İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

Cilt : 2 – Sayı : 2
Haziran – Aralık 2011

Vol. : 2 – No : 2
June - December 2011

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası
Kapak Tasarım Okt.Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:
İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye
Tel: +90 422 377 49 28 Fax : +90 422 341 04 00
www.inonu.edu.tr/hukuk
www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta : hukuk@inonu.edu.tr

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	Journal of the Faculty of Law of İnönü University
Sahibi Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK	***Owner*** Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK	***Responsible Chief Editor*** Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
Editörler Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER	***Editors*** Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Assist.Prof.Dr..Hayri KESER
Yayın Kurulu Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER	***Editorial Board*** Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK Prof.Dr.Hakan KARAN Assist.Prof.Dr.Hayri KESER

ISSN: 2146-1082

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yılda 2 sayı Olarak Yayınlanmakta Olan Hakemli Dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülteyi bağlamaz

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	**Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Erol ULUSOY	**İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.**
Prof.Dr. Fatih UŞAN	**Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Fırat ÖZTAN	**Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Hakan KARAN	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. İsmail KIRCA	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Mustafa AKAY	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr.Oguz Kürşat ÜNAL	**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Süha TANRIVER	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Şahin AKINCI	**Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr.Tekin MEMİŞ	**İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr.Vahit DOĞAN	**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Vedat BUZ	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Prof.Dr. Zarife ŞENOCAK	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Doç.Dr.Devrim GÜNGÖR	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Doç.Dr. Mertol CAN	**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Doç.Dr. Mehmet ÖZDAMAR	**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Doç.Dr. Murat ATALI	**Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Doç.Dr. Müslüm AKINCI	**Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Doç.Dr. Süleyman BAŞTERZİ	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Yrd.Doç.Dr. Burak ÖZTÜRK	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Yrd.Doç.Dr. Hamdi PINAR	**Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Yrd.Doç.Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Yrd.Doç.Dr. M.Ayhan TEKİNSOY	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
Yrd.Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS	**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

1- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.

2- Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.

3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.

5- Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.

6- Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.

7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.

8- Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.

Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tradresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

9- Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı

dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

10- Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11- Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

12- Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.

13- Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

14- Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.

15- Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

İÇİNDEKİLER

Prof.Dr.Hüseyin ALTAŞ – Yrd.Doç.Dr Leyla Müjde KURT
İnançlı İşlemler…… **1-28**

Prof.Dr.Mustafa Fadıl YILDIRIM
Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve "Al Ya Da Öde" Kaydının Hukuki Niteliği…… **29-44**

Doç.Dr. Adnan DEYNEKLİ
Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri…… **45-98**

Doç.Dr. Haluk EMİROĞLU
Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu…… **99-118**

Yrd.Doç.Dr. Hayri KESER – Öğr.Grv. Fatma NİYAZİOĞLU
Türkiye'de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu …… **119-156**

Yrd.Doç.Dr. Abdullah UZ
Kamu Görevlilerinin Ceza Kovuşturmasına Tabi Tutulabilmesi İçin Yetkili İdari Merci Tarafından Verilebilecek Kararların Hukuki Niteliği ve Denetimi Üzerine…… **157-206**

Yrd.Doç.Dr. Kürşat GÖKTÜRK
Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi …… **207-246**

Yrd.Doç.Dr. Kürşat GÖKTÜRK – Mehmet Çelebi CAN
Farklılaştırılmış Teselsülün - Özellikle - Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması…… **247-282**

Yrd.Doç.Dr.İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI
Ulus Devlet Eseri "Sınırdakiler" …… **283-326**

Yrd.Doç.Dr.Zeki GEVEN
Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik…… **327-400**

Yrd.Doç.Dr. Mohammed MAGHAMİNİA
İran Hukukunda Sigorta Müesesselerinın Kuruluşu ve Faaliyet Koşulları…… **401-422**

Dr. İsmail FİDAN
Endüstriyel Tasarımların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması…… **423-450**

Elif ÇELİK
Bir İnsan Hakkı Olarak Kalkınma Hakkı?..... **451-476**

Ezgi Başak DEMİRAYAK
Sigorta Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Beyan Yükümlülüğünün İhlalinde Nedensellik Bağı …… **477-496**

ÇEVİRİ

Prof.Dr.Gerhard HOHLOCH – (Çeviren Doç.Dr.Yıldız ABİK
Yabancı Hukuka Dayanan "Mirasçılık Belgesinin" Sorunları ve Geleceği..... **499-522**

Prof.Dr.Gerhard HOHLOCH – (Çeviren Doç.Dr.Yıldız ABİK
Nafaka Statüsü ve Hukuk Seçimi..... **523-542**

CONTENTS

Prof.Dr.Hüseyin ALTAŞ – Asst.Assoc..Dr.Leyla Müjde KURT
Fıduciary Transactions……. ..: **1-28**

Prof.Dr.Mustafa Fadıl YILDIRIM
Mınımum Takıng Obligatıon In Natural Gas Supply Agreements And Judıcal Composıtıon Of
"Take Or Pay" (Top)Provision...……..…..: **29-44**

Assoc.Dr. Adnan DEYNEKLİ
Significant Procedural Provisions On The New Turkish Obligations Code.....……..…….....: **45-98**

Assoc.Dr. Haluk EMİROĞLU
Dealer's Responsıbılıty About Defectıon Of Products In Commerce Agreement Of Roman Law……: **99-118**

Assit.Prof.Dr. Hayri KESER – Inst.Assist. Fatma NİYAZİOĞLU
Board Of Judges And Prosecutors In Turkey……..…..: **119-156**

Assit.Prof.Dr. Abdullah UZ
Judıcıal Qualıfıcatıon And Supervısıon Of Decısıons Made By Authorızed Admınıstratıve
Agencıes For Subjectıng Publıc Officers To Crımınal Investigatıoon……..……..……..: **157-206**

Assit.Prof.Dr. Kürşat GÖKTÜRK
Busıness Judgment Rule In Amerıcan, German, Swıss And Turkısh Law..……..…….....: **207-246**

Assit.Prof.Dr. Kürşat GÖKTÜRK – Mehmet Çelebi CAN
The Meanıng Of Dıfferentıated Solıdarıty, Especıally For The External Relatıon And Its
Comparıson Wıth The Personal Bankruptcy, Which Regulated By Bankıng Law …….....: **247-282**

Assit.Prof.Dr.İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI
"At The Frontıers" The Creatıon Of The Natıonal States……...……...……: **283-326**

Assit.Prof.Dr. Zeki GEVEN
Novelty And Originality In Terms Of Intellectual Property Law……: **327-400**

Assit.Prof.Dr. Mohammed MAGHAMİNİA
Iran Insurance Law Establishing And Operating Conditions Of Institutions……...……..: **401-422**

Dr. İsmail FİDAN
Protectıon Of Industrıal Desıgns Under The Law Of Copyrıghts And Neıghbourıng Rıghts……..: **423-450**

Elif ÇELİK
Rıght To Development As A Human Rıght?.....……: **451-476**

Ezgi Başak DEMİRAYAK
Causal Connection by The Breach of The Duty of Disclosure Before The Conclusion of The
İnsurance contract……: **477-496**

TRANSLATION

Prof.Dr.Gerhard HOHLOCH – (Translated by Assoc.Dr.Yıldız ABİK)
Problems and Future of "Certificate of inheritance" based on Foreign Law.....……....: **499-522**

Prof.Dr.Gerhard HOHLOCH – (Translated by Assoc.Dr.Yıldız ABİK)
Alımony Status And Jucıdıal Choıce.....……: **523-542**

İNANÇLI İŞLEMLER

Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ*
Yrd. Doç. Dr. Leyla Müjde KURT**

ÖZET

İnançlı işlemler inanç anlaşması ve devir işlemi olmak üzere iki unsurdan meydana gelmektedirler. İnanç anlaşması bir tarafın (inanan) inanç konusu üzerindeki hak sahipliğini diğer tarafa (inanılan) inançlı işlemin süresi sona erdiğinde veya amacı gerçekleştiğinde iade edilmek üzere devrettiği sözleşmedir.

İnançlı işlemler kanun tarafından düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, inançlı işlemlerin, muvazaalı olmadıkları veya kanuna karşı hile kastı taşımadıkları takdirde, geçerli oldukları genel olarak kabul edilmektedir. İnançlı işlemler saf inançlı işlemler ve karma inançlı işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Saf inançlı işlemlerde inananın menfaatleri ön plandadır. Bu tür işlemlerde, inanç konusu malvarlığı değerinin inanılan tarafından yönetilmesi amaçlanmaktadır. Karma inançlı işlemlerde ise, inanılanın menfaatleri ön plandadır. Bu tür inançlı işlemlerde inanan inanç konusunu bir borcunun teminatı olarak inanılana devretmekte, inanılan ise temin edilen borç ödendiğinde inanç konusunu inanana iade etmeyi taahhüt etmektedir.

Anahtar Kelimeler: İnançlı işlem, inanç anlaşması, inançlı devir, inanan, inanılan.

---

* Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yrd. Doç. Dr. Leyla Müjde KURT, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

FIDUCIARY TRANSACTIONS

ABSTRACT

Fiduciary transactions are composed by a fiducie contract and an alienation act. Fiducie contract is a contract whereby a party (fiuciant), confers the ownership over the object of the fiducie to other party (fiduciaire) on the condition that he will restore it to him when the period of the fiduciary transaction is respired or the purpose of the transaction is attained.

Fiduciary transactions are not regulated by the code. However, the fiduciary transactions are generally accepted valid, unless they are not simulated or they don't have the intention of evaison of the law. Fiduciary transactions are divided into two categories: the pure fiduciary transactions and the mixed fiduciary transactions. In the pure fiduciary transactions the interests of the fiduciant have priority. In this type of transactions the management of the fiduciary assets by the fiduciare is aimed. However, in the mixed fiduciary transactions, the interests of the fiduciaire have priority. In this type of fiduciary transactions the fiduciant transfers the ownership of the fiduciary assets to the fiduciaire as security in respect of his obligation, the fiduciaire undertake to transfer the assets back when the secured debt is payed.

Keywords: Fiduciary transaction, fiducie contract, fiduciary alienation, fiduciant, fiduciaire.

I. GİRİŞ

İnançlı işlem kavramı[1], Borçlar Kanunu'nda doğrudan düzenlenmiş ve tanımlanmış bir kavram değildir[2]. Doktrinde inançlı işlem (*Fiducia*); inananın, kendisine ait bir malvarlığı değerini, idare edilmek veya teminat oluşturmak amacıyla, belirli süre sonunda veya amaç gerçekleşince kendisine iade edilmek üzere inanılana kazandırdığı hukuki ilişki olarak tanımlanmaktadır[3].

---

1 Reymond, s. 7; BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18, N 122; Winiger, Art. 18, N 94; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 2; Öztürk, s. 39; Eren, s. 330. Taşınır mülkiyetinin hükmen teslimini düzenleyen MK m. 766 hükmü ile emre veya hamiline yazılı

Yargıtay kararlarında ise inançlı işlem "*inananın teminat oluşturmak veya yönetilmek üzere mal varlığı kapsamındaki bir şey veya hakkını, inanılana devretmesi ve inanılanın da inanç anlaşmasındaki koşullara uygun olarak inanç konusu şeyi kullanmasını, amaç gerçekleştiğinde ise belirlenen şekilde inanana iade etmesini içeren işlemler*"[4] olarak tanımlanmaktadır.

İnançlı işlem ile inanılan, inanç konusu eşya veya hakkı tam olarak iktisap etmekte; inanç konusu üzerinde bir malik veya alacaklının sahip olduğu iktidara kavuşmakta; ancak inanılanın inanç konusu üzerindeki yetkileri inanan ile arasında kurulan inanç anlaşması gereğince inançlı işlemin amacı ile nisbi biçimde sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla inançlı işlemle aynı amacı güden hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratılmak istenmekte; örneğin, bir malvarlığı değerinin idaresi için idare edecek kişiye temsil yetkisi verilebilecekken, bu kişiye malvarlığı değerinin mülkiyeti nakledilmekte veya bir alacağın teminatı olarak bir eşya üzerinde rehin kurmak mümkünken, bunun yerine alacaklıya eşyanın mülkiyeti devredilmektedir[5]. Buradan hareketle, inanan ile inanılan arasındaki anlaşma uyarınca kararlaştırılan yetkilerin tespiti ve sınırının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Hiç şüphesiz bu sınırın tespitinde inanan ile inanılan arasındaki, inançlı ilişkinin taraflarının iradelerinin tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Aksi takdirde uygulamada da örneklerine rastlanıldığı üzere inançlı işleme ilişkin olarak taraflar arasındaki

senetlerin tahsil veya karşılık teşkil etmek amacıyla devredildiği durumlarda, devredene masadan çıkarma hakkı tanıyan İİK m. 188 hükmünün inançlı işleme ilişkin dolaylı düzenlemeler olduğu kabul edilmektedir. Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 82-83; Öztürk, s. 40-41; Özkaya, s. 26.

2 Jäggi/Gauch, Art. 18; N 177; Eren, s. 330. İnançlı işlemlerin örf ve adet hukukunun bir ürünü olduğu yönünde: Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 83; Öztürk, s. 41; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 305.

3 BaK-Wiegand, Art. 18, N 140; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 1; Kocayusufpaşaoğlu, s. 363; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 304.

4 Yarg. HGK., 14.7.2010 T., 2010/14-394 E., 2010/395 K. (Kazancı Bilişim İçtihat-Bilgi Bankası).

5 Steinauer, N 3047; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 1; Kocayusufpaşaoğlu, s. 364; Tandoğan, ÖBİ, s. 543.

anlaşmanın gereğinin yerine getirilmesinde ve tasfiyesinde birçok uyuşmazlık gündeme gelmekte ve bu uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında birtakım sıkıntılar yaşanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında inançlı işlemin konusu, unsurları ve türleri hakkında bir inceleme yapılmış, ayrıca, inançlı işlemin geçerliliği, ispatı, hüküm ve sonuçları üzerinde durulmuş ve son olarak da inanç ilişkisinin sona ermesine değinilmiştir.

II. İNANÇLI İŞLEMİN KONUSU

İnançlı işlemin konusunu devri mümkün olan her türlü malvarlığı değeri teşkil edebilir[6]. Bu hak, bir aynî hak veya bir alacak hakkı olabileceği gibi, fikir veya sanat eseri üzerindeki bir hak da olabilir. Bu itibarla, taşınırların, taşınmazların, alacakların, hisse senedine bağlanmış veya bağlanmamış şirket paylarının, fikrî hakların, bir ticari işletmenin inançlı işleme konu edilmesi mümkündür[7].

III. İNANÇLI İŞLEMİN UNSURLARI

İnançlı işlem (*fiducie*), inanç anlaşması (borçlandırıcı işlem) ve devir işlemi (tasarruf işlemi) olmak üzere iki unsurdan meydana gelen bir hukuki işlemler bütünüdür[8].

A. İnanç Anlaşması

İnanç anlaşması (*fiduziarische Vereinbarung/convention de fiducie*); inananın bir eşya üzerindeki ayni hakkı veya bir hakkın sahipliğini inanılana tam olarak devretmeyi; inanılanın ise devredilen eşya veya hakkı inanç anlaşmasının hükümlerine uygun biçimde idare ve/veya muhafaza etmeyi ve inanç anlaşması sona erdiğinde inanana iade etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir[9].

---

6 Reymond, s. 36.

7 Özsunay, Saf İnançlı Muameleler, s. 113.

8 BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18, N 123; Dunand, s. 414; Thévénoz/Dunand, s. 487.

9 Thévénoz/Dunand, s. 487; Winiger, Art. 18, N 95. Yargıtay inanç anlaşmasını "inanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından kullanılma, yönetilme ve inanana iade şartlarını içeren borçlandırıcı bir işlemdir." ifadeleriyle tanımlamaktadır. Yarg. 14. HD., 1.3.2007 T., 2007/726 E., 2007/2065 K. (Kazancı Bilişim İçtihat - Bilgi Bankası).

İnanç anlaşması hukuki niteliği itibariyle, kanunda düzenlenmemiş, *sui generis* bir sözleşmedir[10]. Bu sözleşme ile taraflar inanılanın inanç konusu üzerindeki yetkilerini, inanç konusunun idaresinin ve kullanılmasının şartlarını, inanç ilişkisinin süresini, sona erme sebeplerini, inanç konusunun ne şekilde iade edileceğini dolayısıyla inanç anlaşmasının nasıl tasfiye edileceğini kararlaştırmaktadırlar[11].

İnanç anlaşması, kanaatimizce inançlı işlemin varlığını ortaya koyabilmek ve taraflar arasındaki irade ile inanılana verilen yetkinin sınırını belirlemek adına büyük önemi haiz olup inançlı işlemin olmazsa olmaz bir unsurunu oluşturmaktadır.

B. Devir İşlemi

İnananın, inanç anlaşması ile aynı zamanda veya daha sonra bu anlaşmanın ifası amacıyla anlaşmaya konu olan şeyi veya hakkı tümüyle inanılana devretmesi devir işlemini oluşturur[12]. İnançlı işlemin konusunun taşınır, taşınmaz veya bir alacak devri ya da şirket hissesi olmasına göre taraflar arasında yapılacak tasarruf işleminin yapılışı da değişecektir.

İnanç sözleşmesinde inanan inanılana bir taşınırın mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmişse, mülkiyetin nakli işlemi (tasarruf işlemi) taşınırın zilyetliğinin inanılana, teslimli veya teslimsiz nakledilmesi suretiyle gerçekleşecektir[13]. Alacak haklarının inançlı devri ise, ister

---

10 Reymond, s. 32; Thévénoz/Dunand, s. 500; Dunand, s. 407; Özsunay, İnançlı Muameleler, s.121-122; Tandoğan, ÖBİ, s. 545.

11 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 121. Yarg. HGK., 14.7.2010 T., 2010/14-394 E., 2010/395 K.: "Anılan sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler." (Kazancı Bilişim İçtihat - Bilgi Bankası).

12 Thévénoz/Dunand, s. 487.

13 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 102; Oktay-Özdemir, s. 675. Ancak taşınırın mülkiyetinin nakli zilyetliğin hükmen teslimi ile gerçekleştiğinde, yani mülkiyeti nakleden kişi özel bir hukuki ilişkiye dayanarak taşınırın zilyetliği korumaya devam ettiğinde, bu devir işlemi üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmış ise, mülkiyet nakli sonuç doğurmayacaktır (MK m. 766 f. 1 c. son). Buna göre, hâkim inananın taşınırın zilyetliğini elinde bulundurmaya devam etmesinin taşınır rehni kurallarını dolanmak için olduğuna

tahsil amacıyla ister teminat amacıyla yapılsın yazılı şekilde yapılır (BK m. 163)[14]. Hamile yazılı senetlerin inançlı devri senedin zilyetliğinin mülkiyeti devretmek amacı ile inanılana nakledilmesi ile gerçekleşir (TTK m. 559 f. 1)[15]. Emre yazılı senetlerin inançlı devri içinse senedin ciro edilmesi ve buna ek olarak senedin zilyetliğinin mülkiyeti devir amacıyla inanılana nakledilmesi (TTK m. 559 f. 2)[16] olmak üzere iki tasarruf işleminin varlığı gereklidir. Nama yazılı senetlerin inançlı olarak devri için gerekli olan tasarruf işleminde de senet üzerindeki zilyetliğin devrinin yanında, senette tecessüm eden alacağın da inanılana temliki gerekir (TTK m. 559 f. 2)[17]. Ancak henüz kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmamış çıplak paylar da alacağın temliki suretiyle inançlı işlem yoluyla devir konusu edilebilmektedir.

İnanç sözleşmesinin konusu bir taşınmaz mülkiyetinin devri ise, taşınmazın tapu sicilinde inanılan adına tescil edilmesi ile taşınmaz mülkiyeti inanılana devredilmiş olacaktır (MK m. 705 f. 1)[18]. İnanç konusu taşınmazın inanandan iktisap edilmesi mümkün olduğu gibi, üçüncü kişiden iktisap edilmesi de mümkündür. Bu sonuncu durumda, inanan ile taşınmaz maliki üçüncü kişi arasında taşınmazın inanılana devri konusunda inanılan lehine bir anlaşma bulunabileceği gibi, böyle bir anlaşma bulunmayıp, inanılanın dolaylı temsilci olarak taşınmazı üçüncü kişiden kendi adına ancak inanan hesabına iktisap etmesi de mümkündür[19].

Taraflar inançlı işlemde, inananın kendi tasarrufundaki bir hakkını ya da bir alacağını doğrudan inanılana ve sonrasında da kendisine devri hususunda anlaşabilirler. Bu durumda bir inançlı işlem ama iki devir işlemi vardır. Örneğin; C'nin, aralarındaki hukuki bir ilişki nedeniyle,

kanaat getirirse (MK m. 766 f. 2), mülkiyetin inançlı nakli işlemi gerek üçüncü kişiler, gerekse de taraflar bakımından hükümsüz olacaktır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 576.

14 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 107; Özkaya, s. 33.

15 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 107; Poroy/Tekinalp, N 125.

16 Oktay-Özdemir, s. 675; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 107; Poroy/Tekinalp, N 98.

17 Poroy/Tekinalp, N 79.

18 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 102; Oktay-Özdemir, s. 675; Özkaya, s. 34.

19 Özkaya, s. 34.

A'ya bir şirketin hisselerini devretme borcu olduğunu varsayalım. Bu durumda A ile C, C'nin bu hisseleri herhangi bir nedenle (mali veya üçüncü kişilerle ilişkisi nedeniyle) önce inanılan B'ye devredilmesi, sonra da bu hisselerin A'ya devri hususunda anlaşabilirler. Bu ilişkide, tek bir inançlı işlem ama iki devir işlemi bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle öncelikle C, A'nın inandığı B'ye devri yapmakta -*ki burada B'ye inançlı bir devir vardır*- inançlı işlemin amacının gerçekleşmesi veya sürenin sonunda yapılacak ikinci devir işlemi ile de B, şirket hisselerini A'ya devretmektedir. Böylece inançlı işlemin seyri tamamlanarak hukuki işlem sona ermektedir.

IV. İNANÇLI İŞLEM TÜRLERİ

İnançlı işlemler, takip ettikleri amaç bakımından saf inançlı işlemler ve karma inançlı işlemler olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır:

A. Saf İnançlı İşlemler

Saf inançlı işlemler (*fiducia cum amico*); inanılanın inanç konusu eşya veya hakkı inananın veya inanılanın gösterdiği kişinin yararına olarak elinde bulundurduğu ve inananın talimatına uygun olarak kullandığı işlemlerdir[20]. Saf inançlı işlemler, bir eşya veya hakkın yetki vermek amacı ile devrini konu alabilir. Örneğin, tahsil amacıyla alacağın devri, kambiyo senedinin inançlı olarak tahsil amacıyla ciro edilmesi halinde saf inançlı işlem söz konusudur[21]. Saf inançlı işlem bir mal varlığı değerinin idare edilmek üzere devrini de hedefleyebilir. Örneğin, hisse senetlerinin anonim şirket Genel Kurulu'nda oy kullandırmak üzere inançlı devri yatırım fonu hissedarları tarafından yatırım fonu kurucusuna idare edilmek üzere inançlı olarak nakit devredilmesi (SPK m. 37 f. 1) saf inançlı devirdir.

Saf inançlı işlemlerde, genel olarak, inanan ile inanılan arasında vekâlet benzeri *sui generis* bir hukuki ilişki olduğu kabul edilmektedir.

20 Thévénoz/Dunand, s. 480; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 45.

21 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 46, 51; Tandoğan, ÖBİ, s. 544; Kocayusufpaşaoğlu, s. 366.

Buna bağlı olarak bu işlemlere vekâlet sözleşmesi hükümleri, inançlı işlemin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanacaktır[22].

B. Karma İnançlı İşlemler

Karma inançlı işlemler (*fiducia cum creditore*) inanılanın bir alacağına teminat oluşturmaya hizmet etmekte ve ağırlıklı olarak inanılanın menfaatlerini tatmin etmek üzere kurulmaktadır[23]. Teminat amaçlı inançlı devirlerde, inanan, inanılanı inançlı işleme konu olan eşyanın maliki veya alacağın alacaklısı ya da hakkın sahibi kılmaktadır[24]. İnanılan ise inana karşı inançlı temlik konusu eşya veya hakkı teminat amacıyla sınırlı biçimde kullanmak ve inançlı işlemle temin edilen asıl alacak ödendiğinde inanana iade etmeyi taahhüt etmektedir[25].

Taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin teminat sağlamak amacıyla devri, alacaklıyı (inanılanı) diğer teminat türlerinde, örneğin, rehinde olduğundan daha güçlü bir konuma getirdiğinden, iş hayatında kredi verenlerce tercih edilen bir teminat türüdür[26]. İnançlı mülkiyet, rehin hakkından farklı olarak, teminat altına aldığı alacağa bağlı fer'i bir hak değildir. Bu itibarla, örneğin, alacak inanılan tarafından üçüncü kişiye temlik edildiğinde, inananın inanılana teminat olarak devrettiği taşınır veya taşınmazın inançlı mülkiyeti, alacağı temlik alana kendiliğinden geçmez[27].

---

22 Reymond, s. 40; Thévénoz/Dunand, s. 495; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 135; Özsunay, Saf İnançlı Muameleler, s.117; Kocayusufpaşaoğlu, s. 367; Tandoğan, ÖBİ, s. 545.

23 Thévénoz/Dunand, s. 480; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 56.

24 Kuntalp, s. 283; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 61, 75.

25 Kuntalp, s. 283; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 64.

26 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 75; Özkaya, s. 40. Ancak taşınmaz mülkiyetinin teminat amacıyla devrine İsviçre'de ancak istisnai durumlarda rastlanmaktadır. Bunun en önemli sebebi, İsviçre'de ipotek yanında ipotekli borç senedi ve irat senedi gibi diğer taşınmaz rehni türlerine de sıklıkla başvurulmasıdır. Diğer bir sebep de taşınmazlara ilişkin inançlı işlemlerde iki defa tapu harcı ödenmek zorunda kalınmasıdır. Zira hem inanılana taşınmaz mülkiyeti devredilirken, hem de inanan borcunu ödedikten sonra taşınmaz mülkiyeti tekrar ona devredilirken tapu harcı ödenmek gerekecektir. Thévénoz, s. 304.

27 Zobl, N 1368; Steinauer, N 3052b; Oktay-Özdemir, s. 672. Bir görüşe göre, inanılan, inananla arasındaki anlaşmada aksine düzenleme olmadıkça, inanç konusunun mülkiyetini alacağı devralana geçirmelidir. Zobl, N 1372; Oktay-Özdemir, s. 672.

Alacağın teminat amacıyla temliki de alacağı teminat altına alınan kişiye alacak rehnine nazaran bazı avantajlar sunmaktadır. Öncelikle alacak hakkının inançlı sahibi, alacak rehni alacaklısına nazaran alacağın borçlularından daha bağımsızdır. Teminat verenin iflası halinde, rehinli alacak iflas idaresince paraya çevrilir, elde edilen tutar öncelikle rehin alacaklısına verilir. Oysa bir alacağı inançlı temlik alan kişi, alacağın borçlusunu doğrudan takip edebileceği gibi, dilerse alacağın tahsilini geciktirebilir veya alacağı üçüncü bir kişiye devredebilir[28]. Öte yandan, rehnedilen alacak rehin hakkının fer'iliği ilkesi gereği, zorunlu olarak teminat altına alınan alacağın akıbetini takip ettiği halde, inanç ilişkisi içinde temlik edilen alacak teminat altına alınan alacaktan ayrı devredilebilir[29].

Mülkiyetin veya alacağın teminat amacıyla devrine ilişkin inanç anlaşmasına hangi hükümlerin uygulanacağına gelince; inanç anlaşması sui generis bir sözleşme olup Kanunda düzenlenmediğinden, bu sözleşmeye taşınır ve taşınmaz rehni hükümleri ile vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler inanç ilişkisinin mahiyetine uyduğu ölçüde kıyasen uygulanmalıdır[30].

V. İNANÇ ANLAŞMALARININ GEÇERLİLİĞİ

İnançlı devirler, tüm hukuki işlemlerin tabi olduğu genel sınırlamalara (örneğin, MK m. 27; BK m. 19, m. 20) riayet edilmek kaydıyla, hukuken geçerli işlemlerdir[31]. İnançlı devirlerin, taşınır

Buna karşılık, bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, inançlı malik, kural olarak, alacağı temlik alana inanç konusu şeyin mülkiyetini nakletme borcu altında değildir. Zira aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, inanan ile inanılan arasındaki inanç anlaşmasından, (bu sözleşmenin tarafı olmayan) alacağı temlik alan kişi lehine haklar doğmaz. Steinauer, N 3052b.

28 Thévénoz, s. 307; Thévénoz/Dunand, s. 486.

29 Thévénoz, s. 307; Thévénoz/Dunand, s. 486; Zobl, N 1555; Foëx, N 46. Teminat amacıyla alacak devrinin alacak rehnine nazaran daha kuvvetli bir teminat olmasının başka sebepleri için bkz. Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 65 dn.107.

30 Thévénoz/Dunand, s. 500; Steinauer, N 3054c; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 138 vd.; Özsunay, Saf İnançlı Muameleler, s.117; Oktay-Özdemir, s. 676; Tandoğan, ÖBİ, s. 545-546.

31 Steinauer, N 3048; Oktay-Özdemir, s. 671; Özkaya, s. 26. Yarg. HGK., 14.7.2010 T., 2010/14-394 E., 2010/395 K.: "Bilindiği gibi, inanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı

mülkiyetinin inanılana hükmen teslimle nakline ilişkin MK m. 766'daki durum müstesna, mutlaka muvazaalı olarak veya kanuna karşı hile için yapıldığından söz edilemez[32]. İnançlı işlemin muvazaalı olduğu veya kanuna karşı hile teşkil ettiği iddia ediliyorsa, bunu iddia edenin ispat etmesi gerekir (MK m. 6)[33]

İnanç anlaşmasının geçerliliği problemi özellikle sebebe bağlı kazandırmalarda öne çıkmaktadır. Kazandırıcı işlemin geçerliliğinin hukuki sebebin varlık ve geçerliliğine bağlı olması, kazandırıcı işlemin sebebe bağlı olmasını; hukuki sebebin varlık ve geçerliliğinden bağımsız olması ise sebepten soyut olmasını ifade etmektedir[34]. Hukukumuzda taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlı bir işlemdir[35]. Bugün hâkim olan görüşe göre, taşınırlarda da kazandırıcı işlem sebebe bağlıdır[36]. Alacakların devrine ilişkin tasarrufların ise, sebebe bağlı olduğunu savunan yazarlar olduğu kadar sebepten soyut olduğunu savunan yazarlar da vardır[37]. Kazandırıcı işlemin sebebe bağlı olduğunun kabul edildiği durumlarda, tasarruf işleminin geçerliliği bakımından borçlandırıcı işlemin geçerli olup olmadığı meselesi önem arz etmektedir. Bu noktada iki meseleye değinilmelidir. Bunlardan ilki, inanç anlaşmasının tasarruf işlemi bakımından bağımsız bir hukuki sebep teşkil edip edemeyeceğidir.

iradelerine uygun bulunduğu için, onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir (…) Buna dair akit hükümleri de Borçlar Kanununun 19 ve 20 maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır." (Kazancı Bilişim İçtihat - Bilgi Bankası).

32 Steinauer, N 3048; Oktay-Özdemir, s. 670; Özkaya, s. 28-29.

33 Jäggi/Gauch, Art. 18; N 163; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 418; Kocayusufpaşaoğlu, s. 381.

34 Thévénoz/Dunand, s. 489; Eren, s. 173-174; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 92.

35 Bu durum MK m. 1024 f. 2'de yer alan "Bağlayıcı olamayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur." ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Eren, s. 173; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 93.

36 Steinauer, N 3051; Thévénoz/Dunand, s. 489; Eren, s. 176; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 93; Özkaya, s. 34. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları bu yöndedir. Örneğin, BGE 55 II 302. Buna karşılık, taşınırlar üzerindeki tasarruf işlemlerinin sebepten soyut olduğu görüşünde: Oğuzman/Öz, s.749-750.

37 Alacak haklarının devrine ilişkin tasarrufların sebepten soyut olduğu yönünde: Zobl, N 1580; Foëx, N 44; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 94; Oğuzman/Öz, s. 923. Bu tasarrufların sebebe bağlı olduğu yönünde: Eren, s. 176; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 241 vd.

İkincisi ise, gerçek amacı, yani inançlı devir amacını dışarıya yansıtmayan bir başka sözleşme kisvesi altında gizlenen inanç anlaşmalarına geçerlilik tanınıp tanınamayacağı meselesidir.

A. İnanç Sözleşmesinin Kazandırma İşleminin Bağımsız Hukuki Sebebi Olup Olamayacağı Meselesi

Bugün gerek doktrinde[38], gerek uygulamada [39] inanç sözleşmesinin de mülkiyetin devri bakımından satım veya bağışlama sözleşmesi gibi bağımsız bir hukuki sebep teşkil edebileceği kabul edilmektedir. Ayni haklar sınırlı sayıda olmakla birlikte, taraflar her somut olayda sınırlı sayıdaki bu ayni hakların kurulma, devir ve sona erme sebeplerini serbestçe seçmekte özgürdürler[40]. Mülkiyet hakkı Medeni Kanun'un kabul ettiği sınırlı sayıdaki ayni haktan biri olup, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri sağlamaktadır (MK m. 683 f. 1). İnançlı mülkiyet devirleriyle yeni bir mülkiyet türünün yaratılması söz konusu değildir. İnanç konusu üzerinde inanılanın iktisap ettiği inançlı mülkiyet MK m. 683 anlamında mülkiyet hakkından başka bir şey değildir[41].

Bugün Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüşü teşkil eden "tam hak iktisabı teorisi"ne (*Die Theorie des vollen Rechtserwerbs*) göre, inançlı devirle inanılan, inanç konusu üzerindeki hakkı tam olarak elde etmekte; üçüncü kişilere karşı olduğu gibi, inanılana karşı da, devredilen eşyanın tam olarak maliki, alacak hakkının alacaklısı, fikri hakkın sahibi

38 Reymond, s. 32; Thévénoz/Dunand, s. 489; Foëx, N 38; Zobl, N 1394; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 99; Özkaya, s. 35.

39 Yarg. HGK., 14.7.2010 T., 2010/14-394 E., 2010/395 K.: "Bilindiği üzere; inanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebini teşkil eder." (Kazancı Bilişim İçtihat - Bilgi Bankası). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 86 II 221 = JdT 1961 I 203.

40 Reymond, s. 32; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 97.

41 Thévénoz/Dunand, s. 491.

olmaktadır[42]. Teminat amaçlı mülkiyet devirleri de rehin türlerinin sınırlı sayıda olması ilkesine aykırı değildir. Zira taraflar Kanunda öngörülenden başka rehin türü meydana getiremezlerse de aynı amaca ulaşmak için başka hukuki işlemler yapabilir; bu kapsamda da mülkiyet naklini bir teminat aracı olarak kullanabilirler[43].

Tarafların bir ayni hakkın devri üzerinde anlaştığı tüm sözleşmeler, devir niyeti ciddi olmak kaydıyla, mülkiyet devri için geçerli bir hukuki sebep olabilir. İnanç sözleşmesinde de mülkiyetin devri taraflarca gerçekten arzu edildiğinden, bu *sui generis* sözleşme de mülkiyet devrinin hukuki sebebi olabilir[44]. Zaten inanç anlaşmasının muvazaalı sözleşmelerden en büyük farkı da inanç anlaşmasında tarafların iradelerinin inanç konusu hakkın tam olarak inanılana geçmesi konusunda anlaşmış olmaları, yani hakkın inanılana devrinin taraflarca gerçekten isteniyor olmasıdır[45].

İnanç anlaşmasının taşınmazların inançlı devrinin hukuki sebebi olmasına da kanunen herhangi bir engel yoktur[46]. Tapu Sicil Tüzüğü'nün tescil isteminin tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamayacağını ifade eden 11. maddesinin 2. fıkrası, inanç sözleşmesini tapu sicil müdürlüğüne sunarak taşınmazın inanılan adına tescil edilmesine engel değildir. Zira inanç sözleşmesi ile inanılanın süre sonunda veya amaç gerçekleşince taşınmazı güvenene iade etme konusunda bir borç altına girmesi, tescili kendiliğinden bozan veya hükümsüz kılan bir durum olmayıp; sadece inananın inanılana

42 BaK-Wiegand, Art. 18, N 144; BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18, N 119; Thévénoz/Dunand, s. 491; Winiger, Art. 18, N 97; Foëx, N 40; Steinauer, N 3052; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 171 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir: BGE 96 II 79 = JdT 1971 I 329; BGE 117 II 429 = JdT 1992 I 399.

43 Steinauer, N 3048; Oktay-Özdemir, s. 670-671.

44 Reymond, s. 32-33.

45 BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18, N 128; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 172; Kocayusufpaşaoğlu, s. 365; Özkaya, s. 41.

46 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 101, 103; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 306-307.

yöneltebileceği şahsi bir iade talebine sahip olması anlamına gelmektedir[47].

B. İnanç Sözleşmesinin Bir Başka Sözleşmenin Ardına Gizlenmesi (Gizli İnanç Sözleşmeleri)

İnanç sözleşmesinin taşınmazların devri bakımından hukuki sebep teşkil etmesine hukuken bir engel olmadığı halde, uygulamada tapu sicil müdürleri bir inanç sözleşmesine dayanarak tapuda taşınmazın tesciline yanaşmamaktadır. Bu sebeple, taşınmazların inançlı devri çoğunlukla taşınmaz satım sözleşmesi kisvesi altında gerçekleştirilmektedir. Bu durumda, bir görüşe[48] göre, görünürdeki satım sözleşmesi muvazaa sebebiyle, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran gizli inanç sözleşmesi ise resmi şekle uyulmadığı için geçersiz sayılmalıdır. Buna karşılık, bizim de katıldığımız bir başka görüşe[49] göre, burada bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın onların gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağını öngören BK m. 18 f. 1 hükmünden hareket edilmelidir. Tarafların, gerçek ve ortak iradeleri inançlı bir işlem yapmak olduğu halde, inançlı işlem kavramına yabancı olduklarından veya tapuda inanç sözleşmesine dayalı devir yapılmayacağını bildiklerinden, sözleşmeyi satım sözleşmesi olarak adlandırmış olmaları halinde, hâkim, bu sözleşmeyi tarafların kullandığı satım sözcüğü ile bağlı kalmaksızın bir inanç sözleşmesi olarak kabul etmelidir. Böylece, resmi şekil şartına uygun olan satım sözleşmesi, BK m. 18 f. 1 gereği tarafların ortak ve gerçek iradelerine uygun biçimde inanç sözleşmesi olarak değerlendirilerek ayakta tutulmalıdır. Ancak

47 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 306; Kocayusufpaşaoğlu, s. 373.

48 Jäggi/Gauch, Art. 18; N 195-196. Yargıtay'ın eski içtihadı bu yöndeydi. Yarg. HGK. 14.12.1949 T., 1/245-173 E., 122 K. (Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 99 dn. 78). Söz konusu kararda Yargıtay teminat amacıyla yapılan devirlerin muvazaalı olduğu sonucuna varmıştı.

49 Reymond, s. 34; Özsunay, İnançlı Muameleler, s.100-101; Kocayusufpaşaoğlu, s. 375-376. Bu yönde: Yarg. 1. HD., 24.4.1992 T., 1992/2167 E., 1992/5331 K.: "Borçlar Yasasının 18. maddesinde öngörüldüğü anlamda, akitteki gerçek v emüşterek amaçları satış değil de teminat için temlik olan akdin koşullarını inanç sözleşmesiyle belirleyen tarafların, karşılıklı yükümlülük altına girdikleri 8.1.1991 günlü protokol başlıklı belgeden anlaşılmaktadır." (Özkaya, s. 126-127)

inançlı işlemin BK m. 18 çerçevesinde hâkim tarafından yorum kurallarının yardımıyla ayakta tutulma çabasının da hukuki güvenliği tam olarak sağlamaya yetmeyeceği doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir[50]. Buna göre, inançlı işlemlerin muvazaa gibi hukuka aykırı durumlardan ayırt edilmesinin ve bu konuda hukuki güvenliğin sağlanmasının en emin yolu inanç sözleşmelerini mülkiyet devri için bağımsız bir hukuki sebep olarak kabul etmek olacaktır.

Yargıtay içtihatlarına göre, teminat sağlama amacına yönelik olsun olmasın, inançlı işlemler, üçüncü kişileri yanıltma amacı taşımadıkları takdirde muvazaalı sayılmamaktadır. Yüksek Mahkeme, inançlı devir amacının resmi satım sözleşmesinden anlaşılması zorunluluğunu aramaksızın[51], yazılı delil ile ispat edilmek şartıyla inanç anlaşmalarını geçerli kabul etmektedir[52].

VI. İNANÇLI İŞLEMİN İSPATI

A. Taşınırlara İlişkin İnançlı İşlemlerin İspatı

Taşınırlara ilişkin inanç sözleşmelerinin geçerliliği herhangi bir şekle tâbi değildir[53]. Ancak HMK m. 200 f. 1'e göre, "*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından*

50 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 101.

51 Kocayusufpaşaoğlu, haklı olarak, Yargıtay'ın inançlı devir amacının resmi satım sözleşmesinden anlaşılmasını zorunlu tutmadan, resmi senet dışında yazılı delille ispatı halinde inançlı işlemin varlığına hükmeden içtihadını, gerçekçi bulmakta; uygulamadaki ihtiyaçlara cevap verir niteliğinden ötürü olumlu karşılamaktadır. Kocayusufpaşaoğlu, s. 374-375.

52 Yarg.14.HD., 30.5.2006 T., 2006/2397 E., 2006/6106 K. : "5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği gibi; inanç sözleşmesi, inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını, inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. (…) İnanç sözleşmeleri anılan İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delil ile kanıtlanabilir." (Kazancı Bilişim İçtihat - Bilgi Bankası).

53 Steinauer, N 3054b; Oktay-Özdemir, s. 674; Özkaya, s. 42; Öztürk, s. 167-168.

aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz."[54] Bu itibarla inanç sözleşmesine konu taşınırın devri maddede söz edilen tutarı aşmıyorsa, tanık delili dâhil her türlü delil ile ispatı mümkündür. Buna karşılık, taşınırın değeri söz konusu tutarı aşıyorsa, inanç sözleşmesi, kural olarak, yazılı delil veya yazılı delil başlangıcı ve onu tamamlayan diğer delillerle ispatlanmalıdır[55]. Bu durumda söz konusu şekil ispat şeklidir[56].

B. Taşınmazlara İlişkin İnançlı İşlemin İspatı

Uygulamada taşınmazların inançlı devri hukuki sebep olarak satım sözleşmesi gösterilerek gerçekleştirilmektedir. Taşınmazların inançlı temlikinde resmi şekilde düzenlenen taşınmaz satım sözleşmesinde taşınmazı devralanın devredene iade yükümlülüğüne yer verilmese de taraflar taşınmazın belirli koşullar gerçekleştiğinde devredene iade edileceği konusunda aralarında anlaşmaktadırlar[57]. Burada ispat konusu mesele, BK m. 18 f. 1 hükmünden hareketle, satım sözleşmesi görünümünde gerçekleşen resmi şekle uygun sözleşmenin esasen bir inanç sözleşmesi olduğunun ispatıdır. Yani, görünürde her ne kadar taşınmazın ileride kendisine iade edileceği hususuna yer vermeyen ve satım sözleşmesi olarak adlandırılan bir sözleşme söz konusu olsa da, esasen inanan, inanılan ile arasındaki bu sözleşmenin bir inançlı devir sözleşmesi olduğunu iddia etmektedir. Yoksa satım sözleşmesinden ayrı olarak akdedilmiş geçerliliği şekle bağlı bir sözleşmenin varlığını iddia etmemektedir[58]. Burada senede, yani resmi şekilde akdedilen satım sözleşmesine karşı bir iddia ileri sürüldüğünden, "*senede karşı senetle*

---

54 Senetle ispat kuralı ve istisnaları hakkında bkz. Yavaş, s. 105 vd., 229 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 414 vd.

55 Özkaya, s. 42. Yarg. HGK., 14.7.2010 T., 2010/14-394 E., 2010/395 K.: "Konusu menkul ve tapusuz olan inançlı devirler, Medeni Kanunun 763/1 (687/1), 977/1 (890/1), 979/2 (892/2) maddelerine göre hiçbir şekle bağlı olmaksızın zilyetliğin devri suretiyle gerçekleştirildiğinden, dava değeri (inançlı işlemin konusu) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288.maddesinde öngörülen miktarı geçmediği sürece, inançlı işlem, tanık dahil her türlü delil ile ispat edilebilir." (Kazancı Bilişim İçtihat - Bilgi Bankası).

56 Öztürk, s. 167-168.

57 Öztürk, s. 166.

58 Kocayusufpaşaoğlu, s. 376.

ispat kuralı"[59] (HMK m. 201; HUMK m. 290) geçerlidir. Görünürdeki sözleşmenin aslında inanç anlaşması niteliğinde olduğu yazılı delil veya yazılı delil başlangıcı ve onu tamamlayan belgelerle ispatlanabilecektir[60].

C. Alacağın Temlikine İlişkin İnançlı İşlemin İspatı

İnananın alacağı, inanılana temlik etme taahhüdünü ihtiva eden inanç sözleşmesinin geçerliliği şekle tabi değildir (BK m. 163 f. 2)[61]. Ancak alacağın inançlı devrinde tasarruf işlemini oluşturan alacağın temliki işleminin geçerliliği temliknamenin BK m. 163 f. 1 uyarınca yazılı olarak yapılmasına bağlıdır[62]. Yazılı temlik sözleşmesi ile devredilen alacağın, tahsil veya teminat amacıyla inançlı olarak temlik edildiği iddia edildiği takdirde, bu iddianın HMK m. 201 (HUMK 290) çerçevesinde yazılı delil ile ispatı gerekir[63]. Yazılı temlik sözleşmesi ile temlik edilen ticari senetler bakımından da durum aynıdır[64].

VII. İNANÇLI İŞLEMİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bugün doktrindeki hâkim görüş olan "*tam hak iktisabı teorisi*"ne göre, inanç anlaşmasının ifası amacıyla gerçekleştirilen inançlı devir işlemi ile birlikte inanılan, herhangi bir

---

59 Senede karşı senetle ispat kuralı hakkında bkz. Yavaş, s. 363 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 425 vd.

60 Yarg. HGK., 14.7.2010 T., 2010/14-394 E., 2010/395 K.: "İnanç sözleşmeleri kaynağını Borçlar Kanunun 18.maddesi ile 5.2.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararından alır. Sözü edilen bu karar uyarınca inanç ilişkisinin ancak, yazılı delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır. Kısaca, inanç ilişkisinin varlığını kabul edebilmek için yazılı bir sözleşmenin açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa da, yanlar arasındaki uyuşmazlığın tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber bunun vukuuna delalet edecek karşı tarafın elinden çıkmış (inanılan tarafından el ile yazılmış fakat imzalanmamış olan bir senet veya mektup, daktilo veya bilgisayarla yazılmış olmakla birlikte inanılanın parafını taşıyan belge, usulüne uygun onanmamış parmak izli veya mühürlü senetler gibi) yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belgenin varlığı aranır. Yazılı delil başlangıcı niteliğinde belge varsa HUMK'nun 292.maddesi uyarınca inanç sözleşmesi "tanık" dahil her türlü delille ispat edilebilir." (Kazancı Bilişim İçtihat - Bilgi Bankası).

61 Steinauer, N 3057.

62 Steinauer, N 3057b.

63 Özkaya, s. 42; Öztürk, s. 165-166.

64 Özkaya, s. 42-43. Örneğin, bir bononun kredi temini için verildiği iddiası ancak senetle veya diğer kesin delillerle ispat edilebilir; tanık delili ile ispat edilemez (HMK m. 201 (HUMK m. 290)). Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 426.

kazandırmada olduğu gibi, kendisine devredilen hakkın tam olarak sahibi olmakta; inanç konusu eşya veya hak inanılanın malvarlığına dâhil olmaktadır. İnanılan, dış ilişkide, inanç konusu üzerinde her tür tasarrufta bulunabilmekte, örneğin, inanç konusunu üçüncü kişiye devredebilmekte veya inanç konusunun üzerinde sınırlı bir ayni hak tesis edebilmektedir[65]. Oysa inanılanın iç ilişkide inanç konusunu amaca uygun kullanmak ve onun üzerinde ancak inançlı işlemin amacının gerekli kıldığı oranda tasarrufta bulunmaya yetkilidir. Bunun sonucunda da inançlı işlemlerde inanç konusu hakkı tam olarak kazanan inanılan, üçüncü kişilerle ilişkilerinde, daima inanan ile iç ilişkisi gereği yetkili kılındığından daha fazlasını yapmaya muktedir olmaktadır[66].

Tarafların inanç anlaşmasından kaynaklanan hak ve borçları belirlenirken, öncelikle inanç anlaşmasındaki düzenlemenin, anlaşmada düzenleme olmayan konularda, saf inançlı işlemlerde vekâlet hükümlerinin, karma inançlı işlemlerde ise rehin ve vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir[67]. Saf inançlı işlemlerde; inanılan, vekâlet sözleşmesi hükümlerine kıyasen, inanç konusunu özenle idare etmek (BK m. 390 f. 2), inanana hesap vermek (BK m. 392 f. 1), sır saklamak, inanç ilişkisi sona erince inanç konusunu inanana iade etmek (BK m. 392 f. 1) ile yükümlü olup; inanç konusunun idaresi sırasında zarara uğramışsa inanandan zararının tazminini isteme (BK m. 394 f. 2), kararlaştırılmışsa veya halin icabı gerektiriyorsa inanandan ücret talep etme (BK m. 386 f. 3) hakkına sahiptir[68]. Karma inançlı işlemlerde; inanılan, inanç konusunu özenle muhafaza etmek ve kullanmak (BK m. 390 f. 2), inanç konusu üzerinde teminat amacının gerekli kılmadığı tasarruflarda bulunmamak (MK m. 945 f. 2), inançlı işlemle teminat altına alınan borcun ödenmesi halinde inanç konusunu inanana iade etmekle (BK m. 392 f. 1) yükümlü olup; inanç konusunun kendisine devrini talep etme, borcun ödenmemesi

65 BaK-Wiegand, Art. 18, N 144; BK-Kramer/Schmidlin, Art. 18, N 119; Steinauer, N 3052; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 171, 178; Oğuz, s. 253; Özkaya, s. 48.

66 Thévenoz/Dunand, s. 489; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 145.

67 Bkz. yukarıda IV. A.

68 Dunand, s. 417 vd.; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 145 vd.; Özkaya, s. 49; Öztürk, s. 143-144.

halinde inanç konusunu paraya çevirip alacağını bu tutardan karşılama[69] haklarına sahiptir[70]. Karma inançlı işlemlerde inanan borcunu ödemediği takdirde inanç konusunun paraya çevrilmesine katlanmak zorunda ise de, satış bedelinden alacak karşılandıktan sonra kalan kısmın iadesini inanılandan talep etme hakkını haizdir[71].

İnananın inanç ilişkisi sona erdiğinde inanç konusunun iadesini talep etme hakkı, ayni değil, şahsi bir hak olduğundan, inanılanın inanç konusunu iade etmekten kaçındığı durumlarda, inanan inanılana karşı istihkak davası açamaz[72]. O halde örneğin inanç konusu bir taşınmaz olup da tapu sicilinde maliki halen inanılansa, inananın iade için açacağı dava tescile zorlama davası (MK m. 716) olmalıdır. Ancak Yargıtay bu tür durumlarda açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını (MK m. 1025) da kabul etmektedir[73]. İnananın inanç sözleşmesinden doğan talepleri, onun ancak inanılana karşı ileri sürebileceği şahsi talepler olduğundan, inanç anlaşması ile inanılanın inanç konusu üzerindeki yetkilerine getirilen sınırlama onun inanç konusunu devrettiği üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez[74]. İnanç konusunu üçüncü kişiye devreden veya inanç konusu üzerinde sınırlı ayni hak tesis eden inanılan karşısında, inananın inanılana karşı başvurabileceği hukuki yol inanç anlaşmasının hükümlerine aykırı davranan inanandan BK m. 96 uyarınca tazminat talep etmektir[75]. İnanç

69 Teminat altına alınan borç ödenmediği takdirde, inanılan ancak teminatı, yani inanç konusunu satıp paraya çevirerek alacağını tahsil etme hakkına sahiptir. Teminat altına alınan borç ödenmediği takdirde inanılanın inanç konusu üzerindeki mülkiyet hakkının devam edeceği konusundaki anlaşmalar (pacte commissoire), lex commissoria yasağına aykırı olduğundan geçersizdir (MK m. 949'a kıyasen). Steinauer, N 3054a; Zobl, N 1490; Serozan, s. 1004; Oktay-Özdemir, s. 681.

70 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 150 vd.; Özkaya, s. 50; Öztürk, s. 148 vd.; Oktay-Özdemir, s. 680.

71 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 153; Oktay-Özdemir, s. 680; Özkaya, s. 50.

72 Thévenoz/Dunand, s. 488; Winiger, Art. 18, N 98; Eren, s. 332; Özkaya, s. 50.

73 Örneğin bkz. Yarg. HGK., 14.7.2010 T., 2010/14-394 E., 2010/395 K (Kazancı Bilişim İçtihat - Bilgi Bankası); Yarg. HGK., 17.5.2000 T., 2000/2-888 E., 2000/885 K (Özkaya, s. 58 vd.).

74 Thévenoz/Dunand, s. 492; Steinauer, N 3052a; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 172; Özkaya, s. 50.

75 BaK-Wiegand, Art. 18, N 144; Thévenoz/Dunand, s. 489; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 151, 190-191; Oğuz, s. 254.

konusunu devralan üçüncü kişi, inanç konusunu devredenin inançlı malik olduğunu bilse, yani kötüniyetli olsa dahi, inanan üçüncü kişiye karşı istihkak davası açamaz[76]. Ancak inanç konusu eşya veya hakkı devralan üçüncü kişi inanana zarar verme kastı ile hareket etmişse, inanan kötüniyetli üçüncü kişiye karşı da BK m. 41 f. 2'ye dayalı olarak tazminat davası açabilir[77].

İnançlı devirle birlikte inanılanın herhangi bir kazandırmada olduğu gibi inanç konusunu kazanmasının icra-iflas hukuku bakımından da önemli sonuçları vardır. İnanılanın alacaklıları inanç konusu eşya veya hakkı cebri icra takibine konu edebilirler. Bu durumda, inanan, hacizli mala istihkak iddiasında bulunamaz; adi bir alacak olan inanç konusunun iadesine ilişkin alacağına dayanarak, takibe katılabilir[78]. Öte yandan, inanılanın iflası halinde, inanç konusu eşya veya hak iflas masasına dâhil olur. Bu durumda, kural olarak, inanan istihkak iddiasında bulunarak inanç konusunu masadan çıkartmaya yetkili değildir; onun yapabileceği, inanç konusunun iadesine ilişkin alacak hakkı için iflas masasına başvurmaktır[79]. Bu durumun alacaklar ve taşınırlar bakımından bir istisnası BK m. 393'ten doğmaktadır.

Ancak, dolaylı temsil içeren vekâlette vekilin üçüncü kişiden iktisap ettiği alacaklar bakımından kanunî temlik, taşınırlar bakımından ise ayırma hakkını düzenleyen BK m. 393 hükmünün[80] inançlı temlikler

---

76 BaK-Wiegand, Art. 18, N 144; Steinauer, N 3052; Eren, s. 332; Özkaya, s. 50.

77 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 191; Eren, s. 332-333; Kocayusufpaşaoğlu, s. 367-368; Oğuz, s. 254.

78 Steinauer, N 3052a; Özkaya, s. 49; Oğuz, s. 254.

79 Thévenoz/Dunand, s. 492; Steinauer, N 3052a; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 211-212; Eren, s. 333; Özkaya, s. 49; Oğuz, s. 254.

80 BK m. 393 f. 1'e göre, vekilin dolaylı temsilci olarak hareket ettiği işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, müvekkil vekile karşı tüm borçlarını ifa ettiği takdirde, kanunen kendiliğinden müvekkile geçer. BK m. 393 f. 2'ye göre, vekilin iflâsı durumunda da müvekkil bu alacağın kendisine geçtiğini iflas masasına karşı ileri sürebilir. BK m. 393 f. 3'e göre ise, vekilin iflası durumunda, müvekkil, vekilin kendi adına ancak müvekkil hesabına iktisap ettiği taşınır malların iflas masasından ayrılarak kendisine iadesini iflas masasından talep edebilir.

bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe[81] göre, inançlı işlem ile dolaylı temsili gerektiren vekâlet birbirinden farklı kurumlar olduğu için, BK m. 393 (İBK m. 401) inançlı işlemler bakımından uygulanamaz. Bir başka görüşe[82] göre, BK m. 393 teminat amacıyla yapılan (karma) inançlı işlemler bakımından uygulanamazsa da, saf inançlı işlemler bakımından uygulanabilir. Buna karşılık, bir diğer görüşe[83] göre, BK m. 393'ün amaca uygun yorumlanmasıyla, söz konusu hükmün hem saf, hem de karma inançlı işlemlerde, uygulanması mümkündür. Bizim de katıldığımız bu son görüşe göre, dolaylı temsil yetkisini içeren inançlı bir vekâlet ilişkisi söz konusu olup, inanan, inanılana karşı borçlarını ifa ettiği takdirde, inanç konusu bir alacaksa alacağın kanunen kendisine temlik edildiğini iflas masasına karşı ileri sürebilecek, inanç konusu taşınır bir mal ise, bunu iflas masasından ayırabilecektir[84]. BK m. 393 f. 1'de alacak hakları bakımından düzenlenen kanuni temliki ileri sürme ve BK m. 393 f. 3'te taşınırlar bakımından düzenlenen ayırma hakkının bu hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla inançlı vekilin hacze uğraması durumunda da uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir[85].

81 Droin, s. 138-139; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 207-208. Reymond önceleri bu görüşte idi: Reymond, s. 56-57. Bu yazarlardan Reymond ve Özsunay inançlı işlem ile dolaylı temsil arasındaki ayırımı inançlı işlemlerin sürekli, dolaylı temsili içeren vekalet sözleşmelerinin ise geçici nitelik taşıdığı iddiasına dayandırmaktadırlar. Bu görüş kısa süren inançlı işlemler olabileceği gibi, uzun süren dolaylı temsili gerektiren vekalet sözleşmeleri de söz konusu olabileceği gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmektedir. Bu eleştiri için bkz. Tandoğan, ÖBİ, s. 555 ve orada zikredilen yazarlar.

82 Reymond, JdT, s. 600; Thévenoz/Dunand, s. 499- 500; Thévenoz, s. 315; Zobl, N 1376, 1381. BK m. 393 hükmünün karma inançlı sözleşmeler bakımından uygulanamayacağı görüşüne gerekçe olarak, inananın inanılana (alacaklısına) olan borcunu tümüyle ifa etmeden borcunun teminatı olarak inanılana verdiği şeyin geri verilmesini isteme hakkının bulunmadığı gösterilmektedir. Thévenoz/Dunand, s. 500. Oysa Tandoğan'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, inananın, inanılana olan borcunun teminatı olarak inanılana devrettiği alacak bakımından kanuni temliki ileri sürmesi veya taşınır bakımından ayırma hakkını kullanması için onun inanılana olan borcunu ödemek zorunda olması zaten BK m. 393'ün bir gereği olup, söz konusu hükmün karma inançlı işlemlerde uygulanmasına engel değildir. Tandoğan, ÖBİ, s. 561.

83 Gautschi, Art 401, N 5c, 12c; Tandoğan, ÖBİ, s. 561-563.

84 Tandoğan, ÖBİ, s. 512 vd.

85 Gautschi, Art 401, N 10b, 27a; Tandoğan, ÖBİ, s. 527, 539; Kocayusufpaşaoğlu, s. 370, 371 dn. 90.

Tartışmalı olan bir diğer nokta da müflis vekilin kanuni temlik konusu alacağı veya ayırma hakkına konu olan taşınırı bizzat inanandan iktisap etmiş olduğu durumlarda, BK m. 393'ün uygulanıp uygulanamayacağıdır. BK m. 393 hükmünün lafzından hareket eden bir görüşe[86] göre, bu hüküm münhasıran üçüncü kişiden iktisap edilen alacak ve taşınırları kapsamına aldığından, iflas eden vekilin (inanılanın) alacak veya taşınırı, üçüncü kişiden değil de müvekkilden (inanandan) iktisap ettiği durumlarda BK m. 393 uygulanamaz. Buna karşılık, bir başka görüşe[87] göre, müflis vekilin (inanılanın) malvarlığına dâhil olan alacak veya taşınırın üçüncü kişiden iktisap edilmiş olması ile müvekkilden (inanandan) iktisap edilmiş olması arasında ayırım yapmanın haklı bir gerekçesi olmadığından, BK m. 393 hükmü hiç değilse kıyasen vekilin inanandan iktisap ettiği alacak ve taşınırlar bakımından da uygulanmalıdır. Kanaatimizce de hükmün amacının müvekkilden korunması olduğu göz önünde tutulduğunda vekilin (inanılanın) müvekkilden (inanandan) inanç konusu alacağı veya taşınırı iktisap ettiği durumlarda da BK m. 393 hükmü uygulanmalıdır.

Açıklananlardan hareketle inançlı işlem ilişkisi en temel anlamla amaca ulaşmakla veya inanılanın inanç konusunu inanana iadesiyle sona ermektedir. Örneğin inananın bir şirket hissesini inançlı olarak inanılana devretmesine dair inançlı işlem, aynı hisselerin inanılana iadesiyle sona ermektedir.

VIII. İNANÇ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

İnanan ile inanılan arasındaki inanç ilişkisi taraflar arasındaki inanç anlaşmasına dayandığından, inanç anlaşmasının daha baştan hükümsüz olduğu durumlarda inanç ilişkisi de hiç doğmamış olacaktır. Örneğin, inanç anlaşması ehliyetsizlik (MK m. 15), muvazaa (BK m. 18), hukuka aykırılık (BK m. 19), sözleşmenin konusunun başlangıçtan itibaren objektif olarak imkânsız olması (BK m. 20) gibi bir sebepten ötürü baştan hükümsüzse, inanç ilişkisi de vücut bulamayacaktır. İnanç anlaşmasının

86 Steinauer, N 3054c. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 115 II 429 = JdT 1992 I 399.

87 Gautschi, Art 401, N 20; Watter, N 105-111.; Tandoğan, ÖBİ, s. 536, 560; Tandoğan, İnananın Korunması, s. 93; Kocayusufpaşaoğlu, s. 372.

irade sakatlığı (BK m. 23, m. 28, m. 29) sebebiyle iptali halinde de durum budur[88].

Geçerli olarak kurulan inanç anlaşmasının sonradan sona ermesi taraflar arasındaki inanç ilişkisini sona erdirir. Öncelikle, inançlı işlem ile ulaşılmak istenen amaca ulaşıldığında, örneğin, teminat amaçlı inançlı devirlerde temin edilen borç ödendiğinde, tahsil amaçlı inançlı devirlerde, inanılan devredilen alacağı tahsil edip inanana teslim ettiğinde, şirket hisselerinin inançlı işleme konu olması halinde hisselerin, türüne göre bağlı olduğu devir usulüne göre iade edilmesiyle inanç ilişkisi sona erer. Ayrıca, idare amacıyla yapılan inançlı devirlerde taraflar çoğunlukla idarenin ne kadar süre için devam edeceğini kararlaştırdıklarından, bu belirli sürenin dolması da inanç ilişkisini sona erdirir[89].

Saf inançlı işlemlerde inanç anlaşmasının niteliği itibariyle bir vekâlet sözleşmesi veya vekâlet benzeri bir *sui generis* sözleşme olduğu kabul edildiğinden, bu işlemlerde inanının veya inanılanın, kural olarak[90], her zaman sözleşmeyi sona erdirmesi mümkündür (BK m. 396 f. 1). Buna göre, saf inançlı işlemlerde inananın vekili azletmesi veya inanılanın vekillikten istifası ile de inanç ilişkisinin sona erdirilmesi mümkündür[91]. Karma inançlı işlemler daha ziyade inanılanın menfaatleri göz önünde tutularak yapıldığından, bu tür inançlı işlemlerde inanılanın alacağı tamamen ödenene kadar inanç konusunu elinde bulundurmaya ilişkin menfaati göz önünde tutulmalı; BK m. 396 f. 1 hükmü uygulanmamalıdır.

88 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 185-186; Özkaya, s. 47; Öztürk, s. 156-157.

89 Dunand, s. 428; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 185; Özkaya, s. 48; Öztürk, s. 156.

90 Bununla birlikte, inanç anlaşmasından sadece taraflar lehine değil, üçüncü kişiler lehine de alacak hakları doğmakta ise, inanç anlaşmasının başlangıçta kararlaştırılan süresinin sonuna kadar, ne inanana, ne de inanılana inanç anlaşmasını tek taraflı sona erdirme hakkı tanınmalıdır. Thévénoz, s. 340 dn. 335. Özsunay da inanç anlaşmasından üçüncü kişilerin de yararlandığı durumlarda inananın (müvekkilin) vekaleti geri alma yetkisinin daraltılabileceği görüşündedir. Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 187;

91 Dunand, s. 430; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 187. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. BGE 91 II 442 = JdT 1966 I 338. Buna karşılık, BK m. 396 (İBK m. 404), sadece karma inançlı işlemlerin değil, saf inançlı işlemlerin de mahiyetine uygun olmadığı görüşünde: Thévénoz, s. 340.

Yani, karma inançlı işlemlerde inanana vekâleti geri alma hakkı tanınmamalıdır[92].

Saf inançlı işlemlerde çoğunlukla inanılanın kişiliği önemli olduğundan, inanılanın ölümü, iflası veya ayırt etme gücünü yitirmesi durumunda da inanç anlaşması ve buna bağlı olarak inanç ilişkisi sona erer (BK m. 397). Buna karşılık, karma inançlı işlemlerde inanılanın ölümü halinde inanç konusunun inanılanın külli haleflerine intikal edeceği ve inanç ilişkisinin inanan ile inanılanın külli halefleri arasında devam edeceği genel olarak kabul edilmektedir[93]. İnananın ölümü ise, gerek saf, gerekse de karma inançlı işlemlerde inanç ilişkisini sona erdirmez; inanç ilişkisi inananın mirasçıları ile inanılan arasında devam eder[94].

IX. SONUÇ

İnançlı işlemlerde inanılana inanç konusu üzerinde inançlı işlemin amacını gerçekleştirmek için en geniş anlamda iktidar tanınmaktadır. Böylece, gerek malvarlığının idaresinde, gerek alacağın tahsilinde, gerekse de teminat amaçlı devirlerde, inanılan bakımından, (örneğin, temsilci olarak atanma veya rehin hakkı alacaklısı olma gibi) aynı amacı güden hukuki işlemlerin sağlayacağından daha güçlü bir hukuki durum yaratılmak istenmektedir.

İnançlı işlemlerin kanunla düzenlenmemiş olması, hukuk düzenimizin bu işlemleri yasakladığı anlamına gelmez. Tarafların irade özgürlüğü içinde ve gerçek iradelerini ortaya koymaları kaydıyla inanç anlaşması yapmalarının önünde hukuki bir engel yoktur. Herhangi bir hukuki işlemi geçersiz kılacak unsurları bünyesinde barındırmadıkça, özellikle üçüncü kişileri aldatma kastı veya kanuna karşı hile amacı taşımadıkça, inançlı işlemlerin hukuken geçerli işlemler olduğu şüphesizdir.

---

92 Thévénoz/Dunand, s. 487; Thévénoz, s. 339; Zobl, N 1381. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. BGE 71 II 167 = JdT 1945 I 570.

93 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 187; Özkaya, s. 47; Öztürk, s. 157.

94 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 188; Öztürk, s. 158.

Kazandırıcı işlemin sebebe bağlı olduğu durumlarda, inançlı devre geçerlilik tanınması inanç sözleşmesinin geçerli olmasına bağlıdır. İnançlı devirlerde sebebe bağlılık ilkesinin ortaya çıkardığı sorunların aşılması inanç sözleşmesinin taşınmaz veya taşınır mülkiyetinin devri ya da alacağın temliki bakımından bağımsız bir hukuki sebep olarak kabulü ile mümkündür. Gerçekten de bu sözleşmenin hakkın devri bakımından sui generis bir hukuki sebep olarak tanınmasına hukuken bir engel yoktur. Ancak özellikle taşınmazların inançlı devirlerinde, kanunen bir engel bulunmadığı halde, uygulamada tapu memurları inanç sözleşmesi başlıklı bir sözleşmeye dayanarak tescil yapmadıklarından, taşınmazların inançlı devri görünürde bir satım sözleşmesine dayanılarak gerçekleştirilmektedir. Bu durumda inançlı devri geçerli saymak için başvurulabilecek yol hâkimin sözleşmeyi BK m. 18 çerçevesinde vasıflandırmasıdır. Görünürdeki satım sözleşmesinin BK m. 18 uyarınca tarafların kullandıkları terimlerle bağlı kalınmaksızın, onların ortak amaçlarına uygun olarak bir inanç sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olduğundan, resmi şekle uygun olarak akdedilen bu sözleşme inançlı kazandırma için geçerli bir hukuki sebep teşkil edecektir. Yargıtay'ın resmi senet dışında yazılı senet veya yazılı delil başlangıcı ile ispatlanmak kaydıyla tapuda satım sözleşmesi adı altında akdedilen taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin inanç anlaşmalarını tanıması inanılanın inanç konusunu inanana iadeden kaçınması gibi adaletsiz sonuçları önlemek bakımından olumludur.

İnançlı işlem inanç anlaşması ve bunun ifası amacıyla gerçekleştirilen inançlı devir işleminden meydana gelmektedir. İnanılan, inanç anlaşmasındaki düzenleme doğrultusunda, inanç konusunu inançlı işlemin amacıyla sınırlı olarak kullanmaya ve inanç konusu üzerinde ancak bu amaçla sınırlı olarak tasarrufta bulunmaya yetkili; inanç ilişkisi sona erdiğinde de inanç konusunu inanana iade etmekle yükümlüdür. Bugün gerek doktrinde, gerekse de yargı kararlarında kabul edilen "*tam hak iktisabı teorisi*" uyarıca inanılana devredilen inanç konusu onun malvarlığına dâhil olmakta, inanılan inanç konusu taşınırın veya taşınmazın maliki, alacağın alacaklısı haline gelmektedir. Bu durumda inananın inanç anlaşmasından kaynaklanan inanç ilişkisinin bitiminde inanç konusunun iadesini talep etme hakkı onun sadece inanılana karşı

ileri sürebileceği şahsi bir hakkı bulunmaktadır. İnanılanın borcuna aykırı olarak inanç konusunu üçüncü kişilere devretmesi veya inanılanın mallarına haciz konması koyulması ya da iflas etmesi halinde inanan kural olarak inanç konusunun iadesini üçüncü kişilerden talep edememektedir. Bu durum, inanılan bakımından inançlı işlemi riskli hale getirmektedir. İnançlı işlemlerde inanan üçüncü kişilere karşı sınırlı da olsa bazı korumalardan yararlanabilir. İnanılan inanç konusunu üçüncü kişiye devrettiği takdirde, üçüncü kişi inanana zarar verme kastı ile hareket etmişse, inanan üçüncü kişiye karşı BK m. 41 f. 2 hükmüne dayalı olarak tazminat talebinde bulunabilir. Öte yandan, dolaylı temsil yetkisini içeren inançlı bir vekâlet ilişkisi söz konusu olduğunda, BK m. 393 hükmü çerçevesinde, inanılanın mallarına haciz koyulması veya iflası halinde, inanana vekalet ilişkisine konu alacaklar bakımından haciz alacaklılarına veya masaya karşı kanuni temliki ileri sürme, taşınırlar bakımından ise hacizde hacizli mala istihkak iddiasında bulunma, iflasta ise taşınırı iflas masasından ayırma hakkı tanınarak inananın korunması mümkündür.

KAYNAKÇA

DROİN, J.: Acte fiduciaire et représentation indirecte, *SJZ* 1959, s. 137-141.

DUNAND, J. P.: *Le transfert fiduciaire: "donner pour reprendre"*, Bâle-Genève-Munich: Helbing & Lichtenhahn 2000.

EREN, F.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul 2009, Beta Yayınevi.

FOËX, B.: *Le contrat de gage mobilier*, Bâle-Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn 1997.

GAUTSCHİ, G.: *Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR.* Berner Kommentar, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., 4. Teilband, 2. Aufl., Bern: Stämpfli, 1960.

JÄGGİ, P./GAUCH, P.: Zürcher Kommentar, Bd. V.1.b: *Kommentar zu Art. 18 OR,* 3. Aufl., Zürich 1980, Schulthess,

KRAMER, A. E./SCHMİDLİN, B.: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, *Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Bern 1986., Stämpfli.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm,* 1. Cilt, 4. Bası, İstanbul 2008, Filiz Kitabevi.

KUNTALP, E.: Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, s. 263-299. İstanbul 1995.

KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.: *Medeni Usul Hukuku*, 21. Baskı, Ankara 2010, Yetkin Yayınları.

OĞUZ, A.: Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekalet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, *AÜHFD* 1989, C. 41, s. 233-284.

OĞUZMAN, K./ÖZ, T.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2010, Vedat Kitapçılık.

OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./OKTAY ÖZDEMİR, S.: *Eşya Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2006, Filiz Kitabevi.

OKTAY-ÖZDEMİR, S.: Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* Y. 19-20, 1999-2000, S. 1-2, s. 657-683.

ÖZKAYA, E.: *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları,* 3. Bası. Ankara 2004, Seçkin Yayınları.

ÖZSUNAY, E.: *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler,* İstanbul 1968, Cezaevi Matbaası. (Kısaltma: Özsunay, İnançlı Muameleler)

ÖZSUNAY, E.: Saf İnançlı Muamelelerde Vekalet Sözleşmesi, *Temsil ve Vekalete İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976,* s. 99-125 (Kısaltma: Özsunay, Saf İnançlı Muameleler).

ÖZTÜRK, G.: *İnançlı İşlemler.* Ankara 1998, Yetkin Yayınları.

POROY, R./TEKİNALP, Ü.: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 18. Bası. İstanbul 2007, Arıkan Yayınevi.

REYMOND, C.: *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Lausanne: Librarie de droit F. Roth & Cie S.A., 1948.

REYMOND, C.: L'arrêt Feras Anstalt et consorts c. Vallugano SA et l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'acte fiduciaire, *JdT* 1974 I s. 596 vd. (Kısaltma: Reymond, JdT).

SEROZAN, R.: Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı,* 2. Bası, s. 987-1014, İstanbul 2001, Beta Yayınları.

STEİNAUER, P. H.: *Les droits réels,* Tome III, 3. éd., Berne 2003, Staempfli Editions.

TANDOĞAN, H.: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri,* Cilt II, İstanbul 2010, Vedat Kitapçılık (Kısaltma: Tandoğan, ÖBİ).

TANDOĞAN, H.: İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK md. 393'ten Yararlanma Olanağı, *Temsil ve Vekalete İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976,* s. 73-97 (Kısaltma: Tandoğan, İnananın Korunması)

TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,* 7. Bası., İstanbul 1993, Filiz Kitabevi.

THÉVÉNOZ, L.: La fiducie, cendrillon du droit suisse, Propositions pour une réforme, *ZSR*, Band: 114, 1995, Halbband, 2, s. 255- 363.

THÉVÉNOZ, L./DUNAND, J. P.: La fiducie: droit des biens ou droit des obligations?, *Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé*. s. 479-510. Zürich 1998, Schulthess Polygraphischer Verlag.

WATTER, R.: (Die Treuhand in Schweizer Recht, *ZSR* 114 II, s. 179-252, 1995.

WİEGAND, W.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, *Art. 18*, 4. Aufl. Basel-Genf-München 2008, Helbing & Lichtenhahn.

WİNİGER, B.: (Code des Obligations I, Commentaire romand, *Art.18.* Genève-Bâle-Munich 2003, Helbing & Lichtenhahn.

YAVAŞ, M.: *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları.* Ankara: 2009,Turhan Kitabevi.

ZOBL, D.: Berner Kommentar. Bd. 4, Das Sachenrecht. Abt. 2, Die beschränkten dinglichen Rechte Teilbd. 5: *Das Fahrnispfand (Art. 884-887 ZGB),* 2. Aufl. Bern 1982, Stämpfli.

DOĞALGAZ TEDARİK SÖZLEŞMELERİNDE ASGARİ ALIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE "AL ya da ÖDE" KAYDININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM*

ÖZET

Günümüzün vazgeçilmez bir enerji kaynakları arasında yer alan doğalgaz tüketimi ülkemizde de hızla yaygınlaşmaktadır. Gelişmiş ülkelere paralel olarak ülkemizde de doğalgaz sektörü serbest rekabet ortamına açılmış[1], bu alanda çalışmak isteyen firmalara belirli şartlar altında gaz tedarik etme ve pazarlama hakkı verilmiştir[2]. Gazın depolanmasındaki aşırı güçlükler sebebiyle piyasa kendisine özgü koşullar geliştirmiştir. Bu koşulların başında müşterilerin asgari gaz alma ile yükümlü tutulması gelmektedir. Asgari alım yükümlülüğü, çoğu sözleşmede bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, yani gaz fiilen öngörülen miktarda çekilmese dahi, gazın parasının ödenmesi yönündeki bir kuralla iç içe yer almaktadır[3]. Böyle bir durumda söz konusu "al ya da öde (take or pay, ToP)" şeklinde ifade edilebilecek hükmün anlamının ne olduğu tartışma yaratmaktadır. Elinizdeki çalışma, bu konuya ışık tutmayı amaçlamaktadır.

---

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

1 Avrupa Birliği ülkelerinde doğalgaz iç pazarının düzenlenmesine dair Yönerge 2003/55 sayılı ve 26 Haziran 2003 tarihlidir. Söz konusu Yönerge ile daha önce çıkarılan 98/30 sayılı Yönerge kaldırılmış ve bundan böyle üye ülkelerin mevzuatını bu yönerge hükümlerine uyumlulaştırması öngörülmüştür. Ülkemizde ise doğalgaz piyasasının düzenlenmesine dair 4646 sayılı Kanun (Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğalgaz Piyasası Hakkında Kanun) 02.05.2001 tarihindeki Resmi Gazetede yayınlanmış ve yürürlüğe girmiş olup, bugüne kadar birkaç önemli değişikliğe uğramıştır.

2 4646 sayılı Kanunun daha ilk maddesinde Kanunun amacının "…rekabete dayalı esaslar çerçevesinde….şeffaf bir doğalgaz piyasasının oluşturulması" olduğu belirtilmiştir.

3 Doğalgaz pazarında konulan bu hükümlerin enerji piyasasında da sıklıkla kullanılmaya başladığı görülmektedir. Bkz., Waldner, M., Funktion und Rechtsnatur des Stromliefervertrages im liberalisierten Strommarkt, AJP 2010, 1311 vd., 1317; Perner, J., Die Langfristige Erdgasversorgung Europas, Oldenburg 2002, s. 88; Ayrancı, H., Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s.305.

MINIMUM TAKING OBLIGATION IN NATURAL GAS SUPPLY AGREEMENTS AND JUDICAL COMPOSITION OF "TAKE OR PAY" (TOP) PROVISION

ABSTRACT

Natural gas is among the today's indispensable energy sources. In Turkey, the natural gas sector, as it is seen in the developed countries, is opened to free market competition. Rights to supply and market of gas under certain circumstances are given to the private sector companies which are eager to invest. Free market has developed its own conditions due to the extreme difficulties of the gas storage. The significant one of these conditions brings an obligation to take agreed minimum quantity of gas to the buyers. Under this type of contract, classically, a buyer is obliged either to take and pay for an agreed minimum quantity of gas or to pay for the difference between the agreed quantity of gas and that actually taken although the buyer does not take that quantity. What is the meaning of the "take or pay" (ToP) provision in these contracts has given rise to debates and this study aims to clarify this issue.

GİRİŞ

Enerji ihtiyacı, gelişmişliğin bir göstergesi olarak günden güne artmakta, insanlığı yeni enerji kaynakları arayışına itmektedir. Günümüzün vazgeçilmez enerji kaynaklarından birisi şüphesiz doğalgazdır ve çevre dostu niteliği sebebiyle kullanımı günden güne artmaktadır. Doğalgazın kullanımına imkân verecek sözleşme yapılarından önemli bir kısmını ise "tedarik sözleşmeleri" oluşturmaktadır.

I- DOĞALGAZ TEDARİK SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doğalgaz tedarik sözleşmelerinde asli edimler, gaz sağlama ve sağlanan gaz bedelinin ödenmesidir. Gaz alımı ve bedelinin ödenmesi bir çerçeve sözleşme ilişkisi kapsamında gerçekleşmekte; çerçeve

sözleşmelerin süresi 25 yılı bulabilmektedir[4]. Yine bu sözleşmelerde gaz tedarik borcunun, zaman içeresinde ve müşterinin arzu ettiği miktarda gerçekleştirildiği görülmektedir. Bununla birlikte akdedilen sözleşmelerde söz konusu asli edimlerin yanı sıra bazı yan yükümlülüklere hatta hukuki niteliği tartışmalı edimlere de yer verilmektedir. Sadece taşlardan veya tuğlalardan bina yapılmasının mümkün olmaması gibi, asli edimler, yan edim ve özellikle koruma yükümlülükleri ile desteklenmediği sürece sözleşmelerden arzu edilen sonuçların doğması mümkün değildir. Sözleşmelerin temelde ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin edinilmesinde araç oldukları göz önünde tutulduğunda, sektörün ihtiyaç duyduğu bir sözleşme yapısının oluşturulmasında sergilenen hareket tarzı anlamlıdır. Zira bazı yan yükümlülükler ifaya yardımcı bir mahiyet taşırken, bazı yan yükümlülükler ise karşı tarafın bütünlük menfaatini korumaya yönelmişlerdir ve hemen her sözleşmede kendilerine bir yer bulmaktadırlar.

Bu kapsamda yapılan bir tartışma gaz tedarik sözleşmesinin "sürekli bir borç ilişkisi" ne mi yoksa "dönemsel edimleri ihtiva eden borç ilişkisi" ne mi vücut verdiğidir.

Gaz tedarikinde sürekli borç ilişkisi niteliği, edimin belirli veya belirsiz bir süre zamana yayıldığı, teslim edilecek miktarın kesin olarak

4 Bu kadar uzun süreli borç ilişkilerinin haksız rekabet yaratacağı Alman Federal Rekabet Bürosu'nun bir kararı ile kabul edilmiş ve sözleşmelerin üst süreleri bakımından bir sınır getirilmiştir. Buna göre, toplam ihtiyacın %50'sinden fazlasının bir tedarikçiden temin edilmesi halinde bu sözleşmenin üst sınırı dört yıl olacaktır. Bkz., http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/050125_DiskussionspapierGasvertraege.pdf . Aynı büronun "Al ya da öde" kaydının "alınan gazı tekrardan başkasına devrini yasaklayan kayıtla (demarkationsabrede)" birlikte değerlendirildiği bir başka karar için bkz., http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/ pdf/Kartell/Kartell10/B10-48-09_RWE.pdf . Alman Federal Mahkemesinin benzer bir uygulamayı hukuka aykırı bulan kararı için bkz., BGH, Beschluss vom 18.02.2003 (http://lexetius.com/2003,1433). Kararların da değerlendirildiği bir çalışma için bkz., Schnichels, D., Marktabschottung durch langfristige Gasliefervertraege, EuZW 2003, s.171 vd.. Yazara göre Avrupa Rekabet hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde uzun süreli tüm ihtiyaç tedarik sözleşmeleri geçerli sayılamamalıdır. Birlik anlaşmasının 81/II hükmü gereği ve BGB §134'le bağlantılı olarak bu tür sözleşmeler geçersizdir.

belirtilmediği, tedarikçinin müşterinin ihtiyacına göre istediği miktarı her an teslime amade olduğu bir durumda kabul edilmektedir[5]. Buna karşın dönemsel edimleri içeren borç ilişkisinde ise zaman içerisinde birden fazla vuku bulan münferit satım sözleşmeleri mevcuttur. Her bir satım sözleşmesinde sözleşme konusu gaz miktarı belirlenmiştir ve bu miktar belirlenen zamanda teslim edilecektir. Böyle bir sözleşme yapısında "Just-in-Time" sözleşmelerde olduğu gibi sürekli borç ilişkisine vücut verecek, her an talepte bulunabilirlik ve dolayısıyla emre amadelik ön planda değildir[6].

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanaatimizce taraflar arasındaki somut sözleşme hükümlerine bakılmak suretiyle sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğinde mi yoksa, belirli bir zaman dilimine yayılmış birden fazla ani edimli borç ilişkisi mi olduğu değerlendirilmelidir. Buna göre müşterinin belirli bir zaman diliminde ihtiyaç duyduğu gaz miktarının, gaz tedarikçisi tarafından üstlenildiği sözleşmelerde dönemsel edimleri içeren bir borç ilişkisi söz konusudur. Buna karşın gaz tedarikçisinin önceden tedarik edilecek gaz miktarının kararlaştırılmadığı bir durumda, müşteri tarafından bildirilen miktar kadar belirli bir fiyattan gaz tedarik etmeyi üstlendiği bir sözleşmede ise sürekli borç ilişkisi niteliği kabul edilmemelidir[7].

II- ASGARİ ALIM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DOĞAL GAZ SÖZLEŞMELERİNDEKİ ANLAMI VE ÖNEMİ

Doğalgaz mahiyeti itibariyle üretimi doğal şartlara tabi ve dolayısıyla istenilen yerde üretilemeyen, tüketim mahallerine iletilebilmesi için boru hatları döşenmesi gereken; sıvılaştırılabilen (LNG) ve bu şekilde de pazarlanabilen, sıvılaştırılmadığı takdirde mutlaka tüketilmesi gereken, sıvılaştırılmayan ve depolanmayan üretim fazlasının

5 Benzer durumlar, telekomünikasyon ve enerji sektöründe söz konusudur. Burada telekomünikasyon şirketi veya enerji sağlayan şirket, hizmeti, müşterinin her an emrine amade olarak hazır bulundurmakta (çerçeve ilişkisi) her bir çağrı ve enerji kullanma isteği ise ayrıca bir sözleşmeye (eser veya satım) vücut vermektedir.

6 Sachsenhauser, R., Zulaessigkeit von Take-or-Pay Klauseln in Gasliefervertraegen mit Sondervertragskunden, Contracting und Recht (CuR) 2009, S. 96 vd., 97.

7 Sachsenhauser, CuR 2009, 97.

çoğunlukla yakıldığı[8], depolanması ve iletilmesi oldukça güç ve pahalı bir doğal kaynaktır. Diğer yandan boru hatlarının döşenmesi ve işletilmesi büyük yatırım maliyeti gerektirmektedir. Bu sebeple işletmeciler yatırımlarının amortismanını belirli bir süre içinde gerçekleştirebilmek için çeşitli çareler aramaktadırlar. Doğalgazın yukarıda belirtilen özellikleri haliyle piyasasını etkilemekte, taleplerin istikrara kavuşturulması ve tüketimle uyumlu bir arz planlaması yapılabilmesi bakımından sözleşmelerin genellikle uzun süreli yapıldığına (Longterm Contract) şahit olunmaktadır. Uzun süreli sözleşmelerin yaratacağı sakıncalardan kurtulmak için de, tarafların piyasa koşullarına esneklik sağlayan arayışlara yöneldikleri ve bu çerçevede sözleşmelere bir hüküm sevk ederek, yatırım rizikolarını azaltmak üzere, müşterilerine asgari alım yükümlülüğü getirdikleri görülmektedir[9]. Söz konusu hükümle, talebin sözleşmede öngörülenden az olması halinde, sözleşmede öngörülen asgari alımın bedelinin satıcıya ödenmesi kararlaştırılmaktadır. Müşteri böyle bir durumda ya sözleşmede öngörülen miktarda gaz almak; ya da gazı fiilen almasa dahi, belirlenen asgari alım miktarının bedelini satıcıya ödemek durumundadır (al ya da öde (Take or Pay, ToP). Müşterilerin de söz konusu kayıtlardan rahatsızlık duymadıkları, aksine, alım garantisi vermek suretiyle fiyatlarda kendi lehlerine bir avantaj sağladıkları

8 Doğalgazla petrolün bileşenleri aynıdır (hidrokarbon). Doğalgazın ayrı bir kaynak olarak değerlendirilmesinden önce, petrol üretiminde istenmeyen bir unsur olarak görülmekte ve petrolden, yakılmak suretiyle uzaklaştırılmakta idi (Wikipedia, doğalgaz).

9 Scott E. Masten/Keith J. Crocker; Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas, Amerikan Economic Reviwe, Vol. 75, N. 5, s. 1083-1093; Kreti, A./Villeneuve, B., Longterm Contracts, Take-or-Pay Clauses in Natural Gas Markets, Energy Studies Review 2004, 75 vd.; Michelle Hallack/ Jean-Michel Glachant; The robustness of long-term Take-or-Pay contracts: What we can learn from the trade in gas between Brazil and Bolivia? İn internet: http://extranet.isnie.org/uploads/isnie2008/glachant_hallack.pdf. Ayrıca bkz., Bartel, K., Wetbewerbsprobleme auf dem deutschen Energiemarkt durch Unternehmenszusammenschlüsse, Diss., Berlin 2011, s. 272; Glowatz, K., Langfristige Energieliefervertraege im Lichte des Kartellrechts, 1. Aufl., Norderstedt 2009, s. 38. Taraflar, esneklik sağlayan hükümleri her iki taraf lehine de öngörebilmektedirler. Sözleşmede belirlenen miktarı aşan bir talebin yapılması halinde, tedarikçinin belirli bir sınıra kadar gelen talebi karşılama yükümlülüğü bu kapsamda değerlendirilebilir.

görülmektedir. Diğer yandan sözleşmelere konulan bir hükümle bir dönemde alımı garanti edilen gaz miktarının aşılması halinde, aşılan miktar gelecek dönemlerdeki alım yükümlülüğünün kapsamından mahsup edilebilmektedir[10]. Böyle bir kaydı ihtiva eden sözleşmenin imzalanması ile ithalatçılar ithal ettikleri gazı satamama riskini üstlenirlerken, fiyat dalgalanmalarından yararlanamama riskini de ihracatçılar üstlenmektedirler. Dolayısıyla sektör bakımından enerji piyasasındaki özelleştirme uygulamaları ile birlikte uzunca bir süreden beri sözleşmede böyle bir maddenin bulunması "genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükmünün yürürlük denetiminde" alışılmamış, sürpriz bir kayıt olarak değerlendirmemek ve sözleşme içeriği haline gelmesine engel olmamak gerekir[11].

III- ASGARİ ALIM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Asgari alım yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda doktrinde esas itibariyle üç ihtimal üzerinde durulmaktadır. Söz konusu ihtimaller,

i) Böyle kayıtların cezai şart olduğu,

ii) Tazminatı götürü olarak belirleyen bir düzenleme olduğu ve son olarak

iii) Yukarıdaki iki ihtimalin dışında kendisine özgü bir düzenleme olduğu, şeklindedir[12].

---

10 Thomale, H-C./Feurstein, S., Die AGB-rechtliche Wirksamkeit von Take-or-Pay Klauseln in Energieliefervertraegen, NJOZ 2010, 754.

11 Diğer yandan "al ya da öde kaydı" nın sözleşmenin asli edimlerine ilişkin olması kuvvetle muhtemel olduğundan sözleşmelerde çoğu kez müzakere konusu yapılmak durumundadır. Benzer yönde bir mahkeme kararı için bkz., LG Berlin, Urt. Vom 25.08.2009, Az. 98 O 121/08. Karar internette www.ewerk.hu-berlin.de/ewerk/0210/Wirksamkeit_von_Take-or-Pay-Klauseln adresinden indirilebilir. Müzakere edilmiş bir hükmün genel işlem şartları ilgili denetimlere açık olmayacağını, bu hükmün denetiminin ancak genel esaslara (BK. m. 19,20, 21; TMK. m. 23) göre yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu kayda, Avrupa Birliği iç pazarını düzenleyen Yönergenin 27. maddesi uyarınca "ciddi finansal ve ekonomik zorluklar sebebiyle" itiraz edilebilecektir, Glowatz, 38.

