

Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal	Spk. Ve Tk. ' Nda Tahviller
Didem Özdemir	Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak <i>Lex Mercatoria</i>
Dr. Mehmet Demir	Mesafeli Sözleşmelerle İlgili Ab Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı
Yrd. Doç. Dr. Türker Yalçınduran	Olağanüstü Durumda Verilmek Zorunda Kalındığı İddia Edilen Faizlerin Geri Alınıp Alınamayacağı Sorunu
Çeviren Yrd. Doç. Dr. Veysel Başpınar	Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı
KAMU HUKUKU	
Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN	Meinungsausserungsfreiheit Im Lichte Der Entscheidungen Des Europäischen Gerichtshof Für Menschenrechte (Egmr) Und Art. 312 Abs. 2 Des Türkischen Strafgesetzbuches
Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	İyi Yönetim Ve Avrupa İyi Yönetim Yasası
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem	Türk Ceza Kanununda Silah
Yrd. Doç. Dr. Ömer ANAYURT	1924 Anayasası'nda Temel Hak Ve Hü
Av. K. Eren GÖNEN	Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu
Osman Isfen, Gießen/	Karl Larenz – Befürworter Des Nationalsozialismus?

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sahibi : Prof. Dr. Rıza AYHAN Editor : Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL Yayın Kurulu : Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL Prof. Dr. Hasan TUNÇ Yrd.Doç. Dr. Alim TAŞKIN Yayın Yönetmeni : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Bu dergi yılda iki defa yayınlanır	Journal of The Faculty of Law of Gazi University Owner : Prof. Dr. Rıza AYHAN Editor : Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL Editorial Board : Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL Prof. Dr. Hasan TUNÇ Yrd.Doç. Dr. Alim TAŞKIN Publishing Manager: Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN This Journal published two times a year
---	---

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
10.Cadde, 81.Sokak No:51
06510-Emek/ANKARA, TÜRKİYE

Hakem Heyeti:

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER	(Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Atilla ALTOP	(Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Gökhan ANTALYA	(Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Rıza AYHAN	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU	(İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil CİN	(Çağ Üniversitesi)
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	(Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Kudret GÜVEN	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI	(Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ	(Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ	(Akdeniz Üniversitesi)
Prof. Dr. Sacit ÖNEN	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Atilla ÖZER	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN	(Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	(Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	(Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	(Marmara Üniversitesi)

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK		
Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal		
Didem Özdemir	Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak <i>Lex Mercatoria</i>	1 - 12
<i>Dr. Mehmet Demir</i>	Mesafeli Sözleşmelerle İlgili Ab Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı	1 - 31
Yrd. Doç. Dr. Türker Yalçınduran	Olağanüstü Durumda Verilmek Zorunda Kalındığı İddia Edilen Faizlerin Geri Alınıp Alınamayacağı Sorunu	1 - 41
KAMU HUKUKU		
		155 - 190
		191 - 240
		241 - 262

SPK. ve TK.' nda TAHVİLLER

BONDS IN CAPITAL MARKET ACT(CMA) AND COMMERCIAL CODE (CC)

Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal

Özet

Türk hukukunda tahvillerin başlıca hukuki semeresi faizdir. Ancak, TK. m. 420 ve SPK. m. 14 hükümleri çerçevesinde faiz ile birlikte veya faiz şartı olmadan değişik hak ve menfaatler tahvil sahiplerine tanınabilir. Bunlar kanunda tahdidi olarak sayılmamıştır. Her türlü menfaat ve haklar tahvillerde tecessüm ettirilebileceği gibi çeşitli kombinezonlar sağlanarak da değişik tahvil türlerinin ihdası mümkündür.

Anonim ortaklıkların tahvil çıkarmasına ilişkin usul ve şartlar esas itibarıyla TK.'nda düzenlenmiş olmakla beraber SPK.'da hisse senetleri halka arz edilen anonim ortaklıkların çıkaracakları tahvillerle ilgili hükümler getirmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu ise, SPK.'nun kendisine verdiği izin ve düzenleme yetkilerini de aşarak, halka arz edilsin veya edilesin bütün tahvillerin çıkarılmasını Kurulun iznine bağlı tutmuştur.

TK.'na göre tahvil ihracı için esas sözleşmede hüküm bulunsa bile, bu hususta genel kurulca bir karar alınması mecburiyetini hükme bağlarken, SPK. halka arz edilecek tahvillerde, tahvil ihracı kararı verme yetkisinin esas sözleşmeyle yönetim kuruluna tanınmasına müsaade etmektedir. Böylece SPK., kararın ilânı, tescili ve mahkeme tasdiki usullerini kaldırmaktadır.

SPK. ayrıca, çıkarılacak toplam tahvil sınırının tavanını TK.'na göre daha yüksek tutmuştur.

SPK.m.13 hükmüne göre, halka arz edilen tahvillerin tamamı satılmadıkça yeni tahvil çıkarılması da mümkün değildir. Bu hüküm de anlaşılabilir mahiyettir. Tavan sınırı müsait olsa bile yeni tahvil çıkarılıp çıkarılmayacağı Kanundan anlaşılmamaktadır. Kanaatimizce, Kanun çıkarılan tahvillerin satış süresi içinde (en çok üç ay) yeni tahviller çıkarılmasını önlemektedir. Böylece, yeni tahvil ihracında TK.m.421 hükmünün ortaya koyduğu, "daha önce çıkarılan tahvillerin bedellerinin tamamen alınması" şartı, SPK.'nda, "satış süresinin geçmesi" şartına bağlandığı kanaatindeyiz. Çünkü bu sürede satılmamış tahviller varsa, en geç altı iş günü içinde iptali gerekecektir. SPK.m.13 hükmü, yeni tahvil ihracı için, satılan tahvil bedellerinin tamamen alınmış olmasının gerekip gerekmediği konusunda açık değildir. SPK.'da hüküm olmayan veya açıklık bulunmayan hallerde TK. hükümleri uygulanacağından, satış bedellerinin de tamamen alınması gerektiği sonucuna varılabilir.

Sermaye Piyasası Kurulu ise tebliğlerle tahvil ihraç şartlarını düzenlemektedir. Mahiyet itibarıyla "tebliğler", kanunun açıklanması ve uygulanmasının gösterilmesi

için çıkarılır. Oysa Kurul tebliğlerle düzenlemeler yapmakta, hukuki ve cezai müeyyideler koymakta ve böylece kanun koyucu gibi hareket etmektedir. Bu hususlarda Kurul tebliğlerinin hüküm ifade etmesi hukuken tartışmalı hale gelmektedir.

SUMMARY

In Turkish Law the main legal fruit of bonds is interest. But under the regulations of CC. Art. 420 and CMA. Art. 14, with interest or without the condition of interest, different rights and benefits may be recognized to bonds owners. These are not enumerated under limitations in the Code. As every kind of benefit and rights may be created in the bonds, the formation of different bonds types by using new combinations is possible.

The methods and conditions for the publishing of bonds of joint stock corporations, are put in order in the CC. Besides, in CMA some rules are put in order about the public offering of share of stock of the joint stock corporations. Capital Market Board (CMB), binds the publishing of bonds which are offered to the public or not, under the permission of Board, exceeding the authorization of permission and coordination given by its own.

According to CC., for the issue of bonds even if there is no decision found in the main contract, the decision of the general assembly is needed, however CMA permits, for the public offering of bonds, the authorization to issue is given to board of management by the main contract. In this way, CMB abolishes the announcement of decision, official registration of decision and the certification of the court.

Furthermore, CMB orders the maximum issue limits of bonds, higher than the limits in the CC.

According to CMA. Art. 13., new bonds can not be issued unless the already issued ones are completely sold. It is incomprehensible. Even the maximum limit is convenient, it is not clear in the Code if the issuance of new bonds is possible or not. In our opinion, the Code prevents the issuance of new bonds during the term of sale of the issued bonds (maximum three months). In this way, we believe that in the issuance of new bonds, the condition ordered in CC. Art. 421 “completely payment of debentures issued before” is related to the condition in CMA. “skipping the term of sale”. Since in this period, if there are some debentures that are unsold, the cancellation will be needed within six days. CMA. Art. 13 is not clear whether the payment of the issued debentures are needed or not for the new debentures. In the cases if there is not found any rule or the statements are unclear in CMA, CC rules are applied. So, as a conclusion it is thought that in these cases the value of sale should be completely paid.

Then, CMB orders the conditions of issuance by the directions. “Directions” are put into force to explain and show the application of Code. However the Board forms regulations by the directions, in this way legal and penal sections are put into force and so the Board acts as if it is the legislator. In these cases, the formation of orders by the directions of the Board may cause legal disputes.

I. Tahvil Kavramı ve Özellikleri

Türk hukukunda TK.m.420 hükmüne göre "Anonim Ortaklıkların ödünç para bulmak için itibarî kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetlerine tahvil denir."

Kanunî tariftten de anlaşılacağı üzere, tahviller anonim ortaklıkların borç para temini suretiyle kredi ihtiyaçlarını tatmin amacıyla seri halde çıkardıkları borç senetleridir. Bu bakımdan ortaklığın münferit şahıs ve kuruluşlara verdiği borç senetleri tahvil değildir. Kanunî tarif doktrinde yeterli kabul edilmemekte ve tarifi, tahvilin tüm unsurlarını ihtiva etmediği görüşü hâkim bulunmaktadır. Tekinalp'e göre tahvil, kanunî tarifte belirtilen özelliklerin yanında, sadece anonim ortaklıkların çıkarabildiği ve bir bütünlük gösteren ortaklık borcunun bir kısmını oluşturan kıymetli evrak niteliğindeki senedin adıdır¹. Domaniç ise tahvili "kendisi ve çıkarılması kanunî şekil şartlarına tabî kıymetli evrak niteliğinde, eşit borç ve hakları temsil eden bir para borcu senedi" olarak tarif etmektedir².

Tahviller esas itibariyle, ortaklıkların ihtiyaç duydukları borç para temini için çıkardıkları para borcu senetleri olduğundan paradan başka borç ve alacaklar için tahvil düzenlenemez ve bu özellik tahvilleri; mal ve hizmet karşılığı verilen adî ve kıymetli evrak niteliğindeki para borcu senetlerinden ayırır³. Tahvilin en önemli özelliği, ihtiva ettiği borç ilişkisinin kıymetli evrak niteliğine sahip, kanunî şekil şartlarına tâbi bir senede bağlanmış olmasıdır. Bu sebeple, tahvili kuran ilişkisinin varlığına rağmen, tahvil (senet) çıkarılmamışsa, kanunî anlamda tahvilden bahsedilemez. Bu halde sadece ortaklığa ait bir borç ilişkisi söz konusu olur ve bu borç ilişkisine, tahvile ait kanunî hükümler uygulanamaz⁴.

Diğer taraftan tahviller bir grup halinde çıkarılan ve üzerlerindeki ibareleri aynı olan seri halde çıkarılmış borç senetleridir. Çıkarılmaları ve şekli kanunî şartlara tâbidir.

Tahviller, SPK.'nın 3/b hükmünde açıkça menkul kıymet olarak

¹ **TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU**: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku 9. bası, İstanbul 2003, s. 693.

² **DOMANIÇ**, Hayri (Kıymetli Evrak); Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975, s. 644.

³ **DOMANIÇ** (Kıymetli Evrak), s. 643.

⁴ Benzer görüş için bkz. **TEKİNALP / (POROY / ÇAMOĞLU)** (Ders Kitabı), s. 556.

ifade edilen evraktır. Doktrinde tahvillerin menkul kıymet özelliği üzerinde hiçbir tartışma yoktur. Tahvillerin türü ne olursa olsun, menkul kıymet özelliği değişmez. Tahvillerin ihraç usulü SPK.m.13 hükmünde ayrıca düzenlemeye tâbi tutulmuştur.

SPK. açısından tahvilleri halka arz edecek olan ortaklıklar, ister halka açık isterse kapalı ortaklık olsun, menkul kıymet özelliğinde bir değişiklik olmaz. Her iki halde de piyasada işlem görür ve borsada kote edilebilirler. Tahviller diğer bir menkul kıymet türü olan hisse senetleri gibi menkul kıymet piyasasında tedavül eden önemli araçlardan birisidir. Bu bakımdan "her türü ile tahvil, borsa işlemlerine çok uygun bir menkul kıymettir"⁵.

Tahviller vasıtasıyla ortaklığa, esas sermayeyi tamamlayan "borç sermaye" getirilmektedir. Ortaklıkların özellikle geçici sermaye ihtiyaçları mevcutsa, ortaklık hisse senedi ihracı suretiyle sermaye artırmaktan ziyade, tahvil ihracı suretiyle bu ihtiyacını gidermeyi tercih edecektir. İdare kontrolünü elde tutma arzusu bunun başlıca sebebidir. Diğer taraftan enflasyonun sağlayacağı menfaatler de ortaklığı, hisse senedi yerine tahvil ihracına yöneltmektedir. Üstelik tahvillere ödenen faizlerin masraf olarak kabulü, vergi yönünden ortaklığa menfaat sağlamaktadır.

Tahviller bazı şartlar altında, yatırımcılar için de hisse senetlerinden daha avantajlıdır. Çünkü, hisse senedi yatırımcılarının elde etmeyi bekledikleri menfaat, ortaklığın kâr edip etmediğine bağlıdır. Tahvil yatırımcıları ise, tahvilin türüne göre, ortaklığın malî durumuna bağlı olmaksızın muhtelif menfaatler elde edebileceklerdir. Diğer taraftan, tahvillere çeşitli teminatlar tanınarak, yatırımcıların tasarrufları teminat altına alınabileceği gibi, temettü dağıtımına iştirak hakkı da sağlanarak hisse senetlerinin, sahiplerine sağladığı malî haklardan yararlanabilirler⁶.

Tahviller, menkul kıymet olarak sermaye piyasasının gelişmesine yardımcı olacak en önemli araçlardan birisidir. Tahvil ihracı yoluyla, biriken küçük tasarruflar, mal ve hizmet üretecek yatırımlara yöneltilebilecek ve böylelikle ekonomik kalkınmada, dolayısıyla millî gelirin artmasında önemli bir unsur olacaklardır. Diğer taraftan tahviller, yatırımcılara temin ettikleri faiz ve sair menfaatler yoluyla, toplumun bütün sosyal dilimlerinin refah düzeylerinin yükselmesine

⁵ **TEKİNALP**, Ünal (Sermaye): Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s. 17.

⁶ **İMREGÜN**, Oğuz (Kara Ticaret) : Kara Ticaret Hukuku Dersleri İstanbul 1984, s. 476.

ve dolayısıyla sosyal adaletin gerçekleşmesine yardımcı olurlar.

II. Tahvil Çıkarabilecek Ortaklıklar

TK.'nın tarifinde, tahvillerin yalnızca anonim ortaklıklar tarafından çıkarılabileceği intibai yer almakta ise de, doktrinde bu hususta görüş birliği yoktur. Tekinalp'e göre özel hukuk tüzel kişileri arasında sadece anonim ortaklıklar tahvil ihraç edebilirler⁷. Buna karşılık Erem, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların da tahvil ihraç edebileceklerini savunulmaktadır⁸. Gerçekten ne Ticaret Kanununda ne de Sermaye Piyasası Kanununda bu ortaklıkların tahvil ihraç etmelerini engelleyen bir hüküm vardır. Üstelik SPK.m.4 f.3 hükmü sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların hisse senetleri halka arz yoluyla satılamayacağına ilişkin olup tahvilleri yasaklamamıştır. Kanun koyucu bu konuda bilinçli olarak hüküm koymamıştır. Diğer taraftan Domaniç de tahvil ihracının sadece anonim ortaklıklara münhasır bir kredi müessesesi olmadığını savunmakta ve daha da ileri giderek özellikle rehinli tahvil ihracı yetkisinin MK.m.930, 940-972 hükümlerine göre, anonim ortaklıklar dışında kalan ortaklık ve hakiki şahısların da bu senetleri çıkarabileceklerini ifade etmektedir⁹. Bu son görüşe en azından tahvil konusunda katılamayacağı kanaatindeyiz. Çünkü, Medeni Kanunda düzenlenen bu senetler temelde tahviller gibi borç senetleri olmakla birlikte, TK.'nın düzenlediği tahvil kavramından ayrı bir hukukî müesseseyi ifade ederler. Bir kere değişik kanunlarda düzenlenmiş, şekil şartları ve hükümleri tamamen ayrı müesseselerdir. MK.m.930 hükmü; nama veya hâmiline yazılı tahvillerin iki şekilde taşınmaz rehini ile güvence altına alınabileceğini ifade etmektedir:

(1) Ödücün tamamı için bir ipotek veya ipotekli borç senedi tesis ve borçlu ile alacaklıları cümlesini birden temsil edecek bir mümessil tayini,

(2) tahvil çıkarmayı üzerine alan aracı kurum yararına, ödücün tamamı için bir taşınmaz rehini kurulması ve bu rehinli alacağın da tahvil alacaklıları yararına rehin edilmesi.

Doktrinde, MK.m.940 hükmünde sözü geçen tahvillerin TK.m.420 hükmünde tarif edildiği ancak MK. anlamında tahvilin anonim

⁷ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (Ders Kitabı), s. 556.

⁸ EREM, Turgut S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, c.2, Ticaret Şirketleri, İstanbul 1976, s. 318; POROY, R. / EREM, T.S.: Türkiye'de Sermaye Piyasasının Gelişmesi İçin Gerekli Hukukî Tedbirler, Sermaye Piyasası Etüdü, Ankara 1964, s.115.

⁹ DOMANIÇ(Kıymetli Evrak), s. 644.

ortaklık veya bir gerçek kişi tarafından da çıkarılabileceği ifade edilmektedir¹⁰. Kanaatimizce, burada zikri geçen "tahvil" veya "tahvilat" kavramı TK.m.420 hükmünde düzenlenen anonim ortaklıkların çıkarabilecekleri tahvilleri değil, sadece kıymetli evrak vasfına haiz ve bir taşınmaz rehini ile teminat altına alınmış borç senetlerini ifade etmektedir. İsim benzerliğine rağmen MK. ve TK.'nun düzenlediği tahviller farklı müesseseleri ifade etmektedir. Zira, tahviller TK. hükümlerine göre yalnızca sermaye ortaklıkları tarafından çıkarılabilen borç senetleridir. MK.m.940 hükmünde söz konusu edilen tahviller ise, ortaklık tahvillerinden farklı olduğu gibi, ipotekli borç senetleri ve irat senetlerinden de farklıdırlar. Çünkü tahviller bu anlamda rehin hakkını ihtiva etmezler ve tapu sicil memuru ile hakimin imzasını taşımazlar. Sadece borçlunun ve varsa borçlu olmayan üçüncü şahıs rehinli gayrimenkul malikinin imzaları yer alır ve senet metninde de ihraç şartları, alacağın taşınmaz rehini ile temin edildiği ve mümessilin adı belirtilir¹¹. Bütün bu sebeplerden dolayı MK. anlamındaki tahvil kavramı TK. anlamındaki tahvil konusunun dışındadır. Bu tür gerekçelerle TK.'unda düzenlenen tahvillerin gerçek kişilerce de ihraç edilebileceği sonucuna varmak kanaatimizce isabetli değildir. Her iki kanunda sözü geçen tahvillerin isimleri ve temelindeki hukukî ilişki aynı olmakla beraber şekil ve hükümleri bakımından farklı menkul kıymettirler.

Kanaatimizce, mevcut hukuk sistemimiz içinde tahvil ihracının, özellikle tahvil yatırımcılarının korunması açısından sadece anonim ortaklıklara tanınması gerekmele birlikte, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların tahvil ihracını önleyici bir kanun hükmü yoktur.

Diğer taraftan tahvil ihracına ilişkin kurul tebliğleri tahvillerin kurul kaydına alınabilmesi için gerek halka arz da gerek halka arz edilmeksizin ihraçlarda "son üç yıla ait bilanço ve mali tablolar ile denetçi raporlarını" istemekte ve yeni kurulan anonim ortaklıkların tahvil ihraç edemeyeceği intibahı vermekte ve yeni kurulan anonim ortaklıkların tahvil çıkarması fiili olarak engellenmektedir. (Seri:II, No:13, m.18j,k; m.27 d,f). Oysa ne TK. ne de SPK. bu konuda açık veya zımnî bir hüküm ihtiva etmediği gibi Kurul'a da böyle bir düzenleme yetkisi vermemektedir. Gerçi TK.'nın "Anonim şirketlerin çıkaracakları tahviller esas sermayenin ödenen ve tasdik olunmuş son bilanço'ya göre mevcudiyeti anlaşılan miktarını aşamaz" şeklindeki

¹⁰ CANSEL, E. / GÜRSOY, K.T. / EREN, F.: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 1152.

¹¹ CANSEL (GÜRSOY / EREN), s. 1153.

hükmü (TK.m.422), yeni kurulmuş henüz bilanço düzenlememiş anonim ortaklıkların tahvil çıkaramayacağı fikrini doğuruyorsa da, doktrinde TK.422 hükmünden bu sonuca ulaşılamayacağı, bir ara bilanço düzenlenip, genel kurulun onayı alınarak tahvil çıkarılabileceği ve hatta açılış bilançosunun düzenlenmesi ile de bu imkan olabileceği savunulmuş ve mahkeme kararları da bu yönde gelişmiştir¹². Görülüyor ki gerek SPK. gerek TK. sisteminde anonim ortaklıkların tahvil çıkarabilmesi bir bekleme süresine bağlıdır. SPK. ve TK. sistemlerinde tahvil çıkarabilmek için bilançonun tasdikine kadar bir süre beklenmesi gerekmekte, ortaklık yıllık bilanço ile tahvil çıkarmak istiyorsa o zaman hesap dönemini tamamlayıp, bilançosunu genel kurula tasdik ettirerek tahvil çıkarma imkanı elde edecek veya doktrinde kabul edildiği üzere kuruluş yahut ara bilançonun tasdiki ile bu süreyi azaltabilecektir.

Ancak kuruluştan ve hatta kuruluştan kısa bir süre sonra borçlanma senedi olan tahvil ihracının alıcılar üzerinde olumsuz etki yapacağı, mukayese imkânı bulunmadan, şirket tanınmadan yatırımcıların sağlıklı bir karar veremeyeceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu bakımdan doktrinde de konunun kendiliğinden bir süre içerdiği ifade edilmektedir¹³. Kurul da düzenlemelerinde mevzuatta hiçbir hüküm bulunmamasına rağmen bu süreyi 3 yıl olarak zımnen hükme bağlamıştır. Ancak bunun hukuki dayanağı yoktur.

Diğer taraftan 93/3983 sayılı tahvil ihraç limitlerini artıran Bakanlar Kurulu kararı da, artış katsayısının uygulanabilmesi için son yıla ait malî tablolara göre dönem kârı elde etme şartı öngörmekte, kâr elde edilmemişse de kurul onayı ve bağımsız denetleme şartıyla öngörülen katsayının yarısı kadar ihraç limiti öngörmektedir. Bu karar da yeni kurulmuş ortaklıkların bir yıldan önce tahvil çıkarma imkânını açıkça belirtmemekle birlikte fiilen engellemektedir.

III. Tahvillerin şekli

TK.'m.427 hükmüne göre tahvillerde bulunması zorunlu unsurlar şunlardır;

¹² **POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, c.1, 2. bası, İstanbul 1975, s.583; **TEKİNALP, Ünal** (14) : "Yargıtay'ın Tahvil Çıkarılmasına İlişkin Bir kararı Üzerine Düşünceler ve Değerlendirme", İktisat Maliye Dergisi, c.23, sa.11, s.457 vd.; **ÖÇAL, Akar** : "Anonim Şirketin Tahvil İhraç Edebilmesi İçin Muayyen Bir süre Faaliyette Bulunması Şart mıdır?", İktisat ve Maliye Dergisi, Y.1989, sa.8, s.316.; 11.HD. 20.11.1975 gün ve E. 4884 / K.6596 (ÖÇAL, s.316).

¹³ **ÖÇAL**, s.318.

1. İzahnamede zikri gereken hususlar,

İzahnamede belirtilmesi gereken hususlar ise TK.m.425 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre izahnamede aşağıdaki hususların yer alması zorunludur;

- a. şirketin unvanı mevzuu merkez ve müddetini.
- b. Esas sermayenin miktarını.
- c. Esas mukavele tarihini ve bunda değişiklikler yapılmışsa bunlarında tarihiyle ilân edildikleri tarihleri.
- d. şirketçe tasdik edilmiş son bilânçoya göre şirketin durumunu.
- e. Çıkarılmış ve çıkarılacak tahvillerin itibarî kıymetlerinin tutarını ve bu kıymetlerin şirkete ödeme suretini ve her tahvilin hamiline ait olduğunu ve tahvillerin itfa sureti ve zamanını.
- f. Tahvil çıkarılmasına dair umumî heyet kararının tescil ve ilân tarihi.
- g. şirketin menkul veya gayrimenkulleri evvelce çıkarılan tahvillerden veya diğer bir sebepten dolayı rehin edilmiş veyahut teminat gösterilmişse bu cihetleri.

2. Tahvillerin ana sermaye ve faizlerin ödeme şartları,

3. Varsa itfa planı,

4. Tahvillerin şirket namına imza etmeye salâhiyeti olanlardan en az ikisinin imzası.

İmza damga veya mühür şeklinde olabileceği gibi matbu olabilir.

SPK. tahvillerin şekli hususunda hüküm ihtiva etmemekle birlikte Kurul bir tebliğ ile tahvillerin hem şekil şartlarını hem de baskı usul ve şartlarını oldukça detaylı bir şekilde düzenlemiş ve tahvil örneklerini belirlemiştir¹⁴.

IV. Tahvillerin Devri

Türk hukukunda tahviller, ortaklık borçlarının kıymetli evrak niteliğine sahip senetlere bağlandığını ifade eder. Tahviller doktrinde istisnasız kıymetli evrak olarak kabul edilmektedir¹⁵. Özellikle hâmile yazılı tahviller hususunda, TK.m.570 ve 573 hükümleri, hâmiline yazılı hisse senetlerinde olduğu gibi tahvillerin de kanunen kıymetli

¹⁴ Bkz. Seri :II, No:11, m.1-12 ve ekleri.

¹⁵ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (9. bası),s. 696vd.; EREM, s. 319; DOMANIÇ(Kıymetli Evrak), s. 643; İMREGÜN (Kara Ticareti), s. 488.

evrak olduğunu göstermektedir. Hâmiline yazılı olan bir senet kıymetli evrak olarak kabul edilebildiğine göre, aynı senedin nama yazılı olması halinde de kıymetli evrak olarak kabul edilmemesi için bir sebep yoktur. Aksine kıymetli evrak olduğuna bir karine teşkil eder. Bunun sonucu olarak da tahvil sahipleri, tahvilden doğan haklarını ancak tahvil senetlerini ibraz ederek kullanabilirler. Ortaklık ise tahvilden doğan borçlarını ancak kıymetli evrak hükümleri çerçevesinde ödemekle borcundan kurtulabilir.

Tahvillerin devri hususunda, Türk pozitif hukukunda (gerek Ticaret kanunumuzda gerekse SPK.'muzda) hüküm bulunmamaktadır. Ancak TK.m.425, f.1,b.5, tahvillerin nama veya hâmiline düzenlenebileceğini ifade etmektedir. Bu bakımdan Türk hukukunda tahvillerin emre kaydını ihtiva etmesi mümkün değildir (TK.m.425 f.1,b.5). Diğer taraftan tahviller esasen birer kıymetli evrak olduklarından, devirlerinin de kıymetli evrak hükümlerine göre yapılması gereklidir. Nama yazılı tahvillerde alacaklının adı ve soyadı veya tüzel kişilerin ticaret unvanı açıkça yer alır. Kıymetli evrak olmaları sebebiyle de nama yazılı tahvillerin devri, senet üzerine veya ayrı bir kağıda yazılı devir beyanının imzalanması ve senet üzerindeki zilyetliğin devri suretiyle yapılır. Kanun veya sözleşme ile başka kimselerin, bu arada bilhassa borçlunun da devre iştirakleri mecbur kılınabileceğinden (TK.m.559 f.3), nama yazılı tahvillerin devrinde borçlu ortaklığın rızası da aranabilir. Böyle bir sözleşme yoksa, devrin ortaklığa karşı geçerli olabilmesi için, nama yazılı hisse senetlerinin aksine, ortaklık muvafakatine gerek yoktur. TK.m.428 hükmüne göre, nama yazılı tahvillerin kaydına mahsus bir defter tutmak zorunda olduğundan devrin de bu deftere kaydı gerekir. Bu halde de hisse senetlerinin aksine tahvillerde, ortaklık deftere kayıttan imtina edemez. Ancak devreden tahvil bedelinden dolayı bakiye borcu varsa, bu bedel ortaklığa ödeninceye kadar borcun nakli söz konusu olduğundan, ortaklık BK.m.173 vd. hükümleri gereğince kayıttan imtina edebilir. Bunun da hukukî mahiyeti alacağın temlikidir (BK.m.162 ve TK.m.559 f. 2). Nama yazılı tahvillerin devrinin ciro ile yapılması mümkün değildir. Her ne kadar TK.m.416 nama yazılı hisse senetlerinin devrinde ciro yoluyla devri öngörmüşse de, bu hüküm yalnız hisse senetleri için istisnâî bir durum ortaya koymaktadır. Bu bakımdan emre yazılı olmayan diğer kıymetli evrakın ve dolayısıyla tahvilin devrinde bu hüküm uygulanamaz ¹⁶.

Hâmiline yazılı tahvillerin devrinde ise hâmiline yazılı

¹⁶ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (2. bası), c. 1., s. 575.

senetlerin (kıymetli evrakın) devrine ilişkin prensipler uygulanır. Buna göre hâmiline yazılı tahvilde, "mündemiç olan hakkın devri, senet üzerindeki zilyetliğin devri ve devir sözleşmesiyle olur. Devir sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değildir¹⁷. Bu bakımdan senet üzerindeki zilyetliğin devri hem hakkın devrini, hem de devir sözleşmesini ifade eder. Bu özelliği dolayısıyla hâmiline yazılı tahvillerin devri herhangi bir sözleşme veya esas sözleşme ile men veya tahdit edilemez.

Ayrıca, tahviller kıymetli evrak olduklarından, nama yazılı tahvillerin hâmiline yazılı tahvile çevrilmesi mümkündür. Ancak bunun için tahvilin kendisine hak verdiği ve borç yüklediği bütün kimselerin muvafakatinin alınması ve bunun bizzat senet üzerinde yazılması gereklidir (TK.m.562 f.1). Hâmiline yazılı tahvillerin nama yazılı tahvil haline getirilmesinde de aynı usul uygulanır (TK.m.562 f.2).

V. Tahvillerin Sahiplerine Sağladığı Haklar

Tahviller, hisse senetlerine benzemekle birlikte, tamamen ayrı bir hukukî ilişkiyi ifade ederler. Her şeyden önce ortaklıkta bir payı değil ortaklıktan bir alacağı temsil eden senetlerdir. Bu bakımdan ortaklık borçları üzerindeki bir payı temsil ederler.

Tahviller, yatırımcılarına senedin tâbi olduğu şartlara göre değişen ve yatırımın hukukî semeresi olarak ifade edilebilecek çeşitli malî haklar da sağlarlar. Bu semereler faiz şeklinde olabileceği gibi; prim, ikramiye, temettü dağıtımına iştirak veya bunlara benzer malî menfaatlere iştirak şeklinde de olabilir. Tahviller, ortaklık borçlarını temsil ettikleri için gerek hukukî semereleri gerekse vâdede ana paraları, hisse senetlerine temettü dağıtımından önce ödenirler. Bu husus Türk Ticaret Kanununda da açıkça düzenlenmiştir (TK.m.457).

Türk hukukunda tahviller hisse senetleri gibi doğrudan doğruya yönetime katılma hakkı vermezler. Ancak gerek Ticaret Kanunumuz gerek Sermaye Piyasası Kanunumuz muhtelif hükümler vasıtasıyla tahvil yatırımcılarının menfaatlerini koruma imkânlarını düzenlemektedir. Böylece tahvil sahipleri yönetime iştiraktan çok yönetime etki edecek imkânlarla sahip olmaktadırlar. Tahvil sahiplerinin belirli durumlarda alacağın ödenmesi, teminat gösterilmesi, ortaklığın feshini talep ve dâva hakkı gibi çeşitli şahsî hakları vardır. Bu haklar ortaklık alacaklısı sıfatlarından doğmaktadır. Bu hakların ve muayyen durumların başlıcaları şunlardır:

¹⁷ KINACIOĞLU, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1993, s.18, s. 52.

(1) Kuruluştaki vesikaların doğru olmaması (TK.m.305), esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunulması (TK.m.306), ayın nev'inden sermayeye değer biçilmesinde hile yapılması (TK.m.307) gibi, kuruluştaki hileleri ifade eden hususlarda tahvil sahiplerinin aleyhine veya kurucular ile kurucuların fiillerine iştirak edenler aleyhine yahut bu hususta ihmalleri görülen ilk idare meclisi ve denetçiler aleyhine (TK.m.308) dâva açma hakları vardır (TK.m.309 f). Mahkemece hükmolunacak tazminat ortaklığa verilir (TK.m.309 f.1). Çünkü tahvil sahipleri tüm alacaklarını ortaklıktan talep etmek zorundadırlar. Ancak bu hüküm sayesinde bütün ortaklık alacaklıları ve dolayısıyla tahvil sahipleri ortaklık muamelelerini dolaylı da olsa denetleme imkânına sahip olmaktadır.

(2) Yönetim kurulunun ve dışarıdan atanan müdürlerin mesuliyetini gerektiren hallerde (TK.m.336, 342) de tahvil sahipleri sorumluluk dâvası açma hakkına sahiptirler (TK.m.340).

(3) Tahvil sahipleri yine ortaklık alacaklısı sıfatlarından dolayı, ortaklık esas sermayesinin azaltılması halinde, alacaklarının ödenmesini veya teminat gösterilmesini isteyebilirler (TK.m.397 f.1).

(4) Ortaklık pay sahipleri sayısının beşten aşağı düşmesi, ortaklığın kanunen gerekli organlarından birinin mevcut olmaması veya genel kurulun toplanmaması hallerinde tahvil sahipleri durumun düzeltilmesini isteyebilir. Aksi takdirde ortaklığın feshi için mahkemeye başvurabilir (TK.m.435).

(5) Ortaklık alacakları (ve dolayısıyla tahvil sahipleri) esas sermayenin üçte ikisini kaybeden ortaklığın feshini dâva edebilirler (TK.m.436).

(6) Anonim ortaklığın nevi değiştirmesi yani limited ortaklığa çevrilmesi halinde de tahvil sahipleri, alacaklarının ödenmesini veya teminat gösterilmesini talep edebilirler (TK.m.555).

(7) Ticaret Kanunumuz tahvil sahiplerini bir bütün olarak ele almakta ve her tahvil sahibini ortaklığın aynı seride çıkardığı tahvillerdeki itibarî değer oranında alacaklı olduğunu kabul etmektedir. Bu bakımdan da aynı serideki tahvil sahiplerine bir heyet olarak TK.m.429 ve 432 hükümlerinde çeşitli haklar tanımaktadır. Ancak TK.m.430'un gösterdiği heyet yetkileri daha çok, ortaklık lehine alınacak; teminatların azaltılması veya kaldırılması, faiz vâdelerinin uzatılması ve itfa şartlarının değiştirilmesi, tahvil sahiplerinin alacaklarına mukabil hisse senedi almalarının kabul edilmesi gibi kararlarla ilgilidir. Bu açıdan sermaye piyasası için

tehlikeler arz edecek mahiyettedir.

VI. Tahvil Türleri

A. Genel Olarak Tahvil Türleri

Tahviller genellikle sahiplerine vadede ana paralarını geri alma ve vadeye kadar belirli dönemlerde faiz alma hakkı verirler ve ortaklığın temettü dağıtımından önce bu haklarını alırlar (T.K.m.457). Tahvillere tahvil alacağının yanında muhtelif hak ve menfaatler de tanınabilir¹⁸. Tanınacak hakkın mahiyetine göre de muhtelif adlar altında tahvil ihdası mümkündür. Türk hukukunda tahviller, teorik olarak sahiplerine faiz alma hakkı ile birlikte veya faiz hakkı bulunmadan değişik menfaatler sağlayabilir. Tahviller, bu menfaat çeşitlerine göre de değişik adlar alabilirler. Primli tahviller, ikramiyeli tahviller, kâr iştirakli tahviller, hisse senetleriyle değiştirilebilir tahviller, değişir kıymetli, teminatlı tahviller ve muhtelif rüçhan hakları sağlayan tahviller veya bunların kombinezonları gibi çeşitli şekillerde olabilir. Ortaklıkların bu tür tahvilleri ihracını engelleyecek hiç bir hüküm, ne Ticaret Kanunumuzda ne de Sermaye Piyasası Kanunumuzda yer almaktadır. Üstelik TK.m.421 ikramiyeli tahvillerden açıkça söz etmekte, SPK. m.14 hükmü de hisse senedi ile değiştirilebilir tahvilleri düzenlemektedir. Doktrinde de bu tür tahvillerin çıkarılabileceği tartışmasız kabul edilmektedir¹⁹.

Buna karşılık, T.C.M.B., 1 Temmuz 1987 tarihli tebliğindeki (R.G: t. 1 Temmuz 1987, sa. 17829) 3. madde hükmü ile faiz dışında menfaat sağlayacak tahvilleri yasaklamıştır. Söz konusu maddeye göre, "Tahvil sahiplerine nakdî ikramiyeli çekilişler de dahil her ne nam altında olursa olsun, faiz dışında bir menfaat sağlanamaz". Bu hüküm kanaatimizce gerek TK. gerek SPK. hükümlerine aykırıdır ve hukukî destekten yoksundur. Her şeyden önce tebliğlerin kanun hükümlerine uygun olması şarttır. Kanuna aykırı tebliğ olamaz. Bu bakımdan tebliğin bu maddesinin hukuki geçerliliği de yoktur. TK. m.421 hükmünün tanıdığı ikramiyeli tahvillerle, SPK. m. 14'ün düzenlediği hisse senetleriyle değiştirilebilir tahvillerin bile çıkarılması, hukukî destekten yoksun bu tebliğe göre yasaklanmış görünmektedir. Kanuna aykırı olan ve hiçbir hukukî desteği bulunmayan tebliğin bu maddesinin iptalini temenni etmekteyiz. Bu tebliğe rağmen Türk hukukunda yukarda söz konusu ettiğimiz çeşitli

¹⁸ EREM, s. 490 vd; **DOMANIÇ, Hayri** (1) : "Tahvil Senetleri", BATIDER, Aralık 1973, c. 7. sa. 3, s. 668 vd.

¹⁹ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (9.bası), s. 700; EREM, s.320 vd.; DOMANIÇ (Kıymetli Evrak) , s. 668 vd.

tahvillerin ihracı her zaman mümkündür ve kanuna uygundur.

B. Sahibine Sağladıkları Haklara Göre Tahvil Türleri

TK., SPK. ve Sermaye Piyasası Kurulu tebliğlerinde adı geçen, çıkarılma şart ve esasları düzenlenen tahvil çeşitleri, adi tahviller, primli veya ıskontolu tahviller, kâr iştirakli tahviller (Seri:II, No:16) ve ikramiyeli tahvillerdir (TK.m.421). Ancak tahvil türleri bu kadar değildir. Tahvilin sahibine sağladığı hakka göre değişik adlarda başka tahvil türlerinin ihdası da mümkündür. "teminatlı tahviller", "garantili tahviller", "rüçhan hakkı veren tahviller", "opsiyonlu tahviller" ve bunlardaki hakların kombinezonlarının sağlanması suretiyle teşkil edilebilecek birçok tahvil türünden bahsedilebilir.

1. Adi Tahvil

Sadece sahiplerine faiz alma hakkı sağlayan tahviller "adi tahvil" şeklinde adlandırılabilir. Bunlarda faiz bir ortaklık borcu olduğundan temettü dağıtımından önce ödenir. Ortaklığın çıkaracağı bu tür tahvillerin miktar, faiz ve satış şartlarının tespitinde Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından alınmış kararlara uyulur (1211 sayılı T.C.M.B. Kanunu m. 40, II d)²⁰.

Özel sektöre mensup anonim şirketler nama veya hamiline yazılı olarak çıkaracakları tahvillerin faiz oranlarını serbestçe belirlerler (TCMB. tebliği m.1). Tahvillere ödenecek faiz ve bununla ilgili esaslar tahvil metni, izahname ve sirkülerde açıkça belirtilmek koşuluyla ihraççılarca belirlenir. Faiz ödemeleri 3 ayda bir, 6 ayda bir (TCMB. tebliği m.1) veya yılda bir defada kuponlara bağlı olarak yapılabilir. Aynı tertibe dahil farklı serilerdeki tahviller için de değişik faiz tespit edilebilir. Ana para ve faiz ödemeleri satışın yapıldığı yerlerde izahnamede gösterilen bankalar vasıtasıyla yapılır (Seri:II, No:13, m.14).

Tahviller sabit faizli veya değişken faizli olabilirler.İhraççılar faiz belirleme usul ve esasları izahname, sirküler ve tahvil metninde açıkça gösterilmek kaydıyla değişken faizli tahvil ihraç edebilirler (Seri:II, No:13, m.15). Değişken faizli tahvillerin faiz ödeme şartları da Kurul'ca belirlenmiştir (Seri:II, No:13, m.16).

²⁰ Bkz. Merkez Bankası Tebliğleri: RG. t.23.7.1980, sa.17056; t.3.7.1981, sa.17889; t.5.10.1982, sa.17829; t.30.12.1982, sa.17914; t.15.3.1984, sa.18342; t.1.7.1987, sa.19504; t.18.1.1986, sa.18992; t. 28.12.1985, sa 18972; t. 8.11.1988, sa.19983.

2. Primli veya İskontolu Tahviller

Primli veya ıskontolu tahviller ise, sahibinin yatırımından dolayı vermiş olduğu borcu, kendi lehine bir farkta geri almasını sağlayan tahvil türüdür. Bunlar ihraç primli olabileceği gibi itfa primli de olabilirler. Bu tür tahvillerde de ıskonto veya primin yanında ayrıca faiz hakkı da tanınabilir. TK. ve SPK.'nda primli veya ıskontolu tahvilden bahsedilmemesine rağmen bunları engelleyici bir hüküm de yoktur.

Üzerinde yazılı değerle ihraç edilen tahviller primsiz (başabaş) tahvillerdir. Primli tahvil ise, sahibinin yatırımından dolayı vermiş olduğu borcu, kendi lehine bir farkla geri almasını sağlayan tahvil çeşididir.

Bu tür tahvillerde, tahvil sahibine ortaklıkça sağlanan menfaat; ya senedi satın alırken nominal değerden düşük bir fiyatla satın almak, ya da vadede alacağını tahsil ederken nominal değerinin üstünde ana parasını geri almak şeklinde kendini gösterir. İlk halde ihraç primli tahvilden, ikinci halde de itfa primli tahvilden bahsedilir. Bu tür tahvillere, ıskonto veya primin haricinde faiz alma hakkı veya başka bir menfaat temini de mümkündür. Ancak genel kurulun veya yönetim kurulunun bu hususta karar alması gerekir(TK.m.423, 424; SPK. m.13). Ayrıca esas sözleşmede de bu hususta hüküm bulunmalıdır.

Primli tahvillerin yatırımcılar açısından cazibesi büyüktür. Gerek ihraç primli tahviller, gerekse itfa primli tahviller özellikle enflasyonist ortamda yatırımcıları kendisine çekecek ve sermaye piyasasına canlılık kazandıracak mahiyettedir.

İhraç primi veya itfa primi; tahvilin satışı ile ele edilecek kredi için bir gider ve faiz niteliğindedir²¹. Diğer taraftan primlerin kâra göre veya kabul edilecek bir endekse göre değişken olarak kabul edilmesi de mümkündür. Bu tür tahviller doktrinde genellikle endeks tahviller olarak adlandırılırlar²².

Anonim ortaklıkların bu iki tahvil türünü çıkarmasını engelleyecek bir hüküm, ne Ticaret Kanununda ne de Sermaye Piyasası kanununda vardır. Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği²³ de tahvillere faizden başka muhtelif hak ve menfaatler sağlanabileceğini göstermektedir. Ancak, T.C. Merkez Bankası²⁴, "Tahvil sahiplerine nakdi ikramiyeli çekilişler de dahil her ne nam altında olursa olsun, faiz dışında bir

²¹ İMREGÜN (Kara Ticaret) , s.490.

²² TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (9.bası), s.700.

²³ Seri :XI, No: 13.

menfaat sağlanamaz" kararını almıştır²⁵ Bu karar kanaatimizce, TK. m.421 ve S.P.K.m.14 hükümleri karşısında hukuki destekten yoksundur. Bu sebeplerden, söz konusu TCMB. tebliğ hükmüne rağmen Türk hukukunda primli veya ikramiyeli tahvil ihracı mümkündür.

Anayasadaki sözleşme serbestisine de tahditler getiren bu tür tebliğler yatırımcıları korumaktan ziyade yatırımcıları tahvillerden uzaklaştıracaktır. Hükümetin ekonomi ve para politikasına göre değişik faiz oranları, tahvil sahiplerinin yatırımlarından bekledikleri menfaatlere ters düşmesi ve yatırımcılar aleyhine gelişme göstermesi her zaman imkan dahilindedir. Özellikle uzun dönemli yatırım vasıtası olan tahvillerdeki bu tür sınırlamalar ve şartlarda meydana gelebilecek değişiklikler yatırım riskini büyük ölçüde artıracaktır. Bu ise yatırımcıları tahvillerden uzaklaştıracaktır. Çünkü, yatırımcı yatırımının ileride ne getireceğini az çok tahmin etmek isteyecek ve yatırımından beklediği menfaatin hükümetin uygulayacağı para ve ekonomi politikasından bağımsız olmasını arzulayacaktır. Burada yatırım muamelesi bir sözleşmeyi ifade ettiğinden, yatırımcı sözleşme şartlarını hukuki çerçeveler içinde kendisi belirlemek isteyecektir. Halbuki söz konusu ettiğimiz tebliğ sözleşme şartlarını tarafların iradeleri dışındaki bir takım politik değişkenlere bağlamaktadır. Üstelik kanun hükümleri de göz önüne alınmadan hazırlanan tebliğler Sermaye Piyasasına olan güveni azaltıcı mahiyette olmaktadır. Bütün bu sebeplerden dolayı temennimiz, çıkarılacak tebliğlerin kanuna uygunluğuna azami özen ve dikkatin gösterilmesi ve tebliğlerin hukuki gerekçelerinin bulunmasıdır.

3. Kâr İştirakli Tahvil

Tahvillerin başlıca hukuki semeresi faizdir. Ancak ortaklıklar TK. m.279 b.5 hükmü uyarınca ortaklık alacaklısı durumunda olan tahvil sahiplerine de ortaklık kazancından sağlanacak hususi menfaatler verilmesine de karar verebilirler. Ancak bu hususun ortaklık esas sözleşmesinde yer alması veya sözleşmenin uygun olarak (TK.m.385-390) değiştirilmesi gerekir. Böylece tahvil sahiplerine öngörülen faiz ile birlikte veya faiz şartı olmadan yalnızca temettü payına iştirak hakkı tanınabilir²⁶. Bu tür tahvillere, temettü dağıtımına iştirak hakkı

²⁴ SPK.m.5 ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu m.4, 40 hükümleri tahvillerin miktar ve satış şartlarının tespitinde T.C. Merkez Bankası kararlarına uyulacağını hükme bağlamaktadır.

²⁵ RG. t.5 Ekim 1982 sa.17829; Değişiklik. RG. t.15 Mart 1984, sa. 16342 T.C.M.B. Tebliğ m. 3.

²⁶ İMREGÜN (Kara Ticaret), s.493; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (9. bası), c.1, s.700.

veren veya kâr iştirakli tahviller adı verilir.

Mevzuatımızda mevcut olan bu imkân, Türk parasını Koruma hakkında 22 sayılı karar²⁷ ile, "Kâra iştirakli tahvil" adı altında özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Ayrıca 1983 yılında Sermaye Piyasası Kurulu yayınladığı ve daha sonra 1992 tarihinde yeniden düzenlediği tebliğ ile²⁸ kâra iştirakli tahvillerin çıkarılabileceğini açıkça ortaya koymuş ve bu tür tahvillerin nitelikleri ve çıkarılmasında uyulacak esasları sade bir şekilde düzenlemiştir (Seri:II, No:16). Bu tebliğ de yukarda söz konusu ettiğimiz T.C.M.B. tebliğinin m. 3 hükmünü hukuki destekten yoksun bırakmaktadır. Diğer taraftan T.C.M.B. bildirisinin de sadece adi tahviller (yalnızca faiz hakkı temin eden faizler) için geçerli olduğu kanaatindeyiz²⁹.

Bundan böyle ihraççılar TK.m.422 veya SPK.m.13 hükümleri çerçevesinde kâra iştirakli tahvil çıkarabilmesi için esas sözleşmelerinde veya varsa özel mevzuatlarında bu hususta hüküm bulunması veya esas sözleşmenin usulüne uygun bir şekilde değiştirilmesi şarttır (Seri:II, No:16, m.3 f.1). Kâra iştirakli olarak çıkarılacak tahviller, diğer tahvillerin tâbi bulunduğu Kurul'a kayıtları ve işlemleri ile Kurul'un tahvil ihraçlarına ilişkin diğer düzenlemelere tâbidir (Seri:II, No:16, m.3 f.2). Bu tahvillerde diğer tahviller gibi ana para ödemeli ve nama veya hamiline yazılı olarak çıkarılabilir. Ancak diğer tahvillerden farklı olarak, ana paraların ödenmesi yıllara dağıtılamaz, vade sonu ana para ödemeli olarak çıkarılabilirler (Seri:II, No:16, m.3, f. 3,4).

İhraççılar, kurul'un muhasebe standartlarına ilişkin düzenlemelerini esas alarak mâli tablolarını hazırlarlar veya kâra iştirakli tahviller dolayısıyla ödenecek kâr payının hesaplanmasında bu malî tablolar kullanılır. Tahvillere her yıl verilecek kâr payının hesap şekli ve ödeme zamanı izahname ve sirkülerde gösterilir ve tahvilin ön yüzüne kâra iştirakli olduğu açıklanır. İhraççılar, tahvillerde verilecek dönem kâr payının belirlenmesinde aşağıdaki esaslardan birini seçebilir (Seri:II, No:16, m. 4):

(a) Faiz ve buna ek olarak, tahvil tertibi için belli edilen kâr payı yüzdesine göre hesaplanan tutardan tahvile düşecek payın ödenmesi,

(b) Kâr payının maktu faizden daha az olması halinde faiz ödenmesi, getirisine eşit veya daha fazla kâr payı tahakkuk etmişse

²⁷ RG. t.29.8.1974, sa. 14991.

²⁸ RG. t.18.11.1983, sa. 18220.

²⁹ Benzer görüş için bkz. TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (2. bası) c.1, s.605.

kâr payının ödenmesi,

(c) Bir faiz öngörülmezsizin, tahvil tertibi için belli edilen kâr payı yüzdesine göre hesaplanan tutardan tahvile düşen payın ödenmesi.

Görülüyor ki tebliğe göre, ortaklık isterse tahvil sahibine hem faiz hakkı, hem de kâra iştirak hakkını birlikte verebileceği gibi sadece kâra iştirak hakkı da verebilir. Bu tamamen ortaklığın serbestçe ana sözleşmesinde tespit edeceği esas ve şartlara bağlıdır. Kanaatimizce faiz hakkı veren ve kâra iştirak hakkı veren kombinezonda olduğu gibi, tahviller diğer tahvil çeşitlerinin ikili veya üçlü ya da daha çok kombinezonları şeklinde de çıkarılabilir.

Hisse senetleri halka arz edilmiş veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar açısından tahvillere ödenecek kâr payı, Kurulca belirlenen ilke ve esaslara göre ayrılacak birinci temettü miktarını azaltamaz. Ancak bu ortaklıklar tahvillere ödenecek kâr payını birinci temettüe esas baz üzerinden hesaplayabilirler (Seri:II, No:16, m.4 f.4).

İhraççılar ödenecek faizlerin ödeme zamanlarını yürürlükteki mevzuata göre belirlemekte serbesttirler. Faizler izahnamede belirtilen vadelerinde ödenir. Tahvillere ödenecek kâr payı, en geç olağan genel kurulca bilançonun onaylanmasını izleyen iki ay içinde, gerekli duyurular yapılarak tahvil sahiplerinin emrine hazır tutulur. Tahvilin bilanço pasifinde bir yıldan daha kısa süre kalması halinde, kâr payı, yıllık olarak hesaplanan tutardan bu süreye düşen miktar üzerinden hesaplanır. Tahvil sahipleri kâr payı hesapları hakkında TK.m.362 hükmünde düzenlenen malumat alma hakkından yararlanırlar (Seri:II, No:16, m.5).

Kâra iştirakli tahvilleri çıkaran ihraççıların yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri, murahhas müdür, genel müdür ve yardımcıları, yetki ve sorumluluk bakımından belirtilen görevlere benzer görevde bulunan kişiler ile bu kişiler veya ihraççıların yönetim veya denetim veya sermaye bakımından ilişkili bulunduğu diğer teşebbüs veya şahıslar, ilgili ihraççıların çıkardıkları kâra iştirakli tahvilleri satın alamazlar(Seri:II, No:16, m.6).

Tahvil çıkaran ihraççılar, kesinleşen tahvil kâr payı hesaplarını ve ödeme zamanını bilançonun onayından itibaren 6 iş günü içinde Kurul'a bildirirler (Seri:II, No:16, m.7).

4. İkramiyeli Tahvil

İkramiyeli tahviller, sahiplerine faiz veya sair menfaatler yanında tesadüfe bağlı menfaatler temin eden tahvil çeşididir. TK.m.421

hükümü açıkça ikramiyeli ve ikramiyesiz tahvil çıkarılabileceğini hükme bağlamıştır. Bir tertipte çıkarılan tahvillerin her biri sahiplerine eşit hak ve şans temin etmesi gerektiğinden (TK.m.220), ikramiye verilmesi için düzenlenecek çekilişe aynı tertipteki bütün tahvil sahiplerinin katılması şarttır. Ayrıca tertibi ne olursa olsun bütün tahvil sahiplerinin çekilişe katılması öngörülmüş olabilir. Bu halde bütün tahvillerin ikramiyeli olarak çıkarılmış olması gerekir.

İkramiyenin hukuki mahiyetine gelince, ikramiye tahvil çıkarılmak sureti ile ortaklıkça elde edilen kredi maliyetinin bir unsuru, yani faizin bir parçasıdır. Tahvil sahipleri açısından ise alacakları faizin veya menfaatin bir kısmından feragat edip, bu feragat karşılığında, terk edilen meblağların tahvil çıkarma şartlarında öngörülen usul uyarınca bir piyango çekilmesi suretiyle isabet edenlere verilmesidir ki bu da tam anlamı ile BK.m.506'da öngörülen piyango keşidesine müncer olmaktadır³⁰ ve nakıs bir borç doğurmaktadır. TK.m.421 ikramiyeli tahvil çıkarmaya açıkça cevaz vermiştir. Bunun tebliğ veya yönetmeliklerle yasaklanması hukuken geçersizdir. Ancak, para ikramiyeli tahvil çıkarmak isteyen ortaklık BK.m.506 uyarınca hükümetten izin almalıdır³¹.

5. Teminatlı Tahviller

Teminatlı tahvillerde, tahvil sahibinin faiz ve ana para alacağı teminat altına alınmıştır. Ancak bu tahviller, MK'nun düzenlediği ve başka bir menkul kıymeti ifade eden ve şahıslar tarafından düzenlenebilen tahvillerden ayrılır. Çünkü teminatlı tahvillerle ifade ettiğimiz tahvil çeşidi TK. ve SPK.'nunda düzenlenen ve sadece ihraç eden ortaklık borçlarına temsil eden tahvillerdir.

6. Garantili Tahviller

Adi tahvillerde, sadece ihraççının mal varlığı anapara ve faiz alacağı için teminat özelliği taşır. Bunun haricinde aynı veya şahsî bir teminat söz konusu değildir. Garantili tahvillerde ise, satış şansının artırılması için tahvil sahibinin faiz ve ana para alacağı, üçüncü bir gerçek şahıs veya bir banka tarafından yahut tüzel kişi tarafından garanti edilmektedir. Garanti ihraç edilen tahvillerin anapara ve faizlerinin vadede ödenmesini ihtiva eder.

7. Rüçhan Hakkı Veren Tahviller

³⁰ İMREGÜN (Kara Ticaret) , s. 491.

³¹ İMREGÜN (Kara Ticaret), s. 492; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (9. bası), s.698.

Rüçhan hakkı veren tahvillerle, tahvil sahibi faiz ve ana para alacağını yanında, ortaklığın yeni çıkaracağı hissi senetlerinin satın alınması hususunda bir rüçhan hakkına da sahip olmaktadır. Tahvil sahibi bu hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir.

8. Opsiyonlu Tahviller

Opsiyonlu tahvillerde esasen rüçhan hakkı veren tahviller gibidir. Ancak bunlarda, yeni çıkarılacak tahviller alanında daha önce tespit olunan irat ve zamanla önalım hakkı kullanılmakta ayrıca bu hakkı veren opsiyon senedi söz konusu tahvilden ayrı da olabilmektedir. Bu suretle opsiyon senetlerinin de bir menkul kıymet olarak ayrıca tedavüle sağlanabilmektedir.

Tahvil sahiplerine, bu tür hakların bir veya birden fazlası birlikte tanınabilir ve bu suretle değişik tahvil türleri yaratılabilir.

Tahvillere kanunen tanınabilecek diğer bir hak da, tahvillerin hisse senetleriyle değiştirilebilme imkânıdır (TK. m. 430 b. 4; SPK.m.14).

9. Değişken Faizli Tahviller

Tahvil faiz oranları, enflasyon nedeniyle piyasada cari faiz oranlarının gerisinde kalma riskine karşı öngörölmüş tahviller "değişken faizli tahvillerdir." Bunlardaki faiz oranı ihraççı tarafından kabul edilebilecek (bakanlar kurulu kararları, merkez bankasının reeskont faizlerine ilişkin kararları, bankaların değişen mevduat faiz oranları gibi) kriterlere göre değişebilen faiz oranlarını ifade eder.

Tahviller sabit faizli veya değişken faizli olabilirler.İhraççılar faiz belirleme usul ve esasları izahname, sirküler ve tahvil metninde açıkça gösterilmek kaydıyla değişken faizli tahvil ihraç edebilirler (Seri:II, No:13, m.15). Değişken faizli tahvillerin faiz ödeme şartları da Kurul'ca belirlenmiştir. Buna göre (Seri:II, No:13, m.16);

- Değişken faizli tahvillere uygulanacak faiz oranı ilk faiz ödeme dönemi için izahnamede açıkça gösterilir. Müteakip dönemlerde ödenecek faizin hangi esaslara göre yapılacağı da izahnamede açıkça belirtilir.

- Faiz ödemeleri 3 ayda bir, 6 ayda bir veya yılda bir defada kuponlara bağlı olarak yapılabilir.

- Uygulamaya alınacak faiz oranlarının belirlenmesi için gerekli unsurların Kurul'a müracaat edilmeden önce tespiti ve bunların izahname, sirkülerde yer alması ve tahvil üzerinde açıklanması zorunlu olup, söz konusu hususlarda, kanuni zorunluluklar saklı

kalmak kaydıyla vade sonuna kadar değişiklik yapılamaz.

- Değişken faizli tahvillerin faiz ve ana para ödemeleri bankalar vasıtasıyla yapılır. Söz konusu bankalar tahvillere ödenecek faiz tutarlarının usulüne uygun olarak hesaplanmasının kontrolü ile yükümlüdürler.

- Ödenecek faiz oranının belirlenmesinde esas alınacak ölçütün ortadan kalkması halinde yapılacak işlemler Kurul tarafından belirlenir.

Kurul tebliğleri de bu tür tahviller çıkarılabileceğini öngörmüştür. Mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bu idarelerle ilgili özel mevzuat uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler dışındaki ihraççılarca çıkarılan değişken faizli tahvillerin halka arz yoluyla satışının aracı kuruluşlar vasıtasıyla yapılması zorunludur (Seri:II, No:13, m.20).

10. Endeksli Tahviller

Enflasyonun getireceği olumsuzlukları telafi eden değişken faizli tahviller, yatırımcıları sadece faiz oranlarındaki olumsuzluklara karşı korumaktadır. Buna karşılık ana paranın da değer düşüklüğüne karşı tahvillerin döviz, altın gibi kıymetli madenlere endeksli olarak çıkarılabileceği gibi toptan eşya veya enerji fiyatı gibi endekslere bağlı olarak itfa primli olarak çıkarılabilirler. Bu tür tahvillerin primli tahvillerden ayrıldığı nokta primin sabit olmamasıdır³². Bu tür tahvillerde endeksteği artışa göre vadede ana para faiz haricinde artırılarak ödenir.

11. Hisse Senedi İle Değiştirilebilir Tahviller

TK. hisse senetleri ile değiştirilebilir tahvil ilgili bir düzenleme getirmemiş, ancak TK.m430 hükmünde, tahvil sahipleri genel kurulunun; tahvil sahiplerinin alacaklarına mukabil hisse senedi almalarının kabul edebileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Doktrinde de anonim ortaklıkların HDT çıkarabileceği kabul edilmekle birlikte çıkarma usul şartları tartışma konusu yapılmıştır³³.

³² TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (9. bası), s.700; AYHAN, Rıza : Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı ve Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler, Ankara 1993, s.30.

³³ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (9. bası), s.700 vd.; ERDEM, H. **Ercüment**: "Pay Senetleri İle Değiştirilebilir Tahviller", Aiter'e Armağan, Ankara 1988, s.718.

SPK. ise m.14 hükmünde HDT. lerden bahsetmekle birlikte kavramı tanımlamamış ve ihraç usul ve şartlarını belirlememiştir. Ancak bunlarda bir tahvil türü olduğundan SPK.m.14 hükmü haricinde tahvillerin çıkarılma limit ve bazı şartlarını düzenleyen SPK.m.13 hükmü HDT lere de uygulanır.

Kurul ise Seri:II, No:15 tebliği ile HDT kavramını tanımlamış, çıkarılma usul ve esaslarını, vadesini, değiştirme şartlarını, şeklini düzenlemiştir. Ayrıca SPK.m.14 ve söz konusu tebliğde hüküm bulunmayan hallerde de SPK.m.13 ve buna ilişkin Seri:II, No:13 tebliğ hükümleri HDT.lerin özelliklerine aykırı olmamak şartıyla uygulanabilmektedir.

a. HDT. Kavramı

HDT. ler ihraç sırasında izahname ve sirkülerde belirlenen esaslar dahilinde, ihraççı ortaklıkca HDT ile değiştirilmek üzere artırılan sermayeyi temsil eden hisse senetleri ile değiştirme hakkı veren menkul kıymetlerdir (Seri:II, No:15, m.3 f.1). Burada tahvil sahibine, faiz ve ana paranın geri alınması hakkına ilaveten, ana paranın geri alınması yerine tahvilini hisse senedi ile değiştirebileceğine dair, taşınmazlardaki alım (iştirâ) hakkına (MK.m.736 vd.) benzeyen bir opsiyon hakkı tanınmaktadır. Tahvil sahibi böylece, seçimlik bir hakka sahip olmaktadır. İsterse vâdede ana parasını geri alabilecek, isterse bundan vazgeçerek tahvilini öngörülen esas ve şartlarla hisse senetleriyle değiştirebilecektir. Bu aynı zamanda ortaklığın yeni çıkaracağı hisse senetlerinin satın alınmasında bir rüçhan hakkını da ifade eder. Ortaklık alacaklısı durumunda bulunan tahvil sahibi, pay sahibi haline gelmekte ve sabit gelirini değişken hale getirmektedir. Ortaklık da bu surette borcundan kurtulmakta ve kolaylıkla yeni sermaye temin edebilmektedir. Tahvil sahibine tanınan bu seçimlik hak ortadan kaldırılamaz ve kısıtlanamaz³⁴.

b. "HDT" Çıkarabilecek Ortaklıklar

Ticaret Kanunumuz açıkça hisse senetleriyle değiştirilebilir tahvil ihracına, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla cevaz verdiği gibi (TK.m.430 b.4), SPK m.14 hükmü de HDT çıkarabilme şart ve usullerinin tespiti konusunda Sermaye Piyasası Kuruluna yetki vermektedir. Söz konusu SPK. m.14 f.1 hükmüne göre "Hisse senedi ile değiştirebilir tahvillerin şekil, çıkarılma ve değiştirilme şart ve usulleri kurul tarafından tespit ve ilân olunur". Bu iki hükümden görüldüğü gibi HDT' lerin çıkarılabileceği, hem SPK' unda hem de TK' muzda

³⁴ YASAMAN, s.59.

öngörülmektedir. Bu bakımdan HDT çıkarma konusunda halka açık anonim ortaklık veya halka kapalı anonim ortaklık arasında fark yoktur. Tekinalp'e göre, hisse senedi ile değiştirilebilir tahvilleri sadece SPK' na tâbi olan ortaklıklar çıkarılabilir³⁵. Bu yazara göre sistemin işleyebilmesi kayıtlı sermayenin varlığına bağlıdır. Bize göre de tahvillerin değiştirileceği hisse senetlerinin belirtilen sürede ortaklık elinde bulunabilmesini mümkün kılacak en sağlıklı yol ortaklığın kayıtlı sermaye sistemini seçmiş olmasıdır. Çünkü kayıtlı sermaye sistemi (SPK.m.10), sermaye artırımının ve dolayısıyla yeni hisse senedi çıkarabilmenin en kolay ve pratik yoludur. Bu bakımdan HDT çıkarmaya en müsait ortaklıklar bu sistemi kabul eden, yani SPK.m.12 f.1'e göre "Hisse Senetlerini halka arz etmek üzere kurulan anonim ortaklıklar ile kurulmuş olup da sermaye artırma suretiyle hisse senetlerini halka arz edecek anonim ortaklıklardır. Ancak bu husus Kanunen sadece bu ortaklıkların HDT çıkarabileceği anlamına gelmez. Çünkü yürürlükte bulunan TK.m.430 b.4 hükmü SPK'na tâbi olmayan ortaklıkların da HDT çıkarabileceğini öngörmektedir. Ayrıca SPK.m.14 f.3'deki "kayıtlı sermaye sistemini kabul eden ortaklıklar tarafından HDT çıkarılması halinde...." şeklindeki ifade tarzından kayıtlı sermaye sistemini kabul etmeyen ortaklıkların da HDT çıkarabileceği anlaşılmaktadır³⁶.

TK. ve SPK., HDT çıkarılmasında anonim ortaklıklar arasında bir ayrım yapmamaktadır. Ancak Tekinalp'in görüşünün en sağlıklı ve pratik yol olduğu kanaatindeyiz ve kanun koyucunun da bu yolu seçmesini temenni etmekteyiz. Zira SPK'una tâbi olmayan ve kayıtlı sermaye sisteminden faydalanamayan ortaklıkların HDT çıkarmasında muhtelif zorluklar olacaktır. Bir kere HDT çıkarabilmenin ilk şartı, tahvil sahibinin, tahvilini hisse senedi ile değiştirebilmek istediği zaman ortaklığın emrinde kendisine verilebilecek hisse senedinin bulunmasıdır³⁷. "Kayıtlı sermaye" sisteminden faydalanamayan bir ortaklığın ise bu tür imkânı çok sınırlıdır. Çünkü kayıtlı sermaye sistemi kabul edilmemişse, ortaklıklar sermaye artırımına gitmeksizin yeni hisse senetleri çıkaramayacakları gibi (TK.m.391 vd.; 396 vd.), kendi pay senetlerini de istisnai durumlar dışında satın alamayacaklar ve TK. m. 329 hükmünün saydığı bu istisnai hallerde de hemen elden çıkarmak zorunda kalacaklardır. Buna rağmen bu ortaklıkların HDT çıkarması hukuken imkansız değildir ve doktrinde, değiştirilecek hisse senetlerinin muhtelif şekillerde temin edilebileceğini ifade edilmekte-

³⁵ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) (Ders Kitabı), s. 565.

³⁶ Benzer görüş için bkz. TEKİNALP (Sermaye) s.66.

³⁷ İMREGÜN (Kara Ticareti), s.495.

dir.

(a) Bu hususta akla ilk gelen yol HDT çıkaran ortaklığın kendi hisse senetlerini değil başka bir ortaklığın hisse senetlerini taahhüt etmesidir. Zaten, değiştirme hakkına konu olan hisse senedinin tahvil ihraç eden ortaklığa ait olması şart değildir³⁸. Bu halde değiştirilecek olan hisse senetlerinin, ihraç tarihinde tahvil ihraç eden ortaklığın hakimiyetinde olması şartını kabul etmek en sıhhatli yoldur. Ancak Kurul tebliğindeki "ihraççı ortaklıkça HDT ile değiştirilmek üzere artırılan sermayeyi temsil eden hisse senetleri ile değiştirme hakkı" ifadesi, Kurul'un bu imkânı ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanabilir.

(b) Diğer bir yol ise, anonim ortaklığın usulüne uygun sözleşme değişikliği yaparak sermaye artırımına gitmesi ve hisse senedi sahiplerinin bu sermaye artırımında rüçhan haklarını kullanmaktan vazgeçmeleridir³⁹. Bu halde de rüçhan hakkı bulunan başka şahısların bulunmaması gerekir. Ancak bu yol da pratik değildir. Bir taraftan TK.'nun öngördüğü sözleşme değişikliği ile ilgili usul hem külfetli hem de uzun bir yoldur. Diğer taraftan bu yolla ortaklık, vâdede taahhüdünü yerine getirip getiremeyeceğine emin olamaz.

(c) Üçüncü bir yol ise, ortaklığın üçüncü bir şahıs veya bir banka ile bu hususta bir mukavele yapması ve bu mübadele işini ortaklık namına ve kendi hesabına yapmayı üçüncü şahsa veya bankaya bırakmasıdır⁴⁰. Ortaklıktan başkaca bir kişi veya müessesenin ortaklık hisse senetlerini elinde tutarak, HDT sahiplerine arz ettikleri takdirde bu tahviller karşılığı hisse senedi vermeyi taahhüt edebilir⁴¹. Ancak bu ihtimalde de ortaklığın değiştirilecek hisse senetlerini, ihraç zamanında üçüncü şahsın tasarrufuna geçirmesi gerekir. İhtiyat hisse senetleri şeklinde adlandırılabilen bu hisse senetleri de zararlı ve tehlikeli bir yoldur⁴².

Görülüyor ki, kayıtlı sermaye sisteminden faydalanamayan veya bunu kabul etmemiş olan ortaklıkların HDT çıkarması, TK.'na göre mümkün ve SPK'nca yasaklanmamış olmasına rağmen birçok zorluklar arz etmektedir. Bu şekilde HDT çıkarılması halinde yatırımcıların korunması da çok zor olacağından, doktrinde hakim olan ve bizimde katıldığımız bu tür tahvillerin sadece SPK.'na tabi ortaklıkların çıkarılması görüşünün kanun koyucu tarafından da kabul edilmesi ve hatta

³⁸ TEKİNALP (Sermaye), s. 63.

³⁹ İMREGÜN (Kara Ticareti), s.496.

⁴⁰ HIRSH, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1948, s. 546.

⁴¹ İMREGÜN (Kara Ticareti) s. 498.

⁴² HIRSH, s. 546.

aksi takdirde uygulamanın bu yolda gelişmesi zaruri gözükmemektedir. Çünkü, bunun aksi kanunu zorlamaktan öteye gitmemektedir.

c. HDT Çıkarma şartları

Esas olarak tahvillerin çıkarılma usul ve şartları TK.'nda gösterilmiştir ve bu usul ve şartlar "HDT"ler için de geçerlidir. Ancak HDT'lerin tabiatı icabı ilâve usul ve şartların da tespitini gerektirmektedir. SPK. m.14 f.1'e göre "HDT'lerin şekil, çıkarılma ve değiştirilme şart ve usulleri Kurul tarafından tespit ve ilân olunur." Kurul Seri:II No:15 tebliği ile⁴³ HDT'lerin şekil, çıkarılma ve değiştirilme şart ve usullerini tespit etmiştir. Bu bakımdan SPK.'nun da hükme bağladığı şekliyle, Sermaye Piyasası Kurulunun tebliği TK. ve SPK.'una uygun olmak şartıyla esas alınacaktır.

Genel olarak tahvillerin çıkarılmasındaki usul ve şartlar HDT'ler için de geçerlidir. Ancak diğer tahvillerden ayrı olarak HDT izahnamesi ve sirkülerde ilâve olarak; 1) değiştirme oranı ve fiyatı, 2) değiştirme oranının düzeltilmesine ilişkin esaslar, 3) değiştirme zamanı, 4) çağrıda bulunma tarihi, 4) tahvil sahiplerinin hak ve yükümlülükleri, 5) ortaklığın hak ve yükümlülükleri, 6) değiştirmede izlenecek yol ve bunlara ilişkin işlemler, 7) kurulca istenecek diğer bilgilerin bulunması gerekir(Seri:II, No:15 m.16). Kurul tebliği HDT lerin şekil şartlarını da belirlemiş ve HDT'ide tahvilde bulunması gerekli yasal bilgilere ilave olarak 1) HDT'nin ön yüzüne "hisse senetleriyle değiştirilebilir tahvil" ibaresi, değiştirme esasları ve değiştirme zamanı, 2) arka yüzüne ise, HDT sahiplerinin ve ortaklığın hak ve yükümlülükleriyle değiştirmede izlenecek yol ve buna ait işlemler hakkında izahnamede bulunan bilgilerin özetinin bulunacağını hükme bağlamıştır (Seri:II, No:15, m.17).

d. HDT. lerin Değiştirme Usul ve Şartları

TK. ve SPK.'muzda değiştirme usul ve şartları hakkında hiçbir düzenleme yoktur. Gelişen teknik ve sermaye piyasasının şartlarına uyum sağlayabilmek için bu hususların düzenlenmesi, tespiti ve ilanı Kurula bırakılmıştır (SPK.m.14 f.3). Kurul piyasanın durumunu, işleyişini, aksaklıkların; vesair hususları dikkate alarak gerekli tespitleri ve ilânları yapacaktır. İhtiyaç halinde de tadilatlarda bulunabilir. Kanaatimizce Kurulun en çok özen göstereceği nokta yatırımcıların korunmasına ilişkin olmalıdır. Çünkü tüm sistemin işlerliği buna bağlıdır.

⁴³ RG.: t. 12.4.1982, sa.17692.

Kurul'un Seri:II, No:15 tebliği, değiştirme usul ve şartları konusunda da hükümler ihtiva etmektedir. Ortaklıkların, HDT ihraç ederken "Hisse Senetleriyle Değiştirilebilir Tahvillere İlişkin Esaslar" adı altında yayınladığı tebliğe uymak zorundadır. Bu tebliğe göre, HDT ile değiştirilmek üzere artırılan sermayeyi temsil eden hisse senetleri, her türlü imtiyaz veya rüçhan hakkı sahiplerinden öncelikle HDT sahiplerine tahsis olunur (Seri:II, No:15 m.13). Tüm değiştirme giderleri ortaklık tarafından karşılanır. Ayrıca HDT'lerin değiştirme gününe kadar işlemiş faizleri de HDT sahiplerine ödemesi gerekir (Seri:II, No:15, m.14).

aa. Vade ve Değiştirmenin Başlangıcı

HDT'lerin vadesi 2 yıldan az, 7 yıldan çok olamaz. Değiştirme en erken, HDT nin vadesinin başlangıç tarihinden itibaren, en erken 2 yıl sonra yapılabilir . HDT'lerin faiz ödemeleri yılda bir defa kuponlara bağlı olarak yapılabilir (Seri:II, No:15, m.4).

bb. Değiştirme Fiyatı ve Oranı

Kurul, esasen tarafların ve piyasa şartlarının tespit edeceği değiştirme fiyatına da müdahale etmekte ve sınırlamalar getirmektedir. Kurul tebliğine göre; "Değiştirme fiyatı, HDT sahiplerinin tahvillerini hisse senetleri ile değiştirmeleri halinde bu hisse senetlerine uygulanacak fiyattır. Değiştirme oranı, hisse senedi ile değiştirme sırasında HDT nin nominal değeri karşılığında verilecek pay sayısını gösterir. Borsada işlem görmeyen ortaklıkların HDT ihraçlarında değiştirme fiyatının belirlenmesine ilişkin esaslar izahnamede gösterilir. değiştirme oranının küsuratlı olması halinde, ortaklık değiştirme sırasında toplam üzerinden k surata isabet eden hisse senedi olarak  renmesine imkân bulunmayan tutarı, HDT sahibine nakden ve peşinen  der. Bu hesaplamada değiştirme fiyatı esas alınır" (Seri:II, No:15, m.5).

İhraç edilen HDT'lerin vadesi içerisinde nakit sermaye artırımlarında yeni pay alma hakkının piyasa fiyatının altında kullanılması ve/veya bedelsiz sermaye artırımını nedeniyle hisse senedi fiyatının düşmesi halinde, değiştirme oranının düzeltilme esasları HDT ihracına ilişkin izahname ve sirkülerde belirtilir. Değiştirme oranı HDT'nin vadesi içerisinde yapılacak bütün sermaye artırımlarında hesaplanarak, yeni değiştirme oranı kamuya duyurulur (Seri:II, No:15, m.6) .

Kurul'un bugün yürürlükten kaldırılan Seri:II, No:3 nolu tebliğinde primli hisse senedi fiyatlarından bahsedilmekte, itibari değer  l s  esas alınmakta, ekonomik koşullara göre belirleme usulü kabul edil-

mekte idi. HDT.'ler ilgili daha önce yayınladığım bir makalemdede⁴⁴ bu hususu tenkit etmiş ve 1) itibarî değer ölçüsü rasyonel olmaktan uzak olduğunu, 2) HDT.'nin çıkarılma zamanındaki itibarî değeri ile yeni çıkarılan tahvilin itibari değerinin eşit tutulması her zaman yatırımcı için tehlike arz edeceğini, 3) Bir taraftan, ortaklık değişik itibari değere sahip (dolayısıyla değişik oranda sermaye payını temsil eden) hisse senedi çıkarabileceği gibi, diğer taraftan ortaklığın değişen ekonomik şartları nedeni ile tahvil itibari değerleri ile hisse senetlerinin itibari değerlerinin eşit sayılması, gerçek değerler arasında büyük farklar meydana getirebileceğini, 4) ekonomik koşullara göre belirleme" usulü de güven vermeyen tehlikeli bir yol olduğunu ve bu sebeplerden dolayı fiyata mutlaka müdahale gerekli ise, fiyattaki ölçünün; sermayenin muayyen bir oranı olması gerektiğini savunmuştum. Zira kanaatimce, tahvilin temelde bir ödünç sözleşmesi olma özelliği, bu sözleşmenin şartlarının da, kanuna uygun olmak kaydıyla taraflarca tespitini gerektirir. Sözleşme şartlarının tespitinde; müdahalenin Anayasa ve özel hukuk prensip ve hükümlerine uygun olarak yapılması gerekir. Hukuki sınırlamalar niteliğinde olması gereken bu müdahalelerde daha dikkatli hareket edilmelidir. Kamu menfaati gerekçesi ile kabul edilebilecek bu tür müdahalelerde muğlak ölçüler değil, kesin, ilmi ölçüler tespit edilmelidir. Bu bakımdan, bir sözleşme şartı olan fiyatın da "tarafların iradelerinin uyumu ile serbestçe tespiti" gerekir. Fiyatın yokluğu sözleşmenin batıl olmasına sebep olur. Aşırı ve yetersiz fiyat tespiti ise gabin sebebiyle sözleşmenin feshini gerektirir. Kurul bu son düzenlemesi ile daha rasyonel çözüm tarzını kabul etmiş görünmektedir.

cc. İtfa Plânına Bağlı Değiştirme

HDT'ler, vade bitiminde bir defada hisse senetleri ile değiştirilebilir. İlk taksiti vadenin başlangıç tarihinden itibaren en erken ikinci yılın sonuna, son taksiti ise HDT vadesinin bitim tarihine rastlayacak şekilde, yıllık eşit taksitlerle de hisse senetleriyle değiştirilebilir. İtfa planı uyarınca yıllık eşit taksitlerle değiştirilecek HDT'ler noter huzurunda çekilecek kurayla belirlenir ve HDT sahiplerine duyurulur (Seri:II, No:15, m.7 f.1,2).

Vade bitiminde bir defada veya ikinci yıl sonundan itibaren vade sonuna kadar yıllık eşit taksitle hisse senedi ile değiştirilerek itfa edilecek HDT'lerde itfa planının, HDT'lerin arka yüzünde ve ayrıca izah-

⁴⁴ ÜNAL, Oğuz Kürşat (2) : "Hisse Senedi İle Değiştirilebilir Tahviller", Maliye Postası, 1988, Y.9, sa.188, s.49, sa, 189, s.41-45 (2 Bölüm halinde yayınlanmıştır).

name ve sirkülerde yer alması zorunludur (Seri:II, No:15 m.7 f.3).

Ortaklık değiştirilecek HDT tutarı karşılığında verilmesi gereken pay sayısını temsil eden tutarda sermaye artırımını yaparak, hisse senetlerini, değiştirmek üzere HDT sahiplerine arz eder. İtfa edilecek HDT'lerin sahipleri değiştirme süresi içinde bu haklarını, HDT'lerini pisse senetleriyle değiştirmek veya ana paralarını işlemiş faizleriyle birlikte geri almak üzere kullanırlar (Seri:II, No:15 m.7 f.4).

Değiştirme süresinin sonunda, hisse senetleriyle değiştirilemeyen HDT'ler nedeniyle ortaklığın elinde kalan hisse senetleri, Kurul'un Hisse Senetlerinin Kurul kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar tebliğine uygun olarak halka arz edilir (Seri:II, No:15 m.7f.5).

dd. Ortaklığın Talebine Bağlı Değiştirme

İzahname ve sirkülerde belirtilmek kaydıyla, vade başlangıç tarihinden itibaren en erken ikinci yılın sonundaki veya sonrasındaki faiz ödeme tarihlerinde ortaklığın talebine bağlı olarak HDT'ler hisse senetleriyle değiştirilebilir (Seri:II, No:15 m.8).

Değiştirme tarihinden en az bir ay önce HDT'lerin hisse senetleriyle değiştirilmesi hakkının kullanılabilmesi için ortaklık tarafından, günlük yayın yapan en az iki gazetenin Türkiye baskısında ikişer kez yapılacak ilan yoluyla HDT sahiplerine duyuru yapılır. Duyurularda değiştirme süresi, değiştirmenin yapılacağı yerler ve ödeme ile, değiştirmeye ilişkin diğer hususlar belirtilir. Değiştirmenin başlangıç ve bitiş tarihleri arasındaki süre asgari 5, azami 10 iş günüdür. Değiştirme satışın yapıldığı merkez veya merkezlerde bankalar vasıtasıyla yapılır. Değiştirme için, belirtilen sürede başvurusu yapılmayan HDT'lerin bedeli ortaklık tarafından bir banka hesabına bloke edilir ve HDT'lerin teslimi karşılığında banka tarafından bloke edilen HDT bedeli ödenir. Değiştirme süresinin bitiminden itibaren 6 iş günü içinde, değiştirilen tahviller noter huzurunda tespit ve iptal olunur. Değiştirme çağrısı yapıldığı halde değiştirme süresi içinde değiştirme başvurusu yapılmayan ve bedelleri bir banka hesabına bloke edilen HDT'ler noter huzurunda tespit ve geçersiz addolunur. Bu şekilde geçersiz addolunan HDT'ler günlük yayın yapan en az iki gazetenin Türkiye baskısında ilan yoluyla kamuya duyurulur(Seri:II, No:15 m.9).

ee. Tasarruf Sahibinin Talebine Bağlı Değiştirme

İzahname ve sirkülerde belirtilmek kaydıyla, vade başlangıç tarihinden itibaren en erken ikinci yılın sonundaki veya sonrasındaki faiz ödeme tarihlerinde HDT sahiplerinin talebine bağlı olarak HDT'ler

hisse senetleriyle değiştirilebilir (Seri:II, No:15 m.10). Değiştirme hakkını kullanmak isteyen HDT sahipleri, HDT'lerin ihracına ilişkin izahnamede belirtilen tarihlerden en az bir ay önce değiştirme hakkının kullanımı için ortaklığa bildirimde bulunurlar(Seri:II, No:15 m.11)

ff. Değiştirme Hakkının Kullanım Esasları

Değiştirme satışın yapıldığı merkez veya merkezlerde bankalar vasıtasıyla yapılır. Değiştirmenin başlangıç ve bitiş tarihleri arasındaki süre asgari 5, azami 10 iş günüdür. Esas sermaye sistemindeki ortaklıklarda değiştirme talebinde bulunan HDT sahipleri, değiştirmek istedikleri HDT'leri bankaya tevdi ederler ve bankadan alacakları blokaj belgesini iştirak taahhütnamesi ile birlikte ortaklığa verirler. Ortaklık, HDT'lerin değiştirilmesine ilişkin sermaye artırımının kesinleşmesini müteakip 30 gün içinde HDT'lerini bankaya tevdi eden ortaklara hisse senetlerini verir. kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş ortaklıklarda blokaj söz konusu olmayıp, hisse senetleri HDT'yle değiştirme sırasında verilir. Ortaklık HDT'lerini değiştirmek istemeyen HDT sahiplerine, HDT ihracına ilişkin izahnamede belirtilen usul ve esaslar dahilinde değiştirme süresi içinde HDT'nin, ibrazı ve tevdii karşılığında ana p0ara ve işlemiş faizlerini öder(Seri:II, No:15 m.12) .

HDT ile değiştirilmek üzere artırılan sermayeyi temsil eden hisse senetleri TK.394.'üncü maddesiyle ortaklara tanınan yeni pay alma hakkı da dahil olmak üzere, her türlü önceliklerden öne alınarak HDT sahiplerine tahsis olunur (Seri:II, No:15 m.13) .

