyan etse de bu süreç de kamunun takibine açılarak tartışmalar tekrar televizyonda yayınlanmıştır¹²⁵. Nitekim Meclis'teki siyasi partilerin çok farklı halk kesimlerini temsil ediyor olması ve aynı parti içinde dahi farklı düşüncelerin ileri sürülüyor olması da, ikinci taslağa ilişkin müzakerelerde halkın katılımını arttırmıştır.

Meclis'te ikinci taslak üzerinde detaylı müzakereler sonrasında gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, 19 Kasım 1986 tarihinde taslağa son şekli verilmiştir. Taslak metin aynı tarihte Millet Meclisi'nde kabul edilmiş ve Yeni Anayasa, 9 Ocak 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹²⁶.

¹²¹ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 85.

¹²² REDING, Evolution, s. 29.

¹²³ REDING, Evolution, s. 29.

¹²⁴ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 94, 95.

¹²⁵ REDING, Nicaragua's New Constitution, s. 104, 105.

¹²⁶ WISE, s. 536, 537, BARTON, s. 56, 57.

SONUÇ

Nikaragua’da 1979 devrimi ve sonrasındaki siyasi gelişmeler ile anayasa yapım süreci değerlendirildiğinde; kopma yolu ile demokrasiye geçiş süreci yaşanmış olmasına rağmen, sözleşme yöntemi ile bir anayasa yapımının söz konusu olduğu görülmektedir. Nikaragua Anayasası’nın kabulünde bir referandum yapılmamış olmasının anayasanın meşruiyetini tartışılabilir hale getireceği ileri sürülebilirse de, Nikaragua Anayasası meşruiyetini büyük ölçüde 1984 seçimlerinden almaktadır. Gerek seçimlere gidilen sürecin demokratik ve müzakereye dayalı oluşu, gerekse seçimden sonra kurulan meclisteki vekillerin partilere göre dağılımı ve anayasa çalışmaları sürecindeki tutumları çalışmaların meşruiyetine önemli katkılar sağlamaktadır. Bu nedenlerle, referandum yapılmamış bile olsa, Nikaragua Anayasası’nın halkın katılımı ve çoğunluğunun desteği ile yapıldığını söyleyebilmek mümkündür. Ayrıca Nikaragua’da anayasa yapıcılarının, anayasa yapım sürecinde halkın görüşlerine önemli ölçüde başvurmuş olmaları, halkın anayasa yapımına katkısının ve anayasaya desteğinin ne kadar önemsendiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- “Timeline: Nicaragua”, (Erişim) http://www.stanford.edu/group/arts/nicaragua/discovery_eng/timeline/, 11.11.2012.
- ATAR, Yavuz, *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya: 2000.
- AZICRI, Max, The 1987 Nicaraguan Constitution: An Analytical Commentary, *Review of Socialist Law*, No. 1, s. 5-29, (<https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.o?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=1573-0352>, erişim 14 Kasım 2012)BARTON, Christopher P., The Paradox of a Revolutionary Constitution: A Reading of the Nicaraguan Constitution, *Hastings Int'l and Comparative Law Review*, Vol. 12, s. 49-136.
- BOOTH, John A., RICHARD, Patricia Bayer, Revolution's Legacy: Residual Effects on Nicaraguan Participation and Attitudes in Comparative Context, *Latin American Politics and Society*, Vol. 48, No. 2, s. 117-140.
- Central Intelligence Agency, “Nicaragua”, (<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/nu.html>, erişim 10 Kasım 2012).
- Envio Team, “Setting the Rules of the Game Nicaragua's Reformed Electoral Law” (<http://www.envio.org.ni/articulo/2710>, erişim 15 Kasım 2012).
- “Estatuto Fundamental” ([http://legislacion.asamblea.gob.ni/Norma web.nsf/3133c0d121ea3897062568a1005e0f89/1a224f38057e9dc5062573080055c4de?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Norma%20web.nsf/3133c0d121ea3897062568a1005e0f89/1a224f38057e9dc5062573080055c4de?OpenDocument), erişim 15 Kasım 2012).
- FORAN, John, GOODWIN, Jeff, Revolutionary Outcomes in Iran and Nicaragua: Coalition Fragmentation, War, and the Limits of Social Transformation Author, *Theory and Society*, Vol. 22, No. 2, s. 209-247.
- Giovanni SARTORI, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş* (Çevirenler: Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU, Mehmet TURHAN), Ankara: 1996.
- HUNTINGTON, Samuel P., (Çeviren: Ergun ÖZBUDUN), *Üçüncü Dalga: Geç 20. Yüzyılda Demokratikleşme*, 3. baskı, Ankara: 2011.
- Inter-American Commission On Human Rights, “Report on The Situation of Human Rights in The Republic of Nicaragua”, (<http://www.cidh.org/countryrep/nica81eng/chap.1.htm>, erişim 14 Kasım 2012).

- JONAS, Susanne, STEIN, Nancy, The Construction of Democracy in Nicaragua, *Latin American Perspectives*, Vol. 17, No. 3, s. 10-37.
- KORNBLITH, Miriam, The Politics of Constitution-Making: Constitutions and Democracy in Venezuela, *Journal of Latin American Studies*, Vol. 23, No. 1, s. 61-89.
- MORGAN, Martha I., Founding Mothers: Women's Voices and Stories in the 1987 Nicaraguan Constitution, *Boston University Law Review*, Vol. 70, No. 1, s. 1-104.
- MIJESKI, Kenneth J., Introduction, *The Nicaraguan Constitution of 1987*, (Editör: Kenneth J. MIJESKI), Latin American Series No. 17, Ohio: 1991, s. 1-22.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Ankara: 1993.
- PARSA, Misagh, (Çevirenler: Alper BİRDAL, Nahide ÖZKAN, Derya GÖÇER), *Devlet-İdeoloji ve Devrim*, İstanbul: 2004.
- REDING, Andrew, By the people: constitution making in Nicaragua, *Christianity&Chrisis*, Vol. 46, No. 18, s. 434-441.
- REDING, Andrew, Nicaragua's New Constitution: A Close Reading, *The Nicaraguan Constitution of 1987*, (Editör: Kenneth J. MIJESKI), Latin American Series No. 17, Ohio: 1991, s. 77-126.
- REDING, Andrew, The Evolution of Governmental Institutions, *Revolution and Counterrevolution in Nicaragua* (Editör: Thomas Walker), Colorado: 1991, s. 15-47.
- REDING, Andrew, Who says what's fit to print? The words behind the words, *Christianity&Chrisis*, Vol. 44, No. 21, s. 494-496. (<http://www.worldpolicy.org/sites/default/files/uploaded/image/C%26C-1984-What%20really%20happened%20on%20November%204.pdf>, erişim 15 Kasım 2012).
- SARTORI, Giovanni, (Çeviren: Ergun ÖZBUDUN), *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Ankara: 1997.
- SCHROEDER, Michael J., Nicaraguan revolution, *Encyclopedia of World History: The Contemporary World, 1950 to the Present* (Editörler:

- Marsha E., ACKERMANN, Michael SCHROEDER, Janice J. TERRY, Jiu-Hwa Lo UPSHUR, and Mark F. WHITTERS), Vol. 6, New York: 2008, (<http://www.fofweb.com/History/MainPrintPage.asp?iPin=WHVI238&DataType=WorldHistory&WinType=Free>, erişim 20 Kasım 2012).
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 9. bası, İstanbul: 2004.
- United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division-Detailed Indicators, (http://esa.un.org/wpp/unpp/panel_indicators.htm, erişim 26 Kasım 2012).
- VANDEN, Harry E., PREVOST, Gary, *Democracy and Socialism in Sandinista Nicaragua*, Colorado: 1993, (http://books.google.com.tr/books?id=t3u9XnA96Y0C&pg=PA72&lpg=PA72&dq=jgrn+junta+1979&source=bl&ots=pfCJwg4fW6&sig=dgkJBm4F-J_kB4gDO8F8AMqId7o&hl=tr&sa=X&ei=A4u6UMGjJaXd4QSP6IDQBg&ved=0CC4Q6AEwAQ#v=onepage&q=jgrn%201993,0junta%201979&f=false, erişim 20 Kasım 2012).
- WALKER, Lee Demetrius, WILLIAMS, Philip J., The Nicaraguan Constitutional Experience: Process, Conflict, Contradictions, and Change, *Framing The State In Times of Transition: Case Studied in Constitution Making* (Editör: Laurel E. MILLER), New York: 2010, s. 483-504.
- WHEARE, K.C., (Çeviren: Mehmet TURHAN), *Modern Anayasalar*, İstanbul: 1984.
- WILLIAMS, Philip J., Elections and Democratization in Nicaragua: The 1990 Elections in Perspective, *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 32, No. 4, s. 13-34.
- WISE, Michael B., Nicaragua: Judicial Independence in a Time of Transition, *Willamette Law Review*, 30:3, s. 519-579.
- YILMAZ, Sait, Latin Amerika'da Neler Oldu?, (http://usam.aydin.edu.tr/analiz/LATiNAMERiKA_.pdf, erişim 10 Kasım 2012).

BOŞ

TÜRKİYE-İRAN ADLI İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMESİ'NİN GERİ VERMEYE İLİŞKİN BÖLÜMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ahmet ULUTAŞ*

ÖZET

Türk hukukunda geri verme konusu, 5237 sayılı TCK'nın 18'inci maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, bu alanda çeşitli ikili sözleşmeler de imzalanmıştır. Diğer yandan, günümüzde geri verme işleminin vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelen insan hakları konusundaki güvencelerin ise imzalanan ikili sözleşmelerde yeterince yer almadığı görülmektedir. Bu konuda verilebilecek örneklerden birisi ise çalışmamızda inceleme konusu yapılan ve görece yeni tarihli olan Türkiye-İran Sözleşmesidir. Esasen, söz konusu Sözleşmede tespit edilen ve genel olarak ikili sözleşmelerde görülen sorunlar ve eksiklikler, Türkiye'nin bu alanda politika geliştirmesine de esas olacak müstakil bir geri verme kanununa olan ihtiyacı bir kez daha ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Geri Verme, İnsan hakları, Müstakil Geri Verme Kanunu, Terminoloji.

THE EVALUATION OF EXTRADITION SECTION OF TURKEY-IRAN MUTUAL LEGAL COOPERATION AGREEMENT

ABSTRACT

In Turkish law, extradition matter is regulated in Article 18 of 5237 numbered Turkish Penal Code. Furthermore, Turkey has also signed bilateral agreements in this field. On the other hand, human rights guarantees, which have become indispensable element for extradition, have not taken place adequately in those bilateral agreements. Relatively new Turkish-Iran Extradition Agreement, which is examined in this essay, constitutes an example on this topic. Essentially, those problems and defects which are identified in this agreement shows us the necessity of Special Law on Extradition that will be basement for policy development within this area.

Keywords: Extradition, Human Rights, Special Law on Extradition, Terminology.

* Başbakanlık Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı I. Hukuk Müşaviri

GİRİŞ

Dünya çapında giderek artan küreselleşme, ülkeleri birbirine yaklaştırdığı gibi uluslararası işbirliğini de zorunlu kılmaktadır. Deniz ve çevre kirliliğinden uluslararası bağlantıları olan uyuşturucu kartelleriyle mücadelele, 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 giderek daha çok ihtiyaç duyulmaktadır¹. Bu bağlamda geri verme müessesesi söz konusu işbirliği ihtiyacının en belirgin olduğu alanlardan birisidir.

Uluslararası adli yardımlaşma çerçevesinde, suçlunun suç işlediği ve kamu düzenini ihlal ettiği yere getirilerek yargılama sürecinin tamamlanması veya hakkında verilmiş cezanın infazının temini için geri getirilmesi, giderek önem kazanmakta, uluslararası toplumu daha fazla meşgul etmektedir². Bilindiği üzere, bir devlet ülkesinde suç işleyen kişi, hakkında soruşturma açılmadan veya açılmış olan soruşturma tamamlanmadan ya da mahkum edildikten sonra, ülke dışına kaçmış olabilir. Suç işledikten sonra başka bir ülkeye kaçan veya bir şekilde ülke dışında bulunan bir kişinin, hakkında soruşturma veya kovuşturma yapan devlete teslimi, geri verme müessesesiyle mümkün olmaktadır³. Esasen suçlular başka bir devlete kaçarak, yaptırımdan kurtulmaya çalışmaktadırlar⁴. Zamanla sanayi ve teknolojiye yaşanan gelişmeler, ulaşım imkanları ve insan hareketliliğinin artması, devletlerin bu alanda daha yakın işbirliği yapmalarını zorunlu kılmış, söz konusu işbirliği kapsamında da geri verme müessesesi doğmuştur⁵. Uluslararası alanda suç ve

¹ YENİSEY, Yurtdışında İşlenen Suçlar, MHB, Sayı:1, Yıl:6, 1986, (ss.21-23), s. 22.

² Geri verme, uluslararası adli yardımlaşma kapsamında başvurulacak geniş ve etkili bir yöntemdir. Uluslar topluluğunu tehlikeli kimselere karşı koruma fikri, devletler arasında işbirliğini ve dayanışmayı gerekli kılmaktadır. Bkz. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, Devletlerarası Ceza Hukuku, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara, 1959, s. 90.

³ 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’ye 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.Geoff GILBERT, Aspects of Extradition Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991, s. 1.

⁴ Ülkü GÜLER, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçluların Geri Verilmesi, Adalet Dergisi, Sayı:28, 2007, (ss.55-110), s. 55.

⁵ Geri verme, cezai sorumluluktan bağışık olmanın bir antitezini oluşturmaktadır. Ayrıca geri verme, devletlerin ulusal ve uluslararası karakterdeki suç ve suçlulukla mücadeledeki “dış

suçlularla mücadelede ihtiyaç duyulan işbirliği ise, kural olarak anlaşmalarla gerçekleşmektedir.

Türkiye, gerek coğrafi nedenler gerekse insan hareketinin diğerlerine nazaran yoğun oluşu gibi nedenlerle geri verme konusunda daha çok Avrupa devletleriyle muhatap olmaktadır. Bu nedenle, “*Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi*” (SİDAS)⁶ diğerlerine kıyasla daha sık uygulama alanı bulmaktadır. İnsan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir “Avrupa kamu düzeni”⁷ meydana getirmek ve taraf devlet hukuklarını uyumlaştırma temelinden hareketle kurulan Avrupa Konseyi⁸ (AK) nezdinde hazırlanan SİDAS, geri verme alanında önemli bir uluslararası araç haline gelmiştir.

politikasını” da temsil etmektedir. Bkz. Alia YILMAZ, Individual Rights in the European Extradition Procedure, Cenevre Üniversitesi, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tez No:506, Cenevre, 1993, s. 8; 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. Kayhan İÇEL/Süheyl DONAY, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1.Kitap, Beta, İstanbul, 2005, s.217.

⁶ Sözleşmenin onaylanması 18/11/1959 tarihli ve 7376 sayılı kanunla uygun bulunmuş, metni 26/11/1959 tarihli ve 10365 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşmenin Resmi Gazete’de yayımlanan metninde geri verme kavramı “*iade*” terimiyle ifade edilmiş, adı da “*Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi*” şeklinde çevrilmiş olup, her ne kadar çalışmamızda Anayasa ve 5237 sayılı TCK’daki tercihle uyumlu olarak “*geri verme*” ibaresi kullanılacak olsa da, Sözleşme adı ve hükümleri belirtilirken resmi çevirisiyle uyumlu olarak “*iade*” terimi kullanılacaktır. SİDAS’a 47 AK üyesi devlet ile AK üyesi olmayan İsrail, Güney Kore ve Güney Afrika Cumhuriyeti olmak üzere toplam 50 devlet taraftır. Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=024&CM=8&DF=12/11/2012&CL=ENG>; (Erişim:12/11/2012).

⁷ “Avrupa kamu düzeni” kavramı hakkında ilave bilgi için bkz. Roel de LANGE, The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights (2009), Erasmus Law Review, C.1, No.1, 2007, (ss.3-24), s.3 vd.

⁸ 5/5/1949 tarihinde on devlet tarafından Londra’da imzalanan Statü ile kurulan AK’ya katılan Türkiye, 5456 sayılı Kanun ile 12/12/1949 tarihinde katılımı kabul etmiş ve bu şekilde 8/8/1949 tarihinden geçerli olmak üzere AK üyesi olmuştur. AK’nin kurumsal yapısı hakkında bilgi için bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2004, s.3. Statüde vurgulanan insan haklarının nelerden ibaret olduğu ve nasıl bir güvenceye alındığını görmek için AİHS’yi beklemek gerekmiştir. Sözleşme 4/11/1950 tarihinde Türkiye’nin de aralarında bulunduğu onbeş devlet tarafından Roma’da imzalanmıştır. Bkz. Safa REİSOĞLU, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta, İstanbul, 2001, s.33; AK Bakanlar Komitesinin AİHM kararlarının devletler tarafından yerine getirilmesini ve alınması gereken bireysel ve genel önlemlerin icrasını denetleme görevi bulunmaktadır. Bu görevin yerine getirilme usulleri hakkında bilgi için bkz. Elisabeth Lambert ABDELGAWAD, The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, AK Yayını, Strasbourg/Fransa, 2008, s.32; Michael, O’BOYLE, Practice and Procedure Under the European Convention on Human Rights, Santa Clara Law Review, C.20, Sayı:3, 1980, (ss.697-732), s.727.

Diğer taraftan, Türk hukukunda suçluların geri verilmesi konusu, Anayasanın 38'inci maddesi ve 5237 sayılı TCK'nın 18'inci maddesi ile düzenlenmiştir. Türkiye, suçluların geri verilmesiyle ilgili çok sayıda ikili ve çok taraflı anlaşmaya da taraf olmuştur⁹. Ancak söz konusu düzenlemelere bakıldığında geri verme konusunda bir terminoloji birlikteliği bulunmadığı görülmektedir.

Öte yandan, kişi özgürlük ve güvenliğini doğrudan etkileyecek tedbirlere başvurma ihtimali olan geri verme müessesesi bakımından, insan haklarına saygılı ve bireysel hakları güvence altına alan bir geri verme sistemine ihtiyaç duyulduğu kabul edilmektedir. Tabiatıyla bu hususta temel görev, bireysel hakları, kişi özgürlük ve güvenliğini doğrudan etkileyecek tedbirlere başvurma yetkisi olan devletlere düşmektedir. Günümüzde insan hakları, dünyada yükselen değer olarak kabul edilmekte ve çeşitli kurum ve mekanizmalarla teminat altına alınmaktadır. İnsan haklarının ihlali, devletlerin uluslararası yargı kuruluşları önünde sorumlu olmalarına yol açmaktadır. Devletler de, insan haklarının ihlaline neden olan iç hukuk kuralları ve uygulamalarında değişikliğe giderek bu alandaki ahdi yükümlülüklerine ve yerleşik normlara uyum sağlamaya çalışmaktadırlar.

Devletler tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) öngörülen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları ile hayata geçen adil yargılanma, kişi özgürlük ve güvenliği, işkence ve kötü muamele yasağı gibi standartların, artık geri verme sürecinin tüm aşamalarında etkin bir şekilde teminat altına alınması bir zorunluluktur. Bugün itibarıyla, Sözleşmeye taraf devletler bakımından AİHS'nin, geri vermenin -AİHM tarafından denetlenen- normatif kriterlerinden biri haline geldiği kabul edilmektedir¹⁰. Tüm bu gelişmelere mukabil, geri verme hukukunun vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelen insan hakları konusundaki hukuki güvencelere, Türkiye tarafından imzalanan ikili anlaşmalarda olması gerektiği ölçüde yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada, başta AİHS olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerde öngörülen düzenlemeler ve mukayeseli hukuk çerçevesinde

⁹ AİHM, anlaşmaların –bu arada AİHS'nin- Viyana Anlaşmalar Hukukuna Dair Sözleşme uyarınca, konu ve amaçları ışığında ve iyiniyetle yorumlanmaları gerektiğine işaret eder (Bkz. *Al-Moayad/Almanya*, 35865/03, 20/2/2007, para:125).

¹⁰ Peter LANGFORD, Extradition and Fundamental Rights: the Perspective of the European Court of Human Rights, *The International Journal of Human Rights*, C.13, Sayı:4, 2009, (ss.512-529), s.514.

insan hakları güvencelerinin geri verme hukukundaki genel yansımaları ortaya konulacaktır. Bu açıklamalar ışığında, Türkiye-İran Adli İşbirliği Sözleşmesi'nin geri vermeye ilişkin bölümü; gerek dil gerekse getirdiği hükümler ve konunun insan haklarına bakan veçhesi bakımından ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulacak; yeri geldikçe, diğer ikili veya çok taraflı sözleşmelere de değinilecektir¹¹. Ayrıca, mezkur Sözleşme çerçevesinde ortaya konulan eksiklik ve sorunlara yönelik çözüm önerileri ele alınacaktır.

I. Geri Verme Müessesesinin İnsan Hakları Boyutu

A.Genel Olarak

İnsan hakları hukuku, çağdaş uluslararası hukukun önemli unsurlarından birisi haline gelmiştir. Geri verme konusu da bu önemli unsurun etkisinden bağımsız değildir. Giderek artan oranda hükûmetler ve mahkemeler, bu gerçeğe uygun hareket etme gereğini daha fazla gözönüne almaktadırlar. Geri verme bağlamında gündeme gelebilecek insan hakları ise genel olarak AİHS'nin 3, 5, 6, 8 ve 14'üncü maddelerinde düzenlenen haklardır¹².

Öte yandan, insan hakları kavramı ile uluslararası suçlulukla mücadele dengesinin gözetilmesi gerektiği, geri verme taleplerinin, talep edilen devletler tarafından insan hakları gerekçeleriyle geri çevrilmesinin suç ve suçlulukla mücadeleyi başarısızlığa uğratma tehlikesini de içinde barındırdığı ileri sürülmektedir¹³. Bu görüşe göre, sorunun halli için geri verme müessesesinde zaten var olan yargılama için şartlı teslim, hususilik kuralı, idam etmemek kaydı ile geri verme, geri verilenin insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz bırakılmaması teminatı alınması gibi geri verme usullerinin güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, insan hakları ihlalinde bulunmama, adil yargılanma, adil bir cezaya çarptırılma ve kanun yollarının tanınması şartıyla geri verme şeklinde bir sistemin ihdasının çözüm olabileceği savunulmaktadır.

¹¹ 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce “geri verme” konusu, 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 12'nci maddesiyle yürürlükten kaldırılan 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 9'uncu maddesinde düzenlenmişti; “*Madde 9 – Bir cürümden dolayı bir Türkün ecnebi devletlere iadesi talebi devletçe kabul olunamaz...*”. Buna göre, söz konusu hükümde geri verme 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.

¹² <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtrights/156/15605.htm>; (Erişim: 3/10/2012).

¹³ İnsan hakları alanında meydana gelen gelişmeler nedeniyle, devletlerin klasik uluslararası hukuk tarafından kabul edilen geri verme yükümünün, giderek geri vermeme yükümüne doğru evrildiği görüşü için bkz. Alia YILMAZ, s.19.

Bu görüşe temel dayanak teşkil eden İsviçre örneğine göre, kanunla bu devlet mahkemelerine, geri verme kararına talep eden devlet tarafından yerine getirilmek üzere şartlar ekleme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla, bu müessese zaten uygulanmaktadır¹⁴.

Bu gelişmeler ve genel eğilim ışığında yorumlanacak olan AİHS, 3'üncü maddesiyle işkence ve kötü muamele yasağını düzenlemiştir. Geri verme yasağı ise doğrudan doğruya AİHS'de düzenlenmemiştir¹⁵. Ancak, AİHS hükümlerini yorumlarıyla hayata geçiren AİHM¹⁶ tarafından verilen kararlara göre, kişinin gönderildiği takdirde insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalacağı bir devlete gönderilmesi, sınır dışı edilmesi ya da geri verilmesi AİHS'nin 3'üncü maddesinin ihlali anlamını taşır. AİHM'ye göre, kişinin geri verileceği devlette yaygın insan hakları ihlalleri mevcutsa, bu kişinin o devlete

¹⁴ John DUGARD/Christine Van den WYNGAERT, Reconciling Extradition with Human Rights, American Journal of International Law, C.92, No:2, 1998, (ss.187-212), s.206-207; Bruce ZAGARIS, Procedural Safeguards and Evidentiary Requirements, International Review of Penal Law, Sayı:62, 1991, (ss.75-77), s.76.

¹⁵ Bahri ÖZTÜRK/M.Ruhan ERDEM, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.109; Sabahattin NAL, AİHS Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza, MHB, Yıl:1999-2000, C.19, Sayı:1-2, 2001, (ss.529-554), s.545.

¹⁶ Bu konuda geri verme ve insan hakları ilişkisi bağlamında, 29 Eylül-4 Ekim 1969 tarihleri arasında Roma'da gerçekleştirilen 10.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde Raportör İsviçreli Profesör Hans Schultz tarafından sunulan Raporda, geri verme müessesesinin güncel sorunları konusunda yapılan tavsiyeler arasında geri verme sürecinde insan haklarına saygının denetim ve takibiyle ilgili olarak şu önerilere yer verilmiştir; “11-a) Geri verme usulünde insan haklarına saygı gösterilmelidir. Geri verilmesi istenen kişi ilgili herhangi bir devlet karşısında haklarını savunmak imkanına sahip olmalıdır. b) Geri verilmek istenen kişi, kendisi bakımından insan haklarına saygı gösterilmediği kanısında ise ilgili devletlerde bağımsız bir mahkemeye başvurmak hakkına sahip olmalıdır. Bu hakların korunması bakımından, insan haklarına aykırı hareket edilip edilmediğini kararlaştırmak için uluslararası bir yargı makamının görevlendirilmesi uygun olacaktır. 12-a)Sanık veya suçluların teslimi, normal geri verme usulünün uygulanmasına sıkı şekilde bağlı olmalıdır. İlgiliyi talepte bulunan devlet ülkesine götürmek için kuvvet veya hileye kesinlikle başvurulmamalıdır. Aynı şekilde bir kimseyi, ceza kovuşturması için arayan devlete doğrudan doğruya veya dolayısıyla teslim edecek olan sınır dışı etme muamelesiyle, geri verme usulü bertaraf edilmemelidir. Bu son kural, ülkesinde suç işlenen devletin sınır dışı etme hakkı ile ilgili değildir. b)İlgili kişi geri verme usulünü uygulamamak amacıyla kararlaştırılan sınır dışı veya ret tedbirine karşı, ikamet ettiği veya tedbiri alan devlet mahkemelerine başvurabilmelidir...”. İşte tam bu noktada günümüz AİHM uygulamasına bakıldığında, Schultz'un raporunda yer alan bağımsız mahkeme önerisinde yer alan mahkeme fonksiyonunun, geri verme hukuku bakımından ve AİHS'ye taraf olan devletler açısından AİHM tarafından yerine getirildiğini söylemek yanlış olmaz kanısındayız. Söz konusu Kongrede sunulan Rapor hakkında ilave bilgi için bkz. Yüksek ERSOY, Onuncu Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi, AÜSBF Dergisi, C.24, 1969, (ss.295-305), s.301.

geri gönderilmesi de 3'üncü maddeyi ihlal edebilir¹⁷. Kişinin geri verilmek suretiyle gönderileceği devletin AİHS'ye taraf olması da aranmamaktadır. Burada geri veren devlete isnat edilebilir bir davranış söz konusudur ki, bu da AİHS'ye göre ilgili devletin sorumluluğuna yol açacaktır¹⁸.

Bu çerçevede zikredilmesi gereken bir diğer önemli sözleşme ise 1984 tarihli *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi*'dir. Sözleşmenin 3'üncü maddesine göre; “Hiçbir taraf devlet, bir kişiyi işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka bir devlete geri gönderemeyecek, sınır dışı edemeyecek veya geri veremeyecektir.”¹⁹.

Öte yandan, AİHM tarafından verilen geçici önlem kararlarına, özellikle geri verme ve sınır dışı alanlarında sıkça rastlanmaktadır. Türkiye'nin bilhassa son yıllarda kaçak göçmen akımına uğraması nedeniyle, buradan Avrupa devletlerine geçiş yapmak isteyen kişilerin sınır dışı edilmesi önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ayrıca suçluların idam cezasını mevzuatında muhafaza

¹⁷ Ergin ERGÜL, Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.29.

¹⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s.10; AİHS'ye taraf olmanın hukuki sonuçları ve Sözleşme kapsamında verilen kararların uygulanması sorunları konusunda bilgi için bkz. Sabahattin NAL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Et-kisi, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan, 2002, Sayı:1-2, C.28, s.214-232; Bireyin gönderileceği ülkede suçlandığı fiilin ve verilebilecek cezanın niteliği de, işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında söz konusu edilen şiddet riskine maruz bırakmama yükümlülüğünün değerlendirilmesinde dikkate alınan faktörlerdendir. Bireye verilecek cezanın bedensel ceza gibi AİHS'nin 3'üncü maddesine aykırı bir ceza olması halinde, âkit devlet geri gönderme-mekle yükümlüdür. Bu konuda AİHM'nin *Jabari/Türkiye* başvurusunda verdiği 11/7/2000 tarihli karar emsal olarak gösterilebilir: “Başvuruya konu olan olayda başvuran Jabari, İran'da öğrenci iken bir erkekle ilişkiye girer, başvurucu ve arkadaşı X sokakta yürürk-en polis tarafından durdurulur ve nezarete konulur. Nezarete kendisine bekaret kontrolü uygulanır. Birkaç gün sonra ailesinin yardımıyla buradan kurtulur ve 1997 yılında kanun dışı yollarla Türkiye'ye gelir. Buradan Fransa'ya gider ve oradan da Kanada'ya geçmeyi dener. Ancak, havaalanında yakalanır ve İstanbul'a geri gönderilir. Başvuran İran'a gönderilmesi halinde ölüm riski ile karşı karşıya kalacağı gerekçesi ile AİHM'ye başvurur. AİHM'ye göre Jabari başvurusunda başvuranın İran'a sınır dışı edilmesi halinde taşlanarak öldürülmesi ihtimali AİHS'nin 3'üncü maddesinin ihlalini teşkil eder” (40035/98, para:34, 41 ve 42;D ve diğerleri/Türkiye, para:45-54). Bkz. Sabahattin NAL, AİHS Çerçevesinde İşkence ve İnsanlıkdışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza, s.548;Osman DOĞRU/Atilla NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi; Açıklama ve Önemli Kararlar, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.153.

¹⁹ Sözleşmenin 5/1 ve 7/1 madde hükümlerinde ise “*iade et ya da yargıla*” ilkesi benimsenmiştir. Bkz. Durmuş TEZCAN/M.Ruhan ERDEM/R.Murat ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.290;CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, s.98.

eden ülkelere geri verilmesi söz konusu olduğunda, AİHM tarafından geçici önlem kararları verilebilmektedir. Bu durumda AİHM, ilgili kişinin AİHS'nin 3'üncü maddesine aykırı muameleye maruz kalabileceği devlete sınır dışı edilmemesi veya geri verilmesi işleminin belirli bir süre durdurulmasını ilgili devletten talep etmektedir. Bu konuda AİHM Büyük Dairesi, emsal niteliğini taşıyan ve daha sonra çok sayıda kararda atıf yapılan *Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye* kararında, Türkiye'nin başvuruları “geçici önlem” kararına riayet etmeyerek Özbekistan’a geri vermesi nedeniyle, AİHS'nin 34'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁰.

Geri verme bağlamında söz konusu olabilecek insan hakkı ihlali iddialarından bir diğeri de şahsın gönderileceği ülkede “adil yargılanma” ilkelerine uyulmadan yargılanacağı yahut bu ilkelere uyulmadan sıklıkla da gıyabında verilen ve kesinleşen bir mahkeme kararının infazı amacıyla geri verilmesinin istenildiği iddialarıdır. Geri verme talebinin kabul edilebilir olup olmadığı incelenirken, geri verme talebine konu edilen suçlamalara ilişkin olarak ilgili kişinin savunma haklarına riayet edilip edilmediği de incelenecektir. Dolayısıyla, AİHS'nin 6'ncı maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma ilkesinin yerine getirilmesi, suçluların geri verilmesi bakımından aranan unsurlardan birisi haline gelmiştir. Gıyapta yürütülen ve ilke olarak uluslararası hukukta da kabul edilmiş asgari standartları karşılamayan²¹ yargılama sonunda verilmiş mahkumiyete dayalı olarak yapılan bir geri verme talebi bu yönlerden sorgulanacaktır. Bunun yanı sıra geri vermenin soruşturma veya kovuşturmayaya devam amacıyla talep edilmesi hallerinde de

²⁰ Bryony POYNOR, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey: The Relevance of Article 6 to Extradition Proceedings*, E.H.R.L.R., Sayı:4, 2005, (ss.409-418), s.409. De Schutter, bu başvurunun AİHS ile korunan hakların güvencesini artırıcı etki yarattığını ileri sürer. Bkz. Marinella MARMO, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights-A Political Battle*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, C.15, No:2, 2008, (ss.235-258), s.240. Söz konusu kararın sonuçlarından birisinin de geçici önlem kararlarının taraf devletler için bağlayıcı olduğunu gösterdiği ve bu kararlara uymamanın taraf devletin mahkeme ile işbirliği yapmayan devlet konumuna getireceği görüşü için bkz. Nicholas SITAROPOULOS, *The Role And Limits of The European Court Of Human Rights In Supervising State Security and Anti-Terrorism Measures Affecting Aliens' Rights*, in: *Terrorism and the Foreigner: a Decade of Tension Around the Rule of Law in Europe*, (Ed: Elspeth GUILD and Anneliese BALDACCINI), Leiden, Brill, 2007, (ss.85-120), s.117.

²¹ Bu konuda “*BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*”nin 14'üncü maddesi önem taşımaktadır. Öte yandan, söz konusu Sözleşmeye 20/10/2012 tarihi itibarıyla 167 ülke taraf olup, bize göre yalnız başına bu husus bile başta anılan madde hükmü olmak üzere, Sözleşme ile getirilen düzenlemelerin yaygın birer uluslararası hukuk kuralı haline geldiğine delalet etmektedir. Bkz. *International Covenant on Civil and Political Rights*; http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTS&online&tabid=2&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#Participants ; (Erişim: 20/10/2012).

kişiye asgari savunma hakkının sağlanması gerekmektedir. AİHM tarafından bu prensip *Soering/Birleşik Krallık* başvurusunda (para: 113) ortaya konulmuş ve *Mamatkulov* başvurusunda da pekiştirilmiştir. AİHS'ye taraf ülkeler, adil olmayan yargılama sonucu verilen mahkumiyete dayalı geri verme taleplerini reddetmekle yükümlüdür (*Drozd ve Janousek/Fransa ve İspanya*, 26/6/1992, para: 110). Diğer taraftan, AİHM bu konuda değerlendirme yaparken ve kararlarını gerekçelendirirken Uluslararası Af Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ilgili devletler hakkında hazırladıkları raporları da gözönüne almaktadır²².

BMModelGeriVermeAnlaşmasının3'üncümaddesinde;geri verilmesi talep edilen şahsın talep eden devlette işkence, kötü muamele veya aşağılayıcı muameleye maruz kalma riskinin mevcut olması veya ceza yargılamasında BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesinde yer alan asgari garantilerden yararlanmamış veya yararlanamayacak olması, şahsın gıyabında yargılanmış olması ve mahkumiyete karşı yüzüne karşı yeniden yargılanmayı sağlayacak itiraz olanağına sahip olmaması halleri geri vermenin zorunlu ret nedenleri arasında sayılmaktadır²³. Bu maddede ifadesini bulan ret sebebi, aslında uluslararası hukukta adil yargılanma ilkelerine kişinin gönderileceği ülkede de riayet edilmesinin, gönderen ülke tarafından nazara alınması gereğinin yaygınlaşan bir kural haline geldiği ve yalnızca AK bünyesinde değil dünya çapında da geçerli olduğunu bize göstermektedir. Bize göre isabetli olan bu yaklaşım, nasıl ki neredeyse dünya devletlerinin üçte ikisinde geri verme engeli olarak kabul edilen idam cezasının varlığı hususu adli yardımlaşmayı engellediğinden bu husustaki engeli bertaraf baskısı en azından idam cezasının infaz edilmeyeceği garantisini sağlamakta, giderek de o ülkede idam cezasının meşruiyeti, varlığı ve devamını sorgulanır hale

²² Suçluların geri verilmesi bakımından talep eden devletteki yargılamada AİHS'nin 6'ncı maddesi güvencelerinin aranacağı prensibinin ilk konulduğu karar AİHM'nin *Soering/Birleşik Krallık* kararıdır. Bkz. SITAROPOULOS, s.105-106. AİHM'nin uluslararası kuruluşların raporlarına atıf yaptığı kararlardan birisi de başvuranın İran'a sınırışı edilmesinin AİHS'nin 3'üncü maddesinin ihlalini teşkil edeceği sonucuna ulaştığı 15/6/2010 tarihli *Ahmadpour-Türkiye* kararıdır (12717/08, para:38, 39 ve 40). Geri verme konusunda verilen ve AİHM tarafından uluslararası kuruluşların raporlarına atıf yapılan yeni tarihli bir karar ise 16/10/2012 tarihli *Makhmudzhah Ergashev-Rusya* kararıdır. Bu karara göre başvuranın Kırgızistan'a geri verilmesi AİHS'nin 3'üncü maddesinin ihlalini teşkil edecektir (49747/11). Kararlar için bkz. <http://www.echr.coe.int/ECHR/home.pageen> ; (Erişim: 11/11/2012).

²³ BM Genel Kurulu'nun, 14 Aralık 1990 tarihli ve 45/116 sayılı kararıyla kabul edilen ve 52/88 sayılı kararı ile değişikliğe uğrayan BM Model Geri Verme Anlaşması (*UN Model Treaty on Extradition*), devletler arasında yapılacak geri verme sözleşmelerinde olabilecek aksaklık, eksiklik ve çelişkilerin ortadan kalkmasını ve belirli ölçüde yeknesaklaşmaya gidilmesini hedefleyen tip sözleşmelerden birisini teşkil etmektedir. Bkz. <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r116.htm> ; (Erişim: 3/10/2012).

getirmektedir. Geri verme müessesesindeki insan hakları teminatları da şayet istikrarlı bir şekilde uygulanır ve tatbikatı özenle takip edilirse geri verilen ülkelerdeki genel insan hakları durumunun da uzun vadede iyileşmesine katkı yapacak ve bu bakımdan kaydadeğer sonuçları olacaktır²⁴.

Uluslararası hukukta, bu alandaki gelişmelere örnek olması bakımından burada zikredebileceğimiz bir sözleşme olan ve 25/2/1981 tarihinde Caracas'ta imzaya açılan, 28/3/1992 tarihinde de yürürlüğe giren; *Amerikalılararası Geri Verme Sözleşmesi*'nin 9'uncu maddesiyle; idam cezasının yanı sıra geri verilecek şahsın ömür boyu hapse mahkum edilmesi de bir geri verme engeli olarak kabul edilmiştir²⁵.

Diğer taraftan, AK bünyesinde hazırlanan 17 Mart 1978 tarihli SİDAS'a Ek 2 Nolu Protokol, Bölüm III, madde 3 ile yapılan düzenleme uyarınca; taraf devlet ilgili kişinin savunma haklarına saygı duyulmadan yapılan yargılamada mahkum edildiği kanaatindeyse geri vermeyi reddedebilir. Buna karşılık, talep eden devlet tarafından kişinin savunma haklarını garanti altına alacak şekilde yeniden yargılanması güvencesi verilirse, geri verme talebi yerine getirilebilir. Bu Protokol ile taraf devletler bakımından, özellikle yoklukta verilen hükümler açısından savunma haklarına saygı kaygısının giderilmesinin amaçlandığı ve Protokol öncesi Hollanda ve Lüksemburg gibi devletlerin Sözleşme metnine koydukları çekince ve beyanlardan ilham alındığı anlaşılmaktadır²⁶.

²⁴ Örneğin, 1949 tarihli Alman Anayasası, madde 102 ile ölüm cezasını savaş ve barış hali ayırımı yapmadan kaldırmıştır. Bunun yanı sıra İtalya tarafından, SİDAS onaylanırken, talep eden devlette ölüm cezasının olması halinde geri verme talebinin kabul edilmeyeceği çekincesi konulmuştur. Günümüz İtalya uygulamasında mevzuatında ölüm cezası bulunan devletlere ölüm cezasını gerektiren bir suçtan yapılan geri verme talebi kabul edilmemektedir. Fransa'da, ölüm cezası 1981 yılında kaldırılmıştır. Avusturya'da, ölüm cezası 29/2/1968'de kaldırılmış, 1980 tarihli "Avusturya Geri Verme ve Adli Yardım Kanunu" ölüm cezasını geri verme engeli olarak kabul etmiştir. Bkz. Yener ÜNVER, Uluslararası Normlar Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi ve Türkiye, Anayasa Yargısı Dergisi, C.17, 2000 (ss.410-436), s.417-418; William SCHABAS, Indirect Abolition: Capital Punishment's Role in Extradition Law and Practice, The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, C.25, 2003, (ss.581-604), s.602.

²⁵ CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, s.98; <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47.html> ;(Erişim: 3/10/2012). Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesini Tadil Protokolü'nde de, şartla tahliye olanağı bulunmaksızın ömür boyu hapis cezasına mahkumiyet halinde geri vermenin reddine cevaz verilmiştir (m.4/3). Buna karşılık, söz konusu Protokol henüz yürürlüğe girmemiştir (10/11/2012); <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=190&CM=8&DF=10/11/2012&CL=ENG> ; (Erişim: 10/11/2012).

²⁶ Dominique PONCET/Paul Gully HART, Extradition: The European Model, New York, 1986, s.495; SİDAS'a Ek 2 Nolu Protokolün onaylanmasına ilişkin 3732 sayılı Kanun, m.3.

B.Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Burada genel olarak müstakil geri verme kanununa sahip emsal ülke kanunlarından bahsin yanı sıra insan hakları konusunda bu ülke kanunlarıyla alınan önlemler bakımından da konu incelenecektir.

Suçluların geri verilmesi müessesesinin kanunla düzenlenmesi konusundaki ilk örnek Belçika'da kabul edilen 1833 tarihli kanundur²⁷. Öte yandan, suçluların geri verilmesi konusunu müstakil bir kanunla düzenlemeyi tercih eden ülkelerden biri olan Kanada *Geri Verme Kanunu'na* (*Extradition Act, S.C. 1999, c. 18*) bakıldığında, konunun bahis konusu kanunda “Kanada’dan Geri Verme” (Part 2) ve “Kanada’ya Geri Verme” (Part 3) şeklinde iki ayrı başlık altında düzenlendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu kanunda geri vermenin reddi nedenlerinin düzenlendiği 44’üncü maddede, geri vermenin ilgili tüm koşullar gözönüne alındığında haksız olacağı kanaatine ulaşıldığı takdirde geri verme talebinin reddedileceği hükmü getirilmiştir. Yine aynı maddede geri verme talebinin talebe konu şahsın ırkı, dini, milliyeti, etnik kökeni, dili, rengi, siyasi görüşü, cinsiyeti, cinsel yönelimi, yaşı, akli veya fiziki engeli veya statüsü ya da siyasi düşünceleri nedeniyle kovuşturulacağı veya cezalandırılması amacıyla yapıldığının veya talebe konu şahsın durumunun anılan nedenlerle ağırlaşaçağının anlaşılması halinde geri verme talebi reddedilecektir²⁸.

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 sınırlandırabilir. Bu çerçevede, şayet bir ikili sözleşme mevcut değilse, talep eden devletin karşılıklılık garantisi vermesi şartıyla, Japonya tarafından geri verme veya adli yardımlaşma gerçekleştirilebilir²⁹.

Almanya’da adli yardımlaşma ve suçluların geri verilmesi işlemleri, 23 Aralık 1982 tarihli *Cezai Konularda Milletlerarası Adli Yardımlaşma*

²⁷ Eralp ÖZGEN, Suçluların Geri Verilmesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1962, s. 12; Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, Beta Yayınları, İstanbul, 1991, s. 250.

²⁸ Bkz. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-23.01/>; (Erişim: 21/10/2012).

²⁹ ASIAN DEVELOPMENT BANK, Mutual Legal Assistance, Extradition and Recovery of Proceeds of Corruption In Asia and The Pacific, Thematic Review-Final Report, 2007, s. 171.