12 Thomale/Feurstein, NJOZ 2010, 754; Sachsenhauser, CuR 2009, 99.

A- Cezai Şart İhtimali

Söz konusu ihtimalde, asgari alım miktarınca sistemden gaz çekilmemesi halinde, alımı taahhüt edilen asgari miktarın %85'lere kadar varan miktarının bedelini ödeme şartını, karşı tarafı alım yapmaya zorlayan mahiyet taşıdığı kabul edilmektedir[13]. Asgari miktarı alınmasında tedarikçinin sayısız yararı vardır ve bu yararların gerçekleşebilmesi için ödeme kaydı alıcı üzerinde bir baskı yaratacaktır. Cezai şartın fonksiyonlarından birisi, sözleşme tarafını ifaya zorlamak olduğundan, böyle bir kayıt mahiyeti itibariyle cezai şart sayılmalıdır. Cezai şart görüşü benimsendiğinde, söz konusu kayıt mahiyeti itibariyle "seçimlik"tir ve alıcı, isterse sözleşmede öngörülen alım yükümlülüğünü yerine getirerek, isterse cezai şartı ödemek suretiyle yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Bu görüş kabul edildiği takdirde cezai şartın fahiş olduğu durumlarda hâkim tazminatı indirmek yetkisine sahiptir.

B- Götürü Tazminat İhtimali

Bu ihtimalde ise, sözleşmede öngörüldüğü haliyle alım yapılmaması halinde belirli bir miktara kadar sanki alım yapılmışçasına bedel ödeme yükümlülüğü altına girilmesi, tedarikçinin uğraması muhtemel zararlarına karşı götürü bir tazminat niteliği taşıdığı sonucuna varılmaktadır. Böyle bir durumda tazminat ödeme yükümlülüğünün doğumu için, asgari alım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olgusu yeterli olup, zarar göreni başkaca hususların ispatından, özellikle uğranılan zararların ispatı külfetinden kurtarma amacı taşır. Söz konusu görüş uyarınca asgari alım yükümlülüğüne aykırı bir tutumun belirmesi üzerine kararlaştırılan ödeme miktarı, tarafların zarara uğrama ihtimaline binaen önceden öngördükleri bir tazminattır.

13 BK. m. 156 anlamında cezai şart, asli edimin, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi taliki şartına bağlı olarak vaadedilen bir edimdir. Cezai şart borcun ifasını teminat altına almayı amaçlar ve alacaklıyı zararın varlık ve miktarını ispat yükünden kurtarır (BGE 122 III 420 vd.). Uğranılan zararın ceza miktarını aşmadığı durumlarda ise, hüküm, ceza niteliği taşır. Bkz., Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches OR, Allg. Teil, II. Bd., 8. Aufl., Zürich 2003, N. 3999; Huguenin, Rdn. 1206 vd.; Fischer, T., Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998, s.55.

Görüldüğü üzere cezai şart ve tazminatın götürü belirlenmesi birbirinden ayrılır ve farklı amaçlara hizmet etmektedir[14]. Cezai şartta önleme amacı bir diğer ifade ile ihlale meydan verilmemesi ön planda iken, diğerinde denkleştirme ön plandadır. Diğer yandan, herhangi bir zarar doğmasa dahi cezai şartın ödenmesi lazım gelirken, zararın bulunmadığı hallerde toplu götürü tazminat hükmünün uygulama alanı bulması söz konusu olmaz[15].

IV- İHTİMALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce yukarıda ayrıntıları açıklanan iki ihtimale de katılmak mümkün değildir. "Al ya da öde" kaydı içerdiği dinamikler, özellikle konulmasında güdülen amaçlar itibariyle[16] bir cezai şart olarak değerlendirilemez. Cezai şartın iki türünde (ifaya eklenen ve seçimlik cezai şartta)[17] asıl amaç sözleşmenin karşı tarafını ifaya zorlamak iken, dönme cezasında öngörülen edimi yerine getirerek dönme hakkını elde etmektir[18]. Hâlbuki böyle bir kaydın gaz tedarik sözleşmelerinde öngörülmesindeki amaç, alıcıyı mutlak surette ifaya zorlamak ve ifa gerçekleşmediği takdirde onu cezalandırmak değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere alım garantisi vermek suretiyle fiyat avantajı sağlanmak istenmektedir. Böylece üstlenilen rizikolar bakımından da bir denge yaratılmaktadır.

Bu noktada cezai şartın "ifaya zorlayıcı" mahiyette olmadığı, cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkının kazanıldığı, bir diğer ifade ile cezai şartın "dönme cezası" olduğu ihtimali üzerinde durmakta yarar vardır.

---

14 Fischer, 152.

15 Cezai şart ile götürü tazminat arasındaki farklılıklar için ayrıca bkz., Erdem, M., Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 97 vd., özellikle 120 vd..

16 Bu tür kayıtların konulmasındaki amaçlar hakkında ayrıca bkz., Ayrancı, 307 vd..

17 Cezai şart üç farklı biçimde kararlaştırılabilmektedir: İfaya eklenen yani kümülativ cezai şart, seçimlik cezai şart ve dönme cezası.

18 Huguenin, C., Obligationenrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Zürich 2008, Rdn. 1206 vd..

Dönme cezasında, taraflar sözleşmeden dönme hakkının karşılığında bir miktar ceza ödemeyi üstlenmektedirler. Söz konusu ihtimal kabul edildiğinde, %80-85'lik alım yükümlülüğü ve bu miktarın parasının ödenmesi ile müşterinin sözleşmeden dönme hakkını kazandığı sonucuna varmak gerekir. Ancak bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim hayatın genel akışı ve hayat tecrübelerine bakıldığında dönme cezalarında, kararlaştırılan ceza miktarının, asla asli edimin %80 ve 85'lerine ulaşmadığı görülmektedir. Zira, dönme halinde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için tazmin edilecek zararlar ilke olarak "menfi" zararlar olmaktadır ve bu sebeple, ifa menfaatine değil, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna dair güvenin boşa çıkmasından doğan zararlara yakın ve onun biraz üzerinde bir ceza miktarının kararlaştırılması söz konusu olmaktadır. Hâkim, cezai şartın fahiş olup olmadığını takdirde değerlendirme yaparken bu hususu göz önüne almaktadır.

Diğer yandan dönme cezasında, cezai şart olarak öngörülen miktar ödenmek suretiyle sözleşmeden dönülmektedir. Hâlbuki doğalgaz tedarik sözleşmesinde sözleşmeden dönülmemekte, taraflar ileriki dönemlerde öngörülen edim yükümlülükleri ile bağlı tutulmaya devam edilmektedir.

Toptan götürü tazminat olduğu yolundaki görüşe de katılmak mümkün değildir. Toptan götürü tazminat ile cezai şart arasındaki fark, her iki kurumun amaçlarındaki farklılık noktasındadır. Cezai şartta ön plandaki amaç, borçluyu ifaya zorlamak iken, diğerinde ise zarar görenin zararının varlık ve kapsamının ispatında bir kolaylık sağlamaktır. Diğer bir farklılık ise cezai şartın daima asli edimin ifasında bir aykırılığı şart koşmasıdır. Hâlbuki tazminatın götürü olarak belirlenmesinde asli edime bir aykırılık olmasa da sözleşmeden doğan yükümlülüklere aykırı olarak verilen zararların toptan bir şekilde kararlaştırılması söz konusudur.

Cezai şartta olduğu gibi tazminatın götürü bir biçimde kararlaştırılması halinde, şayet kararlaştırılan miktar ölçüsüz şekilde karşı tarafı zarara uğratıcı bir mahiyet taşıyorsa, hâkim tazminatın miktarında indirim yapabilir. Buna karşın, somut olayda uğranılan zarar, götürü

olarak kararlaştırılandan daha fazla ise, sözleşme hükmü ile kararlaştırılan üst sınır bir sorumluluk sınırlaması olarak kabul edilmektedir[19].

Kanaatimizce asgari alım yükümlülüğüne uyulmaması halinde ödenmesi kararlaştırılan gaz bedeli "gerçek olmayan cezai şart" niteliğindedir[20]. Gerçek olmayan cezai şart, hukuken izin verilen bir davranışın sergilenmesi veya tanınan bir hakkın (cayma veya haklı nedenle fesih hakkının) kullanılması halinde üstlenilen bir edim yükümlülüğü olup, gerçek cezai şarttan; akde aykırı olmayan bir davranış sonucunda doğacak olması ve asıl borcun fer'i niteliğinde olmaması yönleriyle ayrılmaktadır[21]. Yine doktrinde gerçek olmayan cezai şart, seçimlik borç niteliğinde görülmekte[22] ve sözleşmenin kuruluşu esnasında, şarta bağlı olarak kararlaştırılan asli edim karakteri taşıdığı ifade edilmektedir[23]. Seçimlik borçlarda seçim hakkı borçluya tanınmış

19 Gauch/Schluep/Rey, N. 4071; Bucher, OR-AT, 525; Huguenin, Rdn. 1212. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz., Fischer, 163 vd..

20 Gerçek olmayan cezai şartın hukuki niteliği ve uygulanması gereken hükümler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Mabillard, R., Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulaessigkeit der unechten Konventionalstrafe, AJP 2005, s. 547 vd.. Bucher, gerçek olmayan cezai şartı "ceza benzeri vaad" (strafaehnliches Versprechen) olarak anmakta ve "hukuken yerine getirmek zorunda olmadığı bir edimi yerine getirmeme halinde bir edim yükümlülüğünün üstlenilmesi" şeklinde tanımlamaktadır, Schweizerisches OR, Allg. Teil, 2. Bası, Zürich 1988, s.525.

21 Örneğin, fesih ya da cayma hakkının kullanılmasının engellenmesi amacıyla böyle bir davranışta bulunanın bir miktar para ödeme yükümlülüğü altına girmesinin kararlaştırıldığı hallerde "gerçek olmayan cezai şart" söz konusudur, Mabillard, AJP 2005, 547. Ayrıca bkz., Huguenin, Rdn.1213.

22 Mabillard, AJP 2005, 550 dipn. 24'te anılan yazarlar.

23 Bucher, 525. Seçimlik borç, seçimlik yetki (fakultas alternativa) ile karıştırılmamalıdır. Seçimlik yetki hukukumuzda tanımlanmamış olmakla birlikte kanunen öngörülmüş bir hali bulunmaktadır ki o da "yabancı para" üzerinden borçlanmalardadır. Böyle hallerde borçlu aynen ödeme kaydı öngörülmediği takdirde vade gününde yabancı paranın türk lirası cinsinden karşılığını ödeyerek borcundan kurtulmaktadır (BK. m. 83). Ayrancı, söz konusu kayıtlarda "şarta bağlı olmayan bir ödeme yükümlülüğü" niteliği görmektedir (s. 307). Ancak yazar isabetli olarak kabz yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde kararlaştırılan ödemenin yapılması ile birlikte, borcun ifa edilmiş sayılacağını belirtmektedir. Böyle bir kaydın öngörülmemesi halinde ise, alacaklı tedarikçinin, borçluyu temerrüde düşürmek ve zararını ispat ederek menfi ya da duruma göre müspet zararını isteyebileceğini, söz konusu kayıtların bu zahmetten tedarikçiyi kurtardığını ifade etmektedir.

ise, borçlu istediği borcu seçerek ifa edebilir; bu ifa ile borcundan kurtulabilir. Belirlenen sürede asgari alım yükümlülüğünün gerçekleşmemesi ise bu borcun imkânsızlaşmasına yol açar. Zira zaman itibariyle, borçlunun bu borcunu ifa edebilmesi imkânı kalmamıştır (nisbi kesin vadeli hukuki işlem). Bu sebeple çoğu sözleşmede alınmayan gaz miktarının gelecek yıllara aktarılması yönünde hükümler sevkedilmektedir. Seçimlik borçlarda borcun konusunun diğer edim olmasının şartı burada diğer borcun imkânsız hale gelmesi ile gerçekleşmekte, yani imkânsızlığın gerçekleşmesi ile borcun konusu diğer edim olmakta; alınmasa dahi öngörülen miktarda gazın bedelinin ödenmesi yükümlülüğü doğmaktadır. Seçimlik borçlardan hangisinin ifa edileceği konusunda alacaklının seçme hakkına sahip olması, seçimlik borcun belirli hale gelmesinin müşterinin iradi şartına bağlanması, haydi haydi taliki şarta da bağlanabileceği anlamına gelmektedir[24]. Alacaklı her iki durumda da yani ister kararlaştırılan gaz miktarını teslim almak suretiyle, isterse diğer edimi ifa ettiği takdirde herhangi bir ceza ya da tazminat ödemeksizin "borcunu ifa etmiş" sayılmakta ve sonuç olarak borcundan kurtulmaktadır[25]. Bununla birlikte sözleşmede öncelikli edim alım yükümlülüğü kapsamındaki gazı almaktır. Bu mümkün olmadığı takdirde[26], örneğin ithalatçı ithal ettiği gazı pazarlayamadığı takdirde, kararlaştırılan seçimlik diğer edimi ifa ederek, yani asgari alım miktarının

24 Hâkim görüş gerçek olmayan cezai şartın hukuki niteliğini, şarta bağlı bir seçimlik borç olarak değerlendirmekte iken Mabillard bu görüşe karşı çıkmakta (AJP 2005, 550) böyle hallerde şarta bağlı bir edim vaadinin söz konusu olduğunu ve gerçek cezai şarta ilişkin hükümlerin bu halde kıyas yolu ile uygulanabileceğini belirtmektedir (s.551).

25 Benzer yönde Ayrancı, 310. Yazar ayrıca böyle bir kaydın "saf garanti" niteliğinden dahi bahsedilebileceğini belirtmektedir, s. 311.

26 Seçimlik yetkide asıl edim ile ikame edim, önemini özellikle edimin imkânsızlaşması halinde göstermektedir. Seçimlik borçlarda edimlerden biri imkânsızlaştığı takdirde borç sona ermemesine ve borcun konusunun diğer edim olmasına rağmen, seçimlik yetkide önemli olan, asıl edimdir. Asıl edimin ifası, borçlunun kusuru dışında imkânsız hale gelirse onun yerine yedek edim geçmez, aksine borç ilişkisi sona erer. Zira burada esas olarak borçlanılan edim, asıl edimdir. Buna karşılık, yedek edimin ifasının imkansız hale gelmesi, asli edim üzerinde hiçbir olumsuz etki meydana getirmez, Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 930.

%80'inin bedelini ödeyerek sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır.

Savunulan bu görüşle uyumlu olarak, kararlaştırılan seçimlik diğer edimin, hâkimin takdiri ile tenkisine gidilemeyeceği gibi, yedek olarak kararlaştırılan edim tam ve gereği gibi ifa edilmiş ise, zararın daha yüksek olduğundan bahisle fazla bir tazminat da talep edilemeyeceği sonucuna varmak gerekmektedir.

Görüşümüzle tutarlı olarak yedek edim kararlaştırılması bağlamında "al ya da öde" kaydının genel işlem şartları ile ilgili değerlendirmelere de tabi tutulamayacağı kanaatindeyiz[27]. Zira alınmayan gazın belirli bir miktarının bedelinin ödenmesi yedek olarak kararlaştırılan edimin kendisidir. Olsa olsa genel hükümlere göre (hata, hile, gabin) sözleşmenin bu hükmünün (veya tümünün) iptali yoluna gidilebilir ki, bunlar da son derece sıkı şartlara tabidirler.

Buna karşılık "al ya da öde" şeklindeki kayda, "götürü tazminat" veya"cezai şart" a benzerliği dolayısıyla cezai şartlara ilişkin hükümlerin kıyas yolu uygulanabileceğini savunanlar, cezai şartların tabi olduğu esaslara uygun olarak, bu tür kayıtların genel işlem şartları bakımından değerlendirmelere tabi tutulabileceğini öne sürmektedirler[28]. Bu görüşte

27 Al ya da öde kaydının genel işlem şartları bakımından değerlendirilmesinde ön plana çıkan husus, cezai şart ve götürü tazminat sayılması halinde, sözleşmenin karşı tarafına tanınan haklarla bağlantılı olarak, sözleşmenin karşı tarafını aşırı ölçüde dürüstlük kuralına aykırı olarak zarara uğratma ihtimalidir. Örneğin, söz konusu kaydın götürü tazminat olarak kabul edildiği bir durumda, sözleşmenin karşı tarafına zararın daha az gerçekleştiğini ispat bakımından bir hak tanınmamış ise, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın zarara uğratıldığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz., Thomale/Feurstein, NJOZ 2010, 758 vd.; Sachsenhauser, CuR 2009, 99.

28 Gerçek cezai şarta ilişkin hükümlerin gerçek olmayan cezai şarta doğrudan doğruya mı, yoksa kıyasen mi uygulanması gerektiği konusu tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz., Mabillard, AJP 2005, s. 552 vd.. Gerçek olmayan cezai şartın, özellikle dönme cezasına benzediği yönünde bkz., Avusturya Yüksek Mahkemesi OGH, GZ 7 Ob 78/10m, 05.05.2010. Gaz tedarik sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı için kararlaştırılan bedelin ödenmesi halinde sözleşmeden dönülmemekte, borç ifa edilmiş sayılmaktadır. Bu sebeple dönme cezası (Reugeld) da tam olarak uygulamayı temellendirmekte yetersiz kalmaktadır.

olanlara göre örneğin, gerçek olmayan cezai şart da, hâkim tarafından fahiş görüldüğü takdirde indirilebilmelidir[29].

V- AL YA DA ÖDE KAYDININ GENEL İŞLEM ŞARTLARINA ÖZGÜ DENETİM ARAÇLARI İLE DENETLENMESİ

Türk hukuku bakımından genel işlem şartlarının denetlenmesinde özel kurallar ilk defa 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4822 sayılı Kanunla değiştirilmesi sonucunda getirilmiştir. Haksız şartlar başlığı altında öngörülen kurallar, yalnızca tüketici sözleşmelerinde uygulanmaları ve yine yürürlük denetimini dışarıda bırakması açılarından büyük eleştiri konusu idi. Söz konusu alanda büyük adım 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile atılmış ve Kanunun 20-25 maddeleri arasında genel işlem şartları (koşulları) düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme ile yalnızca tüketici sözleşmeleri ile sınırlı olan denetim, tüm işlemler için geçerli hale getirilirken, yürürlük denetimi ile ilgili olarak da düzenlemeler öngörülmüştür. İçerik denetimi bakımından kanundaki düzenlemenin beklentileri karşılamadığı görülse de yine de hukukumuz bakımından büyük bir adımın atıldığını söylemek mümkündür.

Yürürlük denetimi sonrası sözleşme içeriği haline getirildiği kabul edilen genel işlem şartlarının içerik denetiminin hangi esaslar çerçevesinde yapılacağı 25. maddede düzenlenmiştir. Buna göre "genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz".

Söz konusu hüküm çerçevesinde genel işlem şartlarının içerik denetiminin esas itibariyle dürüstlük kuralları çerçevesinde, karşılıklı menfaatlerin ve rizikoların adil bir biçimde bölüşümüne dayandırıldığını söylemek mümkündür. Diğer yandan hükmün yorumlanmasında ve uygulanmasında, kanun koyucuya esin kaynağı olan Alman Medeni Kanunu'nun §305 vd., özellikle §307 ve 309 hükümlerinin de göz önünde

29 Böckli, P., Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Bern 2009, Rdn. 257b.

tutulması gerekmektedir. "Al ya da öde" kaydının Alman hukukunda genel işlem şartları denetimi açısından ne şekilde değerlendirildiği bizim için de büyük önem taşımaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere bedel anlaşması kapsamında yer alan bir hüküm, genel işlem şartları ile denetime açık değildir. Bu nedenle bedel anlaşması ile "bedele ilişkin yan anlaşma (dolaylı bedel=Preisnebenabrede)" birbirinden ayırt edilmelidir. Yükümlülüklerin birbirine karşılık oluşturduğu durumda bedel anlaşması vardır. Buna karşılık, müşteri ihtiyacının bir teslimatçı tarafından açık teslim sözleşmesi (offene Liefervertrag) ile karşılanmasının kararlaştırıldığı ve böyle bir sözleşmede "al ya da öde" kaydı konulmaksızın ödeme yükümlülüğünün getirilmesi halinde bunun gerçek bir yükümlülük olarak kararlaştırılmadığı ve dolayısıyla genel işlem şartları denetimine söz konusu hükmün tabi olduğu sonucuna varılmaktadır[30].

Alman Medeni Kanunu'nun §307 hükmüne göre bir genel işlem şartı, kendisinden sapılan kanuni düzenlemenin (yedek hukuk kurallarının) içerdiği temel hakkaniyet ilkesi ile çelişmekte veya sözleşmenin niteliğine göre hak ve yükümlülüklerde sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek ölçüde bir sınırlama öngörmüş ise, geçersiz sayılabilecektir.

Söz konusu hükme göre, yedek hukuk kurallarından sapılmak suretiyle yaratılan sözleşme düzeni önemli ölçüde zarar doğurma tehlikesi barındırıyorsa, bu tür sözleşme hükümleri hâkim tarafından geçersiz sayılacaktır. Bu kapsamda, "al ya da öde" kaydının taraflarca açıkça cezai şart şeklinde veya götürü tazminat şeklinde kararlaştırılması veya yapılacak yorumla öyle olduklarının kabul edilmesi durumunda, cezai şartın ve götürü tazminatın genel işlem şartları ile ilgili değerlendirmelere tabi olacağı açıktır. Örneğin, götürü tazminatta sözleşmenin karşı tarafına zararın meydana gelmediği şeklinde bir ispat hakkı tanınmamış ise, bu kaydın geçersiz sayılması mümkündür. Keza hükmün cezai şart olarak değerlendirildiği bir durumda, cezai şartın fer'iliğini ortadan kaldıracak

[30] Thomale/Feurstein, NJOZ 2010, 756.

bir sözleşme yapısı, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafı zarara maruz bırakacağından hâkim tarafından geçersiz sayılabilir.

SONUÇ

Doğalgaz tedarik sözleşmelerinde sıklıkla görülen ve tüm enerji sağlama sözleşmelerine yayılma eğilimi gösteren "al ya da öde kaydı", mahiyeti itibariyle bir cezai şart ya da tazminatın götürü bir biçimde kararlaştırılması olmayıp; gerçek olmayan bir cezai şart ve dolayısıyla seçimlik borç niteliğindedir. Gaz teslim alma yükümlülüğü üstlenen kişi, kararlaştırılan iki asli edimden birini ifa ederek borcundan kurtulmaktadır. Her iki halde de borç ifa suretiyle sona ermektedir. Borçlu herhangi bir tazminat veya ceza ödeme konumunda değildir. Bu tür kayıtların genel işlem şartları arasında yer alması halinde "yürürlük denetimi" açısından "alışılmamış bir kayıt" olarak değerlendirilemez. İçerik denetiminde ise yedek edimin, asli edimin tabi olduğu BK. m. 19-20; 21 (TBK. m. 26-27; 28) hükümlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi davranmaları zorunluluğu karşısında "aşırı yararlanma" iddiasının çoğunlukla dikkate alınmayacağı değerlendirilmektedir.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YER ALAN ÖNEMLİ USUL HÜKÜMLERİ

Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ*

ÖZET

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda birçok usul hükmüne yer verilmiştir. Maddi hukuka ilişkin bir kanunda usul hükümlerine mümkün olduğunca ayrık durumlarda yer verilmesi, genel kuralların uygulanacağı durumlarda usul hükmüne yer verilmemesi gerekir. 6098 sayılı Kanunun bazı maddelerinde usul hükümlerine yer verilmesi isabetli olmuştur. Ancak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemelere uygun hale getirilmesi gereken hükümler bulunmaktadır. Kanun yürürlüğe girmeden bu yönde değişiklikler yapılması uygun olur. Ayrıca davayı üstlenme (TBK m.309) gibi usul hukukunda yer verilmeyen kavramlara yer verilmesi de isabetli olmamıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana çıkan içtihadı birleştirme kararlarında varılan çözümden farklı bir düzenleme yapılmışsa, bu hüküm uygulanacak, hiçbir düzenleme yapılmamışsa içtihadı birleştirme kararı geçerliliğini koruyacaktır.

Anahtar Kelimeler: İspat, mahkeme, davanın ihbarı, davanın üstlenilmesi, içtihadı birleştirme.

SIGNIFICANT PROCEDURAL PROVISIONS ON THE NEW TURKISH OBLIGATIONS CODE

ABSTRACT

The new Turkish Obligations Code (numbered 6098), entering into force on 1st July 2012 consists of many procedural provisions. The acts

* Yargıtay 19. HD. Üyesi

governing substantial law should contain procedural provisions only in exceptional cases. Some articles of the new Turkish Obligations Code related to procedural rules are plausible. However, some provisions of the Obligations Code should be amended before its effective date and therefore these provisions should become in line with the regulations of the new Civil Procedure Code numbered 6100, which entered into force on 1st October 2011. Moreover, adopting some concepts not included in Civil Procedural Code such as undertaking of the case (art. 309) is not appropriate. As for the binding precedents of the Court of Cassation which had been decided before the effective date of the new Obligations Code, the legal status of them will be as follows: If the new Code consists of new regulation on the same issue as the precedent, the new regulation will prevail. Otherwise, the binding precedents of the Court of Cassation will remain in effect.

Keywords: Proof, court, notification of the case, undertaking the case, binding precedent of the Court of Cassation

I-GENEL OLARAK

11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 4.2.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. TBK'nun 648. maddesine göre 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek Kanunun yürürlüğü ile birlikte 4 Ekim 1926 tarihinden beri uygulanmakta olan 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kalkacaktır.

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte henüz 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte değildi. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda kanun koyucu usule ilişkin bazı konuları düzenleme gereği duymuş ve düzenlemiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda da usul hukukuna ilişkin bir çok düzenlemeye yer verilmiştir.

4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 4.2.2011 tarihli 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 450.maddesine göre 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan usule ilişkin hükümlere Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer verilmesi gerekirdi. Ancak kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda usule ilişkin bir çok hükme yer vererek 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verdiği usule ilişkin düzenlemelerden vazgeçmemiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (19) maddesinde "mahkeme", (36) maddesinde "dava", (41) maddesinde "ispat", (45) maddesinde "hâkim" sözcüklerine yer vermiştir. Bu sözcükler medeni usul hukuku ile ilgili sözcükler olup, (648) maddeden oluşan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki birçok düzenlemenin usul hukukuna ilişkin olduğu gözlemlenmektedir.

Maddi hukuka ilişkin bir kanun ancak uygulanması halinde düzenlemenin amacına uygun yapılıp yapılmadığı anlaşılır. Maddi hukuka ilişkin Kanunda örneğin Borçlar Kanunu'nda yer alan bir hüküm kural olarak bir dava açılması halinde uygulama alanı bulur.

Kanun koyucunun Türk Borçlar Kanununu düzenlerken usule ilişkin hükümlere yer vermesinin amacı uyuşmazlıkları azaltmak ve uyuşmazlık çıktığında ise çözüm yolu göstermektir.

Şimdi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun usule ilişkin hükümlerinin genel bir değerlendirmesini yapacağız.

II-GÖREVE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Türk Borçlar Kanunu'nun bir çok maddesinde "hakim"[1] den, birçok maddesinde "Mahkeme'[2] den söz edilmiştir.

Bu hükümlerde yer alan "hakim" sözcüğü uyuşmazlığı çözmek için görevli mahkemenin hakimini ifade etmektedir.

TBK'nun 55/2 maddesine göre her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün

1 TBK, m. 2, 44, 50, 51, 52, 58, 60, 64, 65, 74, 75, 76, 81, 107, 108, 122, 138, 157, 161, 182, 187, 218, 227, 261, 273, 331, 338, 344, 349, 374, 403, 404, 410, 437, 439, 445, 480, 496, 500, 529, 586, 615, 617, 634.

2 TBK, m. 153, 154, 156, 158, 169, 185, 187, 216, 226, 262, 273, 281, 286, 342, 345, 449, 542, 584, 639.

kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda görevli mahkeme 1 Ekim 2011 tarihinden itibaren Asliye Hukuk Mahkemeleridir (6100 sayılı HMK.m.3).

TBK. nun 338.maddesinde kiracının taşınmak veya kiralananda bulunan taşınırları başka bir yere taşımak istediği taktirde, kiraya verenin, alacağını güvence altına almasını sağlayacak miktardaki taşınırını, sulh hakiminin veya icra müdürünün kararıyla alıkoyabileceği hükme bağlanmıştır. Maddede açıkça "sulh hâkiminden" sözedildiği için kiralayan hapis hakkını kullanmak için sulh hukuk mahkemesine veya icra müdürüne başvurmalıdır.

TBK'nun 349.maddesinde aile konutunun kira sözleşmesiyle sağlanmış olması halinde kiracı olan eşin, diğer eşin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği, bu rızanın alınmasının mümkün olmaması veya diğer eşin haklı sebep olmadan rızasını vermekten kaçınması" halinde kiracı olan eşe "hâkime" başvurma imkânı tanınmıştır. Bu hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194.maddesini kısmen karşılamaktadır. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usullerine dair Kanun'un 4.maddesine göre bu halde görevli mahkeme Aile Mahkemesidir.

TBK'nun 410.maddesinde hizmet aktinde işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği, başkasına devredilemeyeceği ve rehnedilemeyeceği, ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için "hâkim" tarafından takdir edilecek miktarın bu orana dâhil olmadığı belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 35.maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır. Hükmün uygulanmasının nasıl olacağına kısaca değinelim. Alacaklı borçlu işçinin ücret alacağının dörtte birine haciz koydurmuş olsun. İşçi bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için gerekli paranın sekizde yedi olduğunu ileri sürerek fazlası (1/8) üzerindeki haczin kaldırılmasını isteyebilir. Bu durumda işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için gerekli paranın takdirini icra mahkemesi hakimi yapacaktır.

Türk Borçlar Kanununun çeşitli hükümlerinde yer alan "mahkeme"nin görev bakımından aksine düzenleme olmaması halinde asliye hukuk mahkemesi olarak kabul edilmesi gerekir. Zira asliye hukuk mahkemesi genel görevli hukuk mahkemesidir. (HMK m.2/2).

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382.maddesinde çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır.

Türk Borçlar Kanununda yer alan;

1) Yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesini mahkemeye teslimi (m.44),

2) Borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi (m.98),

3) Tevdi mahalli belirlenmesi ve tevdi edilemeyecek eşyanın satılması (m. 107-108),

4) Alacaklısı ihtilaflı olan borcun mahkemeye tevdii. (m.187),

5) Ayıplı hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi (m.224),

6) Mesafeli satımlarda ayıbın tespiti veya ayıplı malın satılmasına izin verilmesi (m.226),

7) İşçiye kardan hisse verilmesini öngören iş sözleşmesinde, mahkemenin işverenin hesaplarını inceleyecek bir kişi tayin etmesi (m.403),

8) Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesi (m.474),

9) Satılmak için komisyoncuya gönderilen eşyanın hasarının tespiti (m.534),

10) Komisyoncu elindeki malın açık artırma ile satışına izin verilmesi (m.542), taleplerinde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir (HMK. m. 383).

III-YETKİYE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Türk Borçlar Kanununda yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme 262. maddede yer almaktadır. Maddenin kenar başlığı "yetkili mahkeme ve tahkim" dir. Taksitli satış sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda

yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemez. Alıcı taksitli satım sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda tahkim sözleşmesi de yapamaz. Bu hüküm TBK'nun 273.maddesinin yaptığı atıf nedeniyle ön ödemeli taksitli satış sözleşmesinde de uygulanacaktır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 73.maddesinde borcun ifa yeri düzenlenmiştir. 1086 sayılı HUMK. nun 10.maddesinde yer alan sözleşmeden doğan davalarda sözleşmenin ifa olunacağı yer mahkemelerinin yetkili olduğu belirtildiği için 818 sayılı BK'nun 73.maddesi çok geniş bir şekilde uygulama bulmaktadır. Sözleşme ilişkisinin varlığı konusunda uyuşmazlık bulunmaması halinde 818 sayılı BK'nun 73.maddesi uyarınca alacaklının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmektedir.

6098 sayılı TBK'nun 89.maddesi ile getirilen düzenlemede borcun ifa yeri bakımından 818 sayılı BK'nun 73.maddesine göre bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

İlamsız icra takibinde yetkiyi düzenleyen İİK. nun 50.maddesinde para veya teminat borcu için takip hususunda HUMK'nun yetkiye ilişkin hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca sözleşmesin yapıldığı yer icra dairesinin yetkili olduğu da kabul edilmiştir.

6100 sayılı HMK'nun 10.maddesinde sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisi kabul edilmemiştir. HMK'nun 447/2.maddesinde HUMK'na yapılan yollamaların HMK'nun bu hükümlerinin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. İİK'nun 50.maddesinde yer alan sözleşmenin yapıldığı yer icra dairesinin yetkili olduğuna ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmadığı sürece sözleşmenin yapıldığı yer icra dairesi ilamsız icra takibi yönünden yetkili olmaya devam edecektir. Ancak 6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011tarihinden sonra açılan itirazın iptali davalarında sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olmayacaktır.

6098 sayılı TBK'nun 449.maddesine göre pazarlamacılık sözleşmesinin kurulabilmesi için taraflardan birinin yabancı ülkede olması

halinde sözleşmede yetkili mahkemenin hangisi olduğu belirtilmelidir. Yetkili mahkemenin belirtilmemesi sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz.

IV- İSPATA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Türk Borçlar Kanunu'nda ispata ilişkin (41) maddede[3] hüküm bulunmaktadır.

İspat yükü ile ilgili genel kural Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür". 6100 sayılı HMK'nun 190.maddesine göre, "ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir." Türk Borçlar Kanunu'nda TMK'nun 6.maddesinde 6100 sayılı HMK'nun 190.maddesinde yer alan genel kurala uygun düzenlemelere yer verilmemesi gerekirdi[4]. Ancak ispat yükü konusunda genel kuraldan ayrılan düzenlemelere yer verilmelidir.

TBK'da ispat yükü ile ilgili tüm maddeleri incelemeyeceğiz Yenilik getiren bazı maddeler üzerinde duracağız.

1. Açığa İmzada İspat Yükü

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 15.maddesinde açığa imza ile ilgili bir düzenleme yapılmıştı. Hükme göre "açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksini göstermedikçe, yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükü, açığa imza atana düşer".

---

3 TBK, m. 9, 15, 47, 50, 59, 66, 67, 78, 79, 112, 118, 119, 122, 125, 179, 180, 190, 193, 200, 215, 216, 217, 226, 229, 248, 308, 341, 373, 377, 380, 457, 510, 527, 535, 562, 563, 576, 579, 591, 592, 616.

4 Örneğin TBK'nun 50.maddesinin birinci fıkrasındaki ispat yükü ile ilgili hüküm TMK'nun 6.maddesindeki genel kurala uygun bir düzenleme olduğu için ayrıca düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Ancak, TBK'nun 50.maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, genel kuraldan ayrıldığı için özel düzenleme yapılması yerindedir.

TBMM Genel kurulundaki görüşmeler sırasında bu fıkranın hükümden çıkarılması teklif edilmiş ve çıkarılmıştır. Gerekçesi ise şöyle açıklanmıştır:

"Bu düzenleme (açığa imza ile ilgili) ile adeta açığa atılan imzalı boş kâğıdın üzerinin doldurulması meşru hale getirilmektedir. Bu hükmün yasadan çıkarılması gerekir. Çünkü sorun maddi hukukla değil, ispat hukukuyla ilgilidir."

Açığa atılan imzanın geçerli olduğu, atılan imzaların üstünün sonradan doldurulup borç senedi haline dönüştürülmesi durumunda, taraflar arasındaki anlaşmaya uygun bir şekilde yazıldığı karine olarak kabul edilmektedir[5].

Yargıtay boş kağıda imza attığını ileri süren kişinin, kağıdın anlaşmaya aykırı olarak kendisine zarar verecek şekilde doldurulduğunu HUMK'nun 290.(HMK.m.201) maddesine göre şahitle ispat edemeyeceğini kabul etmektedir[6].

Açığa imzalı belge, hile ile alınmışsa, HUMK'nun 293.(HMK. m.203) maddesi uyarınca tanık dinlenebilir. Bunun için açığa imzalı belgenin alınması ile ilgili olayların hile niteliğinde bulunması gerekir.

Sözleşmelerdeki şekil şartının amacı borçluyu korumaktır. Açığa imza şekil şartının koruma amacını gerçekleştiremez[7]. Açığa imzalı belgenin geçerli olduğuna ilişkin hüküm Kanundan çıkarıldığına göre açığa imzanın yeterli olduğuna ilişkin hukuki dayanak ortadan kalktığı için konu ile ilgili tartışmalar devam edecektir.

2. Munzam Zararın İspatı

Munzam zarar, para borcu alacaklısının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen ve temerrüt faiziyle karşılanamayan zararı ifade etmektedir.

---

5 Reisoğlu, Sefa: Borçlar Hukuku, 15.B., İstanbul 2002, s. 70; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, 9.B., İstanbul 2006, s. 249.

6 4.HD. 13.7.1965, 1383/3753 (Renda, Nihat/ Onursan, Galip: Borçlar Hukuku I, Ankara 1972, s. 1083); 19.HD. 25.10.1995, 1451/8877; 13. HD 12.10.1999, 99/6920 (YKD. 2000/02, s. 396.)

7 İnal, Emrehan: Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu, Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 174.

Munzam zararın doğmasına neden olan alacak haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya sözleşmeden kaynaklanmış olabilir. Munzam zarar nedeniyle istenebilecek tazminatın hukuki sebebi alacağın geç ödenmesi gibi hukuka aykırılıktır. Geç ödeme nedeniyle alacaklının uğradığı zarar temerrüt faizini aşıyorsa munzam zarar istenebilir. Borçlu, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe munzam zarardan sorumlu olur. Burada borçlu aleyhine bir karine vardır.

Alacaklı borçlunun temerrüdü halinde temerrüt faizi kadar zarara uğradığını ispat etmek zorunda değildir. Ancak alacaklı temerrüt faizinden fazla yani munzam zarara uğradığını ispat etmelidir.

Munzam zararın ispatı ile ilgili BK'nun 105.maddesinde ve TBK'nun 122.maddesinde bir düzenleme yapılmamıştır.

TMK'nun 6.maddesine göre "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür"

BK'nun 98/2. maddesi ve TBK'nun 114/2.maddesinin atfı nedeniyle munzam zarar talebi ile ilgili olarak da uygulanması gereken BK'nun 42. ve TBK'nun 50.maddesinde zarar görenin zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olduğu hükme bağlanmıştır.

Munzam zararın varlığını ispat yükü üzerinde olan davacı iddiasını nasıl ispat edecektir?

Bu konuda doktrin ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre enflasyon olgusu munzam zararının ispatı için yeterlidir. Enflasyon nedeniyle paranın alım gücü düşmektedir. Bu durum fiili bir karinedir. Fiili karinenin ayrıca ispat edilmesi gerekmez.

Diğer bir görüşe göre alacaklı munzam zararı bulunduğunu somut delillerle ispat etmelidir.

Munzam zararı ispat konusunda soyut zararın varlığını yeterli sayan görüşün dayandığı hüküm HUMK'nun 238.(HMK.m.187/2) maddesidir.

HUMK'nun 238.maddesine göre "maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan hususlar münazaalı sayılmaz" (6100 sayılı HMK. m. 187). Soyut zararın varlığını savunanlara göre enflasyon olgusu ve paranın değer

kaybı maruf ve meşhur olaylar olması nedeniyle alacaklının enflasyon kadar zarara uğradığı kabul edilmelidir.

Yargıtay 3,5, 15, 18 ve 19.Hukuk Daireleri munzam zararın somut delillerle ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir[8].

Yargıtay 2, 4, 11 ve 13. Hukuk Daireleri ise genel ekonomik olumsuzlukların meşhur ve maruf olaylar olması nedeniyle alacaklının en az bu kadar zarara uğradığını, zararın ayrıca somut delillerle ispat edilmesinin gerekli olmadığını kabul etmektedir[9].

Hukuk Genel Kurulu'nun her iki görüşü de kabul eden kararları bulunmaktadır[10].

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 8.10.1999 tarihli ve 97-2/1 sayılı kararında ve 12.4.2002 tarihli ve 2001-2-2 sayılı kararında içtihatların birleştirilmesine 3095 sayılı Kanun ve Kamulaştırma Kanunu'nda yapılan değişiklikler nedeniyle gerek bulunmadığını kabul etmiştir.

İçtihatların birleştirilmesi talebine rağmen sonuç alınamayan bu konuda kanun koyucunun bir düzenleme yapması uygun olurdu diye düşünüyoruz.

3. Örnek üzerine satış sözleşmesinde ispat yükü

6098 sayılı TBK'nun 248.maddesinin kenar başlığı ispat yüküdür.

Hükme göre "Örnek üzerine satışta kendisine örnek verilen taraf, elindeki örneğin kendisine verilmiş örnek olduğunu ispat yükü altında olmayıp, örneğin biçimi değişmiş olsa bile, bu değişiklik gözden geçirmenin zorunlu bir sonucu ise, alıcının iddiası doğru sayılır. Ancak, karşı tarafın her halde bunun aksini ispat hakkı vardır.

Örnek, alıcının elindeyken bozulmuş veya yok olmuşsa, kusuru olmasa bile, satılanın örneğe uygun olmadığını ispat yükü alıcıya düşer."

---

8 3.HD. 23.9.2008, 12249/16538; 5.HD. 8.2.2000, 99-19708/1451; 15.HD. 22.4.2009, 2008-3256/2352; 18.HD. 20.5.2003, 3459/4151; 19.HD. 7.12.2004, 3631/12204.

9 2.HD. 17.5.1999, 327/5315; 4.HD. 15.5.200, 2710/4763; 11.HD. 19.9.2000, 3723/-6840; 13.HD. 25.2.1997, 96-111/53.

10 HGK 19.10.1994, 5-144/503; HGK 5.7.2000, 2-1072/1124 HGK. 21.6.2006, 5-353/462.

Örnek üzerine satış sözleşmesinin gösterdiği özellik nedeniyle ispat yüküne ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. 818 sayılı BK'nun 218.maddesindeki düzenlemeye göre hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

İspat yükü ile ilgili düzenlemede satışın örnek üzerinden yapıldığını hangi tarafın ispat edeceğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. TMK'nun 6.maddesindeki genel kural uyarınca satışın örnek üzerine yapıldığını iddia eden bu iddiasını ispat etmelidir[11].

Satılanın örneğe uygun olarak verildiğini ispat yükü kural olarak satıcıya ait bulunmaktadır.

Gösterilen örneğin gerçekte bırakılan örnek olmadığı iddia edilebilir. Bu durumda TBK'nun 248.maddesine göre ispat yükü belirlenecektir. Teslim edilen malın örneğe uygun olduğunu ispat yükü satıcıdadır.

Örnek alıcının elindeyken bozulmuş veya yok olmuşsa, kusuru olmasa bile, satılanın örneğe uygun olmadığını ispat yükü alıcıya düşer.

Son olarak belirtelim ki satış sözleşmesinin örnek üzerine olduğunu iddia eden taraf bu iddiasını ispat etmelidir (TMK. m.6, HMK m.190).

V-DAVA ARKADAŞLIĞI İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

6098 sayılı TBK'nun 61.maddesinin kenar başlığı müteselsil sorumluluktur. Hükme göre "birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde haklarında, müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır" Bu düzenleme ile 818 sayılı BK'nun 50.maddesindeki tam teselsül ve 51.maddesindeki eksik teselsül ayrımı ortadan kaldırılarak her iki teselsül durumu aynı hükümlere tabi tutulmuştur.

TBK'nun 61.maddesinin ikinci fıkrası TBMM Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında hükümden çıkarılmıştır. Hükümden çıkarılan

[11] Feyzioğlu, satışın örnek (numune) üzerine yapıldığını ispat yükünün kural olarak alıcıda olduğu, alıcının elinde bir "örnek" bulunmasının, satışın bu türde yapıldığına karine teşkil ettiği, satıcının aksini iddia etmesi halinde bu iddiasının ispatla yükümlü olduğu görüşündedir. Bkz. Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri c.1., İstanbul 1980, s. 133.

düzenleme farklılaştırılmış müteselsil borçluluk veya paylaşıma dayalı müteselsil borçluluk olarak ifade edilen bir modeldir.

Tasarıda yer alan bu fıkra hükümde yer alsaydı mevcut uygulama değişecekti. Örneğin ihtiyari dava arkadaşlığı bulunan üç müteselsil borçludan (A) 1/8, (B) 3/8, (C) 4/8 oranında kusurlu ise, alacaklının talepte haklı olduğu 24.000 TL.'nin 3.000 TL.den (A), 9.000 TL.den (B), 12.000 TL'den (C) sorumlu tutulacak şekilde hüküm kurulacaktı. Ancak ikinci fıkranın hükümden çıkarılması sonucunda müteselsil borçlu olan (A), (B) ve (C) kusur oranına bakılmaksızın tüm zarardan her biri sorumlu olacak şeklide karar verilecektir.

TBK Tasarısının 61.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün çıkarılması ile sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde müteselsil borçluluğu düzenleyen TBK'nun 162.maddesi ile TBK'nun 61.maddesi arasındaki uyum bozulmamıştır.

Adi şirket ortakları arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu için adi şirketin tüm ortaklarına karşı birlikte dava açılması, tüm ortakların birlikte dava açması gerekir (6098 sayılı TBK m. 638/1). Ortaklar, bir üçüncü kişiye karşı ortaklık ilişkisi çerçevesinde birlikte üstlendikleri borçlardan aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumludurlar (6098 sayılı TBK.nu 638/3). Bu durumda adi ortaklık ortakları arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

Alman Federal Mahkemesi 29.1.2001 tarihli kararında adi şirketin hak ve taraf ehliyetine sahip olduğunu kabul etmiştir[12].

6098 sayılı TBK'nun 69.maddesindeki düzenlemeye göre binanın bakımındaki eksikliklerden binanın maliki, intifa ve oturma hakkı sahipleri müteselsilen sorumludurlar. Bina maliki, intifa ve oturma hakkı sahipleri arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır (HMK.m.57).

12 Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Narbay, Şafak/Deliduman Seyithan: Alman Federal Mahkemesinin Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.1.2001 tarihli kararı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2022, s. 577 vd.; Bilgili, Fatih: Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2002, s. 197 vd.

Tehlike arzeden işletmelerin sahip olduğu zararla ilgili düzenleme TBK'nun 71.maddesindedir. Hükümde işletme sahibi ve işletenin müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir. İşletme sahibi ve işleten arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57). Müteselsilen sorumluluğa yer verilmemiş olsa bile TBK'nun 61.maddesindeki düzenlemeden dolayı yine aynı sonuca varmak mümkündür.

TBK'nun 201.maddesine göre borca katılma sözleşmesinde eski borçlu ile borca katılan alacaklıya karşı müteselsilen sorumludurlar. Eski borçlu ve borca katılan arasında ihtiyari dava arkadaşlığı sözkonusudur (HMK.m.57).

TBK'nun 206.maddesinde sözleşmeye katılma düzenlenmiştir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı mütessilen alacaklı ve borçlu olurlar. 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan bu düzenleme uyarınca alacaklılar ve borçlular arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 323.maddesine göre işyeri kiralarında, kira ilişkisinin devri halinde devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur. Özellikle ödenmeyen kira bedeli alacağının dava konusu yapılması halinde devreden kiracı ile devralan kişi arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 382.maddesine göre bir şeyi birlikte ödünç alanlar, ondan müteselsilen sorumlu olurlar. Ödünç alan birden fazla kişi arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 428.maddesine göre işyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Devreden işveren ve devralan işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 511.maddesine göre bir kişiye birlikte vekalet verenler, vekile karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Birlikte vekalet verenler

aleyhine vekil tarafından açılacak davada vekalet verenler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57). Vekaleti birden fazla kişi üstlenmişse, bu kişiler vekaletin ifasından müteselsilen sorumludur. Vekaleti birlikte üstlenen kişiler arasında da ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 567.maddesine göre bir şeyi birlikte saklamak üzere alanlar müteselsilen sorumlu olurlar. Bir şeyi saklamak için birlikte alanlar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m57).

TBK'nun 644.maddesine göre tasfiye görevlisine ödenecek ücret için ortaklar müteselsilen sorumludurlar. Bu durumda da ortaklar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı sözkonusu olmaktadır (HMK.m.57).

VI-DAVA AÇMA SÜRESİ İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

1- Aşırı yararlanma (gabin) da zarar gören düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak 1 yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak 5 yıl içinde dava açmalıdır. (TBK.m.28) 818 sayılı BK'nun 21.maddesinde sadece 1 yıllık süre öngörülmüştür ve bu süre sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Aşırı yararlanmada 1 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı değiştirilmiştir. Zarar görenin düşüncesizliğini ve tecrübesizliğini öğrendiği tarihin ne olduğunu tespit etmek oldukça güçtür. Bir yıllık dava açma süresinin geçtiğini savunan davalının bu savunmasını ispat etmesi mümkün olmaz. Bu nedenle bir yıllık dava açma süresi sözleşmenin kurulma tarihinden başlatmak daha uygun bir çözüm olabilirdi.

2- Yanılma (hata) veya aldatma (hile) ya da korkutulma (ikrah) sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutulmanın etkisini geçtiği tarihten bir yıl içinde dava açmazsa sözleşmeyi onamış sayılır (TBK. m39).

3- Haksız fiillerden dolayı tazminat talep edebilecek olan zarar gören, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yıl içinde tazminat davasını açmalıdır. Burada öngörülen süreler zamanaşımı süresidir.

Haksız fiil için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse bu zamanaşımı süresi uygulanır (TBK. m. 72).

Tazminat ödeyen kişi rücu isteminde bulunursa tazminatı ödediği ve birlikte sorumlu kişiyi öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl ve her halde tazminatın ödendiği tarihten itibaren 10 yıl içinde davasını açmalıdır (TBK. m. 73). Maddede haksız fiilden dolayı müteselsilen sorumlu olan kişilerden birinin zararı tazmin ettikten sonra diğer sorumlulara rücu isteminde bulunabileceği süre düzenlenmiştir[13].

Hükmün ikinci fıkrasındaki düzenleme dikkat çekicidir. Zira kendisine karşı tazminat davası açılan kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır.

Kendisinden tazminat istenen müteselsil sorumlu bildirimde bulunması halinde bildirim tarihinden, bildirimde bulunmaması halinde ise dürüstlük kuralına göre bildirmesi gereken tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye devam edecektir.

4- Sebepsiz zenginleşmede davacı, geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl içinde ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıl içinde davasını açması gerekir (TBKm.82). Bu süreleri geçirdikten sonra dava açması halinde davalının zamanaşımı defi ile karşılaşabilir.

5- TBK'nun 75.maddesinde usul hukukunda değişiklik davası olarak nitelendirilen bir konu düzenlenmiştir. Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 46.maddesinde yer alan düzenlemede iki yıllık sürenin başlangıcı olarak hükmün tefhim tarihini esas alırken, 6098 sayılı TBK'nun 75.maddesinde iki yıllık sürenin başlangıcı olarak hükmün kesinleşmesini esas almıştır. Bu

13 Burada öngörülen süre ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Rücu isteminde bu zamanaşımı süresi uygulanacak, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte süre dolmuşsa yürürlük tarihinden itibaren 1 yıl içinde dava açma imkanı vardır (Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m.5/2).

düzenleme ile iki yıllık sürenin, hükmün kesinleşmesine kadar geçecek süre içinde sona erme tehlikesi ortadan kaldırılmıştır.

6- Satım sözleşmesine konu malın ayıplı olduğundan bahisle ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, sözleşme konusu malın alıcıya devrinden itibaren 2 yıl içinde dava açılmalıdır. (TBK.m.231). Burada öngörülen süre zamanaşımı süresidir. Satıcı, sözleşme konusu malı ayıplı olarak devretmekten kusurlu ise iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. Ticari satımlarda da ayıba dayanarak aynı sürede dava açılması gerekir (6102 sayılı TTK.m.23).

7- Bağışlamada, bağışlayan geri alma sebebini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri almak için dava açmalıdır. (6098 sayılı TBK. m. 297/1). Bağışlayan bir yıllık süre dolmadan ölürse, geri alma hakkını mirasçılar kalan sürede kullanmalıdır (6098 sayılı TBK.m.297/2).

Bağışlayan, sağlığında geri alma sebebini öğrenmemişse, mirasçıları ölümünden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alma hakkını kullanabilir (6098 sayılı TBK m. 297/3). Bu fıkra 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 246.maddesinde yer almayan yeni bir hükümdür.

Burada öngörülen süreler hak düşürücü süredir[14].

8- TBK'nun 345.maddesinde kira tespit davalarında dava açma süresi düzenlenmiştir.

Kira tespit davası kural olarak her zaman açılabilir.

Belirli süreli kira sözleşmelerinde kira tespit davası, yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açılmışsa mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlar.

Ayrıca kiralayan yeni kira döneminin başladığından 30 gün önce kira bedelinin artırılacağına ilişkin yazılı bildirimde bulunmuş olmak

14 "… bağış koşuluna uygun bir işlem yapılmadığı da sabittir. Bu halde Borçlar Kanunu'nun 246.maddesi hükmü gereğince 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde eldeki davanın açılması gerektiği …"1:HD. 7.3.2006, 2005-13359/2262

koşuluyla izleyen yeni kira döneminin sonuna kadar kira tespit davasını açabilir (TBK.m.345/2).

Sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur. (TBK.m.345/3).

Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşme dava yoluyla sona erdirilebilir.

Kiralayanın gereksinimi nedeniyle kullanım zorunluluğu varsa veya yeniden inşa ve imar amacıyla yapılacak onarım nedeniyle kiralanın kullanımı imkânsız ise belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonundan, belirsiz süreli sözleşmelerde ise fesih bildirimi için öngörülen sürelere uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sözleşmeyi sona erdirebilir (TBK.m.352/1).

Kiralayan bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde, bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı içinde yazılı olarak kiracıya iki haklı ihtar çekerse, kira yılının bitiminden itibaren bir ay içinde açacağı dava ile kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK.m.352/2).

Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya veren, kira sözleşmesi yapılırken bu durumu bilmiyorsa, sözleşmenin bitiminden itibaren bir ay içinde dava açarak sözleşmeyi sona erdirebilir (TBK. m. 352/3).

Dava yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinin istenebileceği bir ay içinde kiralayan dava açmak yerine dava açılacağına ilişkin yazılı bildirimde bulunması halinde, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış sayılır. (TBK. m.353).

9- Hizmet sözleşmesinde işçi, haklı sebeb olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin ¼ üne eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir (TBK m.439/1).

Tazminatı isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak 30 gün içinde dava açmak veya takip yapmak zorundadır. Aksi taktirde tazminat isteme hakkı düşer (TBK.m.439/3).

10- Eser sözleşmesinde yüklenici, ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeble açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın[15], taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK.m. 478). Hükümde öngörülen sürelerde açılmayan davalar yüklenicinin zamanaşımı itirazıyla karşılaşabilir.

11- Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak 10 yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Kefalet, 10 yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil hakkında 10 yıllık süre doluncaya kadar takip yapılabilir veya dava açılabilir. (TBK. m. 598/3-4).

12- Taşınmaz satımında sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi taktirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde satışın yapılmasından başlayarak 2 yıl içinde dava açmak zorundadır (TBK. m. 242).

15 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlemeye göre taşınırlara ilişkin eser sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğun tabi zamanaşımı süresi beş yıl olarak kabul edilmekteydi. 6098 sayılı Kanunla bu süre iki yıla indirilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, taşınırlara ilişkin eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi 818 sayılı Borçlar Kanununa göre 5 yıl olacaktır. Bu sürenin bir kısmı işlemiş ve kalan süre 2 yıldan az ise, 818 sayılı Borçlar Kanununda öngörülen 5 yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olacaktır. Kalan süre 2 yıldan fazla ise 6098 sayılı TBK'nun yürürlüğünden başlayarak 2 yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olacaktır (Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m. 5).

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda böyle bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması için üç ay ve iki yıllık dava açma süresi tanınmış olup, bu süreler hak düşürücü süredir.

Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5/2. maddesine göre hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi ilk defa öngörülmüş ve bu süre dolmuşsa hak sahibi TBK'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıllık ek süreden yararlanır. Ancak Kanunda öngörülen süreden daha uzun olamaz.

VII-DAVANIN İHBARI İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

Haksız fiilden dolayı müteselsilen sorumlu olanlardan biri hakkında dava açıldığında, kendisinden tazminat istenen müteselsil borçlu durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere ihbar etmesi gerekir. (TBK. m. 73/2). İhbarda bulunmamışsa ihbarın dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihten itibaren rücu zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

Davanın ihbarı ile ilgili diğer bir hüküm de Türk Borçlar Kanunu'nun 215.maddesindeki düzenlemedir. Hükme göre:

> *"Satılanın elinden alınması tehlikesi ile karşılaşan alıcı, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirdiği zaman satıcı, durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca ya alıcının yanında davaya katılmak ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır.*
>
> *Bildirme, davaya katılmaya ve savunmaya elverişli bir zamanda yapılmışsa, alıcının aleyhinde verilen hüküm, onun ağır kusuru yüzünden verildiği ispat edilmedikçe, satıcı için de sonuç doğurur.*
>
> *Dava kendisine yüklenilemeyen sebeplerden dolayı satıcıya bildirilmemişse satıcı, zamanında bildirilmiş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulur."*

Bu hüküm 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 190.maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Esasen bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

Davanın ihbarı ve fer'i müdahale 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61-69.maddelerinde düzenlenmiştir. 6100 sayılı HMK'nun 63.maddesine göre dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir. 1086 sayılı HUMK'nun 50.maddesinde yer alan taraf yerine geçerek davayı takip etme hali 6100 sayılı Kanuna alınmamıştır. Ancak TBK'nun 215.maddesinde alıcı yerine geçerek davayı takip etmek yetkisi kaldırılmamıştır.

TBK'nun 215.maddesi ile HMK'nun 63.maddesindeki düzenlemeler birbirinden bu şekilde ayrılmıştır. Uyumlu hale getirilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.

İhbarın, etkisi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 64.maddesinde, fer'i müdahalenin etkisi de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 69.maddesinde düzenlenmiştir. TBK'nun 215.maddesindeki düzenleme ile uyumlu ise de HMK'nun 69.maddesindeki düzenleme daha ayrıntılı, kapsamı TBK'nun 215.maddesine göre daha geniştir.

Zapta karşı tekeffüle dayanan rücu imkanı sebebiyle bazı sözleşmelerde de davanın ihbar ile ilgili TBK'nun 215.maddesi hükmü uygulama alanı bulur. Örneğin mal değişim sözleşmesi (trampa) (TBK.m.284), bağışlama sözleşmesi (TBK.m.294), kira sözleşmesi (TBK.m. 309), eser sözleşmesi (TBK.m. 472), adi ortaklık (TBK.m. 621 ve alacağın ivazsız (edim karşılığı olmadan) temlikinde (TBK.m.191) ihbarın etkisi ile ilgili TBK'nun 215.maddesi hükmü uygulanır.

VIII-GEÇİCİ HUKUKİ KORUMAYLA İLGİLİ HÜKÜMLER

Geçici hukuki korumalar ihtiyati tedbir (HMK. m. 389-399), ihtiyati haciz (İİK. m. 257-268), delil tespiti (HMK.m.400-405), defter tutulması ve mühürleme (HMK.m.406) dir.

TBK'nun 76.maddesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir hükümdür. Maddenin kenar başlığı geçici ödemelerdir. Haksız fiil nedeniyle zarar gören kişinin açtığı tazminat davasında hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Hüküm şöyledir;

"Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği taktirde hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hakim davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir."

Geçici ödemelerle ilgili bu hüküm medeni usul hukuku bakımından önemlidir. Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası devam ederken zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar gösterirse ve ekonomik durumu da geçici ödemeyi gerektirirse hakim, zarar görenin talebi üzerine davalının dava devam ederken geçici ödeme yapmasına karar verebilecektir.

Geçici ödemeye karar verilebilmesi için;

- Davacının talepte bulunması,
- İddiaların haklılığını gerçeğe yakın gösteren deliller sunması,
- Zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödemeyi zorunlu kılması, gerekir.

Hükmün gerekçesinde neden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu anlaşılamamaktadır. Tasarı halinde iken eleştirilen hükme karşı şu görüşler ileri sürülmüştür.

- Sosyal güvenlik görevini yerine getirmeyen Devlet, bu görevini davalının sırtına yüklemektedir[16].
- Hüküm tazminat ve yargılama hukukunun gerekleri ile bağdaşmamaktadır.
- Geçici ödemenin miktar bakımından ölçüleri kanunda yer almamaktadır.
- Tazminatın tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz yolu açıktır.

16 Koçhisarlıoğlu, Cengiz/Erişgin Özlem: Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında "Haksız Fiiller", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, c.2, İstanbul 2010, s. 1271.

- Hüküm, hâkimi ihsası-reye zorlamaktadır.
- Davanın reddi ve davacının geçici ödemeleri geri vermemesi, sübjektif ifa imkânsızlığı halinde kanun bir koruma normu öngörmemektedir. Bu durumda Devletin sorumluluğu düşünülmelidir. Zira yargı ve yasa, sorumsuzun sırtına yük yükleyemez.
- Yeni bir borç kaynağı olarak olası borç kaynağı yaratılmıştır.
- Nafaka ve benzeri geçici veya sürekli ödemelerde akrabalık bağından kaynaklanan bir statü koruma bağı vardır. Bu nedenle geçici ödemelerin yasal zeminini oluşturmaz.
- Mukayeseli sorumluluk hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu ön tasarısının 564 maddesi dışında örneği bulunmamaktadır[17].

Geçici ödemelerle ilgili bu düzenleme ispat ölçüsü açısından bir yenilik getirmektedir. Hükümde yer alan "iddianın haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar" ifadesinden burada tam ispatın aranmadığı anlaşılmaktadır. Geçici hukuki korumalarda yaklaşık ispat aranmaktadır. Buradaki düzenlemede yaklaşık ispatın arandığı en azından tam ispatın aranmadığı anlaşılmaktadır.

Geçici ödeme kararının tek başına temyizi mümkün değildir. Karar ilamlı icraya konu edilebilir.

Davanın kabulü halinde davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir. Hâkim, mahsup işlemi yaptıktan sonra kalan meblağ yönünden bir hüküm kurmalıdır[18]. Geçici ödemeler, hükmedilecek tazminattan fazla ise, fazla ödemenin yasal faiziyle birlikte davalıya geri verilmesine şeklinde hüküm kurulmalıdır. Geçici ödemelerin asıl alacağa mı yoksa faiz alacağına mı mahsup edileceği, TBK'nun 100.maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda uyuşmazlıklar çıkabilir.

17 Erişir, Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) geçici ödemeye imkan sağlayan bir düzenleme mevcut değilse de doktrin ve uygulamada para alacaklarında ihtiyati tedbir verileceğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. Erişir, Evrim: Para Alacaklarında ihtiyati Tedbirler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, s. 250-251.

18 Bu durumda hüküm kurulurken kısmen ödeme yapılan kısımla ilgili faiz talep edilebildiği tarihten ödeme tarihine kadar işleyen faiz yönünden aynı davada hüküm kurulup kurulamayacağı sorunu ortaya çıkabilir.

Düzenlemenin amacı gözetildiğinde kısmi ödemenin asıl borca mahsuben yapıldığı kabul edilmelidir.

Davanın reddi halinde hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir. Mahkemenin geri verilmesine karar verilen paraya hangi tarihten faiz işletebileceği konusunda hükümde açıklık yoktur. Ödemenin yapıldığı tarih mi yoksa karar tarihi mi esas alınmalıdır?

Davacıya geçici ödeme kanun hükmü gereği yapılmakta ve davacının haksızlığı karar verildiği tarihte ortaya çıkmaktadır. Bu durumda faizden sözedilmeden geçici ödemenin iadesine şeklinde karar verilmesi yeterli olacaktır.

TBK'nun 114. maddesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Geçici ödemeleri düzenleyen TBK'nun 76.maddesi hükmünün sözleşmeye dayanan davalarda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda uyuşmazlıklar çıkabilir.

XIX- USUL HUKUKU İLE İLGİLİ BAZI HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1-Madde 7

Ismarlanmayan şeyin gönderilmesi

*"**Madde 7**- Ismarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir"*

Ismarlanmayan şeyin gönderilmesinin icap (öneri) sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Ismarlanmayan şeyi alan kişi, onu gönderene geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.

Bu durumda gönderenin başvurulabileceği bir yol var mıdır?

Sözleşme kurulmadığı için gönderen kişi sözleşmeye dayanarak gönderdiğini geri isteyemez[19].

19 İnceoğlu, Murat-Başoğlu, Başak: Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, c.2, İstanbul 2010, s. 1011.

Gönderen kişinin genel istihkak davası açması da mümkün değildir. Çünkü hükmün yazılış tarzından mülkiyetin gönderilene geçtiği anlaşılmaktadır[20].

Ismarlanmayan şeyi gönderen kimse haksız fiilden kaynaklanan tazminat talebinde bulunması da mümkün değildir[21].

Gönderene ait olmayıp da üçüncü bir kişiye ait olması ve gönderilen kişinin de üçüncü kişiye ait olduğunu bilmesi hali TBK'nun 7.maddesinde düzenlenmemiştir. Bu durumda mal gönderilen kişinin, malın üçüncü kişiye ait olduğunu bilmesine rağmen mala zarar vermesi veya malı tüketmesi halinde üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu kabul edilmelidir[22].

Gönderilen kişinin gönderilen malı satması halinde gönderen kişinin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak talepte bulunup bulunamayacağı hususu da tartışmalıdır[23]. Mülkiyetin geçip geçmediğine göre varılacak sonuç farklı olacaktır.

2-Madde 21-25

Türk Borçlar Kanunu'nun 21-125.maddelerinde genel işlem koşulları düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu düzenleme TBK'nun getirdiği en önemli yenilik ve değişikliktir.

Genel işlem koşulları TBK'nun 20.maddesinde şöyle tanımlanmıştır:

"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz."

---

20 İnceoğlu/Başoğlu, s. 1012, dn 93'de atıf yapılan yazarlar. İnceoğlu/Başoğlu ise, bu dönemde gönderenin istihkak davası açma hakkı bulunduğu görüşündedir. Bkz. İnceoğlu/Başoğlu, s. 1014.

21 İnceoğlu/Başoğlu, s.1015.

22 İnceoğlu/Başoğlu, s.1017.

23 İnceoğlu/Başoğlu, s. 1018.

Genel işlem koşullarının denetlenmesi konusunda Türk Borçlar Kanunu'nda yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi öngörülmüştür.

Genel işlem koşullarına muhatap olan kişi kendisine karşı dava açıldığında korunma yöntemlerini savunma sebebi olarak ileri sürebileceği gibi, genel işlem koşulları ile bağlı olmadığını ileri sürerek tespit davası açabilir. Ancak alacağı karar davanın taraflarını bağlar. Bu nedenle genel işlem koşullarına karşı grup davası (topluluk) davası açılıp açılamayacağı konusu gündeme gelebilir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 23.maddesinde Tüketici Derneklerine ve 6762 sayılı TTK'nun 56.maddesinde oda ve borsalara topluluk (grup) davası açma yetkisi verilmiştir.

Genel işlem koşullarından olan bir hükmün kullanılmasının engellenmesi amacına yönelik olarak topluluk (grup) davasını dernekler ve diğer tüzel kişiler açabilmelidir. 6100 sayılı HMK'nun 113.maddesinde dernekler ve diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabileceği hükme bağlanmıştır.

Genel işlem koşullarına karşı koruma sağlayan üç metod vardır. Bunlar yürürlük denetimi (TBK.m.21 ve 22), yorum denetimi (TBK. M.23) ve içerik denetimidir. (TBK.m.25). Topluluk davası yoluyla sadece içerik denetimi yapılabilir.

3-Madde 55

"Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır"

Türk Borçlar Kanunu 55.maddesi ile bilirkişi tarafından hesaplanan tazminatın hakkaniyet düşüncesiyle arttırılamayacağı ve azaltılamayacağı belirtilmiştir. Hakkaniyet kavramı adaletin özel ve bireyselleştirilmiş veya somutlaştırılmış şeklini ifade eder. Hakkaniyet somut ve belirgin olayların adaletidir. Daha doğrusu adaletin somut olaylara uygulanmasıdır. Medeni Kanunun 4.maddesinde hakimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği hükme bağlanmıştır. Bu hükmün amacı hakimin adalete uygun bir karar vermesini sağlamaktır. Hakimin hakkaniyete göre karar vermesiyle sosyal adalet de sağlanmaktadır. Özellikle haksız eylemler ve tazminat hukukunda sosyal adaletin gerçekleşmesi için hakkaniyete uygun karar vermek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesiyle hakimin takdir yetkisi alanına müdahale edilmekte ve adeta hakim yerine bilirkişi geçirilmektedir. Ayrıca bu düzenleme 6100 sayılı HMK'nun 198. maddesinde yer alan hakimin delilleri serbestçe değerlendirileceğine ilişkin hükümle de çelişmektedir. TBK'nun 55.maddesindeki anılan düzenleme hâkimin Anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vereceğini hükme bağlayan Anayasanın 138.maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasanın 90.maddesine göre taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmeler yargı organları tarafından doğrudan uygulama alanı bulurlar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de hakkaniyete uygun yargılamadır. Hâkimin hakkaniyete uygun yargılama yapmasının sonucu hakkaniyete uygun karar vermesidir. TBK'nun 55.maddesindeki düzenleme Anayasanın 90.maddesindeki düzenleme nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

4-Madde 60

V- Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu

1- Sebeplerinin Yarışması

"Bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hakim, zarar gören aksine istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir".

TBK'nun 60.maddesinde sorumluluk sebeplerinin yarışması düzenlenmiştir. Bu hüküm 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmamaktadır.

Davacı aynı kişiden bir alacağını veya zararını değişik hukuki sebeplere dayanarak isteyebileceği haller vardır. Bu durumda talep haklarının yarışması söz konusu olur. Sebeplerin yarışması için aynı isteğin kanunda yer alan iki ayrı hükme göre de haklı görülmesi gerekir.

Örneğin sözleşmeden doğan sorumlulukla haksız fiil sorumluluğu aynı olayda birleşebilir. Kiracı kira sözleşmesi uyarınca oturduğu evin duvarlarını tahrip etmişse veya doktor yanlış bir müdahale sonucu hastasının vücut bütünlüğüne zarar vermişse veya taşıma sırasında taşınan mal zarar görmüşse sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu aynı olayda birleşmektedir.

Haksız fiil sorumluluğu olduğu açık olan bazı durumlarda sözleşmeye aykırılıktan sözedebilir. Örneğin tren istasyonunda trene binmek için bekleyen yolcunun üzerine bir eşya düşmesi nedeniyle yaralanması halinde sorumluluğun birleştiği kabul edilebilir.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan talep ile sözleşmeden doğan talebin yarışıp yarışamayacağı da üzerinde durulması gereken önemli bir konudur[24]. Sözleşmeden doğan talebi ileri sürme imkanı varken sebepsiz zenginleşme şartları gerçekleşmez.

---

24 Bu konuda bkz. Turanbey, Kürşad Nuri: Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, s.102 vd; Öz Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 70, 71.

Örneğin satım sözleşmesinde satıcı (A) sözleşme konusu malı (B)'ye teslim etmiş, ancak (B) satış bedelini ödememiştir. (A) satış bedelini BK'nun 182 vd. (TBK m. 207 vd) maddeleri hükümlerine göre B'den talep edebilir.

Sebepsiz zenginleşmede zenginleşmeyi haklı kılan bir hukuki sebebi yoksa zenginleşme haksızdır. Oysa (B) geçerli bir sözleşmeye dayanarak malı elinde tutmaktadır. Sözleşemeye göre malı elinde tutan (B) haksız değildir.

(B) satış bedelini ödemediği için temerrüde düşmüş ve (A) da sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa bu durumda sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olabileceği görüşü ileri sürülmektedir.

Geçersiz sözleşmeye göre verilen paranın tahsili talebinde sebepsiz zenginleşmeye mi yoksa sözleşmeye mi dayanılabileceği konusunda uygulamada tereddütler bulunmaktadır.

- Haksız fiilden doğan tazminat talebi hakkı ile sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı aynı anda gerçekleşmiş olabilir. Hakim görüş bu durumda zarar gören sebeplerden birine dayanabilir. Her ikisine birden dayanamaz.

Haksız fiilden farklı olarak sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olması için kusur şart değildir. Aynı zamanda zarar doğması da şart değildir.

- Vekâletsiz iş görmeden doğan talep hakkı ile sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı yarışabilir. (Gerçek ve gerçek olmayan).

Müdahale kötüniyetli ise hem müdahaleden doğan sebepsiz zenginleşme hem gerçek olmayan sebepsiz zenginleşme gerçekleşir.

TBK'nun 60.maddesine göre hakim zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir. En iyi giderim imkanı, talebi en üst düzeylde karşılayacak hukuki sebep anlamında değil, zamanaşımı, ispat yükünün dağıtılması ve sorumsuzluk

anlaşmalarının geçerliliği konusunda zarar görenin yararına olan hukuki sebep anlamına gelir[25].

Hükümde yer alan "zarar gören aksini istemedikçe" ibaresi önemlidir.

Zira zarar gören açıkça haksız fiile dayandığını belirterek tazminat talep etmişse hakim HMK'nun 25.maddesi uyarınca sözleşme ilişkisini göz önünde tutamayacaktır. Sözleşmenin ileri sürülmesi bir hukuki nitelendirme olmayıp somut olayın mahkeme önüne getirilmesidir.

6100 sayılı HMK'nun 25. maddesine göre kanunda öngörülen istisnalar dışında, hakim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Aksi halde 6100 sayılı HMK'nun 36.maddesi uyarınca hakim reddedebilir. Zira anılan hükümde hakimin davada, …… taraftan birine öğüt vermiş olması ve yol göstermiş bulunması red sebebi olarak kabul edilmiştir.

Açıkça haksız fiile dayanan zarar gören davada sonradan sözleşmeye dayanarak karar verilmesini talep ederse, davalı iddianın genişletildiği savunmasını ileri sürebilir.

Davacı iddianın genişletilmesi savunması karşısında ıslah yoluyla sözleşmeye dayanabilir.

Açıkça haksız fiile dayanan davacı talep hakkının zamanaşımına uğraması ve davalının usulüne uygun zamanaşımı itirazı ile karşılaşması halinde ıslah yoluyla sözleşmeye dayanıp dayanamayacağı sorunu ortaya çıkabilir.

Açıkça haksız fiile dayanan davacı davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra sözleşmeye dayanarak yeni bir dava açabilir mi?

Olayda zararı oluşturan somut olay aynı olduğu için kesin hüküm nedeniyle davanın reddi gerekir. Üstündağ aksi fikirdedir. Yazara göre maddi hukuk normlarının her biri maddi hukuk anlamında ayrı bir talep

25 Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 281.

hakkı sağlar ve bu nedenle sorumlulukların birleşmesi halinde zarar görenin iki talep hakkı vardır[26].

Zarar görenin korunma ilkesine aykırı olan "zarar gören aksini istemiş olmadıkça" ibaresinin hükümden çıkarılması uygun olur.

5-Madde 81
c-Geri istenememe

"Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hakim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir."

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 65.maddesini karşılayan hükmün ikinci cümlesi yenidir.

Hukuka veya ahlaka aykırı bir amaç için yerine getirilen edimlerin iadesi istenemez. Kanun koyucu bu durumda bir tür ceza uygulamış ve hukuka, ahlaka aykırı niyeti cezalandırmak istemiştir. Yeni hükümle hukuka veya ahlaka aykırı edimi alan ve verenlerden birinin cezalandırılması, diğerinin ödüllendirilmesindeki sakıncayı önlemek amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu hüküm Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan davalara da uygulanabilecektir. Zira 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7.maddesinde yer alan genel ahlaka ilişkin kuralların görülmekte olan davalara da uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemeden de usul hukukuna ilişkin sorunlar ortaya çıkabilir.

Davanın reddi halinde, dava konusu şeyin Devlete mal edilmesi ile ilgili hükmü hakim nasıl kurmalıdır?

Devlet bu davaya müdahil olabilir mi? Devlet bu kararı temyiz edebilir mi? Taraflar dava konusu şeyin Devlete mal edilmesine ilişkin hükmün hatalı olduğunu ileri sürerek hükmü temyiz edebilir mi?

Örneğin rüşvet olarak verilen ….. TL paranın Devlete mal edilmesine şeklinde bir hükmün infazı nasıl sağlanacak?

26 Üstündağ, Saim: İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 61.

Devlete mal edilmesine karar verilen dava konusu malı davalı elden çıkarmışsa hüküm nasıl infaz edilecek? İİK'nun 24.maddesi bu durumda uygulama yeri bulacak mı?

TBK'nun 81.maddesindeki kural taşınmaz mallar yönünden uygulanabilecek midir? Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için satış vaadi sözleşmesi yapılmışsa veya taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmişse satış vaadi sözleşmesi veya ipoteğin Devlete mal edilmesine nasıl karar verilecektir? Burada "verilen şey" söz konusu olmayıp sadece "verilmesi sözverilenin güvenceye bağlanması" söz konusu olduğundan bu hüküm kapsamına girmez mi diyeceğiz.

Düzenlemeden bu soruların karşılığını bulmak mümkün değildir. Bu nedenle belirtilen konularda hükme açıklık getirilmelidir.

6-Madde 132
B. İbra

"Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir".

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen dar anlamda borcun sona erme sebeplerinden biri olan "İbra" TBK'nun 132.maddesinde düzenlenmiştir. Asıl borç ilişkisi şekle tabi tutulmuş olsa bile ibra herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak davada ispat bakımından 6100 sayılı HMK'nun 200 ve 201.maddeleri hükümleri gözetilecektir.

TBK'nun 420.maddesinde hizmet sözleşmesine bağlı alacaklarda ibra konusu düzenlenmiştir. Ancak hüküm tam ödeme halinde ibranın geçerli olduğunu kabul ederek ibranameye makbuz değeri vermektedir. İbranameyi işçi değil de işveren vermişse TBK'nun 132.maddesi uygulanmalıdır. Hükümde ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunlu kabul edilmiştir. Bankadan yapılmayan ödemeyi yok saymak mümkün olmadığına göre hükmün amacını anlamak zordur.

7-Madde 138
III.Aşırı İfa Güçlüğü

***Madde 138**-Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçluda borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır."

TBK'nun 138.maddesine aşırı ifa güçlüğü nedeniyle hakimin sözleşmeye müdahalesi düzenlenmiştir.

Borçlu koşulların bulunması halinde,

-Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması

-Bu mümkün olmazsa sözleşmeden dönmeyi talep edecektir.

Düzenlemeye göre davacı uyarlanma mümkün olmazsa sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle dava yoluyla kullanılması zorunlu değildir. Sözleşmenin yerine getirilmesini isteyen kişinin açtığı davaya karşı davalı sözleşmeden döndüğünü savunma sebebi olarak ileri sürebilecektir. Uygulamada sözleşmenin uyarlanmasını isteme, mümkün olmaması halinde, sözleşmeden aşırı ifa güçlüğü nedeniyle döndüğünün tespitine ilişkin taleplerin terditli olarak ileri sürülebileceğini (HMK.m.111) düşünmekteyiz. Bu nedenle açık bir düzenleme yapılması yerinde olur.

Aşırı ifa güçlüğünü hâkim resen gözetemez.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7.maddesine göre aşırı ifa güçlüğü ile ilgili

hükümler kanunun yürürlüğe girdiği sırada derdest olan davalara da uygulanacaktır.

8- Madde 158
E.Davanın Reddinde Ek Süre

*"**Madde 158**-Dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir."*

818 sayılı Borçlar Kanununun, 137.maddesinde öngörülen 60 günlük munzam dava açma süresi zamanaşımı halinde kullanılmaktadır. Bu hüküm yerine kabul edilen 6098 sayılı TBK'nun 158.maddesinde munzam sürenin hak düşürücü sürenin dolması halinde de uygulanabileceği kabul edilmiştir[27].

Munzam sürenin hak düşürücü süreye bağlı davalar yönünden uygulanması davacıya, hakkaniyete aykırı sonuçtan kurtulma olanağı verir. Kanunda gösterilen hak düşürücü süre içinde açılan davanın örneğin yargı yolu yönünden reddedilmiş olması halinde, talebi maddi hukuk yönünden de düşmüş saymak hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle yapılan düzenleme isabetlidir.

TBK'nun 158.maddesi ile hak düşürücü sürenin dolması nedeniyle tanınan ek süre yeni bir süre olup, ilk kez kabul edilmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5.maddesine göre Türk Borçlar Kanunu ile hak düşürücü süre ilk defa öngörülmüş olup da kanunun yürürlüğe girdiği tarihte bu süre dolmuşsa, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıllık ek süreden yararlanır. Ancak bu ek süre Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen süreden daha uzun olamaz. TBK'nun 158.maddesinde öngörülen ek süre Kanunun yürürlüğünden itibaren 60 gün olarak kabul edilmelidir.

[27] İsviçre Federal Mahkemesi munzam sürenin hak düşürücü süreye tabi davalar yönünden de uygulanacağının kabul etmektedir. BGE 89 II, 304 (Kaneti Selim: İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Borçlu Hukuku, C.I, s. 247-250.)

9-Görme Engellilerin (Amaların) İmzası

Görme engeli bulunanlar (âmâ) imza atabilirler. Her iki gözü kör olan kimseler okumak imkânından yoksundurlar. Bu nedenle bir metni imzalarken suistimallere uğrayabilirler.

818 sayılı BK'nun 14.maddesinin 3.fıkrası 5378 sayılı Kanunla 7.7.2005 tarihinde kaldırılmadan önce şöyleydi:

"Âmâların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelelerin metnine vakıf oldukları sabit olmadıkça onları ilzam etmez." Bu hükme göre görme engellilerin imzaları iki halde bağlayıcı olacaktır.

Birinci halde, ama tarafından atılan imzanın usulen tasdik edilmiş olmasıdır. Burada sözü geçen tasdik (onaylama) noter tarafından yapılacak ve işlem Noterlik Kanunu'nun 5378 sayılı Kanun'un 23.maddesi ile değiştirilmeden önceki 73.maddesi uyarınca iki tanık huzurunda yapılacaktır.

İkinci halde notere imza tasdiki yaptırılmamış metnin âmâ tarafından bilindiğinin karşı tarafça ispat edilmesi halinde âmânın yaptığı işlem geçerli olur ve kendisini bağlar.

818 sayılı BK'nun 14.maddesinin 3.fıkrası ile Noterlik Kanunu'nun 73. ve 75.maddelerinde 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve KHK'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla değişiklik yapılmıştır.

İmza atabilen âmânın durumu NK'nun 73.maddesinde, imza atamayan âmânın durumu ise NK'nun 75/2.maddesinde düzenlenmiştir.

NK'nun 73.maddesine göre noter, işlem için başvuran kişinin ama(görme özürlü) olduğunu anlaması halinde, bu kişinin isteği olursa işlemi iki tanık huzurunda yapacak, talepte bulunmazsa noterde yapılan işlemde iki tanık bulundurulmayacaktır.

İmza atamayan görme engellilerin noterlik işlemlerinde iki tanık bulundurulması zorunludur. Bu durumda görme engellinin isteğine bakılmadan bu işlemin geçerliliği için iki tanık bulundurulması noter tarafından re'sen temin edilecektir.

6098 sayılı TBK 4.2.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir.

6098 sayılı TBK'nun 15.maddesinin 3.fıkrası 818 sayılı BK'nun 14.maddesinin 3.fıkrasına paralel düzenlenmiştir.

Hüküm şöyledir:

"Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzaları onları bağlamaz."

6098 sayılı TBK'nun 15.maddesinin 3.fıkrası 6111 sayılı Torba Kanun'la değiştirilmiştir. Son şekli şöyledir:

"Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir". Bu hükme göre görme engelli talep etmediği sürece tanık dinlenmeyecek, el ile attığı imza ve bu imzayı taşıyan sözleşme geçerli kabul edilecektir.

Noterlik Kanunu 73.maddesine göre iki tanık gerekirken, TBK'nun 15/3.'e göre tek tanık yeterli olacaktır.

10-İmza Atamayanların Durumu

Okuma yazma bilmemek, bedensel özür vs. gibi nedenlerden dolayı imza atamayanların durumu 6098 sayılı TBK'nun 16 (818 sayılı BK'nun 15)maddesinde düzenlemiştir.

6098 sayılı TBK'nun 16.maddesi hükmü şöyledir:

"İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla parmak izi, el ile yapılmış işaret ya da mühür kullanabilirler.

Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklıdır."

Bu hükmün uygulanabilmesi için şu şartların bulunması gerekir.

1. Bedensel özrü ya da okuma yazma bilmemesi nedeniyle kişi, imza atamamalıdır.

Kişinin bedensel özrü yok ya da okuryazar ise imza yerine geçmek üzere bir işaret kullanması mümkün değildir.

2-Bu kişi tarafından parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanılmalıdır.

818 sayılı BK'nun 15.maddesinde parmak izi ve mühür yer almamıştır.

1086 sayılı HUMK'nun 297.maddesinde el ile yapılmış bir işaret veya mühürden söz edilmektedir. HUMK'nun 297.maddesi hükmü şöyledir.

"Bundan başka imza vaz'ına muktedir olmayan veya yazı bilmeyen şahsın heyeti ihtiyariye ve mahallince maruf iki şahıs tarafından tasdik edilmiş ve el ile yapılmış bir işaret veya mühür istimal etmesi caizdir." 818 sayılı BK'nun 15.maddesi ile 1086 sayılı HUMK'nun 297.maddesi arasındaki ilişki doktrin ve uygulamada tartışmalara neden olmuştur[28].

6098 sayılı TBK'nun l6.maddesi ile 1086 sayılı HUMK'nun 297 maddesi yerine kabul edilen 6100 sayılı HMK'nun 206.maddesindeki düzenleme arasında nasıl bir ilişki bulunduğu üzerinde durulması gereken önemli bir konudur.

6098 sayılı TBK'nun l6.maddesin de üç kullanma şekli öngörülmüştür.

- Parmak izi (Tapu sicil tüzüğü 18.maddede hüküm vardır. Tanıklar mühür ve parmak izini onaylar).
- El ile yapılmış işaret (bir yıldız, haç veya çarpı işareti olabilir).
- Mühür

El ile yapılmış işaret veya mühür usulüne uygun olarak onaylanmış olmalıdır.

6098 sayılı TBK'nun onaylamanın kimin tarafından yerine getirileceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bu tür işlemlerde ayrı bir onay yeri belirtilmemişse onay 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca Noterler tarafından yapılmalıdır.

1086 sayılı HUMK'nun 297.maddesinde öngörülen ihtiyar heyeti ve iki tanık huzurunda işlem yapılması usulü 6100 sayılı HMK'nun 206.maddesi ile kaldırılmıştır.

28 Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.1, İstanbul 2008, s. 285 vd.

İmza atamayan kişilerle ilgili 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 75.maddesinde de düzenleme bulunmaktadır.

6098 sayılı TBK'nun l6.maddesi hükmü imza atamayanların imza yerine kullanacakları parmak izi, el ile yapılmış işaret veya mührün sadece onaylanması ile yetinirken 6100 sayılı HMK'nun 206.maddesi bu kişilerin yazılı şekle bağlı sözleşmelerinin noterlerce re'sen düzenlenmesi gerektiğini kabul etmiştir.

6098 sayılı TBK'nun 16.maddesinde 818 sayılı BK'nun 15.maddesinde öngörülen resmi şahadetname (senetleme)ye yer verilmemiştir.

Resmi şahadetname ile kastedilen şudur:

İmza atamayan kişi resmi memura(notere) başvuracak ve noterden NK'nun 84.maddesi anlamında düzenleme biçiminde resmi bir senet düzenlemesini isteyecektir.

Bu durumda noterce düzenlenen senette iki unsurun yer olması zorunludur.

- İlgilinin, senette yer alan hususların iradesine uygun olduğu hususunda resmi memura sözlü beyanda bulunduğu hakkında kayıt,
- İlgilinin imza atma iktidarından yoksun bulunduğunun noter tarafından tespit edildiğini gösterir kayıt (MK.'nun 535. maddesi resmi vasiyetname ile ilgili özel bir düzenlemedir.)

BK'nun 15.maddesindeki resmi senetlemenin HUMK'nun 297.maddesi ile yürürlükten kaldırıldığına ilişkin görüş ve tartışmalar vardır.

Kocayusufpaşaoğlu, her iki kolu alçıda olan veya iki kolunu kaybetmiş kişilerin işaret koyacak elleri ve basılacak parmağı olmadığı için BK'nun 15.maddesindeki düzenlemenin uygulanabileceğini kabul etmektedir[29].

[29] Kocayusufpaşaoğlu, s. 289.

Bir sözleşmenin geçerliliğine ilişkin şartlar maddi hukuka ait kanunlarda düzenlenir. Geçerlilik şartı olan yazılı şeklin ne zaman ve nasıl gerçekleşeceği hususunda kurallar koymak usul kanunlarının yetki alanı dışında kalır[30]. Usule ilişkin bir kanun, sadece ispat şartı olarak şeklin nasıl gerçekleşeceğini belli edebilir, yoksa yazılı geçerlilik koşuluna ilişkin düzenleme getiremezler.

Bu açıdan bakıldığında okuma yazma bilmeyen veya imza atma iktidarından yoksun olan kişilerin alacağın temlikini, kefalet sözleşmesini, miras payının devri sözleşmesini, yayın sözleşmesini, taşınmaz tellallığı sözleşmesini (BK. m. 404/son) parmak izi, noterce noterlerce önceden onaylanmış olan el ile yapılmış işaret ya da mühür kullanmak suretiyle adi yazılı şekilde yapabilmeleri gerekir.

HMK'nun 206. maddesinde belirtilen kişilerle ilgili hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması gerektiği hükme bağlanmıştır. İmza atamayanların adı yazılı şekilde yapmış oldukları sözleşmeler geçerlidir. Ancak imza atamayan kişiler belgelerin usul hukuku açısından senet niteliğini kazanmasını istemeleri halinde 6100 sayılı HMK'nun 206.maddesine göre resmi şekilde yapmaları gerekir.

6100 sayılı HMK'nun 206.maddesi 6098 sayılı TBK'nun 16.maddesi hükmünü değiştirmemiş ve yürürlükten kaldırmamıştır.

Hukuki işlem, belli bir hukuki sonuç (bir hakkın veya hukuki ilişkinin doğumu, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasını) meydana getirmeye yönelmiş bir irade beyanıdır. Bu irade beyanı tek taraflı olabileceği gibi (örneğin borç ikrarı) iki taraflı (sözleşmeler veya çok taraflı (örneğin kararlar) olabilir. Maddede hukuki işlemden söz edildiği için hukuki sonuç doğurmayan ikrar madde kapsamında kabul edilemez[31].

Geçerlilik şartı olarak öngörülen şeklin amaçlarından biri de ispatı kolaylaştırmaktır. Geçerlilik şartını yerine getiren tarafların bir de ispat

30 Kocayusufpaşaoğlu, s. 286

31 Kocayusufpaşaoğlu, s.275.

şartının yerine getirmek üzere ikinci bir senet düzenlemeleri hiçbir şeklide onlardan istenemez ve beklenemez.

Şekli geçerlilik şartı olarak düzenleyen kanun koyucunun ispat şartı olan şekilden daha azı ile yetinmiş olması beklenemez. Tam tersine bu konuda en az ispat şartı olan senetler kadar, hatta belki de daha titiz davranmış olması asıldır. Bu ilkenin tersi geçerli değildir. Yani ispat şartı olan senetler için yeterli gördüğü şekil şartlarının gerçekleşmiş bulunması, mutlaka bu senedin geçerlilik şartı olan şekli de gerçekleştirdiği anlamına gelmez.

11-Madde 227

"7. Alıcının seçimlik hakları

***a.** Genel olarak*

***MADDE 227-** Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:*

1. *Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.*
2. *Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.*
3. *Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.*
4. *İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.*

Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.

Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir."

Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcı, TBK'nun 227.maddesinde düzenlenen seçimlik haklardan birini kullanabilir. Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek uğradığı zararı tamamen gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

Alıcının satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğuran bir haktır. Alıcının dönme hakkını kullanması halinde durum bunu haklı göstermiyorsa hakim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir (4.fıkra). Görüldüğü gibi alıcının sözleşmeden dönme hakkını serbestçe kullanma hakkı engellenmiş ve hakime takdir hakkı verilmiştir[32]. Ancak hakimin takdir hakkı onarıma veya semen tenziline ilişkindir. Hakimin ayıplı olan malın ayıpsızı ile değiştirilmesine karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Türkiye tarafından kabul edilmiş ve 7 Nisan 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşmaya göre ayıplı mal teslimi halinde alıcı, cins borçlarında ikame mal teslimi isteyebileceği gibi (CISG m.46), malın cins veya parça borcu olmasına bakılmaksızın malın onarımını da (CIG m.46) isteyebilir. Ayrıca ikame mal talep etme hakkı ve onarımı talep etme hakkının ileri sürülmesi mümkün değilse alıcı, sözleşmeden dönebilir veya semenin tenzilini isteyebilir[33].

TBK'nun 227.maddesinin 4.fıkrasındaki düzenleme 6100 sayılı HMK'nun 26.maddesi açısından önemlidir. HMK'nun 26.maddesine göre hakim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (1.fıkra). Ancak hakimin tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır (2.fıkra). TBK'nun 227.maddesinin 4.fıkrasındaki düzenleme HMK'nun 26.maddesinin 2.fıkrasında saklı tutulan kanun hükümlerinden biridir. Hakim talep olmadan başka bir şeye hükmedebilecektir.

32 Atamer, Yeşim: Taşınır Satım Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 230.

33 Zeytin, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CİSG) Hukuk, Ankara 2011, s. 168, 169.

TBK'nun 227.maddesinin son fıkrasına göre satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir. Burada seçim hakkı borçluda değil alacaklıda olduğu için seçimlik dava sözkonusu olmaz (HMK.m.112).

12-Madde 403

c. İşin Sonucundan Pay Alma

*"**MADDE 403-** Sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümler veya genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirlenir.*

İşçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyuşulamazsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak; kârdan bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yıl sonu kâr zarar cetvelini vermek zorundadır."

Hizmet sözleşmesinde işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kardan belli bir pay verilmesi kararlaştırılabilir. Payın hesaplanmasında uyuşmazlık çıkarsa işveren, işçi ile birlikte kararlaştırdıkları ya da hakimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemeye sunmak zorundadır. Burada belirtilen bilirkişiye başvurunun dava açılmadan önce yapılacağı anlaşılmaktadır. Tarafların anlaştığı veya mahkemece seçilen bu kişinin tarafsız olması gerekir.

Bu kişilerin işçinin payını hesaplayarak verdiği raporların hukuken bağlayıcılığı ne olacaktır? Bu rapora itiraz edilebilecek midir? Bu raporun iptali için dava açılabilecek midir? Bu rapor zamanaşımını kesecek midir?

Düzenlemeden bu soruların cevaplarına bulmak mümkün değildir. 6102 sayılı TTK'nun 343.maddesinde şirkete konulan ayni sermayenin değer tespitinde mahkemece alınan rapora kurucuların, işlem denetçisinin ve menfaat sahiplerinin itiraz edebileceği, mahkemenin onayladığı

bilirkişi kararının kesin olduğu belirtilmiştir. Acaba TBK'nun 403.maddesinde de böyle bir düzenleme mi yapılmak isteniyor? Hükmün gerekçesinde düzenleme yapılırken İsviçre Borçlar Kanunu'nun 322. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir. İsviçre'de bu düzenlemeyi tamamlayan başka hükümler olup olmadığı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle hüküm yürürlüğe girmeden usul hukuku bakımından sorun olacak konulara açıklık getirilmelidir.

Diğer taraftan işçi paranın tahsili için doğrudan mahkemeye başvurması halinde mahkemenin taraflara tarafsız bir kişi seçmesi için süre vermesi, verilen sürede seçim yapılamaması halinde mahkemenin kendisinin seçtiği bilirkişiden rapor alması gerekir. Gerek işçi ve işverenin birlikte seçtiği kişinin gerekse mahkemenin seçtiği kişinin raporunun mahkemeyi bağlayıp bağlamadığı, bu rapora itiraz edilip edilemeyeceği konularında da uyuşmazlık çıkması mümkündür. Kanun koyucunun rapora itirazın mümkün olup olmadığını açıkça düzenlemesi, mahkemenin onayladığı raporun tarafları bağlayıp bağlamadığı konularında düzenleme yapması gerekir.

Bilirkişinin davadan önce düzenlediği raporun ilamlı takibe konu edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Çünkü burada 6762 sayılı TTK'nun 1213.maddesinde düzenlenen tasdik edilen dispeççi raporunun ilam niteliğinde belge olduğuna ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bilirkişi tarafından düzenlenen bu rapor ilamsız icra takibine konu edilebilir. İtiraz halinde açılan itirazın iptali davasında koşulları varsa alacak likid olduğundan davacı alacaklı lehine icra inkar tazminatına hükmedilebilir.

Ayrıca işçi bilirkişi raporu almadan payına düşen alacağın tahsili için belirsiz alacak davası (HMK.m107) açabilir. Bilirkişinin tespitinden sonra davacı, alacak miktarını iddianın genişletilmesi itirazıyla karşılaşmadan ve ıslah yoluna başvurmadan artırabilir.

İşçi ve işveren birlikte seçtikleri tarafsız kişi veya mahkemenin seçtiği kişinin rapor düzenlemesinden sonra raporda tespit edilen payı için kısmi dava açamaz (HMK.m.119/2).

Gazetecilerin kardan pay alma hakkı 5953 sayılı Kanun'un 14/son maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre gazeteciler, her hizmet yılında işverenin sağladığı karın emeklerine düşen nispi karşılığı olarak asgari birer aylık ücret tutarında ikramiye alırlar. Gazeteciler yönünden bu özel düzenleme uygulanır.

13-Madde 404
d. Aracılık Ücreti

*"**MADDE 404**- İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar.*

Borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir.

İşçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmi ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır.

Sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işveren işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür.

Hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorundadır."

İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında ücret ödeneceği kararlaştırılmış olabilir. İşçi, işlemin işverenle üçüncü kişi arasında geçerli olarak kurulmasıyla ücrete hak kazanır. İşçiye aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işveren ücretin muaccel olduğu her

dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür. Hesabın gözden geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren işçiye veya işveren ile işçinin birlikte kararlaştırdıkları bilirkişiye (işten anlayan tarafsız kişiye) ya da hakimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağı oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemeye sunmak zorundadır (son fıkra).

İşçi ve işverenin birlikte kararlaştırdıkları veya hakimin atadığı bilirkişinin yaptığı inceleme üzerine vardığı sonucun bağlayıcılığı konusunda hükümde açıklık bulunmamaktadır. İşçinin aracılık ücreti ile ilgili olarak işverene karşı açtığı davada bu rapor hakimi bağlayıp bağlamadığı konusuna gerekçede de değinilmemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 322 ve 322 c maddeleri esas alınarak yapıldığı belirtilen düzenlemenin usul hukuku bakımından uygulamada sorun yaratacağı düşüncesindeyim.

14-Madde 504

C. Hükümleri

I. Vekâletin Kapsamı

*"**MADDE 504**- Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir.*

Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar.

Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz."

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 388.maddesini karşılayan yeni hükümde bazı farklılıklar bulunmaktadır. Özellikle hükümde yer alan iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez ve kefil olamaz ibareleri yenidir Bu düzenleme ile özel yetkinin kapsamı genişletilmiştir. Davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren haller 6100 sayılı HMK'nun 74.maddesinde düzenlenmiştir. TBK'nun 504.maddesindeki ve HMK'nun 74.maddesindeki düzenleme davaya vekaletin özelliğinden kaynaklanan haller hariç olmak üzere benzemektedir.

15-Madde 551
B. Ticari Vekil

*"**MADDE 551-** Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir.*

Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez."

Ticari vekile açıkça yetki verilmemişse vekil olduğu işletme adına dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez. İşletmeyi temsil yetkisi bulunmayan kişiler işletme ile ilgili dava açamaz ve işletmenin taraf olduğu bir davayı takip edemez.

Ticari mümessilin işletme sahibi adına dava açıp açamayacağı konusunda farklı görüşler[34] bulunmakta ise de Yargıtay ticari mümessillerin davada aktif ve pasif husumet ehliyetine sahip olduğunu kabul etmektedir[35].

16-Madde 585
C. İçeriği
I. Türlerine Göre
1. Adi Kefalet

*"**MADDE 585-** Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefili takip edemez; ancak, aşağıdaki hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir:*

1. *Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması.*
2. *Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi.*

34 Konu ile ilgili görüşler için bkz. Kırca, İsmail: Ticari Mümessillik, Ankara 1996, s. 109-110.

35 11.HD. 24.1.1986, 7416/161 (Kırca, s.110); HGK 15.1.1964, TD/55 (ABD, 1964, sa.4, s. 423).

3. *Borçlunun iflasına karar verilmesi.*

4. *Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.*

Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.

Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir."

Adi kefalette alacaklı asıl borçluya karşı alacağını ileri sürmeden kefile karşı talepte bulunamaz. Alacaklı asıl borçluya başvurmadan kefile başvurursa kefil asıl borçluyu takip etmesi gerektiğini ileri sürebilir. Buna tartışma defi veya peşin dava defi denir.

818 sayılı BK.'nun 486/2.maddesine göre alacaklının alacağı kefaletten önce veya aynı zamanda rehinle temin edilmişse adi kefil alacaklıya karşı önce rehnin paraya çevrilmesi definde bulunabilir. 6098 sayılı TBK'nun 585.maddesinde adi kefalet düzenlenmiştir.

Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefili takip edemez. Ancak bunun istisnaları vardır.

Bu istisnalar şunlardır:

- Borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz vesikası alınması (İİK.m.105/1, İİK.m.143, m.251).
- Borçlu aleyhine Türkiye'de takibin imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi (BK.486'da güçleşme yoktur).
- Borçlunun iflasına karar verilmesi
- Borçluya konkordato mehli verilmesi

Adi kefalette kefil olacak için sözleşme sırasında veya daha önce rehin verilmişse önce rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir. Ancak bunun yukarıdaki ilk iki istisnada isteyebilir, son istisnalar da isteyemez.

Maddenin son fıkrası açığa kefaletle ilgilidir. Açığa kefalet halinde ilk iki halde veya konkordatonun kesinleşmesi halinde alacaklı doğrudan adi kefile başvurabilir.

Burada belirtilen konkordatonun kesinleşmesi ile neyin kastedildiği açık değildir. Mahkemece konkordatonun tasdikine karar verilmiş ve bu karar kesinleşmişse anılan hüküm uygulama alanı bulur.

17-Madde 586

2. Müteselsil Kefalet

*"**MADDE 586-** Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefili takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.*

Alacak, teslime bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir."

818 sayılı BK.'nun 487.maddesinde müteselsil kefalet düzenlenmiştir. Müteselsil kefalette kefilin borcunun tali nitelikte olup olmadığı konusundaki tartışmalara girmiyoruz. Bu tür kefalette alacaklı asıl borçluya başvurmadan doğrudan kefile başvurabilir. Müteselsil kefalet 6098 sayılı TBK'nun 586.maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda yer alan "müşterek müteselsil koşulu" ibaresine yeni hükümde yer verilmeyerek bu konudaki tartışmaların ortadan kaldırılması isabetli olmuştur.

TBK'nun 586.maddesindeki en önemli yenilik alacaklı borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden öncede müteselsil kefile başvurabilecek, ancak bunun için alacaklının borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu veya ifada gecikme bulunduğunu ve ihtarın sonuçsuz kaldığını ispat etmesi gerekir.

Alacak teslime bağlı taşınır rehni veya alacak rehniyle teminat altına alınmışsa rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak bu kuralın istisnalarına da aynı maddede yer verilmiştir.

I-Alacağın rehinli takip sonucu karşılanamayacağının, önceden hakimin belirlemesi gerekir. Ancak hangi hakim yapacak, sulh mü, asliye mi, yetkili mahkeme hangisi olacak, bu iş nizasız kaza işi mi olacak yoksa kefil veya borçlunun taraf gösterilmesi mi gerekecek belli değildir.

Tespitte ne kadarının rehin ile karşılanabildiği, ne kadarının karşılanamadığı belirtilmelidir. Bu belirtilen kısımla ilgili mi müteselsil kefil aleyhine takibe geçileceği konusunda da açıklık bulunmamaktadır.

İİK.'nun 150/f maddesi muvakkat rehin açığı belgesini düzenlemiştir. Hükme göre "alacaklının satış talebinden sonra takdir edilen ve kesinleşen kıymete göre merhunun alacağı karşılanamayacağı anlaşılırsa, alacaklının talebi üzerine kendisine açık miktar için bir muvakkat rehnin açığı belgesi verilir". Alacaklı teslime bağlı taşınır rehnine konu malla ilgili böyle bir muvakkat rehin açığı belgesi alması halinde adi kefile başvurabilmelidir. Zira burada mahkemenin tespit ile ilgili düzenlemeye paralel bir durum bulunmaktadır.

MK.'nun 940.maddesine göre sicile kayıtlı menkul malla ilgili rehin şerhi geçerli olup taşınır rehni kurulması için yeterlidir.TBK'nun 586/2. maddesinde teslimine bağlı taşınır rehininden söz ettiğinden kara taşıt araçları hem teslime bağlı hem de sicile şerh verilerek rehnedilebileceğinden bu konuda tartışmalar çıkması mümkündür.

2-Asıl borçlunun iflası da istisnalardan biridir. Bunun için iflasın açılması yeterlidir.

3-Konkordato mehli de istisnalardan biridir. İcra mahkemesince borçluya konkordato mühleti verilmesi yeterlidir.

Hükümde yer almamasına rağmen iflasın ertelenmesi asıl borçlunun yerleşim yerinin yabancı bir ülkeye taşıması ve ülke içinde takibinin imkansız veya güç hale gelmesi durumlarında kefilin takip edilip edilemeyeceği uygulamada tartışmalara neden olabilecektir.

18-Madde 590

b. Kefilin Takibi

*"**MADDE 590-** Borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.*

Bütün kefalet türlerinde kefil, ayni güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.

Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirimin kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar.

Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir."

Borçlunun iflası ile ipotekle temin edilmiş alacak hariç tüm borçlar muaccel hale gelir (İİK.m.195). Borçlunun iflası ile müeccel bir borç muaccel hale gelse bile müeccel (vadesi gelmemiş) borca kefil olana karşı alacaklı takip yapamaz ve dava açamaz.

Alacaklı kefil aleyhine takibe geçtikten sonra kefil, ayni güvence karşılığında rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordatonun tasdiki kararına kadar hakimden takibin durdurulmasını talep edebilir. Ayni güvence dendiğine göre kefil şahsi güvenceler örneğin kefil göstererek veya banka teminat mektubu vererek takibin durdurulmasını isteyemez. Borçlu alacaklı tarafından haciz konulan malı güvence olarak gösterirse

güvencesinin yeterli olup olmadığını hakim takdir edecektir. Hükümde belirtilen hakimin icra hakimi mi yoksa hukuk hakimi mi olacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. İhtiyati haczin teminat karşılığında kaldırılması talebi takibe geçilmemişse hukuk hakiminden, takibe geçilmişse icra hakiminden istenebilir (İİK.m.266). İhtiyati tedbirlerin teminat karşılığı kaldırılması ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeden istenebilir (HMK.m.395/1). Dava açıldıktan sonra ise davaya bakan mahkemeden istenebilir (HMK.m.390/1).

Kefil ayni güvence karşılığında takibi durdurabilecektir. Takibe geçildikten sonra takibi durdurma talebinin takibin yapıldığı yerdeki icra mahkemesine yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Takibin durdurulmasından sonra alacaklı takibe devam etme hakkını elde ederse icra takibine mi devam edecek yoksa ayni güvencenin paraya çevrilmesi için yeni bir takip mi başlatacaktır? Hükümde bu konuda açıklık bulunmamaktadır. Alacaklının takibe devam etmek konusunda veya yeni takip yapma konusunda seçimlik yetkiye sahip olduğu kabul edilmektedir[36].

Kefilin ayni güvence yerine banka teminat mektubu vermesini alacaklı kabul etmişse mahkemece takibin durdurulmasına karar verilmelidir. Hükümde belirtilen ayni güvence alacaklıyı korumaya yönelik bir düzenlemedir. Bu nedenle alacaklının kabul ettiği banka teminat mektubunu mahkemenin kabul etmeyerek takibin durdurulması talebini reddetmemesi gerekir.

19-Madde 634

b. Ortaklık Payının Tasfiyesi

*"**MADDE 634**- Bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer.*

Diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü oldukları gibi, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtararak, ortak sıfatının sona erdiği

36 Özen, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 79.

tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemekle yükümlüdürler. Ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarmak yerine, kendisine bir güvence verebilirler.

Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplattırılır. Tarafların uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişi, hâkim tarafından atanır."

Bir ortağın adi ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer. Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payının nasıl hesaplanacağı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplattırılır. Taraflar uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişiyi hâkim atayacaktır.

Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payını hesaplayan mali işlerde uzman kişinin yaptığı hesaplamayı taraflar kabul ederek tasfiye payı ödenirse sorun kalmaz. Ancak tarafların seçtiği veya hakimin atadığı uzman kişinin yaptığı hesaplamayı taraflar kabul etmezse hesaplama ile ilgili raporun değerinin ne olacağı belli değildir. Ayrıca bu rapora itiraz edilip edilemeyeceği, raporun iptalinin istenip istenemeyeceği, raporun zamanaşımını kesip kesmeyeceği konularında da açıklık bulunmamaktadır. Kanun yürürlüğe girmeden bu konularda düzenleme yapılması gerekir.

20-Madde 309

V. Üçüncü Kişinin İleri Sürdüğü Haklar Sebebiyle Sorumluluk

1. Zapttan Sorumluluk

*"**MADDE 309**- Bir üçüncü kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının bildirimi üzerine davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlüdür."*

TBK'nun 309.maddesinde üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklar nedeniyle kiraya verenin zapttan sorumluluğu düzenlenmiştir. Üçüncü

kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının bildirimi üzerine davayı üstlenecek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Maddede yer alan "davayı üstlenmek" usul hukukunda kullanılan bir ibare değildir.

Davayı üstlenmek, üçüncü kişinin iddiasının kiracının haklarını ihlal etmesi halinde kiralayanın davaya müdahale edip kiracının yenire geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmesi (TBK.m.215) anlamına gelebileceği gibi, üçüncü şahsın iddialarına son vermek için üçüncü kişiye dava açma yükümlülüğü anlamına da gelebilir.

Kiralayan bu yollardan birine başvurarak üçüncü kişiye karşı davayı açarak veya açılmış davayı yürüterek kiracıyı zapta karşı koruyabilir.

21-İçtihadı Birleştirme Kararlarının Durumu

818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana Kanunla ilgili birçok içtihadı birleştirme kararı çıkmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteyken çıkarılan içtihadı birleştirme kararlarının geçerliliği konusunda tereddütler oluşabilir.

İçtihadı birleştirme konusu yapılan durum 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmişse artık yeni hüküm uygulanacaktır. Örneğin kefalet sözleşmesinin geçerliliği TBK'nun 583.maddesi ile yeniden düzenlendiğinden 12.4.1944 tarih ve 1943-14/13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı artık uygulanmayacaktır. Kira sözleşmesinde yeni kira döneminde kiranın tespiti konusunda TBK'nun 344.maddesinde yeni düzenleme yapıldığından 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uygulanmayacaktır.

İçtihadı birleştirme kararı yapılan durumla ilgili 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yeni bir düzenleme yapılmamışsa 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde çıkarılan içtihadı birleştirme kararları geçerliliklerini koruyacaktır. Örneğin taşınmaz satışlarının resmi şekilde yapılmaması halinde geçersiz olduğunu düzenleyen TBK'nun 237.maddesinde 30.9.1988 tarih ve 87-2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına konu durumla ilgili düzenleme yapılmadığından bu İBK. geçerliliğini

koruyacaktır. Başlangıçta geçersiz olan sözleşmede alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim etmesi halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesi MK'nun 2.maddesine aykırı bulunacaktır.

ROMA HUKUKUNDA ALIM-SATIM SÖZLEŞMESİNDE MALDAKİ MADDİ AYIPLAR NEDENİYLE SATICININ SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Haluk EMİROĞLU*

ÖZET

Roma hukukunda alım-satım sözleşmesine konu olan malın ayıplı olması durumunda satıcının sorumlu tutulması ilk kez *ius civile* tarafından düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, satıcının ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için, alım-satım konusu malın mülkiyetinin devren kazanılması için kullanılan *mancipatio* ya da *in iure* cessio sırasında özel bir teminat verilmesi gerekirdi. Söz konusu teminatın mülkiyetin devir işlemleri sırasında verilmemesi ya da hiç verilmemesi durumunda satıcının sorumluluğu yoluna gidilemezdi. Bu düzenleme, satıcının *stipulatio* ile ayıplardan sorumlu olacağına ilişkin taahhüdünün geçerli olarak kabul edilmesiyle geliştirilmiş ve *actio redhibitoria*'nın kabul edilmesiyle son halini almıştır. Klasik hukuk dönemine rastlayan ve *Aedilis Curulis* tarafından yürürlüğe konan bu düzenlemeye göre, alıcı, alım-satım konusu köle ya da hayvanın ayıplı çıkması durumunda edimlerin iadesini 6 ay içinde *actio redhibitoria* ile talep edebileceği gibi, 1 yıl içinde alım-satım bedelinin indirilmesini de dava edebilirdi. *Iustinianus* döneminde ise, *actio redhibitoria*'nın, sadece köle ve hayvanlar için değil, alım-satım konusu olan tüm mallar için kullanilabileceğinin düzenlendiği görülmektedir.

Anahtar Kelime: Alım-Satım Sözleşmesi Ayıp Sorumluluk Aedilis Curulis Actio Redhibitoria

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

DEALER'S RESPONSIBILITY ABOUT DEFECTION OF PRODUCTS IN COMMERCE AGREEMENT OF ROMAN LAW

ABSTRACT

In Roman law, as a subject matter of purchase and sale agreement, vendor's being responsible for defective goods was first regulated by *ius civile.* According to this regulation, to make vendor be responsible for defects, collateral was supposed to be given during *mancipatio* or *in iure cessio* which are used for the acquisition of property of the related purchase and sale goods. In the case when the collateral in question was not given during the transfer process, the vendor would not be responsible for anything. This regulation was developed by the acceptance of vendor's pledge concerning of his responsibility for the defects through *stipulatio* as valid, and it was completed by the acceptance of *actio redhibitoria*. In accordance with the regulation which was promulgated by *Aedilis Curulis* in the classical law period, in the condition where the subject matter of purchase and sale is a defective slave or an animal, customer could ask for the actions' return by *actio redhibitoria* within six months, and he could also claim for the abatement of purchase and sale worth within a year. During *Iustinianus* period, it is seen that *actio redhibitoria* was regulated to be used not only for slaves and animals but also for any kind of goods.

Keywords: purchase and sale agreement, defects, responsibility, *aedilis curulis, actio redhibitoria*.

GİRİŞ

Sözleşmeden dönme kavramı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için, o ana kadar ifa edilmemiş olan edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş olan edimlerin iade edilmesi borcunu doğuran, şekle bağlı olmayan ancak karşı tarafa varması gerekli irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir hakkı ifade eder.

Roma hukuku kaynakları incelendiğinde, 'sözleşmeden dönme' kavramından söz edilmediğini, modern hukuklarda olduğu gibi, tüm iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kullanılabilen genel bir dönme hakkının düzenlenmediğini, ancak sözleşmeden dönme ile aynı hukuki

sonuçlara yol açan bir takım düzenlemelerin olduğunu görürüz. Alım-satım sözleşmesi için öngörülen gabin ile yine aynı sözleşme için düzenlenen geciktirici şartların gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkan hukuki sonuç, 'sözleşmeden dönme' olarak ifade edilmemişse de, sözleşmeden dönme ile tamamen aynı hukuki sonuçların doğmasına neden oluyordu. Ayrıca *Magistra*'nın *imperium*'una dayanarak verdiği eski duruma getirme kararında da, hukuki ilişkinin taraflarının dışında, üstün güç sahibi bir makam tarafından verilse de, söz konusu kararın sonucunda sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları doğuyordu.

Roma hukukunda sözleşmeden dönme hakkının izlerinin alım-satım sözleşmesinde bulunmasının nedenini, söz konusu sözleşmenin *ius gentium* tarafından düzenlenmesinde ve o zamanda da ticaretle ilgili temel sözleşme olmasında aramak gerekir. *Ius gentium*, rızai sözleşmeleri düzenleyerek Roma hukukunun sözleşmeler sisteminde reform yapmıştır. O döneme kadar kullanılan sözleşmelerin katı ve şekilci olarak düzenlenmiş olmaları, ticaretin doğasına uymamış ve hukuk düzeni ticari ilişkilerin gelişmesini engellemiştir. Sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini beyan etmeleriyle kurulan rızai sözleşmelerden biri olan alım-satım sözleşmesi, *ius gentium* tarafından kabul edildikten sonra Roma hukuku düzenlemelerinin içine alınmış ve Roma ticaretinin temel sözleşmesi olmuştur.

> *D.* 18, 1, 1, 2 (*Paulus XXXIII ad edictum*) : '*Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras*'
>
> *D.* 18, 1, 1, 2 **:** 'Alım-satım sözleşmesi, *ius gentium* tarafından düzenlenen bir sözleşmedir ve böylece kolay bir şekilde kurulur. Sadece hazır olan taraflar arasında değil, temsilci tarafından ya da mektupla da kurulabilir'.

Roma hukukunda alım-satım sözleşmesi için öngörülen bir dava olan *actio redhibitoria* sonucunda sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarının düzenlendiği görülmektedir.

Actio redhibitoria, klasik hukuk döneminde, sadece at ve köle satımlarında, *Iustinianus* döneminde ise her türlü mal alım satımında, satım konusu malda bulunan maddi ayıplardan dolayı satıcının sorumluğunu gerektiren ve alıcıya, ayıptan gördüğü zarar nedeniyle, alım satım sözleşmesinden dönme yetkisi veren davadır[1].

Klasik hukuk döneminde ortaya çıkan bu davadan önce, satıcının, satım konusu maldaki maddi ayıplardan sorumlu olabilmesi için, *mancipatio* yoluyla yapılan alım satımlarda *nuncupatio* (*mancipatio* yapılırken malı devredenin söylediği şekle bağlı sözler) şeklinde bir beyanda bulunması ya da alım-satım sözleşmesine eklenen bir *stipulatio* ile garanti vermesi gerekirdi. Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren, *ius gentium*'dan kaynaklanan alım-satım sözleşmesinin rızailiği kuralının, *ius civile*'de kabul edilmesiyle birlikte satıcının sorumluluğu bakımından yeni bir yol daha ortaya çıkmıştı. Alım-satım sözleşmesinin konusunda maddi bir ayıpla karşılaşılırsa, bu sorun, tarafların sözleşmenin ifası sırasında uymakla yükümlü bulundukları *bona fides* (iyiniyet) esas alınarak çözülebilirdi. Böylece alım-satım sözleşmesinin davası olan *actio empti* ile satıcı, bilmesine rağmen açıklamadığı maddi ayıplar ve satım konusu mala ilişkin gerçek dışı beyanları nedeniyle alıcının zararlarını tazmin etmek zorunda kalırdı.

Bu durumda, alım-satım sözleşmesinde satım konusu maldaki maddi ayıplar nedeniyle satıcının sorumluluğunun ilk önce *ius civile* döneminde düzenlendiğini, *actio redhibitoria*'nın klasik hukuk döneminde ortaya çıktığını ve söz konusu davanın *Iustinianus* döneminde tüm alım satımlar için kullanıldığını söylemek mümkündür.

I. *Ius Civile* Döneminde Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Alıcının Korunması

Hukuk düzenlerinde mallar, toplumun ekonomik düzeni içindeki işlevleri bakımından sınıflandırıldıkları için farklı hukuki düzenlemelerin konusunu oluştururlar. Roma devletinin ilk dönemlerinden, klasik hukuk

[1] UMUR, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, s.12.

döneminin sonlarına kadar, Roma hukukunda yapılan en önemli mal ayrımı, *res mancipi* ve *res nec mancipi* ayrımıydı.

> *Gai. Ins.* 2, 14, a: '*Res praeterea aut mancipi sunt aut nec mancipi*'
>
> *Gai. Ins.* 2, 14, a: 'Mallar, *mancipi* ve *mancipi* olmayanlar olarak ayrılırlar'.

Res mancipi sayılan mallar; İtalya arazisi (*solum Italicum* ya da *fundus Italicus*), İtalya arazisi üzerindeki tarımsal irtifak hakları (*servitutes praediorum rusticorum*), köleler (*servus*) ile yük ve çeki hayvanları (*animalia collo dorseve domari solent* = boyun ve sırt gücünden yararlanılan hayvanlar) olarak sınıflandırılmıştı. Bu dört mal dışındaki tüm mallar, yani, İtalya arazisi dışındaki ve Roma egemenliği altındaki toprak parçaları (eyalet arazisi), köleler ile yük ve çeki hayvanları dışındaki taşınır mallar, *res nec mancipi* sayılırdı. Bu ayrımın dayanağı, Roma devletinin kuruluşunda tarım ve hayvancılığa dayanan bir yapıydı. Tarım ekonomisinde önem taşıyan mallar *res mancipi*, diğerleri ise, *res nec mancipi* olarak sınıflandırılmıştı. Klasik hukuk döneminde, mülkiyet hakkının devren kazanılması için, malın niteliğine göre, *mancipatio, in iure cessio* ya da *traditio* yoluna başvurulurdu. *Res mancipi*'ler *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile devredilirken, *res nec mancipi*'lerin devri için *traditio* ya da *in iure cessio*'dan birinin kullanılması gerekirdi. Klasik hukuk döneminden sonra, Roma'da tarımın yanında ticaretin gelişmesi, *res mancipi*'lerin *traditio* ile devrinin, satılmış ve teslim edilmiş mal def'i (*exceptio rei venditae et traditiae*) ve *actio Publiciana in rem* ile korunması ve İtalya arazisi (*solum Italicum*) ile eyalet arazisi (*solum provincialis*) arasında hukuki bakımdan bir fark kalmamış olması, *res mancipi – res nec mancipi* ayrımının önemini kaybetmesine neden olmuştu[2]. *Iustinianus*, aşağıdaki emirname ile *res*

[2] KARADENİZ – ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Eşya Hukuku, Ankara 2005, s.45-46; ERDOĞMUŞ, B.: Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1994, s.5-7; DI MARZO, S. (Çev.: UMUR, Z.): Roma Hukuku, İstanbul 1954, s.208-209; UMUR, Z.: Roma Hukuku, Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İstanbul 1985, s.10-11; UMUR, Z.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s.407-408; KOSCHAKER, P. – AYİTER, K.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s.111-113.

mancipi – res nec mancipi ayrımını ortadan kaldırınca, bu ayrımın yerini taşınır – taşınmaz mal ayrımı almıştı.

> *C.I.* 7, 31, 1, 5: '*Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum. Est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*'.
>
> *C. I.* 7, 31, 1, 5: 'Malların *mancipi* ve *res mancipi* olarak ayrılması gerçekten eskidir ve artık terk edilmesi gerekir, bu şekilde meydana getirilen farklar ve gereksiz karışıklıkların önlenmesi için bütün yerlerde ve şeylerde buna benzer bir emir olmalıdır'.

Romalılar her şeyden önce *emptio venditio*'yu borç kaynaklarından olan bir *contractus* olarak kabul etmişlerdi. *Ius gentium*'un etkisiyle, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini beyan etmeleriyle kurulan alım-satım sözleşmesi, ayni hakkın kazanılması bakımından sonuç doğurmuyordu. Bununla birlikte bütün eski hukuklarda olduğu gibi, Roma hukukunda da alım-satım sözleşmelerinin ayni etkilerinin olduğu bir dönem geçirilmişti. Eski Yunan hukukunda, şark hukuklarında ve Cermen hukukunda sözleşme ile mülkiyetin devir işlemi aynı anda yapılıyordu. Bu dönemde Roma hukukunda alım-satım, mülkiyetin devren kazanma şekillerinden biri olan *mancipatio* ile yani *per aes et libram*, terazi ve maden külçesi kullanılan bir törenle yapılıyordu. Bu dönemde henüz basılmış para olmadığından, maden külçeleri tartılarak, alıcı tarafından satıcıya satım bedeli olarak veriliyor ve metal çubuğun teraziye vurulması ile birlikte alıcı, satın aldığı malın mülkiyetini kazanıyordu. Bu nedenle *mancipatio*, satım bedeli peşin ödenen bir alım-satım olmasının yanında mülkiyet hakkını da devrederdi. 12 Levha Kanunundan (M.Ö. 451 – M.Ö. 449) kısa bir süre sonra değeri basılı, damgalanmış paraların çıkmasıyla birlikte, maden külçelerinin tartılmasına gerek kalmasa da tören, sadece bir madeni çubuğun teraziye vurulmasına dönüşerek, sembolik bir nitelik kazanmıştı. Çünkü artık satım bedeli, basılmış para ile işlem dışında ödenmeye başlanmıştı. Romalılar ile yabancılar arasındaki ticari ilişkilerin artması ile birlikte, alım-satım sözleşmesini basitleştirmek ve yabancılar ile vatandaşlar arasındaki alım-satımların da yapılmasını sağlayabilmek için, *ius gentium*'un da etkisiyle satıcı ile alıcının iradeleri

ile kurulan alım-satım sözleşmesi ile *mancipatio* tamamen birbirinden ayrıldı. Çünkü *mancipatio*, eski *ius civile*'de belirlenen son derece biçimsel bir devir işlemi olduğundan, sadece Roma vatandaşları ya da *ius commercii*'ye sahip Latinler arasında yapılıyordu. Kadınlar ve on dört yaşına kadar olan erkek çocuklar sadece vasilerinin izni ile *mancipatio* yapabiliyorlardı. Rızai alım-satım sözleşmesinin kabul edilmesinden sonra, *mancipatio*'nun tek işlevi, mülkiyetin devren kazanılması için kullanılan şekli bir işlem olmasıydı. Artık *mancipatio* yapılırken gerçek ödeme yerine sembolik bir bedel (*sesterius* = en küçük sikke) kullanılması, *mancipatio*'nun, *res mancipi*'nin karşılıksız temlikinde, kredili alım-satım, bağışlama sözleşmelerinde, malların cihaz (*dos*) olarak verilmesinde ve inançlı işlem (*fiducia*) için de kullanılan bir tasarruf işlemine dönüşmesine neden oldu. Önce *ius gentium*'da düzenlenen rızai sözleşmelerin, M.S. 2. yüzyıldan sonra *ius civile* tarafından da kabul edilmesiyle birlikte, rızai alım-satım sözleşmesi, Roma devletinin sınırları içinde yaşayan herkes için uygulama alanı buldu. Böylece, cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren borçlandırıcı alım-satım sözleşmesi ile mülkiyeti devir işlemi arasındaki fark, klasik hukuk döneminde tam ve kesin şeklini almış ve bu ilke, Roma alım-satım hukukunun başlıca ilkelerinden biri olarak günümüz hukukuna kadar gelmiştir[3].

Res mancipi-res nec mancipi ayrımının en önemli hukuki sonucu, mülkiyetin devren kazanılmasında, malların bu nitelikleri bakımından farklı devir işlemlerinin kullanılmasında görülürdü. Romalılar tarafından daha önemli olduğu kabul edilen *res mancipi*'ler, *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile devredilirken, *res nec mancipi*'lerin devri için *traditio* ya da *in iure cessio* işlemlerinden birinin yapılması gerekirdi. *Res mancipi*'lerin devredilmesi için özel törenleri içeren *mancipatio* ya da *in iure cessio*'nun öngörülmesi, sosyo-ekonomik değerleri yüksek olan bu mallarla ilgili işlemlerde açıklığı (aleniyeti) sağlamak amacına yönelikti. Roma hukukunda mülkiyet hakkının devri, tanıkların da bulunduğu bir törende

3 RADO, T.: Alım-Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuza Tesiri, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s.500; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s.169-170.

doğrudan doğruya ilan edilirken, günümüzde bu durum, nüfusun artması ve modern hukuki ilişkilerin kurulabilmesi bakımından tapu sicili ile dolaylı olarak sağlanmaktadır[4].

Mancipatio işlemi yapılırken, bu törensel işleme temel oluşturan hukuki işlemden söz edilmemesi, *mancipatio*'nun, soyut hukuki işlem niteliği kazanmasına sebep olmuştu. Bu nedenle, *mancipatio*'ya temel oluşturan hukuki işlem (alım-satım, bağışlama sözleşmeleri v.b.) geçersiz olsa da, mülkiyeti devreden malik ise, devir alan taraf da mülkiyet hakkını kazanıyordu. Bu durumda ortaya çıkan sebepsiz zenginleşmeler ise borçlar hukuku kurallarına göre gideriliyordu[5].

Roma hukukunda *emptio venditio* olarak isimlendirilen alım-satım sözleşmelerinde, satıcının, satım konusu maldaki ayıplardan sorumluluğu da, 12 Levha Kanunundan itibaren *mancipatio* kullanılarak yapılan alım-satımlarda, satıcının *mancipatio* yapılırken, işlemin diğer koşullarının yanında, satım konusu şeyde ayıp olmadığını *nuncupatio* yoluyla taahhüt etmesi ile ortaya çıkmıştı. Böylece Roma'nın ilk dönemlerinde, 'satıcının maldaki ayıplardan sorumlu olmaması' şeklinde ifade edilen hakkaniyete aykırı kurala da engel olunmuştu. *Mancipatio* yapılırken malı devredenin söylediği şekle bağlı sözlerin (*nuncupatio*) içeriğinde, satım konusu şeyde ayıp olmadığı taahhüt ediliyorsa, *lex venditionis* olarak nitelendirilen bir tür ek anlaşma yapılmış sayıldığından, bu taahhütlerin gerçeği yansıtmadığı anlaşılırsa, satıcının sorumluluğu doğardı. Mesela *mancipatio* işlemi için gereken şekle bağlı sözler söylenirken, satıcı, *mancipatio* konusu taşınmazın belirli büyüklükte olduğuna ilişkin ek beyanda bulunabilirdi. Bu taşınmazın ölçülmesi sonucunda, satıcının beyanının gerçek dışı olduğu anlaşılırsa, alıcı, *actio de modo agri* ile taşınmazın gerçek büyüklüğü ile beyan edilen büyüklüğü arasındaki farkın değerinin iki katını talep edebilirdi[6].

4 ÖZTEK, s. Roma Medeni Usul Hukukunun ana hatları törenden şekle hususi Adaletten, Devlet Adaletine, iuhfm, c.1, sayı 1-4 s.335-372

5 KARADENİZ-ÇELEBİCAN (Eşya), s.171-172.

6 DI MARZO, s.246; ERDOĞMUŞ, s.62.

Mancipatio yapılırken, satıcının satım konusu malda ayıp olmadığına ilişkin beyanının, *res mancipi* sayılan bir mal için yapılmasının gerekliliği, *mancipatio* işleminin konusunun *res mancipi*'ler ile sınırlı olmasının bir sonucudur. Ancak, bu beyanın tüm *res mancipi*'ler için geçerli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu durumu açıklığa kavuşturabilmek için *actio de modo agri* ile ilgili metinleri incelemek gerekir.

Paulus Sent. 2, 17, 4 : '*Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplum eius quod mentitus est, officio iudicis aestimatione facta convenitur*'

Paulus Sent. 2, 17, 4 : 'Kim arazinin sınırları konusunda yanlış beyanda bulunursa, yanlış beyanda bulunulan bölümün değerinin iki katıyla sorumludur. Bu değerlendirmeyi yapmak hâkimin görevidir'.

Paulus libro 21 ad edictum

C..18, 1, 51: '*Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant*'.

D. 18, 1, 51: 'İçinde kıyı olan arazinin satımı, tıpkı kamu yolları, kutsal ve dini yerlerde olduğu gibi kimsenin mülkiyetinde olmadığı ve herkese açık olduğu için kıyı bölümünü içermez. Bu durumda alıcının korunması için, satım konusu arazinin kıyı ya da kamusal alanı da içerdiği, sözleşmede belirtilmiş olmalıdır'.

Paulus libro quinto ad Sabinum

D. 18, 6, 7 *pr.* : '*Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet: nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet. Quod venditur, in modum agri cedere debet, nisi si id actum est, ne cederet. At quod non venit, in modum cedendum, si id ipsum*

actum est, ut cederet, veluti viae publicae, limites, luci qui fundum tangunt: cum vero neutrum dictum est, cedere non debet, et ideo nominatim caveri solet, ut luci, viae publicae, quae in fundo sint, totae in modum cedant'.

D. 18, 6, 7 *pr.* :'Satımdan sonra, satım konusu olan arazi sel ya da su baskınına uğrarsa, alıcının yarar ve zararına bakılır. Eğer satımdan sonra, arazinin tamamı nehrin taşması sonucunda su baskınına uğrarsa, hasara, yararlar üzerinde de hak sahibi olan alıcı katlanır. Tarafların niyetinin aksi yönde olmaması durumunda, arazinin sınırları içinde bulunan her şey, satım konusunun içindedir. Fakat arazinin sınırları içinde bulunan kamu yolları, sınırlar ve koruluk gibi mallar üzerinde bu yöndeki bir anlaşma etkisini göstermez. Bu durum hakkında herhangi bir şey söylenmediyse de, bunları içine almaz. Ancak adetlere göre arazinin uzantısı olan korular ve kamu yolları arazi içinde değerlendiriliyorsa durum farklıdır'.

Scaevola notum in Iuliani libro septimo digestorum

D. 18, 6, 11: '*Fundi nomine emptor agere non potest, cum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit*'.

D. 18, 6, 11: 'Eğer önce arazi ölçülmüşse, sel baskını, toprak kayması ya da diğer doğal afetler nedeniyle, arazinin bir bölümünü daha sonra kaybeden alıcı dava açamaz'.

Paulus libro quinto ad Sabinum

D. 19, 1, 2 *pr.* : '*Si in emptione modus dictus est et non praestatur, ex empto est actio*'.

D. 19, 1, 2 *pr.* : 'Eğer satımda belirtilen miktar (satıcı tarafından) temin edilemiyorsa, (alıcı lehine) satın alınan şey üzerinde bir dava hakkı doğar'.

Pomponius libro nono ad Sabinum

D. 19, 1, 6, 6: '*Sed si fundum tibi vendidero et ei fundo iter accessurum dixero, omnimodo tenebor itineris nomine, quia utriusque rei quasi unus venditor obligatus sum*'.

D. 19, 1, 6, 6: 'Sana üzerinde bir başka kimsenin hakkı olduğunu belirterek bir arazi sattıysam, bu hak için de tamamen sorumlu olurum. Çünkü ben, iki şeyin satıcısı olarak yükümlülük altına girerim'.

Paulus libro secundo quaestionum

D. 19, 1, 42: '*Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiaverit et ita utrumque uno pretio tradiderit, et alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit unum centum iugera, alterum ducenta habere, non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint*'.

D. 19, 1, 42: 'İki arazinin satıcısı, her birinin büyüklüğünü ve her birinin fiyatını resmi olarak beyan ederse ve birinin daha küçük, diğerinin daha büyük olduğu ortaya çıkarsa, mesela, birincinin yüz, ikincinin iki yüz birim olduğunu söylerse ve birincisi on birim eksikse, ikincinin on birim fazla çıkması, onu haklı çıkarmaz'.

Yukarıdaki metinlerde, satıcı tarafından beyan edilen taşınmazın büyüklüğünün, daha sonra, farklı çıkmasına ilişkin sorunlar, satıcının sorumluluğu bakımından ele alınmıştır. Özellikle *Paulus, Sententiae,* 2,17,4 incelendiğinde, ayıbın konusunun sadece taşınmazların büyüklüğü ile iigili olduğu ve gerçek dışı beyanda bulunan satıcının, aradaki farkın değerinin iki katı ile sorumlu olduğu net olarak anlaşılmaktadır. Roma hukukunda dava ile hak arasındaki yakın ilişkinin sonucu olarak, dava tanınmayan bir hakkın söz konusu olamayacağı ve *actio de modo agri*'nin kaynaklarda sadece taşınmazlar için ele alınmış olması nedeniyle, satım konusu maldaki ayıplar için yapılan beyanların da sadece taşınmaz *res mancipi*'ler için geçerli olduğu düşünülebilir. Eğer *mancipatio* işlemi yapılırken, ayrıca satıcı tarafından arazinin büyüklüğüne ilişkin bir beyanda bulunulmuşsa (*lex mancipio dicta*), bu beyanın yanlış çıkması sonucunda, alıcının *actio de modo agri* ile düzenlenen bir hakkı doğardı. Bu özel durumun dışında, satıcının sorumluluğuna gitmek mümkün

değildi[7]. Ancak Roma'nın ilk dönemleri hakkındaki bilgimiz, daha sonraki dönemlerde yaşamış hukukçu ve tarihçilerin eserlerinden anlaşılabildiği ölçüdedir. Bu nedenle *mancipatio* ile sonuçlanan alım-satım sözleşmelerinde, satıcının ayıba karşı sorumluluğunun kapsamı bakımından kesin bir görüş bildirmek mümkün değildir. Fakat bu alım-satımlarda, satıcının *mancipatio* işlemine bağlı olarak satım konusu malda ayıp olmadığına ilişkin bir beyanda bulunması ve bu beyanın doğru çıkmaması durumunda, hileli davranışının sonucu olarak sorumluluğunun doğduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır[8].

II. Maldaki Maddi Ayıplara Karşı *Stipulatio* İle Yapılan Taahhütler

Maddi ayıp durumunda malın kendisinde, yapısında olan bir bozukluk ifade edildiği halde, hukuki ayıp (*evictio*), malın hukuki durumunda mevcut olan bir düzensizlik yüzünden, üçüncü kişinin o mal üzerinde bir ayni hak iddia etmesi olarak tanımlanabilir[9]. Roma hukukunda 'hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez' (*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*) kuralının hukuki sonucu, iyi niyetli devralanın korunmasındansa, malikin korunmasının tercih edilmesiydi. Mesela, üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan bir malı satıp, geçerli bir şekilde devreden satıcının bu tasarrufu karşısında, gerçek malik, istihkak davası (*rei vindicatio*) açarak, malını geri alabilirdi. Bu durumda, söz konusu mülkiyet hakkının kazanımında bir hukuki ayıp olduğu da ortaya çıkardı. Bu durum sadece alım-satım sözleşmeleriyle ilgili olmayıp, ayni hakkı devreden her sözleşme bakımından geçerliydi. Hukuki ayıp durumunda satıcının sorumluluğu, hukuki ayıbın ortaya çıkmasından itibaren değil de, malın gerçek hak sahibi tarafından zapt edilmesi anından itibaren başlardı. Çünkü Roma hukukunda, alıcının satım konusu malı elinde bulundurması, zilyet olması ve kullanabilmesi (*habere*, *possidere*, *licere*) durumunda,

7 KASER, M. (Çev.: DANNENBRING, R.): Roman Private Law, Durban 1965, s.180; GIRARD, F. P.: Manuel Elementaire de droit Romain, Paris 1929, s.597.

8 RADO, s.609.

9 TAHİROĞLU, s.173; UMUR, s.361.

satıcı, alım-satım sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmiş sayılırdı. Böylece alıcı, satım konusu şeyden rahat bir şekilde yararlanıyorsa, malik olmasa da satıcıya karşı bir iddiada bulunamazdı. Ancak alım-satım konusu şeyin, ayni hak sahibi bir kimse tarafından zapt edilmesi durumunda, satıcı, alıcıya karşı hukuki ayıp nedeniyle sorumlu olurdu. Roma hukukunda satıcının hukuki ayıplar nedeniyle sorumluluğu üç şekilde ortaya çıkardı. Öncelikle alım-satım konusu şeyin, alıcıya *mancipatio* ile devredilmesi durumunda bu şey, üçüncü kişi tarafından dava ile talep edildiğinde, alıcı satıcıdan, üçüncü kişinin açtığı davada kendisine yardım etmesini isterdi. Satıcının bu davete uymaması ya da uysa bile, alıcının davayı kaybetmesi durumunda, alıcı satıcıya karşı başka bir dava (*actio auctoritatis*) açarak, ödediği satım bedelinin iki katını talep ederdi. Ancak alım-satımdan sonra, satım konusu şey *mancipatio* ile devredilmemişse, satıcının sorumlu olması için, bir *stipulatio* ile, alıcıya malın rahat zilyetliğini (*stipulatio habere licere*) garanti etmesi ve aksi durumda alım-satım bedelini ya da bu bedelin iki katını ödemeyi taahhüt etmesi gerekiyordu. Son olarak rızai alım-satım sözleşmelerinin kabul edilmesiyle birlikte, alım-satım sözleşmesinden kaynaklanan dava (*actio empti*) ile alıcı, hukuki ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararlarını da talep edebiliyordu[10].

Mancipatio ile sonuçlanmayan alım-satımlarda, satıcının hukuki ayıplardan sorumlu olması için yapılan ve satıcının, satıcının alım-satım konusu şeyin rahat zilyetliğini garanti ettiği ve aksi durumda, alım-satım bedelini ya da bu bedelin iki katını ödemeyi taahhüt ettiği *stipulatio*'nun yanında, alım-satım konusu şeyde ayıp olmadığını taahhüt eden bir *stipulatio*'nun eklenmesi imkanı vardı. Böylece, *mancipatio* ile devredilemeyen *res nec mancipi*'lerin alım-satımı ve Roma vatandaşları ile yabancılar arasında yapılan alım-satımlarda, satıcının bir *stipulatio* yaparak alım-satım konusu şeyde maddi ayıp bulunmadığını taahhüt etmesi sonucunda, satıcının sorumluluğu doğardı. *Stipulatio* ile yapılan bu taahhütle, bir yandan son derece biçimsel olarak düzenlenen ve sadece Roma vatandaşları ya da *ius commercii*'ye sahip Latinler tarafından

10 RADO, s.125-126; TAHİROĞLU, s.174-175; UMUR, s.362-363.

kullanılabilen *mancipatio*'nun yanında Roma vatandaşları ile yabancılar arasındaki alım-satımlarda, satıcının maddi ayıplara karşı sorumluluğunu sağlayan bir yol ortaya çıkmış, diğer yandan da sosyal ve ekonomik bakımdan önemini arttıran *res nec mancipi*'lerin devrinde de alıcının korunması sağlanmıştı. Roma'nın ilk dönemlerinde *stipulatio*, sadece *spondes*? (taahhüt ediyormusun?) ve *spondeo* (taahhüt ediyorum) kelimelerinin kullanılması ile Roma vatandaşları arasında geçerli olarak yapılabilirdi. Daha sonra *ius gentium*'un etkisiyle, *promittis* (vaat ediyormusun?) ve *promitto* (vaat ediyorum) gibi yeni kelimelerin kullanılması ve Roma vatandaşları ile yabancılar arasında da geçerli olarak yapılması mümkün oldu[11].

Alım-satım konusu şeyde ayıp olmadığına ilişkin olarak *stipulatio* ile yapılan taahhütler, *D.*21,2,31'de düzenlenmiştir.

Ulpianus libro 42 ad Sabinum

D. 21, 2, 31: '*Si ita quis stipulanti spondeat "sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. Sed ego puto verius hanc stipulationem "furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse" utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. Sed et si cui horum fuerit adiectum "praestari", multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit*'.

D. 21, 2, 31: 'Eğer bir kimse, 'bu köleye güvenilebilir, hırsız ve mezar soyguncusu değildir' şeklinde bir taahhütte bulunursa, bu durumda *stipulatio* ile yapılan bu taahhüdün uygun olmadığını düşünenler vardır. Çünkü böyle bir şeyin taahhüt edilmesi mümkün değildir. Gerçekten bir kölenin güvenilir olduğu, hırsız ya da mezar soyguncusu olmadığı için yapılan taahhüt, aslında satıcı ile ilgilidir. Ancak eklemek gerekir ki, *stipulatio*'nun geçerli olarak yapılması

11 UMUR, s.349.

sonucunda tazminat borcu doğar. Diğer yandan, hiçbir mantıklı insan kabul etmeyeceği için *aedilis*'ler tarafından tanınan *stipulatio*'ların kullanışsız olduğunu söylemek mümkündür'.

Mancipatio ile sonuçlanmayan alım-satımlarda, satıcının alım-satım konusu şeyde ayıp olmadığını ya da belirli niteliklerinin olduğunu bir *stipulatio* ile taahhüt etmesi durumunda, satıcının bu beyanlarının gerçek dışı olduğu ortaya çıkarsa, kendisine karşı *actio ex stipulati* açılabilirdi. Bu davanın sonucunda, satıcı, alıcının ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararını karşılamakla yükümlü olurdu. *Mancipatio* ile birlikte yapılan beyanların gerçeği yansıtmaması durumunda satıcının sorumluluğunun, alım-satım bedelinin iki katı olarak belirlendiğine ilişkin kural değerlendirildiğinde, *stipulatio* ile yapılan taahhütlerin aslında satıcının daha fazla yararına olduğunu söylemek mümkündür.

III. Actio Empti

Roma hukukunda da her borç ilişkisinin borçlusu, alacaklıya karşı bir edimi yerine getirmekle yükümlüydü. Bazı durumlarda, ifası gereken edim açık ve kesin olarak belirlendiği halde, bazen hakimin takdirine bırakılacak kadar geniş belirsiz ve esnek olabilirdi. Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren *formula*'da yer alan bazı borç ilişkilerinin içerikleri, 'davalının davacıya iyi niyet gereği vermesi ya yapması gereken her şey (*quidquid numerius negidius aulo agerio dare facere oportet ex fide bona*)' şeklinde ifade edildiğinden, hakimin geniş bir takdir yetkisi kullanma imkanı ortaya çıkıyordu. Bu durumda borcun içeriği tam olarak belirlenmediğinden, hakimin takdir yetkisini kullanarak, *bona fides* gereğince ifanın kapsamını belirlemesi gerekirdi. Roma hukukunda günümüzdeki objektif iyi niyetin karşılığı olarak ifade edilen *bona fides*, dürüstlük, namus ve özen anlamında kullanılırdı. Böylece zamanından daha ileri ve daha geniş bir düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkan bazı hukuki ilişkilerden doğan davalarda, tarafların borçları önceden kesin olarak belirlenmemiş ve *bona fides*'e atıf yapılmıştı. Roma hukukunda dava ve hak arasındaki ilişkinin sonucu olarak, rızai alım-satım sözleşmesinden doğan davanın (*actio empti*) bir iyi niyet davası olarak kabul edilmesiyle birlikte, alım-satım sözleşmeleri de, kira, vekalet, şirket,

ariyet, vedia sözleşmeleri gibi iyi niyet sözleşmeleri arasındaki yerini almıştı. Bu nedenle, bu sözleşmelerde tarafların edimleri hakim tarafından iyi niyet gereğince (*ex bona fide*) olarak belirlenirdi[12]

Maldaki maddi ayıplar ile ilgili sorumluluğu düzenleyen *actio redhibitoria, aedilis curulis* adı verilen *praetor*'ların faaliyetleri ile ortaya çıkmıştır. Roma cumhuriyet döneminin son iki yüzyılı (M.Ö. 200 – M.Ö. 27) ve ilk imparatorluk döneminin başlarında, Roma hukukunun gelişmesinde *praetor*'ların çok önemli etkileri olmuştu. *Praetor*'lar eski Roma hukukunu derin bir şekilde değiştirmiş ve eski *ius civile* yanında zamanın koşullarına uyum sağlayan yeni bir hukuk düzeni yaratmayı başarmışlardı. M.Ö. 367 yılında *Lex Licinia Sextia* ile iki *consul*'e ek olarak üçüncü bir *consul*'lük olarak kurulan *magistra*'ya, *praetor* ismi verilmişti. *Praetor*'luk kurumu ile birlikte, başlangıçta *patricius* sınıfından olan iki kişinin, bir yıl için görevli olduğu, *aedilis curulis* olarak yeni bir *magistra*'lık daha kurulmuş ve Roma'nın düzenini sağlamak ve pazar yerlerindeki alım satımlara nezaret etmekle görevlendirilmişti. M.Ö. 365 yılından itibaren, *pleb* sınıfından da *aedilis curulis* seçilmeye başlandı. *Aedilis curulis*'lerin *imperium*'u yoktu[13].

> *Gai. Ins.* 1, 6: '*Amplissimum ius est in edictis duorum praetorum urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent*; *item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent*; *nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur*'.
>
> *Gai. Ins.* 1, 6: 'Hukukun en önemli bölümü, yargı yetkilerini eyaletlerde valilerin kullandığı iki *praetor*'un, şehir *praetor*u'nun ve yabancılar *praetor*u'nun beyannamelerinde ve Roma halkının eyaletlerinde *quaestor*'ların kullandığı *aedilis curulis*'lerin beyannamelerinde mevcut olan hukuktur; Roma halkının eyaletlerinde dememizin sebebi, imparator eyaletlerine *quaestor*

12 RADO, s.45-46.

13 ROBINSON, O.F.: The Sources of Roman Law, Problems and Methods for Ancient Historians, London and New York-1997, s.6.

gönderilmediğinden, bu eyaletlerde beyanname yayınlanmasının mümkün olmamasıdır'.

Aedilis curulis'lerin beyannameleri, *ius honorarium*'un bir bölümünü oluşturuyordu.

> *Ius. Ins.* 1, 2, 7: '*Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. Haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. Proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est*'.
>
> *Ius. Ins.* 1, 2, 7: *Praetor*'ların beyannameleri de önemsiz olmayan bir hukuki güç taşımaktadır. Bu beyannameleri, genellikle *ius honorarium* olarak isimlendiririz. Çünkü hukuki güçlerini, devlet memurluğu görevini yapanlardan, yani *magistra*'lardan alırlar. *Aedilis curulis*'ler de bazı konularda beyannameler yayınlar ki, bunlar da *ius honorarium*'un bir bölümünü oluşturur'.

Roma devleti ile Kartaca ve diğer devletler arasında yapılan savaşlar, Roma'nın galibiyeti ile sonuçlanmış ve devletin ekonomisi üzerinde bir takım değişikliklere neden olmuştu. Sicilya'nın fethi ve Afrika'da yeni bir eyaletin kurulması (M.Ö.146) ile birlikte, bu bölgelerden Roma'ya ucuz tahıl getirilmesi, köylü-çiftçi sınıfının gelir kaybına neden olmuş ve köyden şehre doğru bir göç dalgası başlamıştı. Köyden göç eden köylü-çiftçi sınıfının toprakları ise, M.Ö. 218 yılında çıkarılan *Lex Claudia* ile deniz ticareti ile uğraşmaları yasaklanan *patricius*'lar tarafından ele geçirilmiş ve zamanla *latifundum* denilen büyük arazileri olmuştu. Toprakların yeni sahipleri tahıl tarımından, meyve ve sebze tarımına dönünce, iş gücüne olan gereksinim de köleler aracılığı ile giderilmeye başlanmıştı. Savaş tutsakları, korsanlar tarafından yakalananlar, Romalı vergi toplayıcıları tarafından başvurulan insan avı ve Asya eyaletinde oturanların, yönetimin kendilerine yüklediği külfetleri yerine getirebilmek için çocuklarını köle olarak satmak zorunda kalmaları ile birlikte artan köle ihtiyacı karşılanmış ve M.Ö. 250-150 yılları arasında

yaklaşık 250.000 köle gerekli olan yerlerde çalıştırılmıştı. Köle sayısının artması ve seri olarak el değiştirilmesi nedeniyle, *res mancipi*'lerin devri için öngörülen *mancipatio* ya da *in iure cessio* işlemlerinin yapılması zorunluluğu ve *commercium*'u bulunan yabancıların, hakkında hiçbir fikir sahibi olmadıkları *mancipatio* yapmak zorunda bırakılmaları uygulamada önemli zorluklar yaratmaya başlamıştı[14].

Diğer taraftan, toplumda kötü ün sahibi olan kimseler tarafından yapılan köle alım satımlarının büyük miktarlarda ve seri olarak yapılabilmesi için, iki ya da daha fazla kimse, mallarını veya emeklerini birleştirerek bir şirket sözleşmesi yapmaya başlamışlardı. Bu durumda, şirket sözleşmesi ile bir araya gelen ortaklar, tek başına hareket eden alıcılar üzerinde baskı kurarak, onların yanılmasına sebep oluyordu[15].

Böylece, toplumda alıcının ayıplara karşı etkin olarak korunması gerektiği fikri ortaya çıkınca, satıcının satım konusu maldaki ayıplarla ilgili sorumluluğuna *Aedilis edictum*'ları ile yeni bir şekil verilmişti[16]. *Aedilis curulis*'ler, Roma vatandaşlarını köle ve hayvan satıcılarının hilelerine karşı koruyabilmek için aldıkları önlemleri, *magistra* sıfatıyla yayınlamak yetkisine sahip oldukları *edictum*'larında ilan etmişlerdi. *Aedilis curulis*'lerin bu tür *edictum*'larına M.Ö. 2. yüzyılın ortalarından itibaren rastlanmaktadır. Satım konusu maldaki maddi ayıplara ilişkin olarak *aedilis curulis*'lerin getirdikleri yenilikleri inceleyebilmek için, söz konusu *edictum*'ların metinlerinden yola çıkmak gerekir. Bu durumda, karşımıza iki adet *edictum* çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, köle satımlarına ilişkin '*de mancipiis vendundis*' isimli *edictum*, ikincisi ise, hayvan satımlarına ilişkin '*de iumentis vendundis*' isimli *edictum*'dur[17]. M.S. 2. yüzyılda *Praetor edictum*'larını toplamış olan *Salvius Iulianus*, bu *edictum*'ları, *praetor edictum*'larının sonuna eklediğinden, *Lenel*'in

14 ERDOĞMUŞ, B.: Klasik Roma Hukukunda *Actio Publiciana in Rem*, İstanbul-1984, s.4-5.

15 BUCKLAND, W.W.: The Roman Law of Slavery, New York-1970, s.39, *D*.21.1.44.1.

16 Buckland, s.52

17 Söz konusu *edictum*, *Digesta*'nın 21. kitabının 1. faslında bulunmaktadır.

Edictum Perpetuum isimli eserinde de söz konusu metinleri görmek mümkündür[18].

SONUÇ

Roma hukukunda satıcının alım-satım sözleşmesine konu olan maldaki ayıplardan sorululuğu ilk düzenlemelerde sadece *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile alıcıya özel olarak teminat verilmesi durumunda söz konusudur. Daha sonraki düzenlemelerde bu tür beyanların alım-satım sözleşmesi ile birlikte şekle bağlı olmadan da geçerli olarak yapılabildiği ve alım-satım sözleşmesinin davası olan *actio empti* ile takip edilebildiği görülmektedir. Bu durumda Alım-satım konusu maldaki maddi ayıpları bilen alıcıya karşı, satıcı *actio empti* açarak, zararlarının tazmin edilmesini isteyebilirdi. Bu konudaki özel düzenlemenin ise bir *magistra* olan *aedilis curulis*;lerin faaliyetleri ile gerçekleştiği görülmektedir. *Magistra*, o dönem ticaret hayatının en önemli iki konusunu oluşturan köle ve hayvan alım-satımlarında maddi ayıpların ilan edilmesi yükümlülüğünü satıcıya vermiştir. Söz konusu bildirimi yapmayarak, yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcının maldaki gizli ayıplardan da sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu durumda alıcı, sözleşmeden 6 ay içinde dönebileceği gibi 1 yıl içinde alım-satım bedelinin ayıp oranında indirilmesini de talep edebilirdi. Alıcı, ilk durumda, günümüz hukuk düzenlerine de yön veren *actio redhibitoria* olarak isimlendirilen davayı açarak, sözleşmeden dönmeyi ve alım satım konusu mal ile bedelin karşılıklı olarak iade edilmesini talep ederdi. *Iustinianus* döneminde ise, söz konusu iki davanın alım-satım sözleşmelerine konu olan tüm mallar için geçerli olduğu şeklinde bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir..

[18] RADO, 611-612

TÜRKİYE'DE HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU

Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER*
Öğr.Grv.Fatma NİYAZİOĞLU**

ÖZET

Hâkimlerin ve savcıların atanmaları, yer değiştirmeleri, yükseltilmeleri, denetim ve disiplin işlemleri ile diğer özlük işlerini yürütecek organ veya kurulun hukuki statüsünün demokratik hukuk devleti ilkelerine uygun olarak belirlenmesi, çağdaş toplum yaşamı için hayati bir konudur. Hâkimler ile savcıların bağımsızlıklarının ve teminatlarının pratik değer kazanabilmesi için bu konulardaki yetkilerin yürütme organına verilmemesi gerekir. Aksi halde hâkimlerin ve savcıların bağımsızlığı ve teminatının değer ve etkisi önemli ölçüde azalacaktır. Böyle bir durumun hukuk devleti ilkesi ile uyumlu olması söz konusu olamaz. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, kurulduğu günden bu yana eleştirilerin odağı olmuştur. 12 Eylül 2010 tarihli referandum ile kabul edilen Anayasa değişikliği de bu konudaki eleştirileri sona erdirmemiştir. Söz konusu Anayasa değişikliği ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üye kaynakları çeşitlendirilmiş ve üye sayısı artırılmıştır. Ayrıca hâkim ve savcıların meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı yolu açılmış ve Teftiş Kurulu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bünyesine alınmıştır. Hâkimler ve savcılar ile ilgili denetim işlemleri ile ilgili soruşturma izni konusundaki Adalet Bakanının yetkileri Yüksek Kurula devredilmiştir. Bu değişikliklerin bir kısmı olumlu ise de hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bazı düzenlemeler de bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı, Hukuk Devleti, Hak Arama Özgürlüğü, Anayasa

---

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Malatya Polis Meslek Yüksek Okulu Öğretim Görevlisi

BOARD OF JUDGES AND PROSECUTORS IN TURKEY

ABSTRACT

The determination of the legal status of the board that will carry out the appointment of judges and prosecutors, supervision and other personal works according to democratic legal principles is a vital issue for modern social life. The authority of these issues should be given to executive organ for the practibility of independence and assurance of judges and prosecuters. Otherwise, the value and influence of judicial independence and assurance would significantly decrease. The status can not be seen in comply with the principle of the rule of law. The board of Judges and Prosecutors has been the focus point of criticism since it was founded. Constitutional amendments accepted with the referendum dated September 12 2010 could not put an end to the criticism related to this topic. Through the amendments mentioned, member sources of the board have been varied and the number of the members has been increased. Besides, judicial review for the penalties of dismissal of judges and prosecutors has been opened and supervisory board was included within the board of judges and prosecutors. The authorities of the minister of justice related to supervision and inspection of judges and prosecutors have been assigned to the board. Although some of the amendments are positive, there are some regulations which do not comply with the principle of the rule of law

Keywords: High Council of Judges and Prosecutors, impartiality and independence of the judiciary, the rule of law, right to legal remedies, the Constitution

1. GİRİŞ

İnsanların temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almak ve bu hakları herkese karşı korumak anayasaların en temel meselelerinden birisidir. Anayasalar bu durumu sağlayabildikleri sürece meşruluklarını koruyabilmişlerdir. Bireylerin hem birbirine karşı hem de devlete karşı korunmaları gerekmektedir. Bireylerin birbirlerine karşı korunması gerektiği kadar, yasama, yürütme ve yargı organlarına karşı da korunması gerekmektedir. Keza bireysel hak ve özgürlükleri ihlal edilenlerin hakkını arayabileceği ve hak ihlalini yapan gerçek ya da tüzel kişiden gerekirse hesap sorabileceği bir yargı organının varlığı, kişilerin güven içinde yaşayabilmelerinin en önemli teminatıdır. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi için öncelikle yargının güven içinde

çalışmasının sağlanması gerekmektedir. Hukuk devletinin olmazsa olmazlarından olan yargı bağımsızlığı, hâkimlerin bağımsızlıkları ile hâkimlik teminatı denen meslekî statülerinin tam anlamıyla güvence altına alınmasıyla gerçekleştirilebilmektedir.

Yargı bağımsızlığı, yargı organlarının yasama, yürütme yargı organlarına ve çevreye karşı bağımsız olması ve karar verirken kimseden emir almaması ve etkilenmemesi demektir[1]. Yargı bağımsızlığının sağlanması sadece mahkemelere bağımsızlık tanınması ile gerçekleştirilemez. Hâkimlere, kendi meslek ve varlıklarını tehlikeye atmaksızın her türlü korku ve endişeden uzak olarak görev yapma imkânı sağlayacak şekilde özlük haklarının güvence altına alınması ve her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak olarak huzur içinde tam bir tarafsızlık ve serbestlikle görev yapabilmelerine imkân sağlanması gerekmektedir. Vermiş olduğu herhangi bir karar yüzünden başka bir göreve atanması veya azledilmesi halinde hâkimin bağımsız ve tarafsız hareket edebilmesini beklemek gerçekçi gözükmemektedir[2].

Hâkimlik teminatı, hâkimler için tanınan bir ayrıcalık değil, onların serbestçe ve tarafsız olarak hüküm verebilmelerini sağlamak ve dolayısıyla halka adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı konusunda güven vermek amacını taşımaktadır. Burada hedeflenen hâkimin kişisel faydasından ziyade, kamunun yararının tesis edilmesidir[3]. Bunun için hâkimlerin bağımsızlıkları ile hâkimlik teminatını sağlayıcı bir takım düzenlemeler yapmak ve gerekli sistemleri kurmak şarttır. Demokrasi ile yönetilen ülkelerde, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak ve özlük haklarını güvence altına almak amacıyla Yargı Kurulları oluşturulduğunu görmekteyiz.

2. TÜRKİYE'DE HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN OLUŞUMU

Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik güvencesi konusundaki anayasal güvencelerin işlevsel olması, hâkimlerin Adalet Bakanlığı hiyerarşisine dâhil olmamalarına bağlıdır. Yargı organlarının ayrı ve özerk

1 ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya-2000, s. 267; GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi, Bursa-2000, s. 439.

2 ÜNAL, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara-1994, s. 21; ATAR, s. 268; GÖZLER, s. 441.

3 ÜNAL, s. 22.

düzenlemelerle korunmasının amacı, egemenlik yetkisini kullanan yargının yasama ve yürütme erkinin etkisinden korumaktır. 1982 Anayasası hâkim ve savcıların özlük işleri hakkında karar vermekle görevli bulunan kurulları tek çatı altında birleştirerek bu kurula Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) adı verilmiştir. Türkiye'de hâkimlerin bağımsızlığını sağlama ve özlük haklarını güvence altına alma görevini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yerine getirmektedir. Hâkim ve savcıların özlük işlerinde karar mercii olan bu kurul, 1982 Anayasası dönemine kadar zaman içinde birçok değişikliğe uğramıştır.

2.1. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Dönemi

1924 Anayasası döneminde, 1926 yılında 766 Sayılı Kanunla hâkimlerin statüsü düzenlenmiş, 1934 yılında çıkarılan 2556 sayılı Hâkimler Kanunu ile de hâkim ve savcıların terfi işleriyle görevli bir "Ayırma Meclisi" kurulmuştur. Ayırma Meclisi, Yargıtay Başkanı'nın başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı ve dört Yargıtay üyesi ile Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü ve Özlük İşleri Genel Müdürü'nden oluşmaktaydı[4]. Ayırma Meclisi hâkimler ve savcılar için ayrı olmak üzere, ayrı grup halinde görevlendirilmiş, hâkim ve savcıların atamaları Adalet Bakanı tarafından yerine getirilmiştir[5].

Bu dönemde hâkim ve savcılar hakkında tesis edilen işlemlere karşı yargı yolu kapalı tutulmuştur. Ayrıca anayasaya aykırı düzenlemelerin iptaline olanak tanıyan ve yasama erkini frenleyecek anayasa yargısının da bulunmaması yasamanın yargıya müdahalesini olanaklı kılmıştır. Karma hükümet sistemi esas alınarak düzenlenen 1924 Anayasası'nda, yargının yasamaya karşı bağımsızlığını sağlayacak hüküm ve kurumlara yer verilmemiştir[6].

2.2. 1961 Anayasası Dönemi

1924 Anayasası döneminde yaşanan olumsuzluklar nedeniyle 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde yargı bağımsızlığının tesisi noktasında ileri düzenlemeler yapılmış ve güvenceler getirilmiştir.

---

4 BİNGÖL, İrfan, Yargımız – Yapısı ve Tarihçesi: Oğuzlar, Emeviler, Abbasiler, Moğollar, Selçuklular, Osmanlılar ve Türkiye'nin Yargı Sistemleri, Ankara-1999, s.73.

5 FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara-2010, s. 194; ÜNAL, s. 71.

6 GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2006, s. 54.

Bu dönemde 1961 Anayasası'nın 143 üncü maddesi uyarınca Yüksek Hâkimler Kurulu kurulmuştur. Kurula ilişkin düzelmemeler bu anayasa hükmü ve bu hükme dayanılarak çıkarılan 22.04.1962 tarihli ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler ve Yüksek Savcılar Kurulu Kanunu ile yapılmıştır. Kurul, onsekiz asıl ve beş yedek olmak üzere toplam yirmiüç hâkimden oluşmaktadır. Anayasa'nın 143 üncü ve 45 sayılı kanunun beşinci maddesine göre; Kurul üyelerinin sekizinin (altı asıl, iki yedek) Yargıtay, yedisinin (altı asıl, bir yedek) birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce, sekizinin ise (üçer asıl ve birer yedek) TBMM ve Cumhuriyet Senatosu tarafından dört yıl için seçilmesi kabul edilmiştir[7].

Kurul sadece adlî hâkimlerin özlük işleri hakkında yetkilendirilmiş, Danıştay hâkimlerinin özlük işleri hakkında karar verme yetkisi Yüksek Hâkimler Kurulu'na verilmeyip, bu konuda farklı bir sistem benimsenmiştir[8]. Kurul kararlarına karşı iptal başvuruları Danıştay'a yapıldığı için tarafsızlık açısından bu düzenlemenin isabetli olduğu söylenebilir.

45 Sayılı Kanun'un üçüncü maddesinde, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun bağımsız olduğu, hiçbir makam ya da merciinin Kurula emir ve talimat veremeyeceği, dördüncü maddesinde ise; Adalet Bakanı'nın gerekli gördüğünde Kurul'un toplantılarına katılabileceği, ancak oy verme hakkının bulunmadığı düzenlenmiştir[9].

45 Sayılı Kanununa göre Kurul çalışmalarını üç bölüm hâlinde sürdürmüştür. Buna göre; birinci bölüm, hâkimlerin özlük işlerine bakmakla, ikinci bölüm, hâkimler hakkında şikâyet ve ihbarları incelemek, gerekenler hakkında soruşturma yapılmasına karar vermekle, üçüncü bölüm ise, hâkimlerin işten el çektirilmesi, haklarında kovuşturma yapılmasına karar vermek ve disiplin cezası uygulamakla görevlendirilmiştir. Bölüm kararlarına karşı genel kurula itiraz ve Danıştay'da iptal davası açmak imkânı tanınmıştır. Yüksek Hâkimler

7 ATAY, Cevdet, Karşılaştırmalı Türk Anayasaları (Değişme ve Gelişme), Ekin Kitabevi, Bursa-1997, s. 203; FENDOĞLU, s. 194.

8 KIRMAZ, Birol, Avrupa Birliği Sürecinde Türk Anayasasında Hâkimlerin Denetimi Ve Yargı Bağımsızlığı, Yayınlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya-2008, s. 126.

9 ATAY, s. 204; ÜNAL, s. 75.

Kurulu, kendisine bağlı müfettiş hâkimler, tetkik hâkimi ve idarî personeli ile tamamen bağımsız bir görüntü sergilemiştir[10].

Bu Kurul'un oluşturulmasındaki amaç, adli personelle ilgili işlemlerin siyasetten uzaklaştırılmasını sağlamak ve bu konuda tarafsız çalışan bir kurulu yetkili kılmak olduğu için Kurul'un kendi müfettişleri, kalemi ve ayrı bir çalışma yerinin olması[11] Kurul'u yürütmenin vesayetinden korumuştur.

Adalet Bakanı'na Kurul toplantılarına katılabilme hakkı verilmiş ama oy verme hakkı tanınmamıştır. Sadece belli durumlarda hâkimlerle ilgili disiplin işlemlerinin yapılması için YHK'ya müracaat hakkı tanınmıştır. Böylece 1924 Anayasası döneminde hâkimlerin bütün özlük işleri bakanlıkça üstlenilmekte iken 1961 Anayasası ile bu yetkiler YHK'ya devredilmiş ve kurulca verilen kararlar hiçbir işleme gerek kalmaksızın doğrudan sonuç doğurabilecek bağımsız bir yapıya kavuşmuştur. Kurul'un yürütme ile olan ilişkisinin son derece dar tutulması yargı bağımsızlığı adına ileri bir adım olarak değerlendirilebilir[12].

2.3. 1971 Değişikliği Dönemi

1961 anayasasının yargı bağımsızlığı konusunda getirmiş olduğu teminatlar, 20 Eylül 1971 tarih ve 1488 Sayılı Yasa ile yapılan anayasa değişikliğine kadar devam etmiştir. 1488 Sayılı Yasa ile Anayasanın otuzdört maddesinde değişiklik yapılmış, Anayasaya yedi geçici madde eklenmiştir. Anayasanın 143 ve 144 üncü maddelerinde yapılan değişiklikler yargı bağımsızlığını olumsuz olarak etkilemiştir. Anayasanın 143 üncü maddesinde gerçekleşen değişiklikle Yüksek Hâkimler Kurulunun (YHK) üye sayısı azaltılmıştır[13]. Yasama organının kurula üye seçme uygulamasından vazgeçilmiştir. 1488 sayılı yasa ile Yüksek Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu (YSK) olmak üzere iki ayrı Yüksek Kurul oluşturulmuştur. Yüksek Hâkimler Kurulu, tüm üyeleri Yargıtay Genel Kurulu tarafından dört yıl için seçilen onbir asıl ve üç

10 BİNGÖL, s. 73.

11 SAYAN, İpek Özkal, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 4, C. 4, S. 2, Ankara-2008, s. 59.

12 ÜNAL, s. 75.

13 Onsekiz asıl ve beş yedek üyeden oluşan kurulun üye sayısı, onbir asıl üç yedek üyeye düşürülmüştür.

yedek üyeye indirgenmiştir. Aynı değişiklikle Adalet Bakanı'nın Kurul'a başkanlık yapması imkânı getirilmiş, ayrıca oy verme hakkı da tanınmıştır[14].

1488 Sayılı Yasa 144 üncü maddesinin birinci fıkrasını, "Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz." şeklinde değiştirmiştir. Böylece Kurul kararlarına yargı yolu kapatılmıştır. Anayasa Mahkemesi, Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasına ilişkin düzenlemeyi Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerinden olan insan hakları ve hukuk devleti ilkelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararında ilk kez uluslararası bir normu - 6366 Sayılı Kanunla onaylanan "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi"nin 6. maddesi hükmünü – bir ölçü norm olarak kabul etmiştir[15].

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra Danıştay, Kurul'un kararlarına karşı açılan davalara, 1981 yılında 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu çıkarılana kadar bakmaya devam etmiştir.

2.4.1982 Anayasası ve 2461 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu Dönemi

1982 Anayasası'nın 159 uncu maddesi, 1961 Anayasası'yla kurulan Yüksek Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulunu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu adı altında birleştirilmiştir. İki ayrı kurulun karışıklığa sebebiyet vereceği nedeniyle birleştirilmesi yerinde görülmüştür[16]. İdari yargı hâkimleri de Kurul'un görev kapsamına dâhil edilmiş, Adalet Bakanı Kurul başkanlığına, Müsteşarı da tabii üyeliğe getirilmiştir. Kurula Danıştay üyeleri de alınmış, Danıştay'a üye seçme yetkisi Kurul'a verilmiştir. Kurul'un görev kapsamında değişiklik yapılarak hâkimlerin idarî açıdan denetim yetkileri Adalet Bakanlığı'na

14 FENDOĞLU, s. 195.

15 Bkz., Anayasa Mahkemesi'nin, 27.01.1977 tarih ve 1976/43 E., 1977/4 K. sayılı kararı, GÖNENÇ, s. 19; SAYAN, s. 60; KIRMAZ, s. 127.

16 ODYAKMAZ, Zehra, "Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler", Anayasa Yargısı, Ankara-2008, S. 25, s.164, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/zehra_odyakmaz.pdf, Erişim Tarihi: 11.09.2011, s. 164.

devredilmiş, Adalet Bakanı'na hâkimleri geçici yetki ile başka yerde çalıştırma hakkı tanınmıştır[17]. 1961 Anayasası'nın "iptal davası" kenar başlıklı 149 uncu maddesinde öngörülen, Yüksek Hâkimler Kurulunun kendi varlık ve görevini ilgilendiren konularda Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme hakkı, 1982 Anayasası'nda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na tanınmamıştır[18].

Ayrı sekretaryası olan, kurul üyelerini yargı organının seçtiği bağımsız Yüksek Hâkimler Kurulu dönemi sona ermiş; Adalet Bakanlığı binasından çalışan, ayrı bütçesi ve kalemi bulunmayan, üye seçiminde Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu, Adalet Bakanı'nın başkan ve Müsteşarının doğal üye sıfatıyla oy hakkına sahip olarak yer aldığı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu dönemine geçilmesi yargının vurgun yemesi olarak nitelendirilmiştir[19].

1982 Anayasasının 159 uncu maddesinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun başkanlığını Adalet Bakanı'nın yapacağı, üç asıl ve üç yedek üyenin Yargıtay Genel Kurulu'nun, iki asıl ve iki yedek üyenin de Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanı'nca seçileceği öngörülmüştür. Kurula seçilen asıl ve yedek üyelerin görev süresi dört yıl olup, üyelerin yeniden seçilmeleri mümkündür. Adalet Bakanlığı Müsteşarı ile Adalet Bakanı görevleri dolayısıyla kurul üyesi sayıldıklarından, bunların görevleri asli görevleri süresince devam etmektedir. Kurul'da Adalet Bakanı'nın başkan, Müsteşarın doğal üye olması, Kurul'u yürütmenin etkisi ve baskısı altına soktuğu izlenimini uyandırmıştır[20].

HSYK'nın kuruluşunun altında yatan sebebin, adli ve idari yargı hâkimlerinin siyasetten uzak tutulmasını sağlamak olduğu söylenebilir. Ancak 1980 sonrası HSYK, Adalet Bakanlığı ve Adalet Bakanı'nın

17 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara-2003, s. 271; BİNGÖL, s. 74.

18 ÖZAY, İl Han, "Yargı Güvencesi - Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, S. 8, Ankara-1991, s. 112.

19 SELÇUK, Sami, "Yargı Bağımsızlığı", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y. 1997, Kasım Sayısı, s. 3; SAYAN, s. 62.

20 GERMEÇ, Mahir Ersin, "Ülkemizde Yargı Bağımsız mı? Yargıç Güvenceli mi?" Bursa Barosu Yayınları, S. 8, Y. 2006, Bursa-2006, s. 66.

güdümünde bir kurul haline gelmiş, bu durum "kurulun bağımsızlığı" ilkesini zedelemiştir. Adalet Bakanlığı binasını kullanan, arşivini ve personelini Bakanlıktan sağlayan, bütçesi olmadığı için özerkliği de olmayan bir yapıya dönüşen Kurul'un, kararlarına temel oluşturacak bilgi ve raporların alınabileceği Teftiş Kurulu HSYK'ya değil, Adalet Bakanı'na bağlı olarak çalışmıştır[21]. Kurulda görüşülecek konuların belirlenmesi ve teklif hazırlanması ile toplantı günlerini belirleme yetkisi Bakanlığa ait olduğundan yönetimde girişim ve etkileme gücünün Bakanlıkta olduğu rahatlıkla söylenebilir[22].

Nitekim Bakan ve Müsteşarın, üye tam sayısıyla toplanması gereken Kurul'un çalışmalarını toplantılara mazeretsiz katılmayarak engellemeleri gibi örnekler yaşanmış ve bu tür örnekler yargı bağımsızlığı ilkesine zarar vermiştir[23].

2.5. 1982 Anayasası ve 6087 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu Dönemi

HSYK, ülkemizde yargı bağımsızlığı konusunda yapılan tartışmaların odak noktasını oluşturmuştur. Önceki düzenlemede ayrı bir bütçesi ve sekreteryası bulunmayan HSYK'nın, Adalet Bakanlığına bağlı bir organ olarak çalışması, ilk derece hâkim ve savcılarının Kurulda temsil edilmemesi, Kurul kararlarına karşı etkili bir iç itiraz sisteminin olmaması ve kararların yargı denetimine tamamen kapalı olması, hâkim ve savcıların denetlenmesinde ve soruşturulmasında Adalet Bakanı'nın yetkili olması da öğretide eleştiri konusu olmuştur.

12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı kanunla Anayasanın 159 uncu maddesi değiştirilmiş, buna paralel olarak HSYK'nın yapısı ve işleyişi de değişmiştir. HSYK'nın görev ve yetkilerini düzenleyen 2461 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmış, yerine 6087 sayılı kanun yürürlüğe girerek Kurul yeniden yapılandırılmıştır. Anayasa değişikliğinden sonra, Kurulun, kendi sekretaryası ve bütçesinin oluşturulması sağlanmıştır. Üyelerin geldiği kaynaklar çeşitlendirilmiş ve sayısı artırılmış, meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı yolu açılmış, Teftiş Kurulu HSYK'ya bağlanmış, hâkimlerle ilgili denetim işlemleri ile soruşturma izni konusundaki Adalet Bakanı'nın yetkileri büyük ölçüde Kurula devredilmiştir. Kurul'un Adalet

21 SAYAN, s. 63.

22 SELÇUK, s. 4.

23 SAYAN, s. 63; SELÇUK, s. 4.

Bakanlığı binası yerine kendisine ait bir binada görev yapması, Kurulun bağımsızlığı adına önemli bir gelişme olmuştur.

4. HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN YENİ YAPISI

5982 sayılı kanunla HSYK'nın yapısını düzenleyen Anayasanın 159 uncu maddesinde önemli değişikliklere gidilmiş, Kurul'a üye seçiminden Kurul'un teşkilat yapısına kadar birçok konuda farklı uygulamalar benimsenmiştir.

3.1. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Görevleri

HSYK'nın görevleri, Anayasa'nın 5982 sayılı kanun ile değiştirilen 159 uncu maddesi ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu (HSYKK)'nun dördüncü maddesinde;

- Hâkim ve savcıların mesleğe kabulü, atama ve nakledilmeleri, geçici yetki ile görevlendirilmeleri, yükselmeleri ve birinci sınıfa ayrılmaları, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verilmesi, disiplin cezası verme ile görevden uzaklaştırma işlemlerini yapmak,
- Bakanlığın bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlamak,
- Hâkim ve savcıların görevlerini; yasa, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hakim için idari nitelikte genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek,
- Hâkim ve savcılar hakkında gerektiğinde inceleme ve soruşturma işlemlerini yürütmek,
- Yargıtay ve Danıştay üyelerini seçmek,
- Yargı yetkisinin kullanımına ilişkin hususlar hariç olmak üzere hâkimlerin idarî görevleri ile delilleri değerlendirme ve suçu niteleme yetkisi hariç olmak üzere savcıların adlî görevlerine ilişkin konularda genelge düzenlemek olarak belirtilmiştir (HSYKK m. 4/1).

6087 sayılı kanun ile HSYK, hâkim ve savcıların özlük işlerinde esas yetkili kurum olarak kabul edilmiştir. Hâkim ve savcıların yasalarla açıkça Bakanlığa verilmiş olanlar dışındaki tüm özlük işleri HSYK tarafından yerine getirilmektedir (HSYKK m. 4/2).

3.2. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyelerinin Seçimi

5982 sayılı kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinde, HSYK'nın oniki olan üye sayısı, yirmiiki asıl, oniki yedek olmak üzere toplam otuzdörde çıkarılmıştır (m. 159/2). Kurulun Adalet Bakanı ve Müsteşarı dışında kalan üyelerinin kimler arasından nasıl seçileceği ise Anayasa'nın 159 ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu (HSYKK)'nun üçüncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- Asıl üyelerinden dört tanesi yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca,
- Üç asıl ve üç yedek üye, Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca,
- İki asıl ve iki yedek üye, Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca,
- Bir asıl ve bir yedek üye, Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından,
- Yedi asıl ve dört yedek üye, birinci sınıf olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcıları arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca,
- Üç asıl ve iki yedek üye, birinci sınıf olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idari yargı hakim ve savcılarınca seçilecektir. Üyeler dört yıl için seçilir ve süresi dolan üye yeniden seçilebilir.

HSYK'nın üye sayısının artırılmasıyla birlikte Kurul'da hâkimlik mesleğinden olmayan üyelerin de görev yapabilmelerine imkân sağlanmıştır. Kurulun görevleri dikkate alındığında, çeşitlilik adına hâkimlik mesleğinden gelmeyen üyelerin bulunması; bu üyelerin bağımsız ve tarafsız olamayacakları, kendilerini seçen yasama ya da yürütmenin etkisi altında kalacakları ve bu kişilerin hâkimlik mesleğinden olmamaları nedeniyle HSYK'nın yapısının ve kompozisyonun değiştirilmesinin sistemi çalışmaz hale getireceği endişesi dile getirilmiştir[24]. Ancak sadece

24 ÖZBEK, Kadir, ERTOSUN , Ali Suat, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme, Yetkin Basımevi, Ankara-2010, s. 11; KUMKUMOĞLU, Kemal, KUMKUMOĞLU, Ahmet Kemal, "HSYK'nın 1961 ve 1982 Anayasaları'ndaki Durumu", Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, (Ed. Bahri Öztürk, Fikret İlkiz, Ümit Kocasakal), Seçkin Yayıncılık,

hâkimlerden oluşan bir yüksek yargı kurulu, yargının kendi içine kapalı, bir tür "kast" sisteminin hâkim olduğu bir organa dönüşmesi ve mesleki kayırmaların ortaya çıkması risklerini de içinde barındırmıştır. Bu nedenlerle yüksek yargı kurullarında hâkimler dışında da üyelerin bulunması gerektiği ileri sürülmüştür[25]. Kurula farklı mesleklerden de üye seçilmesine imkân verilerek, Kurul'u karma bir yapıya kavuşturan değişiklik aynı zamanda Kurul'un oluşumunda çoğulcu bir yaklaşımı da kabul etmektedir. Yargı dışı üyelerin bu tür kurullarda bulunması uluslararası belgelerde de kabul edilen bir durumdur. Kurul'u devletin diğer kurumları, üniversiteler ve barolarla daha yakın hale getirecek olan bu düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir[26].

Dünyadaki örnekler incelendiğinde, yüksek yargı kurullarının tamamen hâkimlerden oluşmadığı, genellikle karma bir yapıya sahip oldukları görülmektedir. Kurullarda yer alabilecek yargıç olmayan üyeler arasında baro temsilcileri, seçkin avukatlar veya hukuk alanında çalışan bilim adamları, yasama ve yürütme organının temsilcileri de bulunabilmektedir. Hatta bazı ülkelerde, sivil toplum temsilcileri veya toplumda seçkin nitelikleriyle öne çıkan vatandaşlar bu kurullarda görev yapabilmektedir[27]. Fransa Hâkimlik Yüksek Konseyi'nin onsekiz üyesinden altısı; parlamento, yargı ve yürütmeyle bağlantısı olmayan, konusunda uzman kişiler arasından atanmakta, İtalya'da ise Hâkimlik Yüksek Konseyi'nin doğal üyeler dışında kalan üyeleri, hukuk profesörleri ve avukatlar arasından seçilmektedir[28].

Anayasa'nın 159 uncu maddesinin 5982 sayılı yasa ile değişik metninde gerek yüksek mahkemelerde gerekse ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcıların kendi aralarından seçecekleri üyeler için

Ankara-2010, s. 107; ÖZEN, Muharrem, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", Ankara Barosu Dergisi, S. 68/1, Y.2010, Ankara-2010, s. 55- 63.