HDT'lerin değiştirme gününe kadar işlemiş faizleri HDT sahiplerine ödenir. değiştirme giderlerinin tamamı ortaklığa aittir (Seri:II, No:15 m.14) .

Ortaklık tarafından yükümlölüklerin tam olarak yerine getirilmesine rağmen değiştirme hakkını kullanmayan HDT sahiplerinin değiştirme hakları ortadan kalkar; itfada HDT'lerin ibrazı ve tevdii karşılığında yalnız anapara ve işlemiş faizleri alabilirler (Seri:II, No:15 m.15) .

gg.Değiştirme Sonrasında Artan Hisse Senetlerinin Halka Arzı

HDT uygulanmasında değiştirme işlemi dolayısıyla yeni hisse senedi çıkarma işlemleri Kurul'un Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar tebliği hükümlerine göre yürütölür. Ancak bu tebliğdeki değiştirme hakkının kullandırılmasına ilişkin süreler dolduktan sonra anılan tebliğdeki süreler işlemeye başlar. HDT ile de-

ğıştirilen miktar üzerinden Kurul'un Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar tebliğinin 37. maddesindeki ücret alınmaz. HDT ile değıştirilmek üzere çıkarılan hisse senetlerinin, varsa değıştirilmeyen kısmının rüçhan hakkı kullandırılmak üzere ortaklara veya varsa kalanın halka arzı için kurul'a tekrar kayıt şartı aranmaz. Ancak değıştirme işlemlerinin so9nUçları hakkında işlemin tamamlanmasını izleyen 6 iş günü içinde Kurul'a bilgi verilir; bundan sonraki işlemler Kurul'un Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar tebliği'ne göre yürütölür (Seri:II, No:15 m.18) .

e. HDT Çıkarma Yetkisi

Anonim ortaklıklar, esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak şartıyla SPK. ve TK.'nda miktar yönünden belirtilen sınırlar içinde (TK.m.422, SPK.m.13 f.1; SPK.m.14 f.3) kalmak ve halka arzetmek suretiyle hisse senedi ile değıştirilebilir tahvil çıkarabilirler.

HDT çıkarma yetkisi, esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebilir (Seri:II, No:15, m.3 f. 2). Görölüyor ki, tebliğ sadece halka arz etmek amacıyla HDT çıkarılabileceğini ve halka arz etmek suretiyle HDT ihracına ilişkin olarak, Kurul'un Tahvillerin Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliğinin hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Halbuki bunu açıkça veya zımnen ifade eden herhangi bir TK. ve SPK. hükmü bulunmamaktadır. Ayrıca tebliğe göre HDT çıkarılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şartı aranmaktadır. Oysa TK. ve SPK.'nu böyle bir şart aranmamaktadır. Tekinalp'e göre ortaklığın HDT çıkarabilmesi için esas sözleşmesinde hüküm bulunması şart değildir. Çünkü tahvil ihracı ile ortaklık bir finans aracını kullanmaktadır. Bunun hak ehliyeti ile ilgisi yoktur⁴⁵. Bu bakımdan sözleşmede hüküm bulunsun veya bulunmasın HDT çıkarılması genel kurulun TK.m.423'e uygun kararına ve mahkemenin tasdikine (TK.m.224) veya bu yetki esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilmişse, yönetim kurulunun bu husustaki kararına bağlıdır (SPK.m.13 f.6). Yani yetkili organ esas olarak genel kurul veya sözleşmede hüküm varsa yönetim kuruludur. Esas sözleşmeye aykırı olarak veya yetkisiz organlar tarafından HDT çıkarılması halinde senetler geçerlidir, ancak organ tazminat ile yükümlüdür ⁴⁶.

Kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim ortaklıklar tarafından hisse senedi ile değıştirilebilir tahvil çıkarılması halinde değıştirme sonucunda verilecek hisse senetleri ile ortaklığın çıkarılmış sermayesinin toplamı kayıtlı sermayeyi aşamaz (SPK.m14 f.3).

⁴⁵ **TEKİNALP** (Sermaye), s. 67.

⁴⁶ **TEKİNALP** (Sermaye), s. 67.

Ayrıca Ortaklık genel kurulu veya yönetim kurulu, hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil sahiplerinin haklarını kullanmalarına engel olacak herhangi bir karar alamaz (SPK.m.14 f.2;Seri:II, No:15, m.3 f.4).

IV. Anonim Ortaklıkların Tahvil Çıkarması ve Halka Arzı

Tahvil çıkarılmasına ilişkin usul ve şartlar esas itibariyle TK.'unda düzenlenmiş olmakla beraber (TK.m.421vd.) SPK.'nda da hisse senetleri halka arz edilen anonim ortaklıkların çıkaracakları tahvillerle ilgili hükümler getirilmiştir (SPK.m.13, 14).

TK.m.423 hükmüne göre, ortaklığın tahvil çıkarabilmesi için, esas sözleşmede hüküm bulunsa bile, bu hususta genel kurulca bir karar alınması şarttır. Bu kararın alınabilmesi için de, toplantı nisabının ortaklık sermayesinin 3/4'ü, karar nisabının ise oyların 2/3'ü kadar olması gerekir (TK.m.388, f.3,6). Diğer taraftan genel kurul tahvil ihraç kararı almasından sonra, bu karar ticaret siciline tescil ve ilân edilmedikçe infaz edilemez (TK.m.423). İnfaz, tahvil çıkarılması için gerekli müteakip işlemlere geçişi ifade eder.

SPK. m.4 vd. hükümleri, kurul kaydına alınma, kurula başvuru, halka arz ve satışı düzenleme ve bu amaçla tebliğler çıkarma yetkisini Sermaye Piyasası Kuruluna vermiştir. Böylece tahvil çıkarma usul ve şartları; TK. esas olmak üzere SPK. ve Kurul tebliğlerine göre tespit edilecektir. Bu bakımdan tahvil çıkarma usul ve şartlarını üç bölümde inceleyeceğiz:

A. Halka Arz Edilsin veya Edilmesin Bütün Tahvillerin Çıkarılmasında Aranacak Müşterek Usul ve şartlar

İhraççıların (anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bu idarelerle ilgili özel mevzuat uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler) ihraç edecekleri tahvilleri Kurul'a kaydettirmek zorundadırlar. Genel ve katma bütçeli idareler ve TCMB.'nce ihraç edilecek tahviller için Kurula kayıt yaptırılması gerekmez. Ancak ihraç edilen bu tahviller hakkında ihracın kesinleştiği tarihten itibaren 10 gün içinde Kurul'a bilgi verilir (SPK.m.4, Seri:II, No:13 m.3).

1. Kurul'a Başvuru ve Kurul Kaydı

a. Kurul'a Başvuru

İhraççılar, esas sözleşmeleri veya varsa kendi özel mevzuatları ile tahvil ihracına yetkili organın kararının alınmasından sonra tahvillerin

kayda alınması için Kurul'a yazılı olarak başvururlar. İhraççıların tahvil ihraçları için, ihraççılarla ilgili özel mevzuat uyarınca başka bir makam ve onayı gerekiyorsa tahvil ihraç başvurusunda bu karar ve onayın bulunması şarttır. Kayıt başvurusunun, yetkili organ kararlarının alındığı tarihten itibaren en çok 1 yıl içinde yapılması şarttır. Tahvil ihraç başvurusu, bir yıllık dönem içinde yapılacak tahvil ihraçlarının tümünü kapsayacak şekilde yapılabileceği gibi her ihraç için ayrı ayrı da yapılabilir. Tahvil ihraç başvurusu bir yıllık dönem içinde yapılacak tahvil ihraçlarının tümünü kapsayacak şekilde yapıldığı takdirde satışın tahvillerin Kurul kaydına alınmasından itibaren bir yıl içinde yapılması şarttır. Bu dönem içerisinde tahviller tertipler veya tertibe bağlı seriler halinde satılabilir. İhraççılar her tertip veya serinin satışından en az 30 gün önce, başvuru tarihine en yakın 3'er aylık dönem sonu itibarıyla çıkarılmış ve bir önceki yılın aynı dönemi ile karşılaştırmalı ara mâli tablolarını, sirküler, tahvil örneği ile, varsa satışı yürütecek aracı kuruluş veya kuruluşlarla yapılan aracılık sözleşmesinin bir örneğini Kurul'a verirler. Kurul, gerekli incelemeleri yaptıktan sonra sirküleri onaylar. Sirküler onaylanmadan satış işlemlerine başlanamaz. Her ihraç için Kurul'a ayrı kayıt yaptırılması halinde satışın en geç 120 günde tamamlanması şarttır. kayıt yaptırdıktan sonra tahvillerin satışından vazgeçilmesi halinde durum Kurul'a bildirilir (Seri:II, No:13, m.5).

Başvurulara eklenecek belgelerin ve istenecek bilgilerin Kurul'a verilmesi gerekir. Kurul tarafından belirlenecek sürede noksanlıkların tamamlanmaması halinde başvurular düşer. Başvurular en çok 30 gün içinde sonuçlandırılır, Eksikliklerin tamamlanması için verilen süreler hesaba katılmaz (SPK.m.5; Seri:II, No:13, m.6).

b. Kurul Kaydı

Tahvillerin Kurul kaydına alınmasında uyulacak şekil ve esaslarda tebliğ ile düzenlenmiştir (Seri:II, No:13, m.4). Buna göre Kurul,

aa. Halka arz edilmek üzere yapılacak tahvil ihracı başvurularını, izahname ve sirkülerin ihraççıya ve halka arz edilecek tahvillere ilişkin mevzuatın öngördüğü ve Kurul'un gerekli gördüğü bilgileri içerip içermediğini dikkate alarak kamunun aydınlatılması çerçevesinde inceler ve halka arz yoluyla satışı yapılacak tahvilleri kayda alır.

bb. Halka arz edilmeksizin tahvil ihracı için yapılacak kayıt başvurularını, Kurulca istenen bilgilerin tam ve doğru olarak verilip verilmediği yönünden inceler ve ihraç olunacak tahvilleri kayda alır.

Kayda alınan tahvillerin satışına ilişkin olarak bir kayıt belgesi düzenlenir. kayıt belgesinin, Kurul'un kayda alma kararı tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde alınması zorunlu olup, bu belge alınmaksızın ihraç ve satış işlemlerine devam olunmaz. Ancak kurul gerekli hallerde bu süreyi uzatabilir.

Kurul incelemeler sonucunda açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmayarak halkın istismarına yol açacağı sonucuna varırsa, gerekçe göstererek, başvuru konusu tahvillerin Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilir.

Kurul kaydına alınma, ihraç edilen tahvillerin ve ilgili ihraççıların Kurul veya kamuca tekeffülü anlamına gelmez ve reklam amacıyla kullanılmaz. Halka arzla ilgili izahname, sirküler ve yapılan tüm diğer ilan ve açıklamalarda bu hususa aykırı bir ifade kullanılamaz. kurul, ihraç veya halka arz edilen tahvillerin satışına müdahale ederek satış işlemlerini geçici olarak durdurabilir.

2. Tahvil İhraç Limiti

SPK.m.13 f.1 hükmü esas itibariyle halka açık anonim ortaklıkların tahvil ihraç limitlerini düzenlemekle birlikte f.3 hükmünde halka açık olmayan ortaklıkların da ihraç veya halka arz yoluyla tahvil çıkarabileceğine ve bunların TK.m.422 hükmüne tabi olacağına işaret etmiştir.

Kanun'a göre; halka açık anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarı, Kurul'a gönderilen bağımsız denetimden geçmiş son mali tabloda yer alan çıkarılmış sermaye veya ödenmiş sermaye ile genel kurulca onaylanan son mali tabloda görülen yedek akçelerin ve yeniden değerlendirme değer artış fonunun toplamından, varsa zararların indirilmesinden sonra kalan miktarı geçemez (SPK.m.13 f.1).

TK.'na göre de, bu Kanuna tâbi anonim ortaklıkların çıkaracakları tahviller esas sermayenin ödenen ve tasdik olunmuş son bilançoya göre mevcudiyeti anlaşılan miktarını aşamaz (TK.m.422).

Sermaye Piyasası Kurulu da halka açık olmayan fakat hisse senetlerinden başka sermaye piyasası araçlarını halka arz eden anonim ortaklıklar için de TK.m.422 hükmünden farklı bir düzenleme öngörmüştür. Kurul'a göre halka açık olmayan anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarı, genel kurulca onaylanan son bilançoda yer alan ödenmiş sermaye ve yeniden değerlendirme değer

artış fonu toplamını geçemez (Seri:II, No:13, m.7 f.3). Görüldüğü gibi Kurul TK.nda öngörülen ihraç limitine yeniden değerlendirme değer artış fonunu ilave etmiştir.

Mahalli idareler ve bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüslerinin tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç limitleri Bakanlar Kurulunca belirlenir. Bu durumda, özel kanunlarda belirlenen limitler uygulanmaz (SPK.m.13 f.2). Mahalli idareler ve bu idarelerle ilgili kuruluş, idare ve işletmeler mevzuatları uzun vadeli borçlanmaya imkan verdiği takdirde ödünç para bulmak için, Bakanlar kurulunca belirlenen esaslar çerçevesinde, menkul kıymet niteliklerini taşımak üzere bir yıldan uzun vadeli borç senedi ihraç edebilirler. Bu borç senetleri belirli gelirlerine karşılık da çıkarılabilir. Gelir karşılığı çıkarılan borç senetlerinin halka arz yoluyla satışında düzenlenecek izahname ve sirkülerde bu senetlerin taşıdığı şartlara ilişkin hususlar açımca belirtilir. Buna göre ihraç edilecek borç senetlerinin sermaye piyasası aracı olarak Kurula kaydı ve satışı ile bu borç senetlerini çıkaran kuruluş, idare ve işletmeler, uygun olduğu ölçüde bu tebliğ hükümlerine ve Kurul'un tahvil ihracı ve ihraççılarına ilişkin diğer düzenlemelerinde yer alan hükümlere tabidir (Seri:II, No:13, m.30).

Tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetleri ihraç limitleri ile Türk Ticaret Kanununun 422 nci maddesinde tespit edilmiş olan anonim ortaklıkların çıkarabilecekleri tahvil miktarına dair sınırlar gerektiğinde Bakanlar Kurulu'nca genel olarak veya sektörler itibariyle artırılabilir (SPK.m.13 f.3).

Bakanlar Kurulu 27.1. 1993 tarih ve 21478 sayılı resmi gazetede yayımlanan 93/3983 sayılı kararı ile halka açık olan ve olmayan anonim ortaklıkların tahvil ve diğer sermaye piyasası aracı niteliğindeki borçlanma senetleri ihraç limitlerine ilişkin TK. ve SPK. hükümlerinde belirtilen sınırları artıran katsayılar ve ihraç şartları belirlemiştir. Buna göre;

-Halka açık anonim ortaklıklar,

a) SPK.m.13 f.1 hükmünde belirtilen tahvil ve diğer sermaye piyasası aracı niteliğindeki borçlanma senetleri toplam tutarının 6 katına kadar halka arz edebilirler. Bunun için;

(1) Kurul'ca belirlenen standartlara uygun olarak hazırlanmış mali tablolarına göre ortaklığın son yılda net dönem kârı elde etmiş olması,

(2) Dönem kârı gösteren son yıla ait malî tabloların bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmiş olması,

(3) Kurul tarafından ortaklıkça öngörülen borçlanma miktarının onaylanmış olması.

b) Son yıla ait malî tablolarına göre net dönem kârı elde etmemiş olan halka açık anonim ortaklıklar, bu yıla ait malî tabloları bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmiş olmak kaydıyla, SPK.m.13 f.1 hükmünde belirlenen toplam tutarın 3 katına kadar tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerini kurul'ca onaylanmak kaydıyla halka arz edebilirler.

c) Son yıla ait malî tabloları bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmemiş HAAO.'lar ise, katsayı uygulamasından yararlanamazlar.

d) HAAO.'ların yurt dışında ihraç ettikleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin tutarı yukarıdaki limitlerin hesabında dikkate alınmaz.

-Halka açık olmayan anonim ortaklıklar,

a) TK.m.422 hükmüne göre çıkarabilecekleri tahvil miktarına ait sınırın 6 katına kadar tahvil ve diğer sermaye piyasası aracı niteliğindeki borçlanma senetlerini aşağıdaki şartlarla halka arz edebilirler.

(1) Ortaklığın Kurul'ca belirlenen standartlara uygun olarak hazırlanmış son yıla ait malî tablolarına göre net dönem kârı elde etmiş olması,

(2) Son yıla ait malî tabloların bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmiş olması,

(3) Kurul tarafından ortaklıkça öngörülen borçlanma miktarının onaylanmış olması.

b) Son yıla ait malî tablolarına göre net dönem kârı elde etmemiş ve halka açılmamış anonim ortaklıklar, bu yıla ait malî tabloları bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmiş olmak kaydıyla, (a) bendinde belirlenen limitin yarısı kadar tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerini halka arz edebilirler.

c) Son yıla ait malî tabloları bağımsız denetleme kuruluşlarınca denetlenmemiş HAAO.'lar ise, katsayı uygulamasından yararlanamazlar.

Bakanlar Kurulunun limit belirlemesi halinde, anonim ortaklıkların başvurabilecekleri azami tahvil ihraç limiti, Bakanlar Kurulunun belirlemesi dikkate alınarak yukarıdaki esaslara göre hesaplanan genel toplamdan, tedavülde bulunan tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin tutarı indirilmek suretiyle hesaplanır (Seri:II, No:13, m.7 f.4).

Hazine garantisini ihtiva eden ihraçlarda, mevzuatta öngörülen ihraç limitlerine uyulmaz (SPK.m.13 f.4).

Kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim ortaklıklar tarafından hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil çıkarılması halinde değiştirme sonucunda verilecek hisse senetleri ile ortaklığın çıkarılmış sermayesinin toplamı kayıtlı sermayeyi aşamaz (SPK.m.14 f.3).

Çıkarılan tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetleri tamamen satılmadıkça veya satılmayanlar iptal edilmedikçe, aynı türden yeni tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetleri çıkarılamaz (SPK.m.13 f.5).

3. Tahvillerin Vadesi

TK. ve SPK. tahvillerin vadeleri konusunda herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Kurul ise düzenlemelerinde tahvillerin vadesinin 2 yıldan az olmamak üzere serbestçe belirlenebileceğini, vade başlangıç tarihinin belirlenmesinde satış süresinin son günü vade başlangıç tarihi olarak kabul edileceğini ve seriler halinde satışa sunulduğunda, serilerin vadelerinin başlangıç tarihleri, her seri için belirlenen satış sürelerinin son günü olacağını hükme bağlamıştır (Seri:II, No:13, m.8).

4. Tahvillerin İtfası

Tahvillerin ana parası, vade bitiminde bir defada ödenir. İki yıldan uzun vadeli tahvillerin anaparası, ilk taksiti vadenin başlangıç tarihinden itibaren en erken birinci yılın sonunda, son taksiti ise tahvil vadesinin bitim tarihine rastlayacak şekilde, yıllık eşit taksitlerle ödenebilir. Ana parası vade bitiminde bir defada veya birinci yılın sonundan itibaren vade sonuna kadar yıllık eşit taksitle itfa edilecek tahvillerde itfa planının, tahvillerin arka yüzünde ve ayrıca izahname ve sirkülerde yer alması zorunludur (Seri:II, No:13, m.9).

a. İhraççının Talebine Bağlı Erken İtfa

Vade başlangıç tarihinden itibaren en erken birinci yılın sonundaki veya sonrasındaki faiz ödeme tarihinde ihraççının talebine bağlı olarak

kısmen veya tamamen itfa edilebilir nitelikte tahvil ihraç edilebilir. bunun için, tahvillerin halka arz yoluyla satılması, dört yıl ve daha uzun vadeli olarak ihraç edilmeleri, erken itfanın hangi durumlarda hangi usul ve esaslara göre yapılabileceğinin ve erken itfa fiyatının belirlenmesiyle ilgili esasların tahvil metni, izahname ve sirkülerde açıkça belirtilmesi gerekir (Seri:II, No:13, m.10).

b. İhraççıların Erken İtfa Çağrısı ve Tahvillerin İptali

Erken itfa edebilme hakkının kullanımı çerçevesinde vadesinden önce ihraççının talebine bağlı olarak kısmen itfa edilecek tahviller, Noter huzurunda çekilecek kurayla belirlenir. Tahvillerin erken itfası için, itfa tarihinden en erken bir ay önce ihraççı tarafından, günlük yayın yapan en az iki gazetenin Türkiye baskısında ikişer kez yapılan ilan yoluyla tasarruf sahiplerine duyuru yapılır. Duyurularda erken itfa süresi, itfanın yapılacağı yerler ve ödeme esasları ile itfaya ilişkin diğer hususlar belirtilir. Erken itfanın başlangıç ve bitiş tarihleri arasındaki süre asgari 5, azami 10 gündür. Erken itfa satışın yapıldığı merkez veya merkezlerde bankalar vasıtasıyla yapılır. Erken itfa çağrısı yapıldığı halde, erken itfa duyurusunda belirtilen sürede başvurusu yapılmayan tahvillerin bedeli ihraççı tarafından bir banka hesabına bloke edilir ve tahvillerin teslimi karşılığında banka tarafından bloke edilen tahvil bedeli ödenir. Bedeli ödenen tahviller erken itfa süresinin bitimini izleyen 6 işgünü içinde ihraççı tarafından noter huzurunda tespit ve iptal olunur. Erken itfa çağrısı yapıldığı halde erken itfa duyurusunda belirtilen süre içinde başvurusu yapılmayan tahviller de aynı sürede noter huzurunda tespit ve geçersiz addolunur. Bu şekilde geçersiz addolunan tahviller, geçersiz addolunmayı izleyen iki iş günü içinde günlük yayın yapan en az iki gazetenin Türkiye baskısında kamuya duyurulur (Seri:II, No:13, m.11).

c. Tasarruf Sahibinin Talebine Bağlı Erken İtfa

Vade başlangıç tarihinden itibaren en erken birinci yılın sonundaki veya sonrasındaki faiz ödeme tarihlerinde tasarruf sahiplerinin talebine bağlı olarak itfa edilebilir nitelikte tahvil ihraç edebilirler. Bunun için, tahvillerin halka arz yoluyla satılması, dört yıl ve daha uzun vadeli olarak ihraç edilmeleri ve itfa edilme usul ve esaslarının tahvil metni, izahname ve sirkülerde açıkça belirtilmesi gerekir. Tasarruf sahiplerinin talebine bağlı olarak erken itfa edilebilir nitelikte çıkarılan tahviller, ihraççının izahnamede belirtilen faiz ödeme tarihlerinden bir veya bir kaçında tahvil bedelinin izahnamede açıklanan esaslara göre tespit edilecek fiyat üzerinden ödenmesi

taahhüdünü taşır (Seri:II, No:13, m.12).

Erken itfa hakkını kullanmak isteyen tasarruf sahipleri, hakkın kullanımına ilişkin olarak izahnamede belirtilen tarihlerden en erken bir ay önce ihraççıya bildirimde bulunur. tasarruf sahibinin talebine bağlı olarak itfa edilecek tahvillerin bedelli, tasarruf sahibince ihraççıya bildirilen itfa tarihi itibarıyla izahnamede belirtilen usul ve esaslar dahilinde tahvilin ibrazı ve tevdiî karşılığında ödenir. Ödemeler satışın yapıldığı yerlerde izahnamede belirtilen bankalar vasıtasıyla yapılır. Erken itfa başvurusu için izahnamede erken itfa tarihinden başlayarak en az 5 en çok 10 iş günü süre verilir. Ödemesi yapılarak itfa edilen tahviller noter huzurunda tespit ve iptal edilir. Erken itfa bildiriminde bulunulmuş olmasına rağmen izahnamede belirtilen itfa süresi içinde tahsil için başvuru yapılmayan tahvillerin bedeli ihraççı tarafından bir banka hesabına bloke edilir ve tahvillerin teslimi karşılığında banka tarafından bloke edilen tahvil bedeli ödenir. bedeli ödenen tahviller erken itfa süresinin bitimini izleyen 6 iş günü içinde ihraççı tarafından noter huzurunda tespit ve geçersiz addolunur. Bu şekilde geçersiz addolunan tahviller iki iş günü içinde, günlük yayın yapan en az iki gazetenin Türkiye baskısında kamuya duyurulur (Seri:II, No:13, m.13).

5. Satılmayan Tahvillerin İptali

Satış süresinde satılamayan veya aracı kurum tarafından satın alınmayan tahviller, satış süresinin bitişini izleyen en geç 6 iş günü içinde, noter huzurunda tespit ve iptal edilir. Tahviller seriler halinde ihraç edilmişse, her serinin satış süresi bitiminde aynı işlem yapılır. İptal olunan tahvillerle aynı belge numaralarını içeren tahviller çıkarılamaz (Seri:II, No:13, m.17).

B. Halka Arz Edilmeksizin Satılan Tahvillerin Çıkarılmasında Aranılan Usul ve şartlar

Halka arz edilmeksizin satılmak üzere ihraç edilecek tahvillerin nama yazılı olarak çıkarılması şarttır (Seri:II, No:13, m.26). İhraççılar bunun için bir dilekçe ile Kurul'a kayıt için başvurmak ve bu dilekçesine aşağıdaki belgeleri eklemek zorundadır (Seri:II, No:13, m.27);

a) Kuruldan temin edilecek örneklerine göre düzenlenmiş kayıt talep formu.

b) Tahvil ihracına ilişkin genel kurul kararının tesciline ve ilanına dair TTSG. veya esas sözleşme ile tahvil çıkarma yetkisi verilmiş

yönetim kurul kararının tasdikli örneği, ilgili mevzuatta tahvil ihracı için başka mercilerin karar veya onayı arandığı takdirde bu karar veya onaya ilişkin belge,

c) Yürürlükte bulunan tüm değişiklikleri içeren ve tek metin haline getirilmiş, ihraççıyı temsile yetkili kişilerce imzalanmış yürürlükteki esas sözleşme metni,

d) Son üç yıla ait; genel kurulca onaylanarak kesinleşen bilanço ve gelir tabloları ile Kurul'a başvuru tarihine en yakın ve bir önceki yılın aynı dönemi ile karşılaştırmalı 3'er aylık dönem sonu itibariyle düzenlenmiş, Kurulun belirlediği malî tablo standartlarına uygun ve ortaklığı temsile yetkili kişilerce imzalanmış ara malî tablolar,

e) Varsa, Kurul düzenlemeleri çerçevesinde zorunlu veya isteğe bağlı olarak hazırlanmış bağımsız denetleme raporu,

f) Geçmiş üç yıla ait denetleme kurulu raporları,

g) Son bilanço dönemine ait faaliyet raporu,

h) Örneği Kuruldan temin edilebilecek nama yazılı tahvil spesimeni,

i) Halka arz edilmeksizin çıkarılan tahvillerin hangi gerçek ve tüzel kişilerce satın alınacağına dair bilgi, varsa bunlara ilişkin anlaşma metinleri,

j) İhraççının satış süresi sonunda satılamayan tahvillerin satış süresinin bitişini izleyen 6 işgünü içinde iptal edileceğine dair yazılı beyanı,

k) İhraççıyı temsile yetkili kişilere ait noter tasdikli imza sirküleri,

l) Kurulca gerekli görülmesi halinde verilen bilgileri teyit eden belgeler ile kurulca istenecek diğer belgeler.

Halka arz edilmeksizin satılan tahvillerin satış süresi, kayıt belgesi tarihinden itibaren 6 iş gününden az olmamak ve 1 ayı geçmemek üzere Kurulca belirlenir (Seri:II, No:13, m.28). İhraççı halka arz edilmeksizin satılan tahvillerin satış süresinin bitiminden itibaren 6 iş günü içerisinde aşağıdaki belgeleri Kurul'a gönderir (Seri:II, No:13, m.29);

a) Tahvillerin satıldığı gerçek ve tüzel kişileri, satın aldıkları tahvil miktarları ve tutarlarını, varsa bunların ihraççı ile olan sermaye, yönetim ve ticarî ilişkilerini, gösteren bir belge,

b) Satış süresi içinde satılmayan tahviller varsa, bunların noter

huzurunda iptal edildiğini gösterir belge.

Halka arz edilmeksizin sermaye piyasası aracı niteliğindeki borçlanma senetlerinin çıkarılmasında; halka açık ve açık olmama durumlarına göre, anonim ortaklıkların çıkarabilecekleri tahvil ve diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarının en çok yarısı çıkarma limiti olarak kabul edilir. Halka arz edilmeksizin çıkarılmış olan borçlanma senetleri toplamı halka arz limitinden düşülür (93/3983 sayılı BKK).

C. Halka Arz Edilecek Tahvillerin Çıkarılmasında Aranılan Usul ve Şartlar

Bu tür tahvillerle ilgili hükümler esas itibarıyla TK.'unda yer almakla birlikte SPK. da özel hükümler getirmiştir. Bu bakımdan halka arz edilecek tahvillerde esas olan SPK. hükümleridir. SPK.'unun düzenlemediği hususlarda ise TK. hükümleri uygulanır. Bundan böyle halka arz edilecek tahvillerin çıkarma usul ve şartları TK. ve SPK. birlikte değerlendirilerek tespit olunabilir. Ancak kurul tebliğleri TK.'na tabi olacak ihraçları da kendi ilke ve esasları çerçevesinde tebliğle düzenlemiştir (Seri:II, No13).

1. Halka arz edilmeyen tahvillerde olduğu gibi bu tahvillerde de ilk şart genel kurulun bu hususta karar alması gereğidir. Ayrıca söz konusu kararın tescili, ilânı ve bunun mahkemece tasdiki zorunludur. (TK.m.423, 424). Ancak halka arz edilmeksizin çıkarılan tahvillerin aksine, genel kurulun bu yetkisi, esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebilir (SPK. m.13 f.6). Bu halde yönetim kurulu kararının ilânı, tescili ve mahkeme tasdiki usullerine gerek yoktur⁴⁷.

2. Halka arz edilecek tahvillerin üst tavan sınırı TK.m.422 hükmüne göre değil, SPK.m.13 f.1 hükmüne göre tespit edilir. SPK. çıkarılacak toplam tahvil sınırının tavanını TK.'una göre daha yüksek tutmuştur. Halka açık anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarı, Kurul'a gönderilen bağımsız denetimden geçmiş son mali tabloda yer alan çıkarılmış sermaye veya ödenmiş sermaye ile genel kurulca onaylanan son mali tabloda görülen yedek akçelerin ve yeniden değerlendirme değer artış fonunun toplamından, varsa zararların indirilmesinden sonra kalan miktarı geçemez.

3. Halka arz edilen tahvillerin tamamı satılmadıkça veya satılmayanlar iptal edilmedikçe yeni tahvil çıkarılması da mümkün

⁴⁷ Bkz. ileride D. Anonim Ortaklıkların Tahvil İhracında Yönetim Kurulunun Yetkisi

değildir (SPK.m.13 f.5). Bu hüküm de TK.m.421 hükmü gibi anlaşılabilir mahiyettedir. TK.m.421'de ifade edilen bu husus SPK.'unda daha kötü bir şekilde ifade edilmektedir. Esasen tavan sınırı müsait olsa bile yeni tahvil çıkarılıp çıkarılamayacağı kanundan anlaşılabilir. Doktrinde SPK. m. 13 hükmünün TK. m. 421 hükmü gibi anlaşılması gereği savunulmaktadır⁴⁸. Kanaatimizce, çıkarılan tahvillerin satış süresi içinde yeni tahviller çıkarılması önlenmektedir. Bu satış süresi de en fazla üç aydır (Seri:II, No:13, m.23). Çünkü bu süre içinde satılmayan tahvillerin en geç 6 işgünü içinde iptali gerekir (Seri:II, No:13, m.17). Bu bakımdan yeni tahvil çıkarmak için aranan şart daha önce çıkarılan tahvillerin tamamının satılması değildir. Şayet satılmamış tahviller varsa satış süresinin geçmesi şartı aranmaktadır. Buna karşılık tahviller tamamen satılmışsa, satış süresinin geçmesinden önce de yeni tahviller çıkarılabilir. Görülüyor ki, SPK. ve Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri birlikte mütalaa edilince, TK.m.421 hükmünden ayrı bir anlam ortaya çıkmakta ve TK.'undaki belirsizlik sınırlı da olsa ortadan kalkmaktadır.

Diğer taraftan tahvil ihraç edecek olan ortaklık bu husustaki genel kurul veya esas mukavelede yetki verilmişse yönetim kurulu kararından sonra, halka arz için kurul'a kayıt için başvuruda bulunmak zorundadır ve başvuru bir dilekçe ile olur (SPK.m.4,5).

Bu dilekçeye eklenmesi gereken belgeler şunlardır (Seri:II, No:13,m.18):

a) Tahvil ihracına ilişkin genel kurul kararının tesciline ve ilanına dair T.T.S.G. veya esas sözleşme ile tahvil çıkarma yetkisi verilmiş yönetim kurul kararının tasdikli örneği, ilgili mevzuatta tahvil ihracı için başka mercilerin karar veya onayı arandığı takdirde bu karar veya onaya ilişkin belge,

b) Yürürlükte bulunan tüm değişiklikleri içeren ve tek metin haline getirilmiş, ihraççıyı temsile yetkili kişilerce imzalanmış yürürlükteki esas sözleşme,

c) İhraççıyı, varsa bağımsız denetim kuruluşunu ve varsa aracı kuruluşu temsile yetkili kimselerce imzalı, halka arz yoluyla satış yapılacak tahvillere ilişkin olarak düzenlenmiş,

- İzahname

- sirküler

d) Örneği Kuruldan temin edilebilecek nama yazılı tahvil spesimeni,

⁴⁸ TEKİNALP (Sermaye), s. 62.

- e) Satışın aracı kuruluşlar tarafından yapılacak olması halinde aracı kuruluşlarca yapılan aracılık sözleşmesi,
- f) İhraççının satış süresi sonunda satılamayan tahvillerin satış süresinin bitişini izleyen 6 işgünü içinde iptal edileceğine dair yazılı beyanı,
- g) Tahvillerin anapara ve faiz ödemeleri için garanti verilmesi durumunda Kurul ve ihraççıya hitaben yazılacak, örneği Kuruldan temin edilebilir yazı,
- h) Tahvil ihraç gerekçesi,
- i) Son üç yıla ait; genel kurulca onaylanarak kesinleşen bilanço ve gelir tabloları ile Kurul'a başvuru tarihine en yakın ve bir önceki yılın aynı dönemi ile karşılaştırmalı 3'er aylık dönem sonu itibariyle düzenlenmiş, Kurulun belirlediği malî tablo standartlarına uygun ve ortaklığı temsile yetkili kişilerce imzalanmış ara malî tablolar
- j) Varsa, Kurul düzenlemeleri çerçevesinde zorunlu veya isteğe bağlı olarak hazırlanmış bağımsız denetleme raporu,
- k) Son üç yıla ait denetleme kurulu raporları,
- l) Son bilanço dönemine ait faaliyet raporu,
- m) Kurulca gerekli görülmesi halinde izahname ve sirkülerdeki bilgileri teyit eden belgeler ile kurulca istenecek diğer belgeler,
- n) İzahname ve sirkülerde imzaları bulunanların yetkilerine ait noter tasdikli imza sirkülerleri.

1. İzahname ve Sirküler Düzenleme Esasları

İzahnamenin hukuki mahiyeti icaba davettir. Ortaklık, izahname ile halkı tahvil satın almaya davet etmektedir. Bu bakımdan izahname, tahviller hakkında bilgi verici bir beyandır. İzahname ve sirkülerin ihraççı, ihraççının malî durumu, faaliyet kapsam ve sonuçları ile ihraca ilişkin olarak mevzuatın öngördüğü ve Kurulca gerekli görülen bilgileri açıklıkla ortaya koyacak ayrıntıda düzenlenmesi, Kurul tarafından belirlenen asgari standartlara uygun olması, kayda alınma başvurusu sırasında Kurul'ca istenecek ek bilgileri içermesi ve bilgi ve açıklamaların gerektiğinde belgeye dayandırılması zorunludur (Seri:II, No:13, m.19 f.1).

Bağımsız denetime tâbi ihraççıların izahname sirkülerlerindeki denetlenen dönemlere ilişkin malî durum ve faaliyet sonuçlarına dair bilgilerin, ilgili bağımsız denetleme kuruluşlarınca verilen raporlara uygun olarak hazırlanması ve uygunluğunun bağımsız denetim kuruluşlarınca onaylanmış olması gerekir. tahvillerin halka arz yoluyla satışının aracı kuruluşlar vasıtasıyla yapılması durumunda izahname ve sirkülerin aracı kuruluş tarafından da imzalanması gere-

kir. Kendilerinden beklenen özeni göstermeyen aracı kuruluşlar, bağımsız denetleme kuruluşlarının sorumluluğunda olan bilgiler hariç izahname ve sirkülerdeki bilgilerin gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmamasından meydana gelebilecek zararın ihraççılarca tanzim ettirilemeyen kısmından sorumludurlar (Seri:II, No:13, m.19 f.2,3; SPK.m.7 f.2).

İzahname ile halka açıklanan konulardaki değişikliklerin, ilgili ihraççılarca en geç otuz gün içinde Kurul'a bildirilmesi zorunludur. Bildirimin şekil ve esasları Kurul tarafından belirlenir (SPK.m.10). İzahname ve sirkülerle, halka açıklanan konularda satışa başlamadan veya satış süresi içinde ortaya çıkan, bildirilmemesi halinde yatırımcının zararına neden olabilecek değişikliklerin ve yeni hususların, tahvilleri kayda alınan ihraççı tarafından bunların meydana geldiği tarihten itibaren en geç üç gün içinde ve her durumda satışa başlamadan önce veya satış süresi içinde satış durdurularak veya satışın aracı kuruluşlar vasıtasıyla yapılıyor olması halinde satışı yapan aracı kuruluşların satışı durdurmaları sağlanarak yazılı şekilde Kurul'a bildirilmesi zorunludur. Değişiklikler ve yeni hususlar, kurul'un onayı olmadan izahname ve sirkülerde değişiklik yapılarak halka açıklanamaz veya uygulamaya konulamaz. kurul'dan onay alındıktan sonra, izahnamedeki değişikliklerin, Ticaret Siciline tescil ettirilmesi ve ilanı, sirkülerdeki değişikliklerin ise, bu sirkülerin ilan edildiği gazetelerde yayımlanması zorunludur (Seri:II, No:13, m.21). Halka arz edilecek tahvillerin satış süresi kayıt belgesi tarihinden itibaren 6 iş gününden az olmamak ve 3 ayı geçmemek üzere izahnamede gösterilir (Seri:II, No:13, m.23)

İzahnamede bulunması gereken bilgiler esas itibariyle TK.m.425 hükmünde gösterilmiştir. Ancak SPK.m.6 hükmüne göre İzahnamede bulunması gereken bilgiler ve yayımlanacak sirküler ve ilanların esaslarının Kurul tarafından belirleneceği hükme bağlandığından TK.m.425 hükmü yürürlükten kaldırılmamakla birlikte uygulama alanı kalmamıştır.

2. Aracı Kullanma Zorunluluğu

SPK.m.7 f.1 hükmüne göre Kurul, pay sahiplerinin ve yatırımcıların haklarını korumak amacıyla, sermaye piyasası araçlarının halka arz ve satışının gerektiğinde satın alma taahhüdü ile birlikte aracı kuruluşlar aracılığıyla yapılmasını isteyebilir. Bu bir zorunluluk değildir. Ancak mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bu idarelerle ilgili özel mevzuat uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve

işletmeler dışındaki ihralarca çıkarılan değişken faizli tahviller ile ihraççının ve tasarruf sahibinin talebine bağlı olarak erken itfa edilebilir nitelikteki tahvillerin halka arz yoluyla satışının aracı kuruluşlar vasıtasıyla yapılması zorunludur (Seri:II, No:13, m.20).

3. Kayıttan Sonra Yapılacak İşlemler

Tahvillerin Kurula kaydettirilmesinden sonra aşağıdaki işlemler yapılır (Seri:II, No:13, m.22) ;

aa) Mahkeme Tasdiki

Tahvil ıkarma yetkisinin esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilmemiş olduğu hallerde TK.m.424 hükmüne göre görevli mahkeme tasdiki gereklidir. Ancak, tahvil çıkarma yetkisi esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilmemişse TK.m.424 hükmü uygulanmayacağından (SPK.m.13), mahkeme tasdiki aranmaz.

bb) İzahnamenin Yayınlanması

Tahvil ıkarma yetkisinin yönetim kuruluna verilmiş olduğu hallerde kayıt belgesi tarihinden, verilmemiş olduğu hallerde mahkeme tasdikinden itibaren bir hafta içinde ihraççının bulunduğu yer ticaret siciline başvurularak izahname, ticaret siciline tescil ve TTSG'nde ilan ettirilir.

cc) Sirkülerin yayımlanması

Sirkülerin ilânı, halka tahvil satın almaya davti gösterir. Bunun da hukuki maliyeti "icaba davettir". İzahnamenin tescilini takip eden yedi gün içinde ve satışın başlangıç tarihinden azami 7, asgari 3 gün önce sirkülerin günlük gazetelerde ilanı zorunludur. İhraççı tarafından istenmesi halinde bu srelerin dışında da ilan yapılabilir. Sirkülerin ilan edileceği gazeteler çok sayıda kişinin haberdar edilmesini sağlayacak şekilde seçilir ve kayıt öncesinde Kurula bildirilir. Sirküler, günlük yayın yapan en az iki gazetenin Türkiye baskısında ilan ettirilir. Sirkülerin günlük yayın yapan bir gazetenin Türkiye baskısında ilan ettirilmesi de mümkündür. Ancak bu halde, söz konusu sirkülerin hangi gazetede yayımlandığının aynı gün ve en az üç sütüne 10 santim ebatta ilan yoluyla duyurulması zorunludur. sirküler bu ilkeler çerçevesinde birden fazla gazetede ilan edilebilir. Kurul da gerekli grdğu durumlarda birden fazla gazetede ilan isteyebilir.

4. Satış Sonuçlarının Kurul'a Bildirilmesi

Sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışını yapan ihralar veya aracı kuruluşlar satış süresinin bitiminden itibaren altı iş günü içerisinde, satışın sonucu hakkında, Kurula bilgi vermekle

yükümlüdürler. Verilecek bilgilerin şekil ve esasları Kurul tarafından belirlenir (SPK.m.9). Kurul da söz konusu şekil ve esasları bir tebliğ hükmüyle düzenlemiştir(Seri:II, No:13, m.24);

Halka arz edilen tahvillerin satış süresinin bitiş tarihinden itibaren 6 iş günü içinde ihraççı :

aa) İzahnamenin yayımlandığı TTSG. ve sirkülerin ilân edildiği gazetelerin birer nüshasını,

bb) Satış sonuçlarını gösteren bilgileri,

cc) Satış süresi sonunda satılamayan tahviller varsa; bunların noter önünde iptal edildiğini gösterir belgeyi,

Kurul'a göndermekle yükümlüdür.

D. Anonim Ortaklıkların Tahvil İhracında Yönetim Kurulunun Yetkisi

Sermaye piyasası Kanununun tahvillerle ilgili düzenlemesi esas itibariyle tahvil ihraç limitleri ile hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil çıkarma imkânına ilişkindir. Kurul tebliğleri ile de "kâr'a iştirakli tahvillerin çıkarılma usul ve esasları düzenlenmiştir.

TK. hükümlerine göre anonim ortaklıkların tahvil çıkarabilmesi için aranan ilk şart esas sözleşmede hüküm bulunsa bile, bu hususta genel kurulca bir karar alınması mecburiyetidir. Ayrıca söz konusu kararın tescili, ilânı ve bunun mahkemece tasdiki zorunludur. (TK.m.423, 424). Ancak HAAO.'larla ilgili olarak SPK.m.13 hükmü TK.'na göre genel kurulda olan tahvil çıkarma yetkisinin yönetim kuruluna da devredilebileceğini ve bu durumda TK. 423 ve 424 hükümlerinin uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Böylece SPK., kararın ilânı, tescili ve mahkeme tasdiki usullerini kaldırmaktadır.

Kanun sermaye piyasası araçları çıkarma usul ve şartlarını düzenleme yetkisini Kurul'a bırakmış olmakla birlikte Kurul düzenlemelerinde SPK. ve bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde de TK. hükümlerine uymak zorundadır. Bu bakımdan tahvillere ilişkin TK.m.420-433 madde hükümleri SPK. tahvillere ilişkin 13 ve 14 hükümleri ile sermaye piyasası araçlarının halka arzı, satışı ve kamunun aydınlatılması gibi hususlara aykırı olmamak şartıyla uygulama alanı bulacaktır.

Tahvil çıkarma yetkisini TK.m.423 hükmüne göre münhasıran genel kurula bırakılmış "tahvil ihraç kararı" yetkisidir ve ancak tescil ve ilân dan sonra icra kabiliyetine sahiptir. Tahvilin türü, faiz oranları, satış ve itfa şartları konularında esas sözleşmede düzenleme

yapılabileceği gibi, bu konularda yönetim kurulu da yetkili kılınabilir⁴⁹.

SPK.m.13 f.6 hükmüne göre ise; HAAO.'larda tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç yetkisi, esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebilir. Bu takdirde TTK.'nın 423 ve 424 üncü maddeleri uygulanmaz. Halka açık olmayan anonim ortaklıklar ile tahvil çıkarma yetkisinin esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilmemiş olan HAAO.'ın tahvil çıkarabilmesi için bu hususta genel kurul karar vermesi ve TK.m.424 hükmüne göre görevli mahkeme tasdiki ve kararın tescil ve ilanı gereklidir. Ancak, HAAO.'larda tahvil çıkarma yetkisi esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilmişse TK.m.423 ve 424 hükmü uygulanmayacağından (SPK.m.13), mahkeme tasdiki aranmadığı gibi kararın tescil ve ilanı da şart değildir.

Kanun hükmüne göre yönetim kuruluna verilen yetkinin kaynağı esas sözleşmedir. Esas sözleşmede tahvil çıkarma esasları ve şartları belirtilebileceği gibi türü, faiz oranı, satış ve itfa şartları gibi tüm hususlara karar verme yetkisi de yönetim kuruluna da bırakılabilir. TK.m.13 f.5 hükmünün tahvil çıkarma yetkisinin yönetim kuruluna devredilebileceğine ilişkin hükmü HAAO. için söz konusu olup halka kapalı anonim ortaklıklarda bu yetki münhasıran genel kuruldadır ve esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilemez⁵⁰.

E. Yurt Dışında Satılacak Tahvil ve Diğer Borçlanma Senetleri

İhraççıların yurt dışında satacakları tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin Kurul kaydına alınması için, ekinde aşağıdaki belgelerin bulunduğu bir dilekçe ile kurula başvururlar (Seri:II, No:19, ek madde 1):

- a) Son durum itibarıyla sermayenin ortaklar arasındaki dağılımı,
- b) Tahvil ihracına ilişkin genel kurul kararının tesciline ve ilanına dair TTSG veya esas sözleşme ile tahvil çıkarma yetkisi verilmiş yönetim kurulu kararının tasdikli örneği, ilgili

⁴⁹ AYTAÇ (3), s.279.

⁵⁰ ÇAMOĞLU / POROY / TEKİNALP, s. 271. ÇAMOĞLU'na göre " bu alandaki boşluğun menfaatler dengesine uygun olarak doldurulabilmesi için sadece SPK.m.12 f.5 hükmündeki somut halde değil, yönetim kurulunun, genel kurulun işlevini üstlenerek karar aldığı tüm hallerde, yönetim kurulunca alınan kararlar aleyhine TK.m.381 vd. hükümleri uyarınca iptal davası açılabilir. Hatta Çamoğlu'nun bizimde katıldığımız görüşüne göre, yönetim kurulunun diğer bütün kararları aleyhine de TK.m.381 vd. hükümleri anlamında iptal davası açılabilme imkanının tanınması ve bu boşluğun doldurulması gerekir.

mevzuatta tahvil ihracı için başka mercilerin karar ve onayı arandığı takdirde bu karar veya onaya ilişkin belge,

- c) Yürürlükte bulunan tüm değişiklikleri içeren ve tek bir metin haline getirilmiş, ihraççıyı temsile yetkili kişilerce imzalı esas sözleşme,
- d) Örneği Kuruldan temin edilebilecek tahvil spesimeni,
- e) İhraççının satış süresi sonunda satılamayan tahvillerin satış süresinin bitişini izleyen 6 işgünü içinde iptal edileceğine ilişkin yazılı beyanı,
- f) Tahvillerin anapara ve faiz ödemeleri için garanti verilmesi durumunda Kurul ve ihraççıya hitaben yazılacak, örneği Kuruldan temin edilebilir yazı,
- g) Tahvil ihraç gerekçesi,
- h) Son 3 yıla ait; genel kurulca onaylanarak kesinleşen bilanço ve gelir tabloları ile Kurula başvuru tarihine en yakın üçer aylık dönem sonu itibariyle düzenlenmiş ve bir önceki yılın aynı dönemi ile karşılaştırmalı Kurul 'un belirlediği mali tablo standartlarına uygun ve ortaklığı temsile yetkili kişilerce imzalanmış ara mali tablolar,
- i) Varsa, Kurul düzenlemeleri çerçevesinde zorunlu veya isteğe bağlı olarak hazırlanmış bağımsız denetleme raporu,
- j) Son 3 yıla ait denetleme kurulu raporları,
- k) Son bilanço dönemine ait yönetim kurulu faaliyet raporu,

OLAĞANÜSTÜ DURUMDA VERİLMEK ZORUNDA
KALINDIĞI İDDİA EDİLEN FAİZLERİN GERİ ALINIP
ALINAMAYACAĞI SORUNU

**THE QUESTION IS WHETHER THE ALLEGED INTEREST
AMOUNTS THAT ARE PAID TO THE CUSTOMERS IN THE
EXTRA ORDINARY SITUATIONS (BY THE BANK) COULD
BE DEDUCTED FROM THE CUSTOMERS' ACCOUNTS.**

Yrd. Doç. Dr. Türker Yalçınduran

Ö Z E T

2001 yılı Şubat ayında ortaya çıkan kriz ve takip eden devalüasyon esnasında mevduata / repoya uygulanan faiz oranlarının yüksek olduğu gerekçesiyle, normal faiz üzerinde uygulanan faiz oranlarına tekabül eden meblağ, Banka'nın, Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu'nun 15.03.2001 tarih ve 198 sayılı kararı ile, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkraları uyarınca yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devrinden sonra oluşturulan yeni yönetim tarafından mudinin hesabından alınmıştır. Bunun üzerine mudi, yapılan bu işlemin herhangi bir yasal dayanağının bulunmaması nedeniyle hesaptan alınan bedelin el konulma tarihlerinden itibaren hesaplanacak bankaların uyguladığı en yüksek mevduat faizi ile birlikte ödenmesine dair dava açmış olup, dava konusu olay bu incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

İnceleme sonucunda; taraflar arasındaki sözleşmenin değişen koşullara uydurulması veya gabin ya da ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini doğuran ya da taraflar arasında kararlaştırılan faiz oranının indirilmesine gerektirecek bir husus bulunmaması nedeniyle Banka tarafından yapılan işlemin yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

SUMMARY

As a result of the high interest rates applied to the repo / deposits during the economic crisis of February 2001 and subsequent devaluation, the variance caused by the gap between the regular interest rates and high interests rates has been taken out from the depositor's bank account by order of the Board of Directors of the Bank that was constituted after the transfer of the management and auditing of the Bank to the Savings Deposit Insurance Fund pursuant to the Council of Minister's Decree dated 15 March 2001 and numbered 198 and Article 14 paragraphs 3 and 4 of the Banks Act numbered 4389. Consequently, the depositor has commenced a lawsuit claiming that the above-mentioned transaction does not have any legal grounds and requested the return of the amounts collected from his bank account with interest that should be calculated from the date of seizure on the highest rate applied by the banks on deposits. This lawsuit is the main subject matter of this study.

As a result of the examination, it has been determined that there exists no necessity for adaptation of the contract to the changed circumstances or that there is no event which results in the invalidity of the contract due to the economic duress and immorality or that there is no reason leading to reduce the interest rate determined between the parties. Accordingly, it has been found that the above-mentioned Bank transaction has no legal grounds and unlawful.

I - GİRİŞ

2001 yılı Şubat ayında ortaya çıkan kriz ve takip eden devalüasyon esnasında mevduata / repoya uygulanan faiz oranlarının yüksek olduğu gerekçesiyle, normal faiz üzerinde uygulanan faiz oranlarına tekabül eden meblağın, ilgili Banka'nın, Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu'nun 15.03.2001 tarih ve 198 sayılı kararı ile, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkraları uyarınca yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devrinden sonra oluşturulan yeni yönetim tarafından hesapdan alınması üzerine, mudi tarafından açılan dava bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

II - TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARI

Açılan bu davada Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından yapılan bu işlemin haksız, dayanaksız ve kanuna aykırı olduğu ve bu nedenle bu bedellerin el konulma tarihlerinden itibaren hesaplanacak bankaların uyguladığı en yüksek mevduat faizi ile birlikte ödenmesi talep edilmiştir.

Davaya verilen cevapta; faiz oranlarının fahiş olduğu ve buna ilişkin olarak da 19.02.2001 tarihinde % 606.8, 20.02.2001 tarihinde % 1811.21, 21.2.2001 tarihinde % 5946.61 brüt faiz oranlarını örnek olarak göstermiştir. Bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 'na devrinden önce sözleşme serbestliği kuralı içinde yapılan faiz anlaşmasının geçerli olduğunu, ancak bankanın içine düştüğü mali darboğaz ve kriz nedeniyle mudilere normalin çok üstünde faizler verildiğini, müzayaka ve ekonomik krizden faydalanmak isteyen kişilerin anormal karlar elde ettiklerini, bir yılda alınabilecek faizlerin bir gecede alındığını, ahlaka aykırılık derecesine varan bu fahiş ve gabin teşkil eden yüksek faiz oranının mudiye ödenmemesi yoluna gidildiğini, konunun dürüstlük kuralı uyarınca çözüme bağlanması gerektiğini, şartların beklenemeyecek derecede değişmesi halinde hakimin sözleşmeye müdahale ederek, sözleşme şartlarını hakkaniyet ölçüsünde değiştirebileceğini, gabin söz konusu olduğunda sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülebileceğini, olayda bankanın müzayaka içinde bulunduğunun açık olduğunu, müzayaka halinden yararlanan davacının Banka'dan normalin dışında gabin derecesine varan faiz oranı alındığını, edimin bu derecede aşırı olmasının mahkeme kararları ve doktrinde "ahlaka aykırı" bir hal olarak kabul edildiğini, davacıya ödenen faizin çok yüksek olup gabinle mualllel olduğunu, buna rağmen Banka'nın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 'na devredilmesinden sonra oluşan yeni yönetimin sözleşme şartlarına

asgari oranda uyma çabası içinde bu faizleri ödemediğini, ancak ahlaka aykırılık derecesine varan fahiş faizleri indirimine tabi tuttuğunu, indirimine tabi tutulan kısmın BK'nun 20 ve 21. maddeleri uyarınca kısmi butlan olarak kabulü ile ödenen kısmın üstünde kalan bölüm oranında borçlu bulunulmadığının tespitine ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Bu dilekçeye verilen cevapta; savunma olarak gabin hukuki sebebine dayanıldığını, gabinde bahsedilebilmesi için objektif ve subjektif olarak tanımlanan iki unsurun gerçekleşmesinin gerektiğini, objektif unsurun ivazlar arasında açık bir nispetsizliği, subjektif unsurun da müzayaka, hiffet veya tecrübesizlik hallerini kapsadığını, olayda objektif ve subjektif unsurların bulunmadığını, bankanın müzayaka halinde olduğundan bahsedilse bile, gabin olması için bu müzayaka halinin bilinilmesi ve bundan yararlanılması gerektiğini, 2001 yılı Şubat ayında yaşanan devalüasyonda Türk Lirasının bir gecede % 40 oranında değer kaybettiğini, bunun da yıllık bazda % 14600 gibi bir orana tekabül ettiğini, cevap dilekçesinde bahsedilen % 5946,61 yıllık brüt faiz oranı günlük olarak düşünüldüğünde % 16 oranına tekabül ettiğini, döviz bazında bir gecede % 40 değer kaybeden bir paranın faiz gelirinin % 16 olmasının çok normal olduğunu ve bu durumda bile % 24 oranında bir kaybın söz konusu olduğunu, faiz oranlarının Banka'nın müzayaka halinde olmasından ve mudinin de bu durumu bilerek faydalanmak istemesinden kaynaklanmadığını, mudi ile Banka arasında şu ya da bu faiz oranının verileceğine dair yazılı bir anlaşmanın olmadığını, müvekkilinin faiz oranı konusunda bir dayatmasının olmadığını, faiz oranını belirleyenin piyasa koşulları olduğunu, faiz oranlarının yüksek olmasının nedeninin ülkenin ekonomik durumu olduğunu, bu dönemde bütün bankaların aynı faiz oranları ile para bulmak zorunda kaldığını, bu hususun sadece davalı Banka için geçerli olmadığını, davalı Banka Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 'na devredilmeyen bir banka olsaydı bu sonucun ortaya çıkmayacağını, ülkenin yaşadığı bu olağanüstü dönemde bankaların verdikleri kredi faizlerini de aynı oranlarda arttırdıklarını, bu dönemde nakit sıkıntısı çeken bir ticari şirketin de çok yüksek oranlarda aldığı ticari krediyi, daha sonra o zaman ben müzayaka halindeydim bu sebeple bu oranda faizi ödemem diyemediğini, hatta bankaların önceden çok düşük oranlarda verdikleri ticari kredilere tek taraflı olarak yüksek faiz oranlarını uyguladığını ve hemen 24 saat içinde hesabın kat edilmesine ilişkin ihtarnameleri gönderdiğini, hesabı kat edemeyen müşterilerine de gün koşulları oranında yüksek faiz oranlarını uyguladığını belirterek davanın

kabulüne karar verilmesini talep etmiştir.

Cevaba cevap dilekçesinde; talep edilen fahiş faiz oranının BK'nun 20. maddesine göre ahlaka aykırı bulunduğunu, sözleşme serbestisinin sınırsız olmadığını, ahlaka ve adaba aykırı fahiş faiz taleplerinin kabulünün mümkün olmadığını, BK'nun 19. maddesinin 2. fıkrasında "Kanunların amir hükümlerine, adaba ve ahlaka, kamu düzenine yahut şahsiyet haklarına aykırı olmayan sözleşmelerin geçerli olduğunu" hükme bağlandığını, BK'nun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, konusu mümkün olmayan, haksız yahut ahlaka ve adaba aykırı olan bir sözleşmenin batıl, yani hükümsüz olduğunu, BK'nun 19 ve 20. maddelerindeki ahlaka aykırılık kavramına göre, akdin içerdiği kayıtlardan birinin amir bir hükmü ihlal etmeksizin genel kabul gören bir ahlak prensibine aykırı düştüğü takdirde akdin ahlaka aykırı olduğunu, akdin ahlaka aykırılığının gayesi, muhtevası veya inikadı itibariyle söz konusu olabileceğini, akdin içerdiği edalardan birinin ticari dürüstlüğe aykırı olmasının da ahlaka aykırılık kavramına girdiğini, genel olarak taraflardan birine diğeri aleyhine aşırı derecede menfaat sağlayan akitlerin de ahlaka aykırı akit sayıldığını, tarafların karşılıklı edaları arasında açık nispetsizliğin yanında BK'nun 21. maddesinde yazılı subjektif şartların gerçekleşmesinin de gabin halinin oluşmasına sebebiyet verdiğini, doktrin ve içtihatlardaki değişikliklere göre tarafların karşılıklı edaları arasındaki aşırı dengesizliğin BK'nun 21. maddesindeki subjektif şartlar gerçekleşmese dahi, BK'nun 20. maddesinin 1. fıkrası anlamında ahlaka aykırılık oluşturacağını kabul edildiğini, faiz anlaşmalarının yapıldığı tarihlerde müvekkili bankanın müzayaka halinde olduğunu ve bu nedenle müşterilere normalin çok üstünde faizler verdiğini, yüksek meblağda parası olanların münferiden ya da birlikte hareket ederek (havuz teşkil ederek) ellerindeki bu mali güçle Banka'dan yüksek faiz talep edebildiklerini, Banka'nın iradesi dışında düşar olduğu mevduatı geri ödeme güçlüğünden istifade ederek yüksek faiz talep eden günlük mevduat hesabı sahibinin bu talep hakkını dürüstlük kaidelerine uygun olarak kullanmadığının açık olduğunu, dolayısıyla Banka'nın içinde bulunduğu müzayaka halinden istifade ederek yüksek faiz talep eden ve hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmayan davacıya ahlaka aykırılık derecesine varan ve gabin teşkil eden bu yüksek faiz oranının ödenmemesi yoluna gidildiğini, şartların beklenmeyecek derecede değişmesi halinde hakimın sözleşmeye müdahale ederek sözleşme şartlarının hakkaniyet ölçüsünde değiştirilmesinin istenebileceğini, ayrıca gabin söz konusu olduğunda da sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülebileceğini,

bu olayda da bankanın müzayaka içine girdiğini ve bu nedenle de Bankalar Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 'na devredilmek zorunda kalındığını, açıklanan tüm bu nedenlerle de davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

III - DEĞERLENDİRME

Taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın değerlendirilebilmesi için öncelikle, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi gerekecektir.

Mevduat bir çok tasarruf sahibinden saklanmak veya kullanılmak amacıyla para kabulüdür⁵¹. Bankaya mevduat olarak yatırılan paraların hukuki niteliği tartışmalıdır⁵². Banka ile müşteri arasındaki mevduat ilişkisinde, tevdiattan çok BK.'nın 306 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan karz ile usulsüz vedia akitlerinin karışımı, kendine özgü niteliği bulunan bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁵³.

Bankalar Kanunu'nun 10. maddesinde :“Bu kanunun uygulanmasında yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivavsız veya bir ivaz karşılığında istandığında ya da belli bir vadede iade edilmek üzere para kabulü mevduat kabulü sayılır” hususu hüküm altına alınmıştır.

T.C. Merkez Bankası Kanunu'nun 4/I-1 ve 40/III-b maddelerine göre, mevduat vadelerini tayin etmeye T.C. Merkez Bankası yetkili olup, Banka bu yetkisini mevduat vadelerini; vadesiz, ihbarlı ve vadeli olmak üzere üç kısma ayırmak, vadeli mevduatı da bir aya kadar (bir ay dahil), üç aya kadar (üç ay dahil), 6 aya kadar (altı ay dahil), bir yıla kadar vadeli ve bir yıl ve daha uzun vadeli olmak üzere belirlemek suretiyle kullanmıştır⁵⁴.

⁵¹

Tekinalp, Ünal:Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988,s.221; 11. HD., 17.6.1986, 4712/4063, YKD., Eylül 1983, s.1242.

⁵²

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, Ankara 1985, s.328;Tekinalp, s.221; Reisoğlu; Seza: Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2002, s. 328; Kuntalp, Erden:Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Uzman Gözüyle Bankacılık, Haziran 1995, s. 75-77; Takan, Mehmet: Bankacılık-Teori Uygulama Yönetim, Ankara 2001, s. 208; Şirin, Şerafettin: Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması, İstanbul 1993, s. 231.

⁵³

HGK.,15.6.1994, 11-178/398, YKD., Nisan 1995, s. 532; Tandoğan, s. 325 vd; Reisoğlu, s. 328 vd.

Taraflar arasında, Sermaye Piyasası Kurulunun Seri V, No 7 sayılı Tebliği⁵⁵ ile düzenlenmiş bulunan menkul kıymet alım satımına ilişkin bir sözleşme bulunmaması nedeniyle, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin repo işlemi olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki hukuki ilişki vadeli mevduat hesabı ilişkisi olup, yürürlükteki T.C. Merkez Bankası Tebliği'nde bir aya kadar vadeli mevduat kabulü mümkün olduğundan, bankalar bir gün vadeli mevduat hesabı açabilecektir. Bir gün vadeli mevduatın vadesiz mevduattan farkı aynı gün bu hesaptaki paranın çekilememesi, bankanın izni ile çekilirse vadesiz mevduat faizi ödenmesidir⁵⁶.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinden sonra sözleşmenin değişen koşullara uydurulması, gabin ve ahlaka aykırılık nedenleriyle edimde indirim yapıp yapılamayacağı konularının incelenmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin değişen koşullara uydurulması (Clausula Rebus Sic Stantibus) beklenilmeyen hallerde söz konusu olabilecek bir ilkedir ve ahde vefa (Pacta Sund Servenda) olarak bilinen sözleşme kurulduktan sonra her ne pahasına olursa olsun akdin gereklerinin yerine getirilmesi ilkesi karşısında yer alır ve beklenilmeyen haller nedeniyle borcun ifasının aşırı güçleşmesi durumunda borluya yardım edilmesi gerekliliğini içerir⁵⁷.

⁵⁴ T.C. Merkez Bankası'nın Mevduat Türleri ve Kapsamı ile Vade Dilimleri Hakkında 97 / 1 No'lu Tebliği (R.G. 30 .I.1997 gün, 22893 Sayı). İncelemeye konu olay sırasında uygulanan Tebliğ anılan bu tebliğ olup, halen uygulanan tebliğ ise 29.3.2002 gün, 24710 sayılı R.G.'de yayınlanan Mevduatın Vade ve Türleri ile Katılma Hesaplarının Vadeleri Hakkında Sıra No 2002 / 1 sayılı Tebliğ uygulanmaktadır. Ancak bu Tebliğ'de vadeli mevzuata ilişkin düzenlemede daha önceki Tebliğ'deki düzenlemenin aynısı olup, herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

⁵⁵ 31.7.1992 gün, 21301 m sayılı R.G.

⁵⁶ Reisoglu, s. 358.

⁵⁷ Kaplan, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 113; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. b, İstanbul 1997, s. 469-471; Tunçomağ, Kenan: Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile ilgili Objektif Görüşler, İHFM, 1966, C.XXXII, S.2-4, s.886-887; Akman, Sermet: Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar, İBD., 1989, s.10-11-12, s. 626-628; Atabek, Reşat: Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum, Batider, Aralık 1984, C.XII, S.4, s.90-91.; Gürsoy, Kemal Tahir: Hususu Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, s. 110; Gözübüyük, Abdullah Polat: Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, 4. b., Ankara 1977, s. 160; Doğanay, İsmail: Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para

Sözleşmenin değişen koşullara uydurulması için olumlu ve olumsuz kriterlerin bulunması gerekmektedir. Olumlu kriterler:

- a- Değişen hal ve şartların olağanüstü ve objektif nitelikte olması ,
- b- Değişen hal ve şartlar nedeniyle tarafların yüklendikleri edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olmasıdır.

Olumsuz kriterler ise:

- a- Sözleşmede veya kanunda değişen hal ve şartlara ilişkin bir kayıt veya hükmün bulunmaması,
- b- Değişen hal ve şartların ortaya çıkmasında ilgili tarafın kusurunun bulunmaması,
- c- Değişen hal ve şartların taraflar bakımından önceden tahmin edilebilir veya beklenebilir nitelikte olmaması,
- d- Edimlerin henüz ifa edilmemiş olmasıdır⁵⁸.

Yüksek orandaki faizlerin kriz zamanında her gün için farklı oranda ve günlük olarak kararlaştırılmış olması karşısında; değişen hal ve şartların taraflar bakımından önceden tahmin edilebilir veya beklenebilir nitelikte olması nedeniyle “c” ve Banka’nın hesaplara faizleri kaydetmiş olması nedeniyle edimlerin ifa edilmiş olması sebebiyle “d” kriterlerinin bulunmaması karşısında sözleşmenin değişen koşullara uydurulmasının söz konusu olmayacağı açıktır.

4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda banka ile müşteri arasındaki mevduat ilişkisinde faize ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle, taraflar arasında mevduat faiz oranının serbestçe belirlenmesinde Bankalar Kanunu bakımından herhangi bir aykırılık söz konusu değildir. 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 1. madde 2. bendinde; “Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir”. Anılan Kanun ile atıfta bulunulan genel hükümler öncelikle Türk Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun’dur.

Olay Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde ele alındığında, Kanun’un 20. madde 2. fıkrası, 24. ve 1466. maddelerinin irdelenmesi gerekecektir.

Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdi Yerine Getirilmesine Mani Olur mu? YD., 1975, C.1, S.4, s. 37.

TTK.'nın 20. madde 2. fıkrasında, tacirler bakımından tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek yükümlülüğü getirilmiştir. Davacı bir banka olup, ülke ekonomisindeki ve para piyasalarındaki gelişmeleri tüm ayrıntılarıyla birlikte takip etmek ve olası gelişmeleri öngörebilmek imkanına sahiptir ve bankacılık faaliyetlerinde de TTK.'nın 20. madde 2. fıkrası gereğince, basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlüdür. Eğer, davacı bu noktada diğer bankalarla karşılaştırıldığında basiretli bir tacir gibi davranmamışsa bunun sonuçlarına da katlanmakla yükümlüdür.

TTK.'nın 1466. maddesinde, ticari hükümlerle yasaklanan muamele veya şartların batıl olduğu belirtildikten sonra, sözleşme hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya selahiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukavelelerin, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılacağı ve bu hadden fazla olan edaların geri alınabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak, kanun ya da yetkili makamlarca günlük mevduat faizleri için herhangi bir azami sınır getirilmemiş olması nedeniyle, olayımız bakımından bu hükme dayanılarak davalıya ödenmesi gereken faiz miktarı bakımından bir uyarlama yapılmasına imkan bulunmamaktadır⁵⁹.

TTK.'nın 24. maddesinde, adi borç ilişkisindeki taraflardan farklı olarak, tacirler bakımından fahiş olduğu iddiası ile ücret ve cezai şartın indirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle davacı tarafından ödenen faizin yalnızca fahiş olmasının tek başına bir indirim nedeni olarak kabul edilmesine olanak yoktur⁶⁰. Ancak TTK.'nın anılan hükmü, koşullarının mevcut olması halinde Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerdeki sakatlıklara ilişkin hükümlerinin ve Medeni Kanun'da yer alan iyiniyet kurallarının uygulanmasına engel teşkil

⁵⁹ Faizde uyarlamaya ilişkin olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da hüküm bulunmaktadır. Anılan Kanun'un geçici 1. maddesinde “ Bu Kanunun yayımından önce borçlunun temerrüdü nedeniyle ödenmeyerek icra takibi aşamasına gelen veya icra takibine konu edinilen kredi kartı borçları, temerrüt tarihindeki ana paraya, yıllık yüzde elliye geçmemek üzere gecikme faizi uygulanmak suretiyle oniki eşit taksitte ödenir ” hususu hüküm altına alınmıştır (14.3.2003 gün, 25048 sayılı R.G.).

⁶⁰ Bu madde gereğince indirimin söz konusu olabilmesi için, fahiş olan bir ücret veya cezai şartın bulunması zorunluluğu vardır. Faizin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, öğretide ücret olarak da kabul edilmektedir (Domaniç, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 41-42 ; Akyazan, Sıtkı: Türk Hukukunda Faiz Türleri ve Bunlara İlişkin Kanun Hükümleriyle, Banka Cari Hesaplarında Uygulanan Kapital Faizi, Bileşik Faiz, Geçmiş Günler Faizi Üzerinde Bir İnceleme, ABD., 1978, S. 2, s. 236.; Olgaç, Senai: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1976, s. 163).

etmeyecektir. Gerek doktrinde gerekse içtihatlarda, BK.'nun 20. maddesinde öngörülen koşulların varlığı halinde, borçlu tacirin mahvına neden olacak kadar ağır cezai şartların bulunması halinde TTK.'nun 24. maddesinin uygulanmayacağı tereddütsüz olarak kabul edilmektedir⁶¹.

BK.'nun 19. maddesinde sözleşme serbestisi prensibi kabul edilmiştir. Sözleşme serbestisi kişinin dilediği kişi ile istediği akdi yapma yanında tarafların sözleşmenin koşullarını ve karşılıklı edimlerini diledikleri gibi belirleyebilme yetkilerini de içerir.

Sözleşme serbestisinin ahlaka aykırı olmayacak şekilde sınırlandırılmasında bir sakınca bulunmadığı⁶² ancak faiz oranının saptanmasındaki sözleşme serbestisinin ahlak kurallarını ihlal edecek ölçüde kısıtlamanın geçerli olmayacağı⁶³, sözleşmede öngörülen faiz oranının kabul edilmesinde gabin bulunması halinde ise, bu oranın geçersizliğinin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁶⁴. Yukarıda belirtilen görüşler gereğince sözleşme serbestisinin istisnalarına BK.'nun 20 ve 21. maddeleri de girmektedir.

Ödenen fazla faiz miktarının gabin ve ahlaka aykırılık nedeniyle indirim tabi tutulması gerektiği iddia olunmaktadır. Gabin ve ahlaka aykırılık hallerinin koşullarının bulunup bulunmadığının tahlilinden önce, gabin ve ahlaka aykırılık hallerinde edimler arasındaki aşırı nispetsizlikten dolayı indirim yapılmasının mümkün olup olmadığı öncelikle incelenmelidir.

Gabine ilişkin BK.'nun 21. maddesinde, gabinin şartlarının bulunması durumunda sözleşmenin iptal edilebileceği belirtilmiş olup, kısmen iptal yönünde bir sonuç çıkarmak mümkün görünmemektedir.

⁶¹ Yrg. 15. HD. 2002 / 1188 E., 2002 / 1472, 28.3.2003 (YKD., C.XXVIII, Eylül 2002, S. 9, s.1362-1363); Yrg. 11. HD., 1996 / 7510 E., 1997 / 449 K., 3.1.1997 (YHD., C. 16, S. 189, Eylül 1997, s.1167-1168).

⁶² Tekinay, Selahattin Sulhi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1978, s.255; İmre, Zahir: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1980, s. 451; Başpınar, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1988, s. 16.

⁶³ Domaniç, s. 54; Kaya, Aslan: Adi ve Ticari İşlerde Faiz, İÜHFM, C. LIV, S. 1-4, s. 356; Tekil, Fehiman: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 66; Eriş, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 1992, s. 120; Deynekli, Emel-Kısa, Sedat: Açıklamalı-İçtihatlı Faiz Hukuku, Ankara 2003, s. 47 vd. ; Helvacı, Mehmet: Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s. 145.

⁶⁴ Domaniç, s. 54; Tekil, s. 66; Kaya, s. 356; Eriş, s. 120; Helvacı, s. 145.

Ancak, bu durumda iptal hakkı yanında , aşırı oransızlığın giderilerek kısmen iptalin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁶⁵ . Yargıtay ise, gabinle sakatlanmış sözleşmenin batıl olmadığını, “askıda hükümsüzlük” halinin bulunduğunu, gabin nedenine dayanılarak dava açılması durumunda hükümsüzlük beyanında bulunulmuş olunacağını ve bunun sözleşmeyi baştan itibaren hükümsüz kılacağını, bu nedenle de sözleşme hükümlerinin düzeltilmesi ve değiştirilmesinin söz konusu olmadığını belirtmektedir⁶⁶.

Ahlaka aykırılık hallerinde indirim yapıp yapılamayacağı hususunda, aşırı bedelli sözleşmeler için söz konusu olabilecek müeyyidenin bir nev’i “kısmi butlan” türü sayılabilecek “indirim” müeyyidesi olduğu ve bu müeyyideye de “düşey doğrultuda kısmi butlan” denilebileceği ileri sürülmektedir⁶⁷ .

Gabin ve ahlaka aykırılık nedeniyle indirim yapıp yapılamayacağına ilişkin görüşlerin belirtilmesinden sonra gabin ve ahlaka aykırılık hallerinin koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir.

BK.’nın 21. maddesine göre gabinin kabul edilebilmesi için aşağıdaki unsurların varlığı aranmaktadır:

- a- Edimler arasındaki açık nispetlilik (objektif unsur),
- b- Karşılıklı edimler arasındaki açık nispetliliğin zarar görenin müzayaka halinde olmasından, hiffetinden veya tecrübesizliğinden istifade suretiyle meydana gelmiş bulunması (subjektif unsur).

Müzayaka hali, hiffetsizlik ve tecrübesizliğe ilişkin hallerden sadece müzayaka hali tacir açısından söz konusu olabilir; TTK.’nın

⁶⁵ Buz, Vedat: Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, Batider, C. XIX, S. 1-4, 1998, s. 73.

⁶⁶ Yrg. 13. HD. 1998 / 6539 E., 1998 / 1578 K., 18.3.1998 (Uygur, s. 1061).

⁶⁷ Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İstanbul 1976, s. 579 vd.; Sözleşmenin sakat olan kısmının yerine ikame bir kuralın geçirilmesi suretiyle muhafaza edilmesine “ değiştirilmiş kısmi butlan ” denildiği, değiştirilmiş kısmi butlanın BK.’nın 20. madde 2. fıkrasında açıkca öngörölmüş olmamakla birlikte bunun kısmi butlan kurumunun amacı ile favor negotii ilkesine uygun olduğu, favor negotii ilkesi ile tarafların farazi iradelerinin uyumlu bir oluşumunu değiştirilmiş kısmi butlanda görmek mümkün olduğu, ayrıca böyle bir uygulamanın hakime, her somut olayda en uygun çözümü bulup uygulama imkanı verdiği ifade edilmiştir (Başpınar, s. 152 vd.).

20. madde 2. fıkrası gereğince tacirin hiffetsizliğinden veya tecrübesizliğinden bahsedilemez⁶⁸.

Banka ile müşteri arasındaki mevduat ilişkisinde, tevdiattan çok BK.'nın 306 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan karz ile usulsüz vedia akitlerinin karışımı, kendine özgü niteliği bulunan bir sözleşme ilişkisinin bulunmaktadır ve BK.'nın 308. maddesine göre, taraflar arasındaki faiz miktarı serbestçe kararlaştırılabilir. Günlük mevduat faizi ilişkisinde taraflar arasında serbestçe kararlaştırılmış bir faiz oranı mevcut bulunmaktadır. Bu faiz miktarının edimler arasında açık nispetlilik oluşturup oluşturmadığı değerlendirilirken, o günkü para piyasasında mevcut koşulların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Davalı tarafça değerlendirme ölçütü olarak; İstanbul Menkul Kıymetler Borsası tahvil ve bono piyasası, repo, ters repo pazarında oluşan bir günlük brüt repo ağırlıklı ortalama faiz oranları ile T.C. Ziraat Bankası ve T. İş Bankası gibi diğer mevduat bankalarınca uygulanan günlük mevduat faiz oranlarına dayanılmıştır. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası tahvil ve bono piyasası repo ve ters repo pazarında oluşan faiz oranları bir ölçü olarak kabul edilebilirse de, sermaye piyasaları ile para piyasalarının mahiyetleri ve yatırım araçlarının bu piyasadaki getirilerinin, para piyasalarından farklı özelliklere sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası tarafından Mahkemeye gönderilen yazıda da, "Bankaların uyguladıkları mevduat faiz oranlarına ait bilgiler için T. Bankalar Birliği kayıtlarına başvurulması gerektiği" bildirilmektedir. T. İş Bankası ve T.C. Ziraat Bankası tarafından uygulanan mevduat faiz oranlarının ise, yeterli bir emsal oluşturamayacağının kabulü gerekir. Davalı tarafça sunulan belgelerde de, davalı dışındaki başka bazı bankalarda da T. İş Bankası ve T.C. Ziraat Bankası'nca uygulanan oranların çok üzerinde faiz oranlarının uygulanmış bulunduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, ivazlar arasındaki açık dengesizlik gabinin var olup olmadığı noktasında yalnız başına yeterli bir unsur değildir. Bu nedenle, konunun gabinin subjektif unsuru ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Davalı taraf, müzayaka halinde bulunduğu iddiasındadır. Bu iddiasına dayanak olarak Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu kararı ile Bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmiş olmasını göstermektedir. Gabin bakımından müzayaka hali, ancak diğer tarafın bunu bildiği ve bundan yararlanmak amacıyla hareket ettiği hallerde önem taşıyacaktır. Davalı, davacının müzayaka halini bildiği ve bundan yararlanmak amacıyla hareket ettiğine ilişkin herhangi bir

kanıt getirmemiştir. Öte yandan Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinde, Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu mali durumu taahhütlerini karşılayamayacak durumda olan ve mali piyasalarda istikrarsızlığa yol açabilecek bankalar hakkında yasada sayılan önlemleri uygulama görev ve yetkisi verilmiştir. Davalı Banka'nın mali durumunun taahhütlerini karşılamaya yetmediği, mali bünyesinin piyasalarda istikrarsızlık doğurabilecek derecede bozuk olduğu yönünde kamuya açıklanmış bir bilgi bulunmamaktadır. Bu nedenle gabinin subjektif unsurunun gerçekleşmiş bulunduğunun ispatlandığı ya da dosya kapsamından anlaşılabileceği sonucuna ulaşmak mümkün bulunmamaktadır.

Doktrin ve içtihatlarda, taraflardan birinin iktisaden mahfina neden olabilecek sözleşme hükümlerinin, sömürü kastıyla yapılan işlemlerin ahlaka aykırı olduğu tereddütsüz olarak kabul edilmektedir⁶⁹. Uyuşmazlık konusu olayda, davacılara ödenen faiz miktarı ile davalı bankanın iktisaden mahfı arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Davacının sömürü kastı ile hareket ettiğine yönelik bir iddia ve bu iddiayı ispata elverişli bir kanıt ta söz konusu değildir. Davacılara ödenen faiz miktarının ahlaka aykırılık oluşturacak derecede fahiş olup olmadığının değerlendirilmesi için, davaya konu mevduat işlemlerinin yapıldığı dönemin kendine özgü özel koşullarının gözetilmesi zorunludur. Ekonomik istikrar ortamlarında, davacılara ödenen faiz miktarının fahiş olarak kabul edilmesi gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, her olayın kendi özel koşullarında değerlendirilmesi bir zorunluluktur. Davacıya en yüksek oranda faiz verildiği (21.02.2001 tarihinde % 5946 oranında) tarihte Türk Lirası Amerikan Doları karşısında % 30 oranında değer kaybetmiş, bunun doğal sonucu olarak ta, çeşitli kişi ya da kuruluşlarda bu oranda kazanç elde etmiş ya da zarara uğramıştır. Bu dönemde, para ve sermaye piyasalarındaki muhtelif finans kuruluşları, bir gün içinde dahi faiz oranlarını çok sayıda değiştirerek kamuya

⁶⁹ Yrg. 15. HD.'nin 1999 / 1119 E., 1999 / 1769 K. , 5.5.1999 tarihli kararında; fesih halinde yüklenicinin o tarihte inşaat yaptığı imalattan hiçbir bedel talep etmeyeceğine dair sözleşmeye konulan hükmün, BK.'nun 20. maddesi ve HGK.'nun 1970 / 1053 E., 1974 / 222 sayılı kararı gereğince, tacirin iktisaden mahfına neden olacak derecede ağır, haksız ve iyiniyet kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğu belirtilmiştir (Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. 1, Ankara 2003, s.1003) ; Kaldı ki, Yrg. 15. HD.'nin, 1999 / 4655 E., 2000 / 2324 K, 11.5.2000 günlü kararında; iktisaden mahfa sebep olacak kadar ağır olmasa dahi zararın çok üstünde olan, etik yönden toplumu rahatsız eden hükümlerin dahi BK.'nun 19 ve 20. maddelerine göre batıl olduğu belirtilmiştir (YKD., C. XXVII, S. 9, Eylül 2000, s. 1394-1395).

açıklamış ve ekonomik göstergelerin bir gün içinde dahi öngörülemez derecede değiştiği gözlenmiştir. Olayın bu somut özellikleri gözetildiğinde, davacıya ödenen faiz oranının ahlaka aykırılık oluşturacak düzeyde fahiş olarak kabul edilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Uyuşmazlığa konu olayda, sözleşmenin değişen koşullara uydurulması söz konusu olmadığı gibi gabin ya da ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini doğuran ya da taraflar arasında kararlaştırılan faiz oranının indirilmesini gerektiren bir hususun bulunmadığı düşünülmektedir. Nitekim, bu konuyla ilgili olarak yerel mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar, Yargıtay 11. HD.'nin 2001 / 10216 E., 2002 / 2434 E. 18.03. 2002 tarihli kararıyla onanmıştır.

MESAFELİ SÖZLEŞMELERLE İLGİLİ AB YÖNERGESİNE GÖRE TÜKETİCİNİN GERİ ALMA HAKKI

Dr. Mehmet Demir*

Özet

Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması hakkındaki 97/7 sayılı Yönergesi 20 Mayıs 1997’de çıkartılmış ve 4.6.1997 tarihli resmî gazetede yayımlanmıştır (ATRG. Nr. L 144, 4.6.1997, s.19 vd.). Bu Yönerge’nin konusu, üye devletlerin tüketiciler ile satıcı-sağlayıcılar arasında mesafeli sürüm çerçevesinde kurulan sözleşmeler hakkındaki hukuksal ve yönetsel kurallarını uyumlulaştırmaktır.

Uzaktan iletişim yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler, tüketici yönünden bilgi eksikliğine bağlı özel riskler taşımaktadır. Geri alma hakkı ile ilgili düzenleme, tüketiciyi bu risklere karşı koruma amacı gütmektedir. Bu riskler arasında, özellikle geri dönüşümlü sorgulama olasılığının düşüklüğü, araştırma-inceleme olanaklarının olmayışı, yoğun bir anonimlik vb. yer alır.

97/7 sayılı Yönergenin temel çekirdeğini, geri alma hakkı oluşturmaktadır. Buna göre, tüketici mesafeli sürüm yoluyla kurulan sözleşmeyi geri alabilir. Geri alma süresi kural olarak, asgari yedi işgünüdür. Süre başlangıcının, mallarda, malın tüketici tarafından teslim alınması; hizmetlerde ise, sözleşmenin kurulma ya da yönergenin beşinci maddesindeki yükümlerin ifa edilme anından itibaren söz konusu olacağı belirtilmektedir. Yönergenin altıncı maddesi, geri alma hakkına ilişkin bilgilendirmenin yapılmaması nedeniyle geri alma süresinin uzamasını, geri alma hakkının kullanım koşulları ve buna bağlı hukuksal sonuçlar ile ve bu hakkın istisnalarını ayrıntılı biçimde düzenlemiştir.