Kanunu hükümlerine ve uluslararası sözleşmelere göre yürütülmektedir³⁰. Söz konusu kanunun paragraf 6/2 hükmü uyarınca, adi bir suçtan dolayı geri verme talebinde bulunan bir ülke geri verilmesini istediği bir kişiyi ırkı, dini, milliyeti, siyasi düşünceleri nedeniyle cezalandırmak için talepte bulunuyorsa geri verme talebi kabul edilemez. Yine talebe konu şahsın durumunun belirtilen nedenlerle ağırlaşaacağına dair ciddi belirtiler varsa kişinin geri verilmesi mümkün değildir. Ayrıca, ölüm cezası da anılan kanunun paragraf 8 hükmü uyarınca bir geri verme engeli olarak kabul edilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, Alman hukukuna göre ölüm cezasına hükmedilmemesi veya hükmedilmişse infaz edilmeyeceğine dair yeterli teminat verilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemelerin yanı sıra, anılan kanunda açık hüküm bulunmamasına karşılık, Alman mahkemelerinin yerleşik içtihatlarına göre, gıyapta yapılan yargılamalar sonucu verilen mahkumiyet kararlarına dayalı olarak yapılan geri verme talepleri de, AİHS'nin 6'ncı maddesine dayanarak reddedilmektedir³¹.

İngiltere'de 1989 tarihli Kanun hükümleriyle benimsenmiş olan müstakil geri verme kanunu ile konunun düzenlenmesi uygulaması, 2003 tarihli *Extradition Act* ile devam ettirilmektedir³². İngiliz geri verme hukukunda, insan hakları konusu geri verme engelleri bağlamında ele alınmakta ve bu şekilde uygulanmaktadır. 2003 tarihli Extradition Act isimli düzenlemenin 21'inci maddesinde bu konu düzenlenmiştir. Madde ile getirilen düzenleme uyarınca, geri verme talebini değerlendiren mahkemenin ilgili kişinin geri verilmesinin, şahsın 1998 tarihli *Human Rights Act* anlamında sahip olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan insan hakları ile bağdaşıp bağdaşmadığını incelemesi gerekmektedir. Maddeye göre, şayet geri verme ve teslim şahsın *Human Rights Act* isimli kanunda tanımlanan haklarının ihlali sonucunu doğuracaksa geri verme talebi reddedilecektir³³.

³⁰ Feridun YENİSEY (Ed), Ceza Hukukuna Giriş, Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.22.

³¹ Faruk TURHAN, Alman Suçluların İadesi Hukukunun Esasları, SÜHFD, C.11, Sayı:3-4, 2003, (ss.74-113), s.90, 92, 99.

³² Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKCEN/A.Caner YENİDÜNYA, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler,3.Bası,Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 362; 2003 tarihli İngiliz Geri Verme Kanunu ve bu kanun hakkındaki açıklayıcı not için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/pdfs/ukpgaen20030041en.pdf> ; Erişim:11/11/2012.

³³ <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtrights/156/15605.htm> ; (Erişim: 3/10/2012); Colin WARBRICK, Recent Developments in UK Extradition Law, International and Comparative Law Quarterly, C.56, Ocak-2007, (ss.199-208), s.203 vd.

Müstakil bir kanun ile konuyu düzenlemeyi tercih eden ülkelerden biri olan Avustralya'da, geri verme konusu 1988 tarihli *Extradition Act* ile düzenlenmiştir. Söz konusu kanuni düzenleme incelendiğinde, bu kanunda da insan hakları mülahazalarıyla geri verme engellerine yer verildiği görülmektedir. Buna göre, anılan kanunun geri vermeye itiraz başlıklı 7'nci maddesinde geri verme engelleri sayılmış olup; geri verme talebine esas olan suçun siyasi bir suç olması, talebe konu şahsın ırkı, cinsiyeti, cinsel yönelimi, dini, milliyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle kovuşturulacağı veya cezalandırılacağına anlaşılmaması halinde ya da yargılanması sırasında anılan nedenlere dayalı olarak bir önyargıya maruz kalabilme veya bu nedenlerle özgürlüğünden mahrum bırakılma olasılığı bulunmakta ise bu husus geri vermeye engel teşkil edecektir³⁴.

Sergilenen tüm örneklerin ortak yönü ise; belirtildiği üzere konuyu müstakil bir kanunla düzenlemeleri ve bu sayede geri verme konusunu gerek terminoloji gerekse uygulama esasları ve teminatları bakımından yeknesak kurallara bağlamış olmalarıdır. Bu ise, her şeyden önce bu alanda diğer düzenleme ve uygulamalara ışık tutacak bir hukuk kültürünün oluşmasına zemin teşkil etmekte, muhtemel karmaşa ve uygulama farklılıklarının baştan önü alınmış ve konu sistematik olarak düzenlenmiş olmaktadır.

II. Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşması

A. Genel Olarak Sözleşmenin Geri Vermeye İlişkin Bölümü İle Getirilen Düzenlemeler

Türk hukukunda suçluların geri verilmesi konusu, Anayasa ve TCK'da düzenlenmekle birlikte çok sayıda ikili ve çok taraflı sözleşmeye de konu olmuştur. Çalışmamızda inceleme konusu yapılan ve Türkiye ile İran arasında adli işbirliğine esas teşkil eden önemli bir belge olan “*Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşması*” ise 3 Şubat 2010 tarihinde Ankara'da imzalanmış, 22/2/2011 tarihli ve 6121 sayılı Kanunla Sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunca 13/5/2011 tarihinde onaylanmıştır. Sözleşme metni 5/7/2011 tarihli ve 27985 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Görece yeni tarihli olan bu Sözleşmede, suçluların geri verilmesi konusunun “*Geri Verme*” başlığı altında 34 ila 50'nci maddeler arasında düzenlendiği ve terminolojik

³⁴ Extradition Act 1988; <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00683>; (Erişim: 19/10/2012).

olarak “geri verme” teriminin kullanılmasının tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bununla beraber, Sözleşmede geri verme konusunda “iade” terimine de bazı maddelerde yer verildiği ve bu şekilde aynı Sözleşmede hem “geri verme” hem “iade” terimlerinin birlikte yer aldığı görülmektedir.

Sözleşmenin imza ve kabul ediliş gerekçeleri, onay kanunu tasarı gerekçesinde; *Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşması* 3 Şubat 2010 tarihinde Ankara’da imzalanmıştır. Anlaşma, günümüz ihtiyaçlarına cevap vermeyen ve Ülkemiz ile İran arasında cezai konularda adli yardım ve suçluların geri verilmesi konularını içeren 1937 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile İran Devleti Şeyhin Şahisi Arasında İade-i Mücrimin ve Cezai Mevadda Adli Müzaheret Muahedenamesi ve hukuki konularda adli yardıma ilişkin 1937 tarihli “Türkiye Cumhuriyeti ile İran Devleti Şeyhin Şahisi Arasında Adli Müzaheret Mukavelesi”ni yürürlükten kaldırmıştır. İşbu Anlaşma, cezai ve hukuki konularda adli işbirliği alanında günümüzde Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesinde ulaşılan standartları içerdiği gibi, daha önce iki ülke arasında anlaşma konusu olmayan tanıma ve tenfiz ile hükümlülerin nakli konusunu da düzenlemektedir. Anlaşma, Ülkemiz ile İran İslâm Cumhuriyeti arasında her alandaki ilişkileri geliştirme ve ortak yararların korunması arzusuna paralel olarak, adli alanda yardımlaşmanın hukuki çerçevesini oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır. Anlaşmada; iki ülke vatandaşlarına eşit muamele, adli makamlara başvuruda kolaylık, teminattan muafiyet, adli müzaheretten yararlanma, tebligat, tarafların ve tanıkların dinlenmesi, bilirkişi incelemesi yaptırılması ve belgelerin iletilmesi gibi işlemlerin yerine getirilmesi, tanık ve bilirkişilerin korunması, hukuki ve ticari konularda kararların tanınması ve tenfizi, cezai alanda tebligat ve istinabe talepleri ile suçluların geri verilmesi ve hükümlülerin nakli düzenlenmiştir.” şeklinde belirtilmiştir³⁵.

Diğer taraftan, Sözleşmeye ilişkin olarak hazırlanan 1/896 sayılı TBMM Dışişleri Komisyonu Raporunda; “Komisyonumuzun üyeleri tarafından, Anlaşma’nın otuz dördüncü ve devamı maddelerinde düzenlenen “geri vermeye” ilişkin hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu Sözleşme’yi yorumlamaya yetkili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda uygulanması gerektiği özellikle vurgulanmıştır.” ifadesi ne yer verilmiştir.

³⁵ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss613.pdf> , s.2; (Erişim: 27/9/2012).

Sözleşme, yukarıda da belirtildiği üzere, iki ülke arasında adli konularda, ceza işlerinde karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların geri verilmesi konularındaki işbirliğini devam ettirmek ve güçlendirmek amacıyla hazırlanmıştır. Toplam 72 maddeden ibaret olan Sözleşmenin; “*Genel Hükümler*” başlığını taşıyan ve 1 ile 3’üncü maddeler arasında yer alan I. Kısım, genel hükümleri ve Sözleşme kapsamında iletişim kanalını düzenlemektedir. Sözleşmenin 4 ile 24’üncü maddeleri arasında ise “*Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma*” başlığı altında hukuki alandaki adli yardımlaşma ile tanıma ve tenfiz konuları düzenlenmiştir. Sözleşmenin 25 ile 69’uncu maddeleri arasında “*Ceza Alanındaki Adli Yardımlaşma*” başlığı altında, ceza alanında uluslararası adli yardımlaşma konuları (adli istinabe, geri verme ve hükümlü nakli) ele alınmaktadır. Sözleşmenin 70 ile 72’nci maddeleri arasında “*Nihai Hükümler*” başlığı altında; yorum uyumsuzluklarının halli, yürürlük ve Sözleşmenin âkit taraflardan biri tarafından feshi konuları düzenlenmiştir. Sözleşmenin burada inceleme konusu yapacağımız; “*Geri Verme*” başlıklı 34 ile 50’nci maddeleri arası hükümlerinde ise başlığından da anlaşılacağı üzere suçluların geri verilmesi konusu düzenlenmiştir.

Buna göre Sözleşmenin 34’üncü maddesinde yer alan; “*Âkit Taraflar ülkelerinde bulunan kişileri, bir ceza soruşturması veya kovuşturması yapılması veya bir kararın infazı amacıyla, talep üzerine karşılıklı teslim etmeyi taahhüt ederler.*” ifadesiyle karşılıklı geri verme yükümlülüğü konusu düzenlenmiş ve Sözleşmede yer alan şartlar dahilinde suçluların geri verilmesi, taraflar açısından bir yükümlülüğe dönüşmüştür (m.34/1). Söz konusu maddede ayrıca Sözleşme kapsamında geri verilmesi kabil olan suçların hangileri olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında geri verme ancak, her iki âkit Tarafın kanunlarına göre on iki aydan fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezayı veya daha ağır bir cezayı gerektiren suçlar için mümkündür. Bir kararın infazı için geri verme ise, ancak hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar için ve söz konusu kişi altı aydan fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum edilmiş bulunduğu takdirde yapılacaktır. Öte yandan, yine madde uyarınca geri verme talebi her iki âkit Taraf kanunlarıncı her biri hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren birden fazla farklı suçtan oluşmakla birlikte bunlardan bazıları söz konusu 34’üncü maddenin 2 ve 3’üncü paragraflarında öngörülen şartlara uymasa bile talep edilen taraf bu suçlar için de geri verme hakkına sahiptir. Diğer bir ifadeyle, anılan madde kapsamında öngörülen ceza süresi şartına uymayan diğer (hürriyeti bağlayıcı cezayı mucip) fiiller için de şayet birden fazla fiil-

den bir tanesi maddede yer alan şartları taşımakta, ancak diğerleri taşımamakta ise bu fiillerden dolayı da diğer âkit tarafa, kendi ihtiyarı ile geri verme talebini kabul etme imkanı tanınmış bulunmaktadır. Belirtilmesi gereken bir diğer husus, hükmün açıklanan lafzına göre, mahkumiyet nedeniyle geri verme için geri vermeye esas olan suça dair altı aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet yetmemekte, ayrıca bu mahkumiyete esas olan suçun ceza yaptırımının üst sınırının on iki aydan fazla olması da gerekmektedir. Başka bir deyişle, üst sınırının on iki aydan fazla hapsi gerektirmesi de ayrıca aranacak bir şart haline gelmektedir. Diğer taraftan, bahse konu hükümde açıklık bulunmamasına karşın, incelenen bu maddede de SİDAS'ta olduğu gibi (SİDAS, m.2/1) on iki aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi ibaresinden, suça ilişkin kanunda yer alan yaptırımın alt sınırının değil, cezaya ilişkin üst sınırın anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. Buna karşılık, Sözleşmenin söz konusu 34'üncü maddesinin kaleme alınış tarzına ilişkin olarak bir eleştiriye de işaret etmek gerekir. Buna göre maddede kovuşturma halinde oniki aydan fazla bir cezayı mucip olma, mahkumiyet halinde ise altı aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olma lafzına yer verilmiş, on iki ay veya altı ay ibareleri tercih edilmemiştir. Dolayısıyla Sözleşmenin bu hükmü lafzı itibarıyla yoruma tabi tutulduğunda, örneğin altı ay hapse mahkum olan kişi için geri verme, Sözleşmede yer alan altı aydan fazla hapis koşulunu taşımadığından mümkün olmayacak, hapsin bir gün dahi olsa altı aydan fazla olması aranacaktır ki, bize göre varılan bu sonuç Sözleşme yazımı bakımından başarılı olarak kabul edilemeyecektir.

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 34'üncü maddesinde yer alan “*her iki Âkit Tarafın kanunlarına göre*” ibaresinden anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin 35'inci maddesinde, geri verme talebinin kabul edilmeyeceği haller listelenmiştir. Buna göre, geri verilmesi talep olunan kişi talep edilen taraf vatandaşı ise geri verilmeyecektir. Buna karşılık SİDAS hükmünden farklı olarak vatandaşlık sıfatının hangi tarih itibarıyla nazara alınacağı ve vatandaşlık sıfatında meydana gelebilecek değişikliklerin gözönüne alınıp alınmayacağına ilişkin olarak Sözleşmede herhangi bir hüküm yer almaz. Bu takdirde Sözleşmede bir boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve bu boşluğu doldurmak üzere Türk iç hukuk kurallarının tatbik kabiliyeti bulacağı kabul edilme-

lidir ³⁶. Öte yandan, 35'inci maddenin 1-a hükmünde “geri verme” terimi tercih edilmişken, aynı maddenin 1-b hükmünde ise “iade” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca maddede yer alan; “*Talep edilen taraf, geri verilmesi talep olunan şahsı vatandaşı olması nedeniyle geri vermediği takdirde, talep eden tarafın talebi üzerine ceza kovuşturmasına tevessül edecektir. Suçla ilgili dosyalar, bilgiler ve diğer deliller Talep eden Tarafça gönderilecektir. Talep eden taraf bu soruşturma ve kovuşturmaların sonucundan haberdar edilecektir.*” hükmü uyarınca, Sözleşmeyle vatandaşını geri vermeyen tarafa, talep eden tarafın isteği üzerine geri verme talebine konu edilen suç kovuşturma yükümlülüğü getirildiği, bu nedenle konuyu kovuşturmaya yetkili makamlarına intikal ettirme yükümlülüğü getiren SİDAS’tan farklı bir düzenleme ihtiva ettiği anlaşılmaktadır (m.35/2).

Sözleşmenin 35'inci maddesi ile getirilen diğer düzenlemeler uyarınca, geri verme talebine konu edilen suç talep edilen devlet tarafından siyasi veya askeri bir suç olarak kabul ediliyorsa, talep edilen şahıs yine geri verilmeyecektir. Sözleşmede siyasi 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. Ayrıca siyasi suçtan bahsedilirken “buna bağlantılı suçtan” bahsedilmemiş ve bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, siyasi suça bağlantılı suçtan geri verme mümkün olabilecektir. Ancak şu husus da belirtilmelidir ki, Sözleşmenin siyasi suçtan geri verilmezlik kuralının tatbikinde, mümkün olduğunca titiz ve Türkiye’nin insan hakları taahhütlerine uygun bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Öte yandan, maddeye bakıldığında, geri verme hukukunun klasik kurum ve kavramlarından olan ve siyasi suçların istisnasını teşkil eden “*Belçika Kuralı*”na yer verilmediği görülmektedir. Oysa benzer düzenlemeler neredeyse Türkiye’nin taraf olduğu tüm ikili sözleşmelerde ve SİDAS’ta yer almakta-

³⁶ 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 paragrafın (a) bendi hükmünden istifade edebilecektir*” şeklinde belirtilmiştir. Bkz. ÖZ-TÜRK/ERDEM, s.114.

dır. Bu konuda Türkiye-Tunus Geri Verme Sözleşmesinin 27’nci maddesi örnek olarak verilebilir. Bu halde ne yapılacaktır? Türk hukukunda geri verme konusunu düzenleyen 5237 sayılı TCK’nın 18’inci maddesinde de devlet başkanına suikastin siyasi suç istisnasının tatbikine mani olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bize göre burada Sözleşmede bir boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve bu boşluk artık bir uluslararası örf ve adet kuralı haline geldiği kabul edilen “*Belçika Kuralı*” çerçevesinde doldurulmalı ve böyle bir suikast failinin eylemi siyasi suç istisnasından yararlandırılarak geri vermeden muaf kabul edilmemeli ve ilgili kişi talep eden devlete –talebin diğer geri verme şartlarını da taşıması halinde- geri verilmelidir³⁷.

Sözleşmenin 35’inci maddesinde yer alan diğer bir geri verme engeli ise; “*Talep edilen taraf iç mevzuatına göre geri verme talebi kabule şayan bulunmamakta veya karar zamanaşımı ya da kanunda öngörülen başka bir sebeple yerine getirilmeyecek ise.*” şeklinde düzenlenmiştir. Geri vermenin istisnalarının önemli ölçüde genişletilmesine imkan verebilecek bir ifadeye sahip olan bu hükümle talep edilen taraf mevzuatına göre geri verme engeli teşkil eden herhangi bir husus Sözleşmede katalog halinde sayılan engellerden birine girmese dahi geri vermeyi önleyecektir.

Sözleşmenin 35’inci maddesinde yer alan “*veya askeri bir suç olarak kabul ediliyorsa*” ifadesi uyarınca geri verme talebine konu fiil “askeri bir suç” teşkil etmekte ise geri verme talebi kabul edilmeyecektir (m.35/1-b). 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 göz önüne 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 düşüncesindeyiz³⁸.

³⁷ Zaman içinde çeşitli ülkelerce de benimsenerek “evrenselleşen” bu kural, SİDAS madde 3/3 hükmünde de; “*İşbu Sözleşmenin tatbikatı bakımından, bir Devlet Reisinin veya ailesi efradından birinin hayatına kasıtlı siyasi bir suç sayılmayacaktır*” şeklinde kendisine yer bulmuştur. Bkz. Hasan SINAR, Siyasal Suç Üzerine Bir İnceleme, İÜHFM, C.LVIII, Sayı:1-2, (ss.53-77), s.72.

³⁸ Türkiye-Tunus Sözleşmesi’nde ise askeri suç istisnası, Sözleşmenin 28’inci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, geri verme talebine konu fiil “*sadece askeri yükümlülüklerin ihlalinden ibaret ise*” geri verme talebi kabul edilmeyecektir.

Sözleşmenin 35'inci maddesinde yer alan “geri verilmesi talep olunan şahıs, Talep edilen Taraf ülkesinde, aynı suç dolayısıyla kesinleşmiş bir mahkeme kararı veya men’i muhakeme kararına konu teşkil etmekte ise,” hükmü uyarınca talep konusu fiil hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı veya muhakemenin meni kararı bulunması halinde geri verme talebi reddolunacaktır. Bu hükümden, söz konusu kararlara “*non bis in idem*” etkisi tanınması hususunun tarafların ihtiyarına bırakılmadığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık, üçüncü devlet tarafından verilen hükümlere ilişkin bir düzenlemeye Sözleşmede yer verilmemiştir. Bu durumda meri uluslararası hukukta üçüncü devlet mahkemelerince verilen hükümlere “*non bis in idem*” etkisi tanınması hususunda bir örf ve adet kuralı henüz oluşmadığından ve bu konuda doktrin ve uygulamada da bir birlik bulunmadığından, taraf devletlerin mevzuatında engel teşkil edeceği yönünde bir iç düzenleme bulunmaması halinde bu hususun bir geri verme engeli teşkil etmediği kabul edilmelidir.

Sözleşmenin 35'inci maddesinde yer alan son geri verme engeli ise; “suç Talep edilen Taraf ülkesinde işlenmişse veya bu suç Talep edilen Taraf ülkesi sınırları dışında işlenmiş ve Talep edilen Taraf ülkesinde devam eden bir soruşturma bulunmakta ise” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, suçun talep edilen devlette işlenmesi geri vermeye engel teşkil edecektir. Şayet suç talep edilen taraf ülkesi sınırları dışında işlenmiş ise, bu hususun bir geri verme engeli olması bir koşula bağlanmıştır: Söz konusu suçtan dolayı talep edilen taraf ülkesinde devam eden bir soruşturmanın bulunması. Şayet talep tarihinde böyle bir soruşturma veya kovuşturma söz konusu değilse geri verme gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla Sözleşme, mülki yargı yetkisine öncelik tanımış ve bu hususu zorunlu bir geri verme engeli olarak düzenlemiştir. Buna karşılık, ülke dışında işlenen suçlarda ise yargı yetkisinin varlığı yeterli olmamakta, bu yetkinin kullanıldığını gösteren ve devam eden bir soruşturmanın varlığı da aranmaktadır (m.35/1-e).

Sözleşmenin geri verme usulüne ilişkin hükümlerinden olan 36'ncı maddesi ile geri verme talebine eklenecek belgeler sayılmıştır. Her geri verme sözleşmesinde yer verilen belgelerden olan bu belgeleri burada ayrıca zikretmeyeceğiz. Maddenin bu düzenlemesinden, öncelikle geri verme talebinin “yazılı” olarak yapılacağının hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır. Burada şu belirtilmelidir ki bu maddenin uygulanması bakımından önem taşıyan husus, madde ile talep edilen âkit tarafa taleple birlikte sağlanan bilgiyi yeterli görmemesi halinde talep eden taraftan, belirleyeceği makul bir süre içinde ek bilgi temin edilmesini talep edebilme olanağının getirilmiş

olmasıdır. Burada yeri gelmişken gerek geri verme ve gerekse sözleşmedeki diğer adli yardımlaşma türleri bakımından iletişim kanalının diplomatik kanal olacağının Sözleşmenin 2'nci maddesiyle hüküm altına alınmış olduğunu belirtmek isteriz.

Sözleşmenin 37'nci maddesinde geri verme talebinin Sözleşme ile aranan [gerekli] tüm bilgileri ihtiva etmemesi halinde yapılacak işlem düzenlenmiştir. Buna göre, geri verme talebi gerekli tüm bilgileri ihtiva etmediği takdirde, talep edilen taraf bunun tamamlanmasını isteyebilir. Bu bilgi talep edilen tarafa 30 gün içinde gönderilmelidir. Geçerli nedenlerin olması halinde bu süre 15 gün daha uzatılabilir. Ayrıca talep edilen taraf bu amaçla iki ayı geçmemek üzere bir süre belirleyebilecektir.

Sözleşmenin 38'inci maddesinde yer alan; “*Geri verme talebinin alınmasını müteakip Talep edilen Taraf, talebe konu teşkil eden kişinin geri verme amacı ile tutuklanması dahil bütün gerekli tedbirleri gecikmeksizin alacaktır. İşbu Anlaşma hükümlerine göre iade zorunluluğu olmayan hususlarda bu hüküm uygulanmaz.*” hükmü uyarınca âkit taraflar, geri verme talebine ilişkin belgeleri alır almaz talebe konu kişinin geri verme amacıyla tutuklanması da dahil her türlü tedbiri gecikmeksizin alacaklardır. Tabiatıyla bu tedbirler kişinin kaçmasının önlenmesi amacıyla alınmaktadır. Burada söz konusu madde ile getirilen tutuklama tedbirinin geri verme amacıyla yapılan geçici tutuklama ile karıştırılmaması gerektiğini belirtmek isteriz. Bu konu Sözleşmenin 39'uncu maddesiyle düzenlenmiştir. Diğer taraftan, yukarıya alıntılanan madde metninden de anlaşılacağı üzere, aynı maddenin birinci cümlesinde “geri verme” ibaresi kullanılırken, ikinci cümlede ise terminolojik tercihin “iade” yönünde olduğu görülmekte, Sözleşmedeki terminolojik uyumsuzluk bir kez daha kendini göstermektedir.

Sözleşmenin 39'uncu maddesinde; acele hallerde talep eden devlet adli makamlarınca ilgili şahsın geri verme amacıyla geçici olarak tutuklanmasının talep edilebileceği, bu talep hakkında talep edilen devletin kendi mevzuatına göre karar vereceği düzenlemesi getirilmiştir. Maddeye göre geçici tutuklama talebi, talep edilen tarafın yetkili makamlarına gerek diplomatik kanaldan, gerek posta, telgraf veya faks ya da Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı (INTERPOL) aracılığıyla veya yazıya dönüştürülebilen ve talep edilen tarafça kabul edilecek herhangi bir şekilde iletilebilecektir. Talep eden makam gecikmeksizin talebin sonucundan haberdar edilecektir (m.39/4, SİDAS, m.16/3)³⁹. Ancak geçici tutuklamayı takip eden 30 gün içinde geri verme

³⁹ SİDAS madde 16/3'te ikinci cümle olarak yer alan; “*Talep eden makam, talebinin sonucundan gecikmeksizin haberdar edilecektir*” ifadesi, Sözleşmenin 26/11/1959 tarihli ve

talebi ve 36'ncı maddede belirtilen belgeler talep edilen tarafa iletilmez ise geçici tutuklamaya son verilebilir. Bu süre hiçbir koşulda tutuklama tarihinden itibaren 45 günü geçemeyecektir. Geçici serbest bırakma olanağı her zaman mümkündür, ancak talep edilen taraf geri verilmesi istenen kişinin kaçmasını önlemek için tüm tedbirleri alacaktır. Serbest bırakma geri verme talebinin sonradan alınması halinde yeniden tutuklamaya ve geri vermeye engel oluşturmaz. Getirilen düzenlemelere bakıldığında, Sözleşmenin bu maddesinin özellikle geçici tutuklamanın belirli bir süreyi aşamayacağı düzenlemesi bakımından SİDAS ile benzerlik taşıdığı, ancak SİDAS'ta söz konusu sürenin azami 40 gün olarak düzenlendiği, Sözleşmede ise 45 gün olarak düzenlendiği, dolayısıyla aralarında sürenin uzunluğu bakımından bir farklılığın mevcut olduğu anlaşılmaktadır (SİDAS, m.16/4).

Sözleşmenin 40'ıncı maddesinde; geri verilmesi talep edilen kişinin, talep edilen devlette, talebe konu teşkil eden fiil dışında başka bir suç dolayısıyla kovuşturulması veya hükümlü bulunduğu cezayı kendi ülkesinde çekmesinin söz konusu olması hallerinde 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. Buna karşılık, Sözleşme madde 40/2 hükmü uyarınca bu erteleme imkanı, talep edilen âkit devlet tarafından ilgili şahsın geçici olarak talep eden devlete teslimine engel teşkil etmemektedir.

Sözleşmenin 41'inci maddesinde; klasik geri verme hukukunda “*Taleplerin Taaddüdü*” olarak adlandırılan konu ele alınmıştır. Buna göre, söz konusu maddede aynı veya değişik fiillerden dolayı birden fazla devlet tarafından “aynı anda” geri verme talebinde bulunulması halinde yapılacak işlemler düzenlenmektedir. Maddeye göre, talep edilen taraf tüm şartları ve özellikle suçların ağırlığını, işlendikleri yeri, taleplerin tarihlerini, istenen şahsın uyruğu ve başka bir devlete geri verme imkanını göz önünde tutarak karar verecektir. Bu hükümden de anlaşıyor 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.

10365 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Türkçe metninde yer almamakta olup Sözleşmenin orijinal İngilizce metnindeki; “*The requesting authority shall be informed without delay of the result of its request.*” ifadesinden tarafımızca tercüme edilmiştir.Bkz.European Convention on Extradition; <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm> ; (Erişim: 30/3/2012).

Sözleşmenin 42'nci maddesinde; yine klasik geri verme hukuku kavram ve kurallarından olan “*hususilik kuralı*” düzenlenmiştir. Maddeye göre, teslim edilen kişi talep eden devlette, geri vermeden önce işlenmiş ve geri vermenin kabul edildiği fiillerin dışında bir suçtan dolayı -talep edilen tarafın muvafakati bulunmaksızın- soruşturulamayacağı, kovuşturulamayacağı ve hakkında bir cezanın infazına geçilemeyeceği gibi teslim tarihinden önceki suçlar sebebiyle üçüncü bir devlete de geri verilemeyecektir.

Ancak bu kuralın istisnaları da yine maddede gösterilmiştir. Belirtiliği üzere şahsı teslim eden devletin rızası, şahsın serbest kalmasından sonra 15 gün içinde imkanı olduğu halde talep eden devlet ülkesini terk etmemesi veya terk ettikten sonra geri dönmesi halleri bu kapsamda yer almaktadır. Bu iki halde hususilik kuralı etkisini kaybedecek ve şahıs geri verme kapsamı dışındaki fiillerden de yargılanabilecektir. Diğer taraftan, bize göre maddede açıkça zikredilmemiş olsa da, geri verme hukukunun genel kabul görmüş prensipleri uyarınca, hususilik kuralının korumasından yararlanan şahıs, bu kural kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturulamayacağı, kovuşturulamayacağı ve hakkında bir cezanın infazına geçilemeyeceği gibi tutuklanamayacak veya şahsi hürriyeti herhangi bir şekilde kısıtlanamayacaktır. Bununla beraber, burada şu hususa işaret etmek isteriz ki, geri vermede yasak süre olarak adlandırılan bu sürenin⁴⁰ Sözleşmede 15 gün olarak belirlenmesi, insan hakları ve kişi hürriyetlerinin korunması, hukuk kurallarında ve müesseselerinde belirli ölçüde de olsa yeknesaklık ve istikrar ilkeleri göz önüne alındığında isabetli olmamıştır. Şöyle ki, geri verme hukukunda söz konusu süre bir yandan geri verilen kişinin geri verildiği ülkede yeniden özgürlüğüne kavuşmasından sonra durup düşünceği ve geri verildiği ülkede kalmaya devam etmesi halinde geri verme kapsamı dışındaki suçlardan da kovuşturulabileceğini öngörerek kalmasının sonuçlarını değerlendirme imkanı bulduğu, diğer yandan da geri verildiği devletin keyfi tasarruflarından korunduğu bir dönemdir. Yasak sürenin bu denli kısa tutulması ve Türkiye'nin taraf olduğu diğer ikili ve çok taraflı sözleşmelerden önemli ölçüde farklılık göstermesi ise doğru bir tercih olmamıştır. Söz konusu sürenin kısa tutulması, kişinin zaman baskısı altında kendisi ve özgürlüğü hakkında yanlış kararlar vermesine yol açabilecek, büyük olasılıkla da hukuki danışma imkanı dahi bulamadan sürenin çabucak geçtiğine tanık olunacaktır.

⁴⁰ Bu süre SİDAS'ta 45 gündür (m.14/1-b). ABD Sözleşmesinde 60 gün (m.16/1-a), Irak Sözleşmesinde 45 gün (m.56/1-b), Umman Sözleşmesinde ise 1 ay olarak (m.42/2-a) öngörülmüştür.

Belirtildiği üzere Sözleşmenin incelenen 42'nci maddesinde, talep eden devlete teslim edilen şahsın üçüncü bir devlete geri verilebilmesinin koşulları da 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. Bu konuda takip edilecek usul ise, maddede düzenlenmemiş olup bize göre bu bakımdan Sözleşmede bir boşluk bulunduğu kabul edilmesi ve yerleşik geri verme kuralları gözönüne alınarak bir uygulama yapılması en uygun çözüm olacaktır. 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 etme yoluna gidecektir. Bu talepname ve eklerinde nelerin yer alacağı konusunda ise, kıyas yoluyla Sözleşmenin 36'ncı maddesinden de yararlanılabileceği düşüncesindeyiz⁴¹.

Sözleşmenin 43'üncü maddesinde; öncelikle geri verme talebi hakkında alınan kararın talep eden devlete bildirileceği hükmü getirilmektedir. Geri verme talebinin tamamen veya kısmen reddedilmesi halinde de, ret sebepleri talep eden tarafa iletilecektir. Tabiatıyla bu bildirimler diplomatik yoldan yapılacaktır. Getirilen düzenlemede, talebin kabulü halinde talep edilen tarafın şahsın teslim edilme tarih ve yerini belirleyeceği ve talep eden tarafa bildireceği belirtilmektedir. Maddede ayrıca şahsın teslim için kararlaştırılan tarihte alınmaması halinde bu tarihten başlayacak 15 günün sonunda serbest bırakılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak taraflardan biri, geri verilecek şahsı elinde olmayan nedenlerden dolayı teslim veya kabul edememesi halinde, diğer tarafı haberdar edecektir. Bunun üzerine taraflar birlikte yeni bir teslim tarihi kararlaştıracaktır (m.43/4).

Sözleşmenin 44'üncü maddesinde; klasik geri verme sözleşmelerinde pek rastlanmayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Sözleşmenin taraflarının komşu oldukları gerçeğine dayalı olarak kaleme alınan bu düzenlemeye göre, geri verilen kişi firar etmiş ve talep edilen taraf ülkesine dönmüş ise talep eden tarafın yeni bir geri verme talebi dolayısıyla Sözleşmenin 36'ncı maddesinde öngörülen belgelerin iletilmesine gerek bulunmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, geri verildiği devletten firar eden kişi hakkında yeniden geri verme işlemlerine tevessül edilmesi halinde daha önce iletilen geri verme evrakı üzerinden işlemler yürütülecek ve geri verilen kişinin firar ettiği Taraf devletten yeniden tam geri verme evrakı iletmesi istenilmeyecektir.

⁴¹ Karşılaştırınız SİDAS, m.15.

Sözleşmenin 45'inci maddesinde; üçüncü devletler tarafından, taraflardan birine geri verilen şahısların âkit devletler topraklarından transit geçişleri konusu düzenlenmiştir. Maddeye göre, âkit taraflardan her biri diğer tarafın talebi üzerine, üçüncü bir devletçe talep eden tarafa geri verilen kişilerin kendi ülkesinden transit olarak geçişine izin verecektir. Ancak burada bir istisnaya yer verilmiştir: Âkit taraflar işbu Sözleşme hükümlerine göre geri vermeye elverişli bulunmayan suçlar dolayısıyla bu izni vermeye mecbur değildirler. Dolayısıyla Sözleşmede yer alan ve geri verme engeli olarak kabul edilen hallerden birinin varlığının tespiti halinde transit geçişe izin verme mecburiyeti bulunmamaktadır. Âkit tarafların yetkili makamları her olayda transit geçişin şekli, güzergahı ve diğer şartları konusunda mutabakat sağlayacaklardır (m.45/2). Öte yandan, Sözleşmenin incelenen 45'inci maddesinde; âkit taraflardan birine teslim edilecek bir kişinin diğer âkit devlet ülkesinden transit geçmesine izin verilmesi konusundaki talep usulü düzenlenmemiştir. Ancak bize göre bu konuda Sözleşmenin geneline hakim olan esaslara nazaran bir uygulama geliştirilebilir. Buna göre, transit talebinin diplomatik yoldan ve talepname ile yapılması uygun olacaktır. Söz konusu talepnameye suçun Sözleşme kapsamında geri vermeye elverişli nitelikte olduğunu gösterir belgeler de eklenecektir (m. 45/1). Transit geçiş için günümüzde mutat ulaşım vasıtası haline gelmiş olan havayolunun kullanılması halinde ise, Sözleşmede uçağın yere inmesi söz konusu olmayacaksa uçağın geçeceği muhatap âkit devlete beyanda bulunulmasının yeterli olacağı, uçağın inmesi öngörülüyorsa, yukarıda açıklanan ayrıntılı usulün takip edileceği yönünde bir ayrıma yer verilmemiştir. Oysa genel olarak ikili sözleşmelerde yer verilen bu tür bir ayırma -görece yeni tarihli bir sözleşme olan- bu Sözleşmede de yer verilmesi isabetli olurdu⁴².

Sözleşmenin 46'ncı maddesinde; geri verme işlemi ile teslim edilen şahıs hakkında, talep eden devlette yürütülen ceza kovuşturmasının sonucundan talep edilen tarafa bilgi verileceği düzenlemesi getirilmiştir. Bundan başka, talep edilen tarafın talebi üzerine talep eden taraf, kesinleşmiş karar örneğini de iletacaktır. Dolayısıyla, söz konusu hükümde yer alan ve bize göre de isabetli olan bu düzenlemeyle; teslim sonrası süreçte, talep edilen tarafın girilen kovuşturma sonucundan haberdar edilmesine yönelik bir uygulama tarzı benimsenmiş olmaktadır.

Sözleşmenin 47'nci maddesinde; geri verme ve geçici tutuklama usulünün talep edilen taraf kanununa tabi olacağı hüküm altına alınmıştır. Buna

⁴² Bu konuda bkz. Tunus Sözleşmesi, m.41.

göre, geri verme ve geçici tutuklama sürecini yönetecek yasal düzenleme talep edilen tarafın iç hukuku olacaktır. Bu düzenleme ile geçici tutuklamaya hangi adli makamca karar verileceği, tutuklamaya itirazın mümkün olup olmadığı ve mercii ile diğer başvuru yolları gibi hususlarda talep edilen devletin mevzuatı uygulama imkanı bulacaktır. Diğer taraftan, geri verme talebi hakkında nihai karar verilmesi sürecinde rolü olan talep edilen devlet adli ve idari makamlarının karara ulaşıncaya değin takip edecekleri usul, oynayacakları roller, bu süreçte talebe konu edilen kişinin haklarının nelerden ibaret olduğu, geri verme kararına karşı başvuru yolları gibi hususlar da talep edilen devlet hukukuna tabi olacaktır.

Sözleşmenin 48'inci maddesinde; geri verme taleplerinin yapılacağı dil konusu hükme bağlanmaktadır. Buna göre, geri verme talebine ve taleple birlikte tevdi olunacak belgelere, talep edilen taraf dilinde ve aslına uygun olduğu tasdik edilmiş tercümeleri de eklenecektir.

Sözleşmenin 49'uncu maddesinde; belirli nitelikleri haiz eşyanın talep eden tarafa tesliminin usul ve esasları düzenlenmektedir. Esasen suçluların geri verilmesinin ana konusunu daima suçlunun bizzat kendisinin teslimi teşkil edecektir. Ancak, ilgili kişiyle birlikte suçta kullanılan eşya, suç aletleri gibi suç delili olabilecek şeyler ve teslim edilen kişinin yedinde bulunan eşyalarının teslimi de gerekli olabilmekte ve bunların teslimi geri vermenin bütünlüğü açısından bir diğer önemli konuyu teşkil etmektedir⁴³. Bu nedenlerle ikili ve çok taraflı geri verme sözleşmelerinde klasik olarak eşya ve değer teslimine ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. İnceleme konumuzu teşkil eden Sözleşmede de bu kapsamda eşya teslimine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre, “*Suçun işlenişine ilişkin olanlar ile ceza soruşturma ve kovuşturması sırasında delil teşkil edebilecek diğer tüm eşyalar, Talep eden Tarafa söz konusu kişinin ölümü veya başka sebeplerle iadesi gerçekleştirilmese dahi, teslim edilecektir*”. Talep edilen taraf, başka bir ceza soruşturma ve kovuşturması için gerekli görülmesi halinde söz konusu eşyanın teslimini geçici olarak erteleyebilecektir. Teslim edilecek eşyalar üzerindeki üçüncü kişilerin hakları saklıdır. Ceza soruşturma ve kovuşturmasının sonuçlanmasını takiben bu

⁴³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.370. Taraf devletlere, Bakanlar Komitesinin tavsiye kararıyla (Recommendation No.R (96) 9) talep edilen devletin eşya ve değer teslimini kolaylaştırıcı önlemleri alması gerektiği tavsiye edilmiştir. Bkz. AK Yayını, Extradition: European Standarts, Strasbourg, 2006, s.48. Türk hukukunda, ne 765 sayılı mülga TCK madde 9'da ne de yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK madde 18'de geri vermede eşya teslimine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı sözleşmelere bakılacaktır. Dolayısıyla, eşya teslimi konusunda bu sözleşmelerde hüküm bulunması halinde, anılan hükümlerle kabul edilen düzenlemeler uygulanacaktır.

eşyalar, ilgililere teslim edilmek üzere talep edilen tarafa iade edilecektir. Öncelikle şu husus belirtilmelidir ki, maddede yer alan “*delil teşkil edebilecek eşyalar*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık olmakla birlikte, yine maddede yer alan “*suçun işlenişine ilişkin olanlar*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir⁴⁴. Diğer taraftan, Sözleşme tarafından eşya teslimine büyük önem atfedilmiş olup bu husus talebe konu kişinin ölümü veya başka sebeplerle geri verilmesi işlemi gerçekleştirilmese dahi anılan eşyaların teslim edileceğinin hükme bağlamasından anlaşılmaktadır. Şu hususu da belirtmek isteriz ki, yukarıya alıntılanan madde metninden de anlaşılacağı üzere, madde 49/1 hükmünü teşkil eden aynı cümle içinde önce “geri verme” ibaresi kullanılırken, yine aynı cümle içinde geri vermeden bahsedilirken “iade” teriminin kullanıldığı görülmekte ve Sözleşmedeki terminolojik uyumsuzluk bir kez daha kendini göstermektedir.

Sözleşmenin geri verme bölümünün son maddesini teşkil eden 50’nci maddesinde ise masraf konusu düzenlenmiştir. Maddeye göre, geri verme ve eşyaların teslimi ile ilgili olarak münhasıran talep edilen taraf ülkesinde yapılanlar dışındaki masraflar, talep eden tarafça karşılanacaktır. 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. Bunun dışındaki masraflar ise, talep eden devlete ait olacaktır. Dolayısıyla madde ile getirilen düzenlemeden, talep edilen taraf ülkesinde yapılan masrafların talep edilen devlet üzerinde bırakılacağı, bunun haricindeki masrafların ise talep eden devlet tarafından üstlenileceği anlaşılmaktadır.

⁴⁴ Bu konu SİDAS’ın 20’nci maddesinde kısmen farklı bir hükümle ele alınmıştır; “*Madde 20-Eşyanın Teslimi*

1) Kendisinden iade talep edilen Taraf talebeden Tarafın isteği üzerine aşağıdaki eşyayı mevzuatının müsaadesi nispetinde zapt edip teslim edecektir.

a) Delil teşkil edebilecek eşya, veya b) Suç neticesinde elde edilmiş olup tevkif anında talep edilen şahsın yedinde bulunan veya daha sonra meydana çıkan eşya,

2) İşbu maddenin 1 inci paragrafında, mevzu bahis eşyanın teslimi, şahsın ölümü veya kaçması sebebiyle kararlaştırılan iadenin yapılmaması halinde dahi ifa edilecektir.

3) Mevzu bahis eşyanın kendisinden iade talep edilen Taraf ülkesinde zabıt veya haczi mucip olması halinde işbu Taraf bunları, devam eden bir cezai takibatla alâkalı olarak, muvakkaten saklayabilir veya geri verilmesi şartıyla teslim edebilir.

4) Bununla beraber, kendisinden iade talep edilen Tarafın veya üçüncü Tarafların bu eşyalar üzerinde ihraz eyledikleri haklar mahfuzdur. Bu hakların mevcudiyeti halinde muhakeme sona erdikten sonra eşya mümkün olduğu kadar çabuk ve meccani olarak kendisinden talep edilen Tarafa iade edilecektir”.