25 GÖNENÇ, Levent, "Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları", Anayasa Çalışma Metinleri, Tepav, Ankara-2011, s. 8.

26 OKUMUŞ, Ali, Türk Hukuk Sisteminde Yargı Erkinin Bağımsızlığı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya-2011, s. 131; İNCEOĞLU, Sibel, "Bağımsız ve Tarafsız Bir Yargı İçin Öneriler", Çatışmacı Bir Toplumdan Uzlaşmaya: Özgürlükçü ve Eşitlikçi Anayasa Sempozyumu, http://www.anayasa2011.com/?p=1869, Erişim Tarihi: 18.11.2011.

27 GÖNENÇ, s. 8.

28 OKUMUŞ, s. 131; FENDOĞLU, s. 320.

her hâkim ve savcının yalnız bir oy kullanacağı belirtilmiştir (m. 159/5). Bu düzenlemenin amacı madde gerekçesinde; seçmen iradesinin sonuçlara en iyi şekilde yansıtılması, seçimlerin tek seferde sonuçlanıp, çoğulculuğun sağlanması olarak ifade edilmiştir[29].

Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davası üzerine, Mahkeme; bu düzenlemenin bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanımadığı için bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşumunu engelleyici nitelikte olduğuna karar vererek madde metnindeki "... Ancak bir aday için ..." ibaresini iptal etmiştir[30]. Böylelikle her seçmenin seçilecek üye sayısı kadar adaya oy vermesi suretiyle yapılacak seçimlerde seçmenlerin oy hakkına saygı gösterilmiş ve seçmenlerin yeterli onayını almış adayların Kurul üyeliğine seçilmesi sağlanmış, dolayısıyla temsildeki adaletsizlik giderilmiş olacaktır[31].

Mahkeme'nin iptal kararı sonrasında uygulanacak bu seçim usulü, azınlığın temsiline imkân tanımayan çoğunlukçu bir anlayışı yansıttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Mahkeme'nin kararı karşısında Venedik Komisyonu da her seçmenin yalnızca bir üye için oy kullanabilmesi şeklindeki seçim usulünün, çoğulcu bir yapı için daha uygun olacağının altını çizerek Mahkeme kararını isabetli bulmamıştır[32].

3.3. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyelerinin Seçiminde Yetkili Organ

2461 sayılı kanunda HSYK'ya seçilen kişilerin sadece Yargıtay ve Danıştay'dan belirlenmesi eleştiri konusu olmuş ve HSYK'nın yapısı ve üyelerinin seçiminde izlenen mevcut yöntemin, Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi Yargıçları Danışma Kurulunun "10 Numaralı Görüşü" ile Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu Raporlarında öngörülen ilkelerle uyumlu olmadığı yönünde eleştirilere yol açmıştır. Ayrıca, Yargıtay ve Danıştay'ın HSYK üyelerini seçme yetkisine sahip olmasına karşın, HSYK'nın da Yargıtay üyelerinin

29 FENDOĞLU, s. 204.

30 Bkz., AYM, 07.07.2010 Tarih ve 2010/48 Esas, 2010/187 Karar sayılı kararı.

31 GÖNENÇ, s. 17.

32 OKUMUŞ, s. 132.

tamamını, Danıştay üyelerinin ise dörtte üçünü seçmesi, mesleki kooptasyon (kast sistemi) olarak algılanmıştır[33].

5982 sayılı kanunla yapılan yeni düzenlemeye göre Kurula üye seçimi, Cumhurbaşkanı, Yargıtay, Danıştay, Adalet Akademisi, adli ve idari yargı hâkim ve savcıları tarafından yapılmaktadır. Sadece, Yargıtay ve Danıştay tarafından üye seçimi terk edilmiş ve Kurula üye seçen birimlerde çeşitlilik sağlanmıştır.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bütün üyelerinin doğrudan doğruya yargı organları tarafından seçilmelerinin, hâkimlerin hâkimler tarafından seçilmesi anlamına gelen 'kooptasyon' sisteminin, yeni bir çeşit kast zihniyetine sahip bir 'yargı teknokrasisi'nin oluşmasına, yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalmasına yol açabileceği, böyle bir kurulun millî iradeye de dayanmadığı için demokrasi ilkelerine uygun düşmeyeceği de ileri sürülmüştür[34].

Anayasanın 159 uncu maddesinde değişiklik yapılmadan önce, HSYK üyelerinin bir kısmının parlamento tarafından seçilmesi de gündeme gelmiştir[35]. HSYK üyelerinin yasama organı tarafından seçimini, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile örtüşmeyeceği ve yasama organının bu Kurul yoluyla yargı üzerinde etkili olabilme tehlikesinin varlığı nedeniyle isabetli görmeyenler de mevcuttur[36]. Yasama organının Kurul'a üye seçiminde yetkili olması gerektiğini savunanların da belirttiği gibi; Kurul üyelerinin yüksek yargı organlarınca önerilerek Meclis tarafından seçilmesi, Kurul'un oluşturulmasında yargı organları ile halkın seçilmiş temsilcilerinden oluşan Meclis arasında yetki paylaşımında makul bir denge kurulması gerektiği[37] fikri daha isabetli görülmektedir. Yargı kurullarının bir kısım üyelerinin parlamento tarafından seçilmesi sırasında muhalefetin de onayının alınabilmesi için nitelikli çoğunluğun

33 YAZICI, Serap, "Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişki Değerlendirme ve Öneriler, (Ed. Serap Yazıcı), Tesev Yayınları, İstanbul-2010, s. 18-19.

34 ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara-2005, s. 361; ÜNAL, s. 90- 95; YAZICI, s. 17; FENDOĞLU, s. 321.

35 YAZICI, s. 17.

36 ÖZEN, s. 55; ODYAKMAZ, s. 165.

37 ATAR, s. 272; İNCEOĞLU, 2011.

aranmasının yerinde olduğu savunulmuştur[38]. Böyle bir durumda hem kurulun demokratik meşruiyeti artacak hem de yasama ile yargı arasında bir bağ tesis edilmiş olacaktır.

Parlamentonun HSYK'ya üye seçmesi usulü, yapılan son değişiklikte kabul edilmemiştir. Birçok çağdaş demokraside ise bu yöntem uygulanmaktadır. İtalya'da kurul üyelerinin 1/3'ü, Portekiz'de onyedi kişiden oluşan kurulun yedi üyesi parlamento tarafından seçilmektedir. İspanya'da ise yargı konseyinin yirmibir üyesinden yirmisi parlamentonun nitelikli çoğunluğunun tavsiyesi üzerine Kral tarafından seçilmektedir. Yapılan Anayasa değişikliğine ilişkin değerlendirmelerde bulunan Venedik Komisyonu da HSYK üyelerini belirleyen kurumlar arasında parlamentoya yer verilmemesini eleştirmiştir[39].

3.4.Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda Adalet Bakanı'nın Konumu

1982 Anayasası, Adalet Bakanı'nın HSYK'nın başkanı, Müsteşarı'nın da kurulun doğal üyesi olduğunu belirtmiş ve bu durum 5982 sayılı kanunla yapılan değişiklikte de aynen korunmuştur.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda Adalet Bakanı ve müsteşarının yer alması ve oy kullanma hakkına sahip olmaları, bu makamda olanların siyasî olduklarından dolayı tarafsızlıklarını koruyamayacakları, bu sebeple yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı prensiplerinin zedelendiği gerekçesiyle eleştirilmiştir[40]. HSYK'nın hâkimlik teminatı esasına göre görev yapacağı öngörüldüğünden, bakan olarak atanma ile birlikte hâkimlik sıfatının kazanılacağı ve böylece kuvvetler ayrılığı prensibine ters biçimde yürütme ve yargı gücünün Adalet Bakanı'nın şahsında toplanacağı kaygısı[41] da dile getirilmiştir. Bakanın emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden Müsteşarın kurulda Bakanla birlikte görev alması eleştirilmiş, böyle bir durumda Müsteşarın aynı kurulda görev alan amirine karşı bağımsız tutum

38 İNCEOĞLU, 2011.

39 OKUMUŞ, s. 135

40 ATAR, s. 271; ÖZAY, s. 110; GERMEÇ, s. 66; SAYAN. s. 62; ÖZEN, s. 62; ÖZBEK ve ERTOSUN, s. 13; EMİNAĞAOĞLU, Ömer Faruk, " 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Yasanın Analitik İncelemesi", http://www.yarsav.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=197:, Erişim Tarihi: 25.10.2011.

41 BİNGÖL, s. 8.

sergileyebilmesi ve Kurul çalışmalarında beklenen etkinliği sağlamasının güç olduğu vurgulanmıştır.

Yargı bağımsızlığının sağlanması açısından yasama ve yürütmenin de Kurul'da katkısına ihtiyaç olduğu[42], hâkim kökenli üyeler dışında, Adalet Bakanı ve Müsteşarı'nın da Kurulda bulunması, hâkimlerin hâkimleri seçtiği bir çeşit kast sistemi olan "kooptasyon" görüntüsünden Kurul'u kurtaracağı savunulmuştur. Kurul'un tamamen hâkim üyelerden oluşması, kurulun kendi içine kapanmasını ve içinde bulunduğu toplumdaki gelişme ve taleplere duyarsız kalma tehlikesini de beraberinde getirecektir[43]. Kurul'un oluşumunda halk iradesinin yansıdığı organların katkısının yadsınmaması gerektiği görüşü de ağır basmaktadır[44].

Adalet Bakanı, genel olarak ülkedeki adalet politikasının yürütülmesinden de sorumlu olduğu için Kurul'da bulunmasının doğal olduğunu ileri süren görüşler de vardır. Bu düşüncede olanlara göre; adalet hizmetlerindeki aksamalardan dolayı parlamentoya karşı hesap vermek zorunda olduğu ve parlamentoyla ilişkileri sağlaması gerektiği için Adalet Bakanı'nın, Bakanlıkla ilişkileri koordine etmek için de Bakanlık Müsteşarı'nın HSYK içinde bulunması gerektiği ileri sürülmektedir[45]. Ancak yargı ile yürütme organı arasındaki etkileşimi sağlamak üzere, yüksek yargı organları başkanları ile yürütme kanadından Adalet Bakanının bulunacağı bir Yüksek Yargı Kurulunun kurulması düşünülebilir. Böylelikle, yargının sorunları her adli yıl açılış törenlerinde yüksek yargı organı başkanları tarafından dile getirilip sonuç alınamaması yerine, yargının sorunları Yüksek Yargı Kurulunda tartışılarak çözüm önerileri Adalet Bakanı vasıtasıyla hükümete, hükümet kanadı ile de parlamentoya sunulup yasal çözüm yollarının üretilmesi daha makul bir yol olarak ileri sürülebilir.

Hâkim ve savcıların tüm özlük işlerini yürütmekle görevli olan HSYK, görev ve yetkileri gereği ülkenin genel adalet politikasını doğrudan etkileme konumundadır ve bu nedenle Adalet Bakanı'nın HSYK'da yer alması bu sorumluluğun bir gereği olarak görülmüştür. HSYK'nın yeniden yapılandırılmasında, örnek alınan Fransız Yüksek

42 OKUMUŞ, s. 127.

43 ÖZBUDUN, s. 361; ÜNAL, s. 90-95.

44 GÖZLER, s. 345; ÜNAL, s. 91.

45 GÖZLER, s. 446; YAZICI, s. 17; FENDOĞLU, s. 312.

Yargı Konseyinde de Adalet Bakanı bulunmaktadır[46]. Estonya, Macaristan, Litvanya, Polonya gibi ülkelerde de Adalet Bakanı'nın Kurulda yer alması sağlanmıştır[47].

Adalet Bakanı ve Müsteşarı'nın HSYK'da yer alması, AB tarafından hazırlanan İstişari Ziyaret Raporları'nın bir kısmında açıkça eleştirilmiştir. 2008 yılındaki raporda ise, Adalet Bakanlığı'nın HSYK'da yalnız bir üye ile temsil edilmesi gerektiği belirtilerek, Bakan'ın Kurul'dan çıkması önerilmiştir. 14 Ekim 2009 tarihinde yayımlanan Avrupa Komisyonu Türkiye ilerleme Raporu'nda ise, Adalet Bakanı ile Müsteşarı'nın HSYK'da kalmalarını öngören Yargı Reformu Stratejisiyle ilgili olarak "reformlar için izlenmesi gereken doğru yolu açıkça gösterdiği" değerlendirmesi yapılmıştır. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğini değerlendiren Venedik Komisyonu da Müsteşarın HSYK'da yer almasını yargı bağımsızlığına aykırı görmemiştir. Adalet Bakanlığı Müsteşarının üye olarak bulunduğu Yüksek Yargı Konseyi bulunmamakla birlikte Müsteşarın hâkimlik mesleğinden gelen ve yargı teşkilatını Adalet Bakanı'na göre daha iyi tanıyan birisi olması nedeniyle yürütme ve yargı arasındaki ilişkinin sağlanması açısından Kurulda yer alabileceği görüşü de mevcuttur[48].

Yürütme organının bir unsuru olan Adalet Bakanı'nın ve onun emrindeki Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın Kurul'un üyesi olamaması gerektiği, böylece kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak, hâkimlerin özlük işlerini yürüten Kurul'un, siyasi tercihlere açık olan yürütme organının müdahalelerine maruz kalmayacağı söylenebilir[49]. Ülkenin adalet politikasından sorumlu olan Adalet Bakanı'na, toplantılara katılıp görüşlerini açıklama ve toplantıları takip edebilme imkânı verilebilir. Bu durum tamamen şekilsel bir durum olmalı ve Bakan'ın oy kullanma hakkı olmamalıdır.

---

46 OKUMUŞ, s. 133; FENDOĞLU, s. 320; DÖNMEZ, Celalettin, "Uluslararası Belgelerde Yüksek Yargı Kurulları, Ülke Örnekleri ve Avrupa Birliği Belgelerinde Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu", http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.say%C4%B1/celalettind%C3%B6nmez.pdf, Erişim Tarihi: 05.11.2011.

47 ERDEM, Kasım ve Mehmet Solak, "Bazı Ülkelerde Yargı Konseylerinin Oluşumu ve Görevleri", Yasama Dergisi, S. 13, Y. 2009, s. 133.

48 OKUMUŞ, s. 133-134.

49 ATAR, s. 272.

3.5. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Organları

Anayasa'nın 159 uncu ve 6087 sayılı HSYKK'nın 5 inci maddesinde kurulun organları; Başkanlık, Genel Kurul, Daireler, Hizmet birimleri olan Genel Sekreterlik ve Teftiş Kurulu olarak belirtilmiştir.

3.5.1. Başkanlık

HSYK'nın bir organı olan başkanlık, başkan ile başkanvekilinden oluşmaktadır. Kurulun başkanı Adalet Bakanı'dır (HSYKK m. 3/3). Adalet Bakanı'nın kurulun başkanı olduğu şeklindeki yasal düzenleme, 1971 yılında yapılan değişiklikle Anayasamızda yer almıştır. Başkanın görev ve yetkileri (HSYKK m. 6/2) şunlardır:

- Kurulu yönetmek ve temsil etmek,
- Kanunlardaki istisnalar saklı kalmak üzere, Genel Kurul çalışmalarına başkanlık etmek ve oy kullanmak,
- Genel Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Genel Sekreteri atamak,
- İlgili dairenin teklifi üzerine, hâkim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma işlemlerine olur vermek,
- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmaktır.

Kurulun başkanvekili, daire başkanları arasından, Genel Kurul tarafından seçilmektedir. Görevi ise başkan katılmadığı zaman genel kurul çalışmalarına başkanlık etmektir. Başkan yetkilerinin bir kısmını yazılı olarak başkanvekiline devredebilir ve başkanvekili devredilen yetkileri kullanabilir (HSYKK m. 6/4-5-6).

Başkanın disiplin işlemleriyle ilgili genel kurul toplantılarına ve dairelerin toplantılarına katılması yasaklanmıştır (m. 6/3). Yapılan bu düzenlemelerle, başkanın önceden tek başına kullandığı bu yetki konusunda iyileştirilmeye gidilmesi yerinde olmuştur. Kurul'a Adalet Bakanı'nın başkanlık etmesi, Kurulun yürütmenin gölgesinde olduğu izlenimini verdiği için eleştirilmiştir. Bu düzenlemeden vazgeçilerek Kurul Başkanı'nın yine Kurul tarafından yapılacak seçimle belirlenmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

3.5.2. Genel Kurul

Genel Kurul'un oluşumu ve görevleri HSYKK'nın 7.ci maddesinde düzenlenmiştir. Kurul'un en geniş yetkili organı Genel Kurul olup, yirmiiki asıl üyeden oluşmaktadır. Genel Kurul'un başlıca görevleri:

- Başkanvekilini ve daire başkanlarını seçmek,

- Dairelerin kararlarına yapılan itirazları inceleyip karara bağlamak,
- Daireler arasında çıkan işbölümü ve görev uyuşmazlıklarını çözmek,
- Yargıtay ve Danıştay üyelerini seçmek,
- Kurulun görev alanına ilişkin yönetmelik ve genelge çıkarmak,
- Teftiş Kurulunda görev yapacak personel ile kurulda görev alacak yargıçları seçmek,
- Genel Sekreterin atanması için teklifte bulunmak,
- Kurulun stratejik planını onaylamak ve uygulamasını takip etmektir (m. 7/2).

HSYKK'nın 29 uncu maddesine göre; Genel Kurul, her yılın ocak ayının onuncu işgünü kendiliğinden toplanarak, yıllık olağan toplantı günlerini tespit eder. Başkan, gereken hâllerde Genel Kurul'u olağanüstü toplantıya çağırabilir. Genel Kurul, en az onbeş üyeyle toplanır ve üye tamsayısının salt çoğunluğuyla karar alır. Genel Kurul toplantı gündemi, Başkan tarafından, Başkanvekilinin de görüşü alınmak suretiyle, işin önemine, ivedi veya süreli oluşuna göre düzenlenir.

Adalet Bakanı Kurul'un başkanı olarak gündemi belirleme yetkisini elinde tutmaktadır. Bu yetkisini kullanarak örneğin, yakın geçmişimizde olduğu gibi Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçimini gündeme almama suretiyle geciktirmesi ihtimal dâhilindedir[50]. Bu konuda da öncelik Bakanda olmamalı, Genel kurulun da gündem oluşturma yetkisi olmalıdır.

3.5.3. Daireler

Anayasa, HSYK'nın mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre kurulup görev yapacağını hemen akabinde de kurulun üç daire halinde çalışacağını belirtmiştir (m. 159/1- 2).

Kurulun daireler şeklinde çalışması 5982 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Anayasa'ya girmiştir. Kurulun üye sayısının artmasıyla birlikte, daireler halinde çalışmasının yerinde bir uygulama olacağı açıktır[51]. Anayasa'da kurulun üç daire halinde çalışması gerektiği düzenlenmiştir (m. 159/2).

50 ÖZEN, s. 63.

51 ÖZBEK ve ERTOSUN, s. 28.

Dairelerin oluşumu, daire başkanlarının seçimi ve dairelerin görevleri HSYKK ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. HSYKK'ya göre (m. 8, 9); kurulun daireleri, yedişer üyeden oluşmakta ve her dairede görev yapacak üyeler, kurul asıl üyeleri arasından Genel Kurul tarafından seçilmektedir.

Daire başkanları, her dairenin kendi üyeleri arasından Genel Kurulca seçilir. 6087 sayılı HSYKK Müsteşarın daire başkanı olarak seçilemeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır (m. 8/3). Daire başkanları, daireyi temsil etmek, daire gündemini hazırlamak ve toplantılara başkanlık etmekle görevlidirler.

3.5.3.1. Birinci Daire

Birinci Daire Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Yargıtay'dan seçilen bir, adlî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilen üç, idarî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilen bir ve Cumhurbaşkanınca seçilen bir asıl üyeden oluşmaktadır (HSYKK, m. 8). Birinci Dairenin görevleri şunlardır;

- Hâkim ve savcılarla ilgili olarak; atama ve nakletme, geçici yetki verme, kadro dağıtma, müstemir yetkileri düzenleme, yıllık ve mazeret izinleri dışında her türlü izin verme,
- Türkiye Adalet Akademisi tarafından yapılan plânlamaya ve alınan taleplere uygun olarak eğitim programlarına katılmaya ilişkin izin verme işlemlerini yapma,
- Meslek öncesi eğitimde staj mahkemelerini belirlemekle görevlidir (m. 9).

Birinci dairenin, hâkim ve savcıları atanması, nakletmesi, geçici yetki vermesi, kadro dağıtma ve müstemir yetkilerin düzenlenmesi gibi önemli yetkilerle donatıldığını görmekteyiz. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Birinci Dairenin doğal üyesidir. Dolayısıyla müsteşar Birinci Daireyi siyasi etkiye açık hale getirmektedir. Hâkim ve savcıların atanması, nakli vb. konularda yetkili olan Birinci Daireye müsteşarın doğal üye olması hâkim ve savcılar üzerinde siyasi etkilere açık olarak atama ve nakil baskısı hissetmelerine neden olabilir. Bu nedenle müsteşar sadece genel kurul toplantılarına katılmalı ve HSYK üzerinde etkin olmaktan çıkarılmalıdır.

3.5.3.2. İkinci Daire

İkinci Daire; Yargıtay ve Danıştay'dan seçilen birer, adlî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilen iki, idarî yargı hâkim ve savcıları

arasından seçilen bir ve Cumhurbaşkanınca seçilen iki asıl üyeden oluşmaktadır (HSYKK, m. 8). İkinci Dairenin görevleri şunlardır;

- Hâkim ve savcıların; her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayırma işlemlerini yapmak,
- Görevlerinden dolayı veya görevleri sırasındaki suç soruşturması ile disiplin soruşturma ve kovuşturması sonucu hakkında karar vermek,
- Disiplin veya suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle geçici yetkiyle yer değiştirmesine veya görevden uzaklaştırılmasına karar vermek,
- Meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar vermek,
- Diğer kurumların geçici görevlendirme ve nakil taleplerine ilişkin izin işlemlerini yürütmekle görevlidir (m. 9).

3.5.3.3. Üçüncü Daire

Üçüncü Daire; Yargıtay ve Danıştay'dan seçilen birer, Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca seçilen bir, adlî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilen iki, idarî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilen bir ve Cumhurbaşkanınca seçilen bir asıl üyeden oluşmaktadır (m. 8). Üçüncü Dairenin görevleri şunlardır;

- Hâkim ve savcı adaylarını mesleğe kabul etmek.
- Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarına ilişkin denetleme işlemlerini Teftiş Kuruluna yaptırmak.
- Hâkim ve savcılar hakkındaki ihbar ve şikâyetleri inceleyip gereğini yapmak.
- Hâkim ve savcıların görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını Teftiş Kurulu eliyle araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri için Başkana teklifte bulunmak.
- Hâkimlik ve savcılık görevine tekrar atanma ile diğer hizmetlerden mesleğe atanma talepleri hakkında karar vermek.
- Meslekten çekilme, çekilmiş sayılma ve görevin sona ermesi hakkında karar vermek.

- İlgili kanunlarda verilen görevlerin yerine getirilmesi bakımından en yakın ağır ceza, bölge adliye ve bölge idare mahkemesini belirlemekle görevlidir (m. 9).

HSYKK madde 30'a göre; daireler, daire başkanının çağrısı üzerine her yılın ocak ayında toplanarak yıllık olağan toplantı günlerini tespit eder. Daire başkanı, gereken hâllerde daireyi olağanüstü toplantıya çağırabilir. Daireler, en az beş üyeyle toplanır ve üye tamsayısının salt çoğunluğuyla karar alır. Dairelerin toplantı gündemi, daire başkanı tarafından işin önemine, ivedi veya süreli oluşuna göre düzenlenir.

3.5.4. Genel Sekreterlik

1982 Anayasası'ndaki ilk düzenlemede, kurulun kendine ait bir sekretaryası bulunmamaktadır. Bu dönemde kurulun sekretarya hizmetleri Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilmiştir. HSYK'nın kendisine ait bir sekretaryasının olmaması, hâkim ve savcıların özlük işlerini belirleyen organın Adalet Bakanlığı olması, uygulamada bu kurulların çalışmalarını olumsuz etkilediği ve bu kurulları idari anlamda yürütme organına bağımlı hale getirdiği için eleştiri konusu olmuştur[52].

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin hukuki işlemlerin hazırlanma aşamasına katılmadığı, tamamen Adalet Bakanlığının hazırladığı işlemleri tek tek inceleyebilmesi güç olduğundan yargıç ve savcıların özlük işleri hakkında sağlıklı karar alınması da neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Bu nedenlerle uygulamada Kurul'un, aldığı kararların önemli bir çoğunluğunda Adalet Bakanlığının belirleyici olması sonucu ortaya çıkmış, yargı bağımsızlığı konusunda endişeler baş göstermiştir. Aynı zamanda Kurul'un ayrı bir binası olmadığı için bu dönemde bütün görevler Adalet Bakanlığı bünyesinde ve Bakanlığın vesayeti altında gerçekleştirilmiştir. Bu olumsuzlukların yaşanmaması, Kurul'un iradesi ve takdirinin aldıkları kararlara tam olarak yansıyabilmesi için yeterli zaman, eleman ve mali olanaklar tanınması gerektiği ve tamamen yürütme organı dışında örgütlenmesinin sağlanıp, Kurul'un kendisine ait bir sekretaryaya sahip olması gerektiği ifade edilmiştir[53].

52 ÖZAY, s. 110; GÖNENÇ, s. 18; BEDER, Bülent, ALTUNDİŞ, Mehmet, "Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi", Yasama Dergisi, S. 13, Y. 2009, s. 117; KUMKUMOĞLU ve KUMKUMOĞLU, s. 108.

53 ÖZAY, s. 110; ÖZEN, s. 51.

Kurulun sekretarya hizmetlerinin Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilmesi Avrupa Birliği Komisyonu (ABK) İstişari Ziyaret raporlarında da eleştiri konusu yapılmış, yargı bağımsızlığı için Kurulun kendisine ait bir sekretarya, bütçe ve binaya kavuşturulması gerektiği tavsiye edilmiştir[54].

5982 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile HSYK'nın kendisine ait bir sekretaryaya sahip olacağı ve HSYK'ya bağlı olarak bir Genel Sekreterlik kurulacağı belirtilmiştir. HSYK'nın idari ve mali işleri ile sekretarya hizmetlerini yürütmekle görevli olan Genel Sekreterlik; Genel Sekreter, dört genel sekreter yardımcısı ile yeteri kadar tetkik hâkimi ve bürolardan oluşmaktadır (HSYKK m. 10). Genel Sekreter, Genel Kurul'un birinci sınıf hakim ve savcılar arasından muvafakatlerini alarak teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır (m. 159/11). Başkanın katılamayacağı ve her bir Kurul üyesinin en fazla üç adaya oy verebileceği Genel Sekreter adaylarının belirleneceği seçimde, en çok oyu alan üç aday teklif edilmiş sayılır (HSYKK m. 11).

Genel Sekreter yardımcıları, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve savcılar arasından, muvafakatleri alınarak doğrudan Genel Kurul tarafından, aynı şekilde Kurulda Genel Sekreterliğe bağlı olarak çalıştırılan tetkik hâkimleri de Genel Kurul tarafından atanırlar (HSYKK m. 11- 12).

Anayasa değişikliği ile Kurul'un kendine ait bir sekretaryaya sahip olması yargı bağımsızlığı adına olumlu bir düzenleme olmakla birlikte, Genel Sekreterin aynı zamanda Adalet Bakanı olan HSYK Başkanı tarafından atanması mevcut durumda çok da farklı bir uygulamaya yol açmadığı eleştirilerini beraberinde getirmiştir[55]. Genel sekreterinin atanması konusundaki son sözün Bakana bırakılması, Adalet Bakanlığının kuruldaki etkinliğini Genel Sekreter üzerinden devam ettirme eğiliminde olduğu eleştirilerini de kuvvetlendirmektedir[56].

Yargı bağımsızlığının güçlenmesi ve yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin azaltılması adına Genel Sekreterin, Kurul tarafından seçilmesi daha isabetli bir uygulama olacaktır. Kurulun kendi sekretaryasının olması, bizzat kendisinin hazırladığı işlemleri görüşme imkânı sağlamıştır.

54 OKUMUŞ, s. 142.

55 GÖNENÇ, s. 18; ÖZBEK, ERTOSUN, s. 24; İNCEOĞLU, 2011.

56 EMİNAĞAOĞLU, s. 71- 72.

HSYKK m. 44'te de Kurul'un kendi bütçesine de sahip olacağı belirtilmiştir. Yasa Kurulun mali açıdan da özerk bir yapıya kavuşması gerektiğini belirtmiştir.

Kurulun idarî ve malî işleri ile sekretarya hizmetlerini yerine getirmek üzere kurulan Genel Sekreterliğin görevleri şunlardır (HSYKK m. 10):

- Kurulun büro işlemlerini yürütmek.
- Kurulun taraf olduğu adlî ve idarî davalar ile icra takiplerinde avukatlar vasıtasıyla Kurulu temsil etmek, davaları takip etmek, ettirmek, hukukî hizmetleri yürütmek.
- Hâkim ve savcıların sicilleri ile şahsî dosyalarını tutmak.
- Kurulun arşiv hizmetlerini yürütmek.
- Kanunlarla malî hizmet ve strateji geliştirme birimlerine verilen görevleri yapmak.
- Hâkim ve savcıların izin ve emeklilik işlemlerini yürütmek.
- Kurul üyeleri ile Kurulda görev yapanların özlük işlemlerini yürütmek
- Kurulun görev alanıyla ilgili hususlarda Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin (UYAP) kullanılmasını sağlamak.
- Kanunlarda gösterilen veya Başkanlık, Genel Kurul veya daireler tarafından verilen diğer işleri yapmaktır.

3.5.5. Teftiş Kurulu

Hâkim ve savcıların görevlerini yasalara uygun olarak yapıp yapmadıkları ve görevleri sırasında suç işleyip işlemedikleri konusunda gerekli denetim ve araştırmayı yapmakla görevli bulunan Teftiş Kurulu (HSYKK m. 14/4), HSYK'nın hizmet birimleri arasında yer almaktadır (HSYKK m. 5/2). İlk kez 1961 Anayasası'nda yer almıştır (Ünal 1994: 108). Değişiklik yapılmadan önceki 1982 Anayasası'nda doğrudan Adalet Bakanı'na bağlı bir teftiş kurulu oluşturulmuş ve hâkimler ile savcıların denetimi ve haklarındaki soruşturmaların bu kurul bünyesinde görev yapan müfettişler tarafından yapılması kabul edilmiştir (m. 144).

Adalet Bakanı inceleme ve soruşturma işlemlerini hakkında inceleme ve soruşturma yapılandan daha kıdemli bir hâkim ya da savcıya da yaptırabilir. 1982 Anayasası'ndaki bu düzenleme, hâkimlerin özlük işlerini yakından ilgilendiren konularda denetleme yapılmasını, yürütmenin temsilcisi olan Adalet Bakanı'na bağlı müfettişlere verdiği için

yargı bağımsızlığını zedelediği gerekçesiyle eleştirilmiştir[57]. Soruşturma izninin Adalet Bakanı tarafından verilmesi, hâkim ve savcıların özlük haklarını ilgilendiren konularda HSYK'nın "şekli bir onay makamı" olmaktan ileri gidemediği eleştirisini de beraberinde getirmişti[58].

Hâkimler ve savcıların meslekte ilerlemeleri, yükselmeleri, atama ve hatta disiplin cezası almaları, haklarında düzenlenen müfettiş raporlarına ve hal kağıtlarına dayandırıldığı için yürütmenin emrinde olan bir teftiş kurulunun varlığı yargı bağımsızlığı ve hakim güvencesi karşısında ciddi bir tehdit oluşturmuştur[59]. Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlanan 2008 raporlarında da Teftiş Kurulu'nun Adalet Bakanlığı'na bağlı olması eleştiri konusu olmuş, Teftiş Kurulu'nun Adalet Bakanlığı bünyesinden alınarak HSYK'ya bağlanması tavsiye edilmiştir[60].

2010 Anayasa değişikliğiyle Teftiş Kurulu, HSYK'nın hizmet birimi olarak görev yapar hale getirilmiştir. Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevlerinin icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerinin, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı'nın oluru ile Kurul müfettişlerince yapılacağı hükme bağlanmıştır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı tarafından yapılmaktadır (m. 159/9).

Bu bağlamda bir düzenleme de Anayasa'nın 144 üncü maddesinde gerçekleştirilmiş; "Hâkimlerin ve Savcıların Denetimi" başlığı, "Adalet Hizmetlerinin Denetimi" şeklinde değiştirilmiş ve maddenin içeriği yeniden düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; Adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler tarafından; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yerine getirilecektir.

57 ÖZEN, s. 52; BEDER, ALTUNDİŞ, s. 117; ÖZBUDUN, s. 363.

58 BEDER ve ALTUNDİŞ, s. 118.

59 ÖZEN, s. 52; GÖZÜBÜYÜK, s. 269- 270; GERMEÇ, s. 66.

60 OKUMUŞ, s. 145.

HSYK'nın hizmet birimi olan Teftiş Kurulu'nun; Teftiş Kurulu Başkanı, iki başkan yardımcısı ile yeteri kadar başmüfettiş ve müfettiş ile bürolardan oluşması öngörülmüştür (HSYKK m. 14/1). Teftiş Kurulu Başkanı ile bu kurulda görev yapacak olan başmüfettişler ve müfettişler Genel Kurul tarafından atanırlar (m.7/2). Teftiş Kurulu, Üçüncü Daire Başkanı'nın gözetiminde HSYK adına görev yapmakta olup, Kurul müfettişleri görevlerini yerine getirirken Teftiş Kurulu Başkanı'na; Teftiş Kurulu Başkanının ise HSYK'ya karşı sorumlu olması kabul edilmiştir (m. 14/2- 3).

Anayasa'nın 159/9 uncu maddesi gereğince hâkim ve savcılar hakkındaki araştırma, gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve HSYK Başkanı'nın oluru ile Kurul müfettişlerince yapılmaktadır. Teftiş Kurulu'nun harekete geçebilmesi için Bakan'ın onayının alınması şeklindeki düzenleme, Teftiş Kurulu'nun fiilen Adalet Bakanı'na bağlandığı ve bu kurul üzerinde Bakan'ın siyasi etkisinin devam ettiği izlenimini vermektedir[61]. Siyasi bir kişilik olan Bakan'ın olurunun aranması, Bakan'ın korumak istediği hâkim veya savcı hakkında soruşturma izni vermeyebileceği ya da istediği hâkim ve savcı hakkında soruşturma başlatabileceği endişesini[62] haklı kılmaktadır. Teftiş Kurulu'nun harekete geçebilmesi için Bakan'ın olurunun alınması gerekmemeli, bu konuda tam yetkili HSYK Genel Kurulu olmalıdır.

Hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmazı olan yargı bağımsızlığının sağlanmasında yürütmenin yargı üzerindeki etkisinin ortadan kaldırılması büyük önem taşımaktadır. Yürütme yargı üzerindeki etkisini daha çok denetim ve teftiş yoluyla gerçekleştirmektedir. Yargı organını denetleyen teftiş kurulunun yürütme ile organik bir bağının bulunması bir takım sorunları beraberinde getirecektir. Yapılan değişiklikle Teftiş Kurulu'nun HSYK'ya bağlanması yerinde bir uygulama olmuştur[63]. Anayasa'nın 144 üncü maddesine göre savcıların idari görevleri yönünden denetiminin Adalet Bakanlığına ait olması kafalarda soru işareti bırakmaktadır. Bu yetkilerin tamamı HSYK bünyesindeki Teftiş Kuruluna bırakılmalıdır. Böylece hem bu konuda yeknesaklık sağlanacak hem de yargı erki kendi denetimini yasama ve özellikle yürütme organının etkisinden uzak

61 KUMKUMOĞLU ve KUMKUMOĞLU, s. 109; ÖZBEK, ERTOSUN, s. 22- 23.

62 ÖZEN, s. 53.

63 ÖZEN, s. 56.

yapmak suretiyle hukuk devletinin tam olarak gerçekleşmesine hizmet edilmiş olunacaktır.

Denetleme, inceleme ve soruşturma işlemlerine, Adalet Bakanın "olur" vermesi, çağdaş ülkelerdeki uygulamalar ile de çelişmektedir. İtalya'da yargıç ve savcılar hakkında disiplin sürecinin başlatılması Yargıtay Başsavcısının yetkisine bırakılmıştır. Yargıtay Başsavcısı disiplin sürecini Adalet Bakanı'nın başvurusu üzerine başlatabileceği gibi, doğrudan kendisi de başlatabilmektedir. Fransa'da Adalet Bakanı'nın hâkimler hakkında disiplin sürecini başlatma yetkisi bulunmakla birlikte, duruma göre; Yargı Konseyi, Yüksek Mahkeme Başkanı ve savcılığın da disiplin sürecini başlatma yetkisi bulunmaktadır. Portekiz'de disiplin süreci ise, Yüksek Yargı Konseyinin isteği ya da ilgililerin şikâyeti üzerine başlamaktadır[64].

4.HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN KARARLARI

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, idari bir Kurul olup verdiği kararlar da idari nitelikte kararlardır. Kurul kararlarının denetimi, alınan kararlar kadar önemli bir yere sahiptir.

4.1. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği

Anayasa'nın 159/1 inci maddesinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı ve görev yapacağı belirtilmiştir. Kurul'un üyelerinin önemli bir çoğunluğunun hâkimler arasından seçilmesi de Kurul'un bir yargı organı niteliğinde olduğu izlenimini uyandırmıştır. Bu durum Kurul'un idari bir organ mı yoksa bir yargı organı mı olduğu tartışmalarını ortaya çıkarmıştır.

Fonksiyonel anlamda düşünüldüğünde HSYK'nın idari bir yapı olarak düzenlendiği ve mahkeme olarak görev yapmadığı söylenebilir[65]. Üyelerinin çoğunluğu hâkim olmakla birlikte hâkim ve savcıların özlük haklarına ilişkin tesis ettiği işlemler maddi anlamda idari işlem niteliğindedir[66]. Üstelik 1982 Anayasası ile idari tasarrufta bulunduğu şüphesiz olan Kurul, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı

64 OKUMUŞ, s. 149; DÖNMEZ, 2010.

65 ATAR, s. 272.

66 ÖZBUDUN, s. 363; GÖZÜBÜYÜK, s. 272; FENDOĞLU, s. 196.

esaslarına göre kurulur ve görev yapar şeklinde tanımlanmakla yargının bir uzvu gibi gösterilmeye çalışılsa da Kurul kararlarının idari nitelikte olmadığı ileri sürülemez.

Anayasa Mahkemesi de, Kurul'un yapısında Adalet Bakanı'nın başkan olarak bulunması nedeniyle, Kurul'un yargısal bir kuruluş, kararlarının da yargısal nitelikli karar kabul edilemeyeceğini belirtmiştir[67]. Çünkü kurulda hâkim olmayan üyeler de bulunmakta olup, Kurul kararlarını alırken bir yargı organı olarak hareket etmemekte ve bir yargılama usulü izlememektedir. Dolayısıyla bu kararları yargı kararı olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle idari bir organ niteliğine sahip olan Kurul'un işlemlerinin de idari bir işlem olduğu açıktır. Kurul'un Anayasa'nın yargı bölümünde düzenlenmiş olması da bu gerçeği değiştirmemektedir[68].

4.2. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi

1982 Anayasası'nın 159/10 uncu maddesi ve 6087 Sayılı Yasanın 33 üncü maddesi gereği HSYK kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması, Kurul'la ilgili yapılan değerlendirmelerde, "hukuk devleti" ilkesi bağlamında, en çok eleştirilen noktalardan biridir[69].

1961 Anayasası dönemindeki Yüksek Hâkimler Kurulu, yapısı itibari ile tamamen yargı mensuplarından oluştuğu halde, işleyişinden dolayı idarî bir organ olarak kabul edilmiş ve kararları kesin olmamakla birlikte, bu kararlara karşı yargı yolu açık tutulmuştur. Gerek teşekkülü, gerekse de işleyiş sistemi açısından idari bir organ olduğu hususunda şüphe duyulmayan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargısal başvuru yolunun anayasa hükmü ile kapatılması, hâkimlik teminatını dolayısıyla da yargı bağımsızlığını zedelemiştir[70].

Anayasada Kurul'un, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasına göre kurulacağı ve görev yapacağı ifadesi HSYK'nın kimliği noktasında da bir takım çelişkileri de beraberinde getirmiştir. Kurul'u idari bir organ olarak değil de bir yargı makamı olarak gören

67 Bkz., Anayasa Mahkemesinin 15.05.1963 Tarih ve 1963/169 Esas, 1963/113 Karar sayılı kararı

68 KIRMAZ, s. 134.

69 YAZICI, s. 17.

70 KIRMAZ, s. 143; KUMKUMOĞLU ve KUMKUMOĞLU, s. 108.

düşünceye göre; yüksek yargıçlardan oluşan kurulca verilen kararlara karşı yargı yoluna gidilmesi aynı konuya ilişkin ikinci bir yargılama yapılması anlamını taşıyacağından Kurul kararlarına karşı dava açma olanağının tanınmadığı anlaşılmaktadır. Kurul'un yapmış olduğu idari tasarrufa karşı ilgili yargı mensubunca itiraz edilmesi durumunda Kurul'un yargısal bir gücü ile sorunu çözümlemesi kuvvetler ayrılığı esasına dayanan Anayasanın temel felsefesine ters düşmektedir[71].

1982 Anayasası'na konulan hüküm ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasının izahı zordur. Hâkimlerin tüm özlük işleri hakkında karar vermeye yetkili bulunan HSYK, bir idari yapı olup, kararları da idari bir işlem niteliğindedir. Yönetsel bir kurulun kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasının, Anayasa'nın (md. 125/1) "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralı ile ve hukuk devleti ilkesi (md. 2) ile bağdaşmayacağı, bu nedenle düzenlemenin değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[72].

Hâkim ve savcıların HSYK tarafından verilen kendi özlük işlerine ilişkin kararlara karşı yargı yoluna başvuramamaları nedeniyle yargıçların görevlerini bağımsız ve tarafsız şekilde yapamayacakları, hatta yargıçların görevlerinin devamı konusunda bile bir güvencelerinin bulunmadığı görülmüştür. Çünkü HSYK'nın sahip olduğu yetkileri kullanarak yargıçların görevine son vermesi mümkün hale getirilmiştir. Hak arama hürriyetini ortadan kaldıran ve hukuk devleti ilkesini temelden sarsan bu hüküm, özlük işleri konusunda uğradığı haksızlığa karşı yargı yoluna başvurabilen bir mahkeme çalışanının sahip olduğu bu hakkın hâkim ve savcılara tanınmaması hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmamaktadır[73]. Ayrıca hak ve adalet dağıtan hâkim ve savcıların hak aramaktan yoksun bırakılması, yargının içerisindeki çelişik durumu ortaya koymaktadır. HSYK'nın yetkisi yalnızca hâkim ve savcıların özlük işlerine yönelik bireysel karar almakla sınırlı değildir. Yüksek Kurul aynı zamanda tüm hâkim ve savcıları ilgilendiren, düzenleyici idari işlem niteliğinde olan yönetmelik ve genelge çıkarma yetkisine de sahiptir (Hakimler ve

71 BİNGÖL, s. 7.

72 ATAR, s. 273; GÖZÜBÜYÜK, s. 272; GERMEÇ, s. 66; ÖZAY, s. 110; CENTEL, Nur, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda Hâkimin Tarafsızlığı, Kazancı Yayınları, İstanbul-1996, s. 23-24; ÖZBUDUN, s. 363; GÖZLER, s. 448.

73 KIRMAZ, s. 142.

Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu-HSYKK m. 7/2). Kurulun kendi görev alanına giren konularda çıkarmış olduğu yönetmelik ve genelgeler de esas itibariyle bir kurul kararı niteliğindedir. Yönetmelik ve genelgelerin üst kurallara dayanması ve bunlara aykırı olmaması gerekmektedir. Yüksek Kurul, yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak amacıyla ve bunlara aykırı olmamak şartıyla düzenleyici işlem yapabilir. Yasalara ve tüzüklere aykırı Kurul kararlarının yargısal denetime tabi olmaması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Şayet Kurul kararlarının dayanağını oluşturan hukuki düzenleme değiştirilir veya kaldırılırsa, bu durumda Kurulun çıkarmış olduğu düzenleyici işlemlerin değiştirilmemesi ve denetlenememesi, bunları yasal düzenlemelerin de üzerine çıkaracaktır ki bu durum Anayasanın 2, 7, ve 125. inci maddeleriyle uyuşmaz. Bir hukuki metin kendisiyle eşdeğer hukuki metinle değiştirilir veya kaldırılır. Yüksek Kurulun çıkarmış olduğu yönetmelik veya genelgenin kendisinden sonra çıkarılan veya değiştirilen kanun ve tüzüklere uygun hale getirilmemesi veya bunların yargısal denetime tabi olmaması Yüksek Kurulu yasa koyucunun da üstüne çıkaracaktır ki, bu durum demokratik hukuk devletinde savunulamaz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir hâkim tarafından ülkemiz aleyhine açılan davada (ALBAYRAK/ Türkiye, Başvuru No: 38406/97, 31.01.2008); diğer kamu görevlileri için geçerli olan güvencelerin yargıçlar için de geçerli olması gerektiğinin altını çizerek, yargıçların diğer kamu görevlilerinden daha az güvenceli olamayacaklarını belirtmiş ve Türkiye'nin AİHS'nin 10 uncu maddesini ihlal ettiğine oybirliği ile karar vermiştir. Benzer bir dava da, KAYASU/ Türkiye (13.11.2008, Başvuru No: 64119/00 ve 76292/01) davasıdır. AİHM, HSYK'nın kararlarına karşı öngörülen başvuru yollarının, AİHS'nin 13 üncü maddesinde düzenlenen etkin başvuru yolu hakkını ve 10 uncu maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlâl ettiğine karar vermiştir[74].

5982 sayılı kanunla Anayasada yapılan değişiklikle Kurulun meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabileceği anayasal bir hüküm haline getirilmiştir (m. 159/10). Ancak bu düzenlemede Kurulun meslekten çıkarma haricindeki kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu da belirtilmiştir. Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak Kurul kararlarının tümünün yargısal denetime açılması gerekir. Yargısal denetimin kurul kararlarının hukuki niteliğini daha da

74 www.inhakbb.adalet.gov.tr, Erişim Tarihi:05.12.11.

güçlendireceğini söyleyebiliriz. Kurul kararlarına karşı başvuru yollarını düzenleyen 6087 sayılı HSYKK ise; "yeniden inceleme", "itiraz" ve "yargı yolu" olmak üzere üç tür başvuru yolu öngörmüştür (m. 33).

4.2.1. Yeniden İnceleme

Yeniden inceleme, Genel Kurul ve dairelerin kararlarına karşı öngörülmüş olan bir başvuru yolu olup, Kurul Başkanı ya da ilgililer on gün içinde yeniden inceleme talebinde bulunabilirler. Yeniden inceleme talebi, ilgili daire ya da Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Genel Kurul tarafından yeniden inceleme talebi üzerine verilen kararlar kesindir (m. 33/1- 2).

Yeniden incelemede, değiştirilmesi istenen kararı tekrar görüşecek olan yine o kararı veren üyeler olacağı için bu yolun etkili bir başvuru yolu olması çok da mümkün gözükmemektedir. Kurul kararlarına karşı yapılan başvurular sonucunda, Kurul'un vermiş olduğu ilk kararından farklı bir karar çıkma ihtimali oldukça düşüktür[75].

4.2.2. İtiraz

Yasada öngörülmüş olan itiraz, sadece dairelerin vermiş olduğu kararlar için geçerli bir yoldur. Genel kurul kararları için böyle bir yol bulunmamaktadır. Dairelerin yeniden inceleme talebi üzerine vermiş oldukları kararlara karşı Başkan ya da ilgililer on gün içerisinde itiraz etme hakkına sahiptir. Yapılan itirazları değerlendirme ve bu konuda bir karar verme yetkisi Genel Kurul'a aittir. İtiraz üzerine Genel Kurul'un vermiş olduğu kararlar kesindir (m. 33/3).

HSYK'nın üye sayısının artırılmış olması nedeniyle, itiraz yolunun önceki döneme göre, daha işlevsel ve etkili olduğu söylenebilir. Ancak itiraz üzerine karar vermeye yetkili olan Genel Kurul'da itiraza konu kararı veren daire üyelerinin de yer alması, bu başvuru yolunun işlevsel ve etkili olma özelliğini azaltmaktadır[76].

Adalet Bakanı'nın yeniden inceleme ve itiraz başvurusu yapması, Bakan'ın Kurul'a karşı daha çok etkin olmak istemesi şeklinde anlaşılabilir ve bu durum Bakan'ın herhangi bir nedenle uygun görmediği kararları yeniden inceletebileceği düşüncesini doğurmaktadır. Dolayısıyla daha tarafsız bir uygulama için Adalet Bakanının bu yetkisinin kaldırılması daha isabetli olacaktır.

---

75 OKUMUŞ, s. 154.

76 İNCEOĞLU, 2011; OKUMUŞ, s. 154.

4.2.3. Yargı Yolu

5982 sayılı yasayla Anayasada yapılan değişiklikle kurulun meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. Meslekten çıkarma kararı ister Genel Kurul isterse daireler tarafından verilmiş olsun, bu kararlara karşı Danıştay'da iptal davası açmak mümkündür (m. 33/5).

Kurulun işlemlerinden sadece meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanların yargı denetimine tabi olmasına karşın diğer işlemlerine karşı yargısal denetimin kapalı olması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hukuk devleti olmanın gereği, Kurul'un tüm işlem ve eylemlerine karşı yargısal denetim kabul edilmelidir. Kademe ilerlemesinin durdurulması, aylıktan kesme, yer değiştirme, birinci sınıfa ayırması şeklindeki işlemler de meslekten çıkarma cezası kadar etkili sonuçlar doğuracak nitelikte olduğu halde bu işlemlere karşı yargısal denetimin kapalı olması hukuk devletine aykırıdır[77].

Meslekten çıkarma kararlarına karşı Danıştay'a başvurulması hakkında da eleştiri yapanlar mevcuttur. Danıştay üyelerinin önemli bir kısmını HSYK seçmektedir. Kurul kararlarının Danıştay'ın denetimine tabi tutulmasının, yargı sistemi içindeki hiyerarşiye ters düşeceği, üye seçimindeki objektifliğe zarar verebileceği endişesiyle yerinde bir karar olmadığı iddia edilmiştir[78]. 2008 yılı Avrupa Birliği İstişari Ziyaret Raporunda da, HSYK'nın yargı sistemindeki statüsü nedeniyle, HSYK kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerektiği tavsiye edilmiştir[79]. Ancak Anayasa Mahkemesi yasama organının kararlarına karşı denetim görevi yapan bir mahkeme olduğu için ve HSYK'nın kararları idari nitelik taşıdığından dolayı Kurul kararlarına karşı Danıştay'a gitmek daha isabetli olacaktır. Özen'in de belirttiği gibi; yargısal denetim bakımından Kurul'un niteliği de dikkate alınarak ilk derece mahkemesi Danıştay'ın ilgili dairesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yapması ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun da temyiz incelemesi yapması isabetli olacaktır[80].

Birçok demokratik ülkede de Kurul kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Fransa'da Yargı Konseyinin kararlarına karşı Danıştay nezdinde

77 ÖZEN, s. 62; İNCEOĞLU, 2011; ÖZBEK, ERTOSUN, s. 16.

78 ÜNAL, s. 90- 91.

79 KIRMAZ, s. 154.

80 ÖZEN, s. 55.

yargı yoluna müracaat etme imkânı bulunmaktadır[81]. İtalyan Anayasası'nda, HSYK'nun kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğuna dair bir hüküm bulunmadığından ve Kurul'un idari bir organ olarak kabul edilmesinden dolayı, Kurul kararlarına karşı idari yargı yolu açıktır[82]. Aynı zamanda Konsey'in Disiplin Dairesinin kararları Yargıtay nezdinde hukukilik denetimine tabidir[83]. İspanya'da ise Konsey'in Daimi Komitesi, Disiplin Komitesi kararları veya Genel Kurul'un ara kararları aleyhine Genel Kurul'a itiraz edilebilmektedir. Genel Kurul'da itiraz üzerine alınan kararlar veya bizzat Genel Kurul tarafından karara bağlanan hususlar için İdari Usul Kanunu çerçevesinde Yüksek İdare Mahkemesinde dava açılabilmektedir[84].

4.3. Hakkında Meslekten Çıkarma Kararı Verilmiş Olanların Durumu

6087 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile daha önce haklarında meslekten çıkarma kararı verilenler için tekrar mesleğe dönüş yolu açılmış, kişilerin kaybettikleri hakları iade edilmiştir. HSYKK geçici 3 üncü maddesine göre 2461 sayılı kanun döneminde haklarında meslekten çıkarma cezası verilen hâkim ve savcıların, bu cezanın kaldırılması için idarî dava açmadan önce, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde Kurul'a başvurmaları gerekir. Başvurunun kabulü halinde; önceki kararın kaldırılmasına, mesleğe kabulde aranan niteliklerin kaybedilmemiş olması şartıyla ilgilinin hâkimlik ve savcılık mesleğine tekrar atanmasına karar verileceği hususu düzenlenmiştir. Başvurunun reddi halinde ise kesinleşen kararların iptali talebiyle ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a başvurulabilecek, dava acele işlerden sayılacaktır.

Geçici maddeyle yapılan bu düzenlemeyle geriye dönük haksızlıklar varsa bunların telafi edilmesi adına önemli bir gelişme kaydedilmiştir. Nitekim 2461 Sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde daha önce yaşanan örneklerde; 12 Eylül 1980 hükümet darbesini yapanlar hakkında anayasal suç işlediğine dair iddianame tanzim edilen, 12 Eylül 1980 hükümet darbesini yapanların yargılanmasını isteyen Cumhuriyet Savcısı Sacit Kayasu ve Dönemin Kara Kuvvetleri Komutanı hakkında 7.

81 DÖNMEZ, 2010; FENDOĞLU, s. 320; SAYAN, s. 65.

82 SAYAN, s. 65.

83 DÖNMEZ, 2010.

84 DÖNMEZ, 2010.

Kolordu Komutanı olduğu dönemde suç işlemek için çete kurduğu iddiasıyla iddianame hazırlayan Cumhuriyet Savcısı Ferhat Sarıkaya için HSYK tarafından görevden uzaklaştırma kararları verilmiştir. Avukatlık bile yapamaz duruma gelen bu savcıların kendi haklarında verilen karara karşı herhangi bir yargı yoluna gidememeleri de Türkiye gündemini uzunca bir süre meşgul etmiştir. Yapılan Anayasa değişikliğiyle bu kişilere yargı yoluna başvurma hakkının verilmesi, yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı adına önemlidir.

5. SONUÇ

Yasama, yürütme ve yargı erkinin birbirinden ayrı ve bağımsız olmasını ifade eden kuvvetler ayrılığı ilkesi, her bir faaliyeti bir organa vermek suretiyle devlet işlerinin muhtelif organlar arasında taksim edilmesini sağlamaktadır. Nasıl birçok meslekte uzmanlaşmaya gidiliyorsa devlet yönetiminde de bunun sağlanması, sistemin daha sağlıklı işlemesini mümkün kılacaktır. Üçlü sacayağına benzetilen bu organlar birbirlerinden kopamadıkları gibi tamamen birbirlerinin alanına da müdahale etmemelidirler. Sistem içinde çok önemli bir yere sahip olan ve adaleti tesis etmekle görevli yargı organı, bağımsızlığı gerçek anlamda sağlandığı sürece olabilecek bütün haksızlıklarla mücadele gücüne sahip olabilecektir. Devlet sistemi içinde bozuk işleyen bazı durumlar olabilse de adaletin bekçisi konumundaki yargının bozulması toplumda da tuzun kokmasına benzetilebilir. İnsanların hak arama sürecinde sığınacakları en son kapıdan ellerinin boş dönmesi yada böyle bir kapının olmaması toplumda meydana gelebilecek en büyük yaralardan biridir. Devletin bekası ve toplumun huzuru açısından yargı organının çok düzenli ve sağlıklı çalışması gerekmektedir. Bütün bunlar yargının bağımsızlığı ile uygulayıcı konumundaki hâkimlerin ve savcıların güven içinde mesleklerini ifa edebilmelerine bağlıdır. Birçok demokratik ülkede olduğu gibi ülkemizde de bu görevi yerine getiren bir kurum olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu mevcuttur.

Süreç içinde yapı itibarıyla birçok değişikliğe maruz kalan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, eleştirilerin odağı olmaktan kurtulamamıştır. Siyasi hedeflerden uzak, tamamen demokratik unsurlarla tesis edilmesi gereken bu kurum yönünden özellikle 2010 yılında yapılan anayasal düzenlemelerle demokratik hukuk devleti bağlamında kısmen olumlu bir gelişme yaşanmıştır.

Yapılan son düzenlemelerle Kurul'un üye sayısı değişik kaynaklardan artırılarak, Kurul karma bir yapıya kavuşturulmak istenmiştir. Hâkim olmayan ama hukuk eğitimi almış öğretim üyelerinin ve avukatların Kurul'da yer alması, çeşitliliği artırmıştır. Bu yaklaşımın Kurul'a farklı bakış açıları kazandıracağı söylenebilir. Sayının artmasıyla birlikte Kurul'un bölümler halinde çalışmaya başlaması, işleyişin daha hızlı ve sağlıklı olmasını sağlayacaktır. Kurula üye seçiminde parlamentonun yetkilendirilmesi gerektiği konusunda ciddi oranda görüş bulunmasına rağmen, bu yetki parlamentoya verilmemiştir. Kurul'un demokratik meşruiyetini artırmak için parlamentoya da Kurula üye seçme yetkisi verilmelidir.

HSYK'nın işleyiş açısından tarafsız ve bağımsız olması ve dışarıdan bakıldığında da böyle görülmesi için Adalet Bakanı'nın ve Müsteşarı'nın Kurul'da bulunmaması gerekmektedir. Bu konuda tam bir mutabakat sağlanamamakla birlikte, eğer adalet politikasının işleyişi konusunda illa Bakan'ın Kurul'da bulunması gerekiyorsa sadece gözlemci olarak bulunması, yani Kurulda herhangi bir yetki ve görevinin aynı zamanda oy hakkının olmaması gerektiği söylenebilir. Yürütmeden sadece bir temsilcinin Kurul'da bulunması yeterli olacaksa ya sadece Bakan bulunmalı ya da sadece Müsteşar bulunmalıdır. Hala Adalet Bakanı'nın Kurul'un başkanı olması yürütmenin Kurul üzerindeki gücünü kaybetmek istemediğini göstermektedir. Kurul'un başkanı Kurul üyeleri tarafından seçilmeli ve mevcut düzenlemeden vazgeçilmelidir.

Kurul'un kendine ait binaya, sekretaryaya ve bütçeye kavuşturulması Kurul'un bağımsızlığı açısından yerinde bir ilerleme olmuştur. Hâkim ve savcılar hakkında gerekli denetim ve araştırmayı yapmakla görevli bulunan Teftiş Kurulu, HSYK'nın birimlerinden biri haline gelmiştir. Bu düzenlemede olumludur. Ancak hakim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma işlerinde "olur" yetkisi halen Adalet Bakanlığına aittir. Öte yandan Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu da halen görev yapmaktadır. Bir an önce bu uygulamadan vazgeçilmeli, yürütmenin hâkimlere müdahale etmesinin önüne geçilmelidir.

HSYK'nın vereceği meslekten çıkarma cezalarına karşı yargı yolu açılmış olmasına rağmen alacağı diğer kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. İdari bir kurul olan HSYK'nın tüm kararlarına karşı yargı yolunun açılması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz bir gereğidir. Kurul kararlarına karşı yargı yolu kapalı olduğu sürece, Anayasa'nın 2. ve

125 inci maddesiyle çelişen bir durum ortaya çıkacak ve yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı siyasi bir kişilik olan Adalet Bakanı ile onun emrindeki Bakanlık Müsteşarının hala etkin olduğu Kurul'un inisiyatifine bırakılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması, Ankara-2010.

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya-2000.

ATAY, Cevdet, Karşılaştırmalı Türk Anayasaları (Değişme ve Gelişme), Ekin Kitabevi, Bursa-1997.

BİNGÖL, İrfan, Yargımız – Yapısı ve Tarihçesi: Oğuzlar, Emeviler, Abbasiler, Moğollar, Selçuklular, Osmanlılar ve Türkiye'nin Yargı Sistemleri, Ankara-1999.

BEDER, Bülent, ALTUNDİŞ, Mehmet , "Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi", Yasama Dergisi, S. 13, Y. 2009, s. 85- 141.

CENTEL, Nur, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda Hâkimin Tarafsızlığı, Kazancı Yayınları, İstanbul-1996.

DÖNMEZ, Celalettin, "Uluslararası Belgelerde Yüksek Yargı Kurulları, Ülke Örnekleri ve Avrupa Birliği Belgelerinde Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu", http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.say%C4%B1/celalettind%C3%B6nmez.pdf, Erişim Tarihi: 05.11.2011.

EMİNAĞAOĞLU, Ömer Faruk, " 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Yasanın Analitik İncelemesi", http://www.yarsav.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=197:, Erişim Tarihi: 25.10.2011.

ERDEM, Kasım, SOLAK, Mehmet, "Bazı Ülkelerde Yargı Konseylerinin Oluşumu ve Görevleri", Yasama Dergisi, S. 13, Y. 2009, s. 123- 143.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara-2010.

GERMEÇ, Mahir Ersin, "Ülkemizde Yargı Bağımsız mı? Yargıç Güvenceli mi?" Bursa Barosu Yayınları, S. 8, Y. 2006, Bursa-2006, s.

65-67,
http://www.bursabarosu.org.tr/paylasim/File/dosyalar/makalemahir__ersin germec.htm, Erişim Tarihi: 29.11.2011.

GÖNENÇ, Levent, "Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları", Anayasa Çalışma Metinleri, Tepav, Ankara-2011, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299852383.Dunyada_ve_Turkiye_de_Yuksek_Yargi_Kurullari.pdf, Erişim Tarihi: 19.09.2011.

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2006.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi, Bursa-2000.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara-2003.

İNCEOĞLU, Sibel, "Bağımsız ve Tarafsız Bir Yargı İçin Öneriler", Çatışmacı Bir Toplumdan Uzlaşmaya: Özgürlükçü ve Eşitlikçi Anayasa Sempozyumu, http://www.anayasa2011.com/?p=1869, Erişim Tarihi: 18.11.2011.

KIRMAZ, Birol, Avrupa Birliği Sürecinde Türk Anayasasında Hâkimlerin Denetimi Ve Yargı Bağımsızlığı, Yayınlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya-2008.

KUMKUMOĞLU, Kemal, KUMKUMOĞLU, Ahmet Kemal, "HSYK'nın 1961 ve 1982 Anayasaları'ndaki Durumu", Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, (Ed. Bahri Öztürk, Fikret İlkiz, Ümit Kocasakal), Seçkin Yayıncılık, Ankara-2010, s. 105-114.

ODYAKMAZ, Zehra, "Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler", Anayasa Yargısı, Ankara -2008, S. 25, s.164, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/zehra_odyakmaz.pdf, Erişim Tarihi: 11.09.2011.

OKUMUŞ, Ali, Türk Hukuk Sisteminde Yargı Erkinin Bağımsızlığı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya-2011.

ÖZAY, İl Han, "Yargı Güvencesi - Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, S. 8, Ankara-1991, s.103-116.

ÖZBEK, Kadir, ERTOSUN, Ali Suat, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme, Yetkin Basımevi, Ankara-2010.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara-2005.

ÖZEN, Muharrem, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", Ankara Barosu Dergisi, S. 68/1, Y.2010, Ankara-2010, s. 31- 65.

SAYAN, İpek Özkal, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 4, C. 4, S. 2, Ankara-2008, s. 44-73.

SELÇUK, Sami, "Yargı Bağımsızlığı", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y. 1997, Kasım Sayısı, s. 1- 8.

ÜNAL, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara-1994.

YAZICI, Serap, "Yargı Reformu Projesi: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişki Değerlendirme ve Öneriler, (Ed. Serap Yazıcı), Tesev Yayınları, İstanbul-2010, s. 17- 20.

http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihm/karar/albayrak10032008.doc , Erişim Tarihi: 05.11.2011.

http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihm/karar/kayasu28.03.2011.doc, Erişim Tarihi: 05.11.2011.

KAMU GÖREVLİLERİNİN CEZA KOVUŞTURMASINA TABİ TUTULABİLMESİ İÇİN YETKİLİ İDARİ MERCİ TARAFINDAN VERİLEBİLECEK KARARLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE DENETİMİ ÜZERİNE

Yrd. Doç. Dr. Abdullah Uz*

ÖZET

Anayasa'da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işlemiş olduğu suçlardan dolayı kovuşturulmalarının, istisnalar dışında, idari makamların iznine bağlı olduğu düzenlenmiştir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usullerinin uygulanması, çok uzun süredir tartışılmaktadır. Bu çalışmada, izin sisteminin genel esaslarının açıklanması ile doktrin ve Danıştay kararlarından hareketle, soruşturma iznine ilişkin kararların hukuki niteliği ve denetimine dair değerlendirmeler yapılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: 4483 sayılı Kanun, Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturması, Görevle İlgili Suçlar, İzin Sistemi, Tahkik Sistemi

JUDICIAL QUALIFICATION AND SUPERVISION OF DECISIONS MADE BY AUTHORIZED ADMINISTRATIVE AGENCIES FOR SUBJECTING PUBLIC OFFICERS TO CRIMINAL INVESTIGATIOON

ABSTRACT

The Constitution of Turkey regulates that, prosecution of public servants and other public employees for alleged offences shall be subject, except in cases prescribed by law, to the permission of the administrative authority designated by law. It should be noted that this exceptional inquiry procedure prescribed for public servants and other public employees has long been discussed. This study aims to discuss the general

* Yükseköğretim Kurulu Strateji Geliştirme Daire Başkanı

principles on the procedure of permission and to define to legal nature of permission and its judicial review from the point of the legal opinion of the doctrine and decisions of Conseil d'Etad.

Keywords: Law No. 4483, Prosecution of Public Servants, Job-related Crimes, Permission System, Investigation System.

GİRİŞ

Bilindiği gibi, ceza yargılamasını oluşturan tüm süreç, yani suç şüphesinin öğrenilmesinden veya suç oluşturan eylemin gerçekleşmesinden hükmün kesinleşmesine kadar sanık hakkında yapılacak tüm işlemler kural olarak adli kolluk ve adli yargı yerlerinin görev ve yetkisindedir. Bununla birlikte, etkin, hızlı, verimli ve saygın bir kamu yönetiminin üstün kamu yararının gereği olduğu; bu çerçevede Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve yöntemleri kullanarak yerine getiren memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri nedeniyle işledikleri öne sürülen suçlardan ötürü doğrudan ceza soruşturmasına bağlı tutulmalarının, hem kamu hizmetinin işleyişinde önemli aksamalara yol açacağı, hem de kamu otoritesinin saygınlığını zedeleyebileceği düşünceleriyle, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin asılsız suçlamalar karşısında korunması için bunların görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan ötürü ceza yargılaması sürecinin başlatılmasından önce idarenin bir inceleme yapması ve bunun sonucuna göre olayın görevli ve yetkili adli makamlara iletilmesi esası benimsenmiştir.

Bu bağlamda; Anayasa'nın 129 ncu maddesinin son fıkrası ile, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, yasanın gösterdiği idari merciin iznine bağlı tutulmuş, buna paralel olarak yasal düzeyde özel düzenlemeler getirilmiştir.

Aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alacağımız tarihsel süreç içerisinde, bu sistemi yasal olarak düzenlemek üzere çeşitli metinler hazırlanmış ve yürürlüğe sokulmuştur. Bu çerçevede ülkemizde, kamu

hizmetinin aksamadan yürütülmesi için öngörülen özel soruşturma sistemini düzenlemek üzere hazırlanan ve geçici (muvakkat) olma niteliğine ters düşecek şekilde yaklaşık 90 yıl uygulamada kalan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHK) 1913 yılında kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur[1].

Ancak adı geçen düzenleme, getirdiği sistemdeki soruşturma aşamalarının çokluğu ve bu aşamalarda görev alanlarının yetersizliği sebebiyle soruşturmaların uzamasına ve sürüncemede kalmasına neden olmuş, bazen de bu süreçte zamanaşımının dolması nedeniyle suçun cezasız kalmasına yol açmış, ayrıca konu ve kapsam yönünden de sakıncaları beraberinde getirmiştir.

Söz konusu sakıncalar, görev sırasında işlenen, ancak görevle ilgisi bulunmayan suçların da bu Kanun kapsamında bulunması nedeniyle belirtilen suçlar hakkında adlî mercilerce doğrudan soruşturma yapılmasına olanak verilmemesi; ayrıca Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisinin 8.8.1941 tarih ve 1255 sayılı yorum kararı uyarınca Türk Ceza Kanununun memur saydığı kişilere de uygulanması, başka bir deyişle, memuriyet statüsünde bulunmayan kişilere de teşmil edilmesi nedeniyle çok geniş bir personel grubunu sistemin içine dahil etmesi olarak özetlenebilir.

Belirtilen sakıncaları gidermek için çıkartılan 4483 sayılı Kanun ile, Kanun kapsamındaki "memurlar ve diğer kamu görevlileri" kavramı açıklığa kavuşturulmak, görev sırasında işlenen, fakat görevle ilgisi bulunmayan suçlar kapsam dışı bırakılmak suretiyle sistemin uygulama

1 MMHK, memurların görev suçları diye adlandıracağımız suçları ele almaktadır. Bu suçlar, *memurların "vazife-i memuriyetlerinden münbais", "vazife-i memuriyetlerinin ifası sırasında hadis"* olan suçlardır. Kısacası, görev suçları dediğimiz, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardır. Kanunun idari makamlara verdiği ve bütünüyle ön soruşturma niteliğinde olan soruşturma iki safhada toplanmaktadır: Birincisi soruşturma yapılması (iptidai tahkikat), ikincisi sonuç çıkarılması (idari tetkikat). Memurun görev suçu işlediği anlaşılırsa, amirin emri ile "iptidai tahkikat" yapılır. Bu soruşturma, amir tarafından veya çoğunlukla amirin soruşturma ile görevlendirdiği soruşturmacı memur tarafından yapılır ve dosya fezleke ile birlikte idari soruşturmayı yapacak idari kurula sunulur. İdari soruşturma üzerine sonuç çıkarıp karar verme faaliyeti daima bir kurul tarafından yapılır.

alanının daraltılması öngörülmüş; ayrıca ceza kovuşturması açılmadan önce idare tarafından yapılacak ön incelemeye göre karar verilmesi esası getirilmiş, böylece soruşturmanın kurullar elinde sürüncemede kalması önlenmiştir. Böylece görevle ilgisi olmayan ancak, görev sırasında işlenen suçlar kapsam dışına çıkarılmış, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat döneminde sisteme dahil olmayan "diğer kamu görevlileri" de sisteme dahil edilmiştir[2]. Ayrıca 4483 sayılı Kanunla, hazırlık soruşturması Cumhuriyet Savcılarına devredilmiştir. İlgili yasama sürecine bakıldığında, 1288(1872) tarihli Memurin Muhakemat Nizamnamesi döneminde yargılama baştan sona idare tarafından yapılırken, 1913 tarihli MMHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, hazırlık soruşturmasının idare tarafından, yargılamanın ise görevli mahkemelerce yapılması söz konusu olmuştur. 4483 sayılı Kanunda ise, memurlar hakkında yapılan isnatlardan dolayı hazırlık soruşturması ve yargılanmaların genel hükümlere göre Cumhuriyet savcıları ve adli mahkemelerde yapılması öngörülmüş, ancak Cumhuriyet savcılarınca hazırlık soruşturması yapılıp yapılmaması idari mercilerin iznine bağlanmıştır[3].

Çalışmanın bundan sonraki kısmında, öncelikle kamu görevlileri ile ilgili özel soruşturma usulüne değinilecek, soruşturma açılabilmesi için öngörülen izin müessesesi üzerinde durulacak, daha sonrasında ise izne ilişkin verilen kararların hukuksal nitelendirmesi ile bu kararlara karşı başvuru yolları ve verilebilecek kararların niteliği hakkında tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

2 TOPUZ, İbrahim, "Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması", Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C.5, s.6, Haziran 2000, s.4.

3 Ayrıntı için bkz. YILDIRIM, Turan, "Memurin Muhakematı-Anayasaya Aykırılığın Mahkemelerce İleri Sürülmesi", *Argumentum-1991*, C.2, S.13, s. 199-201; YAYLA, Yıldızhan, 'Memurların Yargılanması.' *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (IHID), Vakur Versan'a Armağan Özel* Sayısı 1985, Y.6, S.1-3, s. 260-276; YÜCE, Turhan Tufan, "Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Karan Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, C.25, S.5.

1. Kamu Görevlileriyle İlgili Ceza Soruşturması Süreci ve İzin Sistemine Genel Bir Bakış

Yukarıda da değinildiği üzere, ülkemizde memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adlî makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adlî mercie intikal ettirilmesini öngören bir sistem geliştirilmiş, Anayasamızın 129 uncu maddesinin son fıkrasında da "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü[4] ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır" hükmüne yer verilmek suretiyle sözü edilen sistem, Anayasal güvence altına alınmıştır.

Hal böyle olmakla birlikte, kamu görevlileriyle ilgili soruşturmalardaki izin sistemi, Türkiye'de geçmişten bu yana hep tartışılagelen konulardan birisi olmuştur[5]. Bu konuda iki farklı görüşten söz edilebilir. Bir taraftan, memurlara ve diğer kamu görevlilerine tanınan

4 Aslında Anayasanın lafzına bakıldığında, işlenen suça ilişkin bir niteleme yapılmadığı görülmektedir. Daha açık bir ifade ile, (suçlar bakımından) görevi sebebiyle olup olmama şeklinde herhangi bir ayrım yapılmaksızın memurlar ve diğer kamu görevlilerince işlendiği iddia edilen bütün suçlar için soruşturma açılmasının idari merci iznine bağlı kılındığını söylemek mümkündür. Anayasa koyucunun amacının sadece görevle ilgili suçlara özgü bir izin sistemi getirmek olduğu ileri sürülebilirse de madde lafzının, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin her hangi bir suçtan dolayı ceza soruşturmasına maruz kalması için izin sistemini öngördüğü söylenebilir. Bu yaklaşım benimsendiğinde, ilgili yasal düzenlemelerde memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin izin şartını gerektiren hallerin sadece görevle ilgili suçlara özgülendiği ve bu yönüyle ilgili kanun hükümlerinin Anayasanın 129 uncu maddesine aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Kaldı ki, Anayasada ceza kovuşturması açılmasının, kanunla belirlenen istisnalar dışında, idarî merciin iznine bağlı tutulması da memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından kural olarak idari merci izninin şart olduğu, istisnai durumlarda izin şartının aranmayacağı belirtilerek, memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından izin sisteminin genel kural olması gerektiği, kanunda açıkça belirtilen istisnai durumlarda izin gerekmeksizin genel hükümlere göre işlem yapılabileceği öngörülmüştür.

5 ÖZTÜRK, Bahri, "Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmalarının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları," Ceza *Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1978* S.I; ZEREN, Yıldırım, "Memurların Soruşturulmaları Anayasaya Aykırı Kanunlarla Yapılmaz!," *İstanbul Barosu Dergisi 1998,* C.72, S.4-5-6), s. 234-236.

soruşturma ve yargılama ayrıcalıklarının kaldırılarak soruşturmanın doğrudan Cumhuriyet Savcıları ve genel hükümlere tabi olarak yapılması savunurken, diğer taraftan Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmalarının, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabileceği gerekçesiyle izin sisteminin gerekli olduğunu ileri sürülmüştür[6].

Türk Pozitif Hukukunda kamu görevlilerinin soruşturmalarındaki izin sistemine, başta genel düzenleme niteliğindeki 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun olmak üzere, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununda, ve (uygulamada bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılan) idari ve mali özerkliğe sahip kurum ve kuruluşların teşkilat yasalarında yer verildiği gözlenmektedir.

Bu bağlamda, kamu görevlilerinin soruşturmalarındaki izin sistemine ilişkin, karşılaştırmalı bir yöntem benimsenerek diğer ülkelerdeki uygulanan sistemlerden de yararlanılarak kamuda en geniş uygulama alanı olan 4483 sayılı Kanunun getirmiş olduğu sistem üzerinde kısaca durulacaktır.

A. 4483 sayılı Kanunla Getirilen Sistem

a. 4483 sayılı Kanunun Kişi Bakımından Kapsamı

Bilindiği üzere kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir.

---

6 Bu konuda ayrıntılı ve güzel bir çalışma için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", *AÜEHFD. C. VII, S. 1-2, Haziran 2003,* s. 105-128.

Bu durumda, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerde çalışmayan, kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personel 4483 sayılı Kanun kapsamına girmemektedir. Nitekim bunlar, yaptıkları hizmet kamu görevi olarak kabul edilmediğinden Türk Ceza Kanununun uygulamasında memur sayılmamaktadırlar. Maddi ceza hukuku yönünden memur sayılmayan ve memur suçlarıyla cezalandırılmayan bu kişileri usul hukuku yönünden ayrıcalıklı bir duruma getirip memurlar gibi soruşturmaya tabi tutmak düşünülemez.

Nitekim, Anayasanın 128 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" hükmü, 4483 sayılı Kanunun 2 nci maddesine "kamu iktisadi teşebbüsleri" deyimi çıkarılarak aynen alınmak suretiyle kamu iktisadi teşebbüsleri personeli yasa kapsamı dışında tutulmuş, 17 nci maddesi ile de teşebbüs genel müdürleri ve yönetim kurulu üyelerinin yargılanmaları ilgili bakanın iznine bağlı kılınarak yalnızca bunlar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

Ayrıca, kuruluş kanunlarında, personeline Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanmayacağı veya özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilen kamu kurum ve kuruluşları personelinin 4483 sayılı Kanun kapsamına girmeyeceği, buna karşın kuruluş kanunlarında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen kamu tüzelkişileri personeli hakkında ise 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı hususuna özel olarak dikkat edilmesi gerekir.

b. 4483 sayılı Kanunun Suç Bakımından Kapsamı

Kamu görevlilerinin işledikleri suçları, görevleriyle bağlantısı olup olmaması bakımından üç grup içinde toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi görev nedeniyle işlenen suç, ikincisi görev sırasında işlenen suç, üçüncü kişisel suçtur. Üçüncü gruba giren kişisel suçlar bir memurun bir markette alışveriş yaparken satıcıya sövmesi gibi yaptığı görevle hiçbir

bağlantısı olmayan suçlar olduğundan 4483 sayılı Kanun kapsamı dışındadır[7].

Yukarıda da değinildiği üzere, 4483 sayılı Kanunun uygulanabilmesi için kamu görevlisine yürürlükteki yasal hükümler çerçevesinde bir görev verilmiş olması ve kamu görevlisinin de bu görevini ifa ederken bir suç işlemesi gerekir. Diğer bir ifade ile yasa koyucunun 4483 sayılı Kanunun genel gerekçesinde belirttiği gibi; görev sırasında işlenen ve fakat görevle ilgisi bulunmayan suçlar için bu yasa hükümleri uygulanamaz. Başka bir anlatımla "...(4483 sayılı) yasa memurların görevlerini yaptıkları sırada işledikleri suçları dışlayarak yalnız görevleri sebebiyle işledikleri suçları kapsamına almıştır"[8].

Çetin'e göre, *"...görev sebebiyle işlenen suç memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevlerinden doğan ve bu görevleriyle ilgili olan suç demektir. Bunlarla işlenen suç ile görev arasında bir nedensellik bağı vardır ve suç görevin sonucu olarak ortaya çıkar. Görev sırasında işlenen suç ise, memurun göreviyle ilgili olmayan, görevin yapıldığı sırada işlenen suç demektir... Bir nüfus memurunun bütün belgeler verildiği halde, yeni doğan bir çocuğun kaydını uzun süre yapmama eylemi yaptığı görevden doğduğundan görev sebebiyle işlenen suça, makamında çalışırken, bu kaydın gecikme nedenini soran çocuğun babasını dövmesi görev sırasında işlenen suça örnektir."*[9]

Görüldüğü üzere, 4483 sayılı Kanun, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kapsamında yer alan "görev sebebiyle" ve "görev sırasında" işlenen suçlardan yalnızca "görev sebebiyle" işlenen suçları kapsamına almış, "görev sırasında" işlenen suçlar ise kapsam

7 ÇETİN, Erol, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, 2000, s. 401; EREN, Abdurrahman, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat" ile Onu Yürürlükten Kaldıran "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Karşılaştırılması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S. 55-3, s. 56 v.d; ASLAN, Onur Ender, "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Kanun üzerine Düşünceler," *Amme İdaresi Dergisi* ,2000, C. 33, S. I s. 59-77.

8 ÇETİN, s. 392

9 ÇETİN, s. 402.

dışına çıkartılmıştır. Böylece görev sırasında görev sebebi dışında bir nedenle işlenen suçların genel hükümlere tabi olması sağlanmıştır.

Yargıtay'a göre; *4483 sayılı Kanunun ana fikri (ratio legis), memurların soruşturması ile ilgili kuralların dünyada ve ülkemizde geçirdiği evrim, yasa koyucunun görev sırasında işlenen ancak görevle ilgisi bulunmayan suçları kapsamdan çıkarmak suretiyle memur soruşturmaları ile ilgili özel düzenlemenin kapsamını daraltmak istemesi gibi hususlar dikkate alındığında, Kanunda geçen "görev sebebiyle işlenen suç" kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece memurlar tarafından işlenebilen, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiği sonucuna varılmaktadır.*[10]

c. Karşılaştırmalı Hukukta Kamu Görevlilerinin Soruşturulmasına İlişkin Uygulanan Sistemlere Genel Bir Bakış

Çalışma konumuzla ilgili olarak sağlıklı bir hukuki değerlendirme yapılabilmesi bakımından konunun, tarihsel boyutu ve memurların yargılanmasına ilişkin hukuki düzenlemelerin zaman içinde geçirdiği değişiklikler de dikkate alınarak incelenip değerlendirilmesi gerekir.

Karşılaştırmalı bir inceleme yapıldığında, kamu gücü, kamu hizmeti, kamu hizmetlerine yön veren ilkeler ve korunan değerler, kamu hizmeti ilkelerini çiğnemenin doğurduğu zararlar, kamu personeli anlayışı ve devletin genel ve kamu yönetimine ilişkin özel rejimi gözetildiğinde, memur sorumluluğu açısından iki büyük üst sistem karşımıza çıkmaktadır.

Bunlardan İngiltere'de gelişen sistemde, kamu personelinin gereksiz yakınmalara konu olamayacağı inancı yerleşmiş, o nedenle yargısal güvenceyle yetinilmiştir. Yargısal güvenceden amaç memurun yargılanmasını bağımsız yargı organına bırakmaktır. Ancak geniş anlamda yargısal güvence; bunun yanı sıra, memurun ve dolayısıyla yönetimin çeşitli biçimde korunmasını gerektirmektedir. Günümüzde devletlerin

[10] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.02.2004, E. 2004/2-10, K. 2004/40 sayılı karar.

ceza yasalarında, kamu yönetiminin saygınlığını korumak ve düzenli işlemesini sağlamak için, memurlara karşı işlenen ya da memurların işledikleri suçların cezası daha ağırdır. Devlet, memurunu yeterince koruyamazsa bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Hukuk devletinde yargıçlar, savcılar gibi kimi görevliler için çok sınırlı ve temel hukuksal ilkelere dayanılmak koşuluyla özel yargılama yöntemlerinin öngörülmesi olağan bir durumdur. Öte yandan memur da, haklarıyla ya da kendine karşı yapılan disiplin soruşturmalarıyla ilgili olarak yargı önünde hak arama özgürlüğüne sahiptir[11].

Buna karşılık Kara Avrupasında görevlilerin, dolayısıyla yönetimin asılsız suçlamalarla yıpratılacağından kaygıya düşüldüğü için, yargısal güvencenin yanı sıra, yönetsel güvenceye de gerek duyulmuştur. Geniş anlamda yönetsel güvence, hem kamu personelinin statüsüyle ve yükümlülükleriyle ilgili olarak kendine sağlanan, örneğin, kendisiyle ilgili kararlara katılma gibi haklarını ve hem de hakkında cezai bir kovuşturma açılabilmesini belli yöntemlere bağlamayı ifade eder. Dar anlamda ise yalnızca cezai kovuşturmada, adli yargıdan önce, belli bir yönteme bağlı olmak anlaşılır[12]. Diğer bir ifade ile yönetsel güvence üst sistemi, kamu yönetiminin kendisini korumak, saygınlığının örselenmesini önlemek kaygılarından doğmuştur ve son çözümlemede kamu davasının koşulu olmaktadır[13].

Yönetsel güvence sistemi, merkezi devlet sistemini benimseyen ülkelerde, yönetimi koruma kaygısıyla benimsenmiş olmakla birlikte, uygulama başarılı olmamış, devleti korumak şöyle dursun, ona olan güveni sarsmış, devleti zayıflatmıştır.

Yönetsel güvencenin temel alındığı sistemlerde memurların yargılanma usulü ile ilgili olarak üç sistem uygulanmıştır:

1. Muhakeme sistemi. Hem ön soruşturma hem de son soruşturmanın idare tarafından yapıldığı bu sistem, ülkemizde 1871

11 SELÇUK, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TUSİAD Yayınları, 1997, s. 18.
12 Ibid.
13 Ibid.

(1288) tarihli Memurin Muhakematına Dair Nizamname ile kabul edilmişti. Bu Nizamnameye göre memur suçlarının takibi hazırlık soruşturmasından hükmün kesinleşmesine kadar idari makamlar tarafından gerçekleştirilmekteydi.

2. Tahkik sistemi. Bu sisteme göre ön soruşturma yönetsel makamlar tarafından yapılmakta, son soruşturma gerekli görüldüğünde iş mahkemeye havale edilmektedir. 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Yargıtay Kanunu (46. md) bu sistemi benimsemişlerdir.

3. İzin sistemi. Bu sistemde suçun kovuşturulması yetkili bir merciin iznine bağlanmıştır. Anayasanın 129 uncu maddesi, 4483 sayılı Kanun, Hakimler ve Savcılar Kanunu (82. md), yürürlükten kaldırılan 1609 sayılı Kanun, bu sistemi benimsemiştir[14].

Bu açıklamalardan sonra memur yargılaması ile ilgili olarak ülkemiz hukukundaki gelişim ve mevcut sistemler içindeki yeri üzerinde durulabilir. 1871 (1288) tarihli Memurin Muhakematına Dair Nizamname ile muhakeme sistemi kabul edilmişti. Bu Nizamnameye göre, ön soruşturma idare tarafından yapıldığı gibi, son soruşturma da yine idare tarafından yapılmakta ve ceza idare mahkemelerince verilmekteydi. Sonuçta cezayı tayin edenler idare kurulları idi. Bu kurulların mahkumiyet kararlarına karşı da, daha yüksek idare kurullarına başvurulmaktaydı[15].

1913 tarihinde Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile memurların işledikleri suçlarda izlenecek yargılama kuralları yeniden düzenlenmiştir. Yargılama birliği prensibinden etkilenilerek çıkarıldığı düşünülen bu Kanunun önceki Nizamnameden ayrıldığı başlıca nokta, son soruşturmanın yapılmasını adli mahkemelere bırakması olmuştur. Bu yasa

14 ZAFER, Hamide, "4483 sayı ve 2.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2000, S.4, s. 983; Selçuk'a göre, "İzin" sistemine hemen her ülkede ve fakat yalnızca yargıçlar gibi görevliler için çok sınırlı olarak rastlanmaktadır. SELÇUK, s. 21.

15 TOSUN, Öztekin, "Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları", *Adalet Dergisi*, 1984, S. 1-2, s. 14

ile birlikte memur yargılaması açısından ülkemizde tahkik sistemine geçilmiştir[16].

Daha sonra, Anayasanın 129 uncu maddesi ve 3.12.1999 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile tahkik sisteminden "izin" sistemine geçilmiştir.

Görüldüğü üzere, gerek geçmişte yönetsel güvence sistemini temel alan çeşitli ülkelerdeki gelişimin gerekse ülkemizdeki gelişimin, memurların yargılanması konusunda özel kurallar konulmasından vazgeçilmesi ya da uygulama alanının daraltılması suretiyle, genel hükümlerin uygulanmasına yönelik bir süreç yaşanmıştır.

2. Yetkili İdari Merciin Soruşturma İznine İlişkin Kararlarının Hukuki Niteliği

A. 4483 sayılı Kanuna Göre Yetkili İdari Merciin Soruşturma İznine İlişkin Kararlarının Hukuki Niteliği

4483 sayılı Kanun uyarınca, Cumhuriyet Başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni istemesi gerekir. Aynı şekilde, diğer kamu görevlileri de, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikâyet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletmek zorundadır.

16 ZAFER, Hamide, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi 1998,* C.72, S. 2, s. 211-234; ŞAHİN, Faruk, "Memur Yargılama Sistemi Kaldırılıyor mu?", *Sayıştay Dergisi*, S.48, s. 47-74; YÜCE, Turhan Tufan, "Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Karan Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, C.25, S.5; ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", *AÜEHFD,* Haziran 2003, C. VII, S. 1-2, s. 105-128.

İdarenin izin vermeye ilişkin yapacağı incelemenin kapsamı[17], memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan ötürü doğrudan ceza yargılaması sürecinin başlatılmasından kaynaklanabilecek sakıncaların önlenmesi amacıyla sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, idareye tanınan bu izin yetkisi, maddi ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde ceza yargılamasına yönelik bir takdir içermemektedir. İzin vermeye yetkili idarenin, kamusal yetki ve yöntemlerin kullanılması sırasında suç işlendiği iddiasının somut ve subjektif olması, ciddi bulgu ve belgelere dayanması durumunda suç eylemini nitelendirmesi, bu eylemin nitelendirilen suçun maddi ve manevi unsurunu içerip içermediğinin ortaya konulması, daha doğrusu kesin bir biçimde kanıtlanması yoluna gidilmeksizin, ceza yargılaması sürecinin başlatılması konusunda bağlı yetki içerisinde olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, idarenin "takibata" izin vermemesi durumunda, bunun hukuken kabul edilebilir gerekçelerini açıklıkla ortaya koyması zorunlu olup, bu yoldaki tasarrufların, değinilen niteliği gereği idari yargı denetimine açık olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Hal böyle olmakla birlikte geçmişte Danıştay; *"memurların yargılanmalarına ilişkin yasal düzenleme uyarınca, görevlerini ihmal veya kötüye kullandıkları öne sürülen görevliler hakkında soruşturma yapılmasına izin verme konusunda idare amirlerinin takdir yetkisi bulunup, yargısal yoldan idare amirlerini soruşturma açtırmaya zorlamak mümkün olmadığı gibi, soruşturma açılmasına karar veren idare amirinin bu yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yargı kararı verilmesi de mümkün olmamaktadır. Bu itibarla, ... davacı hakkında ceza soruşturması açılmasına ilişkin karar idare amirinin takdir yetkisi içinde olup, yargısal denetimi de mümkün olmadığından, ortada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem bulunmamaktadır."*[18] şeklinde kararlar verebilmiştir.

---

17 Bu konuda ayrıntı için bkz. GÜNERBÜYÜK, Uygar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Şartı Olarak İzin Kavramı ve İznin Denetimi, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, İstanbul 2010.

18 Danıştay Sekizinci Daire, 11/02/1998, E.1997/5382 K.1998/333 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

Uygulamada, izin vermeye yetkili idari merci tarafından, *şikayetin işleme konulmaması, soruşturma açılmasına yer olmadığı, soruşturma açılmaması, soruşturma izni verilmemesi veya soruşturma izni verilmesi* yönünde kararlar verilebilmektedir. Danıştay'ın, söz konusu kararların hukuki niteliği ve doğurabileceği hukuki sonuçlar bakımından her bir karar türü için farklı yaklaşımları benimsediği söylenebilir[19]. Çalışmanın bundan sonraki kısmında, değişik mevzuat hükümlerine dayalı olarak alınan kararların hukuksal nitelendirmesi ve denetimine ilişkin yargı kararları üzerinde durulacaktır.