AB’nin 97/7 sayılı Yönergesi ile karşılaştırıldığında, ülkemizdeki mesafeli sözleşmelerle ilgili düzenlemelerde (4077 TKHK. m. 9/A; Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.8 – 9), tüketiciyi mesafeli sözleşmelere özgü risklere karşı yeteri kadar koruyucu kurallar bulunmamaktadır.

Zusammenfassung : Richtlinie 97 / 7 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.Mai.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz hat erlassen und vom 4.6.1997 im

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Amstblatt veröffentlicht (ABl. EG., 1997 L 144 vom 4.6.1997, S. 19 ff.). Gegenstand dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten.

Im Wege der Fernkommunikation geschlossene Fernabsatzverträge (oder im Direktvertrieb Distanzgeschäfte) bergen für den Verbraucher die besondere Gefahren einer Informationsreduzierung in sich. Die über das widerrufsrechtliche Regelung dient dem Verbraucherschutz vor den spezifischen Gefahren von Fernabsatzverträgen. Besonders zu dieser spezifische Gefahren sind verringerte Rückfragemöglichkeiten, fehlende Untersuchungsmöglichkeiten, gesteigerte Anonymität usw.

Das Widerrufsrecht bildet das Herzstück der Richtlinie 97/7 EG. Danach kann der Verbraucher jeden Vertragsabschluß im Fernabsatz widerrufen. Die Regeldauer der Widerrufsfrist beträgt mindestens 7 Werktage. Bei Waren soll die Frist für die Wahrnehmung dieses Rechts mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher beginnen. Bei Dienstleistungen die Widerrufsfrist beginnt entweder mit dem Tag des Vertragsschluss oder mit dem Tag, an dem die Verpflichtungen im Sinne des Artikel 5 erfüllt sind. Gemäß Artikel 6 regelt ausführliche Regeln über die Rechtsfolgen bei fehlender Informationsgewähr, Anforderungen an die Ausübung des Widerrufsrecht und Rechtsfolgen des Widerrufs sowie Beschränkungen des Widerrufsrechts.

Im Vergleich zu der 97 / 7 Richtlinie fehlt es im türkischen Regelungen über die Fernabsatzverträge in unserem Land (4077 N. Türkische VerbrSchG. Art. 9/A; FernAbsR. Art. 8-9) aber die genügende schützende Regeln vor den spezifischen Gefahren von Fernabsatzverträge.

Anahtar Sözcükler : Schlüsselwörter

Tüketicinin Korunması : Verbraucher- / Konsumentenschutz
Mesafeli Sözleşmeler : Fernabsatzverträge / Distanzgeschäfte
Bilgilendirme : Informationsgewähr
Geri Alma Hakkı : Widerrufsrecht
Geri Alma Süresi : Widerrufsfrist
Geri Alma Hakkının Sınırlanması: Beschränkung des Widerrufsrechts

I. GENEL OLARAK

Güncel bir hukuk politikası konusu olan tüketicinin korunması¹ alanında çözüm bekleyen önemli hukuksal sorunlarla karşılaşmaktadır. Özellikle, aşırı düzeyde yüksek fiyatlar ve ağır kredi koşulları altında borçlanmalar, haksız genel işlem koşulları içeren tüketici sözleşmelerinde bağlayıcılık ve içerik denetimi, ayıplı mal ve hizmetlerden sorumluluk, tehlikeli ürünlerden yapımıcının sorumluluğu, yasal garantiler ve rekabet hukukuna aykırılıklar karşısında tüketicilerin, başta yasalar olmak üzere, diğer bir dizi hukuksal düzenlemelerle korunmaya çalışılması söz konusudur². Toplumsal kalkınma ve teknolojik gelişmelere paralel olarak serbest piyasa ekonomisi düzeninde görülen ekonomik büyüme sürecinde, tüketicilerin hukuksal ve aynı zamanda sosyo – ekonomik açılardan korunmaları zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Aynı şekilde, zaten çeşitli açılardan (sosyal, kültürel, psikolojik ve hatta zihinsel etkinlik gibi) hukuksal işlemlerde işlemin zayıf tarafını oluşturduğu kabul edilen tüketicinin ayrıca, işlem güvenliği bağlamında korunması zorunluluğu, sözleşme adaletini sağlayabilme yönünde sağlam ve güvenceli bir pozitif sistem kurmayı gerekli kılmıştır³. Böylece, tüketicinin sözleşme hukuku çerçevesinde korunmasındaki temel sorun, çoğu kez tüketici lehine sözleşme serbestisine bazı yasal sınırlamalar öngörmek suretiyle çözümlenmeye çalışılmaktadır.⁴

¹ Tüketicinin korunması sorunu ile korunma nedenleri hakkında geniş bilgi için bkz.: KEMPER, Rainer, *Verbraucherschutzinstrumente*, 1. Aufl., Baden-Baden 1994; von HIPPEL, Eike, *Grundfragen des Verbraucherschutzes*, JZ. 1972, 417 vd. ; von HIPPEL, Eike, *Verbraucherschutz*, Tübingen 1986, 3 vd. ile özellikle 23 – 24 ; REIFNER, Udo, *Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und Schutzwürdigkeit des Verbrauchers*, JCP 2, 1978/3, 203 vd.; TANDOĞAN, Halûk, *Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, Ankara 1977, 9 vd.; DEMİR, Mehmet, *Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 2001, 13 vd.

² von HIPPEL (JZ 72), 417; von HIPPEL (*Verbraucherschutz*), 24 – 25 ; TANDOĞAN, 10 – 11 ; Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, *Tüketicinin Korunması*, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2001, 7 vd.

³ Tüketicinin, tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin değişik açılardan (ekonomik-psikolojik-kültürel bilgi gibi) zayıf tarafı olarak görülmesine dayanan belirgin güç dengesizliği konusu ile ilgili olarak bkz.: KRAMER, Ernst A., *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrecht*, ZSR 98, 1979, 49 vd.; KEMPER, 31 vd. ; ÖZEL, Çağlar, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 1999, 8 vd. ile piyasa ekonomisi açısından tüketicinin konumu bağlamında 17 – 22.

⁴ Tüketicinin zayıf ve yardıma muhtaç konumu nedeniyle, medeni hukuk bağlamında korunmasını sağlamaya yönelik olan ve özellikle taraflar arasındaki güç dengesizliği karşısında bulunan çeşitli hukuksal ve yasal araçlar ile irade özerkliği (işlem serbestisi) ilkesi arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu ilişkide, tüketicinin korunmasındaki temel düşünce ve

Çağdaş anlamda tüketicinin hukuken korunması düşüncesi, 19 ve 20'inci yüzyıllarda çeşitli ülke hukuklarında çıkartılmış bulunan genel ya da özel nitelikteki tüketiciyi koruyucu yasalarda öngörülen bazı kurallarla belli ölçülerde gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Ancak, önemi ve güncelliği hem ulusal, hem de uluslararası düzeyde her geçen gün gittikçe artan ve doğrudan doğruya tüketiciyi koruyucu kurallar (*Verbraucherschutznormen*) niteliğini taşıyan birtakım kurallar, sonuçta disiplinlerarası bir görünüm sunan Tüketicinin Korunması Hukuku (*Verbraucherschutzrecht*) adı altında bir sosyal hukuk dalını oluşturmuştur ⁵.

Üst bir kavram olan Tüketicinin Korunması Hukuku alanına giren ve özellikle inceleme konusu, tüketicinin taraflarından birini oluşturduğu tüketici sözleşmeleri olan, Tüketici Sözleşmeleri Hukuku (*Konsumentenvertragsrecht*) bağlamında görülebilecek önemli bir sözleşme hukuku sorunu ise, tüketicinin irade beyanını geri alma yoluyla korunmasıdır ⁶.

Hemen belirtelim ki, tüketici sözleşmesi kavramı ile kastedilen şudur: Tamamen özel tüketim amaçlarıyla⁷ hareket eden bir tüketici (*Verbraucher*) ile ticarî, meslekî, ziraî, sınaî ya da sanatsal bir etkinlik çerçevesinde bir tüketim malını teslim eden ya da tüketime bağlı bir hizmet edimini sunan satıcı-sağlayıcı / girişimci (*Unternehmer*) arasında belli bir ivaz karşılığında kurulan sözleşmelere “Tüketici

tüketicinin korunması hukukuna özgü geliştirilen dengeleyici hukuksal önlemler hakkında daha geniş bilgi için bkz.; WEITNAUER, H., *Der Schutz der Schwächeren in Zivilrecht*, Karlsruhe 1975, 12 – 13; HELM, Johann Georg, *Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz*, Dichtl (Hrsg.), *Verbraucherschutz in der Marktwissenschaft* 1975, 61 vd.; KEMPER, 34 vd.

⁵ BRUNNER, Alexander, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, AJP 1992, 591 – 592; KOLLER-TUMLER, Marlis, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, Bern 1995, 211 – 212

⁶ Tüketici Sözleşmeleri Hukuku ile ilgili bu özel sorunu uygulamalı ve teorik açılardan inceleyip, özgün çözümler sunan makale hakkında bkz.: GERNHUBER, Joachim, *Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen*, - Eine rechtsdogmatische Studie - , WM 36, 52. Jahrgang 1998, 1797 – 1805 .

⁷ Özel tüketim amacıyla kastedilen, tüketicinin tamamen kendi kişisel ve / veya ailesel nitelikli bir tüketim gereksinimini, bir başkasına devir ya da herhangi bir yolla ticari ve ekonomik kazanç elde etme gayesi gütmeksizin davranarak tüketmesi olgusudur. Özel tüketim amacı ifadesi ile ilgili olarak ayrıntılı ve etraflı bilgi için bkz. DORNIER, Roger, *Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art.40a-g OR)*, Diss., St. Gallen 1994 , Nr. 143 – 159 . Karma tüketim konusu ilgili olarak da bkz.: Nr. 160 – 164

Sözleşmeleri” denir⁸. Tüketicie belirli türden tüketici sözleşmelerinde (örneğin, taksitli, kapıdan ve mesafeli sözleşmeler, tüketici kredisi sözleşmeleri gibi) sağlanan bu yasal korunmanın temel amacı, esasen işlemlerin yapılması ya da daha doğru bir deyişle, sözleşmelerin kurulması aşamasında karşı tarafın haksız uygulamalarla yarattığı gafil avlanma ve sömürölme tehlikelerini önlemeye yöneliktir⁹. Bu sayededir ki, tüketicinin hukuksal anlamda iradesinin gerek oluşumu, gerekse beyan edilmesi aşamalarında yeteri kadar düşünüp karar verebilmesi ve dolayısıyla işlem iradesinin sağlıklı bir ekonomik temele dayanması olanaklı hale gelir.

Bir grup tüketici sözleşmelerinde, belirli bir yasal süre içerisinde sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanını geri alma hakkının tüketiciye tanınması, önemli ve güvenceli bir yasal korunma yoludur. Böyle bir yasal çözüm, temelde sözleşme adaletini sağlama yönünde tüketicinin lehine olmak üzere, sözleşme hukukundaki sözleşmeye bağlılık (ahde vefa, *pacta sunt servanda*) ilkesinin mevcut katılığını yumuşatma amacını gütmektedir¹⁰.

Kurulma tekniği itibariyle özel bir grup tüketici sözleşmesi türü olan mesafeli sözleşmelerde de diğer bazı tüketici sözleşmelerinde (abonelik, kapıdan ve/veya taksitli işlemler) olduğu gibi tüketicinin zayıf konumu nedeniyle sözleşmede bir güç dengesizliği durumu söz konusudur . Sözleşmenin kuruluşu aşamasında tüketicinin işlem yapma ve karar verme serbestisini zedeleyen ya da tamamen ortadan kaldıran bu elverişsiz bazı durumlar nedeniyledir ki, bu tür sözleşmelerde tüketicinin korunması gerekir. Zira, mesafeli sözleşme ilişkilerde, tüketicinin, sözleşmenin karşı tarafı ile fiziken karşılaşmama ve sözleşme konusu edimi önceden fiilen deneme, sınama ve algılama olanağından yoksun kalması karşısında, başta geri alma ve ürün iade hakları olmak üzere yasal araçlarla korunma

⁸ Tanım için ayrıca bkz.: ZEVKLİLER, Aydın, *Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları – İlgili Yönetmelikler – Tebliğler – Avrupa Birliği Direktifleri*, 2. Bası, Ankara 2001, 17 – 20; OZANOĞLU, Hasan S., *Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Uygulanma Alanı)*, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, 55 vd.

⁹ LÖWE, Walter, *Schutz gegen Überrumpelung beim Vertragsabschluss*, BB 1986, Heft 13, 821 vd.

¹⁰ GONZENBACH, Rainer, « *Pacta sunt servanda* » oder neues Licht auf einem alten Grundsatz – Notizen zu einem Konsumentenschutzproblem, ZSR, NF 107, 1987,I, 436 – 438 ; LIEBS, Detlef, *Reurecht des Käufers an der Haustür*, Göttingen 1970, 38 – 39 .

araçları ile (şekil zorunluluğu, sözleşme öncesi ve ifası aşamalarında bilgilendirme yükümlülükleri gibi) korunması zorunludur¹¹.

Bu çalışmada, tüketicinin korunması hukuku bağlamında yukarıda verilmeye çalışılan genel bilgiler ışığında; sırasıyla, önce çalışmanın kavramsal çerçevesi çizilecek, daha sonra ise, mesafeli sürüm yoluyla doğrudan ticaret ve uzaktan pazarlama yöntemiyle kurulan mesafeli tüketici sözleşmeleri ve bu sözleşmelere özgü tanınan geri alma hakkıyla ilgili olarak 1997 yılında Avrupa Birliği Konseyi tarafından çıkartılmış bulunan Yönerge'deki kurallar çerçevesinde¹², mesafeli sözleşmelerde tüketicinin irade beyanını geri alma hakkı konusu, ülkemizdeki mevcut yasal durum da dikkate alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

II. MESAFELİ SÖZLEŞME KAVRAMI VE KONU İLE İLGİLİ AB YÖNERGESİ

A. Mesafeli Sözleşme Kavramı

Doğrudan ticaret (*Direktvertrieb*) ve bunun özel bir uygulanma biçimi olan doğrudan pazarlama (*Direktmarketing*) tekniği, birer üretici ve/veya girişimci firma sahibi olan satıcı-sağlayıcıların, araya bir başka aracı firmayı ya da işletmeciyi sokmadan tüketicilere doğrudan doğruya ulaşarak mal ve hizmet sunmayı amaçladıkları bir rekabet uygulaması ve pazarlama yöntemidir¹³. Bu tür sürüm tekniklerinde, iletişim ve görüşme sürecinde başvuru araçları, geliştirilen teknolojik ürünler ve uzman kişiler yardımıyla gittikçe

¹¹ MEUB (DB 2002), 362 – 363; AKİPEK, 50 – 55.

¹² Bu Yönerge'de düzenlenen kurallar hakkında genel bilgi için bkz.: ACAR, Faruk, *Uzağa Satış Sözleşmesi Yapımında Tüketicinin Korunması Hakkındaki Avrupa Topluluğu Direktifi*, İBD., C.75, S. 1-2-3, 2000, 45 vd.; AKİPEK, Şebnem, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Durumu*, BATIDER Aralık 2002, C. XXI, S. 4, 45 – 66.

¹³ Bu kavramlar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: BOHLE, Wolfgang, *Grundlagen, Anwendungsaspekte und Umfang des Direktvertriebs*, Dallmer, H.(Hrsg.): *Handbuch Direct Marketing*, 6. Aufl., Wiesbaden 1991, 369 vd.; GILLES, Peter, *Das Recht Direktmarketing, Kundenwerbung und Verträge ausserhalb von Geschäftsräumen*, 1. Aufl., Heidelberg 1982, N.8 vd.; HUGUENİN, Jacobs Claire, *Direktvertrieb und Widerrufsrecht*, AJP / PJA, 6/94, 691 – 692 ; ZERRES, Thomas, *Die situativen Voraussetzungen des Haustürwiderrufsgesetzes – Eine marketingorientierte rechtswissenschaftliche Untersuchung*, München-Mering, 21 – 23 ;TİETZ, Bruno, *Der Direktvertrieb an Konsumenten – Ökonomische Grundlagen und Konsequenzen für den Verbraucherschutz* – Vortrag anlässlich des Symposiums Werbung Direktvertrieb Verbraucherschutz am 17.10.1975 in Hamburg, Saarbrücken 1975, 6 vd. ile 19 – 32 ; WERNER, Olaf, *Teleshopping*, 1. Aufl., Frankfurt 1996, 13 vd.

daha da modernleşen bir pazarlama anlayışına bağlı değişik görünümler sunmaktadır.

Artık, tüketiciye sadece geleneksel araçlar veya yollarla (örneğin, satış temsilcileri eliyle ya da mektup, telgraf, teleks, telefaks telefon gibi bir uzaktan iletişim aracıyla) ulaşılmamakta; işletmeler tarafından daha sıklıkla ve daha çağdaş düzeyde yürütülen bir doğrudan ticaret yöntemi olarak internetli bilgisayarlar ya da dijital televizyonlar aracılığıyla doğrudan elektronik ticaret (*E-Commerce*) yoluna başvurulmaktadır¹⁴. Bu yöntemde taraflar (yani, işletmeci ve tüketici) tamamen elektronik veri değişimi (*Electronic Data Interchange*) ortamında ve fiziksel olarak halihazırda bulunmadan yani, fiilen karşı karşıya hiç gelmeksizin işlem iradelerini içeren iletilerini (mesajlarını) Dijital TV ya da İnternete bağlı bilgisayarları aracılığıyla birbirlerine elektronik yoldan yollamaktadırlar. Ancak, bu şekilde elektronik ortamda ileti (mesaj) ve karşı ileti yollama şeklinde işleyen elektronik süreçte tarafların yüzyüze görüşme ve pazarlık yapma şansı ve olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, kurulacak olan elektronik sözleşmenin (*E-contract*) içeriğini oluşturan koşulları, karşı taraf daha önceden tek taraflı olarak hazırlayıp sonra da dikte ettirmek üzere sunduğu genel işlem koşulları belirlemektedir. Tüketici bu kapsamda ve içerikteki bir sözleşmeyi İnternet ortamında ya işlem konusu o malı veya hizmet edimini tüketebilmek amacıyla kuracak ya da bu işlemi hiç yapmayarak özel tüketim ihtiyacını bu yolla gideremeyecektir¹⁵.

Mesafeli işlemler ya da mesafeli sözleşmeler (*Distanzgeschaeft / Fernabsatzverträge*) de, doğrudan ticaret çerçevesinde gerçekleştirilen özel bir uzaktan pazarlama tekniği olup; uzaktan iletişim araçları ya da teknikleri ile kurulur. Bu nedenle tüketici işlemleri hukukunda bir

¹⁴ KÖHLER, Helmut, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV- Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, 4, 185 – 190.

¹⁵ Elektronik sözleşmeler hakkında daha geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZSUNAY, Ergun, “Elektronik Sözleşmeler - AB Hukuku ile Avusturya ve Alman Hukuklarındaki Gelişmelerin Işığı Altında Türk Hukukuna İlişkin Çözümler – AB’de, Bazı Üye Devletlerde ve Türkiye’de Elektronik Ticaretin Hukuksal Sorunları – Elektronik Sözleşmeler” Konulu Konferansta Sunulan Yayımlanmamış Tebliğ, 12 Mayıs 2000, İstanbul . Ayrıca, ETKK. tarafından hazırlanan raporda, tüketicinin elektronik ticarette korunması amacıyla, elektronik sözleşmelerin usul ve esaslarının belirlenmesi ile sözleşme sonrası servis, ürün iade sistemlerinin de buna uygun bir hale getirilmesi, temel yasal sorunlar ve çözüm önerileri bağlamında belirtilmiştir. Bunun için bkz. Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu Raporu, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Mayıs 1998 ; İNCE, Murat, *Elektronik Devlet, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Yeni İmkânlar*, DPT Yayını, Mayıs 2001, 42 – 43 .

grup tüketici işlemi türü olarak görülebilir. Yine bu anlamda olmak üzere, özel bir tüketici sözleşmesi şeklinde adlandırılabilen olan mesafeli sözleşmeler terimi, üst kavram olan mesafeli işlemlerin bir alt grubunu ifade etmektedir. Bu kavram, mesafeli satış sözleşmelerini de içerecek şekilde, bu yolla yapılan ve aşağıda verilecek olan tanıma uygun düşen bir kısım tüketici işlemlerini kapsar. Ancak, özel bir tüketici sözleşmesi türü olan mesafeli satışların satım hukukundaki mesafe satımlarından da ayrı ele alınması gerekir. Çünkü, mesafe satımında adından da hemen anlaşılacağı üzere, satıcıya düşen gönderme ya da götürme borcunun ifasını, tarafların yasal ifa yeri dışında kalan ve alıcının bulunduğu yere kadar satılanın ulaştırılmasını kararlaştırması söz konusudur¹⁶.

Uzaktan iletişimi sağlayan bir iletişim aracı kullanılarak mal ve hizmet sunumunda bulunma ve bu yolla sipariş verme şeklinde gerçekleştirilen uzaktan göndermeli ticaret (*Versandshandel*), alanına giren şu mesafeli satım türleri, uzaktan pazarlama uygulamasında daha sıklıkla görülmektedir: Katalogtan seçim yolu satım, toplu sipariş verme üzerine satım ve uzaktan iletişimli alım-satımdır (*Teleshopping*). Bunlardan sonuncusu, günümüzde tüketiciler arasında en çok rağbet gören bir mesafeli işlem türü olup; uzaktan pazarlama ve sürüm tekniği olarak mesafeli satışlar şeklindeki tüketim amaçlı satım sözleşmeleridir¹⁷.

¹⁶ Bu noktada, önce mesafeli sözleşme kavramının tanımı ve mesafe satımından ayrıldığı yönler için bkz.: TANDOĞAN, Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 6. Basım, Ankara 1990, 184 ; ARAL, Fahrettin, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2000, 132 – 134; AKİPEK, Şebnem, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumuna*, BATIDER, Aralık 2002- C. XXI – S.4, 48 – 50; COX, Buket Öztuna, *Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler*, 1. Baskı : Eylül 2002, 39 vd.

¹⁷ *Teleshopping* denilince anlaşılması gereken dar anlamda mesafeli işlemler olmalıdır. Çünkü her iki kavram da, online üzerinden ya da e-Mail (elektronik Posta), Telefax (Uzaktan kopya), telefon veya mektup gibi bir araçla kurulan uzaktan iletişim sürecinde tüketicinin mal ya da hizmet siparişi talebine (*Bestellaufforderung, invitatio ad offerendum*, yani icaba davetine) dayanarak yapılan işlemleri tanımlamaktadır. Bkz. ve krş. KÖHLER, 185 ; *Teleshopping* türü mesafeli işlemlerde de, kapıdan işlemlerde olduğu gibi tüketicinin gafil avlanma riski oldukça yüksektir. Özellikle, reklâm ve tanıtım amaçlı kısa spotlar sırasında girişimci firmanın açık adresi yazılı sipariş beyanında bulunmayı engellemek ve hemen o sırada verilen telefon numarasından arayarak ürün talep etmeyi sağlamak amacını taşır. Bu nedenle, kapıdan işlemlere paralel olarak mesafeli işlemlerde de tüketiciye serbestçe kullanabileceği bir geri alma hakkı sağlanmalıdır. Aynı yöndeki tesbit ve ayrıntılı gerekçesi için bkz. WERNER, 28 – 29 ve 111 – 113 . Ayrıca, *Teleshopping*'in hukuksal görünümü ve sözleşme

B. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında 97 / 7 Sayılı Yönerge

Uzaktan pazarlama yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde tüketicilerin korunması ile ilgili olarak AB Özel Hukuku alanında uygulanmak amacıyla 1997 yılında Konsey tarafından bir Yönerge çıkartılmıştır¹⁸. Anılan bu Yönergenin konusu, mesafeli ticaret (sürüm) alanında tüketici ile sağlayıcı arasında kurulan sözleşmelerle ilgili olarak üye devletlerin yönetsel ve hukuksal kuralları arasında uyum sağlamaktır (md. 1). Tanımlarla ilgili ikinci madde hükmünde ise, mesafeli ticarete sözleşme kurulması hali, meslekî ya da ticarî amaç dışında davranan ve sadece gerçek kişi olan bir tüketici ile mesafeli işleme özgü bir organize satış-sürüm sisteminde etkinlik gerçekleştiren satıcı-sağlayıcı (yani, mal teslim eden ya da hizmet edimini sağlayan gerçek ya da tüzel kişi olarak girişimci) fiziksel olarak halihazırda bulunmadan bir veya birden fazla uzaktan iletişim tekniği kullanmaları, şeklinde belirtilmiştir. Bu bağlamda, yazılı (örneğin, gazete ve dergiler, reklam kuponları, kartpostallar, tanıtıcı basılı formlar vb. bir başka araç), işitsel veya görsel (örneğin, radyo, telefon, teleks, telefaks gibi) ya da görsel-işitsel (örneğin, Dijital TV ve İnternet-PC gibi) yolla uzaktan iletişime özgü bir veya birden çok telekomünikasyon tekniğinin kullanılmış olması mesafeli işlem olgusunun varlığı için yeterlidir. Ancak, tüketicinin bir mal teslimi ya da hizmet edimi ifası talebi (sipariş beyanı) şeklinde işlem iradesini bu yollardan biriyle yazılı ya da telefonda sözlü olarak beyan etmiş olması zorunludur. Bu şekilde, bir ürün siparişine yönelik olarak irade beyanında bulunmuş olan tüketicinin sözleşme konusu edimi önceden ne fiilen görebilme ve somut olarak algılayabilme ne de deneme ya da sınama olanağına sahiptir. Bu ise, tüketicinin özel tüketiminde o edimin somut ihtiyaç derecesini anlamada ve özellikle fiyat-kalite

hukuku açısından ortaya çıkardığı sorunlar hakkında ise, görüş ve çözüm önerileri için bkz: KEBLER, J., *Rechtliche Aspekte des Teleshoppings – Zu den normativen Grenze eines neuen Marketingkonzepts*, WRP 1991, 285 – 291 ; GILLES, Peter, *Recht und Praxis des Teleshoppings*, NJW 1988, 2424 vd.

¹⁸ Söz konusu Yönerge metni için bkz.: 20.5. 1997, 97 / 7 AB, ATRG (1997), L 144 / 19 ; NJW 1998, Heft 4, 212 – 215 . Bu Yönerge'nin Alman Hukukuna uyarlanması bağlamında düzenlenme konusu, alanı ve amacı ile ilgili ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. ve krş.: REICH, Norbert, *Die neue Richtlinie 97/7 EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz*, EuZW 1997, 581 – 589; MICKLITZ, H.W., *Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz*, VuR 3 / 1993, 129; MICKLITZ, H.W., *Die Fernabsatzrichtlinie 97 / 7 / EG*, ZEuP 1999, 873 vd.; ACAR, 45 vd.; AKİPEK, 50 vd.; COX, 39 – 42.

karşılaştırması yaparak tüketim kararını akılcı alabilmesini ve sonuçta da işlem iradesinin sağlıklı oluşumunu engelleyebilir.

Yukarıda anılan Yönerge'nin gerekçesi ve konusu esas alınarak, mesafeli sürüm ya da uzaktan pazarlama yoluyla sürüm (*Fernabsatz*) çerçevesinde özel bir teknikle kurulan mesafeli tüketici sözleşmeleri şu şekilde tanımlanabilir: Mal ya da hizmet edimi sağlayan girişimci taraf (satıcı-sağlayıcı) ile tüketicinin aynı zamanda fiziksel olarak yüz yüze biraraya gelmeksizin, icap (mal veya hizmet arzı) veya kabul (mal veya hizmet talebi / ürün siparişi) iradelerini uzaktan iletişim tekniğine özgü bir araçla beyan edip kurdukları sözleşmelere "Mesafeli Tüketici Sözleşmeleri" denir¹⁹.

Yönerge'nin tanımlarla ilgili olan ikinci maddesi, aynı zamanda mesafeli sözleşmeleri özellikle de mesafeli satışları, kapıdan satışlar ile otomatlar aracılığıyla yapılan satışlar gibi diğer bazı doğrudan ticarete özgü işlemlerden ayıran ölçütleri ortaya koymaktadır. Buna göre, örneğin bir mesafeli satım sözleşmesinde, bir yandan, sözleşmenin tarafları olan alıcı-tüketici ile satıcı-işletmeci fiilen hiç karşı karşıya gelmemekte; öte yandan, tüketici üzerinde özellikle kapıdan satışlarda olduğu gibi bir sözlü görüşme ortamında kişisel ve psikolojik açıdan yoğunlaştırıcı bir etki altında kalarak yaratılan gafil avlanma olgusu ile aynı düzeyde karşılaşmamaktadır. Ancak bununla birlikte, bu Yönerge'nin de amacı, tıpkı kapıdan işlemlerle ilgili Yönerge'de olduğu gibi, tüketiciyi, sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafın yarattığı haksız uygulamalara karşı geri alma hakkı tanıyarak korumaktır. Bu şekilde, kapıdan işlem ya da mesafeli işlem şeklinde kurma yolunu seçmiş olan, ancak bunu yaparken tüketicinin işlem iradesinin sağlıklı oluşmasını başvurduğu türlü haksız rekabet uygulamalarıyla engelleyen işletmeciler karşısında tüketiciye hukuksal koruma sağlanmaktadır.

Bu Yönerge'nin kapsamına getirilen istisnaları gösteren ve böylece maddi uygulanma alanını belirleyen üçüncü maddesinde öngörülen sınırlamalar gereğince, bazı tür sözleşmeler kısmen veya tamamen kapsam dışı kalmıştır. Ancak, gerçekte bunlar birer mesafeli işlem şeklinde kurulmuş ve bu nitelikte bir tüketici sözleşmesi sayılabilecek olmakla birlikte, yine de kimi gerekçelerle uygulanma alanından çıkartılmışlardır. Buna göre, sırasıyla şu sözleşmelere Yönerge'deki

¹⁹ Tanım konusunda ayrıca bkz.: MEUB, Michael H., *Fernabsatz und E-Commerce nach neuem Recht*, DB 2002, 359 vd.; BÜLOW, Peter / ARTZ, Markus, *Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB*, NJW 2000, 2049 vd.; DEMİR, 208 – 221; AKİPEK, 48 – 49.

kurallar hiç uygulanmayacaktır: 1- Finansal hizmet edimlerinin ifasını içerecek şekilde bankalar ve diğer finansal kuruluşlarla kurulan sözleşmeler. 2- Taşınmaz yapımı ve satımını konu alan ya da kira dışında taşınmazlar üzerinde hak tanıyan diğer sözleşmeler. 3- Herkese açık telefonları kullanarak çalışan bir uzaktan iletişim aracı işleticisiyle yapılan sözleşmeler, 4- Ürün satışı yapan otomatlar aracılığıyla ya da otomatik işlem noktalarından yapılan sözleşmeler. 5- Artırmalı yoldan (ihaleyle) kurulan sözleşmeler.

Öte yandan, Yönerge'nin tüketiciyi önceden bilgilendirmeye (md.4), bilgileneceğine ilişkin tüketicinin yazılı onayına (md.5) ve geri alma hakkına (md.6) ilişkin kuralları ise şusözleşmelere uygulanmayacaktır: 1- Tüketicinin evine ya da işyerine kadar tacirler tarafından düzenli ve sürekli aralıklarla getirilen temel gıda maddelerinin ile yiyecek ve içecek gibi ev halkının günlük tüketimine özgü genel ihtiyaç maddelerinin karşılanmasına yönelik sözleşmeler. 2- Gezi, konaklama ve taşıma sektörlerine özgü hizmet veren işletmecilerle kurulan işgörme sözleşmeleri ile yiyecek ve içecek maddesi temin eden işletmecinin bunların belirli bir tarihte ya da zaman dilimi (müddet) içerisinde ifa etme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeler.

Tüketicinin hem sözleşmenin kurulmasından önce, hem de kurulduktan sonra sağlayıcı (*Lieferer*) tarafından bilgilendirilmesi yükümlülüğü, uzaktan pazarlama yolu ile mesafeli işlem yapan girişimciler için getirilmiş önemli bir yasal yükümlülüktür. Özellikle, sözleşmenin kurulmasından önce ifası gereken bu bilgilendirme yükümünün içeriğine giren noktalar, Yönerge'nin dördüncü maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Tüketici, mesafeli ticaret çerçevesinde bir sözleşme kurulmadan önce, aşağıda sayılan noktalarda tam bir bilgi sahibi olmalıdır: 1- İşletmecinin kimliği ile bir önödeme (peşinat) gerektiren sözleşmelerde açık adresi, 2- Sunulan mal ya da hizmetin temel nitelikleri, 3- Bütün vergileri dahil o mal ya da hizmetin bedeli, 4- Olası teslimat ve ek işgörme giderleri, 5- Bedelin ödenmesi, teslim ya da işgörmeyle ilgili olan önemli özellikler, 6- Yönergenin altıncı maddesinin üçüncü bendinde sayılanlar dışında, tüketicinin sahip olduğu geri alma hakkının varlığı, 7- Genel tarifelere göre hesaplanmama durumu varsa, görüşmede kullanılan uzaktan iletişim aracının işletilmesi gideri, 8- İcapla bağlılık ve bedelin geçerlik süresi, 9- Konusu, sürekli ya da düzenli aralıklarla yinelenen dönemsel hizmet edimlerinin ifası veya malların teslimi olan sözleşmenin, olası asgari geçerlik süresi.

Bilgilendirme yükümünün içeriğini oluşturan ve belirgin bir ticari amacı olduğu görülen bu bilgiler, kullanılan söz konusu uzaktan iletişim tekniği aracına uygun olarak açık ve anlaşılır bir şekilde tüketiciye verilmelidir. Ayrıca, özellikle hukuksal işlem ehliyeti sınırlı tüketiciler yönünden (örneğin, mümeyyiz küçükler ve kısıtlılar gibi), ticari iş yaşamıyla ilgili işlem güvenliği ve saydamlığı ilkeleri işletmeciler tarafından göz önünde tutulması zorunluluğuna işaret edilmiştir (md. 4/b.2).

Eğer tüketiciyle kurulan iletişimde kullanılan araç telefon ise, karşı tarafın kimliği ve yapılan görüşmenin de ticari amaç taşıdığı görüşmenin başında açıkça belirtilmelidir (md.4 / b.3) .

Bu Yönerge'nin tanımlanması ve amacı, konusu, kapsamı, uygulanma alanı ve tüketicinin önceden bilgilendirilmesi ile ilgili olarak ele alınan maddelerinde öngörülen pozitif sistemle uyumlu ve dengeli bir yasal düzenlemenin ülkemizde hâlâ henüz istenilen düzeylerde pozitif sisteme oturtulamamış olduğu görülmektedir²⁰.

²⁰ Gerçekten de, ne 4822 S. K. ile Değişik 4077 S. TKHK. (m. 9/A hükmü), ne de bu Kanun gereğince çıkartılmış olan – her ne kadar yasanın ilgili madde metninde (m. 9/A, f. 2), bilgilendirme yükümlülüğüne konu bilgilere ilişkin ayrıntıların Bakanlıkça çıkarılacak *tebliğ*le belirleneceği ifade edilmişse de – Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında *Yönetmelik* (13.06.2003 t. ve 25137 S. RG.) kapsam ve içeriği zengin olmadığı gibi tam doyurucu olmaktan uzaktır. İlgili hükümler dikkatlice incelendiğinde; özellikle, Avrupa Tüketici Sözleşmeleri Hukuku açısından olması gereken yeterlilikte ve güvencede bir pozitif sistematiği oluşturulmuş olduğunu söylemek güçtür. Anılan maddedeki yasal düzenleme ve ilgili yönetmelikte öngörülen kurallar mesafeli sözleşmeleri, sözleşmenin ilgili bütün unsurlarını kapsar bir biçimde tanımlayamamakta ve bu işlemlere özgü geri alma hakkının konusu, içeriği, bilgilendirme yükümlülüğünün içeriği ile buna uyulmamasının yasal sonuçları gibi önemli konular sağlam bir hukuksal güvenceye bağlayamamaktadır. Mesafeli sözleşmeleri, bir yandan sadece mesafeli satım sözleşmeleriyle sınırlı tutmamak; diğer yandan, kapıdan satışlardan bağımsız bir yasa maddesinin konusu olacak şekilde ele almak gerekir. Bu bağlamda, söz konusu madde hükmünde (m. 9/A, f. 5, son c.) kapıdan satışlara yollamada bulunulmuş olması da yasama tekniği açısından pek de uygun görülemez. Bu nedenlerle, bu maddenin ve ilgili yönetmelik hükümlerinin tüketici sözleşmeleri hukuku terminojisini de uygun düşen bir içerikte yeniden ele alınıp hükme bağlanmalı ve özellikle de yasal kuralların düzenleme konusu, kapsamı ve içeriği itibarıyla mesafeli sözleşmeler üst başlığına uygun olarak, konunun mesafeli satışlarla sınırlı bir anlayış ve yaklaşım terkedilerek, diğer mesafeli tüketici sözleşmelerini (örneğin, mesafeli üyelik, abonelik, turistik gezi, taşınır kirası, ödünç, kredi, eser teslim sözleşmelerini) de kapsar biçimde yeniden düzenlenmesi gerekir. Özellikle, *Teleshopping* türü işlemler yönünden mesafeli işlemlerin hiçbir şekilde kapıdan işlem sayılamayacağı doktrinde haklı olarak belirtilmiştir. KÖHLER, NJW 1998, 157 – 158 ; ÇAĞLAR, 184 – 185 . Aynı yönde, yapılan haklı

Uzaktan pazarlama yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması amacıyla, AB Özel Hukuku düzeyinde sağlanan hukuksal korunma, daha çok tüketicinin elektronik ortamda ve özellikle Internet PC aracılığıyla yaptığı elektronik sözleşmeler çerçevesinde önem taşımaktadır. Gerçekten de, özellikle bu yolla kurulan sözleşmelerde tüketicinin bedel ödeme yükümlülüğü ve elektronik ortamda yolladığı yazılı irade beyanı altındaki elektronik

eleştiriler için bkz.: ATAMER, Yeşim, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Öngören Tasarı Taslağının Sözleşme Hukukunun Bazı Yönleri Açısından AB Mevzuatıyla Karşılaştırılması*, Tüketici Konseyine sunulan ve henüz yayınlanmamış olan Tebliğ.; AKİPEK, 59 vd.

4077 S. TKHK'da 4822 S. K. ile diğer tüketici sözleşmeleri yönünden olduğu gibi, mesafeli tüketici sözleşmeleri için de önemli değişiklikler getiren çalışmamızla ilgili madde metni ise, aynen şu biçimdedir:

“ Mesafeli Sözleşmeler

Madde 9 / A – Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir. / Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi, yine elektronik ortamda yapılır. / Satıcı ve sağlayıcı, tüketicinin siparişini kendisine ulaştırdığı andan itibaren otuz gün içerisinde edimini yerinde getirir. Bu süre, tüketiciye daha önceden yazılı olarak bildirilmek koşuluyla en fazla on gün uzatılabilir. / Satıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların veya sunulan hizmetlerin teslimatının ayıpsız olarak yapıldığını ispatla yükümlüdür. / Cayma hakkı süresince satış işlemine konu mal veya hizmet karşılığında tüketiciden her hangi bir isim altında ödeme yapmasının veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesinin istenemeyeceğine ilişkin hükümler dışında kapıdan satışlara ilişkin hükümler mesafeli sözleşmelere de uygulanır. / Satıcı veya sağlayıcı cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu hukuki işlemten dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde malı geri almakla yükümlüdür.”

Ayrıca, doğrudan reklam ve pazarlama yapan satıcı-sağlayıcıların bilgilendirme yükümlülüğü bağlamında sözleşme öncesi tüketiciye verilecek ön bilgiler ve bunun kanıtı (m. 5-6), yazılı geçerlik koşuluna bağlı ve bir nüshası tüketiciye verilmesi zorunlu sözleşme metninde bulunması gerekli unsurlar (m.7), tüketicinin cayma / geri alma hakkı (m.8), satıcı-sağlayıcının yükümlülükleri (m. 9-10) ile banka, sigorta vs. gibi kapsam dışı tutulan sözleşmeler (m.11) konularında bkz. ve krş.: Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG. 13.06.2003 – 25137); Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik (RG. 14.06.2003 – 25138).

imzasının hukuksal değeri ve sonuçları ile ilgili yaşanacak sorunların çözümü güçlükler göstermektedir. Ödemeye ilişkin sorunlar arasında, önödeme (peşinat) bulunma kayıtları ile kredi kartı bilgilerini bildirme ya da tahsil yetkisi verme yoluyla ödemeye bağlı olanlar sayılabilir. Bununla birlikte, elektronik ödemelerde tüketicinin kullandığı elektronik imza ve elektronik işlemlerde hukuksal açıdan alınması gerekli diğer güvenlik önlemlerinde, ilgili AB Yönergeleri²¹ ve Elektronik İmza Konusundaki Yeknesak Kurallar Taslağı²² esas alınmalıdır²³. Öte yandan tüketicilerin, telefon aracılığıyla yaptığı görüşmeler sonucunda kurdukları sözleşmeler de bir mesafeli sözleşme olmasına rağmen, Borçlar Kanunu’muzdaki açık düzenleme karşısında (BK.m.4), telefonla kurulan sözleşmeleri hazırlararasında (yüz yüze) yapılmış bir işlem saymak zorundayız. Çünkü, telefonla yapılan bir sözleşme görüşmesinde taraflar farklı yerlerde bulunmalarına karşın, birbirlerinin beyanlarını araya bir zaman aralığı ve bir başka unsur girmeden tamamen öğrenebilecek durumdadırlar. Telefon dışında kalan ve uzaktan iletişimi sağlayan diğer bütün iletişim araçlarıyla (yani, örneğin mektup, telgraf, telefaks, teleks, TV

²¹ Özellikle de, elektronik imza işlemleri ve güvenlik standartlarında alınması gerekli asgari önlemleri belirten 30.10.1999, 1999 / 93 EG ve Mesafeli İşlemlerle ilgili 20.5.1997, 97 / 7EG sayılı AB Yönergeleri . Bu sayılan Yönergelere ek olarak Avrupa Birliği, en son “Elektronik Ticaret Hakkında Yönerge”yi çıkartmıştır. 13.12.1999 tarihli bu Yönerge metni için bkz.: ATRG., 19.1.2000 L 013, 12 – 20

²² Bu Taslak metni ile ilgili genel açıklaması için bkz. ARIKAN, 317 – 318.

²³ Elektronik süreçte, tüketicinin kabul beyanının karşı tarafça teyid edilmesi ve bunun da yine tüketici tarafından en son bir karşı teyid ile onaylanması üzerine mesafeli sözleşmenin kurulması esası kabul edilmektedir. Elektronik yoldan kurulan bütün mesafeli tüketici sözleşmelerinde, tüketiciye bu şekilde rahatça düşünebilme ve işlem iradesini oluşturabilme olanağı tüketiciye ancak irade beyanını geri alma hakkı hakkı sayesinde hukuksal bir güvenceye bağlanmaktadır. Özellikle bu bağlamda, biyometrik imza ile birlikte elektronik imzanın bir alt türü oluşturan dijital imza ve bu tür imzalı elektronik belgelerin hukuksal değeri konularında ayrıntılı bilgiler için bkz. ve krş.: ŞENOCAK, Zariife, *Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması*, AÜHFD. C. 50, S. 2, 2001, 97 vd.; BERBER, Leylâ, “*İmzalıyorum O halde Varım*” *Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri*, TBBD. S. 2000/2, Yıl: 13, 503 – 551 ; ARIKAN, Saadet, *Modern İletişim Araçları ve Özel Hukuk, İnternette Sözleşme Akdi*, Ankara Barosu, Hukuk Kurultayı 2000, 12 – 16 Ocak 2000 Ankara, Özel Hukuk – Basın Hukuku 3, 307 – 321. Standardizasyon ve güvenlik gereksinimi nedeniyle dijital imza, özel şifreleme ve elektronik ödeme tekniklerinde ortak uygulamalara gidilebilmesi için, BM’ye bağlı UNCITRAL tarafından Elektronik Ticaret Hakkında Model Yasa (*Model Law on Electronic Commerce*) benimsenmiştir (www. Uncitral.org/en-index.htm)

ve bilgisayar) gerçekleşen görüşme ve iletişim sonucunda kurulan sözleşmelerin tamamı hazır olmayanlar (gaipler) arasındadır. Durum böyle iken, tüketicinin telefon dışında bir başka uzaktan iletişim aracıyla mesafeli işlem şeklinde yaptığı mesafeli tüketici sözleşmelerinde gerek sözleşmenin kurulma, gerekse hüküm ve sonuçlarını doğurma anları (BK. md.10), icapla bağlılık süresinin hesaplanması (BK. md.5), ve icap ve kabulün geri alınması (BK. md.9) ile ilgili kurallara göre belirlenecektir. Şu halde, telefonla yapılan bir mesafeli sözleşme hazırlararasında kurulmuş olup, hüküm ve sonuçlarını da bu kurulma anında doğurmuş olacaktır. Bu nedenle, tüketicinin telefonla kendisine beyan edilen bir icabı muhatabı sıfatıyla derhal kabul ya da red ettiğini bildirmesi gerekir. Eğer tüketici, karşı tarafın mal ya da hizmet sunumunu amaçlayan icabını kabul ettiğini derhal telefonda ona beyan etmezse, icapçı artık hiçbir şekilde icabıyla bağlı kalmayacaktır (BK. m.4 / f.1) ²⁴. Telefon dışındaki ve özellikle Dijital TV ya da İnternet PC kullanılarak tamamen elektronik ortam ve görüşme sürecinde elektronik postalarla kurulan elektronik sözleşmeleri ise, sözleşmeyi, görüşülme, kurulma ve hüküm ve sonuçlarını doğurma anları açısından birer hazırolmayanlar arası yapılmış sözleşme niteliğinde kabul etmek gerekir²⁵. Bu takdirde, bir mesafeli tüketici sözleşmesi türü olarak

²⁴ Ancak, icapta bulunan hazırlararasında yaptığı icabının kabulü için muhatabına bir süre vermişse, yani ortada müddetli bir icap söz konusu ise, kabul haberi bu süre geçtikten sonra icapçıya geldiğinde artık sözleşme kurulmuş olmayacaktır (BK. md.3) .Buna karşılık, kabul için bir süre belirlenmemişse, bu halde icabın bağlayıcılık süresi, hazır olanlar arasında yapılan bir icap derhal kabul edilmediği takdirde o anda sona erer iken; hazır olmayanlar arasında yapılmış bir icap varsa, bu icabın muhatabına ulaşması, muhatabın bunun üzerine düşünmesi ve sonrasında gönderilecek kabul haberinin icapçıya tekrar ulaşması için gerekli sürelerin toplamı kadarki bir zaman aralığında kabul beyanı ulaşınca sözleşme kurulacak; aksi takdirde, bu gerekli normal sürelerde bir gecikme olduğunda, sözleşme kurulmayacaktır (BK.md. 9). Öte yandan, hazır olmayanlar arasındaki icap zamanında muhatabına ulaşmış ve kabul haberi de zamanında gönderilmiş olmakla birlikte kabul haberinin icapçıya gecikerek ulaşması halinde ise, icapçı gecikmiş kabul haberinden muhatabını derhal haberdar etmezse artık yine sözleşme kurulmuş olacaktır (BK. md.5) . Bu konularda ayrıntılı teorik bilgi için bkz.: OĞUZMAN / ÖZ, 55 – 60; EREN, C.I, 231 – 235; KILIÇOĞLU, 35 – 45.

²⁵ İnternet üzerinden e-mail ile ya da web sitesi aracılığıyla kurulan elektronik sözleşmeleri, duruma göre iltihaki (katılmalı) sözleşme veya genel işlem koşulları içeren sözleşme niteliğinde kabul ederek, her iki grup elektronik sözleşmeyi de hazır olmayanlar arası yapılmış kabul eden görüş: KIRÇOVA, İbrahim / ÖZTÜRK, Pınar, *İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar*, İTO Yayın No: 2000-29, Eylül 2000 İstanbul, 56 – 59 ; Karşı görüş ise, e-mail ile yapılanlar hazırlar arasında yapılmış sözleşme, web sayfalarından yapılanları ise gaipler

kabul ettiğimiz elektronik sözleşmelerde kurulma anını, ilk olarak karşı tarafça bir mal ya da hizmet edimi ifasının teklifini içeren icabı tüketicinin öğrendiği an saymak; hüküm ve sonuçların doğması anını belirlemede ise, yine tüketicinin mal ya da hizmet ediminin ifası talebini içeren kabul beyanının karşı tarafça kendisine teyit edildiğini yine kendisinin yazılı olarak teyid ettiği (onayladığı) anı esas almak gereklidir ²⁶.

Yine, yukarıda anılan Yönerge’de (md.5) yer alan ve tüketicinin karşı tarafça bilgilendirilmesine ilişkin yazılı teyid yükümü ve bunun ifası ile olarak da şu noktaları belirtmek gerekir: Karşı tarafça Yönerge’nin dördüncü maddesinin birinci bendinde sıralanan a – f’deki bilgiler, sözleşmenin kurulmasından önce yazılı olarak usulüne ve zamanına uygun olarak bildirilmemiş ya da bir başkasının sabit veri taşıyıcısından kullanılabilir bu bilgiler tüketiciye verilmemiş olduğu sürece; doğrudan yazılı olarak ya da bir başkasının sabit veri taşıyıcısı üzerinden, sözleşme konusu edimin tam olarak ifası veya üçüncü bir kişideki teslim edilmemiş belirli bir malın en geç teslimi tarihinde, tüketicinin bilgileri zamanında edindiğine ilişkin yazılı onay verilmek zorundadır. Belirtilen bu yazılı teyit (onay) yükümünün kapsamına giren ve tüketiciye mutlaka bildirilmiş olması gereken bu bilgiler ise, şunlardan ibarettir: - Geri alma hakkının kullanılamayacağı durumları belirten altıncı maddenin üçüncü bendinde yazılı istisnalar; - Satıcı-sağlayıcı firmanın merkezinin bulunduğu açık adresi; - Tüketici hizmetleri ve geçerli garanti koşullarıyla ilgili bilgiler; - Süresi bir yılı aşan ve belirsiz süreli sürekli borç ilişkiler içeren sözleşmelerde fesih koşulları.

Anılan maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkra hükmünün uygulanamayacağı istisnai bir durumu düzenlemektedir. Buna göre,

(hazır olmayanlar) arasında yapılmış sözleşme olarak etmektedir. B konudaki görüşler için bkz. ve krş.: KIRCA, Çiğdem, *İnternette Sözleşme Kurulması*, BATIDER. C. XX, S. 4, 2000, 97 vd. ile özellikle, elektronik irade beyanlarının hazır olanlar / olmayanlar ayırımının yer aldığı 107 – 112; SIRABAŞI, Volkan, *İnternet ve Özel Hukuk*, Bilişim Suçları Paneli’e sunulan Tebliğ, T.C. Adalet Bakanlığı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Başkanlığı, 28 Şubat 2001 Ankara, 70 vd. ile özellikle 72 ; AKİPEK, 60-61; Aynı şekilde, karşıt görüş için bkz. aşağıda dpn. 26’deki agç. 32.

²⁶ GÜRAN/AKÜNAL/BAYRAKTAR/YURTCAN/KENDİGELEN/BELLER/SÖZER, *İnternet ve Hukuk*, Ortak Çalışma, Superonline Yayını, İnternet ve Hukuk Workshop’u, 25 Şubat 2000, Bölüm II – İnternet’te Hukuki İşlemler, E – Commerce, 30 vd. . Elektronik sözleşmelerin kurulması, hüküm ifade etmesi, yapıldığı yer ve ifası konuları ile ilgili olarak bkz. agç. 32 – 33. Ayrıca, bkz ve krş. bu makalenin dpn. 20 metni.

hizmetin bir defalık ifa edilmesi ya da aradaki uzaktan iletişim aracının işletimi masraflarının hesaptan indirilmesi söz konusu ise, doğrudan doğruya bu iletişim tekniğinin kurulması hizmetinin görüldüğü işgörme edimli sözleşmelerde, tüketicinin bilgilendirilme onayını vermesi zorunluluğu yoktur (md. 5 / f.2) .

Yukarıda açıklanan ve satıcı - sağlayıcı (girişimciye) yüklenen bilgilendirmeye ve bunun teyidine ilişkin yükümlülükler niteliği itibariyle birer yasal yüküm (kanuni külfet) niteliğinde olup, bunların zamanında usulüne uygun olarak yerine getirilmemesi, sadece geri alma süresinin işlemeye başlamasını engeller²⁷. Bir başka ifadeyle, bu yükümler, ihlalleri tazminat borcu doğuran asli ya da tali edim yükümlülükleri niteliğinde olmayıp; gerçek anlamda birer hukuksal yüküm yani edim yükümlülüğü şeklinde bir borç değildir²⁸. Tüketicinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılmasına yönelik bu yükümlülüklerin (*Aufklärungspflichten*) amacı, mesafeli tüketici sözleşmelerinde de tıpkı diğer geri alma hakkına bağlanan tüketici işlemlerinde (örneğin, taksitli, kapıdan ve tüketici kredisi işlemleri gibi) olduğu üzere, hukuksal, ekonomik ve finansal riskleri, bilgisiz ya da eksik ve/veya yanlış bilgi sahibi, deneyimsiz tüketicilerinin dikkatine sunmaktır²⁹

III. MESAFELİ SÖZLEŞMELERİ GERİ ALMA HAKKI

A. Genel Olarak

Mesafeli sözleşmeyi kurmaya yönelik icap ya da kabul şeklindeki irade beyanının tüketici tarafından geri alınması, tıpkı diğer tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi yenilik doğuran bir hak olan geri alma hakkının kullanılması suretiyle gerçekleşir. Ancak, kullanımı irade beyanının tamamen geçerli ve bağlayıcı olmasını engelleyen,

²⁷ BÜLOW / ARTZ (NJW 2000), 2054 – 2055.

²⁸ Benzer hukuksal nitelikte görülebilen bu yükümler mesafe satımlarında da söz konusudur . Bu tür satımlarda, satılanın muhafazası, durumunun tesbit ettirilmesi ile duruma göre satma yetkisi ve yükümleri (BK. md.201) de, yerine getirilmemeleri tazmin borcu doğurmayan birer yüküm (külfet) konusunu oluştururlar. Bu konuda bkz. TANDOĞAN, 185 ; ARAL, 133 – 134 .Hukuk düzeninde külfet ile borç kavramları tamamen farklı anlam taşır. Külfet de aynen borç (edim yükümlülüğü) gibi bir davranış yükümlülüğü öngörür. Ancak borçlarda bu yükümlülüğün ihlali ifa veya tazminat davası açma hakkı sağlarken, külfet yükümlüsüne karşı yükümün ifasına yönelik ne bir edim ne de bir tazminat davası açma hakkı vardır. Bu konuda bkz. EREN, C.I, 254 – 235 , dpn. 91

²⁹ ÇAĞLAR, 102 .

tüketiciyi koruyucu geri alma hakkı³⁰, iptal, dönme ve fesih gibi diğer yenilik doğuran haklardan kendine özgü yapısı ve niteliği nedeniyle ayrılır³¹.

Doktrinde³² genellikle, geri alma kavramı, daha önceden yapılmış irade beyanlarının sonraki bir tek taraflı irade beyanıyla ortadan kaldırılması şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak bununla birlikte, geri alma, kimi zaman henüz tamamen geçerli olmayan, yani maddi anlamda hüküm ve sonuçlarını doğurması hukuksal işlemin herhangi diğer bir kurucu unsurunun varlığına bağlı olmayan bir irade beyanı; kimi zaman da, askıda geçersiz bir hukuksal işlemin kurucu bir unsuru şeklinde karşımıza çıkar³³. Tüketiciyi koruyan geri alma hakkını yasal dönme hakkına yakınlaştıran ve bu iki hakkı bağdaştıran bir görüşe göre ise³⁴, geri alma ile dönmenin her ikisinin de amacı, kurulmuş olan ve fakat edimleri henüz tamamen ifa edilmemiş bir sözleşmesel borç ilişkisini tasfiye amaçlı bir borç ilişkisine dönüştürmektir. Ancak, bu görüşe karşı olarak, geri alma olgusu ve bunun sonuçlarının, dönmeye bağlı hukuksal sonuçlarından belirgin bir biçimde ayrıldığı da ileri sürülmektedir³⁵. Buna gerekçe olarak da, esasen geri alma yönünden tasfiye ilişkisinin pek fazla bir önemi olmadığı ve geri alma hakkına bağlı tutulan sözleşme hiçbir zaman görüşme ilişkisi yaratma ve sadece kurulmadan öteye gitmemiş olduğu üzerinde

³⁰ Tüketicinin korunması hukuku açısından geri alma hakkının kullanımına bağlı sonuçlarla ilgili geniş bilgi için bkz.: BOEMKE, Burkhard, *Das Widerrufsrecht im Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung*, AcP (197) 1997, Heft 1-2, 161 vd. Ayrıca, benzer diğer haklarla karşılaştırması ve tüketiciyi koruyan geri alma hakkının niteliği, kullanımı ve buna bağlı sonuçlar konularında bkz. ve krş. : ÇAĞLAR, 97 – 103; DEMİR, 327 – 348.

³¹ GERNHUBER, 1801 ; ÇAĞLAR, 108-115; DEMİR, 268-276. Doktrinde bazı sözleşmelerde taraflardan birine tanınan geri alma hakkının sözleşmeden dönme veya feshe benzer nitelik taşıdığı da ileri sürülmektedir ki, buna katılma olanağı görülmemektedir. Bu görüşte: OĞUZMAN, M.Kemal / ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2000, 413, dpn. 1'e ait metin.

³² Özel hukuk alanında geri alma kavramı ve bu hakkın kullanım alanı bağlamında bkz. ve krş. DÜLL, Rudolf, *Lehre vom Widerruf*, München – Berlin 1934, 3 ; FUCHS, Andreas, *Zur Disponibilität im Privatrecht*, AcP 196 (1996), Heft 4, 313 ve 319. ; GERNHUBER, 1797 – 1798 ; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1999, 1250.

³³ GERNHUBER, 1798.

³⁴ SCHLECHTRIEM, Peter, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 3.Aufl., 1997, Rdn. 450 (Gernhuber, 1798 dpn.3 ve 1801 dpn.27'den naklen).

³⁵ GERNHUBER, 1801 – 1802 ; Doktrinde, geri alma hakkını maddi anlamda sözleşme adaletini gerçekleştirme hedefi yönünde iptale benzeten görüş dahi ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz.: REINER, G., *Der verbraucherschützende Widerruf*, AcP 203 (2003), 45 – 46.

durulmaktadır. Gerçekten de, geri almaya konu kurulmuş fakat henüz sözleşmeden doğan edim ve karşı edimin karşılıklı değişimini öngören mübadele ilişkisi ve bu edimlerin ifası tamamen gerçekleşmemiştir. Bunun içindir ki; tasfiye ilişkisi (*Rückabwicklungs-verhältnis*) çerçevesindeki karşılıklı ve aynı anda geri verme ya da geri sağlamayı (*Rückerstattung*) konu alan iade ilişkisine (*Zurückgewährungsverhältnis*) dayalı tazminat talepleri, esasen geri alma hakkını tanıyan özel yasal düzenlemeye ve tamamlayıcı işlev görme alanında da genel nitelikteki sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kurallara dayanır ³⁶

Genel anlamdaki geri alma ile birlikte tüketiciyi koruyan geri alma hakkı (*Der verbraucherschützende Widerrufsrecht*) bağlamında yapılan bu genel açıklamalar ışığında, mesafeli tüketici sözleşmelerinde geri alma hakkı tanıyan AB Yönerge'sindeki özel kurallara değinmek gerekir.

B. Tüketicinin Geri Alma Hakkı (m. 6)

Yönerge'nin geri alma hakkını düzenleyen altıncı maddesinin birinci fıkrası hükmünde şu kurala yer verilmiştir: Tüketici, mesafeli ticaret çerçevesinde kurulan bir sözleşmeyi her hangi bir gerekçe bildirmeksizin ve bir tazminat ödemeksizin asgari yedi iş günü içerisinde geri alabilir. Tüketicie geri alma hakkını kullanması yüzünden yükletilebilecek giderler sadece, doğrudan doğruya malın geri yollanmasıyla ilgili giderlerdir. Bu hakkın korunması için, söz konusu yedi günlük süre, maddi mallarda beşinci maddedeki yazılı bilgilendirme teyine ilişkin yükümlülük yerine getirilmesi şartıyla bu malın tüketici tarafından teslimüğü gününden; hizmet edimlerinde ise, sözleşmenin kurulma gününden ya da bilgilendirme ve teyid yükümleri sözleşmenin kurulmasından sonra ifa edilmişse, kurulmayı izleyen üç aylık süre aşılmamak üzere, bu yükümlerin ifası tarihinden itibaren işlemeye başlar.

Satıcı-sağlayıcı (girişimci/işletmeci), beşinci maddede belirtilen koşulları hiç yerine getirmezse, geri alma süresi toplam üç aydır. Bu süre, maddi mallarda malın tüketici tarafından teslimüğü; hizmet edimlerinde sözleşmenin kurulma gününden itibaren işlemeye başlar. Üç aylık süre içerisinde beşinci maddedeki bilgiler tüketiciye ulaştırıldığı takdirde, artık yedi günlük süre bu ulaşma anından itibaren işler (md. 6 / f. 1) .

Geri alma hakkının kullanılmasıyla birlikte gündeme gelen tasfiye ilişkisi yukarıda da belirtildiği gibi, tarafların karşılıklı geri verme ya da geri sağlama yükümlülüklerinin aynı anda ifaya (*Zug um Zug Erfüllung*) yönelik talepte bulunmalarına yol açar.

Tüketici bu maddeye dayanarak geri alma hakkını kullandığında, sağlayıcı, tüketici tarafından kendisine yapılmış ödemeleri iade etmek zorundadır. Tüketicie geri alma hakkını kullanması yüzünden, sadece doğrudan doğruya malın geri yollanmasıyla ilgili olan masraflar yükletilebilir. Ancak bununla birlikte, ödemelerin iadesi her halükârda otuz iş günü içerisinde yapılmalıdır (md. 6 / f. 2) .

Yönerge’de anılması gereken önemli bir madde de, geri alma hakkının kullanım alanına getirilen sınırlamalarla ilgilidir. Bu maddede belirtilen ve geri alma hakkının kullanılamayacağı bir gup sözleşme, birer uzaktan pazarlama yoluyla kurulmuş mesafeli tüketici sözleşmesi olmalarına rağmen, tarafların aksine bir kararlaştırmaları bulunmadığı sürece uygulanma alanı dışında kabul edilecektir . Böyle bir istisnanın kabulünü haklı kılan gerekçenin, geri alma hakkının bu hükümde sayılan sözleşmelerin içerik ve bünyesine uygun düşmeyeceği düşüncesinde yattığı ileri sürülebilir. Ancak, tarafların kendi aralarında sözleşmenin içeriğini serbestçe düzenleyebilme serbestisi çerçevesinde aksini kararlaştırabilecekleri bir durumda tamamlayıcı kural niteliğindeki bu sınırlı sayımın pek de yerinde olduğu söylenemez. Çünkü, tüketicinin mesafeli işlemlerde daha etkin ve geniş kapsamlı korunması yönünde, AB Yönergeleri ile öngörülecek engelleyici standartların mümkün olduğu kadar dar tutulması ve üye ülke hukuklarında bu şekildeki asgarî zorunlu sınırlamaların daha da dar tutulması amacıyla, tüketicinin daha lehine ulusal mevzuat oluşturma yolu her zaman açık tutulmalıdır.

Geri alma hakkının kullanım alanına sınırlama getiren Yönerge hükmü (md. 6 / f.3) gereğince, aşağıda sıralanan mesafeli sözleşmelerde tüketici sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanını geri alamayacak ve dolayısıyla bu tür sözleşmeleri ifa etmek zorunda kalacaktır . Belirtilen söz konusu hükme göre, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, altıncı maddenin birinci fıkrasında öngörülen geri alma hakkını tüketici, şu sayılan sözleşmelerde kullanamaz :

- Tüketicinin rızasıyla, yedi günlük sürenin bitiminden önce ifasına başlanmış olan hizmet edimlerini içeren sözleşmelerde;

- Sağlayıcı-işletmeci tarafın etkisi dışında, bedellerinin finansal piyasalardaki gelişmelere göre değiştiği mal ya da hizmet edimlerini konu alan sözleşmelerde;
- Tüketicinin özel talebi üzerine üretilen ya da açıkça kişisel gereksinimlerine göre biçimlendirilen ya da niteliği gereği geri yollanamayan ya da çabuk bozulabilen veya son kullanım günü geçebilecek türden malların teslimi sözleşmelerinde;
- Tüketici tarafından üzerilerindeki mühür bozularak paketi açılmış olan ses ya da görüntü kayıtlarını ya da bilgisayar yazılım programlarını içeren kaset, disket ile CD- vb. gibi veri depolamaya yarar ürünlerin teslimi sözleşmelerinde;
- Gazete, dergi ve magazineler – resimli mecmuaların - yayınların teslimini konu alan sözleşmelerde;
- Bahis, yarışma ve piyangolara bağlı hizmetlerin ifasını içeren sözleşmelerde.

Finanse edilmiş taksitli işlemlerde tüketicinin kredilendirilmesini konu alan bağlı tüketici kredisi, mesafeli tüketici işlemi şeklinde kurulmuşsa, bu halde geri alma hakkının yine kullanılabilceğini üye devletler mevzuatlarında tüketici lehine koyacakları özel tasfiye kurallarıyla birlikte düzenleyebileceklerdir (md. 6/ f.4). Bu bağlamda, bir mesafeli tüketici kredisi sözleşmesi kurmuş olan tüketici yasal süresinde geri alma hakkını kullanınca, bağlı krediyi veren banka ya da diğer bir kredi kurumuna herhangi bir tazminat, cezai şart ya da bir faiz ödeme yükümlülüğü altına sokulamayacaktır. Ancak bunun için Yönerge’de öngörülen düzenlemeye uyarınca, öncelikle işlem konusu mal ya da hizmetin bedeli kısmen veya tamamen sağlayıcı-işletmeci tarafından sağlanmış (temin ve tedarik edilmiş) bir krediyle finanse edilmiş veyahut da üçüncü bir kişi ile sağlayıcı arasında yapılmış bir anlaşma gereği bir kredi kurumu olan bu üçüncü kişi tarafından, tüketiciye sağlanan bu krediyle bedelin kısmen veya tamamen ödenmiş bulunması gerekir.

Mesafeli sözleşmelerin ifası anlamında olmak üzere, ödeme şekillerini ve ifaya bağlı özel sorunların çözümüyle ilgili ayrıntılı kuralların açıkça düzenlenmesi gereklidir. Bu nedenledir ki, Yönerge’deki hem ifanın unsurları (özellikle ifa zamanı, ifanın muhatabı, konusu, geri ödemeye ve kredi kartı numarasıyla elektronik

ödemeye³⁷ bağlı riskler ve onay kurumundan geçmiş dijital imzalı elektronik belge düzenlenmesinin güvenceye bağlanması gibi) hem de hiç ya da gereği gibi ifa etmemeye bağlı hukuksal sonuçlar; tüketici tarafından siparişe yönelik hiçbir istemde bulunulmadığı halde, edimin kendisine bir şekilde ulaştırılması (maddi bir malın gönderilmesi veya hizmet ediminin sunulması) ve son olarak da, bazı uzaktan iletişim tekniklerinin mesafeli elektronik ticarete kullanılmasıyla ilgili yasal sınırlama durumları da dikkate alınmak suretiyle, mesafeli sözleşmelerin tasfiyesine özgü kurallar konu ile ilgili Yönerge'nin md. 7 – 10 hükümleri dikkate alınarak yasal temele kavuşturulmalıdır.

Öte yandan, Yönerge'nin 9 uncu maddesi hükmü, tüketiciye sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi halini düzenlemektedir³⁸. Bu hükümde, bir yandan, ısmarlaması olmayan bir malın teslimi ya da talebi olmayan bir hizmetin ifa edilmesi yasağı öngörülmekte; diğer yandan ise, bu gibi durumlarda tüketiciyi karşı edimi ifa etme yükümlülüğünden kurtarılmış olduğunu tespit edilmektedir.

³⁷ Özellikle, internet üzerinden yapılacak elektronik ödemelerde bir takım ödeme sistemleri bulunmaktadır. Bunlar arasında, özel şifreli elektronik kredi kartlarıyla ödeme, elektronik para (*dijital money-cybercash*) ile ödeme ve elektronik çek (*netcheque*) ve açık hesap kullanma gibi diğer bir ödeme sistemi sayılmaktadır. Bu konuda bkz. KIRÇOVA / ÖZTÜRK, 41 vd. ile ödeme sistemlerinin işleyişini gösteren şemanın yer aldığı 45.

³⁸ Bu hüküm, Alman Medeni Kanunu'na "Sipariş Edilmemiş Edimler" başlığı altında şu biçimde uyarlanmıştır:

« § 241a Sipariş Edilmemiş Edimler. (1) Girişimci, tüketiciye sipariş etmediği halde bir malı teslim ya da diğer bir edimi ifa etmiş olursa, bu durum tüketiciye karşı bir talep hakkı doğurmaz

(2) Edim, alıcısına özgü olarak belirlenmemiş ya da sipariş yanlış tasavvur sonucunda yapılmış ve alıcı bundan haberdar olunması ya da bunun, mutad ilişkiler çerçevesinde gerekli dikkat ve özeni gösterildiğinde anlaşılabilecek olduğu durumlarda, yasal taleplerde bulunmak mümkündür.

(3) Tüketiciye sipariş konusu ürün yerine fiyat ve kalitesi eşdeğer olan bir edimin teklif edilmiş olması, ve kendisinin bu teklifi kabul etmekle yükümlü olmadığı gibi, sipariş konusu edimi geri gönderme masrafını karşılama zorunluluğunun da bulunmadığı açıkça bildirilmiş olduğu durumlarda, sipariş edilmemiş edim hali mevcut değildir.»

Ülkemizde ise, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'de (13.6.2003 t. – 25138 S. RG.) açıkça şu kural sipariş edilmeden mal göndermeyi yasaklamaktadır (m.10):

«Sipariş Edilmeden Gönderilen Mallar – Reklamlar, tüketiciye sipariş etmediği malı göndererek, bunları reddetmediği ya da geri göndermediği takdirde bedelini ödemeye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorunluymuş izlenimini veren, dürüst olmayan satış yöntemleri için kullanılamaz. »

Yönerge’de, kredi kartı aracılığıyla yapılan ödemelerle ilgili olarak, haksız ve hileli yollar sonucunda yetkisiz kişiler tarafından kartın kullanımı hallerinde, tüketiciye ödemenin iptalini isteme yetkisi tanınması önemlidir (m. 8). Bu hüküm sayesinde, tüketici, haksız ödemenin kendi kredi kartı hesabına alacak kaydı yapılmasını isteyebileceği gibi, bu ödeme tutarı karşılığında kendisine geri ödemede bulunulmasını isteme olanağını da kullanabilme yetkisine sahiptir³⁹.

IV. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Tüketicinin korunması bağlamında karşımıza çıkan önemli bir tüketici sözleşmeleri hukuku sorunu da, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin irade beyanını geri alma yoluyla korunmasıdır. Bu sorunun çözümü, özellikle başta bir tüketici sözleşmesini kurmaya yönelik icap ya da kabul şeklindeki irade beyanını geri alma hakkını kullanarak hukuken tamamen etkisiz kılma çabasında ciddi önem taşır. Ayrıca, belirtmelidir ki, tüketicinin sözleşmesel irade beyanını konu alan bütün tüketici sözleşmelerinde geri alma hakkı, niteliği, işlevi ve doğurduğu sonuçlar açısından önemli bir koruyucu yasal araç olarak görülmektedir.

Mesafeli sözleşmeler, kendine özgü kurulma tekniği karşısında önemli bir tüketici sözleşmesi türü olarak, doğrudan ticaret ve doğrudan satış işlemleri arasında geniş bir uygulanma alanına sahiptir. Bu yolla gerçekleştirilen sözleşmeler, bir uzaktan iletişim tekniğini işleten mekanik ya da elektronik bir araç yardımıyla tarafların fiziksel olarak yüz yüze ve halihazırda karşı karşıya gelmeksizin iradelerini beyan etmeleri sonucunda kurulur. Uzaktan iletişim tekniğiyle kurulan bütün mesafeli tüketici sözleşmeleri de, tıpkı diğer tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, tamamen özel tüketim (kişisel ve/veya ailesel) ihtiyacını karşılamaya yönelik olmak üzere, ticari, mesleki, sanatsal veya zırai bir işletmeyi işleten bir işletmeci ile gerçek ya da tüzel kişi konumundaki bir tüketici arasında gerçekleşir.

Mesafeli tüketici sözleşmesi, bir üst kavram olarak, mesafeli yoldan kurulan satım, istisna, kira, ödünç, turistik gezi (paket turlar gibi), abonelik, gezi, sigorta veya karşı edimi ifa borcu yükleyen diğer bütün borçlandırııcı sözleşmeleri kapsar. O halde, tüketicinin irade beyanı geri almasına konu edilecek olan mesafeli işlem bir mesafeli satış şeklinde kurulmuş olabileceği gibi, bir mesafeli taşınır kirası, eser teslimi, tüketici kredisi veya mesafeli gezi düzenleme, devre tatil

³⁹ Ayrıca, mesafeli sözleşmelerde ifa zamanı ve özellikle kredi kartıyla ödeme konusu için bkz. ve krş.: AKİPEK, 55 – 56.

satışı ya da devre mülk tesisi sözleşmeleri de mesafeli sözleşmelerin birer alt görünüm şekli olarak karşımıza çıkabilir.

Diğer tüketici sözleşmelerinde (örneğin, kapıdan, taksitli ve kredili işlemlerde) olduğu gibi, mesafeli sözleşmelerde ve özellikle de tüketicinin taraf olduğu özel tüketim amaçlı mesafeli elektronik sözleşmelerinde, yasal koruyucu temeli atılmış ve belirli sürelerle bağlanmış geri alma hakkı ile korunması gereklidir. Bu tür sözleşmelerde de, geri alma hakkının kullanımı, diğer tüketici işlemlerinde olduğu gibi yenilik doğurucu bir işlemdir; ancak, geri alma hakkının kullanımına bağlanan sözleşmenin niteliği dikkate alındığında, taraflar yönünden yasal geri alma süresi içerisinde, yasal kare gereği askıda geçerli olduğu kabul edilmelidir⁴⁰. Askı dönemindeki bu geçici hukuksal durum, söz konusu olan mesafeli sözleşmelerin kesin olarak hüküm ifade edip etmeyeceğini belirlemede ciddi önem taşır. Geri alma hakkı süresinde ve usulüne uygun olarak kullanıldığında, değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak tüketicinin kurulan sözleşmeyle olan hukuksal bağı sona erdirerek, sözleşmeyi olası bir tasfiyeye, yani çözölme amaçlı bir borç ilişkisine dönüştürür. Bu yasal tasfiye ilişkisi çerçevesinde, taraflar, birbirlerinden daha önceden aldıkları maddi ya da işörme nitelikli edimleri geri verme veya geri sağlama borçlarını karşılıklı olarak aynı anda ifa ile yükümlü hale gelirler.

Ülkemizin tüketicinin korunması hukuku ile ilgili mevzuatında mesafeli sözleşmelerde irade beyanının geri alınması sorunu, henüz bir yasal düzenlemenin konusu olamamıştır. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ilgili birimi (TRKGM) tarafından hazırlanmış olan ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik tasarısı 4822 s. Yasa ile yasalaşmıştır. Bu yasanın genel gerekçesinde bir uyum yasası olarak çıkartılma amacı belirtilmekle birlikte; mesafeli sözleşmeler konusunda ne burada ele alınan konu ile ilgili ABYönergesi kurallarına, ne de tüketici sözleşmeleri hukukunun genel koruma ölçütlerine ve bu alana özgü kurallara uygun bir düzenleme olmaktan uzaktır. Bu nedenle, bir yandan, AB'ne tam üyelik sürecinde çıkarılmaya çalışılan uyum yasaları çerçevesinde konu ile ilgili AB Yönergelerine paralel bir yasal temelin oluşturulması; öte yandan, uluslararası tüketicinin korunması hukuku bağlamında acilen yeterli hukuksal güvence sağlayan tamamlayıcı bir pozitif sistemin

⁴⁰ Bu konudaki birbirinden farklı görüş ve tartışmalar için bkz. ve krş.: FİSCHER, Nikolaj, *Das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform*, DB Heft 5, 2002, 253 vd. özellikle de s. 254 dph. 20 – 23'e ait metinler.

oluşturulması zorunludur. Bu amaçla, ayrıntılı bir biçimde yasal temele bağlanması zorunluluğu bulunan mesafeli sözleşmeler ile bunlara özgü geri alma ve ürün iade hakları için, düzenleyici idarî tasarruflarla yasal dayanağı bulunmayan esaslı sınırlamalar getirme yoluna gitmeden ve tüketicinin daha lehine olan nisbî emredici nitelikli bazı yasal koruyucu kurallara yer verilmelidir.

Son olarak belirtilmesi gereken önemli bir nokta da; elektronik yoldan kurulan mesafeli tüketici sözleşmeleri bağlamında, tüketicinin, elektronik ortamda ve süreçte yaptığı irade beyanlarının hukuken belgelendirilebilmesi ve hukuken bağlayıcılık kazanabilmesi ile kesin delil sayılabilmesi için, güvenilir niteliği olan elektronik/dijital imzalı elektronik belgelerin maddi ve usûl (ispat) hukukları açısından durumunun özel bir yasal düzenlemeye bağlanması gerektiği ile ilgilidir. Bu amaçla yapılacak yasal düzenleme tekniğinde, Borçlar Kanunu'nun 14'üncü maddesine eklenebilecek bir fıkra da mutlaka, sertifika onay kuruluşlarından onaylı güvenilir elektronik (dijital) imzaların da, tıpkı elle atılan imzalar gibi hukuksal geçerlilik açısından eşdeğer etkide olduğunu ve yine HUMK'nda (m. 295 hükmüne ek bir madde ile) güvenilir elektronik imzalı belgelerin aksi kanıtlanıncaya kadar kesin bir delilin ispat gücünü taşıdığını belirten açık hükümlere yer verilmesi gerektiği, ayrıca belirtilmelidir⁴¹.

KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
Agç.	: adı geçen çalışma
ATRG.	: Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi
AcP.	: Archiv für die civilistische Praxis
AJP.	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel (Madde)
AT.	: Avrupa Topluluğu
Aufl.	: Auflage (Bası)
Bd.	: Band
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BB.	: BetriebsBerater
BM.	: Birleşmiş Milletler
A.	: Cilt
Diss.	: Dissertation (Doktora Tezi)

⁴¹ Bu yönde bkz.: BERBER, Leyla K., *İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza*, Ankara 2002, 207 vd.; ŞENOCAK, 134 – 135.

DB	: Der Betrieb
DPT.	: Devlet Planlama Teşkilâtı
dpn.	: Dipnot
EG.	: Europäische Union (Avrupa Birliği)
ETKK.	: Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu
EuZW	: Europäische Zeitschrift für
Wirtschaftsrecht	
f.	: fıkra
FG.	: Festgabe (Armağan)
FS.	: Festschrift (Armağan)
Hrsg.	: Herausgeber (Yayınlayan)
İTO.	: İstanbul Ticaret Odası
JuS.	: Juristische Schulung
JZ.	: Juristische Zeitung
krş.	: Karşılaştırınız
md.	: madde
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Nummer (Numara)
OJ.	: Officiel Journal (Resmî Gazete)
OR.	: Obligationenrecht
Rdn.	: Rundnummer (Kenar Numarası)
recht	: recht, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TRKGM.	: Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü
vb.	: ve benzeri
VuR.	: Verbraucher und Recht
WM.	: Wettbewerb – Mitteilungen
WRP.	: Wettbewerb in Recht und Praxis
ZSR.	: Zeitschrift für schweizerisches Recht

KAYNAKÇA

Acar, Faruk : *Uzağa Satış Sözleşmesi Yapımında Tüketicinin Korunması Hakkındaki Avrupa Topluluğu Direktifi*, İBD. C. 75, S. 1-2-3, 2000, 45 vd.

Akipek, Şebnem : *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Durumu*, BATIDER, Aralık 2002-C. XXI-S. 4, 43 vd.

Aral, Fahrettin : *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2000.

Atamer, Yeşim : *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Öngören Tasarı Taslağının Sözleşme Hukukunun Bazı Yönleri Açısından AB Mevzuatıyla Karşılaştırılması*, Yayınlanmamış Tebliğ.

Berber, Leyla Keser : “İmzalıyorum O halde Varım” Dijital İmza, *Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri*, TBBD, S. 2000/2 , Yıl: 13 , 503 – 556 .

Berber, Leyla keser : *İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza*, Ankara 2002.

Boemke, Burkhard : *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung*, AcP (197) 1997, Heft 1-2 , 161 vd.

Bohle, Wolfgang : *Grundlagen, Anwendungsaspekte und Umfang des Direktvertriebs*

Dallmer, H. (Hrsg.), Handbuch Direct Marketing, 6. Aufl. , Wiesbaden 1991, 369 – 385 .

Brunner, Alexander : *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, AJP 1992, 591 vd.

Bultmann, Fritz : *Rechtliche Fragen des Teleshopping*, NJW 1998, Heft 39, 2431- 2438 .

Bülöw, Peter / Artz, Markus: *Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB*, NJW 2000, 2049 – 2056.

Cox, Buket Öztuna : *Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler*, 1. Baskı: Eylül 2002.

Demir, Mehmet : *Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 2001.

Dornier, Roger : *Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäfte und ähnlichen Verträgen (Art.40a-g OR)*, Diss. St. Gallen 1994 .

Düll, Rudolf : *Zur Lehre vom Widerruf*, München – Berlin 1934 .

Eckert, H. W. : *Teleshopping, Vertragsrechtliche Aspekte eines neues Marketingskonzeptes*, DB 1994, 717 vd..

Eren, Fikret : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1998; C. II, İstanbul 1999 .

- Fischer, Nikolaj** : *Das verbraucher-schützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform*, DB Heft 5, 2002, 253 vd.
- Fuchs, Andreas** : *Zur Disponibilität Widerrufsrechte im Privatrecht*, AcP (196) 1996, Heft 4, 313 – 394 .
- Gernhuber, Hans Joachim** : *Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen* – Eine rechtsdogmatische Studie, WM., 52. Jahrgang, 1998, 1197 – 1805.
- Gilles, Peter** : *Das Recht des Direktmarketing, Kundenwerbung und Verträge außerhalb von Geschäftsräumen*, 1. Aufl., Heidelberg 1982 .
- Gilles, Peter** : *Recht und Praxis des Teleshopping*, NJW 1988, 2424 vd.
- Gonzenbach, Rainer** : « *Pacta sunt Servanda* » oder neues Licht auf einem alten Grundsatz – Notizen zu einem Konsumentenschutzproblem, ZSR , NF. 107, 1987 I, 435.
- Helm, Johann Georg** : *Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz*
- Dichtl (Hrsg.), Verbraucherschutz in der Marktwissenschaft, 1975, 61 vd. .**
- Huguenin, Jacobs Claire** : *Direktvertrieb und Widerrufsrecht*, AJP / PJA, 6/94, 691-698 .
- İnce, Murat** : *Elektronik Devlet, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Yeni İmkânlar*, DPT Yayını, Mart 2001.
- Kemper, Rainer** : *Verbraucherschutzinstrumente*, 1. Aufl., Baden – Baden 1994 .
- Keßler, J.** : *Rechtliche Aspekte des Teleshoppings – Zu den normativen Grenzen eines neuen Marketingkonzepts*, WRP 1991, 285 – 291 .
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2003.
- Kırca, Çiğdem** : *İnternette Sözleşme Kurulması*, BATIDER. C. XX, S.4, 2000, 97 vd.
- Kırçova, İbrahim / Öztürk, Pınar** : *İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar*, İTO Yayın No: 2000-29, İstanbul 2000.
- Koller-Tumler, Marlis** : *Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, Bern 1995.
- Köhler, Helmut** : *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, Heft 4, 185 – 190 .

- Kramer, Ernst A.** : *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrecht*, SZR NF 98(1979) I, 49 –92 .
- Liebs, Detlef** : *Reurecht des Käufers “an der Haustür”*, Göttingen 1970.
- Löwe, Walter** : *Schutz gegen Überrumpelung beim Vertagsabschluß*, BB 1986 , Heft 13, 821 vd. .
- Meub, Michael H.** : *Fernabsatz und E – Commerce nach neuem Recht*, DB Heft 7, 2002, 359 – 363.
- Micklitz, Hans – W.** : *Fernabsatzrichtlinie 97 / 7 / EG*, ZEuP 1999, 874 – 902.
- Oğuzman, M. K / Öz, T.** : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2000.
- Özel, Çağlar** : *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 1999 .
- Özsunay, Ergun** : *Elektronik Sözleşmeler – AB Hukuku ile Avusturya ve Alman Hukuklarındaki Gelişmelerin Işığı Altında Türk Hukukuna İlişkin Çözümler – “ AB’ de, Bazı Üye Devletlerde ve Türkiye’de Elektronik Ticaretin Hukuksal Sorunları – Elektronik Sözleşmeler – ” Konulu Konferans’da Sunulan Tebliğ*, 12 Mayıs 2000, İstanbul.
- Şenocak, Zarife** : *Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması*, AÜHFD. C. 50, S. 2, 2001, 97 – 135.
- Tandoğan, Halûk** : *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.I, 6. Basım Ankara 1990.
- Tandoğan, Halûk** : *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması*, Ankara 1977 .
- Tietz, Bruno** : *Der Direktvertrieb an Konsumenten – Ökonomische Grundlagen und Konsequenzen für den Verbraucherschutz – Vortrag anläßlich de Symposiums Werbung Direktvertrieb – Verbraucherschutz am 17.10.1975 in Hamburg , Saarbrücken 1975.*
- von Hippel, Eike** : *Verbraucherschutz*, Tübingen 1986 .
- von Hippel, Eike** : *Grundfragen des Verbraucherschutzes*, JZ 1972, 417 vd.
- Weitnauer, Hermann** : *Der Schutz der Schwächeren in Zivilrecht*, Karlsruhe 1975.
- Werner, Olaf** : *Teleshopping*, 1. Aufl. , Frankfurt 1999 .