Sözleşmenin geri vermeye ilişkin genel çerçevesini, Sözleşmenin ilgili bölümünde yer alan maddelerinin tamamını incelemek suretiyle ortaya koymuş bulunmaktayız. Çalışma kapsamında inceleme konusu yapılan kavram ve müesseseler, Sözleşme maddelerinde yer verilen ve geri vermeye ilişkin olan müesseseleri teşkil etmektedir. Buna karşılık, klasik geri vermeye ait olmak ve birçok sözleşmede yer almakla birlikte Türkiye-İran Sözleşmesinde kendisine yer bulamayan kurum ve kavramlara da burada kısaca değinmekte yarar bulunduğu düşüncesindeyiz. Öncelikle ikili geri verme sözleşmelerinin en yaygın kavramı olan ve neredeyse sözleşmelerin tamamında yer verilen “mali suç” kavramına Sözleşmede yer verilmediği görülmektedir. Sözleşmenin geri vermenin istisnalarını düzenleyen kısmında yer alabilecek olan bu kavrama Sözleşmede yer verilmemesinin bir unutmaya eseri mi olduğu yoksa bilinçli olarak mı böyle bir yol tutulduğu anlaşılamamaktadır. Özellikle AK Sözleşmelerinde yer alan açıklayıcı rapor benzeri bir metin de Sözleşmeye eklenmediğinden, bu konunun Sözleşme müzakerelerinde gündeme gelip gelmediğini de öğrenmek mümkün olmamaktadır. Bu nedenlerle, Sözleşmenin mali suç istisnasından bahsetmeyen lafzına sadık kalınarak bir yorum tarzı benimsenmesi gerektiği ve mali suçların kural olarak Sözleşme kapsamında geri vermeye tabi olduğu sonucuna ulaşmanın en uygun çözüm tarzı olacağı düşüncesini taşımaktayız⁴⁵.

Diğer taraftan, her ne kadar Sözleşmenin 35'inci maddesinde geri vermenin yapılamayacağı haller listelenmişse de söz konusu liste bazı konularda karşılaşılabilecek belirsizlikleri giderecek düzeyde ve tatmin edici bir ifadeye sahip bulunmamaktadır. Örneğin, geri verme konusu edilen suçun genel veya özel affa uğraması halinde geri vermenin akıbeti hakkında düzenleme Sözleşmede mevcut değildir. Bu konuda 35'inci maddede yer alan; “*Talep edilen Taraf iç mevzuatına göre geri verme talebi kabule şayan bulunmamakta veya karar zamanasını ya da kanunda öngörülen başka bir sebeple yerine getirilmeyecek ise*” ifadesinden kıyas yoluyla talep edilen taraf mevzuatına göre affın

⁴⁵ Konu SİDAS'ın 5'inci maddesinde ele alınmıştır. Söz konusu 5'inci maddeye göre; “*Vergi, resim, kambiyo ve gümrük mevzularında işbu sözleşmedeki şartlara tevfi kanun suçlarının idaresi, 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. Bu konuda ilginç bir örneğe ise Türkiye-Tunus Sözleşmesi'nde rastlamaktayız. Sözleşmenin 25'inci maddesinde; “*Harç, rüsum ve vergiler, gümrük ve kambiyo konularında*” yapılacak geri verme talebinin, ancak akit 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.

bir geri verme engeli olarak ileri sürülmesi mümkündür denilebilir. Buna karşılık, genel veya özel affın talep eden devlet bakımından sonuçlarının Sözleşme düzenleme konusu edilmediği kabul edilmelidir. Ayrıca geri verme hukukunun klasik sorunlarından biri olan, geri vermeye konu edilen fiilin, âkit taraflardan herhangi birinin mevzuatı uyarınca sadece mağdurun şikayeti üzerine kovuşturulabilir nitelikte bir suç teşkil ediyor olması halinde geri verme talebinin akıbetinin ne olacağı sorusu da Sözleşmede yanıtsız bırakılmıştır. Bu durumda, takibi şikayete bağlı suçlarda, geri vermenin söz konusu olup olmayacağı da belirsizdir. Dolayısıyla burada bir boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve bu boşluk uygulama ile doldurulmalıdır. Kanaatimizce burada iki olasılık söz konusu olabilir: birinci olasılıkta, yani talep edilen devlet mevzuatı uyarınca şikayete tabi olan bir suç, talep eden devlet mevzuatınca resen takip edilebiliyor ise o takdirde şikayet aranmayacaktır. Ancak aksi halde yani talep edilen devlette resen takip edilebilen bir suç, talep eden devlet mevzuatına göre şikayete bağlı ise bu takdirde şikayetin gerçekleşmiş olması aranacaktır.

Sözleşmenin hususilik kuralını düzenleyen 42'nci maddesinde, geri vermeye esas alınan suça ilişkin olarak talep eden devlette yapılan kovuşturmada “*suçun vasfının değişmesi*” halinde ne yapılacağı konusunda bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Oysa yargılanmak amacıyla geri verilen kişinin tesliminden sonra, yargılandığı suçun vasfının değişmesi her zaman mümkündür. Bize göre, böyle bir durumla karşılaşıldığında öncelikle şahıs hakkındaki yargılamaya devam olunabilmesi için suçun sahip olduğu yeni vasfı ile de geri verilebilir olması gerekmektedir. Dolayısıyla, suçun vasfı değiştirerek örneğin üst sınırı oniki aydan fazla olmayan bir cezayı gerektiren bir suç haline gelmesi halinde, bu suç inceleme konumuzu teşkil eden Sözleşme kapsamı dışında kaldığından şahıs hakkındaki yargılamaya devam olunamayacaktır. Burada diğer bir ihtimal ise, suçun vasfı değiştirerek yine geri verilmesi kabil olan ancak geri vermenin kabul edildiği suçtan daha ağır bir cezayı gerektiren bir suça dönüşmesidir. Bu halde nasıl bir işlem yapılacağı konusunda maddede bir açıklık yoktur. Burada Sözleşmenin lafzına bağlı bir yorum tarzı tercih edilerek madem suç temel unsurları itibarıyla geri verilebilir bir suçtur öyleyse bu kişi hakkında yargılamaya devam edilebilir denilebilir. Oysa, 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 vasfı değiştirilerek 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 vasfı değiştirilerek hırsızlık olduğunun anlaşılması halinde ise geri veren devletin ek muvafakatına ihtiyaç duyulmadan yargılamaya devam olunabilecektir.

B. Sözleşmenin Geri Vermeye İlişkin Bölümünün İnsan Hakları Güvenceleri Bakımından Değerlendirilmesi

Günümüzde insan hakları, dünyada yükselen değer olarak kabul edilmekte ve çeşitli ulusal ve uluslararası kurum ve mekanizmalarla teminat altına alınmaktadır. Devletler tarafından, AİHS’de öngörülen ve AİHM içtihatları ile hayata geçen adil yargılanma, kişi özgürlük ve güvenliği, işkence ve kötü muamele yasağı gibi standartların, artık geri verme sürecinin tüm aşamalarında etkin bir şekilde teminat altına alınması gerekmektedir. Bugün itibarıyla, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu Sözleşmeye taraf devletler bakımından AİHS’nin, geri vermenin -AİHM tarafından denetlenen- normatif kriterlerinden biri haline geldiği kabul edilmektedir.

Öte yandan Türkiye, AİHS’ye Ek Ölüm Cezasının Her Şartta Kaldırılmasına Dair 13 Nolu Protokolü onaylayarak, ölüm cezasının her durumda kaldırılması için gerekli adımı atmıştır⁴⁶. Anayasa madde 38’de de, 7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunla⁴⁷ yapılan değişiklikle, herhangi bir istisna öngörülmezsizin “ölüm cezası ..verilemez” hükmüne yer verilmiştir⁴⁸. Dolayısıyla hukukumuz bakımından ölüm cezası anayasadan tamamen çıkarılmıştır⁴⁹. Anayasada yapılan bu değişiklikten sonra, kanunlarda yer alan çeşitli suçlar karşılığında öngörülen ölüm cezaları, 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunla, “ağırlaştırılmış müebbet hapis” cezasına dönüştürülmüştür. 1

⁴⁶ 6/10/2005 tarihli ve 5409 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Şartta Kaldırılmasına Dair 13 Nolu Protokol”ün onaylanması, Dışişleri Bakanlığının 8/11/2005 tarihli ve AKGY/443621 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3’üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 17/11/2005 tarihinde kararlaştırılmıştır. Protokol Metni 13/12/2005 tarihli ve 26022 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁷ Resmi Gazete: 22/5/2004 tarihli ve 25469 sayılı.

⁴⁸ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.822.

⁴⁹ Hasan Tahsin FENDOĞLU/Bülent ARI/Selim ASLANTAŞ, AB Müktesebatına Uyum Reformları, Adalet Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2007, s.288.

Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da da ölüm cezasına bir yaptırım olarak yer verilmemiştir⁵⁰.

Buna karşılık, 5237 sayılı TCK'nın geri vermeyi düzenleyen hükmü olan 18'inci maddesinde, talep eden devlet kanunlarında talebin konusunu oluşturan suçun karşılığında ölüm cezasının öngörülmüş olması, bir geri verme engeli olarak gösterilmemiştir. Ayrıca genel olarak Türkiye'nin taraf olduğu ikili sözleşmelerde de ölüm cezasını gerektiren suçlar konusunda geri vermeyi engelleyen bir kural bulunmamaktadır⁵¹. İşte bu sözleşmelerden birisini de Türkiye-İran Sözleşmesi teşkil etmektedir. Her ne kadar Sözleşmenin zikredilen 35/1-c hükmünde; *“c-Talep edilen Taraf iç mevzuatına göre geri verme talebi kabule şayan bulunmamakta veya karar zamanaşımı ya da kanunda öngörülen başka bir sebeple yerine getirilmeyecek ise”* şeklinde genel bir geri verme engeli derpiş olunmuşsa da, bu engelin neleri kapsadığı belirsizdir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu düzenlemede insan haklarına ilişkin açık bir referans bulunmamaktadır. Bununla beraber, AK üyesi olmayan ve AİHS'ye de taraf bulunmayan İran tarafından yapılacak geri verme taleplerinde; geri verme talebi kapsamında insan hakları ihlali iddiası söz konusu olduğunda bu maddedeki engele dayanılması tek çare olarak akla gelmektedir. O halde, geri verme talebine konu edilen kişinin İran'da recm gibi fiziksel cezalara çarptırılma olasılığı bulunduğu veya adil olmayan yargılama sonucunda verilen bir mahkumiyete dayalı olarak geri verme talebi yapıldığı ya da geri verilmesi halinde işkence veya kötü muameleye uğrama riski bulunduğu iddiaları vaki olduğunda; anılan hükme bir geri verme engeli olarak başvurulması gerekecektir. Diğer bir deyişle, anlaşmanın anılan maddesindeki gibi ifade etmek gerekirse, böyle bir geri verme talebi; *“Türk iç mevzuatına göre geri verme talebi kabule şayan bulunmadığından”* reddedilecektir. Dolayısıyla idam cezası için diplomatik güvenceler alınacak, işkence ve kötü muamele iddiaları vaki olduğunda da bu iddiaların varit olup olmadığı gerek yerel mahkemece ve gerekse nihai onay makamı olan Bakanlar Kurulunca titizlikle gözönüne alınacak ve gerekli araştırma yapıldıktan sonra gerekirse geri verme talebinin reddine karar verilecektir.

Öte yandan, inceleme konusu yapılan Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce yani eski sözleşme⁵² dönemindeki uygulamada, herhangi

⁵⁰ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.822.

⁵¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s.107.

⁵² Bu Sözleşmenin tam adı; *“Türkiye Cumhuriyeti İle İran Devleti Şehinşahi Arasında İadei Mücrimin ve Cezai Mevadda Adli Müzaheret Muahedenamesi”*dir. Söz konusu Sözleşme

bir geri verme talebi kapsamında bu tür iddialar vaki olduğunda, buna ilişkin güvenceler içeren diplomatik taahhütler alınmasıyla konu halledilmekteydi⁵³. Buna karşılık, yakın tarihte akdedilen Sözleşmede, bu konudaki tereddütler giderilmeli ve daha somut normatif bir düzenleme yapılması yolu tercih edilmeliydi. Türkiye'deki mevcut hukuki duruma göre mevzuatında idam cezasını muhafaza etmekte olan İran'a gerekli taahhütler alınmadan yapılacak bir geri verme AİHS'nin ihlali sonucunu doğuracak ve AİHM tarafından ihlal kararı verilmesine yol açacaktır. Diğer taraftan, AİHM kararlarında da raporlarına zaman zaman atıf yapılan Uluslararası Af Örgütü tarafından 2011 yılına ilişkin olarak hazırlanan raporda, İran'da yalnızca 2011 yılında 360 idam cezasının infazının gerçekleştirildiği, tespit edilen infazlardan çok daha fazlasının da rakamlara yansıtılmadan ve kamuoyuyla paylaşılmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle, kesin rakamın sözü edilen rakamdan daha fazla olduğu ileri sürülmüştür. Anılan raporda ayrıca, söz konusu infazlardan en az üçünün, faillerinin 18 yaşının altında iken işledikleri suçlardan dolayı

14 Mart 1937 tarihinde Tahran'da imzalanmış, 7/6/1937 tarihli ve 3212 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Onaya ilişkin 3212 sayılı Kanun 21/6/1937 tarihli ve 3636 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵³ Türk hukuku bakımından, uygulamada da konu gündeme gelmiş ve Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 12/2/2007 tarihli ve 12962/853 E/K sayılı kararında tartışılmıştır; "*İran'a iadesi talep edilen A.A hakkında .TCK'nın 18/1-8 maddesi gereğince iadesine dair İstanbul 2.Ağır Ceza Mahkemesi kararının Yargıtay'ca incelenmesi...istenilmekle; TCK'nın 18/son, SİDAS 14 ve Türkiye Cumhuriyeti ile İran Devleti arasında suçlu iadesi anlaşmasının 4 üncü maddesi gereğince iade edilen şahsın, iadeden evvel ika ettiği ve iade kararına dayanak teşkil eden suçlardan başka bir fiilden dolayı yargılanamayacağı...nazara alınarak, iade eden devletin egemenlik hakkıyla ilgili bu kuralın işletilebilmesi için iade talepnameinde ve kararında iadeye konu edilen suçların ika edildikleri yer, zaman ve hukuki tavsiflerinin açıkça gösterilmesi gerektiği ve iade talebinde sanığın sadece yasal olmayan yollarla haktan para toplamak suretiyle dolandırıcılık ve sahte pasaport düzenleme suçlarını işlediği ve bu suçlardan dolayı takip altında bulunduğu bildirildiği halde, iade talebi ve ekindeki izahnamede yer almayan zimmet ve rüşvet suçlarından da iadesine karar verilmesi, ayrıca kararda dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarının işleniş biçimleri ve hukuki tavsiflerinin sarih ve iade sonrası yapılacak yargılamanın kapsamını belirleyecek şekilde gösterilmemesi, iadesi talep edilenin.....iadesi durumunda idam cezasına çarptırılacağı, işkence ve kötü muameleye maruz kalacağı"* yönündeki savunmasının reddine ilişkin nedenlerin yasal dayanağının karar yerinde açıklanmaması suretiyle CMK'nın 230 uncu maddesine muhalefet edilmesi,..TCK'nın 18/4-5 maddesiyle iade talebinin incelenmesi ve iade kararı verilmesi hususlarında yargı ve idari makamları ayrı ayrı görevlendirilerek karma iade sisteminin kabul edildiği, mahkemenin bu madde ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmelere göre iade talebinin kabul edilebilir olduğuna karar vermesinden sonra bu kararın yerine getirilip getirilmesinin Bakanlar Kurulunun takdirine bağlı olduğu nazara alınarak; tüm deliller toplandıktan sonra iade talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesiyle yetinilmesi yerine, doğrudan iadesine karar verilmesi..yolsuzdur". Bkz. Ahmet GÜNDEL, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.1, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2009, s.330.

verilen idam cezalarından kaynaklandığı kaydedilmiştir⁵⁴. Bu çerçevede, aynı zamanda BM Özel Raportörleri de olan insan hakları uzmanları tarafından da (*Ahmed Shaheed, Christof Heyns ve Juan E. Méndez*) İran'da gerçekleştirilen idam cezası infazları kınanırken, yargılama süreçlerinin şeffaflıktan yoksun olduğuna, adil yargılama konusunda ciddi kuşkuların bulunduğu dikkat çekilerek, idama mahkum edilen kişilerin, İran tarafından da 1975'te onaylanan, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde düzenlenen asgari adil yargılanma garantilerinden yararlandırılmaları gerektiği vurgulanmıştır. Raportörlerce, idam cezasının şayet uygulanması tercih edilmekte ise en ciddi suçlar için tatbik edilmesi gerektiği de kaydedilmiştir. Buna karşılık, söz konusu güvencelerin yerine getirilmediği her infazın ise keyfi infaz olacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra uzmanlarca 2012 yılının başından bu yana İran'da, en az 140 infazın gerçekleştirildiği ifade edilmiştir. Uzmanlara göre bunların çoğu, uluslararası hukuka göre çok ciddi suç (*most serious crimes*) teşkil etmediği değerlendirilen uyuşturucu suçları hakkında verilmiş idam cezalarından oluşmaktadır⁵⁵. Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'ye Ek 6 ve 13 No.lu Ek Protokoller hükümleri ve konuya ilişkin AİHM kararları gözönüne alındığında, mevzuatında idam cezasına yer veren bir ülkeye bu cezanın verilmeyeceği yahut verilmişse infaz edilmeyeceğine dair yeterli diplomatik güvence alınmadan bir kişinin geri verilmesi, Türk hukukuna göre mümkün bulunmamaktadır⁵⁶. Esasen böyle bir durumda, SİDAS'ın 11'inci maddesindeki düzenleme örnek alınarak bir uygulama geliştirilmekte⁵⁷ ve talep eden devletin, talep edilen devlet olarak Türkiye'ye,

⁵⁴ Bkz. Death Sentences and Executions 2011, s.7, 8; <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT50/001/2012/en/241a8301-05b4-41c0-bfd9-2fe72899cda4/act500012012en.pdf>; (Erişim: 23/10/2012).

⁵⁵ Söz konusu uzmanlar, bir ülkedeki genel insan hakları durumu veya belirli bir insan hakları konusu hakkında inceleme yapmak ve rapor sunmak üzere özel uzman atayabilen BM İnsan Hakları Komitesine rapor sunmaktadırlar. Bkz. UN Human Rights Experts Condemn Recent Execution in Iran; <http://www.Un.org/apps/news/story.asp?NewsID=42346&Cr=execution&Cr1>; (Erişim: 23/10/2012).

⁵⁶ Şu husus ta belirtilmelidir ki, AİHM tarafından diplomatik güvencenin bizatihi varlığı yeterli görülmemekte, verilen kararlarda bu güvencenin metninden çok pratik etki ve sonuçlarına bakılmaktadır. Özellikle 2008 yılından sonra AİHM'nin bu konuda istikrar kazanan içtihadına göre; mahkeme gönderilecek ülkenin insan hakları siciline büyük önem atfetmektedir. Ayrıca diplomatik güvence içeriğini de başvuru dosyasına bir örneğinin konulmasını isteyerek denetleyen mahkemece; diplomatik güvencenin çok kısa olması, esasa ilişkin içerikten yoksun olması ve hangi uluslararası anlaşmaların ya da hangi mekanizmaların geri verilecek kişinin haklarını garanti ettiğini açıkça belirtmemesi halinde diplomatik güvence yeterli olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Alice IZUMO, Diplomatic Assurances against Torture and Ill Treatment: European Court of Human Rights Jurisprudence, *Columbia Human Rights Law Review*, C.42, Sayı:1, 2010, (ss.233-277), s.235, 254, 257.

⁵⁷ Konu Yargıtay'ın önüne gelmiş ve idam cezasının infaz edilmeyeceği konusunda ABD'den

ölüm cezasının verilmeyeceği, verilmiş bir ceza bulunmaktaysa kesin olarak infaz edilmeyeceğine ilişkin güvence vermesi halinde -ve diğer geri verme koşullarını taşımakta ise- talep kabul edilebilmektedir⁵⁸.

İnceleme konusu yapılan Sözleşme de bir kez daha göstermektedir ki bundan böyle yapılacak ikili geri verme sözleşmelerinde; açık insan hakları atfı ve teminatları içeren düzenlemelere yer verilmesi tavsiyeye şayan görünmektedir⁵⁹. Bu tarz bir düzenlemenin benimsenmesi, Türkiye'nin SİDAS, ikili sözleşmeler ve AİHS çerçevesinde şekillenen genel geri verme hukukunun tutarlı ve yeknesak bir görünüm arz etmesini sağlayacak ve uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla böyle açık bir referansın varlığı sayesinde uygulayıcılar, geri verme bağlamında gündeme gelebilecek insan hakları ihlali iddiaları karşısında, geri verme talebinin reddi bakımından açık bir hukuki dayanağa kavuşmuş olacaklardır. Böyle bir düzenleme, olası diplomatik ihtilafların da daha baştan önüne geçilmesini sağlayacak ve uluslararası ilişkilerde Türkiye'nin elini güçlendirecektir.

C.Sözleşmenin Dili

Çalışmamızda inceleme konusu yapılan ve Türkiye ile İran arasında adli işbirliğine esas teşkil eden önemli bir belge olan *“Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli*

yeterli teminat alınması suretiyle mesele halledilmiştir. Yargıtay 1.Ceza Dairesinin 20/4/2007 tarihli ve 7407/3049 sayılı kararında; “...ABD ve Irak'ın çifte vatandaşı olan şüpheli Fraydun A.K.'nin, Kaliforniya Eyaleti'nde bir kişiyi öldürüp, üç kişiyi öldürmeye teşebbüs ederek kaçtığından bahisle, İstanbul'da yakalandığı, ABD'nin, geri verme amacıyla tutuklanmasını talep ettiği, bu istem üzerine adı geçenin geçici olarak tutuklanmasına karar verildiği... hakkında idam cezasının uygulanmayacağına ilişkin teminat verilen Fraydun A.K.'nin 5237 sayılı yasanın 18/b ve 18/5 maddeleri uyarınca iade talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, Fraydun A.K., müdafinin temyiz itirazlarının bu nedenlerle reddiyle, Bakırköy 4.Ağır Ceza Mahkemesinin ... kararının tebliğnamedeki düşünce gibi (ONANMASINA)”. Bkz. GÜNDEL, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.1, s.327.

⁵⁸ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.822; SİDAS'ın söz konusu 11'inci maddesi; “Talep eden tarafın kanununda iade talebine sebep olan fiilin ölüm cezasını müstelzim olmasına mukabil, kendisinden iade talep edilen tarafın mevzuatında ölüm cezasının bulunmaması veya bu memlekette işler cezanın umumiyetle tatbik edilmemesi halinde ancak talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen tarafa kâfi teminat verdiği takdirde iade yapılabilir.” şeklindedir.

⁵⁹ İdam cezası konusu, ABD ve Birleşik Krallık arasında 31/3/2003 tarihinde Washington'da imzalanan ve onay belgelerinin tevdiini müteakip 26/4/2007 tarihinde yürürlüğe giren “Geri Verme Sözleşmesi”nin 7'nci maddesinde “idam cezası” başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, talep eden devlet hukukuna göre idam cezasını gerektiren bir suçtan dolayı geri verme talebi söz konusu olduğunda, mevzuatında idam cezası bulunmayan talep edilen devlet, idam cezası verilmeyeceği veya verilmişse infaz edilmeyeceği yönünde bir güvence vermediği takdirde geri verme talebini reddedebilecektir. Bkz. <http://www.statewatch.org/news/2007/jun/uk-usa-extradition-treaty.pdf> ; (Erişim: 13/11/2012).

İşbirliği Anlaşması” 5237 sayılı yeni TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra imzalanmış bir Sözleşmedir. Dolayısıyla, Sözleşmenin akdi tarihinde geri vermeyle ilgili iç hukuk düzenlemesi 5237 sayılı TCK’da yer almaktadır. 5237 sayılı TCK’nın konuyu düzenleyen 18’inci maddesinde ise suçluların geri verilmesi konusuna ilişkin olarak “geri verme” terimi kullanılmıştır. Buna göre, Sözleşmenin hiç olmazsa imzası tarihinde yürürlükte olan 5237 sayılı TCK ile terminolojik uyuma sahip olması beklenirdi. Ne var ki, açıklanan Sözleşme hükümlerinden de görüldüğü üzere aynı Sözleşmede hem “geri verme” hem “iade” terimlerine bir arada yer verilmiştir⁶⁰.

⁶⁰ İran Sözleşmesinde görülen terminolojik uyumsuzluk olgusu Türkiye’nin taraf olduğu diğer ikili sözleşmelerde de kendisini göstermektedir. Diğer bir deyişle, 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, hatta bazen aynı sözleşme içinde dahi terminoloji birliği bulunmadığı görülmektedir. Bu konuda burada örnek kabilinden olmak üzere burada Irak, Umman ve ABD Sözleşmeleri zikredilmiştir. Buna göre, 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; Bakanlar Kurulunca 8/6/1992 tarihinde kararlaştırılmış, Sözleşme metni 2/8/1992 tarihli ve 21303 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşmenin 43 ila 61’inci maddeleri arasında “*Suçluların İadesi*” başlığı altında suçluların geri verilmesi konusu düzenlenmiştir. Sözleşmede geri verme konusundaki terminolojik tercihin “iade” teriminin kullanılması yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Yine 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; Bakanlar Kurulunca 30/4/2010 tarihinde kararlaştırılmış, Sözleşme metni 22/5/2010 tarihli ve 27588 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşmenin 34 ila 48’inci maddeleri arasında “*suçluların iadesi*” konusu düzenlenmiştir. Bu çerçevede 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonra imzalanan Sözleşmenin “*Suçluların İadesi*” başlığı ile başlayan bölümünde, başlığından da anlaşılacağı üzere, suçluların geri verilmesi konusunda “iade” teriminin kullanılmasının tercih edildiği anlaşılmaktadır. Son olarak zikredilecek sözleşme olan ve 7 Haziran 1979 tarihinde Ankara’da imzalanan “*Türkiye ile ABD Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Antlaşması*”nin onaylanması, 8/10/1980 tarihli ve 2312 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Sözleşme metni 20/11/1980 tarihli ve 17166 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşmeye bakıldığında, adı ve ilgili bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere bu konudaki terminolojik tercihin –Sözleşme 1982 Anayasasının kabulünden önce imzalanmış olmakla beraber- “*suçluların geri verilmesi*” şeklinde olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme hakkında ilave bilgi için bkz. Süheyl DONAY, Türkiye ile ABD Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım ve Ceza Yargılarının Yerine Getirilmesine İlişkin Anlaşmalar, MHB, Sayı:1, 1981, (ss.9-12). Bu duruma Adalet Bakanlığının konuya ilişkin 69/4 Nolu Genelgesinde de rastlanmakta 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; <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/69-4%20Nolu%20Genelge.pdf>; (Erişim: 9/12/2012). Bu konuda mevzuatımızda genel olarak yaşanan sıkıntılara çözüm önerisi olarak Şeref İBA tarafından, “*Süreçte yer alan tüm aktörler bakımından hukuken*

Sözleşmede göze çarpan ve eleştiri konusu yapılması gereken bir diğer husus ise Sözleşme genelinde; aynı konuya ilişkin eski ve yeni kelimelerin bir arada kullanılmış olmasıdır. Bu konuda Sözleşmeden bazı örnekler vermek gerekirse; Sözleşmenin genelinde talep kavramı “talep” kelimesi ile ifade edilmişken, madde 39/2’de talepten bahsedilirken “geçici tutuklama istemi” kelimesi kullanılmış, buna karşılık aynı madde 39/3 hükmünde ise yeniden talep kelimesine dönmüş ve “geçici tutuklama talebi” denilerek aynı madde içinde kavram karmaşası yaratılmıştır. Yine madde 39/2’de “imkan”dan bahsedilirken “olanak” ifadesi kullanılmış iken 41’inci maddede bu defa tekrar “imkan” kelimesi kullanılmıştır. Yine Sözleşmenin 42/2-a hükmünde, sözlük karşılığı; “*bir amaca erişmek için izlenen düzenli yol, tutulan yol, yöntem*” olan “usul” kelimesi tercih edilmişken, bu defa Sözleşmenin 47’inci maddesinde ise aynı konuda “prosedür” kelimesi kullanılmıştır. Bu örneklerden de görüldüğü üzere, Sözleşmenin inceleme konusu yapılan geri vermeye ilişkin bölümünde yer alan kelime ve kavramların seçimlerinde ve kullanımlarında bir yeknesaklık bulunmamaktadır⁶¹.

Öte yandan, incelenen Sözleşmenin geri vermeye ilişkin bölümünde tespit edilen ve Türk hukukunda genel olarak kanuni düzenlemelerde de sıklıkla karşılaşılan bu terminolojik tutarsızlıklar, hukuki karmaşaya yol açtığı gibi yapılan düzenlemelerin kalitesini de düşürmektedir. Esasen bu durum genel olarak “*kanun yazımı sanatındaki*” yetersizliğin de bir işareti olarak kabul edilmektedir⁶².

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. Şeref İBA, Kanun Metninin Hazırlanması ve Cumhurbaşkanlığına Gönderme Süreci, Kanun Yapım Süreci Sempozyumu, 17/1/2011, (Ed: İrfan Neziroğlu ve Fahri Bakırcı), (ss.179-184), s.183; Benzer eleştiri ve öneriler için bkz.Hüsnü MERDANOĞLU, Hukuk Metinlerimizin Sorunları ve Çözüm Yolları, Amme İdaresi Dergisi, C.27, Sayı:1, Mart 1994, (ss.107-127); Nahit YÜKSEL, Yasama Sürecinin Söylem Sorunları (5018 Sayılı Yasaya Eleştirel Bakış Denemesi)”, Bütçe Dünyası, Sayı:25, C.2, 2007, (ss.16-27); Bülent DAVER, Kanunla İlgili Meseleler, AÜSBF Dergisi, C.16, Sayı:4, 1961, (ss.217-246); Servet ARMAĞAN, Türkiye’nin Anayasa Deneyimleri ve Yeni Anayasanın Dili, Dil ve Edebiyat, Nisan 2012, (ss.16-21); Hamza ZÜLFİKAR, Anayasa Dili ve Bir Dönemin Tartışmaları, Dil ve Edebiyat, Nisan-2012, (ss.22-26).

⁶¹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> ; (Erişim: 3/10/2012).

⁶² SELÇUK, Önce Dil, Truva Yayınları, İstanbul, 2009, s. 108. İlave bilgi için bkz. Rona AYBAY, Kamusal Uluslararası Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, 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 olarak da ifade edilebilecek geri verme müessesesi, uluslararası adli yardımlaşma çerçevesinde giderek önem kazanmakta, konu gerek ülkeleri gerekse uluslararası toplumu daha fazla meşgul etmektedir. Bununla beraber, Türk hukukunda bu konudaki düzenlemelerin derli toplu bir görünüm arz ettiğini söylemek güçtür. Suçluların geri verilmesi müessesesi, tüm karmaşıklığı ve zaman içinde değişen ihtiyaçlarına karşılık, geçmişte olduğu gibi 5237 sayılı yeni TCK döneminde de yine bir maddeyle düzenlenmiştir.

Uluslararası alanda ise, suç ve suçlularla mücadelede uluslararası işbirliği kural olarak sözleşmelerle gerçekleşmektedir. Türkiye de bu çerçevede suçluların geri verilmesiyle ilgili çok sayıda ikili ve çok taraflı sözleşmeye taraf olmuştur. Buna karşılık, söz konusu sözleşmelerin Türkçe nüshalarında, suçluların geri verilmesi konusunda bir terim birliğinin bulunduğunu söylemek güçtür. Bu 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.

Diğer taraftan, günümüzde insan hakları, dünyada yükselen değer olarak kabul edilmekte ve çeşitli ulusal ve uluslararası kurum ve mekanizmalarla teminat altına alınmaktadır. Devletler tarafından, AİHS’de öngörülen ve AİHM içtihatları ile hayata geçen adil yargılanma, kişi özgürlük ve güvenliği, işkence ve kötü muamele yasağı gibi standartların, artık geri verme sürecinin tüm aşamalarında etkin bir şekilde teminat altına alınması gerekmektedir. Bugün itibarıyla, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu Sözleşmeye taraf devletler bakımından AİHS’nin, geri vermenin -AİHM tarafından denetlenen-normatif kriterlerinden biri haline geldiği kabul edilmektedir.

Türkiye tarafından akdedilen ikili geri verme sözleşmelerinde ise, insan hakları konusunda başta AİHS ve eki protokolleri olmak üzere AK hukuku yükümlülüklerine uygun açık normatif düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir. Buna karşılık, söz konusu eksikliğin giderilmesi ve insan hakları konusunda açık normatif düzenlemelere yer verilmesi, insan hakları konusunda yeknesak bir dilin sözleşmelere hakim olmasını sağlayacak ve muhtemel uygulama farklılıkları ve tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Ayrıca

bu sayede geri verme uygulaması bakımından AİHM önünde insan hakları ihlali iddiaları ve muhtemel ihlal kararlarının da daha baştan önüne geçilmiş olacaktır. Dolayısıyla, incelenen Sözleşme özelinde gündeme gelen ve genel olarak Türkiye'nin taraf olduğu ikili sözleşmelerde görülen bu eksikliğin önümüzdeki dönemde akdedilecek yeni ikili sözleşmelerde giderilmesi ve sözleşmelerde insan haklarına ilişkin açık atfa yer verilmesi tavsiyeye şayan görülmektedir.

Geri vermeye ilişkin düzenlemeler içeren metinlerde duyulan terminoloji birliği ihtiyacının giderilmesi ise, ancak müesseseye ilişkin kanuni çerçeveyi oluşturacak müstakil bir geri verme kanununun çıkarılması ile mümkün olacaktır. Ayrıca incelenen emsal ülkelerde olduğu gibi geri vermeye ilişkin genel hükümler getirmenin yanı sıra insan hakları teminatlarına da yer veren böyle bir kanuni düzenleme, konunun insan hakları çerçevesinin de sağlıklı bir şekilde çizilmesini sağlayacak ve imzalanacak ikili sözleşmeler için de açık bir referans kaynağı olacaktır. Bu konuda uygulayıcılara yol gösterecek böyle bir kanunun çıkarılmasının yanı sıra geri verme konusunda hüküm ihtiva eden uluslararası sözleşmelerin hazırlık ve onay aşamalarından sorumlu makamların, sözleşme taslakları ile Türkçe nüshalarının oluşturulması aşamalarında, konunun taraflarıyla daha sıkı işbirliği içinde çalışmaları, başta terminoloji birliği olmak üzere karşılaşılan diğer sorunların da üstesinden gelinmesine imkan sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert**; The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, AK Yayını, Strasbourg/Fransa, 2008.
- ARMAĞAN, Servet**; Türkiye'nin Anayasa Deneyimleri ve Yeni Anayasanın Dili, Dil ve Edebiyat, Nisan 2012, ss.16-21.
- 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 Assistance, Extradition and Recovery of Proceeds of Corruption in Asia and the Pacific, Thematic Review-Final Report, 2007.

- AYBAY, Rona**; Kamusal Uluslararası Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- 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, ss.217-246.
- DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla**; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Şen Matbaa, Ankara, 2012.
- 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, ss.9-12.
- DUGARD, John/WYNGAERT, Christine Van den**; Reconciling Extradition with Human Rights, American Journal of International Law, C.92, No:2, 1998, ss.187-212.
- EM, Ali**; Kanunların ve İdari düzenleyici Tasarrufların Yapım Tekniği, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- ERGÜL, Ergin**; Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- ERSOY, Yüksel**; Onuncu Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi, AÜSBF Dergisi, C.24, 1969, ss.295-305.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin/ARI, Bülent/ASLANTAŞ, Selim**; AB Müktesebatına Uyum Reformları, Adalet Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2007.
- 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, ss.55-110.
- GÜNDEL, Ahmet**; Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.1, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2009.
- IZUMO, Alice**; Diplomatik Assurances Against Torture and Ill Treatment:

European Court of Human Rights Jurisprudence, Columbia Human Rights Law Review, C.42, Sayı:1, Fall-2010, ss.233-277.

İBA, Şeref; Kanun Metninin Hazırlanması ve Cumhurbaşkanlığına Gönderme Süreci, in Kanun Yapım Süreci Sempozyumu, 17/1/2011, (Ed: İrfan Neziroğlu ve Fahri Bakırcı), ss.179-184.

İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1.Kitap, Beta, İstanbul, 2005.

De LANGE, Roel; The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights (Kasım 2, 2009), Erasmus Law Review, C.1, No.1, 2007, ss.3-24.

LANGFORD, Peter; Extradition and Fundamental Rights: the Perspective of the European Court of Human Rights, The International Journal of Human Rights, C.13, Sayı:4, Eylül-2009, ss.512-529.

MARMO, Marinella; The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights-A Political Battle, Maastricht Journal of European and Comparative Law, C.15, No:2, 2008, ss.235-258.

MERDANOĞLU, Hüsnü; Hukuk Metinlerimizin Sorunları ve Çözüm Yolları, Amme İdaresi Dergisi, C.27, Sayı:1, 1994, ss.107-127.

NAL, Sabahattin; AİHS Çerçevesinde İşkence ve İnsanlıkdışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza, MHB, Yıl:1999-2000, C.19, Sayı:1-2, 2001, ss.529-554.

NAL, Sabahattin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Etkisi, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan, C.28, Sayı:1-2, 2002, ss.214-232.

O'BOYLE, Michael; Practice and Procedure Under the European Convention on Human Rights, Santa Clara Law Review, C.20, Sayı:3, Summer-1980, ss.697-732.

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 Yayınevi, Ankara, 2008.

- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M.Ruhan;** Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- PONCET, Dominique/HART, Paul Gully;** Extradition: The European Model, New York, 1986.
- POYNOR, Bryony;** Mamatkulov and Askarov v.Turkey: The Relevance of Article 6 to Extradition Proceedings, E.H.R.L.R, Sayı:4, 2005, ss.409-418.
- REİSOĞLU, Safa;** Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta, İstanbul, 2001.
- SCHABAS, William;** Indirect Abolition: Capital Punishment's Role in Extradition Law and Practice, The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, C.25, 2003, ss.581-604.
- SELÇUK, Sami;** Önce Dil, Truva Yayınları, İstanbul, 2009.
- SINAR, Hasan;** Siyasal Suç Üzerine Bir İnceleme, İÜHFM, C.LVIII, Sayı:1-2, ss.53-77.
- SITARPOULOS, Nicholas;** The Role And Limits of The European Court Of Human Rights In Supervising State Security And Anti-Terrorism Measures Affecting Aliens' Rights, in: Terrorism and the Foreigner: a decade of tension around the rule of law in Europe,(Ed: Elspeth Guild and Anneliese Baldaccini), Leiden, Brill, 2007, ss.85-120.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M.Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2004.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M.Ruhan/ÖNOK, R.Murat;** Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- TURHAN, Faruk;** Alman Suçluların İadesi Hukukunun Esasları, SÜHFD, C.11, Sayı:3-4, 2003, ss.74-113.
- ÜNVER, Yener;** Uluslararası Normlar Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi ve Türkiye, Anayasa Yargısı Dergisi, C.17, 2000, ss.410-436.
- WARBRICK, Colin;** Recent Developments in UK Extradition Law, International and Comparative Law Quarterly, C.56, Sayı:1, 2007, ss.199-208.
- YENİSEY, Feridun;** Yurtdışında İşlenen Suçlar, MHB, Sayı:1, 1986, ss.21-

23.

YENİSEY, Feridun (Ed); Ceza Hukukuna Giriş, Alman Ceza Hukuku, Kusura İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

YILMAZ, Alia; Individual Rights in the European Extradition Procedure, Cenevre Üniversitesi, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tez No:506, Cenevre, 1993.

YÜKSEL, Nahit; Yasama Sürecinin Söylem Sorunları (5018 Sayılı Yasaya Eleştirel Bakış Denemesi)", Bütçe Dünyası, C.2, Sayı: 25, 2007, ss.16-27.

ZAGARIS, Bruce; Procedural Safeguards and Evidentiary Requirements, International Review of Penal Law, Sayı:62, 1991, ss.75-77.

ZÜLFİKAR, Hamza; Anayasa Dili ve Bir Dönemin Tartışmaları, Dil ve Edebiyat, Nisan-2012, ss.22-26.

İNTERNET KAYNAKLARI

UN Human Rights Experts Condemn Recent Execution in Iran; <http://www.Un.org/apps/news/story.asp?NewsID=42346&Cr=execution&Cr1>; Erişim: 23/10/2012.

<http://www.statewatch.org/news/2007/jun/uk-usa-extradition-treaty.pdf>; Erişim:13/11/2012.

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>; Erişim: 3/10/2012.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=024&CM=8&DF=12/11/2012&CL=ENG>; Erişim:12/11/2012.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss613.pdf>; Erişim: 27/9/2012.

Extradition Act 1988; <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00683>; Erişim: 19/10/2012.

Death Sentences and Executions 2011;<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT50/001/2012/en/241a8301-05b4-41c0-bfd9-2fe72899cda4/act500012012en.pdf>; Erişim:23/10/2012.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/pdfs/ukpgaen20030041en.pdf>;Erişim: 11/11/2012.

- <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtrights/156/15605.htm> ; Erişim: 3/10/2012;
- <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-23.01/>; Erişim: 21/10/2012.
- <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47.html> ;Erişim: 3/10/2012;
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=190&CM=8&DF=10/11/2012&CL=ENG> ; Erişim:10/11/2012.
- European Convention on Extradition; <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm> ; Erişim: 30/3/2012.
- <http://www.echr.coe.int/ECHR/homepageen> ; Erişim: 11/11/2012.
- <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r116.htm> ; Erişim: 3/10/2012.
- International Covenant on Civil and Political Rights; http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTS&tabid=2&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#Participants ; Erişim: 20/10/2012.
- <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtrights/156/15605.htm>; Erişim: 3/10/2012.
- Adalet Bakanlığının 16/11/2011 tarihli ve B.03.0. UİG.0.00.00.06/010.06.02/7-4 sayılı Genelgesi; <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/69-4%20Nolu%20Genelge.pdf> ; Erişim: 9/12/2012.

**6384 SAYILI AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE
YAPILMIŞ BAZI BAŞVURULARIN TAZMİNAT ÖDENMEK
SURETİYLE ÇÖZÜMÜNE DAİR KANUN:
İNSAN HAKLARI İHLALLERİNİN ÇÖZÜMÜNE DAİR
FARKLI BİR YAKLAŞIM**

Zeki YILDIRIM*

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) Türkiye aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle (AİHS) güvence altına alınan hakların ihlal edildiği iddiasıyla her yıl, binlerce başvuru yapılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisini kabul eden bir ülke olan Türkiye’de bu sorunun çözümü için, AİHM’ye yapılmış başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözüme kavuşturulabilmesi amacıyla, 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun TBMM’de kabul edilmiş ve 19/1/2013 tarih ve 28533 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu makalede Türk hukuk sistemine getirilen bu yeni düzenlemeyle kurulan müessesenin esas ve usulleri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Makul sürede yargılanma hakkı, Ümmühan Kaplan/Türkiye Kararı, Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümü, Tazminat Komisyonu, Komisyonun çalışma esas ve usulleri, Tazminatın ödenmesi.*

***The LAW (Law No: 6384) on SETTLEMENT OF SOME APPLICATIONS
FILED BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS VIA
PAYMENT OF COMPENSATION:***

***A DIFFERENT APPROACH FOR SETTLEMENT OF HUMAN RIGHTS
VIOLATIONS***

ABSTRACT

Hundreds of thousands applications are filed against Turkey ever year before the European Court of Human Rights (ECtHR) for the alleged violation of the rights safeguarded under the European Convention on Human Rights (ECTHR).

* Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yrd.

Turkey, as a country which recognized the jurisdiction of the ECtHR, adopted the “Law (Law No: 6384) Settlement of Some Applications Filed before the ECHR via Payment of Compensation” in order to resolve the human rights – related problems within the domestic law by paying compensation for the applications made before the ECHR. This law was made public in the Official Gazette Dated 19 January 2013 and Numbered 28533.

This article examines the working principles and procedures of the institution set up by this new law introduced into the Turkish legal order.