Danıştay'a göre, *"Adli bir suça ilişkin eylemin soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucunu doğuran "soruşturma izni", Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bakımından ceza yargılaması süreci başlatmakta olup, bu niteliği nedeniyle bir suç isnadının soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi yolunda, ceza yargılamasına ilişkin bir takdirin kullanılmasını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, yasayla gösterilen yetkili makam, suçlamanın niteliğini, Devlet memuru ya da diğer kamu görevlisinin kamusal yetkileri ve yöntemleri kullanmasından kaynaklanan eyleminin suç teşkil edip etmediğini, buna ilişkin delillerin niteliğini araştırarak soruşturma izni verilip, verilmemesine karar vermektedir. Dolayısıyla yetkili makamın, ceza yargılaması yöntemine ait olması nedeniyle idare hukuku alanında sonuç doğurmayan bu tür işlemlerinin iptal davasına konu edilebilecek idari işlem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır."*

Çalışmanın bu kısmında, Danıştay'ın yetkili makamın soruşturma izni verilmemesi yolundaki kararının, ceza yargılaması yöntemine ilişkin olduğundan, iptal davasına konu edilecek bir idari işlem şeklinde nitelendirilemeyeceğine ilişkin genel yaklaşımını ortaya koyan kararları üzerinde durulacaktır.

---

19 Bu konuda ayrıntı için bkz. TOPUZ, İbrahim, "4483 Sayılı Kanun Uyarınca Verilen Ön İnceleme İzni ve Soruşturma İzni Kararlarının Niteliği." *Türk İdare Dergisi,* Mart 2002, Y.74, s. 139-153; GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku,* Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, Cilt I, s. 535-537.

Ankara 8. İdare Mahkemesince; *"(İzin verme konusunda) idarenin takdir yetkisi bulunduğu, söz konusu iznin verilmesi veya verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığının yargı denetimi dışında tutulmasının mümkün olmadığı, çünkü idarenin takdir yetkisi içinde, hukuksal sonuç doğuran idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğu, dosyanın incelenmesinden, idare mahkemelerince verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarını uygulamayan veya uygulayıp çok kısa süre sonra aksi yönde işlemde bulunan ilgililer hakkında yasal kovuşturma yollarının açık tutulması ve hukuk devleti kurallarının işletilmesi için izin verilmesi gerekirken aksine tesis edilen işlemde hukuka uygunluk görülmediği* gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş,[20] söz konusu karar Danıştay Beşinci Dairesi tarafından bozulmuş,[21] ancak Ankara 8. İdare Mahkemesinin bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki önceki kararında ısrar etmesi[22] üzerine konuyu temyizen inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu; ***"Adli bir suça ilişkin eylemin soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucunu doğuran "soruşturma izni", Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bakımından ceza yargılaması süreci başlatmakta olup, bu niteliği nedeniyle bir suç isnadının soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi yolunda, ceza yargılamasına ilişkin bir takdirin kullanılmasını ifade etmektedir.*** Başka bir ifadeyle, yasayla gösterilen yetkili makam, suçlamanın niteliğini, Devlet memuru ya da diğer kamu görevlisinin kamusal yetkileri ve yöntemleri kullanmasından kaynaklanan eyleminin suç teşkil edip etmediğini, buna ilişkin delillerin niteliğini araştırarak soruşturma izni verilip, verilmemesine karar vermektedir. ***Dolayısıyla yetkili makamın, ceza yargılaması yöntemine ait olması nedeniyle idare hukuku alanında sonuç doğurmayan bu tür işlemlerinin iptal davasına konu edilebilecek idari işlem olarak nitelendirilmesine***

20 Ankara 8. İdare Mahkemesi, 21.12.1999, E:1999/348, K:1999/1401 sayılı karar.

21 Danıştay Beşinci Dairesi, 26.3.2003, E:2001/215, K:2003/1001 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

22 Ankara 8. İdare Mahkemesi, 25.9.2003, E:2003/1398, K:2003/1034 sayılı karar

olanak bulunmamaktadır." gerekçesiyle Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin ısrar kararının, Danıştay Beşinci Daire kararı doğrultusunda bozulmasına karar vermiştir[23].

B. 2547 sayılı Kanuna Göre Yükseköğretim Personeli Hakkında Soruşturma Açılmasına İlişkin Kararların Hukuki Niteliği

Bilindiği üzere, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinin ceza soruşturması usulüne ilişkin (c) fıkrasında, yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlarla ilgili olarak soruşturmanın şüphelilerin konumuna göre belirlenecek soruşturmacı tarafından yapılacağı, son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurulların almış olduğu lüzum-u muhakeme kararlarının ilgililerin itirazı üzerine, men-i muhakeme kararlarının ise kendiliğinden Danıştayca[24] incelenerek karara bağlanacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Böylece, yükseköğretim personeli bakımından Anayasanın 129 uncu maddesinden önce yürürlükte bulunan 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi ile özel düzenleme getirilmiş olup, bu madde kapsamındaki kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında, öncelikle soruşturma başlatılması,

---

23 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.11.2007, Esas No: 2004/125, Karar No: 2007/2320. (Danıştay Bilgi Bankası)

24 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53 üncü maddesinde "Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay'ın 2 nci Dairesinde verilen lüzumu muhakeme kararına itiraz ile meni muhakeme kararlarının kendiliğinden incelenmesi Danıştay'ın İdari İşler Kuruluna aittir. Diğer kurullarca verilen lüzumu muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz ile meni muhakeme kararları kendiliğinden Danıştay 2 nci Dairesince incelenerek karara bağlanır. " hükmüne yer verilmiş olup, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 42 nci maddesinde 2.6.2004 günlü, 5183 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle yapılan değişiklik sonucunda bu maddenin (k) bendi uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin mevzuat uyarınca görülecek işler, Danıştay Birinci Dairesinin görevleri arasına girmiştir.

görevlendirilen soruşturmacının bir fezleke düzenlemesi ve sonuçta men-i muhakeme yani yargılanmaya gerek bulunmadığı, ya da lüzum-u muhakeme yani yargılamanın gerekli olduğu kararlarından birisinin yetkili kılınan kurullar tarafından verilmesi zorunluluğu öngörülerek, ceza soruşturması konusundaki yasal prosedürün yükseköğretim personeli açısından nasıl işleyeceği bağlı yetki kuralları içinde belirtilmiş, bu konuda idareye takdir yetkisi tanınmamıştır.

4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerinde ve buna paralel düzenleme içeren 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinde geçen "ilk soruşturma" kavramı, mülga 1412 sayılı CMUK'nda 21.5.1985 tarih ve 3206 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonucunda "hazırlık soruşturması" olarak değiştirilmiş, son soruşturmanın açılması (lüzum-u muhakeme) kararının da hazırlık soruşturması sonunda Cumhuriyet Savcılarınca verilen karar (iddianame) niteliğinde olduğu Yargıtay Ceza Dairelerince verilen kararlarla da teyit edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasında düzenlenen ceza soruşturması ve kovuşturmasına ilişkin hükümler, mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanundan esinlenerek aynı hukuksal yapı içerisinde aktarılmış olduğundan, "ilk soruşturma", "son soruşturmanın açılıp açılmaması" kavramlarının uygulanmasında, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda bu kavramların yerini alan soruşturmaya ilişkin, hükümlere göre işlem yapılması gerekir. Adı geçen Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde "soruşturma", Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre olarak belirtildiğine göre bu evre içerisindeki araştırma, ön inceleme ya da soruşturma sonucunda alınan kararların ceza soruşturmasına ilişkin kararlar olduğu söylenebilir.

2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi uygulamasında, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesi üzerine, 4483 sayılı Kanunda izin müessesesi evresinde öngörülen ön inceleme, şikâyetin işleme konulmaması, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi gibi,

yükseköğretim personeline uygulanması mümkün olmayan prosedürün uygulamaya konulması mümkün değildir.

Danıştay'ın daha önceki yaklaşımına göre, 4483 sayılı Kanunun uygulanmasında, şikâyetin işleme konulmaması yönündeki kararlarda, isnad edilen bir suçtan dolayı ilgililer hakkında yapılacak ön inceleme sonucunda, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi şeklinde tecelli etmesi gereken izin müessesesinin; yasada öngörülen işleme koymama koşullarının ötesinde bir uygulama ile önünün kesilmesi durumunun bulunup bulunmadığının denetlenmesi görevi, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarına itirazları incelemekle görevli mercilere aittir ve bu tür karar idare hukuku alanı dışında kalan ceza soruşturmasına ilişkin kararlardır.

Konu hakkındaki açık yasal düzenlemeler karşısında, bir suç işlendiğine dair ihbar ve şikâyet ile başlayan ceza soruşturmasına ilişkin işlemlerin yasalarda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde sonuçlandırılması için Cumhuriyet Başsavcılığının görevsizlik kararı ile gereğinin yapılması istendiği halde, son soruşturmanın açılıp açılmaması konusunda yetkili kurullara verilen karar verme prosedürü başlatılmadan, ceza yargılamasının görev alanına giren ancak özel hükümlerle bir takım usullere bağlanmış soruşturma sürecinin, yasada öngörülen zorunlu usullere aykırı olarak önlenmesi söz konusu olamaz. Diğer bir ifade ile bu emredici yasa kurallarını bertaraf ederek ceza soruşturmasının önünü tıkayacak şekilde, yükseköğretim personeli hakkında uygulanması kesinlikle mümkün olmadığı halde 4483 sayılı Kanunda öngörülen izin müessesinin uygulanmasıyla ilgili "ön inceleme" prosedürünün işletilmesi ve sonuçta yetkili kurullara verilmiş yetkinin, yasal soruşturma işlemlerine dayanmadan Başkanlık/Rektörlük kararı adı altında tek başına kullanılması hukuka uygun görünmemektedir.

Nitekim Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının ve çeşitli üniversite rektörlüklerinin, ciddi suç iddialarıyla ilgili olarak hiçbir soruşturma yapılmadan, yetkili kurullarca men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararları alınmadan, kimi olaylarda da şikâyet edenin kendileri hakkındaki suç isnadları konusunda hiçbir yasal soruşturmaya dayanmadan,

soruşturma açılmaması ya da şikâyetin işleme konulmaması yolunda aldıkları kararlara yapılan itirazlar Danıştay'ca incelenmiş ve bu kararlar kaldırılarak yasada öngörülen prosedürün işletilmesi için dosyalar ilgili mercilere gönderilmiş, bu kararlar üzerine yetkili makamlarca Kanunda öngörülen soruşturma usulü uygulanarak verilen men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararları Kanun gereği ya da itiraz üzerine Danıştay tarafından incelenerek sonuçlandırılmıştır[25].

Bu bağlamda Danıştayca, gerek 4483 sayılı Kanun ve 2547 sayılı Kanunda, gerekse diğer özel kanunlarda, memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı ön inceleme veya soruşturma sonucunda idari makamlar tarafından verilen kararlara karşı itiraz mercileri, itiraz süresi, bu konudaki kararların kesin olduğu hususları özel olarak düzenlenmek suretiyle, ceza yargısı prosedürünün başlayabilmesi için öngörülmüş olan kuralların uygulanmasından kaynaklanan karar veya işlemlerin yasaların öngördüğü prosedüre ve hukuka uygun olarak tamamlanıp tamamlanmadığı hususu ile birlikte verilen kararların denetiminin Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'a bırakıldığı, bu durumda itiraz mercii öngörülmüş kararların iptal davasının konusu olamayacağının kabul edildiği görüşüne yer verilmiştir[26].

Doktrinde, idarenin yasama ve yargı alanlarından ayrımına ilişkin ölçütler üzerinde idare hukuku literatüründe yapılmış açıklamalara bakıldığında, yargı faaliyetini hazırlayan, kolaylaştıran ve gerçekleştiren faaliyetlerin de yargı alanının bir parçası olduğu, bu itibarla adli zabıta faaliyetlerinin, hazırlık soruşturmasının, savcının kamu davası açmasının,

25 Örneğin bkz. Danıştay Birinci Dairesinin 1.11.2004 günlü, E: 2004/347, K: 2004/334; 25.11.2004 günlü, E: 2004/342, K: 2004/405; 4.2.2005 günlü, E: 2004/663, K: 2005/119; 16.3.2005 günlü, E: 2004/857; K: 2005/375; 6.4.2005 günlü, E: 2005/105, K: 2005/479; 13.4.2005 günlü, E:: 2005/178, K:2005/513; 24.2.2005 günlü, E: 2005/184, K: 2005/655; 12.5.2005 günlü, E: 2005/184, K:2005/655; 6.10.2005 günlü, E: 2005/821, K: 2005/1129;6.10.2005 günlü, E: 2005/749, K: 2005/1152 sayılı kararları. (Danıştay Bilgi Bankası)

26 Danıştay Birinci Daire, 23/05/2007, E.2007/428, K.2007/614 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

ilk soruşturmanın ceza yargısı alanına girdiği[27]; bu konuyu yargı kararlarının öncesinde ve sonrasında yapılan işlemler, yargı kararlarının hazırlığı niteliğindeki işlemler ayrımı içerisinde işleyenlerce, Fransız Danıştay'ının bu konuya ilişkin ilke teşkil edecek kararlarından, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın özgün kararlarından da bahisle Fransız Danıştayı'nın, yargısal prosedürün başlamasına engel olan idari işlemlerin, bir yargıç hakkındaki şikayetin Adalet Bakanlığınca reddi işleminin, adli düzenin sağlanmasına yönelik işlemler olarak adli prosedürün bir parçası şeklinde nitelendirdiği, bu işlemlere karşı açılan iptal davalarını reddettiği ifade edilmiştir[28].

Danıştay'ın önceki yaklaşımı bu yönde olmakla birlikte, yaptırılan yasaya aykırı ön inceleme sonucuna dayalı olarak verilen "soruşturma açılmaması" şeklindeki kararın, 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde öngörülen lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararı niteliğinde olmadığından bahisle itirazın incelenmeksizin reddine karar verilmiş ve böylece Danıştay Birinci Dairesi daha önceki içtihadından dönmüştür.

Danıştay, yetkili merciin soruşturma izni vermemesi, soruşturma açılmaması veya şikayetin işleme konulmaması yolundaki kararlarının Kanunun öngördüğü men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde bir karar olmadığı, iptal davasına konu olabilecek idari işlem niteliği taşıdığından bu tür işlemlere karşı itiraz yoluna gidilmesi yerine iptal davası açılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

Nitekim Rektör hakkında soruşturma açılmamasına ilişkin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı kararının iptali istemiyle açılan davada; "idari davaya konu olabilecek nitelikte" işlem olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar veren Ankara 6. İdare Mahkemesinin 13.10.2004 gün ve E:2004/2092, K:2004/1892 sayılı kararını temyizen ele alan Danıştay, *"Temyize konu kararda belirtilenin aksine, henüz ortada itiraza konu edilebilecek, yetkili kurulca verilmiş bir*

27 BALTA,Tahsin Bekir, İdare Hukuku I Genel Konular (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326) s.10-25.

28 ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, s. 69 v.d.

lüzum ya da men-i muhakeme kararı bulunmamaktadır. "Soruşturma açılmamasına" ilişkin davaya konu işlem, yasada ve temyize konu kararda öngörülen sürece engeldir ve bu işleme karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Bu hale göre kesindir, kamu gücüne dayanmaktadır, doğrudan uygulanmakta ve hukuki sonuç doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle, her yönüyle idari davaya konu olabilecek işlem niteliğindedir."[29] şeklinde karar vermiştir.

Danıştay Birinci Dairesi de*,"yetkili merciin soruşturma izni vermemesi, soruşturma açılmaması veya şikayetin işleme konulmaması yolundaki kararları (2547 sayılı) Kanunun öngördüğü men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde bir karar olmayıp iptal davasına konu olabilecek idari işlem niteliği taşıdığından bu tür işlemlere karşı itiraz yoluna gidilmesi yerine iptal davası açılması"* gerektiğine karar vermiştir.[30]

Görüldüğü üzere Danıştay'a göre, soruşturma izni verilmediği takdirde, yargılama süreci başlatılamayacağı için, idarenin takdir yetkisini kullanmasına dayalı idari işlemle, işlendiği iddia olunan suçun kovuşturulması yolu kapatılmaktadır. İdarenin takdir yetkisini kullanmasına dayalı, tek taraflı ve kamu gücüne dayanan, kamu düzenine ve suçtan zarar görene ilişkin olarak hukuki sonuç doğuran ve bu nedenle kesin ve yürütülmesi zorunlu niteliği bulunan soruşturma izni verilmemesi işleminin, idari yargı denetimine tabi bir idari işlemin unsurlarını taşıdığının kabulü zorunludur.

Ancak, soruşturma açılmaması kararının bir idari işlem olduğu ve idari yargıya konu edilebileceği yönündeki Danıştay yaklaşımını benimsemeyenler de bulunmaktadır. Bunlara göre, 4483 sayılı Kanunun uygulanmasında, şikayetin işleme konulmaması yönündeki kararlarda, isnad edilen bir suçtan dolayı ilgililer hakkında yapılacak ön inceleme sonucunda, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi şeklinde tecelli

29 Danıştay Sekizinci Daire, 09.12.2005, E.2005/1425, K.2005/5059. (Danıştay Bilgi Bankası)

30 Danıştay Birinci Daire, 21.02.2006, E. 2006/7, K.2006/217 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

etmesi gereken izin müessesesinin; yasada öngörülen işleme koymama koşullarının ötesinde bir uygulama ile önünün kesilmesi durumunun bulunup bulunmadığının denetlenmesi görevinin, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarına itirazları incelemekle görevli mercilere ait bulunduğunda ve bu tür kararların, idare hukuku alanı dışında kalan ceza soruşturmasına ilişkin kararlar olduğunda kuşku bulunmamaktadır[31].

C. Hakim ve Savcılar ile Avukatlar Hakkında Ceza Soruşturması İznine İlişkin Kararın Hukuki Niteliği ve Denetimi

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 82-87 nci maddeleri ile, hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlanmış, Adalet Bakanının talimatı üzerine adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yapılan inceleme ve soruşturma sonrasında ilgili raporun Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi, bu Genel Müdürlük tarafından yapılacak inceleme sonunda düzenlenecek düşünce yazısı üzerine kovuşturma yapılmasına gerek olup olmadığının Bakanlıkça takdir edilerek evrakın ilgili mercilere tevdi olunması veya işlemden kaldırılması öngörülmüştür.

Aynı şekilde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 58 inci maddesinde de avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında açılacak soruşturmanın, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine yürütülebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Çalışmanın bu bölümünde Danıştay'ın hâkim ve savcılar ile avukatların soruşturulmasındaki izin sistemine ilişkin kararları üzerinde durulacak ve Bakanlığın izin sürecindeki kararlarının hukuki niteliği ve denetimine dair Danıştay kararları tahlil edilecektir.

---

31 Danıştay Birinci Dairesinin E.2008/1238, K.2009/14 sayılı kararındaki karşıoy gerekçesinden alınmıştır.

Dava konusu işlemin, soruşturma açılmamasına ilişkin bir karar olması nedeniyle ceza yargılamasına yönelik hazırlık işlemlerinden olduğu, bu işlemlerin idari işlem niteliğini taşımadığı ve iptal davasına konu edilemeyeceği gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine yönelik Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 5.10.2006 günlü, E:2006/2358, K:2006/1804 sayılı kararını temyizen ele alan Danıştay Beşinci Dairesinin 1.6.2007 günlü, E:2007/63, K:2007/2777 sayılı kararıyla; takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen Bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi açılan bir dava sonunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin Anayasa ve 2577 sayılı Kanun gereği olduğu ve sözü edilen denetimin ancak idari yargı yerlerince yapılacağının açık olduğu; bu durumda, davacının şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına ilişkin idari işleme karşı açılan davada işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken sözü edilen işlemin şikayet üzerine ilgili yargı mensubu hakkında soruşturma açılmamasına yönelik bir işlem olduğu nitelemesi yapılarak bu işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi bozma kararına uyduğunu belirtmek suretiyle şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına yönelik işlemin de idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve icrai mahiyetinin bulunmadığı gerekçesiyle yeniden davanın incelenmeksizin reddi yolunda karar vermiştir. Söz konusu kararın temyizen incelenerek bozulması talebini ele alan Danıştay, *"Olayda, davacının bir Cumhuriyet Savcısı hakkındaki şikayet dilekçesinin dava konusu işlemle 2802 sayılı Kanunun 97. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca işleme konulmaması üzerine bakılan dava açılmıştır. İdari bir makam tarafından idare işlevine (idare hukuk alanına) ilişkin olarak tesis edilen tek yanlı, icrai nitelikteki işlemler idari işlem olarak tanımlanmakta olup idari işlemlerin iptali istemiyle açılan iptal davalarının görüm ve çözümü idari yargı mercilerinin görev alanı içinde bulunmaktadır. Hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkındaki ihbar ve şikayetlerin 2802 sayılı Kanunun 97. maddesi kapsamına girdiğinden bahisle işleme konulmamasına ilişkin işlemlerin, yargı alanına ilişkin olmayıp Adalet Bakanlığının idare hukuku alanında tesis ettiği tek yanlı,*

icrai nitelikteki idari işlemler olduğunda duraksama bulunmamaktadır. İdari bir faaliyet olan inceleme ve soruşturmanın yolunu kapatan bu işlemlerin idari yargı merciilerince hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasının, Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk Devleti olduğunu öngören 2., idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan 125., ve 36. maddelerinin bir gereği olduğu açıktır. Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 22.10.2009 günlü E:2006/4597, K:2009/1790 sayılı kararı ile Adalet Bakanlığının soruşturma ve kovuşturma izni vermeyen kararlarının da idari yargı mercilerinin yargısal denetimine tabi olduğuna karar verilmiş bulunmaktadır. Bu durumda, davacının şikayetinin işleme konulmamasına ilişkin idari işleme karşı açılan davada, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir[32]. şeklinde karar vermiştir.

Aynı şekilde, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 20.6.2006 günlü, E:2006/1558, K:2006/1248 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması talebini görüşen Danıştayca "*Diğer yandan, gerek 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gerekse 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda, kapsamda bulunan kamu görevlileri hakkında yetkili makamca ve/veya kurulca soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi hakkındaki işlemlere karşı yine aynı yasalarda bir itiraz müessesesi getirilmiş olmasına karşın 2802 sayılı Kanun'da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş; yukarıda da değinildiği gibi bu konu tamamen Adalet Bakanlığının takdirine bağlı kılınmıştır. Bu nedenle öncelikle Adalet Bakanlığınca bu konuda tesis edilen işlemlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.*

...Soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi veya verilmemesi yönündeki Adalet Bakanının yetkisi ile ilgili Adalet Bakanlığı işlemlerinin idari yargının denetimine tabi olup olmadığı hususuna gelince; Hakim ve

32 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E.2009/230, K. 2009/1797. (Danıştay Bilgi Bankası)

Cumhuriyet savcılarında olduğu gibi avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı takipleri 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığının iznine bağlı tutulmuştur. Bu konuda doğan uyuşmazlıklarda Danıştay Sekizinci Dairesinin istikrar kazanan kararlarında; Adalet Bakanlığınca bu konuda izin verilmesi durumunda, ilgili avukat hakkında kovuşturma yapılabildiği, adli işlemlere başlandığı, dava açılabildiği ve böylece kovuşturma açılmasına yönelik idari iznin yargısal denetiminin de yapılmış olduğu; bu konuda izin verilmemesi durumunda ise, ilgili hakkında adli soruşturma ve kovuşturmanın yapılamadığı ve kamu davası açılması yolunun tamamen kapatıldığı, bu nedenle iznin verilmemesine ilişkin idari kararın yargı denetimi dışında tutulmasının düşünülemeyeceği gerekçesiyle sözkonusu idari kararlar idarenin takdir yetkisi içinde hukuksal sonuç doğuran (kamu davası açılmasını engelleyen) idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu, idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak kabul edilmektedir. (Örneğin Sekizinci Dairenin 21.10.1999 günlü, E:1997/3805, K:1999/5313 sayılı kararı.) Gerçekten de Adalet Bakanlığının yargı yolunu açan kararları, (kovuşturma izni veren kararları) ceza yargısı alanına girdiğinden idare işlevinin kapsamı dışında bulunmakta ve bu kararlara karşı açılan davaların da idari yargı mercilerinde görülmesi olanağı bulunmamaktadır.

...(U)yuşmazlığın çözümü için konunun öncelikle hukuk devleti bağlamında ele alınması gerekli görülmüştür…Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." 125. maddesinde de, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının

ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, s.12); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlamasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, s.12 ve Pudas/Sweden, 27.10.1987, para. 40-41) belirtilmiştir. Anayasa'nın 4709 sayılı Kanun ile değişik 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın 36. maddesinde ise hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu açıklamalar karşısında, dava konusu Adalet Bakanlığı işlemi, niteliği itibariyle, 2802 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, tek yanlı irade açıklaması ile hukuki varlık kazanan, davacının başvurusu üzerine kıdemli hakim marifetiyle yapılan inceleme sonucunda ilgili hakim hakkında işlem yapılmaması, yani ilgili hakim hakkında soruşturma ve kovuşturma yolunun kapatılması yönünde hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olup, 4483 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun'da öngörüldüğü gibi incelenebileceği başka bir idari birim veya yargı mercii bulunmadığından ve bu nitelikte bir işleme karşı yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü de olmadığından, idari davaya konu edilebileceği açıktır. Takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen Bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin ayrıca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin gereği olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. ...Diğer yandan, yetkili makamın ceza soruşturmasına başlanılmaması yolundaki kararlarının iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi

tutulmasının, idari yargılama süreci içinde verilmesi olası farklı kararların, ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında kimi sorunlara neden olabilmesi olasılığı yukarıda değinilen hukuk devleti ilkesi gereğince idari işlemin yargısal denetimine engel oluşturmamaktadır." şeklinde karar verilmiştir[33].

Aynı şekilde Danıştay Beşinci Dairesi de vermiş olduğu kararında, *"Adalet Bakanlığı'nca izin verilmesi durumunda ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmekte ve Bakanlıkça kovuşturma açılması gerekli görülürse 2802 sayılı Kanunun 89. maddesi uyarınca ilgililer hakkında doğrudan ceza davası açılmaktadır. İzin verilmemesi durumunda ise ilgililer hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamamakta, yetkili kurul veya merciler tarafından disiplin cezası verilmesi ya da ceza yargılamasını ilgilendiren bir konuda kovuşturma ve kamu davası açılması yolu tamamen kapatılmaktadır. ...Davacının şikayeti üzerine Üsküdar Mahkemesi Hakimi hakkında yapılan inceleme sonucunda işlem yapılmasına gerek görülmediğine ilişkin olarak kurulan işlemin; davalı idarece kamu gücü kullanılarak takdir yetkisi içinde kurulması ve hukuksal sonuç doğurması nedeniyle tüm unsurları ile idari işlem olduğuna, incelenebileceği başka bir idari birim veya yargı mercii kalmadığına ve bu nitelikte bir işleme yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü bulunmadığına göre, Anayasanın 36. maddesinde öngörülen "hak arama özgürlüğü" ve 125. maddesinde öngörülen "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" ilkeleri uyarınca davaya konu edilebileceği tabiidir. Takdir yetkisi kullanılarak kurulan bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, açılan bir dava sonucunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin Anayasa ve 2577 sayılı Kanun gereği olduğu, sözü edilen denetimin ise ancak idari yargı yerlerince yapılacağı açıktır."* ifadelerine yer vermiştir[34].

---

33 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790 sayılı karar, (Danıştay Bilgi Bankası)

34 Danıştay Beşinci Daire, 21/02/2006, E.2005/4897 K.2006/666 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası). Bu yöndeki kararları ele alan bir çalışma için bkz. ULUSOY, Ali,

Danıştay'ın söz konusu yaklaşımını benimsemeyenlere göre ise, *"Ceza soruşturmasının başlangıcını oluşturan "soruşturma izni"; Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden bir eylemin işlendiğine ilişkin iddianın soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucun doğuran bir işlemdir. Bir suç isnadının söz konusu olduğu durumda iddiaların soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi, ceza yargılamasına yönelik bir takdirin kullanılmasıdır. Yetkili makam takdirini kullanırken isnadın niteliğini, faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan eylemin suç teşkil edip etmediğini, kanıtların mevcudiyetini ve hukuken geçerliliğini göz önünde bulundurur. Bu noktada, yetkili makamın konuya ilişkin takdirinin idari görev kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülemez. …Öte yandan, soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin yargısal denetime konu edilmesi, idari yargılama süreci içinde bazı problemlere de neden olabilir. Mahkemece verilen iptal kararının temyizen incelenmesi aşamasında bozulması ya da sonraki yargı sürecinde farklı bir sonuca ulaşılması halinde, Mahkeme kararı üzerine başlatılan soruşturmanın veya soruşturma sonucu açılan kamu davasının sona erdirilmesi olanaksızdır…Sonuç itibariyle, soruşturma izni verilmemesi tamamen ceza yargılamasına ilişkin bir konudur. Kanun koyucunun özel usul kuralları ile düzenlediği bu alanda idari yargılama usulü kuralları uygulanarak, soruşturma süreci başlatılamaz."*[35]

Öte yandan, Danıştay'ın, Avukatlık Kanununun 58 inci maddesi uyarınca avukat hakkında Adalet Bakanlığınca soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin idari işlem niteliğinde olduğu yönünde kararları olduğu gibi aksi yönde kararları da bulunmaktadır.

Nitekim Danıştay,*"1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58.maddesinde de, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı takipleri aynı yasanın 58.maddesine göre Adalet Bakanının vereceği izne bağlanmıştır. Bu iznin verilmesi ile, ilgilisi*

"Danıştay, Ergenekon hakim ve savcılarının yargılanması yolunu açtı", *Akşam Gazetesi*, 13 Kasım 2010.

35 Danıştay Beşinci Daire, 21.02.2006, E.2005/4897 K.2006/666 sayılı kararındaki karşıoy gerekçesi.

hakkında soruşturma yapılabilmekte, verilmemesi durumunda ise soruşturma yapılamamakta ve kamu davası açılamamaktadır. Bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Söz konusu idare izninin veya verilmemesinin hukuka uygun olup olmadığının yargı denetimi dışında tutulması mümkün değildir. Bunun yargıda denetlenmesinin yerindelik denetimi olmadığı açık olup, 1136 sayılı Kanunun 58.maddesi uyarınca oluşturulan Adalet Bakanlığının ilgili hakkında soruşturma yapılmaması yolundaki işlemlerinin, idarenin takdir hakkını kullandığı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemlerden olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle olayda avukat olan kişi hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Adalet Bakanlığı işlemini, idarenin takdir yetkisi içinde, hukuksal sonuç doğuran, idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari bir işlem niteliğinde olduğundan işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, aksi düşünüşle verilen kararda hukuka uyarlık bulunma(dığı)"[36] şeklinde vermiş olduğu kararın aksine, avukatlar hakkında soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi kararının idari faaliyet dışında adli prosedüre geçmeye yönelik bir karar olduğu, idari davaya konu olamayacağı yönünde de kararlar vermiştir.

Bu bağlamda, avukat olan davacı hakkında soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi kararının, ceza yargılamasına yönelik ve idari faaliyet dışında adli prosedüre geçilmeyi sağlayan işlem olduğu ve davaya konu edilemeyeceği gerekçesiyle davayı incelenmeksizin reddeden Ankara 6. İdare Mahkemesinin 14.10.2005 gün ve E:2005/1541, K:2005/1402 sayılı kararının bozulması istemini ele aldığı bahse konu kararında Danıştay, *İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına"* karar vermiştir[37]. Benzer yöndeki Danıştay kararlarında da Adalet Bakanlığının avukat hakkında soruşturma izni verilmemesi ve kovuşturma

36 Danıştay Sekizinci Daire, 15/06/1999, E. 1997/1763, K. 1999/3899 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

37 Danıştay Sekizinci Daire, 03/04/2006, E. 2006/401, K.2006/1300 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

yapılması gerektiğine ilişkin kararlarının, adli suçtan kaynaklanan ve ceza yargılamasına etken olan takdir yetkisi olduğu, bu yetkisinin idari makamlara bırakılmasının onun idari işlem niteliğini kazanmasını sağlamayacağı, idari işlem niteliğinde bulunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir[38].

Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yaklaşımına da değinilmesi, yapılacak hukuki tespit ve değerlendirmeler bakımından yararlı olacaktır. 353 sayılı Kanunun 95 nci maddesinde düzenlenen komutanın soruşturma emri verme yetkisinin, ceza hukukunun kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gereken yargısal nitelik taşıması nedeniyle, idari davaya konu edilmesinin mümkün olmadığına ilişkin kararında AYİM, "Komutanlığın soruşturma emri verilmesine gerek görmediğine ilişkin kararının idari bir işlem niteliğinde olup olmadığının öncelikle irdelenmesi gerektiğini belirttikten sonra, *"353 sayılı kanun uyarınca soruşturma verilip verilmemesi teşkilatında mahkeme kurulan kıta veya kurum amirine verilen bir "adli yetki" niteliğindedir. Soruşturma emri verilip verilmemesi tamamen ceza hukukunu ilgilendirmektedir, sonuçları da ceza hukuku alanında görülmektedir. Komutan tarafından soruşturma emri verilmemesi halinde kanunda itiraz yolunun düzenlenmemiş olması da tamamen ceza hukuku içerisinde değerlendirilmesi gereken bir konudur. Anayasa ile idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapmakla görevlendirilen Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde "adli yetki" niteliğinde bulunan soruşturma emri verilmesinin idari işlem kabul edilerek incelenebilmesi mümkün değildir"*[39]. gerekçesine yer vermiştir.

Uygulamada, soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin yargısal denetime konu edilmesinin, idari yargılama süreci içinde bazı problemlere de neden olabileceği, mahkemece verilen iptal kararının temyizen incelenmesi aşamasında bozulması ya da sonraki yargı sürecinde farklı bir

38 DİDGK nun 27.10.1995 tarih E:1994/926, K.: 1995/739, sayılı kararı, D.D. s. 91. s. 103-105, D. 8 Dairesinin 26.10.1998 tarih E.1996/1992, K.1998/3436 sayılı kararı, D.D. s. 91 s. 364-365. (Danıştay Bilgi Bankası)

39 AYİM. 3. D., 24.11.2005, E. 2005/738, K. 2005/1340, Dergi No:21(AYİM Bilgi Bankası)

sonuca ulaşılması halinde, mahkeme kararı üzerine başlatılan soruşturmanın veya soruşturma sonucu açılan kamu davasının sona erdirilmesinin imkansız olduğu, bir başka ifade ile ceza yargılamasının görev alanına giren sürecin idari yargı kararı ile durdurulmasının ve geri çekilmesinin söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun bu konuda birbiri ile çelişen kararlarının varlığı dikkat çekicidir. Nitekim Danıştay, *"Yetkili makamın ceza takibatına başlanılması ya da başlanılmaması yolundaki kararlarının iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulabileceğinin kabulü, idari yargılama süreci içinde verilmesi olası bir yürütmenin durdurulması ya da iptal kararının uygulanması sonucunu doğuracağından, bu durumun ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında kimi sorunlara neden olacağı(nı)"*[40] belirttiği bir kararı aksine "*yetkili makamın ceza soruşturmasına başlanılmaması yolundaki kararlarının iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulmasının, idari yargılama süreci içinde verilmesi olası farklı kararların, ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında kimi sorunlara neden olabilmesi olasılığı yukarıda değinilen hukuk devleti ilkesi gereğince idari işlemin yargısal denetimine engel oluşturmamaktadır."*[41] şeklinde bizce de daha doğru bir karar vermiştir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kamu görevlileri hakkında özel soruşturma usulü öngörülen durumlarda, izin konusunda yetkili merciler tarafından verilen kararlar ile bu karaların denetimi hususunda, ilgili Danıştay içtihatlarından ve doktrindeki görüşlerden hareketle yapılacak tespit ve değerlendirmelere aşağıda yer verilecektir.

40 İdari Dava Daireleri Kurulu, 22/11/2007, E. 2004/125, K.2007/2320 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

41 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

Bu çerçevede öncelikle, ilgili mevzuat çerçevesinde verilen kararların tasnif edilerek değerlendirilmesinin konunun daha iyi anlaşılmasına hizmet edeceği düşüncesinden hareketle, yetkili merciler tarafından mevzuata göre verilebilecek kararlar ile mevzuatta öngörülmemiş kararlar şeklinde ikili bir ayrıma gidilebilir. Bu bağlamda, soruşturma izni verilmesi veya soruşturma izni verilmemesi(4483 sayılı Kanun, 2802 sayılı Kanun v.d.); lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme (2547 sayılı Kanun) kararları ilgili mevzuatta yetkili merci tarafından verilebilecek kararlar olarak sayılmıştır.

Uygulamada, ceza soruşturmasına izin verilmesi yönündeki kararların yargılama faaliyetinin doğrudan nedeni veya hazırlayıcı işlemi niteliğinde olduğu ve idari davaya konu edilemeyeceği görüşü benimsenmiş ve bu yönde yargı kararları verilmiştir.

Bununla birlikte, Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımının oldukça istikrarsız olduğu ve birbiri ile çelişen kararlar verebildiğini söylemek gerekir. Nitekim Danıştay'a göre, *memurların yargılanmalarına ilişkin yasal düzenleme uyarınca, izin verme konusunda idare amirlerinin takdir yetkisi bulunup, yargısal yoldan idare amirlerini soruşturma açtırmaya zorlamak mümkün olmadığı gibi, soruşturma açılmasına karar veren idare amirinin bu yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yargı kararı verilmesi de mümkün değildir. Bu itibarla, 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi uyarınca davacı hakkında ceza soruşturması açılmasına ilişkin karar idare amirinin takdir yetkisi içinde olup, yargısal denetimi de mümkün olmadığından, ortada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem bulunmamaktadır*[42]. Görüldüğü gibi Danıştay, soruşturma açılması ya da açılmamasına ilişkin idari merciin takdir yetkisini haiz olduğu ve bu hususta yargı yoluyla bir karar almaya zorlanamayacağı şeklinde, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir karar vermiştir.

Öte yandan Danıştay'a göre, *"Adli bir suça ilişkin eylemin soruşturulması ya da soruşturulmaması sonucunu doğuran 'soruşturma*

42 Danıştay Sekizinci Daire, 11/02/1998, E.1997/5382 K.1998/333 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

izni', ceza yargılaması süreci başlatmakta olup, bu niteliği nedeniyle bir suç isnadının soruşturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi yolunda, ***ceza yargılamasına ilişkin bir takdirin kullanılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla yetkili makamın, ceza yargılaması yöntemine ait olması nedeniyle idare hukuku alanında sonuç doğurmayan bu tür işlemlerinin iptal davasına konu edilebilecek idari işlem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır."***[43]

Açıkça görüldüğü üzere Danıştay'ın daha önceki yaklaşımına göre; şikâyetin işleme konulmaması yönünde karar verilerek, yasada öngörülen işleme koymama koşullarının ötesinde bir uygulama ile önünün kesilmesi durumunun bulunup bulunmadığının denetlenmesi görevi, soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararlarına itirazları incelemekle görevli mercilere ait olup, bu tür kararlar İdare Hukuku alanı dışında kalan ceza soruşturmasına ilişkin kararlardır.

Ancak, önceki yaklaşımı bu yönde olmakla birlikte son dönemde Danıştay; yetkili merciin soruşturma izni vermemesi, soruşturma açılmaması veya şikayetin işleme konulmaması yolundaki kararlarının Kanunun öngördüğü men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde bir karar olmadığı, iptal davasına konu olabilecek idari işlem niteliği taşıdığından bu tür işlemlere karşı itiraz yoluna gidilmesi yerine iptal davası açılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

İçtihat değişikliği sonrasında Danıştay, soruşturma izni verilmediği takdirde, yargılama süreci başlatılamayacağı için, idarenin takdir yetkisini kullanmasına dayalı idari işlemle, işlendiği iddia olunan suçun kovuşturulması yolunun kapatıldığı, idarenin takdir yetkisini kullanmasına dayalı, tek taraflı ve kamu gücüne dayanan, kamu düzenine ve suçtan zarar görene ilişkin olarak hukuki sonuç doğuran ve bu nedenle kesin ve yürütülmesi zorunlu niteliği bulunan soruşturma izni verilmemesi işleminin, idari yargı denetimine tabi bir idari işlemin unsurlarını taşıdığının kabulü gerektiğine hükmetmiştir.

43 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.11.2007, E.2004/125, K.2007/2320, sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

Danıştayca, *"Temyize konu kararda belirtilenin aksine, henüz ortada itiraza konu edilebilecek, yetkili kurulca verilmiş bir lüzum ya da men-i muhakeme kararı bulunmamaktadır. "Soruşturma açılmamasına" ilişkin davaya konu işlem, yasada ve temyize konu kararda öngörülen sürece engeldir ve bu işleme karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Bu hale göre kesindir, kamu gücüne dayanmaktadır, doğrudan uygulanmakta ve hukuki sonuç doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle, her yönüyle idari davaya konu olabilecek işlem niteliğindedir."*[44] şeklinde karar verilmiştir.

Aynı şekilde Danıştay'a göre, *"Hakim ve Cumhuriyet savcıları hakkındaki ihbar ve şikayetlerin 2802 sayılı Kanunun 97. maddesi kapsamına girdiğinden bahisle işleme konulmamasına ilişkin işlemlerin, yargı alanına ilişkin olmayıp Adalet Bakanlığının idare hukuku alanında tesis ettiği tek yanlı, icrai nitelikteki idari işlemler olduğunda duraksama bulunmamaktadır. İdari bir faaliyet olan inceleme ve soruşturmanın yolunu kapatan bu işlemlerin idari yargı mercilerince hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasının, Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk Devleti olduğunu öngören 2., idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan 125., ve 36. maddelerinin bir gereği olduğu açıktır.* ***Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 22.10.2009 günlü E:2006/4597, K:2009/1790 sayılı kararı ile Adalet Bakanlığının soruşturma ve kovuşturma izni vermeyen kararlarının da idari yargı mercilerinin yargısal denetimine tabi olduğuna karar verilmiş bulunmaktadır.*** *Bu durumda, davacının şikâyetinin işleme konulmamasına ilişkin idari işleme karşı açılan davada, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, sözü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir*[45].

44 Danıştay Sekizinci Daire, 09/12/2005, E.2005/1425, K.2005/5059 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

45 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E.2009/230, K.2009/1797.

Bu konuda doğan uyuşmazlıklarda Danıştay Sekizinci Dairesinin istikrar kazanan kararlarında; Adalet Bakanlığınca bu konuda izin verilmesi durumunda, ilgili avukat hakkında kovuşturma yapılabildiği, adli işlemlere başlandığı, dava açılabildiği ve böylece kovuşturma açılmasına yönelik idari iznin yargısal denetiminin de yapılmış olduğu; bu konuda izin verilmemesi durumunda ise, ilgili hakkında adli soruşturma ve kovuşturmanın yapılamadığı ve kamu davası açılması yolunun tamamen kapatıldığı, bu nedenle iznin verilmemesine ilişkin idari kararın yargı denetimi dışında tutulmasının düşünülemeyeceği gerekçesiyle sözkonusu idari kararlar idarenin takdir yetkisi içinde hukuksal sonuç doğuran (kamu davası açılmasını engelleyen) idari yargı denetimine tabi, kesin ve yürütülmesi zorunlu, idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak kabul edilmektedir. (Örneğin Sekizinci Dairenin 21.10.1999 günlü, E:1997/3805, K:1999/5313 sayılı kararı.) Gerçekten de Adalet Bakanlığının yargı yolunu açan kararları, (kovuşturma izni veren kararları) ceza yargısı alanına girdiğinden idare işlevinin kapsamı dışında bulunmakta ve bu kararlara karşı açılan davaların da idari yargı mercilerinde görülmesi olanağı bulunmamaktadır.

Ancak, Adalet Bakanlığının soruşturma ve kovuşturma izni vermeyen kararları yönünden durum öğretide tartışmalı olduğu gibi, yargısal kararlarda da zaman içinde farklılıklar olduğu bilinmektedir.

Kovuşturma açılmasının idari makamların iznine tabi olduğu uyuşmazlıklarda Danıştay Beşinci Dairesi, Danıştay Onüçüncü Dairesi ile İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bu tür işlemlerin yargı denetimine tabi olmadığına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Ancak, bu yöndeki kararların istikrar bulduğundan bahsedilemez.

Bu açıklamalar karşısında, dava konusu Adalet Bakanlığı işlemi, niteliği itibariyle, 2802 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, tek yanlı irade açıklaması ile hukuki varlık kazanan, davacının başvurusu üzerine kıdemli hakim marifetiyle yapılan inceleme sonucunda ilgili hakim hakkında işlem yapılmaması, yani ilgili hakim hakkında soruşturma ve kovuşturma yolunun kapatılması yönünde hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olup, 4483 sayılı Kanun ile 2547 sayılı

Kanun'da öngörüldüğü gibi incelenebileceği başka bir idari birim veya yargı mercii bulunmadığından ve bu nitelikte bir işleme karşı yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü de olmadığından, hukuk devleti, Anayasanın 36. maddesinde öngörülen "hak arama özgürlüğü" ve 125. maddesinde öngörülen "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" ilkeleri uyarınca idari davaya konu edilebileceği açıktır. Takdir yetkisi kullanılarak tesis edilen Bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin ayrıca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin gereği olduğunda da kuşku bulunmamaktadır." şeklinde karar verilmiştir[46].

Doktrinde de bu konuda farklı görüşlere yer verilmiştir. Bazılarına göre her ne kadar burada organik açıdan izin vermeye yetkili idari merci tarafından yapılan bir işlem bulunsa da, yapılan işlem doğrudan idari faaliyetle ilgili değil, yargılama faaliyetinin doğrudan nedeni veya sonucu veya bunun doğrudan hazırlayıcı işlemi niteliğindedir. Bu durumda buradaki işlem idari fonksiyona değil, yargısal fonksiyona girmektedir.

Nitekim Ulusoy'a göre, "*Burada bir idari organ… tarafından yapılan bir işlem bulunmaktadır. Buna karşın, ceza soruşturması izni verilmesine yönelik karar yargılama faaliyetinin doğrudan nedeni veya hazırlayıcı işlemi niteliğindedir. Zira bu karar, sonrasındaki yargılama sürecini başlatmakta hatta "tetiklemektedir". Yargılama sürecinin bir parçasıdır. Bu nedenle idari fonksiyona değil, yargı fonksiyonuna dahil bir işlem olarak kabul edilmelidir. Öte yandan, bu işlem tek başına nihai bir hukuki etki veya sonuç doğurmamakta ve ilgilinin o suçu işleyip işlemediği kesin olarak yargılama sonunda belli olmaktadır. O halde bu işlem henüz "kesinleşmiş" ve nihai hale gelmiş de değildir*[47,48].

46 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.10.2009, E. 2006/4597, K. 2009/1790 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

47 Bu nedenle İYUK m.14 ve 15 anlamında "kesin ve yürütülebilir" yani "etkili" bir işlem değildir.

48 ULUSOY, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc (Erişim Tarihi: 02.09.2011)

Gözler ise, her hangi bir ayrım yapmaksızın idari makamların soruşturma açılması veya açılmaması konusunda verdikleri kararların idari bir makamdan çıkmakla birlikte ceza soruşturmasıyla ilgili olmaları nedeniyle, idari değil yargısal nitelikte olduğunu ve bunlara karşı idari yargı organlarında iptal davası açılamayacağını belirtmiştir[49].

Buna karşın Erkut, yargısal prosedürün başlamasına engel olan idari işlemlerin iptal davasına konu olabileceği, yargı yerlerinin görevlerine başlayabilmesi için, öncelikle bu konuda öngörülmüş bulunan adli prosedüre geçilmesi gerektiği, bu aşamaya gelinmesini engelleyen işlemlerin, adli prosedür işlemleri olarak nitelendirilmelerinin mümkün olmadığı görüşündedir[50].

Yine Ulusoy'a göre*, "ceza soruşturması izni verilmemesine ilişkin karar her ne kadar bir yargılama faaliyetiyle bağlantılı olsa da, bu karar üzerine bir sonraki aşamaya yani yargılama aşamasına geçilmesi mümkün olmayacağından, henüz tam anlamıyla bir yargılama faaliyetinden bahsetmek mümkün değildir. Bu kararın yargılama faaliyetini "tetiklemesi" değil, aksine "tetiklememesi" hatta "engellemesi" söz konusudur. Somut olayı yargı faaliyetine hazırlayıcı boyut bu karar ile kendiliğinden sona ermektedir. Bu nedenle bu tür işlemleri bu aşamada yargı fonksiyonuna dahil kabul etmemek gerekir. O halde, idari makamların kamu görevlilerine veya avukatlar gibi bazı spesifik meslekleri icra edenlere yönelik ceza soruşturması izni verilmemesine yönelik kararlarını idari fonksiyon kapsamında görmek daha isabetlidir.*

Öte yandan, bu tür işlemlerin kesinleşmiş, nihai hale gelmiş ve kendi başına hukuki etki ve sonuç doğurmaya elverişli işlemler olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. Zira o kimsenin o fiilinden ötürü yargılanmasını nihai olarak engellemektedir. Danıştay'ın bu konuya ilişkin son zamanlardaki içtihadı da bu yöndedir."[51]

49 GÖZLER, s. 536

50 ERKUT, s. 82

51 ULUSOY, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc (Erişim Tarihi: 02.09.2011)

Aslında bir işlemin hukuki niteliğini, denetime tabi olup olmaması ya da tabi olduğu denetim türüne göre belirlemenin hukuk mantığı bakımından doğru olmadığı kanısındayız. Gerçekten bir işlemin idari işlem kimliğini haiz olup olmadığı, o işlemin tabi tutulacağı denetim sürecinden bağımsız bir husus olarak ele alınması gerekir. Buna rağmen gerek doktrinde gerekse Danıştay kararlarında, kamu görevlilerinin soruşturulmasına dair izne ilişkin yetkili makamlarca verilen kararların herhangi bir inceleme ve denetime tabi olup olmaması hususu da dikkate alınarak sonuca ulaşılmaya çalışıldığı gözlenmektedir.

Halbuki bir işlemin "idari" ya da "yargısal" nitelikte olup olmadığının tespitinin; denetiminin mümkün olup olmadığı ya da hangi denetim sürecine tabi tutulduğuna bağlı olmaksızın yapılması beklenir. Diğer bir ifade ile, bir işlem, idari yargı denetimine tabi tutulduğu için idari işlem değildir; idari işlem olduğu için, istisnai durumlar dışında, idari yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla bu konuda doğru bir sonuca ulaşabilmek için hareket noktası, denetimin varlığı ya da türü değil, işlemin idari işlem vasfı taşıyıp taşımadığına ilişkin organik ve fonksiyonel kriterler olmalıdır.

Nitekim Anayasada yer verilen istisnai durumlarda idari yargıdan bağışık tutulan işlemler, birer idari işlem olma niteliğini kaybetmemekte sadece idari yargı yoluyla denetlenemeyen idari işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dolayısıyla doktrin ve yargı kararlarında ifade edilen "her ne kadar burada organik açıdan izin vermeye yetkili idari merci tarafından yapılan bir işlem bulunsa da, yapılan işlem doğrudan idari faaliyetle ilgili değil, yargılama faaliyetinin doğrudan nedeni veya sonucu veya bunun doğrudan hazırlayıcı işlemi niteliğindedir" görüşün pozitif hukukumuzda bir karşılığının olmadığı kanısındayız. Başka bir ifade ile, bir karar ya yargısal nitelik taşır, ya da idari nitelik. Anglo-Sakson hukukunda kullanılan "yarı yargısal" ya da "yargı benzeri" gibi nitelendirmeleri haklı kılacak açık bir hukuki düzenlemeden söz edilemez.

O nedenle, izne ilişkin kararların organik/fonksiyonel, maddi/şekli kritere göre bir nitelendirmesinin yapılmasına ihtiyaç vardır. Bilindiği

üzere, bir işlemin idari işlem sayılabilmesi için organik açıdan bir idari makamca tesis edilmesinin yanında, idare hukuku esaslarına göre kişiler hakkında idari anlamda hak ve yükümlülükler doğuran, kesin ve uygulanabilir, tek taraflı alınmış olması gerekmektedir. Ayrıca maddi açıdan da İdare Hukuku alanına giren bir işlem niteliğini taşıması ve işlemin bu amaçla tesis edilmiş olması gerekir. Diğer bir ifade ile f*onksiyonel anlamda* bakıldığında, eğer bir işlem "idari fonksiyon"a girer ise ortada "idare" tarafından yapılan, yani "idari" nitelikte bir işlem bulunduğu kabul edilmeli ve "şekli" ölçüte göre yargı fonksiyonuna dahil olmayacağından bu işlemin "idari fonksiyona" dahil olacağı sonucuna varılmalıdır.

Başka bir deyişle, esas işlevi ve devlet yapısı içindeki yeri itibarıyla idari makam fonksiyonu bulunan kamu birimlerinin her türlü irade beyanı ve yetki kullanımı idari işleme vücut vermez. Yürütülen görev, kullanılan yetki ve ortaya konulan kamusal iradenin etki ve sonuçlarını İdare Hukuku alanında göstermesi ve işlemin bu amaçla tesis edilmesi gerekir. İdari yargı yerinde hukuk denetimi yapılacak işlemin, kamu hizmeti yükümlülüğünün ifası için kamu gücü kullanılarak tesis edilen ve İdare Hukuku alanında sonuç doğuran "idari işlem" niteliğinde olması lazımdır.

Bu tespitten hareketle, yetkili idari merciin izne ilişkin kararlarının hukuki niteliği hususunda şunlar söylenebilir. Kamu görevlilerinin görevi nedeniyle suç işlediği iddiası üzerine yetkili idari makamlarca soruşturma iznine ilişkin verilebilecek kararlar ve devamında izlenecek süreç ilgili mevzuatta özel olarak düzenlendiği için, aslında tipik bir idari karar olan "soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi" kararlarına karşı doğrudan idari yargı mercilerine başvurulamamaktadır. Zira, kanun koyucu tarafından, aksine bir düzenleme olmaması halinde, doğal olarak idari yargıda görülüp çözülmesi gereken bu işlem türüne ilişkin özel başvuru yolu öngörülmüş olup, bu tür işlemlere karşı doğrudan idari yargı mercilerine başvuru imkanı bulunmamaktadır.

Ancak, Cumhuriyet Başsavcılarına yapılan şikayet ve ihbarların değerlendirilmesi sonucunda işleme konulmamayı gerektiren nitelikte olanları hakkında yine bu makamlarca şikayetin işleme konulmaması

kararı verilebilmesi yetkisi tanındığına göre, cumhuriyet başsavcılarına intikal eden şikayet ve ihbarlar üzerine yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda şikayetin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayandığı görülerek işleme konulmama kararı verilmeyip dosyanın ön inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmemesi yönünden yetkili mercie intikal ettirilmesinden sonra, yetkili merciin aynı dosya içeriğine göre şikayetin işleme konulmamasına karar vermemesi, bir ön inceleme yaptırarak, ciddi bulgu ve belgelere dayanan kişi ve somut olay belirtilen şikayet hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi yönünde bir karar tesis etmesi gerektiği;[52] şikayet dilekçesinde; iddiaların somut olması, olay, yer ve kişi belirtilmesi durumunda, 4483 sayılı Kanunun 4 üncü maddesine göre yetkili merci tarafından "işleme koymama" kararı verilemeyeceği;[53] dosyada yer alan şikayet dilekçesinde şikayetçinin belli, şikayet konusu eylemin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca; yetkili merci tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi ve söz konusu ön inceleme raporu da göz önünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli yazılı bildirimlerin yapılması, tesis edilen karara karşı itirazda bulunulması durumunda yazılı bildirimlere ilişkin günlü ve imzalı bildirim alındıları ile itiraz dilekçelerinin de eklenerek dosyanın (Danıştay'a) gönderilmesi (gerektiği);[54] mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, yetkili merciin, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediklerini herhangi bir şekilde öğrendiklerinde hemen ön inceleme başlatmaları

52 Danıştay Birinci Daire, 25/04/2006, E. 2006/244, K. 2006/454 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

53 Danıştay İkinci Daire, 26/06/2003, 2003/647, K. 2003/1618 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

54 Danıştay Birinci Daire, 28/01/2005, E. 2004/486 K. 2005/83 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Danıştay İkinci Daire, 07/11/2003, E. 2003/1100, K.2003/2159 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

gerektiği Kanunun amir hükmü olup, takdir yetkilerinin bulunmadığı;[55] yönünde Danıştay kararlarına rağmen yetkili merciler tarafından ilgili mevzuatta öngörülmeyen kararlar da verilebilmektedir. Soruşturma açılmaması, soruşturma açılmasına yer olmadığı, şikâyetin işleme konulmaması gibi kararların verilmesi durumunda, tipik bir idari işlem olarak bunlar hakkında, özel bir düzenleme konusu yapılmadıkları için, genel kurala göre işlem yapılması ve söz konusu kararların yetkili idari yargı merciinin denetimine tabi tutulması gerekir.

Öte yandan kamu görevlileri hakkında yetkili merci tarafından verilen soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi yönündeki kararlara itiraz üzerine bölge idare mahkemeleri veya Danıştay Birinci Dairesi tarafından verilen kararların idari fonksiyona mı yoksa yargı fonksiyonuna mı dâhil olduğu hususu da aydınlatılmayı bekleyen önemli bir konudur.

Bu hususta Ulusoy, *"4483 sayılı Kanuna göre,…(a)mirlerin soruşturma izni vermesi veya vermemesi yönündeki kararlarına karşı, daha alt düzeydeki kamu görevlileri hakkında bölge idare mahkemelerine, üst düzey kamu görevlileri hakkında ise Danıştay 1. Dairesine itiraz edilebilmektedir. İtiraz üzerine verilen kararlar* ***"kesindir"****. Üniversite öğretim elemanları gibi bazı kamu görevlisi kategorileri için de aynı yönde özel yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda, amirlerce verilen soruşturma izni verme veya vermeme yönündeki kararlara karşı yapılan itirazlar üzerine bölge idare mahkemeleri veya Danıştay 1. Dairesi tarafından verilen kararların yargı fonksiyonu mu yoksa idari fonksiyon kapsamında mı görülmesi gerektiği hususunu ayrıca tartışmak gerekmektedir.* ***Bu noktada, yapılan itiraz üzerine bölge idare mahkemesince veya Danıştay 1. Dairesince nihai olarak soruşturma izni verilmesi sonucu doğuran kararların idari fonksiyona değil, daha ziyade yargı fonksiyonuna girdiğini kabul etmek gerekir.*** *Zira yukarıda da değinildiği üzere bu karar, devamında sözkonusu olacak ceza soruşturması ve kovuşturması ile ceza davası sürecinin ayrılmaz bir parçasıdır. Ayrıca bu durumda sözkonusu karar henüz nihai anlamda*

55 Danıştay İkinci Daire, 11/03/2004, E. 2004/182, K. 2004/230 sayılı karar. (Danıştay Bilgi Bankası)

hukuki etkisini ve sonucunu doğurmadığından (zira suçlananın ceza alıp almayacağı ancak ceza mahkemesindeki yargılama sonucunda belli olacaktır), ortada idari davaya konu olabilecek tamamlanmış, yani "kesin ve yürütülebilir işlem" de bulunmamaktadır. ***Buna karşın, itiraz üzerine bölge idare mahkemesince veya Danıştay 1. Dairesince verilen ve soruşturma izni verilmemesi sonucunu doğuran kararların durumu tartışmaya çok daha açıktır.*** *Bu noktada asıl tartışılması gereken, bölge idare mahkemesi veya Danıştay 1. Dairesinin itiraz üzerine verdiği kararın "şekli ölçüt" anlamında, "bağımsız bir mahkeme tarafından, yargılama usulleri uygulanarak, kesin hüküm niteliğinde verilen karar" sayılıp sayılamayacağıdır. Danıştay 1. Dairesi, Anayasa ve Danıştay Kanunu ile Danıştaya verilen idari ve istişari nitelikteki görevleri yerine getirmekte olup, yargılamaya ilişkin görev icra eden dava dairelerinden değildir. Yani "yargı mercii" konumunda değildir.* ***Bu bağlamda, her ne kadar belli kategorilerdeki kamu görevlilerinin soruşturma izinlerine ilişkin itirazları incelemesi esnasında yargılama usulüne benzer bir usul uygulasa da, Danıştay 1. Dairesi, teknik anlamda "mahkeme" niteliğine sahip olmadığından, verdiği kararların "mahkeme tarafından verilen kesin hüküm" niteliği bulunmamaktadır.*** *Öte yandan, Kanun koyucunun kamu görevlilerine amirlerince ceza soruşturması izni verilmesi ya da verilmemesine ilişkin kararların bir üst denetime tabi tutulması konusunda Danıştaya ve bölge idare mahkemelerine verdiği "misyonun" amacı, bunların sözkonusu kamu görevlilerini "yargılaması" değildir. Zaten bu yargılamayı gerekirse ileride ceza mahkemeleri yapacaktır.* ***Bu "misyonun" amacı, suçlanan kamu görevlilerinin amirlerinin verdikleri soruşturma izni verme veya vermeme yönündeki kararların nihai anlamda en üst derecede spesifik ve objektif bir "idari denetime" tabi tutulmasıdır.*** *Bu "en üst derecedeki spesifik ve objektif idari denetimin" ise, geleneksel olarak merkezi idarenin en üst danışma organı olan Danıştayca yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmüş olsa gerektir. Esasen geçmişte il genel meclisleri ve belediye meclisleri gibi bazı yerel yönetim organlarının birtakım kararlarının "nihai idari vesayet makamı" sıfatıyla Danıştayca denetlenmesi; bazı derneklere "kamu yararına çalışan dernek" statüsü tanınması ve iki kamu kurumu arasındaki taşınmazların devri konularında çıkan ihtilafların*

çözümlenmesi hususlarında Danıştay'a verilen yetkilerin niteliğinin mantığı da aynıdır. ***Diğer yandan, her ne kadar bölge idare mahkemeleri, Danıştay 1. Dairesinden farklı olarak, tam anlamıyla "mahkeme" niteliğine sahip olsa da, kamu görevlilerinin amirlerinin verdikleri soruşturma izni verme veya vermeme yönündeki kararların denetimine ilişkin kanunla kendilerine verilen bu görevin özü de aynı şekilde yargılama işlevine ilişkin olmayıp, bu konuda Danıştay 1. Dairesinin iş yükünü hafifletmek amaçlı istisnai bir "idari" görevdir.*** *Nitekim 4483 sayılı Kanun öncesinde bu görev tüm kamu görevlileri için Danıştay 2. Dairesine*[56] *verilmiş iken, anılan kanunla Danıştay'ın yükünü hafifletmek adına, daha alt konumdaki kamu görevlileri için bu görev bölge idare mahkemelerine aktarılmıştır.* ***O halde, suç işlediği iddia edilen kamu görevlilerine ilişkin amirlerinin kararlarına itiraz üzerine bölge idare mahkemesince veya Danıştay 1. Dairesince verilen ve soruşturma izni verilmemesi sonucunu doğuran kararların "yargı fonksiyonuna" değil "idari fonksiyona" dahil kabul edilmesi daha isabetli görünmektedir."***[57]

Görüldüğü üzere, doktrindeki yaklaşım tıpkı yetkili idari merci tarafından verilen kararlar bakımından yapıldığı gibi, soruşturma izni verilmesi ve soruşturma izni verilmemesi olmak üzere kararla arasında bir ayrım yapılmasına yöneliktir. Ancak doktrindeki yaklaşım böyle olmakla birlikte, burada ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde durulması gerektiği kanısındayız. Zira soruşturma izni verilmesi sonucunu doğuran karar, ya daha önce yetkili idari merciin soruşturma izni verilmesi kararına yapılan itirazın reddedilmesi ya da soruşturma izni verilmemesi kararına yapılan itirazın kabul edilerek soruşturma izni verilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Aynı şekilde, soruşturma izni verilmemesi sonucunu doğuran karar, ya

56 Ulusoy'a göre, esasen bu tür görevlerin kanunla "dava dairesi" haline getirilen 2. Daireden "idari daire" olarak korunan 1. Daireye aktarılması, kanun koyucunun bir yandan bu tür görevleri "yargısal" değil "idari" nitelikte gördüğünün ve ayrıca, 1. Daireyi "yargısal görev icra eden mahkeme" konumunda görmediğinin başka bir kanıtıdır.

57 ULUSOY, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc (Erişim Tarihi: 02.09.2011)

daha önce yetkili idari merciin soruşturma izni verilmemesi kararına yapılan itirazın reddedilmesi ya da soruşturma izni verilmesi kararına yapılan itirazın kabul edilerek soruşturma izni verilmemesi şeklinde gerçekleşebilir.

Bu bağlamda, itiraz üzerine verilen kararların kesinliğinden ne anlaşılması gerektiği hususu aydınlığa kavuşturulmalıdır. Malatya Bölge İdare Mahkemesinin 4483 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin son fıkrasındaki ***"Verilen kararlar kesindir."*** ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yolunu işleterek yaptığı başvuruyu ele alan Anayasa Mahkemesi, *"4483 sayılı Kanun'un Danıştay 1. Daire ve Bölge İdare Mahkemesi'ne verdiği itirazı inceleme görevi yargılama faaliyeti kapsamında olmadığından bir dava değil idari bir görevdir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'ne mahkemeler tarafından itiraz yoluyla başvurmanın koşullarından olan ve Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesinde yer alan "mahkemenin elinde bakmakta olduğu bir dava"nın varlığından söz edilemeyeceğinden başvurunun, yetkisizlik nedeniyle reddi(ne)"* karar vermiştir[58].

Söz konusu karara ilişkin yapılan bir değerlendirmede, *"Yasanın 9. maddesinde, kararın niteliğine göre itiraz mercii olarak Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri öngörülmüştür. Her iki kurumda; Anayasada kaynağı olan idari yargı kolu içinde yer alan, mensupları hakim güvencesine sahip, meslekten hakimlerden oluşan yargı yerleridir. Dolayısıyla, bu safhanın tartışmasız yargı prosedürüne tabi safha olarak kabulü gerekmektedir. Yasanın 9/4. maddesi, itiraz üzerine karar verme usulünü tarif ettikten sonra, "itiraz üzerine verilen kararlar kesindir" hükmüne yer vermiştir. İşte bu noktada, tartışmasız yargı organı olan Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin, bu yasa uygulamasındaki sıfatlarının ne olduğunun netleştirilmesi gerekmektedir. Doğal sıfatları olan mahkeme sıfatları ile mi görev yapmaktadırlar? Yoksa mahkeme oluşumunu koruyarak özel bir sıfatla; itiraz mercii sıfatıyla mı görev yapmaktadırlar? Bu husus ayrı bir yazı ve tartışma konusu olmakla birlikte, esas konunun izahına yardımcı olması için kısaca değinmekte*

58 Anayasa Mahkemesi Kararı, 27.12.2006, E. 2006/163 K. 2006/121

fayda bulunmaktadır. 4483 sayılı yasadan önce yürürlükte olan 1913 tarihli muvakkat kanunda; karar ve itiraz mercii ağırlık olarak idari mekanizma içinde yer almakta idi. (Danıştay'la birlikte il ve ilçe idare kurulları) Bu sistem, ağırlıklı olarak idari mekanizmaya dayanıp suçlananların bazen lehine bazen aleyhine kullanılmaya müsait olduğundan 4483 sayılı yasa ile itiraz mercii olarak tamamen yargı yerleri belirlenerek bu mahsur aşılmak istenmiştir. İtiraz merci olarak Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin belirlenmesinin asıl hikmeti; bağımsız yargı organı olmalarıdır. 4483 sayılı yasada, "Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi" sıfatları aynen korunmuş ve bu konuda karar verirken heyet teşekkülü ve karar verme şekilleri yönünden özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hal böyle olunca, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin 4483 sayılı yasa uygulanmasında mahkeme sıfatıyla hareket etmediğini söylemek olanaklı değildir. Yasada "İtiraz" kelimesinin kullanılmış olması da bu iki kurumun mahkeme sıfatını ortadan kaldırmaz. Çünkü pek çok yasada para cezalarına karşı "…idare mahkemesine itiraz edilir." Hükmü mevcut olup, burada itiraz dava olarak kabul edilmekte ve idare mahkemesinin mahkeme sıfatı ortadan kalkmamaktadır…Bu karar, yukarıda da açıklandığı üzere tartışılır olup, muhakemat prosedüründe tıkanıklığa yol açacaktır. Çünkü bu durumda, 4483 sayılı yasanın aksayan ve Anayasaya aykırı olan hiçbir hükmü itirazen AYM'ne götürülmeyecektir. Ceza Mahkemelerinin götürebildiği maddeleri ise, uyguladıkları yasa hükümleriyle sınırlı olacaktır. Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi tarafından kusurlu veya kusursuz, şu veya bu sebeple yapılan hataların ve hatalı kararların düzeltilmesi olanağı olmayıp, haksız uygulamalar göz göre göre kesinleşecektir. Nitekim, AYM'ne müracaat ettiğimiz ihtilafta, mahkememiz idarece sunulan belgelerden hareketle itirazı süre yönünden reddetmiş, bilahare suçlanan; "valiliğe 10. gün müracaat ettiğini valinin havaleyi 11. gün yapması sebebiyle itirazının süresinde görülmediğini" delillendirmiştir. Bu delil durumuna göre itiraz süresinde olup kararımızın düzeltilmesi gerekirken, buna cevaz vermeyen 9. madde AYM'ne götürülmüştür. AYM'ce müracaatımızın yetki yönünden reddi sonucu, hatalı kararın düzeltilme olanağı kalmamıştır. Hukukumuzda pek çok kanunda, işlemlere karşı

mahkemelere itiraz yolu düzenlenmiş ve "itiraz üzerine verilen kararların kesin" olduğu hükmüne yer verilmiştir. (4854 SK. 5. Maddesi) ile pek çok kanunda değişiklik yapılarak, kararların kesin olduğu hükmü ilave edilmiştir…İtiraz üzerine yargı yerlerince verilen kararların kesinliği ilkesinin sadece idari yargı görev alanıyla ilgili olmayıp, sulh ceza mahkemelerinin görev alanıyla ilgili bazı hallerde de benzer ilkeye yer verildiği bilinmektedir. (Örneğin 1608 sayılı yasanın 4. Md. 2918 sayılı yasanın 114 ve 115 maddeleri, 3194 sayılı yasanın 42. maddesi ile 506 sayılı yasanın 140. maddesinin AYM'nin iptalinden önceki hali) Bu anlatılanlar sonucu, özellikle son 4-5. yılda getirilen değişikliklerle, İtiraz üzerine mahkemelerce verilen kararların kesin olması ilkesinin (basit cezalarda) yaygınlaştırıldığını tespit ediyoruz. Bu anlatılanlardan çıkarılması gereken bir başka sonuç ise; bir mahkemenin bir işleme itirazen bakması, dava yerine itiraz tabirinin kullanması ve verdiği kararın kesin olması; mahkeme sıfatını ortana kaldırmamaktadır. Bu sebeple Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri 4483 sayılı yasa uyarınca verilen kararlara itirazen bakarken mahkeme sıfatların koruyarak bakmakta olup, AYM'nin yukarıda anılan kararının hukuka uygun olmadığı sonucu çıkmaktadır."[59]

Görüldüğü üzere, yukarıda değinilen kararı ile Anayasa Mahkemesi; itiraz üzerine verilen kararlardan bağımsız olarak itiraz mercilerinin idari bir görev yürüttüklerine ve verdikleri kararların da idari fonksiyona ilişkin olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla verilen karara göre idari/yargısal fonksiyon ayrımına gidilebileceği yönündeki görüşün Anayasa Mahkemesi kararı karşısında bir anlam ifade etmeyeceği söylenebilir. Gerçekten, Anayasa Mahkemesine göre, *4483 sayılı Kanun'un Danıştay 1. Daire ve Bölge İdare Mahkemesi'ne verdiği itirazı inceleme görevi yargılama faaliyeti kapsamında olmadığından bir dava değil idari bir görevdir."*

59 ERMUMCU, Osman, "Memurun Muhakematında (4483) Kararların Kesinliği", www.aydinbim.adalet.gov.tr/MAKALELER/4483%20SK.DA%20KARARLARIN%20KESİNLİĞİ.htm

Eğer itiraz mercilerince yürütülen görev idari bir görev ise, diğer bir deyişle idari fonksiyona giren bir işlev yürütülüyorsa, bunun hem itiraza konu kararların hukuki niteliği hem de itiraz üzerine verilen kararların denetimi bakımından doğurduğu önemli hukuki sonuçlar bulunmaktadır.

Öncelikle, itiraz mercilerince yürütülen görevin idari bir görev, itiraz üzerine verilen kararların da idari nitelikte karalar olarak kabul edilmesi, itiraza konu (yetkili idari merci tarafından verilen) kararların hukuki niteliği hususuna da açıklık getirebilecektir. Gerçekten, eğer itiraz mercii idari bir görev yürütüyor ve itiraz üzerine idari bir karar veriyorsa, söz konusu itiraza konu kararın artık yargısal nitelikte olduğundan söz edilmemelidir. Diğer bir ifade ile, yargısal nitelikli olduğu söylenen bir kararın, idari bir görev yürüten itiraz mercii tarafından idari bir karara konu edilmesi düşünülemez. Çok daha genel bir değerlendirme ile, yargısal nitelikli işlemlerin, idari görev yapan mercilerce incelenip karar verilmek üzere bir idari başvuru yoluna tabi tutulması, fonksiyonlar ayrımına ters düşer. Şu halde, idari bir görev kapsamında verilebilecek idari bir karara konu kararların da evleviyetle idari nitelikli olması gerekir.

İtiraz üzerine verilen kararların idari nitelikte karalar olarak kabul edilmesinin diğer bir sonucu da, bu tür kararların "idari işlem" niteliğinde görülüp, idari yargıda iptal davasına konu edilebilecek olmasıdır. Gerçekten, itiraz üzerine verilen kararların, bir idari görev kapsamında verilmesi ve idari nitelik taşıması da dikkate alındığında, Anayasanın 125 inci maddesi gereğince idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması ve yargı denetiminden bağışık tutulduğuna dair bir açık düzenlemeye de yer verilmemiş olması karşısında, itiraz üzerine verilen söz konusu kararların yargı denetimine tabi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Danıştay'ın son yıllardaki içtihadının da(Danıştay İDDK, 22.10.2009, E.2006/4597, K. 2009/1790; İDDK, 22.10.2009, E.2009/230, K.2009/1797) bu yönde olduğunu belirten Ulusoy'a göre, *"(Ö)zellikle bölge idare mahkemelerince itiraz üzerine karara bağlanan ve ilgili kamu görevlisinin soruşturulmasına izin verilmemesi sonucu doğuran bir karara karşı iptal davası açılması durumunda, davanın bu kez yargısal*

aşamada aynı bölge idare mahkemesi kapsamındaki idare mahkemesince karara bağlanması gerekecektir. Zira böyle bir iptal davası Danıştay Kanunu m.24 çerçevesinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülemez. Bu durumda da, bir bölge idare mahkemesi kararının "yargısal denetiminin" denetimi altındaki bir idare mahkemesince yapılması gibi çelişkili bir durum ortaya çıkabilecektir. Bu çelişkiyi gidermenin iki yolu vardır. İlki, bu tür, yani bölge idare mahkemelerince itiraz sonucunda soruşturma izni verilmemesine karar verilmemesi sonucu doğan kararlara karşı açılan iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceğine dair Danıştay Kanunu m.24'e bir ekleme yapılmasıdır. ***İkinci yol ise, 4483 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak, amirlerce verilen soruşturma izni verilmesi kararlarının kesin olduğuna, ancak soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararlara karşı kamu görevlisinin konumuna göre, bölge idare mahkemesine veya Danıştay'a (Danıştay 1. Dairesine değil!) iptal davası açılabileceğinin açıkça öngörülmesidir. Bu ikinci yol daha bütünsel ve uygun bir çözüm olarak görünmektedir."***[60]

KAYNAKÇA

Aslan, Onur Ender, "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Kanun üzerine Düşünceler," *Amme İdaresi Dergisi* ,2000, C. 33, S. I s. 59-77.

Balta,Tahsin Bekir, İdare Hukuku I Genel Konular (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326) s.10-25.

Çağlayan, Ramazan, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", *AÜEHFD,* Haziran 2003, C. VII, S. 1-2, s. 105-128.

Çetin, Erol, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları, 2000.

60 ULUSOY, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc (Erişim Tarihi: 02.09.2011)

Eren, Abdurrahman, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat" ile Onu Yürürlükten Kaldıran "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Karşılaştırılması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S. 55-3, s. 56 v.d.

Erkut, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51, Ankara 1990.

Ermumcu, Osman, "Memurun Muhakematında (4483) Kararların Kesinliği", www.aydinbim.adalet.gov.tr/makaleler.htm

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, Cilt I.

Günerbüyük, Uygar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Şartı Olarak İzin Kavramı ve İznin Denetimi, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, İstanbul 2010.

Öztürk, Bahri, "Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmalarının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları," Ceza *Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1978* S.I

Selçuk, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, TUSİAD Yayınları, 1997.

Şahin, Faruk, "Memur Yargılama Sistemi Kaldırılıyor mu?", *Sayıştay Dergisi*, S.48, s. 47-74

Topuz, İbrahim, "4483 Sayılı Kanun Uyarınca Verilen Ön İnceleme İzni ve Soruşturma İzni Kararlarının Niteliği." *Türk İdare Dergisi,* Mart 2002, Y.74, s. 139-153.

Topuz, İbrahim, "Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması", *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*, C.5, s.6, Haziran 2000.

Tosun, Öztekin, "Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları", *Adalet Dergisi*, 1984, S. 1-2.

Ulusoy, Ali, "Danıştay, Ergenekon hakim ve savcılarının yargılanması yolunu açtı", *Akşam Gazetesi*, 13 Kasım 2010.

Ulusoy, Ali, İdare Hukuku Pratik Çalışmaları, http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/IH-pratik-fonkanlid.doc

Yayla, Yıldızhan, 'Memurların Yargılanması.' *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (IHID), Vakur Versan'a Armağan Özel* Sayısı 1985, Y.6, S.1-3, s. 260-276.

Yıldırım, Turan, "Memurin Muhakematı-Anayasaya Aykırılığın Mahkemelerce İleri Sürülmesi", *Argumentum-1991*, C.2, S.13, s. 199-201.

Yüce, Turhan Tufan, "Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Karan Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, C.25, S.5.

Zafer, Hamide, "4483 sayı ve 2.12.1999 tarihli Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2000, S.4.

Zafer, Hamide, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi 1998*, C.72, S. 2, s. 211-234.

Zeren, Yıldırım, "Memurların Soruşturulmaları Anayasaya Aykırı Kanunlarla Yapılmaz!," *İstanbul Barosu Dergisi 1998,* C.72, S.4-5-6.

AMERİKAN, ALMAN, İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİ

Yrd. Doç. Dr. Kürşat Göktürk•

ÖZET

Ticari hayatın temel hedefi olan kâr elde etme amacı, kaçınılmaz olarak bilinçli şekilde risk üstlenimini gerektirir. İş adamı kararı ilkesi (*Ticari Takdir İlkesi -Business Judgment Rule-unternehmerisches Ermessen*), anonim şirket yöneticilerinin ticari takdir gerektiren hallerde üstlenmiş oldukları riskler nedeniyle, belirli şartlar dâhilinde iç ilişki bakımından sorumluluktan kurtulmalarına olanak sağlayan bir hukuki kurumdur. Çalışmada ilkenin unsurları ve uygulama esasları hakkında Amerikan, Alman ve İsviçre hukukları çerçevesinde inceleme yapılmış ve Türk hukukuyla ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İş adamı kararı, Anonim şirket, Anonim şirket yöneticileri, Anonim şirket sorumluluk hukuku, Ticari risk.

BUSINESS JUDGMENT RULE IN AMERICAN, GERMAN, SWISS AND TURKISH LAW

ABSTRACT

To make profit is the main goal of commercial life ant it inevitably requires consciously risk undertakings. Business judgment rule is a legal institution, which provide for commercial risks irresponsibility under certain circumstances for joint-stock companies directors and officers. In this article, its studied to explain the elements and implementation conditions of business judgment rule in American, German and Swiss law. The rule is also evaluated for Turkish law.

• Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

Keywords: Business judgment rule, Joint-stock company, Joint-stock company directors and officers, Corporate liability law, Commercial risk.

GİRİŞ

Anonim şirket yöneticileri, üstlenmiş oldukları görevin bir gereği olarak netice sorumluluğu altında değildir. Başka deyişle, şirketle olan sözleşmesel ilişkileri çerçevesinde belirli bir neticeyi gerçekleştirmeyi değil, kendilerine yüklenilen görevi özenle, en iyi şekilde icra etmekle yükümlüdürler.

Yöneticiler tarafından yürütülen görevin, ticari hayata ilişkin olması nedeniyle, belirli ölçüde riskin üstlenilmesi, faaliyetin doğasından kaynaklanmakta ve kaçınılmaz olmaktadır. Yöneticilerden risksiz faaliyette bulunmayı beklemek, şirketin kârdan ya da faaliyetlerinden vazgeçmesini beklemek ile aynı anlamı taşıyacaktır[1]. Risk, ticareti karakterize eden bir öğedir. Bu nedenle şirket faaliyetlerinde belli şartlara riayet edilerek riskin üstlenilmesi, yöneticilerin özen yükümünü ihlal ettikleri ve dolayısıyla kusurlu oldukları şeklinde yorumlanamaz[2]. Ancak ticari faaliyetlerden kaynaklanan riskin üstlenilmesinde, hangi esaslara riayet edilmiş olması halinde yöneticilerin sorumluluktan kurtulabileceği konusunda sınırların belirlenmesi gerekmektedir. Kökeni Anglo-Sakson hukukuna dayanmakla birlikte, Kıta Avrupası hukukunu da etkileyen ve bahsi geçen sınırları belirleyen ilke, işadamı kararı olarak isimlendirilen Business Judgment Rule'dir.

İşadamı kararı (*Business Judgment*) kavramı, kökeni olan Anglo-Sakson hukukunda içtihatlar vasıtasıyla gelişmiştir. Aynı durum Kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından da geçerlidir. Bu nedenle kavram hakkında pozitif hukukta yapılan bir tanım bulunmamaktadır. Fakat yöneticilerin almış oldukları ticari kararların mahkemelerce

---

1 Aynı yönde Bkz. Merkt, Hanno/Göthel, Stephan R., US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt, 2006, Rn. 847

2 Bu nedenle Amerikan hukukunda kavramın bir kurtarılmış bölge (*reservat*) ya da güvenli liman (*safe harbour*) tesis ettiğinden bahsedilmektedir. Bkz. Merkt/Göthel, Rn. 843

denetlenmesini sınırladığı kabul edilen ilkenin tarihsel gelişim sürecinde belirginleşmiş iki temel unsuru bulunmaktadır: Yöneticilerin kararı, karara etki edecek olan hususlar hakkında gerekli araştırma yapılıp, sağlam ve güvenilir bilgiye dayalı olarak alınmışsa ve karar, alndığı tarihteki şartlara göre makul kabul edilebiliyorsa, ticari takdir sınırları içerisinde kalacaktır ve yöneticilerin sorumluluğuna gidilemeyecektir[3].

- Terminoloji

"Business Judgment Rule" olarak isimlendirilen ilkenin kelime anlamlarına sadık olarak Türkçe'ye çevirisi "*ticaret yargı kuralı*" şeklindedir. Bir bütün olarak kavramın çevirisi ise "*ticari değerlendirme kuralı*" şeklinde olabilir.

6102 s. TTK'nın 369. maddesi gerekçesinde Business Judgment Rule'nin karşılığı olarak "*işadamı kararı*" kavramı kullanılmış ve riskin işadamı kararından doğması halinde, üyenin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Türk hukuk öğretisinde TTK gerekçesindeki kullanıma uygun olarak, "işadamı kararı" terimi yaygınlık kazanmıştır[4].

Business judgment rule, Alman hukuk çevresinde, *corporate governance* ve *corporate compliance* gibi Almanca'ya tam anlamıyla çevirisi mümkün olmayan kavramlardan farklı olarak, "*unternehmerisches Ermessen*" şeklinde tercüme edilmiş ve İngilizce aslı kadar yaygın bir kullanıma ulaşmıştır[5]. Kavramın Almanca karşılığı Türkçe'ye "*işletmeyle ilgili takdir*" ya da "*işletmesel takdir*" olarak çevrilebilir.

Kavram ile açıklanmak istenilen husus, ticari sahadaki faaliyetlere ilişkin olarak risk değerlendirmesinin olağan sayılmasıdır. Zarar riski içeren ticari işlem ve kararlardan dolayı yöneticilere hukuki sorumluluk yaptırımının ulaşamayacağı güvenli bir alan tesisi gereklidir. Bu

3 Merkt/Göthel, Rn. 852

4 Bkz. Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sa. 1, (s. 27-63), s. 55; Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 71

5 Aşağıda (C) başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

bakımdan "*işletmeyi ilgilendiren takdir ilkesi*" kavramın anlamını ortaya koyabilecek kuvvette olsa da, Türk hukuku bakımından ilkenin anlamını bir bütün olarak en iyi şekilde ifade eden terim, "*ticari takdir ilkesi*"dir. Çünkü kavram ticari alanda takdiri gerektiren durumlarda -belirli özellikleri taşımak kaydıyla- alınan kararlardan dolayı hukuki açıdan sorumsuzluğu öngörmektedir. Bu kararlar, ticari işletme konusuyla ilgili olan, takdire olanak veren, bir hukuk kuralı ile yönlendirilmemiş ve yaptırıma bağlanmamış bulunan kararlardır. TTK gerekçesinde "işadamı" olarak nitelendirilen kimsenin, TTK metnindeki karşılığını tacir oluşturmaktadır. Tüzel kişi tacirde dış irade, kural olarak, yönetim kurulu aracılığıyla oluşur. Bu nedenle, yönetim kurulunun kararını, tacir kararı olarak değerlendirmek mümkündür. Tacir kararı ise, kural olarak, ticaridir(TTK m. 19). Ticari alanda takdiri gerektiren durumlarda –belirli şartlar dahilinde- hukuki açıdan sorumsuzluğu öngören ilkenin, ticari takdir ilkesi olarak isimlendirilmesi, hem etimolojik açıdan hem de TTK'da yer alan kavram bütünlüğünü korumak bakımından isabetlidir. Ancak TTK gerekçesinde ilkenin "işadamı kararı" olarak isimlendirilmesi ve öğretide de aynı terimin ittifakla kullanılması[6] nedeniyle, kavram kargaşasına mahal vermemek bakımından, şimdilik aynı terimin kullanılmasında fayda bulunmaktadır.

B. Amerikan Hukuku

1. Gelişimi, Gerekliliği ve İşlevleri

Hukuki bir kurum olarak ilkenin ABD.'de ortaya çıkışı 1829 yılına kadar dayandırılmaktadır[7]. Bu tarihte Lousianna Yüksek Mahkemesi'nin *Percy v. Millaudon* davasında verdiği kararın, ilkenin kökenini oluşturduğu kabul edilmektedir. Kararda mahkeme özü itibariyle, yöneticinin tek başına yanlış karar vermesinin, onun sorumluluğunu gerektiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğini benimsemiştir. 1847 yılında Alabama Yüksek Mahkemesi *Godbold v. Branch Bank* kararında;

6 Örnek olarak bkz. Pulaşlı, s. 55; Akdağ-Güney, s. 71

7 Block, Dennis J./Barton, Nancy E./Radin, Stephen A.; The Business Judgment Rule, Connecticut, 1993, s. 5; Sieg, Oliver/Zeidler, Simon-Alexander, Business Judgment Rule, Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, (s. 43-68), Hrsg. von Christoph E. Hauschka, München, 2007, Rn. 1

1853 yılında Rhode Island Yüksek Mahkemesi *Hodges v. New England Screw Co.* davasında; 1912 yılında New York Temyiz Mahkemesi *Pollitz v. Wabash R.R. Co* davasında ilkeyi kabul eden ve onu şekillendiren kararlar vermiştir[8].

İlkenin temelinde, yönetim kurulu üyelerinin, şirket yönetimine ilişkin takdirlerinin yargısal açıdan himayesi yer almaktadır[9]. Başka deyişle yönetim kurulu üyelerinin, yönetime ilişkin ticari kararlarının dokunulmazlığı yer almaktadır. Amerikan hukukunda geniş bir uygulaması olan işadamı kararı ilkesi, özen yükümünün mahkeme tatbikatında yer bulmasını büyük ölçüde sınırlamıştır. Çünkü bu ilkenin gerektirdiği şartların varlığı halinde, mahkemelerce özen yükümünün yerine getirilip getirilmediği hakkında esasa ilişkin bir derlendirme yapılmamaktadır[10].

Amerikan hukukunda ilkenin kabul gerekçesi olarak öğretide *Block/Barton/Radin* tarafından esas itibariyle dört temel argümana dayanılmaktadır. Bu argümanlar, ilkenin işlevlerini ortaya koymak bakımından da değerlendirilebilmektedir. Bu kapsamda:

İlkin yöneticiler iyi niyetli, tarafsız ve gerekli bilgiye sahip olarak ilgili karar ya da kararları almış olsalar dahi, sonradan yapılan değerlendirmelerde, özensiz davrandıkları sonucuna varılabilir. Bu tür yanılgıların hoş görülmesi ve ilgili yöneticilerin bu zararlardan dolayı sorumlu tutulmaması halinde, şirket yöneticisi olma hususunda yetenekli kimseler teşvik edilmiş olacaktır[11].

İkinci olarak ilke, genellikle risk içeren ticari kararların alınabilmesine olanak sağlamaktadır. Bu surette yöneticiler yargısal değerlendirme hakkında herhangi bir kaygıya kapılmaksızın kararlarını

8 Bkz. Block/Barton/Radin, s. 5 vd.

9 Block/Barton/Radin, s. 7

10 Merkt/Göthel, Rn. 843

11 Block/Barton/Radin, s. 7; Grass, Andrea, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich, 1998, s. 35

verebilecektir[12]. Risk ticaretin vazgeçilmez bir unsuru olup, makul olduğu ölçüde himayesi gerekir. Risklerle ticari hayatta çeşitli şekillerde karşılaşmak mümkündür ve önceden türlerinin sayılması, sınırlarının çizilmesi mümkün değildir. Eğer yöneticiler üstlenebilecekleri bu risklere göre şirketle sözleşme yapmış olsalar idi, şirketin yöneticilerin emeklerine karşı ödeyeceği ücret, doğabilecek zarardan çok daha fazlaya maalolabilirdi[13].

Üçüncü olarak ticari kararlar konusunda yöneticiler, yargıçlardan daha kabiliyetlidirler. İlke sayesinde mahkemelerin, şirketlerin karmaşık karar süreçleri ve kararları bakımından hatalı değerlendirmede bulunmalarının önüne geçilmektedir[14]. Aksini kabul serbest piyasa ekonomisi yerine, yargıçlar ekonomisini doğ4urur ki, piyasa şartları ve dengesi bakımından kaosa yol açabilir[15].

Son olarak ilke, pay sahiplerinden ziyade, şirketin yöneticiler tarafından yönetilmesini sağlamaktadır[16]. Şirketlerde yönetim görevi pay sahiplerine değil, yöneticilere aittir. Pay sahiplerinin –nisbi de olsa- çoğunluğu tarafından seçilen yöneticilerin kararlarına, pay sahiplerinin sürekli olarak müdahalede bulunmak istemesi, yöneticileri ticari faaliyetleri yürütmek bakımından çekimserleştirebilir ve hatta kararların alınmasını engelleyebilir. Bu bakımdan pay sahiplerine şirketi yönetme imkânı sağlayacak bir müdahale imkânı sağlanılmamalı[17], yöneticilere belli ölçüde sorumsuzluk alanı bırakılmalıdır. İlke yöneticiler bakımından böyle bir alan oluşturmaktadır.