Zerres, Thomas : *Die situativen Voraussetzungen des Haustürweiderrufsgesetzes – Eine marketing Orientierte rechtswissenschaftliche Untersuchung*, München – Mering 1997.

RAPORLAR ve İLGİLİ DİĞER METİNLER:

-Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu Raporu, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Mayıs 1988 .

-Tüketicinin Korunması, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Plânı, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2001 .

-Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı, TC.Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, TRKGM, Mart 2001 Ankara.

-Türkiye’de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri, Dr. Renan Baykan, Şubat 1997, İTO Yayını: 1997 – 6.

-Türkiye’nin Tüketici Koruması Mevzuatının Avrupa Birliği ile Uyumlaştırılması,

T. Bourgoignie – V. Cambier, Şubat 1999, İktisadî Kalkınma Vakfı Yayınları No: 155.

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK OLARAK *LEX MERCATORIA*

Didem Özdemir¹

ÖZET

Günümüzde milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların büyük bir kısmı milletlerarası tahkim yoluyla çözülmektedir. Devlet yargısına alternatif bir çözüm yolu olan tahkim sürecinde tahkime konu uyuşmazlığın hangi hukuka göre karara bağlanacağı hususu milletlerarası tahkime ilişkin gerek millî gerekse milletlerarası düzenlemelerde benzer şekillerde hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerde hukuk seçimi konusunda tarafların açık ya da zımnî iradelerine öncelik verilmiş, taraflarca yapılan açık ya da zımnî bir hukuk seçiminin bulunmaması durumunda uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuku belirleme yetkisi hakemlere bırakılmıştır. Hukuk seçimi, ister taraflarca ister hakemce yapılsın, millî bir hukukun seçimi doğrultusunda yapılabileceği gibi, millî olmayan kuralların seçimi doğrultusunda da yapılabilir. Konu her ne kadar tartışmalı olsa da, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları, mahallî ilişkileri düzenleyen millî hukuk kuralları yerine milletlerarası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda gelişen ve bu alanda genel kabul gören kural ve uygulamalardan oluşan milletlerarası ticaret hukukuna tâbi tutma eğilimi ağır basmaktadır.

Bu makalede, milletlerarası ticarî tahkime konu bir uyuşmazlığın çözümünde *lex mercatoria*'nın uygulanıp uygulanamayacağı ve uygulanması durumunda bunun söz konusu hakem kararının tenfizine engel teşkil edip etmeyeceği millî ve milletlerarası düzenlemeler çerçevesinde incelenmiştir.

(Anahtar Kelimeler: *Lex Mercatoria*, Tahkim, Hukuk Seçimi, Esasa Uygulanacak Hukuk, Tenfiz)

The Lex Mercatoria as the Applicable Law in International Commercial Arbitration

ABSTRACT

¹ Hazine Uzman Yardımcısı

Nowadays most of the international commercial disputes are resolved by international arbitration. In the process of arbitration as an alternative way of resolution to the state jurisdiction, the matter of under which law the dispute subject to the arbitration will be resolved is formulated similarly both in national and international regulations regarding the international arbitration. In these regulations the priority is given to the explicit or implicit wills of the parties in choice of law. In the absence of an explicit or implicit choice of law by the parties, arbitrators are authorized to identify the law to be applied in the resolution of the dispute. In either way, a national law or non-national rules can be chosen. Although the issue is still controversial, there is a trend of subjecting the disputes arising from international commercial relations to the international commercial law which consist of generally accepted rules and usages developed within the context of the necessities of the international trade instead of national laws regulating domestic relations.

This article examines whether *lex mercatoria* can be applied in the resolution of a dispute subject to an international commercial arbitration and whether the application of *lex mercatoria* will prevent the *exequatur* of this arbitral award in the content of national and international regulations.

(Key Words: *Lex Mercatoria*, Arbitration, Choice of Law, Applicable Law, *Exequatur*)

GİRİŞ

MİLLETLERARASI TİCARET, FAKLI DEVLETLERİN HUKUKUNA TÂBÎ BÖLGELER ARASINDA SÖZ KONUSU OLAN, MAL VE TİCARÎ HİZMETLERİN DEĞİŞİMİNE YÖNELİK İLİŞKİLERİ İFADE EDEN BİR KAVRAMDIR¹. MİLLETLERARASI TİCARET, DEVLETLERİN EKONOMİK REJİMLERİNİ VE TİCARETİ YAPANLARIN KİM OLDUĞUNU ÖNEMSEMEKSİZİN, KENDİ VARLIĞINI HER ZAMAN VE HER DEVİRDE GÖSTERMİŞ VE TOPLUMLARIN HIZLA ARTAN İHTİYAÇLARI DOĞRULTUSUNDA ÇOK BÜYÜK GELİŞMELER KAYDETMIŞTIR.

MİLLETLERARASI TİCARET ÇERÇEVESİNDE KENDİLİĞİNDEN OLUŞMAYA BAŞLAYAN *LEX MERCATORIA* İSE, MİLLETLERARASI TİCARETTE YAŞANAN GELİŞMELERE PARALEL BİR GELİŞİM GÖSTERMİŞ VE XX'NCİ YÜZYILDA BAĞIMSIZ BİR HUKUK KURALLARI BÜTÜNÜ OLARAK ORTAYA ÇIKMIŞTIR. *LEX MERCATORIA*, ÖZELLİKLE II'NCİ DÜNYA SAVAŞINDAN SONRA, HIZLA ARTAN MİLLETLERARASI TİCARÎ İLİŞKİLERİN İHTİYAÇLARINA CEVAP VERMEDE GİTTİKÇE YETERSİZ HALE GELEN MİLLÎ HUKUKLARIN YARATTIKLARI BOŞLUĞU DOLDURMAK VE MİLLÎ HUKUKLARIN GEREKSİZ SINIRLAMALARINI BERTARAF ETMEK AMACIYLA, MİLLETLERARASI TİCARET TOPLUMU TARAFINDAN GELİŞTİRİLMİŞ VE MİLLETLERARASI TİCARET HAYATINDA YAYGIN BİR UYGULAMA ALANINA KAVUŞMUŞTUR.

Lex mercatoria'nın, milletlerarası ticarî tahkimde, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk olarak, gerek taraflar ve gerekse hakem tarafından seçilip seçilemeyeceği hususu ile *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının, tenfiz aşamasında karşılaşılabileceği sorunlar, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu konu hakkında bir sonuca varabilmek için, *lex mercatoria*'nın tarihsel gelişimi ve kaynakları hakkında bilgi verildikten sonra, *lex mercatoria*'nın millî hukuk düzenleri ve irade muhtariyeti ilkesi ile olan ilişkisi açıklanacak; ikinci bölümde ise, milletlerarası ticarî tahkimde, *lex mercatoria*'nın ne şekilde uygulanabileceği konusu ile *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının, tenfiz

¹ **Kalpsüz, T.:** Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Halli, Ankara 1989, s.1; **Telli, S.:** Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Ankara 1991, s.13.

aşamasında karşılaşılabileceği sorunlar üzerinde durularak konunun Türk Hukuku'ndaki yansıması incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK *LEX MERCATORIA*

1. *LEX MERCATORIA* KAVRAMI

Milletlerarası ticarî tahkim literatüründe yaygın bir kullanıma sahip olan *lex mercatoria* ifadesi, Latince'de hukuk anlamına gelen *lex* ve ticaret anlamına gelen *mercatoria* kelimelerinden oluşmaktadır. Milletlerarası ticaretin yasal tekniklerinin, politik, ideolojik ve ekonomik görüşleri farklı olsa bile tüm ülkelerde aynı olması, *lex mercatoria*, *law merchant* ve milletlerarası ticaret hukuku gibi çeşitli isimlerle anılan genel kabul görmüş olan kuralların gelişmesine öncülük etmiştir¹. Aynı kavramı adlandırmadaki bu çeşitlilik, tanımlandırmada da mevcuttur.

Lex mercatoria, en kısa şekilde, milletlerarası ticarî işlemlere ilişkin genel hukukî ilkeler olarak tanımlanmıştır². Ayrıca, *lex mercatoria*'yı, farklı ülkeleri ilgilendiren özel ticarî ilişkileri düzenleyen hukukî kurallar bütünü³; hiçbir millî hukuk sistemine dayanmadan, milletlerarası ticaret çerçevesinde spontane bir biçimde oluşmuş genel ilkeler ve örf ve âdet kuralları bütünü⁴; milletlerarası ticaretle uğraşan veya uyuşmazlıkla ilgisi olan devletlerin hepsinde veya büyük bir kısmında ortak olan hukuk kuralları⁵ ve milletlerarası ticaret camiası tarafından yaratılan bağımsız bir hukuk sistemi⁶ olarak tanımlayanlar da vardır.

¹ **Stoecker, C.W.O.:** "The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Exist?", *JIA*, 1990, C. VII, S.1, s.101.

² **Scmitthoff, C.M. (Ed. C.M. Schmitthoff):** "Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions", *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Deventer 1982, s.19, (**Nature and Evolution**).

³ **Goldstajn, A. (Ed. F. Fabricus):** "The New Law Merchant Reconsidered", *Law and International Trade*, Frankfurt 1973, s.171, (**Law Merchant**).

⁴ **Goldman, B. (Ed. J.D.M. Lew):** "The Applicable Law: General Principles of Law- The Lex Mercatoria", *Contemporary Problems in Arbitration*, Dordrecht, The Netherlands 1987, s.116.

⁵ **Lando, O.:** "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *ICLQ*, 1985, C. XXXIV, S.4, s.747, (**Lex Mercatoria**).

⁶ **Cremades, B.M./ Plehn, S.L.:** "The New Lex Mercatoria and Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions", *Bos. Uni. ILJ*, 1984, C. II, s.324.

Lex mercatoria'yı bir hukuk kuralları bütünü veya millî hukuklardan bağımsız bir hukuk sistemi olarak tanımlayan bu görüşlerin yanında, *lex mercatoria*'yı bağımsız bir hukuk sistemi olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını savunan görüşler⁷ de mevcuttur. Bu görüşte olanlara göre⁸, bir hukuk sisteminin belirlenebilirlik, kesinlik, uygulanabilirlik ve özerklik gibi niteliklere sahip olması gerekir. *Lex mercatoria* ise, milletlerarası ticaretle uğraşanların güvenilebileceği belirli, kesin, uygulanabilir ve özerk bir hukuk sistemi oluşturmamaktadır⁹.

Lex mercatoria'nın bir hukuk sistemi olarak tanımlanmasını reddeden görüşler, milletlerarası ticaret uygulaması incelendiğinde temelsiz kalacaktır. Zira günümüzde, milletlerarası ticaretle ilgili hukukî ilişkileri düzenleyen ve *lex mercatoria*'nın kaynaklarını oluşturan çok sayıda milletlerarası karakterli maddî kural, teamül ve uygulamalar mevcuttur¹⁰. Tüm bu kural, teamül ve uygulamalar, milletlerarası ticaret hayatında etkin bir şekilde uygulanmakta ve millî devletlerin iradesinden bağımsız bir şekilde sürekli gelişmektedir. Ayrıca, hukuk, sadece millî devletlerin iradesinden kaynaklanan kurallardan da ibaret değildir¹¹. Milletlerarası hukukun asıl kaynaklarını milletlerarası anlaşmalar, örf ve âdet kuralları ve hukukun genel ilkeleri oluşturmaktadır¹². Dolayısıyla, konuya bu açıdan bakıldığında, tüm bu kaynaklar yanında milletlerarası kuruluşlarca hazırlanan ve milletlerarası ticareti konu edinen genel şartlar, standart sözleşmeler ve yeknesak kurallardan oluşan *lex mercatoria*, bağımsız bir milletlerarası ticaret hukuku olarak ortaya çıkmaktadır¹³.

Milletlerarası ticaret hukukunun, yani *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk kuralları bütünü olarak ortaya çıkışı, XX'nci yüzyılda hukuk alanında yaşanan gelişmelerin en önemlilerinden birini oluşturmaktadır. Bu gelişim sonucunda, geleneksel ticaret hukuku, iç hukuk ilişkilerine ve milletlerarası ticarî ilişkilere uygulanan ticaret hukuku olarak ikiye ayrılmıştır. İç hukuk ilişkilerine uygulanan kurallar, ekonomik yönden zayıf olan tüketici, işçi ve

⁷ **Wilkinson, V.L.D.:** "The New Lex Mercatoria: Reality or Academic Fantasy?", *JIA*, 1995, C. XII, S.2, s.112-115.

⁸ **Wilkinson,** s.112.

⁹ **Wilkinson,** s.115.

¹⁰ **Şanlı, C.:** Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s.322, (**Esasa Uygulanacak Hukuk**).

¹¹ **Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk,** s.338.

¹² **Pazarıcı, H.:** Uluslararası Hukuk Dersleri, C. I, B.9, Ankara 2001, s.102.

¹³ **Cremades/ Plehn,** s.324.

küçük yatırımcıyı korumaya yönelik olan sosyal sorumluluk ilkesine dayanırken, milletlerarası ticaret hukukunda böyle eğilimler genellikle yoktur. Ayrıca, millî ticaret hukukları, millî hukuklara sıkı sıkıya bağlıyken, milletlerarası ticaret hukukunda, millî hukukun engellerinden uzaklaşma ve ortak bir milletlerarası içerik saptama eğilimi ağır basmaktadır¹⁴.

Milletlerarası ticaret alanında, millî hukukların uygulanma alanları gittikçe daralırken, millî hukukların kısıtlamalarından sıyrılmaya çalışan ticarî uygulamaların etkisi ise artmaktadır. Millî hukuklardaki farklılıkların milletlerarası bir piyasanın oluşumunu elverişsiz hale getirmesi, millî hukukların, milletlerarası ticaret hayatının problemlerini çözüme kavuşturmada gittikçe yetersiz hale gelmeleri ve milletlerarası ticarî akitlere tahkim kaydının konması gereği gibi sebepler, özerk bir milletlerarası ticaret hukukunun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır¹⁵.

2. LEX MERCATORIA’NIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Milletlerarası ticaret hukuku, eski *lex mercatoria* (ortaçağ tacir hukuku) süreci, ortaçağ tacir hukukunun millî hukuklara dâhil edilmesi süreci ve modern yaklaşım süreci olmak üzere üç aşamalı bir gelişim göstermiştir¹⁶.

I. Eski Lex Mercatoria (Ortaçağ Tacir Hukuku) Süreci

Milletlerarası tacir toplumu tarafından Avrupa’da geliştirilen uygulamalarla oluşmaya başlayan ve zamanla örf ve âdet hukuku haline gelen ortaçağ tacir hukuku, bu uygulamaların Avrupa’nın her yerinde aynı ölçüde kabul görmesinden dolayı milletlerarası bir niteliğe sahip olmuştur¹⁷. Tacir toplumu tarafından geliştirilen bu hukuk, önce İtalyan şehirlerinde uygulanmaya başlanmış, daha sonra Fransa, İspanya ve İngiltere de dahil olmak üzere tüm Avrupa’ya yayılmıştır¹⁸.

Bu dönemde, Batı Avrupa ortaçağ toplumunun feodal yapısı, özerk bir tacir hukukunun gelişimine zemin hazırlamıştır. Feodal

¹⁴ Schmitthoff, C.M. (Ed. C.J. Cheng): “The Law of International Trade”, *Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht 1988, s.219, (Trade).

¹⁵ Goldstajn, *Law Merchant*, s.174-175.

¹⁶ Schmitthoff, *Trade*, s.220.

¹⁷ Schmitthoff, *Trade*, s.220.

¹⁸ Baron, G.: (1998), “Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*?”, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>> (20.10.2003).

toplum toprağa bağı ve içine kapanık bir toplumdur. Ortaçağ taciri ise coğrafi bakımdan dinamiktir ve bunun sonucu olarak birbirinden farklı ve birbiriyle çelişen kurallarla karşı karşıya gelmiştir¹⁹. Ancak, farklı otoritelerin koydukları bu kurallar, milletlerarası ticaretle uğraşanların ihtiyaçlarına cevap vermekte çoğu zaman yetersiz kalmıştır. Bu yetersizlik karşısında tacirler, kendi ticaret uygulamalarını oluşturup, kendi kurallarını kendileri koymaya başlamışlardır. Bu kurallar, yine tacirler tarafından oluşturulan ticaret mahkemeleri sayesinde kuvvetlenmiş ve hukukî dayanaklarına kavuşmuştur²⁰.

Bu gelişmeler karşısında Avrupa'daki otoriteler ise, kendi kuralını kendisi koyan ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları, yine kendisinin oluşturduğu mahkemelerde çözen tacir sınıfına karşı, yüksek vergi geliri ve tacirler tarafından sağlanan yabancı mallara ulaşma hevesi nedeniyle sıcak bir yaklaşım göstermişler ve tacirleri, mahallî düzeni ihlâl etmemek kaydıyla kendi ilişkilerini düzenlemek konusunda serbest bırakmışlardır²¹.

Dinamik bir çevredeki esneklik ve güven ihtiyacını karşılayan normlardan oluşan ortaçağ tacir hukuku, bu şekilde, ticarî uygulamalardan doğmuş ve bölgesel ihtiyaçlar ile statik bir feodal topluma bağı olan mahallî hâkimlerin uyguladıkları hukuktan farklı bir nitelik arz etmiştir²².

II. Ortaçağ Tacir Hukukunun Millî Hukuklara Dâhil Edilmesi Süreci

XVII'nci yüzyıldan XIX'uncu yüzyıla kadar devam eden bu dönemde, modernleşme yolundaki devletlerin yöneticileri, *lex mercatoria*'yı, bağımsızlıklarına karşı dış bir tehdit olarak algılamaya başlamışlar ve bunun sonucunda tüm vatandaşlarını kendi millî hukuklarına tâbi kılmak için, ortaçağ boyunca tacirlere tanınan imtiyazları ortadan kaldırdıkları gibi, tacir mahkemelerini de millî mahkemelerin sistemleriyle birleştirmişlerdir²³.

Bu dönemde hâkim olan düşünce, söz konusu olan tek hukukun millî hukuk olduğu ve dolayısıyla, milletlerarası ilişkilerin de sadece millî hukuklarla düzenlenebileceği düşüncesidir. Bu düşünceyle, devlet politikalarına ve millî menfaatlere uygun düştüğü ölçüde, *lex mercatoria*'nın evrensel kuralları millî hukuk sistemlerine dâhil

¹⁹ Cremades/ Plehn, s.318.

²⁰ Stoecker, s.102.

²¹ Cremades/ Plehn, s.318.

²² Cremades/ Plehn, s.319.

²³ Cremades/ Plehn, s.319-320.

edilmiştir²⁴. Avrupa kıtasında bu geçiş, büyük oranda kanunlarla, İngiltere’de ise *Sir John Holt* ve *Lord Mansfield* gibi ünlü yargıçların verdikleri kararlarla sağlanmıştır²⁵. Fransa’da 1807 yılında kabul edilen *Code de Commerce* ve Almanya’da 1861 yılında yürürlüğe giren *Allgemeine Handelsgesetzbuch*, bu amaçla Avrupa’da çıkarılan kanunlara örnek olarak gösterilebilir²⁶.

Bu tür kanunlaştırmaların sonucu olarak ticarî meseleler, kendi usûl kurallarını ve maddî hukukunu uygulayan ve tacir olmayan yargıçlardan oluşan millî mahkemelerin yargılama yetkileri kapsamına girmiştir. Ancak bu durumun, tacir toplumunun menfaatlerine ve temelleri milletlerarası ilişkilere dayanan davaların yapısına ters düştüğü de aşîkârdır²⁷.

Sonuç olarak denebilir ki, *lex mercatoria*’nın bu şekilde farklı hukuk sistemlerine dâhil edilmesi, onun, millî politika ve menfaatlere tâbi hale gelmesi ve homojen ve özerk bir hukuk sistemi olma özelliğini yitirmesi sonuçlarını doğurmuştur²⁸.

III. Modern Yaklaşım (Yeni *Lex Mercatoria*) Süreci

II. Dünya Savaşından sonra milletlerarası ticaret, artan bir şekilde genişlemeye başlamış ve 1980’lerin başlarındaki ekonomik durgunluk bile, bu genişlemeyi, yavaşlatmasına rağmen, durduramamıştır. Ayrıca, ticaret alanındaki bu gelişmeye paralel olarak, bilim ve teknoloji alanlarında da olağanüstü gelişmeler yaşanmıştır. Sanayi ve tarım ürünlerinin imalâtında yaşanan artış ise çok daha geniş piyasalara ve gelişmiş dağıtım sistemlerine olan ihtiyacı gündeme getirmiştir²⁹.

Özellikle ulaşım ve iletişim alanlarında yeni metodların keşfedilmesiyle, dünya küçük bir yer haline gelmiştir. Birbirlerinden coğrafi olarak çok uzak olsalar da, farklı milletler arasındaki ticaret kolaylaşmış ve böylece çok sayıda yeni pazar oluşmuştur. Değişik hukuk sistemleriyle karşı karşıya gelen tacir toplumu ve modern devletler, bağımsız millî hukuk sistemlerinin, milletlerarası ticarî işlemlere uygulanmasının, global ticaretin gelişimini engelleyeceğini fark ederek, nerede yapılırsa yapılsın tüm ticarî işlemlere uygulanacak

²⁴ Stoecker, s.103.

²⁵ Schmitthoff, Trade, s.220-221.

²⁶ Cheng, C.J. : Basic Documents on International Trade Law, B.2, London 1990, s.9.

²⁷ Stoecker, s.103.

²⁸ Cremades/ Plehn, s.320.

²⁹ Schmitthoff, Trade, s.219.

kurallar oluşturma gereğini duymuştur³⁰. Bu amaçlarla, 1950'li ve 1960'lı yıllarda, farklı ekonomik yapıda ve ekonomik gelişme sürecinin farklı aşamalarında olan ülkelerden gelen hukukçuların katıldığı milletlerarası konferanslar düzenlenmiş ve bu konferanslar sonucunda önemli bir gerçek ortaya çıkmıştır. Bu gerçek, milletlerarası ticareti yöneten yasal tekniklerin, söz konusu ülkelerin politik, ekonomik ve ideolojik eğilimleri ne olursa olsun, her yerde aynı olduğudur³¹.

Ticarî işlemleri düzenleyen hukuk, ne kapitalist, ne de sosyalisttir; dolayısıyla, bu işlemlerden faydalananların kapitalist veya sosyalist bir ülkede bulunması, milletlerarası ticaretin gelişimi için bir engel teşkil etmemektedir. Milletlerarası ticaret hukuku, tüm dünyada kabul gören ortak kurallara dayanmaktadır ve modern ticaret de, bütün ülkelerde kabul gören yeknesak kurallara dayanan milletlerarası bir ticaret hukukunun varlığını gerektirmektedir³².

Milletlerarası ticarî işlemlere uygulanacak ortak kuralların kabulü, XX'nci yüzyılda hukuk alanında yaşanan gelişmelerin en önemlilerinden biridir ve bu gelişim yeni *lex mercatoria* olarak adlandırılmaktadır³³. Millî hukukların çizdikleri sınırlardan uzaklaşma yolunda yaşanan bu gelişimin belli başlı üç sebebi vardır. Bunlar, çeşitli hukuk sistemlerindeki büyük farklılıkların, milletlerarası bir piyasanın varlığını elverişsiz hale getirmesi; millî hukukların, milletlerarası ticaretle ilgili meseleleri çözme konusunda gittikçe yetersiz hale gelmesi ve milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmelere tahkim kaydının konmasıdır³⁴.

Lex mercatoria'nın bu aşamadaki gelişimi üç özelliğe sahiptir. Bu özelliklerden ilki, milletlerarası ticaret kurallarının tüm millî hukuklarda dikkate değer bir benzerlik göstermesi; ikincisi, bu kuralların değişik millî yargılamalarda uygulanmasının millî otoritelerce sağlanıyor olması; üçüncüsü ise, bu kuralların milletlerarası kuruluşlar tarafından formüle edilmesidir³⁵.

Yeni *lex mercatoria* olarak adlandırılan bu oluşumun kökleri her ne kadar ortaçağ tacir hukukuna dayansa da³⁶, bu iki hukuk arasında

³⁰ Stoecker, s.104.

³¹ Schmitthoff, *Trade*, s.220.

³² Goldstajn, *Law Merchant*, s.174.

³³ Schmitthoff, *Nature and Evolution*, s.19.

³⁴ Goldstajn, *Law Merchant*, s.174-175.

³⁵ Cheng, s.10.

³⁶ Wilkinson, s.105.

önemli farklılıklar vardır. Bunlardan ilki, yeni *lex mercatoria*'nın, dünya düzeninin hâlâ kendisine dayandığı millî egemenlik görüşüyle uzlaştırılması gereği; ikincisi ise, ortaçağ tacir hukukunun gelişiminin gelişigüzel ve plânsız olmasına rağmen, modern *lex mercatoria*'nın, bu konuda düzenlemeler getiren kuruluşlar tarafından önceden tasarlanmış olması ve milletlerarası sözleşmelerde, model kanunlarda ve ICC gibi kurumlar tarafından basılan dokümanlarda ifade edilmesidir³⁷.

3. LEX MERCATORIA'NIN KAYNAKLARI

Lex mercatoria kavramına ilişkin olarak getirilen ortak bir tanım olmadığı gibi, *lex mercatoria*'nın kaynakları konusunda da doktrinde bir fikir birliği yoktur. Bazı yazarlara göre, *lex mercatoria*'nın kaynakları, milletlerarası mevzuat ve milletlerarası ticarî örf ve âdetle sınırlıyken³⁸, bazı yazarlar farklı bir liste sunmakta ve *lex mercatoria*'nın kaynaklarını yeknesak kurallar, hukukun genel ilkeleri, milletlerarası kuruluşların koydukları kurallar, örf ve âdet kuralları, standart sözleşmeler ve tahkim kararları olarak sıralamaktadırlar³⁹.

Doktrindeki farklı görüşlere rağmen, yine bu görüşlere dayanan ve hukukun genel ilkelerini, milletlerarası mevzuatı, davranış kodlarını, milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını ve hakem kararlarını kapsayan bir kaynaklar listesi oluşturmak mümkündür.

I. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri, millî hukuk sistemlerinin tümünde veya büyük bir çoğunluğunda ortak olarak kabul edilen ilkelere⁴⁰. Bu ilkelerin, *lex mercatoria*'nın bir kaynağı olarak kabul edilmelerinin sebebi, genel kabul görmüş olmaları ve dolayısıyla bir çeşit evrensel uygulama oluşturmalarıdır⁴¹.

Hukukun genel ilkelerine örnek olarak “ahde vefa” (*pacta sunt servanda*), “iyiniyet” (*bono fide*) ve “irade muhtariyeti” gibi ilkeler

³⁷ Schmitthoff, *Trade*, s.222; Goldstajn, A.: (1986), “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention”, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstajn.html>> (20.10.2003), (*Usages of Trade*).

³⁸ Schmitthoff, *Trade*, s.223.

³⁹ Lando, *Lex Mercatoria*, s.749-751.

⁴⁰ Goldman, s.115.

⁴¹ Chukwumerije, O.: *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994, s.112.

gösterilebilir⁴². Ayrıca, bir tarafın sözleşmeyi esaslı ihlâli halinde, diğer tarafın fesih hakkının bulunduğuna ilişkin kural da, hukukun genel ilkeleri arasında sayılmaktadır⁴³.

II. Milletlerarası Mevzuat

“Milletlerarası mevzuat” terimi, milletlerarası bir yasama organı mevcut olmadığından yanıltıcı gibi görünse de, bu terim, bir şekilde milletlerarasında oluşan ve millî yasama organları tarafından millî hukuk sistemlerinde etkili hale getirilen normatif düzenlemeleri tanımlamak için uygun bir terimdir. Bu anlamda milletlerarası mevzuat, çok taraflı milletlerarası sözleşmelerin devletler tarafından kabulü ve yine devletler tarafından kabul edilebilecek model kanunların formüle edilmesi olarak iki şekilde ortaya çıkmaktadır⁴⁴.

Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*), Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (*United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD*), Özel Hukukun Birleştirilmesine Dair Milletlerarası Hukuk Enstitüsü (*Institut International pour L’Unification du Droit Privé, UNIDROIT*), Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce, ICC*) ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Milletlerarası Merkez (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID*) gibi bazı milletlerarası kuruluşlar, *lex mercatoria*’nın kaynaklarından birini oluşturan sözleşme ve model kanunların hazırlanmasında özellikle etkindir⁴⁵.

Çok-taraflı sözleşmelere örnek olarak 1921 tarihli Konşimentoya İlişkin Hague Kuralları (*Hague Rules Relating to Bills of Lading*) ile 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi (*New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*); model kanunlara örnek olarak ise 1964 tarihli Milletlerarası Menkul Satımı Hakkındaki Yeknesak Kanun (*Uniform Law on International Sale of Goods*), Milletlerarası Menkul Satımı Sözleşmelerinin Kurulmasına İlişkin Yeknesak Kanun (*Uniform Law on the Formation of Contracts*

⁴² Chukwumerije, s.112.

⁴³ Lando, *Lex Mercatoria*, s.750.

⁴⁴ Schmitthoff, C.M. (Ed. C.M. Schmitthoff): “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”, *The Sources of the Law of International Trade*, London 1964, s.16, (The Law).

⁴⁵ Birsell, M.: “The Evolution of International Economic Order Towards the Organic Concept of Law”, *BATIDER*, 1977, C. IX, S.1, s.85.

for International Sale of Goods), Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) ile Poliçe ve Bonolara İlişkin Yeknesak Kanun (*Uniform Law for Bill of Exchange and Promissory Notes*) gösterilebilir⁴⁶.

III. Davranış Kodları

Lex mercatoria'nın diğer bir kaynağı olan davranış kodları, milletlerarası ticaret toplumunun veya bu toplumun belli bir branşında faaliyet gösterenlerin, kendi aralarındaki uygulamalardan doğan örf ve âdet kurallarını yazılı şekilde formüle eden kodlardır ve bu kodlar genel şartlardan, standart sözleşmelerden ve bunlar dışındaki yeknesak düzenlemelerden oluşmaktadır⁴⁷. Anlaşılabacağı üzere, bu genel şart ve standartların özü, milletlerarası ticaret toplumunun zaman içindeki uygulamalarından doğan ortak anlayış ve teamüllerdir⁴⁸.

Genel şartlar konusunda Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun (*United Nations Economic Commission for Europe, UNECE*) çalışmaları ön plana çıkarken, yeknesak düzenlemelerin oluşturulmasında ise ICC aktif bir rol oynamaktadır. ICC'nin bu konudaki en yaygın düzenlemeleri, milletlerarası karakterli ticarî terimlerin yorumuna ilişkin *INCOTERMS* ile Vesikalı Kredilerle İlgili Yeknesak Örf ve Âdetler'dir (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*).

IV. Milletlerarası Ticarî Örf ve Âdet Kuralları

Milletlerarası ticaretteki örf ve âdet kurallarına, milletlerarası ticaret hayatındaki genel uygulamalarda, milletlerarası kuruluşlar tarafından yapılan yazılı düzenlemelerde ve standart sözleşmelerde rastlamak mümkündür⁴⁹. Bunların bir kısmı, genel olarak milletlerarası ticaretle, bir kısmı ise milletlerarası ticaretin bazı özel alanlarıyla ilgilidir⁵⁰.

Genel uygulamalardaki örf ve âdet kuralları, belli bir ticaret sektöründe kullanılan ve yazılı olmamalarına rağmen bu sektördeki tacirlerin çok büyük bir kısmı için ortak olan uygulamalardır⁵¹. Ticaretin belli bir alanında faaliyet gösteren tacirler, kendileriyle ilgili

⁴⁶ Schmitthoff, *Nature and Evolution*, s.23-24.

⁴⁷ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.332.

⁴⁸ Goldstajn, *Law Merchant*, s.184.

⁴⁹ Wilkinson, s.110.

⁵⁰ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.342.

⁵¹ Cremades/ Plehn, s.326.

örf ve âdet kurallarını bilmekte ve aralarında yaptıkları işlemlerde bunları kendiliklerinden uygulamaktadır⁵². Ayrıca, ICC gibi bazı milletlerarası kuruluşlar tarafından ticaretin belli alanlarında uygulanmak üzere oluşturulan kural ve düzenlemeler de bu alandaki tecrübe ve uygulamaları ifade etmektedir⁵³.

V. Hakem Kararları

Millî hukuk sistemlerinin milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmadaki başarısızlıkları ve bu tür uyuşmazlıkları millî mahkemelerin hüküm alanından uzak tutma isteği, tacirleri, milletlerarası ticarî tahkime yönelten sebeplerin başında gelmekte olup⁵⁴, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların büyük bir kısmı hakem kararlarıyla çözülmektedir⁵⁵. Bu nedenle, hakem mahkemeleri, *lex mercatoria*'nın ilkelerinin belirlenmesi için bir araç olarak görülmekte ve bunların verdikleri kararlar *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında önemli bir yer tutmaktadır⁵⁶. Bu düşüncede olan yazarlar, gerekçeli kararların daha çok yayınlanmasını istemekte ve böylece belli bir millî hukuka dayanma ihtiyacı duyulmadan uygulanabilecek genel kabul gören ilkelerin gelişiminin kolaylaşacağını ileri sürmektedirler⁵⁷. Ancak, milletlerarası ticarete her uyuşmazlığın rekabet amaçlı kullanımı yaygın olduğundan hakemlik kurumuna ilişkin çoğu tüzük hakem kararlarının yayımına engel olmaktadır⁵⁸.

4. LEX MERCATORIA İLE MİLLÎ HUKUK DÜZENLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bütün millî hukuk sistemlerinde kurallar, taraflarca değiştirilemeyecek emredici kurallar ve tarafların iradelerine tâbi olan ihtiyarî kurallar olarak iki grupta toplanırlar. Belli bir kuralın ihtiyarî veya emredici bir nitelik taşıması, devlet düzeniyle ilgili bir menfaatin

⁵² **Wilkinson**, s.110.

⁵³ **Chukwumerije**, s.113.

⁵⁴ **Medwig, M.T.:** "The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality", *Law and Policy in International Business*, 1993, C. XXIV, S.1, s.596.

⁵⁵ **Derains, Y. (çev. Aydoğan Özman):** "Milletlerarası Ticaret Odası Hakemlerinin Sözleşmeye İlişkin Uluslararası Hukukun Yaratılmasına Katkıları", *BATİDER*, 1978, C. IX, S.3, s.819.

⁵⁶ **Chukwumerije**, s.114.

⁵⁷ **Lando, Lex Mercatoria**, s.751.; **Chukwumerije**, s.114.; **Sanders,P.:** "Trends in International Commercial Arbitration", *Rec. des Cours*, 1975, C. CXLV, S.2, s.263.

⁵⁸ **Derains**, s.819.

söz konusu olup olmamasına bağlıdır. Kamu menfaatinin söz konusu olduğu bir kural emredici olarak nitelendirilirken, devletin tarafsız olduğu alanlara ilişkin kurallar ihtiyarî kurallardır ve bu alanlarda kendi ilişkilerinin hukukî düzenlerini oluşturmak taraflara bırakılmıştır⁵⁹. Taraflar, emredici kuralları, isteseler de istemeseler de kabul etmek durumundayken, ihtiyarî kuralları kabul edip etmeme ve hatta bu kuralları kendi menfaatleri doğrultusunda değiştirme imkânına sahiptirler⁶⁰.

Dünyadaki tüm ülkelerde, sözleşmeler hukukunun geniş bir kısmı ihtiyarî kurallarla düzenlenmiştir ve bu alanda irade muhtariyeti ilkesi uygulanmaktadır. Ancak, bu alanda, etkileri küçümsenemeyecek emredici kurallar da mevcuttur ve tüm millî hukuk sistemleri, kamu düzenini, irade muhtariyeti ilkesinin bir istisnası olarak kabul etmektedir⁶¹.

Türk Hukukunda da 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) kabulü ile milletlerarası sözleşmelere uygulanacak hukuk alanındaki boşluk bu Kanun'un 24'üncü maddesi ile giderilmiş ve 24'üncü maddenin 1'inci fıkrasında sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbi olacakları hüküm altına alınmıştır⁶². Anılan fıkra da her ne kadar "kanun" kelimesi geçse de MÖHUK tasarısı ile ilgili olarak yapılan sempozyumda bunun "hukuk" şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Bunun yanında, dünyadaki uygulamaya paralel bir şekilde kamu düzeni irade muhtariyeti ilkesinin istisnası olarak kabul edilmiş ve MÖHUK'un 5'inci maddesinde yetkili yabancı hukukun uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Dolayısıyla, millî otoritelerin, sözleşmeler hukuku alanında taraflarca geliştirilen özerk bir milletlerarası ticaret hukukuna, kamu düzeni istisnası dışında, herhangi bir müdahası olmamaktadır. Ayrıca, özellikle ICC tarafından formüle edilen yeknesak düzenlemeler, millî

⁵⁹ Schmitthoff, Trade, s.222.

⁶⁰ Schmitthoff, Nature and Evolution, s.20.

⁶¹ Schmitthoff, Trade, s.222.

⁶² Akıncı, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, s.35-36, (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk).

⁶³ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun Öntasarısı Sempozyumu, (22-24 Kasım 1976), İstanbul 1978, s.174-175, (MÖHUK Sempozyumu).

lkelerde, millî devletlerin zımnî rızası desteğinde uygulanmakta⁶⁴ ve millî düzenlemeler içerisinde yer alan bazı hükümler de milletlerarası nitelikli yeknesak kural ve teamüllere atıfta bulunabilmektedir⁶⁵. Örneğın, 12 Mayıs 1981 tarihli Kararname ile Fransız Medenî Usûl Kanunu'na eklenen 1496'ncı maddede hakemin, uyuşmazlığı tarafların seçmiş olduğu, böyle bir seçim yapılmamışsa kendisi için uygun olan hukuk kurallarına göre karara bağlayacağı ve her hakkârda ticarî örf ve âdetleri dikkate alacağı hüküm altına alınmıştır⁶⁶.

Sonuç olarak denilebilir ki, sözleşmeler hukuku alanındaki millî düzenlemelerin, taraflarca geliştirilen özerk bir milletlerarası ticaret hukukuna, kamu düzeni istisnası dışında, herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, milletlerarası ticaret hukuku, kendi özerk karakterini, millî otoritelerin verdikleri izin ve yetkilerle elde etmiştir. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası ticaret hukukunun temeli, millî hukuklara dayanmaktadır; ama, tüm millî otoritelerin, kural olarak tarafsız oldukları bir alanda, milletlerarası ticaret toplumu tarafından geliştirilmiştir⁶⁷.

5. LEX MERCATORIA İLE İRADE MUHTARİYETİ İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Milletlerarası Özel Hukuk'da irade muhtariyeti, âkit tarafların, aralarında yaptıkları akdi, belli bir hukuka tâbi tutabilme yetkilerini ifade eder⁶⁸. Akitler alanında taraf menfaatinin söz konusu olması, bu alanın düzenlenmesinin taraf iradelerine bırakılması sonucunu doğurmuştur⁶⁹.

İç hukukta, emredici kuralların izin verdiği ölçüde sözleşmenin içeriğinin taraflarca belirlenmesine imkân veren irade muhtariyeti prensibi (akit serbestisi), Milletlerarası Özel Hukuk'da, taraflara, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme yetkisi vererek, daha geniş bir kapsama ulaşmaktadır⁷⁰.

⁶⁴ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.338.

⁶⁵ Göğer, E.: Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti, B.2, Ankara 1980, s.42-43.

⁶⁶ Lando, *Lex Mercatoria*, s.756.

⁶⁷ Schmitthoff, *Trade*, s.223.

⁶⁸ Nomer,E./ Şanlı, C.: Devletler Hususi Hukuku, B.12, İstanbul 2003, s.291.

⁶⁹ Tekinalp,G.: Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları, B.7, İstanbul 2002, s.279.

⁷⁰ Akıncı, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s.11.

İrade muhtariyetinin en önemli avantajı, taraflara, en iyi bildikleri hukuku seçebilme imkânı vermesidir. Ayrıca, bu durumda taraflar, birbirlerinden neler talep edebileceklerini, yani yükledikleri borçların neler olduğunu da bildiklerinden, kesinlik ve öngörülebilirlik de sağlanmış olacaktır⁷¹.

Millî hukuk sistemlerinin büyük bir kısmı, yaptıkları sözleşmenin tâbi olacağı hukuku seçebilme imkânını taraflara tanımaktadır⁷². Daha önce de ifade edildiği gibi, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda da, irade muhtariyeti ilkesi, MÖHUK'un 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş ve yabancı unsurlu özel hukuk sözleşmelerinde, uygulanacak hukukun taraflarca belirlenebilmesi imkânı getirilmiştir. Ancak, anılan maddeyle getirilen hukuk seçimi imkânı, sadece açık hukuk seçimini kapsamakta, zımnî hukuk seçimine yer vermemektedir. Bunun sebebi, zımnî seçimde tespit zorlukları olması şeklinde açıklanmıştır⁷³.

Ayrıca bu ilke, tahkim ve sözleşme hukukuyla ilgili tüm milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmekte ve milletlerarası tahkim uygulamasının devamlı ve yaygın bir özelliğini oluşturmaktadır⁷⁴. İrade muhtariyeti ilkesinin, millî ve milletlerarası düzenlemelerde genel kabul görmesi, onun, genel bir hukuk ilkesi olma niteliğini ortaya koymakta ve bunun sebebi ise, ilkenin, milletlerarası akitlerin mahiyetine ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düşmesi şeklinde açıklanmaktadır⁷⁵.

İrade muhtariyeti ilkesinin genel hukuk ilkeleri arasında yer alması, onun *lex mercatoria* ile olan ilişkisini ortaya koymaktadır. Zira hukukun genel ilkeleri, *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında sayılmakta⁷⁶; sözleşmeler hukuku alanındaki bu ilke, özerk bir milletlerarası ticaret hukukunun üzerine oluşturulabileceği bir temel olarak kabul edilmekte⁷⁷ ve böylece, milletlerarası ticaretle uğraşanların, millî hukuk sistemlerinin eskimiş kurallarını bertaraf edebilme imkânına sahip olacakları ileri sürülmektedir⁷⁸.

⁷¹ Chukwumerije, s.108.

⁷² Schmitthoff, *The Law*, s.29.

⁷³ MÖHUK Sempozyumu, s.165.

⁷⁴ Chukwumerije, s.108.

⁷⁵ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.106.

⁷⁶ Lando, *Lex Mercatoria*, s.749; Goldman, s.113; Wilkinson, s.107.

⁷⁷ Schmitthoff, *Trade*, s.223.

⁷⁸ Goldstajn, *Law Merchant*, s.171.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK OLARAK *LEX MERCATORIA*'NIN SEÇİMİ

Milletlerarası ticarî tahkimde, hakemlerin, davanın esasına uygulayabilecekleri bir milletlerarası ticaret hukuku sisteminin mevcut olup olmadığı ve eğer mevcutsa bu hukuk sisteminin bağlayıcılık gücünün ne olduğu gibi sorulara verilecek cevaplar, milletlerarası ticarî tahkim doktrininin en tartışmalı konularını oluşturmaktadır⁷⁹.

Konunun tartışmalı olmasına rağmen, millî hukuk sistemlerinin, milletlerarası ticarî ilişkilerin yapısına uygun olmaması ve son derece dinamik olan milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde gelişmemesi gibi nedenlerle, milletlerarası ticarî ilişkileri ve bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünü, bu alanda genel kabul gören kural ve uygulamalardan oluşan milletlerarası ticaret hukukuna tâbi tutma eğilimi ağır basmaktadır⁸⁰.

Bu düşüncelerin sonucu olarak, 1950'lerden sonra hazırlanan tahkimle ilgili birçok kural ve sözleşmede, *lex mercatoria* ön plana çıkarılmış ve hakemlerin, taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi olsa bile, uyuşmazlık konusuyla ilgili milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını göz önünde bulunduracakları hüküm altına alınmıştır. Yapılan bu tür düzenlemeler, tahkim kurumunun ve milletlerarası ticaretin mahiyetine de son derece uygundur. Zira ideal olan, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, milletlerarası ticaret camiasının kendi kurallarını uygulamaktır⁸¹.

Milletlerarası ticarî tahkimde, *lex mercatoria*'nın esasa uygulanması, tarafların yapacakları *lex mercatoria* lehindeki hukuk seçimiyle sağlanabileceği gibi, taraflar arasında bu yönde bir anlaşma olmasa bile, milletlerarası ticarî tahkim hakemlerinin, doğrudan doğruya *lex mercatoria*'yı uygulamaları da mümkündür⁸².

⁷⁹ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.315.

⁸⁰ Goldstajn, *Law Merchant*, s.175.

⁸¹ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.324.

⁸² Goldman, s.116-118.

1. *LEX MERCATORIA*'NIN TARAFLARCA SEÇİMİ

Milletlerarası bir sözleşmenin tarafları, bazen, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın, herhangi bir millî hukuka göre çözüme kavuşturulmasını istemeyebilirler. Bunun yerine taraflar, bu uyuşmazlığın çözümünü, milletlerarası ticaretle uğraşan veya uyuşmazlıkla ilgisi olan devletlerin çoğunda veya büyük bir kısmında ortak kabul gören kurallara bırakabilirler. Tarafların bu şekilde yapacakları bir seçim, *lex mercatoria*'nın seçimidir⁸³.

Taraflar, yaptıkları sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların çözümünü, değişik nedenlerle *lex mercatoria*'ya tâbi tutmak istediklerinde, sözleşmeye bu konuda bir kayıt koyabilecekleri gibi; tarafların, *lex mercatoria*'nın seçimi konusundaki zımnî iradeleri, sözleşmeye konan diğer kayıtlardan da anlaşılabilir⁸⁴. Dolayısıyla, taraflarca *lex mercatoria*'nın uygulanması doğrultusunda yapılacak hukuk seçimini, sözleşmede geçen ifadelerle göre, açık ve zımnî seçim olarak iki ayrı başlık altında incelemek uygun olacaktır.

I. Açık Hukuk Seçimi

Daha önce de belirtildiği gibi, millî hukuk sistemlerinin büyük bir kısmı, yaptıkları sözleşmenin tâbi olacağı hukuku belirleyebilme imkânını taraflara tanımaktadır. Taraflar, kendilerine tanınan bu imkân sayesinde, yaptıkları sözleşmeyi herhangi bir millî hukuka tâbi tutabilecekleri gibi, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için *lex mercatoria*'yı da seçebilirler⁸⁵.

Millî hukuk sistemlerinin tanıdığı bu esneklik yanında, milletlerarası ticaretle ilgili sözleşmelerin tahkime ilişkin maddelerinde de, hakemler tarafından olayın esasına uygulanacak hukuku seçebilme imkânı taraflara tanınmaktadır. Bu konuda, milletlerarası ticarî tahkimde uygulanacak hukuk sorununa ilişkin model bir düzenleme getiren 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi (*European Convention on International Commercial Arbitration*)⁸⁶ örnek olarak verilebilir⁸⁷. Sözleşmenin

⁸³ **Lando, O. (Ed. J.D.M. Lew):** "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", *Contemporary Problems in Arbitration*, Dordrecht, The Netherlands 1987, s.104, (**Applicable Law**).

⁸⁴ **Goldman**, s.116-117.

⁸⁵ **Cremades/ Plehn**, s.329-330.

⁸⁶ Sözleşme Cenevre'de yapıldığı için "Cenevre Sözleşmesi" (*Geneva Convention*) olarak da anılmaktadır.

⁸⁷ **Sanders**, s.243.

“Uygulanacak Hukuk” başlıklı VII’nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi şu hükmü içermektedir:

“Taraflar, aralarında yaptıkları anlaşmayla, hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleme konusunda serbesttirler.”

Sözleşmenin uygulanacak hukuka ilişkin bu hükmü, 1966 tarihli “Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonunun Tahkim Kuralları”na (*Arbitration Rules of the UN Economic Commission for Europe*) ve yine 1966 tarihli “Birleşmiş Milletler Asya ve Uzak Doğu Ekonomik Komisyonunun Ticarî Tahkim Kuralları”na (*Rules for International Commercial Arbitration of the UN Economic Commission for Asia and the Far East*) da dâhil edilmiştir⁸⁸. Ayrıca, Milletlerarası Ticaret Odası’nın 1 Ocak 1998’de yürürlüğe giren Tahkim Kurallarının “Uygulanacak Hukuk Kuralları” başlığını taşıyan 17’nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde de, benzer şekilde, hakem mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği hüküm altına alınmıştır⁸⁹.

Uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’nın belirlenmesi için yapılacak açık hukuk seçimi, *lex mercatoria*’nın uygulanacak hukuk olarak seçildiğini içeren bir kaydın sözleşmeye konulmasıyla sağlanabileceği gibi, hukukun genel ilkelerine, milletlerarası ticaretin yeknesak kurallarına ve milletlerarası ticarette söz konusu olan örf ve âdet kurallarına yapılan atıfları içeren hukuk seçimine ilişkin kayıtlar da *lex mercatoria*’nın uygulanması sonucunu doğuracaktır⁹⁰.

Taraflar, sözleşmelerini tâbi tutmayı amaçladıkları hukuku açıkça belirlemek istediklerinde, eğer herhangi bir millî hukuk üzerinde anlaşamazlarsa, bu tür bir seçim yapma imkânları zorlaşacaktır. Ayrıca, seçilecek millî hukuk hakkında, taraflar arasında bir uzlaşma sağlansa bile, seçilen hukuk, söz konusu sözleşmeye uygulanmak açısından hiç de uygun olmayabilir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak millî bir hukukun seçiminde söz konusu olabilecek bu olumsuz ihtimaller, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’nın seçilmesi halinde ortadan kalkacaktır⁹¹.

⁸⁸ Sanders, s.245.

⁸⁹ ICC Rules of Arbitration and ICC Rules of Conciliation, Paris 1997.

⁹⁰ Goldman, s.117.

⁹¹ Cremades/ Plehn, s.330.

Lex mercatoria'nın seçimine ilişkin kayıtlara, özellikle, taraflardan birini bir hükümetin, diğerini ise bir özel teşebbüsün oluşturduğu sözleşmelerde çok sık rastlanmaktadır. Hükümetler, yabancı bir devletin hukuk kurallarına tâbi olmayı istememektedir. Özel teşebbüsler de, sözleşme yapıldıktan sonra, çok rahat bir şekilde kendi aleyhlerine olarak değiştirilebilecek yabancı bir devletin kurallarının sözleşmeye uygulanmasını kabul etmemektedir. Böyle bir durumda *lex mercatoria*, tarafların üzerinde uzlaşabilecekleri tek alternatif olarak ortaya çıkmaktadır⁹².

Uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın seçilmesine, iki özel teşebbüs arasında yapılan sözleşmelerde de rastlanmaktadır. Bir devlet için, diğer bir devletin hukukuna tâbi olmayı istememe sebebi böyle bir durumda geçerli değilken, bahsedilen diğer sebep olan, millî hukuk sistemlerindeki kuralların, sözleşme yapıldıktan sonra değiştirilebileceği ihtimali, iki özel teşebbüs arasında yapılan sözleşmelerde, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın seçimi konusunda etkisini korumaktadır⁹³.

Her iki tarafın da özel teşebbüs olduğu sözleşmelerde, *lex mercatoria*'nın seçimi sonucunu doğuran başka sebepler de mevcuttur. Bu sebeplerin başında, milletlerarası ticarî sözleşmelerin yapısına uygun olmayan millî hukuk sistemlerinin hükümlerinden kaçınma arzusu ve *lex mercatoria*'nın esnek ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda sürekli gelişen yapısı gelmektedir. Bunlara ek olarak, taraflar, yaptıkları sözleşmeye ve bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçtiklerinde, millî hukuk sistemlerinin teknik ayrıntılarından kurtulabilecekler, garip formaliteleri, kısa zamanaşımı sürelerini ve bazı millî hukuk sistemlerinde söz konusu olup da, diğer ülkelerde bilinmeyen zorlukları bertaraf etmiş olacaklardır⁹⁴.

II. Zımnî Hukuk Seçimi

Hakkında açık bir hukuk seçimi yapılmamış olan milletlerarası nitelikli bir sözleşmeden doğan ihtilâf, millî mahkemelerin önüne geldiğinde, bu mahkemeler, ihtilâfin esasına uygulanacak hukuku belirleyecek bağlama kurallarına sahip olduklarından, tarafların zımnî iradelerinin araştırılması yoluna başvurup vurmamak konusunda, bir dereceye kadar, daha rahat davranmak imkânına sahiptir. Milletlerarası ticarî tahkim alanında ise, bu tür bağlama kuralları

⁹² Lando, *Lex Mercatoria*, s.747-748.

⁹³ Lando, *Lex Mercatoria*, s.748.

⁹⁴ Wilkinson, s.107.

bulunmamakta ve tahkimin mahiyeti, daima taraf iradelerinin araştırılmasını ve bunun dikkate alınmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, hakemler, çözmek durumunda oldukları milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarda, tarafların zımnî hukuk seçimi konusundaki iradelerini de araştırıp, dikkate alacaklardır⁹⁵.

Milletlerarası ticareti konu edinen bir sözleşmenin taraflarının, bazen, sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri hukuku seçebilme imkânlarını açık bir şekilde kullanmamaları zımnî hukuk seçimi teorisinin gelişmesini sağlamıştır. Bu teoriye göre, tarafların, sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri hukuk hakkındaki zımnî iradeleri, sözleşme metninin yorumlanması suretiyle belirlenebilir. Tarafların zımnî iradelerinin yorumlanması sonucunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak millî bir hukuk sistemine ya da *lex mercatoria*'ya ulaşmak mümkündür⁹⁶.

Diğer bir ifadeyle taraflar, herhangi bir millî hukuk sisteminin sözleşmelerini idare etmesini istemediklerinde, sahip oldukları hukuk seçimi imkânı sayesinde, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçmektedirler⁹⁷. Bu seçim bazen açık olarak yapılırken, bazen de, tarafların *lex mercatoria*'nın seçimi konusundaki zımnî iradeleri, sözleşmedeki bazı kayıt ve ifadelerden çıkartılmaktadır⁹⁸.

Lex mercatoria'nın, uygulanacak hukuk olarak taraflarca zımnî bir şekilde seçildiği sonucuna ulaştıracak kayıtların başında, hakemlere “dostane aracı” (*amiable compositeur*)⁹⁹ yetkisi veren kayıtlar gelmektedir. Çünkü, sözleşmede böyle bir kaydın bulunması halinde hakemler, ihtilâfı, maddî hukuk hükümlerine bağlı kalmaksızın hak ve nısfetle çözebilme yetkisine sahip olacaklardır¹⁰⁰.

Kendilerine bu tür bir yetki verilen hakemler, *amiable compositeurs* gibi karar verme yetkisine sahip olacaklar ve bir uyuşmazlığı, eşitlik ve adalet ilkelerine göre çözebileceklerdir. Dolayısıyla, hakemler, teknik bakımdan geçersiz bir sözleşmeyi, tarafların bu sözleşmeyle bağlı olmayı amaçladıkları açıksa, geçerli ve etkili kılmak doğrultusunda karar verebileceklerdir. Bu kayıt, olumlu etkisini, özellikle, hakem olarak uyuşmazlık konusuyla ilgili bilgi

⁹⁵ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.177-178.

⁹⁶ Chukwumerije, s.122.

⁹⁷ Goldman, s.117.

⁹⁸ Goldman, s.117.

⁹⁹ Kavramın yer aldığı millî ve milletlerarası düzenlemeler için bkz. Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.163-175.

¹⁰⁰ Goldman, s.117.

sahibi olan teknik uzmanların seçildiği davalarda göstermektedir. Çünkü, bu kayıt sayesinde, hakemlerin hukukî bilgisizliği, onların karar vermesinin önünde bir engel oluşturmamakta ve uyuşmazlık konusu olan teknik alanda uzman olan bu hakemler, meslekî tecrübelerine, çalıştıkları alanda geçerli olan örf ve âdet kurallarına ve uygulamalara göre karar verebilmektedirler¹⁰¹.

Genel bir kural olarak, *amiable compositeur* yetkisine sahip hakemler, kararlarını benzer kriterlere dayandırmaktadırlar. Bu yetkiye sahip hakemler, olayların ayrıntılarını, teknik kuralların izin vereceğinden daha geniş bir şekilde inceleyebilecekler ve bunu yaparken de, hukukun genel ilkelerine ve milletlerarası ticaret uygulamalarına başvuracaklardır. Ayrıca, *amiable compositeur* yetkisine sahip hakemlerin tarafsız yaklaşımları, yeknesak bir hukuk felsefesine ve milletlerarası ticarete yeni bir ahlâk anlayışına ulaşmalarını da sağlayacaktır. Dolayısıyla, hakemin böyle bir yetkiyle donatılması, onun, *lex mercatoria*'yı uygulamasına hem imkân vermekte, hem de bunu gerektirmektedir¹⁰².

Ticarî bir sözleşmeye, uygulanacak hukukla ilgili olarak konan *amiable compositeur* kaydından başka, böyle bir sözleşmeye, sadece milletlerarası tahkim kaydının konması da, bu sözleşmenin milletlerarasılaştırılması için bir araç olarak kabul edilmekte ve bunun sonucu olarak da, sözleşmeye konan tahkim kaydıyla, milletlerarası ticaretin genel ilke ve uygulamalarına zımnî bir atıfta bulunulduğu yorumuna ulaşılmaktadır¹⁰³.

Bunlardan başka, sözleşmede yer alan diğer bazı kayıt ve ifadeler de, tarafların, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'ya yönelik zımnî bir iradeleri olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Böyle bir hakem kararına örnek olarak, ICC'nin 1969 tarihli bir kararı gösterilebilir. Bu karara konu olan uyuşmazlıkta, taraflardan birini bir İsveç vatandaşı, diğerini ise üç Fransız oluşturmaktadır. Davaya bakan Belçikalı hakem, tarafların farklı vatandaşlıkta olmalarından, sözleşme metninin tarafların ana dillerine yabancı olan İngilizce ve Almanca olarak kaleme alınmasından ve sözleşmenin Fransa'da yapılmış olmasına rağmen Almanca olarak tasarlanmasından yola çıkarak, tarafların, sözleşmelerini herhangi bir millî hukuk sistemine tâbi tutmayı düşünmediklerini belirtmiş ve tarafların, böyle bir yöntem izleyerek, sözleşmelerini “milletlerarasılaştırmak” istedikleri;

¹⁰¹ Chukwumerije, s.118-119.

¹⁰² Cremades/ Plehn, s.332.

¹⁰³ Goldman, s.117.

dolayısıyla, “zımnen” genel hukuk ilkelerini ve milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını seçtikleri sonucuna varmıştır¹⁰⁴.

2. *LEX MERCATORIA*’NİN HAKEM TARAFINDAN SEÇİMİ

Milletlerarası nitelikli sözleşmelerde, tarafların açık bir hukuk seçiminde bulunmaları istenen bir durumdur. Çünkü, bu tür bir hukuk seçimi, taraflar açısından belirlilik, güven ve istikrar sağlayacağı gibi, herhangi bir ihtilâf çıktığında hakemlerin işini de kolaylaştıracaktır. Ancak, çeşitli nedenlerle, bir hukuk seçimi kaydının bulunmadığı sözleşmelere milletlerarası ticaret uygulamasında çok sık rastlanmaktadır¹⁰⁵. Açık veya zımnî bir hukuk seçiminin taraflarca öngörülmemesinin sebebi ne olursa olsun, milletlerarası nitelikli bir sözleşmeden doğan ihtilâfı çözecek olan hakemler, genellikle, ihtilâfın hangi hukuka göre çözüleceğini tespit etmek durumunda kalmaktadırlar¹⁰⁶. Bu durumda hakemler, herhangi bir millî kanunlar ihtilâfı kuralına ihtiyaç duymadan, *lex mercatoria*’yı doğrudan doğruya uygulayabilmektedirler¹⁰⁷.

Hakemler, *lex mercatoria*’ya atıfta bulunan bir sözleşme kaydının bulunmaması halinde *lex mercatoria*’yı uyguladıkları gibi, yeterli bağlama noktalarının bulunmadığı durumlarda da doğrudan doğruya *lex mercatoria*’yı uygulamaktadırlar. Başka bir ifadeyle, sözleşme, hukuk seçimine ilişkin bir kayıt içermediğinde, hakemler, millî olmayan hukuk kurallarını veya böyle kuralların yokluğu halinde ticarî teamülleri uygulamakta¹⁰⁸ ve böylece, millî mahkemelerin bazen gözden kaçırdıkları en iyi hukuk kuralını seçme özgürlüklerini kullanabilmektedirler¹⁰⁹.

Tarafların, sözleşmelerini idare etmek üzere millî bir hukuk sistemini belirlediği ve hakemin de belirlenen bu hukuk sistemine yabancı olmadığı birçok durumda, bu millî hukuk sistemi, taraflara, *lex mercatoria*’ya nazaran daha fazla kesinlik sağlayacaktır. Ancak, birçok olayda taraflar, sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmemekte ve hangi hukukun uygulanacağı belirsiz kalmaktadır. Sözleşmelerde yer alan hukuk seçimi kayıtları, gittikçe daha yeknesak hale gelse de, bu kayıtlar hâlâ problem yaratmaktadır. Bu

¹⁰⁴ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.180-181.

¹⁰⁵ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.211.

¹⁰⁶ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.212.

¹⁰⁷ Chukwumerije, s.130.

¹⁰⁸ Goldman, s.117.

¹⁰⁹ Lando, *Lex Mercatoria*, s.753.

problemlerden en önemlisi, hakemin, kendine yabancı bir hukuk sisteminin kurallarını uygulamak durumunda kalması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, hakemin karşılaştığı zorluklar büyük bir önem arz etmekte ve bu zorluklar sonucunda yapılan yanlışlıklara da sık sık rastlanmaktadır. Hatta hakemler, iyi bildikleri bir millî hukuku uygularken bile, verecekleri kararın önceden tahmin edilmesini imkânsızlaştıran zorluklarla karşılaşabilmektedirler. Zira, millî hukuk kurallarının büyük bir çoğunluğu sadece mahallî ilişkileri düzenlemekte ve yabancı unsur taşıyan olaylarda uygulanabilir bir nitelik arz etmemektedir. Bu tür kurallarla karşılaşan bir hakem, hukuk ile eşitlik arasında bir ikilem yaşayacaktır. Böyle bir durumda ise, *lex mercatoria*'nın, millî bir hukuka nazaran daha fazla kesinlik sağlayacağı aşikârdır¹¹⁰.

Tarafların, *lex mercatoria*'nın uygulanmasına yönelik açık veya zımnî bir iradeleri bulunması durumu dışında, hakemlerin, *lex mercatoria*'yı uygulama nedenleri, *lex mercatoria*'nın, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına, uyuşmazlık konusu meselenin niteliğine, tarafların beklentilerine ve milletlerarası ticarî tahkim kurumunun hukukî niteliğine uygun düşmesi şeklinde açıklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu durumda *lex mercatoria*, hakemlerce, dava konusu somut olayın çözümü bakımından “en uygun hukuk” olması sebebiyle uygulanmaktadır¹¹¹.

Hakemlerin, *lex mercatoria*'yı, dava konusu somut olayın çözümü bakımından “en uygun hukuk” olması sebebiyle uygulamalarının yanında, milletlerarası ticarî tahkimi konu edinen hemen hemen tüm modern belge, sözleşme ve millî düzenlemeler, hakemleri, taraflarca herhangi bir millî hukuk seçimi yapılsın veya yapılmasın, her halükârda, milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını göz önünde bulundurmaya çağırılmaktadır. Örneğin, 12 Mayıs 1981 tarihli Kararname ile Fransız Medenî Usûl Kanunu'na eklenen 1496'ncı maddede hakemin, uyuşmazlığı tarafların seçmiş olduğu, böyle bir seçim yapılmamışsa kendisi için uygun olan hukuk kurallarına göre karara bağlayacağı ve her hakükârda ticarî örf ve âdetleri dikkate alacağı hüküm altına alınmıştır¹¹².

ICC'nin, 1 Ocak 1998'de yürürlüğe giren Tahkim Kuralları'nın 17'nci maddesinde de, tarafların, hakem mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbest

¹¹⁰ Lando, *Lex Mercatoria*, s.754.

¹¹¹ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.322.

¹¹² Lando, *Lex Mercatoria*, s.756.

oldukları, bu hususta taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde, hakem mahkemesinin, uygun bulduğu hukuku uygulayacağı, hakem mahkemesinin, tarafların yetki vermesi durumunda, bir *amiable compositeur* yetkisine sahip olacağı düzenlenmiş ve tüm bu hallerde, hakem mahkemesinin, ilgili ticarî örf ve âdeti göz önünde bulunduracağı belirtilmiştir.

Bu konuda verilebilecek başka bir örnek de, 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin VII'nci maddesidir. Bu maddede de, taraflara, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilme imkânı tanınmış; taraflarca bir seçim yapılmaması halinde, hakemlerin, uygun buldukları hukuku uygulayacakları belirtilmiş ve her iki durumda da hakemlerin, sözleşme şartlarını ve ticarî teamülleri dikkate alacakları düzenlenmiştir¹¹³.

Görüldüğü gibi, gerek millî düzenlemelerde ve gerekse milletlerarası metinlerde, milletlerarası ticarî tahkimlerde uyuşmazlığı çözmek durumundaki hakemler, *lex mercatoria*'nın kaynaklarından olan ticarî örf ve âdeti uygulamaya davet edilmektedir¹¹⁴.

Lex mercatoria'nın diğer bir kaynağını oluşturan milletlerarası mevzuat kapsamındaki belge ve sözleşmeler de, milletlerarası karakterli ihtilâfların çözümünde, hakemlere daima rehberlik etmektedir. Hakemler, söz konusu belge ve sözleşmelerde, önlerindeki meselenin çözümüne ilişkin tarafsız ve millî olmayan kurallar bulabildiklerinde, bu belge ve sözleşmelerin tarafların mensup olduğu, ikâmet ettiği veya tahkim prosedürünün cereyan ettiği ülkelerce onaylanıp onaylanmadığına bakmaksızın, bu kuralları doğrudan uygulayabilmektedirler¹¹⁵. Hakemler için burada önemli olan, bu kuralların tarafsızlığı, olaya uygunluğu ve objektif olarak taraflar arasındaki hukukî eşitliği bozmayacak kadar milletlerarası düzeyde yaygınlığıdır¹¹⁶.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, *lex mercatoria*'nın önemli diğer bir kaynağı da davranış kodlarıdır ve bu kodlar, genel şartlardan, standart sözleşmelerden ve bunlar dışındaki yeknesak düzenlemelerden oluşmaktadır. Genel şartlar ve standart sözleşmelerin

¹¹³ Sanders, s.244.

¹¹⁴ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.323.

¹¹⁵ Söz konusu belge ve sözleşmelerin, hakemlerce *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak doğrudan uygulandığını gösteren kararlar için bkz. Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.328-330.

¹¹⁶ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.326.

özü, milletlerarası ticaret camiasının zaman içindeki uygulamalarından doğan ortak anlayış ve teamüller olmasına rağmen, hakemlerce, bunların doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olamaz. Ancak, taraflar sözleşmelerinde, söz konusu şartlara atıf yaptıklarında veya aralarındaki ilişkide doğrudan söz konusu standart sözleşmeleri kullandıklarında, bunların içeriğinde yer alan kurallar, akdî düzenlemeler olarak uygulama alanı bulur¹¹⁷. Bununla beraber, genel şartlar ve standart sözleşmeler dışında kalan diğer yeknesak düzenlemeler ise, taraflarca kendilerine herhangi bir atıf yapılsın veya yapılmıyın, hakemlerce doğrudan uygulanabilmektedir¹¹⁸. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, tarafların herhangi bir genel şarta atıfta bulunduğu veya belirli bir standart sözleşme tipini kullandığı ya da hakemlerin, tarafların iradesine veya söz konusu kuralların ihtilâfın mahiyetine uygunluğuna dayandığı durumlarda, bu tür davranış kodlarının uygulandığı kararlara çok sık rastlanmaktadır¹¹⁹.

Sonuç olarak denilebilir ki, *lex mercatoria*, özellikle 1960'lardan sonra yapılan birçok milletlerarası düzenlemede ön plana çıkmış ve milletlerarası ticarî tahkim prosedüründe yaygın bir uygulama alanına kavuşmuştur. Milletlerarası ticarî tahkim hakemleri de, *lex mercatoria*'ya, bazen sözleşme hükümlerinin tarif ve yorumunda, bazen tarafların hak ve borçlarını tespitinde, bazen de tahkime ilişkin hukukî sorunların karara bağlanmasında başvurmakta ve bu kararların bazılarında, doğrudan doğruya *lex mercatoria*'yı uygularken, bazılarında da taraflarca belirlenen millî hukuk sistemi içerisinde ulaştıkları sonuçları *lex mercatoria* ile desteklemektedirler¹²⁰.

3. ESASA *LEX MERCATORIA*'NIN UYGULANMASI HALİNDE TAHKİM KARARININ TENFİZİ SORUNU

I. Genel Olarak

Mahallî tahkimlerin hukukî statülerini belirleyen millî hukuk sistemleri, milletlerarası ticarî tahkimlerin hukukî rejimleri konusunda, genellikle, bir düzenleme getirmemektedir. Milletlerarası ticarî tahkimin tâbi olacağı rejimi, millî hukuk sistemlerinde arayan

¹¹⁷ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.334.

¹¹⁸ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.337.

¹¹⁹ Hakemlerin, *lex mercatoria*'nın bir kaynağı olan davranış kodlarını uygulayarak verdikleri kararlar için bkz. Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.339-342.

¹²⁰ Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.344.

klâsik görüş, milletlerarası ticarî tahkimin, milletlerarası ticarî alanda sonuçlar doğurduğunu savunanlar tarafından eleştirilmektedir. Klâsik görüşü eleştirenlere göre, milletlerarası nitelikli bir ilişkiden çıkan uyuşmazlığın çözümü için tek bir millî hukuk sisteminin yetkili olacağı fikri, uyuşmazlığın birden çok devlet ile bağlantılı olduğu düşünüldüğünde, kendi içinde çelişmektedir¹²¹.

Milletlerarası ticaret hakemlerinin, uygulamak zorunda oldukları ve kanunlar ihtilâfî kurallarını da içeren bir *lex fori* bulunmadığı için, milletlerarası ticarî tahkimlerde uygulanacak hukukun, mutlaka bir kanunlar ihtilâfî kural ve sistemi uygulanarak belirlenmesi zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla, milletlerarası ticaret hakemleri, uyuşmazlığın çözümünü sağlayabilecek nitelikte ve millî hukuk sistemleri dışında maddî kurallar tespit ettiklerinde, *lex mercatoria* olarak adlandırılan bu kuralları uygulayabileceklerdir¹²².

Günümüzde milletlerarası ticarî tahkim, özerk bir milletlerarası kurum olarak kabul edilmekte, bunun sonucu olarak da, milletlerarası nitelikli ticarî ilişkilerden doğan pek çok tahkim, herhangi bir millî hukuk sistemine dayanmaksızın, tarafların düzenledikleri iradî hükümlere, milletlerarası nitelikli kanunlar ihtilâfî kurallarına veya milletlerarası ticaretin maddî normlarına dayanılarak karara bağlanmaktadır¹²³. Ancak, esas sorun, tahkim veya tenfiz ülkesi hukukunun, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş hakem kararlarına karşı, olumsuz bir yaklaşım sergilemesi durumunda ortaya çıkmaktadır¹²⁴.

II. *Lex Mercatoria*'ya Dayanan Hakem Kararlarının Tenfizine İlişkin Sorunlar

Millî bir mahkeme, kendi yargı alanı dâhilinde verilmiş veya kendi yargı alanı dâhilinde yerine getirilecek bir hakem kararını denetlemek isteyecektir. Eğer, bu mahkemenin bağlı olduğu devlet, hakem kararlarının uygulanmasını düzenleyen milletlerarası bir anlaşmanın tarafıysa, millî mahkeme, söz konusu anlaşmaya göre hakem kararını ya reddedecek ya da kabul edecektir. Böyle bir anlaşma olmadığında ise, hakem kararının uygulanması, Milletlerarası Özel Hukuk'a ait bir mesele olacaktır. Bununla beraber, bazı millî

¹²¹ Akıncı, Z.: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s.59-60, (Tenfiz).

¹²² Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.321.

¹²³ Dayınlarlı, K.: "Milletlerarası Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", YD, 1988, C. XV, S.4, s.417.

¹²⁴ Akıncı, Tenfiz, s.74.

mahkemeler, özellikle *lex mercatoria*'ya dayanan hakem kararlarını uygulamak konusunda isteksizdir¹²⁵.

Doktrinde de, hakem kararlarının, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmesinin, bu kararların tenfizi ile ilgili sorunlara yol açacağı savunulmakta; tahkim yeri ülkesinin emredici usûl kurallarının göz ardı edilmesinin veya uyuşmazlığın esasına millî hukuklar dışı kuralların uygulanmasının, bu tür kararların tenfizini engelleyeceği yolunda itirazlar ileri sürülmektedir¹²⁶.

Söz konusu olan bu itirazları, 1958 tarihinde New York'da yapılan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*)¹²⁷ çerçevesinde değerlendirmek yerinde olacaktır. Zira bu sözleşme, milletlerarası ticarî hakem kararlarının tenfizine ilişkin olarak getirilen en önemli düzenlemedir¹²⁸.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, hakemlerin, uyuşmazlığın esasına, millî hukuklar dışı kuralları uygulamaları, New York Sözleşmesi'nde, hakem kararlarının tenfizine engel olabilecek bir husus olarak düzenlenmemiştir¹²⁹. Ancak, esasa uygulanan hukuk, Sözleşme'de öngörülen diğer ret sebeplerinin kapsamına sokulabiliyorsa, hakem kararlarının tenfizinde etkili olabilecektir. Sözleşme'nin V'inci maddesinde ise, bu ret sebepleri, sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Bu sebeplerden konumuzla ilgili olanlar, hakem kararının, tenfizi istenen ülkenin kamu düzenine aykırı olması (m.V/2/b), hakem kararının iptal edilmiş olması (m.V/1/e) ve hakemlerin yetkilerini aşmalarıdır (m.V/1/c).

Tenfiz istenen ülke mahkemesi, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararını, ülkesinin kamu düzenine aykırı bulduğu zaman, bu kararın tenfizi talebini, New York Sözleşmesi'nin V/2/b maddesine dayanarak reddedebilecek ve bu durum, hakem kararının bu ülkede tenfizine engel olacaktır¹³⁰.

Tenfize engel diğer bir sebep ise, hakem kararının iptal edilmiş olması durumudur. Ancak, New York Sözleşmesi, hangi nedenlerle

¹²⁵ Cremades/ Plehn, s.333.

¹²⁶ Akıncı, Tenfiz, s.65-72.

¹²⁷ Sözleşme, 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun'la onaylanmış ve 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹²⁸ Akıncı, "Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi", *BATİDER*, 1994, C. XVII, S.3, s.123, (**Yargı Denetimi**).

¹²⁹ Lando, *Lex Mercatoria*, s.761.

¹³⁰ Akıncı, Tenfiz, s.163.

iptal edilmiş hakem kararlarının tenfiz edilemeyeceğine dair bir düzenleme içermemektedir. New York Sözleşmesi'nin bu eksikliğini, 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin¹³¹ IX'uncu maddesi tamamlamaktadır. Zira bu maddede, hangi nedenlere dayanılarak iptal edilmiş bir hakem kararının tenfiz edilemeyeceği, sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştır ve bu nedenler arasında, hakemlerin, uyuşmazlığın esasına millî hukuklar dışı kuralları uygulamaları yer almamaktadır. Dolayısıyla, Avrupa Sözleşmesi kapsamına giren bir hakem kararının *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş olması, bu kararın iptali için yeterli bir sebep teşkil etmemekte; böyle bir karar, bu gerekçeye dayanılarak iptal edildiğinde ise, artık bu iptal kararı, New York Sözleşmesi açısından tenfizi engelleyici bir nitelik arz etmemektedir. Ayrıca, New York Sözleşmesi'nin ilgili maddesi, iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizinin reddedilebileceğini düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle, bu madde, tenfiz ülkesi hâkimine, iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizini reddetme doğrultusunda bir zorunluluk yüklememektedir¹³². Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında da, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının, tahkim yeri ülkesinin yetkili makamları tarafından iptal edilmiş olması, bu kararın tenfizine her zaman engel olmamaktadır. Zira, tahkim yeri ülkesi tarafından iptal edilmiş olan bu tür bir kararın tenfizi talebi, tenfizin talep edildiği ülke mahkemelerince kabul edilebilmektedir¹³³.

Tahkim yeri ülkesinde iptal edilen bir kararın, diğer bir devlette tenfiz edilmesine ilişkin olarak Pabalk Ticaret Limited Şirketi (Türkiye) ile *Norsolor S.A.* (Fransa) arasındaki dava örnek olarak gösterilebilir. Bu davanın konusu olan olayda, Türk firması Pabalk Ticaret Ltd.Şti. ile Fransız firması *Norsolor*, bir iş görme sözleşmesi yapmışlar ve bu sözleşmede, doğacak uyuşmazlıkların ICC tahkimi ile ve ICC kuralları uygulanarak karara bağlanmasını kararlaştırmışlardır. Tahkim yeri Viyana olarak belirlenmiş ve hakemler, *lex mercatoria*'ya dayanarak verdikleri kararda Pabalk'ı haklı bularak, davalı Fransız şirketini tazminat ödemeye mahkûm etmişlerdir. Bunun üzerine *Norsolor*, tahkim yeri ülkesi mahkemesi sıfatıyla Viyana İstinaf Mahkemesi'ne, hakem kararının iptali için başvurmuş ve Viyana İstinaf Mahkemesi de, hakemlerin, uyuşmazlığı *lex mercatoria*'ya

¹³¹ Sözleşme, 08.05.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanun'la onaylanmış ve 23.09.1991 tarih ve 21000 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹³² Zira, Sözleşme'nin orijinal metninde, "*Recognition and enforcement of the award may be refused...*" ifadesi kullanılmıştır.

¹³³ **Akıncı, Tenfiz**, s.154.

dayanarak çözmüş olmaları sebebiyle, kararı iptal etmiştir. Bu arada, Pabalk, hakem kararının tenfizi için Paris ilk derece mahkemesine başvurmuş, ancak tenfiz talebi reddedilmiştir. Ret kararının temyizi üzerine ise Fransız Yargıtayı, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının, Fransız Hukuku açısından geçerli bir karar olduğuna; dolayısıyla, tahkim yeri ülkesi mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsa da, Fransız Hukuku açısından geçerli olan bir kararın, New York Sözleşmesi uyarınca tenfizini engelleyen bir durumun bulunmadığına ve söz konusu hakem kararının Fransa'da tenfizinin mümkün olduğuna karar vermiştir¹³⁴.

Lex mercatoria'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının tenfizine engel teşkil edebilecek diğer bir sebep ise, hakemlerin, yetkilerini aşarak karar vermiş olmalarıdır. Tarafların, uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçmeleri veya *lex mercatoria*'nın dikkate alınmasını öngören kurallara¹³⁵ atıfta bulunmaları durumunda, hakemler, bu seçim doğrultusunda *lex mercatoria*'ya dayanarak karar verdiklerinde, herhangi bir yetki aşımı iddiası söz konusu olamayacaktır. Ancak, tarafların, esasa uygulanacak hukuk hakkında bir seçim yapmamış olmaları durumunda ve hatta, uyuşmazlığın esasına bir millî hukukun uygulanmasını kararlaştırmalarına rağmen, hakemlerin, uyuşmazlığı çözmek için *lex mercatoria*'yı uygulaması halinde, bir yetki aşımı itirazının söz konusu olup olamayacağı ise tartışmalı bir konudur¹³⁶.

Aslında, daha önce de belirtildiği gibi, milletlerarası ticarî tahkimi konu edinen modern belge, sözleşme ve millî düzenlemeler, hakemleri, taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılsın veya yapılmıyın, milletlerarası ticarî örf ve âdet kurallarını göz önünde bulundurmaya çağırılmaktadır. Ayrıca, uygulamada, tarafların seçimi olmasa bile, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş hakem kararlarının, millî mahkemelerce tanınması söz konusu olabilmektedir. Örneğin, 1981 yılında, Fransız Asliye Mahkemesi, tarafların, herhangi bir hukuk seçiminde bulunmamış ve hakemleri, *amiable compositeur* yetkisiyle donatmamış olmalarına rağmen, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararını onaylamıştır. Günümüzde, kaç tane millî mahkemenin bu şekilde hareket edeceği ise, tamamen belirsizdir¹³⁷. Bu tartışmanın temeli, millî hukuk sistemlerinin, *lex*

¹³⁴ **Freeman, P.:** "Lex Mercatoria: Its Emergence and Acceptance as a Legal Basis for the Resolution of International Disputes", *ADRLJ*, 1997, C. VI, s.294-295.

¹³⁵ Örneğin; ICC Tahkim Kuralları m.17.

¹³⁶ **Akıncı, Yargı Denetimi**, s.131-132.

¹³⁷ **Cremades/ Plehn**, s.334.

mercatoria'ya karşı gösterdikleri yaklaşımların farklılığına dayanmaktadır. Dolayısıyla, uygulamada, tarafların açıkça seçmedikleri hallerde, hakemlerin *lex mercatoria*'ya dayanarak karar vermeleri, tenfize engel olabilmektedir¹³⁸.

Sonuç olarak denebilir ki, tarafların, uygulanacak hukuk olarak açıkça veya zımnen *lex mercatoria*'yı seçmeleri halinde, uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmış olması, kamu düzenine dayalı gerekçeler dışında, hakem kararının tenfizinin engellenmesi için bir sebep oluşturmayacaktır. Tarafların, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemedikleri hallerde ise, hakemlerin *lex mercatoria*'ya göre karar vermelerinin, bu kararın tenfizine engel olup olmayacağı meselesi tartışmalıdır. Dolayısıyla, hakemlerin, bu gibi durumlarda, kararın tenfiz edilmesinin muhtemel olduğu ülke hukuklarının konuya yaklaşımını dikkate almaları tavsiye edilmektedir¹³⁹.

4. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk Hukuku, 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (bundan sonra Kanun olarak anılacaktır) yürürlüğe girmesiyle tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği milletlerarası tahkimlere ilişkin usûl ve esasları düzenleyen ve diğer hukuk sistemlerindeki benzerlerine paralel bir Kanun'a kavuşmuştur.

Kanun'un 1'inci maddesinde hüküm altına alındığı üzere Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır.

Uyuşmazlığın ne zaman yabancılık unsuru taşıdığı ve buna bağlı olarak tahkimin ne zaman milletlerarası tahkim vasfını kazanmış sayılacağı ise 2'nci maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması,
2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;
 - a. Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

¹³⁸ Akıncı, Tenfiz, s.178.

¹³⁹ Akıncı, Yargı Denetimi, s.133.

- b. Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması,
3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması,
4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi

durumlarından herhangi birinin varlığı uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterecek ve bu durumda tahkim milletlerarası nitelik kazanacaktır.

I. Esasa Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası ticarî tahkime konu bir uyuşmazlığın esasına hangi hukukun uygulanacağı Kanun'un 12'nci maddesinin "C" bendinde düzenlenmiştir. Söz konusu bent;

"Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teammüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının veya usûl kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.

Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir.

Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir." hükmünü âmidir.

Mezkur düzenleme çerçevesinde, Kanun'un uygulanacağı milletlerarası ticarî tahkimlerde hakem veya hakem kurulu, tahkime

konu uyuşmazlığı sözleşme hükümlerine ve tarafların seçtikleri hukuk kurallarına göre karara bağlayacaktır. Böylece, millî hukuk sistemlerinde ve milletlerarası ticarî tahkim belgelerinde yaygın şekilde benimsenen hukuk seçimi konusundaki irade muhtariyeti ilkesi Kanun'da da yerini almıştır.

Ayrıca, yine millî ve milletlerarası düzenlemelere paralel bir şekilde, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmasını istedikleri hukuku açıkça belirtmeleri koşulu getirilmeyerek açık hukuk seçimine olduğu kadar zımnî hukuk seçimine de imkân tanındığı gibi, tarafların sahip oldukları hukuk seçimi serbestisi herhangi bir devletin hukukuna hasredilmeyerek milletlerarası ticarî tahkim müessesesinin ruhuna da uygun davranılmıştır.

Bu bağlamda, milletlerarası ticarî tahkimde esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın seçimi hususunda yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olup, Kanun kapsamında kendilerine tanınan imkân sayesinde tarafların tahkime konu uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı açık ya da zımnî şekilde seçmeleri mümkündür.

Taraflarca açık ya da zımnî olarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarının kararlaştırılmamış olması durumunda hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verecek, tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak uyuşmazlığı çözebilecektir.