Keywords: *European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, the right to be tried within a reasonable time, Ummuhan Kaplan v. Turkey, Settlement of Applications via Payment of Compensation, Compensation Commission, the working principles and procedures of the Commission, Payment of compensation.*

I-GİRİŞ

Yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmaması sorunu, Anayasanın 141. maddesinde düzenlenen “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevi” olduğunun vurgulanmasına rağmen ülkemizin yargısal alandaki en önemli sorunlarından biri olmaya halen devam etmektedir. Son yıllarda bu sorunun ve yargı alanındaki diğer önemli sorunların çözümüne yönelik 2009 yılında Adalet Bakanlığının hazırlamış olduğu ve Bakanlar Kurulunda görüşülen, 2012 yılında ise günün şartları ve ihtiyaçlarına göre güncellenen Yargı Reformu Strateji Belgesi benimsenerek uygulamaya konulmuştur.¹ Bu belgenin amaçlarından birisi de yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmasıdır. Bu sorun ve yargının diğer alanlarındaki önemli sorunların çözümüne yönelik yargının hızlandırılması, etkinlik ve verimliliğinin artırılması amacıyla kamuoyunda yargı paketleri olarak bilinen 3 adet paketle çeşitli kanunlarda değişiklik öngören bir kısım düzenlemeler TBMM’de kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir.²

Yargı sistemimize ilişkin bu önemli sorun nedeniyle mağdur olan, başka bir deyişle tarafı oldukları davaların yargılamaları makul sürede sonuçlandırılmayan kişiler, mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla Avrupa

¹ Avrupa Birliği müzakereleri sürecinde 13 Ekim 2006 tarihinde sonuçlanan 23. Fasıl karşılıklı mevzuat tarama toplantıları neticesinde, Avrupa Komisyonu tarafından Türkiye’de bir yargı reformu stratejisi ihtiyacı ve önerisi neticesinde yargıyla ilgili tüm aktörlerin katılımıyla Adalet Bakanlığı tarafından 2009 yılında hazırlanmış ve Bakanlar Kuruluna ve Avrupa Komisyonuna sunulmuştur. http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs/Yargı_Reformu_Stratejisi.pdf, Erişim Tarihi:20/01/2013.

² Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları, s. 2.

İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan “makul sürede yargılanma hakkı”nın ihlal edildiği iddiasıyla başvurumaktadırlar. Yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmamasına ilişkin AİHM’ye yapılan başvuruların sayısının 2012’nin sonu itibarıyla 3500’ü aştığını görmekteyiz. Yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle AİHM’de 1959-2010 yılları arasında 440 adet dava ülkemiz aleyhine sonuçlanmıştır.³

AİHM, 16/7/2009 tarihinde verdiği “Daneshpayeh/Türkiye” kararında⁴, başvuruya konu davanın makul sürede sonuçlandırılmadığını belirttiikten sonra, ülkemizde uzun yargılama iddiaları konusunda başvurulabilecek etkin bir iç hukuk yolu bulunmadığını vurgulamış ve böyle bir iç hukuk yolunun kurulmasını önermiştir. Daha sonra AİHM, uzun yargılama iddiasıyla yapılan “Kaplan/Türkiye”⁵ başvurusunu pilot dava⁶ seçerek, 20/3/2012 tarihinde karara bağlamıştır. Bu kararda AİHM, AİHS’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi kapsamında, Türkiye’de yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığını başka bir ifadeyle uzun yargılamaya ilişkin ihlallerin yıllardır devam ettiğini, bu nedenle konunun iç hukukta yapısal ve sistematik bir problem oluşturduğunu, konuya ilişkin önünde bulunan çok sayıda davanın askıda olduğunu, bu sebeple pilot karar prosedürünü uygulayacağını belirtmiştir. Kararda ayrıca, “Daneshpayeh/Türkiye” kararına da atıf yapan AİHM, kararda tespit edilen yapısal sorunların çözümü için oluşturulacak iç hukuk yoluyla ilgili ilkeleri de belirlemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisini kabul eden bir ülke olan Türkiye, insan haklarına saygının gereği, insan hakları konusunda ortaya çıkan aksaklıkların kendi iç hukukumuzda çözülmesi ve Mahkemenin “Ümmühan Kaplan/Türkiye” kararının gereğinin yerine getirilebilmesi ve AİHM’ye yapılmış başvuruların

³ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2010.html>. Erişim Tarihi;15/01/2013.

⁴ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/daneshpayeh.pdf>. Erişim Tarihi;15/01/2013.

⁵ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ummuhhan.pdf>. Erişim Tarihi.15/01/2013.

⁶ AİHM, kendisine yapılan başvurulardaki benzer nitelikteki çok sayıdaki davada, aleyhine başvuru yapılan devlette insan hakları ihlaline yol açan sistematik ve yapısal bir sorunun varlığını tespit ettiğinde, pilot karar uygulanmaktadır. Pilot karara konu yapısal sorunu çözmek için ilgili devlete belli bir süre veren AİHM, bu süre zarfında beklemeye aldığı başvuruları incelememekte ve ilgili devletten konuyu iç hukukunda çözüme kavuşturacak bir düzenleme yapmasını beklemektedir.

tazminat ödenmek suretiyle çözüme kavuşturulabilmesi amacıyla⁷ Tasarı hazırlanmıştır. Tasarı 9/1/2013 tarihinde TBMM’de kabul edilerek, 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun olarak, 19/1/2013 tarih ve 28533 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Çalışmamızda, Türk hukuk sistemine getirilen bu yeni düzenlemeyle kurulan müessesenin esas ve usulleri incelenerek açıklanacaktır.

II-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRKİYE

Avrupa Konseyi 1949 yılında 10 Avrupa Devleti tarafından kurulmuştur.⁸ Türkiye kurucu üye olarak aynı yıl bu statüye taraf olmuştur. Avrupa Konseyi tarafından ilk olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kabul edilmiş ve etkin bir denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın ilk yargıçlarını seçerek çalışmaya başlamıştır. Türkiye Sözleşmenin yazım aşamasında yer alan 10 kurucu devletten biri olarak 1954 yılında Sözleşmeyi onaylayarak taraf olmuştur.⁹

Sözleşme ilk haliyle kalmamış, sürekli yenilenmiş ve geliştirilmiştir. Sözleşme’ye 1998 yılında eklenen 11 numaralı Ek Protokol ile yapılan temel değişiklik sonucu denetim sistemi baştan aşağı değiştirilmiş ve Komisyon ve Mahkeme ayrımı kaldırılarak, daimi çalışan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Yine 11 numaralı Ek Protokolle seçimlik olan bireysel başvuru hakkı, zorunlu hale getirilmiştir. Bu değişiklik ile birlikte AİHM’ye yapılan başvurularda çok büyük artışlar olmuş ve mahkemenin iş yükü kısa bir sürede büyük oranda artmıştır. Türkiye Mahkemeye bireysel başvuru hakkını 1987 yılında kabul etmiş ve 1990 yılında da o tarihte seçimlik olan Divan’ın zorunlu yargı yetkisini tanımıştır.

Türkiye, AİHM’ye bireysel başvuru hakkını kabul ettiği 1987’den ve özellikle 1998’de 11 Nolu Ek Protokolün getirdiği değişiklikten itibaren aleyhine en fazla sayıda başvuru yapılan ülkeler arasında Rusya’dan sonra ikinci ülke durumundadır. Ayrıca, 47 Avrupa Konseyi ülkesi arasında hakkında en çok ihlal kararı verilen ülke de Türkiye’dir.

⁷ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları. s. 8. Kanun, vatandaşlarımızın Strasbourg’da hak arama zahmetine girmemeleri ve aynı zamanda Ankara’da onlarla barışmanın bir yolu olması amacını taşıdığı ifade edilmiştir. Bkz. Taraf Gazetesi, Vatan Gazetesi, Birgün Gazetesi 11/01/2013.

⁸ Konseye şu anda 47 devlet üyedir. <http://www.coe.int/aboutCoe/index>. Erişim Tarihi;17/01/2013.

⁹ Türkiye Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır.

Ülkemizin AİHM karşısındaki mevcut durumunu daha iyi anlamak için istatistiklere göz atmakta yarar vardır. 30 Eylül 2012 itibarıyla ülkemize karşı yapılan ve AİHM önünde derdest bulunan başvuru sayısı 16.850 olup, bu sayı AİHM'ye toplam yapılan başvuru sayısının yaklaşık % 12,1'ini oluşturmaktadır. Aynı tarih itibarıyla birinci sırada yer alan Rusya'ya karşı yapılan ve derdest olan başvuru sayısı ise 30.950 olup, toplam başvuru sayısı içindeki oranı % 22,2'dir. İtalya bu sıralamada 14.550 başvuru sayısı ve % 10,4'lük oranla üçüncü sırada yer almaktadır. Yine 1959-2011 yılları arasında Türkiye aleyhine verilen ihlal kararı sayısı 2404 olup, ülkemizi 1651 ihlal kararı ile İtalya ve 1140 ihlal kararı ile Rusya takip etmektedir.¹⁰

AİHM kararları Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca bağlayıcı olup, bu kararların icra edilip edilmediği Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince denetlenmektedir. 2011 yılı sonu itibarıyla icra edilmeyi bekleyen 1780 karar ile Türkiye, hakkında icra edilmeyi bekleyen 2522 karar ile İtalya'dan sonra ikinci sırada bulunmaktadır. Rusya bu sıralamada 1087 karar ile üçüncü sıradadır.¹¹ Ödenen toplam tazminat miktarı bakımından ise ülkemiz sadece 2011 yılında 30.887.568 Avro ile birinci sırada yer almaktadır. İkinci sıradaki Rusya'nın ödediği 2011 yılı toplam tazminat miktarı ise 8.727.199 Avro'dur. Üçüncü sıradaki İtalya'nın ödediği toplam tazminat miktarı ise 8.414.745 Avro'dur.¹²

Yukarıda istatistik verileriyle ortaya konan bu tablonun oluşumunda makul süreyi aşan yargılamalardan kaynaklı başvurular sonucunda verilen ihlal kararlarının önemli bir yer tuttuğunu söyleyebiliriz. Bu bağlamda, 1959-2011 yılları arasında ülkemiz aleyhine bu sebeple verilen ihlal kararı sayısı 493, yargı kararlarının hiç ya da süresinde icra edilmemesine ilişkin ihlal kararı sayısı ise 37'dir.¹³

31 Aralık 2011 tarihi itibarıyla, Türkiye aleyhine yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasına ilişkin 2500'den fazla başvuru Daire gündemine kaydedilmiş, bunlardan 330'u belirtilen tarih itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Devletine tebliğ edilmiştir. Kararların hiç icra edilmemesi ya da geç veya kısmen icra edilmesi konularında yapılan yaklaşık 500 adet başvuru

¹⁰ Adalet Bakanı Sn. Sadullah ERGİN'in TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda 2013 yılı Bütçe Sunuş Konuşması, s.50. [http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2012/2013YiliButce Sunus Konusmasi.pdf](http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2012/2013YiliButce%20Sunus%20Konusmasi.pdf). Erişim Tarihi;20/01/2013.

¹¹ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları. s.2.

¹² <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2011.html>. Erişim Tarihi;15/01/2013.

¹³ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2011.html>. Erişim Tarihi;15/01/2013.

AIHM önünde halen derdest bulunmaktadır.¹⁴

Ülkemiz hakkındaki olumsuz bu tablonun değiştirilmesi amacıyla son zamanlarda Adalet Bakanlığı konuyu sistematik olarak ele alan kapsamlı çalışmalar yürütmektedir. Bu bağlamda öncelikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki savunmaların ve kararların icrası sürecinin tek elden yürütülmesi amacıyla, 2011 yılının Haziran ayında Adalet Bakanlığı Uluslararası Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesinde müstakil bir İnsan Hakları Daire Başkanlığı kurulmuştur. 26 Ağustos 2011 tarihli ve 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile de bu Başkanlık yasal statüye kavuşturulmuştur.¹⁵

Söz konusu KHK ile Türkiye’de ilk kez, bu zamana kadar Dışişleri Bakanlığı tarafından yürütülen artık Adalet Bakanlığı tarafından yürütülecek olan, ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde yapılacak savunmaların hazırlanmasından ve bu Mahkeme tarafından verilen kararların icra sürecinin takibinden yasal olarak sorumlu bir birim kurulmuştur.

III- AIHS, AIHM ve ÜLKEMİZDE YARGILAMALARIN MAKUL SÜREDE SONUÇLANDIRILAMADIĞI SORUNU

A- AIHS ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde, içeriği itibariyle kapsamlı ve geniş bir alanı ilgilendiren “Adil yargılanma hakkı” düzenlenmiştir. 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde ise adil yargılanma hakkı kapsamında kalan “makul sürede yargılanma hakkı” düzenlenmiş; bu hak Sözleşme ile güvence altına alınmıştır. Mahkemeye bu güne kadar yapılan başvuru sayısının yoğunluğu dikkate alındığında bu hakkın önemi ve bu konudaki sorun bir ölçüde anlaşılabilecektir.¹⁶ Sözleşme

¹⁴ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları. s.3.

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2011.html>. Erişim Tarihi;15/01/2013.

¹⁵ Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 26/8/2011 tarih ve 28037 sayılı RG.

¹⁶ CASTEROT- AMBROİSE Coralie; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004. s.321 ÜNAL Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, TBMM Basımevi 2001-ANKARA, s.180. CENGİZ Serkan, DEMİRAĞ Fahrettin, ERGÜL Teoman, McBRIDGE Jeremy, TEZCAN Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Kasım 2008,

ile güvence altına alınan “makul sürede yargılanma hakkı” ve bu hakkın ihlalden bahsedebilmek için öncelikle yargılama süreleri ve bu sürenin makul olup olmadığının AİHM içtihatları ile belirlenen kriterler çerçevesinde ortaya konması, konunun ülkemiz uygulamaları ve bu kriterlere uygunluk bakımından daha iyi anlaşılması ve değerlendirilmesi bakımından yararlı olacaktır.

Mahkemeye göre yargılamalardaki sürenin başlangıcı, ceza davalarında, hukuk ve idari yargı davalarında farklılık arz etmektedir. Ceza davalarında süre kişiye suç isnadı ile başlamaktadır. Başka bir ifadeyle ceza hukuku bakımından kişi hakkındaki suçlama ve içeriğinin suçlanan kişiye resmen bildirildiği tarihte başlar. Ceza davalarında bu süre, temyiz incelemesi dâhil olmak üzere yargılamanın tamamlanması ile sona erer. Hukuk ve idari yargı davalarında bu sürenin başlangıcı, kural olarak davanın mahkeme önüne getirildiği tarih, bitimi ise en üst mahkemenin nihai karar tarihidir.¹⁷

AİHM, yargılama süresinin makul olup olmadığı konusunu değerlendirirken bazı kriterleri esas almaktadır. Mahkeme, geliştirdiği dört ölçüte göre sürenin makul olup olmadığını değerlendirmektedir. “Davada ortaya çıkan maddi ve hukuki olayların karmaşıklığı” ölçütü diyebileceğimiz birinci ölçüte göre, dava konusu olay, delillerin durumu, sanık sayısı, birden çok davanın birleştirilmesi değerlendirilmektedir. İkinci kriter “başvurucuların tutumları”dır. Başvurucuların tutumları makul sürenin belirlenmesi bakımından tek başına belirleyici değildir. Ancak objektif bir veri olması, nedeniyle yargılama süresinin belirlenmesi bakımından değerlendirmede dikkate alınmaktadır. Makul süre tespitinde üçüncü kriter ise “yetkili makamların tutumu” dur. Yetkili makamların tutumundan amaç, adli veya idari makamların veya tüm devlet kurumlarının gecikmeye neden olan tüm davranışlarının değerlendirilmeye tabi tutulmasıdır. Dördüncü değerlendirme ölçütü ise “başvurucu bakımından dava konusunun önemi”dir. Örneğin

Ankara, s.250 vd. BAKIRCI Hasan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Üye Devletlerin Sözleşmeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 4 Aralık 2009 Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No: 7, 2. baskı, s.35.

¹⁷ DOĞRU Osman, NALBANT Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 1.Cilt, T.C Yargıtay Başkanlığı, 2012, 1.Baskı, s.634. TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2004, s.199-200. ÜNAL Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.180. BATUM Süheyl/YENİSEY Feridun/ERKUT Celal/İNCEOĞLU Sibel; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, TÜSİAD, Aralık 2003. s.124 vd.

yargılanan kişi eğer tutuklu ise yargılama süresinin uzunluğu başvuru bakımından önem arz edecektir.¹⁸

B-AİHM ve Başvurulara İlişkin Yargılama Sürelerinin Kısaltılması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kabul edildiği 1950 yılından bu yana pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu konudaki en önemli değişikliklerden birisi 1994 yılında imzaya açılan ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No’lu Protokoldür. 11 No’lu Protokol ile, tam zamanlı faaliyet gösteren tek bir Mahkeme oluşturularak Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun kaldırılması, bireysel başvuru yolunun basitleştirilmesi ve başvurulara ilişkin yargılama sürelerinin kısaltılması amaçlanmıştır. Ancak, 11 No’lu Ek protokol ile bireysel başvuru yolunun kolaylaştırılmasıyla Mahkemenin iş yükü ciddi oranda artmış ve buna bağlı olarak yargılama sürelerinin kısaltılması amacına ulaşamamıştır.

İş yükü artışının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin faaliyetleri üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin kaldırılması amacıyla, Kasım 2000 tarihinde Roma’da yapılan Avrupa Bakanları İnsan Hakları Konferansında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine “mevcut durum ışığında etkin çözümlerin oluşturulması amacıyla kapsamlı bir çalışma” başlatması çağrısı yapılmıştır. Bu çağrı sonrasında yapılan çalışmalar, 3 konu üzerinde yoğunlaşmıştır. Bunlar; dayanaktan yoksun başvurular açısından Mahkemenin filtre kapasitesinin geliştirilmesi, başvuruların kolaylıkla reddedilmesini öngören yeni bir kabul edilebilirlik kriteri oluşturulması ve Mahkemeye yapılmış önceki başvuruların tekrarı mahiyetindeki başvurulara ilişkin önlemler alınmasıdır. Anılan hususlarda belirlenen bu hedeflerin gerçekleştirilmesi için 14 No’lu Protokol hazırlanmış ve Sözleşme’de bu yönde gerekli değişiklikler yapılarak 14.5.2004 tarihinde Ek Protokol kabul edilmiştir.¹⁹

¹⁸ DOĞRU Osman, NALBANT Atilla; s.635. TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCARDAR Oguz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s.199. DOĞRU Osman; Anayasa İle Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İç Tüzüğü, On iki Levha Yayıncılık, 1.Baskı İstanbul 2010, s.31. TÜRME Rıza; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.43. BATUM Süheyl/ YENİSEY Feridun/ERKUT Celal/İNCEOĞLU Sibel; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu s.126 vd. ÇELİK Adem; Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.112 vd. ÖZBEY Özcan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2005. s.257 vd. DİNÇ Güney; Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği, Birinci Baskı, Mayıs 2006, s.233 vd. bkz. AKILLIOĞLU Tekin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri, İmaj Yayınevi, Ankara 2002, s.26.

¹⁹ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/temel/ek14.pdf>. Erişim Tarihi 20/2/2013.

C- Ülkemiz Hakkındaki Başvurular ve AİHM'nin Konuya Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ülkemiz hakkında yapılan başvurular arasında yargılamaların uzun sürdüğüne ilişkin şikâyetler önemli bir yer tutmaktadır. Yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmaması sebebiyle AİHM'ye Türkiye aleyhine her yıl yaklaşık 1000 civarında başvuru yapılmaktadır.²⁰

Öte yandan 1959-2011 yılları arasında ülkemiz aleyhine uzun yargılama sürelerine ve yargı kararlarının hiç icra edilmemesine ya da geç veya kısmen icrasına ilişkin verilen ihlal kararı sayısı 530 olup, bu sayı toplam 2404 olan ihlal sayısı içerisinde önemli bir yer tutmaktadır.²¹

Yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığına ilişkin Türkiye aleyhinde yapılan başvurulardaki yoğunluk, AİHM'nin iş yükünü de önemli ölçüde artırmaktadır. Bu sebeple, ülkemiz gibi, AİHM'nin de bir süredir konuyu çözüme kavuşturma yönündeki çalışmaları devam etmektedir. AİHM'nin konuya ilişkin yaklaşımı, Sözleşmenin temel prensibi olan “ikincillik ilkesi” gereğince, iç hukukta uygun ve etkin mekanizmalar oluşturularak insan hakları ihlallerinin kendi önüne gelmeksizin öncelikle milli makamlar tarafından çözüme kavuşturulmasıdır.²²

AİHM ağır iş yükünün azaltılması için bir takım tedbirler almaktadır. Bu kapsamda, 14 No'lu Ek Protokol ile getirilen düzenleme gereğince AİHM, uzun yargılama iddiaları ile yapılan başvurularda, yerleşik içtihat²³ konusunu teşkil ettiğinden hükümetlerin görüşüne başvurmaksızın kararlar vermeye başlamıştır.

AİHM, kendisine yapılan benzer nitelikteki çok sayıda davada, aleyhine başvuru yapılan Devlette insan hakları ihlaline yol açan sistematik ve yapısal

²⁰ Adalet Komisyonu 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları. s.5.

²¹ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları, s.4.

²² AİHM Kulda/Polonya davasında aldığı karar ile devletlerden yargılama süresinin uzunluğu şikâyetini ileri sürebileceği ulusal yargı mercii kurmalarını istemiştir. TÜRME Rıza; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.43 CENGİZ Serkan, DEMİRAĞ Fahrettin, ERGÜL Teoman, McBRIDGE Jeremy, TEZCAN Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramlar, s.254 vd.

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından “yerleşik içtihat”; AİHM'nin üç kişilik komitesi tarafından tutarlı bir şekilde daha az önemli olan ve tekrarlayan alanlarda vermiş olduğu kararlarla izlenen uygulamaları olarak tanımlanabilir.

bir sorunun varlığını tespit ettiğinde, pilot karar uygulamasına gidebilmektedir. Bu yöntemde AİHM bir başvuruyu pilot dava olarak seçmekte, bu başvuru çerçevesinde ilgili ülkedeki yapısal ve sistematik sorunu tespit ettikten sonra, kendisine yapılmış olan benzer nitelikteki diğer başvuruları beklemeye almaktadır. Pilot karara konu yapısal sorunu çözmek için ilgili Devlete belli bir süre veren AİHM, bu süre zarfında beklemeye aldığı başvuruları incelememekte ve ilgili Devletin konuyu iç hukukunda çözüme kavuşturacak bir düzenleme yapmasını beklemektedir.²⁴ İlgili Devlet tarafından gerekli düzenleme yapıldıktan sonra, iç hukukta ihdas edilen çözüm yolunun etkin bir yol olup olmadığını inceleyen AİHM, yeni oluşturulan yolun etkin olduğuna karar verirse, daha önce beklemeye aldığı başvuruları söz konusu iç hukuk yoluna müracaat etmeleri için kabul edilmezlik kararıyla reddetmektedir.²⁵ Dolayısıyla, pilot karar, benzer nitelikteki başvurulara yol açan ve kararda altı çizilen sistematik veya yapısal sorunun ortadan kaldırılması konusunda ulusal makamlara yardım etmeyi amaçlamaktadır.

D- Ülkemizde Yargılamaların Makul Sürede Sonuçlandırılmadığı Sorunu ve Çözüm Arayışları

Makul süreyi aşan yargılama sorunu, ülkemiz bakımından yıllardır çok önemli bir sorun olmasına rağmen özellikle son yıllarda üzerinde çokça tartışılan güncel bir sorun halini almıştır.²⁶ Bu sorunun çözümü için ise son yıllarda yargı alanında çok önemli reformlar yapılmıştır. Bu bağlamda son iki yıl içinde çıkarılan üç adet “Yargı Paketi” ile yargının iş yükünün azaltılarak adalet hizmetlerinin hızlandırılması ve etkinliğinin artırılması yönünde önemli düzenlemeler yapılmıştır.

Bilindiği üzere, ülkemizdeki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmamasının temel nedenlerinden birisi temyiz aşamasında harcanan sürelerdir. Bu sebeple Yüksek Yargıdaki iş yükünün azaltılması ve sürecin hızlandırılması öncelik kazanmaktadır. Yargı hizmetlerinde etkinlik ve verimliliğin sağlanabilmesi bakımından, 6110 sayılı Kanunla,²⁷ Yargıtay

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: 50 Soruda AİHM s.11. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/A6FDF170-5DA0-4F25-8017-8D49A83681F0/0/50Questions_TUR.pdf. Erişim Tarihi 20/1/2013.

²⁵ NALBANT Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru, AİHM ve Türkiye II, Uluslararası Sempozyum, 10 Aralık 2010, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No:8, s.224.

²⁶ ÜNAL Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.183. KARTAL Bilal; Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004. s.348 vd.

²⁷ Yargının hızlandırılması verimlilik ve etkinliğini artırılması amacıyla çıkarılan ve

ve Danıştay'ın üye ve daire sayısı ile tetkik hâkimi kapasitesi artırılmış, böylece yüksek mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve yargılama süresinin kısaltılmasını sağlayacak önemli değişiklikler hayata geçirilmiştir.

Son dört yılda Yargıtay'a yıllık ortalama 650.000 dosya gelmiş, bunlardan her yıl 550.000 adedi incelenerek karara bağlanmış, her yıl 100.000 dosya arşivde bekleyen dosyalara eklenmeye devam etmiştir. 2007 yılı başında arşivde bekleyen dosya sayısı 650.000 iken bu sayı 2011 yılı sonunda 1.150.000'e ulaşmıştır. Ancak, yüksek yargının kurumsal kapasitesinin arttırılmasının sonucu olarak, incelenmeyi bekleyen dosya sayısı 1.150.000'den 880.000'in altına inerek 2011 yılı rakamlarına göre iş yükü üçte bir oranında azaltılmıştır.²⁸

IV- “ÜMMÜHAN KAPLAN/TÜRKİYE” KARARI, KANUNUN HAZIRLANMA SÜRECİ VE AMACI

AİHM ‘‘Daneshpayeh/Türkiye’’ kararında, yargılamanın makul sürede yapılmadığını ve bu konuda iç hukukta başvurulabilecek etkin bir yol bulunmadığını belirttikten sonra, ülkemize, uzun yargılama iddiaları konusunda başvurulabilecek etkin bir iç hukuk yolu kurulmasını önermiştir.

AİHM önünde bekleyen dava yükünü hafifletmek amacıyla Interlaken ve İzmir Deklarasyonlarında²⁹ yapılan çağrılar da göz önünde bulundurularak,

kamuoyunda 1. Yargı Paketi olarak bilinen 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 14 Şubat 2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁸ Adalet Bakanının TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda 2013 yılı Bütçe Sunuş Konuşması, s.18. http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2012/2013YiliButce_Sunus_Konusmasi.pdf. Erişim Tarihi: 20/1/2013.

²⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kabul edilen sistemde insan haklarının esas olarak taraf ülke adalet sistemlerince korunması, AİHM korumasının ise ikincil olması ve Mahkemenin esas olarak bir içtihat mahkemesi olması kabul edilmiştir. Bununla birlikte özellikle son 20 yılda AİHM’ye doğrudan ve ikincil olarak gelen dosya sayısında çok ciddi bir artış olmuş ve Mahkeme artan iş yükü ile basa çıkamaz hale gelmiş ve bu iş yükünü idare edebilmek amacıyla yeni çalışma yöntemleri arama arayışına girmiştir. İsviçre’nin Interlaken kasabasında 18-19 Şubat 2010 tarihlerinde yapılan Konferansta AİHM’nin geleceği tartışılmıştır. Konferans sonrası kabul edilen Deklarasyon’da AİHM’nin kaygı veren iş yükünün azaltılması ve AİHM’yi etkili kılabilmek amacıyla acil olarak yapılması gerekenler karar altına alınmıştır. Deklarasyonda özellikle; AİHM’ye gelen dosya sayısının azaltılması için iç hukuklarda insan hakları koruma sisteminin güçlendirilmesi, bu amaçla yeni yöntemler belirlenmesi, AİHM ile üye ülkeler arasında sorumluluğun dağılımının yapılması, Mahkemenin, sadece önemli insan hakları ihlallerini içeren davalara bakmasının ve karar kalitesinin korunmasının sağlanması, bu amaçla AİHM içinde de bir filtraj sistemi kurulması, üye ülkelerden secondee hâkim ve hukukçuların AİHM registry sinde çalışmak üzere görevlendirilmesinin istenilmesi hususları dile getirilerek benimsenmiştir. 26-27 Nisan 2011 tarihlerinde Interlaken Konferansı’nın devamı niteliğinde İzmir’de bir Konferans düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Dışişleri Bakanları ve AİHM Başkanı Jean Paul Costa’nın katıldığı Konferans sonrasında

Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben 14 Kasım 2011 tarihli mektup ile AİHM önündeki derdest uzun yargılama başvurularına yönelik bir iç hukuk yolu mekanizması kurulması ülkemiz tarafından taahhüt edilmiştir.³⁰

20 Mart 2012 tarihli “Ümmühan Kaplan/Türkiye” pilot kararında AİHM; yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmaması biçimindeki ihlallerin Türkiye’de uzun yıllardır devam ettiğini ve konunun iç hukuk düzeninde yapısal ve sistematik bir problem oluşturduğunu belirtmiş, 23 Eylül 2012 tarihinden evvel işleme konacak olan tüm başvuruların incelenmesinin bir yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir. 20 Haziran 2012 tarihinde kesinleşen bu karardan itibaren ülkemizin 1 yıl içinde söz konusu iç hukuk yolunu oluşturması gerektiği anlaşılmaktadır.³¹

“Ümmühan Kaplan/Türkiye” kararında AİHM; ülkemizdeki insan hakları alanındaki olumlu değişiklikler ile yargının yükünün hafifletilmesi ve yargı hizmetlerinin hızlandırılması ve etkinleştirilmesi sürecindeki olumlu gelişmelere dikkat çekmiş ve yargılama süresinin uzunluğundan kaynaklı tazminat taleplerini incelemesi için kurulacak yolun etkinliğine ilişkin gerekli kriterleri belirtmiştir. AİHM’ye göre bu kriterler; tazminat talebinin makul sürede neticelendirilmesi, tazminat bedelinin en geç 6 ay gibi kısa bir sürede ödenmesi, tazminat talebinin incelenme mekanizmasının Sözleşmenin 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma ilkesinin asgari standartlarını taşıması ve bu inceleme sürecindeki yargılama giderlerinin başvuru üzerine ağır yük teşkil edecek derecede olmaması olarak özetlenebilir. 6384 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerle belirtilen bu kriterler sağlandığı takdirde, AİHM’nin kurulan iç hukuk yolunun etkin olduğunu kabul etmesi beklenmektedir.

Interlaken’de alınan kararlar gözden geçirilmiş ve küçük değişikliklerle İzmir Deklarasyonu olarak karara bağlanılmıştır. Ülkemiz bu güne kadar Interlaken ve İzmir Deklarasyonu’nda kabul edilen hemen hemen bütün hususları yerine getirmiştir: Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu kabul edilerek Kanun çıkartılmış ve 23 Eylül 2013 tarihinden itibaren bireysel başvurular başlamıştır. AİHM de ülkemiz tarafından talep edilen sayıda seconded hakim görevlendirilmiş, yargının hızlandırılması için Yargıtay ve Danıştay’da yeni daireler kurulmuş, yargının is yükünün azaltılması, etkinlik ve verimliliğinin sağlanması amacıyla üç adet Yargı Paketinin yasalasması sağlanmış son olarak bu amaçla 9/1/2013 tarih inde TBMM’de kabul edilen 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun 19/1/2013 tarih ve 28533 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁰ Adalet Bakanının TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda 2013 yılı Bütçe Sunuş Konuşması, s.51. http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2012/2013Yili_Butce_Sunus_Konusmasi.pdf. Erişim Tarihi; 20/1/2013. Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanaklar. s.5.

³¹ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları. s.6.

AİHM tarafından önerilen bu metot ülkemiz tarafından daha önce, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin AİHM'ye başvuruların önlenmesi için çıkarılan 5233 sayılı Kanun vasıtasıyla da uygulanmıştır.³² 5233 sayılı Kanun ile oluşturulan iç hukuk yolu sayesinde, pek çok başvuru AİHM'ye hiç gitmemiş yada yapılan başvuruların Mahkeme gündeminden düşürülmesi sağlanmıştır.³³ Bu yöntem daha önce aynen Kıbrıs Rum Kesimi vatandaşlarının Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bulunan gayrimenkullerle ilgili mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddialarıyla AİHM'ye başvuruları üzerine iç hukuk yolu oluşturularak bu başvuruların tasfiyesi sürecinde de başarıyla uygulanmıştır. Kanun ile, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun ile getirilen iç hukuk yoluna paralel bir çözüm öngörüldüğü, esasen bu sistemle, dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon yönteminde olduğu gibi başvuruların sistematik biçimde sonuçlandırılması amacına yönelik bir düzenleme olduğu, farklı bir usul getirilmediği söylenebilir.³⁴

Bilindiği gibi, 12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunularak kabul edilen 5982 sayılı Anayasa değişikliklerini içeren Kanunla bireysel başvuru Anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir. Artık kişiler, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden AİHS kapsamındaki birinin ihlal edilmesi durumunda³⁵ 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilecektir.³⁶ Ancak, bu tarihten önce gerçekleşen bu

³² 5233 sayılı Kanunun Genel Gereğesinde; Terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler çerçevesinde zarar gören kişilerin zararlarının, yargı yoluna gitmelerine gerek olmadan en kısa süre içerisinde ve idare tarafından sulh yoluyla karşılanması, bu şekilde tatmin olmayanların AİHM'ye başvurabilmelerinin amaçlandığı belirtilmiştir. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0793.pdf>. Erişim Tarihi; 20/01/2013.

³³ NALBANT Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru, s.224.

³⁴ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları, sayfa 6. Adalet Bakanının TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda 2013 yılı Bütçe Sunuş Konuşması, s.52. <http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2012/2013YiliButceSunusKonusmasi.pdf>. Erişim Tarihi; 20/01/2013.

³⁵ EKİNCİ Hüseyin/SAĞLAM Musa; 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi 2012.

³⁶ 12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunularak kabul edilen 5982 sayılı Anayasa değişikliklerini içeren Kanunla; Herkesin, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği belirtilerek bireysel başvuru hakkı Anayasamıza ilk defa girmiştir. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 45. maddesinde; Herkesin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan

tür hak ihlalleri için bireysel başvuru yolundan yararlanmak mümkün değildir.

AİHM'nin pilot kararı sonrasında taahhüt edilen iç hukuk yolunun süratle kurulabilmesi amacıyla, Adalet Bakanlığı tarafından mevzuat çalışması başlatılmış; yapılan çalışmalarda, daha önce benzer iç hukuk yöntemini kuran ülkelerin başta İtalya, Almanya, Polonya ve Moldova olmak üzere mevzuat ve uygulamaları da incelenmiştir. Bu süreçte Bakanlık, AİHM Sekreteryası ve Avrupa Konseyi AİHM Kararlarının İcrası Direktörlüğü ile çeşitli görüşmeler yapmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisini kabul eden bir ülke olarak, insan hakları konusunda ortaya çıkan aksaklıkların kendi iç hukukumuzda çözülmesi ve Mahkemenin “Ümmühan Kaplan/Türkiye” kararının gereğinin yerine getirilebilmesi ve AİHM'ye yapılmış başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözüme kavuşturulabilmesi için Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü ve Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığında görev yapan konunun uzmanı Hakimlerden oluşturulan bir Komisyon tarafından “Yargılama Sürelerinin Uzunluğu ile Mahkeme Kararlarının Geç veya Kısmen İcra Edilmesi yada İcra Edilmemesi Nedeniyle Tazminat Ödenmesine Dair Kanun Tasarısı” Taslağı³⁷ hazırlanmış ve 4/5/2012 tarihinde Başbakanlığa sevk edilmiştir. Başbakanlık tarafından 17/5/2012 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan Tasarı, 31/10/2012 tarihinde Adalet Komisyonunda, bütçe görüşmeleri nedeniyle görüşülmesine ara verilen Kanunun, 9/1/2013 TBMM Genel Kurulunda tamamı üzerindeki görüşmeler tamamlanarak kabul edilmiştir.

Kanun, esasen ülkemizde 23 Eylül 2012 tarihinden önce yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla AİHM'ye başvuran

Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği belirtilmiş ve devamı maddelerinde bireysel başvuru hakkının esas ve usulleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile aynı zamanda AİHM önündeki davaların azalması ve AİHM'nin görev alanına giren konular hakkında Yargıtay ve Danıştay kararlarının da denetime tabi tutulacağı etkin bir iç hukuk yolu oluşturulması amaçlanmıştır.

³⁷ Hükümet Tasarısında Kanunun ismi Yargılama Sürelerinin Uzunluğu ile Mahkeme Kararlarının Geç veya Kısmen İcra Edilmesi yada İcra Edilmemesi Nedeniyle Tazminat Ödenmesine Dair Kanun Tasarısı olarak düzenlenmiş iken Kanunun amacı dikkate alınarak ileride Kanunun kapsamının Bakanlar Kurulu kararıyla genişletilmesi gündeme gelebilme ihtimali dikkate alınarak Adalet Komisyonunda Kanunun ismi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun Tasarısı olarak değiştirilerek kabul edilmiştir.

vatandaşlarımızın AİHM'nin kararını beklemeden varsa mağduriyetlerinin tazminat ödenmek suretiyle giderilmesine yönelik etkin bir sistem getirilmesi ve getirilen bu sistemin iyi işlemesi sonucunda, AİHM'ye bu konuda yapılan başvurulara bağlı olarak ülkemiz hakkında ortaya çıkması muhtemel ihlal sayısının da azaltılması amacıyla³⁸ hazırlanmış ve yasalaşması sağlanmıştır.³⁹

V- KANUNUN KAPSAMI

A-Konu Bakımından Kapsamı

1-Yargılamaların Makul Sürede Sonuçlandırılmadığına İlişkin Başvurular

Kanunun 2. maddesinde kapsam belirlenmiştir. Kanunun kapsamına öncelikle, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiaları bakımından; adli yargı alanına giren ceza hukuku kapsamındaki Cumhuriyet savcıları tarafından yürütülmekte olan suç soruşturmaları ile ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay'da görülmekte olan hem ceza hem de özel hukuk alanına giren hukuk davaları girmektedir. Bu kapsama ayrıca idari yargı alanında idare hukuku kapsamındaki ilk derece, bölge idare ve Danıştay'da görülmekte olan iptal ve tam yargı davaları girmektedir.

2-Mahkeme Kararlarının İcrasına İlişkin Başvurular

Kanunun kapsamına, ilk derece veya yüksek mahkemeler tarafından verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla yapılmış başvurular da girmektedir.

3-Bakanlar Kurulu tarafından Belirlenecek Diğer İhlal Alanları

Kanunun kapsamının belirlenmesi bakımından getirilen diğer önemli düzenleme ise, Kanunla kurulan Komisyonun Bakanlar Kurulu kararı ile yetkilendirmesi halinde, ilerleyen yıllarda AİHM'nin yerleşik içtihadına konu yapısal ve sistematik sorunlara dayalı başka konularda yapılan başvuruları da inceleyebilecek olmasıdır.

Bakanlar Kuruluna Kanunda verilen ve kapsamı açıkça belirlenmeyen bu yetkinin "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesiyle çelişip çelişmediği hususu önemli bir tartışma alanı oluşturacaktır. Tasarının bu hükmü, Anayasanın 7. maddesindeki "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye

³⁸ NALBANT Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru, s.240.

³⁹ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları. s.9.

Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.” hükmüne aykırı olduğu iddiasıyla eleştirilmekte ise de; “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesinden ne anlaşılması gerektiği Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında açıklanmıştır. Mahkemenin 2/6/2009 tarih ve 2009/69 sayılı kararında da ifade edildiği üzere, yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade etmektedir.⁴⁰

Yine aynı kararında Mahkeme; Anayasada yasayla düzenlemesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesinin olanaklı olmadığını, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasanın Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerektiğini belirtmiştir.⁴¹

Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında da yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda düzenleme öngörülmüş ve belirli kıstaslar getirilerek Bakanlar

⁴⁰ “14.7.2004 tarih ve 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun birinci maddesi ile 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek Madde 2’nin birinci fıkrasındaki “ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya” ibaresine madde metninde yer verilmesinin Anayasa’nın 11. ve 35 inci maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması için açılan davada Anayasa Mahkemesi; “Anayasa’nın 7 nci maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu, bu yetkinin devredilemeyeceğini, yasayla düzenleme ilkesinin düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılması olduğunu, kurallaştırmanın ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade ettiğini, ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabileceğini, Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesinin olanaklı olmadığını, yürütmenin düzenleme yetkisinin, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğunu, bu nedenle Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasayla yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemeyeceğini, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerektiğini, davaya konu Kanun değişikliği ile satılması öngörülen taşınmazlardan Sağlık Bakanlığı’nın kullanımındaki taşınmazların hukuki konumu, tabi olacağı hukuki koruma ve kuralların belirsiz olduğunu, bu nedenle bunların yasa’da açıkça gösterilmesi gerektiğini, bu durum anayasa’nın 2. ve 7 nci maddelerine aykırı olduğunu” belirtmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/index>. Erişim Tarihi;15/01/2013.

⁴¹ Bkz. Anayasa Mahkemesinin “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesi ile ilgili benzer bazı kararları; 16/02/2012 tarih, 2011/35 Esas, 2012/323 Karar, 25/02//2010 tarih, 2008/38 Esas, 2010/39 sayılı Karar,01/03/2006 tarih, 2005/108 Esas, 2006/35 Karar, 06/10/1993 tarih, 1993/32 Esas, 1993/32 kararlardır.

Kuruluna verilen yetkinin sınırları belirlenmiştir. Buna göre Kanunun kapsamının Bakanlar Kurulu kararıyla genişletilebilmesi için; teklif edilen ihlal alanının AİHM'nin yerleşik içtihatlarına konu olması ve bu alanda AİHM'nin verdiği ihlal kararlarının yoğun olması hususlarının birlikte bulunması gerekmektedir.

Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkinin sınırlarından biri olan AİHM de "yerleşik içtihat"ın ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. AİHM literatüründeki yerleşik içtihat kavramı iç hukuktaki yerleşik içtihat kavramından farklı anlama gelmektedir.

2010 yılında yürürlüğe giren 14 no'lu protokol ile AİHM'de üç hâkimden oluşan komitelere yargılama yapma yetkisi verilmiştir. AİHS'nin komitelerin yetkilerini düzenleyen 28. maddesine göre, yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hallerde komite oybirliğiyle başvurunun kabul edilmezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilmektedir. Ayrıca davanın temelini teşkil eden sorun, Sözleşme veya Protokollerin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olup, zaten Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına ilişkin ise, Mahkeme davayı kabul edebilir bulabilir ve aynı anda davanın esasına ilişkin karar verebilir. Bu kararlar kesindir. Dolayısıyla, Komitede yer alan üç hâkimin oybirliği ile davanın yerleşik içtihadına konu olduğu dikkate alınarak ve kesin olarak karar verilmektedir.

AİHM uygulamasında, Sözleşme'nin uygulanması suretiyle Büyük Daire ve Dairelerce verilen kararlar daha sonra yapılacak başvuruların incelenmesi ve karar verilmesinde Daireleri sözleşmenin yorumlanması anlamında bağlayıcı olmaktadır. Ülkemizin de benimsediği Kara Avrupası hukuk sistemlerinde ise yazılı hukuk kaynaklarının uygulanması ve yorumlanmasında çıkan ve tekrarlanan sorunlar yüksek mahkemelerce İctihadı Birleştirme Kararı (İBK) ile çözüme kavuşturulmadıkça mahkemelerin kararları birbirini bağlayıcı nitelikte değildir. Bu nedenle Mahkeme'nin yerleşik içtihat uygulaması ülkemizdeki uygulamadan farklıdır. AİHM'ye göre yerleşik içtihat kavramı kısaca üç kişilik komite tarafından tutarlı bir şekilde daha az önemli olan ve tekrarlayan alanlarda izlenen uygulamalar olarak ifade edilebilir.

Ülkemize karşı kabul edilen ihlal kararlarının ağırlıklı kısmı Mahkeme'nin "yerleşik içtihat başvuruları" olarak nitelendirdiği alanlarla ilgilidir.⁴² Başka bir anlatımla, bu alanlarda Mahkeme, yargısal anlamda yeni bir belirleme yapmamakta, daha önce saptadığı ihlalin bir benzerine önündeki bir davada yeniden hükmetmektedir.