2. Uygulanma Esasları ve İsbat Yüküne Etkisi

Amerikan sorumluluk hukukunda yöneticilerin özen yükümünü ihlal kapsamında sorumlu tutulabilmeleri için, öncelikle işadamı kararı ilkesi çerçevesinde işlem ve kararların değerlendirileceği, ancak bu ilk

12 Block/Barton/Radin, s. 7,8
13 Merkt/Göthel, Rn. 849
14 Block/Barton/Radin, s. 8; Merkt/Göthel, Rn. 846; Grass, (BJR, 1998), s. 36
15 Merkt/Göthel, Rn. 850
16 Block/Barton/Radin, s. 10; Grass, (BJR, 1998), s. 37
17 Merkt/Göthel, Rn. 851

inceleme sonrasında yöneticilerin kusurunun (özen yükümü ihlali) bulunup bulunmadığı hususunda işlemin içerik olarak denetlenebileceği kabul edilmektedir[18].

Amerikan hukukunda sorumluluk davasının ilk aşamasında işadamı kararı ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme (*Business Judgment Rule-Test*) yapılması sözkonusudur[19]. Bu safhada yöneticilerin almış olduğu ticari kararın, ilkenin gereklerine uygun olup olmadığı, zaman içerisinde şekillenen ilke gereklilikleri bakımından değerlendirilir[20]. Yöneticilerin kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirdikleri karine (*rebuttable presumption*) olarak kabul edildiğinden, aksini iddia eden davacının bunu, yani mesela davalının iyi niyetli olmadığını ya da yetersiz bilgiye dayalı olarak karar aldığını ispatlaması gerekir[21].

Yine bu safhada ilkenin kapsamı dışında olan hallerden birinin mevcut olup olmadığı hakkında da inceleme yapılır. Eğer işlem ya da karar, ilkenin koruma altına aldığı kapsamın dışında kalıyorsa, örneğin yasaya aykırılık gibi bir durum bulunuyorsa, artık ilke çerçevesinde değerlendirme yapılmaz[22].

İlk safhadaki değerlendirme bakımından koruma dışı hallerin bulunması ya da davacı tarafça ilkenin gerektirdiği şartların mevcut olmadığının ispatı halinde, ikinci safhaya geçilir ve yöneticilerin ticari işlem ve kararları özen ölçüsü (*standart of care test*) kapsamında incelenir[23]. Bu safhada ispat yükü davalılara aittir ve tamamiyle özenli davrandıklarını ispatla yükümlüdürler[24].

İlkenin şahıs itibariyle uygulama alanına yönetim kurulu üyesi olan yöneticiler (*directors*) ve yönetim kurulu tarafından atanan üst düzey

18 Grass, (BJR, 1998), s. 34

19 Grass, (BJR, 1998), s. 34

20 Block/Barton/Radin, s. 3

21 Grass, (BJR, 1998), s. 34: Merkt/Göthel, Rn. 844; Wendler, Jan-Sebastian, die Justibilitat ökonomischer Unternehmenentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main, 2007, s. 276

22 Block/Barton/Radin, s. 3

23 Grass, (BJR, 1998), s. 35

24 Merkt/Göthel, Rn. 844

yöneticilerin[25] (*officers*) girdiği hakim öğreti tarafından kabul edilmektedir[26]. Hatta öğretide hâkim ortakların yönetici fonksiyonu icra etmeleri halinde, bu kimseler hakkında da işadamı kararı ilkesinin uygulanacağını kabul eden yazarlar bulunmaktadır[27].

3. Değerlendirme Unsurları

Yukarıda değinildiği üzere yöneticilerin özen yükümünü yerine getirip getirmedikleri ve bunun sonucu olarak kusurlu olup olmadıkları iki aşamalı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. İlk safhadaki denetim, işadamı kararı ilkesinin gereklerinin yerine getirilip getirilmediği meselesine ilişkindir. Bu aşamada dikkate alınan unsurlar, ticari bir kararın bulunması, kararın şirket menfaati dışında bir menfaat gözetilmeksizin yeterli bilgiye dayalı olarak ve gerekli özen gösterilerek alınması ve kararın makul bir karar olmasıdır[28].

a. Kararın Ticari Bir Karar Olması

İlkenin uygulanabilmesi için, alınan kararın ticari bir karar olması gerekmektedir. Ticari kararın ne olduğu ya da kapsamına hangi unsurları aldığı hususunda Amerikan hukukunda yasal düzenleme bulunmamaktadır[29].

Kavramın kapsamının belirlenmesi konusunda Amerikan uygulamasında olumsuz yönden hareket edilerek şirket gayesi içerisinde alınan kararların, icrai nitelikte olması, yani ortada bilinçli olarak alınmış bir kararın (*conscious business decision*) bulunması bir şart olarak aranmaktadır. Bu nedenle ihmali davranışlar ilke kapsamında tutulmamakta ve tüm yönleriyle doğrudan özen yükümü değerlendirmesine tabi tutulmaktadır[30]. Yönetici kasten ya da ihmal ile bir karar almaktan kaçındığı takdirde, ortada ticari bir karar olmadığından,

25 Tanım için Bkz. Merkt/Göthel, Rn. 605

26 Bkz. Grass, (BJR, 1998), s. 45: Block/Barton/Radin, s. 47

27 Bkz. Henn/Alexander, Grass, s. 45, dn. 161'e atfen

28 Grass, (BJR, 1998), s. 34

29 Merkt/Göthel, Rn. 852

30 Block/Barton/Radin, s. 21. Bkz. http://www.fairnessopinion.com/pdf/6_Aronson-Lewis.pdf, Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984), (ET: 11.02.2010)

işadamı kararı ilkesi kapsamında değerlendirme yapılabilmesi mümkün değildir[31].

İlkenin uygulanması bakımından şirket amacı kapsamında yer alan tüm kararların, ticari karar olduğu kabul edilmektedir. Kararın içeriğine yönelik bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Yöneticinin yürüttüğü faaliyet kapsamında almış olduğu tüm kararlar, ilke kapsamında denetlenebilir[32]. Bu kararlar işletme politikasının belirlenmesinde olduğu gibi kapsamlı ya da somut bir sorunun çözümünde olduğu gibi dar kapsamlı olabilir. Yönetim kurulunun yetkilerini ya da belirli bir işi karara bağlanmak üzere alt kurullara ya da yöneticilere devretmesi halinde de ilkenin uygulanacağı kabul edilmektedir[33].

b. Menfaatsiz Takdir (Disinterested Judgment)

İşadamı kararı ilkesi, yöneticinin yapılan işlemde herhangi bir menfaatinin, bir çıkar çatışması halinin bulunmamasını gerektirir[34]. Bu durum ilkin şirketle işlem yapma yasağı (*self-dealing*) bakımından kendisini gösterir. Yönetici yapılan işlemin tarafı olmaması kaydıyla işaddamı kararı alabilir. İşlem ya da kararın çıkar temini amacıyla yapılmaması gerekir[35]. Aksi durumda işadamı kararı ilkesi çerçevesinde sağlanan koruma son bulur. Ancak işadamı kararı ilkesi kapsamında olmasa da, bundan sonraki safhada da işlem yapan yöneticinin korunması mümkündür. İşleme taraf olan yönetim kurulu üyesinin oyu nazara alınmadığında, işlem hakkında gerekli tüm bilgilerin de toplanmış olması kaydıyla, yönetim kurulu ya da genel kurul tarafından işlemin tasdiki halinde sorumluluk sözkonusu olmayacaktır[36].

---

31 Merkt/Göthel, Rn. 853; Nikitine, Alexander; Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der "Business Judgment Rule" im Gefüge der Corporate Governance, Zürich/St. Galen, 2007, s. 163

32 Grass, (BJR, 1998), s. 49

33 Grass, (BJR, 1998), s. 52, 53

34 Grass, (BJR, 1998), s. 53

35 Merkt/Göthel, Rn. 855

36 Merkt/Göthel, Rn. 857

İşlemin tarafı olmamak, menfaatsiz takdirin bir boyutunu oluşturur. İşlem ve kararlar neticesinde yöneticinin herhangi bir şahsi menfaat temin etmemesi gereklidir. Yönetici işlemin tarafı olmamasına rağmen, yapılan işlemden menfaat temin ediyorsa, ilgili işlemde işadamı kararı kullanımı sözkonusu değildir[37]. Şahsi menfaatin varlığı konusunda Delaware mahkeme uygulaması, işlemden önemli bir maddi menfaat sağlanması yönündedir[38]. Ancak menfaatin mutlak surette maddi olması şart olmayıp, yöneticinin şahsi çıkarlarına herhangi bir şekilde hizmet edilmesi yeterlidir ve davacı tarafca somut olarak ispatı gerekir[39]. Yapılan işlem, objektif olarak değerlendirildiğinde yöneticinin şahsi menfaati bulunduğu kanaatini uyandırdığı hallerde de takdirin menfaatsiz olmadığı kabul edilir[40].

Davacı tarafın, yöneticinin taraflı davrandığına ilişkin iddiasını ispatı halinde, ilkeden yararlanma imkânı olmayan yöneticinin, sözkonusu kararın şirket menfatine olduğunu ispatlaması gerekmektedir[41].

c. Bağımsız Takdir (Independent Judgment)

Yöneticilerin işlemlerinden dolayı sorumluluklarının doğmaması için gerekli olan bir diğer unsur, işlem ya da karardaki takdirin bağımsız bir şekilde kullanılmış olmasıdır. Bağımsızlık, münhasıran şirket menfaatlerinin ve tüm pay sahiplerinin menfaatlerinin dikkate alınıp, diğer herhangi bir menfaatin bu menfaate tercih edilmemesini ifade eder[42].

Bağımsız takdir bakımından, şirket içerisindeki belli bir grubun ya da hakim ortakların etkisi altında olmama gerekliliği bulunmaktadır. Yönetici kendisini bu göreve getiren çoğunluğun çıkarlarını değil, şirket çıkarlarını temsil etmekle yükümlüdür. Belli bir çoğunluk tarafından seçilmiş olmak, bağımsızlığı etkileyen bir unsur değildir. Önemli olan,

37 Merkt/Göthel, Rn. 855
38 Grass, (BJR, 1998), s. 54
39 Grass, (BJR, 1998), s. 53 vd.
40 Merkt/Göthel, Rn. 855; Krş. Grass, (BJR, 1998), s. 53
41 Merkt/Göthel, Rn. 856
42 Grass, (BJR, 1998), s. 54, 55

şirket menfaatleri yerine, fiilen başkaca bir kişi ya da grubun menfaatlerini tercih etmektir[43].

d. Bilgiye Dayalı Takdir (Informed Judgment)

Yöneticilerin işleminin işadamı kararı kapsamında alındığının kabulü için, ilgili işlemin tesisi için gerekli olan tüm bilgiler edinildikten sonra konu hakkında karar verilmeli ya da işlem yapılmalıdır[44]. Bilgiye dayalı takdir bakımından en meşhur karar, Delaware Yüksek Mahkemesince hükme bağlanan *Smith v. van Gorkom* ya da diğer adıyla *Trans Union* davasıdır[45].

---

[43] Grass, (BJR, 1998),s. 55

[44] Federal mahkemenin bilgiye dayalı takdire ilişkin önemli bir kararı olarak Bkz. Hanson Trust PLC v. M.L. SCM Acqusition Inc. 781 F.2d 264 (2d cir. 1986) "*yönetici kararı bilgiye dayanmak zorundadır*" http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/781/781.F2d.264.85-7953.85-7951.693.726.html (ET: 11.02.2010)

[45] Merkt/Göthel, Rn. 858: Takdirin bilgiye dayalı olması ve kararın müzakere edilme süresi bakımından Smith v. van Gorkom kararı (Cit. 488 A.2d 858 [Supreme Court of Delaware, 1985]) oldukça büyük öneme sahiptir. Kararın Merkt/Göthel, Rn. 859'dan başlayan özeti, değerlendirmelerle birlikte aynen alınmış olup aşağıdaki gibidir:

Jerome Van Gorkom, Trans Union isimli halka açık olan bir şirketin yönetim kurulu başkanı ve CEO'sudur. Bu şirkette azımsanamayacak ölçüde de azlık payı bulunmaktadır. Van Gorkom yaşlılık nedeniyle emekliye ayrılmak istemektedir ve emeklilikten önce sahibi olduğu payları satmak niyetindedir. Bu yüzden Trans Union'un mali işler müdüründen (CFO) hangi fiyattan yabancı finansmanlı satışın gerçekleşebileceğini sorar. CFO meseleyi araştırır ve Trans Union'un nakit akışına göre beher paya alış fiyatı olarak 50$'ın güçlük çekilmeksizin ödenebileceğini, ancak muhtemelen 60$'ı geçmeyeceğini söyler. Bunun üzerine Van Gorkom, Trans Union'un üst düzey yöneticilerinden hiçbirine danışmaksızın, işletme devralmalarıyla tanınmış olan arkadaşı Pritzker'e Trans Union hisselerini, hisse başına 55$'dan satmayı teklif eder. Trans Union'un bu sıralarda hisseleri 29-38 dolar civarındadır ve şirket kurulduğundan bu yana hiçbir zaman 39,50 doları geçmemişti. Pritzker teklifi kabul eder. Van Gorkom başka herhangi bir satış girişiminde bulunmaz ve şirket hisse değerini takdir için bir bilirkişiye de müracaat etmez. Bunları yapmak yerine kısa süre içinde Trans Union'un yönetim kurulunu toplantıya davet eder ve Trans Union paylarını, pay başına 55 dolardan satışının oylanmasını teklif eder. Bu toplantıya Trans Union'un çalıştığı banka temsilcisi davet edilmez. Van Gorkom yönetim kurulu toplantısında üyelere, Pritzker'in 3 gün içinde bir cevap beklediğini ve bu üç günlük sürenin geçmesinden sonra teklifin düşeceğini söyler. Şirket müdürlerinin çoğunluğu bu satışa muhalefet ederler, çünkü belirtilen değer çok düşüktür. Birleşme sözleşmesinin taslağı yönetim kurulu üyelerine gösterilmemiştir. Aynı şekilde üyelere şirketin değeri hakkında yazılı bilgi de verilmemiştir. Yönetim kurulu yalnızca, Van Gorkom'un CFO'den aldığı 55 doların uygun bir fiyat olduğuna dair sözlü bilgiyi Van

Öğretinin bir kısmı kararı, mahkemenin İşadamı kararı ilkesine ilişkin eski içtihatlarına uymadığı gerekçesiyle eleştirirken, diğer bir kısım bu kararı ilke bakımından olumlu bir gelişme olarak değerlendirmiştir[46]. Olayda zaman darlığı baskısı altında olan yönetim kurulunun, şeklen de olsa hisse senedi fiyatları hakkında bir araştırma yapmamış olmasının, İşadamı kararı ilkesinin uygulanmasını engellediği kabul edilmektedir[47].

e. Makul İnanç (Rational Belief)

Yöneticiler tarafından alınan kararların İşadamı kararı ilkesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, yöneticilerin bu kararın şirket menfaatleri bakımından en iyi çözüm yolu olduğu kanaatiyle hareket etmiş olmaları gerekir[48]. Bu kanaatle hareket, öğretide iyiniyetli (*in good faith*) davranış olarak da nitelendirilmektedir[49]. Değerlendirme, kararın

Gorkom'dan yine sözlü olarak dinlemekle ve bağımsız bir avukatın bu fiyatla satışı onaylamamaları halinde yönetim kurulu üyelerinin davaya muhatap olabilecekleri bilgisiyle yetinmiştir. Bu bilgiler çerçevesinde yönetim kurulu iki saatlik bir müzakere sonunda satışı onaylamış ve bunun üzerine pay başına 55 dolardan satış gerçekleşmiştir.

Delaware yüksek mahkemesi ikiye karşı üç oyla yönetim kurulu üyelerinin, onayladıkları işlem hakkında uygun şekilde bilgi almayı ihmal ettiklerinden dolayı ağır ihmalle hareket ettiklerini kabul etmiştir. Mahkeme kararında özellikle aşağıdaki noktalara dayanmıştır:

- yönetim kurulu hiçbir zaman işi bu şekilde yönlendiren ve 55 doları zikredenin Pritzker değil, Van Gorkom olduğunu fark edememiştir.
- yönetim kurulu işletmenin gerçek değerini (material Wert-instric value) tesbit etmek için hiçbir çaba harcamamıştır.
- görüşme sırasında yönetim kurulunun önünde hiçbir yazılı bilgi olmayıp, münhasıran Van Gorkom'dan edinilen sözlü bilgilere istinatla karar vermiştir.
- yönetim kurulu toplantıdan önce gündemi, yani işletmenin satışının müzakere edileceğini ve bu konuda karar verileceğini bilmiyordu.

Bunlardan başka, ortada bir kriz durumu ya da acil bir durum olmamasına rağmen iki saat içerisinde karar vermişti. Bu bağlamda mahkeme yönetim kurulu üyelerini Van Gorkom ve Pritzker'in aranje ettiği gece ve sis oyununun (nacht und nebel aktion-fast shuffle) kurbanları olarak niteledi.

Muhalif kalan makeme iki üyesi, yönetim kurulu kararının Business Judgment Rule kapsamında korunması gerektiği kanaatindeydiler. Burada özellikle yönetim kurulu üyelerinin işletmenin faaliyetlerine vakıf olan iş adamı ve uzman kişilerden oluşmasında dayandılar.

46 Bkz. Merkt/Göthel, Rn. 862

47 Merkt/Göthel, Rn. 853

48 Merkt/Göthel, Rn. 868

49 Grass, (BJR, 1998), s. 64 vd.

alındığı ya da işlemin yapıldığı tarih (*ex ante*) esas alınmak suretiyle yapılmalıdır. Sonradan ortaya çıkan şartların bu sonucu değiştirmesi, neticeye etkili değildir. Başka deyişle, işlem ya da karar sonrasındaki piyasa gelişmeleri, şirket menfaatleri ile bağdaşmayan sonuçlara yol açmış olsa da, işlem tarihindeki şartlar esas alınmak suretiyle değerlendirme yapılacaktır.

Ancak yöneticilerin bu konudaki inancı subjektif bir değer yargısıyla sınırlı değildir. Kavramın objektif ve subjektif olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Yöneticilerin bu kanaatinin yanında, objektif olarak değerlendirildiğinde de kararın şirket menfaatleri bakımından en iyi çözüm yolu olduğu kabul edilebilir olmalıdır[50]. Amerikan uygulamasında objektif unsur bakımından, mevcut şartlar çerçevesinde makul ve kabul edilebilir bir ticari kararın bulunması yeterli kabul edilmektedir[51]. Yöneticilerin kötüniyetli oldukları durumlarda, kararın şirket menfaatine olması düşünülemez. Karara esas olan amaç, hiçbir bakış açısıyla himaye edilebilir nitelikte değilse, yöneticilerin kötü niyetli olduğu ve makul bir amaç ve inancın bulunmadığı kabul edilir[52]. Yöneticilerin yeterli bir karşı edim olmaksızın yaptığı işlemler bu hale örnek gösterilebilir[53]. Bu nedenle yöneticiler, her halükarda yaptıkları işlemin gayesini açıklamak zorundadır[54].

Objektif değerlendirme, karar alma süreci hakkında da inceleme yapılmasını gerektirir. Bu süreçte yöneticilerin karar için alternatifler oluşturup oluşturmadığı, bunların sonuçlarını gözetip gözetmedikleri, kendilerinden beklenen çabayı sarfedip etmedikleri[55], gerekli hallerde konu hakkında uzman görüşü alıp almadıkları, kararın mantıklı ve sağlam

50 Merkt/Göthel, Rn. 868

51 Bkz. Panter v. Marshal Field & Co., 646 F.2d 271 (7th cir. 1981), http://openjurist.org/646/f2d/271/panter-v-marshall-field-and-co-weiss, (ET:11.02.2010)

52 Grass, (BJR, 1998), s. 65

53 Grass, (BJR, 1998), s. 65

54 Grass, (BJR, 1998), s. 66

55 Karar alma süreci bakımından yöneticilerden beklenen gayretin kapsamını somut olay şartları belirler. Mahkeme uygulamalarında ne tür şartların arandığı hakkında Bkz. Block/Barton/Radin, s. 82 vd.

gerekçelere dayalı olup olmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulur[56].

f. Takdirin Kötüye Kullanılmaması

İşadamı kararı ilkesine dayalı olarak sorumluluktan kurtulabilmek için, yöneticilerinin takdir yetkilerini kullanırken bunu kötüye kullanmamış olmaları gerekir. Hakim kararı değerlendiren, kendisini yönetici yerine koyarak ilgili durumda nasıl bir sonuca varacağı hususunda değerlendirme yapma yetkisine sahip olmamakla birlikte, yetkinin kötüye kullanıldığının açıkça anlaşıldığı hallerde, ilkeyi uygulamaktan vazgeçebilecektir[57].

Takdir yetkisinin kötüye kullanılmaması şeklinde ifade edilen bu kriterin uygulanması Delaware mahkemeleri tarafından reddedilmektedir. Çünkü ilkenin uygulanması bakımından, diğer şartların yanında, bu hususta değerlendirme yapılması, ilkenin koruma amacını tehlikeye sokabilecek kuvvettedir[58].

4. İlkenin Kapsamı Dışında Kalan Haller

İşadamı kararı ilkesi esas itibariyle objektif iyiniyet üzerine kurulduğundan, dürüstlük kuralına aykırılık hallerinde ilkenin uygulanamayacağı kabul edilmektedir[59]. Amerikan uygulamasında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden haller, zaman içerisinde içtihatlarla şekillenmiştir.

İlkenin uygulama kabiliyetini ortadan kaldıran ilk halin, hileli işlemler (*fraud*) olduğu kabul edilmektedir. Yöneticiler hileli ve aldatıcı eylemlerde bulunmak suretiyle takdirlerini kötüye kullanmışlarsa ya da buna yol açmışlarsa, ilkeden kaynaklanan korumadan yararlanamayacaklardır[60]. Yöneticilerin şirket kaynaklarını uygun

[56] Grass, (BJR, 1998), s. 60

[57] Grass, (BJR, 1998), s. 67

[58] Grass, (BJR, 1998), s. 68. Bkz. bu sayfada zikredilen Gimbel v. The Signal Companies, 316 A.2d 599 610 (Del. 1974) http://content.lawyerlinks.com/default.htm#http:// content.lawyerlinks.com/library/sec/cases/316_A2d_599.htm

[59] Grass, (BJR, 1998), s. 43

[60] Grass, (BJR, 1998), s. 43

karşılıklar almaksısın kötüye kullanımı (*corporate waste*) halinde de ilke uygulanamamaktadır[61].

İşadamı kararının yasa sınırları dışında yöneticilere koruma sağlaması düşünülemeyeceğinden, şirketin menfaatine dahi olsa[62], yöneticilerin kanunun emredici bir hükmüne aykırı (*illegality*) karar ya da kararlar alması hali de, ilkenin uygulama sınırları dışında kalmaktadır[63].

Şirketin amacı dışında kalan işlemler (*ultra vires*) de, işadamı kararı ilkesi kapsamından himaye edilmemektedir[64]. Bu halde işadamı kararının diğer unsurları bulunsa da, netice değişmemektedir ve ilke kapsamında değerlendirme yapılabilmesi için, kararın şirket amacına uygun olarak kaleme alınması gerekmektedir[65].

C. Alman Hukuku

1. ARAG-Garmenbeck Kararı

Alman anonim şirketler hukukunda işadamı kararı ilkesi, 2005 yılında yapılan yasal değişikliklere kadar, pozitif hukukta düzenlenmemiştir. Ancak bu değişiklik öncesinde öğreti ve içtihatlarda ilkenin gerekliliğine ilişkin eğilimler mevcuttur. Bu nedenle Alman hukukunda da işadamı kararı ilkesi, Amerikan hukukunda olduğu gibi öncelikle içtihatlar aracılığıyla şekillenmiştir[66]. Bu kararların en önemlisi, Alman Federal Mahkemesi tarafından 1997 yılında verilen ARAG/Garmenbeck kararıdır[67].

---

61 Grass, (BJR, 1998), s. 44 vd.

62 Miller v. American Telephone & Telegraph CO. davasında, davalı şirketin ortakları, 1968 yılındaki kongre nedeniyle sunulan iletişim hizmetleri karşılığı olarak siyasi bir oluşum olan DNC'deki bazı alacaklardan (yaklaşık 1,5 milyon dolar) vazgeçilmesi nedeniyle yöneticileri dava etmiş, mahkemece bu durum hukuka aykırı seçim bağışı olarak değerlendirilmiş ve ticari takdir ilkesinin uygulanmasından kaçınılmıştır. 507 F.2d 759 (3d. cir. 1974), http://openjurist.org/507/f2d/759/miller-v-american-telephone-and-telegraph-company#fn9_ref, (ET:11.02.2010)

63 Grass, (BJR, 1998), s. 43 vd.; Merkt/Göthel, Rn. 869

64 Grass, (BJR, 1998), s. 44

65 Merkt/Göthel, Rn. 869

66 Wendler, s. 151

67 BGHZ 135, 244 vd.

Sözkonusu karardan önce de federal mahkeme yöneticilerin ticari takdirlerine mahkemelerin müdahale edemeyeceğine dair kararlar vermiştir[68]. *Herstatt Bank* kararında[69] federal mahkeme, kusursuz gecikme halleri haricinde, şirketin mali durumunun bozulması durumunda yöneticilerin, şirketin iflasını istemek zorunda olduklarını kabul etmekle birlikte, alacaklılar, şirket ve ortaklar bakımından iflasa nazaran daha hafif sonuçları olan yöntemleri denemelerini AktG. § 93/I,1 uyarınca özen yükümü kapsamında değerlendirmiştir[70]. Bu surette federal mahkeme, yöneticilerin bankanın kurtarılmasına yönelik girişimlerinin sonucunun gerçekçi olup olmadığı konusunda yargısal bir denetimin mümkün olmadığını kabul etmişti[71].

Federal mahkeme *Siemens-Nold* kararında[72] ise, yönetim kurulunun sermaye artırımında rüçhan haklarının kısıtlanıp kısıtlanmayacağı konusunda ticari bir takdirinin bulunduğunu kabul etmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere Federal Mahkemenin işadamı kararı ilkesi kapsamında vermiş olduğu en önemli karar ARAG/Garmenbeck kararıdır. Bu kararda Federal Mahkeme öğretide tartışmasız bulunan işadamı kararı alma yetkisini kabul etmekle[73] kalmayıp, ilkenin gereklilikleri ya da unsurları hakkında sınırları çizmiş ve işadamı kararı ilkesi hakkındaki araştırmaların yoğunlaşmasına sebebiyet vermiştir[74]. Karara konu olan olayda, federal mahkeme yönetim kuruluna, "*şirket işlerini yürütürken, bulunmaması halinde, ticari faaliyetin mevcudiyetinin düşünülemeyeceği bir takdir alanı bırakılmasının zorunluluk olduğunu*" kabul etmiştir[75]. Mahkeme, takdir alanının son derece geniş tutulmasına yönelik bir eğilim içindedir. Bu kapsamda mahkeme, "*bilinçli olarak*

68 Ticari takdire ilişkin gelişim süreci, öğretide Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin verdiği kararlara kadar dayandırılmaktadır. Bu konuda Bkz. Wendler, s. 155

69 BGHZ 75, 96

70 Wendler, s. 151 vd.

71 Wendler, 152

72 BGH ZIP, 1997, 1499

73 Sieg/Zeidler, Rn. 4

74 Wendler, s. 261

75 BGHZ 135, 244, 253

üstlenilen riskler yanında; sorumluluk bilinciyle hareket eden her işletme yöneticisi tarafından dışlanması gerekenler haricinde, yanlış değerlendirme ve hatalı takdirler(in) de" ilke kapsamına girip, sorumluluğu gerektirmeyeceğine yönelik içtihatta bulunmuştur[76].

Federal mahkeme ARAG/Garmenbeck kararında işadamı kararı ilkesinin varlık ve gerekliliğini bu şekilde kabul ettikten sonra, hangi hallerde ilkenin ihlal edildiğini olumsuz bir biçimde, yani işadamı kararı için hangi unsurların bulunması gerektiğini ifade ederek değil, hangilerinin bulunmaması halinde ticari karardan sözedilemeyeceğini açıklamıştır[77]. Mahkemeye göre işadamı kararının unsurları sorumluluk bilincine sahip olarak hareket etme, işletme menfaatine yönelme, gerekli bilginin özenli bir şekilde temin edilmesi ve kanuna aykırı hareket etmeme şeklinde formüle edilmektedir. Sonraki içtihatlarında federal mahkeme takdir yetkisinin kapsamının ne ölçüde geniş olduğuna dair kriterleri belirlemeye çalışmış ve bu konuda "ticari açıdan makulluk" kriterini benimsemiştir[78]. Bu kriter uyarınca hal ve şartlar alınan karardan zarar riskini kaçınılmaz kılıyorsa ve sözkonusu riski üstlenmek için ticari açıdan makul bir ihtiyaç bulunmuyorsa, işadamı kararı sözkonusu olmayacaktır. Buradaki hal ve şartlar, mahkemenin değerlendirme yaptığı tarihe göre değil, işlemin yapıldığı tarihe göre (*ex tunc*) belirlenecektir[79]. Öğretide kriterin zarar riskini dışlamayıp, makul ölçüleri aşan riski esas almasına dikkat çekilmektedir[80].

---

76 BGHZ 135, 244, 253; ayrıca Bkz. Bilgili, Fatih; İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 116

77 Federal mahkemeye göre "…*eğer sorumluluk bilinci taşıma, münhasıran işletme menfaatine yönelme, karara temel teşkil eden hususları özenli bir şekilde araştırma… zorunluluğunun sınırları aşılmışsa, ticari risklere keyfi bir şekilde girişilmişse veya yönetim kurulunun davranışı başkaca nedenlerle yükümlülüklere aykırı olarak değerlendirilebiliyorsa*…" sorumluluğu gerektirir. BGHZ 135, 244, 253 vd.

78 Sieg/Zeidler, Rn. 3. İlgili kararlar için Bkz. age. Dn. 19

79 Bkz. Sieg/Zeidler, Rn. 3

80 Sieg/Zeidler, Rn. 5

2. Pozitif Hukuk ve İlkenin Uygulama Koşulları

İçtihatlardaki gelişimin ve piyasada şirket iflaslarının bir sonucu olarak Alman kanun koyucusu sorumluluk hukukuna yönelik düzenlemeleri içeren yasal bir düzenlemeye yönelmiş ve özellikle pay sahiplerinin organ üyelerine karşı açacağı sorumluluk davalarında özel imkanlar tanıyan, bunun karşılığında da işadamı kararı ilkesi aracılığıyla organ sorumluluğunu sınırlayan kanun olan UMAG[81] yürürlüğe girmiştir[82].

UMAG'ın Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93/I. maddesine eklediği 2. cümle sayesinde işadamı kararı ilkesi Alman hukukunda yasal bir düzenleme olarak yürürlüğe girmiştir. AktG. § 93/I,2 hükmüne göre:

> "*Yönetim kurulu üyesinin ticari bir karar alırken, yeterli bilgiye dayalı olarak şirket menfaatine uygun hareket ettiği makul olarak kabul edilebiliyorsa, herhangi bir yükümlülük ihlali sözkonusu değildir.*"

Bu tanımdan çıkan unsurlar, ticari bir kararın mevcut olması, münhasıran şirket menfaatinin gözetilmesi, özel menfaatler ve yabancı etkisi olmaksızın hareket, iyiniyet, kararın yeterli bilgiye dayalı olarak tesisidir[83].

Yasal tanımda yer alan bu unsurlar, ilkenin Alman hukukuna, Amerikan hukukunda uygulanan orijinine uygun bir iktibas olduğunu göstermektedir. İlkenin kodifikasyonu hukuk güvenliği ilkesi bakımından olumlu karşılanmakla birlikte, yargı uygulaması ve öğretinin yardımıyla unsurları ciddi manada somutlaştırılmadan girişilen kanunlaştırma hareketi eleştirilmektedir. Bu kapsamda önemli yargı içtihatlarının,

---

81 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht, 22.9.2005, BGBl. I 2005, 2802

82 Sieg/Zeidler, Rn. 7. Yazarlar bu değişiklikle yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davaları bakımından bir sınırlamanın hedeflendiğini, ancak gerçekte mevcut durumun yasalaşmasından başka bir değişikliğin olmadığını dile getirmektedir. Bkz. age Rn. 7,8

83 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

normun somutlaştırılması bakımından nazara alınmaması önemli bir eleştiri sebebi olarak kabul edilmektedir[84].

a. Münferit Uygulama Koşulları

Alman hukukunda yönetim kararının varlığı, ilkenin ilk uygulama koşulu olarak aranmaktadır. Karar alternatifleri bulunan bir hususta kâr ya da zarar riski içeren bir tercih yapılması, yönetim kararının gerekleri kapsamındadır[85]. Kararlar geleceğe yönelik tahminlere dayalı olarak şekillenmektedir ve hukuk düzeninin öngördüğü değerlendirmeler, ilke kapsamında yer almaz. Bu açıdan yasadan, esas sözleşmeden ya da yöneticiyle şirket arasındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali, takdir yetkisi kapsamında değildir[86].

Belirli bir yönde karar alınması gerekli olan hallerde, bilinçli olarak hareketsiz kalmak da karar olarak nitelendirilmektedir[87]. Bu bakımdan ilkenin uygulanması, bir davranış ya da ihmalin, bilinçli bir ticari kararın sonucu olmasını gerektirir[88].

Şirket menfaatlerine uygun hareket, ilkenin diğer bir unsurudur. Kanun metninde her ne kadar "şirket" menfaatine hareketten bahsedilmişse de, öğretide bu kavram, ilkenin uygulanması bakımından dar kapsamlı görülmekte ve kavramın işletme menfaatini kapsayacak genişlikte olduğu kabul edilmektedir[89].

Menfaatlere uygun hareket, sadece hukuki işlem şeklinde ortaya çıkan kararları değil, alınmış olan bir kararın icrasına yönelik davranışları

84 Wendler, s. 277 vd.

85 Semler, Johannes, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in Festschrift für Peter Ulmer, Berlin, 2003, (s. 627-642), s. 627 vd.; İşletmedeki tüm kararlar yönetim kararı olmayıp, sadece "*işletmenin yönetim işlevinin gerçekleşmesine hizmet eden veya bu işlevin dışında işletmenin orta veya uzun vadeli yönetiminin gelişmesine ya da finansman ve gelir durumuna etkili olan kararlar*" bu kapsamdadır. Semler, s. 43, N. 63 (Pulaşlı, s. 60'dan naklen)

86 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

87 Wendler, s. 266

88 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

89 Wendler, s. 268

da kapsar[90]. AktG. § 93/I,2 metnindeki ifade, hem organın karar alırken kararının kabul edilebilir olduğundan hareket etmesini vurgulayarak, kararın subjektif açıdan kabul edilebilir olmasını, hem de objektif bakımdan himaye edilebilir olmasını gerektirmektedir. Yine metinde geçen "makul" ölçütü de, objektif değerlendirmede yararlanılacak bir kriter olarak öngörülmüştür[91]. Menfaate uygun hareket, Amerikan hukukunda olduğu gibi, sonraki tarihte ortaya çıkan şartlara göre değil, işlemin yapıldığı tarihteki şartlara göre belirlenecektir[92].

Özel menfaatlerden uzak ve yabancı bir etkiye tabi olmaksızın hareket unsuru, yöneticinin tarafsız ve bağımsız hareket etmesini ifade eder[93]. Esasında bu unsuru, şirket menfaatine hareket unsuru içerisinde değerlendirmek mümkündür[94]. Alman hukukunda özel bir menfaat ya da yabancı etkisi konusunda tartışmalı olan husus, yöneticinin iyiniyetinin, bu unsur bakımından önem taşıyıp taşımadığıdır. Bir görüşe göre özel bir menfaatin varlığı halinde, yöneticinin iyiniyetli olmasının, yani sözkonusu menfaatin mevcudiyetini bilmesinin ya da bilmemesinin, neticeye etkisi yoktur. Özel bir menfaat sözkonusu ise, işadamı kararı ilkesi uygulanamaz. Yasa gerekçesinden hareket eden hakim görüş ise, karara yetkili olanların özel menfaatten haberdar olması gereğini bir şart olarak aramaktadır[95]. Kanun gerekçesi kadar, somut olay şartları hakim görüşe destek vermektedir. Zira bir yakınının yapılan işlemden kar elde ettiğini bilmeyen yöneticinin kararı, bu durumdan etkilenmemiştir ve işadamı kararı ilkesinin uygulanmasına engel yoktur[96]. Ancak hakim görüşü savunanlar dahi, böyle özel durumlarda, yöneticinin, işlemin yakınıyla ilgisini niçin bilmediğini ispat etmesini aramaktadır[97]. Sadece istisnai bazı durumlarda, bilme unsuru bulunsa bile farklı değerlendirme yapılabileceği

90 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11
91 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11
92 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11
93 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11
94 Sieg/Zeidler, Rn. 9
95 Wendler, s. 269, 271 vd.; Sieg/Zeidler, Rn. 9:
96 Sieg/Zeidler, Rn. 9
97 Sieg/Zeidler, Rn. 9

kabul edilmektedir. Özellikle yöneticinin menfaat çatışmasının sözkonusu olduğunu önceden açıkladığı ve makul bir şekilde şirket menfaatine hareket edildiği somut olaya göre kabul edilebiliyorsa durum böyledir[98].

İlkenin diğer bir unsuru olan "iyiniyet", kanun metninde açıkça düzenlenmemekle birlikte, kanun gerekçesinde, kararın "kabul edilebilir" olmasının iyiniyete işaret ettiğinden ve yöneticinin şirketin menfaatini iyi niyetli olarak gerçekleştirmeye çalışmasından bahsedilmek suretiyle bu unsura vurgu yapılmıştır[99].

Karar ya da davranışın yeterli bilgiye dayalı olarak alındığı makul bir şekilde kabul edilebilir olmalıdır. Ancak bu durum ticari kararların bilgiye dayalı olarak objektifleştirilmek zorunda olduğunu ifade etmez[100]. Çünkü iş hayatında kararlar çoğu zaman tecrübeye, beklentilere, rakiplerin durumuna, tüketicilerin beklentilerine, hislere ve piyasadaki somut diğer şartlara dayalı olarak alınır[101]. Ancak tek başına piyasa şartların uygun hareket de yeterli değildir. Bu yüzden Alman kanun koyucusunun yöneticilerden beklentisi, yeterli bilgiye dayalı karar hazırlığı süreci ile piyasada genel kabul gören davranış kurallarının birleştirilmesidir.

Özellikle zaman darlığı ya da bilgi temini için gerekli olan masrafların yüksek olması gibi karara etki eden olumsuz faktörlerin bulunması, özensiz karar alınmasını hiçbir zaman makul gösteremez[102]. Sadece risk içeren bir karar, sorumluluk bilincine sahip bir yönetici tarafından alınamaz[103]. Yine yöneticinin "*bilgi edinilmesi ve bunun değerlendirilmesini*" bir uzmana bırakmış olması ile yetinilemez[104].

Bilginin yeterli olması konusunda Amerikan hukukunda olduğu gibi şekli bir kriterle yetinilmemektedir. Başka bir ifadeyle, Alman hukukunda kararın içeriği bakımından denetim yapıldığından, şekli açıdan

98 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11
99 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11
100 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11
101 DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11
102 Wendler, s. 274
103 Semler, s. 628
104 Sieg/Zeidler, Rn. 10

karar hazırlıkları yapılmış olması, ilkeye riayet bakımından yeterli görülmemektedir[105].

b. İlkenin Kapsamı

Şahıs itibariyle ilkenin kapsamına yönetim (*Vorstand*) ve gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) üyeleri girmektedir. Yönetim kurulunun AktG. § 76 uyarınca idare yükümlülüğü çerçevesinde almış olduğu tüm yönetim kararları bakımından, ilkenin uygulama kabiliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir[106]. Yönetim kurulunun bu kararı şirketin mutad idare işlemleri olabileceği gibi, gözetim yetkisine ilişkin işlem ya da kararlar şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu sonuncusunda, daha önceden alınan bir kararın uygun bulunup bulunmaması sözkonusu olacaktır[107]. AktG. § 116'nın gözetim kurulu üyelerinin özen yükümü ve hukuki sorumluluğu bakımından AktG. § 93'e atfı nedeniyle, ilkenin gözetim kurulu üyeleri bakımından da uygulanması mümkündür[108].

İlke sadece organların şirket içi sorumluluğu bakımından değil, bazı hallerde dışa karşı sorumluluk bakımından da etkisini göstermektedir. Bu kapsamda özellikle şirketin iflasını talep etme zamanını belirleme hususunda organların takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir[109]. Öğretide yeni bir eğilim, şirket birleşmelerinden doğan zararların tazmini bakımından da ilkenin uygulanabileceğini kabul etmektedir[110].

c. İsbat Yüküne Etkisi

Amerikan hukukunda yöneticilerin işadamı kararı ilkesinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri karine olarak kabul edilmektedir. Yöneticinin yeterli bilgiye dayalı olarak, bağımsız, iyiniyetli ve şirket menfaatlerine uygun hareketi karinesi bulunduğundan, sorumluluk davasında davacıların bunun aksini ispat etmeleri gerekir[111].

---

105 Sieg/Zeidler, Rn. 10
106 Wendler, s. 261
107 Semler, s. 628
108 Semler, s. 628
109 Wendler, s. 262
110 Wendler, s. 262
111 Grass, (BJR, 1998), s. 34; Merkt/Göthel, Rn. 844; Wendler, s. 276

Alman hukukunda ise böyle bir karineye yer verilmemektedir ve yöneticilerin yükümlülüklerine aykırı davranmış oldukları karine olarak kabul edilmektedir[112]. Bu nedenle yöneticilerin ispat yükünü yerine getirebilmesi bakımından, karar için gerekli olan bilgi ve belgelerin karar safhasından itibaren toplanması gerekmekte ve ciddi bir belge toplama yükümlülüğü sözkonusu olmaktadır. Yöneticiler ancak bu ispat vasıtalarına sahip oldukları takdirde, işadamı kararı ilkesine dayanmak imkânına sahip olacaklardır[113].

İlkenin gereklerine riayet edilmiş olması halinde mahkemelerce, yöneticinin makul ve özenli bir idareciden beklenen özeni göstermelerine ilişkin bir inceleme yapılması mümkün değildir[114]. İlkenin gereklerinin yerine getirilmemiş olması halinde de sorumluluğun bir koşulu olarak kusurun varlığı derhal kabul edilmemekte, yöneticinin yükümlülüklerine aykırı davrandığının ispatı gerekmektedir. Ancak bu halde ispat yükü, davacılara aittir[115].

D. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda işadamı kararı ilkesi hakkında yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Şirket yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin içtihatlarda da ilke ciddi ve sistemli olarak kullanılmamaktadır. Buna karşın öğreti, Amerikan hukuku kaynaklı ilkeye önem atfetmekte ve ilkenin İsviçre hukukunda uygulanabilirliği ve şartları tartışılmaktadır[116].

112 Wendler, s. 276, 277

113 Wendler, s. 276

114 Wendler, s. 276

115 Wendler, s. 277

116 Bkz. von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel, 2006, s. 45 vd.; Pöschel, Ines/Watter, Rolf, Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane, ST 2006 (s. 816-820), s.817 vd.; Nikitine, Alexander, özellikle s. 133 vd.; Frick, Joachim, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systemasierung des Verantwortlichkeitsrechts, in Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, s. 509-521; Widmer, Peter, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 1994, Art. 754, Rn. 16; Schmid, Christoph, Haftungsbesränkungen für Revisoren und Verwaltungsräte? Nicht nur Revisoren, auch Verwaltungsräte sind gefahrdet, NZZ. n.

İsviçre öğretisinde genel olarak ticari kararların yargısal denetiminde sınırlama yapılması eğilimi bulunmakla birlikte[117], öğretinin ilkeye yaklaşımı, ilkenin lehine ve aleyhine olmak üzere iki grup içerisinde incelenebilir.

1. İlkenin Lehine Görüşler

İşadamı kararı ilkesinin sorumluluk davalarında uygulanması konusunda lehe görüş sahibi olan yazarlar, uygulamanın nasıl gerçekleşeceği konusunda birbirinden farklı yaklaşımlara sahiptir.

Bazı yazarlar, yöneticinin ticari sahada takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekte[118] ve bu takdir yetkisi bakımından yöneticiler lehine kararların doğru olduğu, takdirin olumlu kullanıldığı yönünde bir karinenin kabul edilmesi gerektiğini[119], takdirin sınırlarının açıkça aşılması halinde yöneticilere müdahalede bulunulabileceğini savunmaktadır[120]. Bu yönüyle öğreti, Amerikan hukukunda kabul edildiği haliyle ilkenin özünü, yani hakimin ticari kararların içeriği bakımından müdahale imkanının bulunmadığını kabul etmektedir[121]. Ancak İsviçre hukukundaki sorumluluk esasları göz önünde bulundurularak, ilkenin

101-29; Hasenböhler, Stefan, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, im vergleich zum US-amerikanischen Recht, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 68 vd.

117 Bkz. Frick, s. 520; *Schmid* bu konuda mahkemelerin, kararların kabul edilebilir olup olmadığını denetlediğini, amaca uygunluk yönünden bir denetim yapmadığını belirtmek suretiyle İsviçre hukukuna ilkenin zaten yabancı olmadığını belirtmektedir. Schmid, NZZ. n. 101-29

118 Widmer, Art. 754, Rn. 16. Yazar, takdir yetkisine riayet edilmemesini kusur değil, yükümlülük ihlali unsuru başlığı altında incelemektedir. İsviçre hukukundaki genel kabul, ilkenin kusurun değil, yükümlülük ihlali unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

119 von der Crone ise bu halde "yönetim kurulunun kararı özenle hazırlaması gerektiğini, tartışmalı durumlarda karar takdirinde özenli hareket edildiğini isbatlamak zorunda olduğunu" kabul etmektedir. Bkz. von der Crone, Hans Caspar, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW. 1998, (s. 157-169) s. 163

120 Bertschinger, Urs, Arbeitsteilung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999, s. 101, Rn. 188; Forstmoser, Peter, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung, ST. 2002, (s. 485-491), s. 490

121 Isler, Peter, Sorgfalt und haftung des Verwaltungsrates, in Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Hrsg. von Rolf H. Weber, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 2 vd.

Amerikan hukukundaki haliyle iktibasının mümkün olmadığı da vurgulanmaktadır[122].

Bazı yazarlar ise, Amerikan hukukundaki şekliyle ilkenin uygulannması gerektiğini savunmaktadır[123]. Bu görüş uyarınca sorumluluk davalarında özen yükümünün[124] yerine getirilip getirilmediği konusunda iki aşamalı bir değerlendirmenin yapılması sözkonusudur. Karar öncelikle şekli bazı gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediği yönünde değerlendirilir[125]. Özellikle yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında akdolunduğu kabul edilen vekâlet sözleşmesinde netice taahhüdü yoktur ve başarısızlık, her durumda sorumluluğu gündeme getirmez. Aslolan kararın oluşum sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tesbitidir ve bu ilkin, kararın oluşum sürecinde şekli bir değerlendirmenin yapılmasını gerekli kılar[126]. Şekli değerlendirmenin temelinde yeterli bilgi unsuru yer almaktadır. Uygun ve yeterli organizasyon yapısı içerisinde benzer koşullar altında özenli bir yönetim kurulu üyesi tarafından bilinmesi gereken hususları bilmeyen yönetim kurulu üyesi, ilkenin korumasından yararlanamaz[127]. Ancak ilk aşamadaki değerlendirme sadece şekli niteliktedir. Çünkü bu safhada da maddi denetim yapılmaktadır, ancak maddi denetim ortaya çıkan karara değil, onun alınış tarzına yöneliktir[128]. Bu, kararın alınma sürecine ilişkin yükümlülüklerin özenli biçimde yerine getirilmiş olmasını ifade

122 Bkz. Hasenböhler, s. 74; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2004, § 13, Rn. 584

123 Grass, Andrea, Management-Entscheidungen vor dem Richter Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschaftentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW. 2000, (s. 1-10), s. 9; Forstmoser (2002), s. 490; Forstmoser, Peter/Sprecher, Thomas/Töndury, Gian Andri, Persönliche Haftung nach schweizer Aktienrecht, Personal Liability under Swiss Corporate Law, Zürich, Basel, Genf, 2005, s. 57; Hasenböhler, s. 70 vd.

124 İsviçre hukukunda ilke sorumluluğun farklı unsurları bünyesinde sınıflandırılsa da, tezde ilke özen yükümü başlığı altında incelendiğinden, İsviçre hukukundaki eğilimler bu başlık altında değerlendirilmiştir.

125 Bu gereklilikler, Amerikan hukukunda varlığı aranan unsurlardır.

126 Hasenböhler, s. 71

127 Isler, s. 3

128 von der Crone, (Haftungsbeschränkung, 2006), s. 47

etmektedir[129]. Öte yandan ilkenin yöneticileri sadece şekli bir liste oluşturup, bunu kontrole yöneltmemesi gerektiği, yönetim faaliyetlerinin merkezinde her zaman içeriğin bulunduğu, işadamı kararı ilkesinin zaman içerisinde karar sürecini objektifleştireceği beklentisi bulunmaktadır[130]. Öğretide *Böckli*, Amerikan hukukunda öngörülen şekli denetime ilişkin esasların İsviçre Hukuku bakımından kabul edilebileceğini, ancak bunda İsviçre hukukunun kendine has özelliklerinin nazara alınması gerektiğini vurgulamakta ve kararın içerik olarak kabul edilebilir olma unsuruna vurgu yapmaktadır[131].

İlkenin Amerikan hukukundaki gibi uygulanması gerektiği görüşünü savunanlardan *Grass*, hakimin ticari kararlara ilişkin olarak öncelikle ilkenin öngördüğü koşulların mevcut olup olmadığını araştırması gerektiğini, hakimin ilkenin unsurları bakımından belli soruları cevapladırması gerektiğini, bu kapsamda;

- *Şirketin, pay sahiplerinin ya da alacaklıların zarara uğrayıp uğramadığı,*
- *Yönetim kurulunun bilinçli ve şekli bakımdan doğru bir kararının davalıya isnat edilip edilemeyeceği,*
- *Kararın şirket amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığı,*
- *Davalının karar esnasında bağımısız ve tarafsız olup olmadığı,*
- *Kararın emredici ve somut yasal düzenlemelere uygun olup olmadığı,*
- *Kararın en geniş anlamda makul ve mantıklı olup olmadığı,*
- *Davalının karar alırken iyiniyetli davranıp davranmadığı*[132]

Sorularının cevaplanması gerektiğini, tüm bu sorulara olumlu cevap verilmesi halinde OR Art. 754/I kapsamında bir yükümlülük ihalinin olmadığını ve sorumluluğun doğmayacağını, ancak bu sorulardan, ilkenin unsurlarını teşkil eden bir ya da daha fazlasının olumsuz cevaplanması

[129] Forstmoser/Sprecher/Töndury, s. 57
[130] Forstmoser/Sprecher,/Töndury, s. 58
[131] Böckli, § 13, Rn. 584
[132] Sorular Grass (2000), s. 10'da yer alan tablodan aynen alınmıştır.

halinde maddi denetime geçilebileceğini ve kararın doğruluğunun ve yerindeliğinin, davranışın somut şartlara göre kusurlu olup olmadığının denetlenebileceğini belirtmektedir[133].

2. İlkenin Aleyhine Görüşler

İsviçre hukukunda ilkeye en keskin eleştiriler *Kunz* tarafından yöneltilmektedir[134]. *Kunz* öğretinin, Amerikan hukukunun ciddi biçimde etkisi altında olduğunu, hukukun diğer alanları yanında şirketler hukukunun da bundan payına düşeni aldığını, bu kapsamda işadamı kararı ilkesinin öğretide yaygın kabul gördüğünü, ancak sözkonusu ilkenin İsviçre hukukunda uygulanamayacağını savunmaktadır[135].

İlkenin aleyhine görüş beyan edenler, gerçi İsviçre hukukunda da tıpkı Amerikan hukukunda olduğu gibi, hakimin işadamı kararını değerlendirme konusunda çekimser kalması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak ilkenin Amerikan hukukundan olduğu gibi alınarak sorumluluk davalarının temeline oturtulması eleştirilmektedir[136]. Sözkonusu eleştirinin çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır. Bu konuda eleştiriler, öncelikle pozitif hukuka dayalı olarak yöneltilmektedir. İlkenin, İsviçre hukukunda yasal bir dayanağı bulunmamasına ve OR Art. 754'de öngörülen sorumluluk esaslarıyla bağdaşmamasına rağmen, öğretide bu denli geniş eğilim olması eleştirilen ilk hususdur[137]. İlke, Amerikan hukukunda, sadece ispat yükünün yer değiştirmesini sağlamamakta, aynı zamanda pay sahiplerinin dava hakkının temelini oluşturmaktadır. İsviçre hukukunda ise yükümlülük ihlallerinin bu şekilde sınırlandırılması

133 Grass (2000), s. 5 vd.

134 Bkz. Kunz, Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001; Kunz, Peter V., Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten-zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur "Business Judgment Rule", in Festschrift für Jean Nicholas Druey, Zürich, 2002, s. 445-462; Kunz, Peter V., Zwischenhalt beim Schutz der Aktionäre Oder: Wohin soll die Reise gehen?, ST., 2002, s. 402-406

135 Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 454

136 Kunz, (Zwischenhalt, 2002), s. 405 vd.; Bärtschi, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001, s. 404 vd.; İsviçre uygulamasında ilkenin sadece sorumluluk davalarında değil, genel kurul kararlarının iptaline yönelik davalarda da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Kunz, (Zwischenhalt, 2002), s. 406

137 Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461; Bartschi, s. 403; Nikitine, s. 141

sözkonusu değildir[138]. Yine pozitif hukuka dayalı olarak, menfaatler dengesi bakımından, şirket menfaatlerinin önceliğinin hukuk düzenince kabul edilmemesine rağmen, ilkede bu menfaate öncelik tanınması bir eleştiri gerekçesi olarak kullanılmaktadır[139]. Pozitif bir dayanak olmaksızın, içtihatlar aracılığıyla hakimlerin kararları değerlendirmede ciddi şekilde çekimser kalması, "*polis devleti yasalaştırma hareketi çağrılarına*" yol açacaktır[140]. Öte yandan ilke, sorumluluk davaları bakımından önemli bir temel teşkil eden ihmali davranışlar bakımından bir çözüm sağlamamaktadır[141]. Bu gerekçelerden başka, İsviçre Şirketler Hukuku'nun azınlıkları korumaya yönelik hükümleri, eleştirilerin en esaslı noktasını oluşturmaktadır. Çünkü işadamı kararı ilkesine uygulamada yer verilmesi halinde, yönetim kurulunun idare işlevini (*Wächterfunktion*) yerine getirmemesinden kaynaklanan zararların tazmini engellenecektir. Oysa şirketler hukuku, hakimin kararlar bakımından yüzeysel bir incelemede bulunmasını ya da çekimser kalmasını değil, menfaatler dengesinin gözetilmesini ve azınlıkta olanların çoğunluk karşısında haklarının ihlal edilmesini engellemeyi hedefler[142]. Sadece şekli incelemeyle yükümlülük ihlalinin tesbit edilmesi, yöneticilerin sorumluluğunu azaltmak yerine, yeni ve basit bir sorumluluk riski doğurmaktadır[143].

E. Türk Hukuku

İşadamı kararı ilkesi, Türk hukukunda pozitif olarak düzenlenmiş değildir. TTK'da ise yöneticilerin özen yükümünü düzenleyen 369. madde gerekçesinde ilkeye değinilmekte ve konu hakkında "*tedbirli bir yönetici*

138 Bartschi, s. 405

139 Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461; Konuyu ticari takdir ilkesi kapsamında incelememekle birlikte, şirketler hukukunda yasa koyucunun menfaatler dengesinde tercihini şirket menfaatleri yönünde kullandığı yönünde isabetli değerlendirme bakımından Bkz. Iseli, Thomas, Führungsorganisation im Aktien-, Banken-, und Versicherungsrecht, Ausgestaltung, Aufgaben und Abgrenzungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich-Basel-Genf, 2008, s. 12 vd.

140 Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461

141 Bartschi, s. 406

142 Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461 vd.; Krş. Nikitine, s. 141

143 Bartschi, s. 406

ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgment rule) verebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapılıp ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten sözedilemez" ifadesine yer verilmektedir.

TTK'nın 369. maddesi yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü şahısların özen ve bağlılık yükümlerini düzenlemektedir. Anılan şahısların özen yükümü bakımından ölçüt olarak TTK'da "tedbirli bir yönetici" kriterine yer verilmektedir (m. 369/I). Öğretide tedbirli yönetici kriterinin, Türk hukukuna yeni giren "işadamı kararı" ile açıklanmaya çalışılması eleştirilere sebebiyet vermiştir. Bu kapsamda yeni bir özen ölçüsü ortaya koyan maddenin, henüz içeriği belirli olmayan ve uygulamada yer almayan başka bir kavramla açıklanmaya çalışıldığı gerekçesiyle TTK düzenlemesi eleştirilmektedir[144]. Ancak işadamı kararı ilkesi, tek başına tedbirli yöneticiyi açıklamaktan uzaktır. TTK gerekçesinde de ilkenin, ortaya konulan tedbirli yönetici ölçütünün bir boyutunu oluşturduğuna vurgu yapılmaktadır[145].

TTK gerekçesinde özen ölçüsü bakımından kabul edilen tedbirli yönetici kriteri, çeşitli yönlerden açıklanmaya çalışılmaktadır. Tedbirli yönetici kriteri, TTK gerekçesine göre yürürlükteki Ticaret Kanunu'nun 320. maddesinde yer alan ve atıflarla ulaşılan isabetsiz nesnel ve öznel özen kriterlerinin yerine geçmekte, Yargıtay uygulaması ile beklentileri aşan davranışları zorlayan, basiretli işadamı olma gereklerini dışlamaktadır. Öte yandan TTK gerekçesine göre şirket menfaatine olanı mutlak surette yapmak, zararına olandan mutlak biçimde kaçınmak, özen borcunun ölçüsü değildir. Tedbirli yönetici kavramı, hem kusurun ölçüsünü hem de yapılması gereken nesnel davranışı belirlemektedir. Nesnel davranışı benzer işletmelerdeki yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen tayin edecek, şahsi işlerdeki özen dikkate

144 Akdağ-Güney, s. 71

145 TTKT m. 369 gerekçesi, s. 170

alınmayacaktır. Tedbirli yönetici ölçüsü işadamı kararı verilebilmesini kabul etmektedir[146].

Öğretide, TTK gerekçesinde yer alan, işin gerektirdiği özenden, o işe ilişkin uzmanlık bilgisinin araştırılmayacağına yönelik yaklaşım ile işlerin yürütülmesinde şirket yarar ve zararına ilişkin değerlendirmeler, kaynak İsviçre hukuku ve Alman hukukundaki uygulama ve bilimsel görüşler çerçevesinde tenkit edilmektedir[147]. Bu kapsamda TTK gerekçesinde yer alan ve özenin nesnel olarak belirleneceğine, konu hakkında uzman bilgisinin aranmayacağına ilişkin açıklamalar, öğretide haklı olarak eleştirilmekte, yöneticinin işin kabulü esnasında o iş için gerekli olan özelliklere sahip olmadığını bildiği hallerde işi kabul etmesinin, özensiz bir davranış olduğu vurgulanmaktadır[148].

TTK'nın 369. maddesi gerekçesinde, kanunun 553/III. maddesinde işadamı kararının, somutlaştırıldığı ifade edilmektedir. Atıf yapılan özellikle madde gözetim yükümüne ilişkin bir sorumsuzluk halini düzenlemektedir. Anılan madde özü itibariyle "*kontrol dışında kalan hukuka aykırılıklar*" varsayımı oluşturmakta ve belli hususların, yönetimin kontrolü dışında kalabileceği esasına dayanmaktadır. Ancak gözetim yükümünün ihlaline dayalı sorumsuzluğu düzenleyen bu maddenin, 369. maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, "işadamı kararı" kapsamında değerlendirilmesi ya da bu ilkeyi somutlaştırdığının kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü anılan madde kimsenin, kontrol dışında kalan hukuka aykırılıklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamaktadır. Hukuka aykırı işlem ve davranışların işadamı kararı ilkesi kapsamında korunması ne ilkeye kaynak teşkil eden Anglo-Sakson hukukunda ne de Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Bu nedenle "*kontrol dışında kalan hukuka aykırılık*"ların, esasları yasada öngörülmeyen işadamı kararı ilkesi bünyesine dahil edilerek hukukumuza

146 TTKT m. 369 gerekçesi, s. 170

147 Eleştiriler için bkz. Pulaşlı, s. 52 vd.

148 Pulaşlı, s. 52 vd.

ithali, ilkeye ilişkin esaslar çerçevesinde kabul edilebilir nitelikte değildir[149].

Ülkemizde işadamı kararı ilkesinin unsurları bakımından yargısal içtihatların ilkenin gerekliliklerini sistematize edecek unsurları ortaya koymadığı, ancak kararlarda yeterli bilginin toplanılması, şirket menfaatinin gözetilmesi ve genellikle dürüstlük kuralı çerçevesinde ticari kararların himayesi eğiliminin mevcut olduğu tesbit edilmektedir[150].

Öğretinin meseleye yaklaşımı değerlendirildiğinde ise, genellikle yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu bağlamında açıklamaların yapıldığı ve yönetim kurulu üyelerinin ticari alana ilişkin işlemleri bakımından takdir alanlarının varlığının kabul edildiği, bu takdirin kullanılmasından ötürü sorumluluğun gündeme gelemeyeceği vurgulanmaktadır. Bu haliyle işadamı kararının sorumsuzluk alanında kaldığı, Türk hukuku bakımından öteden beri kabul edilmektedir[151].

Öğretideki yeni eğilim, işadamı kararı ilkesinin unsurları bakımından Amerikan ve Kıta Avrupası hukuklarında kabul edilen

149 TTK'nın 553. maddesi hakkında farklı eleştiriler için bkz. Akdağ-Güney, s. 72 vd.

150 Bkz. TD. 1957/3568 E., 1958/237 K., 28.01.1958 T.(Atan, Turhan, TTK'ya Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 22'den naklen); 11 HD. 1986/2998 E., 1986/3161 K., 23.05.1986 T.; Bkz. Okutan-Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s. 269

151 Öğretide kar zarar ikilemini ortadan kaldıracak bir sorumluluk sisteminin kabul edilemeyeceği (Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s. 2); Her türlü hatanın kusur olarak değerlendirilemeyeceği (Atan, s. 3, 22); Aslolanın kararın isabetli ya da isabetsiz olması değil, somut şartlar çerçevesinde akla yatkınlığı olduğu (Mimaroğlu, Sait K., Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 31); Hakimin kararın yerindeliğini denetleyemeyeceği (Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007, s. 73; Kırca, İsmail, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu, BATİDER., C. XXII, Sa. 3, (s. 85-96), s. 88) haklı olarak vurgulanmakta ve fakat karar alma sürecinde gösterilmesi gereken özenin incelenmesi gerektiğine işaret edilmektedir (Kırca, s. 88 vd.). Buna karşın özellikle banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu bakımından hatalı karar ve hatalı değerlendirmelerin sorumluluğu gerektirdiği de hukukumuzda savunulmaktadır. Bkz. Kaplan, İbrahim; Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukuki Sorumluluk, BATİDER. C. XXIII, Sa. 3, (s. 5-29), s. 23.

esasların, Türk hukukunda da uygulanması yönündedir[152]. İşadamı kararı ilkesi çerçevesinde kararların yeterli bilgiye dayalı olarak alınması, kararda şirket menfaatinin gözetilmesi, karar alanların bağımsız ve tarafsız olması, kararın hukuka uygun olması ve hukuki açıdan savunulabilir olması koşulları Türk hukuku bakımından da kabul edilmektedir[153]. Belirtilen koşulların bir arada bulunması halinde, artık kararın yargısal müdahaleden uzak tutulması gerekmektedir. Yapılan işlemden dolayı bir malvarlıksal kayıp bulunsa da, bu hukuki açıdan sorumluluk gerektiren bir zararı değil, ticari açıdan katlanılması gereken bir riski ifade edecektir.

F. Değerlendirme

1. Genel Olarak

İşadamı kararı ilkesi, şirketin ticari sahadaki faaliyetlerine ilişkin alınan kararların sorumluluk hukuku bakımından sınırlarını belirleyen, yükümlülükleri somutlaştıran ve ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuran bir hukuk kurumudur[154]. İlkenin uygulanması bakımından ortaya çıkan temel sorun, takdirin mevcut olması değil, bu takdirin ne ölçüde sınırlanabileceğidir. İlkeye dayanılsın ya da dayanılmasın, ticari takdire belirli ölçüde serbesti tanınması gereği hususunda öğreti hemen hemen ittifak halindedir. Pozitif hukukta dayanağı bulunmasa da, Türk hukuku bakımından yöneticilerin sorumluluğunda ilkeden yararlanılması mümkün ve gereklidir.

Yöneticilerin ticari sahada takdir yetkilerini kullanmasını gerektiren, zarar-getiri potansiyeli bulunan işlem ve kararlar bakımından, takdirin belli esaslar dahilinde kullanmış olması ve sonradan ihtimal dahilinde bulunan zararlı sonucun gerçekleşmesi, yöneticilerin sorumlu

152 Bkz. Kırca, s. 92 vd.; Pulaşlı, s. 58 vd.; Akdağ-Güney, s. 72

153 Bkz. Kırca, s. 93 vd.; Akdağ-Güney, s. 72; Öğretide ilkenin uygulanma koşulları *Pulaşlı* tarafından daha spesifik unsurlar kapsamında incelenmektedir. Yazar bir yönetim kararının varlığı, şirket işlerinin özenli şekilde takip edilmiş olması, yönetim kurulu üyelerinin toplantıya aktif şekilde katılımı ve kararların şekli kurallara uygun şekilde alınması, üyelerin bağımsız, tarafsız ve iyiniyetli olması, kararda şirket amaç ve konusu çerçevesinde hareket edilmesi, her aşamada özenli davranılması koşullarının bulunması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. Pulaşlı, s. 59 vd.

154 Nikitine, s. 133

tutulmasını gerekli kılamaz. Aksini kabul, ticari hayatın durmasını sonuçlar ki, kanun koyucunun böyle bir sonucu hedeflemesi ihtimal dışıdır.

Kanaatimizce ilke, sorumluluk hukuku ve özellikle sorumluluğun kusur unsuru bakımından sistemli bir yeniliği ifade etse de, yöneticileri sorumluluktan kurtaracak yeni bir kurum olarak değerlendirilemez. Çünkü ilke, yöneticiler bakımından bir sorumsuzluk alanı tesis etmekle birlikte, bu sorumsuzluğun şekli bir inceleme neticesinde meydana geldiğine ilişkin değerlendirmeye[155] hukukumuz bakımından katılma imkânı yoktur[156]. İşadamı kararı ilkesi, yöneticilerin ticari faaliyetlere ilişkin risk içeren kararlarının bulunabileceğini ve bu tür kararlardan kaynaklanan zararların, sorumluluğu gerektiren bir zarar olmadığını kabul etmekle birlikte, Türk hukuku, yöneticilerin bu kararı alırken gerekli özeni gösterip göstermediği hususunda inceleme ve değerlendirme yapılmasını amirdir[157]. Bu incelemenin şekli bir inceleme olduğu, işin esasına yönelik bir değerlendirmenin yapılmadığını söylemek ise kabul edilebilir nitelikte değildir. Özen yükümü, işadamı kararı kapsamında olan ya da olmayan tüm kararlar bakımından sözkonusudur. Bu nedenle Türk hukuku bakımından ilk etapta belirli hususların araştırılması, bu sorulara olumsuz cevap verildiği takdirde ikinci aşamaya geçilmesi gibi bir değerlendirme süreci sözkonusu değildir[158]. Yöneticiler ticari kararları bakımından serbest hareket etmeli, takdirlerini sınırlayacak hukuki müdahalelerden kaçınılmalıdır. Ancak takdire dayalı kararın, keyfiliğe ulaşmaması gerekmektedir. İşadamı kararı ilkesi, takdir kapsamında olan bir kararın keyfiliğe mi dayandığı yoksa karar sürecinin gerekli özen gösterilerek mi

155 Bkz. Merkt/Göthel, Rn. 843; Grass, (BJR, 1998), s. 34 vd.

156 Aynı yönde Böckli, s. 1623, § 13, Rn. 585

157 Kırca, s. 88

158 İsbat hukuku bakımından sorumluluk davasında yöneticinin, mevcut işlemin ticari takdir kapsamında olan bir işlem olduğunu isbatlaması gerekir. Kararın ya da işlemin ticari takdir sahasında bulunduğuna ilişkin karinenin, Türk hukuku bakımından uygulama kabiliyeti yoktur. TTK bakımından aynı yönde Bkz. Pınar, Hamdi, Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, BATİDER., C. XXV, Sa. 4, (s. 369-405), s. 397

geçirildiği hususunda sorgulama yapmak suretiyle, yöneticilerin özenli davranıp davranmadığı yönünde tespite olanak sağlamaktadır. Başka deyişle ilke, ticari takdirin kullanıldığı hallerde, özen yükümüne riayet edilip edilmediğini tespitin bir aracı olararak kullanıma elverişlidir. Bu yönüyle, ilke vasıtasıyla somutlaştırılan unsurların, ticari takdirin mevcut olduğu hallerde özen yükümünün bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir.

2. Banka İşletmesi Bakımından

İşadamı kararı ilkesine esas olan kararlar, banka işletmesinde de her türlü kararı değil, ticari kararları kapsamaktadır. Takdir yetkisinin kullanımına müsait ve birden fazla karar alternatifinin bulunduğu bir durumda, ticari risk içeren bir kararın alınması gerekir[159]. Bu bakımdan işletme konusunun gerçekleştirilmesine yönelik tüm kararların, ticari karar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir[160]. Bunlar genellikle üçüncü şahıslarla ilişki kurulmasını gerektiren kararlar olmakla birlikte, hangi kararların bu tanımda yer alan unsurları taşıdığı, somut olay koşullarına göre belirlenecektir. Yeni yatırım araçlarına yönelinmesi, belli bir yerde şube açılması, hizmet alımında kira ya da satın alma yöntemlerinden birinin tercih edilmesi, elektronik sistemlerin yenilemesi, kredi verilmesi gibi haller ticari takdirin kullanımını gerekli kılar. Ticari takdirin kullanıldığı hallerde, ilkenin gereklilikleri banka hukuku bakımından da aynen uygulama alanı bulur.

Banka hukuku ve işletmesi bakımından ticari takdirin en fazla önem taşıdığı işlem kredi işlemleridir. Kredi açmak yürürlükteki mevzuat uyarınca yönetim kuruluna ait bir görevdir (Bank.K m. 51/I). Şüphesiz yönetim kurulunun bu yetkiyi tek başına kullanması, çoğu banka açısından fiili olarak imkânsızdır. Bu nedenle mevzuatta öngörülen esaslara riayet edilmesi kaydıyla kredilerin açılmasında uyulacak esas ve usule ilişkin şartları belirlemek, yönetim kuruluna ait bir yükümlülüktür. Banka içi talimatnameler vasıtasıyla kredilerin açılmasında hangi bilgi ve belgelerin istenileceği, kredi teminatı olarak nelerin kabul edilebileceği,

159 Nikitine, s. 166

160 Nikitine, s. 167

hangi şartlar altında, kimlere ne miktar kredi verilebileceği gibi hususların belirlenmesi ve kredi sürecinin objektif esaslara bağlanması gereklidir. Ancak piyasa şartlarının gereği olarak kredi tahsisinde subjektif esasların rol oynaması ve mevcut şartlar çerçevesinde belli ölçüde takdir yetkisinin kullanılması da kaçınılmaz bir durumdur. Alman hukukunda işadamı kararı ilkesinin bankalar tarafından tesis edilen krediler bakımından da uygulama kabiliyeti bulduğu kabul edilmektedir[161]. Ancak özellikle teminatlar bakımından ciddi tereddütler doğmaktadır.

Türk öğretisinde, bankaların kredi vermesini ya da teminatsız kredi vermesini yasaklayan bir düzenlemenin olmadığı gerekçesine dayalı olarak, teminat alınmaksızın kredi verilmesi halinde bundan yöneticilerin sorumlu tutulamayacağı görüşü savunulmaktadır[162]. Alman Federal Mahkemesi bankacılık uygulamasında teamül olarak alınması gerekli olan teminatların alınmamasını, (kooperatif bankası) yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bakımından yeterli görmüştür[163]. Alman öğretisinde ise, Alman bankalarının farklı organizasyon yapısına uygun kuruluşuna izin verildiğinden, Federal Mahkeme'nin bu kararının sadece karara konu banka türü için geçerli olduğu, diğer bankalara bu esasın uygulanamayacağı kabul edilmektedir[164]. Öte yandan bankaların hangi koşullar altında kredi tesis edebileceğini müşteri ilişkileri ve piyasa koşullarının belirleyeceği, soyut biçimde teminatların, alışılmış teminatlar olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır[165]. Federal mahkeme teminatların karşılamadığı kredilere (*blankokredit*) ilişkin olarak, sadece riskin fazla olmadığına ilişkin bir görünümü yeterli bulmamakta ve bu tarz krediler üzerinde ciddi şekilde yoğunlaşılmasını aramaktadır[166].

---

161 Bkz. Lehleiter, Gunther/Hoppe, Christian, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR., 2007, H. 5, (s. 178-185), s. 180; Sieg/Zeidler, Rn. 36

162 Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, s. 77

163 BGH. II ZR. 54/03, 21.03.2005

164 Sieg/Zeidler, Rn. 33

165 Kiethe, Kurt, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR, 2005, H. 5, (s. 177-186), s. 179

166 Lehleiter/Hoppe, s. 180

Kanaatimizce bankacılık mevzuatı kredi işlemleri bakımından teminat alınmasını kati bir şekilde emretmese de, bankacılık faaliyeti bakımından teminatsız kredi verilmesine yönelik karar ya da işlem, kararın makul olma özelliğini ortadan kaldırır. Makul hiçbir neden mevcut olmaksızın ve kredi talep eden hakkında yeterli araştırma yapılmaksızın tesis edilen teminatsız krediler, sebepsiz risk üstlenimi olduğundan, bu tarz kredilerde risk üstlenen yöneticilerin ticari takdir sınırları dışında hareket ettiğinde tereddüt edilmemelidir. Nitekim banka yöneticisi tarafından şahsen tanınıyor olmak ya da başkaca bir sebeple ilişkili bulunmak, anonim şirketler hukukunda ve banka hukukunda son yıllarda hızla güçlenen kurumsal yönetim anlayışı ve kurumsallaşma eğilimi ile bağdaşmaz. Buna karşın kredi talep edenin bankada önemli miktarda mevduatının bulunması, talep edilen kredinin malvarlığı durumuna göre önemsiz miktarda olması gibi somut sebepler, kredi tesisi bakımından güven temin edebilir. Bu tarz krediler için, şahsi veya ayni ek bir teminat alınmamış olsa da, kredi talep edenin malvarlığı durumunun krediyi karşılayabilecek kuvvette olması geniş anlamda yeterli teminat olarak değerlendirilebilir[167]. Ancak malvarlıksal yeterlilik bulunmasına rağmen, somut olay şartları malvarlığının yeterli bir teminat olarak değerlendirilmemesi sonucunu doğuruyorsa, ek teminat alınmaması ticari takdir sınırları dışında hareket edildiğini kabul için yeterlidir. Teminatsız kredi verilmesi halinde ise yöneticilerin kusurlu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Teminat kavramının geniş yorumlanması, bu görüşün ticari sahada doğuracağı sakıncaları ortadan kaldırmaktadır.

[167] Sieg/Zeidler, Rn. 33

KAYNAKÇA

Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008

Atan, Turhan, TTK'ya Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967

Bärtschi, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001

Bertschinger, Urs, Arbeitsteilung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999

Bilgili, Fatih; İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004

Block, Dennis J./Barton, Nancy E./Radin, Stephen A.; The Business Judgment Rule, Connecticut, 1993

Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2004

Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007

Forstmoser, Peter, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung, ST. 2002, (s. 485-491)

Forstmoser, Peter/Sprecher, Thomas/Töndury, Gian Andri, Persönliche Haftung nach schweizer Aktienrecht, Personal Liability under Swiss Corporate Law, Zürich, Basel, Genf, 2005

Frick, Joachim, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systemasierung des Verantwortlichkeitsrechts, in Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, s. 509-521

Grass, Andrea, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich, 1998, (BJR 1998)

Grass, Andrea, Management-Entscheidungen vor dem Richter Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschaftentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW. 2000, (s. 1-10)

Hasenböhler, Stefan, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, im vergleich zum US-amerikanischen Recht, Zürich-Basel-Genf, 2003

Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001

Iseli, Thomas, Führungsorganisation im Aktien-, Banken-, und Versicherungsrecht, Ausgestaltung, Aufgaben und Abgrenzungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich-Basel-Genf, 2008

Isler, Peter, Sorgfalt und haftung des Verwaltungsrates, in Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Hrsg. von Rolf H. Weber, Zürich-Basel-Genf, 2003

Kaplan, İbrahim; Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukuki Sorumluluk, BATİDER. C. XXIII, Sa. 3, (s. 5-29)

Kırca, İsmail, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu, BATİDER., C. XXII, Sa. 3, (s. 85-96)

Kiethe, Kurt, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR, 2005, H. 5, (s. 177-186)

Kunz, Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001

Kunz, Peter V., Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten-zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur "Business Judgment Rule", in Festschrift für Jean Nicholas Druey, Zürich, 2002, (s. 445-462)

Kunz, Peter V., Zwischenhalt beim Schutz der Aktionäre Oder: Wohin soll die Reise gehen?, ST., 2002, s. (402-406)

Lehleiter, Gunther/Hoppe, Christian, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR., 2007, H. 5, (s. 178-185)

Merkt, Hanno/Göthel, Stephan R., US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt, 2006

Mimaroğlu, Sait K., Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967

Nikitine, Alexander; Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der "Business Judgment Rule" im Gefüge der Corporate Governance, Zürich/St. Galen, 2007

Okutan-Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009

Pınar, Hamdi, Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, BATİDER., C. XXV, Sa. 4, (s. 369-405)

Pöschel, Ines/Watter, Rolf, Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane, ST 2006 (s. 816-820)

Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sa. 1, (s. 27-63)

Schmid, Christoph, Haftungsbesränkungen für Revisoren und Verwaltungsräte? Nicht nur Revisoren, auch Verwaltungsräte sind gefahrdet, NZZ. n. 101-29

Semler, Johannes, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in Festschrift für Peter Ulmer, Berlin, 2003, (s. 627-642)

Sieg, Oliver/Zeidler, Simon-Alexander, Business Judgment Rule, Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, (s. 43-68), Hrsg. von Christoph E. Hauschka, München, 2007

Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003

Von der Crone, Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW., 2006, (s. 2-19)

Von der Crone, Hans Caspar, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW. 1998, (s. 157-169)

Von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel, 2006

Wendler, Jan-Sebastian, die Justibilitat ökonomischer Unternehmenentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main, 2007

Widmer, Peter, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 1994

FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜLÜN - ÖZELLİKLE - DIŞ İLİŞKİ BAKIMINDAN ANLAMI VE BANKACILIK KANUNUNUN ŞAHSİ İFLAS SORUMLULUĞU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK*

Mehmet Çelebi CAN**

ÖZET

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile anonim şirketler hukukunda uygulama alanı kazanan farklılaştırılmış teselsül ilkesi, müteselsil borçluların şahsi indirim nedenlerini dış ilişkide alacaklıya karşı kullanmasına olanak sağlamaktadır. Makalede ağırlıklı olarak kaynak İsviçre hukukundaki değerlendirmeler göz önünde bulundurulmak suretiyle bu yeni kurumun özellikle dış ilişki bakımından anlamı ve Bankacılık Kanununun şahsi iflasa ilişkin düzenlemesinin, farklılaştırılmış teselsül ile ilişkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: müteselsil sorumluluk, farklılaştırılmış teselsül, şahsi iflas, anonim şirket yönetici sorumluluğu, banka sorumluluk hukuku

---

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

THE MEANING OF DIFFERENTIATED SOLIDARITY, ESPECIALLY FOR THE EXTERNAL RELATION AND ITS COMPARISON WITH THE PERSONAL BANKRUPTCY, WHİCH REGULATED BY BANKING LAW

ABSTRACT

Differentiated solidarity is a new principle of the Turkish Commercial Code (No: 6102), which find application area in joint-stock companies law. It provides joint and several damaging persons with the right to use personal reduction causes externally against damaged person. In this article, it's tried to explain the meaning of differentiated solidarity and the relation between differentiated solidarity and personal bankruptcy, which regulated by Banking Law.

Keywords: Joint and several liability, differentiated solidarity, personal bankruptcy, liability of joint-stock company directors, liability in banking law

GİRİŞ

Sosyal yaşamı devlet yaptırımıyla düzenleyen hukuk kuralları, toplumun adalet, nısfet ve hakkaniyet duygularını tatmin ettiği ölçüde itaat kabiliyetini arttırır. Özellikle ticari hayatta bu duyguların tatmini, normların, iş ahlakı, mesleki teamüller ve ticari uygulamalarla bağdaşmasını gerektirir ve belirli bir dönem içerisinde yaygın olan kanaatin değişmesiyle, normlarda da değişim ihtiyacı hissedilir. Mutlak teselsül ilkesine göre şekillenmiş müteselsil borç ilişkisi de dış ilişkide doğurduğu sonuçlar itibariyle adalet, hakkaniyet ve insaf duyguları bakımından tartışmaya açık bir içeriğe sahiptir ve mehaz İsviçre hukukunda bu özel borç ilişkisinin içeriğinin değişmesi yönünde uzun yıllardan beri ortaya atılan görüşler, 1991 yılında İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişiklikle anonim şirketler hukuku bakımından amacına ulaşmıştır[1]. Türk hukukunda da 6102 sayılı kanunla anonim

[1] Görüşler hakkında bkz. Bürgi, Wolfhart F., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die aktiengesellschaft, b/3: Art. 739-771, Art. 759, Rn. 14 vd.; Hablützel, Oliver, Solidarität in der aktienrechtlichen

şirketler sorumluluk hukukunda, bugüne kadar geçerli olan *mutlak teselsül* anlayışından vazgeçilerek mehaz İsviçre Borçlar Kanununa uygun biçimde *farklılaştırılmış teselsül* (*differenzierte Solidarität*) ilkesi kabul edilmiştir (6102 s.K m. 557).

Farklılaştırılmış teselsül, esas itibariyle alacaklı menfaatlerini koruyan mutlak teselsül sorumluluğu ile borçlunun menfaatini koruyan iç ilişkideki paya göre sorumluluk arasında kalan bir çözüm yoludur[2]. Farklılaştırılmış teselsül ilkesini mutlak teselsülden ayıran temel özellik, her bir borçlunun şahsi kusuru, eyleminin netice bakımından illiyet derecesi ve hal ve şartlar gibi, sorumluluğun şahsen daha düşük miktarda takdir edilmesini gerektiren sebepleri, alacaklıya karşı savunma imkanı olarak dermeyan etme hakkını bahşetmesi ve hakimin dış ilişki açısından sorumluluk miktarını bu hal ve şartları gözetmek suretiyle takdir etmesidir (6102 s.K m 557/I). Başka bir deyişle hakim, somut olay koşullarına göre münferit borçlunun teselsül ilişkisi içerisinde şahsen alacaklıya karşı ne miktarda sorumlu olduğunu dış ilişki bakımından şahsi indirim sebeplerini göz önünde bulundurarak tespit edecektir.

TTK'nın anonim şirketler sorumluluk hukuku bakımından kabul ettiği farklılaştırılmış teselsül ilkesinin ya da taraf iradelerinden bağımsız olarak müteselsil sorumluluk esasını öngören yasal düzenlemelerin, özel kanunlarla düzenlenen sorumluluk ilişkilerine etkisinin hususi olarak incelenmesi gereklidir. Özellikle Bankacılık Kanununda düzenlenen şahsi iflasa ilişkin özel sorumluluk bakımından (BankK m. 110/I) teselsül ilişkisinin uygulama kabiliyetine sahip olup olmadığı konusunda tartışmalar mevcuttur[3]. Burada sadece soruna temas etmekle yetinilip, aşağıda önce 6102 sayılı kanun ile uygulama kabiliyeti bulacak olan farklılaştırılmış teselsüle ilişkin esaslar incelendikten sonra, Bankacılık

Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen, 2009, s. 69 vd.: Farklılaştırılmış teselsül kavramının *Mehrli* tarafından 1968 yılında kullanıldığı hakkında bkz. Nobel, Peter, Solidarität und Unsolidarität, in: Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Hsgb, Charlotte M. Baer, (s.99-128), s. 102.

2 Hablützel, s. 53.

3 Bu konuda aşağıda (V) numaralı başlıkta yapılan açıklamalara bakınız.

Kanunundaki özel sorumluluk hükmünün, borçlular bakımından taşıdığı anlam tetkik edilecektir.

I-) İsviçre Hukukunda Farklılaştırılmış Teselsül

Farklılaştırılmış teselsül, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. maddesiyle, anonim şirket yöneticilerinin sorumluluğunda teselsül için kanunun 1991 değişikliği ile kabul edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun "teselsül ve rücu" başlığını taşıyan 759. madde hükmüne göre,

> "*Bir zarardan dolayı birden fazla kimsenin tazmin ile yükümlü olması halinde, bunlardan her biri, kusuruna ve mevcut şartlara göre zararın kendisine atfedilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumludur.*
>
> *Davacı birden fazla borçluyu zararın tümü için dava edebilir ve aynı davada hakimden her bir davalının tazmin yükümünü belirlemesini isteyebilir.*
>
> *Borçlular arasındaki rücu ilişkisi, hakim tarafından tüm şartlar değerlendirilmek suretiyle tespit olunur."*

Aynı maddenin eski metni, organlar bakımından müteselsil sorumluluğun geçerli olduğu esasına yer vermekteydi[4]. Federal Mahkeme'nin teselsül hükmünün uygulanmasındaki katı tutumu[5]

---

4 İsviçre Borçlar Kanununun 759'uncu maddesinin "*Aynı zarara sebebiyet veren birden fazla şahıs müteselsilen sorumludur*" şeklindeki önceki metni mutlak teselsül esasını öngörmesine rağmen, öğretide özellikle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından farklı görüşler de yer bulmaktaydı. Bu kapsamda İsviçre öğretisinde zarara kısmen sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerinin zararın tümünden sorumlu olup olmayacağı ya da her birinin sadece kendisinin kusuruyla sebebiyet verdiği zarardan müteselsilen sorumlu olup olmayacağına ilişkin tartışmalar mevcuttu. Bkz. Bürgi, Art. 759, Rn. 4.

5 Bkz. Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sa. 1, (s. 27-63),, s. 45; İsviçre öğretisinde, özellikle 1960 ve 1970'li yıllarda verdiği kararlarda Federal Mahkemenin kusur oranını dikkate almaması bir yana, illiyet bağını dahi gözetmeksizin sorumluluk yoluna gittiği belirtilmektedir. Bkz. Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, § 18, Rn. 481; Ayrıca bkz. Bärtschi, Harald; Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001, s. 120; Federal mahkemenin teselsülün varlığı durumunda borçlunun zarara olan katkısını ve

nedeniyle öğretide uygulama eleştirilmekte ve maddeye ilişkin olarak özellikle İsviçre Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddelerini kapsayan farklı çözüm önerileri getirilmekteydi[6]. Bu nedenle mutlak teselsülden farklılaştırılmış teselsüle geçiş, İsviçre öğretisinde sorumluluk hukuku alanında olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir[7]. Esasında değişiklik, İsviçre Borçlar Kanununda yöneticiler için öngörülen teselsül hakkında, kanunun 43 ve 44. maddelerinin dış ilişki bakımından uygulanmasına izin verilmesini ifade etmektedir[8]. Öğretide de farklılaştırılmış teselsülün, yasayla oluşturulmuş yeni bir kurum olmadığı ve kanun koyucunun müdahalesiyle, uygulanmasına yasal engel bulunmayan 43 ve 44'üncü maddelerin tatbik edilebilir hale getirildiği vurgulanmaktadır[9].

---

kusurunun derecesini dikkate almayan uygulamasının tek istisnası, "*müteselsil borçlulardan birinin, diğerlerine nazaran zarara katkısının son derece düşük olduğu*" hallere ilişkindir. Bkz. BGE 127 III 266, Roberto, Vito, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR, 2006/1, s. 30 (s. 29-41), s. 32

6 Widmer, Peter; in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 1994, Art. 759, Rn. 1 ; Bürgi, F. Wollfhart/Nordmann-Zimmermann, U; Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2, Art.: 698-738, Zürich, 1979 Art. 759, Rn. 2 vd. , Rn. 11 vd.; Forstmoser, Peter, Solidarität, Kausalzusammenhanng und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ, 1982, Heft 23, (s. 369-373), s. 369 vd.; Bkz. Böckli, § 18, Rn. 481; Roberto, s. 33: Mutlak teselsüle ilişkin İsviçre hukukundaki görüşler için bkz. Gürsoy, Kemal Tahir, Birden Fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu, Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975, (s. 57-83), s. 62 vd.

7 Widmer, Art. 759, Rn. 1.; von der Crone, Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW., 2006, (s. 2-19), s. 13; Böckli, Schweizerischess Aktienrecht, Zürich, 2009, § 18, Rn. 495; Roberto, s. 32.

8 Vogt, Hans-Ueli, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Hrsg. von Weber, Rolf H./Isler, Peter R., Zürich, 2008, (s. 21-59), s. 25.

9 Widmer, Art., 759, Rn. 4; Farklılaşmış teselsüle ilişkin yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra Federal mahkeme 1996 yılında verdiği bir kararda, farklılaştırılmış teselsüle ilişkin temel felsefenin, eski hukukun güncellenmiş yorumu olduğunu, bu bakımdan kanunun yürürlüğe girmesinden önceki olaya da etkili olacağını kabul etmiştir. BGE 4C.147/1995 vom 11. Juni 1996 Bkz. Böckli, § 18, Rn. 494.

İsviçre öğretisinde farklılaştırılmış teselsülün iki temel etkisine işaret edilmekte ve kusurun (kusurunun derecesinin) ve uygun illiyet bağının, sorumlu olunan miktarının belirlenmesi bakımından bir indirim nedeni olması, kurumun sağladığı yararlar arasında zikredilmektedir[10].

Yasa metninden anlaşıldığı üzere farklılaştırılmış teselsül, borçlunun dış ilişki bakımından sorumluluğuna özelikle şahsi kusur bakımından etki etmekte (OR Art. 759/I), bunun yanı sıra iç ilişkideki sorumluluk esasları bakımından her türlü koşul dikkate alınmak suretiyle rücu miktarı belirlenmektedir (OR Art. 759/III).

Federal mahkeme uygulamasında ise, farklılaştırılmış teselsül esaslarına göre sorumluluğun reddedilmesi ya da münferit sorumluların sorumluluk miktarında indirime gidilmesi, oldukça nadir olarak karşılaşılan bir durumdur[11]. Bunun temelde iki nedeni bulunmaktadır; ilk olarak, yönetim kurulunun oldukça kapsamlı görevleri bulunmaktadır. İkinci olarak teselsül miktarında farklılaşmanın olup olmayacağı bakımından her bir sorumlu hakkında müstakil değerlendirme yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle bir kimsenin ne oranda sorumlu olduğu tespit edilirken, onun birlikte zarar veren diğer şahıslarla mukayese edilerek kusur oranının belirlenmesi mümkün değildir[12].

İsviçre hukukunda federal mahkemenin farklılaşmış teselsüle ilişkin uygulaması nedeniyle, özellikle hafif kusurun dış ilişkide bir indirim nedeni olarak değerlendirilebilmesi için farklı çözüm önerileri ortaya atılmakta, bu kapsamda hafif kusur halinde sorumluluğun belli bir miktar ile sınırlandırılması, dış ilişkide kusura uygun paylı sorumluluk ya da

10 Widmer, Art. 759, Rn. 2,3: von Büren, Roland/Stoffel, Walter A./Schnyder, Anton K./Christen-Westenberg, Catherine, Aktienrecht, Zürich, 2000, Rn. 1057,1058: Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 36, N 107; Anonim şirketler hukukunda teselsülün böyle bir etkiye sahip olacak şekilde uygulanması, öğretide önerilen bir çözüm yolu idi. Bkz. Bürgi/Nordmann-Zimmermann, Art. 759, Rn. 4; Roberto, s. 30. Yazar, Anonim şirketler hukuku revizyonunda teselsüle ilişkin temel değişikliğin, sebebiyeti aşan zarardan doğan sorumluluğu sınırlamak olduğunu ifade etmektedir.