Söz konusu düzenleme ile hukuk seçiminin taraflarca yapılmamış olması durumunda bir taraftan hakemlere uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilme imkânı tanınırken diğer taraftan da bu imkân herhangi bir devletin maddî hukukuyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, hakemler, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını tespit etmek durumunda kaldıklarında mezkur düzenleme çerçevesinde sadece millî hukuklara başvurabilecekler, milletlerarası ticarete yaygın şekilde kullanılan ama millî olmayan hiçbir hukuk kuralından ya da milletlerarası ticarî örf ve âdetler ile teamüllerden yararlanamayacaklardır. Oysa, hakemlerin kendilerine yabancı bir hukuk sisteminin kurallarını uygulamak durumunda kaldıklarında çeşitli zorluklarla karşılaştıkları aşîkardır. Zira, millî hukuk kurallarının büyük bir çoğunluğu sadece

mahallî ilişkileri düzenlemekte ve yabancı unsur taşıyan olaylarda uygulanabilir bir nitelik arz etmemektedir¹⁴⁰.

Ayrıca, söz konusu bentte, hakem veya hakem kurulunun tarafların seçtikleri hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamülleri sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında göz önüne alacağı şeklinde getirilen düzenleme de isabetli olmamıştır. Zira, bu konudaki millî ve milletlerarası düzenlemelerin ve özellikle ülkemizin de onaylayarak iç hukukunun bir parçası halinde getirdiği 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin esasa uygulanacak hukuka ilişkin maddelerinde hakemlerin, uyuşmazlığı ister tarafların seçtikleri isterse kendilerinin tespit ettikleri hukuka göre çözsünler, daima ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamülleri dikkate alacakları hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, milletlerarası ticaretle uğraşan tacirler tarafından bilinen ve uyuşmazlığın çözümünde hakemlere büyük kolaylık sağlayacak nitelikte olan ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüllerin hakemler tarafından sadece sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında göz önüne alınacağının hüküm altına alınmış olması evrensel normlara uygun olarak hazırlanmış Kanun'un milletlerarası ticarî tahkime ilişkin modern yaklaşımına gölge düşürmüştür.

II. *Lex Mercatoria*'ya Dayanan Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizine ilişkin olarak hukukumuzda geçerli olan iki adet düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), diğeri ise 25.09.2001 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi'dir. Ancak, özel hükümler içermesi sebebiyle New York Sözleşmesi, MÖHUK'un tenfizle ilgili hükümlerine nazaran MÖHUK'un 1'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizinde öncelikle uygulanacaktır¹⁴¹.

New York Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin 3'üncü bendinde devletlere, Sözleşme'yi onaylarken iki tür çekince koyabilme imkânı

¹⁴⁰ Lando, *Lex Mercatoria*, s.754.

¹⁴¹ Tanriver, S. (Ed. A. Ulusoy): "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi", *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara 2001, s.91.

tanınmıştır. Buna göre, onay sırasında devletler, Sözleşme'nin sadece kendi millî hukuklarına göre ticarî sayılan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen hakem kararlarının ve/veya diğer bir âkit devlette verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacağı yönünde çekince koyabilirler. Türkiye, New York Sözleşmesi'ni onaylarken her iki hususta da çekince koymuştur. Dolayısıyla Sözleşme, Türkiye'de, Türk Hukuku'na göre ticarî sayılan işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak Sözleşme'ye taraf olan devletlerde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacaktır¹⁴². Bu durumda, Türk Hukuku'na göre ticarî nitelikte sayılmayan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan yabancı hakem kararları ile ticarî nitelikteki uyuşmazlıklar hakkında çözüm öngörmesine rağmen New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette verilmiş yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi MÖHUK hükümleri çerçevesinde mümkün olacaktır¹⁴³.

Ancak, şunu belirtmek gerekir ki, milletlerarası ticaret hayatında rol oynayan devletlerin neredeyse tümü New York Sözleşmesi'ne taraf olduğu için milletlerarası ticarî hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi büyük ölçüde Sözleşme hükümlerine tâbi olacaktır. Bu bağlamda, MÖHUK'da yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin olarak yer alan hükümlerin uygulanma kabiliyetinin oldukça azaldığı söylenebilir¹⁴⁴.

Daha önce de izah edildiği gibi, Sözleşme'nin V'inci maddesinde hakem kararlarının tenfizine engel olabilecek hususlar sınırlayıcı olarak sayılmış olup, uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmış olması tek başına bir ret sebebi teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, *lex mercatoria*'ya dayanan bir hakem kararının Sözleşme kapsamında tenfizi hususunda yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olup, esasa *lex mercatoria*'nın uygulanmış olması Sözleşme'de öngörülen ret sebepleri kapsamına sokulabildiği ölçüde söz konusu hakem kararının Türkiye'de tenfizine engel teşkil edecektir.

New York Sözleşmesi'nin kapsamına girmeyen yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi hususunda ise MÖHUK'un ilgili hükümleri uygulanacaktır. MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen 43-45'inci maddeleri genel olarak Sözleşme ile

¹⁴² **Şanlı, C.:** Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B.2, İstanbul 2002, s.268-269, (**Uluslararası Ticarî Akitler**).

¹⁴³ **Tanrıver,** s.92.

¹⁴⁴ **Akıncı, Tenfiz,** s.182.

uyum içindedir. Konumuz açısından önem arz eden ret sebeplerinden hakem kararının kamu düzenine aykırı olması durumunu düzenleyen MÖHUK'un 45'inci maddesinin "b" bendi ile hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermeleri durumunu düzenleyen "h" bendi Sözleşme'nin V'inci maddesi ile aynı hükümleri içermektedir.

Ancak, gerek MÖHUK'un 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrası gerekse MÖHUK'un 45'inci maddesinin "i" bendi uyarınca kesinleşmemiş, icra kabiliyeti kazanmamış ya da verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi mümkün olmayacaktır. New York Sözleşmesi'nin V'inci maddesinde ise "kesinleşme" ifadesi yerine "bağlayıcılık" ifadesi kullanılmıştır. Sözleşme metninde kullanılan bu ifade, bilinçli bir tercihin sonucu olup hakem kararlarının tenfizini güçleştiren çifte tenfiz (*double exequatur*) engelini ortadan kaldırmaya yöneliktir¹⁴⁵. Dolayısıyla, MÖHUK'daki söz konusu ifadenin milletlerarası ticarî tahkim alanındaki liberalleşme eğilimi ve bu alandaki çağdaş gelişmelerle uyumlu olmadığı, New York Sözleşmesi'ndeki düzenleme doğrultusunda yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁶.

Ayrıca, Sözleşme ile MÖHUK arasında tenfizi istenen hakem kararının iptal edilmiş olması durumuyla ilgili olarak da farklılık mevcuttur. Zira, Sözleşme'nin V'inci maddesi tenfiz ülkesi hâkimine herhangi bir zorunluluk yüklememekte, maddede sınırlı bir şekilde sayılan sebeplerden birinin varlığı durumunda tenfiz talebinin reddedilebileceğini hükme bağlamaktadır. Bu bağlamda, Sözleşme, iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizi talebini kabul veya reddetme hususunda tenfiz ülkesi hâkimine bir takdir hakkı tanımakta, söz konusu hakem kararının iptal edilmiş olması tenfize mutlaka engel teşkil etmemektedir. MÖHUK'un 45'inci maddesindeki kesin ifade ise iptal edilmiş bir hakem kararının Türkiye'de tenfizine imkân tanımamaktadır.

Yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi bağlamında, yukarıda izah edilen farklılıklar dışında, genel olarak New York Sözleşmesi'ne paralel bir düzenlemeye sahip MÖHUK'da da tahkime konu uyuşmazlığın esasına millî hukuklar dışı kuralların uygulanmış olması bir tenfiz engeli olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla, bir hakem kararının tenfizi talebi ister New York Sözleşmesi isterse MÖHUK kapsamında değerlendirilsin, söz konusu kararın *lex mercatoria*'ya dayanması Sözleşme'de ya da MÖHUK'da sayılan ret sebeplerinden

¹⁴⁵ Şanlı, Uluslararası Ticarî Akitler, s.310.

¹⁴⁶ Akıncı, Tenfiz, s.200-201.

herhangi birinin kapsamına girdiği ölçüde tenfize engel teşkil edecektir.

SONUÇ

Bu çalışmada; milletlerarası ticarî tahkimde, *lex mercatoria*'nın, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceği ve *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş bir hakem kararının tenfiz aşamasında karşılaşılabileceği sorunlar incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, *lex mercatoria* kavramı üzerinde durulmuş, *lex mercatoria*'nın tarihsel gelişimi ve kaynakları incelendikten sonra, kavramın, millî hukuk düzenleri ve irade muhtariyeti ilkesi ile olan ilişkisine değinilmiştir. Bu bölümden çıkan sonuç, *lex mercatoria*'nın, bazı eleştirilere maruz kalsa bile, özerk bir hukuk sistemi olduğudur. *Lex mercatoria*'nın, özerk bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkmasının altında yatan sebepler ise, millî hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların, milletlerarası bir piyasanın oluşumunu elverişsiz hale getirmesi; millî hukukların, milletlerarası ticaretle ilgili meseleleri çözme konusunda gittikçe yetersiz hale gelmesi ve milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmelere tahkim kaydının konması olarak belirtilmiştir. Özellikle II'nci Dünya Savaşından sonra, milletlerarası ticaret alanında yaşanan olağanüstü gelişmelere ayak uyduramaz hale gelen ve milletlerarası ticaretin yapısıyla bağdaşmayan millî hukukların çizdiği sınırlardan uzaklaşmak adına yaşanan bu gelişim, XX'nci yüzyılda hukuk alanında yaşanan gelişmelerin en önemlilerinden biri olarak nitelendirilmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, milletlerarası ticarî tahkimde, uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanabilme imkânı ve bunun ne şekilde olabileceği incelenmiş; *lex mercatoria*'ya dayanan bir hakem kararının tenfiz aşamasında karşılaşılabileceği sorunlar tartışılmıştır. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünü, bu alanda genel kabul gören kural, uygulama ve örf ve âdetlerden oluşan milletlerarası ticaret hukukuna tâbi tutma eğilimi ağır basmaktadır. Zira ideal olan da, milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, milletlerarası ticaret camiasının kendi kurallarını uygulamaktır.

Hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanıp uygulanamayacağı konusundaki tartışmalar gün geçtikçe azalırken, esas sorun, tahkim veya tenfiz ülkesi hukukunun, *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş hakem kararlarına karşı olumsuz

bir yaklaşım sergilemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, özellikle tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemedikleri durumlarda, hakemlerin, kararın tenfiz edilmesinin muhtemel olduğu ülke hukuklarının konuya yaklaşımını dikkate almaları tavsiye edilmektedir.

KISALTMALAR

ADRLJ	:	The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal
B.	:	Bası
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	:	bakınız
Bos. Uni. ILJ	:	Boston University International Law Journal
C.	:	Cilt
çev.	:	çeviren
Ed.	:	Editör
ICC	:	International Chamber of Commerce
ICLQ	:	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	:	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
INCOTERMS	:	International Rules for the Interpretation of Trade Terms
JIA	:	Journal of International Arbitration
Ltd. Şti.	:	Limited Şirketi
m.	:	madde
MÖHUK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
Rec. des Cours	:	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
UNCITRAL	:	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	:	United Nations Conference on Trade and Development
UNECE	:	United Nations Economic Commission for Europe
UNIDROIT	:	Institut International pour l'Unification du Droit Privé
YD	:	Yargıtay Dergisi

BİBLİYOGRAFYA

- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, (Tenfiz).
- Akıncı, Ziya:** “Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi”, *BATİDER*, 1994, C. XVII, S.3, s.119-147, (**Yargı Denetimi**).
- Akıncı, Ziya:** Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, (**Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**).

- Baron, Gesa:** (1998), "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?", <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>> (20.10.2003).
- Birsel, Mahmut T.:** "The Evolution of International Economic Order Towards the Organic Concept of Law", *BATİDER*, 1997, C. XIX, S.1, s.83-98.
- Cheng, Chia-Jui:** Basic Documents on International Trade Law, B.2, London 1990.
- Chukwumerije, Okezie:** Choice of Law in International Commercial Arbitration, London 1994.
- Cremades, Bernardo M./ Plehn, Steven L.:** "The Lex Mercatoria and Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions", *Bos. Uni. ILJ*, 1984, C. II, s.317-348.
- Derains, Yves (çev. Aydoğan Özman):** "Milletlerarası Ticaret Odası Hakemlerinin Sözleşmeye İlişkin Uluslararası Hukukun Yaratılmasına Katkıları", *BATİDER*, 1978, C. IX, S.3, s.819-831.
- Freeman, Paul:** "Lex Mercatoria: Its Emergence and Acceptance as a Legal Basis for the Resolution of International Disputes", *ADRLJ*, 1997, C. VI, s.289-300.
- Goldman, Berthold (Ed. J.D.M. Lew):** "The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria", *Contemporary Problems in Arbitration*, Dordrecht, The Netherlands 1987, s.113-125.
- Goldstajn, Aleksandar:** (1986), "Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention", <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/golstajn.html>> (20.10.2003), (**Usages of Trade**).
- Goldstajn, Aleksandar (Ed. F. Fabricius):** "The New Law Merchant Reconsidered", *Law and International Trade*, Frankfurt 1973, s.171-185, (**Law Merchant**).
- Göğer, Erdoğan:** Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti, B.2, Ankara 1980.
- ICC Rules of Arbitration and ICC Rules of Conciliation, Paris 1997.
- Kalpsüz, Turgut:** Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Halli, Ankara 1989.
- Lando, Ole (Ed. J.D.M. Lew):** "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, The Netherlands 1987, s.101-111, (**Applicable Law**).
- Lando, Ole:** "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *ICLQ*, 1985, C. XXXIV, S.4, s.747-768, (**Lex Mercatoria**).
- Medwig, Michael T.:** "The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality", *Law and Policy in International Business*, 1993, C. XXIV, S.1, s.589-616.
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun Öntasarısı Sempozyumu, (22-24 Kasım 1976), İstanbul 1978, (**MÖHUK Sempozyumu**).
- Nomer, Ergin/ Şanlı, Cemal:** Devletler Hususî Hukuku, B.12, İstanbul 2003.
- Pazarıcı, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk Dersleri, C.I, B.9, Ankara 2001.
- Sanders, Pieter:** "Trends in International Commercial Arbitration", *Rec. des Cours*, 1975/II, C. CXLV, s.211-296.
- Schmitthoff, Clive M. (Ed. C.J. Cheng):** "The Law of International Trade", *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, The Netherlands 1988, s.219-230, (**Trade**).

- Schmitthoff, Clive M. (Ed. C.M. Schmitthoff):** “Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions”, *The Law of International Commercial Arbitrations*, Deventer 1982, s.19-31, **(Nature and Evolution)**.
- Schmitthoff, Clive M. (Ed. C.M. Schmitthoff):** “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”, *The Sources of Law of International Trade*, London 1964, s.3-38, **(The Law)**.
- Stoecker, Christoph W.O.:** “The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Exist?”, *JIA*, 1990, C.VII, S.1, s.101-125.
- Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B.2, İstanbul 2002, **(Uluslararası Ticarî Akitler)**.
- Şanlı, Cemal:** Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, **(Esasa Uygulanacak Hukuk)**.
- Tanrıver, Süha (Ed. A. Ulusoy):** “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Düzeni*, Ankara 2001, s.83-112.
- Telli, Serap:** Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Ankara 1991.
- Tekinalp, Gülören:** Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları, B.7, İstanbul 2002.
- Wilkinson, Vanessa L.D.:** “The New Lex Mercatoria: Reality or Academic Fantasy?”, *JIA*, 1995, C. XII, S.2, s.103-115.

MEINUNGSÄUSSERUNGSFREIHEIT IM LICHT DER ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE (EGMR) UND ART. 312 ABS. 2 DES TÜRKISCHEN STRAFGESETZBUCHES¹

Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN²

ÖZET:

Düşünce ve düşündüklerini ifade etme özgürlüğü, demokratik bir toplumda önemli bir yer tutmaktadır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması, diğer birçok özgürlüğün dolaylı olarak sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

İfade özgürlüğü, yeni ve daha iyi fikirlerin ortaya çıkmasının zeminini oluşturmaktadır. Ancak, demokratik bir toplumda, ifade özgürlüğü, sadece, yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkını değil, zararlı, rahatsız edici olanlar da dahil, her türlü düşüncüyü serbestçe açıklama özgürlüğünü ifade etmektedir.

İfade özgürlüğü iki boyuttan oluşmaktadır; ilki bilgi ve fikir alma özgürlüğü, ikincisi ise sahip olunan bilgi ve fikirleri yayma özgürlüğüdür.

ZUSAMMENFASSUNG:

Das Recht auf freie Meinungsäußerung hat eine fundamentale Bedeutung in einer demokratischen Gesellschaft. Eine Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit bringt indirekt auch die Einschränkung der vielen anderen Freiheiten.

Das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung bildet die Grundlage für neue und bessere Ideen. Aber das gilt nicht nur für die Öffentlichkeit willkommene, als harmlos oder neutral eingestufte Aussagen, sondern auch für solche, die verletzen, schockieren oder beunruhigen.

Das Recht auf freie Meinungsäußerung beinhaltet die Freiheit, Meinungen und Ideen zu bilden, und dies anderen Personen und der Öffentlichkeit mitzuteilen.

KAVRAMLAR (BEGRIFFE): Düşünce açıklama, ifade özgürlüğü (Meinungsausschreibung, Meinungsausschreibungsfreiheit).

1. Einleitung (Zum Begriff der Meinungsäußerungsfreiheit)

¹ İstanbul Kültür Üniversitesi ve Alman Akademik Değişim Kurumu (DAAD) işbirliği ile Antalya-Kemer'de düzenlenen 2003 Yaz Akademisinde 16.09.2003 tarihinde bildiri olarak sunulmuştur.

² Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Das Recht auf freie Meinungsäußerung hat eine fundamentale Bedeutung in einer demokratischen Gesellschaft. (Denn ohne freie Meinungsäußerung können andere Grundrechte nicht verteidigt werden.) Eine Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit bringt indirekt auch die Einschränkung der vielen anderen Freiheiten. Deswegen können wir die Meinungsäußerungsfreiheit als Vorbedingung eines demokratischen Systems nennen.

Das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung bildet die Grundlage für neue und bessere Ideen. Aber das gilt nicht nur für die Öffentlichkeit willkommene, als harmlos oder neutral eingestufte Aussagen, sondern auch für solche, die verletzen, schockieren oder beunruhigen. Das gebieten Pluralismus, Toleranz und Offenheit, die für eine demokratische Gesellschaft unverzichtbar sind. Somit werden eine offene Diskussion zwischen verschiedenen Meinungen und Ideen ermöglicht. Dem Einzelnen wird damit eine Auswahl ermöglicht. Das Individuum kann durch die Meinungsfreiheit die Richtigkeit seiner Meinungen testen.

Das Recht auf freie Meinungsäußerung beinhaltet die Freiheit, Meinungen und Ideen zu bilden, und dies anderen Personen und der Öffentlichkeit mitzuteilen. Inhalt der mitgeteilten Meinungen kann politisch, kulturell oder wirtschaftlich sein. Alle Kommunikationsmittel, die für die Meinungsäußerung dienen (Zeitungen, Radio, Fernsehen usw.) unterliegen dem Schutz der Meinungsfreiheit. Von wesentlicher Bedeutung ist die Meinungsäußerung in Presse. Die Presse hat die Aufgabe, Informationen und Ideen über Fragen des öffentlichen Interesses zu verbreiten. Der Einzelne hat das Recht diese Informationen zu empfangen.

2. Meinungsäußerungsfreiheit nach EMRK

Das Recht auf freie Meinungsäußerung wird in Art. 10 der EMRK geregelt. Es wird angenommen, dass das Recht auf freie Meinungsäußerung einer der fundamentalen Grundrechte in der Konvention ist. Um der Meinungsäußerungsfreiheit einen symbolischen Ausdruck zu verleihen, hat der neu gestaltete EGMR sein erstes Urteil über Artikel 10 erlassen.

Artikel 10 Absatz 1 der EMRK enthält die allgemein gefasste Garantie der Meinungsfreiheit. Absatz 2 dagegen nennt die Voraussetzungen, unter welchen die Einschränkungen der Meinungsfreiheit zulässig sind.

Obwohl die Meinungsäusserungsfreiheit einer der Grundsäule einer demokratischen Gesellschaft ist, so ist sie nicht absolut und grenzenlos. Sie kann durch die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 2 eingeschränkt werden. Diese Einschränkungsmöglichkeiten sind jedoch nicht grenzenlos. Ein Eingriff auf die Meinungsäusserungsfreiheit muss die folgenden drei Voraussetzungen erfüllen, damit sie nicht konventionswidrig ist. Diese Voraussetzungen werden durch den EGMR streng ausgelegt. Die Notwendigkeit der Einschränkungen muss überzeugend dargelegt werden.³

a) Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft:

Zuerst muss der Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und verhältnismässig sein.

b) Gesetzlich vorgesehen:

Zweitens muss der Eingriff gesetzlich vorgesehen sein. EGMR stellt hierzu nicht nur formale, sondern auch qualitative Anforderungen. Das Gesetz muss für den einzelnen Bürger zugänglich und vorhersehbar sein. Die gesetzliche Grundlage muss **hinreichend zugänglich** sein, so das sich der Bürger angemessen über das anwendbare Recht informieren kann. **Vorhersehbar** in diesem Sinne, wenn es mit hinreichender Bestimmtheit gefasst ist, so das der Einzelner sein Verhalten nach ihm richten kann.

c) Legitimes Ziel:

Drittens muss der Eingriff ein legitimes Ziel haben. Im Art. 10 Abs. 2 der EMRK werden die legitime Ziele genannt. Der Staat ist verpflichtet zu beweisen, das die verfolgten Ziele durch die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit gerechtfertigt ist. Die von den staatlichen Behörden und Gerichte zur Rechtfertigung angeführten Gründe müssen “stichhaltig” und “ausreichend” sein und der Eingriff muss einem “zwingenden sozialen Bedürfnis” entsprechen. Eine Massnahme muss somit nicht bloss unentbehrlich, zulässig, nützlich oder vernünftig sein, sondern „dringend“ sein.

3. Positives Handeln des Staates zur Verwirklichung der Meinungsäusserungsfreiheit

Die Vertragsstaaten der EMRK sind verpflichtet, den unter seiner Jurisdiktion stehenden Personen die Konventionsrechte zu sichern. In

³ Jens Meyer-Ladewig, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Baden-Baden 2003, s.168 vd.

erster Linie haben die Vertragsstaaten die Verpflichtung, in die Freiheit der Meinungsäußerung nicht einzugreifen. Aus Artikel 10 kann sich aber auch die Verpflichtung ergeben, zur Ermöglichung der Freiheit zur Meinungsäußerung tätig zu werden (positive Verpflichtung). Deshalb (!) hat Art. 10 Abs. 2 den Vertragsstaaten zur Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit einen gewissen Beurteilungsspielraum eingeräumt. Dieser Beurteilungsspielraum der staatlichen Behörden und Gerichte ist jedoch je nach Sachlage unterschiedlich. Diese Beurteilung wird jedoch durch den Gerichtshof überprüft.

4. Die Urteile der EGMR bezüglich der Meinungsäußerungsfreiheit in der Türkei

Bezüglich der Meinungsäußerungsfreiheit hat der EGMR seit seiner Gründung bis zum Jahr 2002 insgesamt 88 Urteile erlassen. Von diesen Urteilen wurden in 65 Urteilen (etwa % 80) eine Verletzung der Freiheit der Meinungsäußerung festgestellt. Von den Urteilen bezüglich der Meinungsäußerungsfreiheit betreffen 21 Urteile (% 25) die Türkei. Das bedeutet, dass jedes vierte diesbezügliche Urteil gegen die Türkei erlassen wurde. Wie man sieht, ist das eine hohe Prozentzahl. Man muss auch bedenken, dass die Urteile gegen viele Vertragsstaaten innerhalb von etwa 50 Jahren erlassen wurden (sevgili Cumhur, Türkiye'den sonra Sözleşmeyi onaylayan çok sayıda devletin bulunduğu ve bu devletler aleyhine de ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle kararlar verildiğine de dikkat etmek gerekir!). Dagegen strecken die Urteile gegen die Türkei einen Zeitraum von etwa 15 Jahren aus. Von 1987 bis 1997 wurde gegen die Türkei kein Urteil wegen der Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit erlassen. Alle Urteile bezüglich der Meinungsäußerungsfreiheit wurden seit 1997 erlassen. Allein am 8. Juli 1999 wurden in 11 Urteilen die Verletzung des Art. 10 EMRK durch die Türkei festgestellt. Der Gerichtshof hat dabei in 17 Urteilen eine Verletzung des Art. 10 der EMRK festgestellt⁴. Diese Verurteilungen zeigen deutlich, dass die freie Meinungsäußerung weiterhin einer der wichtigsten Frage der Menschenrechts- und der Demokratisierungproblematik in der Türkei ist.

⁴ Türkiye ile ilgili ifade özgürlüğü ihlal kararları şunlardır: İncal, Arslan, Başkaya ve Okçuoğlu, Ceylan, Erdoğan ve İnce, Karataş, Okçuoğlu, Polat, Sürek (No 2), Sürek ve Özdemir, Sürek (No 4), Öztürk, Özgür Gündem, Erdoğan, Şener, Aksoy.

Türkiye ile ilgili ifade özgürlüğü ihlali bulunmayan kararlar ise şunlardır: Zana, Sürek (No 1), Sürek (No 3), Akkoç

Nach den Urteilen des EGMR genießt jede Äußerung den Schutz der freien Meinungsäußerung, wenn sie nicht zur Gewalt oder zum bewaffneten Aufstand aufruft oder nicht rassistisch ist. Da die gewählten Vertreter des Volkes die Rechte des Volkes verteidigen und auf die Probleme aufmerksam machen müssen, ist für sie die Meinungsfreiheit von besonderer Bedeutung. Deswegen genießen sie hierzu mehr Freiheit. Aus diesem Grund muss die Betonung, dass die Kurden in der Türkei am meisten unterdrückt werden, als eine Forderung zur Anerkennung dieses Volkes verstanden werden. Ein Teil der Türkei als „Kurdistan“ zu bezeichnen, hat nach Auffassung des Gerichtshofes eine Aufgabe, die Öffentlichkeit über die Probleme zu informieren. Wenn eine Äußerung mit dem Wesen und Grundlagen des Staates nicht vereinbar ist, bedeutet es nicht unbedingt, die Verletzung der demokratischen Regeln. Vorausgesetzt jedoch, dass die demokratischen Regeln nicht verletzt werden. Ein Parteiprogramm vorzuschlagen und zu diskutieren, die die staatliche Ordnung kritisiert, gelten als Grundlage der Demokratie (Aksoy/Türkei)

Im Fall Incal war die Beschwerdeführer durch das türkische Gericht wegen „der Aufstachelung zu Hass und Feindschaft der Bevölkerung und zur Anwendung gesetzwidrigen Methoden“ zu Freiheitsstrafen verurteilt (TrStGB 312/2). Ihm wurde zur Last gelegt, dass in den von ihm verfassten Flugblätter der Staat als Terrorist bezeichnet und unter der Bevölkerung zu Hass und Feindschaft aufgestachelt wurde. Nach Auffassung des Gerichtshofes werden in den Flugblättern die Massnahmen der regionalen Behörden gegen den Strassenverkäufer kritisiert. Die Äußerungen basieren auf die tatsächlichen Geschehen, die die Bevölkerung informieren will und „die Forderungen, sich gegen die Massnahmen zu widersetzen, beinhalten keinen Aufruf zur Gewalt“. Deshalb wurde nach Ansicht des Gerichtshofes durch die Verurteilung zur Freiheitsstrafe das Recht auf freie Meinungsäußerung verletzt.

Die Presse hat die Aufgabe, Informationen und Ideen über politische Fragen zu verbreiten. Die Öffentlichkeit hat das Recht, diese Informationen zu empfangen. EMRK lässt für Beschränkungen der politischen Reden bzw. für die Diskussionen über Angelegenheiten des *öffentlichen Interesses* nur wenig Raum. Allein die Tatsache, dass mit dem Führer eines als terroristisch bezeichneten Vereinigung ein Interview gemacht wurde, gerechtfertigt nicht die Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit. Sehr kritische Bemerkungen über die staatliche Politik und die Einseitige Äußerungen über die Probleme eines Landesteiles und über die

Verantwortlichen bietet auch keine gerechtfertigte Grundlage zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit (Sürek und Özdemir/Türkiye, kontrolle?).

Nach Ansicht des EGMR dürfen über die historischen Tatsachen einseitig, hart oder feindselig geäußert werden (Arslan/Türkiye; Okçuoğlu/Türkiye; Erdoğan/Türkiye; Ceylan/Türkiye; Polat/Türkiye); es dürfen auch angriffswütige (?) Wörter verwendet werden (Şener/Türkiye); die wissenschaftlichen Arbeiten, die keinen Aufruf zur Gewalt enthalten, dürfen nicht verhindert werden (Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye; Öztürk/Türkiye). Soweit eine Äusserung keinen Aufruf zur Gewalt, zum bewaffneten Kampf oder zum Aufstand enthält, ist nach den Urteilen des Gerichtshofes eine Massnahme zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft nicht erforderlich und die verhängte Strafe nicht verhältnismässig. Wenn manche Passage eines Gedichtsbuches Gewalt hervorruft, so kann sich nach Ansicht des Gerichtshofs die Wahrscheinlichkeit eines Aufstandes oder eines Aufruhrs vermindern, da die Verbreitung der Ideen auf künstlerischem Weg stattfindet und einen begrenzten Wirkungsbereich hat (Karataş/Türkiye). Aufruf zur Gewaltanwendung ist allein nicht ausreichend.

Die Äußerungen, die zur Gewalt anstiften, reichen nicht allein aus, eine Strafverfolgung einzuleiten. Zur Bestrafung solcher Äusserungen muss die Anstiftung eine "offenen und vorhandenen Gefahr" ("clear and present danger") darstellen.

Die Verwendung von Wörtern wie Widerstand, Kampf, Unabhängigkeit usw. ist an sich zur Einschränkung der Meinungsäusserung nicht ausreichend. Es muss dabei untersucht werden, ob hierzu zur Gewalt, zum bewaffneten Kampf oder zum Aufstand aufgerufen wird (Gerger/Türkiye).

Ob ein Eingriff in die Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, ist nach Auffassung des Gerichtshofes von der Bedeutung, vor welcher Gesellschaft diese Meinungsäusserung stattgefunden hat. Zum Beispiel, vor einer begrenzten (kleiner) Gruppe vorgelesene Erklärung hat einen begrenzten potenziellen Gefahr für die nationale Sicherheit, öffentliche Ordnung und die Unteilbarkeit des Staatsgebietes (Gerger/Türkiye).

Im Urteil Zana/Türkei hat der Gerichtshof dagegen keine Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit festgestellt. In diesem Fall

hatte der Beschwerdeführer bei einem Interview erklärt, er unterstütze den nationalen Unabhängigkeitskampf der PKK. Nach Ansicht des EGMR wurde dieses Interview, das in einer auflagenstarken Tageszeitung veröffentlicht wurde, in einer Zeit veröffentlicht, in welcher die Terrororganisation in einem Teil der Türkei seine Angriffe gegen Zivilisten verstärkt hatte. In solchen kritischen Situationen kann die Benennung des Kampfes einer Terrororganisation die Lage noch gefährlicher machen und die terroristische Angriffe erhöhen. Deshalb entsprach die Bestrafung des Beschwerdeführers einem dringenden sozialen Bedarf und war verhältnismässig.

Im Urteil Sürek/Türkei (Nr.1) wurden in einer Wochenzeitschrift Leserbriefe veröffentlicht, in welchen dem türkischen Militär, Massaker, Gewalt und Unterdrückung vorgeworfen und als „Faschist“, „Todesschwadronen“, „verkaufte Mörder der Imperialisten“ beschimpft wurde. Nach Auffassung des EGMR fördern diese Aussagen, den vorhandenen Hass und die Feindseligkeit zwischen beiden Fronten noch mehr. Mit den Leserbriefen werden bei den Lesern die Auffassung verstärkt, dass gegen den als Angreifer bezeichneten Staat Gewaltanwendung notwendig und legitim ist. Somit wird Gewalt verherrlicht. Zwar identifiziert sich der Redakteur nicht mit den in den Leserbriefen geäusserten Meinungen, so ermöglicht er jedoch durch die Leserbriefe die Verbreitung von Gewalt und Hass.

Im Urteil Sürek/Türkei (Nr. 3) ging es um einen Aufsatz, in welchem die im Südosten der Türkei geführte Auseinandersetzung als „ein Krieg gegen die Sicherheitskräfte“ bezeichnet wurde und eine Aussage enthielt, die „wir werden den Freiheitskampf bis zum Ende weiterführen“ lautete. Nach Auffassung des Gerichtshofes hat sich zwar der Verfasser mit der Organisation, die einen bewaffneten Kampf führt, nicht identifiziert. Der Aufsatz beinhaltet jedoch einen Aufruf und eine Anstiftung zu einem bewaffneten Kampf für die nationale Unabhängigkeit einer ethnischen Gruppe. Deshalb entspricht die verhängte Strafe gegen den Verfasser einen dringenden sozialen Bedürfniss und war verhältnismässig.

5. Bewertung

Im Rahmen der Anpassungsprozesse zur Europäische Union wurde am 6.2.2002 der Art. 312/2 des TrStGB geändert.⁵ Vor der Änderung

⁵ **Die alte Fassung des Art. 312 Abs. 2:** „Wer die Bevölkerung unter Hinweis auf Unterschiede der Klasse, Rasse, Religion, Konfession oder Region öffentlich zu Hass und Feindschaft aufstachelt, wird mit Gefängnis von einem

war zu bestrafen, "wer die Bevölkerung unter Hinweis auf Unterschiede der Klasse, Rasse, Religion, Konfession oder Region öffentlich zu Hass und Feindschaft aufstachelt." Nach der Änderung muss diese Aufstachelung in einer Art und Weise geschehen, die "die öffentliche Sicherheit gefährdet". Somit wurde versucht, aus einem abstrakten Gefährdungsdelikt, einen konkreten Gefährdungsdelikt zu machen. Denn eine Aufstachelung zu Hass und Feindschaft wird nur dann bestraft, wenn sie für den öffentlichen Frieden eine konkrete Gefahr (clear and present danger) darstellt. Nach der neuen Fassung - nach meiner Ansicht sogar nach der alten Fassung - dürfte diese Bestimmung für die freie Meinungsäußerung kein Hindernis darstellen.

Ich habe jedoch hierzu Bedenken. Denn im türkischen Rechtssystem gibt es manchmal Ersatznormen. Oder wenn eine Norm abgeschafft wird, wird gleichzeitig in einem anderen Rechtsbereich eine neue Bestimmung eingeführt. Zum Beispiel, um die Meinungsäußerungsfreiheit zu gewährleisten, wurde Anfang der neunziger Jahre (1991) Artikel 142 des TrStGB abgeschafft; es wurde jedoch gleichzeitig eine ähnliche Bestimmung durch das Antiterrorgesetz (Art.8) eingeführt. Der EGMR hat die Türkei deshalb im Fall Arslan verurteilt. In diesem Fall wurde der Beschwerdeführer als Autor eines Buches wegen separatistischer Propaganda nach Art. 142 bestraft. Nach der Abschaffung dieses Artikels ist auch die Verurteilung entfallen. Danach wurde die zweite Auflage des Buches ohne Änderung veröffentlicht. Der Autor wurde dann aber diesmal wegen des Verstosses gegen Art. 8 des Antiterrorgesetzes bestraft.

Obwohl der Art. 8 des Antiterrorgesetzes inzwischen abgeschafft wurde und Art. 312 Abs. 2 des TrStGB nicht denselben Unrechtsgehalt

Jahr bis zu drei Jahren und mit schwerer Geldstrafe von 1.179.000 bis 3.930.000 TL** bestraft. Geschieht diese Aufstachelung in einer Art und Weise, die die öffentliche Sicherheit gefährdet, so wird die zu verhängende Strafe um ein Drittel bis um die Hälfte erhöht." (Zum Gesetztext siehe, **Silvia Tellenbach, Das Türkische Strafgesetzbuch** /Türk Ceza Kanunu, Zweisprachige Ausgabe, 2. Auflage, Sammlung auslaendischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Freiburg in Breisgau, 2002)

Die neue Fassung des Art. 312 Abs. 2: "Wer unter Hinweis auf Unterschiede der sozialen Klasse, Rasse, Religion, Konfession oder Region die Bevölkerung gegenseinander für die öffentliche Ordnung gefährdende Art und Weise zu Feindschaft und Hass öffentlich aufstachelt, wird mit Gefängnis von einem Jahr bis zu drei Jahren bestraft."

regelt, habe ich Bedenken, dass es in der Praxis der Art. 312 Abs. 2 als Ersatznorm auch zu Art. 8 des Antiterrorgesetzes angewendet wird.

Meine Bedenken wurde leider inzwischen durch die neuesten Urteile des Revisionsgerichts (Yargıtay) bestätigt. Die neusten höchstrichterlichen Entscheidungen nach der Änderung des Art. 312 Abs. 2 des TrStGB zeigen, dass das Revisionsgerichts seine Rechtsprechung hierzu nicht geändert hat. Zum Beispiel, „die Äusserungen, die die das Gewalt anstiften könnten“, „Widerstand gegen die behördlichen Entscheidungen“, „Verwendung von machen scharfen Worte bei der Äusserung“ werden durch die Gerichten und das Revisionsgericht als Verstoss gegen Art.312 Abs. 2 verstanden. Diese Berichte waren fass alle in den regionalen Zeitungen oder Zeitschriften mit wenigen Auflagen veröffentlicht worden. Das Revisionsgericht hat in diesen neuen Entscheidungen nur das Wörtchen „für die öffentliche Ordnung gefährdende Art und Weise“ eingefügt. Somit kann man sagen, das es in der Praxis nichts geändert hat.

In den Urteilen des EGMR werden nicht die Bestimmungen des türkischen Rechts über die Meinungsäusserungsfreiheit kritisiert, sondern die Auslegung und Anwendung dieser Bestimmungen. Zum Schutz der freien Meinungsäusserung haben die Gerichte deshalb eine wichtige Aufgabe.

**İYİ YÖNETİM
VE
AVRUPA İYİ YÖNETİM YASASI**

**GOOD ADMINISTRATION
AND
CODE OF GOOD ADMINISTRATIVE BEHAVIOUR**

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

ÖZET

İyi yönetim yasası, idarenin rutin işleyişinde iyi yönetim ilkelerinin (kanunilik, nesnellik, bilgi edinme hakkı, dinlenilme hakkı, gerekçe yükümlülüğü, ölçülülük, ayırım yapmama, eşit davranma yükümlülüğü, katılım vs.) uygulanabilmesini sağlayacak ve bu konuda idareye uygun imkânlar sunacaktır. Bu yasa bireyin yararına olduğu kadar, idarenin ve personelinin de yararınadır. Yasa ile kamunun anlaşılabilirliği artacak, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli görülmesi sağlanacaktır.

ANAHTAR KELİMELER

İyi idare, kanunilik, ayırım yapma yasağı, ölçülülük, dinlenilme hakkı, belgelere erişim, gerekçe.

ABSTRACT

The adoption of the Code of Good Administrative Behaviour will provide usable means of putting the principles of good administration into practice in day to day work. It will benefit staff and strengthen public understanding and an essential institution dedicated to good public service.

KEYWORDS

Good Administration, Lawfulness, non-discrimination, proportionality, hearing, requests for documents, grounds.

I. İYİ YÖNETİM

Demokrasinin “evrensel bir ideal” olması, hukuk devletiyle birlikte modern devlet anlayışının değişmesine yol açmıştır. Bireylerin, “kamu hizmetinden yararlanan” olarak görülmeye başlanması, günümüz insan hakları ideolojisinin doğmasına sebep olmuştur. Bu çerçevede hak sahibi suje olarak bireyin yönetime katılması, devlete karşı korunması ve idare ile ilişkilerinde insan onuruna yaraşır bir muameleye tâbi tutulması hukuk devletinin gereği olarak görülmüştür. Hukuk devleti anlayışındaki gelişme ile birlikte, “devlet baba” anlayışında da değişiklik olmuştur. Demokratik hukuk devleti anlayışı ile, “hikmetinden sual olunmayan”, “bireyin efendisi”, “idare edilenlerin iyiliği için, onlar istemese de her konuda her istediğini yapabilen” hikmet-i hükümet anlayışı terkedilmiştir.

Hukuk devletinde idare, “doğru”, “adil”, “hukuka uygun” bir karar alabilmek için yapacağı idari işlemin dayandığı hukuki vakıaları en doğru şekilde belirlemek, olayın soruşturmasını yapmak; gerekli delillerden faydalanmak, olayın muhatabına kendini anlatma, savunma, gerekli bilgi ve belgeleri idareye sunma imkânı tanımak; kendi elindeki bilgi ve belgelere, kişilerin kolayca ulaşabilmesini sağlamakla yükümlüdür. Yine hukuk devletinde idare, bireyin iknası, idari ya da yargısal başvuru haklarını gereği gibi kullanması için idari usulün tamamlanmasından sonra ilgilisine tebliğ edilen işlemin “açık ve anlaşılır” olmasını gözetmeli; işlem metninde işlemin gerekçesinin, işleme karşı gidilebilecek başvuru yollarının yer almasını sağlamalıdır⁶.

Bütün bu yükümlülükler, hukuk devletinin gereği olarak, bireye dinlenilme, hukuki yardım ve belgelere erişim hakkının tanınması; ilgilinin haklı beklentilerine uygun davranılması; karar verme sürecinde tarafsızlık, usulde paralellik, ölçülülük, oranlılık ve nihayet işlemin tespitinde gerekçe ve başvuru yollarının gösterilmesi gibi pek çok ilke ve hakkın ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

İşte iyi yönetim, bireyin, insan onuruna yakışır bir muameleye tâbi tutulduğu, makul ve haklı her türlü beklentisinin gerçekleştiği, her zaman yanında hissettiği, kendisine güven duyduğu şeffaf bir yönetimdir.

II. İYİ YÖNETİM İSTEME HAKKI

⁶ AKYILMAZ Bahtiyar, İdare Hukuku, Konya 2004, s. 240–241; AZRAK Ali Ülkü, Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi, İstanbul 1964, s. 5-6; NEILL Patrick, The Formulation of Principles of Good Administration, in Administrative Justice Some Necessary Reforms, Oxford 1988, s. 9 vd.

Genelde “katılım”ı öngören ve özellikle çevre hakkı ile gündeme gelen dinlenilme hakkı, bilgi edinme özgürlüğü, idari belgelere erişim hakkı gibi haklar, pek çok ülkede yasal düzenlemelerin konusu olmuş hak ve özgürlüklerdir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı **“Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması”** başlığını taşıyan kararı, bu bakımdan önemlidir. Komite bu kararlar dinlenilme hakkı, belgelere erişim hakkı, idari usulde temsil ve danışmanlık hakkı, idari işlemde gerekçe yükümlülüğü ve hukuki başvuru yollarının gösterilmesi şeklindeki beş ilke tespit ederek, üye devletlerin milli idari usul hukukları açısından bunların dikkate alınmasını talep etmiştir⁷.

13-14 Ekim'de Fransa'nın Biarritz kentinde gerçekleşen AB zirvesinde devlet ve hükümet başkanlarının bilgisine sunulan ve kabul gören Avrupa Temel Haklar Şartı, 7-8 Aralık'taki "Nice Zirvesi"nde onaylanarak resmîyet kazandı⁸. AB vatandaşlarının temel haklarını ve AB'nin, vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenleyen Temel Haklar Şartı'nın, 41. maddesinde **“iyi yönetim isteme hakkı”** düzenlemektedir:

“(1) Herkes, işlerinin Birliğin kurumları ve organları tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

(2) Bu hak, herkesin, kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkını; herkesin, kendi dosyasına erişme hakkını ve meşru gizlilik çıkarlarına ve mesleki ve ticari gizliliğe saygı gösterilmesini; idarenin, kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğünü içerir.

(3) Herkes, Birliğin kuruluşları veya görevlilerinin, görevlerinin ifası sırasında yol açtıkları her türlü zararı, Üye Devletlerin yasalarındaki ortak genel ilkelere göre Birliğe tazmin ettirme hakkına sahiptir.

(4) Herkes, Birliğin kuruluşlarına, Antlaşmaların lisanlarından birinde mektup gönderebilir ve kendisine aynı lisanda cevap verilmesi zorunludur.”

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (77) 31 sayılı Kararında sayılan önemli idari usul ilkelerinden biri olan bilgi edinme hakkı ve

⁷ AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara 1983, s. 191 vd.

⁸ Şartın Türkçe metni için bkz. www.belgenet.com.

belgelere erişim ise Temel Haklar Şartı'nın 8. ve 42. maddelerinde özel olarak hüküm altına alınmıştır:

“(1) Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.

(2) Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasa da öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir.

(3) Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir.” (m. 8)

“Birliğin bütün vatandaşları veya bir Üye Devlette ikamet eden veya kanuni adresi bu devlette bulunan bütün gerçek veya tüzel kişiler, Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine erişme hakkına sahiptir” (m. 42)

Görüldüğü gibi Avrupa Birliği Anayasası olarak da nitelendirilen Temel Haklar Şartı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (77) 31 sayılı tavsiye kararında belirtilen idari usul ilkelerini, birliğin temel ilkeleri haline getirmiş ve bu ilkeleri idare için **“iyi yönetim yükümlülüğü”** bireyler içinse **“iyi yönetim hakkı”** olarak düzenlemiştir. 41. maddede dikkat çeken husus, iyi yönetimin gereği olarak maddede bazı idari usul ilkelerinin yanında, kamu görevlilerinin, görevin ifası sırasında üçüncü kişilere verdikleri zararlardan Birliğin “aslen”, “doğrudan” sorumlu olduğunun da kabul edilmesidir.

III. ÜLKEMİZDEKİ GELİŞMELER

4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 40. maddesine ikinci fıkra olarak şu hükmü eklemiştir: *“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”*.

İşlem metninde başvuru yollarının gösterilmesi, kişilerin kendilerine tanınmış bulunan kanuni hakları kolaylıkla kullanmalarını sağlayacaktır. İşleme karşı nereye ve daha da önemlisi hangi süre içinde başvuruda bulunulabileceğinin; başvurunun zorunlu olup olmadığının bilinmesi işlemin yöneldiği kişinin uğrayabileceği muhtemel mağduriyetleri işin başında giderir. Bu durum idarenin “kanunu bilmemek mazeret değildir” mazeretinin arkasına sığınmasını engeller; idarenin “hasım” olmadığını gösterir.

Anayasa m. 40/2 hükmünde dikkat edilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Her şeyden önce hükümde başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünün muhatabı olarak sadece “idare” değil, daha geniş kapsamlı bir ifade ile “devlet” gösterilmektedir. Başka bir ifadeyle sadece yürütme organı değil, yasama ve yargı da dahil bütün devlet organlarının yaptıkları, “yazılı” olarak tespit edilen ve muhatabının hukuki durumunu olumsuz olarak etkileyen işlemlerde, muhatabına bu işleme karşı özel ve/veya genel, idari ve/veya yargısal başvuru yolları, süreleri ve usulleri gösterilmelidir⁹.

Bu hüküm, ülkemizdeki “iyi yönetim” çalışmaları çerçevesinde, son yıllarda yapılan Genel İdari Usul Kanunu hazırlıkları sürecinde oldukça gecikilmiş; fakat çok önemli bir adımdır. Ancak Anayasa m. 40/2, ayrıntılı özel düzenleme gerektiren bir hükümdür. Bu haliyle uygulanma imkânı mümkün görünmemektedir. Nitekim uygulamada idari işlemler bakımından bu madde ile getirilen yükümlülüğe uyulmamaktadır. Unutulmamalıdır ki idarenin yaptığı işlemler bakımından sadece ilgililer değil, idarenin kendisi de çoğu zaman bilgisizdir¹⁰.

Ülkemizde son yıllarda iyi yönetim bakımından en önemli yapısal değişiklik 09.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu¹¹ ile olmuştur. Bu kanunla aslında genel idari usulün ayrılmaz bir parçası olan bilgi edinme ve belgelere erişim hakkı Fransa’dakine benzer bir biçimde müstakil olarak düzenlenmiştir. Kanun’a göre Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. İdare ise istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdür. İlgililer bu haklarını idareye hitaben yazacakları ve istenen bilgi veya belgelerin açıkça belirtildiği yazılı dilekçe ile kullanırlar. Bilgi edinme başvurusu, idarenin elinde bulunan veya görevi gereği elinde bulunması gereken bilgi veya belgelere ilişkin olmalıdır. 4982 sayılı Kanun, Kanunun kapsamı dışında kalan, bilgi edinme başvurularına konu olamayacak bilgi ve belgelere ilişkin uzun bir liste sayarak bu hakkın kullanımını sınırlamıştır.

İyi yönetimle ilgili anayasal gelişmelerden biri de Anayasa Mahkemesi’nin önceki dönemde de benimsediği ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırı olarak kullandığı “ölçülülük ilkesi”nin Anayasa’nın 4709 sayılı Kanun’la değişik 13. maddesinde yer alarak

⁹ AKYILMAZ, s. 257.

¹⁰ AKYILMAZ, s. 257.

¹¹ RG, 24.10.2003, sy, 25269.

anayasal bir ilke haline gelmesidir. Hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde oluşması, ölçülülük ilkesinin temelini oluşturur. Bireyleri devletin aşırı müdahalelerine karşı korumayı amaçlayan ölçülülük ilkesi için genel olarak üç unsur önemlidir: Temel hak ve özgürlükte sınırlama aracının izlenmesi, amaca ulaşmak için araç kullanılması ve bir değer ölçüsüne uyulması¹². Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini ise şu şekilde sıralamaktadır: “Elverişlilik”, “zorunluluk-gereklilik” ve “orantılılık”¹³.

İyi yönetim le ilgili olarak İçişleri bakanlığınca çıkarılan bir düzenleyici işlem, çalışmanın sonunda yer alan İyi Yönetim Yasasını hatırlatmaktadır. İçişleri Bakanlığı, bakanlık merkez Birimlerine, Bağlı Kuruluşlara, Valiliklere, kaymakamlıklara ve belediyelere gönderdiği 07.05.2002 tarih ve B050ÖKM0000011-12/467 sayılı, “*iyi yönetimin geliştirilmesi*” konulu bir yönerge ile iyi yönetimin sağlanabilmesi amacıyla alınacak tedbirleri 18 bent halinde sıralamıştır. Yönergede vatandaşımızı bezginliğe, yorgunluğa, zaman kaybına ve gereksiz masrafa sevk eden, onun layık olduğu medeni hizmet standartlarının gerisinde kalan, ürettiği hizmeti sunarken vatandaşın ihtiyaçları yerine kendi hiyerarşik mantığını ve ihtiyaçlarını esas alan *Bürokratik Yönetim Kültürü ve Yapısının* terk edilmesi gerektiği ifade edilerek iyi yönetim için üç temel hedef belirlenmektedir: “*Kamu sektörü halka hizmet için vardır ve vatandaşı hizmetin odağına koymak zorundadır; Kamu görevlilerinin hizmet anlayışının temelini, yurttaşın güven ve insan sevgisi oluşturmalıdır; İdari tasarrufların bütün aşamalarında; amaç, insanımızın mutluluğu olmalıdır*”. Yönergede, “Vatandaş Odaklı Kamu Hizmeti Kültürüne Geçiş” için ayrıca, kamu hizmetlerinin yürütümünde hız, kalite, verimlilik, etkinlik sağlamak gerektiği; kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarının yeniden tarif edilip yapılandırılmalarının gerektiği; hiyerarşik kademelerin azaltılması, evrak döngüsünün en aza indirilmesi gerektiği, kamu görevlilerinin bireye karşı sorumlu hale getirilmesi, hizmetlerin sunumunda eşit ve adaletli davranılması gerektiği; karar alma ve uygulama süreçlerinin açık hale getirilmesi, görevlerin yerine getiriliş standartlarının ve şekillerinin bireyin rahatı ve ihtiyacı doğrultusunda yeniden sistematize edilmesi gerektiği ilgili birimlere emredilmiştir.

Bütün bunlar Türkiye’de de iyi yönetim için gerek yasama organının

¹² METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s.19-20.

¹³ AyM, 23.06.1989, E 88/50, K 89/27, AMKD, c. 25, s. 312; METİN, s.26 vd. Ayrıca bkz. OGURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s. 36-39.

gerekse yürütme organının gayret içinde ve istekli olduğunu ortaya koymaktadır.

IV. AVRUPA HUKUKUNDA İYİ YÖNETİM YASALARI

Avrupa Komisyonu, 13 Eylül 2000 tarihinde, Komisyon'un personelinin halkla olan ilişkilerini düzenleyen "Avrupa Komisyonu İyi Yönetim Yasası" nı kabul etmiştir¹⁴. Bu yasanın amacı, kaliteli bir hizmet sunulmasını sağlamak ve halka, Komisyon ile olan ilişkilerinde hangi kurallar dahilinde muameleye tâbi olacağını göstermektir. KINNOCK yasanın ön sunumunda, iyi bir idare için gereken prensiplerin günlük hayatta uygulamaya geçirilebilmesi açısından idari usullerin sadeleştirilmesinin ve kişisel sorumluluğun ön plana çıkartılmasının son derece önemli olduğunu vurgulamaktadır¹⁵. Bu kanuna göre iyi bir idarenin unsurları meşruluk, ayrımcılık yapmama ve eşit muamele, ölçülülük ve bağlılık olmaktadır. kanunda "iyi bir idare için belirleyici çizgiler" başlığı altında tarafsızlık ve nesnellik ilkeleri hüküm altına alınmış; "İlgili tarafların hakları" başlığı altında ise ilgilinin dinlenilmesi, kararların gerekçelendirilmesi ve başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Avrupa Parlamentosu tarafından 6 Eylül 2001 tarihinde kabul edilen Avrupa İyi Yönetim Yasası, vatandaşların idareden neler bekleyebileceklerini ve kamu görevlilerinin görevlerini icra ederken hangi prensiplere uymaları gerektiğini belirlemektedir¹⁶.

Hemen belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği'nin çeşitli birimlerinin kendi personeline yönelik iyi yönetim yasaları mevcuttur¹⁷. Avrupa Ombudsmanı Jacob Söderman da Avrupa İyi Yönetim Yasasını "zaten bir çok birim kendi iyi yönetim yasasını çıkarmaktadır¹⁸" diyerek bu durumu teyit etmiştir.

İyi Yönetim Yasaları hakkında fikir verebilmesi açısından bu konudaki

¹⁴ http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/code/_docs/code_en.pdf.

¹⁵ KINNOCK Neil, http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/code/_docs/code_en.pdf.

¹⁶ http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/en/code_en.pdf.

¹⁷ Örneğin Luxemburg'da bulunan Avrupa Hesap Mahkemesi ile ilgili olarak 19.06.2000 tarihinde "Avrupa Hesap Mahkemesi Personelinin İyi Yönetim Yasası" kabul edilmiştir. Giriş kısmında yasanın amacı, "mahkemenin personeli için, görevlerini ifa ederken onu yönlendirecek olan mesleki davranışlarının nasıl olması gerektiği; bireylerin de bu mahkemeye başvurdıkları takdirde hangi kurallar dahilinde muamele beklemeyi hak ettiklerini açıklamak" olduğu ifade edilmektedir.

¹⁸ http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/en/code_en.pdf.

genel yasa olarak kabul edebileceğimiz 6 Eylül 2001 tarihli THE EUROPEAN CODE OF GOOD ADMINISTRATIVE BEHAVIOUR aşağıda Türkçe çevirisi ile sunulmuştur:

AVRUPA İYİ YÖNETİM YASASI

Madde 1

Genel Düzenleme

Toplumla olan ilişkilerinde, kamu kurumları ve memurlar, bundan sonra sadece Yasa olarak anılacak olan bu İyi Yönetim Yasası'nda belirtilen ilkelere uyarlar.

Madde 2

Personel Açısından Uygulama Alanı

1. Yasa, toplumla olan ilişkilerinde bütün memurlara ve diğer görevlilere (ajanlara) uygulanacak olan statü ve rejimlere tâbi diğer görevlilere uygulanır. Memur kavramı ile memurlara ve diğer kamu görevlileri kastedilir.

2. Kurumlar ve bunların idari hizmet birimleri bu Yasa'da yazılı olan düzenlemelerin, özel hukuk sözleşmesiyle çalışanlar, milli kamu görevlerinden ayrılmış uzmanlar ve stajyerler gibi, onlar adına çalışan diğer kişilere de uygulanmasını gözetmek üzere gerekli tedbirleri alırlar.

3. Toplum olarak kastedilen, üye bir devlette ikametgahı veya kuruluş yeri olan veya olmayan özel veya tüzel kişilerdir.

4. Bu Yasa'dan:

- a) "Kurum" olarak, birliğin bir kurumu veya organı;
- b) "Görevli" olarak, bir memur veya Avrupa Topluluklarının diğer bir görevlisi anlaşılır.

Madde 3

Maddi Açıdan Uygulama

1. Bu Yasa kurumların ve idarelerinin, bunların özel düzenlemelere tâbi olmaları hâli hariç, toplumla olan bütün ilişkilerine uygulanabilen yönetimde iyi davranışın genel ilkelerini ihtiva eder.

2. Bu Yasa’da ifade edilen ilkeler, kurumla görevlileri arasındaki ilişkilere uygulanmaz. Bunlar “Statü” tarafından belirlenmiştir.

Madde 4

Kanunilik

Görevli, hukuka uygun olarak hareket eder ve birlik hukukunda yazılı olan usul ve kuralları uygular. Bireylerin özellikle haklarını ve menfaatlerini ilgilendiren kararların hukuki bir temelinin olmasını ve bunların içeriğinin hukuka uygun olmasını gözetir.

Madde 5

Ayırım Yapmama Yükümlülüğü

1. Görevli, toplumdan gelen başvuruların değerlendirilmesinde ve karar alınmasında, muamele eşitliği ilkesine uyulmasını gözetir. Toplumun aynı durumda olan mensupları aynı şekilde muameleye tâbi tutulur.

2. Muamele eşitsizliğinde görevli, bu durumun muamele yapılan işin hâline uygun ve nesnel özellikleri ile açıklanmasını gözetir.

3. Görevli, toplum mensupları arasında vatandaşlığa, cinse, ırka, renge, etnik ve sosyal kökene, genetik özelliklere, dile, din ve inançlara, siyasi ve diğer kanaâtlere, belli bir azınlığa ait olmaya, servete, doğuma, herhangi bir bedensel kusura, yaşa veya cinsel tercihe dayalı olan her türlü ayrımcılıktan kaçınır.

Madde 6

Orantılılık

1. Görevli, kararların alınmasında, güdülen amaç ile alınan tedbirlerin orantılı olmalarını gözetir. Vatandaşların haklarını kısıtlamaktan veya hut kısıtlama ve zorluklar amaçlanan durum ile orantısız ise, onları zorlamalara tâbi tutmaktan kaçınır.

2. Görevli, kararların alınmasında, özel şahısların menfaatleri ile genel kamu yararı arasındaki adil dengeyi gözetir.

Madde 7

Yetki Aşımında Bulunmama Yükümlülüğü

Yetkiler sadece ilgili hükümlerce öngöröldükleri amaçlar için kullanılır. Görevli, yetkilerini her hangi bir hukuki dayanağı olmayan veya herhangi bir kamu yararı ile gerekçelendirilmeyen amaçlar için kullanmaktan özellikle kaçınır.

Madde 8

Tarafsızlık ve Bağımsızlık

1. Görevli, tarafsız ve bağımsızdır. O, toplumun mensuplarına zarar verecek her türlü keyfî davranıştan ve her ne sebeple olursa olsun tercihe dayalı muameleden kaçınır.

2. Görevlinin davranışı hiçbir zaman kişisel, ailevi veya milli menfaatler veya siyasi baskılar tarafından yönlendirilmez. Görevli, kendisinin veya yakınlarından birinin mali menfaatlerinin bulunduğu bir karara katılamaz.

Madde 9

Nesnel (Objektif) Davranma Yükümlülüğü

Görevli, kararların alınması sırasında, uygun olan etkenleri dikkate alır, bu unsurları kararda gerektiği gibi uyarlar. Uygun olmayan bütün unsurları dışlar.

Madde 10

Hukuki Güven, Uyum ve Yol Gösterme

1. Görevli, idari davranışı ve kurumun idari faaliyeti ile uyum içindedir. Özel bir durumda, yazılı yasal dayanağa bağlı olarak uygulamalardan kaçınması gerekliliği hâli hariç, kurumun olağan idari uygulamalarına uyum gösterir.

2. Görevli kurumunun önceki uygulamaları ışığında toplum üyelerinin yasal ve haklı (mâkul) beklentilerine cevap verir.

3. Görevli, gerektiğinde, topluma kendi yetki alanına giren bir işte başvurunun nasıl yapılması gerektiği ve o başvurunun gördüğü işlemler sırasında izlenecek usuller konusunda yol gösterir.

Madde 11

Adil Davranma

Görevli, tarafsız olarak, adil ve makul bir şekilde hareket eder.

Madde 12

Nezaket

1. Görevli toplumla olan ilişkilerinde bilinçli, dürüst, saygılı ve ağırbaşlıdır. İletişim kurarken cevaplarında, telefon görüşmelerinde ve elektronik postalarda, olabildiğince hizmetkâr olmaya çalışır ve sorulan sorulara mümkün olduğunca tam ve doğru olarak cevap verir.

2. Mesele, yetkisinin dışındaysa, görevli, vatandaşı yetkili görevliye yönlendirir.

3. Toplumun her hangi bir mensubunun hak veya menfaatlerine zarar getiren bir hata yapması durumunda özür diler, yaptığı hatanın olumsuz sonuçlarını uygun şekilde düzeltmeye gayret eder ve ilgiliyi, bu Yasa'nın 19. maddesine uygun olarak, her türlü başvuru yollarından haberdar eder.

Madde 13

Mektuplara Vatandaşın Dilinde Cevap Verme

Görevli Antlaşmanın dillerinden biriyle mektup yazan birliğin her vatandaşının veya toplumun her bir üyesinin aynı dilde cevap almasını gözetir. Bu hüküm mümkün olduğu ölçüde, tüzel kişiliği bulunan diğer örgüt ve şirketlere de uygulanır.

Madde 14

Alındı Belgesi ve Sorumlu Görevlinin Gösterilmesi

1. Kuruma yöneltilen her türlü mektup veya başvuruya, geniş çaplı bir cevap verilmesinin mümkün olduğu durumlar hariç, 2 haftalık bir süre içerisinde bir alındı belgesi gönderilir.

2. Cevap veya alındı belgesi, dosyaya işlem yapan görevlinin adını, telefon numarasını ve ait olduğu hizmet birimini içerir.

3. Mektuplar veya başvurular sayıca çoksa veya nitelik olarak tekrardan ibaret ya da uygun olmayan bir şekilde iseler, alındı belgesine veya cevaba gerek yoktur.

Madde 15

Kurumun Yetkili Birimine İletme Yükümlülüğü

1. Kuruma gönderilen bir mektup veya başvuru, yetkisiz bir birim veya yere gönderilmiş ya da yapılmışsa, bu birimler, dosyanın derhal kurumun yetkili hizmet birimine iletilmesini sağlarlar.

2. Mektup veya başvuruyu ilk olarak alan hizmet birimi, mektup veya başvuru sahibini başvurusunun işleme konulduğundan haberdar eder ve dosyasının tevdi edildiği görevlinin adını ve telefon numarasını ona bildirir.

3. Görevli, vatandaşı veya örgütü, onlara gerekli düzeltme imkanını da tanıyarak, belgelerde var olabilecek hatalardan ve unutulmuş kısımlardan haberdar eder.

Madde 16

Dinlenilme ve Görüş Bildirme Hakkı

1. Vatandaşın hak ve menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda, görevli, karar alınma usulünün her aşamasında savunma haklarına saygı gösterilmesini gözetir.

2. Hak ve menfaatlerini etkileyen bir karar alınacak olduğu takdirde, toplumun her üyesi yazılı olarak görüş bildirme hakkına ve gerekiyorsa, karar alınmadan evvel sözlü olarak bildirimde bulunma hakkına sahiptir.

Madde 17

Karar Alınmasında Mâkul Süre

1. Görevli, kuruma yöneltilen her başvuruya veya şikayete ilişkin olarak alınacak kararın mâkul bir sürede, gecikmesiz olarak ve her hâlükarda kayıt tarihinden itibaren 2 ay içinde alınmasını gözetir. Aynı kural, toplumun mensuplarınca gönderilen mektuplara cevap vermede ve görevlinin alınacak kararlar hakkında hiyerarşik üstlerine gönderdiği notlara verilecek cevaplarda da uygulanır.

2. Yönetilen sorulardan ötürü, kurum belirtilen sürede karar veremezse, görevli, başvuru sahibini en kısa sürede durumdan haberdar eder. Bu durumda başvuru sahibine en kısa zamanda kesin bir karar tebliğ edilmelidir.

Madde 18

Kararları Gerekçelendirme Yükümlülüğü

1. Kurumun özel şahısların hak veya menfaatlerine zarar verebilecek her kararı, kararın hukuki dayanağını ve sonuçlarını belirterek, hangi nedenlere dayalı olarak alındığını içermelidir.

2. Görevliler, çok kısa veya kesin olmayan unsurlara dayanan veya bireysel mâkullük içermeyen kararlar almaktan kaçınırlar.

3. Aynı doğrultudaki kararlardan etkilenen çok sayıda kişinin olması durumunda, detaylı bir şekilde kararın unsurlarının bildirilmesi mümkün değilse ve dolayısıyla standart cevaplar veriliyorsa, görevli ayrıca, isteyen vatandaşa, gerekçelendirilmiş bireysel bir cevabın verilmesini sağlar.

Madde 19

Başvuru Yollarının Gösterilmesi

1. Kurumun, özel bir şahsın hak veya menfaatlerine zarar verebilecek bir kararının, bu karara itiraz edebilmek için var olan başvuru yollarına ilişkin bilgileri içermesi gerekir. Bu bilgiler aynı zamanda başvuruların niteliğini, başvurulabilecek makamları ve başvurulara ilişkin süreleri de ihtiva etmelidir.

2. Kararlar, aynı zamanda yargısal başvuru imkânına ve Avrupa Birliği Antlaşması'nın 195 ve 230. maddelerinde belirlenen şartlar çerçevesinde, Avrupa Ombudsmanı'na şikayet başvurusu yapabilme imkânına da atıfta bulunmalıdır.

Madde 20

Kararın Tebliği

1. Görevli, vatandaşların hak veya menfaatlerini etkileyen kararların, karar alınır alınmaz, ilgili şahıs veya şahıslara yazılı olarak tebliğ edilmelerini gözetir.

2. Görevli, ilgili şahısların karardan haberdar edilmelerinden önce bunun başkaca kaynaklara iletilmesinden kaçınır.

Madde 21

Verilerin Saklanması

1. Kişisel bilgilere ilişkin muamelede bulunan görevli, Avrupa Parlamentosu'nun ve Konsey'in 45/2001 sayılı ve 18 Aralık 2000 tarihli ve birlik kurum ve organları tarafından özel şahısların kişisel bilgilerinin korunmasına ve verilerin serbest dolaşımına ilişkin tüzük hükümlerine uygun olarak, vatandaşın özel hayatına ve şahıs varlığına saygılı davranır.

2. Görevli, kişisel bilgileri, yasal olmayan durumlarda kullanmaktan veya bunları yetkili olmayan üçüncü kişilere iletmekten özellikle kaçınır.

Madde 22

Bilgi İsteme

1. Görevli, istekte bulunan toplum mensuplarına, o konuda yetkili ise bilgi verir. Duruma göre, yetki alanında idari bir prosedürü başlatmaya ilişkin tavsiyelerde bulunur. Verilen bilgilerin açık ve anlaşılır olmasını gözetir.

2. Sözlü şekilde yapılan bilgi istemi çok karmaşık veya uzun işlemler gerektiriyorsa, görevli başvuru sahibinden başvurusunu yazılı olarak yapmasını ister.

3. Gizlilik gereği bir görevli istenilen bilgileri veremiyorsa, bu Yasanın 18. maddesine göre, ilgili şahsa, bu bilgileri verememesinin nedenlerini bildirir.

4. Yetkili olmadığı durumlarda sorulan sorular üzerine görevli, istek sahibini yetkili görevliye yönlendirir ve onun isim ve telefon numarasını verir. Bir başka kurum veya organı ilgilendiren bilgi isteminde görevli, ilgili şahsı bu kurum veya organa yönlendirir.

5. Görevli, isteğin konusuna göre, bilgi edinebilmesi için ilgili şahsı yetkili kurumun toplumu bilgilendirmeye yetkili hizmet birimine yönlendirir.

Madde 23

Belgelere Erişme İstemi

1. Görevli, belgelere erişme isteklerini (AT) 1049/20013 sayılı kararnamesinde düzenlenen genel sınır ve ilkelere ve kurum tarafından konulan kurallara göre değerlendirir.

2. Görevli, sözlü olarak yapılan bu belgelere erişme isteğine cevap veremezse bunun yazılı olarak yapılmasını ister.

Madde 24

Kayıt Tutma

Kurum hizmet birimleri gelen belgeler için “giriş” ve “ıkış” şeklinde evrak kaydı ve yapılan işlere ilişkin kayıt tutarlar.

Madde 25

Yasa Hakkında Kamuoyunun Bilgilendirilmesi

1. Kurum, bu Yasa’ya göre toplumun haklarının nelerden ibaret olduğunu topluma duyurmak için gerekli tedbirleri alır. Mümkünse bunun bir metnini internet sitesinin açılış sayfasına koyar.

2. Bütün kurumlar adına Komisyon bir broşür halinde vatandaşlara yönelik olarak bu Yasa’yı yayımlar ve dağıtır.

Madde 26

Avrupa Ombudsmanı’na şikayet Hakkı

Bu yasada bahsedilen ilkelere aykırı olan kurum ve görevli davranışları, AB Antlaşması’nın 195. maddesine ve Avrupa Ombudsmanı’nın statüsüne uygun olarak, Avrupa Ombudsmanı önünde şikayet konusu oluşturur.

Madde 27

Yeniden İnceleme

Yasa'nın yapılışından 2 sene sonra, her kurum bunu nasıl uyguladığını inceler ve bu incelemelerden çıkardığı sonuçlardan Avrupa Ombudsmanı'nı haberdar eder.

1924 ANAYASASI'NDA TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

Yrd. Doç. Dr. Ömer ANAYURT*

ABSTRACT

The 1924 Constitution was widely affected by 1789 Communiqué (declaration) with respect to basic rights and freedoms. There seems to be great similarities between the 1924 Constitution and 1789 Communiqué in definition, limits and guarantees. Though The Constitution includes nearly all classic rights, it does not mention social rights. This exclusion can be attributed to the view that social rights were not widely recognized as classic rights at the time of the promulgation of the 1924 Constitution.

The 1924 mentioned just the name of freedom and left the duty of determining the content, form and conditions of freedoms to the Turkish Grand National Assembly. However, no principle was provided according to which the Turkish Grand National Assembly would use this authority. Although there was the assumption that no law would be in disagreement with the Constitution, this assumption had little value. The reason for this was that The Constitution included articles which gave absolute superiority to the Turkish Grand National Assembly and which denied any control of The Turkish Grand National Assembly by another Institution. This constitutes the weakest aspect of the 1924 Constitution. The superiority of the Grand National Assembly and its exemption from control would in practice leave basic rights and freedoms to the will of majority.

In the present work, the kind of democracy and the regime of right and freedoms which were brought about by the 1924 Constitution, and the problems which were related to the application of those right and freedoms will be looked at.

ÖZET

1924 Anayasası, temel hak ve hürriyetler konusunda 1789

* Sakarya Üniversitesi, İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

Bildirisi'nden geniş ölçüde etkilenmiştir. Hürriyetin tanımı, sınırları ve güvenceleri bakımından büyük bir benzerlik göze çarpmaktadır. Anayasa, hemen bütün klasik haklara yer vermekle birlikte, sosyal haklardan söz etmemektedir. Bunun nedeni, bu hak kategorisinin anayasanın yapıldığı dönem itibarıyla klasik haklar kadar yaygınlık kazanamamış olmasıdır.

1924 Anayasası, hürriyetin sadece adını vermiş, bunun içeriği ve kullanım biçim ve şartlarının belirlenmesi işini TBMM'ye bırakmıştır. Ancak, Anayasa, TBMM'nin bu yetkiyi hangi esaslar dahilinde kullanacağına ilişkin hiçbir esasa yer vermemiştir. Her ne kadar, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı yönünde bir hükme yer vermekteyse de, bu hükmün platonik bir değer taşımaktan öte bir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü, Anayasa, TBMM'nin mutlak üstünlüğüne yer vermekte ve onun başka bir organ tarafından denetimini kabul etmemektedir. Bu durum Anayasanın en zayıf yanını oluşturmaktadır. Meclisin üstünlüğü ve denetimsizliği, uygulamada temel hak ve hürriyetlerin çoğunluğun iradesine terk edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu makalede, 1924 Anayasası ile getirilen demokrasi anlayışı, hak ve hürriyetler rejimi ve bunun uygulamasına ilişkin sorunlar üzerinde durulacaktır.

KEY WORDS

Constitution of 1924; Turkish constitutional law; Human rights in Turkey; Legislation of the Constitution 1924.

ANAHTAR KELİMELER

1924 Anayasası; Türk Anayasa Hukuku; Türkiye'de İnsan Hakları; 1924 Anayasası'nda Yasama.

I. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN ANAYASAL ÇERÇEVESİ

1924 Anayasası, temel hak ve hürriyetleri, 68 - 88nci maddeler arasında ve "Türklerin Hukuku Ammesi" (Türklerin Kamu Hakları) başlığını taşıyan beşinci fasılda düzenlemiştir. Bu maddeler

incelendiğinde XVIII nci yüzyıl filozoflarınca geliştirilen ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile somut ifadesini bulan doğal hukuk, doğal hak ve ferdiyetçiliğin Anayasa'nın hürriyet anlayışına açıkça yansımış olduğu ilk bakışta fark edilmektedir. Bu yüzden Anayasa'nın özünde liberal demokratik bir ruh taşıdığı rahatlıkla söylenebilir.

Gerçekten de, Anayasa'nın Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden geniş ölçüde etkilendiği, Kapani'nin deyiimiyle "... havası, ruhu ve hatta dili ile" hak ve hürriyetler bölümüne girdiği açıkça görülmektedir. Anayasa' nın "her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına muzır olmayacak (zarar vermeyecek) her türlü tasarrufta bulunmaktır"diyen 68nci maddesi ile 1789 Fransız Bildirisi'nin 4 üncü maddesi ("hürriyet, başkasına zarar vermeyen bir şeyi yapabilmekten ibarettir") karşılaştırıldığında bu etkilenişi görmemek mümkün değildir. Aynı şekilde Anayasa'nın 68nci maddesinin 2nci fıkrası hürriyetin herkes için sınırının başkalarının hürriyeti olduğunu söylerken, Fransız Bildirisi'nin 4ncü maddesi, "herkesin hürriyetinin sınırını başkalarının sahip olduğu eşit haklar oluşturur" demektedir. Yine her iki metnin de zikrettiğimiz maddelerinde hürriyetin sınırının kanun tarafından çizileceğinin belirtilmesi bir rastlantı olmasa gerektir.

II nci TBMM'nin olağan yasama organı sıfatıyla hazırlayıp kabul ettiği² 1924 Anayasası'nın görüşülmesi sırasında, birçok maddesi derin

¹ M. KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, Yenilenmiş 5.b., AÜHF yay. Ankara, s.103.

² TBMM'nin Kurucu Meclis sıfatıyla anayasayı yaptığı yönünde doktrinde fikirler ileri sürülmüşse de (Bk. A. MUMCU **Türk Devriminin Temelleri ve Gelişmesi**, İstanbul 1981, s. 121; E. ÖZBUDUN, "TBMM'nin Hukuki Niteliği" **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, 1984, C.I, S.2, s.483) biz bu görüşü paylaşmamaktayız. Zira, anayasa yapımı yöntemlerinden biri olan kurucu meclis usulüne göre meclis, **münhasıran anayasa yapımı amacıyla** halk tarafından seçilmiş olup, anayasayı yapıp, halk adına bunu kabul ettikten sonra dağılır. Kurucu meclis, yasama faaliyetinde bulunamaz. Çalışmasını tamamlayınca kabul ettiği anayasa metninde öngörülen kurumlara yerini bırakarak ayrılır (D. TURPIN, **Droit Constitutionnel** PUF, Paris 1992, s.82). Kurucu meclis ya da konvansiyon yönteminin demokratik kullanım biçimi budur. Ne var ki, uygulamada bu yöneme ilişkin bazı sapmalara rastlanmaktadır. Kurucu meclisin bazen, anayasanın kabulünden sonra yasama faaliyetlerinde bulunduğu görülmektedir. Hatta daha ilginç, mevcut meclisin anayasa yapma amacı taşıyan yeni bir seçime gitmeksizin kurucu meclise dönüştürüldüğü görülmektedir ki bu yöntemlerin kurucu meclis yönteminin doğasıyla bağdaşmadığı açıktır (C. CADOUX, **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Théorie Générale des Institutions Politiques**, 3. éd., Cugas, Paris 1988, s.147). 1924 Anayasası'nı yapıp kabul eden II nci TBMM, ne münhasıran anayasayı hazırlayıp millet adına kabul etme amacıyla seçilmiş ne de bu işi müteakiben görevinden ayrılmıştır. Olağan yasama organı niteliğinde bulunan mevcut meclis, ayrıca gerek Anayasa öncesi gerek Anayasa sonrası dönemde

esaslı ve uzun tartışmalara konu olmuşsa da yirmi maddeden ibaret bulunan hürriyetler bölümü birkaç madde dışında hemen hiç tartışılmamış ve Komisyon'un teklif ettiği biçimde kabul edilmiştir. Bunun nedenini doğrusu anlamak pek kolay değilse de bazı ihtimaller üzerinde durulabilir.

Her şeyden önce o zamanki meclisi oluşturan üyelerin doğal hukuk kavramı ve doğal hukuk teorileri hakkında fazla bilgi sahibi olmadıklarından böyle çetrefil ve nazik bir sorunun görüşülmesi ve tartışılmasına gidilmemiş olması akla gelen en mülayim ihtimallerden biri olarak ifade edilmişse de³ kanaatimizce bu son derece zayıf bir ihtimaldir. Çünkü II'nci Meclisi oluşturan üyeler arasında hukuk ilmine vakıf pek çok kişi bulunduğu gibi, meclis görüşmeleri sırasında yapılan konuşmalardan da⁴ açıklıkla anlaşılacağı üzere, batı hukukunu ve gelişmelerini yakından takip eden üyeler yer almaktaydı. Bunların doğal hukuk düşüncesinden yoksun olmaları nedeniyle Anayasa'nın kamu hürriyetleri ile ilgili bölümünün görüşülmesi sırasında fazla tartışma olmamıştır yargısına varmak bize güç görünmektedir.

Diğer yandan, doğal hukuktan sayılan hürriyetin, anayasada düzenlenmesine bile gerek olmadığı, fakat yeni hürriyet mücadelesinden çıkıldığından bu maddeleri ana kanunla tespit etmek gerektiği, yoksa bu bilinen hususların müzakeresine gerek duyulmamış olacağı da düşünülmüş olabilir ki ⁵ bu ihtimal öncekine nazaran daha makul gelmektedir. Nitekim, Anayasa Komisyonu'nun teklif ettiği tasarı hakkındaki meclis görüşmeleri sırasında Gelibolu Milletvekili Celal Nuri Bey'in ifadeleri de bu düşünceyi desteklemektedir. ⁶

yasama işlerini de gerçekleştirmiştir. Böylece "... *ortada hukuken yetkisiz bir kurul tarafından yapılan bir Anayasa ve böyle bir Anayasa ile kendisine geniş yetkiler sağlayan bir siyasi teşekkül vardır*" (R. G. OKANDAN, **Umumi Amme Hukuku**, İÜHF yay. İstanbul 1966, s.352). TBMM'nin kurucu meclis niteliğinin olmadığı yönündeki görüş ve açıklamalar için ayrıca bk., B. TANÖR, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789 - 1980)**, Genişletilmiş 2. b., Der yay., İstanbul 1995, s. 241; M. ERDOĞAN, **Modern Türkiye'de Anayasalar ve Siyasi Hayat**. Siyasal Kitabevi; Ankara 1997, s.59.

³ İ. ARSEL, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s.103

⁴ Bk. Ş. GÖZÜBÜYÜK - Z. SEZGİN, **1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri**, AÜSBF yayını, Ankara 1957.

⁵ ARSEL, a.g.e., s.103.

⁶ "... Eski devletlerin bazı kavanini esasiyesinde buna lüzum görülmemiştir. Çünkü bunların hukuku mektubeden olmasına artık ihtiyaç kalmamıştır. Mamafih biz yeni hürriyet mücadelatında bulunduk ve hürriyetimiz bizim için pek mukaddes olduğundan bu mevaddı eski usule tevfikan burada tespit ettik". GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN, a.g.e., s.425.

II. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN DÜZENLENİŞİ

1924 Anayasası tıpkı 1789 Fransız Bildirisi'nde olduğu gibi hürriyetin adını zikretmekle yetinmiş, bunun içeriği ve sınırlarını belirleme işini kanuna bırakmıştır.

Anayasa'da hak ve hürriyetler, belirli bir tasnif ve sınıflandırmaya gidilmeksizin gelişigüzel sayılmıştır. Denilebilir ki, Anayasa hak ve hürriyetleri düzenlememiş yalnızca tanımıştır. Zira bir hak ve hürriyetin anayasal düzenlemesi denildiğinde onu tanımlama, kullanım şekil, şart ve usullerini gösterme, tehdit eden durumlara karşı koruma ve sınırlarını belirleme ameliyesi anlaşılır.⁷

Anayasa'da hak ve hürriyetlerin öznesi olarak "*Türkler*" gösterilmiş olup, 88nci maddede Türk "*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla (Türk) itlak olunur*" şeklinde tanımlanmıştır. Yani Türklük ne dini, ne de ırki bir anlam ifade etmeyip, coğrafi ve siyasi (Türkiye ahalisi ve Vatandaşlık bağı) bir içeriğe sahiptir.

Diğer taraftan 1924 Anayasası hak ve hürriyetlere başta değil Anayasa'nın sonunda yer vermiştir. Anayasa hazırlama şekil ve tekniklerine pek uygun düşmeyen bu durum ile nadiren karşılaşılır. Anayasa'nın hak ve hürriyetlere bu şekilde yer vermesinden onları önemsemediği, zaten daha başlangıçta bunları geri plana ittiği sonucu çıkartılamaz elbette. Fakat bir kere daha belirtelim ki, şekil açısından hak ve hürriyetlerin yeri, anayasanın genel esaslarını izleyen kısımdır.

Anayasa, hemen bütün kişi haklarına yer vermiştir. Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünce, söz, yayım, seyahat, toplantı, dernek kurma (m. 70), hayat hakkı (m. 71), tutuklama ve yakalamanın kanuniliği (m. 72), işkence, eziyet, müsadere ve angarya yasağı (m. 73), kanunda belirtilen istisnalar dışında el koyma ve kamulaştırma yasağı (m. 74), dini ve felsefi görüş, düşünce ve inançlarından dolayı kişinin kınanmaması, (m. 75), kanun çerçevesinde dini ayin ve törenler düzenleyebilme (m. 75), konut dokunulmazlığı (m. 71 ve 76), sansür yasağı (m. 77), seferberlik, sıkıyönetim ya da salgın hastalık halleri dışında seyahat hürriyetine engel olunmaması (m. 78), haberleşmenin gizliliği hakkı (m. 81), kanuni yargı yolu (m. 83).

Anayasa siyasi hakların bir kısmına da yer vermiştir. Her ne kadar bu alanda eksiklikler olsa da, hak kategorisi olarak bu grup haklar da anayasal listede yer almaktadır. Seçme - seçilme hakkı (m. 10, 11),

⁷ J.RIVERO, *Les Libertés Publiques, 1-Les droits de l'homme*, PUF, 7. éd., Paris 1995, s.160.

dilekçe hakkı (m. 82), vatandaşlık hakkı (m. 88), vergi ödevi ve verginin kanuniliği ilkesi (m. 84, 85), kamu hizmetlerine girme hakkı (m. 92).

Anayasa, bugün ekonomik haklar katalogunda yer verilen bazı hak ve hürriyetleri de saymıştır: Mülkiyet hakkı (m. 70)⁸, çalışma ve sözleşme yapma hürriyeti (m. 70, 79), ortaklık kurma hakkı (m. 70) gibi. Şu var ki devlete bu alanda herhangi bir pozitif edim yüklenmemiştir. Oysa bu haklar devletin aktif müdahalesinin gerekliliğiyle karakterize olurlar. 1924 Anayasası'nın devleti ise "**müdahaleci**" ve "**düzenleyici**" değildir. "*Bir yıl önce yapılan İzmir İktisat Kongresi'nde alınan liberal ve özel teşebbüsçü kararların ruhu Anayasa'ya sinmiştir. Devlet, liberalizmin "Jandarma devleti"ne benzemektedir.*"⁹ Anayasa'nın öngördüğü devlet felsefesi "**sosyal**" değil, liberal ve bireyci olup, kişinin kendi kaderini kendisinin düzeltmesi gerektiği inancına dayalıdır.¹⁰

Anayasa'nın ekonomik haklar konusundaki bu küçük çaplı düzenlemelerini sosyal haklar bakımından hiç görememekteyiz. Konut, sosyal güvenlik, grev, sendika, toplu iş sözleşmesi, sağlığın korunması, dinlenme hakkı gibi sosyal hakların adı bile geçmemektedir.¹¹

Anayasa'nın sosyal haklara yer vermemesinin iki nedeni üzerinde durulabilir: Her şeyden önce sosyal haklar katalogunun Anayasa'nın yapıldığı dönemde klasik haklar kadar yaygın olmamasıdır. Gerçekten de bu haklar o zamanın anayasalarına yeni yeni girmeye başlamış olduğundan¹² 1924 Anayasası'nı hazırlayanlar bu akıma yabancı kalmışlardır.¹³ Bilindiği üzere sosyal hakların anayasal tanınmaları ve düzenlenmeleri daha ziyade II nci Dünya Savaşı sonrası yıllarına rastlamaktadır.¹⁴

⁸ Mülkiyet hakkının niteliği öteden beri tartışmalıdır. Kimi anayasalarda bu hak klasik haklar arasında, kimi anayasalarda ise sosyal ve ekonomik haklar arasında yer verilmektedir.