⁴² Bu alanda Mahkeme önünde yaklaşık 7 500'den fazla başvuru bulunmaktadır.

Türkiye'ye karşı "yerleşik içtihat davaları" dediğimiz davalarla ilgili konuların en önemlileri; dava süreleri, tutukluluk süreleri, yargı kararlarının icra edilememesi ya da geç icra edilmesi, askerlerin askeri mevzuatla düzenlenen oda hapsi, Cumhuriyet savcısının görüşünün tebliğ edilmemesi nedeniyle açılan davalar ile yeni Kamulaştırma Kanununda kamulaştırma sonrasında tazminatın gecikmesi halinde faiz verilememesi ve henüz AİHM tarafından tasnif edilmemiş farklı konulara ilişkin, bankacılık mevzuatı, mülkiyet hakkı sorunları ve benzeri konularla ilgili davalarlardır.

AİHM'de bu tarz davaların çözümünde, üç temel yöntem uygulanmaktadır. Birincisi "pilot karar" denilen usulüdür. Bu yöntem, dava süresi ile ilgili başvurularda uygulanmış ve bu konudaki davalar durdurulmuştur. İkincisi; iç hukukta geriye dönük olarak bir yolun kurulmasıdır. Üçüncüsü ise; "dostane çözüm"⁴³ veya "tek yanlı beyanla"⁴⁴ davaların çözülmesi yöntemidir. Bu usul özellikle tutukluluk ve davaların uzun sürmesine ilişkin başvurularda sıklıkla kullanılmaktadır.

2010 yılında yürürlüğe giren 14 No'lu Protokol ile AİHM'de üç hâkimden oluşan komitelere yargılama yapma yetkisi verilmiştir. AİHS'nin 28. maddesine göre, yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hallerde komite oybirliğiyle başvurunun kabul edilmezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Dolayısıyla, Komite görev alanında olmayan

⁴³ Dostane çözüm, tarafların başvurunun görülmesine son vermek yönündeki anlaşmasıdır. Başvurucu ve ilgili devlet, birbirlerini karşı karşıya getiren uyuşmazlığı sona erdirmek için anlaşabilirler ve bu uzlaşma genellikle başvurucuya bir miktar para ödenmesi tarzında şekillenmektedir. Mahkeme, dostane çözümün gerçekleşme şartlarını inceledikten sonra, eğer insan haklarına saygının başvurunun incelenmesinin devamını gerektirdiğini düşünmezse, davayı kayıttan düşürmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: 50 Soruda AİHM, s.8. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/A6FDF170-5DA0-4F25-8017-8D49A83681F0/0/50Questions_TUR.pdf. Erişim Tarihi 20/01/2013.

⁴⁴ Tek taraflı beyan; AİHM önünde görülmekte olan davalarla ilgili olarak hükümetin dostane çözüm girişimleri sonuç bulamaması veya ortaya konan sorunun çözüme kavuşması amacıyla tek taraflı deklarasyon metni düzenleme isteğini AİHM'nin bilgi ve kabulüne sunması ve bu surette AİHS'nin 37. maddesi uyarınca davanın kayıttan düşürülmesi talebinde bulunulması ve Mahkemenin bunu uygun bulması ve uyuşmazlığın bu suretle çözüme kavuşturulmasıdır. AİHM bu amaçla, deklarasyon beyanını özellikle Tahsin Acar kararı ışığında yerleşik içtihadından ileri gelen ilkeler doğrultusunda irdelemektedir.(Bkz. Tahsin Acar-Türkiye (önceleme) no: 26307/95; Van Houten-Hollanda (kayıttan düşme), no: 25149/03, İsveç nakliye çalışanları sendikası-İsveç (kayıttan düşme) no: 53507/99, 18 Temmuz 2006; Kalanyos vd.-Romanya no: 57884/00, 26 Nisan 2007; WAZA Spolka zo.o.c.-Polonya no: 11602/02, 26 Haziran 2007; Stark vd.-Finlandiya (kayıttan düşme), no: 39559/02, 9 Ekim 2007; Gloria- Nouvela Wachmann-Gugui-Romanya, başvuru no: 37161/06, 11 Mayıs 2010; ve İlyas Karal-Türkiye, başvuru no: 44655/09, 29 Mart 2011). <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/652-08.pdf>. Erişim Tarihi 20/01/2013.

konularla ilgili olarak ileride Bakanlar Kurulunca Komisyona yetki verilmesi söz konusu olamayacaktır. Zira böyle bir yetkilendirme yapılsa dahi Komisyon tarafından istenildiği kadar tazminat verilsin başvuranın mağduriyetinin tam olarak giderilemediği önemli alanlarda bu yol, AİHM tarafından etkin kabul edilmeyecektir. Görüldüğü üzere, Bakanlar Kuruluna sınırları belirsiz bir alan bırakılmamış olup, Kanunun kapsamının genişletilmesi her iki unsurun bir arada bulunmasına bağlanmıştır.

Ayrıca; mevcut uygulamada zaten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 39. maddesi uyarınca, yerleşik içtihat konusu dosyaların çoğunda dostane çözüm yoluna gidildiği, Kanunla getirilen sistemin, aslında AİHS'nin iç hukukumuza yansıtılmasından ibaret olduğu, bu şekilde AİHM tarafından herhangi bir ihlal kararı verilmeden ihtilafın çözüme kavuşturulmuş olacağı belirtilmiştir.⁴⁵

Öte yandan, Bakanlar Kurulunun kararları yargı denetiminden muaf olmayıp, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesi gereğince Kanunda öngörülen Kararlara karşı idari yargı yoluna gidilebilmektedir.

Bakanlar Kurulu'na yetki veren bu hükmün amacı, AİHM'ye başvurulmasını engellemeye yönelik bir düzenleme olmayıp, AİHM önünde bulunan ancak şu anda Kanun kapsamında yer almayan başvurular için geçerli olacaktır. Kanunun hükmü incelendiğinde de bu hususun açık olduğu görülecektir. Bu hüküm ile AİHM tarafından sonraki yıllarda, ülkemiz hakkındaki başvurular neticesinde yukarıda belirtilen konularda yoğunlaşan ve yerleşik içtihadı konu olabilecek sorunlar yönünden de Bakanlar Kurulu kararıyla komisyonun yetkili kılınmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

TBMM'de Adalet Komisyonu ve Genel Kurul görüşmeleri sırasında Bakanlar Kuruluna verilen kapsamın genişletilmesi yetkisinin ülkemizde son yıllarda sıkça tartışılan ve önemli bir sorun olarak gündeme getirilen “uzun tutukluluk” konusunun da kapsama alınıp alınamayacağı hususu tartışılmıştır.

Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkinin “uzun tutukluluk” konusunun da kapsama alınıp alınamayacağı hususu birkaç yönden ele alınıp incelenmesi gerekecektir. Öncelikle Kurulan Komisyonun etkinliği AİHM tarafından kabul edildikten sonra diğer hususların da kapsama alınıp alınmayacağı hususu Bakanlar Kurulunca değerlendirilecektir.

Kanunun 9. maddesinde Komisyonun yetkisinin 23/9/2012 tarihinden önceki başvurular hakkında uygulanacağı düzenlenmektedir. Fakat ikinci

⁴⁵ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları. s.6.

fıkrasında Bakanlar Kuruluna bu sürenin ileri bir tarihe kadar uzatılması konusunda yetki verilmektedir. Bakanlar Kuruluna bu Kanunla verilen kapsam ve süre konusundaki geniş yetki dikkate alındığında AİHM önündeki başvurular hakkında belli konularda yoğunlaşan ve yerleşik içtihadı konu olabilecek başta uzun tutukluluk konusu da olmak üzere bu alanın oldukça genişleyebileceğini söyleyebiliriz.

B-Süre Bakımından Kapsamı

Kanunla kurulan iç hukuk yolunun hangi başvurular hakkında uygulanacağı 2. maddeyle belirlenmiş ve açıkça ifade edilmiştir. Fakat Kanunla belirlenen bu kapsamda kalan başvurular belli bir tarihle sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla AİHM'ye yapılmış ve halen derdest başvurularla sınırlı tutulmuştur. Bu tarihin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu anlaşılmaktadır. Zira bu tarih aynı zamanda Anayasa Mahkemesindeki bireysel başvuruların başlayacağı tarihtir. Bu tarihten sonra artık başvurular Anayasa Mahkemesine yapılabilecektir.

Ayrıca ihtiyaç duyulması halinde, bu iç hukuk yolundan yararlanılabilmesi amacıyla Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kuruluna bu süreyi uzatma yetkisi de verilmiştir.

C- Kanunun Kapsamı Dışındaki Başvurular

Kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında Kanunun kapsamı dışında kalan başvurular belirlenmiştir. İdari nitelikteki soruşturmalardan kaynaklanan başvuruların Kanunun kapsamına girmeyeceği belirtilmektedir.

İdarenin iç işleyişine ilişkin mevzuatla belirlenen kurallara aykırı eylem ve işlemleri görülen memurun idari, hukuki, mali ve cezai sorumluluk durumunun ortaya çıkarılması için idare tarafından yapılan araştırma ve inceleme işlemine idari soruşturma denir. İdari soruşturma, İdarenin takdiriyle yapılan, idarenin iç işleyişiyle ilgili, idari bir incelemedir.⁴⁶ İdari soruşturma kavramı görüldüğü gibi idari, hukuki, mali ve cezai sorumluluk kavramını ilgilendirmesi bakımından oldukça geniş bir alanı ifade etmek için kullanılmaktadır.

İdari soruşturma denilince genellikle memur disiplin hukuku ve disiplin cezaları akla gelmektedir. Kamu görevlileri disiplin hukuku kavramı içerisinde memurların devlet memurluğu statüsünü düzenleyen kurallara, kurumun

⁴⁶ SÖKMEN Uğur; Kamu İdaresinde Soruşturma Kovuşturma, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yayın No.2009/400, Ankara 2009, s.2

düzenini bozucu aykırı eylemlerine “disiplin suçu”, bu fiillere uygulanan idari yaptırıma ise “disiplin cezası” denilmektedir. Disiplin suçu nedeniyle memur hakkında yürütülen soruşturmaya ise “disiplin soruşturması” denmektedir.⁴⁷ Disiplin suçunu gerektiren eylem aynı zamanda ceza kanunları bakımından suç sayılan ve adli yaptırımı gerektiren bir fiil olabilir. Bu durumda memur hakkında hem disiplin soruşturması hem de adli soruşturma yürütülebilir.

Kanunun kapsamı dışında kalan buradaki idari nitelikteki soruşturmalar, aynı zamanda disiplin hukukunu ilgilendiren fakat bunun dışındaki alanı da kapsayan idari, hukuki, mali ve adli yargı alanı dışındaki cezai sorumluluğa konu idare tarafından yapılan araştırma ve inceleme işlemlerini ifade etmektedir.

V- TAZMİNAT KOMİSYONU VE KOMİSYONUN ÇALIŞMA ESASLARI

A-Komisyunun Hukuki Niteliği

Komisyon Adalet Bakanlığında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşacaktır.⁴⁸

Komisyonun bu şekilde oluşumu Komisyonun idari bir kurul mu, yoksa yargısal faaliyet icra eden kendine özgü “ad hoc” komite mi olduğu sorularını akla getirebilir. Kanunun tümü incelendiğinde Komisyonun idari bir kurul şeklinde çalışmalarını yürüteceği anlaşılmaktadır. Komisyonun başvuruları inceleme süreci ve uygulayacağı usulün idari nitelikte olduğu ve kararlarının idari yargı denetimine tabi olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Komisyonun görevinin adli bir görev olmadığı; idari bir görev olduğu açıkça anlaşılmaktadır.⁴⁹

Öteyandan Kanunun hazırlanış amacı ve yasalaşma süreci incelendiğinde, kurulacak Komisyon aracılığıyla makul sürede sonuçlandırılmayan soruşturma ve yargılamalar ve mahkeme kararlarının gerektiği şekilde yerine getirilmemesinden dolayı vatandaşlarımız tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvuruların tazminat ödenmek suretiyle bir an

⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref/TAN Turgut; İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, ; s.1063 vd. AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil; Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.586. GÖZLER Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Güncelleştirilmiş 8.Baskı Eylül 2009. s.657vd.

⁴⁸ Madde 4.

⁴⁹ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları, s.6.

önce haklarını almalarının sağlanarak başvuruların en kısa zamanda çözüme kavuşturulması suretiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatları doğrultusunda Ülkemiz aleyhine verdiği ihlal kararlarının en aza indirilerek ve bu suretle AİHM tarafından ülkemiz aleyhine verilebilecek ihlal sayılarının da azaltılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır⁵⁰.

İhlal sayılarının önlenmesi yanında bu durumun Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önünde ülkemiz aleyhinde verilmiş ve icra edilmeyi bekleyen karar sayısının artışı da önleyici bir adım olacağı, zira bu şekilde sonuçlandırılacak başvuruların Bakanlar Komitesi gündemine gelmeyeceği, ayrıca Ülkemizin uluslararası alanda insan haklarına saygı konusunda özensiz olduğu şeklindeki algının önüne geçilebilmesinin hedeflendiği amaçlandığı ifade edilmiştir.⁵¹

Tasarının Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında bu başvuruların, Komisyon yerine yargısal faaliyetlerine devam eden mahkemelerce veya idari yargıyı ilgilendiren konularda Danıştay, adli yargıyı ilgilendiren konularda ise Yargıtay'ın ilgili daireleri tarafından görülmesi veya buralarda oluşturulacak ayrı kurullar tarafından bakılarak değerlendirilmesinin daha uygun olacağı savunulmuştur.⁵²

Bu düzenleme yargısal bir makam veya merci olmayan Komisyonun⁵³, yargısal faaliyet yürüten ve mahkemelerin verdiği kararları denetleme mercii olan yüksek yargının verdiği kararların denetimi olarak yorumlanabilecektir. Bu durumda yargısal makam olmayan bir Komisyonun yargı makamlarının kararlarını denetlemesi durumunda adil yargılanma ilkesinin ihlali olmak üzere farklı hukuki tartışmalar gündeme gelebilecektir. Bu görevin Komisyon yerine ilgili yüksek yargı organlarına verilmesi durumunda AİHM tarafından etkili iç hukuk yolunun oluşturulmadığı kararı ile muhatap olma sonucu kuvvetle muhtemel ortaya çıkabilecekti. En başta mevcut usul hükümlerinin bu tür uyuşmazlıklarda uygulanması mümkün olmadığından ayrı bir usul kanununa ihtiyaç duyulacağı ve mahkemelerce yapılması gerekecek bu usul işlemlerinin başvuruların çözüme kavuşturulması sürecini uzatarak hedeflenen amaçlardan uzaklaşılmasına neden olabileceği ihtimalinin çok yüksek olduğunu söylemek

⁵⁰ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları, s.8 vd.

⁵¹ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları, s.7.

⁵² Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları, s.46 vd.

⁵³ Yapılan bu işin bir yargılama faaliyeti olmadığı, vatandaşın mağduriyetinin Komisyon marifetiyle daha hızlı ve ucuz karşılanması amaçlandığı belirtilmiştir. Bkz. Taraf Gazetesi, Vatan Gazetesi, Birgün Gazetesi 11/1/2013.

yanlış olmayacaktır. Zira, yüksek mahkemelerin çalışma usulü dikkate alındığında birbirine benzer hukuki olaylarda farklı daireler arasında veya adli ve idari yargı alanında çok farklı kararların verilebildiği gerçeği bu varsayımı destekleyici niteliktedir. Ayrıca başvuru prosedürünün uzun ve karmaşık usul işlemlerinden oluşması yerine, başvuruların pratik ve hızlı yürüyen bir sistem içinde çözüme kavuşturulmasının gerektiği, bu maksatla sade ve çözüme odaklı bir başvuru ve inceleme süreci öngörölmüş olmasının yerinde olduğu söylenebilir.

Tazminat komisyonunun etkin bir şekilde çalışması, vatandaşların bir an önce haklarını elde etmeleri için Komisyon idari kurul olarak yapılandırılmıştır. İtalya’da Pinto Kanunu ile uzun yargılamalara ilişkin başvuruları inceleme yetkisi yargı mercilerine verilmişti. İtalya’da kurulan bu sistem, yargılamalar makul sürelerde bitirilemediği ve verilen tazminatların AİHM kriterlerine uygun olmaması sebebiyle AİHM tarafından etkili iç hukuk yolu olarak görülmemiştir. Bu nedenle İtalya ihlal kararlarına tekrar konu olmuştur. Aynı durumun bizim ölkemiz bakımından AİHM nezdinde yaşanmaması, hızlı ve etkin bir şekilde başvuruların sonuçlandırılması için kararları yargı denetimine açık idari kurul şeklinde çalışan bir Komisyonun daha yerinde olduğu söylenebilir.

Nitekim, yargısal güvencenin sağlanabilmesi için Komisyon kararlarına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz imkânı getirilmiş, bu itirazların öncelikli işlerden sayılarak üç ay içinde karara bağlanacağı⁵⁴ hükmüne yer verilerek itiraz sürecinin de hızlı bir şekilde sonuçlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

B- Komisyonun Oluşumu

Komisyon Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşan ve Başkanı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından seçilen toplam beş kişilik idari bir Komisyondur.

Komisyonunda, sadece Adalet Bakanlığında görev yapan hakimlerin komisyon üyesi olarak atanacağı, Yargıtay ve Danıştay ile barolardan hatta sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerinin de üye olarak bulunması gerektiği, bu şekilde çoğulculuğun sağlanmadığı bir komisyonun adil yargılanma

⁵⁴ Madde 7.

hakkına ilişkin teminatları sağlamayacağı hususu Adalet Komisyonunda gündeme gelmiştir.⁵⁵

Ancak ilgili hüküm incelendiğinde, Komisyon üyelerinin tam zamanlı ve yaklaşık 2 yıla yayılan bir zaman diliminde yapılan müracaatları ele alacağı ve sonuçlandıracağı ve tüm müracaatlar sonuçlandırılıncaya kadar başka bir görev almalarının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bu görevliler için herhangi bir ek ödeme ya da huzur hakkı da öngörülmemiştir.

Adalet Komisyonunda yapılan tartışmalar sırasında ayrıca Komisyonda görev alanların daha önceki görevlerinde hak ettikleri maaşları dışında başkaca bir ücret alamamaları ve hazineye ek maliyet getirmedikleri, ayrıca Komisyonun sekretarya hizmetlerinin de Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmesi öngörülerek Komisyonun bütçeye yük getirmemesinin tercih edildiğinin hedeflendiği, bu nedenlerle, kurulacak Komisyonda, Türkiye Barolar Birliği ve sivil toplum kuruluşlarından temsilci görevlendirilmesine yönelik düzenlemelere yer verilemediği belirtilmiştir.

Kanaatimce Komisyonun kuruluşu çalışma esasları ve kararlarına karşı yargı denetiminin açık olması, ayrıca Adalet Bakanlığında çalışan ve hâkimlik teminatına sahip kişilerden oluşacak olması nedenleriyle Komisyonun AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen teminatları gerçekleştirebilecek uygun bir yapılanma olduğu söylenebilir. Öte yandan Kanundaki yapılanma şu an için bu şekilde olsa da Komisyonun işleyişi, iş ve işlemleri zaman içerisinde AİHS ve AİHM kriterleri bakımından sürekli olarak değerlendirmeye tabi tutulabilecektir.

C-Komisyonun Çalışma Esasları

Komisyon, üyelerin salt çoğunluğu ile toplanıp, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verecektir. Kamu kurum ve kuruluşları ile yargı mercileri, Komisyonun görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu her türlü bilgi ve belgeyi gecikmeksizin Komisyona göndereceği ve Komisyonun sekretarya hizmetlerinin Adalet Bakanlığı tarafından yürütüleceği düzenlenmiştir.⁵⁶

Burada amaç, toplantıları yaparken ve kararları alırken, başvuru ile ilgili tüm belge ve bilgilerin en kısa zamanda temin edilmesi suretiyle başvuruların seri, hızlı ve gecikmeye meydan vermeyecek şekilde sonuçlandırılmasıdır.

Düzenlemede bu bilgi ve belgelerin gecikmesi halinde, bunların gecikmesine sebep olan veya bu belgeleri göndermeyenler hakkında

⁵⁵ Adalet Komisyonunun 31 Ekim 2012 tarihli oturuma ait tutanakları, s.47 vd.

⁵⁶ Madde 4.

uygulanacak yaptırıma ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu ihmal ve gecikmeden sorumlu kamu görevlileri hakkında genel hükümler uyarınca her zaman adli ve idari soruşturma yapılması mümkün olabilir.

VI- TAZMİNAT KOMİSYONUNA MÜRACATA İLİŞKİN ESAS VE USULLER

A-Müracaat Usulü ve Süresi

Komisyonu müracaatın, AİHM'ye yapılan başvuru tarihini gösteren belge, AİHM'ye sunulan başvuru formu ve diğer ilgili bilgi ve belgelerle birlikte, müracaat edenin açık kimlik bilgilerini içeren imzalı bir dilekçeyle yapılması öngörülmektedir.⁵⁷

Komisyonu müracaat için iki farklı süre öngörülmüştür. İlk olarak, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı aylık bir başvuru süresi belirlenmiştir. Buna göre, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 19/1/2013 tarihinden itibaren altı ay içinde yani 19/7/2013 tarihine kadar başvuranların Komisyonu müracaat etmeleri gerekmektedir. İkinci olarak, bu süre içinde Komisyonu müracaatta bulunmayan kişilere, AİHM'nin başvuruları hakkında vermiş olduğu kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren bir ay içinde müracaat etme imkânı tanınmaktadır.

Öte yandan, Bakanlar Kurulu Kararıyla Kanunun kapsamının genişletilmesi veya sürenin uzatılması durumunda, altı ay içinde kullanılabilecek yeni bir müracaat süresi olduğu söylenebilir.

Başvuranlara gerekli kolaylığın sağlanması amacıyla, müracaatların Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığıyla da yapılması imkânı öngörülmektedir. Cumhuriyet başsavcılıklarının, kendilerine yapılan müracaat evrakını derhal kurulacak olan Komisyonu göndermeleri gerekmektedir. Olası hak kayıplarının önüne geçilmesi amacıyla, Cumhuriyet başsavcılıklarına yapılan müracaat tarihi, Komisyonu müracaat tarihi olarak kabul edilecektir.

Ayrıca müracaatlara ilişkin düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden, yapılacak işlemlerin de harçlardan müstesna olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme yerinde bir düzenleme olmuştur. Çünkü, Komisyonu yapılacak müracaatlardan ücret alınmaması hususu, zaten yargılamalar nedeniyle mağdur olmuş bir kişiye ekonomik anlamda ek bir mağduriyet veya başka bir deyişle ek bir külfet yüklenmemesi adalete erişim ve etkin ve seri iç hukuk yolu öngörülmesi mantığına da uygun bir düzenlemedir.

⁵⁷ Madde 5.

B-Müracaatın Reddi

Komisyon kendisine yapılacak müracaatları öncelikle yapacağı ön inceleme sonucunda; müracaat konusu başvurunun, AİHM’ce öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu dışındaki diğer kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığını, Komisyona süresinde müracaat edilmediğini, müracaat edenin hukuki menfaati olmadığını, müracaatın Kanun kapsamına girmediğine ilişkin ön koşulları taşıyıp taşımadığını değerlendirerek bu durumu tespit etmesi halinde, müracaatın esasına girmeksizin ret kararı verecektir.⁵⁸

C-Komisyonun Müracaat Hakkındaki Kararı

Maddenin birinci fıkrasında, Komisyonun kendisine yapılan müracaatlar hakkında karar verme süresi düzenlenmiştir. Komisyona, müracaat hakkında dokuz ay içinde karar verme zorunluluğu getirilerek, müracaatların kısa sürede sonuçlandırılması amaçlanmıştır. Komisyon müracaatları karara bağlarken ve tazminat miktarını belirlerken, AİHM’nin emsal kararlarını dikkate alarak kararlarını gerekçeli olarak verecektir. Dolayısıyla Komisyon için bu değerlendirmelerinde esas alınacak kriterler AİHM’nin bu konulardaki kriterleri olacaktır. Aksi takdirde AİHM kriterlerine uymayan kararlar neticesinde AİHM, kurulan iç hukuk yolunun etkin olmadığına karar verebilecek, bu suretle Kanun ve Kanunla kurulan Komisyonun işlevsiz ve etkisiz hale gelebilme durumu söz konusu olabilecektir.

D-Komisyon Kararlarına İtiraz ve Kararın Kesinleşmesi

Kanunun 7. maddesinin üçüncü fıkrasında, Komisyon kararlarına karşı başvurulabilecek olan kanun yolu ve bunun süresi düzenlenmiştir. Buna göre; Komisyon kararı başvuran tarafından yerinde görülmezse bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilecektir. Yapılacak olan itirazın kısa sürede sonuçlandırılabilmesi için, itiraz dilekçesinin müracaata ilişkin diğer tüm belgelerle birlikte derhal itiraz merciine gönderileceği ve itirazın öncelikli işlerden olduğu belirtilerek Mahkemece işin esasına girilerek üç ay içinde karara bağlanarak sonuçlandırılmasının emredici surette düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Komisyona yapılan müracaat sonucunda Komisyonun kararlarının iki şekilde kesinleşeceği söylenebilir. Birincisi, Komisyon kararı müracaat eden tarafından olumlu kabul edilecek ve itiraz yoluna başvurmaması nedeniyle

⁵⁸ Madde 6.

kesinleşmiş olacaktır. İkincisi ise, müracaat eden şayet Komisyon kararını yerinde görmeyip bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz ederse Mahkemenin vereceği kesin karar başvuru sonuçlandıracaktır.

Bu düzenleme, Komisyonun kuruluşu ve işleyişı, yerinde görölmeıen Komisyon kararlarına karşı itiraz ve bu itirazın öncelikli işlerden sayılarak üç ay içinde karara bağlanacağı, eğer Komisyon kararı Mahkemece yerinde görölmezse Bölge İdare Mahkemesi tarafından işin esasının karara bağlanacağı ve Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen bu kararın kesin olduğu hükme bağlanarak, sürecin daha fazla uzamasının önlenmesi, itiraz sürecinin de hızlı bir şekilde sonuçlanması bu nedenlerle yargısal güvencenin mümkün olduğunca sağlanabilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar Bölge İdare Mahkemesi tarafından işin esası karara bağlanacağı ve Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen bu kararın kesin olduğu hükme bağlanmış ise de kural olarak bu karara karşı da AİHM'ye başvuru imkanının bulunduğu açıktır. AİHM bu kararı, AİHM içtihatlarını ve kriterlerini taşıyıp taşımadığı yönlerinden inceleyecek ve başvuruyu değerlendirecek bir sonuca ulaşabilecektir.

E-Komisyon Kararlarının Adli ve İdari Mercilere Bildirimi

Komisyon yapılan müracaat sonucunda Komisyonun kesinleşen kararlarının bir örneğinin müracaata konu işlemin yapıldığı adli veya idari mercie gönderileceği belirtilmiştir.

Kanaatimce, gönderilecek bu kararlar AİHM'ye başvuran hakkında Türkiye'de mahkemeler tarafından verilmiş ve kesinleşmiş kararlardır. Müracaata konu işlemin yapıldığı adli veya idari mercie gönderilen bu kararlar, bu merciler bakımından yeniden bir işlem tesisi gerektirmeyen, başvuruya konu işlemlerinin AİHM içtihatları uyarınca hukuka aykırılığının tespitinin bildirimi anlamına gelmektedir.

8. maddenin ikinci fıkrasında müracaata konu işlem henüz sonuçlandırılmamışsa ilgili adli veya idari merci tarafından bu işlemin ivedilikle sonuçlandırılması hususu düzenlenmiştir. Buradaki müracaat ve müracaata konu ve henüz sonuçlandırılmayan işlemle AİHM ve Komisyon yapılan başvuru ve müracaatı ve bunlara konu işlemi yani her ikisini de kapsamaktadır. Henüz sonuçlandırılmayan işlem ise, kendisi hakkında adli ve idari merciler tarafından yapılan işlem neticesinde, AİHM, Komisyon başvuru, Komisyonun ve Ankara Bölge İdare Mahkemesine itirazı

neticesinde Mahkemenin vereceği kesin karar sürecinde hakkındaki idari ve adli işlemi ifade etmektedir. Başka bir deyişle tüm bu sürece konu işlem henüz kesinleşmemiştir ve müracaat eden kişi hakkında etkileri halen devam etmektedir. İşte maddedeki bu düzenleme müracaata konu, henüz adli veya idarî merci tarafından sonuçlandırılmayan bu işlemin, kesinleşen bu karar neticesinde artık ilgili adli veya idarî merci tarafından ivedilikle müracaat edenin lehine olacak şekilde sonuçlandırılması anlamına gelmektedir.

F-Tazminatın Ödenmesi ve Süresi

Komisyon veya itiraz üzerine Bölge İdare Mahkemesi tarafından işin esasına girilerek ödenmesine karar verilen tazminatın, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olmak üzere Adalet Bakanlığı tarafından ödenmesi gerekecektir.⁵⁹ Böylece aslında, idareye herhangi bir takdir hakkı bırakılmayarak, ödenmesine karar verilen tazminatın mutlaka 3 ay içinde ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Kanunda düzenlenen emredici bu hükme rağmen hükmedilen tazminatın 3 ay içerisinde ödenmemesi veya ödemenin gecikmesi halinde ne olacağı hususu açıkça düzenlenmemiştir. Bu hükümlere rağmen tazminatın hiç ödenmemesi veya süresi içinde ödenmemesi halinde, ilgili kişilerin genel hükümler doğrultusunda başvuru hakları bulunmakta olup, ödemeyi yapmayan görevlileri açısından adli ve idari soruşturma açılması gündeme gelebilecektir. Ödemenin gecikmesi durumunda ise müracaat sahibi genel hükümler uyarınca her zaman faiz talep edebilecektir.⁶⁰

⁵⁹ Başbakanlıkça TBMM'ne gönderilen Tasarı'nın 7. maddesinin dördüncü fıkrasında; "Ödenmesine karar verilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Maliye Bakanlığı tarafından ödenir. Üç ay içinde ödeme yapılmaması hâlinde, tazminat kanunî faiziyle birlikte ödenir." hükmü bulunmaktayken, Adalet Alt Komisyonundaki görüşmeler sırasında "Üç ay içinde ödeme yapılmaması hâlinde, tazminat kanunî faiziyle birlikte ödenir." cümlesi Tasarı'dan çıkarılmış ve ödemenin geç yapılmasının da mümkün olduğu şeklindeki yanlış bir algının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

⁶⁰ Ödenecek tazminat nedeniyle rücu meselesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "Kişisel sorumluluk ve zarar" kenar başlığı ile düzenlenen 12 . maddesinin ikinci fıkrasında kamu görevlisinin kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödeneceği düzenlenmiş, "kişilerin uğradıkları zararlar" kenar başlığı ile düzenlenen 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında; işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında; ilgili Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklı olduğu hüküm altına alınmıştır. 6001 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Devletin sorumluluğu ve rücu" başlıklı 46 ncı maddesinin birinci fıkrasında hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilceği belirtildikten sonra, üçüncü fıkrasında devletin ödediği

SONUÇ

6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanunla, insan hakları ihlallerinin veya başka bir ifadeyle AİHM önünde bulunan ülkemiz aleyhindeki başvuruların etkin bir iç hukuk yolu ile sonuçlandırılması imkanı getirilmektedir. Getirilen bu sistem ile, daha önce hukuk sistemimizde bulunmayan ancak AİHM önündeki yaklaşık on yedi bin başvurunun, “sui generis” veya “ad hoc” komisyon olarak nitelendirebileceğimiz Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan ve sekreteryasını Bakanlığın yürüttüğü idari bir Komisyon tarafından çözüme kavuşturulması beklenmektedir.

Komisyonu başvurabilmek için 23 Eylül 2012 tarihinden önce Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma imkânı bulunmaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine uzun yargılama iddiasıyla başvurmuş olmak şartı aranmaktadır. Komisyon, usulüne uygun yapılmış ve görev alanına giren başvuruları AİHM’nin yerleşik içtihatları ve tazminata ilişkin kriterleri çerçevesinde inceleyerek başvuranları haklı bulması halinde onlara uygun miktarda tazminat ödenmesine karar verecektir. Komisyonu yapılan bu başvurunun ve neticesinde tazminat ödenmesine ilişkin verilen karar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki “makul sürede yargılanma hakkı”nın ihlali anlamına gelmektedir. İç hukukta oluşturulan ve etkin işleyeceği beklenen bu yeni sistemle bir taraftan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuran kişilere tazminat ödenerek onların mağduriyetinin bir an önce giderilmesi, diğer taraftan da AİHM önündeki ülkemize ilişkin binlerce davanın çok ciddi miktarda azaltılması ve uluslararası platformlardaki insan haklarının korunması açısından mevcut olumsuz algısının önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

Amaçlanan bu sistemin işleyişinin, AİHM’nin yerleşik içtihat ve tazminat esas ve miktarlarına ilişkin kriterlerini karşılamaması, başka bir deyişle Kanunla kurulan Komisyonun AİHM kriterlerine uymayan kararlarının ayrıca AİHM tarafından tespiti neticesinde kurulan iç hukuk yolunun etkin

tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edeceği belirtilmiştir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 93/A Maddesinde hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise devletin ödediği tazminattan dolayı, tazminat davasına konu işlem, faaliyet veya kararla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkim veya savcıya rücu edebileceği hüküm altına alınmıştır.

olmadığına AİHM tarafından karar verilecektir. Arzu edilmeyen bu sonucun ortaya çıkması neticesinde Kanunun ve Kanunla kurulan Komisyonun işlevsiz ve etkisiz hale gelme durumu söz konusu olabilecektir.

Ayrıca yapılan bu ve son yıllarda insan hakları alanındaki düzenlemeler ile kanun koyucu; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle koruma altına alınan hakların ihlaline sebebiyet veren hususlarda değişiklik yapılarak insan haklarına saygı konusundaki aksaklıkların kendi iç hukukumuzda çözüme kavuşturulması ve yeni ihlal durumlarının ortaya çıkmasının önlenmesi iradesini ortaya koyduğu anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU Tekin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri, İmaj Yayınevi, Ankara 2002.

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil; Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

BAKIRCI Hasan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Üye Devletlerin Sözleşmeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 4 Aralık 2009 Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No: 7, 2. Baskı.

BATUM Süheyl/YENİSEY Feridun/ERKUT Celal/İNCEOĞLU Sibel; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, TÜSİAD, Aralık 2003.

CASTEROT- AMBROİSE Coralie; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.

CENGİZ Serkan, DEMİRAĞ Fahrettin, ERGÜL Teoman, McBRIDGE

- Jeremy, TEZCAN Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Kasım 2008, Ankara.
- ÇELİK Adem; Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- DİNÇ Güney; Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği, Birinci Baskı, Mayıs 2006.
- DOĞRU Osman, NALBANT Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 1.Cilt, T.C Yargıtay Başkanlığı, 2012, 1.Baskı.
- DOĞRU Osman; Anayasa İle Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İç Tüzüğü, On iki Levha Yayıncılık, 1.Baskı İstanbul 2010.
- EKİNCİ Hüseyin/SAĞLAM Musa; 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi 2012.
- GÖZÜBÜYÜK A.Şeref/TAN Turgut; İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- GÖZLER Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Güncelleştirilmiş 8.Baskı Eylül 2009.
- KARTAL Bilal; Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.
- NALBANT Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru, AİHM ve Türkiye II, Uluslar arası Sempozyum, 10 Aralık 2010, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No:8.
- ÖZBEY Özcan; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.
- SÖKMEN Uğur; Kamu İdaresinde Soruşturma Kovuşturma, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yayın No.2009/400, Ankara 2009.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oguz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2004.

TÜRMEN Rıza; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.

ÜNAL Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, TBMM Basımevi 2001-ANKARA.

Adalet Komisyonu Tutanakları, 31/12/2012, TBMM Tutanak Hizmetleri Başkanlığı

[http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs/Yargi Reformu Stratejisi.pdf](http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs/Yargi_Reformu_Stratejisi.pdf).

[http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2012/2013 Yılı Butçe Sunus Konusmasi.pdf](http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2012/2013_Yili_Butce_Sunus_Konusmasi.pdf).

<http://www.coe.int/aboutCoe/index>

<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0793.pdf>.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/652-08.pdf>.

<http://www.inhak.adalet.gov.tr>.

Birgün Gazetesi 11/1/2013.

Taraf Gazetesi, 11/1/2013.

Vatan Gazetesi, 11/1/2013.

KANUNA KARŞI HİLENİN VERGİ HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ OLARAK PEÇELEME KAVRAMI ve MUVAZAA İLE MUKAYESESİ

Elif YILMAZ*

ÖZET

Özellikle Fransız öğretisinde vergi hukukunun kamu maliyesinin ya da idare hukukunun bir parçası olduğunu ileri süren görüşler olsa da bizim de katıldığımız ve Alman öğretisinde genel kabul gören görüş, kendine özgü kavramları, yöntem, ilke, kural ve müesseseleri ile vergi hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olduğu yönündedir. Bir kamu hukuku dalı olarak vergi hukukunun mali hukukun bir alt dalını oluşturan bağımsız bir hukuk dalı olduğunu destekleyen ve tamamen kendine özgü kavramları vardır. Söz konusu kavramlardan biri de peçeledir. Peçeleme kavramı uygulamada sıklıkla muvazaa ile karıştırılmaktadır.

Bu yazıda vergi kanunlarının yorumu kapsamında ekonomik yaklaşım ilkesinden yola çıkılarak peçeleme kavramı, hukuki niteliği, unsurları ve sonuçları ele alınacak; daha sonra muvazaa kavramı, hukuki niteliği, unsurları, türleri ve sonuçları anlatılacaktır. Son olarak ise, özellikle vergisel saikli muvazaa kavramı ile peçeleme kavramı mukayeseli şekilde ele alınacak ve aralarındaki farklılıklar ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi hukuku, peçeleme, muvazaa, kanuna karşı hile, vergi kaçırma

TAX VEILING CONCEPT AS A VIEW OF FRAUD AGAINST LAW IN TAX LAW AND ITS COMPARISON WITH THE CONCEPT OF COLLUSION

ABSTRACT

Even though the ideas especially in French doctrine which maintain that tax law is a part of public finance or administrative law, the opinion that we agree with and that is generally accepted in German doctrine, with its unique concepts, methods, principles, rules and organizations tax law is an autonomous law department. As a branch of public law, there are unique concepts that support tax law is an independent branch of law which constitute a sub-branch of financial law. One of such concepts is tax veiling. In practice, tax veiling concept is often confused with collusion (simulation).

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, elifyilmaz@gazi.edu.tr.

In this article, the concept of tax veiling, its legal nature, elements and results will be examined on the basis of interpretation of tax acts within the scope of the principle of economic approach, and then the concept of collusion, its legal nature, elements, types and results will be explained. Finally, especially the concept of tax-motivated simulation and the tax veiling concept will be discussed comparatively and their differences will be presented.

Keywords: Tax law, tax veiling (tax camouflage), collusion (simulation), fraud against law, tax evasion

GİRİŞ

Anayasanın 73. maddesi hükmü uyarınca, herkes kamu hizmetlerinin finansmanını sağlamak amacıyla mali gücüyle orantılı olarak vergi ödemekle yükümlüdür. Günümüzde kamu gelirleri arasında ilk sırayı alan verginin doğru toplanması, bir hukuk devletinde bizatihi kamu hizmetlerini finanse edebilmesi amacı kadar mühimdir. Mükelleflerin mali durumlarına uygun vergilendirme yapabilmek, kanunların doğru yorumlanıp uygulanması ile mümkün olabilmektedir¹. Bu noktada yorum faaliyeti devreye girmektedir. Zira soyut ve genel nitelikte olan hukuk kuralların günlük hayatta karşılaşılan somut olaylara uygulanabilmesi için anlamlarının açık ve net bir biçimde ortaya konması gerekmektedir.

Bir kanunun anlam bakımından uygulanması ya da yorumu, onun objektif anlamının ortaya konulması olarak tanımlanabilir. Vergi hukukunda yorumun önemli bir yeri vardır. Vergi idaresi, vergi kanunlarını uygularken; vergi yargısı organları, dava yoluyla önlerine gelen vergi uyuşmazlıklarını çözümlerken zorunlu olarak yorum yapmaktadır². Yorumu yapan organ ya da kişilere göre yasama yorumu, idari yorum, yargısal yorum, bilimsel yorum olmak üzere dört yorum çeşidi mevcuttur. Hangi organ ya da kişi tarafından yapılırsa yapılsın, vergi kanunları yorumlanırken çeşitli yöntemlerden yararlanılmaktadır. Bu kapsamda, lâfzî yorum, sistematik yorum, tarihi yorum, amaçsal yorum olarak sınıflandırılan yorum yöntemleri mevcuttur. Amaçsal yorum kapsamında olmak üzere, vergi hukuku literatüründe “ekonomik yaklaşım” adı verilen ve yorumun kanunun amacının ve özün önceliğinin ön planda tutulduğu bir anlayışla yapılması gerektiği yönünde bir yöntem de

¹ ŞENYÜZ, Doğan, “Peçeleme ile Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar”, **Yaklaşım**, Yıl:16, Sayı:185, Mayıs 2008, s. 24.

² KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 163.

mevcuttur. Nitekim VUK'un 3/B -1 maddesindeki "Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır" hükmü ile ekonomik yaklaşım ilkesine işaret edilmektedir ve bu hükümden hareketle söz konusu ilkeye ulaşılmıştır. VUK'un ilgili hükmünden hareketle, vergi hukukunda vergiyi doğuran olayın saptanmasında iktisadi gerçeğin ön planda tutulması esastır. Zira işlemin gerçek durumunu esas alan maddi boyutu, işlemin hukuki veya şekli görünüm veya görünümünden önemlidir. Özün önceliği noktasından hareketle, özü bulup ortaya çıkarmak asıl amaçtır ve ekonomik yaklaşım bu noktada devreye girmektedir.

Ekonomik yaklaşım esasen, amaçsal yorumun vergi hukukuna özgü özel bir yorum yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ekonomik yaklaşımda amaç, gerçek iktisadi ilişkinin çeşitli hukuki kılıflar kullanılmak suretiyle gizlenmesinin önlenmesidir³. Diğer bir ifadeyle, ekonomik yaklaşım, vergiyi doğuran olayın meydana gelmesine karşın bunun gizlenmesi ve dolayısıyla vergi kaçırma amacını güden davranışların ortaya çıkarılmasına hizmet eden ve vergi ödevinin mükellefler tarafından olması gerektiği gibi yerine getirilmesini sağlayan vergi hukukuna özgü bir yöntemdir.

Amaçsal yorum, "peçeleme" olarak adlandırılan kavramı vergi hukukuna kazandırmıştır. Ancak işlemlerin gerçek (gizlenen) iradelere göre kurulmuş sayılmasına imkân veren ve bir özel hukuk kavramı olan muvazaanın sıklıkla peçeleme ile karıştırıldığı görülmektedir. Bu yazıda söz konusu kavramların hukuki niteliklerinden yola çıkılarak farkları ortaya koyulmaktadır.

I. VERGİ KANUNLARININ YORUMU ÇERÇEVESİNDE EKONOMİK YAKLAŞIM İLKESİ, PEÇELEME KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI ve PEÇELEMENİN SONUÇLARI

A. VERGİ KANUNLARININ YORUMU ÇERÇEVESİNDE EKONOMİK YAKLAŞIM İLKESİ

Vergi kanunlarının anlam bakımından uygulanması çerçevesinde yorum faaliyeti akla gelmektedir. Vergi hukukunda yorum, vergi kanunlarının gerçek anlamlarını ortaya koymaya yönelik bir muhakeme işlemidir ve çeşitli yorum yöntemleri mevcuttur. Bunlardan biri olan amaçsal yorumda ise ekonomik yaklaşım ilkesi öne çıkmaktadır.

³ ŞENYÜZ, s. 24.

Ekonomik yaklaşım ilkesi, vergi kanunlarının gerçek anlamlarının ve içeriğinin belirlenmesinde ve belli olaylara uygulanmasında, kuralların ve olguların biçimsel yapısından çok maddesel ve ekonomik özüne ağırlık verilmesi şeklinde tanımlanabilecektir⁴. İktisadi açıdan tanımına bakacak olursak vergi, özel kesim ekonomisinden kamu kesimine yapılan bir aktarımdır. Verginin iktisadi faaliyetlerle çok yakından ilgili bulunmasından ötürü, vergi hukukunun uygulanmasında da ekonomik verilerin göz önünde tutulması son derece doğaldır⁵.