11 Vogt, , s. 42; Federal mahkemenin kusur derecesini esas almak suretiyle sorumlulukta bugüne değin herhangi bir indirim yapmadığı hakkında bkz. Roberto, s. 32, 34.

12 Vogt, s. 42.

devredilemez görevlerin sayısının azaltılması gibi çözüm önerilerine yer verilmektedir[13].

II-) Türk Hukukunda Farklılaştırılmış Teselsül

Türk hukukunda farklılaştırılmış teselsüle ilişkin yasal düzenleme, İsviçre hukukundan mülhemdir ve teselsül ilişkisini aynı esaslar çerçevesinde çözümlemektedir. Bu bakımdan İsviçre hukukundaki uygulama, Türk hukuku bakımından yol gösterici nitelik taşımaktadır.

Farklılaştırılmış teselsül, Türk hukukunda da teselsülün asıl amacı olan alacaklıyı, borçlulardan birinin aczinden koruma amacına hizmet etmeye devam eden[14], ancak teselsül ilişkisinde her bir borçlunun kusurunun ve diğer şartların dikkate alınmasını öngören, bu sayede hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun çözüm sağlamayı hedefleyen hukuki bir kurumdur. Farklılaştırılmış teselsülde, borçlular arasındaki teselsül ilişkisi devam etmekle birlikte, mutlak teselsüle nazaran, borçlu lehine bir iyileştirme söz konusu olmaktadır[15].

Yasal düzenleme içeriğinden farklılaştırılmış teselsül ilişkisine hakim olan temel ilkeler; 1) Farklılaştırılmış teselsülün dış ilişki bakımından etkili olması, 2) Farklılaştırılmış teselsülün birlikte verilen zararlar bakımından uygulanabilmesi, 3) Sorumluluğun, zararın şahsen isnat edilmesi halinde isnat edilebilecek miktarı aşamaması olduğu sonucu çıkmaktadır. Aşağıda farklılaştırılmış teselsülün bu temel özellikleri incelenmektedir.

---

13 Bkz. Roberto, s. 37 vd.; Özellikle denetçilerin sorumluluğu bakımından uygulamanın adil olmayan sonuçlar doğurması nedeniyle denetçilerin sorumluluğu bakımından özel bir düzenleme yapılması yoluna gidilmektedir. Bkz. Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, s. 87 ff.

14 Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 290; Bürgi/Nordmann-Zimmermann, Art. 759, Rn. 11.

15 Vogt, s. 26.

III-) Farklılaştırılmış Teselsül İlişkisine Hakim Olan İlkeler

A- Farklılaştırılmış Teselsülün Dış İlişki Bakımından Sonuç Doğurması

Farklılaştırılmış teselsül ilişkisi, adından anlaşılacağı üzere bir müteselsil borç ilişkisidir. Müteselsil borcun iç ve dış ilişkiye dair hükümleri farklı olmakla birlikte, bir borcun "müteselsil" olarak nitelendirilmesinde, borçlular arasındaki (iç) ilişki değil, alacaklı ile borçlular arasındaki (dış) ilişki esas alınır. Bu bakımdan farklılaştırılmış teselsülde de borçlular, mutlak teselsülde olduğu gibi, alacaklıya karşı müteselsilen sorumludur. Dolayısıyla borç ilişkisinin mahiyetine uygun düşüğü ölçüde müteselsil borca ilişkin genel hükümlerin, farklılaştırılmış teselsülde de uygulanması mümkün ve gereklidir.

Farklılaştırılmış teselsül ilişkisini tanzim eden 6102 s.K'nın 557/I'inci maddesi borçluların alacaklıya karşı müteselsil sorumluluğunu kabul etmekle birlikte, müteselsil borçluların sorumluluk miktarı bakımından farklılaşmaya gidilmesine imkan vermektedir. İlişkinin bu şekilde adlandırılmasının nedeni, teselsülen sorumlu olunan miktarda her bir borçlu bakımından farklılaşmaya gidilmesine cevaz vermesidir. Anılan maddenin hukuki açıdan doğurduğu temel sonuç, her bir yükümlü bakımından, sorumluluğun şahsen kendisine isnat edilebileceği ölçüde bir teselsül ilişkisi kurmasıdır. İç ilişkideki sorumluluk esaslarının, teselsül ilişkisinin farklılaştırılmış teselsül olarak nitelendirilmesinde önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla farklılaştırılmış teselsül, esasen teselsülün dış ilişkisi bakımından sonuç doğuran bir hukuk kurumudur[16].

B-)Farklılaştırılmış Teselsülün Birlikte Verilen Zararlar Bakımından Uygulanması

Farklılaştırılmış teselsül birlikte verilen zararlar bakımından uygulanabilen bir hukuk kurumudur. Kavram kargaşası doğmaması için 6102 s. K'nın 557'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "aynı zarar" kavramı ile aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan "zararın tamamı" kavramlarının, birbiri ile karıştırılmaması gereken farklı kavramlar olduğu başlangıçta vurgulanmalıdır. Gerekçede bu farklılık açıkça belirtilmekle

[16] Bkz. Gerekçe, s. 259.

birlikte, ikinci fıkrada yer alan "zararın tamamı" kavramının içeriğini, bilimsel ve yargısal içtihatların dolduracağı belirtilmektedir[17].

İsviçre'de Federal Mahkemesi'nin "zararın tamamı" kavramının kapsamı hakkında bir kararı halen mevcut değildir. Öğretide ise kavramın içeriği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Kavramın *dar anlamda* her bir sorumlunun tam olarak illi biçimde vermiş olduğu zararları kapsadığı kabul edilirken, *geniş anlamda*, sorumluların kısmen de olsa uygun illiyet bağı çerçevesinde sebebiyet verdiği zararları kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak hakim görüş kavramın *en geniş anlamını* esas almakta ve kavramın, davalıların verdiği zararın tamamını ifade ettiğini kabul etmektedir. Buna göre kavram, zarar veren bir grubun veya birden fazla sorumlu grubun verdikleri münferit zararların toplamından oluşabilecek bir zararlar kompleksini ifade etmektedir. Bu zarar aynı ya da farklı hukuki sebepten kaynaklanabilen, farklı sorumlular ya da sorumlu gruplarının kısmen ya da tamamen sebebiyet verdiği münferit zararların toplamını; başka bir deyişle müteselsil sorumluluk hükümlerine göre dava edilen kimselerin verdiği zararın toplamını ifade etmektedir[18].

Alacaklı ile borçlular arasındaki sorumluluk ilişkisini düzenleyen farklılaştırılmış teselsül, mutlak teselsülde olduğu gibi, birlikte verilen zararlar (aynı zarar) bakımından uygulama alanı bulabilecektir[19]. Müteselsil borcun doğumu için, aynı zararın birden fazla kimse tarafından verilmiş olması şart olduğundan, zarar tek bir kişinin işlem ya da eylemine dayanmakta ise, farklılaştırılmış teselsül ilişkisinin doğması mümkün olmayacaktır[20]. Aynı şekilde birden fazla kimsenin nicel olarak ayrı ayrı

17 Bkz. Gerekçe, s. 262.

18 Görüşler hakkında bkz. Hablützel, s. 258 vd.

19 Bkz. gerekçe s. 258.

20 Yasa gerekçesinde "zararın tamamı" kavramı kapsamında, ilgililerin tek başına verdikleri zararın müteselsil sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazminin talep edilebileceği belirtilmektedir (Bkz. Gerekçe s. 261). Ancak "zararın tamamı"nın talep edilmesine cevaz veren TTK 557/II'nci fıkra hükmü, müteselsil sorumluluk kapsamında tek başına verilen zararların tazmini için öngörülmüş bir kavram olarak nitelendirilmez. Tek başına zarar veren kimsenin, diğer bir zarara sebebiyet veren

verdiği zararlar, müteselsil borç ilişkisinin doğmasına imkan vermeyeceğinden, yine farklılaştırılmış teselsülün uygulanması mümkün olmayacaktır[21].

Farklılaştırılmış teselsül uygulamasında temel önemi haiz olan "*Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü*…" olması (6102 s.K m. 557/I) ifadesiyle yasa metnine giren kuraldan ne anlaşılması gerektiği, tasarı gerekçesinde örneklerle izah edilmiştir. Gerekçeye göre maddede yer alan "aynı zarar" kavramı, "birlikte verilen zararı" ifade etmektedir ve tek başına verilen zararlar, birlikte zarar kavramı kapsamında değerlendirilemez[22]. "Zararın tamamı" kavramı gibi, "birlikte zarar" kavramının içeriği de kanun gerekçesinde tereddütleri giderecek şekilde doldurulmamıştır. Kanun gerekçesi ve verilen örnekler dikkate alındığında, birlikte verilen zarar ile aynı zarar kavramları birbirleri ile eş anlamlıdır ve bir kimsenin tek başına verdiği zararlar kapsam dışıdır[23].

Birlikte verilen zararın mevcudiyeti için, zararın bütünlük teşkil etmesi şarttır. Birlikte verilen zarar kavramı, bir bütün teşkil eden zararlı sonucun, birden fazla kimsenin işlem ya da eyleminden doğmasını gerektirir. Zararlı sonuç, her bir sorumlu bakımından bütünlük taşımalıdır[24]. Sonuç, diğer kimselerin davranışlardan tamamen soyutlanarak nicelik olarak tek bir ya da belirli miktarlarda olmak kaydıyla birden fazla sorumluya isnat edilebilirse, artık birlikte verilen zarar mevzubahis olamaz. Bu bakımdan birlikte verilen zarar kavramı bakımından illiyet bağının belirleyici etkisi vardır.

müteselsil borçlularla birlikte dava edilmesi, tek başına verilen zararın, tüm zarar kapsamında değerlendirilmesi sonucunu doğurmamalıdır.

21 Hakimin birlikte zarar-tek başına verilen zarar ayrımı yapmasının farklılaştırılmış teselsül ilişkisinden kaynaklanmadığı, farklılaştırılmış teselsülün bireysel savunma sebeplerinin dış ilişkide kullanılmasına olanak sağladığı hakkından bkz. Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 204.

22 Bkz. gerekçe s. 258 vd.

23 Gerekçe s. 259 vd.

24 Kılıçoğlu, Mustafa, Bir Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olması (Müteselsil Sorumluluk Ve Rücu), Yargıtay Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 4, Ekim 2003,(s. 431-449), s. 435.

Zararın bir bütün teşkil etmesi, bölünebilir borç teşkil etmemesi anlamına gelmez[25]. Başka deyişle borcun konusunun bölünebilir nitelik taşıması, zararın birlikte verilen zarar olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez. Öte yandan bir zararın birlikte verilen zarar olarak nitelendirilmesi için, eylem birliği de şart değildir. Zarar birden fazla kimsenin müştereken gerçekleştirdiği bir işlem ya da eylemden kaynaklanabileceği gibi, her bir sorumlunun işlem veya eylemi ayrı zamanlarda gerçekleşerek beraberce zararın doğumuna veya artmasına sebebiyet vermiş olabilir. Zararlı sonuç, ayrı ayrı hiyerarşik seviyelerde bulunan şahıslardan da kaynaklanmış olabilir. Zararın birlikte verilip verilmediğinin tespiti bakımından önemli olan, bir işlem ya da kararın, diğerlerinden nicelik olarak ayrılabilir şekilde münferit bir zarar doğurmuş olup olmadığıdır.

Farklılaştırılmış teselsül kurumunun uygulanmasında bu derece büyük öneme sahip olan "birlikte verilen zarar" kavramı, aynı ve farklı hukuki sebeplerden kaynaklanabilir.

1-) Aynı Hukuki Sebepten Kaynaklanan Zarar

Zararın aynı hukuki sebepten kaynaklanması, sorumluluğun aynı sorumluluk normu çerçevesinde müşterek kusurla tahakkuk etmesini gerektirir. Kusurun derecesinin, zararın birlikte verilip verilmediğini tayinde etkisi yoktur.

Aynı hukuki sebepten kaynaklanan zararda işlem ya da fiili gerçekleştirenlerin, ortak bir kusuru bulunmaktadır. Birlikte kusurun mevcut olup olmadığını tayinde objektif, sübjektif ve bağdaştırıcı kuramlar olmak üzere üç ayrı görüş bulunmaktadır.

Objektif katılma kuramına göre, birlikte zarara sebebiyet veren kimselerin kast ve ihmal düzeyindeki kusurları bir araya gelmelidir ve sonuç bakımından bölünebilir nitelikte olmamalıdır. *Sübjektif katılma*

[25] Teselsülün doğumu bakımından borcun zaten bölünebilir nitelik taşıması gereklidir.

kuramına göre sorumluların bilinçli ve istekli olarak bir araya gelmeleri gereklidir[26].

Objektif katılma kuramı ortak kusuru son derece genişletmesi, sübjektif katılma kuramı ise sadece kastı esas alıp ihmal düzeyindeki kusuru dikkate almaması nedeniyle sorumluluğu daraltması gerekçesiyle eleştirilmektedir ve İsviçre-Türk hukukunda baskın görüş, bağdaştırıcı kuramın nazara alınması gerektiği yönündedir[27]. *Bağdaştırıcı kuram* bakımından sorumluların kasten ya da ihmal ile zararlı neticeyi meydana getirmiş olmaları arasında fark bulunmamaktadır. Ancak, birlikte kusurun varlığının kabulü için bu objektif kriterin yanında sübjektif bir değerlendirmeye daha yer verilmektedir ki, o da sorumluların birbirlerinin davranışlarından haberdar olmaları ya da gerekli dikkati göstermeleri halinde haberdar olabilecek durumda bulunmalarıdır[28].

2-) Farklı Hukuki Sebepten Kaynaklanan Zarar

Teselsül ilişkisinin doğumu bakımından borcun hukuki sebebinin önemi bulunmamaktadır. Farklı hukuki sebeplerden kaynaklanmış olsa dahi, borçlular arasında teselsül ilişkisinin doğması mümkündür. Sorumluluğun farklı sebeplerden kaynaklanmış olması, kusuru ortak kılmadığı için, müteselsil sorumluluğun doğumu bakımından sorumluların işbirliği içerisinde olması ya da birbirlerinden haberdar olmaları gibi bir şarta ihtiyaç yoktur[29].

Anonim şirketler hukukunda sorumluluk, ilgililerin bir kurul olarak görev yapmasından kaynaklanabileceği gibi, birden fazla kimsenin farklı seviyelerde yapmış oldukları görevlere ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmeleri suretiyle farklı hukuki sebeplerden de kaynaklanabilir[30].

[26] Kılıçoğlu, s. 435, 436; Gürsoy, s. 59.
[27] Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, s. 435; Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altop, s. 697.
[28] Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altop, s. 697; Kılıçoğlu, s. 436.
[29] Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altop, s. 707; Kılıçoğlu, s. 437.
[30] Bärtschi, s. 117.

C-)Sorumluluğun, Zararın Şahsen İsnat Edilmesi Halinde İsnat Edilecek Miktarı Aşamaması

Farklılaştırılmış teselsülün, müteselsil borç ilişkisi bakımından doğurduğu temel sonuç, zararın şahsen isnat edilmesi halinde sorumlu olunan miktarı aşacak düzeyde sorumluluğun doğmasını engellemesidir[31]. Başka bir deyişle, borçlulardan biri, sorumluluk şahsen ve tek başına kendisine ne ölçüde isnat edilebilecekse, bunu aşan bir miktardan dolayı sorumlu tutulamaz[32]. Farklılaştırılmış teselsül yeni bir borç kaynağı olmayıp, borcun ifa tarzına ilişkin bir hukuki müessesedir[33]. Olmayan borç ya da borçların doğum sebebi değildir. Bu bakımdan dış ilişkide her bir borçlu, zarar kendisine isnat edilebildiği ölçüde diğer borçluların borcuna da katlanacaktır[34]. Bu durum, farklılaştırılmış teselsülün değil, buna kaynaklık eden müteselsil sorumluluğun bir sonucudur. Sorumlu kimse, zarara kendisinin kısmi katkıda bulunduğunu, diğer şahısların da benzer şekilde katkıda bulunduğunu gerekçe göstererek, zarardan indirim yapılmasını talep edemez. Ancak kendisi tek başına sorumlu olsaydı, talep edebileceği indirim nedenlerinin uygulanmasını, müteselsil borçlu olarak da talep edebilir[35].

Hakim, dış ilişkide sorumluluk miktarını belirlerken, borçtan sorumluluk için kusur oranı % 100 olan bir kimseyi esas alacak ve ilgilinin sorumluluk miktarının düşük tayin edilmesi gerekip

---

31 Akdağ-Güney, s. 195.

32 Böckli, § 18, Rn. 491; Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Prof.Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, C. I, İstanbul, 2001, s. 229; İsviçre'de borçlar kanununun yasalaşması sürecinde, sorumluluk riskinin azaltılması yönünde farklı önerilerde bulunulmuş, bu kapsamda hafif kusurla zarar veren kimsenin, dış ilişkide, iç ilişkideki sorumluluk miktarını aşmayacak şekilde sorumlu olması yönünde önerilerde bulunulmuş, ancak meclis müzakerelerinde bu görüş reddedilmiştir. Bkz. Roberto, s.29.

33 Hablützel, s. 49.

34 Böckli, § 18, Rn. 489.

35 Hablützel, s. 49 vd.; Bu durum aynı zamanda sorumluluğun dış ilişki açısından doğurduğu sonuç olduğundan, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Aşağıda IV-A numaralı başlık altında yapılan açıklamalara bakınız.

gerekmediğini buna göre belirleyecektir. Ancak bu değerlendirme, fiili sanki bu şahıs tek başına gerçekleştirmiş gibi teorik bir varsayıma dayalı olarak yapılacak, bu varsayım çerçevesinde kusur derecesi ve diğer hal ve şartlar gözetilerek dış ilişkide sorumlu olunan miktar bulunacaktır. Zararı gerçekleştiren diğer şahısların kusurları, kural olarak, sorumluluk miktarının belirlenmesinde bir indirim nedeni olarak dikkate alınmayacak, başka bir deyişle zarar, kusur oranına göre sorumlular arasında karşılaştırma yapmak suretiyle dağıtılmayacak ve zararın paylaştırılması suretiyle hisseli bir sorumluluk hali söz konusu olmayacaktır. Her bir sorumlu, zararlı sonucu sanki kendisi tek başına gerçekleştirmiş gibi değerlendirilecektir[36].

IV) Farklılaştırılmış Teselsülün Dış ve İç İlişkiler Bakımından Etkisi

A-) Alacaklı ve Borçlular Arasındaki (Dış) İlişki Bakımından Etkisi

1-) Genel Olarak

Farklılaştırılmış teselsülün mevcut olduğu hallerde, davacının borçlulardan birini, bir kısmını ya da tamamını dava etmesi, aynen tam teselsülde olduğu gibi mümkündür[37]. Ancak mahkeme, borçluların zarar bakımından kusurlarının derecesini, illiyetin kısmi etkisini ve şartlara göre diğer indirim nedenlerini dikkate alarak sorumluluk miktarında indirim yapmalı ve davalının zarardan müteselsilen sorumlu olduğunu hükme bağlamalıdır. İlliyet ve kusur derecesinden başka, diğer nedenlerin de dış ilişkide sorumluluk miktarını etkilemesi söz konusu olabilir. Bir indirim nedeninden yararlanan kimsenin müteselsil sorumlu olması, sadece bu miktar kadar, indirim nedeninden yararlanmayan borçlunun borcundan sorumlu olmaması sonucunu doğurur[38].

Farklılaştırılmış teselsülün öngördüğü ihtimal şöyle bir örnekle açıklanabilir[39]:

---

[36] Hablützel, s. 52 vd., 133.

[37] Böckli, § 18, Rn. 488.

[38] Böckli, , § 18, Rn. 489.

[39] *Böckli* tarafından verilen örnekden esinlenilmiştir. Bkz. Böckli, § 18 Rn. 517,518.

Borçluların müteselsilen sorumlu olduğu 100 birimlik borç için alacaklı (A), borçluların hepsini dava etmiş ve mahkemece borçlulardan (B)'nin şahsi kusurunun %100, (C)'nin %50, (D) ve (E)'nin %25 olduğu tespit edilmiştir[40]. Kusur oranları çerçevesinde borçluların sorumluluk miktarı sırasıyla 100, 50, 25 ve 25 birimdir. Mahkemece belirlenen bu oran borçlular arasındaki iç ilişkiyi değil, dış ilişkiyi ilgilendirir. Borçlular bu miktar için müteselsil sorumlu olduğundan, alacaklının 100 birimlik borç ödeninceye kadar (Art. 144/II OR) mahkeme kararında belirtilen miktarlar kadar borçlulardan her birine müracaat imkanı vardır. Klasik müteselsil borç ilişkisinde, alacaklının borçlulardan her birine 100 birimin tamamı için müracaat hakkı bulunmasına rağmen, farklılaştırılmış teselsülde sadece mahkeme kararında belirtilen miktar kadar müracaat edilebilir. Bu durumun pratik sonucu, alacaklının bakiye teminatı (*Überschussdeckung*) bakımından önem taşır. Somut örnek çerçevesinde: Klasik mutlak teselsülde her bir borçlu borcun tamamından sorumlu olduğundan, alacaklının bakiye teminatı (4x100-100) 300 birimdir. Buna karşın farklılaştırılmış teselsülde bakiye teminat (100+50+25+25-100) 100 birimdir.

[40] Kusur oranı bakımından özellikle hafif kusurun etkisi, uygulama bakımından önem taşımaktadır. Federal mahkeme kararları çerçevesinde hafif kusurun genel olarak müteselsil sorumluluk miktarına etkisini araştıran *Roberto*, federal mahkemenin hafif kusuru indirim nedeni olarak kabul ettiği hallerde, öğretide verilen örneklerde belirtildiği gibi %50'lik bir indirimin sözkonusu olmadığını, en fazla %20'lik bir indirimin yapıldığını, bu bakımdan hafif kusurun dış ilişkide sorumluluk miktarının azaltmak bakımından çok büyük bir etkiye sahip olmadığını belirtmektedir. Roberto, s. 34 vd.; Uygulama bakımından benzer bir eleştiri *Vogt* tarafından da ileri sürülmekte ve farklılaştırılmış teselsüle dayalı olarak borçluların dış ilişki bakımından sorumluluğuda nadiren indirim yapıldığı vurgulanmakta, bu durum yönetim kurulunun oldukça geniş olan görevleri ile sorumluluk değerlendirmesinin mukayeseli değil, münferiden yapılmasına bağlanmaktadır. Vogt, s. 42; Buna karşın *Hablützel*, Federal Mahkemenin BGE 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 ve Basel hukuk mahkemesinin 5.10.1990, BJM 1991, S. 135 ff. kararlarında şahsi indirim nedenlerine dayalı olarak tazminat miktarında takriben % 90 ve 95'lik bir indirim yapıldığını belirtmekle birlikte, bu indirimin farklılaştırılmış teselsüle ilişkin OR Art. 759/I'e ya da hafif kusuru tazminattan indirim nedeni olarak düzenleyen OR Art. 43'e dayamadığını belirtmektedir. Bkz. Hablützel, s. 67.

Farklılaştırılmış teselsül, etkisini esas itibariyle alacaklıyla borçlular arasında gösteren bir kurumdur. Aslında farklılaştırılmış teselsül, alacaklının borçlulardan tatmin menfaatini ortadan kaldırmamakta, ancak bunu borçlunun, borcun doğumundaki etkisini esas almak suretiyle hafifletmektedir. Öte yandan yargılama masraflarının kısmen davacı üzerinde kalması riski[41] ve müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu her durumda bir dava ile borç miktarının belirlenmesi zorunluluğunun bulunması, hükmün olumsuz etkiler olarak değerlendirilebilir.Yapılan kısmi ödemelerin, farklılaştırılmış teselsül hükümleri uyarınca doğan sorumluluğu nasıl etkileyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu kapsamda üç farklı ihtimal akla gelmektedir[42]. İlk olarak yapılan kısmi ödemenin, sorumluluk tavanlarına etki etmediği ve bu tavanlar kapsamında sorumluluğun devam ettiği ihtimali akla gelmektedir. İkinci olarak, yapılan ödemenin toplam zarara oranının, sebebiyet verilen zarar miktarına uygulanması suretiyle bulunan bakiye miktardan diğer borçluları sorumlu tutmak, bir ihtimal olarak düşünülebilecektir. Üçüncü bir ihtimal ise farklılaştırılmış teselsül hükümleri uyarınca bulunan indirim oranının, bakiye miktara uygulanması suretiyle mahsup yapılmasıdır. Konuyu *Hablützel*'in verdiği bir örnekle izah etmek

41 Bu risk borçluların münferit olarak dava edilmesi halinde vardır. Birlikte dava edilmeleri halinde, OR Art. 759/II hükmü gereğince, risk davacıya ait değildir. Federal mahkeme içtihadına (BGE 122 III 324 vd. Böckli s. § 18, Rn. 514'den naklen) göre müteselsil borçluların müşterek zarar nedeniyle dava edilmesi halinde, davacının yargılama masrafları bakımından üstlendiği risk, sanki karşısında tek bir davacı varmış gibi hesap edilir. Öğretide yeni bir görüş ise, yargılama masraflarının, kaybeden davacı için, kazanan davalılar lehine takdir edilecek vekalet ücretini kapsamadığı kabul etmektedir. Ancak OR Art. 759/II'nin öngördüğü amaçla uyum içinde olmayan bir menfaat çatışması hali sözkonusu ise, artık uyuşmazlığın sözkonusu olduğu durum bakımından vekalet ücretine ilişkin bu çözümün uygulama imkanı yoktur. Bkz. Böckli, § 18, Rn. 496, 498, 511 ve 513; *Böckli* bu sorun hakkında OR Art. 759/II hükmünün davacı lehine çözüm sağladığını, dava dilekçesinde ayrıntıya girilmesinin gerekli olmadığını ve sorumluluk kapsamında olanların doğru bir şekilde gösterilmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir. *Karayalçın*, BGE 122 III 324-326'dan yaptığı özette, bazı davalılar hakkında açılan davanın reddedilmesi halinde, davacı için dava masrafı riskinin bulunmadığını ve zararın tamamının hüküm altına alınması kaydıyla dava masrafını davayı kaybeden davalılara yükleneceğini ifade etmektedir. Bkz. Karayalçın, Yaşar, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s. 669.

42 Görüşler ve örnekler Hablützel s. 58,59'dan alınmıştır.

gerekirse: Bir anonim şirket ilk yıl 400, ikinci yıl 600 olmak üzere toplamda 1000 birim zarara uğramıştır. Yönetim kurulu üyesi olan A ve B her iki yılda gerçekleşen zarara, denetçi C ise, A ve B ile birlikte ikinci yıl gerçekleşen 600 birimlik zarara sebebiyet vermiştir. Farklılaştırılmış teselsül hükümleri uyarınca düşük seviyede kusuru sebebiyle B dış ilişkide 800 birimden, aynı şekilde kusuru düşük seviyede görülen C 600 birimlik zararın yarısından, yani 300 birimden sorumludur. A'nın ödeme kabiliyeti bulunmamaktadır. B'ye müracaat eden şirket 800 birimin tamamını tahsil etmiştir. Acaba kalan 200 birimlik zarara, denetçi C ne ölçüde katlanacaktır?

İlk görüşe göre C, 200 birimlik zararın tamamından sorumludur. İkinci görüşe göre [600-[(80/100)x600]] C, 120 birimlik zarardan, üçüncü görüşe göre (200x%50) 100 birimlik zarardan sorumludur. *Hablützel* bu ihtimalde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 147/1'inci maddesine (TBK m. 166/1) dayalı olarak ödeme oranına göre borcun diğer borçlular bakımından da sona erdiği üçüncü görüşün kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce bu ihtimalde ilk olarak birbirinden nicelik olarak ayrılabilir sebebiyet ilişkisi mevcut olduğundan, farklılaştırılmış teselsül hükümlerinin uygulanması için varlığı şart olan aynı zarar ya da birlikte verilen zarar ilişkisi 1000 birimin tamamı bakımından söz konusu değildir. Başka bir deyişle 400 ve 600 birimlik zararlar, nicelik olarak birbirinden ayrılabilmektedir ve farklı hukuki işlemlerden kaynaklanmıştır. Her bir işlemden kaynaklanan zarar miktarı belirlidir. Her iki zarara birbirinden farklı (iki grup halinde) birden fazla şahıs sebebiyet verdiğinden, teselsül ilişkisi her grup bakımından ayrı ayrı belirlenmelidir. Bu nedenle yapılan 800 birimlik ödemenin C'nin dış ilişki bakımından sorumlu olduğu 600 ve 400 birime etkisi, borçlar hukukunun mahsuba ilişkin hükümleri çerçevesinde belirlenecektir, yoksa farklılaştırılmış teselsül esaslarına göre değil[43].

43 *Hablützel* bu örnekte yapılan ödemenin her iki yılın borcuna orantılı olarak paylaştırıldığını, yani (400 birimin %80'i) 320 birimin ilk yılki borç için, (600 birimin %80'i) 480 birimin ikinci yıl ödendiğini belirtmektedir. Bkz. Hablützel, s. 58, dn. 252.

Verilen örnekte belirtilen 200 birimlik bakiye zararın doğru olduğu varsayıldığında ise, C'nin sorumlu olduğu miktar bakımından, ilk ihtimalin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Başka bir deyişle, 300 birimlik sorumluluk tavanı kapsamında kaldığından, 200 birimin tamamından C sorumludur. Zira farklılaştırılmış teselsülde kısmi ödeme yapılması, müteselsil borçluluk ilişkisini ortadan kaldırmaz. Farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre yapılan kısmi ödeme, diğer borçluların dış ilişki bakımından sorumlu oldukları sorumluluk tavanı esas alınarak etkisini göstermelidir. Yapılan kısmi ödemeye diğer ihtimallere uygun bir anlam yüklemek, müteselsil borç kurumu vasıtasıyla alacaklının menfaatlerini korumayı hedefleyen yasal düzenleme ile bağdaşmaz ve farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre düşük seviyede belirlenen sorumluluk tavanının yasada öngörülmeyen biçimde ikinci kez düşürülmesine sebebiyet verir. Bu tarz bir yorum, kısmi ödemeye dayalı olarak alacaklının bakiye teminatını, farklılaştırılmış teselsülde öngörülmeyen biçimde azaltma sonucunu da doğurur. Kısmi ödemenin oransal etki doğuracağına dair Borçlar Kanunu düzenlemesi (TBK m. 166/I), mutlak teselsül bakımından geçerlidir ve mutlak teselsülde her borçlu borcun tamamından sorumlu olduğundan, kısmi ödemenin miktar itibariyle doğurduğu sonuç ile oran itibariyle doğurduğu sonuç arasında fark bulunmaz. Ancak bu sonuç farklılaştırılmış teselsülün mahiyetine uygun düşmediğinden uygulama kabiliyeti bulmayacağının kabulü gerekir. Bu nedenlerle hakim, dış ilişkideki sorumluluğu belirlerken, borç miktarına göre oranları belirlemekle yetinmemeli, aynı zamanda sorumluluk tavanını da herhangi bir tereddüte mahal vermeyecek şekilde miktar olarak tayin etmelidir. Tayin edilen bu miktar, alacaklının müracaat edebileceği azami miktarı gösterir ve kısmi ödemeden etkilenmez.

Farklılaştırılmış teselsülde borçluların, dış ilişkide şahsi sorumluluğunun farklılaştırılmasını, başka bir deyişle sorumluluktan

Ancak böyle bir ihtimalde de C'nin sorumlu olabileceği ikinci yılın borcu 200 değil, (600-480) 120 birimdir.

indirim nedeni olarak yapılabilecek savunmaları sınırlı sayıda olmamak kaydıyla aşağıdaki başlıklar altında inceleyebiliriz[44].

2-) Dış İlişkide Sorumluluk Miktarında Farklılaşmayı Gerektiren Nedenler

a-) Yönetim Organizasyonu

6102 sayılı kanun, yönetim kurulunun organizasyonu[45] bakımından temel ilkeleri ortaya koymakla birlikte, oldukça geniş bir esnekliğe de yer vermiştir. Bu kapsamda yönetim kurulunun monist, düalist ve Fransız genel müdürlük sistemine göre yapılanması, hatta Amerikan hukukunda olduğu gibi yönetim hakkı olan-olmayan üyeler şeklinde görev dağılımı yapılması mümkündür[46].

Yönetim kurulu üyeleri ve üçüncü şahıslara yapılan görev dağılımı çerçevesinde, yönetim ve temsil yetkilerinin devredilmesi, bir kısım yönetim kurulu üyelerinin yönetim hakkının ortadan kalkması mümkündür. Yönetim görevinin kısmen ya da tamamen yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına ya da üçüncü şahıslara devredilmesi halinde, bu durumun doğabilecek sorumluluk bakımından farklılaşmayı gerektirdiğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Çünkü bu halde işleri tedbirli bir yönetici gibi yönetme yükümlülüğü (6102 s.K m. 369) yerini, daha sınırlı bir yüküme (6102 s.K m. 553/II) bırakır. İsviçre hukukunda böyle bir devir halinde yetkiyi devredenler, devralanın seçiminde, ona talimat vermede ve ona nezaret etmede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür (OR Art. 754/II). Tasarıya göre ise bu tür bir devir halinde, görev devri yapan yönetim kurulu üyeleri sadece yönetim görevi

---

44 Bkz. Vogt, s. 28 vd. Yazar borçlulardan birinin aldığı ücretin düşük olmasının, federal mahkemece bir indirim nedeni olarak kabul edildiği kararı (BGE 127 III 453 ff.) eleştirmekte ve şirketin belirlediği ücret miktarının, alacaklıya bir indirim nedeni olarak dermeyan edilemeyeceğini savunmaktadır. Vogt, s. 41.

45 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, B. Fatih; 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul, 2011.

46 Gerekçe, s. 168.

devredilen kimselerin seçiminde gerekli özeni göstermekle yükümlüdür[47] (6102 s.K m. 553/II). Yönetim kurulunun 6102 s.K'nın 375'inci maddesinde sayılan görev ve yetkileri devredilemez ve vazgeçilemez nitelik taşıdığından, bu görevler bakımından yönetim organizasyonunun sorumluluk hukuku bakımından önemi yoktur. Başka bir deyişle, yönetim kurulunun, yönetim hakkı olan ya da olmayan veya bağımsız olan ya da olmayan üyelerden oluşması, 375'inci maddede sayılan görevler bakımından önem taşımaz. Bu görevleri yönetim kurulunun devretmesi mümkün olmadığından, yönetim görevinin devredilmiş olması, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından önem taşımaz[48]. Ancak bu durum, devredilemeyen görevler hakkında yönetim kurulu üyeleri arasındaki teselsülün farklılaştırılmayacağı anlamına gelmez. Bu görevlerden doğan sorumluluk bakımından, hal ve şartlar münferit üye ya da üyeler bakımından müteselsil borç miktarında farklılaşmayı gerektiriyor ise, bu hal ve şartlar nazara alınarak sonuç belirlenecektir.

b-) Kusur

Farklılaştırılmış teselsül borçlularının dış ilişki bakımından sorumlu oldukları miktar, kusurlarının derecesine göre belirlenecektir (6102 s. K m. 557/I). Kusurun hafifliği, tazminat miktarında indirim nedeni olarak dikkate alınacaktır[49]. Bu bağlamda müteselsil borçluların dış ilişki bakımından sorumluluk miktarlarının azaltılmasında en önemli savunma sebeplerinden birini kusur derecesi oluşturmaktadır.

Kasten, ağır ihmalle ya da hafif ihmalle hareket eden kimseler, şirkete karşı farklı miktarlar için müteselsil sorumlu olacaklardır. Özellikle hafif ihmalle hareket eden sorumlu kimse bakımından, hakkaniyet ve sorumluluğun doğuracağı sonuçlar gözetilmek suretiyle

47 Ancak yetkiyi devredenlerin sorumluluğunu sadece yetki devredilenlerin seçiminde özenle sınırlandıran bu düzenleme, öğretide *Pulaşlı* tarafından yasanın 375'inci maddesinde tanzim edilen devredilemez görevlere istinat edilmek suretiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Yazar aynı şekilde gözetim yükümü bakımından yasanın 553/III'üncü maddesinde yer alan düzenlemenin, devredilemez üst gözetim yükümü ile bağdaşmadığını ve sorumsuzluk maddesinin içeriğinin belirsizliklere yol açacağını vurgulamaktadır. Bkz. Pulaşlı, s. 39 vd.

48 Vogt, s. 29.

49 Pulaşlı, s. 49.

müteselsil sorumluluk kapsamındaki miktardan ayrıca indirim yapılması mümkündür (6098 s.K m. 52/II).

Kusurun derecesinin tayininde yönetim organizasyonunun önemli ölçüde etkisi vardır. Bir organın sorumluluğunun tayininde, organa tüzel kişi tarafından verilen yetki ve görevler belirleyici etkiye sahiptir[50]. Özellikle yönetim görevinin devri halinde, devralanın sahip olduğu yetkiler ve görevler, tedbirli bir yöneticiden beklenen özenin gösterilmesini gerektirecek, yetkiyi devreden yönetim kurulu üyesi ya da üyeleri bakımından, üst gözetim ve üst yönetim görevlerinin gerektirdiği özenle sınırlı bir sorumluluk söz konusu olacaktır[51].

Federal Mahkeme, sorumlulukta kusurun değerlendirilmesi bakımından, işlerin kapsam ve hacmini göz önünde bulundurmaktadır. Küçük ve orta ölçekli işletmelerde yönetim görevi devredilmiş olsa bile, yönetim kurulu üyesinin üst gözetim yükümü, şirketin bütün önemli işlerine nezaret etmesini gerektirir. Buna karşın büyük işletmelerde, yönetimin faaliyetlerinin ve işlerin gidişatının genel olarak incelenmesi, gözetim yükümünün yerine getirilmesi bakımından yeterli sayılmaktadır[52].

Hafif ihmalin bir indirim nedeni olarak uygulanması bakımından Federal Mahkeme oldukça çekimser bir tutum izlemekte ve yönetim görevinin devri ve işletme büyüklüğü kriterleri[53] dışında hafif kusuru

50 Vogt, s.30; BGE 9C_461/2009, 31.12.2010; BGE 9C_145/2010, 15.07.2010.

51 Bkz. Vogt, s.30 vd.; İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda kanuna uygun yetki devrinde, yetkiyi devredenin seçme, talimat verme ve nezaretten kaynaklanan sorumluluğu anlayışı terkedilerek, yetkiyi devredenin sadece seçimden ve kontrol dışı durumlar haricinde gözetimden kaynaklanan sorumluluğu anlayışı kabul edilmiştir (6102 s.K m. 553/II, III). Bu durum, yetki devri halinde müteselsil sorumluluğu büyük ölçüde ortadan kaldırabilecek bir etkiye sahiptir. Yeni anlayış ve bunun sonuçları, zaman içerisinde ortaya çıkan somut olaylar çerçevesinde bilimsel ve yargısal içtihatlarla şekillenecektir.

52 Bkz. Vogt, s. 32 ve orada anılan federal mahkeme kararı.

53 Kanaatimizce bu kriterlerin illiyet bağı ile mi yoksa kusurla mı alakalı olduğu tartışmaya açıktır.

indirim nedeni olarak kabul etmemektedir[54]. Bu durumun nedeni, dış ilişkide sorumluluğun belirlenmesinde, ilgilinin tek başına sorumlu olması halinde nelerden sorumlu olacağının araştırılmasıdır; yoksa dış ilişkideki sorumluluk miktarı belirlenirken birden fazla kimsenin kusur oranlarının birbiriyle mukayesesi ve diğerine nazaran hafif kusurlu olduğu tespit edilenin sorumluluk miktarından indirim yapılması söz konusu değildir[55]. Hakim, *"ilgili kişi tek başına sorumlu olsaydı zararın tamamını tazmin etmesi gerekir miydi"* sorusunu sorup, bu soruya vereceği cevaba göre dış ilişkideki sorumluluk miktarını belirlemelidir[56]. Kusur derecesinin sorumluluğa etkisinin mukayese yapılmadan belirlenmesi, teselsülün dış ilişkisinin bir sonucudur ve sorumluluk miktarında farklılaşma olmamasının temelinde özen yükümünün ve kusurun objektifleştirilmiş olması yatmaktadır[57].

c-)Üçüncü Şahısların, Özellikle de Diğer Sorumluların Davranışları

Üçüncü şahısların kusuru da dış ilişkideki sorumluluk bakımından sorumluluğun ortadan kalkması nedeni ya da bir indirim nedeni olabilecektir. Bu kapsamda özellikle yönetim kurulu üyelerinden birinin

54 Vogt, s. 34; farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenlemenin asıl amacı, hafif kusuru bulunmasına rağmen, zararı karşılamaya yetecek malvarlığı bulunan sorumluyu korumaktır. Ancak uygulama dikkate alındığında bu amaca ulaşılamamıştır. Roberto, s.30; Nitekim temelde denetçilerin sorumluluğu dikkate alınsa da, 02.12.2005 tarihli borçlar kanununun anonim şirketler ve bilanço hukukuna ilişkin değişiklik ön tasarı raporunda, kusura ve hal ve şartlara dayalı farklılaştırılmış teselsül ilkesinin amacına ulaşamadığı, yasal düzenlemenin kolay anlaşılamadığı ve uygulama bakımından yeterince somutlaştırılmadığı, bu güne değin farklılaştırılmış teselsülü tatbik eden bir mahkeme kararı bulunmadığı ifade edilmektedir (Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, 2 Dezember 2005, s. 87); Aynı yönde Roberto, s. 35; Ancak *Vogt*, yasal düzenlemenin uygulama tarafından oldukça iyi anlaşıldığını ve mevcut düzenlemeye göre mahkemelerin farklılaştırılmış teselsül ilkesini isabetli şekilde uyguladığını belirtmektedir. Bkz. Vogt, s. 42.

55 Bürgi, Art. 759 Rn. 12; Böckli, § 18, Rn. 491; Vogt, s.35; Ruoss, Reto Thomas, Vergleiche bei Verantwortlichkeitsklagen: Praktische Probleme, Vortrag gehalten am St. Galler Aktienrechtsforum 2008 vom 23. Oktober 2008, Rn. 28; Hablützel, s. 53.

56 Bürgi, Art. 759 Rn. 12.

57 Vogt, s. 35.

üçüncü şahıs olarak değerlendirilmesi mümkündür[58]. Ancak teselsül borçlularının birlikte kusurla zarar vermiş olmaları ve zarardan birlikte sorumlu olmaları, kural olarak, üçüncü şahsın kusuru nedeniyle indirim nedeni olarak değerlendirilemeyecektir[59].

Federal Mahkeme, üçüncü şahsın kusurunu bir indirim nedeni olarak kabul etmek bakımından oldukça çekimser davranmaktadır. Çünkü aksi halde, tabiatı gereği alacaklıyı korumaya hizmet eden müteselsil sorumluluk kurumunun içeriği boşaltılmış olacaktır[60]. Ancak somut olayın haklı kıldığı istisnai bazı hallerde yönetim kurulu üyesi olan üçüncü şahsın kusuruna dayalı olarak, sorumlulukta indirime gitmek mümkündür. Bunun için üçüncü şahsın davranışı nedeniyle sorumlunun kusur derecesi oldukça önemsiz ve düşük seviyede görülmelidir. Bu kapsamda mesela bir yönetim kurulu üyesi yapmış olduğu hukuka aykırılığı öylesine gizlemiştir ki, bu hukuka aykırılığın tespit edilememesi bakımından diğer yönetim kurulu üyelerine ağır bir isnatta bulunmak mümkün değildir[61].

Zarar görenin kusuru da dış ilişki bakımından sorumluluk miktarını etkileyen bir neden olarak ortaya çıkabilecektir[62]. Bu kapsamda kendi işleri için bir muhasebe şirketi (Treuhandgesellschaft) görevlendiren şirket, muhasebe şirketi elemanlarının oldukça geniş bir hareket serbestîsine sahip olduğunu bilmesine rağmen, gerekli tedbirleri almadan ve gerekli talimatları vermeden bu şirketi görevlendirmişse, bu durum

58 Vogt, s. 37.

59 Vogt, s. 38; Pulaşlı, s. 49.

60 BGE 4C.358/2005 vom 12 Februar 2007 E.5.5.1; Kararın tahlili için bkz. Hoffmann-Nowotny, Urs H. /von der Crone, Hans Caspar, Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.358/2005 (BGE 133 III 116) vom 12. Februar 2007 i.S. X. (Beklagter und Berufungskläger) gegen Y. (Kläger und Berufungsbeklagter).

61 BGE 4C.358/2005 vom 12 Februar 2007 E.5.5.1; Vogt, s. 39.

62 Pulaşlı, s. 49; 6102 s.K gerekçesinde örnek verilmesi suretiyle bu hususa açıkça işaret edilmiştir. Anılan örnekte, genel kurul tarafından verilen talimatı yerine getiren yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk miktarında indirime gidilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. gerekçe s. 261.

yolsuzlukları yükümlülüklerine aykırı olarak tespit edemeyen denetçiler bakımından bir indirim nedeni olabilecektir[63].

d-) Diğer Hal ve Şartlar

Dış ilişkideki sorumluluğun belirlenmesi bakımından diğer hal ve şartların dikkate alınacağı yasal düzenlemede öngörülmüştür (6102 s.K m. 557/I). Bu hal ve şartlar da esas itibariyle kusur ve illiyet derecesi ile ilgili olabilecek nedenlerdir. Bu nedenler arasında sadece zarara uğrayanın şahsi kusuru, İsviçre uygulamasında önem taşımakta, diğer indirim nedenleri teorik niteliğin ötesine geçememektedir[64].

Kanaatimizce diğer hal ve koşulların dış ilişkideki sorumluluk miktarından indirilmesi bakımından oldukça çekimser davranılması gerekmektedir. Çünkü farklılaştırılmış teselsül, temeli müteselsil borç ilişkisine dayanan bir kurumdur. Diğer hal ve koşullar, müteselsil sorumluluk esasını ortadan kaldırma ya da ciddi şekilde sınırlama sonucunu doğurmamalıdır. Müteselsil borçluluk bakımından kanun koyucunun tercihi, alacaklının menfaatlerini, borçluların menfaatine tercih etmek yönündedir. Bu nedenle, somut olay koşulları, sorumluluk miktarından indirim yapılmasını haklı kılıyorsa, bu indirimin iç ilişki bakımından mı, yoksa dış ilişki bakımından mı nazara alınacağı konusunda, karine iç ilişki yönündedir. Başka bir deyişle, hal ve şartlar, sorumlulardan birinin sorumluluk miktarını azaltmayı haklı kılıyorsa, bu indirim nedeninin iç ilişki bakımından dikkate alınması ve ancak hakkaniyetin zararı alacaklıya yansıtmaya elverdiği hallerin mevcudiyeti halinde dış ilişkideki sorumluluk miktarından indirim yapılması gerekmektedir. Mesela sorumluluğu cihetine gidilen bir kimsenin, yapılan işlemden dolayı herhangi bir menfaat elde etmemesinin, dış ilişki bakımından sorumlulukta indirim nedeni olarak kabul edilebileceği akla gelebilir. Federal Mahkeme bir kararında şirket varlığının hemen tamamını kendi hesaplarına geçiren iki yönetim kurulu üyesinden birini, bu işlemden dolayı herhangi bir menfaat elde etmese de, zarardan dış ilişki bakımından tamamıyla sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Zira

63 BGE 127 III 453 ff. (Karar için bkz. Vogt, s. 40).

64 Roberto, s. 35.

yapılan işleme bilinçli olarak katılmıştır ve ağır bir kusuru vardır[65]. Federal Mahkeme başka bir kararında, sorumlunun yaptığı iş karşılığında mütevazı bir ücret almasını, tazminat miktarından indirim nedeni olabileceğini kabul etmiştir[66]. Ancak bir şirketin çalışanına düşük ücret takdir etmiş olmasının, alacaklı aleyhine olacak şekilde yorumlanması, öğretide ciddi şekilde eleştirilmektedir[67].

Yönetim kurulunun acil bir durum karşısında ani karar almasının ya da yönetim kurulu üyesinin özel bir yeteneğinin bulunmasının, sorumluluk miktarının takdiri bakımından dikkate alınabileceği Federal Mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Ancak sorumluluk hukukunun bu genel indirim nedenlerinin tatbik edildiği somut bir karar bulunmamaktadır[68].

Öğretide yönetim kurulu üyelerinden birinin uzmanlık sahibi olduğu bir konuda karar alınması gerekli olan hallerde, diğer yönetim kurulu üyelerinin bu üyeye güvenmesi, ya da davet edilen bir uzman şahıstan alınan bilgiye güvenilerek işlem tesis edilmesi halinde, bu durumun sorumlulukta bir indirim nedeni olabileceği, hatta sorumluluğu bütünüyle ortadan kaldıracağı görüşü savunulmaktadır[69].

B-) Borçlular Arasındaki (İç) İlişki Bakımından Etkisi

Hakimin dış ilişkideki sorumluluk bakımından belirlediği oranlar, iç ilişki bakımından etkili değildir. Ödeme sonrasında borçluların birbirinden ne miktar için alacaklı olduğunun mahkeme tarafından yeniden hükme bağlanması gerekmektedir. Bu rücu ilişkisinin amacı, zararda sebebiyet ve kusur derecesi dikkate alınarak, sorumluluğun borçlular arasında paylaştırılmasıdır[70].

65 Karar hakkında bkz. Vogt, s. 39.
66 BGE 127 III 453 ff. (Karar için bkz. Vogt, s. 41).
67 Bkz. Vogt, s. 41 ve orada anılan yazarlar.
68 Vogt, s.34: Hablützel, s.62.
69 Böckli, § 18 Rn, 449.
70 Vogt, s. 53.

Borçlular arasında ödeme sonrasındaki rücu ilişkisini İsviçre hukukunda OR Art. 759/III düzenlemektedir. Buna göre hakim, sadece kusurun derecesini ya da zarardaki illiyeti değil, mevcut tüm şartları değerlendirmek suretiyle (OR Art. 43,44) rücu ilişkisine esas miktarı belirleyecektir[71]. Öğretide bu miktarın, büyük bir ihtimalle temel ilişkide belirtilen oranlardan farklı olacağı savunulmaktadır. Çünkü dış ilişkideki sorumluluk bakımından *tek başına (kişisel) değerlendirme* yapıldığından, ağır ihmal teşkil eden bir davranışın, iç ilişkideki sorumluluk miktarının belirlenmesinde, eylemlerin mukayeseli değerlendirilmesi yüzünden zarara etkili diğer bir davranış nedeniyle zayıf bir etkiye sahip olduğu kabul edilebilir[72]. Ayrıca burada hakimin münferit borçluları ilgilendiren maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin sebeplere dayalı olarak yeniden değerlendirme yapması gerekmektedir[73]. Bu bakımdan dış ilişkide belirlenen oranların iç ilişki bakımından doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Ancak gerek dış ilişkide gerekse iç ilişkide aynı indirim nedenleri uygulanacağından, değişimi gerektiren herhangi bir özelliğin bulunmaması halinde, dış ilişkideki etkenler iç ilişki bakımından da tatbik kabiliyeti bulacak ve sadece istisnai durumlarda değişime gidilecektir[74]. Dış ilişkideki oranlardan farklı değerlendirme yapmanın gerekli olmadığı hallerde, rücu ilişkisindeki sorumluluk oranları, münferit borçlunun dış ilişki bakımından borcunun, dış ilişkideki tüm borçlara oranı esas alınmak suretiyle tayin edilecek ve bu oranlara göre fazla ödeme yapan, diğer borçlulara rücu edebilecektir. Ancak her halde mahkeme aracılığıyla oranların ve miktarın tespiti gerekmektedir.

---

71 Böckli, § 18, Rn. 520: Meseleyi genel hüküm olarak düzenleyen Art. 148/I OR'da ise, iç ilişki bakımından prensip itibariyle eşit paylaşım öngörülmektedir.

72 Vogt, s. 54; Vischer, Markus D./Borsari, Marco, Sorgfalts- und Treupflicht und Verantwortlichkeit eines fiduziarischen Verwaltungsratsmitglieds, GesKR 4/2008, s. 381; Ruoss, Rn. 33:

73 Böckli, § 18, Rn. 521; Bärtschi, s. 121: Vogt, s. 54.

74 Müller, Roland/Lipp, Lorenz, Der Verwaltungsrat, Zürich, 1994, s. 241; Benzer yönde Honsell, Heinrich, Solidarität und Rückgriff bei der aktien-rechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Melangés En L'Honneur de Carlo Augusto Cannata, Basel, 1999, s. 380 (Akdağ-Güney s. 198'den naklen).

V-)Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Düzenlemesi ve Teselsülün Uygulanması Sorunu

Şahsi iflası düzenleyen Bankacılık Kanununun 110'uncu maddesinde birden fazla kimsenin zarara sebebiyet verdiği hallerde müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde Bankacılık Kanunu Gerekçesi de sorunun çözümüne yarayacak içerikte değildir.

Hukukumuzda 4389 sayılı Kanun'da tanzim edilen sorumluluk hükmüne (m.17) kadar, yöneticilerin verdikleri zararla sınırlı sorumlu olacaklarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zararla sınırlı sorumluluk ilkesini oluşturan 4389 sayılı Kanun'un 17. maddesi gerekçesinde;

> *"3182 sayılı Bankalar Kanununun 69 uncu maddesi, uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Kurul, yaptıkları işlemler nedeniyle mevduat kabul ve bankacılık işlemleri yapma yetkisinin kaldırılmasına neden oldukları tespit edilen banka yönetim kurulu üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden mensuplarının şahsi iflaslarını istemeye yetkili kılınmıştır. Ortakların sorumlulukları ise bankanın yönetim ve denetim hâkimiyeti ve menfaat temini şartlarına bağlanmak suretiyle sağladıkları menfaatler ile sınırlandırılmış, ayrıca 8 inci maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca ortaklık hakları sınırlandırılan veya hisseleri Fona devrolunan ortakların da bankanın iflası aranmaksızın şahsi iflaslarının istenmesine imkân sağlanmıştır."*

Açıklaması yer almaktadır. Gerekçede, yöneticilerin sorumluluğunun, niçin verilen zararla sınırlandırılmış olduğu hakkında bir sarahat bulunmamaktadır. İlgili maddenin meclis görüşmeleri incelendiğinde, mesele üzerine bir milletvekili tarafından dikkat çekildiği, ancak tartışmaların yoğunlaşamadığı anlaşılmaktadır[75].

[75] Meclis görüşmeleri sırasında milletvekili *Ahmet İyimaya*, birlikte sorumluluğun mahiyetinin açıklanmadığına vurgu yapmak suretiyle bu eksikliğin giderilmesini, şu sözleriyle dile getirmiştir. "…*Bundan başka, buradaki sorumluluğun türü, zincirleme*

Öğretide ise konu hakkında farklı görüşler savunulmaktadır. Bir görüşe göre kanuna aykırı karar ve işlemleri birlikte yapan mensuplar, bunun neticelerinden müteselsilen sorumlu olacaklardır. Müteselsil sorumluluğun dayanakları bakımından ise fikir birliği bulunmamaktadır. Bu görüşü savunanların bir kısmına göre, müteselsil sorumluluk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesine dayanmaktadır[76]. Sorumluluğun müteselsil olduğu görüşünü destekleyen yazarların bir kısmı ise, gayi yorumu gerekçe olarak kullanmakta ve her ne kadar Bankacılık Kanunundaki bu düzenlemenin müteselsil sorumluluğu dışladığı düşüncesi hasıl olsa da, düzenlemenin amacının kötüniyetli ve kusurlu sorumlular karşısında fonun yararlarını korumak olduğu, bu nedenle sorumluluğun müteselsil olduğunun kabulü gerektiğini savunmaktadır[77].

midir; yoksa, bağımsız, ferdî sorumluluk mudur; bu kategori de buraya girmemiş. Borçlar Kanunu veya diğer kanunların genel hükümlerine göre, sorumluluğun -eğer, özel hükümde düzenliyorsanız- zincirleme olmadığı sonucuna varırsınız; gerçekten, bir başka yolsuzluk maddesi olarak bunu tedvin edebilirsiniz. Onun için, benim, şahsen, geçen dönemde de, kalkıp, yasama tasarrufu sırasında maddelerde müdahalem olmamıştır; ama, bu, Bankalar Kanunudur. Bankalar Kanunu, bir güven kanunudur; sistemi denetleyen ve sistemi idare eden mekanik bir kanundur. Yolsuzlukların önlenmesi de, bugün, artık, programlara temel olarak girdiğine göre, bunun, gerçekten, sorumluluk hukukunun ulaştığı çağdaş seviyeyi ve anlam bütünlüğünü içerecek şekilde -benim, Sayın Bakanımızdan veya Bakanlar Kurulundan ricam- bu akşam, hiç olmazsa, İçtüzüğün ilgili maddesine göre, maddeleri atlayarak görüşülmesi mümkündür. Yeniden düşünüp, doğruca ve sorumluluk hukukunun tüm prensiplerini ve yasama tasarrufunda varlığı gereken yolsuzluğu önleme niteliğini de içerecek şekilde kaleme alınmasını diliyorum…". Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama yılı 1, 17. Birleşim, 17.6.1999. Yapılan bu çağrıya rağmen yasa koyucunun hareketsiz kalması, yasa koyucunun iradesinin yorumlanması bakımından önem taşımaktadır.

76 Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara, 2007, s. 1371; Alıcı, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007, s. 1057; Akdağ-Güney, s. 211,212. Yazar bu halde yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olması için birlikte zarara sebebiyet vermeleri gerektiğini ve teselsülün BK.m. 50'den kaynaklandığını savunmaktadır.

77 Battal, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2006, s. 356.

Sorumluluğun niteliğini değerlendiren başka bir görüş, buradaki sorumluluğun müteselsil olabileceğini kabul etmekle birlikte, her bir sorumludan talep edilebilecek olan miktarın, "*bankaya verdiği zarar*" ile sınırlı olduğunu[78], müteselsil sorumluluk mevzubahis olsa bile, münferit olarak her bir yöneticinin verdiği zararın tespit edilip, bu miktar üzerinden iflasın talep edilebileceğini savunmakta[79] ve sistemin ana hatları itibariyle farklılaştırılmış teselsül ilkesine yaklaştığını kabul etmektedir[80].

Kanaatimizce sorunun çözümü bakımından öncelikle Bankacılık Kanunu'nda öngörülen düzenlemenin ilgililerin sorumluluğu bakımından nasıl bir sonuç doğurduğu ve teselsül ilişkisi hakkında bir çözüm sağlayıp sağlamadığı incelenmeli ve değerlendirmeler buna göre yapılmalıdır.

Bankacılık Kanunu'nun şahsi sorumluluğa ilişkin düzenlemesi, "…*bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak*…" ilgililerin sorumlu olacağını öngörmektedir (BankK m. 110). Bu düzenlemenin iki anlama gelecek şekilde yorumlanması söz konusu olabilir. İlk olarak denilebilir ki, bu düzenleme kullandığı çoğul ifade nedeniyle, bir ya da birden fazla zararın söz konusu olduğu hallerde, zarar veren kimselerin, sebebiyet

78 *Taşdelen* ise, sorumluluğun müteselsil nitelikte olup olmadığı tartışmasına girmeksizin, sadece sorumluluğun niteliği hakkında değerlendirmede bulunmaktadır. Yazara göre, ilk kez 4389 sayılı kanunla birlikte, yöneticilerin sorumluluğu bakımından miktar sınırına yer verilmiştir. Bu düzenleme bankanın tüm zararı için değil, sadece "*sorumluluğuna gidilen kişinin hangi olayla ne kadar zarar verdiği*"nin tesbiti gerekmektedir. Bkz. Taşdelen, Servet, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 2002, s. 554.

79 Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, s. 80; Akdağ-Güney, s. 213; Akdağ-Güney, Bankalar Kanunu'na göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar kanunu Art 759'da Yeralan Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidarität) Düzenlemesi İle Karşılaştırılması, Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, (s. 1207-1240), s. 1233 vd.; Kanaatimizce rücuun (iç ilişki kapsamında) baştan belirleneceğine ve müteselsil sorumluluğun devam ettiğine ilişkin bu görüş, sorumluluğun müteselsil niteliğini ortadan kaldırmakta ve ona bireysel nitelik kazandırmaktadır. Zira rucuun dış ilişki bakımından etkili olacak şekilde baştan belirlenmesi halinde, müteselsil borçtan bahsedilemez. Bkz. Bürgi/Nordmann, Art. 759 (a.F) Anm. 12; Müller, s. 286 (Akdağ-Güney, (makale), s. 1225'den naklen).

80 Tekinalp, s. 80; Öğretide *Çamoğlu* da Bankacılık Kanununda öngörülen sorumluluğun, farklılaştırılmış teselsüle benzeyen bir hukuki münasebet tesis ettiği kanaatindedir. Bkz. Çamoğlu, Ersin, Banka Yönetim Kurulu <üyelerinin İflasının Koşulları, BATİDER, Mart 2011, C. XXVII, Sa. 1, (s. 5-17), s. 14,15.

verdikleri toplam zararla sınırlı olarak sorumluluğunu düzenlemeyi hedeflemektedir. Buna gerekçe olarak da, önceki yasalarda böyle bir sınırlama olmadığından, ilgililerin tüm banka zararından sorumlu tutulduğu gösterilebilir. Böyle bir yorum halinde, aynı zarardan birden fazla kimsenin sorumlu olduğu hallerde, bu kimselerin bu zarardan beraberce sorumlu tutulması gerekir. Bu durumda, mevcut düzenleme teselsül ilişkisini de etkilemediğinden, boşluk bulunan hal nedeniyle genel hükümler (BK m. 50) uyarınca şartları varsa müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulama kabiliyeti bulması düşünülebilir (Bank.K m. 2/son). İkinci olarak Bank.K m. 110'da yer alan ve ilgililerin bankaya verdikleri zararlarla sınırlı sorumluluğu öngören düzenlemenin, ilgilinin münhasıran kendisinin sebebiyet verdiği zararla sınırlı olarak sorumlu tutulmasını öngördüğü yorumu yapılabilir.

Kanaatimizce bu yorumlardan ikincisinin, ilkine tercih edilmesi gerekir. Çünkü ilk yorumun kabul edilmesi halinde, Bankacılık Kanununda zararla sınırlı sorumluluğun öngörülmesinin herhangi bir anlamı kalmamaktadır. Başka bir deyişle, kanunda böyle bir düzenleme olmasa da, zarar verenlerin verdikleri zarardan dolayı sorumlu olması borçlar hukukunun genel hükümlerinin tabii bir gereğidir. Bunun kanun metninde ayrıca belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Oysa kanun koyucu gereksiz ve amaçsız yere hüküm ihdas etmez. Bu nedenle verilen zararla sınırlı sorumluluğu öngören düzenlemeye başka bir anlam vermek gerekir ki, bu da ikinci yorumu haklı kılar. Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü zararla sınırlı sorumluluk, kanaatimizce her ilgilinin kendisinin bankaya vermiş olduğu zararla sınırlı sorumlu olmasını gerektirir. Bu durumda, davalıların her birinin ilgili zarar bakımından etkisi dikkate alınmalı ve kusuru ile kısmi sebebiyeti göz önünde bulundurularak, o yönetici bakımından sebebiyet verdiği zararın miktarı belirlenmeli ve buna göre sorumluluğu tayin edilmelidir.

Bankacılık Kanunu, verilen zararla sınırlı sorumluluğu benimsemekle birlikte, teselsül ilişkisi bakımından düzenleme içermediğinden, Bankacılık Kanunu'nun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde genel hükümlerin uygulanması gerekir ve şartları mevcutsa, müteselsil sorumluluk tesis eden normlar uygulanma imkanı bulur. Bu

durumda özellikle BK.m. 50'nin (TBK m. 61) uygulanmasına yönelik görüşler haklılık kazanır. Ancak Bankacılık Kanunu'nun zararla sınırlı sorumluluğu öngören düzenlemesi, mahiyeti itibariyle teselsül hükümlerinin uygulanmasına olanak vermez. Çünkü verilen zararla sınırlı sorumluluk düzenlemesi uyarınca mahkeme, her bir sorumlunun sorumlu olduğu miktarı[81] belirlemekle yükümlüdür. Bu miktar, kural olarak, bankanın uğradığı zararın bir kısmını teşkil edecektir. Verilen zararla sınırlı olmayan talebi kanun himaye etmediğinden, zararın tamamının, bu zararın tamamına sebebiyet vermeyen ilgiliden talep edilmesi mümkün değildir. 100 birimlik zararın doğmasına %50'şer oranda kusurla sebebiyet veren iki yöneticinin her birinden 50'şer birim istenilebilecektir. Verilen zarar miktarı olan 50'şer birimden müteselsilen sorumlu olmaları, müteselsil borç ilişkisi ile bağdaşmaz ve bu durum borçluların değil, alacaklı fonun aleyhinedir. 100 birimden müteselsilen sorumlu olmalarına ise, verdikleri zararı aşan bir sorumluluğun söz konusu olması nedeniyle, kanun engel olmaktadır. Şu halde Bankacılık Kanunu'nda öngörülen sorumluluk bakımından müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması, sorumluluğun mahiyeti ile uyuşmamaktadır[82]. Fonun başlangıçta bu zarar miktarını belirlemesi mümkün olmadığından, açılacak iflas davasında aynı zamanda bu miktarın tespit edilmesi gerekir[83].

Banka yöneticilerin sorumluluğu, gerçekleşme usulü itibariyle genel hükümlere nazaran daha ağır sonuçları içermekle birlikte, teselsül hükümlerinin uygulama kabiliyetinin bulunmadığını kabul etmek, hakkaniyet ve nısfet duyularını rahatsız etmektedir. Çünkü alacaklının menfaatlerini, borçlu bakımından iflas gibi bir yaptırımla korumak isteyen yasa koyucunun, alacaklının menfaatine hizmet eden müteselsil sorumluluk kurumundan alacaklıyı mahrum bırakması, düzenlemenin

81 Bu miktar, borç müteselsil olsaydı, iç ilişki bakımından sorumlu olunan miktar seviyesindedir.

82 Bireysel sorumluluk yönünde değerlendirmeler için bkz. Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007, s. 24; Tekinalp, (Fondaki Banka, 2003), s. 80,81; Akdağ-Güney, s. 214, 215.

83 Çamoğlu, BATİDER, s. 15; Akdağ-Güney, s. 215; krş. Tekinalp, (Fondaki Banka, 2003), s. 81.

gayesi ile bağdaşmamaktadır. Kanaatimiz, banka hakkında bu derece ağır sonuçların doğmasına sebebiyet verenlerin, doğrudan ya da şartların mevcut olduğu hallerde genel hükümler çerçevesinde müteselsilen sorumluluğunun kabul edilmesinin gerekli olduğu yönündedir. Ancak olması gereken hukuka yönelik kanaat ve temenniler, yasal düzenlemenin uygulanmasına hukuki açıdan engel teşkil etmemektedir ve ancak Bankacılık Kanununda yapılacak değişiklikle borçluların müteselsil sorumluluğunun kabul edilmesi mümkün olabilecektir.

SONUÇ

Türk hukukunda 6102 sayılı kanunun 557. maddesi ile, anonim şirketlerde geçerli olan hukuki sorumluluk bakımından, bugüne kadar geçerli olan *mutlak teselsül* anlayışı yerine, 1991 yılında İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişikliğe paralel biçimde, teselsülen sorumlu olunan miktarda her bir borçlu bakımından farklılaşmaya gidilmesine cevaz veren *farklılaştırılmış teselsül* (*differenzierte Solidarität*) ilkesi kabul edilmiştir. Bu hükmün gereği olarak hakim, somut olay koşullarına göre münferit borçlunun teselsül ilişkisi içerisinde şahsen alacaklıya karşı ne miktarda sorumlu olduğunu dış ilişki bakımından tespit etmek durumundadır. Hakim bu değerlendirmeyi, fiili sanki esas alınan şahıs tek başına gerçekleştirmiş gibi teorik bir varsayıma dayalı olarak yapacak, bu varsayım çerçevesinde kusur derecesi ve diğer hal ve şartlar gözetilerek dış ilişkide sorumlu olunan miktara ulaşacaktır. Ancak zararı gerçekleştiren diğer şahısların kusurları, kural olarak, sorumluluk miktarının belirlenmesinde bir indirim nedeni olarak dikkate alınmayacaktır. Ayrıca hakim, dış ilişkideki sorumluluğu belirlerken, borç miktarına göre oranları belirlemekle yetinmemeli, aynı zamanda sorumluluk tavanını da herhangi bir tereddüte mahal vermeyecek şekilde miktar olarak tayin etmelidir. Tayin edilen bu miktar, alacaklının müracaat edebileceği azami miktarı gösterir ve kısmi ödemeden etkilenmez.

Mehaz İsviçre hukukunda Federal Mahkeme kararları dikkate alındığında, farklılaştırılmış teselsül esaslarına göre münferit sorumluların

sorumluluk miktarında indirime gidilmesi sık karşılaşılan bir durum değildir.

Şahsi iflası düzenleyen Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesi hükmü, "…*bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak*…" ilgililerin sorumlu olacağını öngörürken, birden fazla kimsenin zarara sebebiyet verdiği hallerde müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusuna açıklık getirmemiştir. Burada, Bank.K m. 110'da yer alan ve ilgililerin bankaya verdikleri zararlarda sınırlı sorumluluğu öngören düzenlemenin lafzına dayanılarak, ilgilinin münhasıran kendisinin sebebiyet verdiği zararla sınırlı olarak sorumlu tutulmasını öngördüğü kabul edilmelidir. Bankacılık Kanunu'nun zararla sınırlı sorumluluğu öngören mezkur düzenlemesi, mahiyeti itibariyle teselsül hükümlerinin uygulanmasına olanak vermemektedir. Müteselsil sorumluluğun uygulanmayacağının kabulu ise, hakkaniyet ve nısfet duyularını rahatsız etmektedir. Çünkü alacaklının menfaatlerini, borçlu bakımından iflas gibi bir yaptırımla korumak isteyen yasa koyucunun, alacaklının menfaatine hizmet eden müteselsil sorumluluk kurumundan alacaklıyı mahrum bırakması, düzenlemenin gayesi ile bağdaşmamaktadır. Kanaatimiz, banka hakkında bu derece ağır sonuçların doğmasına sebebiyet verenlerin, doğrudan ya da şartların mevcut olduğu hallerde genel hükümler çerçevesinde müteselsilen sorumluluğunun kabul edilmesinin gerekli olduğu yönünde ise de, Bankacılık Kanunundaki mezkur düzenleme karşısında bu kanaat, ancak, olması gereken hukuka yönelik bir temenni niteliğindedir. Bununla birlikte, yine de Bankacılık Kanununda yapılacak değişiklikle borçluların müteselsil sorumluluğunun kabul edilmesinin yasa koyucuyu tarafından benimsenebileceği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008

Akdağ-Güney, s. 213; Akdağ-Güney, Bankalar Kanunu'na göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar kanunu Art 759'da Yeralan Farklılaştırılmış Teselsül (Differenzierte Solidarität) Düzenlemesi İle Karşılaştırılması, Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, (s. 1207-1240)

Alıcı, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007

Bärtschi, Harald; Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001

Battal, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2006

Böckli, Schweizerischess Aktienrecht, Zürich, 2009

von Büren, Roland/Stoffel, Walter A./Schnyder, Anton K./Christen-Westenberg, Catherine, Aktienrecht, Zürich, 2000

Bürgi, F. Wollfhart/Nordmann-Zimmermann, U; Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2, Art.: 698-738, Zürich, 1979

Bürgi, Wolfhart F., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die aktiengesellschaft, b/3: Art. 739-771,

von der Crone, Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW., 2006, (s. 2-19)

Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007

Çamoğlu, Ersin, Banka Yönetim Kurulu <üyelerinin İflasının Koşulları, BATİDER, Mart 2011, C. XXVII, Sa. 1, (s. 5-17),

Doğan, B. Fatih, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul, 2011.

Forstmoser, Peter, Solidarität, Kausalzusammenhanng und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ, 1982, Heft 23, (s. 369-373)

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996

Gürsoy, Kemal Tahir, Birden Fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu, Mahmut Koloğlu'ya 70'inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975, (s. 57-83)

Hablützel, Oliver, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen, 2009

Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Prof.Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, C. I, İstanbul, 2001, (s. 219-232)

Hoffmann-Nowotny, Urs H. /von der Crone, Hans Caspar, Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.358/2005 (BGE 133 III 116) vom 12. Februar 2007 i.S. X. (Beklagter und Berufungskläger) gegen Y. (Kläger und Berufungsbeklagter), SZW/RDA, 3/2007, (s. 261-270)

Karayalçın, Yaşar, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, (s. 651-672)

Kılıçoğlu, Mustafa, Bir Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olması (Müteselsil Sorumluluk ve Rücu), Yargıtay Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 4, Ekim 2003, (s. 431-449)

Müller, Roland/Lipp, Lorenz, Der Verwaltungsrat, Zürich, 1994

Nobel, Peter, Solidarität und Unsolidarität, in: Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Hsgb, Charlotte M. Baer, (s.99-128)

Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sa. 1, (s. 27-63)

Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara, 2007

Roberto, Vito, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR, 2006/1, (s. 29-41)

Ruoss, Reto Thomas, Vergleiche bei Verantwortlichkeitsklagen: Praktische Probleme, Vortrag gehalten am St. Galler Aktienrechtsforum 2008 vom 23. Oktober 2008

Taşdelen, Servet, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 2002

Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993

Vischer, Markus D./Borsari, Marco, Sorgfalts- und Treupflicht und Verantwortlichkeit eines fiduziarischen Verwaltungsratsmitglieds, GesKR 4/2008

Vogt, Hans-Ueli, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Hrsg. von Weber, Rolf H./Isler, Peter R., Zürich, 2008, (s. 21-59)

Widmer, Peter; in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 1994

ULUS DEVLET ESERİ "SINIRDAKİLER"[1]

Yrd.Doç.Dr.İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI*

ÖZET

Etnik sorunsalı antik yunan tarihi ile başlatmak mümkün. Bu çalışma konuyu Fransız Devrimi sonuçlarından olan ulus devletlerin doğuşundan sonrası ile sınırlamaktadır. Tarih sürecinde soruna değişik toplumların ve kültürlerin bakışını da hülasa etmek gerekir. Diğer taraftan konu ile birebir alakalı kavramlar çeşitli toplumlarda anlam kaymalarına uğramışır. Bu kavramlar da, bu çalışmada konu edildi ve tanımlandı. Ulus devlet, azınlık, etnik azınlık, ulusal azınlık, millet, halk, vatandaş, milliyet-milliyetçilik bu kavram kümesindendir.

Ulus devletlerin var olan etnik azınlıklar sorunu, Birinci, İkinci Dünya Savaşları yanında ana neden olarak sömürgecilik için başlatılan savaşları ve onların sonuçları olarak ikili ya da uluslararası sözleşmeleri sayabiliriz. Özellikle, İkinci Dünya Savaşı sonrası çizilen keyfi sınırlar ötesinde kalan azınlıklar bugün olduğu gibi, gelecekte de globelleşen dünyada "siyasal dünyanın" en temel sorunlarından biri olacaktır. Ulus devletin bölüp, sınırlar ötesine attığı aynı halk grubundan olan kitlelerin, kültürel, siyasal sorunlarının büyüklüğü ya bilinmemekte ya da bilinçli bir şekilde görmezden gelinmektedir.

Fransız devriminden sonra ortaya çıkan ulus-devletler, azınlıklar sorununu olduğundan daha da büyüterek içinden çıkılamaz bir halde çağdaş dünyaya miras bırakmışlardır. Ne totaliter devletler, Sovyetler Birliği'nde olduğu gibi uzun bir süreçte baskı ile, ne de demokratik

[1] Sınırdakiler: Her ne nedenle olursa olsun, tarihi süreçte sunî olarak çizilmiş ulus devlet sınırları ötesinde kalmış halk grupları kastedilmektedir. Dipnotlarda verilen yabancı dildeki kaynakların türkçe tercümeleri *Kaynakça*'da verilmiştir.

* Gazi Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Öğretim Üyesi

ülkelerde olduğu gibi asimilasyon yoluyla azınlıklar sorunu çözümlenememektedir. Azınlıklar sorunu, bir şekilde ulus-devletler önünde çözümlenmeyi bekleyen bir insanlık sorunu olarak beklemektedir. Asimile yoluyla sindirilmiş birçok topluluk siyasal otoritenin müsaadesinden bağımsız kültürlerini, dillerini ve diğer değerlerini yaşatabilme hakkına sahiptirler

Anahtar Kelimeler: Siyasal Kavramlar, Azınlıklar, Azınlıklar Siyaseti, Ulus Devlet, Avrupa Azinliklari

"AT THE FRONTIERS" THE CREATION OF THE NATIONAL STATES

ABSTRACT

The matter of dispute "ethnic minorities" commenced with mankind. This study focuses nevertheless on the period of the rise of the national states after the French Revolution. However, the approach of different societies and cultures to ethnic problems need also be summarized. On the other hand, the related terms faced deviations from their original meanings within different societies. The definition of these terms is hence also discussed in the present study. National state, minorities, ethnic minorities, national minorities, folk, citizen, nationality and nationalism belong to these terms.

The present ethnic problems of national states mainly emerged from the bilateral and international conventions after the First World War, Second World War and colonial wars. Especially, the ethnic minorities generated by the arbitrarily drawn border lines after the Second World War is a fundamental problem in the globalized world. The national states have artificially seperated ethnics, whose resulting cultural and political problems are either not seen or intentionally disregarded.

The idea of national states resulting from the French Revolution accentuated the ethnic minority problems and is an unsolved leftover to contemporary world. Neither the totalitarian states as e.g. Soviet Union through suppression nor the democratic states through assimilation could

solve these problems. The ethnic minority problems require an adequate humanitarian solution by the national states. Many assimilated societies have irrespective of the permission of the political authority the right for their cultures, languages and values.

Keywords: Political Concepts, Minorities, Minorities Politics, National State, European Minorities

1. GİRİŞ

Ulus devletlerin var olan azınlıklar sorunsalı, Birinci, İkinci Dünya Savaşları yanında ana neden olarak sömürgecilik için başlatılan savaşları ve onların sonuçları olarak ikili ya da uluslararası sözleşmeleri sayabiliriz. Özellikle, İkinci Dünya Savaşı sonrası çizilen keyfi sınırlar ötesinde kalan azınlıklar bugün olduğu gibi, gelecekte de globelleşen dünyada "siyasal dünyanın" en temel sorunlarından biri olarak kalacaktır. Bu temel sorunsal, ulus devletin bölüp, sınırlar ötesine attığı aynı halk grubundan olan kitlelerin, kültürel, siyasal sorunlarının büyüklüğü ya bilimiyor ya da bilinçli bir şekilde görmezlikten geliniyor. Kalıcı barışçıl bir dünyanın tesisi için, ulus devletlerin ilk adımı bu sorunsalı tanımak ve çözüme ulaştırmak olmalıdır.

Fransız devriminden sonra (1789-1799) ortaya çıkan ulus-devlet fikri, kurulan veya kurdurulan ulus-devletlerde azınlıklar sorunsalını olduğundan daha da büyüterek ve kötüleştirerek, içinden çıkılamaz bir halde çagdaş dünyaya miras bırakmıştır. Ne totaliter devletler, Sovyetler Birliği'nde olduğu gibi uzun bir süreçte baskı ile ne de demokratik ülkelerde olduğu gibi asimile yoluyla azınlıklar sorunu çözümlenememektedir. Azınlıklar sorunu, bir şekilde ulus-devletler önünde çözümlenmeyi bekleyen bir insanlık sorunu olarak beklemektedir. Asimile yoluyla sindirilmiş birçok topluluk siyasal otoritenin müsade ettigi kadar kültürlerini, dillerini ve diğer değerlerini yaşatabilme hakkına sahiptirler.

En yakın örneğini Avrupa'nın tam ortasında, eski Yugoslavya'da gördük. Devlet otoritesinin zayıflaması ile bu ülkede zoraki birliktelik bitti ve zoraki göçler, korkunç savaşlar başladı. 17 Şubat 2008 tarihinde

bağımsızlığını ilan eden Kosova ile birlikte yedi egemen devletin varlığına tanık olduk. Dayatılan Dayton antlaşması ile Bosna-Hersek devleti de bu egemen devletler içinde yine başlıca üç etnik gruptan oluşturulan eski Yugoslavya örneği ve adeta dağılmayı bekleyen sunî bir devlet olarak günlerini saymaktadır.

Böylece görmekteyiz ki, etnik motifli anlaşmazlıkların tehlikesi ve azınlık ruhunun verdiği ezilmişliğin, bağımsızlığa duyulan özlemin gücü, eski Yugoslavya'da ve Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra Kafkasya'da ve Ortaasya'da en korkunç biçimi ile iç savaşlar zoraki göçler ve insan haklarının linci şeklinde, bu iletişim çağında gözlerimiz önünde cereyan etmiştir.

Dünya siyasi tarihinde bu kadar önemli yeri olan „millet" ile „halk", „azınlık" ile „çoğunluk" kavramlarının tariflerini hangi kriterlere bağlı olarak yapmak gerekir? Türk diline giren batı kaynaklı kavramlara ve dolayısıyla adeta ithal edilen sorunlara da çoğu zaman bir başka anlam yüklenmiştir. İntihal ya da doğrudan *ithal sorun* ve *kavramlar* ile karşılaşan doğu toplumları bu kavramların içini doldurmakta–anlaşılana kadar- geciktiği veya „*doğu*"da bilinmeyen bu sorunlar gibi tarifleri de, çözümleri de „*batılı* "olmuştur.

„Denn eben wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein." J. W. Goethe, Faust I. Goethe burada şunu söylemektedir. Gerçekte nerede bir kavram boşluğu var ise, o yeri tam zamanında başka bir kavram doldurur.

Bilim adamları, milletler özel hukukunu „azınlıklar" veya „insan hakları" ile ilgili araştırmalarını hemen hemen antik Yunan veya Roma ile başlatır ve sınırlar. (Salem: 1984, 90-93). Adeta dünya insan hakları tarihi Avrupa'nın öncesi ve bugününden ibaretmiş gibi. Bu konuda diğer ulusların ve uluslararası sistemlerin ve kültürlerin konuya bakışları az da olsa bilinmekle beraber, Avrupa merkezli bilim ve kültür dünyası dışında herhangi bir çözüm, „değerini" yeterince bulamamaktadır.

Eski yunan şehir devletleri, kendileri dışındaki halkları ve azınlıkları barbarlar ve aşağılık yaratıklar olarak görmüşlerdir. Eşitlik diye bir kavrama asla yer yoktur. Buna karşın, uluslararası hukuk alanında

Romalılarda değişik uygulamalar görülmesine rağmen, diğer uluslar ile ilişkilerde Romalılarda da eşitlik ilkesinden söz etmek mümkün değildir. Başka dilleri konuşan uluslar barbarlar olarak görülmemesine karşın, hukuken bir alt sınıfı temsil etmektedirler.(Salem: 1984, 94).

Balkanlarda 90'lı yıllarda, Sırp'ların, Bosna Hersek'i işgal savaşı akabinde, orada konuşlanan Türk birligi tarafından, Fojnica kenti Fransiskan Katolik Kilisesi tamiratı esnasında ortaya çıkarılan, Fatih Sultan Mehmed'in Fermanı konumuzla doğrudan ilgilidir. Bu belge insan hakları ve böylece azınlıklar ile alakalı en eski yazılı belge ünvanına sahip olmuştur. Ferman, Frasız İhtilalinden 326, 1948 Uluslararası İnsan Hakları Bildirgesi'nden 485, Amerika'ın keşfedilişinden 29 yıl önce yürürlüğe konmuş olması,[2] yeni denebilecek kadar kısa zaman önce bulunduğundan, henüz bilimsel kaynaklarda hakettigi yeri alamamıştır. Bu nedenle fermanın burada konu edilmesi, Avrupa merkezli çözüm önerilerinin „tek" olmadığını vurgulamak ve insan hakları konusunun sadece batının ilgi alananında olmadığını belirtmek içindir. Zira Avrupa'da konu ile ilgili bilinen en eski olarak vurgulanan belge, Viyana Kongresi (1815) ile Prusya, Rusya ve Avusturya'da yaşayan Polonyalı azınlıkların haklarını garanti altına alan anlaşmadır. Bu karar dahi Fatih'in Fermanı'nın yürürlüğe girmesinden 352 yıl sonra alındı. Fatih'in 1463'te Bosna-Hersek'i fethi sonrası buyurduğu ferman ile Padişah, yerli halkın, dini ve etnik azınlıkların ve diğer cemaatlerin her türlü haklarının korunmasını emretmekte ayrıca onları korumaya yemin etmektedir. Ferman *''Ben Fatih Sultan Han, bütün dünyaya ilan ediyorum ki, kendilerine bu padişah fermanı verilen Bosnalı Fransiskenler himayem altındadır ve emrediyorum''* sözleriyle başlıyor. Bosna-Hersek halkının himayesi altında bulunduğunu belirten Fatih, bu bölgenin Hıristiyan halkına ve ibadet yerlerine zarar verilmeyeceği sözü veriyor. Fatih, fermanında "*ne padişahlık eşrafından, ne vezirlerden veya memurlardan, ne hizmetkârlardan, ne de imparatorluk vatandaşlarından hiç kimse bu insanların onurlarını kırmayacak ve onlara zarar vermeyecektir"*

[2] http://www.kultur.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6496B2AA881EF019F601AD2C14EFC

sözleriylede yöneticilerini de uyarmaktadır. Ferman Kültür Bakanlığı tarafından, günümüz türkçesine çevrilerek yayınlanmıştır.[3]

20. yy. da yaşanan iki büyük dünya savaşı sonrası çizilen *keyfi* sınırlar ötesinde kalan azınlıklar globelleşen "siyasal dünya"nın en temel sorunlarından biri olmuştur. Dolaysıyle barışçıl bir dünyanın tesisi de, ancak ekonomik sorunların hemen yanında azınlıklarla ilgili sorunların toptan bertaraf edilmesi ile olacaktır.

Osmanlı İmparatorluğu bunun tipik ve tek örneğidir. Bir Türk beyliğinden, imparatorluğa geçtikten sonra, egemenliği altındaki dini ve ulusal topluluklara döneminin en üst seviyesinde din ve dil hürriyeti vermiştir. Bu konsept bilim dünyasında "osmanlı millet sistemi" adıyla litaretüre girdi. 19. yy. dan sonra bu milletler egemenliklerini ilan edip kendi ulus devletlerini kurarken, egemen güç, yani Türkler, bu bilince en son ulaşan ve kendi ulus devletini kuran millet oldular. Bütün bu halklar (milletler), çok uluslu Osmanlı İmparatorluğu sınırları içinde serbestçe hareket etme, yerleşme, dini rituellerini yerine getirmede, çağdaş dünyanın, Avrupa Birliği ülkeleri, Amerika Birleşik Devletleri örneklerinde olduğu gibi- sebest olduklarından, ülke içinde bugünkü azınlıklar sorunları anlamında herhangi bir sorun yoktu.(Bayraktarli: 2008, 37) Zira çok kültürlülük çok dillilik, çok dinlilik ve çok hukukluluk imparatorluğun aslî unsuru idi. Ulus devletler de ise bir millet ancak bir

[3] Murat Han Oğlu Mehmet Daimi Muzaffer 28 Mayıs 1463 Milodraz dünya fatihi haşmetli ve ulu Sultan'ının imzalı ve parlayan mühürlü fermanı aşağıdadır.
Ben Fatih Sultan Han, bütün dünyaya ilan ediyorum ki; Kendilerine bu Padişah Fermanı verilen Bosnalı Franziskenler himayem altındadır ve emrediyorum: Hiç kimse ne bu adı geçen insanları ne de onların kiliselerini rahatsız etmesin ve zarar vermesin. İmparatorluğumda huzur içerisinde yaşasınlar ve bu göçmen durumuna düşen insanlar özgür ve güvenlik içerisinde yaşasınlar. İmparatorluğumdaki tüm memleketlere dönüp korkusuzca kendi manastırlarına yerleşsinler ne padişahlık eşrafından, ne vezirlerden veya memurlardan, ne hizmetkârlarımdan, nede imparatorluk vatandaşlarından hiç kimse bu insanların onurunu kırmayacak ve onlara zarar vermeyecektir. Hiç kimse bu insanların hayatlarına, mallarına ve kiliselerine saldırmasın, hor görmesin veya tehlikeye atmasın. Hatta bu insanlar başka ülkelerden devletime birisini getirirse onlar da aynı haklara sahiptir. Bu Padişah Fermanı'nı ilan ederek burada, yerleri, göklerin yaratıcısı ve efendisi Allah, Allah`ın elçisi aziz Peygamberimiz Muhammed ve 124 bin Peygamber ile kuşandığım kılıç adına yemin ediyorum ki; emrime uyarak bana sadık kaldıkları sürece tebaamdan hiç kimse bu Ferman'da yazılanların aksini yapmayacaktır.

halk grubundan teşekkül edebileceğinden, bir başka halk grubunun, millet (nation) "oluşumunda" yeri yoktur. (Oberndörfer: 1993, 34). Bu felsefede ulus devletin temel öğesidir.

Ulus devlet siyasal bir birlikteliktir. Etnik farklılıklar anlamsızdır yani yok sayılırlar. Anayasa, ortak değerler, semboller devletin ve vatandaşlarının birlikteliğini sağlayan unsurlardır. Fransa, Fransız Devriminden, Türkiye, cumhuriyetin kuruluşundan beri ulus devletin en güzel örneklerini teşkil etmektedir. Ulus devlet paradigması ancak İkinci Dünya Savaşı sonrasında yavaş yavaş değişmeye başlayabilmiştir. Ulus devletler, devlet ile milleti bir bütün kabul eden Fransız Devrimi mirasından, ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası tedricen vazgeçmeye başladı ve egemenlik haklarından bir kısmmını uluslararası kuruluşlara devretmeye razı oldular. (Gellner: 1997, 106; Oberndörfer: 1993, 14, 84)

İslam kendine özgü, uluslararası hukuk alanında kaide ve kurumlar ihdas ederek uluslararası ilişkilerini düzenledi. Bilhassa „insan hakları" alanında, dolaysı ile „azınlıklar" hukukunu, ta baştan beri en ince teferruatına kadar, sistematize ettti. İnsan hakkı İslam'da evrenseldir ve ırk yerine dini temellere dayanır. İslam „nation"un karşılığı olan „milliyet"i tanımaz. Onun için ancak milliyet, yani islam milleti ve diğerleri vardır. Bu milliyet içinde türk, kürt, arap, ingiliz, amerikalı, siyah beyaz aynı kategoridedir. (Steinbach: 1996, 66).

İslam'da insan ile „insan hakkı" birbirinden ayrılmaz bir bütündür. Modern batıda olduğu gibi insan, asla dil, ırk, kültür gibi özelikleri ile değerlendirilmez. İnsanlar arasına çekilen yegâne sınır, inananlar ve inanmayanlar sınırıdır. İlahi karekteri olan İslam hukuku, inananlar için hem içte ve hem de dışta tek hukuk sistemidir. Bir bütünlük arzeden İslam hukuku ile uluslararası hukukta karşıt kaideler yoktur. (Salem: 1984, 95). İnsan hakkının her hakkın üstünde olduğunu, inanmayanların da "temel insan hakkı"na sahip olduğunu ve korunması gerektiğini „*Ben asla sizin taptıklarınıza tapacak değilim, siz de benim tapacaklarıma tapacak değilsiniz, sizin dininiz size benim dinim banadır*." (Ateş: 1980, Sure 109, Ayet 4-6) kuralını ortaya koyarak, insanın inançsız da olsa, inançsız yaşaması kabul edilmektedir. Geniş anlamı ile Kuran, inanmayanların hür

iradelerine hitap etmektedir. „[...] *Kim, bir cana kıymamış, ya da yeryüzünde bozgunculuk yapmamış bir canı öldürürse, sanki bütün insanları öldürmüş gibidir. Kim de onu(n hayatını kurtarmak suretiyle) yaşatırsa, bütün insanları yaşatmış gibi olur. Andosun elçimiz onlara açık deliller ile geldiler, ama bundan sonra da onlardan çoğu, yine yeryüzünde israf etmekte (aşırı gitmekte)dirler*."(Ateş: 1980, Sure 5, Ayet 32). Görüldüğü gibi burada evrensel insandan bahsetmektedir. İnananlar ile inanmayanlar arasında farklılığın sadece inançta olacağına, Kuran diğer bir ayet ile şu şekilde ortaya koymaktadır. „*Ey insanlar, biz sizi bir erkek ve bir dişiden yarattık ve birbirinizi tanımanız için sizi milletlere ve kabilelere ayırdık. Allah katında en üstün olanınız, onun buyrukları dışına çıkmaktan en çok korunanınızdır [...].*" (Ateş: 1980, Sure 49, Ayet 13). Milletlerin, kabilelerin var olaması onların bir kısmının, diğerlerinden üstün olamayacağı burada açıkça belirtilmektedir.