⁹ TANÖR, a.g.e., s.258.

¹⁰ Ibid., s.258.

¹¹ Belirtelim ki, Türk Hukuk Mevzuatı bunlardan bir kısmına yer vermiş, devlet halkçılık, vesayet ve dayanışma fikirlerinin de etkisiyle bir takım sosyal ve ekonomik yükümlülükleri yerine getirmiştir. Bk. B. TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, Tez, May yay., İstanbul 1978, s.144 – 145.

¹² O dönemde bu haklar kataloguna yer veren anayasalar oldukça sınırlı olup bilinen en yakın örnekleri 1917 tarihli Meksika Anayasası ile 1919 tarihli Alman Weimer Anayasası'ydı.

¹³ S. TANİLLİ, **Devlet ve Demokrasi - Anayasa Hukukuna Giriş**, 3. b., Say yay., İstanbul 1982, s.173

¹⁴ İlk olarak 1946 tarihli Fransız 4ncü Cumhuriyet Anayasası'nda, ardından 1947 tarihli İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'nda ve bundan kısa bir süre sonra da 1949 Federal Alman Anayasası'nda düzenlenmiştir. Uluslararası toplumda ilk olarak 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde düzenlenmiş ve 1961 yılında ise

1924 Anayasası'nın sosyal haklara yer vermemesinin bir nedeni olarak da Kurtuluş Savaşı'ndan yeni çıkmış, tabiri caizse *harap* ve *bitap* bir durumda bulunan, bu yüzden ekonomik ve mali imkanları son derece sınırlı olan bir devletin bunları düşünebilecek konumda olmayışı, anayasa koyucusu ve toplum nezdinde de böyle bir ihtiyacın duyulmayışı ileri sürülebilir ki, bunu da fazla yadırgamamak gerekir.¹⁵ Nihayet sosyal hakların batıdaki tarihi gelişim ivmesinin de etkisinden söz edilir. Bilindiği üzere batıda sosyal haklarla ilgili sosyal ve siyasi mücadeleler 19 uncu yüzyıla kadar uzanmaktadır. Oysa bizde, bu tarihlerde, sınıfsal tabandan ve geniş halk kitlelerinden yoksun, dar bir çevre tarafından yürütülen klasik haklarla ilgili cılız mücadeleler ve iktidarın sınıflandırılmasına yönelik anayasacılık hareketleri söz konusu olup sosyal haklarla ilgili teorik düzeyde de olsa bir çaba ile karşılaşılmamaktadır. Bunun sonucu olarak da 1924 Anayasa Koyucusu'nun bu haklara tamamen yabancı kaldığı, geniş ölçüde eksikliği duyulan bir kategori olarak henüz belirmediği söylenebilir.¹⁶

Özetle ifade edecek olursak, 1924 Anayasası ile getirilen demokrasi XVIII ve XIX ncu yüzyıla damgasını vuran siyasi demokrasi ve onun yansıması olan bireyci hürriyet anlayışıdır. Sosyal ve iktisadi demokrasiyi kurup işletecek kural ve kurumlara yer verilmemiştir. Dolayısıyla XX nci yüzyılın büyük gelişme ve ihtiyaçlarını karşılayacak ve uyum sağlayacak bir hürriyet ve demokrasi anlayışı henüz oluşturulamamıştır.¹⁷

III. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN TEMİNATI DURUMU

Bir anayasanın temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemeleri ancak bunlara ilişkin güvenceleriyle anlam kazanır. Zaten bir anayasanın etik boyutunu, hak ve hürriyetlere yönelik koruyucu cihazlar ve bu cihazların etkililiği ve etkinliği oluşturur. Çünkü anayasa her şeyden önce hak ve hürriyetlerin koruyucu kalkanı ve bekçisidir. Bu açıdan bir anayasanın etik açıdan değeri de hak ve hürriyetler konusundaki güvence boyutuyla ölçülür.

1924 Anayasası, 1789 Bildirisinin hürriyet anlayışını aynen benimsemiş¹⁸ olmasının sonucu olarak hak ve hürriyetin sadece adını

Avrupa Sosyal Şartına taşınmıştır. 1966 tarihli Birleşmiş Milletlerin Sosyal ve Ekonomik Haklara İlişkin Sözleşmesi'nde ise en kapsamlı bir biçimde yerini almıştır. Bugün hemen tüm anayasalarda sosyal haklara yer verilmiştir.

¹⁵ Krş. ERDOĞAN, a.g.e., s.63; TANİLLİ, a.g.e., s.173.

¹⁶ KAPANİ, a.g.e., s.104.

¹⁷ ARSEL, a.g.e., s.104.

¹⁸ İ. AKIN - M. AKAD, "Cumhuriyetin Ellinci Yılında Temel Hak ve Özgürlükler", **50. Yıl Armağanı- Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İÜHF

vermiş, bunun içeriği ve kullanımının belirlenmesini kanuna bırakmıştır: *"Kanunda yazılı usul ve haller dışında kimsenin konutuna girilemez ve üstü aranamaz" (m. 76); "bağutların, çalışmaların, mülk edinme ve hak ve mal kullanmanın, toplanmaların, derneklerin ve ortaklıkların serbestlik sınırı kanunla çizilir" (m. 79). "... kanun çerçevesinde her türlü eğitim serbesttir" (m. 80); "... kanunlar hükümlerine aykırı bulunmamak üzere her türlü din törenleri serbesttir" (m.75); "kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü hiç kimse yakalanamaz ve tutulamaz" (m. 72).*Bütün bunların yanı sıra hürriyeti tarif eden 68nci madde, bunun sınırının başkalarının hürriyeti sınırı olduğunu belirttikten sonra bu sınırın ancak kanun tarafından çizilebileceğini söylemektedir. Hürriyet başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek olduğuna göre, her Türk'ün doğuştan sahip olduğu hürriyetin ne zaman ve ne gibi durumlarda başkalarına zarar verdiğini kanun belirleyecektir.

Aslında hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının, halk temsilcilerinden oluşan yasama organına bırakılması, bunlara ilişkin koruyucu araçların başında gelir. Kanunla sınırlama, hak ve hürriyetlerin siyasi gücün tasallutlarına karşı bir teminat olup, bu aşamaya da kolay gelinmemiştir.¹⁹ Ne var ki, kanunla sınırlamanın gerçek anlamda bir güvence oluşturabilmesi için, yasama organının bu sınırlamayı yaparken bir takım ilkelerle bağlı olması gerekir. Yani, yasama organının sınırlamayı hangi ölçüler dahilinde ve nereye kadar yapabileceğinin bilinmesi kanunla sınırlamanın güvence boyutunu teşkil eder. İşte 1924 Anayasası'nın en büyük eksikliği yer verdiği hak ve hürriyetlerin yasama organına karşı korunması bakımından hiçbir güvence getirmemiş olmasıdır. Hak ve hürriyetlerin kullanım şekil ve sınırlarını belirleme işi TBMM'ye bırakılmış, ancak O'nun bu yetkiyi hangi esaslar dahilinde kullanacağına ilişkin hiçbir esasa yer verilmediği gibi, bu yetkisini keyfi ya da hürriyetleri yok edecek tarzda kullanması ihtimaline karşı herhangi bir önleyici tedbir düşünülmemiştir.

"Gerçi bir taraftan yasama organının "tabii hukuk"a dayanan fert hak ve hürriyetlerini ortadan kaldırmaya hiçbir yetkisinin olmadığı,

yay.,İstanbul 1973, s.22; A. MUMCU, **İnsan Hakları - Kamu Özgürlükleri**, Savaş yay. Ankara 1992,s.185.

¹⁹ Gerçekten de hürriyetlerin korunması denilince hep yürütme organı akla gelmiş, yasama organının halkın kendi temsilcilerince oluşması nedeniyle "bindiği dalı kesemeyeceği", ondan herhangi bir kötülük gelmeyeceği şeklindeki, Rousseau'dan kaynaklanan kanunun yüceltilmesi anlayışı uzun yıllar hüküm sürmüştür. Fakat kanunların da baskıcı olabileceği, hürriyetler için ne kadar büyük tehlike ve tehdit oluşturabileceği ve hatta kralı dahi aratabileceği yaşanan tecrübeler sonucu ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bk. E. TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, 2.b., Beta yay., İstanbul 1991, s.177-178.

anayasanın yasama organına bir hak ve hürriyeti tanımlayarak yaratmak değil fakat var olan bir hak ve hürriyeti sadece düzenlemek yetkisini verdiği ileri sürülebilirdi. Fakat yasama organının iradesi her türlü denetleme dışında kaldığından bu "düzenleme" tasarrufunda belirtildiği gibi her türlü teminattan yoksun "hak ve hürriyet" kayboluyordu". Bunun için de bu görüşün fiili bir yararı söz konusu olamazdı.²⁰ Böylece de anayasanın yer vermiş olduğu hak ve hürriyetlerin güvencesi, meclis çoğunluklarının "iyi niyeti"ne, "görüş ve anlayışına" dayanmaktaydı.²¹

Açıktır ki 1924 Anayasası, kendi içinde çözümü güç bir paradoksu barındırıyordu. Anayasanın üstünlüğünü benimseyerek bunun kaçınılmaz sonucu olarak kanunların anayasaya aykırı olamayacağı hükmüne yer vermekle birlikte²² TBMM'nin bu kurala uygun hareket etmesini sağlayacak herhangi bir araç öngörmemekteydi. Böylece de Anayasa'nın bu hükmünün platonik değer taşımaktan öte bir anlamı yoktu.

Diğer taraftan 86ncı madde de hak ve hürriyetler bakımından önemli ölçüde bir tehdit potansiyeli taşımaktaydı. Bu madde ile hükümetin kararı ve meclisin onayı ile sıkıyönetim ilan edilebilmektedir. "*Sıkıyönetim, kişi ve konut dokunulmazlığının, basın, gönderişme, dernek, ortaklık hürriyetlerinin geçici olarak kayıtlanması veya durdurulmasıdır*" (m. 86/3). "*Sıkıyönetim belli bir süre sınırı bulunmadığı için ve bu konuda takdir sadece TBMM'ne ait olduğundan 86. madde ile özgürlüklere ciddi bir kısıtlama, hatta kullanılmama durumunun getirildiği anlaşılıyor. Zaten normal zamanlarda bile özgürlükleri düzenleyecek yasaların yapımında hiçbir bağlayıcı hüküm söz konusu olmadığı düşünülürse, sıkıyönetim rejimin (in) ne kadar katı uygulamalara yol açma olasılığı taşıdığı bellidir*".²³

Sonuç olarak, 1924 Anayasası, hak ve hürriyetleri sadece soyut ilkeler biçiminde saymakla yetinmiş, bunların düzenlenmesini kanuna bırakmıştır. Kanunların anayasaya aykırı olamayacağını söylemiş fakat

²⁰ O. ALDIKAÇTI, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4. b., İÜHF yay., İstanbul 1982, s.110.

²¹ ERDOĞAN, a.g.e., s.62; MUMCU, a.g.e., s.191.

²² 1924 Anayasası, 102 ve 103 ncü maddeleriyle anayasanın üstünlüğünü kabul etmiştir. 102nci maddeye göre Anayasa'nın değiştirilmesi için Meclis üye tam sayısının en az üçte birinin teklifte bulunması, bu teklifin yine meclis üye tam sayısının en az üçte ikisi tarafından kabulü gerekir. Diğer yandan devlet şeklinin cumhuriyet oluşuna ilişkin maddesinde değişiklik teklifinde dahi bulunulamaz. 103ncü maddeye göre ise "anayasanın hiçbir maddesi sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alıkonulamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz.

²³ MUMCU, a.g.e., s.191.

aykırılığı durumunda ne olacağı sorusuna cevap getirmeyerek, Rousseau'cu genel iradenin yanılmazlığı anlayışının ne kadar tehlikeli sonuçlar doğurabileceğine ilişkin olarak siyaset bilimi literatürüne önemli örneklerin girmesine yol açmıştır. Anayasanın en zayıf yönünü oluşturan, hürriyetlerin sınırının kanuna bırakılması ve buna karşı da herhangi bir güvencenin getirilmemesinin beklenen tehlikeleri gerek tek partili dönemde, gerek çok partili dönemde kendini göstermiş ve hürriyetler anayasaya aykırı kanunlarla görülmedik ihlallere maruz kalmıştır.

IV. GÜVENCESİZLİĞİ DOĞURAN NEDENLER

1924 Anayasası, özü itibariyle liberal demokratik bir düzen öngörmesine karşın²⁴ bunu işletecek kurumsal düzenlemelerden yoksun oluşu nedeniyle kolayca otoriter bir sisteme kayabilmiştir. Gerçek şu ki, anayasal sistem hiç kuşkusuz bu olmasa da, bünyesi buna geçit vermekteydi. Yani iktidar çoğunlukların dilediği gibi hareket edebilmesini kolaylaştırıcı bir siyasi yapı getirmişti. Böyle bir sistem içerisinde, güvence altına alınmamış hak ve hürriyetlerin varlık ve işlerlik bulabilme şansı hiç kuşkusuz tamamen uygulayıcıların insaf ve iyi niyetine kalmıştı. Anayasanın iki bariz özelliği, böyle bir durumun ortaya çıkmasına imkan sağlıyordu: Meclisin üstünlüğü ve anayasa yargısının bulunmaması.

A. MECLİSİN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ VE PRATİĞİ

1924 Anayasası, egemenliğin millete ait olduğu ve bunun millet adına ancak TBMM tarafından kullanılacağı esası üzerine kurulmuştur (m. 3 ve 4). Siyaset bilimi literatüründe meclis üstünlüğü olarak anılan bu ilke adeta anayasanın omurgasını (*clef de voûte*) teşkil etmektedir. Anayasa, diğer bütün kurumları, bu temel ilkeyi gerçekleştirmeye yönelik olarak düzenlemiştir. Kuvvetler birliğinin kabulü²⁵, yasama organının tek meclisli oluşu²⁶ Cumhurbaşkanının seçiminin Meclise bırakılmış olması, Yasama faaliyetinde TBMM'ye sınırlama getirilmemesi, ademi-i

²⁴ ERDOĞAN, a.g.e., s.63; TANÖR, Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri, s.273

²⁵ 1924 Anayasası'nın dayandığı temel ilkelerden biri ve en önemlisi, hiç kuşkusuz Kurtuluş Savaşı döneminin vazgeçilmez ilkesi olan kuvvetler birliğidir. Doktrinde yazarların hemen tamamı Anayasa'nın kuvvetler birliğine yer verdiğini ifade etmektedir. Bu konuda doktrindeki görüşler ve meclis görüşmelerinde ileri sürülen düşünceler için bk. Ö. ANAYURT, "1924 Anayasasında Meclis - Yürütme İlişkileri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C.XIII, Kasım 1997, S. 39, s. 681-682 ve dn. 30

²⁶ Anayasanın meclis görüşmeleri sırasında, yasama organının tek meclis, çift meclis olması konusunda yoğun tartışmalar yapılmıştır. Bunlardan bir kısmının aktarılmasının faydalı olacağı düşüncesiyle burada yer vermeyi uygun bulduk.

merkeziyetçilik prensiplerine yer verilmemesi, meclisi fesih yetkisinin Meclisten başka bir organa bırakılmaması²⁷ gibi düzenlemeler parlamentonun üstünlüğünü sağlamaya yönelik hükümlerdir. TBMM, üstün ve rakibi olmayan bir organdır. Meclis iradesinin üstünde herhangi bir norm yahut makam bulunmamaktaydı. Meclisin üstünlüğü ilkesi aynı zamanda Cumhuriyet tarihinin bir geleneğidir.

1924 Anayasası, meclisin üstünlüğü esasına yer vermekle birlikte, yürütmenin teşebbüs ve hareket serbestisini bağlamamıştı.

Kütahya Milletvekili Ragıp bey: "... efendiler, inkılabımızı tamam olmuş addedemeyiz. Hergün yeni bir hadise karşısında bulunmaklığımız elyevm mevcuttur. Bu mevcut olduğu takdirde ani kararlar ve icraat zamanının dahi hükmü melhuzdur. İşte bu sebepten dolayıdır ki İkinci Meclisin daha bir müddet mevzubahis edilmemesi taraftarıyım" (GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN, a.g.e., s.83).

İzmir Milletvekili Şükrü Bey, ikinci meclislerin birer tarihi yadigar olduklarını ifade ettikten sonra şöyle diyecektir: "... öyle bir yadigar ki bir ihtilal onu yakasından alıp atmazsa zamanın haşin törpüleri pek yakın bir anda yok edecektir. Bunlara en büyük misal ikinci bir meclis nazarı itibara alırsanız göreceksiniz ki, onun yüz sene evvelki kudretiyle bu seneki kudreti arasında azim bir fark vardır. Ve bu kendisinin aleyhindedir. İkinci Meclisin bir ifadesi de müteenniyane kararlar almak esbabını hazırlamış. Hiç şüphe yoktur ki bu varittir. Fakat beyefendiler, İkinci bir Meclisi müteenniyane kararlar almak için yaratmak ve istemek demek herhangi bir küçük iyiliği başka hiçbir yoldan halletmenin yolunu bulamamak demektir. Efendiler, eğer müteenniyane kararlar almak istiyorsak, ki telaşımızla, heyecanımızla birçok hatalar yapabiliriz, bundan kolay bir şey yoktur. O da o zaman Meclis kendi kendini bağlar. Ve der ki; Bütün müstacel müzakere edilen kanunlar Meclisten iki defa geçer. Müstacel müzakeret arasında lâakal bir hafta, gayri müstaceller arasında da lâakal bir ay geçecek olursa İkinci Meclisten yaratılacak olan faide temin edilmiş olur. Efendiler, bendeniz sarîh ve samimi olarak söylüyorum. İkinci Meclis, milletlerin üzerinde bir "ur"dur. Bunların ne ilim ve ne de fende yeri vardır. Hiçbir yerde yerleri yoktur ve ne de ihtiyaç böyle bir şey istiyor" (GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN, a.g.e., s.53).

Bursa milletvekili Refet Bey ise çift meclisli parlamentoyu hararetle savunanlar arasında yer alıyordu. Şöyle diyordu Refet Bey: "Arkadaşlar, Malûmunuzdur ki zamanımızda parlamentoların ikişer meclisten müteşekkil olması hemen hemen umumileşmiş bir kaidedir. Bu husus büyük ink(ı)lâplar ve tecrübeler geçirmiş milletlerin bile istisna vaziyeti böyledir... Parlamentosu tek bir meclisten bir devlet aranacak olursa Balkanlara kadar rücu etmemiz lazım gelir. Birisi Yugoslavya yani Sırbistan, birisi Yunanistan, diğeri Bulgaristan'dır. (Avrupa'da) Yalnız bu üç devletin parlamentoları bir meclisten ibarettir. Bir parlamentonun iki meclisten mürekkep olması esası hemen vücut pezir olmak üzeredir... Sonra efendiler, Avrupa'nın ve Amerikanın tarihi siyasisini tetkik edersek, görürüz ki bir meclis usulü, daima ihtilallerin büyük muazzam felaketlerin neticesi olarak tevellüt eder..." (GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN, a.g.e., s.46-49).

²⁷ Anayasa'nın meclis görüşmeleri sırasında Meclisin, Meclis dışında bir makam tarafından feshi (örneğin cumhurbaşkanı, hükümet), milli egemenlik kavramına aykırı görülerek reddedilmişti. Bu konuda Mecliste yapılan tartışmalar için bk. GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN, a.g.e., s. 89,91, 196-206

Belirtelim ki Anayasanın öngördüğü meclisin üstünlüğü, uygulamada meclise hakim olan siyasi güçlerin üstünlüğüne dönüşmüştür. Tek parti döneminde yürütme yani hükümet ve cumhurbaşkanı, parti disiplini, parti cihazı aracılığıyla Meclise çoğu zaman hakim olmuştur. Başka bir ifadeyle, bu ilke uygulamada tamamen tersine dönmüş ve Meclis yürütmeye tâbi duruma gelmiştir. Yürütmenin Meclise karşı siyasi sorumluluğu gerektiği şekilde işletilmemiş; parti disiplini yüzünden yasama organınca hükümetin görevden alınması mümkün olmamıştır. Meclisi etkisi altında bulundurduğundan sunmuş olduğu kanun tasarılarını fazla zorlukla karşılaşmadan kabul ettirebilmiştir. Diğer yandan Anayasa her ne kadar hükümete meclisi fesih yetkisi vermemişse de uygulamada, hükümet meclise hakim partinin ileri gelenlerinden oluştuğundan bunlarca alınmış olan bu yöndeki kararlar da Meclis Genel Kurulu'nca kabul edilmişlerdir.²⁸

Çok partili dönemde de uygulama bu şekilde devam etmiş, Mecliste sayısal çoğunluğu elde eden siyasi iktidar, bu çoğunluk sayesinde Meclise hakim olmuş ve Meclis, bu çoğunluğun çizdiği yönde hareket etmek zorunda kalmıştır.

Anayasa'nın TBMM'ye tanımış olduğu geniş yetkiler karşısında Meclisin ya da Meclisteki çoğunluk partisinin bir gün gelip parlamento istibdadına doğru gidebilmesi pek de uzak bir ihtimal değildi. Zaten geçmiş tecrübeler, gereğinden fazla yetkilerle donatılmış, herhangi bir araçla sınırlanmamış Meclislerin ya tek bir şahsın veya bir grubun etrafında otoritarizme kolayca kayabileceğini göstermiştir. Anayasanın yapıldığı zaman bunlar düşünülmemişti. Ancak, uygulandığı dönemde de gerekli tedbirler alınmamış ve sistem bilinen felaketlere sürüklenmekten kurtarılamamıştır.²⁹

Aslında, Meclisi denetleyecek hiçbir organın bulunmaması, sonuçta siyasi iktidarı elinde tutanların yetkilerini sonsuzlaştırmasa da bu yetki, *"iyi niyetli, idealist kadrolarla olumlu yönde kullanılabilir (di). Nitekim, dev inkılap kanunları ve uygulamaları bunu açıkça göstermektedir. Fakat siyasal kadroların başka kuşkuları olursa, bu yetki, hemen Meclis diktatoryasına yol açabilir(di) ve bu ne yazık ki bazı dönemlerde gerçekleşebilmiştir"*³⁰.

B. ANAYASALLIK DENETİMİNDEN YOKSUNLUK

²⁸ Bk. M. SOYSAL, **100 Soruda Anayasa'nın Anlamı**, 8.b., Gerçek yay., İstanbul 1990, s.50; ANAYURT, a.g.m., s.690, TANÖR, Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri, s.263.

²⁹ ARSEL, a.g.e., s.102 - 103.

³⁰ MUMCU, a.g.e., s.191.

1924 Anayasası, teorik çerçevede katı bir anayasaydı. Anayasanın katılığı hem şekil hem de içerik olarak düzenlenmişti (m.102,103).

103ncü maddeyle anayasanın üstünlüğü açıkça ifade edilmişti: *"Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilat-ı Esasiye Kanununa münafî (aykırı) olamaz"*.

Kanunların anayasaya aykırı olamayacağının anayasada gösterilmiş olması, bunu sağlayacak kurumlar getirilmemişse, elbette pratik bir yarar sağlamaz. Eğer anayasa hükümleri; yasama organınca çiğnenebiliyor ve bu ihlallere karşı herhangi bir yaptırım uygulanamıyorsa, anayasanın üstünlüğü boş bir sözcükten öte bir anlam taşımaz³¹. Anayasanın üstünlüğü ancak kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin varlığıyla işlerlik kazanır.

1924 Anayasası, kanunların anayasaya aykırı hükümlere yer vermiş olması halinde bunu herhangi bir yaptırıma bağlayacak esaslar getirmiş midir? Kısaca, Anayasa, kanunların anayasaya uygunluğu denetimine yer vermiş midir? Hemen ifade edelim ki, münhasıran anayasaya aykırılığı çözmek üzere Anayasa herhangi bir organı yetkilendirmemiştir. Yani soyut norm denetimine imkan tanımamıştır. Bununla birlikte, anayasaya aykırı kanunların mahkemelerce uygulanıp giderilmeyeceği, birinci ihtimaldeki gibi açıkça ortaya konulabilecek bir konu değildir. Çünkü, bu konuda en azından Anayasada mahkemelere böyle bir yetkiyi kullanmayı yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim bu durum gerek doktrinde gerek uygulamada dönemin en önemli tartışma konusu olmuştur.

1. Doktrinde

Türk Hukuk Doktrininde 1924 Anayasası'nın kanunların anayasaya uygunluğu denetime imkan tanıyıp tanımadığı konusunda her iki yönde de görüşler ileri sürülmüştür.

³¹ G. BURDEAU, **Manuel Droit Constitutionnel** 21. éd., LGDJ, Paris 1988, s.85.

Bazı yazarlar³² 1924 Anayasası'nın kanunlar için iptal yoluna imkan tanımadığını, ancak defî yoluyla mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebileceklerini ileri sürmüşlerdir. Bu görüş sahiplerinin iddiaları zımnında kaydettikleri argümanları özetle şu şekilde sıralayabiliriz:

-Anayasa yalnız TBMM'ye değil, mahkemelere ve fertlere hitap eden bir esas kanundur. Yasama organı, anayasayı dışlayan bir kanun yapamaz.

-Mahkemeler, bağımsız olup TBMM'ye tâbi bir durumları yoktur. TBMM, nasıl yasama yetkisini millet adına kullanıyorsa, mahkemeler de bu kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek hakkını millet adına kullanmak yetkisine sahiptir.

-Defî yoluyla kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, yargının doğal yetkileri arasındadır. Çünkü, kanunların anayasaya uygunluğu ancak yargı organlarının bunu denetlemeleri ile mümkün olur. Öyleyse bunun anayasada açıkça belirtilmesine gerek yoktur.

-Anayasanın 103ncü maddesi mademki kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını söylemektedir. O halde anayasaya aykırı bir kanun kanun sayılamaz. Bunun için de hakim böyle bir kanunu uygulayamaz. Anayasaya aykırı olduğu için uygulayamayacağı kanunun bu durumunu tespit etmek için ise anayasallık denetimi yapmaya zorunludur.

-Hakimlerin böyle bir denetlemeyi yapabilmelerini yasaklayan bir anayasa hükmü bulunmamaktadır. Öyleyse denetim yetkisi var demektir.

³² C. CROZAT, "Türk Hakimi Kavaninin Teşkilatı Esasiyeye Tevafuk veya Ademi Tevafukunu Takdir Hakkını Haiz midir?", **İHFM**, 1927, Y.5, S.331, s.979-981; B.N.ESEN, **Anayasa Hukuku**, 3.b., Ankara 1948, s.196; A.MESTRE, "Teşkilatı Esasiye Kanunlarına Nazaran Kavaninin Hukuki Murakabesi" (Çev: N.K.), **Hukuki Bilgiler**, 1926, S.1, s.15; A.F. BAŞGİL, **Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri**, İstanbul, 1946, s.65, 123; A.H.BERKİ, **Hukuk Mantığı ve Tefsir**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1948, s.12; N.ERİM, "Kanunların Anayasaya Uygunluğu" **İzmir Barosu Dergisi**, Y.3. S.4-12, s.261-262, B. SAVCI, "Umumiyet ve Mücerrediyet Yolu ile Hükümler Koyma İçinde Devleti Hukuka Riayet Ettirme Vasıtaları", **SBOD**, C.III, S.3-4, s.22; H.N. KUBALI, **Devlet Ana Hukuku**, C.I, Kısım 1, 3.b., İstanbul 1950, s.76; T. FEYZİOĞLU, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Murakabesi**, Tez, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1957, s.333,335; G.F. MİLASLI, "Kanunların Teşkilatı Esasiyeye Muvafakatı", **Hukuki Bilgiler**, 1926, S.2, s.63-66.

Bazı yazarlar ise³³ 1924 Anayasasının kanunlarının anayasaya uygunluğu konusunda ne iptal davasına ne de defi yoluyla denetime imkan tanıdığını ileri sürmüşlerdir. Bu görüşte olanların iddialarını ise şu şekilde özetleyebiliriz:

-Anayasa'nın 53ncü maddesi mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla gösterileceğini söylemektedir. Oysa mahkemelere anayasaya aykırı kanunları uygulamaktan kaçınma, bunları denetleme yetkisi hiçbir kanun tarafından verilmemiştir.

-Anayasa hükümleri doğrudan mahkemelere yönelik, onlar tarafından doğrudan uygulanabilecek bir kanun değildir. Anayasa, ancak yasama organına direktif veren bir metindir.

-Anayasa'nın 52nci maddesi, tüzüklerin kanuna aykırılığını bile incelemek yetkisini mahkemelere vermemişken, kanunların anayasaya uygunluğunun mahkemelerce incelenmesi "evleviyetle" söz konusu olamaz.

-Anayasa'ya göre devletin bütün yetkileri TBMM'de toplanmıştır. Hatta yargı organları TBMM'nin vekili sayılırlar. Anayasa'nın bu düzeni dikkate alındığında, kanunların yargı denetimine bilerek yer vermediği söylenebilir.

-Anayasanın yorumlanması ile anayasaya aykırılık iddiasının çözümü ayrı ayrı hususlardır. Mahkemeler, anayasayı belki yorumlayabilir fakat anayasaya aykırılık defini inceleyemezler.

Kanaatimizce 1924 Anayasası düzeni içerisinde, iptal davası asla söz konusu olabilecek bir kurum değildir. Anayasa koyucu bunu bilerek ve isteyerek düzenlememiştir. Fakat defi yoluyla denetim konusunda bu kadar kesin bir yargıya varmak pek kolay olmasa gerektir. Çünkü Anayasa, her ne kadar iptal yolunu öngörmemiş ise de, 103ncü maddenin ikinci cümlesindeki "hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz" hükmüne boşuna yer vermemiştir. Eğer, Meclis'e kayıtsız şartsız, hiçbir denetime tabi tutulmayan bir organ olarak yer vermek istemiş olsaydı, böyle bir hükmü koymazdı. Meclis görüşmeleri sırasındaki tartışmalardan da anlaşılacağı üzere 103ncü madde her türlü yaptırımdan mahrum "terbiye" yahut milletvekillerinin vicdanına seslenen etik bir

³³ S.S. ONAR, **İdare Hukuku, C.I**, 2.b, İstanbul 1945, s.199-200. Ayrıca bk. "Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazai Murakabe", **Cemil BİLSEL'e Armağan**, İstanbul 1939, s.294-295; R. SARICA, **Türkiye'de İcra Uzununun Tanzim Selahiyeti**, İstanbul, 1943, s.155; M. R. BELGESAY, "Kuvvei Kazaiye", İHFM, 1927, Y.5, S.32, s.817-818; Y.Z.ÖZER, **Mukayeseli Hukuku Esasiye Dersleri**, Ankara 1939, s.622; O.N.UMAN, **Esasiye Hukuku**, Ankara 1939, s.98.

yönlendirme değildir.³⁴ Bir kanunun anayasaya aykırılık taşıması halinde hakime bunun uygulanmasını söylemek hukuk mantığına ters düştüğü gibi Anayasanın 103ncü maddesini de görmemezlikten gelmek olur. Eğer TBMM'nin millet adına egemenlik hakkını kullanması salt çoğunlukla dilediğini yapabilmesi anlamına geliyorsa 102nci madde ile Anayasa'nın katılaştırılmasının, kanunların anayasaya aykırı olamayacağına ilişkin hükümlerin ne anlamı vardır. Bu nedenle anayasaya aykırı kanunların uygulanmaması, katı anayasa sistemini benimsemiş hukuk düzenleri bakımından bütün mahkemelerin görevi olup, bunun ayrıca anayasada tasrih edilmesine gerek bulunmamaktadır.

2. Uygulamada

Mahkemelerin bakmakta oldukları dava ile ilgili olarak anayasaya aykırı bir kanunu uygulayıp uygulamayacakları, yani defî yoluyla kanunun anayasa karşısındaki geçerlilik durumunu inceleyip inceleyemeyeceği konusu doktrinde olduğu gibi yargı organlarında da tartışılmıştır. Bazı içtihatlar, mahkemelerin böyle bir yetkiye sahip olduğunu, bazı içtihatlar ise mahkemelerin böyle bir yetkisi bulunmadığını kabul etmiştir.

Anayasaya aykırı kanunların uygulanmasından kaçınma yetkisinin mahkemelerce kullanıldığına ilişkin ilk örnek İstanbul 4ncü Hukuk Mahkemesi'nin 15.01.1927 tarih ve 16 sayılı kararıdır. Bu kararda mahkeme "... kanunların anayasaya uygun surette tefsirinin zaruri olduğunu, kanun tefsire imkan bırakmayacak şekilde Anayasaya aykırı ise bu kanunun tatbik edilmeyeceği..."ni ortaya koymuştur.³⁵ Karar daha sonra Yargıtay'ca bozulmuş ve yerel mahkeme kararında ısrar etmiş böylece sorun Yargıtay Genel Kurulu'na kadar gitmiş ve burada yeniden bozulmuşsa da bozulma sebebi, kanunların anayasaya uygunluğunun mahkemelerce incelenemeyeceğine ilişkin değildir.³⁶

1927 yılından sonra uzun süre Anayasaya aykırı kanunların mahkemelerce uygulanmayacağına ilişkin bir karara rastlanmamaktadır.

³⁴ ⁴ Mersin Milletvekili Besim Bey, 103ncü maddenin ikinci cümlesinin "Teşkilatı Esasiye Kanununa münafî olan hiçbir kanun meriyül hüküm olamaz" şeklinde tadilini istemiş fakat mevcut ikinci cümlede bunun aynı anlama geldiği gerekçesiyle kabul edilmemiştir. GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN, age., s.465-466. Diğer taraftan Saruhan Milletvekili Reşat Bey, "... maddenin birinci fıkrası "teşkilatı esasiye kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz" şeklindedir... Bu maddeyi her hangi birisi ihmal ederse ne olacaktır? Bendeniz o kanaattayım ki, "tatil olunamaz, tatil olursa hıyaneti vataniye addolunur..." gibi bir cümle lazımdır", Bk. GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN, age., s.465

³⁵ ⁵ Bk. FEYZİOĞLU, age., s.255.

³⁶ ⁶ Ibid., s.256.

1950 yılında yine yerel mahkeme tarafından, Anayasaya aykırı bir kanunun uygulanamayacağına ilişkin bir karar verilmiştir. Akşehir Hukuk Mahkemesi kararında şöyle denilmektedir: "4456 sayılı kanunun hadiseye menşe ve mesnet ittihaz edilen 3ncü ve onun tazminat yönünden hukuki müeyyidesini vazedan 15nci maddesi hükümleri, Anayasa ile gözetilen Türklerin kamu hakları içerisine giren hak ve hürriyetlerine ve "Anayasanın hiçbir maddesi bir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alı konamaz, hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz" suretinde yazılı ve Anayasanın dayanakları başlığını taşıyan fasılda yer almış bulunan 103ncü madde hükmüne aykırıdır".³⁷

Yine Danıştay'ın da mahkemelerin defî yoluyla denetim yönünde kararlarına rastlanmaktadır. Bir kararında 5250 sayılı kanunun geçici maddesi ile yetersizliği sebebiyle bu madde gereğince emekliye ayrılacak memurların, bu karara karşı ne idari ne de adli yargı yerlerine başvuramayacaklarına ilişkin kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğunu; çünkü Anayasa hükümleri karşısında, hiçbir kanunun fertlerin idari bir işlemde dolayı yargı yerlerine başvurmalarının engellenemeyeceğini ifade etmiştir.³⁸

Yargısal denetim lehindeki bu karar örneklerinin yanında aksi yönde kararların da varlığından söz etmiştik. Bunların başında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.02.1931 tarihli kararı gelmektedir. Burada yüksek mahkeme "... bir hakim tarafından herhangi bir kanunun Teşkilat-ı Esasiye ahkâmına mugayeretinden bahis ile tatbikinden istinkaf caiz" olamayacağına hükmetmiştir.³⁹

Diğer bir örnek ise İstanbul Asliye Mahkemesi İkinci Ticaret Dairesinin 935/940 sayılı 02.10.1939 tarihli kararıdır. Bu olayda, 24.06.1935 tarih ve 2818 sayılı kanun'un maden ocakları üzerindeki hakların devlete intikaline ilişkin olan 5nci maddesinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş fakat Mahkeme, gerekçeye değinmeksizin kısaca "2818 sayılı kanunun Teşkilat-ı Esasiye prensiplerine uygun olup olmadığını tetkik mahkemenin salahiyetinden hariç bulunduğuna" karar vermiştir.⁴⁰

³⁷ Ibid., s.257.

³⁸ Ibid., s.258.

³⁹ Ibid., s.262.

⁴⁰ Ibid., s.263.

Uygulama açısından⁴¹ özetle söylenilebilecek tek husus, bu konuda yargı kararlarının da istikrar kazanamamış olmasıdır. Her iki yönde de kararlara rastlanmaktadır. Sorun doktrinde olduğu gibi uygulamada da tam bir netlikle çözüme kavuşturulamamıştır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1924 Anayasası, devlet kuvvetlerini TBMM'de toplamıştı. Nazari olarak doğal hukuk doktrini ve onun hürriyet anlayışını benimsemiş olmasına rağmen, bunları gerçekleştirme araçları ile donatmamıştır. Sosyal haklara her ne kadar yer vermemişse de gerek ülkenin içinde bulunduğu durum, gerek bu kategori hakların o dönemde fazla yaygın olmaması ve herhangi bir toplumsal talebin de (teorik de olsa) bizde o zamana kadar gündeme gelmemiş olması itibarıyla bunu fazla yadırgamamak gerekir.

Anayasa, hürriyeti 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin getirdiği soyut, ferdiyetçi ve her şeyi kanuna bırakan bir anlayışa göre ele almıştır. Liberal hukuk teorisinin temel postülalarından biri olan kanuna güven, kanunun hürriyetin en iyi güvencesi olacağı düşüncesi Anayasa'nın temelini oluşturmaktadır.

Anayasa, özünde *demokratik bir ruh* taşımasına rağmen bu, daha ziyade, kökü Rousseau'ya dayanan ve çoğunluk iradesine yanılmazlık atfeden, siyaset bilimi literatüründe "çoğunlukçu demokrasi" olarak ifade edilen bir anlayışı ortaya koymaktadır.¹ Bütün düzenlemelerini meclis üstünlüğü eksenini üzerine oturtmuş, meclis iradesine karşı hiçbir anayasal güvenceye yer verme gereğini de duymamıştır. Oysa, tarihi tecrübelerle de sabittir ki meclis çoğunlukları, hak ve hürriyetleri çiğneme noktasında bazen, mutlak yönetimleri bile aratır olabilmektedir. Yasama organının çoğunluğuna göre işleyebilecek bir sistemin, güvence altına alınmamış hak ve hürriyetler için ne büyük bir tehlike teşkil edeceği, siyasi rejimin sağlığı bakımından ne kadar sakıncalı olduğu zaman içinde kendini ortaya koymuştur. T. **Paine**'in yıllar önce veciz bir biçimde ifade etmiş olduğu "*çoğunluk istibdadı, istibdadların en korkuncudur*" sözünün somut anlamı gerek tek partili dönemde, gerek çok partili dönemde açıkça yaşanmıştır. Her iki dönemde de anayasaya aykırı birçok kanun uygulama alanı bulmuştur.

⁴ ¹ Diğer kararlar için bk. Feyzioğlu, age., s.255-264; S.ARMAĞAN, **Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi**, Tez, İÜHF yay., İstanbul 1967, s.19-20.

¹ E. ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 2. b., Yetkin yay., Ankara, 1990, s.15.

1924 Anayasası neden Rousseau'cu demokrasi modelini benimsemiş ve bunun doğal sonucu olan Meclis üzerinde herhangi bir güç ya da denetim organı öngörmemişti? Anayasa koyucuları için Meclisin iradesini denetlemek milletin iradesini denetlemek anlamını taşımaktaydı. Bütün kötülükler padişah'tan gelir, halkın temsilcilerinden oluşun meclisin halkın iyiliğinden başka bir şeyi istemesi ve yapması beklenemezdi. Meclis bunu, Türk Kurtuluş Savaşı sırasındaki karar ve uygulamalarıyla ortaya koymuştu. Bu nedenle milleti Meclise karşı korumak gibi bir düşünce ileri sürmek bile meclisin kudsiyetine ters düşerdi. Kaldı ki "*Avrupa tipi anayasa yargısı*" henüz o dönemde tam anlamıyla yaygınlaşmamıştı. Bilindiği üzere anayasa mahkemelerinin kurulması daha ziyade II nci Dünya Savaşı'ndan sonraki yıllara tesadüf etmektedir. Diğer yandan 1924 Anayasası'nın yapıldığı dönem ve sonraki yılların başlıca sorunu, köklü reformlarla toplumun ve devletin çağdaşlaştırılmasıydı. Dolayısıyla böyle bir anayasal sistem, toplumu dönüştürme projesinin yürütülmesi açısından acil ve pratik zorunluluklar sonucu getirilmişti.² O dönem için önemli olan, milli devletin yapılandırılması, toplumun biçimlendirilmesi ve gerekli reformların icraya konulması olup, hukuka uygunluk adına bunların kösteklenmemesiydi. 1924 Anayasası bu esnek çerçeveyi ziyadesiyle sunmaktaydı.³ Eğer 1924 Anayasası Avrupa modelinde bir anayasa yargısına yer verseydi, toplumsal değişim ve dönüşümün ivmesi o kadar hızlı ve radikal olamazdı. Fakat eğer böyle bir kurum getirmiş olsaydı, ya da zaman içerisinde bu eksikliği giderebilseydi veya hiç olmazsa yargı organları, defî yoluyla denetimi içtihatla kurumsallaştırabilselerdi belki fazla iyimser bir tahmin olmakla birlikte ülkemiz 27 Mayıs sabahı tank sesiyle uyanmayacaktı.

KAYNAKÇA

AKIN, İ-AKAD, M.: "Cumhuriyetin Ellinci Yılında Temel Hak ve Özgürlükler", 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İÜHF yay., İstanbul 1973, ss.21-52

ALDIKAÇTI, O.: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4.b., İÜHF yay. İstanbul 1982.

ANAYURT, Ö.: "1924 Anayasası'nda Meclis - Yürütme İlişkileri", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C.XIII, Kasım 1997, S.39, ss.673-694.

ARMAĞAN, S.: Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi,

² K. KARPAT, **Türk Demokrasi Tarihi**, Afa yay., İstanbul 1996, s.125.

³ B. TANÖR, **İki Anayasa**, Beta yay., İstanbul 1986, s.21.

Tez, İÜHF yay., İstanbul 1967.

ARSEL, İ.: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Mars Matbaası, İstanbul 1965.

BAŞGİL, A.F.: Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, İstanbul 1946.

BELGESAY, M.R.: "Kuvvei Kazaiye" İst. Huk. Fak. Mec., 1927, Y.5, S.32, ss.812-828.

BERKİ, A.H.: Hukuk Mantığı ve Tefsir, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1948

BURDEAU, G.: Manuel Droit Constitutionnel, 21. éd., Par Francis Hamon et Michel Troper, LGDJ, Paris 1988.

CADOUX, C.: Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Théorie Générale des Institutions Politiques, Cujas, Paris 1988.

CROZAT, C.: "Türk Hakimi Kavaninin Teşkilatı Esasiyeye Tevafuk veya Ademi Tevafukunu Takdir Hakkını Haiz midir?" İst. Huk. Fak. Mec., 1927, y.5, S.32 ve 33.

ERDOĞAN, M.: Modern Türkiye'de Anayasalar ve Siyasi Hayat, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997.

ERİM, N.: "Kanunların Anayasaya Uygunluğu", İzmir Barosu Dergisi, Y.3, S.4-12, 1938, ss.258-277.

ESEN, B.N.: Anayasa Hukuku, 3.b., Ankara 1948.

FEYZİOĞLU, T.: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Murakabesi, Tez, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1957

GÖZÜBÜYÜK, A.Ş - SEZGİN, Z.: 1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri, AÜSBF yay., Ankara 1957.

KAPANİ, M.: Kamu Hürriyetleri, 5.b., AÜHF yay., Ankara 1976.

KARPAT, K.: Türk Demokrasi Tarihi, Afa yay., İstanbul 1996.

KUBALI, H.N.: Devlet Ana Hukuku, C.I, Kısım 1, 3.b., İstanbul 1950.

MESTRE, A.: "Teşkilat-ı Esasiye Kanunlarına Nazaran Kavaninin Hukuki Murakabesi (Çev. N.K.)", Hukuki Bilgiler, 1926, S.1, s.13-19.

MİLASLI, G.F.: "Kanunların Teşkilatı Esasiyeye Muvafakatı", Hukuki Bilgiler, Y.1926, S.2, ss.62-68.

MUMCU, A.: Türk Tarihinin Temelleri ve Gelişmesi, İnkılap

Kitabevi, İstanbul 1981.

MUMCU, A.: İnsan Hakları - Kamu Özgürlükleri, Savaş yay., Ankara 1992.

OKANDAN, R.G.: Umumi Amme Hukuku, İÜHF yay., İstanbul 1966.

ONAR, S.S.: İdare Hukuku, C.I, İstanbul 1945.

ONAR, S.S.: "Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazai Murakabe", Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul 1939, s.287-311.

ÖZER, Y.Z.: Mukayeseli Hukuku Esasiye, Ankara 1939.

ÖZBUDUN, E.: "TBMM'nin Hukuki Niteliği", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C.I, 1984, S.2, s.475-503

ÖZBUDUN, E.: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2.b., Yetkin yay., Ankara.

RIVERO, J.: Les Libertés Publiques, 1. Les Droits de l'Homme, 7.éd., PUF, Paris 1995

SARICA, R.: Türkiye'de İcra Uzunun Tanzim Selahiyeti, İÜHF yay., İstanbul 1943.

SAVCI, B.: "Umumiyet ve Mücerrediyet Yolu ile Hükümler Koyma İçinde Devleti Hukuka Riayet Ettirme Vasıtaları", Siyasal Bil. Ok. Derg. C.III, S3-4, ss.,16-38.

SOSYAL, M.: 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, 8.b., Gerçek yay., İstanbul 1990.

TANİLLİ, S.: Devlet ve Demokrasi - Anayasa Hukukuna Giriş, 3.b., Say yay., İstanbul 1982.

TANÖR, B.: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, Tez, May yay., İstanbul 1976.

TANÖR, B.: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Genişletilmiş 2.b., Der yay., İstanbul 1995.

TANÖR, B.: İki Anayasa (1961-1982), Beta yay., İstanbul 1986.

TEZİÇ, E.: Anayasa Hukuku, 2.b., Beta yay., İstanbul 1991.

TURPIN, D.: Droit Constitutionnel, PUF, Paris 1992.

UMAN, O.N.: Esasiye Hukuku, Ankara 1939.

TÜRK CEZA KANUNUNDA SİLAH

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem¹

ÖZET:

TCK m. 189 yürürlükten kaldırıldığına göre, gerek suçun ögesi ve gerekse ağırlatıcı nedeni olarak “*silah*”ın kullanılması veya bulundurulmasından söz eden suçlar bakımından artık, söz konusu hükümden yararlanma olanağı kalmamıştır. Bugünkü durumda, yapısına veya somut olayda kullanılış biçimine göre suçla korunan hukuksal yarar üzerinde önemli tehlike yaratmaya elverişli, insan bedeni üzerinde mekanik, kimyasal ve termik etki doğuran insan bedeni dışındaki her türlü taşınabilir aracın silah sayılması gerektiği söylenebilir.

Anahtar Kelimeler:

silah, tehlikeli araç, ağırlatıcı neden

ZUSAMMENFASSUNG:

Da Art. 189 des türkischen StGB, in dem die Waffe beschrieben wurde, durch das Gesetz mit Nummer 3506 aufgehoben worden ist, ist von dieser Regelung hinsichtlich der Straftaten, bei denen die Begehung oder Beisichführung der Waffe als besondere Tatbestandsmerkmale oder Strafverschärfungsgründe vorgesehen wird, nicht mehr Gebrauch zu machen. In der heutigen Lage können alle tragbare Mittel ausserhalb des menschlichen Körpers oder der Körperteile als Waffe dar, die nach der objektiven Beschaffenheit oder der Art der Verwendung konkret geeignet sind, erhebliche Gefahr über das durch das Straftat geschützten Rechtsgut hervorzurufen, ohne Rücksicht darauf, wie sie auf die menschlichen Körpers einwirken.

Begriffe:

Waffe, Gefaehrliche Mittel, Strafverschärfungsgrund.

¹ DEÜ Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi

TCK, birçok suçta ”*silah*”ı, ya suçun ögesi² veya ağırlatıcı nedeni³ olarak kabul etmektedir⁴.

Silahın, suçun ağırlatıcı nedenini oluşturduğu durumlarda da, ağırlatıcı nedenin uygulanması için TCK, bazı suçlarda suçun silahla ”*işlenmesi*”⁵ ”*yapılması*”⁶, bazı maddelerde ”*katılma*”⁷, ”*vuku bulma*”⁸, ”*silahlı olarak dolaşma veya saklanma*”⁹, ”*silahlı bulunma*”¹⁰dan söz etmektedir.

Bununla birlikte gerek bir suçun ögesi ve gerekse ağırlatıcı nedeni sayılan *silah* deyimine ne anlam verilmesi gerektiği konusunda TCK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Silahın bir suçun *ağırlatıcı nedeni* olduğu durumlarda, neyin silah sayılacağını belirten ve türlerini gösteren¹¹ TCK m. 189, 1988 tarih ve 3506 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış olup¹², artık suçun ağırlatıcı nedeni olarak silaha yer verildiği durumlarda TCK m. 189’deki düzenlemeden yararlanma olanağı kalmamıştır. Gerçi 14.12.1988 tarih ve 3506 sayılı yasanın amacı, TCK m. 189’u değil, esas itibarıyla 5435 sayılı yasanın para cezasına ilişkin olarak getirdiği düzenlemeleri yürürlükten kaldırmak idi. Ancak 5435 sayılı yasa, aynı zamanda TCK m. 189’da değişiklik yapan yasa olduğu için, bu yasanın bütünüyle yürürlükten kaldırılması, TCK m. 189’un

² TCK m. 126, 148, 149, 150, 168, 264, 302/4, 314, 388, 389/2, 466, 549 vd.

³ TCK m. 179/3, 188/3- son, 193/2, 201/4, 254/2-3, 257, 258/2, 277, 298/3, 299/3, 304-I/3, 308/3, 310, 313/3, 384-I/3, 384-II/3, 457/1, 497/1-2, 515/2

⁴ Bununla birlikte TCK’da silah yanında ayrıca ”*uyuşturucu yahud boğucu veya yakıcı gazlar veya patlayıcı maddeler*”, ”*cephane, bıçak, bomba veya buna mumasil sair yıkıcı, yakıcı veya öldürücü aletler*”, ”*dinamit veya bomba veya buna benzer yıkıcı veya öldürücü alet veya barut ve benzeri ateşli ecza*”, ”*aşındırıcı ecza*” gibi deyimlere de yer verilmektedir

⁵ TCK m. 179/3, 188/3-son, 193/2, 201/4, 254/2-3, 257, 258/2, 277, 310, 384-I/3, 384-II/3, 457/1, 497/1, 515/2

⁶ TCK m. 298/3, 299/3

⁷ TCK m. 304-I/3

⁸ TCK m. 308/3

⁹ TCK m. 313/3

¹⁰ TCK m. 497/2

¹¹ **Gözübüyük**, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. II, 5. Bası, İstanbul basım tarihi yok, no.743

¹² **Erman**, Sahir, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, no.136; **Dönmezer**, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, no. 94; **Artuk**, M. Emin, Hürriyeti Tahdit Cürmü, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, s. 69; **Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, Ceza Özel Hukuku, İzmir 2002, s. 23, 40. Yargıtay ise önceleri, TCK m. 189’un yürürlükten kaldırılmış olduğunu belirtmiş iken (Yar. 4CD 21.6.1991 2956/4226, YKD Ekim 1991, s. 1581 vd.), sonraki bir kararında maddenin yürürlükte olduğu sonucuna varmıştır (Yar. 2CD 23.2.1993 1506/2226, YKD Mart 1993, s. 455)

yürürlüğünü de ortadan kaldırmıştır¹³. Bugün TCK'nın işlenen suçta, silahı suçun ögesi veya ağırlatıcı neden saydığı durumlarda her suç için yararlanılabilecek bir silah tanımı veren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Almanya'da ise, silah veya başkaca tehlikeli araçla “işlenme”, etkili eylem suçunun (Alman CK § 224 I)¹⁴; “yanında bulundurma” da hırsızlık suçunun (Alman CK § 244 I no.1a)¹⁵ nitelikli hali olarak düzenlenmektedir¹⁶. Silah her iki hükümde de yalnızca bir örnek olarak anıldığı için, silah ve bunun dışında kalan diğer tehlikeli araçlar arasında bir ayırım yapılması zorunlu görünmemektedir¹⁷.

Görüldüğü gibi, Alman CK, bizim CK'ndan farklı olarak “silah” yanında ayrıca “tehlikeli araç” deyimine de yer vermektedir. Bu paragraf anlamında „tehlikeli araç“ deymi, somut olarak objektif yapısı ve

¹³ Bu durum, yasa yapma tekniği göz ardı edilerek ve getirilen değişikliklerin hukuk sistemi içinde yaratacağı sonuçlar önceden yeteri kadar irdelenmeyerek yasa çıkarmanın ibret verici örneklerinden yalnızca birisidir.

¹⁴ Alman CK § 224 I: “Her kim, etkili eylem suçunu, 1. zehirlemek veya başkaca sağlığa zararlı bir madde vermek suretiyle veya 2. bir silah veya başkaca tehlikeli araçla işlerse” ceza ağırlaşmaktadır.

¹⁵ Alman CK § 244 I no. 1: “Her kim, o veya suça katılan bir başka kişinin a) bir silah veya tehlikeli aracı yanında bulundurduğu veya b) cebir veya cebir tehdidi ile bir başka kişinin direnmesini engellemek veya ortadan kaldırmak için başkaca bir alet veya aracı yanında bulundurduğu ... hırsızlık suçu işlerse” ceza ağırlaşmaktadır.

¹⁶ 6. Ceza Hukuku Reform Yasası'ndan önce yürürlükte olan Alman CK § 223a'da “bıçak veya başkaca tehlikeli araç” deymi yer almaktaydı. Yeni düzenleme ile bıçak deyiminin metinden çıkarılması ile, Alman yasa koyucusu, silahın, tehlikeli araç için yalnızca bir örnek oluşturduğunu ve tehlikeli araç deyiminin bir üst kavram olduğunu açığa kavuşturmuştur. **Lilie**, Hans, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar 11. Auflage Berlin New York 2001, § 224 no. 19; **Hilgendorf**, Eric, Körperteile als “gefährliche Werkzeuge”, ZStW 2000, s. 811; **Rengier**, Rudolf, Die Reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. Strafrechtsreformgesetz, ZStW 1999, s. 5; **Tröndle**, Herbert/**Fischer**, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage, München 2001, § 224 no. 7; **Wessels**, Johannes/**Hettinger**, Michael, Strafrecht BT/I, Heidelberg 1999, no. 273; **Lackner**, Karl/**Kühl**, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 2001, § 224 no. 2, § 244 no.3; **Schmidt**, Rolf/**Priebe**, Klaus, Strafrecht BT/I (Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit), Bremen 2003, s. 85

¹⁷ **Lilie**, in: LK § 224 no. 30; **Rengier**, Rudolf, Strafrecht BT/II (Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit), München 2000, § 14 no. 12. Böylece silah ve tehlikeli araç ilişkisi bakımından önceden mevcut tartışma sona erdirilmiştir (Bu tartışma için bkz. **Heinrich**, Manfred, Die gefährliche Körperverletzung - Versuch einer Neuorientierung - Teil 1, JA 1995, s. 602 vd.; **Hirsch**, in: LK, 10. Auflage, § 223a no. 6)

kullanış biçimi göz önünde bulundurulduğunda mağdurda önemli yaralanmalara yol açmaya elverişli her türlü aleti içermektedir¹⁸. Gerek Alman Federal Mahkemesi ve gerekse öğreti, ”*tehlikeli araç*” deyimini, Yargıtay’ın anlayış biçimine uygun olarak yorumlamaktadırlar. Buna göre örneğin hançer, sopa, çelikten yapılmış gülle, gübre yabası, traş bıçağı, makas, buz hokeyi sopası, bardak, bira şişesi, kaynar su, demir çubuk, boru kerpeteni, parça etkili bomba, iskemle bacağı, çıplak vücuda karşı uygulanan deri kamçı, kürek, halı tokmağı, hareket halindeki otomobil, yüze batırılan kalem sapı, ütü, anahtar destesi, boğazı sıkmak için kullanılan kadın çorabı, sicim ve şal, yüze atılan biber, bisiklet zinciri, muşta, jilet, kol protezi uygulamada ”*tehlikeli araç*” sayılmıştır¹⁹. Buna karşılık Alman Silah Yasası § 1 vd. anlamında ”*teknik aletleri*” içeren ”*silah*“, yalnızca ateşli silahlar değil, aynı zamanda kesici, delici ve bereleyici araçları da kapsamda ele alınmaktadır. Ancak bunun için aranan koşul, bunların somut olayda tehlikeli alet olarak devreye sokulması ve kullanılması, başka bir deyimle, özel olarak kullanış biçimi, önemli yaralanmalara yol açmaya somut olarak elverişli olmasıdır²⁰.

Öncelikle belirtelim ki, yürürlükten kaldırılan TCK m. 189’da yalnızca ”*ağırlatıcı neden*” olarak silaha yer verilmiş idi. Söz konusu hüküm artık yürürlükte olmadığına göre, silah konusunda yapacağımız açıklamalar, silah kullanılması, ister suçun ögesini, isterse ağırlatıcı nedenini oluştursun, her iki durumda da geçerli sayılacaktır²¹.

¹⁸ *Eser*, Albin, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München 2001, § 244 no.3; *Tröndle/Fischer*, § 224 no.9; *Lilie*, in: LK, §n 224 no. 20; *Lackner/Kühl*, § 224 no. 5, § 244 no. 3; *Rengier*, BT/II, § 14 no. 6; *Krey*, Volker, Strafrecht BT/I (Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte), Stuttgart 2002, § 3 no. 247; *Maurach*, Reinhart/*Schroeder*, Friedrich- Christian/*Maiwald*, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1 (Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte), Heidelberg 2003, § 9 II no. 15

¹⁹ Bkz. *Stree*, Walter, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München 2001, § 224 no.5; *Lilie*, in: LK, § 224 no.23

²⁰ *Lilie*, in: LK, § 224 no. 30; *Rengier*, BT/II § 14 no. 12; *Stree*, in: S/S § 224 no.4; *Tröndle/Fischer*, § 224 no. 7; *Maiwald/Schroeder/Maiwald*, BT/I, § 9 II no. 15; *Kindhäuser*, Urs, Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil I (Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft), Baden-Baden 2003, § 9 no. 9

²¹ TCK m. 189’un yürürlükte olduğu dönemde, silahın suçun ”*ögesi*” sayıldığı durumlarda bu maddedeki düzenlemeden yararlanmaya olanak bulunmadığı, neyin silah sayılacağına yargıcin takdirine bırakıldığı kabul edilmekteydi (*Gözübüyük*, no.745; *Erem*, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, s. 2114). Nitekim Yargıtay da 1965 tarihli bir İçtihadı Birleştirme kararında TCK m. 466/1 de söz konusu edilen kavgada korkutmak için silah çekme suçunun ögesi olan silah deyimine, objektif ölçülere göre olağan durumda bir kimseyi korkutabilecek nitelikte ve yeterlikte her türlü aracın

Alman CK'ndan farklı olarak, TCK'da yer alan suç tiplerinde “*silah*” deyimini yanında “*tehlikeli araç*” deyimine yer verilmemesi nedeniyle, yalnızca Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun anlamında “*silah*”ın²² ağırlatıcı neden olduğu düşünülebilir ise de; bu düzenlemenin amacı tamamen farklı²³ ve suçun silahla işlenmiş olmasının ağırlatıcı neden sayılmasının altında yatan düşünce, söz konusu aracın mağdurun yaşamı, vücut bütünlüğü ve özgürlüğü bakımından ortaya çıkardığı (potansiyel) tehlike olduğu için²⁴, TCK uygulamasında “*silah*” deyimini yalnızca bu kanunla sınırlı olarak algılamaya olanak bulunmamaktadır. Bu kanun anlamında “*silah*”, CK uygulamasında da silah olarak kabul edilebilir ise de²⁵; CK'nda, kullanılması bazı suçlarda ağırlatıcı neden sayılan silah, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanun'a göre daha geniş bir anlam içermektedir.

Buna göre TCK uygulamasında silah deyimine her şeyden önce “*ateşli silahlar*” girmektedir. Ateşli silahtan anlaşılması gereken ise, namluya dokunulduğunda içindeki barutun ateşlenmesi sonucu mekanik olarak mermiyi ileri fırlatan her türlü teknik tertibattır²⁶. Bununla birlikte herhangi bir nedenle bu ateşli silahın, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ve Diğer Aletler Hakkındaki Kanun kapsamı dışında kalması²⁷, bunun, CK anlamında silah sayılmasını engellemeyeceği gibi; bu silahın “*kullanmaya elverişli*” olmasına da gerek yoktur²⁸. Bu bakımdan örneğin mekanizması mermiyi ateşlemeye elverişli olmayan bir tüfek, bu kanun anlamında silah sayılmaz ise de, söz gelimi etkili eylem suçunda sopa olarak kullanılmış ise, cezanın ağırlaştırılması sonucuna yol açabilir.

girdiğini, bunun her somut olay için yargıç tarafından belirleneceğini ifade etmiştir (Yar. İBK 5.7.1965 2/4)

²² Anılan kanunun kapsamına giren silahlar “*ateşli silah ve mermileri*” yanında “*bıçaklarla salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletler*” (m. 1) ve “*kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli veya zinciri, muşta ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletler*”dir (m. 4/1).

²³ *Eser*, in: S/S, § 244 no.3

²⁴ *Eser*, in: S/S, § 244 no.2; *Krey*, Volker/*Hellmann*, Uve, Strafrecht BT/II (Vermögensdelikte) Stuttgart 2002, § 1 no. 130

²⁵ *Erman*, in: E/Ö, no. 136; *Dönmezer*, no. 94

²⁶ Bkz. *Krey/Hellmann*, BT/II, § 1 no.131

²⁷ Örneğin anılan kanunun 4/3. Maddesi uyarınca “*yalnız sporda kullanılan yivli ateşsiz silahlar ve mermileri ile yivsiz av tüfekleri ve mermilerinin, ev gereçlerinden olan veya tababet, sanayi, tarım, spor için kullanılan aletlerle bir meslek veya sanatın icrası için gerekli bıçak, şiş, raspa ve benzerlerinin kullanılması bu Kanun hükümlerine tabi değildir*”.

²⁸ Alman hukukunda farklı yönde *Krey/Hellmann*, BT/II, § 1 no. 131

Ateşli silahlar yanında Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun kapsamına giren “*diğer araçlar*” da Ceza Kanunu uygulamasında silah sayılır. Buna göre bu kanunun 1. maddesine göre “*bıçak*” ve “*salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletler*” ile kanunun 4. maddesine göre “*kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli ve zinciri ve muşta*” Ceza Kanununun uygulamasında ağırlatıcı neden sayılan silah kapsamına girerler.

Bunun dışında kalan bir şeyin “*silah*” sayılabilmesi için başka bazı özellikler aranır. Öncelikle bir şeyin silah sayılabilmesi için, bunun örneğin, çekiç, tornavida, balta gibi “*maddi varlığı olan bir cisim*” olması gerekir; bunlar matkap, pres, testere, kıyma makinesi gibi karmaşık yapıda da olabilirler²⁹. Burada sorun, özellikle sıvı ve gaz halindeki maddelerin silah sayılıp sayılamayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır³⁰. Yalnızca mekanik değil, kimyasal veya termik etki gösteren araçların da silah sayılması mümkün ise de; etkili eylem suçu açısından (TCK m. 457) silah yanında ayrıca “*aşındırıcı ecza*” deyimine yer verilmesi³¹; buna karşılık diğer suçlarda “*silah*” deyiminin kullanılmasıyla yetinilmesi, yalnızca *etkili eylem suçu bakımından* aşındırıcı ecza kullanılmasının ağırlatıcı neden sayılması gerektiği sonucuna bizi götürebilir. Bununla birlikte, “*aşındırıcı ecza*” da bir tür silah ve bu yüzden yasada ayrıca yer verilmesi gereksiz olduğundan³², diğer suçlarda da “*aşındırıcı ecza*” silah kapsamında değerlendirilebilir. Bu nedenle eter, uyku ilacı veya yüksek dozda uygulanan başka ilaçlar gibi kimyasal etkili araçlar yanında gaz tabancası veya göz yaşartıcı gaz spreyi gibi araçlar ile kaynar su gibi termik etki gösteren araçlar da TCK uygulamasında silah kabul edilmelidir³³.

²⁹ **Hardtung**, Bernhardt, in: Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 3 (hrsg. Wolfgang Joecks/Klaus Miebach), München 2003, § 224 no. 14

³⁰ Alman Hukuku’nda baskın görüş, bunların da en azından tehlikeli araç sayılacağını belirtmektedir (**Lilie**, in: LK, § 224 no. 8; **Stree**, in: S/S, § 224 no. 6; **Rengier**, BT/II, § 14 no. 6 vd.; **Paeffgen**, Hans- Ullrich, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Baden-Baden 2000, § 224 no.19; **Krey**, BT/I, § 3 no.247; karşı görüş **Hardtung**, § 224 no. 14)

³¹ Aracın, etkisini, vücudun dışından mı, yoksa içerisinden mi gösterdiği de önem taşımaz (**Rengier**, BT/II, § 14 no. 6).

³² **Erem**, şerh, s. 2115, yazar, “*aşındırıcı ecza*”nın, zaten silah kapsamına girdiğini ve bu nedenle TCK m. 457’de bundan ayrıca söz edilmesinin gereksiz olduğunu düşünmektedir. Eğer yazarın görüşünden hareket edilecek olursa, aşındırıcı eczanın, yalnızca TCK m. 457 açısından değil, diğer suçlar açısından da ağırlatıcı nedeni (veya ögesi) olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılabilir.

Öğretide sorun, özellikle bir aracın silah sayılabilmesi için onun *taşınabilir* olmasının gerekip gerekmediği bakımından ortaya çıkmaktadır. Bizim kanaatimiz, bir aracın silah sayılabilmesi için, aynı zamanda bunun "*taşınabilir*" olması gerektiği doğrultusundadır. Bu yüzden söz gelimi mağdurun kafasının duvara veya sert bir zemine vurulması durumunda, etkili eylem suçu silahla işlenmiş sayılmaz³⁴. Buna karşılık ağırlatıcı nedenin uygulanması için somut olayda silahın mı mağdura, yoksa mağdurun mu silaha yöneltildiği önem taşımaz³⁵. Başka bir anlatımla fail tarafından suçun işlenmesi sırasında gerçekte taşınabilir olan bir şey mağdura doğru hareket ettirilmiş olabileceği gibi, mağdur da söz konusu şeye doğru hareket ettirilmiş olabilir³⁶. Örneğin failin, mağdurun elini, yanar durumdaki elektrik ocağına tutması durumunda da silahla işlenmiş bir etkili eylem suçundan söz edilir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer sorun da, suçun işlenmesinde *hayvanların* kullanılması durumunda, suçun silahla işlenmiş sayılıp sayılamayacağıdır. Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt verilmelidir; bir kere bir aracın silah sayılabilmesi için beden üzerinde ne tür bir etki gösterdiği önemli olmadığı gibi, köpek ısırması ile karına bıçak sokma arasında bu bakımdan bir farklılık da bulunmamaktadır³⁷.

Buna karşılık *insan bedeni* veya *bedenin bölümleri* silah kavramının dışında kalır. Bu yüzden söz gelimi etkili eylem suçunun, yumruk, çıplak ayak veya diz vurmak suretiyle işlenmesi durumunda ağırlatıcı neden

³³ Alman Hukukunda aynı yönde **Stree**, in: S/S, § 224 no.6; **Tröndle/Fischer**, § 244 no.3

³⁴ Alman Federal Mahkemesi böyle bir durumda suçun silahla (tehlikeli araçla) işlendiğini kabul etmemiş ise de (BGHSt 22, s. 235); öğretilde bazı yazarlar bu görüşe katılmamakta ve aracın mutlaka taşınabilir olmasının gerekmediğini ileri sürmektedirler (**Rengier**, BT/II, § 14 no. 10; **Lilie**, in: LK § 224 no. 27; **Stree**, in: S/S, § 224 no.8; **Hardtung**, in: MK, § 224 no. 14; **Maiwald/Schroeder/Maiwald**, BT/I, § 9 no. 15; **Schmidt/Priebe**, BT/I, s. 84; karşı görüş **Krey**, BT/I, § 3 no.248; **Tröndle/Fischer**, § 224 no.8; **Lackner/Kühl**, § 224 no.4; **Hilgendorf**, ZStW 2000, s. 819; **Wessels/Hettinger**, BT/I, no. 274). Örneğin **Stree**'ye göre bir kişinin kafasına taş atmakla kafasını taşa vurmak arasında bir ayırım yapılamaz (**Stree**, in: S/S, § 224 no.8).

³⁵ **Lackner/Kühl**, 224 no. 4; **Maiwald/Schroeder/Maiwald**, BT/I § 9 II no. 15; **Kindhäuser**, BT/I, § 9 no. 13

³⁶ **Kindhäuser**, BT/I, § 9 no. 13

³⁷ Alman Hukukunda, kızdırılan bir köpeğin mağdura saldırtılması örneğinde olduğu gibi, hayvanın da eşya olduğu düşüncesinden hareketle, etkili eylem suçunun işlenmesinde kullanılması ağırlatıcı neden sayılmaktadır (**Krey**, BT/I, § 3 no. 247; **Tröndle/Fischer**, § 224 no.8; **Stree**, in: S/S, § 224 no.7; **Hardtung**, in: MK, § 224 no. 14).

uygulama alanı bulmaz³⁸. Uygun biçimde kullanıldığında bedenın bölümleri de (karate) suçla korunan yarar üzerindeki tehlikenin artması sonucuna yol açabilir ise de, burada göz önünde bulundurulması gereken, silahın insan bedeninden ayrı veya ayrılabilen bir araç olması gerektiğidir³⁹. Buna karşılık, suçun ayakkabı veya alçıya alınmış kolla işlenmesi durumunda ağırlatıcı neden uygulanabilir⁴⁰.

Bir aracın, silah sayılabilmesi için, suçla korunan hukuksal yarar üzerinde özel bir *tehlike* yaratmaya elverişli olması da gerekir⁴¹. Böyle bir tehlikenin mevcut olup olmadığı, kullanılan aracın yapısı ve olayda kullanım biçimi göz önünde bulundurulmak suretiyle her somut olayın özelliğine göre belirlenir⁴². Bu bağlamda örneğin kafaya sert biçimde sopa ile vurulması, cinsel organa, yüze veya bedenın diğer hassas bölgelerine ayakkabı ile tekme atılması, yüze ütü basılması, boyun bağı ile boynun sıkılması, göze çivi sokulması durumlarında, suçun silahla işlendiğinden söz edilebilir⁴³. Bir aracın bu anlamda tehlikeliliği, onun kullanım biçiminden veya yapısından ileri gelebileceğine göre, bunun silah sayılması için, mutlaka belirli bir amaçla ve bu bağlamda “*saldırı ve savunmada kullanmak amacıyla*” üretilmiş olmasına da gerek yoktur⁴⁴. Nitekim yürürlükten kaldırılan TCK m. 189 da, bir aracın silah sayılması

³⁸ *Rengier*, BT/II, § 14 no. 9; *Tröndle/Fischer*, § 224 no.8; *Lackner/Kühl*, § 224 no. 3; *Hardtung*, in: MK, § 224 no. 14; *Stree*, in: S/S, § 224 no. 4; *Lilie*, in: LK, § 224 no. 25; *Paeffgen*, in: NK § 224 no. 13; *Wessels/Hettinger*, BT/I § 5 no. 276; *Krey*, BT/I, § 3 no. 247; *Kindhäuser*, BT/I, § 9 no. 12; *Schmidt/Priebe*, BT/I, s. 84; karşılaştırınız *Maiwald/Schroeder/Maiwald*, BT/I § 9 no. 15 (eğer karatede olduğu gibi bedenın bölümleri doğal niteliğine tamamen aykırı biçimde kullanılmış değil ise); farklı yönde *Hilgendorf*, ZStW 2000, s. 823 vd.

³⁹ *Lilie*, in: LK, § 224 no. 25

⁴⁰ *Krey*, BT/I, § 3 no.247; *Schmidt/Priebe*, BT/I, s. 84; *Stree*, in: S/S, § 224 no.8; *Horn*, in: SK § 224 no. 17. Buna karşılık *Lilie*, suçun ayakkabı ile işlenmesi durumunda bir sınırlamaya gitmekte ve ayakkabının belli yapı ve özellikte olmasını aramaktadır (*Lilie*, in: LK, § 224 no. 25). Alman Federal Mahkemesi de ayakkabının silah olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda ayakkabının özelliği (örneğin krampon), kullanma biçimi, mağdur (örneğin küçük çocuk) ve hedef alınan vücut bölgesini göz önünde bulundurarak bir sonuca varmaktadır (Bkz. *Stree*, in: S/S, § 224 no.5).

⁴¹ *Krey*, BT/I, no. 247; *Lackner/Kühl*, § 224 no.5; *Lilie*, in: LK, § 224 no. 21; *Hilgendorf*, ZStW 2000, s. 812; *Tröndle/Fischer*, § 224 no. 9; *Rengier*, BT/II, § 14 no.6; *Maiwald/Schroeder/Maiwald*, BT/I, § 9 no. 13; *Hardtung*, MK, § 224 no. 19

⁴² *Lilie*, in: LK, § 224 no. 21; *Krey*, BT/I, no. 247; *Rengier*, BT/II, § 14 no.6; *Lackner/Kühl*, § 224 no.5; *Maiwald/Schroeder/Maiwald*, BT/I, § 9 no. 13; *Tröndle/Fischer*, § 224 no. 9; *Wessels/Hettinger*, BT/I, no. 262; *Hardtung*, MK, § 224 no. 19.

⁴³ *Lilie*, in: LK, § 224 no. 21; bu konuda verilebilecek diğer örnekler için bkz. *Hardtung*, in: MK, § 224 no. 20; *Schmidt/Priebe*, BT/I, s. 85

için saldırı ve savunmada kullanmak için üretilmiş olması zorunluluğu aramamış; “saldırı ve savunmada kullanılmasını” yeterli saymış; Yargıtay da, bu düzenlemeden hareketle, saldırı ve savunmada kullanmak amacıyla üretilmeyen, ancak “fiilen” bu amaçla kullanılan araçların da silah sayılacağı sonucuna ulaşmıştır⁴⁵. Aracın tehlikeliliği, somut olayda kullanılış biçimine göre de belirleneceğinden, genel olarak tehlike yaratmaya elverişli olmayan bir araç, uygun biçimde kullanıldığında silah niteliğine dönüşebileceği gibi⁴⁶; genel olarak tehlikeli sayılan bir araç, somut olayda tehlikesiz biçimde kullanılmış da olabilir⁴⁷. Aracın özel bir tehlike yaratmaya elverişli olması arandığı için, kanaatimizce de yanan sigaranın vücuda bastırılması durumunda etkili eylem suç silahla işlenmiş sayılmaz⁴⁸.

Kullanılan bir aracın silah sayılabilmesi bakımından suçla korunan hukuksal yarar üzerinde fiilen meydana getirmiş olduğu zarar veya tehlike değil, böyle bir tehlike meydana getirmeye genel olarak *elverişli olup olmadığı* ve *potansiyel* bir tehlike yaratıp yaratmadığı göz önünde bulundurulur⁴⁹. Bu bakımdan işlenmek istenen suçun niteliği, aracın türü, hangi maddeden meydana geldiği, kullanılış biçimi, vuruş şiddeti, hedef

⁴⁴ Öğretide, bu bakımdan belirli bir amaçla üretilmiş araçlar nasıl silah (tehlikeli araç) sayılıyorsa, aynı şekilde sonradan işlenen fiille belirli bir amaç elde eden araçların da bu nitelikte olduğu kabul edilmektedir (*Hardtung*, MK, § 224 no. 16)

⁴⁵ Bu bakımdan Yargıtay’ın, suçta kullanılan aracın silah sayılabilmesi için saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış olmasının gerekmediği; saldırı ve savunmada kullanılması ve aynı zamanda kesici, delici veya bereleyici olmasının yeterli olduğu yönündeki görüşü (Yar.CGK 12.4.1993, 4-87/8, *Yaşar*; Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 407, 1073) bize göre de yerindedir. Bununla birlikte anılan karar TCK m. 189’un yürürlükte olduğu döneme ait olduğu için, aracın aynı zamanda “kesici, delici veya bereleyici” olması zorunluluğu da kararda aranmıştır. Bugünkü durumda, kanaatimizce aracın böyle bir özelliğe sahip olması zorunlu değildir.

⁴⁶ Ancak bunun için bu aracın, belirli bir suçu işleme amacına yönelik olduğunun anlaşılabilir olması gerekir. Bu yüzden Almanya’da olası (gayri muayyen) kastla suçun işlendiği durumlarda, ağırlatıcı nedenin uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, etrafta bulunan bir taşı, yalnızca ne kadar uzağa atabileceğini görmek için fırlatan, fakat başkasına isabet ettiren kişi, etkili eylem suçunu silahla işlemiş sayılmaz (*Hardtung*, MK, § 224 no. 16).

⁴⁷ Makas genel olarak tehlikeli bir araç olmasına rağmen, söz gelimi mağdurun saçını kesmek için kullanılmış ise silah sayılmaz (*Kindhäuser*, BT/I, § 9 no. 11)

⁴⁸ *Lilie*, in: LK, § 224 no. 23

⁴⁹ Aracın “somut tehlike ortaya çıkarmaya elverişli olması”, Alman Hukukunda da kabul edilen görüştür (*Lackner/Kühl*, § 224 no. 5; *Maiwald/Schroeder/Maiwald*, BT/I, § 9 no. 13; *Rengier*, BT/II, § 14 no. 6; *Lilie*, in: LK, § 224 no.21; *Krey*, BT/I, § 3 no. 247; *Tröndle/Fischer*, § 224 no. 9; *Schmidt/Priebe*, BT/I, s. 85; karşı görüş *Horn*, in: SK § 224 no. 16).

alınan yer ve mağdurun özellikleri göz önünde bulundurularak böyle bir tehlike yaratmaya genel olarak elverişli olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu nedenle söz gelimi ucu sivri bir kalem belki birisine vurmak amacıyla kullanıldığında tehlikeli değildir; ancak aynı araç, göze batırmak için kullanıldığında oldukça tehlikeli olabilir⁵⁰. Yine örneğin oyuncak tabanca veya boş tabanca da, işlenen suçun niteliğine ve somut olayda kullanım biçimine bağlı olarak silah sayılabilir. Bu bağlamda mağduru korkutmaya elverişli olması nedeniyle gerçek bir silah görüntüsü uyandıran oyuncak tabanca ile tehdit suçunun işlenmesi durumunda ağırlatıcı nedenin uygulanması gerekir⁵¹. Somut olayda kullanma biçimine göre önemli yaralanmaya yol açmaya elverişli her türlü aracı silah olarak kabul ettiğimiz ve bu nedenle de aracın üretiliş amacı doğrultusunda kullanılmış olmasını aramadığımız için, Yargıtay'ın, aracın "kullanış biçimini"nin somut olayda ortaya çıkarabileceği tehlike göz önünde bulundurmayarak, *tabanca kabzası* veya *kızdırılmış demir olarak kullanılan bıçağın* silah sayılmayacağı yönündeki görüşüne⁵² katılmıyoruz. Yine Yargıtay'ın somut olayın özelliklerini ve aracın kullanım biçimini göz önünde bulundurmaksızın, oyuncak tabancanın objektif olarak tehdit suçunu işlemeye elverişli olduğu, ancak söz konusu aracın etkili eylem suçu bakımından ağırlatıcı neden sayılamayacağı yönündeki görüşü de⁵³ bize göre yerinde değildir.

Bu açıklamalar ışığında Yargıtay uygulamasını değerlendirdiğimizde, Yargıtay'ın, *levye demirini*⁵⁴, *penseyi*⁵⁵, *keseri*⁵⁶, *jileti*⁵⁷, *kilo aletini*⁵⁸,

⁵⁰ *Wessels/Hettinger*, BT/I, § 5 no. 275-276

⁵¹ Benzer yönde *Erman*, in: E/Ö, no. 136. Almanya'da da öğretide, mekanizması bozuk bir tabancanın, bir çekiç gibi kullanılması durumunda suçun silahla işlenmiş sayılacağı kabul edilmekte (*Hardtung*, in: MK § 224 no. 21; *Paeffgen*, in: NK, § 224 no. 12); daha da ileri giderek, ateşli bir silahla yapılan tehditin mağduru şoka sokmuş olması durumunda (akli melekelerde karışıklık, TCK m. 456), etkili eylemin silahla işlenmiş sayılacağı sonucuna varılmaktadır (*Hardtung*, in: MK § 224 no. 21; farklı yönde *Stree*, in: S/S, § 224 no. 3; *Wessels/Hettinger*, BT/I § 5 no. 273, yazarlara göre, bu tür bir silahın suçun işlenmesinde tehlikeli araç olarak kullanılmış olması da gerekir. Bu yüzden bir insanın sırtına tabanca kabzası ile basit biçimde vurulması durumunda suç silahla işlenmiş sayılmaz). Ancak görüldüğü gibi, tabancanın kabzasının kullanılması durumunda bir ayırıma gidilmekte ve somut olaydaki kullanım biçiminin, suçla korunan hukuksal yarar üzerinde özel bir tehlike yaratması durumunda suçun silahla işlenmiş sayılacağı kabul edilmektedir.

⁵² Yar. CGK 14.1.1985 2-393/5, YKD Mayıs 1985, s. 720; Yar. 2.CD 27.9.1990 9249/9630, YKD Haziran 1990, s. 21

⁵³ Yar. 4.CD 21.6.1991 2956/4226, YKD Ekim 1991, s. 1584

⁵⁴ Yar.CGK 12.4.1993, 4-87/8, *Yaşar*, s. 407

⁵⁵ Yar.4. CD, 15.4.1981, 2228/2291, YKD Kasım 1981, s. 1496

kazmayı⁵⁹, tornavidayı⁶⁰, tırnak makası bıçağını⁶¹, baltayı⁶², tüp anahtarını⁶³, muştayı⁶⁴, küreğin demir kısmını⁶⁵ silah olarak nitelendirdiğini; buna karşılık tabanca kabzası⁶⁶, şemsiye⁶⁷, piknik tüpü⁶⁸, yemek çatalı⁶⁹, önceden kırılmak suretiyle savunma ve saldırıda kullanılabilir hale getirilmeyen çay bardağı⁷⁰ veya şişenin⁷¹, ucu sivriltilmemiş veya bir biçimde saldırı ve savunmaya elverişli bir hale getirilmemiş olan niteliksiz demir çubuk⁷², demir boru⁷³, tel zımba⁷⁴, ağaçtan yapılmış okey ıstakasının⁷⁵ silah sayılamayacağı sonucuna ulaştığını görmekteyiz. Söz konusu araçların, somut olaydaki kullanış biçiminin suçla korunan hukuksal yarar üzerinde özel bir tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığını Yargıtay kararlarından anlamak mümkün olmadığı için bu kararlarda ileri sürülen görüşün yerindeliği bakımından bir değerlendirme yapmaya olanak bulunmamaktadır.

⁵⁶ Yar. 2CD 8.2.1999 12323/856, *Yaşar*, s. 407; Yar. 2CD 22.12.1992, 12484/13263, *Yaşar*, s. 408

⁵⁷ Yar. 2CD 1.10.1988 6539/11438, *Yaşar*, s. 407

⁵⁸ Yar. 2CD 28.4.1993 4403/5319, *Yaşar*, s. 408

⁵⁹ Yar. 4CD 5.5.1993 2765/3731, *Yaşar*, s. 408

⁶⁰ Yar. 2CD 4.3.1993 1942/2810, *Yaşar*, s. 408

⁶¹ Yar. 2CD 17.12.1992 12243/13048, *Yaşar*, s. 408

⁶² Yar. 4CD 8.12.1992 7079/7674, *Yaşar*, s. 408

⁶³ Yar. 2CD 27.5.1992 5369/6946, *Yaşar*, s. 408

⁶⁴ Yar. 2CD 20.4.1992 3824/4642, *Yaşar*, s. 408

⁶⁵ Yar. 2CD 28.4.1999 2185/5458, *Yaşar*, s. 1073; Yar. 2CD 12.5.1999 2815/6375, *Yaşar*, s. 1074

⁶⁶ Yar. 2CD 12.5.1999, 2816/6373, *Yaşar*, s. 407; Yar. 8CD 16.6.1992 6683/7849, *Yaşar*, s. 408

⁶⁷ Yar. 10CD 17.3.1997 3295/3358, *Yaşar*, s. 407; Yar. 2CD 11.5.1993 5014/5911, *Yaşar*, s. 408

⁶⁸ Yar. 4CD 6.4.1993 1440/2670, *Yaşar*, s. 408

⁶⁹ Yar. 2CD 23.2.1993 1560/2232, *Yaşar*, s. 408

⁷⁰ Yar. 2CD 19.1.1993, 13244/341, *Yaşar*, s. 408. Benzer yönde yar. 4CD 25.3.1987 1852/3032: "...Sanığın çay bardağını önceden kırıp kesici hale getirmeden, doğrudan müştekinin yüzüne vurduğu anlaşılacakla olayda kullanılan bardak TCK. nun 189. maddesinde yazılı silahlardan sayılmaz"

⁷¹ Yar. 2.CD 26.11.1981, 7421/7708. Öyle ki Yargıtay'a göre, şişenin, bizzat fail tarafından kırılıp saldırı ve savunmaya elverişli hale getirilmiş olmasına da gerek yoktur: "Suçta kullanılan şişe, sanık tarafından kırılıp silah haline getirilmemiş olsa bile, şişenin kırık olduğu bilinenek kullanılmış olması itibarıyla TCK.nun 189. maddesine göre silahtan sayılır" (Yar. 4.CD 28.1.1988, 10199/434)

⁷² Yar. 2CD 4.6.1992 5524/6313, *Yaşar*, s. 408; ayrıca bkz. Yar. 2CD 12.5.1999 2372/6338, *Yaşar*, s. 1074

⁷³ Yar. 4CD 15.3.1999 674/2106, *Yaşar*, s. 1074; Yar. 4CD 5.4.1988, 2005/2446

⁷⁴ Yar. 2CD 16.6.1999 5334/8594, *Yaşar*, s. 1074

⁷⁵ Yar. 4.CD 11.3.1988 1464/1954

Bununla birlikte Yargıtay'ın hangi ölçüden hareketle söz gelimi “*demir boru*”yu silah saymadığı halde, “*tırnak makası bıçağı*”nı silah saydığı kararlardan açıkça anlaşılamamaktadır.