VUK'un 3. maddesi uyarınca, vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Bu anlatım, Medeni Kanun m. 1'deki genel ilkelerin doğrultusunda ve MK m. 1'e uygun bir anlatımdır. Buradan hareketle, eğer kanunun lafzı açık değilse yorum yoluyla gerçek anlamını ortaya çıkarmak gerekir. Bir vergi kanununun lafzının açık olmadığı durumlarda, söz konusu hükümleri, konuluştaki amaç, hükümlerin kanun yapısı içindeki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak yorumlanacaktır⁶. Bu da göstermektedir ki; vergi kanunlarının yorumlanmasında başvurulması gereken başlıca yöntem, konuluştaki amacın göz önünde tutulmasıdır.

VUK. m. 3, B'nin nitelendirme konusunda yer verdiği genel ilke gereği, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Bu durum, vergiyi doğuran olay ve bu olayla ilgili işlemlerin nitelendirilmesinde ekonomik bir yaklaşımın izlenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Zira vergisel olguların gerçek mahiyeti onların genel olarak iktisadi içeriği ile ilgilidir. İşlemin ya da eylemin gerçek niteliği belirlenirken onun görünüşü değil, gerçek ekonomik içeriği, ekonomik özü göz önünde tutulacaktır. Ekonomik yaklaşım ilkesinin bir sonucu olarak, vergi kanunlarının kullandığı kavramlar iktisadi içeriklerine göre anlamlandırılacaktır. Kısaca, yorumda "içerik biçime ağır basacaktır"⁷.

Öte yandan, vergi kanunları özel hukuk kavramlarına yer verdiğinde, bu kavramların özel hukuktaki anlamlarıyla mı, yoksa değişik bir iktisadi

⁴ ÖNCEL, Mualla / ÇAĞAN, Nami / KUMRULU, Ahmet, **Vergi Hukuku**, Cilt 1: Genel Kısım, 3. Baskı, Ankara, 1987, s. 43 vd.

⁵ KANETİ, Selim, "Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi", **Vergi Dünyası**, Sayı:131, Temmuz 1992, (<http://www.muhassebe.gen.tr/mevzuat/vuk/GenelYazilar/md00306.html>, Erişim 6 Aralık 2012).

⁶ KANETİ, (<http://www.muhassebe.gen.tr/mevzuat/vuk/GenelYazilar/md00306.html>, Erişim 6 Aralık 2012).

⁷ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU, s. 43 vd.

içeriğe göre mi değerlendirilmesi gerektiği de ortaya konmalıdır. Vergi hukuku bakımından önem taşıyan olgu ya da işlem ekonomik sonuçlarına göre nasıl değerlendirilebiliyorsa, vergi hukukunun hangi kuralları ile ekonomik sonuçları bağlantı halinde ise, nitelendirme de buna göre yapılacaktır. Ekonomik içerik, kullanılan biçimsel kalıptan daha önemli olacaktır⁸. Satış vaadinin satışla eşdeğer iktisadi sonuçlar doğurması durumunda, vergilendirme açısından satışımışçasına değerlendirmesi hakkında Danıştay uygulaması, vergi hukukunda işlemlerin ekonomik bir yaklaşımla nitelendirilmesinin belirgin bir örneğidir. Danıştay 4. Dairesi 10.1.1987 tarihli ve 1196/7 sayılı kararında ekonomik yaklaşım ilkesinin etkinliğini şu şekilde vurgulamıştır: “Vergi hukukunda muamelenin ekonomik yönü önemli olup medeni hukukun katı şekil şartlarına bağlanmak, vergi hukuku prensipleriyle bağdaşmaz”⁹.

Ekonomik yaklaşım ilkesinin bir sonucu olarak, bir işlemin özel hukuk açısından geçersiz olması, onun vergi kanunları yönünden vergiyi doğuran olay olarak nitelendirilmesine başlı başına engel değildir. Taraflar, geçersiz de olsa, işlemin iktisadi sonuçlarını meydana getirmesini ve sürdürmesini önlememişlerse, geçersiz işlemin gereklerini eylemli olarak yerine getirmişlerse, geçerli bir işlem varmışçasına vergilendirme yapılır¹⁰. Buna karşılık, işlemin geçersizliği dolayısıyla, taraflar iktisadî sonuçlarını gerçekleştirmekten kaçınmışlar ya da bu nedenle bu sonuçları ortadan kaldırmışlarsa, vergilendirme söz konusu olmayacaktır¹¹.

Peçeleme işlemlerinin ortaya çıkarılabilmesi için ekonomik yaklaşım ilkesinin kullanılması, gerçek iktisadi özün, amacın ortaya çıkarılabilmesini kolaylaştırmakta ve mümkün kılmaktadır. İdare ve yargı organları peçeleme sonucuna ekonomik yaklaşım ile varmaktadır. Bu konuda ispat yükü kural

⁸ Örneğin, taşınmaz mülkiyetinin geçişi MK uyarınca tescil ile tamamlanır. Ancak taşınmaz satışında vergiyi doğuran olay, satış bedelinin tamamının satıcı lehine tahakkuk etmesidir. Danıştay’a göre, satıcı taşınmazda iktisaden tasarruf etme hakkını, taşınmazı teslim ederek, alıcıya terk ettiği anda, satım bedeline hak kazandığından, gelir de taşınmazın alıcıya teslim anında elde edilmiş sayılır. Danıştay 4.D., 12.3.1970, 4119 / 1258; **Danıştay Dergisi**, Sayı: 3, s. 181-182.

⁹ **Danıştay Dergisi**, Sayı:32 / 33, s. 363.

¹⁰ TIPKE, Steurrecht, 11. Baskı, Köln, 1987, s. 8,6.11; aktaran KANETİ, (<http://www.muhassebe.gen.tr/mevzuat/vuk/GenelYazilar/md00306.html>, Erişim 06 Aralık 2012).

¹¹ TIPKE, s 8, 6.11; aktaran KANETİ, (<http://www.muhassebe.gen.tr/mevzuat/vuk/GenelYazilar/md00306.html>, Erişim 6 Aralık 2012). Danıştay 9. Dairesinin 14.1.1983 günlü ve 497/136 sayılı kararına (**Danıştay Dergisi**, Sayı: 52 / 53, s. 405-407) göre, yargı kararı ile satış işlemi hükümsüz sayılarak iptal edildiğinde, vergiyi doğuran olayın dayanağı ve dolayısıyla yükümlülük ortadan kalkar.

olarak idareye aittir. İdare, salt vergi kaçırmaya yönelen iradenin varlığını yemin dışında her çeşit delile kanıtlayabilir. Vergi yargısı organı da re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde delilleri araştıracaktır. Ayrıca peçelemenin söz konusu olabilmesi için vergi kanunun emredici hükmünün özel hukuk biçimleri kötüye kullanılarak bertaraf edilmeye çalışılması koşulu da aranacaktır¹².

B. PEÇELEME KAVRAMI

Mükelleflerin özel hukuk biçimlerinin olağan kullanımları dışına çıkarak vergi ziyaı yaratarak vergi kaçırma yoluna gitmeleri uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Mükelleflerin vergi kaçırmak amacıyla özel hukuk biçimlerini olağan sayılmayacak şekilde kötüye kullanmalarına “peçeleme”, bu eylemi esas alan işleme de “peçeleme işlemi” denir. Peçeleme sözleşmesi ise, “vergi yükümlüleri ve sorumluları özel hukuk biçimlerini ve kurumlarını olağan kullanımları dışında kötüye kullanarak vergi kaçırma amacı güdüüyorsa bu amaca yönelen sözleşmeler¹³” şeklinde tanımlanmıştır. Kaneti ise, “Gerçekten, vergi yasasının amacına göre, vergilendirme konusu olan iktisadi sonucu, vergi yasasının doğrudan doğruya kapsamadığı bir hukuksal biçimle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Vergilendirilmesi amaçlanan iktisadi sonuç, başka bir hukuksal kılıklandırma altında vergi dışı bırakılmak, yasa bu yoldan dolanılmak istenmektedir¹⁴” açıklamasına yer vermiştir.

Peçelemde vergiyi doğuran olay, vergilendirme kapsamı dışına çıkabilmek için gerçekte olduğundan farklı gösterilmektedir. Özel hukukta kullanılan bir sözleşmeler yolu ile vergi yükünün azaltılması yahut ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla bir sözleşmeyi peçeleme sözleşmesi olarak nitelendirebilmek için, mükelleflerin vergi hukuku dışındaki bir özel hukuk müessesesini olağan dışı bir şekilde kullanarak maddi veya manevi olarak haksız yarar elde ettiklerinin belirlenmiş olması gerekir. Ayrıca özel hukuk müessesesini olağandışı ve kötüye kullanan mükellef veya vergi sorumlusunun söz konusu müesseseyi vergi kaçırma amacıyla kullanmış olması gerekir¹⁵.

¹² CİHAN, Hulki, “Genel Hatlarıyla Muvazaanın Unsurları ve Türleri” (<http://www.cihancihan.av.tr/Tr/Makale2.pdf>, Erişim 9 Aralık 2012).

¹³ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 26. Daha önceki baskılarda ise tanımlama şu şekildeydi: “Olağan ve doğal olarak, vergi yasasının vergilendirme konusu yaptığı bir özel hukuk işlemiyle ulaşılmaya gereken bir iktisadi sonucu elde etmek için, vergi yasasında vergilendirme konusu sayılmasından yararlanmak üzere, olağan ve doğal kullanımı dışında başvurulmuş başka tür nitelikteki özel hukuk işlemine peçeleme işlemi ya da perdeleme işlemi denilmektedir”

¹⁴ KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 49.

¹⁵ ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş

Peçelemenin 2 türlü görünümü söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki; vergiyi doğuran olay vardır fakat taraflar vergiyi doğuran olayı gizleyip, bir özel hukuk sözleşmesi ile vergiyi doğuran olayın görüntüsünü değiştirmek suretiyle vergiyi borcunu ortadan kaldırmayı/azaltmayı hedeflemektedirler. Bunu, esas değer küçük gösterilmesi yahut işlemin mahiyetinin farklı aksettirilmesi yoluyla yapmaktadırlar. Örneğin, bir gayrimenkul satımında; gayrimenkulün değerinin düşük gösterilmesi ya da satım işleminin bağışmış gibi gösterilmesi halinde peçeleme söz konusudur. Özetle, peçelemeyi gerçek vergiyi doğuran olayın özel hukuk sözleşmeleri yoluyla farklı gösterilerek vergi borcunun kısmen yahut tamamen ortadan kaldırılması şeklinde tanımlamak mümkündür.

Mevzuatımızda peçeleme kavramına ve peçeleme sözleşmelerine yer verilmemiştir. Peçeleme, literatürün vergi hukukuna kazandırmış olduğu bir kavramdır.

C. PEÇELEMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Vergi hukuku ile özel hukukun hukuki biçimler ve kavramlar bakımından ilişkileri oldukça karmaşıktır. Vergi hukukunun bağımsızlığı bağlamında söz konusu ilişkilerin nitelendirilmesi bakımından üç¹⁶ yaklaşım söz konusudur:

- 1.Vergi hukuku özel hukuka bağlıdır; tamamen özel hukuka uymalıdır.
- 2.Vergi hukuku bağımsızdır, dolayısıyla kendi ilkelerine göre çözüm üretir.
- 3.Özel hukuk ilkeleri geçerli olmakla beraber vergi hukukunun kendi özel düzenlemeleri esastır. Biz bu üçüncü yaklaşıma katılmaktayız¹⁷.

Peçeleme işlemi ya da peçeleme sözleşmesi de vergi hukuku-özel hukuk ilişkisinin bir ürünü olarak nitelendirilebilir. Vergi hukuku-özel hukuk ilişkisinden hareketle, belli hukuki biçimlere uyularak vergi kanunlarını dolanmak amacıyla başvurulması yönüyle peçeleme muvazaaya yaklaşmaktadır. Peçeleme sözleşmesinde taraflar, kanunun sözüne uygun davranıyor görünmekle beraber, esasen onun özünü ihlal etmektedirler. Muvazaada da aynı durum söz konusudur. Nitekim Öncel, Kumrulu ve Çağan'ın ortak eserlerinde yapılan açıklamalara göre de borçlar hukukunun

ve Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Ekim 1998, s. 26.

¹⁶ ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Son Değişiklikleri İşlenmiş 13. Baskı, Ankara, Eylül 2005, s. 4.

¹⁷ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, 2005, s. 5.

muavazaa kavramı ile vergi hukukunun peçeleme kavramı arasında benzerlikler mevcuttur¹⁸. Söz konusu benzerliklere rağmen, bu iki kavram çeşitli açılardan birbirinden farklıdır¹⁹.

Vergi hukuku literatüründe sıkça kullanılan bir kavram olarak peçelemenin tek başına ele alınması, yapısı itibarıyla hukuki mahiyetinin anlaşılması noktasında yeterli değildir. Bu sebepten, öncelikle peçelemeyi de içine alan kanuna karşı hile kavramı ve peçeleme ilişkisi ele alınacaktır.

Vergi hukukçuları, peçelemeyi özel hukukta yer alan kanuna karşı hileye benzetmektedir. Kanuna karşı hile, bir özel hukuk kavramı olmakla birlikte, vergi hukuku-özel hukuk ilişkileri göz önüne alındığında ve peçeleme işleminin niteliği dolayısıyla da özel bir önemi haizdir. Kanuna karşı hile, “Kanunların mana ve maksatlarına mugayir olmakla beraber lafızlarına mutabakatı yüzünden metinlerin normal tatbikleriyle takip edilemeyen ve ancak gai tefsirleri sayesinde müeyyidelenen fiil ve muamelemeler”²⁰ şeklinde tanımlanmıştır.

Kanuna karşı hilede kendisine uyulması zorunlu olan bir norm ve bundan kaçmaya çalışan yani; hem normun gereklerini yerine getirmek istemeyen hem de bu eylemi gizlemek isteyen bir özne söz konusudur²¹. Kanun belli bir konuyu, bir hukuki veya iktisadi sonucu emredici bir kuralla yasaklamışsa, aynı sonuca kanun metnine uygun başka bir yoldan giderek ulaşmak kanuna karşı hile niteliğindedir. Bu durum hukuka aykırıdır²². Kanuna karşı hilede taraflar, hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya iktisadi bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken caiz olan bir başka hukuki işleme başvururlar²³. Yürürlükte olan bir kanun hükmünün amacından saptırılması ve bunun sonucunda bir başka kanun hükmünden kaçılması söz konusudur. Böylelikle bir taraftan yasaklanan işlemin sonuçları doğmakta; diğer taraftan görünüşte yasal bir işlemin yapılması sonucunda hukuka aykırılık da ortaya çıkmamaktadır. Taraflar, hukuk düzeni çerçevesinde olağan şartlarda ve

¹⁸ TUNCER, Selahattin, “Vergi Hukukunda Muvazaa- II”, *Yaklaşım*, Yıl:7, Sayı:82, Ekim 1999, s. 26.

¹⁹ Bu farklılıklar üzerinde ileride durulacaktır.

²⁰ TOPÇUOĞLU, Hamide, **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950, s. 188.

²¹ TOPÇUOĞLU, s. 3.

²² REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 101.

²³ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 345.

normal yollardan ulaşamayacakları bir neticeye, asıl iradelerini saklamak suretiyle ulaşmaktadırlar. O halde, yapılan hileli işlem, yasaklanan işlem beklenen sonucu gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır²⁴.

Kanuna karşı hilenin esaslı unsurları şu şekilde özetlenebilir: Kanuna karşı hile, hükümlerin dolambaçlı bir ihlalini teşkil eder. Bu sebepten hukuka aykırı işlemlerdendir. Görünürde ve sahte bir işlem olmayıp, hukuken hüküm ifade etmesi istenen gerçek bir işlemdir. Ne bizzat işlemin kendisi ne de yapılmasını mümkün kılan niyet gizlidir. Genel olarak gizlenen amaç, işlemin niyeti değil, belki de saikidir. Bu saik, amir hükümden kurtulma amacına yöneldiği için meşru değildir. Kanuna karşı hile, bütün hukuki işlemler hakkında icat edilebilir. Kanuna karşı hilenin ispatında ise tam bir delil serbestisi vardır. Kanuna karşı hile mutlaka bir müeyyide ile karşılanmalıdır. Bu müeyyide ise, hile ile erişilmesi hedeflenen amaca failleri eriştirmemek şeklinde olmalıdır²⁵.

Peçelemede de “bazı hallerde mükellefler, hukuken müsaade edilen tarzda yani medeni hukuk şekillerinden faydalanarak, vergiyi doğuran olayın vukuuna ve böylece vergi mükellefiyetinin yerine getirilmesine mani olabilirler”. Esasen bu durum, kanuna karşı hile ile birebir örtüşmektedir. Bu durum, peçelemenin hukuki niteliği konusunda bizi, peçelemenin özel hukukta düzenlenmiş olan kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki görünümü ya da yansıması, kısaca bir çeşit kanuna karşı hile olduğu sonucuna götürmektedir.

D. PEÇELEMENİN UNSURLARI

Bir işlemde peçeleme olup olmadığına karar verebilmek için işlemin belirli şartları taşıyıp taşımadığının analiz edilmesi gerekmektedir. Söz konusu şartlar, peçeleme işleminin/sözleşmesinin gerçekleşme koşulları ya da unsurları olarak da ifade edilebilir ve söz konusu koşulları/unsurları üç başlık²⁶ altında toplamak mümkündür:

1. Mükellef veya vergi sorumlusu, vergiye tabi bir işlemde özel hukukta düzenlenmiş olan bir hukuki biçim ya da kurumu kanuna uygun biçimde kullanmış olmalıdır.

2. Bu kullanım, iyiniyet kuralları çerçevesinde değil; tamamen vergi kanunlarını dolanmak veya vergi kaçırmak amacına yönelik olmalıdır.

²⁴ AKMAN, Şefik Taylan, “Vergi Hukukunda “Peçeleme” Kavramının Hukuksal ve Sosyolojik Analizi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, Sayı:3, Yaz 2008, s. 27.

²⁵ TOPÇUOĞLU, s. 248.

²⁶ KANETİ, s. 49.

Bir diğ er ifadeyle, vergi kanunlarını dolanmak için mükellef veya vergi sorumlusu, hukuki kalıp veya biçimleri kötüye kullanmalıdır. Hedeflenen iktisadi sonuca ulaşmak için olağan ve doğal olarak başvurulması beklenen hukuki biçim ve kalıplardan yararlanılmış olması ise, kötüye kullanmanın ölçütü olarak kabul edilmektedir. Amacı sonuçla karşılaştırıldığımız zaman, işlemin yapay, olağ andışı, doğal akışına aykırı, uyumsuz, iktisadi açıdan gereksiz yere karmaşık olarak değerlendirilebilir oluş u, kötüye kullanmanın varlığının belirtileridir²⁷. Kötüye kullanma bu suretle tespit edildikten sonra ancak peçelemenin var olup olmadığına karar verilebilir.

3. Özel hukukta düzenlenmiş olan bir hukuki biçim veya müessese, görünüş e göre değil; gerçek iktisadi duruma göre değerlendirilecek ve gerçek iktisadi duruma göre vergilendirme yoluna gidilecektir²⁸.

Uygulamada peçelemenin en yaygın örneğ i, “para faizsiz-ev kirasız” ilişkisinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğ in A, sahip olduğ u konutu B’ye ivazsız olarak kullandırmış, B ise A’ya bir miktar faizsiz borç para vermiştir. Normal şartlarda A’nın konutunun kullanımını B’ye kira karşılığında bırakması; B’nin ise borç vermiş olduğ u paradan ötürü A’dan faiz alması gerekmektedir. Zira kira sözleşmelerinin olağan kullanımları bu şekildedir. Oysa bu ilişkide taraflar, sözleşmeleri olağan kullanımları dışında kullanarak şahsi menfaatlerini denkleştirmekte ve gizleyerek elde ettikleri gelire bağlanan vergiyi doğuran olayın meydana gelmesini önlemiş görünmektedirler. İşte taraflar arasındaki bu ilişki süreklilik arz ediyorsa ekonomik yaklaşımla burada peçeleme olduğ u sonucuna varılacak ve alınmayan kira ve faiz için vergilendirme yapılacaktır.

Kurumlar Vergisi Kanununda yer alan örtülü sermaye (m. 12) ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı (m.13), peçelemenin tipik örnekleri arasında gösterilmektedir. Bir kurumun yakın ilişkide bulunduğ u bir diğ er kurum veya bağılı bulunduğ u kuruluşlardan yaratılan yapay bir borçlanma neticesinde söz konusu kurum veya kuruluşa faiz, komisyon, vade farkı şeklinde ödemeler yapması halinde, örtülü sermaye kapsamında değerlendirilecek bir peçeleme şüphesi doğmaktadır. Durum ayrıntılı olarak tespit edildiğ i takdirde ödenen faiz veya vade farkları, sermayeye yürütülen faiz olarak kabul edilerek kurumun vergi matrahına dâhil edilecektir.

Benzer şekilde, bir kurumun bağılı bulunduğ u kurum veya kuruluştan piyasa koşullarına veya ticari teamüllere uygun olmayan bir düzeyde yüksek

²⁷ KANETİ, s. 49.

²⁸ TUNCER, s. 27.

veya düşük fiyat veya bedellerle alım-satım yapması, inşaat ve imalat yapması veya yaptırması halinde, olayda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı şeklinde peçeleme olduğu yönünde yorum yapılabilecektir. Yapılan incelemeler neticesinde durumun kesin olarak tespit edilmesi halinde kazanç kısmen veya tamamen örtülü şekilde dağıtılmış sayılarak ek tarhiyat yapılacaktır²⁹. Bir kurumun ortağı ve aynı zamanda üst yöneticisi olarak, görev yapan yönetim kurul üyesi veya müdürüne, piyasa koşulları üstünde maaş, ücret, ikramiye veya prim ödemesi yapıldığı halde bu ödeme fazlalığı ücret sayılmayıp kar payı sayılarak kurum matrahına eklenerek vergilendirilecektir.

Gerek örtülü sermayede gerekse transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında söz konusu peçeleme sözleşmeleri adi yasal karine niteliğindedir. Bu sözleşmelerin iktisadi gerçekliği yansıttığı konusunda ispat yükü mükellef veya vergi sorumlusuna aittir³⁰.

Ekonomik yaklaşım yoluyla ortaya çıkarılan peçeleme işlemine Danıştay 7. Dairesinin 2.7.1985 tarihli ve 3975/1531 sayılı kararı da örnek gösterilebilir. Söz konusu kararda Danıştay, sembolik denecek kadar küçük bir peşin bedelle, geri kalan bedeli beş yıl içinde ödenmek üzere reşit olmayan kişi adına taşınmaz alınıp tescil ettirilmesini, çocuğun herhangi bir katkısı söz konusu olmadığı ve borcun babanın beceri ve emeği, maddi ve manevi olanaklarının kullanılmasıyla ödeneceği gerekçesiyle, babanın çocuğuna bir bağışlaması saymış ve Veraset ve İntikal Vergisine tabi olmasını öngörmüştür. Bu karara göre, vergilendirmede “olayın gösterildiği şekilde değil gerçek yönüyle ele alınması gerekir³¹”. Benzer şekilde, nakdi olarak yapılan bir hibede toplam tutar, parçalara bölünerek ve belirli bir zamana yayılarak yapılır ve bu parçalar da istisna haddi içinde tutulursa söz konusu olayda peçeleme olması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda, parçalara bölünen hibe tutarını toplayarak tek bir meblağ halinde vergilendirme yoluna gitmek doğru olacaktır. Ancak, bu tip vergilendirme operasyonlarının barındırabileceği bazı sakıncalar karşısında, bu örnek dâhil bütün hukuki işlemlerde peçeleme kararına varmadan önce olayın bütün ayrıntıları dikkatle araştırılmalı, analiz edilmeli ve salt vergi kaçırma amacının olup olmadığı kesin bir şekilde tespit edilmelidir³². Örneğimizde olduğu gibi, ivazsız bir intikal olarak bağış eğer ki

²⁹ TUNCER, s. 27.

³⁰ ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Son Değişiklikleri İşlenmiş 13. Baskı, Ankara, Eylül 2005, s. 28.

³¹ **Danıştay Dergisi**, Sayı: 62 / 63, s. 299 -302.

³² TUNCER, s. 25.

geniş bir zaman dilimi içinde yapılmış ise peçelemenin varlığını ileri sürmek zordur.

E. PEÇELEMENİN SONUÇLARI

Kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki yansıması veya özel bir türü olarak değerlendirilen peçeleme işlemleri, mali güce göre vergilendirme ve eşitlik ilkeleri bakımından ciddi bir tehdit oluşturur. Peçeleme işlemlerinin vergi hukuku bakımından geçerli sayılması, bu işlemleri sergileyenlerin gerçekte mali güçleri olmasına rağmen vergilendirilmemeleri ve dolayısıyla aynı mali güce sahip kişilerin farklı vergilendirilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple, peçeleme işlemleriyle vergi kanunlarının dolanılmasının önlenmesi vergi hukukunun en önemli ve öncelikli görevleri arasında yer almaktadır³³.

Vergi hukuku, özel hukuk biçimlerini ve kavramlarını ilke olarak aynen kabul eder. Ancak bazı durumlarda vergi hukuku kendi özel düzenlemelerini getirmektedir. Bu gibi durumlarda vergi hukukunun kendi özel düzenlemeleri esas tutulmaktadır³⁴. Ayrıca özel hukukun geçerli kabul ettiği biçimler vergi hukuku bakımından peçeleme oluşturduğu takdirde, özel hukuk biçimleri ve kavramları bir yana bırakılarak, işlemin gerçek niteliğinin esas tutulacağı da Vergi Usul Kanununda açıkça belirtilmiştir³⁵ (VUK m.3/B). Söz konusu madde gereğince; işlem, gerçek niteliğine göre değerlendirilecektir. Dolayısıyla, peçeleme işleminde seçilen hukuki yapıya itibar edilmez, gerçek durum tespit edilerek vergilendirme yoluna gidilir. Bir diğer ifadeyle, iktisadi sonuç, vergi kanununun kapsamındaki doğal ve olağan olarak başvurulması gereken işlemle elde edilmiş olsa idi ne şekilde vergilendirilecek idiyse, peçeleme işlemi de aynı şekilde vergilendirilecektir³⁶.

Peçeleme sözleşmelerinde seçilen hukuki biçim, görünüşteki şekli ile taraflarca istenmiştir. Özel hukuk yönünden geçerli olan hukuki biçim vergi kanunlarının hükümlerini bertaraf etmek için kullanılmıştır. Peçeleme işlemi ile yapılmak istenen, gerçek iktisadi ilişkinin üzerinden örtülerek gizlenmeye çalışılmasıdır; işlemde peçeleme yapılmasıyla esasen vergiyi doğuran olayın

³³ AKKAYA, Mustafa, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 96-97.

³⁴ Örneğin, Gelir Vergisi Kanunu ticari kazancı Türk Ticaret Kanununa atf yaparak tanımlamıştır. Ancak hangi faaliyetlerin ticari faaliyet olarak vergilendirileceğini de ayrıca düzenlemiştir.

³⁵ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, 2005, s. 5.

³⁶ KANETİ, s. 49. vd.

gizlenmesi amaçlanır. Ancak yorum yoluyla ekonomik gerçeklik saptanarak peçelemede görünüşteki hukuki biçime itibar edilmemektedir³⁷. Peçeleme işlemlerini içeren sözleşmeler özel hukuk açısından geçerli olmasına rağmen, vergilendirmede gizlenen iktisadi sonuçlar dikkate alınır. Gerçekleşen olay yerine vergi kaçırma amacı olmasaydı nasıl bir sözleşme yapılacak idi ise, onun yapıldığı varsayımıyla vergilendirme yoluna gidilir. İdare ve vergi yargısı organları, vergilendirmede görünüşteki sözleşmeyi değil, gerçek ekonomik durumu dikkate alır. Diğer bir ifadeyle, vergiyi doğuran olay açısından gerçekleşenin yerine ikame edilen işlem vergi idaresine gerçekmiş gibi gösterilmeye çalışılır. Ancak vergi idaresi işlemde peçeleme olduğunu tespit ederse peçelenen işlemi vergilendirmeye esas alacaktır³⁸.

II. MUVAZAA KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI TİRLERİ ve SONUÇLARI

A. MUVAZAA KAVRAMI

Muvazaa, Arapça kökenli bir kelimedir. Kelimenin öz Türkçe karşılığı danışıklı dövüş, danışıklık, şike şeklinde ifade edilmektedir. Ancak danışıklı dövüş, şike, danışıklık vb. kelimeler muvazaa kelimesinin tam karşılığı olarak benimsenmemiş veya bu kelimelerin muvazaaya karşılık gelmediği düşünülmüştür. Bu sebepten, çoğunluk tarafından muvazaa kelimesi kullanılmaktadır³⁹.

Muvazaanın pek çok tarif ve tanımı yapılmaktadır. Bu tanımlar muvazaanın ana unsurlarında birleşmeler dahi birçok yönlerden birbirinden farklılık göstermektedir. Tanımlardaki farklılığın nedeni muvazaanın tarifi, kapsamı, hüküm ve sonuçları üzerinde gerek bilimsel alanda gerekse uygulamada tam bir görüş birliğinin olmamasıdır⁴⁰. Ancak çoğunlukla Turhan ESENER'in yaptığı muvazaa tanımı⁴¹ üzerinde uzlaşma görülmektedir. Bu tanıma göre; muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine dayanmayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda uzlaşmalarıdır. Bir diğer

³⁷ TUNCER, s. 26.

³⁸ ŞENYÜZ, s. 25.

³⁹ GÜNDOĞDU, Burhan, "Muvazaa ve Peçeleme", **Yaklaşım**, Sayı:193, Ocak 2009, (<http://huseyinust.com/konu-muvazaa-ve-peceleme.html>, Erişim 10 Aralık 2012).

⁴⁰ ÖZKAYA, Eraslan, **İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 106.

⁴¹ ESENER, Turhan, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 105, Ankara, 1956, s. 7.

tanıma göre; muvazaa, tarafların gerçek amaçlarını gizleyerek gerçekten rızaları olmadığı bir sözleşmeyi üçüncü şahıslara karşı mevcutmuş gibi göstermek için uzlaşmaya varmalarıdır⁴².

Kanunlarda muvazaa ile ilgili yazılı bir tanım mevcut değildir. Sadece Borçlar Kanunu'nda muvazaaya yönelik bir açıklama vardır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19. maddesinde “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu muvazaayı tanımlamamış, sadece muvazaalı durumlarda gerçek durumun geçerli olduğuna vurgu yapmıştır.

Muvazaa çokyalın birtanımla; tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin hiçbir hüküm doğurmaması yönünde veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması yönünde anlaşmalarıdır⁴³. Buradan hareketle, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde beyan ettikleri iradeleri ile gerçek iradeleri arasındaki uyumsuzluğa muvazaa, bu konuda yapılan işleme de muvazaalı işlem denmektedir. Daha kısa bir ifadeyle, muvazaalı işlem tarafların gerçek iradeleri ile örtüşmeyen işlemidir. Gerçekte ortaya koymak istemedikleri görünürdeki iradelerini taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçekmiş gibi gösterirken görünürdeki işlemin geçerli olmayacağı konusunda anlamaktadırlar. Muvazaalı sözleşme geçerli kabul edilmez ve taraflar arasında borç ilişkisi doğurmaz.

Vergi hukuku açısından da bir muvazaa tanımı yapmak mümkündür. Buna göre, mükellefler kendi aralarında yaptıkları göstermelik bir anlaşma ile vergi idaresini yanıltmak ve bu yolla vergiden kurtulmak isterler ve bunun için görünürde normal hukuki kurallara uygun fakat gerçekte vergiden kurtulmayı amaçlayan sözleşmeler yaparlar. İşte; sözleşmeyi yapan taraflar, vergiyi doğuran olayı asıl amacından saptırarak ödenecek olan verginin konusu, matrahı, mükellefi ve tutarını ortadan kaldıran veya oranını düşüren sonuçlara ulaşmak istedikleri takdirde, yapılan işlem vergi uygulaması açısından muvazaalı sayılacaktır⁴⁴.

⁴² ALTAY, Şakir, **Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1983.

⁴³ ESENER, s. 7; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, TEKİNAY, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993, s. 408; OĞUZMAN/ ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2006, s. 108.

⁴⁴ TUNCER, Selahattin “Vergi Hukukunda Muvazaa-I”, **Yaklaşım**, Sayı: 80, Ağustos 1999, s. 18-24

Muvazaada gerçekte olmayan bir işlemin taraflar arası bir sözleşme ile varmış gibi gösterilmek suretiyle vergi yükünün yahut vergi borcunun azaltılması ya da ortadan kaldırılması söz konusudur. Dolayısıyla, peçelemede olduğu gibi, burada da taraflar iyiniyet kurallarına aykırı davranmaktadır. İşlemin muvazaalı olduğu tespit edilirse, işlem iptal edilecek ve tüm sonuçlarıyla beraber ortadan kalkacaktır. Zira zaten taraflar arası sözleşme ile varmış gibi gösterilen olay gerçekte gerçekleşmiş değildir. Vergi kaybı yaratılmaktadır ve bundan dolayı taraflar vergi cezasına katlanmak durumunda kalacaktır.

B. MUVAZAAİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Muvazaa bütün hukuk dallarında karşımıza çıkabilir. Fakat daha ziyade medeni hukukçular tarafından incelenmiş ve özellikleri saptanmıştır. Muvazaa kuşkusuz vergi hukukunu da yakından ilgilendirmekte ve bu alanda da uygulama alanı bulmaktadır. Uygulamada gerek vergi idaresi gerek inceleme elemanları gerekse yargı organları muvazaa olayları ile karşılaşmaktadırlar. Buna karşın, özel hukukta muvazaa ve buna benzer kavramlar geniş çapta incelenmiş olmasına rağmen, vergi hukukunda muvazaa ve benzer kavramlar yeterince incelenmiş değildir.

Muvazaa, bir borçlar hukuku kavramı olan inançlı muamele ile farklıdır. İnançlı işlemde, teminat için alacağın temlikinde veya çekin teminat amaçlı temlik cirosuyla devredilmesinde olduğu gibi hak karşı tarafa devredilir; ancak taraflar arasında yapılan inanç anlaşması ile hakkı devralan kimsenin bu hakkını nasıl kullanacağı ve hangi şartlarla iade edeceği tespit edilir. Muvazaalı işlemlerden farklı olarak inançlı işlemler, tarafların gerçek niyetlerine, iradelerine uygundur ve bu sebeple hukuken geçerli sonuçlar doğurmaktadır⁴⁵. Teminat için mülkiyet naklinde mülkiyet hakkı⁴⁶, tahsil için alacağın temlikinde alacak hakkı, tarafların gerçek iradelerine, niyetlerine uyum olarak karşı tarafa geçmektedir. Böylelikle, örneğin, teminat amacıyla mülkiyet hakkının naklinde mülkiyet devri, gerek üçüncü kişiler gerekse taraflar arası ilişkiler yönünden tam ve geçerli bir işlemidir. Devredilen mülkiyet hakkının devralan tarafından nasıl kullanılacağını gösteren “inanç anlaşması”, taraflar arasında borç doğuran bir sözleşme niteliğindedir. Taraflar arasındaki inanç anlaşmasına aykırı olarak mülkiyeti üçüncü bir şahsa devrederse bu devir geçerlidir ancak, ortada inanç sözleşmesine aykırı bir davranış söz konusu

⁴⁵ REİSOĞLU, 2004, s. 93.

⁴⁶ Yargıtay 1. HD. 30.10.2000, K.2000/13223, **Yargıtay Kararları Dergisi**, 2001, s. 1490-1493.

olduğu için, karşı taraf tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır⁴⁷. Sonuç olarak, muvazaa ile inançlı işlemler dış görünüşteki benzerliklerine rağmen aralarında açık bir nitelik farkı mevcuttur. Dolayısıyla, hukuki nitelik olarak muvazaa inançlı muamele ile örtüşmemektedir.

Vergi hukukunda yeterince incelenmemiş kavramlardan biri de kanuna karşı hiledir. Vergi hukuku alanında kanuna karşı hile kavramına yer verilip verilmeyeceği konusunda kesin bir kanı da mevcut değildir. Oysa özel hukuk alanında muvazaa ile kanuna karşı hile kavramları birbirine benzemekte ve zaman zaman birbiri ile karıştırılmaktadır. Bir vergi kanununun emredici bir hükmünün men ettiği amaca bu hükmün uygulanmasını ortadan kaldırarak başka bir yoldan erişmek istenildiği takdirde yapılan işlem kanuna karşı hile kapsamında değerlendirilebilir. Kanuna karşı hile, hükümlerin dolambaçlı bir ihlalini teşkil eder ve hukuka aykırı işlemlerdendir. Görünürde ve sahte bir işlem olmayıp, hukuken hüküm ifade etmesi istenen gerçek bir işlemdir. Ne bizzat işlemin kendisi ne de yapılmasını mümkün kılan niyet gizlidir. Genel olarak gizlenen amaç, işlemin niyeti değil, saikidir. Bir muvazaalı işlem tesis edilirken her iki tarafın da iradeleri ile irade beyanları arasındaki uyumsuzluğu bilmekte ve istemekte olmalarından hareketle, hukuki nitelik itibarıyla muvazaa, bir irade ile beyan arasında isteyerek oluşturulan uyumsuzluk hallerinden biridir ve tam olarak kanuna karşı hile ile örtüşmemektedir.

Bilindiği üzere, hukuken bir sözleşme, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından meydana gelmektedir. Bir irade beyanında, irade ve beyan olmak üzere iki unsur söz konusudur. İrade, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin bilemeyeceği bir iç unsurdur. Buna karşılık beyan, bir irade beyanında öğrenilmesi mümkün olan dış unsurdur. Zira irade, beyan edilerek, beyan yoluyla yani iradeyi gösteren bir fiil veya hareket ile açıklanmış, dış dünyaya duyurulmuş olmaktadır⁴⁸.

Tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde beyan ettikleri iradeleri ile gerçek iradeleri arasındaki uyumsuzluğa muvazaa ve bu konuda yapılan işleme de muvazaalı işlem denir. O halde, muvazaalı işlem tarafların gerçek iradelerine uymayan bir işlemdir. Her iki taraf da iradeleri ile irade beyanları arasındaki uyumsuzluğu bilmekte ve bu hususu isteyerek yaratmaktadırlar. Borçlar hukukunda irade ile beyan arasında istenerek yaratılan uygunsuzluk halleri mevcuttur ve bu konu, bir tarafın isteğiyle

⁴⁷ REİSOĞLU, 2004, s. 94.

⁴⁸ REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 83.

yaratılan uygunsuzluk ve iki tarafın iradesiyle yaratılan uygunsuzluk olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Latife beyanı⁴⁹ ve zihni kayıt⁵⁰ (réserve mentale), bir tarafın isteğiyle yaratılan uygunsuzluk halleri iken; irade ve beyan arasındaki uygunsuzluğu her iki taraf da bilmekte ve istemekte oldukları için muvazaa, iki tarafın iradesiyle yaratılan uygunsuzluk hali olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. MUVAZAANIN UNSURLARI

Bir muvazaalı işlemde esasen birden çok işlem söz konusudur. Bunlar;

- i. Üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış “görünürdeki” işlem,
- ii. Görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceği, sonuç doğurmayacağı yönünde yapılan “muvazaa anlaşması”,
- iii. Tarafların gerçek iradelerine uyan “gizli işlem” olmak üzere üç tanedir. Ancak “gizli işlem” aşağıda -muvazaanın türleri başlığı altında- belirtildiği üzere bütün muvazaalı işlemlerde mevcut değildir⁵¹.

Muvazaalı bir işlem, tarafların gerçeğin dışında bir görünüş yaratmak istemeleri sebebiyle yapılır. Diğer bir deyişle, amaç, 3. kişiler nezdinde gerçeğin dışına çıkıp, deyim yerindeyse sanal bir görüntü yaratmaktır⁵². Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, muvazaanın üç unsuru bulunmaktadır. Bunları;

- i. Tarafların gerçek iradeleriyle, beyanları arasında kasten yaratılan bir uygunsuzluk,
- ii. Üçüncü kişileri aldatma niyeti (muvazaa niyeti),
- iii. Tarafların kendi aralarında 3. kişileri aldatmaya yönelik bir anlaşma (muvazaa anlaşması) olarak sıralamak mümkündür.

⁴⁹ Beyanda bulunan kişi, gayriciddî ve karşı tarafın beyanını ciddiye alamayacağı kanısından hareketle, gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunursa latife beyanı söz konusudur ve latife beyanı geçersizdir. Ancak, beyanın niteliğine ve yapılış şekline göre, karşı tarafça ciddiye alınan ve objektif olarak ciddiye alınması mümkün olan beyanlar geçerlidir ve beyan sahibini bağlar.

⁵⁰ Bir kişi, beyan ettiği şeyi istemiyor ve içinden arzu etmiyorsa zihni kayıt söz konusudur ve gerçek iradeye uymadığı halde yapılan beyan geçerlidir, bağlayıcıdır.

⁵¹ REİSOĞLU, 2004, s. 85.

⁵² CİHAN, (<http://www.cihancihan.av.tr/Tr/Makale2.pdf>, Erişim 9Aralık 2012).

D. MUVAZAANIN TÜRLERİ

Muvazaalı işlemler, muvazaanın amacı doğrultusunda ikiye ayrılırlar. Muvazaanın amacı, tarafların iradelerinin yaptıkları işlemin sonuç doğurması, salt dış dünyada zahiri bir görünüş yaratmak olması ya da hüküm ve sonuç doğurması taraflarca istenmeyen işlemin ardında, hüküm ve sonuç doğurmasının istendiği gizli bir işlemin de yapılıp yapılmadığına göre belirlenir⁵³.

1. Mutlak (Adi) Muvazaa

Mutlak muvazaa, tarafların aralarında gerçekte hiçbir sözleşme yapmadıkları halde dışarıya karşı sözleşme yapılmış gibi gösterilmesi ve bu sözleşmenin tarafları bağlamayacağı konusunda anlaşmaları halidir. Bir diğer tanımla, tarafların gerçekte bir işlem yapmayı düşünmedikleri, istemedikleri halde 3. kişileri aldatmak amacıyla onlara bir işlem yapmış izlenimi uyandırarak görünüşte bir işlem yapmaları halidir⁵⁴.

Mutlak muvazaada görünürde bir hukuki işlem varken gerçek işlem yoktur. Mutlak muvazaa, var olmayan bir sözleşmenin varmış gibi gösterilmesi olup tarafların görünürdeki sözleşmenin sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmış bulunmaları halidir. Özetle, mutlak muvazaadaki tek işlem söz konusudur; o da görünürdeki sözleşmedir.

2. Nisbi (Mevsuf) Muvazaa

Nispi muvazaa, tarafların aralarında yaptıkları gizli işlemi, kendi iç iradelerine uymayan ve dışa yansıyan başka bir işlemle saklamalarıdır⁵⁵.

Nispi muvazaada taraflar, gerçekte bir sözleşme yapmakta fakat bunu saklayarak üçüncü kişilere yaptıklarından farklı bir sözleşme yapmış gibi göstermektedirler. Dolayısıyla mutlak muvazaanın aksine nispi muvazaada iki sözleşme mevcuttur. Söz konusu sözleşmelerden biri, tarafların gerçek iradelerine uygun gizli sözleşme; diğeri ise bu sözleşmeyi gizlemek amacıyla yapılan sözleşmedir. Görünürdeki sözleşme ile gerçek sözleşme gizlenmektedir. Tarafların gerçek iradelerine uymayan görünürdeki sözleşme muvazaalıdır⁵⁶.

⁵³ CİHAN, (<http://www.cihancihan.av.tr/Tr/Makale2.pdf>, Erişim 9 Aralık 2012).

⁵⁴ ADAY, Nejat, **Tasınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul, 1992, s. 5 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 409; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 109.

⁵⁵ ADAY, s. 15; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 409; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 109.

⁵⁶ CİHAN, (<http://www.cihancihan.av.tr/Tr/Makale2.pdf>, Erişim 9 Aralık 2012).

E. MUVAZAANIN SONUÇLARI

Muvazaada görünürdeki işlem hem özel hukuk, hem de vergiyi dolandığı biçimiyle vergi hukuku açısından başlangıçtan itibaren geçersizdir. Gerçek işlem ise ancak geçerlilik koşullarına uygun yapılmış ise geçerli olabilecektir.

Taraflar sadece bir görünüş yaratmışlarsa, görünüşteki işlemin altına gizli bir işlemi saklamamışlarsa, bir diğer deyişle, işlemde eylemli iktisadi sonuçlar doğmamışsa, vergiyi doğuran bir olay gerçekleşmiş olmayacaktır. Muvazaa mevsuf nitelikte ise, görünüşteki işlemin altında gizli bir işlem saklanmışsa, gizli işlemin eylemli iktisadi sonuçları gerçekleştirilmişse, vergilendirme açısından önem taşıyan olgu, gizli işlemdir. Gizli işleme uyan vergilendirme süreci işletilecektir. Örneğin, taraflar, ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle ivazsız olan bağışlamanın iktisadi ve eylemli sonuçlarını hedefleyip gerçekleştirmişlerse, ivazsız kazandırmaları vergilendiren Veraset ve İntikal Vergisi uygulanabilecektir. Danıştay, hısımlık bağı nedeniyle yardım ödevi bulunan kimselerin arasındaki ölünceye kadar bakma sözleşmesinin, ilke olarak, ivazsız bir sözleşme sayılmasını ve bu sözleşmeye göre intikal ettirilen taşınmazın Veraset ve İntikal Vergisinin kapsamında olduğunu kabul etmiştir⁵⁷. Danıştay, miras bırakanın sağlığında maliki bulunduğu taşınmazların kuru mülkiyetini, intifa hakkı kendisinde kalmak koşulu ile çocuklarına satış olarak tapuda tescil ettirmesini, salt Veraset ve İntikal Vergisinden kaçınmak amacına yönelik bir muvazaa olarak değerlendirmiş ve miras bırakanın ölümünde Veraset ve İntikal Vergisinin doğacağını kabul etmiştir⁵⁸. Yine Danıştay’a göre, miras bırakan ile mirasçı arasında Veraset ve İntikal Vergisini bertaraf etmek amacıyla muvazaalı bir alacak borç ilişkisi yaratıldığı sonucuna varılırsa, özel hukukun ispat kurallarıyla bağlı olmaksızın, bu ilişki nazara alınmadan verginin salınması gerekir⁵⁹. İktisadi ve eylemli sonuçları gerçekleşen ve sürdürülerek ayakta tutulan gizli işlemin, “şekil kuralına aykırılıktan ötürü geçersiz olması”⁶⁰, vergilendirmeye etkili olmayacaktır; çünkü eylemli iktisadi sonuçları meydana gelen ve sürdürülen geçersiz işlem ilke olarak vergilendirmeye dayanak olmaktadır.

⁵⁷ Danıştay, 7.D., 13.1.1987, 164 / 2 , **Danıştay Dergisi**, Sayı: 68 / 69, s. 480-482.

⁵⁸ Danıştay, 7.D., 7.6.1985, 2539/1354, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 60/61, s. 335-336. Bu kararda geçerli sayılmayan satış sözleşmesi için ödenen vergilerin mükellefler tarafından ödenecek veraset ve intikal vergisinden mahsubu öngörülmüştür.

⁵⁹ Danıştay, 7.D., 4.2.1986, 2894 / 286, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 64 / 65, s. 267-269.

⁶⁰ Yargıtay’ın 1.4.1974 tarihli ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, muvazaalı taşınmaz işlemlerinde, görünüşteki işlem tarafların isteğine uymadığından, gizli işlem ise şekil kuralına aykırı olduğundan geçersizdir. (R.G. 30.4.1974).

III. PEÇELEME ve MUVAZAA ARASINDAKİ FARKLAR

Gerek muvazaada gerekse peçelemde taraflar nezdinde vergi yükünü dolayısıyla devletin vergi gelirlerini azaltıcı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Belli hukuki biçimlere uyularak vergi kanunlarını dolanmak amacıyla başvurulması ve iyiniyet kurallarını ihlal etmesi yönüyle de peçelege muvazaaya yaklaşmaktadır. Peçelege kavramının dış dünyaya yansıyan görüntü itibarıyla özellikle vergisel saikli muvazaa ile benzer yanları bulunmakta ve bu sebepten bu iki kavram sıkça birbirine karıştırılmaktadır. Zira hem vergisel saikli muvazaalı işlemlerde hem peçelege işlemlerinde mükellef veya vergi sorumlusunun amacı idareyi aldatarak vergi matrahını hukuki olmayan yollardan küçültmektir. Bu sebeple, peçelege ile muvazaa, özellikle vergisel saikli muvazaa arasında vergi hukuku açısından net bir sınır çizmek kolay değildir. Bu güçlüğüñ nedeni, peçelege veya muvazaalı işlemin taraf iradelerini de kapsar biçimde bir bütün olarak kavranamaması ve özel hukukun düzenleme olanaklarının ne zaman kullanıldığı konusundaki belirsizliktir⁶¹.

Peçelege sözleşmesinde taraflar, kanunun sözüne uygun davranıyor görünmekle beraber, esasen onun özünü ihlal etmektedirler. Muvazaada da aynı durum söz konusudur. Ancak peçelege ve muvazaa arasında bu tip benzerlikler bulunmasına rağmen, bu iki kavram çeşitli açılardan birbirinden farklıdır. Söz konusu farklılıkları şöyle sıralamak mümkündür:

-Muvazaa özel hukuk kavramıyken, peçelege vergi hukukuna özgü bir kavramdır.

-Peçelegemeyi gerçek bir vergiyi doğuran olayın özel hukuk sözleşmeleri yoluyla farklı gösterilerek vergi borcunun kısmen yahut tamamen ortadan kaldırılması şeklinde tanımlamak mümkündür ve bir işlemde peçelege olduğu tespit edildiğinde gerçek iktisadi duruma göre vergilendirme yapılacaktır. Muvazaada ise, gerçek olmayan bir olayın/işlemin taraflar arası bir sözleşme ile varmış gibi gösterilmek suretiyle vergi yükünün azaltılması ya da ortadan kaldırılması söz konusudur. Kısaca, peçelemde işlemin temelinde gerçek bir olay yatıyorken; muvazaada gerçekte olmayan bir işlemin/olayın taraflar arası bir sözleşme ile varmış gibi gösterilmesi, bu iki kavram arasındaki en temel farkı oluşturmaktadır.

⁶¹ AKKAYA, s. 104-105.

-Muvazaa olaylarında biri açık, diğeri gizli iki anlaşma olduğu halde; peçeleme işlemlerinde muvazaalı işlemlerdeki gibi gizli işlem, görünürdeki işlem, muvazaa sözleşmesi gibi çok sayıda işlem bulunmaz. Peçeleme sözleşmesi tektir. Hatta peçeleme işlemlerinde “peçeleme sözleşmesi” çoğunlukla gerekli değildir⁶².

-Peçeleme işlemi görünüşteki şekliyle taraflarca istenmiştir; ancak özel hukuk açısından geçerli olan hukuki yapı, vergi kaçırmak için seçilmiştir. Peçeleme sözleşmesinde seçilen hukuki biçim saklanmaz, yapıldığı şekliyle ve açıkça kullanılması taraflarca arzulanır. Muvazaada (nispi muvazaa) ise, görünürdeki sözleşmenin yapılması taraflarca arzulanmaz, yapılması arzulan sözleşme gizlenen sözleşme olup bunun saklanması temel amaçtır.

-Hukuki nitelikleri itibariyle de muvazaa ve peçeleme farklı kavramlardır. Çünkü muvazaada sözleşmenin taraflarının gerçek iradeleri ile görünürdeki iradeleri arasında kasıtlı bir uygunsuzluk varken; peçelemde iradeler arasında uygunsuzluk bulunmaz. Peçeleme sözleşmesinde ortaya konan irade ile ortaya konmak istenen irade arasında fark yoktur. Kısaca, hukuki nitelik itibariyle muvazaa borçlar hukukunda irade ile beyan arasında isteyerek oluşturulan uyumsuzluk hallerinden biri iken; peçeleme işlemi veya peçeleme sözleşmesi, kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki görünümüdür.

-Peçeleme ile esas karıştırılabilecek olan muvazaa değil; vergisel saikli muvazaadır. Ancak peçelemde tarafların yapmak istedikleri ile sergiledikleri işlemler aynı iken; vergisel motifli muvazaada tarafların sergiledikleri görünüşteki işlem ile yapmak istedikleri gerçek işlem farklıdır.

-Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine dayanmayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda uzlaşmalarıdır. Peçeleme sözleşmeleriyle ise, vergi kanununun amacına göre, vergilendirme konusu iktisadi sonuca vergi kanunlarının doğrudan doğruya kapsamadığı bir hukuki biçimle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bir diğer deyişle, vergilendirilmesi amaçlanan iktisadi sonuç, başka bir hukuki kimliklendirme altında vergilendirme dışı bırakılmak, kanun bu yoldan işlevsiz hale getirilmeye çalışılmaktadır⁶³.

⁶² TUNCER, s. 25.

⁶³ GÜNDOĞDU, (<http://huseyinust.com/konu-muvazaa-ve-peceleme.html>, Erişim 10 Aralık 2012).

-Muvazaa halinde yaratılan görünürde sözleşmenin amacı başkalarını yanıltmak olup, tüm unsurları tamam olan sözleşmedir. Gizlenen sözleşme taraflar arasında önceden kararlaştırılmış sözleşmedir. Muvazaalı sözleşme, gizlenen sözleşmenin gün ışığına çıkışını önleyebilmek için yapılan sözleşmedir. Peçeleme sözleşmelerinde bir sözleşmeyle bir başka sözleşmenin gizlenmesi söz konusu olmayıp, gizlenen vergiyi doğuran olayın sonuçlarıdır.

-Muvazaada görünürdeki işlem hem özel hukuk, hem de vergiyi dolandığı biçimiyle vergi hukuku açısından başlangıçtan itibaren geçersizdir. İşlemin muvazaalı olduğu tespit edilirse, yapılacak olan iptal işlemi olacaktır ve tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır. Zira zaten taraflar arası sözleşme ile varmış gibi gösterilen olay gerçekte gerçekleşmiş değildir. Vergi kaybı yaratılmaktadır ve bundan dolayı taraflar vergi cezasına katlanmak durumunda kalacaktır. Peçeleme sözleşmeleri ise özel hukuk açısından geçerli, vergi hukuku itibarıyla geçersizdir. Diğer bir ifadeyle, peçelemeye özel hukuk bakımından geçerli bir işlem var iken; muvazaada görünüşteki işlem geçersizdir. Gerçek işlem ise ancak geçerlilik koşullarına uygun yapılmış ise geçerli olabilecektir.

-Muvazaalı sözleşmeler vergiyi bertaraf etmek amacıyla yapılabileceği gibi, bu amacı taşımaksızın da yapılabilir. Oysa peçeleme sözleşmesi sadece vergiyi dolanmak amacıyla yapılır⁶⁴.

-Muvazaalı sözleşmeler mutlak butlanla batıl oldukları için muvazaalı oldukları her zaman iddia edilebilir. Peçeleme iddiası, ancak vergi hukukundaki zamanaşımı süreleri dikkate alınarak ileri sürülürse sonuç alınabilir.

-Muvazaayı aldatılan -vergi idaresi dâhil- kişiler ileri sürülebilirken, peçeleme vergi idaresine karşı yapıldığı için vergi idaresi tarafından ileri sürülebilir.

-Aralarındaki farkı tam anlamıyla kavrayabilmek adına, peçelemeyi muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme; muvazaayı ise sahte fatura düzenleme eylemine benzetebiliriz. Hal böyle olunca, muvazaa halinde uygulanacak ceza daha ağır olacaktır. Peçelemenin tespiti durumunda ikmalen ya da resen vergi tarhi yapılması, mükellefin gecikme faizi ödemesi ve mükellef hakkında çeşitli vergi cezalarının uygulanması söz konusu olur.

⁶⁴ ŞENYÜZ, Doğan, “Peçeleme ve Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar”, (http://www.ekonomikpanorama.com/yazarlar/pr_dr_dogan_senyuz/12529.html, Erişim 22 Şubat 2013.)

Sonuç olarak, hukuki nitelikleri, ortaya konan işlem sayısı, hukuki sonuçları ve en önemlisi, peçeleme işleminin temelinde gerçek bir olay yatıyorken; muvazaada işlemin temelinde yatan gerçek bir olay bulunmaması dolayısıyla muvazaa ile peçeleme kavramlarını birbirinden ayırt etmek gerekir.

SONUÇ

Yorumda amaç, kanunun gerçek amacını doğru şekilde tespit etmek ve ortaya koymaktır. VUK'un 3. maddesi, vergi kanunlarının yorumlanmasında, vergisel olguların nitelendirilmesinde ve ispat alanında ekonomik yaklaşım ilkesine ağırlık vermiş bulunmaktadır. Ekonomik yaklaşım ilkesinin bir sonucu olarak, vergi kanunlarının kullandığı kavramlar iktisadi içeriklerine göre anlamlandırılacaktır⁶⁵.

Vergi hukukundaki önemli yorum normlarından biri olan ekonomik yorum, adını literatüre borçlu olduğu peçeleme kavramını ortaya çıkarmıştır⁶⁶. Peçeleme kavramının dış dünyaya yansıyan görüntü itibarıyla vergisel saikli muvazaa ile benzer yanları bulunmakta ve bu sebepten bu iki kavram sıkça birbirine karıştırılmaktadır. Zira hem vergisel saikli muvazaalı işlemlerde hem de peçeleme işlemlerinde mükellef veya vergi sorumlusunun amacı idareyi aldatarak vergi matrahını hukuki olmayan yollardan küçültmektir.

Aralarındaki benzerlikler peçeleme ile muvazaanın aynı şeyler gibi algılanmasına ve hatta birbiri yerine kullanılmasına yol açmaktadır. Söz konusu benzerliklere rağmen muvazaa ile peçeleme çeşitli açılardan farklı kavramlardır. Her şeyden evvel, peçeleme işleminin temelinde gerçek bir olay yatıyorken; muvazaada işlemin temelinde yatan gerçek bir olay bulunmamaktadır. Bu iki kavram hukuki nitelik itibarıyla da aynı değildir. Zira muvazaa borçlar hukukunda irade ile beyan arasında isteyerek oluşturulan uyumsuzluk hallerinden biri iken; peçeleme işlemi veya peçeleme sözleşmesi, kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki görünümüdür. Ayrıca, vergi hukukunda da uygulama alanı bulan muvazaa, Borçlar Kanunundaki düzenleme nedeniyle daha çok medeni hukukçular tarafından incelenmiş, tanımı, özellikleri ve hukuki sonuçları ortaya konmuş olsa da bütün hukuk dalları için geçerlidir. Özetle, muvazaa bütün hukuk dallarında karşımıza çıkmakta iken; peçeleme, vergi hukukunun kendi yöntemleriyle ortaya çıkarılan, sadece vergi hukukunda kullanılan, bu alana özgü bir kavramdır.

⁶⁵ KANETİ, s. 43

⁶⁶ ŞENYÜZ, s. 27.

KAYNAKÇA

- ADAY, Nejat, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul, 1992.
- AKKAYA, Mustafa, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- AKMAN, Şefik Taylan, “Vergi Hukukunda “Peçeleme” Kavramının Hukuksal ve Sosyolojik Analizi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, Sayı:3, Yaz 2008, s. 27.
- ALTAY, Şakir, **Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1983.
- CİHAN, Hulki, “Genel Hatlarıyla Muvazaanın Unsurları ve Türleri” (<http://www.cihancihan.av.tr/Tr/Makale2.pdf>, Erişim 9 Aralık 2012).
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- ESENER, Turhan, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 105, Ankara, 1956.
- GÜNDOĞDU, Burhan, “Muvazaa ve Peçeleme”, **Yaklaşım**, Sayı:193, Ocak 2009, <http://huseyinust.com/konu-muvazaa-ve-peceleme.html>, Erişim 10 Aralık 2012.
- KANETİ, Selim, “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi”, **Vergi Dünyası**, Sayı:131, Temmuz 1992, (<http://www.muhassebe.gen.tr/mevzuat/vuk/GenelYazilar/md00306.html>, Erişim 6 Aralık 2012).
- KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, 1989.
- KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2006.
- ÖNCEL, Mualla / ÇAĞAN, Nami / KUMRULU, Ahmet, **Vergi Hukuku**, Cilt 1: Genel Kısım, 3. Baskı, Ankara, 1987.
- ÖNCEL, Mualla / ÇAĞAN, Nami / KUMRULU, Ahmet, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Ekim 1998.
- ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**,

- Gözden Geçirilmiş Son Değişiklikleri İşlenmiş 13. Baskı, Ankara, Eylül 2005.
- ÖZKAYA, Eraslan, **İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.
- REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- ŞENYÜZ, Doğan, “Peçeleme ile Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar”, **Yaklaşım**, Yıl:16, Sayı:185, Mayıs 2008, s. 24-27.
- ŞENYÜZ, Doğan, “Peçeleme ve Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar”, (http://www.ekonomikpanorama.com/yazarlar/pr_dr_dogan_senyuz/12529.html, Erişim 22 Şubat 2013.)
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla/ TEKİNAY, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993.
- TOPÇUOĞLU, Hamide, **Kanuna Karşı Hile(Kanundan Kaçınma Yolları)**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950.
- TUNCER, Selahattin “Vergi Hukukunda Muvazaa-I”, **Yaklaşım**, Sayı: 80, Ağustos 1999, s. 18-24.
- TUNCER, Selahattin, “Vergi Hukukunda Muvazaa- II”, **Yaklaşım**, Yıl:7, Sayı: 82, Ekim 1999, s. 25-27.

BOŞ

ÇEVİRİ>>

BOŞ

ÜRÜN SORUMLULUĞU RİSK KONTROLÜ*

Başarı İçin Yedi Anahtar

Oğuz Sadık AYDOS**

ÖZET

Ayıplı ürünler nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı günümüzde kabul edilen kusursuz sorumluluk ilkesi zarar gören için önemli bir koruma getirmiştir. Dağıtım zincirindeki herkese uygulanacak olan bu ilke, üretici, toptancı ve perakendecinin yükümlülüklerini de belirlemiştir. Bu yükümlülükleri, denetleme ve test etme, uyarı, dikkat ve özen şeklinde ifade edebiliriz.

Sorumlu olacak kişilerin, ürün güvenliğini sağlamaları ve bu suretle ayıplı ürün nedeniyle ödeyecekleri tazminatları en aza indirmeleri için yedi faaliyet sahasına özen göstermeleri gerekir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz: İdarî önderlik ve destek, güvenli tasarım, yasal inceleme ve hukukî danışman, kalite güvencesi ve denetim, ürün etiketleri, ambalajlama ve uyarılar, pazarlama ve tüketici hizmetleri, ürünün piyasadan toplatılmasına ilişkin plânlama ve bunun uygulanması.

Ürünün güvenli olması alacağı üst düzey idarî desteğe bağlıdır. Ürün sorumluluğu davalarında en çok dayanak noktası yapılan tasarım ayıplarının önüne geçilebilmesi için alternatif tasarımların daha güvenli olmaması gerekir. Ürün piyasaya sürülmeden önce uzman bir hukukçunun bu ürünü incelemesi sorumluluğun azalmasında önemli bir faktördür. Güvenli ürünler üretmek için gerekli şartların yeknesak hâle getirilmesi ve ISO 9000'in uygulanması gereklidir. Ürün etiketleri, ambalajlama ve uyarılar da ürün kavramı içinde yer alır ve üreticinin bunlara da dikkat etmesi gerekir. Ürüne ilişkin olarak üreticinin kullanacağı bir cümle tüketici açısından garanti anlamına geleceğinden pazarlama tekniklerinin gözden geçirilmesi gerekir. Her türlü tedbirin alınmasına, gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen ürünün ayıplı olma ihtimali vardır. Bu durumda en rasyonel tercih, ürünün piyasadan toplatılması olacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Ayıplı ürün, kusursuz sorumluluk, risk kontrolü, yedi faaliyet sahası, önleme*

* Bu çeviri RYAN, Kenneth E.'nin Professional safety Dergisi Şubat 2003 sayısında yayımlanan **“Product Liability Risk Control Seven Keys to Success”** isimli makalesinden yapılmıştır.

** Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi

**PRODUCT LIABILITY RISK CONTROL
SEVEN KEYS TO SUCCESS**

ABSTRACT

For damages caused by defective products accepted today, the principle of strict liability has brought an important protection for everyone who got harmed. Distribution of this principle to be applied to everyone in the chain, a manufacturer, wholesaler and retailer has also determined obligations. We can express these obligations as inspecting and testing, warning and attention and care.

People who will be responsible need to demonstrate care for seven business units in order to provide the safety of the product and minimize the compensation to be paid due to defective products. We can arrange them like these: Management leadership and support, safe design, legal review and counsel, quality assurance and control, product labels, packaging and warnings, marketing and customer service, product recall planning and implementation.

The safety of the product depends on high-level administrative support which it will take. In order to be able to prevent the very premise of the design in the cases of the product liability, the alternative designs should not be safer. Before the product is brought out, the review of an expert lawyer is an important factor in reducing the liability. To produce safe products, the necessary conditions should be made uniform and ISO 9000 should be implemented. Product labels, packaging and warnings take place within the concept of the product and the manufacturer must pay attention to them. Marketing techniques should be reviewed, as a phrase used by the manufacturer means a warranty from the point of consumers' view. Even if all kinds of necessary attention and care is taken, there is a possibility that the product may be defective. In this case, the most rational chose is that the product should be recalled from the market.

Keywords: *Defective product, strict liability, risk control, seven business unit, prevent*

GİRİŞ

Ürün sorumluluğu, bir ürünün tasarımı, üretimi, dağıtımı, satışı ve kullanımından doğan kanunî bir sorumluluktur. Bir ürün, amacına uygun şekilde kullanıldığı esnada ayıplı olur veya malvarlığı ya da kişilik değerlerine zarar verirse, üretici veya satıcı ya da ikisi birden sorumlu olur. Kişilerin uğradığı zararın, üretici ve/veya satıcı tarafından tazmin edilmesi gerekir.

1800'lerin ortalarına kadar, üreticiler, toptancılar ve perakendeciler o dönemde hâkim olan “*caveat emptor*” ilkesi uyarınca ürün sorumluluğundan

nispeten korunuyorlardı. Zira bu ilkenin anlamı “*alıcı dikkatli olsun*” demektir. Bu bağlamda, ayıplı ürünün neden olduğu zararlarda alıcı dava açma ve talepte bulunma hakkına sahip olmayacaktı. Toplum ve mahkemeler genellikle, tüketicilerin kendilerini zararlardan korumaları gerektiğine inanıyordu. Bu dönemde, malların önemli bir bölümü, ziraî ürünler veya karmaşık bir yapısı olmayan mallardan oluştuğu için alıcının ayıpları kolaylıkla fark edebileceğine inanılıyordu.

İlerleyen zamanlarda hâkim olan ve “*akdî ilişki*” olarak ifade edilen doktrin, ürün sorumluluğu davalarında farklı bir koruma getirmiştir. Bu doktrine göre, ayıplı ürün nedeniyle zarara uğrayan, tazminat talebini sadece bu ürünü kendisine satan kişiye yöneltebilir. Bu bağlamda, bir perakendeciden ayıplı ürün satın alan ve bu ürün nedeniyle zarar gören tüketicinin, akdî bir ilişki içinde olmadığı üretici ve toptancıya karşı dava açma hakkı yoktur. Alıcı dışında üçüncü kişinin zarara uğraması hâlinde ise, üretici, toptancı veya perakendeciye dava açılmasının hukukî dayanağı bulunmamaktadır.

Yukarıda ifade edilen anlayışlar günümüzde tamamen terk edilmiş ve “*caveat venditor*” (*satıcı dikkatli olsun*) anlayışı hâkim hâle gelmiştir. Satım sözleşmesinin genel şartı olarak kabul edilen “*zımnî ortalama kalite garantisi*” teorisi, malların kullanım amaçlarına uygun bir şekilde makul bir güvenlik içinde üretilmesini gerektirmektedir.

Kusursuz sorumluluk teorisi çerçevesinde, kusurun ispatlanmasına gerek yoktur. Zarar görenin tazminat talebinde, ayıbın kullanıcı için makulün üzerinde tehlikeli olduğunu, zararın ayıptan kaynaklandığını ve üreticinin denetimi altında iken ürünün ayıplı olduğunu ispatlaması yeterlidir. Tazminat talep eden kişi, alıcı olabileceği gibi alıcının yanındaki bir kişi veya ürünü kullanan herhangi bir üçüncü kişi de olabilir. Bu tahlilde, sadece üretici değil herhangi bir ticarî sağlayıcı da sorumluluğun sujesi olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin, komşusuna bir kavanoz reçel satan kişi de sorumlu olabilecektir. Kusursuz sorumluluk, üreticiden başlayarak (yedek parça üreticisi de dâhil) toptancı ve perakendeci gibi dağıtım zincirindeki herkese uygulanacaktır.

Üreticiler, Toptancılar ve Perakendecilerin Yükümlülükleri

Üretici, “*ayıpsız*” ve ayrıca kullanım amacı açısından güvenli ve makul olarak tahmin edilen zararlı özelliklerinden arındırılmış ürünleri üretmekle yükümlüdür. Tasarımın, üretimin ve gerekli uyarıların usulüne uygun yapılması ürünün ayıpsız olması anlamına gelir.

Ayıplı ürün nedeniyle ortaya çıkan zararlarda üreticinin kim olduğunun tespiti bazı hâllerde güçlük arz edebilir. Zira, kendilerini “*üretici*” olarak nitelendirmeyen kişiler, aşağıdaki hâllerde sorumluluk altına girerler:

- başkaları tarafından üretilen unsurları ve/veya parçaları kendi markaları veya ticarî unvanları altında bir araya getirdiklerinde,
- başkaları tarafından tasarlanan, üretilen, bir araya getirilen ürünleri kendi markaları, ticarî unvanları veya bandrolleri altında sattıklarında,
- bisiklet ve barbekü gibi başkaları tarafından bir araya getirilen ürünleri sattıklarında veya bunların toptancılığını yaptıklarında,
- başkaları tarafından üretilen kullanılmış ürünleri tekrar satmak amacıyla yeniden üretim sürecinden geçirdiklerinde, tamir ettiklerinde veya teknolojik eklemeler yaptıklarında,
- başkaları tarafından üretilen yeni ürünleri, satmak amacıyla modifiye ettiklerinde veya yeniden paketlediklerinde,
- yabancı bir ülkeden doğrudan ithal edilen ürünleri sattıklarında.

Çok ayrıntılı olmayan bu listede bir şirketin, tasarlamadığı ve üretmediği bir ürün nedeniyle üreticinin yükümlülüklerini ve sorumluluklarını üstlendiği vurgulanmak istenmiştir.

Toptancı ve perakendecilerin bu sorumluluklarının yanı sıra, hukukun kendilerine yüklediği yükümlülükleri şu şekilde ifade edebiliriz:

• **Denetleme ve test etme yükümlülüğü.** Perakendecilerin, sattıkları ürünleri denetleme ve test etme yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, otomobil satışı ile iştigal eden bazı işletmelerin denetleme ve test etmesi gerekebilir. Bunun yanı sıra, bir ürünü onaran ve/veya ürünün güvenliğini garanti eden perakendecilerin denetleme ve test etme mükellefiyeti altında olduğu da genellikle kabul edilir.

• **Uyarı yükümlülüğü.** Ürünün kullanımı ile ortaya çıkacak ve ürünün yapısında mevcut olan bir tehlikeyi bilen perakendecinin, bu tehlike ortaya çıkmadan veya herkesçe bilinir hâle gelmeden gerekli uyarıları yapması gerekir. Kullanıcının yaşı veya aklî yeterliliği bu yükümlülüğün kapsamını belirlemede dikkate alınacak etkin faktörlerdir. İlgili alanda uzman olması nedeniyle satım konusu ürünün, tahmin edilen kullanım amacına uygun olmadığını bilen perakendecinin alıcıyı bu konuda uyarması gerekir.

• **Dikkat ve özen yükümlülüğü.** (makul ve basiretli tacir olarak gereken önlemleri almak gibi). Tehlikeli bir ürün satan perakendeci, bu ürünün kullanımından doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Ayrıca, küçüğe ateşli silah satışı veya insan tüketimine uygun olmayan bir gıda ürününün ticareti gibi hukukun alış verişine izin vermediği ürün nedeniyle meydana gelen zararlar da perakendecinin sorumluluğunu gerektirir. Bunun yanı sıra, ürünleri depolayan veya nakleden toptancı ya da perakendecinin, depolama veya nakletme koşullarının ürünü ayıplı hâle getirmemesine dikkat etmesi gerekir (örneğin, sıcaklık değerleri, şoklama, güneş ışığı, çevre temizliği gibi).

Fazla ayrıntıya girilmemiş olan bu listede, ürün güvenliği için sorumluluğun sadece üreticide olmadığı anlatılmak istenmiştir. Toptancı veya perakendecinin sattıkları ürünler nedeniyle sorumlu olmaması için itibarlı üreticilerin ürettiği ürünleri satma konusunda dikkat ve özen göstermeleri gerekir. İtibarlı üretici, ürünleri kullanım amaçlarına uygun olarak üretme, ürünlerin makul olarak beklenen yanlış kullanımlarını önleme ve tehlikeli ürün üretmeme konusunda gerekli dikkat ve özeni gösteren üreticidir.

Güvenli ürünleri ve hizmetleri sağlama taahhüdü, günümüzün kalite bilincine sahip piyasasında, uzun dönemde başarıyı sağlamada daha önemli bir hâle gelmiştir. Bu çerçevede, ulusal satış rekabetinde ürün güvenliği şimdi ortak bir özelliktir.

Ürün Sorumluluğu Risk Kontrolü İçin Yedi Anahtar

Ürün güvenliğinin sağlanması ve ayıplı ürün nedeniyle ödenecek tazminatların en aza indirilmesi için sorumluluk sujelerinin dikkat etmeleri gereken faktörler yedi tanedir. Bunlar:

- 1) İdarî önderlik ve destek;
- 2) Güvenli tasarım;
- 3) Yasal inceleme ve hukukî danışman;
- 4) Kalite güvencesi ve denetim;
- 5) Ürün etiketleri, ambalajlama ve uyarılar;
- 6) Pazarlama ve tüketici hizmetleri;
- 7) Ürünün piyasadan toplatılmasına ilişkin plânlama ve bunun uygulanması

İdarî Önderlik ve Destek

Ürün güvenliğinin sağlanması için, davranışları örnek alınacak nitelikte kaliteli bir idarî yapı olması gerekir. Bu idarecilerin:

- Çözümleri geliştirme ve uygulama için zaman ve para tahsis etmesi,
- Güvenli bir üretim ve satışın iş başarısını devam ettirmede kritik bir önemi haiz olduğunu tüm işçilerin idrak etmesini sağlayacak bir kültürü teşvik etmesi,
- Sağlayıcılar, taşeronlar, dağıtıcılar gibi diğer dışsal ortaklar arasındaki organizasyonun sağlıklı yürümesi için gerekli iletişimi geliştirmesi,
- Ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu ile ilgili gerekli önleyici tedbirler konusunda yeknesak bir uygulama sağlaması,
- Ürün güvenliği konusunda politika, yöntem, amaçlar, sorumlular ve diğer aktiviteleri belgelemeleri ve güncelleştirmeleri gerekir.

Bunların yanı sıra, ürün sorumluluğuyla ilgili güncel yasal kavram ve görüşleri idarenin anlaması, etkili bir politika oluşturmak için bu bilgiyi kullanması ve bu politika konusunda çalışanlarına eğitim vermesi gerekir.

Güvenli Tasarım

Tasarımdaki ayıp, ürün sorumluluğu davalarında çok sık kullanılan bir dayanak noktasıdır. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (American Law Institute, ALI) 1998'deki incelemesine göre; *“bir ürün ... satıcı veya diğer dağıtıcı ya da ticarî dağıtım zincirindeki başka bir kişi tarafından makul alternatif bir tasarımın kabul edilmesiyle, üründe yer alan öngörülebilir zarar tehlikesi azalacak veya tamamen ortadan kalkacak ise ve alternatif tasarımın yapılmaması ürünü güvenli olmayan bir hâle getirmişse tasarım da ayıplıdır...”*. Yargıyı bağlamayan sadece yol gösterici nitelik taşıyan ALI'nin bu beyanı, gelenekleri etkilemiş ve yargının bu doğrultuda karar vermelerine neden olmuştur.

İkinci Restatement¹ ile Üçüncü Restatement arasında ürün sorumluluğu alanında yaşanan önemli bir değişiklik, bir ürünün tasarımının ayıplı olup olmadığını tespititte *“Tüketici Beklentileri Testi”* önemini kaybetmesidir.

¹ ÇN: Restatement of the Law, Common Law sisteminin genel prensipleri hakkında hâkimleri ve hukukçuları bilgilendirmek amacıyla hazırlanan hukuk uygulamalarıdır. Kısaca hukuk külliyatı şeklinde ifade etmek de mümkündür. Günümüze kadar üç tane yayınlanmıştır. Bu külliyatlar, hukuk akademisyenleri ve uygulayıcılarının 1923 yılında kurduğu bir tüzel kişilik olan Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından çıkarılmaktadır.

“Tüketici Beklentileri Testi”ne göre, jürinin² ayıplı tasarım nedeniyle üreticiyi sorumlu tutması, amacına uygun bir şekilde kullanılan bir ürünün tüketici beklentilerine cevap verememesi hâlinde söz konusu olacaktır. Günümüzde, bu testten daha ziyade nimet külfet dengesinin jüri tarafından gözetilmesi yönünde bir gelişme yaşanmıştır.

Tasarım ayıbına dayanan taleplerin en aza indirilebilmesi için, tasarıma ilişkin kararları verirken çeşitli anahtar faktörlere dikkat edilmelidir. Bunlar:

- Emredici ve yedek hukukî düzenlemeler;
- Tahmin edilen ürün kullanımı ve yanlış kullanımı;
- Olası kullanıcıların fiziksel veya zihinsel sınırları, özellikle çocuklar;
- Olası kullanıcılar için kültür/lisan farklılıkları;
- Servis, bakım ve tamir kolaylığı;
- Ürünün olası kullanım alanlarındaki çevre koşulları;
- Ürünün tahmin edilen ömrü;
- Özel dağıtım veya depolama gerekleri;
- Diğer ürünlerle karışma veya uygun olmayan kimyasallarla kullanma;
- Teknolojik gelişmeler;
- Yoğun tehlikeleri değerlendirmek ve tasarımı gözden geçirmek;
- Güvenlik hiyerarşisini takip etmek; 1) Tehlikeyi ortadan kaldırmak, 2) Mühendislik denetimlerini uygulamak, 3) Uyarı ve gerekli eğitimleri yapmak;
- Uyarıların, talimatların ve etiketlerin yeterliliği.

Bertaraf edilemeyen bir tehlikeye karşı yeterli koruma sağlanamaz veya yeterli denetim ve güvenli işletme yöntemleri konularında uyarıların faydasız kalacağı anlaşılırsa, ürünü piyasaya sürmemek en iyi yol olabilir.

Yasal İnceleme ve Hukukî Danışman

Ürün sorumluluğundan kurtulmak için, uzman bir hukukçu tarafından ürünün, üretim ve dağıtım zincirinin incelenmesi gerekir. Gerçek veya tüzel kişi olan hukukî danışmanın, karşılaşılabilecek hukukî sorunları çözebilmesi için ürün sorumluluğu konusunda deneyimli olması gerekir. Daha açık anlatımla,

² ÇN: ABD’de birçok eyalette sorumluluğa jüri hükmetmektedir. Başka bir ifade ile jüri sadece ceza davalarında değil hukukî uyuşmazlıklarda da hüküm kurma yetkisine sahiptir.

ürün sorumluluğuna dayanan davanın açılmasıyla birlikte sigorta şirketinin avukatı ile yapılan görüşme hukukçu ile ilk temas niteliği taşıyorsa, hukukî mücadele baştan kaybedilmiş olur. Üretimin başından itibaren tüketiciye ulaşınca kadar ki tüm süreçlerde hukukçunun denetiminin sağlanması gerekir.

Meslekî bilgisinden yararlanılacak hukukçunun yarı veya tam zamanlı istihdamı, o şirketin hacmi ve onun ürün çizgisinin karmaşıklığı dikkate alınarak belirlenir. Yeni hukukî düzenlemeler ve yargı kararları ürün sorumluluğu, güvenliği ve bu bağlamda şirketin işleyişi üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Hukukçunun önemi de burada ortaya çıkmaktadır. Zira satış teknikleri veya ürünün yapısı hakkında reklamlarda kullanılacak yanlış bir beyan, tasavvur edilenden farklı bir garanti verilmesine veya sorumluluk doğmasına neden olabilir.

Başka bir şirkete katılma veya şirketle birleşme, diğer şirketin sattığı ayıplı ürünlerden kaynaklanan maddî veya cismanî zararlar için potansiyel bir sorumluluk getirebilir. Yasal inceleme ve hukukî danışmanlığı gerektiren alanlar:

- Sözleşmeleri hazırlamak, firma menfaatlerine uygun anlaşmaları, teminatları, garantileri ve yasal uyarıları düzenlemek;
- İlgili hukukî düzenlemeleri ve mahkeme kararlarını sistemli bir hâlde muhafaza etmek;
- Başka bir şirkete katılma veya başka bir şirketle birleşmelerden ürün sorumluluğu bağlamında doğabilecek sonuçları değerlendirmek;
- Hedeflenmeyen garantiler doğurabilecek abartılı beyanları engellemek amacıyla reklam ve satış tekniklerini incelemek;
- Mevzuata uygun olacak şekilde ürün etiketlerini ve uyarılarını değerlendirmek;
- Mevcut kayıtların, olası davalarda ileri sürülüp sürülemeyecekleri açısından gözden geçirmek;
- Ürünü piyasadan toplatma stratejisini plânlamak.

Yukarıda sayılanlar ve benzeri işlemler üreticilerin şahsen yapabilecekleri nitelikte değildir ve bu konularda uzman hukukçu/hukukçulara ihtiyaç vardır.

Kalite Güvencesi ve Denetim

Ürünlerin tasarımda belirlenen ölçütlere uygun bir şekilde üretilmesi, üretim ve kalite kontrolünün bu hususa odaklanmasına bağlıdır. Emegin, araçların, gereçlerin ve iş çevresinin sistemli bir şekilde etkin ve organize olarak işlem yapması, üretim sürecinde ürün bütünlüğünü ve güvenliğini olumlu yönde doğrudan etkileyen faktörlerdir.

Tasarımda öngörülmeyen ve sonradan ortaya çıkan değişikliklerin önüne geçilmesi ve sadece plânlanan malzemelerin kullanılması denetimler sayesinde mümkün olabilir. Elverişli olmayan sıcaklık koşulları, çevresel faktörler veya uygun olmayan depolama koşulları nedeniyle ürünün ayıplı olmasını engellemek bu hususlarda gösterilecek gerekli dikkat ve özen sayesinde sağlanabilecektir. Bütünleyici parçaların aşırı benzerlik göstermesi durumunda, montajı kolaylaştırmak için parçaların kodlanması veya kutuplanması gerekir. Kullanım amacına uygun olmayan ürünlerin, kalite kontrol aşamasında tespitine ilişkin önlemlerin alınması zorunludur.

Bir şirket, periyodik olarak değişen yazılı bir kalite sağlama programı geliştirmelidir. Bu program, asgarî şu koşulları sağlamalıdır:

- Ham maddeleri, bütünleyici parçaları ve nihaî ürünü denemek ve kontrol etmek;
- Ambalajlamayı, kılavuzu, etiketleri ve tüketici servislerini kontrol etmek;
- Teknik çizimler ve değişikliklerin denetimine ilişkin prosedürü oluşturmak;
- Kontrol, teftiş ve değerlendirme prosedürleri için sistem kurmak;
- Kalite sağlama faaliyetlerini ayrıntılı olarak kaydetmek;
- Kalite standartlarını ve deneme numunelerini onaylamak;
- Uygun olmayan gereçleri denetlemek;
- Deneme ve önlem araçlarının boyutlarını ayarlamak;
- Kalite sağlama programını periyodik olarak gözden geçirmek ve güncellemek;
- Kalite denetimine ilişkin önlemleri ve taşeronlar tarafından üretilen ürün/parçalarını denetlemek;
- ISO 9000 gibi ulusal kalite standartlarına uygunluk sağlamak.

ISO 9000, kalite yönetimi sistemleri için, dünya çapında kabul edilen üç standart kurmuştur. Bu standartlar ilk olarak, İsviçre'nin Cenevre şehrinde Uluslararası Standardizasyon Örgütü (*International Organization for Standardization*) tarafından 1987'de yayınlanmış ve ABD, Kanada, Japonya ve Avrupa Birliği'nin de aralarında bulunduğu 90'dan fazla ülkede bulunan şirketler tarafından kabul edilmiştir.

“*Kalite Yönetim Sistemleri Temel Kurallar ve Sözlük*” başlığını taşıyan ISO 9000:2000, ISO 9000 ailesinde kullanılan temel deyimleri ve tanımları ifade etmek ve standartları anlamak için bir başlangıç yayınlamıştır. “*Kalite Yönetim Sistemleri: Şartlar*” adlı ISO 9001:2000 ise bir şirketin tüketici ihtiyaçlarını ve gerekli düzenlemelerin uygulanmasını sağlaması için yeterlilik standardıdır. Günümüzde, herkesin alması gerekli ISO 9000 ailesindeki tek standart ISO 9001:2000'dir. “*Kalite Yönetim Sistemleri: Gelişmelere Ayak Uydurma Rehberi*” başlıklı ISO 9004:2000 ise kalite yönetim sisteminin sürekli gelişimi için rehberlik yapacak sekiz ilke içermektedir: 1) Tüketici odağı; 2) Liderlik; 3) İnsanların ilgisi; 4) Yöntem yaklaşımı; 5) Yönetim yaklaşımı sistemi; 6) Sürekli ilerleme; 7) Karar sürecinde gerçekçi yaklaşım; 8) Sağlayıcı ilişkilerinde karşılıklı fayda.

Bu standartlar, kalite yönetim sistemleri için gerekli unsurları belirtmekle birlikte ihtiyarî nitelik taşırlar. Hâl böyle olmakla birlikte ABD mahkemeleri, bir üreticinin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini tespitite bu ihtiyarî standartları bir ölçüt olarak kullanabilir. Sonuç olarak, güvenli ürünler üretmek için gerekli şartların yeknesak hâle getirilmesi ve “*genel kalite sağlama standartları*” için ISO 9000'in uygulanması gerekmektedir.

Ürün Etiketleri, Ambalajlama ve Uyarılar

Mahkemeler, bir ürünün ayıplı olarak üretilmiş veya tasarlanmış olup olmadığına karar verirken, “*ürün*” kavramına geniş bir anlam yüklerler. Mahkemeler, sadece ürünün fonksiyonlarını (alıcının ne için kullandığı veya tükettiği) değil ürün etiketlerini, ambalajını, uyarılarını, reklamını, kılavuzunu, kullanma ve bakım talimatlarını da incelerler. Ezcümle, ürünün fonksiyonları hakkında kullanıcı beklentilerini etkileyebilecek tüm unsurların mahkemelerce dikkate alınması gerekir. Bir ürünün güvenli bir şekilde kullanılabilmesini veya tüketilebilmesini etkileyebilecek bütün hususların makul olarak tahmin edilebilir bir şekilde olması aynı zamanda dürüstlük ilkesinin de gereğidir.

Sonuç olarak, ürün etiketleri ve ambalajları, ürünün dikkate alınan

bir parçası olmalı ve hatta ürünün bizzat kendisi olarak algılanmalıdır. Bu nedenle, üreticiler veya kendi etiketlerini kullanarak yeniden ambalajlayanlar, yeniden yapanlar ya da satanlar gibi üretici dışındaki kişiler, etiketlere ve ambalajlara ilişkin emredici ve düzenleyici hükümlere ve standartlara uygun davranmak zorundadırlar.