Ceza Kanunumuzda genellikle suçun silahla “*işlenmesi*”, bazı suçlarda ise yalnızca “*silahlı olmayı*” ağırlatıcı neden sayılmaktadır. Bu anlamda suçun silahla “*işlendiğinden*” söz edilebilmesi için, bunun işlenmek istenen suçta tipik netinin gerçekleşmesi bakımından nedensellik değeri taşınması gerekir⁷⁶. Başka bir anlatımla suçun silahla “*işlenmesi*”, suçun işlenmesi sırasında ve bunu gerçekleştirmek için kullanılması anlamına gelmektedir⁷⁷. Nitekim Yargıtay, yalnızca silahla eve girmenin, silah eve girmek için kullanılmadığı sürece konut dokunulmazlığını ihlal suçunda ağırlatıcı neden oluşturmayacağını belirtmiştir⁷⁸. Yine Yargıtay’a göre, failin, tehdit niteliğindeki sözleri söylediği sırada kazmayı kuyu kazmak için elinde bulundurması durumunda ağırlatıcı neden uygulanmaz⁷⁹. Yargıtay’ın her iki kararına da konu olan olayda, silah, neticenin gerçekleşmesi bakımından nedensellik değeri taşımadığı için, kararda varılan sonucun isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

Buna karşılık silahın “*bulundurulması*”, işlenmek istenen suçun teşebbüs aşamasından başlayarak, suçun tamamlanması aşamasına kadar geçen sürede herhangi bir zaman içinde olay yerinde bulunan fail ve suç ortaklarından en azından birisinin üzerinde mevcut olması anlamına gelmektedir⁸⁰. Silahın elde veya vücutta taşınmış olmasına gerek yoktur; fiilin işlendiği sırada özel bir çaba gösterilmeden her an zaman başvurulabilecek ve kullanılabilecek olması yeterlidir⁸¹.

Sonuç olarak TCK m. 189 yürürlükten kaldırıldığına göre, gerek suçun ögesi ve gerekse ağırlatıcı nedeni olarak “*silah*”ın kullanılması veya bulundurulmasından söz eden suçlar bakımından artık, söz konusu hükümden yararlanma olanağı kalmamıştır. Bugünkü durumda, yapısına veya somut olayda kullanılış biçimine göre suçla korunan hukuksal yarar üzerinde önemli tehlike yaratmaya elverişli, insan bedeni üzerinde

⁷⁶ *Hardtung*, in: MK, § 224 no. 21

⁷⁷ *Tezcan/Erdem*, s. 23. Buna karşılık *Artuk*, suçun işlenmesi sırasında mağduru etkileyecek biçimde silahın devreye sokulmasını yeterli saymaktadır. Yazara göre silahın suçun işlenmesinde fiilen kullanılmış olmasına gerek yoktur (*Artuk*, Elbir Armağanı, s. 70). Ancak yazarın bu görüşünü, tehdit suçu bakımından ortaya koyduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

⁷⁸ Yar. CGK 5.2.1990 4-368/11, YKD Mayıs 1990, s. 773

⁷⁹ Yar. 4.CD 24.5.1995 2982/3646, YKD Eylül 1995, s. 1840

⁸⁰ *Lackner/Kühl*, § 244 no. 2; *Eser*, in: S/S, § 244 no. 6

⁸¹ *Lackner/Kühl*, § 244 no. 2; *Eser*, in: S/S, § 244 no. 6; *Kindhäuser*, BT/II (Straftaten gegen Vermögensrechte), § 4 no. 15

mekanik, kimyasal ve termik etki doğuran insan bedeni dışındaki her türlü taşınabilir aracın silah sayılması gerektiği söylenebilir.

KISALTMALAR

Bkz.	: bakınız
BT	: Besonderer Teil
C	: cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CK	: Ceza Kanunu
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JuS	: Juristische Schulung
LK	: Leipziger Kommentar
m.	: madde
MK	: Münchner Kommentar
NK	: Nomos Kommentar
No.	: numara
SK	: Systematischer Kommentar
S/S	: Schönke/Schröder
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Yar.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
vd.	: ve devamı
ZStW	: Zeitschrift für gesamte Rechtswissenschaft

BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE OLARAK REKABET KURUMU

Av. K. Eren GÖNEN⁸²

ÖZET

İlk olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ortaya çıkan ve kamusal yaşamın duyarlı alanlarında faaliyet gösteren Bağımsız İdari Otoriteler (BİO), gerek işlevleri gerekse yapısal özellikleri nedeniyle, özellikle üniter sistemlerin klasik idari yapılanmasından oldukça farklı bir nitelik arz etmektedirler. Hem organik hem de işlevsel anlamda bağımsızlıkları ve düzenleme, denetleme, yönlendirme faaliyetlerini içeren regülasyon işlevleri ile BİO'lar, klasik idari kurumlardan ayrılmaktadırlar.

Son yıllarda ülkemizde de idari yapılanma içinde BİO'lara giderek daha fazla yer verildiği görülmektedir. Bu çerçevede, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisi olarak teşkil edilmiş olan Rekabet Kurumu da, gerek işlevi gerekse organik ve işlevsel anlamda bağımsızlığı ile gerçek bir BİO niteliğindedir.

Bu çalışmada, Rekabet Kurumu'nun Türk idare sistemi içindeki yeri, Anayasal konumu ve yapısı incelenmiş; bağımsız idari otorite niteliği kapsamlı olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelime

Rekabet, Rekabet Kurumu, Bağımsız İdari Otorite

SUMMARY

Firstly appeared in Anglo-American legal systems and operated in the sensitive fields of public life, Independent Administrative Authorities (IAA), because of their both functions and structural features, have been different from the classical administrative structure of central state authorities. The IAAs have been diversified from the ordinary

administrative institutions by their independency, in terms of both organic and functional, and regulatory functions including regulating, monitoring and guiding.

In recent years, IA As have been increasingly applied in the administrative structure of Turkey. In this context, in accordance with the provisions of the Act on the Protection of Competition No. 4054, the Competition Authority, having administrative and financial autonomy, has been a real IAA due to its both utilities and independency in organic and functional means.

Main aim of this study is to examine comprehensively the situation and structure of the Competition Authority in Turkey's administrative and constitutional system and its features as an IAA.

GİRİŞ

Mal ve hizmet piyasalarında serbest rekabet ortamının tesisi ve korunması, piyasa ekonomisinin vazgeçilmez unsurlarındandır. Özellikle

1980’li yılların başlarından itibaren piyasa ekonomisi modelinin uygulanmakta olduğu ÷lkemizde, Anayasa’nın ‘Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi’ başlıklı 167.maddesinin ilk fıkrası ile Devlet’e, “*Para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almak; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek*” görevi yüklenmiştir.

Esasen, mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunmasına yönelik yasal bir zemin oluşturulması ve serbest rekabet ortamının tesisini sağlayacak tedbirlerin alınması, bu Anayasal zorunluluğun yanısıra, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne üyelik hedefinin de doğal ve zorunlu bir neticesidir. Zira, Avrupa Birliği’ne üyelik amacıyla yürütölen ilişkilere temel teşkil eden uluslararası belgelerin tümünde⁸³, Türkiye, AB normlarına uygun bir rekabet mevzuatı oluşturacağını taahhüt etmiştir⁸⁴.

Bir yandan yukarıda belirtilen Anayasal zorunluluk ve uluslararası belgelerde yer alan taahhütler, diğeryandan da piyasa ekonomisinin gerekleri, Türkiye’nin serbest rekabet ortamının oluşturulmasını ve korunmasını sağlayacak yasal düzenlemeleri benimsemesi zorunluluğuyve ihtiyacını doğurmuştur. Bu amaçla öngörölen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

“Mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak” amacını taşıyan söz konusu Kanun’un 20.maddesi ile, *“mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkölünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere”*

⁸³ Bu belgelerden ilki, 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanarak 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe giren Ankara Antlaşması’dır. İkinci belge ise, bu Antlaşma’nın 4.maddesinde belirtilen geçiş döneminin gerçekleşme şartlarını ve usullerini belirleyen ve Ortaklık Konseyi’nin 19 Kasım 1970 tarihli toplantısında kabul edilerek 1 Ocak 1973 tarihinde bütünüyle yürürlüğe giren Katma Protokol’dür. Belirtilen bu temel belgelerden sonuncusu, 1995 yılında imzalanan ve taraflar arasında gümrük birliğini tesisi eden 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararıdır.

⁸⁴ SANLI, K. C., Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörölen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s.19-20.

de **kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip** Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.

Gerek yapısal anlamda, gerekse işlevsel anlamda kendisine bağımsızlık ve özerklik tanınan Rekabet Kurumu, bu nitelikleriyle, özellikle son yıllarda Türk idare sistemi içinde yeni bir yapılanma şekli olarak ortaya çıkan “bağımsız idari otorite”⁸⁵ kavramı içinde değerlendirilmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle, Rekabet Kurumu’nun Anayasal konumu ve Devlet teşkilatı içindeki yeri incelenmeye çalışılacak; ardından, fonksiyonel ve organik anlamda “bağımsız idari otorite” niteliği irdelenecektir. Son olarak da, Kurum’un yapısı ve görevleri ele alınmaya çalışılacaktır.

I. REKABET KURUMU’NUN TÜRK İDARE SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ

Türk Hukukuna Batılı hukuk sistemlerinden ithal edilen “bağımsız idari otorite” kavramı ve BİO olarak adlandırılan kurumlar, ülkemizde ortaya çıktıkları günden bu yana doktrinde ve kamuoyunda çeşitli açılardan tartışmalara konu edilmiştir. Klasik idari yapılanmanın dışında yeni bir tür idari kategori oluşturduğu iddia edilen BİO’lar, özellikle Anayasal konumları ve idare sistemi içindeki yerleri itibariyle dikkat çekmektedirler. Ancak, BİO’ların -ve esas itibariyle bu çalışmanın konusunu oluşturan Rekabet Kurumu’nun- Türk idare sistemi içindeki yerinden önce, genel olarak “bağımsız idari otorite” kavramı üzerinde kısaca durmakta fayda mülahaza edilmektedir.

A. Genel Olarak

İlk olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ortaya çıkan ve 70’li yıllardan itibaren Kara Avrupası ülkelerinde de yaygınlaşmaya başlayan⁸⁶ BİO’ların en önemli iki özelliği, bağımsız olmaları ve regülasyon işlevi görmeleridir. BİO’lara ilişkin bu iki temel özellik, bu çalışmanın ileriki bölümlerinde kapsamlı biçimde ele alınacaktır.

⁸⁵ Doktrinde ve kamuoyunda “üst kurullar”, “bağımsız kurullar”, “regülasyon kurumları” gibi isimlerle de anılan bu kurumlar için bu çalışmada “bağımsız idari otorite” kavramı esas alınacaktır.

⁸⁶ AZRAK, Ü., “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 5 Kasım 2001, s. 19 vd.; **bkz.** ALAN, N., Panel, Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 15-16 Mart 2001, s. 131.

ABD’de *Independent Regulatory Agencies* olarak adlandırılan bu kurumların, Amerikan federal sisteminde hizmet yönünden federalizmi temsil ettiği ve esas itibariyle Kongre’nin Başkan’a olan güvensizliği nedeniyle ortaya çıktığı iddia edilmiştir⁸⁷. ABD’de BİO niteliğindeki ilk kuruluşun 1889 tarihinde oluşturulan Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu olduğu bilinmektedir⁸⁸. 20.yüzyılın başlarında ABD’de sayıları oldukça artan bu kuruluşlarla aralarında belirgin farklılıklar olmakla birlikte, aynı yüzyılın ikinci yarısında İngiltere’de kurulmaya başlanan ve *QANGOS* (veya *QUANGOS* = *Quasi Autonomous Non Governmental Organisations*) olarak adlandırılan kuruluşların Avrupa’da ortaya çıkan ilk BİO’lar olduğu söylenebilir⁸⁹. 1970’li yıllardan itibaren, başta Fransa olmak üzere, BİO’lar Kara Avrupası hukuk sistemlerinde de yaygınlaşmaya başlamıştır.

BİO’ların varoluş sebebi, “*kanun koyucunun kendini, yurttaşlara tarafsızlık garantileri vermek veya haklarının özel bir korunmasını sağlamak zorunda saydığı, sosyal hayatın bazı duyarlı alanlarında karar yetkisini siyasi otoritenin elinden almak*” olarak gösterilmiştir⁹⁰.

Ülkemizde de, özellikle 1990’lı yılların başlarından itibaren Devlet teşkilatı içinde BİO’lara yer verilmektedir. Türkiye’de BİO niteliğindeki en eski kuruluşun 21.12.1959 tarihli bir yasayla kurulmuş olan Sigorta Murakabe Kurulu olduğu ifade edilse⁹¹ de, bugün “bağımsız idari otorite” kavramının temel ölçütlerinin, esas itibariyle, Sermaye Piyasası Kurulu, Radyo Televizyon Üst Kurulu, Rekabet Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Şeker Piyasası Kurumu ile Tütün Kurumu olarak adlandırılan kurumda belirginleştiği söylenebilir.

⁸⁷ ULUSOY, A., Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003, s. 5.

⁸⁸ Bazı yazarlar tarafından Devletlerarası Ticaret Komisyonu olarak adlandırılmış olmakla birlikte, orijinal adı *Interstate Commerce Commission* olan bu Kurum’un adında geçen “*interstate commerce*” ifadesi ile, esasen, ABD bünyesindeki eyaletler arasındaki ticaret işaret edilmektedir. Aksi görüş için bkz. AZRAK, Ü., s. 19.

⁸⁹ ATAY, E. E., “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar):Rekabet Konseyi”, Perşembe Konferansları, S.6, Ankara Mart 2000 (2000a), s.55.; AZRAK, Ü., s.20.; PAULIAT, H., “Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler”, Çev. Mahmut Göçer, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul 1998, s. 8-9.

⁹⁰ THERY, J. F., “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, Çev. Mahmut Göçer, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul 1998, s. 163.

⁹¹ AZRAK, Ü., s.22.

Ancak, teknolojinin de yardımıyla çok hızlı gelişen, gittikçe karmaşıklaşan ve özel uzmanlık gerektiren iletişim, enerji, bankacılık ve finans sektörleri gibi alanların siyasi iktidarların ve ekonomik güç odaklarının baskı ve etkilerinden uzak, bağımsız olarak ve güvence altında işleyişlerini sağlamak ihtiyacından doğan⁹² “bağımsız idari otorite” şeklindeki yapılanmanın Anayasal konumu ve dayanağı doktrinde tartışılmaktadır.

B. Rekabet Kurumu’nun Anayasal Konumu

Yukarıda da belirtildiği gibi, Anglo-Amerikan kaynaklı olan ve federal devlet yapısının bir gereği olarak ortaya çıkmış olan BİO’ların bir tür “*hizmet yönünden federalizm*” işlevi gördükleri söylenebilir⁹³. Federal sistemin kendi özelliklerinden ve ihtiyaçlarından doğmuş olan bu yapının, üniter sistemlerde hiç değiştirilmeden, aynen benimsenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, bu kurumlar Fransız idari yapılanması içine monte edilirken, üniter yapıya ve idari rejim sistemine adapte edilmeleri gerekmiş ve Yürütme erkine dahil, tüzel kişilikleri olmayan, bağımsız, özerk, kendine özgü kuruluşlar olarak Devlet teşkilatı içinde yerlerini almışlardır.

Ülkemizde ise, BİO’ların, esas itibarıyla, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak teşkil edilmeleri cihetine gidilmiştir. Gerçekten, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 20.maddesinde, “*kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip*” Rekabet Kurumu’nun teşkil edildiği hükme bağlanmıştır.

Kanun’da belirtilen bu niteliği ve soruşturmalarda uyguladığı yargı benzeri usuller nedeniyle Rekabet Kurumu’nun Anayasal konumu hakkında farklı fikirler ileri sürülmüş; hatta, Devlet erklerinden hangisine dahil olduğu hususu dahi tartışma konusu yapılmıştır.

Bu noktada, öncelikle, Rekabet Kurumu’nun organik anlamda yürütme erkine dahil edildiğinin şüpheye yer olmayacak kadar açık olduğunu; 4054 sayılı Kanun’da öngörülen önaraştırma ve soruşturmalarda izlenecek prosedürün çağdaş bir idari usul getirmekten başka bir amaca hizmet ettiğinin söylenmesinin mümkün olmayacağını ve Rekabet Kurumu’nun, Türk hukukuna uygun olmayacak şekilde ve zorlamayla “yarı-yargısal kurum” ya da “geniş anlamda yargı organı” şeklinde tanımlanmasının mümkün olmadığını belirtmek gerekir. İdari ve mali açıdan özerkliğe sahip olmasına karşın Rekabet Kurumu, Türk

⁹² ALAN, N., s.131.

⁹³ ULUSOY, A., 2003, s. 130.

Devlet yapılanması içinde yürütme erkine dahildir ve *idare cihazının* bir parçasıdır⁹⁴.

Bununla birlikte, gerek Rekabet Kurumu'nun gerekse diğer BİO'ların Anayasal dayanakları ve Türkiye Cumhuriyeti idari teşkilatı içindeki konumları doktrinde tartışılmaktadır.

İdari sistemimizin belirgin verileri ve genel ilkeleri karşısında Türkiye yönetiminde BİO'lardan söz etmeyi "*fantezist*" bir girişim olarak nitelendiren⁹⁵ DURAN, Anayasa'nın 123.maddesi uyarınca, İdare'nin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığını ve kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kamu tüzel kişiliği kurulabileceğini belirterek, Türkiye'de, Devlet idaresi, mahalli idareler ve kamu kurumları olmak üzere üç tür teşkilat olabileceğini; Anayasa'nın, Türkiye idaresinde bu üç tür teşkilattan başka bir örgüt biçimine olanak vermediğini ifade etmiş ve BİO'ların, merkezi idare dışında kalan ve özerk ya da bağımsız kuruluş niteliği taşıyan kamu kurumları olarak kabul edilmeleri gerektiğini ileri sürmüştür⁹⁶.

GÜNDAY, tamamen farklı bir yaklaşımla, "bağımsız idari otorite" kavramının Anayasal bir dayanağı bulunmadığını ve BİO'ların aslında bir tür hizmet yerinden yönetim kuruluşundan başka bir şey olmadığını belirtmiştir⁹⁷. Aynı doğrultuda, Anayasa'da açık bir hüküm bulunmamasına karşın, bu tür kuruluşların, hizmet bakımından yerinden yönetim idaresi olarak kabul edilmelerini zorlaştıran bir hukuki sebebin de bulunmadığı ileri sürülmüştür⁹⁸.

TAN ise, aksine, BİO'ların işlevleri ve yasadaki düzenlemeleri göz önüne alındığında, bunların belirli bir kamu hizmetini görmek üzere kurulmadıklarını ve bu nedenle hizmet bakımından yerinden yönetim idaresi olarak kabul edilemeyeceklerini belirterek, Anayasamız uyarınca idarenin, merkezi idare, mahalli idareler ve kamu kurumları olmak üzere üç koldan örgütlendiğini; bu bağlamda, BİO'ların kamu kurumları

⁹⁴ GÖNEN, K. E., Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2003, s. 129; ULUSOY, A., "Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", Perşembe Konferansları, S.2, Ankara 1999, s. 8.

⁹⁵ DURAN, L., "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", Amme İdaresi Dergisi, C.30, S.1, Mart 1997, s.3-10.

⁹⁶ DURAN, L., "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul 1998, s.28.; aynı doğrultuda bkz. AZRAK, Ü., s. 23.

⁹⁷ GÜNDAY, M., Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 5 Mart 1999, s. 61.

⁹⁸ YILDIRIM, T., "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay yayını, Ankara 2000, s. 205.

olduklarını ve dayanaklarını Anayasa md.123/III hükmünde bulduklarını ifade etmiştir⁹⁹.

Doktrinde, BİO'ların hukukumuzda varlığının Anayasal bir dayanağının bulunmadığı, bunların hukuk sistemimizde gerçek anlamda yer alabilmesi için Anayasa'da bir değişikliğin yapılmasının zorunlu olduğu da iddia edilmiştir¹⁰⁰.

Kanımızca, Türk İdare sisteminin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığına ilişkin Anayasa md.123/II hükmü karşısında, merkezi yönetim kuruluşları arasında yer almadığı tartışmasız olan Rekabet Kurumu'nun -ve bu bağlamda aynı durumdaki diğer BİO'ların- idari yapımız içinde bir yerinden yönetim kuruluşu olduğu ve esasen yerinden yönetim kuruluşlarının tüm esaslı özelliklerini de taşıdığı açıktır.

Burada, yerel yönetim kuruluşları arasında sayılamayacak olan BİO'lar ve bu çerçevede Rekabet Kurumu bakımından üzerinde durulması gereken asıl nokta, bunların bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak mı kabul edileceği, yoksa yerinden yönetim kuruluşları içinde oluşturulacak üçüncü bir kategoriye mi sokulacağı meselesidir. ULUSOY, BİO'ların, yerinden yönetim kuruluşları arasında üçüncü ve ayrı bir kategori olarak sınıflandırılmaları gerektiği görüşündedir¹⁰¹.

Kanımızca, BİO'ların hizmet bakımından yerinden yönetim idaresi olarak kabul edilmelerini zorlaştıran bir hukuki sebep bulunmamakla birlikte, yerinden yönetim müessesesinin yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları olarak mutlaka ikiye ayrılmasını gerektiren bir Anayasal zorunluluk bulunmadığına göre, BİO'ların yerinden yönetim kuruluşları içinde ayrı bir kategori olarak sınıflandırılmasına ilişkin görüş ağırlık kazanmaktadır. Ancak bunun için, Anayasa'da bu yönde bir değişiklik gerektiği de aşıkardır.

II. REKABET KURUMU'NUN “BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE” NİTELİĞİ

⁹⁹ TAN, T., “Bağımsız İdari Otoriteler”, Perşembe Konferansları, S.4, Ankara Ocak 2000, s. 14.

¹⁰⁰ ÖZTÜRK, E., Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumu'nun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s.18.; aynı doğrultuda bkz. ASLAN, Z. – BERK, K., Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi, İstanbul 2000, s. 69-70; ATAY, E. E., Fransız Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 2000 (2000b), s.448; ERKUT, C., Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 5 Kasım 2001, s. 83.

¹⁰¹ ULUSOY, A., 2003, s. 139.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ilk olarak Federal sistemin geçerli olduğu ABD’de ortaya çıkan BİO’ların, İngiltere’de gerek yapısal anlamda gerekse çalışma usulleri bakımından ABD’deki benzerlerinden oldukça farklı şekillerde oluşturulduğu bilinmektedir. Esasen, İngiltere’de BİO’ların belirli bir veya birkaç tipe indirgenmesinin dahi mümkün olmadığı, bunların birbirlerinden belirgin biçimde ayrıldıkları da ifade edilmiştir¹⁰².

Kara Avrupası ülkelerinde ve özellikle üniter sistemin geçerli olduğu Fransa’da da BİO’lar, hem yapısal hem işlevsel anlamda büyük bir değişim geçirerek üniter sisteme adapte edilmişlerdir. BİO’ların, İdari yapılanma olarak Fransız hukukunu esas alan ülkemizde ortaya çıkışlarında da bazı değişikliklere uğradığı bilinmektedir. Örneğin, Fransa’da tüzel kişilikleri bulunmamasına¹⁰³ karşın, Türkiye’de bugüne kadar kurulan BİO’ların hemen hemen tamamına tüzel kişilik tanınmıştır.

Görüldüğü gibi, tek bir BİO modelinden söz etmek mümkün değildir. BİO’ların yapısal özellikleri, çalışma usulleri ve bunlara ilişkin diğer hususlar ortaya çıktıkları ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal sistemine göre şekillenmekte ve BİO’lar hemen her ülkede farklı biçimler almaktadırlar¹⁰⁴. Bununla birlikte, BİO’lara ilişkin bazı temel özelliklerin varlığından da söz etmek mümkündür.

Ülkemizde ortaya çıktıkları günden itibaren çeşitli açılardan incelemelere konu olan BİO’ların temel özellikleri doktrinde genellikle birbirine benzer şekilde ortaya konulmuştur. Bunların, esas itibarıyla, düzenleyici, denetleyici ve yol gösterici işlevlerinin bulunduğu, denetim faaliyeti neticesinde yaptırım uygulama yetkilerine sahip oldukları, idari ve işlevsel açıdan bağımsız ve tarafsız oldukları belirtilmiş¹⁰⁵ ve hatta bu niteliklerinden ötürü “hizmet kolluğu ya da özel idari kolluk” oldukları¹⁰⁶ ya da bir çeşit “ekonomi kolluğu” işlevi gördükleri¹⁰⁷ dahi ileri sürülmüştür.

BİO’larla ilgili tüm bu değerlendirmelerin birleştiği noktada, bunların düzenleme, denetleme ve yönlendirme işlevlerini işaret etmek üzere “regülasyon” kavramı ortaya çıkmakta; ayrıca, hem işlevsel hem de

¹⁰² AZRAK, Ü., s. 20.

¹⁰³ ATAY, E. E., 2000a, s.59; MORANGE, J., “Fransa’da Bağımsız İdari Otoriteler”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul 1998, s.18 vd.

¹⁰⁴ PAULIAT, H., s. 9.

¹⁰⁵ AZRAK, Ü., s. 22; DURAN, L., 1998, s. 25; ERKUT, C., s. 84; GÖZÜBÜYÜK, Ş. – TAN, T., İdare Hukuku, C.1, Ankara 1998, s. 288.

¹⁰⁶ GÜNDAY, M., s. 61.

¹⁰⁷ AZRAK, Ü., s. 26.

organik anlamda bağımsız olma nitelikleri vurgulanmaktadır. Bu nedenle, BİO'ların temel özelliklerinin, bağımsız olmaları ve regülasyon işlevi görmeleri olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, BİO'ların *bağımsız olma* ve *regülasyon işlevi görme* özelliklerinin her ikisini birden taşımaları gerekmektedir¹⁰⁸. Bu itibarla, çalışmanın bu bölümünde, Rekabet Kurumu'nun “bağımsız idari otorite” niteliği bu iki temel özellik çerçevesinde ele alınacaktır.

A. Regülasyon İşlevi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, BİO'ların temel özellikleri, yani bunları diğer kamu kurum ve kuruluşlarından ayıran belirgin yönleri, bağımsız olmaları ve regülasyon işlevi görmeleridir. Öyleyse, Rekabet Kurumu'nun bağımsız idari otorite niteliği ele alınırken, öncelikle, hukukumuzda yabancı olan ve Türkçe'de de terim olarak tam bir karşılığı bulunmayan regülasyon kavramı üzerinde durulması, ardından Kurum'un regülasyon işlevinin irdelenmesi, konunun genel hatlarıyla ortaya konulabilmesi bakımından önem taşımaktadır.

1. “Regülasyon” kavramı

İlk olarak ABD'de 80'li yılların başından itibaren ortaya atılmış olan “regülasyon” kavramı, ülkemizde bazı yazarlar tarafından “düzenleme” faaliyeti olarak tek bir boyutuyla¹⁰⁹, bazıları tarafından da “düzenleme ve denetleme” faaliyeti olarak kapsadığı iki boyutuyla¹¹⁰ algılanmıştır. Oysa, günümüz uygulamasında genellikle Devletten bağımsız kamusal kurumlarca yürütülen regülasyon işlevinin *düzenleme*, *denetleme* ve *yönlendirme* olmak üzere üç boyutu bulunmaktadır. Başka bir deyişle, “regülasyon” kavramı, düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetlerini kapsayan bir anlam taşımaktadır¹¹¹.

Belirli bir faaliyete ilişkin olarak kuralların saptanması, o faaliyet alanındaki aktörlerin belirlenen kurallara uymalarının sağlanması ve o faaliyet alanına ilişkin olarak kamu ve özel sektöre ait tüm unsurları bilgilendirmek ve yönlendirmek suretiyle rekabetçi bir ortamın yaratılması amacıyla yol gösterilmesi faaliyetlerinin bütünü kapsayan regülasyon işlevinin, içerdiği bu üç boyutlu faaliyet nedeniyle klasik idari yapılanma çerçevesinde yürütülmesinin güç olduğu düşüncesi, regüle edilmesi ihtiyacı duyulan alanlarda bu klasik yapılanmanın dışında, BİO adı verilen kamu kurumlarının oluşturulmasını gerektirmiştir.

¹⁰⁸ ULUSOY, A., 2003, s. 15.

¹⁰⁹ EMEK, U., Panel, Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 15-16 Mart 2001, s. 51.

¹¹⁰ ALAN, N., s. 131-132.

¹¹¹ ULUSOY, A., 2003, s. 21 vd.

Bu itibarla, bağımsız idari otoritelerin ayırt edici özelliğinin ve asıl misyonunun regülasyon işlevi görmek olduğu söylenebilir¹¹². Bağımsızlık ise, esasında, bu asıl işlevin gerektiği gibi yerine getirilmesini sağlayan bir tamamlayıcı unsur olarak belirginleşmektedir.

Regülasyon işlevinin “düzenleme” boyutu, yukarıda da belirtildiği gibi, faaliyet alanına ilişkin kuralları belirleme yetki ve görevini kapsamaktadır. Hiç kuşkusuz, burada sözü edilen *kural koyma* yetkisi, tali nitelikte bir yetki olup yasama organınca çerçevesi çizilen alan dahilinde kullanılabilir. Ancak, BİO’lar bakımından bu alanın sınırlarının mümkün olduğunca geniş tutulduğunu belirtmek gerekir. Öyle ki, bazı yazarlar tarafından BİO’ların adeta genel ve asli bir düzenleme yetkilerinin bulunduğu ileri sürülmüş¹¹³ ve hatta, bu yetkilerin Anayasa’nın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu dahi iddia edilmiştir¹¹⁴.

“Oyunun kurallarının belirlenmesi”,¹¹⁵ bu kurallara riayet edilmesinin sağlanmasını gerektirmekte ve böylelikle regülasyon işlevinin “denetim” boyutu ortaya çıkmaktadır. BİO’ların denetim yetkileri, bilgi isteme, yerinde inceleme yapabilme, araştırma ve soruşturma, ilgililerin ifadelerini alabilme ve gerektiğinde yaptırım uygulayabilme imkanı veren oldukça geniş kapsamlı bir yetkidir. Böylesine geniş yetkilerin kullanımı da, muhatapların haklarına azami özen göstermeyi sağlayan bir dizi kuralların ve dolayısıyla çağdaş bir idari usul sisteminin kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Regülasyon işlevinin üçüncü boyutu ise, düzenleme ve denetleme faaliyetinin doğal bir uzantısı olarak, regüle edilen alanda faaliyet gösteren aktörlere ve özellikle kamu gücünü kullanarak bu alana müdahale edebilme ihtimali bulunan Devlet’e danışmanlık yapma, yol gösterme ve yönlendirme noktasında ortaya çıkmaktadır¹¹⁶.

Bu çerçevede, regülasyon kavramı, “hizmet sunan Devlet” anlayışından “hizmet sunulmasını sağlayan Devlet” anlayışına geçişin bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve hâlâ bir çok ekonomik faaliyeti bizzat yürütmekte olan Devlet olgusu karşısında, regülasyon işlevinin,

¹¹² ULUSOY, A., 2003, s. 22.

¹¹³ ERKUT, C., s. 84.

¹¹⁴ DOMANIÇ, H., “Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı”, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 76.

¹¹⁵ ULUSOY, A., 2003, s. 21.

¹¹⁶ TÜRKKAN, E., Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001, s. 2.

Devlet'ten bağımsız ve özerk kamusal organlar teşkil edilmek suretiyle yerine getirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır¹¹⁷.

2. Rekabet Kurumu'nun regülasyon işlevi

Yukarıda belirtildiği gibi, regülasyon işlevinin düzenleme, denetleme ve yönlendirme olmak üzere üç boyutu bulunmaktadır. Bu durumda, BİO'ların temel özelliğinin ve asli misyonunun regülasyon işlevini yerine getirmek olduğu göz önüne alındığında, Rekabet Kurumu'nun bağımsız idari otorite niteliği ele alınırken, öncelikle bu üç fonksiyonu gerçekleştirmek üzere teşhiz edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, 4054 sayılı Kanun'da, Kurum'un regülasyon işlevine ilişkin olarak yer alan hükümler irdelenmelidir.

4054 sayılı Kanun'un amacı, 1.maddesinde, *“mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak”* olarak belirlenmiştir.

Bu çerçevede, Kanun'un 2.maddesinde de, rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı eylem ve işlemler ile birlikte, *“rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin tüm işlemlerin”* de Kanun'un kapsamına girdiği hüküm altına alınmıştır.

Daha önce ifade edildiği üzere de, Türkiye Cumhuriyeti mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasını gözetmek ve söz konusu Kanun ile verilen görevleri yerine getirmek üzere de Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.

Görüldüğü üzere, Kanun'un daha amaç ve kapsam maddelerinde regülasyon olgusuna yer verilmiş ve oluşturulan Rekabet Kurumu'nun, mal ve hizmet piyasalarında serbest rekabet ortamının tesisi ve korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin tüm işlemleri yapması, yani kendisine tanınan bu alanı regüle etmesi öngörülmüştür.

Rekabet Kurulu'na, Kanun'un 27.maddesinin (f) bendi uyarınca *“Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak”* görev ve yetkisi verilmiş; yani, faaliyet alanına ilişkin olarak Kanun ile çizilen çerçeve dahilinde kural koyma yetkisi

verilmek suretiyle regülasyon kavramının ilk unsurunu oluşturan düzenleme yapma işlevi tanınmıştır.

Bu genel hükmün dışında, düzenleme fonksiyonuna ilişkin diğer bazı hükümlere de yer verilmiştir. ‘Muafiyet’ müessesesini düzenleyen 5.maddenin son fıkrasında, Kurul’un, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabileceği belirtilmiştir. Keza, birleşme ve devralmalara ilişkin 7.maddenin ikinci fıkrasında da, *“hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini”* Kurul’un çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği hüküm altına alınmıştır.

Esasen, Kanun Koyucu, Kanun’un maddi anlamda rekabet kuralları olarak kabul edilen hükümlerinde takdir yetkisini Kurum’a bırakacak şekilde geniş alanlar yaratmış ve böylelikle, RKHK md.27/(f) ile tanınan düzenleme yapma yetkisini, regülasyon mantığı çerçevesinde, fonksiyonel hale getirmiştir.

Ancak, Kanun’un uygulanması ile olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda Kurul’u son derece geniş yetkilerle donatan söz konusu hükümler ile çelişen ve Kurum’un bağımsız kimliğini zedeleyen bir hükme ise 62.maddede yer verilmiştir¹¹⁸. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre,

“Bu Kanunda belirtilenlerin dışında, Kurumun yetkilerini kullanışı, yönetim ve çalışma esasları, gelirlerinin tahsili, giderlerinin yapılması ve bu işlemlerin denetlenmesinde uygulanacak usul ve esaslar; aylık ücretlerde yapılacak değişikliklerin esasları, yabancı uzman çalıştırılmasına ilişkin esaslar; Kurumun satınalacağı menkul ve gayrimenkullerin alımına ve ihale usulüne ilişkin düzenlemeler ve Kurumun muhasebe sistemine ilişkin hükümler Kurulca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmeliklerde düzenlenir.”

Rekabet Kurumu’nun görev alanını ilgilendiren belirli hususlarda 4054 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak üzere çıkaracağı yönetmelikleri Bakanlar Kurulu’nun onayına tabi kılan söz konusu düzenlemenin Anayasa’nın 124.maddesine de uygun olmadığı açıktır. Zira, Anayasa’nın anılan maddesinde, kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri hüküm altına alınmış olup, RKHK

md.20’de bir kamu tüzel kişisi olduğu açıkça hükme bağlanan Rekabet Kurumu’nun Anayasa’dan kaynaklanan bu yetkisinin Bakanlar Kurulu’nun onayına tabi kılınması, Anayasa ile verilen yetkinin kanunla kısıtlanması anlamına gelir ki, bunun hukuka aykırılık teşkil ettiği izahtan varestedir.

Bununla birlikte, 62.madde ile getirilen bu kısıtlamanın, Kurum’un rekabetin korunmasına yönelik olarak düzenleme yapma yetkisine ilişkin olmadığını; bu alanda düzenleme yapma yetkisinin, yukarıda belirtildiği üzere son derece geniş bir çerçevede Kurul’a tanınmış olduğunu; bu itibarla, regülasyon işlevi bakımından Kurum’un düzenleme yetkisine bir müdahalenin söz konusu olmadığını belirtmek gerekir.

Daha önce ifade edildiği gibi, düzenleme faaliyetinin doğal bir neticesi, konulan kurallara uyulup uyulmadığının denetlenmesidir. Regülasyon işlevinin ikinci boyutunu oluşturan denetim faaliyetinin iki vechesi bulunmaktadır: Kurallara uyulup uyulmadığının tespiti ve bunlara uyulmasının sağlanması. Kurallara riayetin sağlanması ise, beraberinde, gerektiğinde yaptırım uygulayabilme yetkisini getirmektedir.

4054 sayılı Kanun bu yönüyle incelendiğinde, Rekabet Kurumu’nun oldukça güçlü yetkilerle donatıldığı görülmektedir. Öncelikle, Kanun’un 27.maddesinin (a) bendinde, *“Kanun’da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re’sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak ve Kanun’da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak”* Kurul’un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Bunun yanı sıra, kanun koyucu, denetim faaliyetinin layıkıyla yerine getirilebilmesini teminen her türlü bilgi ve belgeye ulaşılabilmesini sağlayacak çeşitli mekanizmalar da öngörmüştür.

Kanun’un ‘Bilgi İsteme’ başlıklı 14.maddesine göre,

“Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir.

Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.”

Kanun’un ‘Yerinde İnceleme’ başlıklı 15.maddesinde ise,

“Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde

incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

a)Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir;

b)Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir;

c)Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.

İlgililer, istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.”¹¹⁹

hükmü yer almaktadır.

4054 sayılı Kanun’da, kanun koyucu tarafından verilen yetki çerçevesinde yapılan düzenlemelere uyulup uyulmadığının tespitine yönelik bir dizi tedbirin öngörüldüğü bu hükümlerin yanısıra, maddi anlamda rekabet kuralları olarak nitelendirilen düzenlemeler ile oluşturulmaya çalışılan serbest rekabet ortamına yapılacak engelleyici, sınırlayıcı veya kısıtlayıcı nitelikteki müdahaleler ile Kanun’un bilgi isteme ve yerinde inceleme gibi emredici nitelikteki diğer hükümlerinin ihlali de çeşitli yaptırımlara bağlanmıştır. Kanun’un emredici hükümlerine aykırı eylem ve işlemler için öngörülen bu yaptırımların bir kısmı İdare Hukuku’na ve bir kısmı da Borçlar Hukuku’na ilişkindir. Borçlar Hukuku alanında ortaya çıkan yaptırımları, “geçersizlik yaptırımı” ve “haksız fiil sorumluluğu” olmak üzere iki ana kategoriye ayırmak mümkündür. Kanun’da öngörülen yaptırımların temelini oluşturan İdare Hukuku alanında ortaya çıkan yaptırımlar ise, “teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar” ve “idari para cezaları” dır¹²⁰.

İdari para cezaları, Kanun’un 16 ve 17.maddelerinde, usule ve esasa yönelik ihlaller karşısında, süreli veya ani olmak üzere ikiye

¹¹⁹ Son fıkra, 01.08.2003 tarih ve 4971 sayılı Kanun’un 25.maddesi ile eklenmiş olup, bu değişiklik, 15.08.2003 tarih ve sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹²⁰ SANLI, K. C., s. 385.

ayrılarak düzenlenmiştir. ‘Para cezaları’ başlıklı 16.maddenin ilk fıkrasında, usule ilişkin ihlallerin varlığı halinde uygulanacak yaptırımlar ve ikinci fıkrasında ise, esasa ilişkin ihlallere yönelik para cezaları hükme bağlanmıştır. Teşebbüslerin belirli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararların yerine getirilmemesi veya Kanun’un belirli maddelerinin ihlal edilmesi halinde uygulanacak süreli para cezaları ise 17.maddede düzenlenmiştir¹²¹.

Rekabet Kurumu’nun regülasyon işlevi hakkında son olarak, Kurum’un yönlendirme faaliyeti üzerinde durmak gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere, regülasyon kavramının üçüncü boyutu yönlendirme işlevidir. Yönlendirme işlevinin, bazı yazarlar tarafından danışmanlık yapma ve görüş bildirme yetkisi olarak adlandırıldığı da görülmektedir¹²². Ancak, bu işlevin danışmanlık yapmak ya da belirli konularda görüş bildirmek faaliyetinden çok daha geniş ve kendine özgü (sui generis) yetkileri içerdiğini¹²³; bu nedenle, bu ifadelerin söz konusu işlevi tanımlamakta yetersiz kaldığını belirtmek gerekir.

Kurum’un yönlendirme işlevi çerçevesinde, Rekabet Kurulu, Kanun’un 27.maddesinin (g) bendi uyarınca “rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda görüş bildirmekle” ve (k) bendi uyarınca da “yılda bir, çalışmaları ve görev alanlarındaki durum ve gelişmelerle ilgili rapor yayınlamakla” görevlendirilmiştir. Kanımızca, Kanun’un 5.maddesinde düzenlenen “*şartlı muafiyet*” müessesesinin ve 9.maddede yer alan “*ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin görüş bildirme*” görev ve yetkisinin de yönlendirme işlevi çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür.

Bunların dışında, çeşitli kanunlarda yer alan hükümler uyarınca kamu kurumlarının belirli konularda işlem tesis etmeden önce (örneğin özelleştirme yoluyla devralmalardan önce) Rekabet Kurumu’nun görüşünü almaları da Kurum’un yönlendirme işlevi kapsamında görülmektedir¹²⁴.

B. Bağımsızlık

Yukarıda da ifade edildiği üzere, BİO’ların, asıl misyonlarını ve temel işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmeleri için Devlet’ten bağımsız olmaları şarttır. Ancak hemen burada, bağımsızlık ile kastedilenin, hiçbir makamın denetimine tabi olmaksızın görev yapmak

¹²¹ GÖNEN, K. E., s. 49.

¹²² AZRAK, Ü., s. 22; ÖZTÜRK, E., s. 30.

¹²³ ULUSOY, A., 2003, s. 23.

¹²⁴ ÖZTÜRK, E., s. 31.

veya işlem tesis etmek olmadığını belirtmek gerekir. BİO'ların bağımsızlığı, hem organlarının ve hem de işlevlerinin siyasi otoritenin ve diğer idari mercilerin denetimi altında bulunmamasıdır.

Görüldüğü gibi, BİO'nun bağımsızlığının, organik ve işlevsel olmak üzere iki yönü bulunmakta; yani, temel misyonu olan regülasyon işlevini gerçekleştirebilmesi için BİO'nun hem organik ve hem de işlevsel anlamda bağımsız olması gerekmektedir. Bu çerçevede, organik anlamda bağımsızlığın, işlevsel anlamda bağımsızlık bakımından bir ön şart olduğu dahi söylenebilir. Bir başka deyişle, BİO'nun işlevsel bağımsızlığının sağlanabilmesi için öncelikle organik anlamda bağımsızlığının sağlanması gerekmektedir.

Bu nedenle, bu bölümde, hem genel olarak BİO'lar hem de Rekabet Kurumu, önce organik anlamda bağımsızlık ve ardından işlevsel anlamda bağımsızlık yönleriyle ele alınacaktır.

1. Organik bağımsızlık

Regülasyon işlevi gören ve oldukça geniş yetkilerle donatılmış olan BİO'ların, bu niteliklerinden ötürü, faaliyetlerini yürütürken idari ve yapısal açıdan bağımsız olmaları gerekmektedir. Organik bağımsızlık, hem bu kurumların idari yönden özerk olmaları, hem de karar organlarının belirli güvencelerle donatılmış olması anlamına gelmektedir¹²⁵.

“İdari özerklik” ifadesinden, bu kurumların başka idari kurum ve kuruluşlarla hiyerarşi veya vesayet benzeri bir ilişki içinde bulunmadıkları anlaşılmaktadır. Bu da, BİO'ların Anayasa’da yer alan “*idarenin bütünlüğü*” ilkesine aykırılık teşkil edip etmedikleri konusunu gündeme getirmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, merkezi idarenin vesayet yetkisi, Anayasa’nın 127.maddesinin beşinci fıkrasında sadece yerel yönetimler bakımından öngörülmüş olup, bunların dışındaki yerinden yönetim kuruluşları için idari vesayet yetkisi söz konusu değildir. Yerel yönetimler dışında kalan hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından Yükseköğretim kurumları bakımından Anayasa’nın 130.maddesinde “Devletin gözetim ve denetiminden” ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bakımından da 135.maddede “Devletin idari ve mali denetiminden” bahsedilmiştir. Yani, yerel yönetimler dışında kalan yerinden yönetim kuruluşları bakımından Devletin genel bir gözetim yetkisi söz konusudur¹²⁶.

¹²⁵ GÖZÜBÜYÜK, Ş. – TAN, T., s. 293.

¹²⁶ ULUSOY, A., 2003, s.94

Bu çerçevede, ULUSOY tarafından da haklı olarak ifade edildiği gibi, BİO'lar bakımından, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik herhangi bir yetkiye yer verilmemiş olması, idarenin bütünlüğü ilkesinin gözetildiği anlamına gelecektir¹²⁷.

Ülkemizde bugüne kadar kurulan BİO'lar bakımından idarenin bütünlüğü ilkesine, bu kurumlarla belirli bakanlıklar veya Başbakanlık arasında bir “ilişki” kurulmak suretiyle riayet edilmeye çalışılmıştır. Bu yapılırken, İdare Hukukumuzda mevcut “ilgili kuruluş” ve “bağlı kuruluş” kavramlarının¹²⁸ dışında, “ilişkili bakanlık” kavramının yaratıldığı dikkat çekmektedir.

Gerçekten, RKHK md.20/I'de Rekabet Kurumu'nun kamu tüzel kişiliğini haiz ve idari-mali özerkliğe sahip olduğu belirtildikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında, Kurumun Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile “ilişkili” olduğu hükme bağlanmıştır. Hukukumuzda bugüne kadar mevcut olmayan “ilişkili bakanlık” kavramı¹²⁹ doktrinde çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Kurulan bu “ilişki”nin, söz konusu Bakanlığın, Rekabet Kurumu'nun hukuka aykırı gördüğü işlemlerinin iptali için idari yargıya başvurabilmesini teminen menfaat koşulunu karşıladığı ileri sürüldüğü¹³⁰ gibi, “ilişkili” ve “ilgili” kelimelerinin Türkçe sözlükteki karşılıklarından hareketle, “ilgili kuruluş” ile aralarında anlam bakımından farklılık olmadığı dahi iddia edilmiştir¹³¹. Kanımızca, burada, kelimelerin Türkçe sözlükteki karşılıklarını esas alarak bir hukuki yorum yapılması imkânı bulunmamaktadır.

¹²⁷ ULUSOY, A., 2003, s. 97.

¹²⁸ 27.09.1984 tarih ve 3046 sayılı Kanun'un 10.maddesinde “bağlı kuruluş”, “bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluş” olarak tanımlanmıştır. “ilgili kuruluş” ise, aynı Kanun'un 11.maddesinde, “özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları” olarak tanımlanmıştır.

¹²⁹ Ülkemizde halihazırda mevcut olan BİO niteliğindeki düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş kanunlarındaki farklılıkları gidererek, bunlara ilişkin düzenlemelerde yeknesaklığı sağlamak amacıyla 59. Hükümet tarafından hazırlanmakta olan Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı'nda “ilişkili bakanlık” kavramı, “düzenleyici ve denetleyici kurumların hükümet ile ilişkilerini yürütmek ve bu Kanun çerçevesinde belirlenen yetkileri kullanmak üzere kurumun kuruluş kanununda öngörülen bakanlık” olarak tanımlanmıştır.

¹³⁰ ULUSOY, A., 2003, s. 97.

¹³¹ Bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 24.10.2002 tarih ve E:2002/156 K:2002/167 sayılı iştişari görüşü.

Kaldı ki, Türkçe'nin genel kurallarından hareket edilmesi durumunda da, İdare Hukukumuzdaki "ilgili kuruluş" kavramında yer alan "ilgili" sözcüğünün "kuruluş"u işaret etmesi ve fakat 4054 sayılı Kanun'da "ilişkili bakanlık" ifadesinin kullanılmış olması karşısında, bu iki ayrı kavram çerçevesinde kurulmaya çalışılan bağın yönlerinin farklı olduğunu, bunun da söz konusu bağların niteliğini değiştirdiğini belirtmek gerekir. Bu itibarla, "ilgili kuruluş" kavramı ile "ilişkili bakanlık" ifadesinin aynı anlama geldiğinin ileri sürülmesi, hem Türkçe dilbilgisi kurallarına hem de İdare Hukukumuzda uygun düşmemektedir.

Kanımızca, yaratılan bu "ilişkili Bakanlık" kavramı ile bir yandan Anayasa'nın idarenin bütünlüğü ilkesine riayet edilmesi sağlanmış; diğer taraftan da idari ve mali açıdan özerk kılınan Rekabet Kurumu'nun yasama organı ve hükümet ile ilişkilerini kolaylaştırıcı bir sistem kurulmaya çalışılmıştır. Kanun'un 27.maddesinin (g) bendi uyarınca Kurul'un, "rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine görüş bildirmek"le görevli kılınmış olması ve 39.maddede Kurum'un gelirleri arasında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bütçesine konacak ödeneğin de sayılmış olması bu yorumu güçlendirmektedir¹³².

Bunun yanı sıra, Kanun'un 9.maddesinde, Kurul'un, "ihbar, şikayet ya da Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine veya re'sen" maddi anlamda rekabet kurallarının ihlâl edilip edilmediğinin tespiti için gerekli araştırma ve soruşturmaya başlayacağını belirtilmiş olması da, kurulan bu "ilişki"nin, söz konusu bakanlığın Kurum işlemleri aleyhine idari yargıda iptal davası açabilmesini teminen menfaat koşulunu karşıladığı görüşünü desteklemektedir.

Görüldüğü gibi, Kanun Koyucu, organik anlamda bağımsızlığın birinci unsuru olan idari özerkliği ve bunun bir gereği olarak da mali özerkliği Rekabet Kurumu'na tanımıştır¹³³. Bununla birlikte, Kurum personelinin ücret ve diğer mali haklarının 631 sayılı KHK çerçevesinde dondurulması ve bunlarda yapılacak artışlarda esas itibarıyla yetkinin Bakanlar Kurulu'na devredilmesi; 4481 sayılı Kanun'un 15.maddesinde yapılan değişikliklerle, Kurum'un faiz, repo, pay, alım-satım farkı ve sair adlarla elde ettiği tüm gelirlerinin Maliye Bakanı'nın teklifi ve Başbakan'ın onayı ile belirlenen bir oranda Maliye Bakanlığı'na aktarılmasının sağlanması ve haklı bir gerekçeyle dayanmakla birlikte, Kurul tarafından verilen para cezalarının yüzde yirmibeşinin Kurum'a gelir kaydedilmesine ilişkin RKHK md.39/I-(b) hükmünün 01.08.2003

¹³² GÖZÜBÜYÜK, Ş. – TAN, T., s. 295.

¹³³ ÖZTÜRK, E., s.10.

tarikh ve 4971 sayılı Kanun'la kaldırılması neticesinde, Kurum'un mali özerkliğinin ortadan kaldırıldığı söylenebilir.

Organik bağımsızlığın temelini oluşturan, karar organının bağımsızlığı bakımından da ülkemizdeki BİO'ların, batı ülkelerindeki benzerlerinin sahip oldukları güvencelere yeterince sahip olmadıkları ileri sürülmüştür¹³⁴. Hatta, ülkemizdeki bağımsız idari otoritelerin “bağımsızlığı sorunu”ndan dahi söz edilmiştir¹³⁵.

Gerçekten, 4054 sayılı Kanun, karar organı olarak oluşturulan Rekabet Kurulu üyelerine tanınan statüer güvenceler bağlamında incelendiğinde, belirli oranda bir organik bağımsızlıktan bahsedilebilmekle birlikte, bunun, işlevsel bağımsızlığı tam olarak sağlayabilecek bir düzeyde olmadığını belirtmek gerekir.

Karar organının bağımsızlığı bakımından, öncelikle bu organın oluşum biçimi incelenmelidir. Bu noktada, siyasi otoritenin BİO'nun karar organının oluşumundaki rolü önem kazanmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un Kurul'un oluşumuna ilişkin hükümleri incelendiğinde, Kurul üyelerinin, çeşitli kurumlara tanınan kontenjanlar çerçevesinde o kurumlar tarafından gösterilecek adaylar arasından Bakanlar Kurulu tarafından atanmasının öngörüldüğü; böylelikle, siyasi otoritenin bu atamalarda etkisinin mümkün olduğunca azaltılması yoluna gidildiği görülmektedir. 11 üyeli Rekabet Kurulu'nun sadece üç üyesi doğrudan Bakanlar Kurulu tarafından atanabilmektedir.

Kurul Başkanı'nın seçiminde de Bakanlar Kurulu'nun yetkisi oldukça sınırlandırılmıştır. Başkan, Kurul tarafından belirlenecek üç aday arasından Bakanlar Kurulu tarafından atanmaktadır. İkinci Başkan'ın ise doğrudan Kurul tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Kurul'un oluşumuna ilişkin bu sistemin Kurul'un bağımsızlığını sağlamak açısından yeterli olduğu düşünülmektedir.

Aslında, Kurul'un bağımsızlığının sağlanmasında, atamadan ziyade görevden almanın ne şekilde olacağı önem arz etmektedir. Gerçekten, bir Kurul üyesi, nasıl atanmış olursa olsun, süresi dolmadan görevden alınamıyorsa, gerçek anlamda bir organik bağımsızlıktan söz edilebilir¹³⁶. Bu açıdan, BİO'ları diğer kurumlardan ayıran en önemli özellik, karar organlarında görev alanların görev süresi dolmadan görevden alınamamaları güvencesidir¹³⁷.

¹³⁴ GÖZÜBÜYÜK, Ş. – TAN, T., s. 293.

¹³⁵ AZRAK, Ü., s. 24.

¹³⁶ ASLAN, Y., Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s. 399.

¹³⁷ ULUSOY, A., 2003, s.17.

Rekabet Kurulu üyeleri bakımından bu güvencenin Kanun düzeyinde sağlandığı görülmektedir. RKHK md.24'te Kurul üyelerinin görev sürelerinin altı yıl olduğu belirtildikten sonra, bu süre dolmadan görevlerinin sona ermesinin sadece üç durumda mümkün olabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, atanmaları için gereken şartları kaybeden veya durumlarının Kanun'un 25.maddesinde belirlenen yasaklamalara aykırı düştüğü belirlenen ya da görevle ilgili olarak suç işlediği mahkeme kararı ile sabit olan Kurul üyelerinin görevleri, görev süresinin dolup dolmadığına bakılmaksızın sona erecektir. Bu üç durum dışında, görev süresi dolmadan Kurul üyelerinin görevden alınabilmeleri mümkün değildir.

Bu noktada, karar organının bağımsızlığı bakımından, üyelerinin belirli ve çok kısa olmayan bir süre için seçilmeleri gerektiğini ve bu sürenin de genellikle siyasi iktidarın görev süresinden daha uzun olması yoluna gidildiğini¹³⁸ ve 4054 sayılı Kanun'da Kurul üyelerinin görev süresi altı yıl olarak belirlenmek suretiyle bu genel kurala uyulduğunu belirtmek gerekir.

Kurul üyeleri için, hem görev yaptıkları sırada hem de görevleri sona erdikten sonra bir takım yasaklamalar getirilmesi de bağımsızlığı sağlamaya yönelik olarak uygulamada izlenen bir yöntemdir¹³⁹.

Organik anlamda bağımsızlık açısından önem taşıyan bir diğer husus da Kurul üyelerinin görev sürelerinin bitiminde yeniden atanamamalarına ilişkin bir düzenlemenin gerekliliğidir. “Yeniden seçilememe ilkesi” olarak adlandırılan bu uygulama, belirlenen görev süresinin bitiminde tekrar seçilme beklentisinin Kurul üyelerinin tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını siyasi iktidar lehine bozabilmeleri ihtimaline karşı bir önlem olarak düşünülmüştür¹⁴⁰. Ancak, 4054 sayılı Kanun'da bu düzenlemeye yer verilmemiş ve Rekabet Kurulu üyelerinin görev sürelerinin bitiminde yeniden seçilebilmelerine olanak tanınarak, Kurum'un bağımsızlığına olan inanç zedelenmiştir.

Öte yandan, Kurum'un organik anlamda bağımsızlığını sağlamaya yönelik olarak Kanun'da yer verilen tüm bu düzenlemelerin Anayasal bir güvenceye bağlanmamış olması ve böylelikle, istendiğinde mecliste çoğunluğa sahip bir siyasi iktidar tarafından bir yasa değişikliği ile kolaylıkla ortadan kaldırılabilir olması, Rekabet Kurumu ve esasında ülkemizdeki diğer tüm BİO'lar bakımından en büyük handikap olarak

¹³⁸ ARDIYOK, Ş., Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara 2002, s. 181.

¹³⁹ TAN, T., s. 9.

¹⁴⁰ ULUSOY, A., 2003, s. 16.

görülmektedir. Nitekim, uygulamada da bu yolun izlendiği ve siyasi iktidarla uyumlu olarak çalışmayan BİO'ların karar organlarında görev yapan Kurul üyelerinin görev sürelerine bir yasa hükmüyle son verildiği bilinmektedir.

2. İşlevsel bağımsızlık

BİO'ların işlevsel bağımsızlığı, bunların eylem ve işlemleri üzerinde yürütme organına dahil birimlerin bu eylem ve işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuran, işlemi onaya tabi tutma, işlemin yürürlüğünü engelleme veya geciktirme gibi hiçbir doğrudan yetkiye sahip olmaması; bu işlemlerin değiştirilmesi veya yürürlüğe sokulmaması yönünde emir ve talimat verilememesi anlamını taşımaktadır¹⁴¹. Bir başka ifadeyle, işlevsel bağımsızlık, BİO'ların kararlarının siyasal otorite tarafından yerindelik denetimine tabi tutulamaması anlamına gelmektedir¹⁴².

Nitekim, RKHK md.20/III'te, Kurum'un görevini yaparken bağımsız olduğu; hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurum'un nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 138.maddesinde yer alan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine paralel olduğu belirtilen¹⁴³ bu düzenlemenin, karar alma sürecinde kurumun dışsal etkilerden soyutlanması amacını taşıdığı¹⁴⁴ ve bu nedenle bağımsızlık açısından önemli bir güvence sağladığı bir gerçektir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, BİO'ların işlevsel bağımsızlığından anlaşılması gereken, Devletin her türlü müdahalesinden soyutlanmış olmaları değil¹⁴⁵, karar organlarının siyasal baskı, etki ve telkinden arındırılmış olmasıdır¹⁴⁶. Hiç kuşkusuz, birer idari kurum olan BİO'ların eylem ve işlemleri yargısal denetime tabidir.

Bu çerçevede, idari teşkilatlanma içinde yer alan bir kamu tüzel kişisi olması nedeniyle Rekabet Kurumu'nun da tüm eylem ve işlemleri, Anayasa'nın 125/I.maddesi uyarınca, yargısal denetime tabidir. İdarenin

¹⁴¹ ULUSOY, A., 2003, s. 17.

¹⁴² MORANGE, J., s. 22.

¹⁴³ YILMAZ, E., "Yargılama Hukukçusu Gözüyle Rekabet Kurulu", Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan, TBB Yayını, Ankara 1999, s. 946.

¹⁴⁴ ÖZTÜRK, E., s. 25.

¹⁴⁵ AKINCI, M., "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", Rekabet Dergisi, S.5, Ankara 2001, s. 12.

¹⁴⁶ ERKUT, C., "Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kısa Bir Değerlendirmesi", Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul 1998, s. 130.

eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi, kural olarak, idari yargının görev alanına girmesine karşılık, idari yaptırımlar ve özellikle idari para cezaları konusunda bu genel ilkedен uzaklaşıldığı ve bunların yargısal denetiminde adli yargının da görevlendirildiği bilinmektedir¹⁴⁷. Doktrinde, “*idari yargı kadar, adli yargı yerlerinin de kanunla yetkili kılınmış olması*”, idari yaptırımlar konusunun bir özelliği olarak nitelendirilmiştir¹⁴⁸. Ancak, 4054 sayılı Kanun bakımından genel ilkedен uzaklaşılmaş ve Kurul’un yaptırım içeren kararlarının yargısal denetiminde de idari yargı görevlendirilmiştir.

Bununla birlikte, Rekabet Kurumu’nun işlemleri, *içeriklerine göre* farklı yargı yerlerinin denetimine tabi kılınmıştır. RKHK md.55/I uyarınca, Kurum’un karar organı olan Rekabet Kurulu tarafından verilen nihai kararların, tedbir kararlarının, para cezalarının ve süreli para cezalarının yargısal denetimi Danıştay tarafından yapılır. Kurul’un, 55.maddede belirtilen bu kararlarının dışındaki kararları ile Rekabet Kurumu’nun diğer tüm eylem ve işlemleri ise, idare hukuku ve idari yargılama hukukunun belirlediği esaslar çerçevesinde, yargısal denetime konu yapılabilir¹⁴⁹.

Bu noktada, BİO’ların kararlarının yargısal denetiminin daraltılarak, “açık takdir hatası ilkesi”yle sınırlı tutulan ve “minimum denetim” olarak adlandırılan bir denetime tabi tutulması gerektiği yönündeki görüşlerin¹⁵⁰ idari yargılama hukukumuz bakımından kabulünün mümkün olamayacağını belirtmek gerekir.

III. REKABET KURUMU’NUN YAPISI

Yukarıda da belirtildiği üzere, 4054 sayılı Kanun’un 20/I.maddesi uyarınca “idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisi” olarak teşkil edilmiş bulunan Rekabet Kurumu’nun teşkilatı, aynı Kanun’un 21.maddesine göre, Rekabet Kurulu, Başkanlık ve Hizmet Birimlerinden oluşur. Her ne kadar söz konusu düzenleme ile “Başkanlık” adında ve belli kişilerden oluşan ayrı bir organ işaret edilmiş olsa da, esasında, Rekabet Kurumu teşkilatının iki başlık altında incelenmesi uygun olacaktır. Zira, Kanun’da hizmet birimlerinin Kurum Başkanı’ndan bağımsız bir şekilde yapılanması öngörülmemiş, tam tersine, bunlar Başkan’a bağlı birimler olarak düzenlenmişlerdir. Bu nedenle, çalışmanın

¹⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK, Ş.-TAN, T., İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999, s. 187.

¹⁴⁸ ÖZAY, İ., İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985, s. 138.

¹⁴⁹ GÖNEN, K. E., s. 130.

¹⁵⁰ Bkz. Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 5 Mart 1999, s. 84.

bu bölümünde Kurum'un yapısı, Kurum'un karar organını oluşturan Rekabet Kurulu ile Başkanlık (ve bu başlık altında da Başkan'a bağlı hizmet birimleri) olmak üzere iki başlık altında ele alınacaktır.

A. Rekabet Kurulu

Rekabet Kurumu'nun *karar organı* olan¹⁵¹ Rekabet Kurulu'nun oluşumu, görev ve yetkileri ile çalışma esasları 4054 sayılı Kanun'un 'Teşkilat' başlıklı Üçüncü Kısım'ın 22-28.maddelerinden müteşekkil Birinci Bölümü'nde düzenlenmiştir. Kurul üyelerinin ücret ve diğer mali hakları ile emeklilikleri, Kurul toplantılarının usul ve esasları ile Kurul kararlarına ilişkin hükümler ise Kanun'un diğer bölümlerinde çeşitli hükümler arasında düzenlenmiştir.

Burada, öncelikle Kurul'un oluşumu ile görev ve yetkileri incelenecek; ardından, çalışma usul ve esasları ele alınacaktır.

1. Oluşumu

Kurul'un teşekkülü Kanun'un 22.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Rekabet Kurulu, biri Başkan ve biri İkinci Başkan olmak üzere toplam 11 üyeden teşekkül etmektedir. Bu 11 üye, çeşitli kurum ve kuruluşların kendi kontenjanlarındaki her bir üyelik için gösterecekleri iki aday arasından Bakanlar Kurulu tarafından atanmaktadır. 22.maddenin ikinci fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu, *"dört üyeyi Rekabet Kurulu'nun, iki üyeyi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın, bir üyeyi Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Devlet Bakanlığı'nın, birer üyeyi ise Yargıtay, Danıştay, Üniversitelerarası Kurul ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışarıdan göstereceği ikişer aday arasından seçer ve atar."*

Görüldüğü gibi, söz konusu düzenleme ile, Kurul üyelerinin sadece üç tanesinin siyasi iktidar tarafından atanması, geri kalan sekiz üyenin siyasi iktidarın etki alanı dışındaki kurum ve kuruluşlar tarafından atanması öngörülmüş ve böylelikle, Kurul'un siyasi iktidarlar karşısında bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruması sağlanmak istenmiştir¹⁵².

Söz konusu maddenin üçüncü fıkrası ile, Rekabet Kurulu'nun adaylarının en az yarısının Rekabet Kurumu'nun uzmanlık sıfatını kazanmış meslek personeli arasından gösterilmesi zorunluluğu getirilerek de, alelade bir yönetim kurulu olmayıp, ihtisaslaşmış bir karar organı olması öngörülmüş olan Kurul'un bünyesindeki belirli sayıda üyenin konunun uzmanları arasından seçilmesi yolu açılmıştır. Ancak burada,

¹⁵¹ RKHK md.30/(a).

¹⁵² ASLAN, Y., s.398.

Kurul kontenjanından gösterilecek adayların en az yarısının Rekabet Uzmanları arasından seçilmesi zorunluluğunun getirildiğini; Bakanlar Kurulu tarafından yapılacak atama bakımından ise böyle bir zorunluluk bulunmadığını; bunun ise, söz konusu hükmün amacı ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Zira, burada önemli olan, adaylar arasında konunun uzmanlarının bulunması değil, üyeler arasında Rekabet Uzmanlarının bulunmasının sağlanmasıdır.

22.maddenin son fıkrasında ise, Kurul Başkanı'nın ve İkinci Başkan'ın atanmasına ilişkin usul belirlenmiştir. Burada, Kurul tarafından Kurul üyeleri arasından belirlenecek üç adaydan birisinin Bakanlar Kurulu tarafından Başkan olarak atanacağı; İkinci Başkan'ın ise Kurul üyelerinin kendi aralarında yapacakları seçim sonucunda belirleneceği hükme bağlanmıştır. Kanun'da, Başkan adaylarının seçimine ilişkin bir usul öngörülmemiş olup, bu husus, Kurum'un Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te¹⁵³ ve ayrıca Başkan adaylarının seçimine ilişkin Kurul kararları çerçevesinde düzenlenmektedir.

Kurul üyelerinin atanmalarına ilişkin şartlar ise Kanun'un 23.maddesinde ele alınmıştır. Bu hükümde, Kurul üyelerinin, hukuk, iktisat, mühendislik, işletme veya maliye dallarında yüksek öğrenim görmüş olmaları, mesleki açıdan yeterli bilgi ve deneyime sahip bulunmaları ve meslekleri ile ilgili olarak kamu veya özel sektörde en az 10 yıl çalışmış olmaları zorunlulukları getirilmiş; bunun yanında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48.maddesinin (A) fıkrası uyarınca Devlet memurluğuna atanabilmek için gereken genel şartları taşımaları gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Kanun'un 24.maddesinin birinci fıkrasında Kurul üyelerinin görev süreleri altı yıl olarak belirlenmiş ve süresi biten üyenin yeniden atanabileceği hükme bağlanmıştır. Kurul üyeliğinin, süresi dolmadan

¹⁵³ 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁵⁴ Söz konusu hükümde, Kurul üyelerinin, 657 sayılı Kanun'un 48.maddesinin (A) fıkrasının 1,4,5,6 ve 7.bendlerinde belirlenen genel şartları taşımaları gerektiği belirtilmekle yetinilmiş olmasına rağmen, Danıştay Nöbetçi Dairesi'nin 26.07.1995 tarih ve E:1995/144 K:1995/156 sayılı istisari kararında, 4054 sayılı Kanun'un 38.maddesinde Kurul üyelerinin emekliliklerinin Emekli Sandığı Kanunu'na tabi kılındığı ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 40.maddesi uyarınca da iştirakçilerin görevleriyle ilgilerinin kesilmesini gerektiren yaş haddinin 65 yaşını doldurdukları tarih olarak hüküm altına alındığı belirtilerek, Rekabet Kurulu üyeliğine atanabilmek için 65 yaşını doldurmamış olmak şartının da aranması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. EROL, K., "Rekabet Kurulu'nun Yapısı, Yetkileri ve Usul", Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Tes-Ar yayınları, No:20, Ankara 1996, s. 29 vd.

herhangi bir sebeple boşalması durumunda boşalan yere bir ay içinde atama yapılacaktır. Bu durumda, boş üyeliğe atanan kişinin, yerine atandığı üyenin süresini tamamlayacağı belirtilmiştir.

Bu fıkra, ayrıca, Kurul'un sürekli olarak kısmi yenilenmesini sağlayacak bir sistem de öngörülmüştür. Buna göre, Kurul üyelerinin üçte biri iki yılda bir yenilenmektedir. Kanun'un Geçici 1.maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Kurul'a yapılan ilk atamalardan sonra ikinci ve dördüncü yılların sonunda ad çekmek suretiyle Kurul üyelerinin her defasında üçte birinin görev süresi sona erdirilmiştir. Başkan ve İkinci Başkan'ın kuraya katılmaksızın altı yıllık görev sürelerini tamamlayacaklarının belirtildiği söz konusu hüküm neticesinde, ikinci ve dördüncü yılların sonunda üçer Kurul üyesinin görevleri sona ermiş ve yerlerine yenileri atanmış; böylelikle, Kurul'un her iki yılda bir kısmi olarak yenilenmesi için ilk adımlar atılmıştır.

Kurul üyelerinin görev sürelerine ilişkin önemli bir düzenlemeye de aynı maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Burada, atanmak için gereken şartların kaybı veya Kanun'da belirlenen yasaklamalara uyulmadığının anlaşılması ya da görevle ilgili olarak suç işlendiğinin mahkeme kararı ile sabit olması durumları dışında, Başkan ve üyelerin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle, Kurul'un bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla, Kurul üyelerine çok önemli bir güvence getirilmiştir¹⁵⁵. Kanun'da açıkça belirtilen üç durum dışında Kurul üyelerinin görevlerine son verilemeyeceğine ilişkin bu hüküm neticesinde, Kurul üyelerinin, her an görevlerine son verilebileceği endişesi ile siyasi iktidarın yönlendirmelerine boyun eğme ihtimalinin önüne geçilmek istenmiştir. Ne var ki, Anayasal teminatı bulunmayan bu güvence, Hükümetler tarafından bir yasa değişikliği ile kolaylıkla bertaraf edilebilmektedir.

2. Görev ve yetkileri

Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri Kanun'un 27.maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede Kurul'un görev ve yetkileri,

“a) Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak,

b)İlgililerin muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfi tespit belgesi vermek,

c)Verilen muafiyet kararları ve menfi tespit belgelerinin ilgili olduğu piyasaları sürekli takip ederek, bu piyasalarda ya da tarafların durumlarında değişiklikler tespit edilmesi halinde ilgililerin başvurularını yeniden değerlendirmek,

d)Birleşme ve devralmalara izin vermek,

e)Kurul İkinci Başkanı 'nı seçmek,

f)Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak,

g)Rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine görüş bildirmek,

h)Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak diğer ülkelerin mevzuat, uygulama, politika ve tedbirlerini izlemek,

ı)Kurum'un personel politikalarını saptamak, uygulamasını izlemek personelin atama işlemlerini yapmak, Başkanlıkça hazırlanan Kurum'un yıllık bütçesi, gelir gider kesin hesabı ve yıllık çalışma programlarını onamak, gerekirse bütçede hesaplar arasında aktarma yapmaya karar vermek,

j)Boşalan Kurul üyelikleri için Kurumca gösterilecek adayları belirlemek,

k)Yılda bir, çalışmaları ve görev alanlarındaki durum ve gelişmelerle ilgili bir rapor yayınlamak,

l)Menkul ve gayrimenkul eşya ve demirbaş alımı gibi satınalma, satma, kiralama konularındaki önerileri görüşüp karara bağlamak, bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmak,

m)Kurum'un üçüncü kişilerle olan alacak, hak ve borçları hakkında her türlü işleme karar vermek,

n)Kanun'la verilen diğer görevleri yerine getirmek''

olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere, Kurum'un karar organı olan Rekabet Kurulu, hem maddi anlamda rekabet kuralları¹⁵⁶ denilen, doğrudan rekabetin korunmasına yönelik hükümlerin uygulanması hususunda görevli ve

yetkili kılınmış, hem de Kurum'un teşkilatına ilişkin tüm esaslı noktaları belirlemekle ve uygulamaları izlemekle görevlendirilmiştir.

Bunların da ötesinde, bazı yazarlar tarafından “*yasama benzeri görevler*” olarak da adlandırılan¹⁵⁷, rekabet hukukuna ilişkin ikincil mevzuatı oluşturma görev ve yetkisi ile donatılmıştır. Bu görev ve yetkinin *tali* nitelikte olduğu, yani ancak kanun koyucu tarafından düzenlenmiş ve çerçevesi çizilmiş bir alanda kullanılabileceği hususu izahtan varestedir. Bu itibarla, Türk hukukunda İdare'ye zaten tanınmış olan tali nitelikte düzenleme yapabilme yetkisinden farklı ve onu aşan bir yetki izlenimi veriyor olması nedeniyle “*yasama benzeri görev*” niteliğinin uygun olmadığı düşünülmektedir.

3. Çalışma usul ve esasları

Rekabet Kurulu'nun çalışma usulleri esas itibariyle Kanun'un 28.maddesinde ele alınmış olmakla birlikte, toplantı ve karar nisabı, toplantı usulü ve Kurul kararlarına ilişkin düzenlemelere farklı bölümlerde yer alan çeşitli maddelerde değinilmiştir.

28.maddede, Kurul toplantılarının Başkan tarafından, Başkan'ın bulunmadığı hallerde ise İkinci Başkan tarafından yönetileceği; Kurul üyelerinin, kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhrî hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamaya katılamayacakları hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 49 ve 50.maddelerinde de, Kurul kararlarının gizli görüşme sonucu alınacağı, hiçbir Kurul üyesinin oyunun çekimser olamayacağı gibi Kurul toplantılarına ilişkin çeşitli usul ve esaslar belirlenmiştir.

Kurul'un toplantı ve karar nisapları Kanun'un 51.maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Kurul, nihaî kararlarında Başkan ya da İkinci Başkan dahil en az toplam 8 üyenin katılımı ile toplanır ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar verir. İlk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamaması durumunda, yapılacak ikinci toplantıda karar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. Bu durumda da toplantı nisabı yukarıda belirtilenden az olamaz. İkinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılır. Nihaî karar haricindeki diğer kararlar ve işlemler için Kurul üyelerinden en az üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun kararı gerekir.

Kurul'un görevleri ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları Kanun'daki düzenlemelere paralel olarak Kurum'un Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğinde de aynen yer almıştır.

B. Başkanlık ve Hizmet Birimleri

Yukarıda da belirtildiği üzere, her ne kadar Kanun'un 21.maddesinde Kurum'un teşkilatının Kurul, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluştuğu hükme bağlanarak "Başkanlık" ibaresi ile -hizmet birimlerini de içine alan üst yapılanmanın dışında- belirli bir organ işaret edilmiş olsa da, Kanun'un Kurum teşkilatına ilişkin Üçüncü Kısım'ın İkinci Bölümü'nde Başkanlık ile hizmet birimlerinin birlikte düzenlenmiş olduğu ve esas itibarıyla hizmet birimlerinin Başkan'a bağlı birimler olarak yapılandırıldığı göz önüne alınarak bu Bölüm'de hizmet birimleri ile Başkanlık birlikte ele alınacaktır.

1. Başkanlığın oluşumu, görev ve yetkileri

Rekabet Kurumu teşkilatının düzenlendiği Kanun'un 21.maddesinde Başkanlık ile Başkan'a bağlı oldukları hususunda duraksama bulunmayan hizmet birimlerinin neden farklı iki başlık altında gösterilmiş oldukları Kanun'un 29.maddesinin birinci fıkrası ile açıklığa kavuşmaktadır. Söz konusu hükümde, Başkanlığın, Kurul Başkanı, İkinci Başkan ve Başkan Yardımcılarından teşekkül ettiği belirtilmek suretiyle, Kurum Başkanı'nın dışında "Başkanlık" olarak adlandırılan ayrı bir yapılanmaya yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeyle, Kanun Koyucu'nun, Rekabet Kurulu ile Kurum teşkilatı arasında bağ oluşturacak, yani karar organı ile hizmet birimlerinin uyumlu bir şekilde ve belli bir koordinasyon dahilinde çalışmasını sağlayacak bir sistem kurmayı amaçladığı söylenebilir. Başkanlık adı verilen bu yapıda, Kurum'un en üst amiri olan Başkan'ın yanı sıra, Kurul'da Başkan'dan sonra gelen ve Başkan'ın yokluğunda Kurul toplantılarını idare etmekle görevli olan İkinci Başkan ve Kurum teşkilatında yine hemen Başkan'dan sonra gelen, Kurul üyelikleri bulunmayan en üst düzeydeki iki yönetici olan Başkan Yardımcıları yer almaktadırlar.

Böylelikle, Kurul'un ve Kurum'un belirli bir koordinasyon dahilinde, tek elden yönetilmesini sağlayacak bir organizasyon kurulmuş olmakla birlikte, bu düzenlemenin md.29/I hükmü ile sınırlı kaldığını, Başkanlığın görev ve yetkilerinin belirlendiği hemen bir sonraki maddede dahi Başkanlık ile Başkan'ın birbirine karıştırıldığı ve kurulmak istenen sistemin daha başlangıçta sakat doğduğu söylenebilir. Nitekim, Kurum teşkilatının oluşturulduğunun ilan edilmesinin üzerinden geçen altı yıllık uygulamada md.29/I ile getirilmek istenen yapının

oluşturulmadığı; fiiliyatta Başkanlık adı verilen bir organdan söz edilmesinin mümkün olmadığı gözlenmiştir. Şöyle ki;

29.maddenin birinci fıkrası hükmü ile Başkanlık adı verilen yapı oluşturulduktan sonra, aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında Kurum Başkanı'nın Kurum'un en üst amiri olduğu, Kurum'un genel yönetiminden ve temsilinden sorumlu olduğu hükme bağlanmış ve bu sorumluluğun çerçevesi çizilmiştir. Takip eden 30.maddede ise Başkanlığın görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Bu maddede Başkanlığın görev ve yetkileri,

“a)Kurumun karar organı olan Rekabet Kurulu ile hizmet birimlerinin uyumlu, verimli, disiplinli ve düzenli bir biçimde çalışmasının en üst düzeyde organizasyonu ve koordinasyonunu sağlamak, Kurum hizmet birimleri arasında çıkabilecek görev ve yetki sorunlarını çözmek,

b)Kurul toplantılarının gündemini, gün ve saatini belirlemek ve toplantıları idare etmek,

c)Kurul kararlarının gereğinin yerine getirilmesini sağlamak, bu kararların uygulanmasını izlemek,

d)Hizmet birimlerinden gelen önerilere son şeklini vererek Kurula sunmak,

e)Kurumun yıllık bütçesi ile gelir gider kesin hesabını ve yıllık çalışma raporlarını hazırlamak ve Kurula sunmak, Kurum bütçesinin uygulanmasını, gelirlerin toplanmasını, giderlerinin yapılmasını sağlamak,

f)Rekabet politikası ile ilgili olarak alınacak kararlar ve ilgili mevzuat hakkında görüş bildirmek,

g)Kurumun Bakanlık ve diğer kuruluşlarla ilişkilerini düzenlemek ve yürütmek,

h)Kurumu resmî ve özel kuruluşlar nezdinde temsil etmek,

ı)Kurulun nihaî kararları ile Kurumca hazırlanacak tebliğ ve yönetmeliklerin yayınlanmasını sağlamak,

j)Kurul Başkanı adına imzaya yetkili personelin görev ve yetki alanını belirlemek”

olarak sayılmıştır.

Görüldüğü gibi, Başkanlığın görev ve yetkileri belirlenirken, aslında sadece Kurum Başkanı'na ait olması gereken bazı görev ve yetkiler de

buraya dahil edilmek suretiyle, hemen bu maddede Başkanlık adı verilen yapının oluşumu imkansız hale getirilmiştir. Zira, Kurul üyesi olmayan Kurum Başkan Yardımcılarının da dahil edildiği Başkanlık organının görevleri arasında Kurul toplantılarının gündemini ve zamanını belirlemek, Kurul toplantılarını idare etmek gibi Kurul'a ilişkin görevlerin de verilmesinin yanısıra, Kurum'u diğer kuruluşlar nezdinde temsil etmek, Başkan adına imzaya yetkili personeli ve yetki alanlarını belirlemek gibi, aslında doğrudan Başkan'ın görev alanında olan bazı hususların, Başkan'ın maiyetindeki memurların (Başkan Yardımcılarının) da içinde bulunduğu bu heyetin görevleri arasında sayılması da md.29/I ile oluşturulmak istenen yapıyla bağdaşmamış ve bu yapının işlerliğini güçleştirmiştir.

Başkanlık adı verilen bir yapı oluşturularak kurulmak istenen sistemle çelişen bir diğer hükme de Başkan Yardımcılarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 31.maddede rastlanmaktadır. Söz konusu maddede, Başkanlık hizmetlerinin yürütülmesinde Başkan'a yardımcı olmak amacıyla iki adet Başkan Yardımcısı'nın görevlendirilebileceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle, aslında md.29/I hükmü ile Başkanlık adı verilen organın içinde yer almaları öngörülen Başkan Yardımcıları, 30.maddenin bu hükmü ile, içinde yer aldıkları Başkanlığın hizmetlerinin yürütülmesinde Başkan'a yardımcı olmak ile görevlendirilmişlerdir.

Görüldüğü gibi, karar organı ile Kurum teşkilatı arasında koordinasyonu sağlayacak bir birim oluşturma çabası md.29/I hükmü ile sınırlı kalmış; Kanun'un diğer hükümleri bu düzenleme ile uyumlu kılınmadığı gibi, uygulamada da böyle bir yapının oluşturulması yoluna gidilmemiştir.

2. Hizmet birimleri

Kanun'un 32.maddesinde, Rekabet Kurumu'nun hizmet birimlerinin, Daire Başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış ana hizmet birimleri, danışma birimleri ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşacağı hükme bağlanmıştır.

Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 38.maddesinde de, Kurum teşkilatının, danışma birimleri, ana hizmet birimleri ve idari hizmet birimlerinden oluştuğu; Başkan'ın, hangi birimlerin doğrudan kendisine, hangi birimlerin Başkan Yardımcılarına bağlı olacağını belirlemekte serbest olduğu hükme bağlanmıştır. 39.maddede ise, Daire Başkanlıklarının grup başkanlıkları, müdürlükler ve bunların bünyesindeki servislerden oluştuğu belirtilmiş ve Kurum'un hizmet birimleri belirlenmiştir. Buna göre;

Danışma birimleri : Hukuk Müşavirliği, Basın Danışmanlığı ve Başkan Danışmanları,

Ana hizmet birimleri : I, II, III ve IV no'lu Daire Başkanlıkları ile Araştırma Dairesi Başkanlığı,

İdari hizmet birimleri : Bilgi İşlem, İstatistik ve Enformasyon Dairesi Başkanlığı, İnsan Kaynakları Dairesi Başkanlığı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı, İstanbul Bölge Temsilciliği, Savunma Uzmanlığı, Kurul Özel Büro Müdürlüğü ve Başkanlık Özel Kalem Müdürlüğü'nden oluşmaktadır.