Bazı ambalajların veya kapların uygunsuz olması çevre kirliliğine yol açabileceği gibi önemli cismanî zararlara (tehlikeli kimyasallar ve patlayıcı kaplar gibi) da neden olabilir. Bu bağlamda, çok çabuk tutuşan sıvıların veya gazların sızıntısı sonucunu doğuracak tasarım, nakliye veya depolama hataları maddî veya cismanî zararları oluşturabilir. Bu olumsuz sonuçların önüne geçmek için ürün etiketlerine, talimatlarına ve uyarılarına gereken önem verilmelidir. Zira etiketler veya kullanma talimatları üzerindeki yetersiz uyarılar, tüketici için ciddi sonuçlar doğurabilecek yanlış veya kötü kullanımlara yol açabilir. Şu unutulmamalıdır ki, ne uyarılar ne de talimatlar uygun tasarım için yeterlidir.

Ürün etiketi, ambalajı ve uyarısına ilişkin bazı önemli tehlike denetim faktörleri şunlardır:

- Etiketler, açık, kısa, doğru ve kolay anlaşılır olmalıdır.
- Uyarılar dikkat çekici ve tehlikenin derecesini belirleyici nitelikte olmalıdır, (örneğin “*DİKKAT*”, “*UYARI*” veya “*TEHLİKE*” gibi).
- Uyarılar ve talimatlar ilk kullanıcılar için ve farklı lisanlarda tekrarlanmalıdır.
- Uyarılar, dikkat etmemenin sonuçları hakkında bilgi vermelidir (örneğin yangına, baş dönmesine, bulanık görüntüye neden olur, dikkat edilmediğinde öldürücüdür gibi).
- Özellikle içeriği zehirli, aşındırıcı, yakıcı ve çabuk tutuşabilir ürünlerde etiketler, bu ürünü muhafaza etmenin uygun koşullarını içermelidir.
- Etiketler, ürünün kullanım ömrü boyunca sabit kalacak şekilde yapıştırılmalı ve bu süre boyunca da okunaklı olmalıdır.
- Uyarılar, etiketler, talimatlar ve MSDS³ birbiri ile uyumlu olmalıdır.
- Ambalaj, kendi etiketlerini ve uyarılarını uygun olarak barındırmalıdır.
- Nakliye, kullanma ve saklama süresince içindekilere veya muhafaza

³ Material Safety Data Sheet: Maddî Güvenlik Veri Yaprakları

edileceği yere en az zarar verecek şekilde ambalajın tasarlanması gerekir.

• DOT⁴ ve Birleşik Devletler posta hizmetleri (USPS) gibi birimlerin standartlarına göre ambalajın tasarlanması gerekir.

Uyarı yükümlülüğü şu hâllerde ortaya çıkar: 1) Ürün rizikosu/tehlikesi hakkında bilgilendirilmiş kullanıcıların ürün güvenliğini nasıl sağlayacağı ve bundan ne şekilde korunacakları konusunda onlara yol gösterilmesi veya 2) Daha güvenli hâle getirilemeyen ürünün faydasının büyük olması (tehlikesine nazaran yararının çok daha yüksek olması) durumunda riziko/tehlike ile ilgili olarak kullanıcının uyarılması ve ürünün kullanımı nedeniyle ortaya çıkması muhtemel risklerden sakınma veya bu riskleri göze alma konusunda özgür bir şekilde karar verme fırsatı tanınması.

Karar Tâhlili: Yetersiz Uyarı

Boyl v. Kaliforniya Chemical Co. davasında üreticinin, ürünündeki zehirli özelliklerle ilgili uyarısı, kullanılan ürünün ne şekilde ve nereye atılacağı konusunda bilgi içermediği için yeterli bulunmamıştır. Şöyle ki, yabanî otları yok etmekte kullanılan bir madde olan *Triox*'un güçlü bir zehir olduğu belirgin olarak ifade edilmekle birlikte kabın, boşken tamamen yıkanması ve yıkamada kullanılan suyun etkileri konusunda kullanıcı uyarılmamıştır.

Davacı, *Triox*'u kullanmak için püskürtme kabı kullanmış, daha sonra bu kabı tamamen çalkalamış ve çalkalanmış suyu arka bahçesindeki otların üzerine dökmüştür. Beş gün sonra, çalkalanmış suyun döküldüğü yerde, güneş banyosu yapan davacı, *Triox* kalıntısı nedeniyle ağır bir şekilde yanmıştır. Üründe yer alan *Sodium Arsenate*'nin kalıcı niteliği ve uzun süre devam eden bulaşıcı özelliklerini davalı şirketin bildiği veya bilmesi gerektiği mahkemece karara bağlanmıştır. Bu nedenle, “çalkalanan kalıntının güvenli olarak yok edilmesine ilişkin makul bilgi veya uyarı verme” yükümlülüğü şirketin sorumluluğunu gerektirmiştir.

Pazarlama ve Tüketici Hizmetleri

Pozitif hukuka göre, reklâm veya ürün tanıtımlarında yer alan her türlü bilgi gerçek olarak algılanır ve bu konuda açık bir garanti oluşturur. Burada “*teminat*” veya “*garanti*” kelimesinin geçip geçmemesi önemli olmamakla birlikte bu bilginin doğru olduğu kabul edilir. Bu beyanın, ürünü pazarlayan bir şirket elemanı tarafından yapılmış olması yeterlidir.

⁴ Department of Transportation (DOT), Amerika Birleşik Devletleri Ulaştırma Bakanlığı.

Bir fikrin veya inancın (örneğin türünün en iyisi olduğu) ifadesi normal şartlarda garanti verme anlamına gelmez. Hâl böyle olmakla birlikte, büyük cismanî zararlarda ve/veya çocuklar gibi hassas davacılar tarafından bu tür ifadelerin garanti olarak yorumlanması mümkündür. Bu nedenle, ürünün özellikleri ve kalitesi hakkında abartılı beyanlardan sakınmak akılcı bir tutum olacaktır. Tüketiciler ile temas hâlinde bir organizasyon içinde bulunan kişilerin, özellikle abartılı beyanlar veya yanlış bilgilerden kaynaklanabilecek sonuçlar hakkında, ürün kullanımı ve kapsamı hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Reklamlarda, satış tekniklerinde, sözlü satışlarda ve benzeri durumlarda ifade edilen beyanlar gerçek olmalı bunun yanı sıra gerektiğinde bu beyanlar ile garantiler belgelenmiş test sonuçları ve diğer delillerle doğrulanmalıdır.

Tahmin edilen kullanım süresi boyunca tüketicilerin, kendilerini güvende hissetmeleri doğru kullanım ve bakım hakkında bilgilendirilmelerine bağlıdır. Garanti süresi boyunca tüketicilerle iletişim hâlinde olunmalı ve tüketicilere servis hizmetleri ve ürünün doğru kullanımı hakkında bilgi verilmelidir.

Bir sigortacı gözüyle olaya bakıldığında, servis hizmetleri veya tamir süreçleri, ürün sorumluluğundan çok daha karmaşık alanlardır. Hâlbuki bu tür hizmetleri gereği gibi yerine getiren şirket ile bu hizmetleri yapmayan şirket arasında sorumluluk hukuku açısından önemli bir fark bulunmamaktadır. Elverişsiz veya yetersiz yedek maddeler kullanılması, tehlikeyi büyüten veya güvenliği azaltan değişiklikler, kötü işçilik, yetersiz deneme, tamamlanmamış kayıtlar, verilerle desteklenmeyen beyanlar, ürün sorumluluğunun doğması açısından aynı zararı doğuracaktır. Sonuç olarak, bu alanın da ürün güvenliğini sağlama bağlamında aynı hassasiyetle gözden geçirilmesi gerekir.

Karar Tâhlili: Ayıplı Tasarım

Kansaslı bir çiftçi olan *Tim Kinser*, yonca balyalarken, balyalama aletinin besleme ünitelerinin kompresör merdanesine kazağını kaptırmıştır. *Kinser*'in feryadını duyan çevredeki iki kişi tampon kriko ile asetilen lambası kullanarak kazazedeyi kurtarmıştır. Ambulansla kasaba hastanesine götürülen *Kinser*, tüm müdahalelere rağmen kurtarılamamış ve 30 dakika içinde hayatını kaybetmiştir. Dava, *Kansas*'a bağlı bir ABD Bölge Mahkemesinde balyalama aletinin üreticisi *Gehl* Şirketine karşı, ölenin desteğinden yoksun kaldığı gerekçesiyle *Kinser*'in karısı tarafından açılmıştır. Dava, balyalama aletinin tasarımının ayıplı olduğu, aletin normalin üzerinde tehlike arz ettiği, üreticinin kusuru ve garantinin eksikliği iddialarına dayanmıştır. Yedi gün süren duruşma

sürecinden sonra jüri, üreticiyi % 55, çiftçiyi ise % 45 kusurlu bularak, zararı 3.849.181 \$ olarak tespit etmiştir. 10. Bölge İstinaf Mahkemesine temyiz yolu ile giden bu karar mahkemece onaylanmıştır.

Olayda kazanın tanığı olmaması nedeniyle, mağdurun kazağını balyalama merdanesine nasıl kaptırdığı açıklığa kavuşmamıştır. Balyalamanın besleme ve montaj alanlarında yer alan hareketli unsurlardan dolayı, kullanıcının elle temas edeceği yerlere ilişkin uyarıların üretici tarafından ürün üzerinde görülebilir noktalara koyulması gerekirdi. Zira aleti temizleme, ayarlama, yağlama ve servise götürme işlemlerinden önce “*güvenli kapama prosedürü*”nü takip etme konusunda yapılacak talimatlar kullanıcıların hareketlerine yön verecektir. Bu prosedüre göre, kullanıcıların; (1) PTO (enerji kapatma evresi)’yu boşa alması; (2) traktörün kontağını kapatması ve marş motoru anahtarından elini çekmesi; (3) hareketli tüm unsurların durmasını beklemesi ve (4) traktörden PTO cihazına gelen tüm güç bağlantılarını kaldırması gerekir. Üretici adına inceleme yapan bir bilirkişi, bunu kullanan çiftçilerin gerekli bilgiye sahip olduğu ve makinenin kendisinden kaynaklanan bir tehlike olmadığı yönünde beyanda bulunmuştur. Davalı, bu zararın *Kinser*’in açık ve büyük kusurundan kaynaklandığını, mağdurun uyarıları dikkate alması ve uygun kapama prosedürünü izlemesi hâlinde bu sonucun doğmayacağını savunmuştur. Davacının avukatı bu savunmayı hiç tartışmamıştır.

Bazı çiftçiler, besleme ünitesindeki mekanik arızalar ile otomatik bağlama sistemini ayarlamak amacıyla PTO açık olduğu hâlde traktörden ayrılmanın genel bir uygulama olduğunu beyan etmişlerdir. Bu çiftçiler, talimatlar doğrultusunda hareket etmenin pratik olmadığını zira genellikle yalnız çalıştıkları için, hasat edilen ekinlerin uygun ısı koşulları altında olup olmadığını kısa sürede kendilerinin denetlemeleri gerektiğini söylemişlerdir.

Davacının tanığı, çiftçilerin genellikle PTO bağlantısını kesmeden traktörlerinden ayrılarak balyaların yanına gittiğini ve basiretli bir üreticinin bu hususu bilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Jüri, çiftçilerin bu şekilde davranmak suretiyle olası ufak zararlar konusunda rıza göstermiş sayılabileceğini ancak, bu rızanın somut olayda olduğu gibi hayat hakkını kapsayacak boyutta olmadığını kabul etmiştir. Gerekli yerlerde bulunan uyarıların ürünü güvenli hâle getirmeyeceğine karar veren jüri, gerekçe olarak da uygun “*tasarım hiyerarşisine*” göre üreticinin olası tehlikeleri tamamen gidermesi gerektiğini belirtmiştir.

Ürünün Piyasadan Toplatılmasına İlişkin Plânlama ve Bunun Uygulanması

Meşhur İskoç Şairi *Robert Burns*'a göre, “*insanların en iyi temellere dayanan plânları, çoğu kez yanlış gider.*” En iyi tasarıma, kalite denetimlerine, üretim uygulamalarına, hukukî danışmanlara ve plânlamaya rağmen ayıplı bir ürünün kullanıcıya veya üçüncü kişiye zarar verme olasılığının göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hâllerde yapılması gereken ise ayıplı ürünlerin piyasadan toplatılmasıdır.

Ürünü Piyasadan Toplatmanın Amaçları

Tüketici Ürün Güvenliği Komisyonu (Consumer Product Safety Commission, CPSC)’na göre, bir ürünün toplatılması şu şekilde tasarlanmalıdır:

- 1) Mümkün olan en kısa zamanda ayıplı ürünlerin yerini tespit etmek;
- 2) Ayıplı ürünleri piyasadan ve tüketicilerin elinden geri almak;
- 3) Ürünün ayıbı, tehlikeleri ve ne yapılması gerektiği hakkında, tam ve anlaşılır bilgiyi etkin bir şekilde kamuya duyurmak. Ürünlerin toplanması aşamasında tüketicilerin nasıl bir yol izleyeceği hakkında perakendecileri ve medyayı harekete geçirecek plânlamayı yapmak (CPSC).

Hammer, ürün toplatmanın hangi şartlarda yapılacağı konusunda beş duruma işaret etmektedir:

- 1) Gözlemler, büyük zararlara neden olabilecek bir tehlikeyi gösterdiğinde.
- 2) Kullanıcılar, tüketiciler veya üçüncü kişiler ürün hakkında güvenli olmayan çeşitli hususları bildirdiğinde.
- 3) Meydana gelen kaza/kazalar, tahmin edilemeyen bir ayıbı ortaya çıkardığında.
- 4) Hukukî düzenlemeler ihlâl edildiğinde.
- 5) Ürüne dair bildirilen güvenlik özellikleri mevcut olmadığında.

Ürünü toplatma ve/veya mevcut ayıbı giderme üst düzeyde katılım, destek ve organizasyon ile mümkündür. Bu bağlamda şunların yapılması gerekir:

- Amacı, hedefleri ve malî sonuçları içeren politika belirlenmesi;

• Ürün toplatma işleminin ne zaman ve nasıl başlayacağını içeren plânın belirlenmesi;

• Medya ile iletişimde kullanılacak strateji ve kıstaslar;

• Zorunlu veya ihtiyarî ürün toplatmaların ne şekilde yapılacağı hakkında kamu kurumlarının bilgilendirilmesine ilişkin çalışma esasları;

• Üretim/dağıtım zincirinde yer alan tüm tüketicilerin, diğer kullanıcıların ve bu durumdan etkilenmesi olası kişilerin bilgilendirilmesinin şekli;

• Ürün toplatma fonu oluşturma ve bu fonun hangi kaynaktan besleneceğini belirleme;

• Ürün toplatmanın tüm aşamalarında hukukî danışman bulundurma ve bu uzman hukukçunun görüşleri doğrultusunda hareket etme.

Ürünün takip edilmesi ve hareketlerinin kayda alınması toplatma açısından gerekli olan bir diğer husustur. Bunun sağlanabilmesi için:

• Satım aşamasında ürünlerin toplatılma ihtimalini ve ürün sorumluluğunun olası zararlarını göz önünde tutmak;

• Ürünlerin piyasada ne şekilde yer alacağı, nasıl el değiştireceğini belirlemek;

• Yeniden satışa sunulan ürünleri takip etmek için yöntemler belirlemek ve/veya medya ve/veya ticarî yayınlar aracılığıyla kullanıcılara ulaşma konusunda plân yapmak;

• İzleme maliyetini tahmin etmek;

• Kritik bölümleri ve parçaları tespit etmek ve sağlayıcıdan başlayarak dağıtım zinciri boyunca bunları izleyecek kayıtları ve yöntemleri kurmak;

• Tüm tasarımların, üretim kalitesi verilerinin, nakliye ve dağıtımın kapsamlı ve ayrıntılı kayıtlarını muhafaza etmek;

• Yangın, sel veya diğer felaketler nedeniyle ilk kayıtların kaybolması ihtimali karşısında kopyalarını başka bir yerde muhafaza etmek;

• Ürünün tahmin edilen kullanım süresini temel alarak, kritik kayıtlar için en fazla 30 yıl, kayıt saklama politikası kurmak;

• Mevcut sistemin, değişen koşullar karşısında şirket ihtiyaçlarını karşıladığını teyit etmek için kayıtları düzenli olarak gözden geçirmek.

Bu program aynı zamanda, ihtiyarî toplatmalar için uygulanacak prosedürün belirlenmesi yönetimini de gerektirir. Bu noktada şunları ifade

edebiliriz:

- Aleniyet sağlayamama, şöhret kaybı, ürün davası, devlet müdahalesi tehlikelerinden sakınmak veya bu müdahaleyi en aza indirmek için hassas olan psikolojik ve ahlâkî faktörler;

- CPSC, Ulaştırma Bakanlığı ve Amerikan Gıda ve İlaç Kurumu gibi kuruluşlar tarafından gerekli görülen toplatmalar ile hukukî, kanunî ve düzenleyici yükümlülükler;

- Ürün ayıbının güvenliği etkilemeyeceği ve tüketici faydasının olası kaybına karşı toplatma kararının tek değerlendirme ölçüsü olması hâlindeki durumlar için kullanılan malî faktörleri sınırlamak.

İdarenin, denetim ölçütlerini kurması ve uygulaması gerekir. Bu ölçütlerin şunları sağlaması gerekir:

- Ürünü geri çekme ve onarma plânını periyodik olarak gözden geçirme, değerlendirme ve güncelleme;

- Ürün kapsamına yeni ürünler dâhil olduğu zaman mevcut plânı gözden geçirme ve güncelleme;

- Bağımsız denetim mekanizmalarını kullanma.

Ürün toplatmaya ilişkin programın çok etkili olabilmesi için ayrıca şu hususların da temin edilmesi gerekir:

- Olası toplatmalara ilişkin dokümanları düzenli olarak gözden geçirme;

- Belirli kayıtların muhafaza edilmesi ve bu kayıtların mevcut olup olmadığını denetlemek amacıyla kayıt saklama yöntemlerini düzenli olarak inceleme;

- İşlemin her aşamasında uzman ve tecrübeli bir hukukî danışmanın bulunması.

Ürünü toplatma plânındaki olumsuzluklar ticarî hayatın devamını tehlikeye sokacak çeşitli sonuçlara neden olur. Ürün toplatma sigortası bir tercih olabilir fakat bazı sigortacılar sigorta tazminatını almak için gerekli olan raporu vermeyebilirler. Ayıplı ürünleri piyasadan toplatma veya gerekli güvenlik standartlarına uygun hâle getirme konusunda etkili bir plânı olmayan veya böyle bir plânı uygulamaya hazır olmayan sigortacıların böyle bir hareket tarzı benimsemesi mümkündür.

Sonuç

Tecrübeli bir yönetim ve organizasyonun tüm birimlerinin aktif katılımı ile sağlanacak etkin tedbirler ayıplı ürünlerden doğacak zararları en aza

indirecektir. Üreticiler, toptancılar ve perakendecilerin yükümlülükleri vardır ve ayıplı veya güvenli olmayan bir ürünün kullanım amacına uygun bir şekilde kullanıldığı esnada verdiği zararlardan sorumlu olacaklardır.

KAYNAKÇA

American Law Institute (ALI). “Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability.” Philadelphia: ALI, 1998.

Boyl v. California Chemical Co. 221 F. Supp. 669 (D. Or. 1963).

Campbell, J.M. and R.L. Edwards. *Products Liability: The Duty to Warn*. Chicago: The Defense Research Institute Inc., 1989.

Consumer Product Safety Commission (CPSC). *Recall Handbook: A Guide for Manufacturers, Importers, Distributors and Retailers*. Washington, DC: CPSC, 1999. <<http://www.cpsc.gov/businfo/8002.html>>

Hammer, W. *Product Safety Management and Engineering*. 2nd ed. Des Plaines, IL:ASSE, 1993.

Kinser v. Gehl Co. 184 F.3d 1259, 1267 (10th Cir. 1999).

Phillips, J.J. *Products Liability in a Nutshell*. St. Paul, MN: West Group, 1998.

Ream, D., ed. *Products Liability Pre-Trial Notebook*. Chicago: The Defense Research Institute Inc., 1989.

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN GÜVEN
SORUMLULUĞUNUN TÂBİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİNE
İLİŞKİN 13.5.2008 TARİHLİ (BGE 134 III 390) KARARI**

**THE DECISION OF THE SWISS FEDERAL COURT (BGE 134 III
390) DATED 13.5.2008 REGARDING THE LIMITATION OF TRUST
RESPONSIBILITY**

Fahri Erdem KAŞAK*

Karar Başlığı

134 III 390

İsviçre Federal Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi'nin X. A.Ş.'nin Y. A.Ş. ve A.'ya karşı olan davasında verdiği karardan çıkarılmıştır. (13 Mayıs 2008 tarih ve 4A_499/2007)

ÖZET

Güven Sorumluluğu; Zamanaşımı.

Güven sorumluluğuna ilişkin talepler OR Art. 60'daki zamanaşımı süresine tâbidir. (E.4)

BGE 134 III 390 s. 390

A. 1. davalı Y. A.Ş., inceleme, danışmanlık ve yediemin ile bununla doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılı olan görevleri ve faaliyetleri devralmayı ve yerine getirmeyi amaçlayan bir anonim şirkettir.

BGE 134 III 390 s. 391

Y. A.Ş., Z A.Ş. ile birleşmiş, bu husus D. Spor Kulübü'nün denetim kurulunca da ana tüzüğe uygun görülmüştür. 2. davalı A. ise D. Spor Kulübü'nün daha önce finans müdürlüğünü yürütmüştür.

X. A.Ş. (davacı), 2000'li yılların ortalarından beri D. Spor Kulübü'nün ana sponsorudur. 2001 yılında D. Spor Kulübü için yeni bir kulüp başkanı aranmış ve davacının yegâne yönetim kurulu üyesi olan E., resmi olarak bu

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

göreve gelmiştir. 11 Eylül 2001’de E., başkan seçilmiştir. 2002 İlkbaharında D. Spor Kulübü, yaşadığı büyük finansal sorunlara ve başarısızlığa uğrayan konkordato işlemlerine rağmen 2002/2003 sezonunda Challenge Lig’e katılım için gerekli lisansı almayı başarmıştır. Şubat 2003’te konkordato işlemi yeniden denenmiş, bunun sonucunda bir konkordato sözleşmesi yapılmış, sözleşme yetkili tek hâkim tarafından Temmuz 2003’te onaylanmış ve sözleşmenin bağlayıcı olduğu ilân edilmiştir.

X. A.Ş., sonuç olarak, D. Spor Kulübü’nün başkanı olması sebebiyle E.’den kulübün finansal durumu hakkında ayrıntılı bilgi talep etmiştir. 1. ve 2. davalı (*bundan böyle davalılar olarak anılmıştır*) tarafından –özellikle yeniden gözden geçirilen 30 Temmuz 2001 tarihli bilanço ve gelir gider tablosu sebebiyle– kulübün borçlarının 200.000 İsviçre Frangı tutarında – fakat maksimum 500.000 İsviçre Frangı– olduğu başkana garanti edildiğinden başkan, kulübün başkanlığına seçilmesinden önce ya da sonra doğrudan doğruya davacı adına davacının D. Spor Kulübü’nün borçlarını en azından 2002/2003 sezonuna kadar ödeyeceğini ve Challenge Lig Lisansı’nın alınabilmesi için çaba göstereceğini vaat etmiştir. Bununla beraber Şubat 2002 sonunda D. Spor Kulübü’nün yaklaşık 1.800.000 İsviçre Frangı tutarında borcunun bulunduğu anlaşılmıştır. Sonuç olarak ödeme sözüyle bağlı olan davacının, çeşitli masrafları karşılaması gerekmiştir. Davacı, yaptığı ödemeleri D. Spor Kulübü’nün kötü finansal durumu hakkında kendisini yanılttıkları için davalılardan geri talep etmiştir. Eğer finansal durum doğru bir şekilde tespit edilmiş olsaydı E. hiçbir şekilde başkanlığa seçilmesini istemez ve davacı da hiçbir ödeme taahhüdünde bulunmazdı. Her iki davalı da her türlü sorumluluğa itiraz etmiş ve zamanaşımı def’ini ileri sürmüşlerdir.

BGE 134 III 390 s. 392

B. Davacı tarafından davalılar aleyhine 1.200.000 İsviçre Frangı’nın 7 Temmuz 2003 tarihinden itibaren işleyecek %5 oranındaki faiziyle birlikte ödenmesi talebine ilişkin dava, Zürih Kantonu Ticaret Mahkemesi tarafından 12 Ekim 2007 tarihli kararla reddedilmiştir.

C. Ticaret mahkemesinin kararına karşı davacı, Federal Mahkeme Hukuk Dairesi’ne başvurmuştur. Davacı, Ticaret Mahkemesi kararının bozulmasını ve davasının kabul edilmesini talep etmiştir. Davalılar, dilekçelerinde davanın reddedilmesini ve masrafların davacı tarafından karşılanmasını talep etmişlerdir. İlk derece mahkemesi, bu hususta görüş belirtmemiştir.

Federal Mahkeme, aşağıda açıklandığı üzere davayı reddetmiştir.

Gerekçeler

Gerekçelerden Alıntılar:

4. Davacı tarafından ileri sürülen ve güven sorumluluğuna (*Art. 2 ZGB*) veya haksız fiile (*Art. 41 OR*) dayanan talepler, davalılarca kabul görmemiştir. Ayrıca davalılar zamanaşımı def'inde bulunmuşlardır. İlk derece mahkemesi, bu nedenle –somut olayda esasen güven sorumluluğundan yola çıkılıp çıkılmadığına değinmeksizin– her şeyden önce zamanaşımı sorununu incelemiş ve güven sorumluluğuna ilişkin taleplerin *Art. 60 OR* hükmüne tâbi olduğunu zikretmiştir. Buna uygun olarak ilk derece mahkemesi, davacı tarafından ileri sürülen bütün taleplerin –bunların güven sorumluluğundan ya da haksız fiilden doğduğuna değinmeksizin– zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

4.1 Davacı buna karşı ilk olarak güven sorumluluğuna *Art. 127 OR* hükmündeki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmayacaksa *Art. 760/2 OR* hükmündeki beş yıllık sürenin kıyasen uygulanması gerektiğini belirterek itiraz etmiştir. Güven sorumluluğunun bir sözleşme ilişkisine hukukî açıdan ne kadar yakın olduğunun belirtildiği özgün bir karardan yola çıkan davacı, güven sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu ile eş tutulmasının gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Sözleşme hukukuna olan hukukî yakınlık bakımından haksız fiil hükümlerinin uygulanması yasaya aykırı olacaktır. İlk derece mahkemesi, *Art. 127 OR* hükmünü somut olaya uygulanamaz olarak değerlendirerek federal hukuka aykırı hareket etmiştir. Anılan hükmün uygulanabilirliği, esasen hükmün lafzından da çıkarılabilir. *Art. 60 OR* hükmü, güven sorumluluğunu kapsamadığı ve federal medenî hukuk da buna hiçbir istisna getirmediği için, *Art. 127 OR* hükmündeki on yıllık süre kuralın ve genel hükmün unsurları bakımından uygulama alanı bulur.

BGE 134 III 390 s. 393

Diğer yandan güven sorumluluğu, *Art. 41 vd. OR* hükümlerine değil, *Art. 60 OR* hükmüne tâbidir.

4.2 1. davalı, bu iddialara karşı ilk derece mahkemesinin ayrıntılı ve ikna edici bir gerekçe ile sonuca ulaştığını, buna göre güven sorumluluğunun bir sözleşme ilişkisinde olduğu gibi iki kişinin amaçlanmış bir şekilde bir araya gelmesinden kaynaklanmadığını, aksine hukukî açıdan haksız fiile yakın olarak yerleştirilmesinin gerektiğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesinin gerekçesi, Federal Mahkeme'nin uyandırılan ve boşa çıkarılan güven nedeniyle sorumluluğun katı şartlara bağlandığı içtihatları ile de örtüşmektedir. Buna

uygun olarak sözleşme öncesi ilişkiye benzeyen ve güven sorumluluğunun temelinde bulunan hukukî değer, zamanaşımı bakımından da bir sözleşme ilişkisi gibi koruma görmemelidir.

Aynı şekilde 2. davalı da güven sorumluluğunda Art. 60 OR hükmüne göre haksız fiil zamanaşımı süresinin uygulanmasının gerektiğini belirtmiş ve diğer hususlarda ilk derece mahkemesinin açıklamalarına yollama yapmıştır.

4.3 Federal Mahkeme, güven sorumluluğundan doğan taleplerin on yıllık zamanaşımı süresine mi (*Art. 127 OR*), yoksa bir yıllık haksız fiil zamanaşımı süresine mi (*Art. 60 OR*) tâbi olacağına bugüne kadar karar vermemiştir. Buna rağmen, ilk derece mahkemesi güven sorumluluğunun fiilen mevcut olduğu bir somut olaydan yola çıkılıp çıkılmadığının ancak zamanaşımı meselesinin incelenmesinden sonra dikkate alınabileceği gerekçesiyle davayı reddettiği için, davacının –güven sorumluluğundan veya haksız fiilden doğup doğmadığı önem taşımaksızın– bütün taleplerinin Art. 60 OR hükmüne göre zamanaşımına uğrayacağı müphemdir.

4.3.1 Güven sorumluluğunun tâbi olacağı zamanaşımı süresi hakkında öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, Art. 127 OR hükmündeki zamanaşımı süresini sorunun özüne uygun görmektedir (*GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 982l; PETER LOSER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, Rz. 1124 vd.; DÄPPEN, Basler Kommentar, N. 4a zu Art. 60 OR; EUGEN BUCHER, Vertrauenshaftung: Was?*

BGE 134 III 390 s. 394

Woher? Wohin?, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 259; HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts-, in: ZSR 20/2001 I S. 99; PICHONNAZ, Commentaire romand, N. 22 zu Art. 127 OR; THÉVENOZ, Commentaire romand, N. 29 zu Art. 97-109 OR; JÖRG SCHMID, Vertrauenshaftung bei Formungültigkeit, in: Richterliche Rechtsfortbildung [...], a.g.e., S. 423; MOSER/BERGER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft - zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, in: AJP 1999 S. 545). Diğer görüş ise Art. 60 OR hükmündeki haksız fiil zamanaşımı süresini savunmaktadır (*BAUMANN, Zürcher Kommentar, N. 191 und 229 zu Art. 2 ZGB; PIERRE TERCIER, Abus de confiance?, in: La responsabilité fondée sur la confiance/*

Vertrauenshaftung, Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich 2001, S. 75; WERRO, Commentaire romand, N. 6 zu Art. 60 OR; SYLVAIN MARCHAND, Un ornithorynque juridique, in: La responsabilité [...], a.g.e., Zürich 2001, S. 174; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rz. 289 f.).

On yıllık zamanaşımı süresini savunanlar, görüşlerinin uygulanabilirliğini diğer hususların yanında Art. 127 OR hükmünün lafzına dayandırmaktadır, zira özel yasal hükümlerin bulunmaması hâlinde on yıllık zamanaşımı süresi yasal kural olarak uygulama alanı bulur. Ayrıca zamanaşımı ya da hak düşürücü süre yoluyla hak kaybının yalnızca açık pozitif hukukî temellere dayanabileceği de dikkate alınmalıdır (*BUCHER, a.g.e., S. 259*). Pozitif hukuka göre yalnızca bir yıllık süre (*Art. 60 OR*) ve on yıllık süre (*Art. 127 OR*) hususunda bir seçim yapılması söz konusu olduğunda uzun sürenin tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu çözüm için özel hukuk bakımından zamanaşımının, bir defa meydana gelmiş hukukî ilişkilerin karakteristik istikrarını ve devamlılığını akamete uğrattığı ve en geniş anlamda zamanaşımının hakkı kaybettirici bir etki doğurmaya yakın olduğu da ifade edilmelidir. Zamanaşımı kurumunun istisnâ karakteri bakımından kısa bir zamanaşımı süresi ancak zorunlu olduğu hâllerde uygulama alanı bulmalıdır. Bu gereklilik, tipik tesadüfî ilişkilerde tarihî kanunkoyucunun dikkatini çekmiş görünmektedir; hukukî işlemdekine benzer özel bir bağlantının söz konusu olduğu güven nedeniyle sorumlulukta ise böyle bir zorunluluk yoktur (*LOSER, a.g.e., S. 1125*).

Art. 60 OR kapsamında kısa zamanaşımı süresini savunanlar ise buna karşın güven sorumluluğunun ne genel davranış yükümlülüklerinin ihlâline ne de akdî yükümlülüklerle dayandığına işaret etmektedir.

BGE 134 III 390 s. 395

Bu tazminat yükümlülüğünün hangi sorumluluk sebebine girdiğine ilişkin sorun, kendine özgüdür ve her türlü sorumluluk sebebinden ayrı tutularak çözülebilir, bununla birlikte zamanaşımı bakımından Art. 60 OR uyarınca bir yıllık süre uygundur (*TERCIER, a.g.e., S. 75; BAUMANN, a.g.e., N. 191 ve 229 zu Art. 2 ZGB*).

Buna karşılık öğretilerdeki diğer görüşler, sorumluluk sebebi bakımından somut olaya göre farklı bir değerlendirme yapılabileceğini (*REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, Rz. 37a; HAUSHEER/JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N. 86 zu Art.*

2 ZGB) veya ihlâl edilen koruma yükümlülüğünün çok sayıda bilinmeyen kişiyi kapsadığı hâllerde genel ya da belirli bir kişi çevresiyle sınırlanabilecek hâllerde ise özel olup olmamasına göre yeknesak şekilde haksız fiile veya akdî ilkelere tâbi tutulabileceğini öne sürmektedir (*CHRISTINE CHAPPUIS, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, in: Pacte, convention, contrat, Festschrift für Bruno Schmidlin, Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 242*).

4.3.2 Uyandırılan güven nedeniyle sorumluluk, sözleşme ile haksız fiil arasında bir yere yerleştirilebilir. Bu sorumluluk, culpa in contrahendo sorumluluğu üst kavramı altında ve diğer makul menfaatlerle eş tutulan yanlış bilgi verilmesi nedeniyle sorumluluk gibi tipik gruplarla birlikte değerlendirilir (*BGE 130 III 345 E. 2.1; BGE 121 III 350E. 6c S. 355; BGE 120 II 331 E. 5a S. 336-337*). Federal Mahkeme içtihatlarına göre güven sorumluluğu, taraflar arasında dürüstlük kuralından (*Art. 2 ZGB*) doğan koruma ve aydınlatma yükümlülüğünden çıkarılan “hukukî özel bir bağlantı”nın varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 349; BGE 120 II 331 E. 5a S. 336*).

Güven sorumluluğunda sözleşme ile haksız fiil arasında yer alan bağımsız bir sorumluluk sebebi söz konusu olduğundan –kanunda düzenlenmemiş– bu kurumun hukukî niteliği sorunu uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından hedefe ulaştırıcı değildir (*BUCHER, a.g.e., S. 244; karşılaştırınız SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N. 595 zu Art. 1 OR*). Yeni içtihatlarda (*BGE 130 III 345 E. 2.1; BGE 121 III 350 E. 6c S. 355; BGE 120 II 331 E. 5a S. 336*) güven sorumluluğunun görünüm şekli olarak değerlendirilen culpa sorumluluğu çerçevesinde de Federal Mahkeme, bir zamandan beri hukukî nitelik bakımından herhangi bir tespit yapmamaktadır (*BGE 121 III 350 E. 6c S. 354-355; BGE 108 II 419 E. 5 S. 422; BGE 101 II 266 E. 4c S. 269*).

BGE 134 III 390 s. 396

Bununla birlikte istikrarlı içtihatlar da culpa in contrahendodan doğan taleplerin zamanaşımına Art. 60 OR hükmünün uygulanabileceğinden hareket etmektedir (*BGE 121 III 350E. 6c S. 354-355; BGE 108 II 419 E. 5 S. 422; BGE 101 II 266 E. 4c S. 269-270*). Bu görüş esasen, sözleşme görüşmeleri yürüten bir tarafın Art. 127 OR çerçevesinde on yıllık süre boyunca tazminat taleplerine maruz bırakılmasının hukukî güvenlik düşüncesine aykırı düşeceği gerekçesine dayandırılmaktadır. Bununla birlikte culpa in contrahendodan doğan talepler için uygun bir süre düzenlenmelidir. Art. 60 OR'deki zamanaşımı hükmü, tarafların menfaatleri bakımından adil olur. Böylelikle

zarara uğrayanın bir taraftan Art. 60 OR hükmündeki bir yıllık süre içerisinde dava açması ya da diğer bir şekilde –özellikle icra takibinde– zamanaşımı süresini kesmesi beklenebilir. Buna karşın zarara uğrayanın zararı ve zarar veren kişiyi bilmesi hâlinde, diğer tarafın aşırı uzun bir süre boyunca taleplerle karşı karşıya kalması ise beklenemezdir (*BGE 101 II 266 E. 4c S. 269*).

Bu içtihat, öğretinin önemli bir kısmı tarafından şu an için de eleştirilmektedir (*BUCHER, Basler Kommentar, N. 94 zu Art. 1 OR; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 287-288; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.g.e., Rz. 971-972; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 753; KRAMER, Berner Kommentar, N. 141 der Allg. Einleitung in das Schweizerische OR; BERTI, Zürcher Kommentar, N. 38 vd. zu Art. 127 OR; WIEGAND, Basler Kommentar, N. 11 der Einleitung zu Art. 97-109 OR; DÄPPEN, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 60 OR; PICHONNAZ, a.g.e., N. 22 zu Art. 127 OR; THÉVENOZ, a.g.e., N. 29 zu Art. 97-109 OR; NIKLAUS LÜCHINGER, Die Verjährung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo, SJZ 102/2006 S. 197 vd.; HANS-ULRICH BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991, Rz. 625 vd.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 13 N. 6). Art. 127 OR hükmünün uygulanabilirliğini culpa in contrahendonun (*akdî kabul edilen*) hukukî niteliği ile bağdaştıramayan görüşler, esasen bununla ilgili olarak hukukî menfaatlerin zamanaşımı yoluyla yitirilmesinin ancak açık, bariz ve hakkı kullanacak kişiler tarafından tereddütsüz olarak bilinebilen hukukî temellere dayanması gerektiğini ileri sürmektedir. Art. 127 OR hükmünün lafzına binaen culpa in contrahendodan doğan talep, açıkça haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği için, on yıllık genel zamanaşımı süresine tâbi olmalıdır.*

BGE 134 III 390 s. 397

Bu nedenle Art. 60 OR hükmündeki bir yıllık süre çok kısa görülmektedir (çok sayıdaki eserin yerine: *BUCHER, Basler Kommentar, N. 94 zu Art. 1 OR; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 287-288*).

Öğretide ileri sürülen eleştirileri bilmesine rağmen Federal Mahkeme, içtihadını şu an için de devam ettirmektedir (*BGE 121 III 350 E. 6c S. 354-355; Urteile 4C.409/2005 vom 21. März 2006, E. 3.1, SJ 2006 I S. 437; 4C.354/2004 vom 9. November 2005, E. 2.3*). Art. 60 OR hükmündeki bir yıllık

zamanaşımı süresini savunanların bu hususa ilişkin olarak ileri sürdükleri gibi culpa in contrahendo kendine özgü bir sorumluluk hâli söz konusudur ve bu sorumluluk hâli, barındırdığı özel ilişkiye zamanaşımı sorununu da içerecek uygun yasal bir düzenlemeye, yani isabetli bir şekilde kendi hukukî durumuna tâbi olmalıdır (BAUMANN, a.g.e., N. 189-190 zu Art. 2 ZGB). Federal Mahkeme içtihadı, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukî işlem güvenliğinin korunmasına hizmet etmesine yardımcı olmuş; ancak bu korumanın aşırı bir zaman dilimine genişletilmesi suretiyle hukukî işlem güvenliğinin zarara uğratılmasına da izin vermemiştir. Hukukî işlem güvenliği bu nedenle büyük önem arz etmektedir, zira mevcut içtihattan sapmayı gerektirecek hiçbir neden bulunmamaktadır (sonuç itibariyle BAUMANN, a.g.e., N. 190-191 zu Art. 2 ZGB; WERRO, a.g.e., N. 6 zu Art. 60 OR; TERCIER, a.g.e., S. 75; MARCHAND, a.g.e., S. 174; STEPHAN HARTMANN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung*, Diss. Freiburg 2001, Rz. 314; NICOLAS KUONEN, *La responsabilité précontractuelle*, Diss. Freiburg, Zürich 2007, Rz. 1709-1710; BREHM, *Berner Kommentar*, N. 12c zu Art. 60 OR; VITO ROBERTO, a.g.e., Rz. 569; karşılaştırınız SPIRO, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Bern 1975, S. 706; SPIRO, *Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen*, in: ZSR 105/1986 I S. 645; HANS MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Aufl., Freiburg 1992, Rz. 153; MERZ, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975*, in: ZBJV 113/1977 S. 183-184; PAUL PIOTET, *La culpa in contrahendo aujourd'hui*, in: SJZ 77/1981 S. 242; PIOTET, *Culpa in contrahendo*, Bern 1963, S. 63; KELLER/SCHÖBI, *Das Schweizerische Schuldrecht*, Bd. I, Basel/Frankfurt a.M. 1988, S. 44; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, a.g.e., N. 595 zu Art. 1 OR).

4.3.3 Bu ilkeler, yalnızca culpa in contrahendo sorumluluğu için değil, aynı zamanda genel olarak güven sorumluluğu için de geçerlidir.

BGE 134 III 390 s. 398

Bu sorumluluk sebebinde yasayla düzenlenmiş değil, içtihat yoluyla geliştirilmiş ve kanunkoyucu tarafından Art. 127 OR'de öngörülen genel zamanaşımı hükmünün incelenmeden uygulanamayacağı bir hukukî kurum söz konusudur.

Federal Mahkeme her defasında güven sorumluluğunun hiçbir şekilde herkese karşı yöneltilebilecek bir sorumluluk olmadığını ve bu sorumluluk sebebinin kabul edilmesinin sözleşme kurumunun içinin boşaltılmasına yol

açmaması gerektiğini vurgulamıştır (*BGE 133 III 449 E. 4.1; BGE 130 III 345 E. 3.2 S. 353*). Bu nedenle Federal Mahkeme, uyandırılan güven nedeniyle sorumluluğu sıkı şartlara bağlamıştır (*BGE 133 III 449 E. 4.1 S. 451; BGE 124 III 297 E. 6a S. 303; BGE 121 III 350 E. 6c S. 355; BGE 120 II 331 E. 5a S. 336*). Hukukî güvenlik, güven sorumluluğunun ne bir sözleşme yükümlülüğünün ihlâline ne de genel yasak ve emirlere karşı bir ihlâl teşkil etmesine haksız bir şekilde genişletilmesinden zaman bakımından da kaçınmayı gerektirir. Bu bakış açısı altında, ayrıca zamanaşımı sorununun münferit olaya özgün bir şekilde karara bağlanması –somut olayda bir sözleşme ilişkisine hukukî bir yakınlığın söz konusu olup olmamasından yola çıkılmasına göre– davacı ve öğretideki çeşitli görüşler tarafından ileri sürüldüğü gibi haklı görülemez. Somut olayın tüm şartlarına göre (*BGE 130 III 345 E. 2.2 S. 350 f.; BGE 120 II 331 E. 5a S. 337*) dürüstlük kuralından (*Art. 2 ZGB*) çıkarılan davranış yükümlülüklerinin şekline ve kapsamına göre karar verilmesi talebi, –sürenin dolmasından dolayı bununla bağlantılı ispat zorlukları göz önünde tutularak– bu tip taleplerin kısa bir zaman içerisinde açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılar. Hukukî güvenlik nedeniyle tarafların, güven sorumluluğundan doğan olası sorumluluk taleplerine karşı on yıl boyunca maruz bırakılması kabul edilemez. Bununla birlikte güven sorumluluğundan doğan talepler, zarara uğrayanın zararın meydana geldiğini ve tazminatla yükümlü kişiyi öğrendiği andan itibaren uygun bir süre içerisinde ileri sürülmelidir. Güven sorumluluğundan doğan talepler Art. 60 OR hükmüne göre zamanaşımına uğrar.

BOŞ