Yönetmeliğin 38.maddesinin yukarıda belirtilen hükmü uyarınca, Danışma birimlerinin tamamı ve İdari hizmet birimlerinden Kurul Özel Büro Müdürlüğü ile Özel Kalem Müdürlüğü doğrudan Başkan'a bağlanmıştır. Ana hizmet birimlerinin tamamı ve İdari hizmet birimlerinden Bilgi İşlem, İstatistik ve Enformasyon Dairesi Başkanlığı Teknik Başkan Yardımcılığına, İdari hizmet birimlerinin diğer unsurları ise İdari Başkan Yardımcılığı'na bağlanmıştır.

Uygulamada Teknik Daire Başkanlıkları denilen ve rekabetin korunmasına yönelik görevleri yerine getiren, bünyelerinde meslek personelinin (Rekabet Uzmanları ile Rekabet Uzman Yardımcılarının) görev yaptığı I, II, III ve IV no'lu Daire Başkanlıklarının görev dağılımı ise sektörlere göre şu şekilde belirlenmiştir:

1 No'lu Daire Başkanlığı : Kimya ve kimyasal ürünler, petrokimya, petrol ürünleri, gübre, plastik ve kauçuk ürünler, cam ve cam ürünleri, pişmiş kil ve seramik, inşaat, çimento ve diğer inşaat malzemeleri, elektrik, gaz, su, maden ve madencilik, demir-çelik, demir dışı metaller;

2 No'lu Daire Başkanlığı : Telekomünikasyon, basın ve yayın, plak, kaset vb. kayıtlı medyanın çoğaltılması, kağıt hamuru, kağıt ve kağıt ürünleri, elektrik-elektronik sanayii, büro makineleri ve bilgisayar, tıbbi aletler, hassas ve optik aletler;

3 No'lu Daire Başkanlığı : Gıda ürünleri ve içecekler, tekstil ve hazır giyim, deri ve deri ürünleri, makine ve teçhizat imalatı, mobilya ve beyaz eşya, oyuncak, spor malzemeleri, müzik aletleri, kuyumculuk, tarım ve hayvancılık, orman ürünleri, su ürünleri, tütün ürünleri;

4 No'lu Daire Başkanlığı : Ulaştırma, turizm, finansal hizmetler (bankacılık, sigortacılık ve diğer mali kuruluşlar), kara, hava, deniz ve demiryolu taşıtları, sağlık, eğitim, spor, diğer hizmetler ve serbest meslek faaliyetleri.

SONUÇ

İlk olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ortaya çıkan ve kamusal yaşamın duyarlı alanlarında faaliyet gösteren BİO'lar, gerek işlevleri gerekse yapısal özellikleri nedeniyle, özellikle üniter sistemlerin klasik idari yapılanmasından oldukça farklı bir nitelik arz etmektedirler. Hem organik hem de işlevsel anlamda bağımsızlıkları ve düzenleme, denetleme, yönlendirme faaliyetlerini içeren regülasyon işlevleri ile BİO'lar, klasik idari kurumlardan ayrılmaktadırlar.

Ülkemizde idare sistemi içindeki yerleri ve Anayasal konumları hakkında farklı görüşler ileri sürülen ve çeşitli açılardan tartışmalara konu edilen BİO'lar, bir yandan piyasa ekonomisinin zorlaması, diğer yandan da “hizmet sunan Devlet” anlayışının giderek terkedilmesi neticesinde, Türk idari yapılanmasında da giderek yaygınlaşmaktadırlar. Bugün ülkemizde, ekonominin tüm sektörlerine yönelik olarak oluşturulan regülasyon kurumlarının yanısıra, belirli sektörlerin regülasyonunu sağlamak üzere BİO'ların teşkili yoluna da gidilmektedir. Bu çerçevede, Rekabet Kurumu'nun, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında serbest rekabet ortamının tesisi ve korunması amacıyla kurulmuş genel nitelikteki bir regülasyon kurumu olduğu söylenebilir. Kamu tüzel kişiliğini haiz ve idari-mali özerkliğe sahip olarak teşkil edilmiş olan Rekabet Kurumu, gerek işlevi gerekse organik ve işlevsel anlamda bağımsızlığı ile gerçek bir BİO niteliğindedir.

Bu çalışmada, Rekabet Kurumu'nun Türk idare sistemi içindeki yeri, Anayasal konumu ve yapısı incelenmiş; bağımsız idari otorite niteliği kapsamlı olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

Türk ekonomisinin dışa açılımı ve Türk sanayisinin rekabet gücünün artırılması bakımından son derece önemli bir yere sahip olan Rekabet Kurumu'nun regülasyon işlevini gereği gibi yerine getirebilmesinin yolu, organik ve işlevsel anlamda bağımsızlığının tam anlamıyla sağlanabilmesinden geçmektedir. Bu da ancak belirli Anayasal güvencelerin tanınması ile mümkün olabilir. Kurum'un varlığının, işlevinin ve bağımsızlığının Anayasal güvencelere bağlanmamış olması, Türk ekonomisi açısından büyük önemi bulunan rekabetin korunmasına yönelik düzenlemelerin eksik yanıdır.

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
BİO	:Bağımsız idari otorite
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
Çev.	:Çeviren
E.	:Esas
Ed.	:Editör
İYUK	:İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	:Karar
KHK	:Kanun Hükümünde Kararname
md.	:Madde
No.	:Numara
RG	:Resmi Gazete
RKHK	:Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
vb.	:Ve benzeri
vd.	:Ve devamı
vs.	:Ve saire

KAYNAKÇA

- AKINCI, M.**, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayınları, İstanbul 1999.
- AKINCI, M.**, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, Rekabet Dergisi, S.5, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001.
- ALAN, N.**, Panel, Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 15-16 Mart 2001.
- ARDIYOK, Ş.**, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar-Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2002.
- ASLAN, Y.**, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.
- ASLAN, Z.**, “İdare Usul Yasasına Örnek Olarak Rekabet Kurulunun Çalışma Yöntemleri”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı, Uluslararası Sempozyum, Bildiriler, Ankara 1998.
- ASLAN, Z. – BERK, K.**, Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi, Alfa Yayınları, İstanbul 2000.

- ATAY, E. E.**, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi”, Perşembe Konferansları, S.6, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara Mart 2000 (2000a).
- ATAY, E. E.**, Fransız Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Yayınlanmamış Doçentlik tezi, Ankara 2000 (2000b).
- ATAY, E.E.**, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayını, Ankara 2000.
- AZRAK, Ü.**, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 5 Kasım 2001.
- COŞKUN, S.**, “Türkiye’de Bağımsız İdari Kuruluşlar Üzerinde Yargısal Denetim”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- DOMANİÇ, H.**, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993.
- DURAN, L.**, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Amme İdaresi Dergisi, C.30, S.1, TODAİE Yayınları, Ankara Mart 1997.
- DURAN, L.**, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- EMEK, U.**, Panel, Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 15-16 Mart 2001.
- ERKUT, C.**, Panel, Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 5 Kasım 2001.
- ERKUT, C.**, “Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu’nun Kısa Bir Değerlendirmesi”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- EROL, K.**, “Rekabet Kurulunun Yapısı, Yetkileri ve Usul”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Tes-Ar Yayınları, No:20, Ankara 1996.
- GÖNEN, K. E.**, Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş. – TAN, T.**, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş. – TAN, T.**, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, C.2, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- GÜNDAY, M.**, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 5 Mart 1999.

- KABOĞLU, İ.**, “Değerlendirme”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- MORANGE, J.**, “Fransa’da Bağımsız İdari Otoriteler”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- ÖZAY, İ.**, İdari Yaptırımlar, İÜHF Yayınları, İstanbul 1985.
- ÖZTÜRK, E.**, Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumu’nun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.
- PAULIAT, H.**, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- SANLI, K. C.**, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.
- TAN, T.**, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Perşembe Konferansları, S.4, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.
- TAN, T.**, Panel, Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 5 Kasım 2001.
- THERY, J. F.**, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- TÜRKKAN, E.**, Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001.
- ULUSOY, A.**, “Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri”, Perşembe Konferansları, S.2, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 1999.
- ULUSOY, A.**, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara 11-12 Mayıs 2000.
- ULUSOY, A.**, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- YILDIRIM, T.**, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara 11-12 Mayıs 2000.
- YILMAZ, E.**, “Yargılama Hukukçusu Gözüyle Rekabet Kurulu”, Av. Dr. Faruk Erem’e Armağan, TBB Yayını, Ankara 1999.

Karl Larenz – Befürworter des Nationalsozialismus?

Osman Isfen, Gießen/Almanya*

Özet:

Karl Larenz, 20. Yüzyıl'da Alman Hukuku'nda derin iz bırakanların başında gelmekle beraber, 30'lu senelerde hâkim olan Nasyonal Sosyalist İktidarı'na yakınlığı iddiasıyla en tartışılan isimlerden de birisidir. Devlet'te en olgun varlığı gören Hegelci Felsefe'nin yeni yorumcularından sayılan Larenz, Nasyonal Sosyalizm İdeolojisi'ni temelde hukukî bir çerçeveye oturtmak amacıyla faaliyet gösterdiğini belirtmiş ise de, bu zamandaki eserlerinde hukukun tümüyle Lider (Führer) Hitler'in şahsında merkezleştüğünü ve böylelikle Nasyonal Sosyalist İktidar'ın, özellikle devletin ve hukukun diğer kurumları önünde herhangi bir sorumluluğa tâbi tutulamayacağı yönünde anlaşılacak ifadelerde de bulunmuştur.

Anahtar Kelimeler: Larenz, Nasyonal Sosyalizm, Hegelci Felsefe

Zusammenfassung: Auch wenn Karl Larenz zu den Persönlichkeiten zählt, die das deutsche Recht im 20. Jahrhundert entscheidend geprägt haben, war er aufgrund der ihm nachgesagten Nähe zum Nationalsozialismus auch eine umstrittene Person. Larenz, den man zu den Neuinterpreten der im Staat den höchsten Wert erblickenden Hegel'schen Philosophie zählt, die Ansicht vertreten hat, daß er durch seine Aktivitäten der nationalsozialistischen Ideologie ein rechtliches Fundament verschaffen wollte, lassen sich seine Schriften aus dieser Zeit auch so deuten, daß das gesamte Recht in der Person des Führers Hitler aufgeht und daher das nationalsozialistische Regime von jeglicher Verantwortung insbesondere vor anderen staatlichen und rechtlichen Institutionen befreit ist.

Schlüsselwörter: Larenz, Nationalsozialismus, Hegelische Philosophie

"Rechtsgenosse ist, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte anstelle des die Rechtsfähigkeit ‚jedes Menschen‘

* Der Verfasser ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Strafrechtsvergleichung von *Prof. Dr. Walter Gropp* (Gießen). Einen besonderen Dank schulde ich Herrn *Prof. Dr. Wolfgang Kahl* (Gießen), der mich nachdrücklich zu dieser Arbeit motiviert hat. (isfen@t-online.de)

aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden"¹⁵⁸ So Karl Larenz im Jahre 1935. Diese Ausführungen stehen symbolisch für die Verständnisschwierigkeiten der heutigen deutschen Jurisprudenz bei der Erfassung der Frage, wie so bedeutende und herausragende Vertreter der deutschen Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert vom Gedankengut des Nationalsozialismus vereinnahmt werden konnten¹⁵⁹. Indessen bedarf es durchaus einer differenzierten Betrachtung, was Larenz' Haltung zum Nationalsozialismus in den verschiedenen Stadien seines juristischen Schaffens angeht. Nachfolgend geht es im wesentlichen darum, die Gedankengänge von Larenz in den Anfangszeiten der nationalsozialistischen Herrschaft in Deutschland nachzuzeichnen.

I. Das juristische Schaffen von Larenz in der nationalsozialistischen Zeit aus seiner Sicht

In einem nach seinem Tode veröffentlichten Brief¹⁶⁰ hat Larenz seine Aktivitäten in der Kieler Zeit¹⁶¹ als Bemühungen dargestellt, durch seine Rechts- und Staatsphilosophie dem Nationalsozialismus ein rechtes Verhältnis zum Recht und zur Staatsidee zu vermitteln¹⁶², auch wenn er diese Haltung später als „in der Tat widersprüchlich und eigentlich unverständlich“¹⁶³ bezeichnet hat¹⁶⁴. Bei der Auswahl seiner Person für den Lehrstuhl in Kiel durch *Ahlmann*¹⁶⁵ hätte ihm dieser mit auf den Weg gegeben: "Da man es nun nicht mehr ändern könne, daß die Nationalsozialisten an die Macht gekommen wären, müsse man versuchen, sie auf einen vernünftigen Weg zu bringen. Sie hätten bisher

¹⁵⁸ **Larenz, Karl** *Rechtsperson und subjektives Recht* (1935), zitiert nach *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 814.

¹⁵⁹ Vgl. zum "Trauma" in Bezug auf Larenz in der deutschen Jurisprudenz *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 808.

¹⁶⁰ *Dreier JZ* 1993 S. 454, 455f.

¹⁶¹ Larenz bekam 1933 einen Ruf von der juristischen Fakultät in Kiel, um dort einen Lehrstuhl zu vertreten, der durch die Entfernung eines jüdischen Professors aufgrund des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7.4.1933 verwaist war, vgl. *Jakobs JZ* 1993 S. 805 und *Dreier JZ* 1993 S. 454, 455.

¹⁶² Vgl. *Kokert ZNR* 1996 S. 23.

¹⁶³ Zitiert nach *Dreier JZ* 1993 S. 454, 455.

¹⁶⁴ *Diederichsen NJW* 1993 S. 902 führt hierzu in seinem Nachruf zu Karl Larenz aus, daß "für seine Schüler dieses Briefes nicht (bedurfte). Wir haben von ihm in manchem Gespräch etwas von den vielen Möglichkeiten ideologischer Irrwege erfahren, wobei es ihm nicht um Schonung seiner eigenen Person ging."

¹⁶⁵ *Wilfried Ahlmann* (geb. 1895), stammend aus einer sehr bekannten Kieler Bankiersfamilie, war 1933 Hilfsreferent in der Hochschulabteilung des preußischen Kultusministeriums. Später stand er der Widerstandsbewegung nahe. Am 7.12.1944, nach dem gescheiterten Attentat auf Hitler, nahm er sich das Leben.

kein rechtes Verhältnis zur Rechts- und Staatsidee. Um ihnen dies zu vermitteln, müsse man ihnen eine Rechts- und Staatsphilosophie, wie ich sie in meiner Schrift über die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus dargestellt hatte, in einer solchen Weise nahebringen, daß sie sich darin wiederfinden und sie akzeptieren könnten. Das sollte meine Aufgabe sein."¹⁶⁶ Larenz konstatiert, daß er von den Ausführungen *Ahlmanns* stark beeindruckt gewesen war¹⁶⁷, auch wenn er keine Ahnung gehabt hätte, wie er diesen Auftrag hätte ausführen sollen¹⁶⁸. Er gesteht jedoch ein, daß das, was *Ahlmann* sagte, "aus heutiger Sicht¹⁶⁹ völlig unsinnig und realitätsfern" war: "Natürlich weiß ich heute, daß ich dem Rat von *Ahlmann* nicht hätte folgen sollen. Ich will da nichts beschönigen.¹⁷⁰ ... Damals glaubten aber wirklich viele, der Nationalsozialismus sei eine noch formbare Masse."¹⁷¹

II. Das juristische Schaffen von Larenz in der nationalsozialistischen Zeit aus der Sicht seiner Äußerungen

Nachdem vorstehend das Selbstverständnis von Larenz von seinen Aktivitäten im Zeitalter des Nationalsozialismus wiedergegeben wurde, gilt es jetzt exemplarisch zu untersuchen, ob und inwiefern – trotz der späten Einsicht in die Sinnlosigkeit seines Unterfangens – seine einzelnen Ausführungen aus dieser Zeit dem Maßstab seines damaligen Selbstverständnisses gerecht werden; insbesondere wird nachzuforschen sein, ob und inwiefern Larenz dabei im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie argumentiert hat.

1. Larenz als Hegelianer

Im Vorfeld einer solchen Beschäftigung ist es zweckmäßig, zuerst die Grundeinstellung von Larenz zum Verhältnis Staat und Individuum als Hegelianer, zu dessen Hauptrepräsentanten er Anfang der 30er Jahre

¹⁶⁶ Zitiert nach *Dreier JZ* 1993 S. 454, 456.

¹⁶⁷ Larenz' späterer Schüler *Prölss JZ* 1994, S. 33 gewann von ihm den Eindruck, daß dieser in der fraglichen Zeit "ein ziemlich weltfremder Gelehrter gewesen war, der sich – befangen in romantisch-idealistischen Vorstellungen und verführt auch durch die (vielleicht mißverstandene) Philosophie Hegels – in ein nationales Pathos gesteigert hatte."

¹⁶⁸ *Dreier JZ* 1993 S. 454, 456.

¹⁶⁹ Der Brief wurde am 15.2.1987 verfaßt, vgl. *Dreier JZ* 1993 S. 454, 455.

¹⁷⁰ Zitiert nach *Dreier JZ* 1993 S. 454, 457.

¹⁷¹ Zitiert nach *Dreier JZ* 1993 S. 454, 456. Larenz dachte nach eigener Aussage zwar "national", hielt aber die Nationalsozialisten für "unfähig", vgl. *Dreier JZ* 1993 S. 454, 455. Der NSDAP trat er (erst) 1937 ein.

gezählt wird¹⁷², kurz nachzuzeichnen: Larenz sah, auch in der Nachkriegszeit, im Staat den höchsten Wert, dem sich der einzelne Mensch zu fügen hatte; der Staat mußte nicht legitimiert werden, sondern besaß ein eigenes Existenzrecht. Daher spielte für Larenz die Volkssouveränität keine Rolle, insbesondere verbürgten Mehrheitsentscheidungen nicht die Richtigkeit. Dem Staat wies Larenz eine mit Zwangsmitteln ausgestattete Schiedsrichterfunktion zu, womit die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Kräfte im Gleichgewicht gehalten werden sollten¹⁷³. In seiner Rechtstheorie bildeten nicht die Rechte, sondern die Pflichten des Einzelnen die Grundlage, weil im Recht nicht der Einzelne, sondern die Gemeinschaft das Erste und Höchste war¹⁷⁴. Just diese konservative¹⁷⁵ Grundhaltung von Larenz macht es nicht leicht, eine strenge Grenze zwischen dem Konservatismus, vor allem idealistischer Prägung, und dem Nationalsozialismus in seinen Gedankengängen zu ziehen und verursacht daher nicht unerhebliche Einordnungsschwierigkeiten.

2. Larenz Entgegnung auf Hedemanns "Flucht in die Generalklausel"

Eine der ersten gewichtigen Äußerungen von Larenz in seiner Kieler Zeit, die sich für die vorliegende Untersuchung als fruchtbar erweist, entstammt einer Besprechung des Buches von *Justus Wilhelm Hedemann* "Die Flucht in die Generalklausel" aus dem Jahre 1933¹⁷⁶.

Hedemanns Warnung vor mißbräuchlicher Verwendung von Generalklauseln durch den Nationalsozialismus

Dieses Buch ist deshalb vom besonderen Interesse, weil sich *Hedemanns* Grundaussagen mit denen von *Ahlmanns* gegenüber Larenz decken¹⁷⁷. *Hedemann* sah die große Gefahr, daß sich Deutschland mit Blick auf Italien und Rußland zum "nackten Gewalt- und Machtstaat" entwickeln könnte¹⁷⁸. Den Nachweis dieser Gefahr führte *Hedemann* anhand der Verwendung von Generalklauseln: er gelangte zum Ergebnis, daß Generalklauseln, wie z.B. "Staatswohl", "Gemeinwohl", "Schutz des

¹⁷² Vgl. *Canaris* JZ 1993 S. 404, 405.

¹⁷³ Vgl. zum Ganzen *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 43 m.w.N.

¹⁷⁴ Vgl. *Jakobs* JZ 1994 S. 34.

¹⁷⁵ *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 43.

¹⁷⁶ **Larenz, Karl** Rezension zu *Justus Wilhelm Hedemann* „Die Flucht in die Generalklausel“ (1933), in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 100, 1934, S. 378ff.

¹⁷⁷ Vgl. *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 27.

¹⁷⁸ **Hedemann, Justus Wilhelm** *Die Flucht in die Generalklausel* (1933) S. 51f, 66, 71f.

Volkes" usw. für den Richter unweigerlich die politische Zweckfrage (Was ist Staatsvolk? Worin besteht das Gemeinwohl? usw.) aufwerfen müsse¹⁷⁹. Wie aber sollte der Richter diese außerhalb der Justiz liegenden Fragen beantworten? Letzten Endes würde nach *Hedemanns* Ansicht die Handhabung von Generalklauseln in einer totalitären Diktatur zur "nackten Willkür"¹⁸⁰ führen. Daher forderte er mit Blick auf Deutschland den jeweiligen Träger der Macht zur Selbstbeschränkung auf, indem sich dieser den Unterschied zwischen den wirklich staatsnotwendigen Fragen und dem übrigen Teil der Rechtsordnung vor Augen halten sollte¹⁸¹. Greife der Träger der Macht, so *Hedemann*, aber weiter, insbesondere ins Privatrecht und in den unpolitischen Teil des Strafrechts hinein, so daß auch hier der Beweglichkeitsfaktor (der Generalklauseln) mit dem Machtfaktor in Eins verschmelze, so steige Byzanz empor, und die Zeichen wiesen auf Niedergang¹⁸². Mit besonderer Eindringlichkeit wandte sich *Hedemann* den Richtern zu, denn die größte historische Frage, ob Generalklauseln Segen stifteten oder Fluch brachten, hänge letzten Endes von der Richterschaft eines Volkes ab¹⁸³. Deshalb sollte der Richter der völligen Ideologisierung der Generalklauseln widerstehen¹⁸⁴.

a) Die Funktion der Generalklauseln in der nationalsozialistischen Zeit aus der Sicht von Larenz

Würde man nun die Maßstäbe anlegen, die sich Larenz für seine Kieler Zeit in seinem oben angeführten Brief aufgestellt hatte, müßte man im Grunde von ihm erwarten, daß er den politischen Ausführungen von *Hedemann* voll und ganz zustimmt. Larenz warf auch die "äußerst schwierige und ernste Frage" auf, wie weit die deutschen Juristen bei der kommenden Neugestaltung des deutschen Rechts in der Verwendung von Generalklauseln gehen konnten, ohne daß die von *Hedemann* befürchteten Schäden für den Richter selbst, für die Rechtspflege und damit für die Volksgemeinschaft eintraten¹⁸⁵. Trotz dieser zustimmend formulierten Aussagen teilte Larenz jedoch *Hedemanns* Aussagen für den nationalsozialistischen Staat nicht: für Larenz hatten sich die moralischen und rechtlichen Gesinnungen inzwischen tiefgreifend gewandelt¹⁸⁶. Nach seiner Einschätzung hatten sich die Generalklauseln aber gerade nach

¹⁷⁹ *Hedemann* (FN 21) S. 72.

¹⁸⁰ *Hedemann* (FN 21) S. 72.

¹⁸¹ *Hedemann* (FN 21) S. 73.

¹⁸² *Hedemann* (FN 21) S. 74.

¹⁸³ *Hedemann* (FN 21) S. 74.

¹⁸⁴ *Hedemann* (FN 21) S. 76.

¹⁸⁵ Vgl. *Larenz* (FN 19) S. 380.

¹⁸⁶ *Larenz* (FN 19) S. 380.

dem weltanschaulichen Umbruch als Einbruchsstellen neuer Rechtsauffassungen bewährt: sie "erfüllen damit wenigstens während der Übergangszeit die wichtige Aufgabe, dem neuen Geist auch ohne Änderung des Gesetzestextes Rechnung zu tragen."¹⁸⁷ Gerade an dieser Stelle tritt die Diskrepanz mit *Hedemann* deutlich zutage: während *Hedemann* in seinem Buch die Richter aufforderte, die Generalklausel zurückhaltend und im Sinne des althergebrachten Bürgerlichen Rechts zu gebrauchen¹⁸⁸, sah Larenz die gegenwärtige Funktion der Generalklausel gerade in der interpretativen Gesetzeskorrektur im nationalsozialistischen Geist; der Richter sollte nationalsozialistisch denken und entscheiden. Larenz führte aus: „Gewiß ist die Stellung des Richters, der Generalklauseln anzuwenden hat, heute eine ganz andere als früher. Während er in der Zeit der weltanschaulichen Zerrissenheit durch jede entschiedene Stellungnahme einen Teil des Volkes gegen sich aufbrachte, kann er sich heute auf eine in den entscheidenden Grundlagen einheitliche Rechts- und Staatsauffassung des ganzen Volkes stützen. Die Gefahr der Willkür schwindet, je mehr sich die sittlichen Anschauungen der Volksgemeinschaft festigen, die der Richter seinen eigenen Urteilen zugrunde legt.“¹⁸⁹

Freilich ließ Larenz *Hedemanns* Warnung vor der unkontrollierten und mißbräuchlichen Handhabung der Generalklauseln eine gewisse Berechtigung, wobei jedoch die Gefahr der Generalklauseln nach Larenz' Ansicht lediglich in der Verführung zur Bequemlichkeit in einer starken Vereinfachung und im Verzicht auf eine wirkliche geistige Durchdringung des Stoffes lag¹⁹⁰. Aus diesem Grund forderte er für den "nationalsozialistischen Staat", daß dieser Staat den Richter an bestimmte Gesetzesnormen binde und nicht dazu übergehe, an die Stelle eines wohlgefügtten Rechtssystems nur einige wenige Generalklauseln zu setzen¹⁹¹. Folgerichtig waren aber die Rechtsnormen, an die der Richter gebunden werden sollte, nicht die überkommenen Normen des Bürgerlichen Rechts, sondern die im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung korrigierten Rechtsnormen. Larenz bestimmte: „Es kommt nun darauf an, die sittlichen Grundlagen und Leitgedanken der neuen Rechtsordnung, statt sie nur in der Form von Generalklauseln dem unübersehbaren Stoff der Einzelbestimmung anzuhängen, in diesen Stoff selbst hineinzuarbeiten. Die Starrheit der Einzeltatbestände selbst muß

¹⁸⁷ Larenz (FN 19) S. 381.

¹⁸⁸ Vgl. auch *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 29.

¹⁸⁹ Larenz (FN 19) S. 381.

¹⁹⁰ Larenz (FN 19) S. 381.

¹⁹¹ Larenz (FN 19) S. 381.

überwunden werden, indem jeder einzelne Rechtsbegriff mit einem neuen, konkreten Gehalt erfüllt wird. Hier liegt die künftige Aufgabe der deutschen Rechtswissenschaft."¹⁹²

Insgesamt stehen Larenz' Ausführungen über die Generalklauseln im nationalsozialistischen Rechts- und Staatssystem im krassen Widerspruch zu den Einlassungen, die sich in seinem oben angeführten Brief wiederfinden. Nichts deutet in dieser Besprechung darauf hin, daß Larenz den Nationalsozialismus geistig beeinflussen wollte; ebenso wenig ist von einem ethischen Fundament zu spüren, auf dem der in der Entstehung begriffene Staat errichtet werden sollte¹⁹³. Vielmehr hatte Larenz den Nationalsozialismus selbst zum maßgebenden Fundament der künftigen Rechtsentwicklung erklärt und damit genau das getan, was *Ahlmann* und *Hedemann* gerade verhindern wollten.

3. Die "künftige Aufgabe der deutsche Rechtswissenschaft" am Beispiel des Personenbegriffes

An dieser Stelle sei an einem Beispiel demonstriert, wie diese oben angeführte "künftige Aufgabe der deutschen Rechtswissenschaft" auszusehen hatte, wofür sich hier im besonderen Maße der als Einleitungssatz vorangestellte Vorschlag von Larenz zur Neugestaltung des § 1 BGB anbietet.

In § 1 BGB wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Rechtsfähigkeit *jeder Person* zukommt¹⁹⁴. Jedoch war das, was heute in der aufgeklärten Gesellschaft nicht anders denkbar erscheint, nicht immer so selbstverständlich¹⁹⁵. Für Larenz als Privatrechtslehrer stellte sich vor diesem Hintergrund einerseits und der nationalsozialistischen Maxime andererseits, daß „Gemeinnutz vor Eigennutz“ geht¹⁹⁶, die Frage, wie das Verhältnis Gemeinschaft und Individuum im nationalsozialistischen Staat auszusehen hatte. In der Tat folgerte Larenz aus dem Gedanken des Gemeinschaftsrechts¹⁹⁷, daß der „Grundbegriff der künftigen

¹⁹² Larenz (FN 19) S. 382.

¹⁹³ *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 30.

¹⁹⁴ Vgl. nur **Schapp, Jan/Schur, Wolfgang** *Bürgerliches Recht*, 3. Auflage (2003) Rn. 401.

¹⁹⁵ Vgl. zu verschiedenen Stadien der geschichtlichen Entwicklung des Personenbegriffes *Hattenhauer* JuS 1982 S. 405f.

¹⁹⁶ Ziffer 24 des 25-Punkte-Programms der Nationalsozialisten vom 24. 2. 1920.

¹⁹⁷ Siehe hierzu **Larenz, Karl** *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie* (1934), zitiert nach *Jakobs* JZ 1993 S. 805, 811: demnach hat der Nationalsozialismus in Deutschland eine neue, die spezifisch "deutsche Rechtsidee" zur Geltung gebracht. Diese deutsche Rechtsidee setzt an die Stelle der bloßen Koexistenz der Individuen die Gemeinschaft, an die Stelle der abstrakten Gleichheit

Privatrechtsordnung nicht mehr die Person, die abstrakt gleiche Träger von Rechten und Pflichten (sein kann), sondern der Rechtsgenosse..., der als Glied der Gemeinschaft eine ganz bestimmte Rechts- und Pflichtenstellung hat. Entscheidend für die Rechtsstellung des Einzelnen ist nicht mehr sein Personensein überhaupt, sondern sein konkretes Gliedsein."¹⁹⁸ Demnach konnte es nach Larenz ein "Privatrecht als abgesondertes Recht der Einzelperson nicht mehr geben."¹⁹⁹ Damit wurde für überwunden erklärt die maßgebend von der Dogmatik *Savignys* bestimmte gemeinrechtliche Zivilistik des 19. Jahrhunderts, die ihre Grundlage im ethischen Individualismus von *Kant* hatte, dessen Grundlage der abstrakte Personenbegriff und somit die Annahme war, daß jeder einzelne Mensch rechtsfähig war kraft seines sittlich freien Wesens²⁰⁰. An ihre Stelle trat die Auffassung, daß das Recht die Lebensform der Gemeinschaft war, denn das Recht sei nicht „auf den einzelnen, sondern auf eine konkrete Gemeinschaft als seine Träger und zugleich als seine höchste Norm bezogen."²⁰¹ Damit höre das Recht auf, "eine Zwangsordnung über einzelne Individuen zu sein, es ist vielmehr die Ordnung, in der die Glieder eines Volkes stehen, die sie umfängt und hält und in der sie ... ihre Aufgabe und Gleichstellung haben."²⁰² Damit seien auch bereits die Grundbegriffe angedeutet, auf denen sich eine neue Systematik aufbauen müsse: „Es sind dies der Volksgenosse als Rechtsgenosse (anstelle der abstrakten Person) und seine konkrete Rechtsstellung als seine Stellung im Recht, seine Gliedstellung in der Gemeinschaft und seine Stellung im Verhältnis zu den anderen Volksgenossen... Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft²⁰³ habe ich Rechte und

die Gliedhaftigkeit der Einzelnen in der Gemeinschaft, den Vorrang des Gemeininteresses vor dem Eigennutz, die Einräumung subjektiver Rechte um der damit verbundenen Pflichten willen, die Abschwächung des Gegensatzes von öffentlichem und Privatrecht und den Vorrang des ersteren. Weiterhin fordert **Larenz, Karl** *Volksgeist und Recht* (1935), zitiert nach *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 812, daß in diesem Sinne "Blut zu Geist und Geist zu Blut werden (muß), wo ein schöpferischer Wurf gelingen soll."

¹⁹⁸ Larenz Rechtserneuerung (FN 40) zitiert nach *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 814.

¹⁹⁹ Larenz Rechtsperson (FN 1), zitiert nach *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 814.

²⁰⁰ Vgl. *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 814.

²⁰¹ Larenz, Rechtserneuerung (FN 40), zitiert nach *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 809. Siehe zu hegelianischen Bezügen dieser Auffassung vom Recht *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 809f.

²⁰² Larenz, Rechtsperson (FN 1), zitiert nach *Jakobs JZ* 1993 S. 805, 814.

²⁰³ Wohl eine Anspielung auf *Kants* Metaphysik der Sitten, zitiert nach **Larenz, Karl/Wolf, Manfred** *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage (1997) § 2 Rn. 3: "Vernunftlose Wesen haben nur einen relativen Wert, als Mittel, und heißen daher Sachen, dagegen vernünftige Wesen Personen genannt werden, weil ihre Natur

Pflichten und die Möglichkeit Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Nur als Glied der Gemeinschaft hat er seine Ehre, genießt er Achtung als Rechtsgenosse. Rechtsgenosse zu sein, d.h. im Recht zu leben und eine bestimmte Gliedstellung auszuführen, ist also ein Vorrecht des Volksgenossen. Es ist, wenn man so will, eine besondere Qualität nicht des Menschen schlechthin, sondern des Volksgenossen.²⁰⁴ Diesen Ausführungen schließen sich dann die zwei Sätze an, die zu Recht als die Übertrumpfung²⁰⁵ des in Ziffer 4 nur vor der Staatsbürgerschaft²⁰⁶ redenden Programms der Nationalsozialisten angesehen und mit denen Larenz' Verstrickung in den Nationalsozialismus belegt wird: "Rechtsgenosse ist, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an die Stelle des die Rechtsfähigkeit 'jedes Menschen' aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden."²⁰⁷

1. Die Bindung des nationalsozialistischen Gesetzgebers

Von gewichtiger Ergiebigkeit ist auch die Untersuchung der Frage bei Larenz, ob und in welchem Maße eine Bindung des Gesetzgebers im nationalsozialistischen Staat geben sollte, zielte doch sein „Auftrag“ darauf ab, dem nationalsozialistischen Staat durch seine – Larenz' – Rechts- und Staatsphilosophie ein rechtes Verhältnis zum Recht und zur

sie schon als Zwecke an sich selbst, das ist etwas, das nicht bloß als Mittel gebraucht werden darf, auszeichnet."

²⁰⁴ Larenz Rechtsperson (FN 1), zitiert nach *Jakobs* JZ 1993 S. 805, 814.

²⁰⁵ So *Jakobs* JZ 1993 S. 805, 814.

²⁰⁶ Ziffer 4 des 25-Punkte-Programms der Nationalsozialisten vom 24. 2. 1920: "Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist, Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksicht auf Konfession. Kein Jude kann daher Volksgenosse sein."

²⁰⁷ Vgl. FN 1. *Prölss* JZ 1994 S. 33 weist daraufhin, daß Larenz an dieser Stelle weiterzulesen sei: „Allerdings kann und wird der Fremde in vielen Beziehungen als Gast dem Rechtsgenossen gleichgestellt werden. Der Ausländer, der sich auf dem deutschen Boden befindet, unterliegt der Herrschaftsgewalt des deutschen Staates, genießt Leib- und Lebensschutz sowie Vermögensrechte und nimmt teil am Rechtsverkehr. Er ist selbstverständlich nicht etwa ein Rechtsobjekt. Der Nichtrechtsgenosse ist Rechtssubjekt, er genießt eine beschränkte Rechtsfähigkeit, die ihm von der Volksgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft im bestimmten Umfang zugestanden wird. Er ist aber nicht, wie der Volksgenosse, kraft seiner Geburt dazu bestimmt, der Gemeinschaft anzugehören, in ihrem Recht zu leben.“ Freilich gibt auch *Prölss* JZ 1994 S. 33 zu, daß „auch das vollständige Zitat eine höchst unerfreuliche Äußerung“ ist. Den Ausführungen von *Prölss* entgegnet *Jakobs* JZ 1994, S. 34.

Staatsidee zu vermitteln. Larenz stellt dabei zuerst die Frage, ob es im nationalsozialistischen Führerstaat irgendeine Bindung geben könnte, die die Macht des Gesetzgebers bzw. „Führers“ hätte begrenzen können und bejaht sie zunächst im Grundsatz: „Auch der Gesetzgeber ist nach unserer Auffassung nicht frei im Sinne willkürlichen Beliebens, sondern hineingebunden in die Gemeinschaft, deren Organ er ist. Er ist gehalten, seine Entscheidung im Einklang mit den Sitten und dem sittlichen und rechtlichen Gemeinbewußtsein der Nation zu treffen.“²⁰⁸ Demnach traten die Sitten sowie das sittliche und rechtliche Gemeinbewußtsein der Nation als eigener Maßstab dem Gestaltungswillen des Gesetzgebers entgegen. Hier könnte in der Tat Larenz' Versuch zu sehen sein, die gesetzgebende Staatsgewalt auf ein ethisches Fundament zu stellen und somit in die Schranken zu verweisen. Die Bindung des Gesetzgebers an die Sitten sowie das sittliche und rechtliche Gemeinbewußtsein der Nation kann jedoch nur dann eine begrenzende Wirkung entfalten, wenn eine vom Gesetzgeber zu unterscheidende Gewalt den Inhalt der Sitten und des Gemeinbewußtseins der Nation festlegt und bei einem Verstoß gegen diesen Maßstab den Gesetzgeber korrigieren, eben in seine Schranken verweisen kann²⁰⁹. Dies setzt für den Richter jedoch voraus, daß er befugt ist, die Einhaltung der Sitten und des sittlichen und rechtlichen Gemeinbewußtseins der Nation nachzuprüfen. Während Larenz in der Weimarer Zeit den Richtern dieses Rechts zugestanden hatte²¹⁰, kommt er 1934 zu einem anderen Ergebnis: „Im Führerstaat ist die Frage jedoch anders zu entscheiden; denn es ist die Idee des Führers, daß in ihm die Einheit von Volkswille und Staatswille ihren sichtbarsten Repräsentanten und Bürger gefunden hat. Niemand anders als der Führer kann daher die letzte Entscheidung darüber fällen, ob eine bestimmte Regelung gelten soll. Ihm gegenüber bedarf es keiner Garantie für die Wahrung der Gerechtigkeit; da er kraft seines Führertums der 'Hüter der Verfassung', und d.h. hier: der ungeschriebenen konkreten Rechtsidee seines Volkes ist. Ein auf seinen Willen zurückgehendes Gesetz unterliegt daher keiner richterlichen Nachprüfung.“²¹¹ Eine andere Auslegung als die der unbeschränkten Herrschaftsbefugnis des „Führers“ läßt sich diesen Ausführungen schwerlich entnehmen. So schließt auch Larenz seine Ausführungen unter Hinweis auf den „Führer“ mit den Worten: "Er gehorcht nicht einer an ihn gerichteten Norm, sondern dem Lebensgesetz der Gemeinschaft, das in ihm Fleisch und Blut gewonnen hat. Sein Wille ist mit der Gemeinschaft eins, weil in ihm der Privatmann völlig

²⁰⁸ Larenz *Rechtserneuerung* (vgl. FN 40), zitiert nach *Kokert ZNR* 1996 S. 23, 31.

²⁰⁹ *Kokert ZNR* 1996 S. 23, 31.

²¹⁰ Vgl. *Kokert ZNR* 1996 S. 23, 31.

²¹¹ Larenz *Rechtserneuerung* (vgl. FN 40), zitiert nach *Kokert ZNR* 1996 S. 23, 31.

ausgelöscht ist, und er nichts anderes als das Gemeininteresse will. Ihm ist alle Verantwortung anvertraut, denn für ihn und durch ihn ist die Gemeinschaft die lebendigste Wirklichkeit."²¹²

Später, im Jahre 1935, spricht Larenz in seiner Schrift „Volksgeist und Recht“ – ein Aufsatz, der nach eigener Aussage gerade im Sinne *Ahlmanns*, seines Auftraggebers zur Bindung des nationalsozialistischen Staats an das Recht, geschrieben sein soll²¹³ – den nationalsozialistischen Gesetzgeber erneut frei vom Verdacht der Willkür: „Weder gibt es ein ihn bindendes Naturrecht noch den sogenannten Primat des Völkerrechts vor dem innerstaatlichen Recht der Volksgemeinschaft. Endlich bindet den Gesetzgeber auch keine abstrakte Rechtsidee im Sinne einer zeitlos und für alle gültigen Norm. Solche Freiheit von normativen Bindungen vor- oder überstaatlicher Art bedeutet aber für den völkischen Gesetzgeber, wie nunmehr klar sein dürfte, das Gegenteil von Willkür, denn stärker als alle Schranken solcher Art bindet den Gesetzgeber sein eigenes Wesensgesetz, seine Verwurzelung in der Substanz, im Volksgeist.“²¹⁴

Die existentielle Bindung des "Führers" an den Volksgeist und die völkische Rechtsidee hatte Larenz in seinen Aufsätzen vertreten müssen, um die Gestaltungsfreiheit des "Führers" nicht als pure Willkür erscheinen zu lassen und somit den Anschein einer Rechtsstaatlichkeit wahren zu können²¹⁵. Wurde jedoch nachgeforscht, wer diesen Volksgeist repräsentierte und wer den Inhalt der völkischen Rechtsidee bestimmte, so kam wieder der "Führer" zum Anschein: dieser war aber, wie oben herausgearbeitet, nur seinem Gewissen unterworfen. Letzten Endes war der nationalsozialistische Gesetzgeber also doch an nichts gebunden: der Geist des "Führers" war schrankenlos.

III. Schlußwort

Der Einfluß von Larenz in der nationalsozialistischen Zeit wird unterschiedlich beurteilt: während auf der einen Seite die Ansicht herrscht, daß Larenz ein führender nationalsozialistischer Rechtsgelehrter war²¹⁶, wird auf der anderen Seite darauf hingewiesen, daß sein Schaffen weitgehend wirkungslos blieb und von der Wissenschaft und der Rechtsprechung nicht aufgegriffen wurde, ja gar heftige Kritik an ihn ausgeübt wurde, so daß im Ergebnis sein nach 1945 erworbenes

²¹² Larenz Rechtserneuerung (vgl. FN 40), zitiert nach *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 31.

²¹³ Vgl. *Dreier* JZ 1993 S. 454, 456.

²¹⁴ Larenz Volksgeist (vgl. FN 40) zitiert nach *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 34.

²¹⁵ *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 34.

²¹⁶ Vgl. die Nachweise bei *Kokert* ZNR 1996 S. 23, 40, FN. 129 und S. 41 FN. 137.

Renommee nicht auf die davor liegende Zeit übertragen werden dürfe²¹⁷. Auch hinsichtlich des Schaffens von Larenz nach 1945 herrschen Einordnungsschwierigkeiten. Während auf der einen Seite die These vertreten wird, daß Larenz' Schaffen im heutigen juristischen Denken fortwirkt – so in der Lehre vom subjektiven Recht, in der Theorie von der Geltung der Willenserklärung, in der Richterrechtsdoktrin, in der zivilrechtlichen Dogmatik auf die Pflichten des einzelnen²¹⁸ – wird auf der anderen Seite darauf hingewiesen, daß sich Larenz von seiner auf dem Führerprinzip aufbauenden völkischen Rechtsidee nach 1945 distanziert hat²¹⁹. In der Tat vermag die Ansicht, daß in Larenz auch nach 1945 ein – wenn auch verwandelter – Nationalsozialist zu sehen sein soll²²⁰, nicht zu überzeugen. Larenz mag an seiner auf Hegel beruhenden universalistisch-konservativen Grundhaltung nach 1945 festgehalten haben²²¹. Jedoch brachte er auch in seinen Schriften nach 1945 zum Ausdruck, daß er jede staatliche Willkür, Maßlosigkeit, Wahlbeeinflussung, jeden staatlichen Mißbrauch und Machtrausch ablehnte; zur Vermeidung solcher Mißstände forderte er Gewaltenteilung, Begrenzung und Kontrolle der Macht, die Möglichkeit des Regierungswechsels, die Gewährung von Rechtsschutz einschließlich eines rechtsstaatlichen Verfahrens sowie moralische Autorität und Integrität derer, die die Rechtsordnung repräsentieren²²². Daher kann davon ausgegangen werden, daß Larenz zwar seinem hegelianisch-konservativen Staats- und Gesellschaftsverhältnis auch nach 1945 treu geblieben ist, er aber nicht (mehr) zu den Befürwortern einer völkischen Rechtsidee gezählt werden kann. Insoweit bedarf die Beurteilung seiner Person einer differenzierenden Betrachtung. Er steht auf einer Art in Stellvertretung für die Höhen und Tiefen der deutschen Wissenschaft im 20. Jahrhundert. Für die heutige Jurisprudenz gilt es, ihn in kritischer Begleitung fruchtbar zu machen für die Bedürfnisse der deutschen Rechtswissenschaft für die Gegenwart und die Zukunft.

²¹⁷ Kokert ZNR 1996 S. 23, 41f.

²¹⁸ Vgl. Jakobs 1994, S. 34. Die mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 zum Grundtatbestand des Leistungsstörungenrechts gewordene „Pflichtverletzung“ in § 280 I BGB geht nach Jakobs JZ 1994, S. 34 auf Larenz zurück.

²¹⁹ Kokert ZNR 1996 S. 23, 42f.

²²⁰ Vgl. Jakobs JZ 1994 S. 34: " Das Problem des Nationalsozialismus nach 1945 war nicht der tote *Hitler*, nicht jene führungslos geworden Clique und Gefolgschaft. Das Problem des Nationalsozialismus nach 1945 war und ist – auf eine exemplarische Weise – *Karl Larenz*."

²²¹ Kokert ZNR 1996 S. 23, 43.

²²² Vgl. zum Ganzen mit Nachweisen Kokert ZNR 1996 S. 23, 43.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı²²³

Çeviren Yrd. Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR*

1. Almanya'da uydu yardımıyla dinlenip seyredilebilen radyo ve televizyon programları -ki, bunlara yabancı programlar da dahildir-, Federal Anayasanın 5. maddesi, 1. fıkrası, 2. yarım cümlesi anlamında umuma açık haber kaynaklarıdır²²⁴.

2. Şayet umuma açık haber kaynağının ferdî kullanıma elverişli hâle getirilmesi için teknik donanım ihtiyacı varsa, bunun temin edilebilmesi ve kullanılması temel hakların korunması kapsamına girer.

3. Hukuk mahkemelerinin, olağan olarak kiracının kiralayandan çanak (parabol) anten kurmaya rıza göstermesi talebini, kiralayanın kiralanan yere kablolu yayın hattını çektiği sebebiyle reddetmesi, aynı talebin Anayasa Mahkemesi tarafından da reddini gerektirmez.

4. Federal Almanya'da devamlı olarak ikamet eden yabancıların, kendi ülkelerinin radyo ve televizyon programlarına olan hassasiyetleri, kiracı ve kiralayan arasındaki davaların karara bağlanmasında nazarı itibara alınmalıdır. Bunda eşitlik ilkesine aykırı bir durum söz konusu değildir.

Bay K'nın, Essen Asliye Mahkemesi'nin 25 Eylül 1992 tarih ve 10 S258/92 sayılı kararına, vekilleri Michael Mundstock ile Gisa Mundstock (Gervinstr. 1 Essen) aracılığı ile Anayasa Mahkemesine yaptığı şikayette, Anayasa Mahkemesi Birinci Dairesinin 9 Şubat 1994 tarihli ve 1 BvR 1687/92 sayılı hükmü.

Karar formülü

Essen Asliye Mahkemesi'nin 25 Eylül 1992 - 10 S 258/92 tarihli kararı davacının, Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrası, 2. yarım cümlesindeki temel hakkını ihlâl etmiştir. Dava sulh mahkemesince reddedilir. Daha sonra Asliye Mahkemesi de davayı reddeder. (Bu

²²³ Original metin için bkz. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 90. Bd. Lieferung 1-4, Tübingen 1994, s. 27-39.

²²⁴ * Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Kararda zikredilen Federal Anayasa Mahkemesi'nin diğer kararları ve diğer Yüksek Mahkemelerin konu ile kararları hakkındaki açıklamalar, orijinal metinde bulunmayıp, okuyucuya bilgi vermek amacıyla tarafımızdan eklenmiştir.

arada) Kuzey Ren Westfalya Hükümeti davacının yaptığı zarurî masrafları tazmin eder.

Gerekçeler

A. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan şikayet, bir kiracının oturduğu eve bağımsız bir çanak (parabol) anten takmak istemesi ile ilgilidir.

1. Anayasa Mahkemesi'ne şikayette bulunan bir Türk vatandaşdır. Bu şahıs 1990 yılından beri, karısı, yedi çocuğu ve gelini ile birlikte Essen'de kirada oturmaktadır. Kiralayan ise, bir konut yapı şirketidir. Dava konusu binada, beşten fazla Alman televizyon programını alabilen müşterek bir anten mevcuttur. Şikayetçi, 1992 yılı başında Türk televizyon programlarını da izleyebilmek için kiralayandan, bir çanak anten cihazının kurulmasına izin vermesi talebinde bulunur. Konut yapı şirketinin böyle bir talebi reddetmesi üzerine kiracı dava açar.

2. a) Sulh mahkemesi davayı reddeder. Mahkemeye göre, böyle bir talebin gereğini yapma Medeni Kanun (BGB)'nin 535²²⁵ ve 563²²⁶ paragrafında yer almaktadır. Uydu yayınlarını alan cihazlar sayesinde televizyon programlarını seyretme, kiralanan evin olağan kullanımına dahil bir husus değildir. Kira sözleşmesinden de, böyle bir talebe engel olunmayıp, bilâkis, rıza gösterilmesi gibi bir sonuç çıkmamaktadır. Medeni Kanunun 242. paragrafından²²⁷, kiracının haber alma isteği ile kiralayanın, evin dış görünüşünün bozulmadan muhafaza edilmesindeki menfaati bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda kiralayanın menfaatinin kabul görmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Çünkü, bir kimse kendi ülkesi ile bağlantısını radyo aracılığı ile de sürdürebilir. Ayrıca kiracının çocukları, Alman televizyon programlarının yayınlarını ona tercüme edecek durumdadırlar. Zaten kiracının video vasıtasıyla da ülkesiyle irtibat imkânı vardır. Aynı şekilde çevrede video kaseti satan pek çok Türk işyeri bulunmaktadır. Nihayet, şikayetçi bir yıldan sonra, içerisinde yabancı yayınların da bulunduğu kablolu yayına kavuşmaktadır. Buna karşılık çanak anten,

²²⁵ "Kira sözleşmesinin esası" başlığını taşıyan BGB § 535 hükmü şöyledir. "Kira sözleşmesi ile kiralayan, kiracıya sözleşme süresince kiralanan şeyin kullanımına müsaade etmekle yükümlüdür. Kiracı kiralayana kararlaştırılan kira bedelini ödemekle yükümlüdür."

²²⁶ BGB § 535 (Kiralayanın yükümlülüğü) "Kiralayan, kiracıya kiralanan şeyi uygun bir şekilde teslim etmek ve kira süresince aynı durumda bulundurmak zorundadır."

²²⁷ "Doğruluk ve güven kavramlarına göre ifa" başlığı altında BGB § 242'de şu hüküm yer almaktadır. "Borçlu edinimi ticari teamüle riayetle doğruluk ve güven kurallarına göre ifa etmekle yükümlüdür."

kira konusu binayı devamlı etkisi altında bırakıp, bina sahibinin kabul edemeyeceği ağır bir yük meydana getirmektedir. Kiralayanın, kiracının talebini reddetmesinin bir başka sebebi de; ona rıza göstermesi halinde kendisinin, kiracıların hepsine eşit davranma yükümlülüğünden dolayı, diğer kiracılara da çanak antene müsaade etme zorunda kalacağıdır.

b) Asliye Mahkemesi de davayı reddeder. Çünkü, pek çok ailenin oturduğu bir binada, artan haberleşme ve eğlence ihtiyacı sebebiyle, çanak anten cihazının kurulması, kiralanan yerin sözleşmeye uygun kullanımı kapsamına dahil değildir. Bunun şartları Frankfurt İstinaf Mahkemesinin 22 Temmuz 1992 (WuM, 1992, s. 458vd)²²⁸ tarihli kararında yer almıştır. Karara göre, bu gibi durumlarda çanak antene müsaade edilmesini gerektiren şartlar mevcut değildir. Somut olayda bu şartlar mevcut olsa bile, binaya gelecek yıl kablolu yayın hattı çekileceğinden, çanak anten masraflarını üstlenen olmayacaktır. Kablolu yayınla kiracının haber alma hakkı geniş ölçüde yerine getirilmiş olacaktır. Şikayetçinin, Türkçe televizyon yayını seyretme arzusu, kendisine, binaya gelecek olan kablolu yayın gözönünde bulundurularak, diğer kiracıların da, bazı özel sebepler gösterip, bağımsız çanak antene sahip olmak isteyecekleri bir ayrıcalık sağlamaz. Frankfurt İstinaf Mahkemesi'nin kararına göre, kablolu yayın bulunan bir binaya, artık ferdî çanak anten tesis edilmesi izni verilmez. Bunun sonucu olarak, kiralayan ile kiracının menfaatlerinin değerlendirilmesi sonucunda, kiracının özel ve bunun ötesinde bilgi edinmek istemesi, kiralayanın menfaatinin gerisinde kalır. Çünkü, davacı, kablo bağlantısından sonra, radyo yayını veya Türkçe yayın yapan en az bir televizyon kanalı vasıtasıyla da bilgi edinebilir.

II. Şikayetçi, İstinaf Mahkemesi'nin kararına itirazını Federal Anayasa Mahkemesine şikayette bulunarak gösterir ve kendisinin, Anayasanın

²²⁸ Kararda kira konusu olan yerde oturan kiracının, kiralayandan esas itibarıyla bir çanak anten kurulması talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.

Bunun için,

a) binada müşterek çanak anten veya kablolu yayın hazır bulunmamalıdır.

b) Kiracı, kiralayanı, bütün maliyet ve masraflardan muaf tutmalıdır.

c) Kiralayan çanak anten cihazının takılacağı yeri veya şeklini belirleyebilir. Bu konuda ayrıca resmî makamların düzenlemelerine de uymak gerekir. Çanak anten cihazının kurulması, Medeni Kanun § 535, 536'ya göre, kiralanan yerin kira sözleşmesine uygun kullanımı olarak kabul edilebilir. Çünkü bu hükümlerin kapsamı teknik gelişmeler dikkate alınarak belirlenir. Kararda ayrıca uydu aracılığı ile yayınlanan bir televizyon programı almaya yarayan çanak anten cihazı kurulmasının kiralanan yerin sözleşmeye uygun kullanma olduğu vurgulanmıştır. s. 459.

5. maddesi, 1. fıkrası, 2. yarım cümlesinde yer alan haberleşme hürriyeti²²⁹ temel hakkının ihlâl edildiğini ileri sürer. Bunu aşağıdaki gerekçelere dayandırır.

Uydu aracılığı ile yayınlanan radyo televizyon programlarının alınmasına yarayan bir çanak antenin kurulmasına müsaade etmemek Anayasa'nın 5. maddesine de uygundur. Çünkü Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrası 2. yarım cümlesinde umuma açık haber kaynaklarından söz edilmektedir.

Haberleşme hürriyeti temel hakkı, kiracı ile kiralayan arasındaki hukukî ilişkiyi de etkiler. Sulh mahkemesinin, Almanca haberlerin, kiracının çocukları tarafından ona tercüme edilmesi şeklindeki tavsiyesi veya asliye mahkemesinin, uydudan Türkçe yayın almayı binadan özel yararlanma olarak nitelendirmesi, kiracının haberleşme hürriyeti temel hakkını görmezlikten gelme olur. Şikayetçi, kendisini birinci kuşak yabancı işçilerden sayar. Bu sebeple şikayetçi, ülkesiyle bağlarını Türkçe televizyon yayınları ile sağlamak ve muhafaza ettirmekte özel menfaati bulunduğunu ileri sürmektedir. Aynı özel menfaat onun Alman dili ile büyüyen ve bir kısmı halen okula giden çocukları için de, korumaya değer bir anlam ifade eder. Çünkü, onların da ülkesindeki kendi öz kültür değerleri hakkında bir şeyler öğrenme hakları vardır.

Bundan dolayı şikayetçi müşterek antenden Türkçe televizyon yayınlarını alma imkânı olmadığı müddetçe, ferdi bir çanak anten cihazı kurma talebinde bulunmaktadır. Her ne olursa olsun o, kendisinin kablolu yayın kapsamında bulunan, konusu daha çok reklâm ve basit filmlerden oluşan ve günlük olarak sadece 6 saat yayın yapan Türkçe bir televizyon programına havale edilemeyeceğini, böyle bir yayına ihtiyacı olmadığını söylemektedir. Asliye mahkemesi kendisinin talebinin, kiralayan tarafından hangi sebebe dayanarak reddettiğini hiç incelememiştir. Böyle bir talebin sonuçta, binadan özel yararlanma olarak nitelendirilmesi ve bunun da Medeni Kanun'un 535. ve 536. paragrafına dayandırılması, onun haberleşme hürriyeti temel hakkının yeterince takdir edilmemesi anlamına gelir.

III. Davalı, şikayetçinin oturduğu konutun 1993 yılı temmuz ayından beri kablolu yayın imkânına sahip olduğunu ileri sürer.

²²⁹

"Düşünce hürriyeti başlığını taşıyan Alman Federal Anayasası'nın 5. maddesi 1. fıkrası, 2. yarım cümlesi hükmü şöyledir" Herkes basın ve radyo ve film aracılığı ile bilgi alma hürriyetine sahiptir. Sansür yasaktır."

B. Şikayette bulunulan karar, şikayetçinin, temel haklarından olan haberleşme hürriyetini ihlâl etmiştir.

I. Anayasanın 5. maddesi 1. fıkrası, 2. yarım cümlesine göre herkes, umuma açık kaynaklardan bilgi alma hakkına sahiptir.

1) Bu temel hakkın anlamı Anayasa Mahkemesi tarafından daha önceden geniş bir şekilde ortaya konmuştur. (Karşılaştırınız, BVerfGE, 27, 71(80 vd)²³⁰. Bireylerin kişiliklerini geliştirmesi ve demokratik düzenin korunması fikir ve basın hürriyetinden daha bir öneme sahip değildir. Bilâkis, bu iki şey alıcı açısından fikir ve basın hürriyetinin dışında tutulduğu bir durumda, Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrasının korumayı amaçladığı, ferdi ve umumi fikir oluşumuna yönelik haberleşme mekanizması tam anlamıyla koruma kapsamına alınmamış olur. (Karşılaştırınız BVerfGE.57.295(318)²³¹.

²³⁰ Anayasa Mahkemesi bu kararında özet olarak; haberleşme hürriyeti anayasal düzen içerisinde basın ve fikir hürriyetine eşit bir konuma sahiptir. Bu hürriyet sadece düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin bir mütemmim cüz'ü değildir. Haberleşme hürriyeti düşünce ve düşüncenin oluşması hürriyetinin de garantisidir. Bu hürriyet düşünce ve düşüncenin oluşmasına yardımcı olduğu için ayrıca düşünceyi yayma hürriyetinin bir şartıdır. (Anayasanın 20. maddesi 1. fıkrası hükmü şöyledir. "Federal Almanya Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir devlettir."). Kişilerin serbest açık ve mümkün olan en iyi haberleşme imkânları olmaksızın demokratik bir devletten söz edilemez. Haberleşme aynı zamanda ferdin Anayasa'nın 1. maddesindeki ve 2. maddesinin 1. fıkrasındaki hukuki durumunun da bir göstergesidir. İnsanın temel ihtiyaçlarından olan kendi bilgisini arttırması ve kişiliğin geliştirilmesi için mümkün olduğu kadar çok kaynaktan haber alma imkânına sahip olması gerekir. Ayrıca modern toplumlarda bilgi düzeyi kişinin toplum içerisindeki sosyal durumunun belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Bu bakımdan haberleşme hürriyeti demokratik bir devlet için en önemli şartlardan birini oluşturur. Haberleşme hürriyetinin özel anlamı milletlerarası alanda kabul edilmektedir. Gerçekten 14 Aralık 1946 tarihli Birleşmiş Milletler toplantısı sonunda varılan kararda haberleşme hürriyetinin geniş anlamda kabul edildiği açıklanmıştır. Ayrıca 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Teşkilatı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde bu konuda şu hüküm yer almıştır. "Herkes düşünme ve düşünceyi açıklama özellikle kendi kanaatinden dolayı kınanmama, ayıplanmama, haber ve düşünceyi herhangi şekilde ve sınırsız olarak alma bir cihaz yardımıyla alma ve yayma hakkına sahiptir." Aynı husus 4 Kasım 1950 tarihli "İnsan Hakları ve Temel Hürriyetinin Korunması Konvansiyonun'da" herkes düşünceyi açıklama hürriyetine sahiptir. Bu hak kamu makamlarının ve ülkelerin sınırlarına riayet etmeksizin, düşünme haber alma ve haber ve fikirlerden bilgi sahibi olma hürriyeti olarak mevcuttur. biçimde ifade edilmiştir.

²³¹ Kararda radyo ve televizyon hürriyetinin, Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrası 2. cümlesi ile garanti edildiği çünkü, onun 5. maddede garanti edilen tüm hususlara hizmet ettiği, serbest düşüncenin oluşumu için serbest iletişimin olması gerektiği hususlarına dikkat çekilmiştir.

Anayasanın 5. maddesi 1. fıkrası 2. yarım cümlesinde, haberleşme hürriyeti geniş anlamda teminat altına alınmıştır. Bu kurallardan, haberleşmenin belli bir şeklinin sınırlandırıldığı gibi bir sonuç çıkmamaktadır. Burada kuralın koruduğu şey; umuma açık haber kaynaklarıdır. Bir haber kaynağının umuma açıklığı ise, ferdî olarak sadece belirli haber çevrelerine değil, umuma haberleşme sağlamaya elverişliliği ve belirliliği ile geçerlidir. Haber kaynağının bu şartları taşıyıp taşımadığı, gerçek durum göz önüne alınarak, mevzuata göre belirlenir. Haberleşme hürriyetinin koruma alanını sınırlayan, yayına ulaşmayı düzenleyen kurallar değil, Anayasa'da temel hakların sınırlandırılmasına yönelik normların ölçüsünü koyan genel hukuk kurallarıdır. Haberleşme kaynaklarına kitle iletişim araçları da dahildir. Bunlardan radyo ve televizyon yayınları temel hakların korunmasından öncelikle yararlanır. Karşılaştırınız. BVerfGE, 35, 307 (309)²³². Anayasa, haber kaynakları arasında yerli ve yabancı ayrımı yapmamaktadır. Federal Almanya'dan alınabilen televizyon programlarının tamamı, umuma açık haber kaynakları kapsamında yer alır.

Şayet yayının alınması, cihazların kurulmasını gerekli kılıyorsa, ferdi kullanım için bu cihazların kurulması ve kullanılması da bu kapsama dahildir. Aksi halde bu temel hakkın, bilgi edinebilmenin teknik cihazların temin edilmesine bağlı olduğu alanlarda hiçbir anlamı kalmaz. Uydu aracılığı ile yayınlanan televizyon programlarının alınmasını sağlayan bir çanak anten cihazının kurulması da Anayasa'nın 5. maddesi, 1. fıkrası 2. yarım cümlesinde yer alan temel hakların korunması kapsamına dahildir.

2. Bu temel hak, bir çanak anten cihazının, kiralık bir konuta yerleştirilmesi hakkındaki hukukî tartışmalarda da uygulanır. Zira, Anayasa'nın 5. maddesi, 2. fıkrasına göre, haberleşme hürriyeti, diğer temel haklar gibi, genel hükümlerin sınırlaması altındadır. Ayrıca bu hususlar, kiracı ve kiralayanların hak ve yükümlülükleri Medeni Kanunun kira-mülkiyet hükümlerine göre karara bağlanır. Ama aynı zamanda temel haklarla ilgili sınırlamaların yorumunda ve bilhassa somutlaştırılmasında hukuk düzeni bakımından söz konusu kuralların dikkate alınarak uygulanması gerekir. (Karşılaştırınız, BverfGE 7, 198 (205).

²³²

Bu kararda Anayasa Mahkemesi, hürriyetçi demokrasi için haberleşme hürriyetinin özel bir anlamı olduğunu bu hürriyetin kanundaki istisnalar dışında kısıtlanmasının temel hakların yok edilmesi anlamına geleceğini belirtmektedir.

Çanak anten cihazının kiralık bir konuta yerleştirilmesi ilgili hükümler lafzî olarak doğrudan doğruya Medeni Kanunda yer almazlar. Uydu yayınlarını alıcı cihazların kurulmasıyla ilgili hukukî tatbikat, kural olarak, Medeni Kanunun 535, 536 ve 246²³³ paragrafındaki genel hükümlere dayanmaktadır. Söz konusu hükümlere dayanarak, uydu yayınlarını alıcı cihazların kurulması ile ilgili bir talep bulunduğu takdirde, bunun yorumu ve somut olayda uygulanmasında haberleşme hürriyeti temel hakkı dikkate alınır. Öte yandan Anayasa'nın 14. maddesi 1. fıkrası 1. cümlesinde zikredilen mülkiyet temel hakkı¹, adı geçen kurallardan kiralayan kira konusu bir yerde bir çanak anten cihazına katlanır şekilde bir sonuç çıkarılırsa, bu onun, mülkiyet haklarının ihlali anlamına gelir Bu da, sınırlı temel hakların ve temel hakları sınırlayan kanunların koruduğu menfaatlerin , usulen Medeni Kanun'un olaya uygulanabilecek hükümlerinin dikkate alınmaması gerektirir.

Temel hakların ve temel hakları sınırlayan kanunlar tarafından korunan menfaatlerin sınırlandırılması konusunda icabında belli bir değerlendirmenin yapılması gerekli ise, kural olarak, buna Medeni Kanun'un olaya uygulanabilen hükümlerinden başlamak gerekir. Bir kiralık konuta, çanak anten cihazının yerleştirilmesi hakkındaki ihtilâflarda kira konusu yerin sözleşmeye uygun kullanılması ölçüsü olarak doğruluk ve güven kurallarının dikkate alınması gerekir. Bunun dışında, bu konuda ayrıca kiracının, umuma açık haberleşme kaynağından yararlanmasındaki haberleşme menfaati ile kiralayanın kira konusu yerin değerinin azalmadan muhafaza edilmesindeki menfaati de dikkate alınarak karar verilmelidir. Her iki menfaat de biri değerine tercih edilmeden temel hakları korumasından yararlanır. Buradaki zorluk kanun koruyucu tarafından soyut olarak çerçevesi belirlenen menfaat ihlâlinin, somut olayda nasıl gerçekleştiğine ve bunlardan hangisinin üstün tutulması gerektiğine karar vermedir.

Söz konusu karar verilirken (somut olayda) bu şartların yeterince dikkate alındığı söylenemez. Asliye Mahkemesi haberleşme hürriyeti

²³³

Hamburg Asliye Mahkemesi'nin kararı: "kiralayanın evin sözleşmeye uygun kullanımı konusunda takdir hakkı vardır. Takdir hakkı BGB § 535 ve 536 ya göre belirlenir. Ancak, takdir ölçülerinden biri de § 242'de yer alan doğruluk ve güven kurallarıdır. Kiralayan inandırıcı olmayan sebepleri esaslı sebepler olarak ileri sürüp böyle bir izni vermekten kaçınamaz . Özellikle binanın eski yapı olması ve malikin bunu uzun süredir restore ettirmemesi halinde malikin çanak anten sebebiyle binanın dış görünüşünün bozulacağı iddiası inandırıcı olmaktan çıkar". Bkz. WUM 1993. s. 180 vd.

¹ ¹ Anayasanın 14. maddesi 1. fıkrası, 1. cümlesi şöyledir "mülkiyet ve miras hakkı garanti edilir."

temel hakkının yorumu ve olaya uygulanmasında Medeni Kanun'un 535. 536. ve 242. paragrafını dikkate almamazlık etmemiştir. Bununla birlikte, yabancı şikayetçinin haber alma konusundaki (ayrıcalıklı) menfaatlerini bazı sebeplerle gözardı etmiştir ki, bunlar haberleşme hürriyeti temel hakkının dikkate alınmamasını gerektirecek sebep olabilecek nitelikte değildir. Oysa ki yabancı şikayetçinin, haber alma konusundaki menfaatini dikkate almamak ona gerekli önemi vermemek suretiyle ihmal etmek, haberleşme hürriyetini temel haklar arasında kabul etmemek anlamına gelir.

1. Binanın dış cephesine bir çanak anten cihazı yerleştirilmesi hususunda kiracı ile kiralayan arasında menfaat ihtilafının çözümünde ölçü Asliye mahkemelerinin şimdiye kadar verdikleri pek çok kararlarla geliştirdikleri ve istinaf mahkemelerinin de kendi kararlarına gerekçe olarak esas aldıkları ölçüler genelde haberleşme hürriyeti temel hakkına uygun olsa da, sulh mahkemesinin konuyu çözmek için uğraştığı gibi, özel menfaat durumlarını kapsamaz.

a) Hukukî tatbikata göre, radyo ve televizyon yayını alma, evdeki hayatın vazgeçilmez önemli bir parçasıdır ve bundan dolayı bir konutun olağan kullanımına dahil bir husustur. Buna göre, uydu aracılığı ile yayınlanan bir televizyon programına almak için binaya bir çanak anten cihazı yerleştirilen kimse, kira sözleşmesine aykırı bir davranışta bulunmuş olmaz. Eğer müşterek anten yeterli değilse, kiracının, kiralık konuta bağımsız bir çanak anten yerleştirme hakkı vardır. (Karşılaştırınız, Bay OLG. WuM 1981, s. 80 vd)¹². Buna karşılık, binada müşterek bir çanak anten mevcut ise kiracının, tek başına bir çanak anten yerleştirmeye doğrudan doğruya hakkı yoktur. Bunun için kiralayandan izin alınması gerekir ki, kiralayanın bu talebi yersiz bir şekilde reddetmesi doğru değildir. Bu olayda umuma açık yayınları alabilen bir tesisin kurulması konusunda kiralayanın iznine gerek vardır. Ancak kiralayanın davranışı hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemelidir. Kira ilişkisinde doğruluk ve güven kuralı da,

¹ ² Bavyera İstinaf Mahkemesinin bu karardaki olay bir radyo anteninin kiracı tarafından çatıya kurulması ile ilgilidir. Buna göre kiralayan, rızası olmadan kiracı tarafından çatıya yerleştirilen bir radyo antenini ortadan kaldırmaya kural olarak yetkilidir. Kira sözleşmesinde böyle bir faaliyete izin verilmemişse, kiracı kiralayandan bu duruma katlanması talebinde bulunamaz. Bunun için kiralayanın yazılı olarak beyanda bulunması gerekir. Kiralayan doğruluk ve güvenlik kurallarına aykırı olarak bu izni verilmezlik edemez. O, bu konudaki yetkisini hakkın kötüye kullanımı teşkil edecek şekilde kullanamaz. Kiralayan binadaki önemsiz değer eksilmelerinde ve antenin binayı kötüleştirmedigi hallerde böyle bir izni vermekten kaçınmaz. Aksi halde hakkını kötüye kullanmış olur."

kiralayana, kira konusu konuta zarar vermeyen ve sadece önemsiz ihlâl hallerinde, kiracının talebini inandırıcı olmayan gerekçelerle reddetmesini de yasaklamaktadır.

Hukuk mahkemelerinin kararına göre, kablo bağlantısının yayına hazır olmadığı durumlarda kiralayan, kiracıya, çanak anten cihazının kurulması için izin vermeye mecburdur. Şüphesiz kiralayan böyle bir izni, cihazın bir uzman tarafından kurulması, kendisinin bu konuda her türlü sorumluluktan muaf tutulması ve kira ilişkisinin sona ermesi halinde cihazın sökülmesi masraflarının kiracıya ait olması şartına bağlayabilir. Bunun dışında kiralayan, uydu yayınının düzenli bir şekilde alınmasını sağlayan ve evin manzarasına en az şekilde zarar veren bir yeri belirleme hakkına da sahiptir. Buna karşılık kiralayanın, binaya kablolu yayın hattını çektiği durumda, ayrıca çanak anten tesis ettirmemesi için yeterli sebebi vardır.

Bu yorum, kiracının, temel hakların korunması altındaki haberleşme menfaatinin; malikin, kira konusu evin değerinin azalmadan olduğu gibi yani hiçbir değişikliğe uğramadan muhafazasındaki menfaatinin, belli bir değerlendirmeye tabi tutulması sonucunda, kiralayanın menfaatinin üstün tutulması düşüncesine dayanır. Burada haberleşmeye getirilen önemli bir kısıtlama, çanak antenlerle hafifletilebilir veya müşterek antenler vasıtasıyla tamamen ortadan kaldırılabilir estetik engeller olarak kalmaktadır. Bu ilkeler, karara göre, normal durumlarda geçerlidir. Buna karşılık kiracının haberleşme menfaatinin -meselâ evin veya çanak antenin vaziyeti sebebiyle- malikin menfaatinin gerisinde kalması normaldir (Karşılaştırınız, Frankfurt İstinaf Mahkemesi kararı, adı geçen yer).

Bu ilkelerin takip edilmesi hukuk hükümlerinin anayasa hukuku ölçülerine göre uygulandığının kesin bir delilidir. Bunlar, iki tarafın da temel haklarının korunması altındaki menfaatlerini denkleştirici unsurlardır. Malikin, evin dış görünüşünü bozmama konusundaki menfaati, kendisinin eve kablolu yayın hattı çektilererek yerine getirmiş olur. Buna karşılık, çanak anten tesis etmesine müsaade edilmeyen kiracının haberleşme hürriyetinin ihlâli, kablolu yayınların sağladığı program zenginliği yüzünden fazla önem arzetmez.

b) Federal Almanya'da devamlı olarak yaşayan yabancıların haberleşme konusundaki özel menfaati tipik olaylara konu olan davalarda, yeteri kadar hesaba katılmamaktadır. Yabancılar kural olarak kendi ülkelerinin yayınıını almak, orada olan olaylardan bilgi sahibi olmak ve dile ve kültür bağlarını sağlamak ve bunu devam ettirmek arzusunda olurlar. Umumi manzaraya göre, kablo bağlantısı

çok az sayıda yabancı program içermektedir. Bu sebeple, yukarıda sözü edilen imkân ancak ve sadece bir uydu alıcısı yardımıyla sağlanabilmektedir.

Hukuk mahkemelerinin yerli kiracılardan farklı olarak yabancı kiracıların bir çanak anten kurma talebini, kablolu yayınlarda kendi ülke yayınlarının izlenebildiği gerekçesiyle reddetmesi, onların haberleşme hürriyetine yapılan büyük bir kısıtlama olarak görülmüştür. Yabancıların durumu, ne müşterek bir çanak antene, ne de kablolu bir yayın hattına sahip olmayan yerli kiracıların durumuna benzemektedir. Böyle bir durumda olan kiracı kural olarak kiralayandan bir çanak anten cihazının binaya yerleştirilmesine izin

vermesi talebinde bulunabilir. (OLG Karlsruhe, WuM 1993¹³, s. 527¹⁴ ayrıca OLG Hamm, DWW, 1993, s. 331)¹⁵.

Böyle bir uygulama anayasal taleplere de uygundur. Yabancı kiracıların Anayasa'nın 5. maddesi, 1. fıkrası, 2. yarım cümlesi tarafından korunan kendi ülkelerinin televizyon programlarını alabilme menfaati, kiralayanın mülkiyet menfaati dikkate alınarak karara bağlanmalıdır. Bu hususta Anayasa'ya aykırı olarak yabancılara bir ayrıcalık tanınması durumu da söz konusu değildir. Anayasa'nın 3.

¹ ³ Pekçok mahkeme kararına esas alınan 24.8.1993 tarihli Karlsruhe İstinaf Mahkemesi kararı kısaca şöyledir. Davacı bir İtalyan olup, Almanya'da bir binada kiracı olarak oturmaktadır. Binada kablo yayını hazır durumdadır. Ancak kablolu yayın içerisinde İtalyanca program yoktur. Davacı kiralayandan onun belirleyebileceği bir yere çanak anten yerleştirmek ister. Kiralayan kiracının başka haberleşme kaynaklarından da ülkesinden haber alabileceği ve binanın görünüşü bozulacağı gerekçesi ile talebi reddeder. Davacı sulh mahkemesinde dava açar ve davanın reddi üzerine karara karşı asliye mahkemesi nezdinde itirazda bulunur. Asliye Mahkemesi Anayasa'nın 5. maddesindeki haberleşme hürriyeti ile 14. maddesindeki mülkiyet hakkını bir değerlendirmeye tabi tutar ve sonunda haberleşmenin hürriyetçi demokrasinin en önemli şartlarından olduğu ve özel bir anlamı bulunduğu sonucuna varır. Karara göre haberleşme hürriyeti insan hakkı olarak alman vatandaşlığında bulunma ile sınırlı değildir. Bu hürriyetten Alman vatandaşlığında olmayan yabancılar da yararlanır. Önemli olan bu ülkede oturuyor olmaktır. Kararın son kısmında böyle bir talebe izin verilebilmesi için; a) kablolu yayının kiracının kendi ülkesiyle haberleşme ihtiyacına cevap vermemesi ve gelecekte de böyle bir imkânın görülmemesi, bu eksikliğe antenle çare bulunması b) Çanak antenin kurulması sırasında inşaat hukuku ve tarihi eserler ile ilgili hükümlere uyulması c) Kiracının çanak anteni yayınlarını düzenli olarak alabilmesi şartıyla, kiralayana en az zarar verecek bir yere yerleştirmesi, çanak antenin genel anlayışa göre, binada büyük bir çirkinleştirme yapmaması d) Çanak antenin güvenlik ve tahmin edilen zararlarını önlemek amacıyla uzman bir kimse tarafından takılması e) Binanın temel yapısına büyük değişiklik getirmemesi f) Kiralayanın tüm maliyet ve masraflardan muaf tutulması g) Kiracının çanak anten dolayısı ile kiralayana gelen sorumluluk riskini ve diğer masrafları -mesela depozit- karşılayan tedbirleri alması şartlarına bağlayabileceği belirtilmiştir.

¹ ⁴ Bu davada davacı İspanya vatandaşıdır. Kiracının Almanya'da kirada oturduğu binada kablolu yayın mevcuttur. Ancak kablolu yayında İspanyolca programlar bulunmamaktadır. Davacı kiralayandan uydu aracılığı ile yayınlanan İspanyol radyo ve televizyon programlarını almayı sağlayan bir çanak anten cihazının takılmasına izin verilmesini talep eder. Kiralayan kiracının bu talebini reddeder. Gerekçesi ise her kiracıya eşit davranma yükümlülüğü olduğu, icabı halinde, diğer kiracıların da böyle bir talepte bulunabileceği, bununda binanın ön cephesinin görüntüsünü bozacağı endişesidir. Karara göre, konutta kiracı olarak oturan kimse anadili olarak Almancadan başka bir dile sahip veya başka bir ülke vatandaşı ise, kural olarak kiralayandan bir çanak anten cihazı yerleştirme talebinde bulunabilir. Kiralayanın böyle bir talebe izin vermesi için çanak antenin yerleştirilmesiyle binanın temel yapısına önemli bir zarar vermemeli,

maddesinin 3. fıkrası, belirli özellikler dikkate alınarak eşit olmayan muameleyi yasaklamaktadır.¹⁶ Ama bu durum vatandaşlıkla ilgili değil, vatanla ilgili bir husustur. Yabancı kiracıların haberleşme menfaatlerinin üstün tutulması onların yurtlarından dolayı değildir. Aksine, böyle bir hale Alman kiracıların ülkelerinden dolayı bir zarara uğramaları da söz konusu değildir.

Temel hak olarak, umuma açık kaynaklardan sınırsız olarak bilgi alma hiç kimsenin vatanına bakılmaksızın, herkes için geçerlidir. Kiralık bir konuta çanak anten cihazı takılmasında olduğu gibi böyle bir hak, temel hak olarak üçüncü kişilerin menfaati ile çakıştığı takdirde, kural olarak, bu ihtilaf özel hukuk hükümlerine göre çözümlenir. Burada esas olan; somut olayın özelliklerini dikkate alarak çözüme varmaktır. Bu hususta vatan dolayısıyla bir farklılık söz konusu değildir. Alman kiracıların davalarında da eğer olağanüstü haller mevcutsa, bunlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Olayın değerlendirilmesi sonucunda, kural olarak, yabancıların haberleşme menfaatinin dikkate alınması onlara, Almanlar karşısında, bir öncelik tanıma değildir. Bu, ölçü faktörlerinden sadece biridir.

Bir çanak anten cihazının bir binaya kurulması talebinin reddi için yerli olmak, kabulü için de yabancı olmak yeterli bir ölçü değildir. Sırf buna dayanarak bir ayırım yapılamaz. Bu durum, yabancı kiracılara yani bir gruba vatanları sebebiyle bir ayrıcalık tanıma değildir. Bilâkis, pek çok mahkeme kararlarında da işaret edildiği gibi olay, önceden müşterek çanak anten bulunduğu bir apartman bloğunda, bir yabancıya, içinde bulunduğu durum sebebiyle, özel bir çanak anten cihazı kurmasına müsaade edilmesidir. Ülkesinin televizyon programlarını mevcut kablo bağlantısından seyredebilen bir kiracıyla, bunun için bir çanak antene ihtiyacı olan bir başka kiracının eşit malzemeye tabi tutulmasını gerektiren şartlar mevcut değildir.

c) Buna göre, bir yabancı kiracıya ülkesinin programlarının alma konusunda bir çanak anten cihazının yerleştirilmesinin, binanın özel kullanımı olduğu ve bununla konutun kira sözleşmesine uygun kullanımı yükümlülüğünün ihlâl edildiği gerekçesiyle izin verilmemesi, medeni hukuk hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında temel hak olan haberleşme hürriyetini tanımama

yapılan tüm masraflara kiracı katlanmalı kiralayana her türlü masraftan muaf tutmalı ve kiracı kiralayana sorumluluk sigortasına çanak antenle ilgili sonradan eklenen kısmı üstlenmelidir.

¹⁶ Anayasanın 3. maddesi 3. fıkrası hükmü şöyledir. "Kimse cinsiyetinden, soyundan, ırkından dilinden, ülkesi ve kökeninden, inancından, dini ve siyasi kanaatinden dolayı kınanmaz veya ayrıcalıklı olamaz."

anlamına gelir. Keza, yabancı bir kiracının, bir çanak anten takma hususundaki talebini, aynı durumda olan diğ er bütün yabancı kiracıların da haklarını dikkate alarak bir düzenleme yapma mecburiyeti, yani onlara da izin verme mecburiyeti gerekçesiyle reddi, temel hak olan haberleşme hürriyetini kabul etmeme anlamına gelir. Buna karşılık, bir apartman bloğunun pek çok kiracısının, bir çanak antene sahip olması hususundaki haklı menfaatleri, her binanın özel durumları ve bunların müşterek bir çanak antenle tatmin edilmemeleri durumunda, kiralayanın da, mülkiyet menfaatlerini dikkate alarak bir sonuca varmak gerekir.

Anayasanın 5. maddesi 1. fıkrası 2. yarım cümlesinde haber alma hürriyeti geniş anlamda korunur. Buna göre herkesin, umuma açık haber kaynaklarının hangisinden bilgi sahibi olmayı bizzat seçme hakkı vardır. Ayrıca, başka haber kaynaklarının da olduğu gerekçesiyle, kiracının kendi ülkesinin radyo ve televizyon programlarını alma talebini, kararda hiç dikkate almamak bir hatadır. Bundan başka haber kaynaklarından maksat, çanak antensiz alınabilen televizyon programları radyo, gazete video gibi haber kaynakları veya bunların da ötesinde Almanca yayın yapan programların aile fertleri tarafından davacıya tercümesinin yapılabilen i diası da aynı şekilde hatadır. Buna karşılık, kiracı kiralayan menfaatlerinin değerlendirilmesinde kiracının kendi ülkesindeki televizyon yayınlarını çanak antensiz ne derece seyredebileceğinin göz önünde tutulması Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrası, 2. yarım cümlesi ile bağdaşmaz.

Sonuç olarak, şayet hukuk mahkemelerinin kiracıya karşılık kiralayanın mülkiyet menfaatlerini esas olarak ona üstünlük tanınmasında, kiralanan evin hangi özelliklerini böyle bir sonuca götürdüğünü zikretmeksizin bu yola gidilmesi haberleşme temel hakkından sarfı nazar etmedir.

2. Asliye Mahkemesi genel olarak bu hatadan kaçınmayı bilememi tir. Gerçi Asliye Mahkemesi, Sulh Mahkemesi'nin, şikayetçinin, ülkesi hakkında bilgi alma ihtiyacının Almanca haberlerin tercümesi veya video bantları sayesinde yeterli olarak tatmin edilebileceği fikrini benimsememi tir. Ama  ikayet inin, Türkçe radyo programlarını ve kablolu yayın vasıtasıyla bir Türkçe televizyon programının alınabilirliğini kararına esas almıştır. Ayrıca, uydu aracılığı ile yayınlanan televizyon programlarının, ancak bir çanak anten cihazı ile alınabilmesi hususunun, kiralanan yerin sözleşmeye uygun kullanımı değil, özel kullanımı olduğu noktasından

hareket etmiştir. Sonuç olarak, malikin menfaati, bütün kiracıların eşitlik ilkesine dayanarak çanak anten kurma talebinde bulunabileceklerinden hareket edilerek, şikayetçinin menfaatine göre daha üstün tutulmuştur. Buna karşılık kararda kiralayanın binanın dış cephe görünüşünün bozulmadan muhafazasındaki menfaati, ayrıntıları belirtilmeden diğerlerinin menfaatinin üzerinde tutulmuştur.

Diğer sebepler tek başına sonuca etki edebilecek bir niteliğe sahip değildir. Buna göre karar, haberleşme hürriyeti temel hakkının tanınmaması esasına dayanır. Asliye mahkemesi, Anayasa'nın 5. maddesi, 1.fıkrası, 2. yarım cümlesi yeteri kadar dikkate alarak, başka bir sonuca varabileceğini yeterli bir şekilde tetkik etmemiştir.