Ana bölüme geçmeden önce konu ile ilgili kavramların anlamlarını yeniden hatırlamak faydalı olacaktır.

2. KAVRAMLAR

Millet kavramı yeni yüklenen manası ile, latincedeki „*natio*" kelimesinin karşılığıdır. Önceleri doğuş*, varış, cinsiyet, kök* anlamlarına geliyordu. Daha sonra *bir grup, sınıf* anlamında kullanıldı. Şark'ta ise aralarında din birliği olan insan toplulukları anlamınada kullanıldı. Genellikle latince *„natio*", yunanca „*ethnos*", fransızca „*nation*" farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Daha 18. yüzyıla kadar kültürel bir kavram olarak kullanılan „*nation*" terimi, siyasal alanda hemen hemen hiç kullanılmıyordu. Fransız Devrimi ile ulus devlet kavramı da yavaş yavaş toplumların hayatında bugünkü anlamını almıştır. (Hendrich: 2003, 20). Bu dönemden sonra üçüncü Dünya ülkelerinde *Nation*'a dogmatik anlamlar bile atfedilmiş, yeniden yazılan tarihlerinde gereken ulusal derinlik için resmi mytolojiler yaratılmıştır. (Oberndörfer: 1993, 31).

Millet kelimesi, ekseriyetle aynı toprak üzerinde yaşayan, aralarında dil, duygu, ülkü, gelenek ve görenek birliği olan insan topluluğudur, diye tanımlanmaktadır. (Atatürk Dil Kurumu: 1988, 1026). Milleti oluşturan unsurlardan biri olan, „din" öğesi, genel olarak batılı kaynaklarda yer

almasına rağmen, bu tarifte örneğin Türkiye'de yok sayılmıştır.(Hobsbawn:1996, 83).

Fransız Devrimi „*halk", "devlet", „millet*" kavramlarına en üst politik identiteyi vermiştir. 1918 yılından sonra *ulusal egemenlik, ulus devlet* ilkeleri halkları adeta büyülemiş ve bu oranda da dünyada kabul görmüş ve hızla yayılmıştır. (Boden: 1993, 17). Millet, bireylerin birbirine bağlılık hissinden öte, tek bir devlet iradesi etrafında siyasal bir bütün olmak, kültürel normların birleştirilmesine yapınmak ilkesidir. (Hirschberg: 1988, ilgili madde). Fransızcada *millet* (nation), bir devlete ait vatandaşlar anlamındadır. Daha çok tarihi bir süreçten gelen subjektif duygu birliği ve devleti müşterek iradenin kurduğu *millet* fikri hakimdir. Alman dilinde ise *millet* gibi *halk* kavramı da farklı anlamlarda değerlendirilmektedir. *Halk* kavramı yerine müşterek kültür birliğine bağlı olarak oluşmuş *millet* (Kulturnation Fichte und Herder'e göre) ve vatandaşlık yerine *milliyet* (Nationalität) terimleri kullanılmaktadır. (Gellner: 1999, 95). Doğu Avrupa ülkelerinde *millet* kavramı h*alk* kavramı ile eş anlamlıdır. Doğu Avrupa'da dil, kültür, etnik köken ve tarih birliği millet kavramını tafifte ana unsurlar iken, toprak bütünlüğü ve devlet daha az önemlidir. Kıta Amerikası'nda ise toprak bütünlüğü en önemli unsur iken, etnik farklılıklar bu bazda önemli değildir. (Evangelisches Staatslexikon: 1975, ilgili madde) İslamın hâkim olduğu bölgelerde ise 20. yüzyılın başlarına kadar milletin ana öğesi dindir.

„Millet, ne ırkî ne kavmî, ne cografî, ne siyasîi, nede iradî bir zümre değildir. Millet, lisanca, dince, ahlakca ve bediiyatca müşterek olan, yani aynı terbiyeyi almış fertlerden mürekkep bulunan bir zümredir." Türk ulus devletinin manevi kurucusu sayılan Ziya Gökalp milleti böyle tarif etmektedir. (Bayraktarlı: 2008, 63, 106).

Mayers Großes Taschenlexikon, Brockhaus gibi büyük sözlüklerde *millet* (Nation) kavramının, benzer ve daha değişik tanımlarını da bulmak mümkündür.

Millet, büyük bir sosyal topluluk; müşterek etnik kökenden gelen; aynı bölgede oturan insan topluluğu; din, dil, aynı dünya ve toplum birliği bilincinde olan, kültürü ve tarihi aynı insan topluluklarıdır. Bu sıfatların

yanında tabii ki insanlar arasındaki, diğer toplumsal bağların çokluğu da *millet'*in oluşmasında etkin rol oynamaktadır. Bu itibarla *millet* tarihi bir sürecin ürünüdür, demek mümkündür. Herkesin mutabık kalabileceği genel bir tarif yapmak imkânsızdır. Ancak bilinçle ve bir millete ait alma hissi, gerçekci ve aynı zamanda genel bir tanımdır. Ya da Fichte dediği gibi *„Millet, Tanrı tarafından yaratılmış ontolojik bir birimdir."*

Halk sadece düşünce tarihsel ve sosyolojik bir kavram değil, aynı zamanda hukuksal bir terimdir. Ancak kısa zaman önce denilebilecek, 20 yıldan beri halkların kendilerini ifade etme hakkı (self-determination) uluslararası pozitif hukukun bağlayıcı ana maddelerinden biri olmuştur.

Halk, bir ülkede yaşayan, değişik soylardan insan topluluklarının herbiridir. (Türkçe Sözlük: 1988, 601). Millet kavramının tarifinde olduğu gibi *halk* kavramının da genelde bir tanımı yoktur. *Halk,* kendini ifade etme hakkı, soy ve nüfus gibi birçok yönü ile çeşitli tanımlara tabi tutulmaktadır. Birleşmiş Milletler'in de, bir tarftan otoriter güçlerin diğer taraftan siyasi oportonizimin evrensel gücünden dolayı bu konuya bir katkısı olamamaktadır. (Thürer: 1976, 89). Herşeye rağmen, evrensel hukukun, sosyolojik bir tanımı üzerinde mutabık kalınabilinmiştir. Bu tanıma göre kültür birliği, aynı etnik köken, veya aynı siyasal birlik, aynı ulusal ideal gibi subjektif realiteler halkı meydana getirir. Birleşmiş Milletle'in konu ile ilgili kararında, „*halk evensel hukukun ruhuna uygun olarak, ulusal egemenliğini yaşatabilecek durumunda olması gerekir*", demektedir. *Halk,* hukuken bağımsız bir devlet kurma durumunda olmalı veya bağımsız başka bir devlet ile birleşmeli ya da ona bağlanmalıdır. Bu ilkeler, tabii olarak iki ek şarta bağlıdır: Biricisi, *halk* bir bütün olarak belirli bir bölgede yaşadığını ortaya koymalıdır. İkincisi, o sayısal büyüklüğü yanında sosyal-politik açıdan da gelişmeye ehil olmalıdır ki tam ya da özerk bir devlet idarasi kurabilsin. (BM: 1970, karar Nr. 2625).

Azınlıklar sorunsalı mademki Ulus devlet konseptinin başat ürünüdür, o zaman bu bağlamda ağırlıkla bu kavram üzerinde durmak gerekmektedir. Ayrıca, ulus devletin ana yurdu olan Avrupa'nın azınlıklar sorunsalına bakışı ve azınlıkların kısaca ansiklopedik sıralamasını, yine burada yapmak yerinde olacaktır.

Azınlık, eski yunancada *ethnos* kavramının karşılığıdır ve insan grupları anlamına gelmektedir. Azınlık kavramı halk kavramı gibi sosyolojik anlamı yanında hukuki bir terimdir. (Brunner: 1996, 21-24) Etnoloji bilminde *„etnik"* kültür kavramı karşılığı olarak kullanımıştır. Asıl itibariyle *„etnik azınlığın*" tam olarak tarifini yapmak zordur. Bilim adamlarının üzerinde tam mutabık kaldıkları objektif kriterlere dayalı bir tarif de yoktur·. (Fischer: 1988, 5).

Kısaca azınlıkları „*etnik azınlıklar*" ve „*ulusal azınlıklar*" olarak iki ana bölümde incelemek gerekir. *„etnik azınlıklar*" ulusal bir devleti olmayan halk gruplarıdır. Çingeneler, Amerika'da kızılderililer, kürtler... gibi, „*ulusal azınlıklar*" savaşlar neticesi, antlaşmalar çerçevesinde ve diğer nedenlerle, ulusal devletin sınırları dışında kalmış aynı halk grubundan olan azınlıklardır. Sırbistan sınırları içinde yaşayan kosova arnavutları, Bulgaristan'da yaşayan türkler gibi.

„Azınlık" kavramı; büyük halk kitlelerinden ırk, dil, din, ahlak, değişik sosyal hayat görüşleri gibi özellikleri ile hakim kültür ve ideolojiden ayrılan halk gruplarıdır, diye tarif edilebilir. "*Bir ülkede egemen olan ulusa göre ayrı soydan gelen ve sayıca az olan topluluklara azınlık (akalliyet) denilmektedir*". (Eren: 1988, 120).

Azınlık kavramı bir çok kritere bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Suni olarak çizilmiş devlet sınırlarının bütünlüğü, aynı dili konuşan, aynı dinden, hülasa aynı kültürün tabii sınırları, zaman zaman ve değişik devlet sınırları içine alınması, o devletlerde *azınlıkların* oluşmasına neden olmuştur. (Gellner: 1999, 106).

Başka önemli bir etken ise, güç kullanarak devlet sınırlarını genişletmek veya egemenlik alanını büyütmek; siyasi ve ekonomik nedenlerden yerli halk kitleleri müthiş insani ve kültürel kayıplara maruz bırakmak yerinden ve yurdundan etmek, kendi tabii kültür, din, dil, sınırları ötesine atmak, zoraki göçe zorlamanın tabii sonucu azınlıkların oluşmasıdır. (Harris: 1989, 27).

Çağdaş azınlıklar sorunu kısaca beş genel nedene dayandırabiliriz:

1. Günümüz azınlılar sorunların kaynağında, devlet sınırlarının Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Paris Antlaşmaları'na göre çizilmesi

akabinde çıkmıştır. Bu antlaşmaların ortaya çıkardığı devletler kendilerini ya eskiden beri var olan ulusal devletler, ya da yeni ulusal devletler olarak tanımladılar. Sınırları içinde kalan diğer ulusal grupların azınlık haklarını da çoğu zaman kabul etmediler.

2. Birçok ülkede sorunlar askeri müdahaleler sonucu çıkmıştır.

3. Birinci Dünya Savaşları sonunda birçok kriz bölgesinde Cemiyeti Akvam gözetiminde uluslararası azınlıklar hukuku geçerli iken, İkinci Dünya Savaşları sonrası azınlıklar hukuku, mesela Arupa'da genellikle ikili barış anlaşmaları ile korunabilmiştir. Fakat azınlıklar hukukunu korumak, hiçbir kriz bölgesinde, çıkar çatışmalarından dolayı mümkün olmamıştır.

4. Yine birçok kriz bölgesinde sadece dil sorunu değil, din ve değişik kültürlerin uyuşmayan özellikleri de, etnik problemlerin oluşmasında büyük rol oynamışlardır. Kosova Arnavutları, Yeni Sirbistan ya da eski Yugoslavya, Rusya, Baltık Ülkeleri buna örnek teşkil etmektedir.

5. Önemli olan diğer bir neden de, bu kriz kuşaklarında yaşayan halkların bulundukları ülke insanı ile mentalite ve sosyal hayatın her kademesinde uyuşmaz farklılıklardır. (Flachbarth: 1937, 34; Sugar: 1980, 15).

Azınlıklar kendi iç dinamikleri bakımından genelde, birtakım değişik özellikler göstermektedirler. Etnik azınlıklar kapalı ya da açık toplumlar olabilirler. ABD de Çin, Türk, Yahudi, Hindistan'da Müslümanlar, Brazilya'da Japon kökenli toplumlar kapalı, yani genelde sosyal yaşamda homojen bir toplum yapısı arzetmektedirler. Örneğin bu gruplar öncelikle kendi aralarında evlenmekte (endogamie) ve bunu özellikle ve gönüllü olarak yapmaktadırlar.

Zenciler, ABD de veya Güney Afrika Cumhuriyeti'nde kendi aralarında evlenmeyi daha çok zorunlu olarak yapmaktadırlar. Zira beyazların zenciler ile evlilikleri çoğunluk tarafından, en iyimser tavırla hoş görülmemektedir. Bu tür evliler daha çok dışlanmakta, onlara karşı düşmanca tavırlar sergilenmektedir.

ABD de, İskoçlar, Almanlar, Brazilya'da İtalyanlar açık toplumlardır. Bu gruplar bulundukları bu ülkelerde asimile olma endişesi taşımazlar. Kültürleri bulundukları ülke kültürlerine yakınlığı düşünülürse, kendi kültür ve kimliklerinin kaybı diye bir sorunları yoktur. (Boden: 1993, 19-20). Dünyanın neresinde olursa olsun, eğer bir yerde koşullar gereği veya ihtiyari „endogami" varsa, orada yüzyıllar boyunca çok kültürlü toplumlar bir arada yaşayabilmektedir. Ortadoğu ve Anadolu buna en güzel örneği teşkil etmektedir.

Azınlıklar, yaşadıkları ülkelerde çoğu zaman birlik arayışında, güçlü bir dayanışma halinde olduklarından, çoğunluk tarafından kolayca iç ve dış sorunların kaynağı ve baş sorumlusu ilan edilebilmektedirler. Bir ülkede siyasi istikrarsızlığın, ekonomik başarısızlıkların, işsizliğin geçiştirilmesinde yegâne çıkış ve çözüm azınlıkları hedef göstermek çoğu zaman yeterli olmaktadır. İndonezya'da çinliler, Hindistan'da müslümanlar, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde hindistanlılar, Batı Trakya'da türkler, İkinci Dünya Savaşı öncesi Almanya ve Polonya'da yahudiler, zaman zaman hep aynı nedenlerden çeşitli siyası baskı ve zulme maruz kalmışlardır. (Jersch-Wenzel, Treue: 1986, 17).

Vatandaş, bir ulusal devlet sınırları içinde yaşayan insanların herbiridir. Vatandaşlık ulusal devletin egemenliğindeki insanın o ülke ile ilişkili hukukunu kapsar. Ulusal devlet „*azınlık*" ile „*çoğunluk*" ayrımı yapmaz. Azınlıklar vatandaş statüsündedir. Dolaysıyle ulusal sınırlar içinde yaşayan azınlıklar da bulundukları ülkenin vatandaşı olduğundan, çoğunluğun hak ve sorumluluklararına tabidirler. Modern devleti oluşturan ana öğelerden biri vatandaşlık kurumudur. *Vandaşlık*, çağdaş ve siyasal bir terim olmanın yanında, hukuksal bir terimdir. Buna yalnız yabancılar dahil değildir. Zira onlar bir başka ulusal devletin vatandaşı ve egemenliği altındadırlar. Boden: 1993, 16). Buna, Almanya ve Fransa'da yaşayan türkler ve diğer yabancılar örnek gösterilebilir.

Milliyetçilik kavramı etnik kavramlar arasında özel ve doğrudan bir yere sahip olması gerekir. Zira *milliyetçilik,* siyasal arenada sosyal sorunların ön plana çıkması ile, bir şekilde tartışmaların zirvesine çıkmıştır. Çoğu zaman kötüye kullanılan bu terim, bilhassa toplumsal sorunlara çözüm önerileri sunmada dönem dönem *„aspirinsel"* bir

hüvviyet kazanır. Şövenizm ile vatanperverliği (patriotizm) birbirinden iyi ayırt etmek gerekmektedir. Şövenist düşünce „milliyetçiliğin" bir başka söylemidir ve çoğunluğun, ya da hâkim sınıfın üstünlüğüne inanır. Buna karşın *vatanperver,* duygusal ve romantiktir ve diğer halkların farklılık, değer ve sembollerini kabul eder, fakat sonuçta o da şövenist düşünceye bulaşma tehlikesiyle karşı karşıyadır. (Gellner: 1999, 17,29).

Birçok yönü ile ulus devlet ilkesi, bilimsel çevrelerin çoğu zaman şiddetli eleşirilerine maruz kalmıştır. Onlara göre, halklar arası çatışmaların, savaşların, azınlıkların güç kullanarak göçe zorlanması ve azınlığın çogunluk tarafından, „*masum ve mantıklı uyum politikaları"* ile ya da doğrudan asimilasyona tabi tutulmasının hep ulus devlet ilkesine dayandığını iddia etmektedirler. (Bayraktarli: 2008, 23).

Devlet ideolojisi olarak „milliyetçilik" Avrupa'dan üçüncü dünya ülkelerine doğrudan ihraç edilmiştir. (Oberndörfer: 1993, 22, 89). 19. yy.da Avrupa'da gelişen bu akım Osmanlı aydınlarını da etkilemiştir. Ziya Gökalp 1896 da, Leon Cehun'un yapıtlarını okuduktan sonra, türk tarihini araştırmaya başlamıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesi, etnik milliyetçiliğe dayanan Leon Cehun'un „milliyetçilik" ilkesinden etkilenen türk milliyetçiliğinin manevi babası Ziya Gökalp'a dayanmaktadır. Ulus devlet ilkesi Türkiye'de „*cumhuriyetçi devlet milliyetçiliği*" yönünde gelişmiştir. Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve Fransa'yı, kuruluş felsefesi ve strukturel yapısıyla da, örnek alan Türkiye Cumhuriyeti'de milliyetçiliğin mistik coşkusunun tesiri altında kalmıştır. (Bayraktarli: 2008, 27). Ulusal devletlere bölünmüş dünyada, „*cumhuriyetler*" kendi özellerini, siyasal düzenlerini geliştirme ve korumada, kısaca kendine özgü yeni bir ulus yaratmak adına, diğer ulusal devletlerden özellikle de komşu uluslarından ayrıştırmak için, devlet sınırları içinde tüm halkları, bu ulus yönde bilinçle eğitmektedirler. Diğer uluslardan biliçli eğitim ile sınırlama-soyutlama ve böylece yaratılan *ortak bilinç*, ulusal devlet ile cumhuriyeti farksızlaştırmaktadır. Böylece yaratılan faklılıklar, semboller, milli marşlar, bayraklar son ve tek hedef olarak ulusların mutlaka uyması ve yapması gereken „*mecburlar*" mertebesindedir. Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi, siyasal bilgiler profesörü Dieter Oberndörfer,

konuyu birebir Jean-Jacques Rousseau'nun fikrine dayandırarak aşagıdaki cümlelerle özetlemektadir.

„Cumhuriyetlerin *ulusal karekteri*, şayet iç ve dış düşmanlara karşı savunmada yardımcı oluyorsa, meşrudur.[…] Onların [ABD ve Fransa] *cumhuriyetçi milliyetçilikleri* dış görünüşleri ve siyasal güçleri itibari ile milliyetçiliğin diğer variyasyonlarından sadece az farklıdırlar. Cumhuriyetin sembolleri, bayrak ve milli marş, ulus devlette olduğu gibi, ayin olarak telakki edilmiş ve edilmektedir. Bayrağa asla hakaret edilemez. Milli marşın terennümü, dini merasime çevrilmektedir. Cumhuriyetçi milliyetçilik de, seçilmiş tarihi sembollere dayanmakta ve tarihin cezbesine kapılmaktadır. Ulusun tarihi -cumhuriyet tarihi kasdediliyor- lekesiz olmalı ve sadece mitolojik kahramanlıkları tanımaktadır. Sadece cumhuriyetçi ulus, "iyi"nin temsilcisi olduğundan, siyasal rakipler dahi düşmanlardır ve onlar "kötü" yü temsil ederler, dolaysyle onlar bertaraf edilebilirler hatta edilmek zorundadırlar." (Oberndörfer: 1993, 54).

4. Etnik Sorunların Çıkışında Etken Faktörler

Önceki bölümlerde yapılan değerlendirmelerde, *halk* diğer bir halk grubundan dil, tarih, din, kültür öğeleri ile değişiklik gösterir, diye tarif edilmiştir. Bu karekteristik özellikleri yanında *halkı* oluşturan bireylerin, birlikte yaşama duygusuna sahip olası lazımdır. Halkı oluşturan bu öğelerin hepsi, aynı anda mevcut olmayabilir. Bölge bölge ya da kültürden kültüre, bu öğeler ya çok önemli veya önemsizdir, ya da hiç dikkate alınmaz. Örneğin Amerika'da teritoryal bütünlük, Doğu Avrupa ülkelerinde kültürel birlik ve etnik köken halkı oluşturan daha önemli unsurlardır. Buna rağmen halkları niteleyen özelliklerin en önemlisinin dil faktörü olduğu, genel olarak ve çoğu bilim adamı tarından kabul edilmektedir. (Hamburg: 1993, 117-122). Avrupa dillerinin büyük çoğunluğu aynı kaynaktan çıktığı kabul edilmektedir. Bu diller İndo-Germen dil ailesine aittirler. Değişik süreçlerden geçen diller, aynı dil ailesinden gelse de birçok nedene bağlı olarak kendi aralarında çeşitli boyutlarda değişiklikler gösterebilmekte ve tarih sürecinde tam bağımsız bir dil olabilmektedir. İşte başımsızlaşan bu dillerin herbiride halk topluluklarını meydana getirmiştir.

Zaten halklar arasında sınırların en belirleyici faktörü dil olmuştur. Almanca dil coğrafyası tek devlet ve halk ile sınırlı değildir. Dolaysıyle, almanca konuşan insanlar tek „*halk*“ olarak mutala edilmemektedir. Tarih sürecinde çeşitli etkenlerinde tesiri ile değişik kültürel gelişmeler olmakta, aynı kültür ailesine mensup olan halklar, uzun tarih sürecinde gösterdikleri değişik gelişmelerle yeni bir halk grubunu meydana getirmektedir. Almanlar ve Avustuyalılar gibi. Almanya ancak 19. yüzyılda ulusal bir devlet olabilmiştir. Daha önceleri Germenler vardı ve onların yaşadığı yerler Büyük Karl'ın German Imparatorluğu toprakları olan bugünkü Almanya, Fransa ve İtalya'nın kuzeyine kadar uzanan geniş bölgedir. Bu geniş topraklarda yaşayan Germenler'den Almanlar, Fransızlar doğmuştur. 19. yüzyılda bir millet olan almanlar ile avusturyalıların da yolları bu zaman diliminde ve çeşitli kriterlere bağlı olarak gelişen değişik milli bilinç neticesinde ayrılmıştır. (Boden: 1993, 24).

Diğer taraftan eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti boşnakları, hırvat-sırp kültür ailesinden gelmelerine rağmen, İslam Dini'ni kabulden çok sonra ancak 1971 de *müslüman* yada *boşnak* adıyla, sloven, hırvat, sırp, karadağlı ve mekadon milletleri yanında bir millet olarak kabul etmiştir. Böylece boşnaklar uzun bir tarihi süreç içerinde İslam Dinini kabul ettikten sonra, değişik ve yeni bir kültürel gelişmenin sonucunda, ait alduğu kültür ailesinden doğal bir şekilde ayrılarak yeni bir millet oluşturdular. (Brunner: 1996, 36-38).

Orta ve Doğu Avrupa'da *kültür-milletleri* diyebileceğimiz ve yukarıda da belirtildiği gibi, devlet sınırlarını aşan aynı kültüre dayalı konzepler uzun yıllar yaşayabilmiştir. Kültüre bağlı oluşumlar doğu avrupa örneklerinde olduğu gibi bugün de hüküm sürmektedir. Aynı dil, aynı kültür, aynı köken ve aynı tarih bu bölgelerde devlet ve toprak bütünlüğünden önde gelmekte ve ulusal devlet olma yolunda önemli rol oynamaktadır. Ancak, Rus İmparatorluğu ve Osmanlı İmparatorluğu'nun son zamanlarına kadar, millet (nation) dolaysıyle milliyetçilik devlet bazında çok önemli kavramlar değildi. Ulusal devlet, sınırlara bağlı olarak organize olurken, külltür birliğine sahip olan halk ise kültürel kimliklerini yani kültürel özerkliğini korumak ve geliştirmek için gerekli serbestinin

bu imparatorluklarda tanınması ve organizesi ile yetinmiştir. (Brunner: 1996, 18-19).

Balkan'lar ve Balkan'ların kuzeyi ile Kafkasya ve Ortaasya'nın başlıca kriz bölgeleri olduğunu bilmekteyiz. Sorunsal, ulusal devlet kurma, sunî sınırların oluşturulması ile ortaya çıkan azınlıklar, kısaca *kültür toplumlarını* bölmekten doğan krizlerdir. Son yüzyılda çıkan korkunç savaşlar silahlı çatışmalar olmuştur ve hala bu çatışmalar yer yer devam etmektedir.

Her kriz ya da savaş diyebileceğimiz etnik gruplar arası çatışmalar çok özel kriterlere bağlıdır. Bu krizlerin çözümü de buna bağlı alarak çok özel araştırılmalıdır. Uluslararası (BM, NATO vs. gibi) kurumların genel çözüm önerileri ile bu sorunların çözümünün, uzun vadede mümkün olmadığı açık olarak görünmemektedir.

Fakat çok titiz araştırmalar yapmak kaydıyle sorunların çıkış nedenlerini bulmak, dolayısıyla çözmek için, bazı genellemelere gidilebilinir.

Sovyetler Birliği hegemonyası ve komunist iktisadi sistemi etkisi altında olan Ortaasya ülkeleri hariç tüm diğer bölge devletleri, en azından hukuk devleti kurma yolunda çalışmalar yapmaktadırlar. (Brunner: 1996, 100). Fakat, arzulanan hedef, yani hukuk devleti, bir çok nedenden dolayı, kısa zamanda yakalanması zor gibi görünmektedir. Buna ekonomik, kültürel bağımlılığın yanı sıra, psikolojik baskılar engel olmaktadır. Ne yeni ne de eski sistemler, teknik olarak tam işlememektedirler. Bu geçiş dönemini aşmak, halktan büyük fedakârlıklar yapmalarını gerektirmektedir. Zira bu bölgelerde hala, müthiş denebilecek bu değişime insanlar ayak uydurmakta zorluk çekmektedirler. Bu bölgelerde, siyasi ve kültürel bağımsızlıkların yanında zaten var olan olan azınlıklar sorunu da bir başka biçimde ortya çıkmıştır. Örneğin, Sovyet Rusya döneminde azınlıklar sorunu yaşanmayan Gürcistan'da Abhazya-Gürcistan çatışmaları, Karabağ üzerine Azerbeycan- Ermenistan Savaşı, Moldavya'da Gagavuzlar, Ukrayna'da Tatar Türkleri'nin yeniden yurtlarına dönmesi dolaysıyle siyasi krizler, Rusya- Çeçenistan Savaşı gibi kriz ve savaşlar hep aynı nedenlere dayanmaktadır. Bu sorunsal,

ulusal devletini kurmada geç kalmış olma hissi, kaybedilen zamanları en kısa sürede telafi etme, azınlık sorunları, siyasi ve kültürel bağımsızlık mücadeleleridir.

Totaliter rejimlerin baskısından kurtulan, eski ulusal devletler yada yeni oluşturulan ulusal devletler, devlet mekanizmasını kurmada, kaybettikleri zamanı kısa bir süre içerisinde telafi etme heyecanına kapıldılar. Vatanseverlik-yurtseverlik, milliyetçilik terimleri içiçe sokuldu. Bu kavram kargaşasının tabii sonucu olarak yeni ve eski ulusal devletler sınırları içinde, etnik çatışmaların ardı arkası kesilmemecesine başlamış ve devam etmektedir.

Etnik sorunların çıkmasında önemli bir kriter de batılı güçlerin yapmış oldukları tarihi hatalardır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında Paris Anlaşmaları'nda ABD başkanı W. Wilson'unda dayataması ile halkların egemenliği baz alınınarak siyasi haritaların çizilmesidir. Fakat gerçekte ulusal devletlerin oluşturulmasında çok büyük hatalar (Brunner: 1996, 109). tarihi süreç değerlendirildiğinde, bilinçli olarak yapılmış, keyfi çizilen sınırlar aynı halk grubuna ait insanları bölmüş, ulusal devletler içinde azınlıklar yapmıştır. Onlarca örneğin yanında, aktüelitesini hala koruduğundan verilebilecek en güzel örnek Arnavutluk'tur. Kurulan Arnavutluk devleti (1914) sınırları içine alınmayıp, Sırbistan sınırlarına dahil edilen Arnavut halkı sayısı ortalama %40 dır. Bu sayı Sırp hegemonyası altında yaşamaktadır ve Kosova sorunu olarak önümüzde durmaktadır. (Brunner: 1996, 90). Bu ve buna benzer birçok haksız ve keyfi sınır revizyonları, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan muhtelif antlaşmalar ile ortadan kaldırılmadı, bilakis daha değişik bir çok yanlış ve haksız taksimat eskilerine eklenmiştir. Doğrusu, Birinci Dünya Savaşı sonrası yaratılan de facto tasdik edilmiştir. Baltık ülkelerinin vb. birçok homojen bölgenin SSCB tarafından yutulmasına ve Balkanlar'da sonucunun nelere mal olduğunu gördüğümüz Yugoslavya örneğini yaşadık. Sırbistan-Slovenya, Sirbistan-Hırvatistan, Sırbistan-Bosna Hersek, Bosna Hersek-Hırvatistan, Sırbistan-Kosova, Sırbistan-Sancak...savaş ve çatışmaları hep aynı, sanki önceden planlanmışcasına yaratılan, hep batılı hakim güçlerin tarihi hataları sonucudur. (Brunner: 1996, 106). Diğer taraftan Osmanlı İmparatorluğu'nun Balkanlar'dan

çekilmesinden sonra kurulan Balkan devletlerindeki Türk ve Müslüman azınlıklar yanında Arnavut azınlık Sırbistan'da, Pomak azınlık Bulgaristan'da...vs., çok uluslu Osmanlı İmparatorluğu'nun dağılmasının, tabii sonucu olarak doğmuşlardır. Bir başka örnek de dünyanın en son sömürgeci gücü olan SSCB nin dağılması sonucu ortaya çıkan, daha önce de kısaca bahsi geçen etnik azınlıklardır.

Aynı kültür ailesinden gelen Otaasya Müslüman Türk halkının (önceleri sadece Türkistan, yani Türk Yurdu) Özbekistan, Tacikistan, Türkmenistan... adında tabii denilemeyecek şekilde sınırlarla ayrılması, ulusal devletler kurulması, örneklerimize eklenebilinir. Çarlık Rusya' nın 19. yüzyıl ortalarında Türkistan'ı işgal etmesinden sonra Türkistan'da tacik, türkmen, özbek... gibi ayrı milliyet hisleri, gelişmiş bir şekilde henüz ortaya çıkmamıştı. Ortaasya'da yaşamakta olan birleştirici güç olan panislamik ve pantürk gücü kırmak için Stalin gayri tabii sınırları Türk ve Müslüman halkı bilinçli ve keyfi olarak bölmek için çekmiştir. İşte bu andan itibaren „Tacik", „Türkmen", „Özbek"... milliyetleri bilinci de belirgin bir şekilde zuhur etmiş oldu. 1989 yılı sayımlarına göre bu saydığımız toplumlar, ayrı ayrı milletler „*nation*" sayılacak olursa, Ortaasya ülkelerinde azınlıkların rakamsal ifadesi % 28 ile %48 arasında değişmektedir·. (Brunner: 1996, 106).

Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sonunda yapılan düzenlemeler sonucu olarak günümüze ulaşan azınlıklar sorunları, aynı dili konuşan, aynı dini inanca sahip, kısaca aynı kültür ailesinden gelen insanların -daha önceki bölümlerde bahsi geçen sebeplere dayalı olarak- bölünmesinden, kendi tabii sınırları ötesine atılmasından doğmuştur.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Dünyada *„azınlıklar sorunları"* diye adlandırdığımız sorunlar sonuç ve çıkış nedenlerine bakıldığında, asıl itibarı ile azınlıkların kendi sorunları değildir. Sorunlar dikkatli incelendiğinde sosyal ve siyasi sistemin çarpıklığından, *„hükümran çoğunluğun"* iç meselesi olduğu açıkça görülür.

5. Çağdaş Çözüm Önerileri [4]

5.1 Azınlıkları Himaye

„*Azınlıkları himaye*“ uluslararası hukukun vazgeçilmez öğlerinden birisidir. Uluslararası anlaşmazlıkların başlıcası olan azınlıklar sorunu, dünya barışı için ne derecede önemli olduğunu 16 Aralık 1991 de toplanan Avrupa dışişleri bakanları bildirgesindenden (Helsinki Nihai Bildirgesi) anlaşılmıktadır. Alınan karar gereği Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra, Doğu Avrupa'da ve Sovyetler Birliği topraklarında kurulan, yeni ulusal devletlerin bağımsızlıklarının tanınması için öngörülen, temel şartın, o ülkenin sınırları içinde yaşayan „*azınlıkları himaye*“sine endekslenmesidir. (Europa-Archiv 1992, 120).

Giriş bölünde kısaca konu edildiği gibi ve bu bağlamda da tekrar belirtmek lazım ki, azınlıkları himaye ilgili en eski belgenin Bosna Hersek'te, TC Kültür Bakanlığı'nın ortaya çıkardığı Fatih Sultan Mehmed'in Fermanı'dır. Bu ferman dan önce, Avrupa'da bilinen en eski „azınlıkları himaye„ mahiyetindeki, uluslararası geçerliliği olan 1815 de Viyana Kongresin'de kabul edilen anlaşmadır. Bu anlaşmanın ilk paragrafı Prusya, Rusya, Avusturya'da yaşayan polonyalı azınlıkların haklarını garanti altına almaktadır.

Birinci Dünya Savaşları'ından sonra 1919 ve 1920 yıllarında Paris Antlaşmaları neticesi değişen teritoryal sınırlar ve dolaysı ile yaratılan, etnik ya da ulusal azınlıkların haklarının, uluslararası hukuk çerçevesinde, korunmasının gerekliliği ortaya çıktı. Böylece bu anlaşmalarda azınlık haklarının korunması kararı alındı. Uluslararası anlaşmaların yanısıra, onlarca ikili anlaşmalar yoluyla azınlık hakları garanti altına alınmaya çalışıldı. Anlaşmalar azınlıklara, anadilini resmi kurumlarda kullanma, siyasi ve kültürel sahalarda serbest olma hakkını verdi. Birinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Cemiyeti Akvam, siyasi kompetenz zayıflığı, gittikçe güçlenen milliyetçi akımlar karşısında bu anlaşmaların uygulanmasını sağlayamamıştır.

---

4 Dicke, Klaus, UN-Dekleration zum Minderheitenschutz, bkz. Europa-Archiv, Sayı 4, Hamburg 1993, s. 107-116; Ayrıca bkz. Widmer, Paul, Europäischen Bemühungen zur Lösung von Minderheitenfragen, bkz. Europa-Archiv (1993), Sayı 9, s. 265-276.

İkinci Dünya Savaşı akabinde kurulan Birleşmiş Milletler Teşkilatı (BM), azınlıkları himayeyi, insan haklarına, dolayısıyle *birey*e indirgemiştir. Bu çerçevede yapılan anlaşmalar azınlıklar lehine, insan haklarını ihlal eden kurum, kuruluş ve devetlere dışlama cezası getirmiştir. Ancak BM, azınlıkları himayede ilk adımı altmışlı yıllardan sonra atabilmiştir. 19.12.1966 tarihinde alınan bir karar ile azınlıkların vatandaşlık ve siyasi hakları tarif edildi ve koruma altına alındı. Alınan bu karar gereği azınlıkların kültür, din ve dillerinin geliştirilmesi istenmiştir. Etnik azınlıklar, dil azınlıkları, dini azınlıklar olarak sınıflandırılarak yaşadığı ülkede himaye altına alındı. BM, İnsan Hakları Koruma Komisyonu adı altında bir komisyon kurarak devletler bazında kontrolü üstlendi. Diğer taraftan kurulan „Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities" adlı bir alt komisyonda geniş çaplı bir „*Azınlık Hakları Deklarasyonu*" üzerinde çalışıldı. Hazırlanan bu deklarasyon 13.12.1991 de kabul edildi. Buna göre BM, dil, din, ulusal ve etnik azınlıkların kimliklerini koruma ve geliştirme konusunda gerekli tedbirlerin alınması mecburiyetini getirdi. (Hofmann: 1992, 1).

Avrupa Konseyi 4 Kasım 1950 de **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**'ni kabul etti. Sözleşme, azınlık haklarını koruma konusunda özel bir hüküm içermemesine rağmen, 14. paragrafında din, dil, ırk, cinsiyet, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa ait olma, mülk veya başka bir statüden dolayı insan haklarına helal gelemez, hükmünü kabul etmiştir. Aynı paragraf, insana her türlü hürriyet ve insan hakkını garanti altına almaktadır.

1973 yılında başlayan **Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı**' da aynı konu üzerinde çalıştı. **Kopenhag Nihai Bildirgesi**, milletler hukuku çerçeveside, insan hakları geleceğinin temel taşını koydu. Bildirgenin 4. bölümünde azınlık hakları konusunda önemli ve bağlayıcı sözleşmeler karara bağlandı. Ulusal azınlıkların, insan temel hak ve hürriyetleri kanunlar önünde tam eşitlik prensibinin, konferansa üye ülkelere, bu hakların tesisinde gerekli tüm tedbirlerin alınması mecburiyetini getirmiştir. Bildirgede devamla, kişi hangi ulusal azınlığa ait olduğunu, herhangi bir zarar görmeden, kendi belirler, denilmektedir. Bildirge ile aynı zamanda, kişiye özel dil, din, sınırötesi kontaklar,

kültürel faaliyetler garanti altına alındı. Diğer taraftan anadilde eğitim veya derslerin anadilde verilmesi, ulusal azınlıkların kimliklerinin korunması, bağımsız ve bölgesel idari birimler kurulması teşvik edilmelidir, fikrini benimsedi.

1-19.07.1991 de yine azınlık haklarını yeniden yorumlamak için Genf'de, „*azınlık*" uzmanları toplandılar. Bulgaristan, Romanya ve Yugoslavya Kopenhag'da alınan kararlardaki standartları kabul ederlerken, baştanberi çekimser kalan batılı ülkelerden Fransa, Yunanistan ve Türkiye daha önce ulaşılan nokta ile iktifa edilmesi kararını savundular. Bildirgenin sonuna eklenen „*Üye ülkelerin bilgisine sunulur; her kültür, dil, din ve etnik farklılık bir ulusal azınlığın oluşmasını sağlamaz*." cümlesi Fransa ve Türkiye gibi ülkelerin geleneksel görüşlerini aksettirmiştir.

Moskova'da 10.09.1991 - 04.10.1991 yapılan **Avrupa Güvenliği ve İşbirliği**'nin **İnsan Varlığı Konferansı**'nda azınlıklar hiç konu edilmedi. Sadece sonuç Bildirgesinde, Kopenhag ve Genf'de kabul edilen temel esasların bir an önce hayata geçirilmesi çağrısı yapıldı. (Hofmann: 1992, 21).

Avrupa Konseyi' de azınlıkların korunması için, uluslararası hukuk alanında bir dizi çalışma yaptı. Öncelikle **İnsan Hakları Sözleşmesi**'ne konu ile ilişkili bir ek protokol hazırlandı. **Avrupa Komisyonu**'nun (Venice Commission) 08 Şubat 1991 de hazırladığı özerk bir taslak ile, **Avrupa Azınlıkları Himaye Sözleşmesi** ortaya çıktı. Bu taslağa göre; ülkelerin kabul ettiği, içinde yabancıların olmadığı bir "*azınlık*" tarifi yapılmaktadır. Bu kavramın tarifi ve kabulü tamamen bireyin arzusuna bırakılmıştır. Sonuç olarak imza koyan ülkeler arasında, bir azınlıklar ortak hukuku kabul edildi ve azınlıklar lehine bu ülkelere yükümlülükler getirilmiştir. (Hofmann: 1192, 1-69). Zira Avrupa'da barışın sağlanması ve korunması, ancak bu başat problemin çözümü ile mümkündür.

Yine, 11 yıllık bir çalışmanın sonucu olarak **Avrupa Bakanlar Konseyi**'nin 5 Kasım 1992 de kabul ettiği bir sözleşmede, azınlık dillerinin korunması, geliştirilmesi şartını kabul etti. Buna göre, azınlık

dilleri okullarda, resmiyette, mahkeme ve basında geliştirilmelidir. Bu anlaşmaya ülkeler gönüllü olarak imza koymaktadırlar.

Diğer tarftan, **Avrupa Konseyi**, pratikte uygulanan azınlıklar hukukunun çok ötesinde normlar ortaya koydu. Yine, **Avrupa Konseyi** nezdinde, daha çağdaş, daha insani, bir **İnsan Hakları Sözleşmesi** çalışması, ağır aksak olsa da, devam etmektedir. Çalışmaların yavaş yürümesinin arkasında, Fransa, İngiltere, Yunanistan ve Türkiye gibi ülkelerin *„devletin tüm vatandaşları eşittir"* şeklindeki temel eşitlik prensibi, insan hakkı için yeterlidir, fikrinden kaynaklanmaktadır. Bu ülkelere göre, bunun dışında bir ayrım ulusal birliğin çöküşüdür. (Hofmann: 1992, 30).

5.2. Ulusal Sınırlarda Revizyona Gitmek

Ulusal azınlıkların yaşadığı devlet sınırlarında değişiklik yapmak, doğal olarak hem zordur hem de popüler değildir. Buna rağmen üzerinde düşünülebilecek mantıklı bir çözüm önerisi olarak değerlendirilebilinir. Son Balkan savaşlarında batılı ülkelerin inatcı tutumları -*Vogel-Strauß çözüm önerileri gibi*- nedeniyle binlerce insan yerinden, yurdundan, canından oldu. Böylecede uluslararası barış da zarar gördü. Çok uluslu SSCB'nin ve Yugoslavya'nın dağılmasında tek neden azınlık konumundaki etnik ya da ulusal azınlıkların bağımsız bir devlet kurma arzusu değildir. Daha çok, bu ülkelerde yaşayan ulusal azınlıkların, miliyetçilik motifli sınır revizyonu hedefleri, komşu bir ülke sınırlarında kalan aynı halk kütlesi ve toprakları ile bütünleşmek istemesidir. (Brunner: 1996: 149-150).

Hür iradeye bağlı ve yapılan barışcıl bir çok ikili anlaşmalar, 14.11.1990'da Almanya-Polonya devlet sınırları sözleşmesi, Doğu Almanya'nın 03.10.1990 da Batı Almanya'ya katılması sözleşmesi ve Çekoslovakya devletinin bölünmesinden, 26.06.1991 de, Slovakya ve Çek Cumhuriyeti olarak iki bağımsız devletin kurulması, hep aynı iradenin ifadesidir.

Sınırlarda revizyon, bir dizi bölgede çok dikkatli olmak kaydıyle yapılabilir.

Sırbistan sınırları içerisinde kalan Kosova halkı, insan haysiyetine aykırı pek çok muameleye zorlanmış ve sırp devleti tarafından çeşitli baskılara maruz kalmıştır. Halkın Arnavutluk'la birleşme arzusu uzun zamandan beri bilinen bir gerçektir. Sırpların tarihten gelen teritoryal büyüme istekleri, arnavutların tek devlet sınırı içinde yaşama arzularına engel olmamalıdır. Zaten Balkanlar'ın taksimi arnavutlar'ın henüz bir millet olma iradesi tam olarak oluşmadan, Birinci Dünya Savaşı sonrası yapılmıştır. Diğer taraftan Kosova sınırlarının Arnavutluk'a sınır olması, böylesi bir revizyonun büyük bir teknik engelle karşılaşmaksızın gerçekleştirilmesini sağlayacaktı. Gelişmeler sırbistan arnavutlarını bağımsız bir devlet kurmaya kadar götürdü. Aynı Prensip, aynı şekilde Arnavutluk ile birleşme arzusunda olan, Mekedonya, Güney Sırbistan ve Karadağ Arnavutlar'ı için de geçerlidir. (Brunner: 1996, 160).

Macaristan sınırlarında da değişiklik yapılabilinir mi? Üç milyonun üzerinde Macar halkı komşu ülkelerde azınlık statüsünde yaşamaktadır. 1920 de hayata geçirilen Trianon Sözleşmesi ile Macaristan toprakları ulusal egemenlik temel ilkelerine aykırı olarak bölündü. Ne Macaristan ne de Romanya, Slovakya, Sırbistan ve Ukrayna'da yaşayan Macar azınlıklar bir sınır revizyonu isteğinde -Romanya ve Slovakya hükümetleri böyle bir isteğin olduğuna işaret etseler de- bulunmadı. Macar azınlıklar daha çok özerklik taraftarı politikalar gütmektedirler. Fakat Romanya, Sırbistan, Slovakya şimdiki azınlıklar siyasetlerini devam ettirmeleri durmunda, macar azınlığın özerklik istekleri, arnavutluk örneğinde olduğu gibi **„ayrılma"** isteğine dönüşebilir. Macar azınlığın yaşadığı bölgeler anavatan ile sınır durumdadır, barışcıl ve insani bir çözüm isteniyorsa, sınırların böldüğü aynı halkın bütünleşmesi kolayca sağlanabilir.

Azerbeycan-Ermenistan Savaşı'nın ana nedeni olan ermeni nüfusun çoğunlukta olduğu iddia edilen Azerbeycan'ın özerk bölgesi Karabağ'dır. Karabağ, nüfus yoğunluğu ve tarihi kriterler göz önünde bulundurularak Ermenistan ve Azerbeycan arasında özerk iki bölge olarak bölünebilir. Bölgelerde yaşayan insanlar kendi rızaları ile diğer bölgeye, gerekli ve özendirici imkânlar sunularak göçmeleri sağlanabilir. Ermenistan ile sınırı olmayan Karabağ, çok dikkatli hazırlacak yeni bir koridorla Ermenistan ile sınır birliği kurulabilinir. Zaten savaş zoru ile açılan, yoğunlukla kürt

halk grublarının yaşadığı böyle bir korüdor, de facto mevcuttur. (Brunner: 1996, 163). Diğer taraftan ve buna karşın, yine Stalin'in çizdiği keyfi sınırlarla Azerbeycan'dan fiziken ayrılan Nahcivan halkının isteği doğrultusunda, Hankendi'nin kuzeyinden Türkiye'ye sınır olan Ararat kasabasına çekilecek bir sınır ile Azerbeycan'a bağlanabilinir. Bu sınırlar güneyinde bulunan Ermeni halkı, kuzeye kendi istek ve yaratılacak imkânlar çerçevesinde, özendirilerek, göçe yönlendirilebilinir. Bu sayede bölgede kalıcı barışın tesisi mümkün olabilir.

Halkların göç ettirilmesi, siyasi çıkarlar elde etmek, teritoryal kazanımlar için, zoraki yapılırsa yeryüzünde barışı tesis etmek mümkün olmayacaktır. İnsan kitlelerini, ekonomik nedenlere dayalı olarak göçe zorlamak, dünyada büyük ölçüde kabul görürken, siyasi kararlar neticesi zoraki göçler, büyük tartışmalara neden olmaktadır.

İktisadi kazanımlar sağlamak amacına dayalı olarak inşa edilmekte olan ve 2009 yılında bitirilmesi planlanan bir baraj, Çin'in Yangzi Jiang vadisinden 1,9 milyon insanın zoraki göçünü öngörmektedir. Adı geçen vadide 19 şehir, 1000in üzerinde köy, 632bin metrekare toprak, sular altında kalacaktır. Çin'in büyük şehirlerinden biri olan Wuhan'da aynı şekilde baraj suları ile örtülecek, bin yıllık bir şehir tarihe gömülecektir. (Der Spiegel: 1997, 218).

Diğer taraftan, 4 milyona yakın türk insanını dünyanın birçok yerine, hayatlarını idame ettirmek, iş bulma nedenleri ile adeta yurt dışına göçe zorlamak, yerinden yurdundan etmek, bu bağlamda verilebilecek en doğru örneklerdendir.

5.3. Halkların Mübadelesi

Halkların mubadelesi, savaşlar neticesinde veya uluslararası ikili sözleşmeler gereğidir. Daima ilgili halkın zararınadır ve arzusuna karşıdır. Halkların mubadelesi zaten uluslararası hukukun ruhuna da aykırıdır. (Kimminich: 1989, 138). Sırp-Bosna-Hersek ve diğer savaşlar anında ve neticesinde hep insanlar, güç kullanarak başka yerlere sürülmüşlerdir. Azınlıklar problemlerini çözmek için insani olmayan bu tür mubadelelerin çözüm alamadığını bugünün insanı bizzatihi yaşamaktadır.

6. Avrupa Devletlerinde Azınlıklar

Çağdaş dünya azınlıklar sorunsalını tarih sürecinde asimile, sindirme, göçe zorlama gibi tedbirlerle (örneğin: Reconquista=yeniden fetih) en aza indirmiştir. Homojen toplumlar yaratmada sona yakın bir noktaya ulaşıldıktan sonra, azınlıkların da insan olduğu hatırlanmıştır. Amerika'da kızılderililer, Fransa'da Bretonlar başlıca örneklerdir.[5] Herşeye rağmen azınlıklar batıda varlıklarının sürdürebilmiştir. Genel olarak batıda etnisite ile ilgili bir sorun yoktur kanısı hakim olsa da, aşagıdaki ansiklopedik veriler gösteriyor ki bu sorun hala „bir sorun" olarak temel bir çözüm beklemektedir. Bu ancak, azınlığın varlığı da, çoğunluğun varlığı gibi konu olmayacak şekilde, yukarıda bahsedilen çözüm önerileri ve daha fazlası ile belki mümkün olabilecektir. Etnik azınlık diye başlayan ve azınlıklara en üst hukuki haklar verecek, hukuki düzenlemeler dahi onların „*ayrı*" varlıklar olduğuna işaret edeceğinden, kalıcı çözümler değildir.

Avrupa devletlerinde yaşamakta olan gerek etnik, gerekse ulusal azınlıkları ülkelere göre kısaca sıralayacak olursak, görülecektir ki, siyasi istikrarı sarsan en önemli neden hala azınlıklar sorunudur. Bu ülkelerin çoğu bir şekilde azınlıklar sorunsalı ile yaşamak durumundadırlar.

6.1 Arnavutluk

Arnavutluk, %2 azılık oranı ile homojen bir ulusal devlet durumu arz etmektedir. Arnavutluk'da yaşayan azınlıklar daha çok ülkenin güneyinde yerleşiktirler. Azınlıklar sayısal çokluğuğa göre, Yunan, Romen, Makedon, Karadağlı ve Çingeneler olarak sıralanabilinir. Diğer devletler gibi Arnavutluk'ta azınlıkların varlığını çeşitli yöntemlerle kabul etmemektedir. Azınlıkları koruyucu anlamda kanunlar da mevcut değildir. (Brunner: 1996, 114).

6.2 Almanya

Ülkede azınlıklar sorunu diye bir sorun tanınmamakla birlikte, Almanya'da Danimarkalı, Prusyalılar (Friesen) ve Sorbenler diye etnik

[5] Bretonca yazılan mektuplar, postacılar tarafından adrese teslim edilmemektedir. Bretonlara fransız muamalesi yapmamaktadır. Uzun mücadeler sonunda ancak trafik işaretleri altına bretonca açıklamalar konuldu. Diğer taraftan, ABD zencilere ancak 1965 de insan haklarını hukuken teslim etti.

kökenli, eski yerli halk grupları yaşamaktadırlar. Bu eski yerli halkların, kendi aralarında sorunları olmadığı gibi, Almanya'da etnik herhangi bir problem de yaşanmamaktadır. Adı geçen azınlıkların nüfusu, 1991 sayımlarına göre, toplam 10 7000 civarındadır. (PbC 1991: 1963).

Öte yandan, son 40 yılda Almanya'ya dünyanın her tarafından çalışmak ve başka nedenler ile göç eden, çeşitli etnik kökenli halk gruplarının hukuki durumları üzerinde tartışmalar başlamış durumdadır. Buna rağmen Almanya'da yaşayan Türklerin statülerinin ne olacağı konusunda herhangi bir çalışma yoktur.

6.3 Belçika

Belçika, fransız örneğine göre 1831 yılında kurulmuştur. Son zamanlarda ülkenin doğusunda yaşayan almanlardan azınlıklar olarak söz edilmesine rağmen, Belçika'nın azınlıklar sorunu yoktur. Ülke güneyinde Fransızca konuşan „Vallonlar" % 32,3, ile kuzeyde flamence konuşan „flamenler" %58,2 ve %0,7 almanca konuşan almanlardan oluşmuştur. (PbC 1991: 1963).

6.4 Bosna-Hersek

06.04.1992 den beri bağımsız olan Bosna Hersek devleti eski Yugoslavya gibi çok uluslu bir ülkedir. Çoğunlukta alan Müslümanlar'ın yanı sıra, Sırp, Hırvat ve kendilerini hala Yugoslav niteleyiren halk grupları yanında az sayıda olsada Çingene, Ukraynalı, Arnavut ve Slovenler de Bosna-Hersek Devleti milliyetleri içinde yerlerini almışlardır. Etnik azınlıkların yüzde ile ifadesi 1991 sayımlarına göre, Müslümanlar %43,7, Sırplar %31,4, Hırvatlar %17,3, kendilerini Yugoslav diye tanımlayanlar ise %5,5 ve diğer az sayıdaki halk grupları şeklindedir. (Brunner:1996, 36, 66) . Müslümanlar dışında diğer etnik grupların -Hirvat ve Sırpların- kendi etnik kökenlerine dayalı devletleri olduğundan, milliyetler arası savaş ve mücadelelerde, hiçbir desteğe sahip olmayan Boşnak Müslümanlar kendi ülkelerinde uluslararası sözleşmeler ile – Dayten Anlaşması- adeta azınlık durumuna düşürüldüler.

6.5 Bulgaristan

Azınlıkların toplam sayısı Bulgaristan'da %11 ile %12 arasında tahmin edilmektedir. Bu yüzdelere Pomaklar dahil değildir. Zira,

müslüman Pomakların etnik ve dil birliği itibariyle bulgarlar oldukları iddia edilmektedir. Bulgaristan'da azınlıklar, etnik köken itibariyle Türkler %9,5, Çingeneler %1,8 dir. Diğer azınlıklar ise %0,7 ile Ermeni, Rus, Makedon, Yunan, Tatarlar, Romenler ve Yahudilerdir. (Brunner: 1996, 48).

6.6 Danimarka

Ortaçağdan beri Danimarka bağımsız bir ülke olarak yaşamaktadır. Azınlıklarla ilişkili herhangi bir problemi yoktur. Ülke egemenliğinde yaşayan fakat tamamen özerk olan Grönland ve Farayo (Faröer) adaları yerlileri azınlıklar sorunlarından uzaktırlar. Etnik köken itibariyle sadece Almanlar bu ülkede azınlıktırlar. Ancak almanlar da noksansız, danimarkalıların haklarına sahiptirler. (Bundesanzeiger: 1955, 4).

6.7 Estonya

1918-1940 yılları arasında bağımsız alan Estonya, bağımsızlığını yeniden 30.03.1990'da kazanmıştır. Ülkede %30,6 Rus azınlığın yanında, %7,4 Ukraynalı, Beyaz Rus, Fin, Yahudi, Tatar, Alman, Letonyalı, Polonyalı, Ermeni ve Moldavyalı çok küçük azınlık grupları alarak yaşamaktadırlar. Ülkede Ruslar sömürgeci güç olarak görüldüğünden 1940 yıllarından sonra Estonya'ya göç edenler, yabancı olarak addedilmekte ve onlara seçme ve seçilme hakkı dolaysıyle Estonya vatandaşı olma hakkı verilmemektedir. (Brunner: 1996, 126).

6.8 Finlandiya

1917 den beri bağımsız bir devlet olan Finlandiya'nın etnik herhangi bir problemi yoktur. Ülkede İsveçli, Çingene, Tatar ve Yahudiler küçük etnik azınlıklar olarak yaşamaktadırlar. Finlandiya azınlıklar konusunda uluslararası alanda tek ve örnek bir ülkedir. İsveç ve Lappen dili Fince'nin yanında resmi dil olarak okulllarda eğitim dili olarak kullanılmaktadır. Yahudiler de dini azınlık olarak kabul edilmektedirler. Küçük bir grup olan Müslüman Tatarlar Finlandiya'nın iyi organize olmuş etnik azınlıklarındandır. Tatarlar buraya 19. yüzyılda ticari amaçla geldiler. Tatarlar kendi ana dilleri yanında çoğunlukla Fince konuşmaktadırlar. (PbC 1991: 1993).

6.9 Fransa

Fransa çok eskiye dayanan merkezi bir devlettir. Ülkede halk gruplarına, eğitimde kendi ana dillerini kullanma dahil gerekli azınlık hakları verildi. Sadece Korsikalılara ayrıcalıklı olarak özerklik verilmiştir. Azınlık sorunu, Korsikalı bağımsızlık yanlılarının bazı bombalama eylemleri dışında yok gibidir. Fransız anayasası resmen hiçbir dil ve etnik kökeni, azınlık olarak tanımamaktadır. (PbC 1991: 1993).

6.10 Yunanistan

Ülke azınlıklar konusunda, oldukça problemli bir bögede ve tarihe sahiptir. Arnavut-Yunan sınırında Arnavut azınlık, Yunan-Makedon sınırında mekedon azınlık, Türk-Yunan sınırında yani Batı Trakya'da Türk-Müslüman azınlık Yunanistan'ın başlıca problemlerindendir. Resmi olarak tanınmış azınlıkların sayısı %4,2 dir. Bu oran sayısal olarak 35 000 Pomak, 20 000 Bulgar, 20 000 Anadolu'dan Yunanistan'a göç ettikten sonra islamlaşmış eski bir halk grubu olan Athinganiler, 66.000 Türk-Müslüman nüfusa eş düşmektedir. (PbC 1991: 1993).

6.11 İngiltere

İngiltere'nin krallık olması 955 yıllarına dayanır. Adalarda yaşayanların %20 sini İskoçyalılar, İrlandalılar, Galler ve %80ini ingilizler oluşturmaktadır. Kuzey İrlandalı Protestanlar ile Katolikler arasındaki savaş 1969dan beri devam etmektedir. İrlanda'ya bağlanmak isteyen katolik irlandalılar, hedeflerine ulaşana kadar mücadele edeceklerini bildirmektedirler. Diğer taraftan Protestan Kuzey İrlandalılar da, kendilerini azınlığa düşürecek anlaşmalara asla razı almayacaklarını ilan etmektedirler. Böylece, yakın bir tarihe kadar sorunun çözümü görünmemektedir. (PbC 1991: 1993)

6.12 İrlanda

1921' den beri İngiltere'den bağımsız bir ülke olarak ayrıldı. İrlanda Cumhuriyet Ordusu (IRA) bütün adanın bağımsızlığı için mücadele verdi. Bugünde Kuzey İrlanda'nın bağımsızlığı için savaşmaktadır. İrlanda, K. İralanda sorununa çözüm getirecek her oluşuma katkıda bulunmaktadır. Ülkede azınlıklar sorunu yoktur. (PbC 1991: 1993).

6.13 İzlanda

Homojen bir toplum olan İzlanda 1918 yılından beri bağımsız bir ülkedir. Etnik ve azınlık sorunu yoktur. (PbC 1991: 1993).

6.14 İtalya

İtalya Demokratik Cumhuriyet adıyla 1946 da kurulmuştur. Resmi dili italyancanın yanı sıra, azınlık olarak resmen tanınmış halk gruplarının bölgesel dilleri de konuşulmaktadır. Bölgesel azınlık dilleri, Almanca, Fransızca ve Romanş (Ladince) dilleridir. İtalya'da azınlıklar, dil-azınlıkları olarak kabul edilmektedir. 1993 ten sonra azınlıkları koruyucu kanunlar yapılmıştır. (Boden: 1993, 140). Uzun mücadeleler sonucu, sadece Güney Tirol geniş haklarla özerk bir bölge olarak kabul edilmiştir. Sayıları küçümsenemeyecek kadar çok azınlık, İtalya'da yaşamaktadır. Bunlar Arnavut, Sloven, Yunan, Hırvat, Fransız halk gruplarıdır. (PbC 1991: 1993). İItalya'nın toplam nüfusunun %5 i etnik azınlıklardır. Bu ise 2,5- 3,4 milyonla ifade edilmektedir. (Malfer, Heuberger: 1994, 226).

6.15 Sırbistan Cumhurıyeti

24.03.1992' de kurulan Yeni Yugoslavya, Karadağ ve Sırbistan'nın birleşmesi ile kurulmuş federal bir cumhuriyettir. Bu dönemde BM de temsil hakkı olmayan YFC sadece bir kaç ülke tarafından resmen devlet olarak tanındı. Azınlıkları koruyucu kanunlar yapılmıştır. Bu kanunlar çerçevesinde azınlıklar parlementoda temsil edilebilineceklerdir. Bu kanun taslakları şimdilik sadece kağıt üzerinde kalmaktadır. (Brunner: 1996, 38, 51). Yeni Yugoslavya ile dağılan Yugoslavya arasında azınlıklar bakımından hiç bir fark yoktur. Zira azınlıklar sorunu yüzde olarak olsun çokluk olarak olsun aynı kalmıştır. Halen YFC de Sırpların yanısıra, Arnavut, Macar, Müslüman, Hırvat, Karadağlı, Çingene, Romen, Slovak, Bulgar ve Türkler etnik azınlıklar olarak yaşamaktadır. Sırp Anayasası, Voyvodina'ya ve daha sonra bağımsızlığına kavuşan Kosova'ya teritoryal özerklik vermiştir. Bu bölgelerde yaşayan halk kendi parlementosunu seçme hakkına sahiptir. (Boden: 1993, 150). Kosova Arnavutları ile YFC arasında çatışmalar, bağımsızlık öncesi, YFC' nin içte ve dışta en büyük sorunu olmuştur. Zaten Karadağ'da 3 Haziran 2006 da Yugoslavya'dan bağımsızlığını kazandıktan sonra, Fedaral Yugoslavya'da dağılmış oldu.

6.16 Hırvatistan

Hırvatistan 25.06.1991 de bağımsızlığına Yugoslavya'dan ayrılarak kavuştu. Hırvat nüfusun %80ni yanı sıra, %20 oranında çoğu slav kökenli etnik azınlıkta Hırvatistan'da yaşamaktadır. Bunlar köken itibarı ile, Sırp, Yugoslav, Macar, Sloven, Müslüman, Çek, İtalyan, Karadağlı, Slovak, Arnavut, Çingenelerdir. Azınlıklar sorunu, Yugoslavya'dan ayrılan diğer cumhuriyetlerde olduğu gibi, burada da en büyük sorunlardan biri olarak yaşamaktadır. (Boden: 1993, 171).

6.16 Letonya

21.09.1991 de bağımsız bir devlet olarak kabul edilen Letonya'nın, 1940 yıllarından beri bu ülkede yerleşen ayrıcalıklı Rus azınlıktan başka, bu alanda başka bir sorunu yoktur. İmtiyazlı insanlar statüsünden azınlık durumuna düşen, genel nüfusun %34ü olan Rus azınlık, ülkede sorunların kaynağı gösterilmektedir. Buna rağmen sıcak bir çatışma durumu yoktur. Rus azınlığın yanı sıra Beyaz Rus, Ukraynalı, Polonyalı, Litvanyalı, Tatar, Çingeneler ülkenin başlıca azınlıklarıdır. (Brunner: 1996, 128).

6.17 Litvanya

Litvanya, Letonya ve Estonya'nın tam tersine Rusya'dan bağımsızlığını kazandıktan sonra, azınlıklara dolaysı ile Ruslar'a da ülkenin vatandaşı olma kakkını vermiştir. Litvanya'da bir başka değişiklikte Rus nüfusun diğer Baltık ülkelerine nazaran %9,4 ile daha az olmasıdır. Ülke azınlıklarının oranı %12,3 tür. Ülkede yaşayan diğer etnik azınlıklar Rus, Polonyalı, Beyaz Rus, Ukraynalı, Tatar ve Yahudilerdir. Litvanya kanunları etnik azınlıkların siyasi ve kültürel hak ve hukuklarını tanımaktadır. (Brunner: 1996, 45).

6.18 Lüksemburg

Küçük bir ülke olan Lüksemburg halkı iki dil konuşmaktadır: Almanca ve Fransızca. Azınlıklar diye bir sorunu yoktur. Eğitim dili Almanca ve Fransızcaır. (Boden: 1993, 188).

6.19 Malta

Malta'da Lüksemburg gibi küçük bir ülke ve etnik bir sorunu yoktur.

6.20 Makedonya

18.09.1991 de bağımsızlığını ilan eden Mekedonya da, diğer Balkan devletleri gibi azınlık zengini bir ülke durumundadır. Yugoslavya türevi diğer balkan devletlerinde yaşayan tüm azınlıklar buradada yaşamaktadır. Bunlar: Arnavut, Türk, Çingene, Sırp, Pomak, Karadağlı, Hırvat, Bulgar, Müslüman, Yugoslavlar'dır. Makedonlar anayasalarında azınlık kavramını kullanmamaktadırlar. Tüm Makedon vatandaşları aynı hakka sahiptir, denilmektedir. En büyük etnik azınlık olan Arnavutlar ile şimdilik herhangi bir büyük sorun, sıcak çatışma yoktur. Fakat bir tek devlet kurma hedefini seçen diğer Balkan ülkelerinde yaşayan Makedon Arnavutları'da, her an çıkacak bir çatışmanın içinde olacakları muhakkaktır. (Troebst: 1993, 423).

6.21 Moldavya

Yeni bağımsız bir ülke olan Moldavya'da, diğer tüm bağımsız Balkan ülkeleri gibi azınlıklar sorunu yaşamaktadır. Ülke nüfusunun %13 ünü oluşturan Ruslar ülkenin kuzeyinde bağımsız yaşamaktadırlar. Moldavya, güneyde yaşayan Gagavuz Türkleri ile sıcak çatışmalar yaşamaktadır. Ülke, tarihi yakınlığından dolayı Romanya'ya bağımlı politikalar gütmektedir. (Brunner: 1996, 52).

6.22 Hollanda

Hollanda'nın yerli halklarından olan Frizonlar ve Surinamesenler etnik azınlıklarlardır. Herhangi bir azınlık sorunu yoktur. (PbC 1991: 1993).

6.23 Norveç

1905 ten beri bağımsız bir ülke olan Norveç, azınlıklar sorunu almayan ülkelerden biridir. Ülkede yaşayan yerli halk olan Samenler ile herhangi bir problem yoktur. Siyasi aktivitelerin doğrudan içinde olan Samenler, kültür, dil, kimliklerini kaybetmemek için, norveçleştirme girişimlerine karşı mücadele vermektedirler. Samenler, ülkede siyasi kararlar alınmasında söz sahibi oldukları gibi aynı zamanda dil ve kültürleri resmen korunmaktadır. 1953 de kurulan „Kuzey Sami Konseyi", yarımadada yaşayan Samen'lerin bir halk grubu olduğunu, dolaysıyle yarım adada devlet sınırlarının onlar için kalkmasını ve teritoryal toprak

bütünlüğün tanınması gerktiğini istemektedir. (PbC 1991: 1993; Halender: Internet).

6.24 Avusturya

Bağımsız bir devletin tüm haklarına sahip olamayan Avusturya, bugünkü idari şekli ile 1955 yılında kurulmuştur. Sloven, Hırvat, Macar, Çek etnik azınlıkları ile herhangi bir sorunu yoktur. Avusturya 1920 yıllarından beri azınlıkları koruyan gözeten kanunlar yapmıştır. Avusturya Anayasası sadece Hırvat ve Sloven halk gruplarını azınlık olarak tanımakta ve dillerini kendi okullarında Almancanın yanında anadil olarak kullanılmasını anayasal garanti altına almıştır. Azınlık olarak kabul edilen Sloven ve Hırvatların dillerini anadil alarak kullanmaları yanında resmi dil olarakta kullanmak istemeleri haricinde, çoğunluk ile azınlıklar arasında başka bir problem yoktur. (STÖ: 1992).

6.25 Polonya

İkinci Dünya Savaşı sonucu olarak, halkların göçü Polonya'yı homojen bir ülke yapmıştır. Savaş öncesi ülke nüfusunun %30 nu etnik azınlıklar oluştururken, savaş sonrası bu sayı %3e kadar düşmüştür. Bu azınlıklar yine Slav kökenli halk gruplarıdır. (Brunner: 1996, 115). 1989 öncesi devlet politikası olarak azınlıkların varlığı temamen inkâr edilmişti. Azınlık dillerine sadece bölgesel olarak müsaade edilmektedir. (Grulich: 1995, 177).

6.26 Portekiz

12. Yüzyıldan beri bağımsız bir ülke olan Portekiz, 1976 Karanfiller Devriminden sonra demokratik bir ülke olmuştur. Ülke nüfusunun sadece %1,1i yabancı ve kendi sümürgelerinden gelen halk gruplarındandır. Ülke gerçek anlamda homojen bir yapıdadır. Portekiz halkı Fenike, Arap, Berber, Cermen ırkları karışımından meydana gelmiş ve latinleştirilmiş milletlerdendir. (PbC 1991: 1993).

6.27 Romanya

Diktatör Ceauşescu'nun devrilmesinden sonra Romanyada'da azınlıklar hakları da büyük oranda geliştirildi. (Boden: 1993, 237). 1991 Anayasasında azınlıkların temel hakları tarif edildi. Romanya etnik azınlıklar bakımından zengin bir ülkedir. Nüfus çokluğu bakımından sırası

ile Macar, Çingene ve Almanlar başta gelmektedirler. Bunları Ukrayna, Rus, Türk, Sırp, Tatar, Slovak, Bulgar, Yahudi, Hırvat, Çek, Polonyalı, Yunan, Ermeni azınlıkları takip etmektedir. Azınlık halk grupları eğitim politikalarının belirlenmesinde, okul kitaplarının hazırlanmasında, derslerin tanziminde vs. hiçbir hakka sahip değildir. Macar azınlıklar takibata uğramakta, toplumlararası çatışmalar durmamaktadır. (Boden: 1993, 240). Ne Macaristan ne de Macar azınlık Romanya'da bir sınır revizyonu istemektedir. Radikal Macar gruplar sadece ülkede daha fazla özerklik istemektedirler.

Romanya'nın Moldavya politikası, bu ülkeye tedricen yaklaşmayı ve Moldavya ile birleşmeyi öngörmektedir. Moldavya ise Romanya'ya yakınlığı bilinmekle beraber, bu ülke ile birleşme konusunda taraf bir tutum göstermemekte ve bağımsız bir ülke olarak kalmayı tercih etmektedir. (Babayi: 1990, 371).

6.28 İsveç

İsveç'te, Norveç ve Finlandiya gibi eski bir yerli halk olan Laponlar (Samen) azınlık alarak yaşamaktadırlar. Laponlar komşu ülkelerde olduğu gibi daha geniş haklar ve özerklik istemektedirler. Norveç ve Finlandiya'daki Laponlar ile sıkı ilişkiler içindedirler. İsveç Laponları da diğerleri gibi siyaset sahnesinde „Kuzey Sami Konseyi" üyesi olarak yerlerini almışlardır. Çoğunluk ile var olan problemlerini barışçıl yollarla çözmektedirler. (Statisches Jahrbuch Schweden: 1993).

6.29 İsviçre

Dört halk grubundan oluşan İsviçre Milleti bireyleri eşittir, esası 1871 de kabul edilen anayasaya göre belirlenmiştir. Olumsuz oluşumlar yoktur. Almanca konuşan halk grubu nüfusun %65 i, Fransızca %18,4, İtalyanca %9,8, Romanş dili% 0,8 dir. Okullarda nüfus yoğunluğuna göre o halk grubunun dili eğitim dili olarak kullanılmaktadır. En geç 7. sınıftan sonra ülke dillerinden biri, ikinci eğitim dili olarak alınmak mecuriyetindedir. Ülkede eğitim dili, Almanca 5, Fransızca 4, bir de Almanca-Fransızca olan on üniversite bulunmaktadır. Parlementoda her milletvekili kendi anadilini konuşmaktadır. Bu durum resmi dairelerde ve orduda da böyledir. (Veiter: 1980, 138).

6.30 Slovakya

Çekoslavakya Federasyonu'ndan barışcıl yollarla ayrılan Slovakya, yeni bir Cumhuriyet devletini 01.01.1993 yılında kurdu. Slovakya'nın en önemli azınlık grubu Macarlardır. Macar azınlık ülkenin güneyinde nüfusun çoğunluğuna sahiptir. Sayıları ülke nüfusunun %10,8 idir. Ülkede dört parti ile temsil edilen Macarlar, Romanya'da olduğu gibi iyi organize olamadılar. Buna rağmen kapalı bir halk grubu olan Macarlar, 1992 Parlemento seçimlerinde, Federal Meclise 12 milletvekili gönderdiler. Diğer yerel seçimlerde de küçümsenemeyecek başarı elde ettiler.

Diğer bir etnik azınlıkta Çingenelerdir. Çoğunlukla ülkenin doğu kesiminde yaşayan Çingeneler, nüfusun % 1,5 ini ifade etmektedirler. Gerek macar azınlık, gerekse çingeneler (roma) ile devam eden sorunlar, şimdilik çözülemeyecek gibi görünmektedir. Zira azınlıkları koruyucu yasalar henüz yaşama geçirilememektedir. (Brunner: 1996, 38, 48).

6.31 Slovenya

26.06.1991 yılında bağımsız olan Slovenya'da yaşayan az sayıdaki İtalyan ve Macar azınlıklar ile ülkenin herhangi bir sorunu bulunmamaktadır. Ülkede %2,9 Hırvat, %2,5 Sırp, %1,4 Muslüman ve %1,8de diğer etnik azınlıklar yaşamaktadır. Anayasaya göre ülkenin tüm vatandaşları aynı haklara sahiptirler. Azınlıklar konusunda AGIK nin tüm normları aynen kabul edilmiştir. (Boden: 1993, 287).

6.32 İspanya

Modern İspanya'nın doğuşu General Franco'dan sonra olmuştur. Demokratik bir anayasanın kabulünden sonra ülke, hem ekonomik ve hemde azınlıklar konusunda hızlı bir gelişme dönemine girmiştir. Bölgesel politikalar üreten İspanya, Basklar'a, Galiçyalı'lara, Katalon'lara daha fazla özerklik tanıdı. Sadece Basklar, bağımsız bir devlet için silahlı çatışmalara girişmişlerdir. Bölgesel politikaların sonucu olarak, ülke 17 özerk bölgeye ayrılmıştır. (Boden: 1993, 291). Değişik derecede özerkliklere sahip bu otonom bölgelerin, kendi bölgesel meclisleri ve hükümetleri vardır. Katolonya, Galiçya, Basklar Bölgesi ve Endülüs çok geniş özerkliğe sahiptirler. Değişik dil bölgelerinde yaşayan Kastiller (İspanyollar) diğer bölgesel dillerin yanında aynı derecede Kastilce'yi kullanma hakkına sahiptirler. Galiçyalılar ve Katalonlar'ın Kastiller'e

kültürel yakınlığı, Basklar'dan daha fazladır. Böylece bu iki bölge ile azınlıklar bazında bir çatışma olasılığı görünmezken, Basklar ile çatışmalar şiddetlenerek devam etmektedir. (PbC 1991: 1993).

6.33 Çek Cumhuriyeti

Slovakya gibi Çek Cumhuriyeti' de Çekoslavakya Federasyonundan, Slovakya'nın isteğine istinaden ayrılmıştır. Görünürde etnik problemleri olmayan Çek Cumhuriyeti'nde de bir çok azınlık grubu yaşamaktadır. Bu halk grubları Slovak, Macar, Polonyalı, Alman, Ukraynalı, Rus ve Çingene halk gruplarıdır. En büyük etnik azınlık %3 ile Slovaklar'dır. Çekoslavakya'da azınlıklar anayasanın koruması altındadır. Azınlıklar resmiyette ve eğitimde kendi dillerini kullanma kakkına sahip olmalarına rağmen, bu hak ekonomik imkânların elverdiği ölçüde gerçekleştirilebilmektedir. (Boden: 1993, 297; Brunner 1996, 38).

6.34 Türkiye

Türkiye, kurulduğu 1923 yılından ve hatta 20. Yüzyılın başından beri özellikle Yunanistan ve diğer komşuları ile azınlıklar konusunda sorunlar yaşamaktadır. Ülkede dini azınlıkların sayısı giderek azalmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre, ülke toprak ve milleti ile bölünmez bir bütündür ve dili Türkçe'dir. Ülke sınırları içinde yaşayan her insan „Türk vatandaşıdır". Türkiye sadece Lozan Antlaşmaları'nda (1924) adı geçen azınlıkları kabul etmektedir. Bu antlaşmalarda sadece Ermeni, Rum, Yahudi dini grupları azınlık olarak tanımlandılar. (Boden: 1993, 303). Bu üç grubun dışında Asurlar' da dini bir grup alarak görülmüşlerdir. Azınlıklar, sosyal ve kültürel dernekler, hastahaneler, okullar, vakıflar ve spor kulüpleri kurup işletmek haklarına sahiptirler. Kendi dillerinde eğitim almak, gazeteler yayınlamakta serbestirler. Ermeni, Yahudi azınlıklar çoğunlukla İstanbul'da yaşamakta olup onlarca okul, kilise, sinegog ve hastahaneye sahiptirler. Ermenice iki gazete yayınlanmaktadır. Rum azınlık ise yoğunlukla İstanbul, İmroz ve Bozcaada'da yaşamaktadırlar.

Asurlar, etnik bir grup olarak değil de, başka bir dinin mensupları olarak değerlendirilmektedirler.

Azınlık sorunu olarak değerlendirilmeyen Kürt sorunu dışında, Türkiye azınlıklar sorunu yaşamamaktadır. Yunanistan'nın, Türkiye Rum azınlığı asimile ettiği iddiası dışında, her hangi bir sorun da yoktur.

6.35 Ukrayna

Eski bir Sovyet Cumhuriyeti olan Ukrayna, 24.08.1991 de kuruldu. Etnik azınlıkları çok olan Ukrayna bugüne kadar, azınlıklar sorunlarına rağmen silahlı bir çatışma içine girmedi. Ukrayna, öncelikli çözümlenmesi gereken ilk sorununun, Rusya'nın siyasi ve kültürel etkisinden kurtulma olarak görmektedir. (Boden: 1993, 309; Brunner: 1996, 57). 1989 yılı itibarı ile ülkede, sırası ile %22,1 Rus, 72,7% Ukraynalı, %0,9 Yahudi, %0,9 Beyaz Rus, %0,6 Moldavyalı, %2,8 oranında da Tatar, Bulgar, Polonyalı, Macar, Romen ve Yunan etnik azınlıkları yaşamaktadır. Tatarlar'ın nüfusu 230 000'dir. Kırım'da, azınlıkta kalan Ukraynalı'lar, burada ve ülke genelinde ciddi bir kimlik sorunu yaşamaktadırlar. Zira, Ukrayna halkı, gerek çarlık döneminde gerekse SSCB döneminde Ruslar tarafından, hiçbir zaman etnik bir halk grubu olarak tanınmamışlardır. Dolaysı ile Kırım'da olsun ülkenin genelinde olsun Ukraynalılar, eski hükümran güç olan Ruslara karşı kendi öz politikalarını ve isteklerini kabul ettirmede güçlük çekmektedirler. (Brunner: 1996, 55). İşte bu vakıa, Ukrayna'nın, Rus azınlık ile hatta Rusya ile arsındaki en önemli problem olarak durmaktadır. (Taras: 1993, 202).

Ukrayna'nın hükümranlığı altında olan Kırım Yarımadası ile Tatarlar arasında üst düzeyde sorunlar yaşanmaktadır. Kırım'ın bağımsızlık istek ve mücadelelerine karşı koymak için 1995 Mart ayında Ukrayna Kırım'a saldırdı. Kırım anayasası kaldırıldı ve başkanı görevinden azledildi. Buna rağmen, Kırım'ın özerklik statüsüne dokunulmadı

Stalin, 18 Mayıs 1944'de zor kullanarak 250 000 Kırım Tatarı'nı, hayvan nakliyesinde kullanılan trenler ile Ortaasya bozkırlarına gönderdi. Bu zoraki göç, SSCB nin dağılmasına kadar 50 yıl sürdü. Kuruşçev'in, 1954 yılında Kırım Yarımada'sını, Ukrayna'ya hediye etmesinden beri, burası Ukrayna'ya aittir. (Brunner: 1996, 58).

1991'de özerk Kırım Cumhuriyeti yeniden kuruldu Doğu Avrupa ülkelerini çok iyi tanıyan, bölge ile ilgili araştırmalar yapan, Georg Brunner Kırım Tatarları'nın varlığını, kitabında çok kısa olarak geçmekte ve yarımadanın asıl yerli halkı olan Tatar nüfusu ile ilgili herhangi bir sayı vermemektedir. Hâlbuki 1988'den beri yurtlarına dönmlerine izin verilen Kırım Tatarlar'ı, Kırım Yarımadası'nda nüfus dağılımını büyük ölçüde değiştirmişlerdir. Yarımada nüfusunun üçte ikisi Rus, 10 Milyon nüfusun %10'nu Ukraynalı, 2,5 Milyon nüfusun 3000'i Alman, 7000 Yunan ve 7000 Bulgar, Tatarların sayısı şimdilik 230 000'dir. Kendi haline terk edilmiş olan Kırım, Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin verdiği bilgilere göre: 70 000 Kırımlı kimlik belgesi sahibi değildir. Bu durum onların yurt, iş vb. edinmesini engellemektedir. (Malek: 1993, 551).

Diğer azınlıklar ile, daha yumuşak siyasetler güdüldüğünden ve azınlıkların anavatanları (Polonya, Macaristan) ile ikili anlaşmalar yapıldığından, bu çerçevede büyük sorunlar yaşanmamaktadır. (Malek: 1993,551).

Rusya-Ukrayna, Ukrayna-Romanya, Ukrayna-Moldavya sınırları Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra bu ülkeler arasında, Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarının sonuçları olarak, güçler oranında ülke sınırlarının keyfi çekildiğini bilmekteyiz. Bu keyfi „Sınır Revizyonları", bugün bilhassa Sovyet Rusya ve Yugoslavya topraklarında kurulan ulusal devletlerarasında "sınır sorunları" ve sınır sorunlarının beraberinde getirdiği „ azınlıklar" sorunsalı olarak çözüm beklemektedir.

6.36 Macaristan

Doğu Avrupa ülkelerinden anayasasını 1989' da değiştiren ve demokratikleşme yolunda ilk olan Macaristan, azınlıklar konusundada örnek düzenlemeler yapmıştır. Macar halkının üç milyonu, Avusturya-Macar İmparatorluğu'nun parçalanmasından sonra, komşu ülke sınırları içinde kaldı ve azınlık statüsünde yaşamaktadır. Bunlardan 2 milyonu Romanya, 600 000 Slovakya, 400 000 Sırbistan, 200 000 de Ukrayna'da azınlık statüsündedirler. Macaristan'ın içte herhangi bir azınlık sorunu bulunmamaktadır. Macaristan'da yaşayan azınlıklar Çingene, Alman, Slovak, Hırvat, Romen, Polonyalı, Sırp, Sloven, Bulgar, Yunan, Ermeni ve Yahudiler olarak sıralanmaktadır. Sadece Çingene azınlık, 1989 dan

sonra İçişleri Bakanlığı gözetiminde azınlık statüsüne sahiptirler.(Brunner: 1996, 161, 178; Boden: 1993, 313).

6.37 Beyaz Rusya

Bağımsızlık ilanı Beyaz Rusya'nın 26.08.1991 dir. Etnik Azınlık problemi olmayan bir ülkedir. Uzun yıllar Rusya tarafından baskı altında tutulan Beyaz Rusya henüz tam olarak kendi kimliğine kavuşamamıştır. Ülkenin en büyük azınlık grubu Ruslardır. Ülkede azınlıklar dillerini öğrenme ve kültürlerini geliştirimede serbesttirler. 315 günlük gazetenin 70i azınlıkların dilinde yayınlanmaktadır. Ülkede %13,2 Rus, %4,1 Polonyalı, %2,9 Ukraynalılar en büyük azınlık gruplarını oluşturmaktadırlar. (Brunner: 1996, 58, 197).

6.38 Kıbrıs

Türkiye'nin, Rumlar tarafından çıkarılan kargaşa ve savaş benzeri durum üzerine, 1974te Kıbrıs'a *Kıbrıs Barış Harekatı* adı altında, askeri müdahalesinden sonra, ada ikiye bölünmüştür. Adanın güneyinde Türk, kuzeyinde ise Rumlar etnik azınlıklar durumuna düşmüşlerdir. Rum tarafı iki toplumun yeniden birleştirilmesini savunurken, Türk tarafı özerk iki ayrı federe devlet fikrinde ısrar etmektedir. Zira Türkiye adanın 1974 öncesi siyasi bunalımına yeniden dönülmesini, adada yaşayan Türk toplumunun haklarının yeniden ihlal edilmesini istememektedir. Böylece 1974 yıllarında beri karşılıklı ikili görüşmelerde olsun, uluslararası platfomlarda olsun, adanın, asıl itibarı ile kolayca çözümlenecek sorunlarına, kalıcı siyasi bir çözüm getirilememiştir. (Boden: 1996, 324). Adada Arap, Ermeni ve Marunî azınlıklar yaşamaktadır.

SONUÇ

Çağdaş dünya azınlıklar sorunsalını tarih sürecinde asimile, sindirme, göçe zorlama gibi tedbirlerle (örnek: Reconquista=yeniden fetih) en aza indirmiştir. Homojen toplumlar yaratmada sona yakın bir noktaya ulaşıldıktan sonra, azınlıkların da insan olduğu hatırlanmıştır. Amerikada kızılderililer, Fransa'da Bretonlar başlıca örneklerdir. Genel olarak batıda etnisite ile ilgili bir sorun yoktur kanısı hakim olsada, bu çalışmanın son bölümünün ansiklopedik verileri gösteriyorki bu sorun hala „bir sorunsal" olarak temel çözümler beklemektedir. Bu ancak, azınlığın varlığı da, çoğunluğun varlığı gibi çatışmalara neden olmadığı, siyasal ve ekonomik tartışmalara da konu olmayacak şekilde, azınlıkları himaye, ulusal sınırlarda revizyona gitmek, halkların gönüllü mübadelesi gibi tedbirlerin alınması ve daha fazlası ile belki mümkün olabilecektir. Etnik azınlık diye başlayan ve azınlıklara en üst hukuki haklar verecek, hukuki düzenlemeler dahi onların „*ayrı*" varlıklar olduğuna işaret edeceğinden, kalıcı çözümler olmayacaktır.

Gerek etnik, gerekse ulusal azınlıkların yaşadığı ülkelere baktığımızda, görülecektir ki, siyasi istikrarı sarsan önemli nedenlerden başlıcası hala azınlıklar sorunudur.

Ulus devletler, çıkarlarından insan hakları adına vazgeçmedikce azınlıklar sorununu temelli sonlandırmak olanaksız gibi görünmekle beraber, kalıcı barışçıl bir dünyanın tesisi ulusal devletlerinde hedefi olmalı ve onların ilk adımı herşeyden önce bu sorunsalı tanımak ve çözüme ulaştırmak olmalıdır.

KAYNAKÇA

GABANYİ Anelli Ute (1990). Rumäniens unvollendete Revolution (Romanya'nın Tamamlanmamış Devrimi), Europa- Archiv, Hamburg, Sayı 12, s. 371-380.

ATEŞ Süleyman (1980). Kur'an-ı Kerim ve Yüce Meali, Ankara.

BAYRAKTARLI İhsan Yılmaz (2008). Die politische Debatte um die türkische Schrift und Sprachrevolution von 1928 (1928 Dil Devrimi Üzerine Yapılan Siyasal Tartışmalar), Freiburg.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER (1970). 2625nolu Genel Kurul Kararı, 24.10.1970.

BODEN Martina (1993). Nationalitäten, Minderheiten und ethnische Konflikte in Europa (Milletler, Azınlıklar ve Avrupada Etnik Anlaşmazlıklar), München.

BRUNNER Georg (1996). Nationalitätenprobleme und Minderheitenkonflikte in Osteuropa (Doğu Avrupa'da Milliyetçilik ve Azınlıklar Sorunları), Gütersloh.

BUNDESANZEİGER (Resmi Gazete) (1995). Nr. 63, Bonn, 31.03.1955.

BUNDESPRESSEAMT (Federal Basın Dairesi) (1992). Grundlagenbericht der Bundesregierung über die Lage der Volksruppen in Österreich (Federal Hükümetin, Avusturya Halkları ile İlgili Ana Raporu), Viyana.

DER SPİEGEL (1997). 10.11.1997, Sayı 46, s. 218-220.

DİCKE Klaus (1993). UN-Dekleration zum Minderheitenschutz (BM- Azınlıkları Himaye Deklarasyonu), Europa-Archiv, Hamburg, Sayı 4, s.107-116.

EREN Hasan (1988). Türkçe Sözlük, TDK Yayınları No. 549, c.1, 2, Ankara.

EUROPA- ARCHİV (1992). İnsan Hakları Nihai Bildirgesi, Hamburg, Sayı 3, s.120.

EVANGELİSCHES STAATSLEXİKON (Protestan Devlet Sözlüğü) (1975). Stuttgart.

FİSCHER Hans (Yayımlayan) (1988). Etnologie. Einführung und Überblick (Etnolojiye Giriş ve Genel Bakış), Berlin.

FLACHBARTH Ernst (1937). System des internationalen Minderheitenrechts (Uluslararası Azınlıklar Hukuku Sistemi), Budapest.

GELLNER Ernest (1997). Nationalismus. Kultur und Macht (Milliyetçilik. Kültür ve Güç), Berlin.

GRULİCH Rudolf (1995). Nationale Minderheiten in Polen (Polonya'da Ulusal Azınlıklar), Europa Ethnica, Sayı 32, s.177-181.

HALENDER Elina (1999), Die Samen in Norwegen (Norveç'te Samenler), http://www.abisko.de/samisk.htm.

HAMBURG David (1993). Europa-Archiv, Sayı 4, s.117-122.

HARRİS Marvin (Yayımlayan) (1989). Kulturanropologie (Medeniyet Bilimi) Frankfurt/New York , s. 27.

HENDRİCH Beatrice (2003). Milla-millet-Nation. Von der Religionsgesellschaft zur Nation? Frankfurt.

HEUBERGER Veleria, (Yayımlayan) (1994), Nationen, Nationalitäten, Minderheiten, bkz. Stefan, Malfer, Etnische Gruppen in Italien, Oldenburg.

HİRSCHBERG Walter (1988). Neues Wörterbuch der Völkerkunde (Yeni Etnoloji Sözlüğü), Berlin.

HOBSBAWN Eric (1996). Nation und Nationalismus, Mytos und Realität seit 1780, München.

HOFMANN Reiner (1992). Minderheitenschutz in Europa (Azınlıkların Avrupada Himayesi), Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerreckt, Sayı 1, s.1-69.

JERSCH-WENZEL Steffi Treue, Wofgang (Yayımlayan) (1986)). Der „Mindere Status" als Historisches Problem (Tarihi Bir Problem Olarak „Alt [Azınlık] Statü", Berlin.

KIMMINICH Otto (1989). Das Recht auf die Heimat (Yurt Hakkı), Bonn.

MALEK Martin (1993). Die Krim im Russisch-Ukrainischen Spannungsfeld (Rus-Ukrayna Gergirliğinde Kırım), Osteuropa, s. 551.

OBERNDÖRFER Dieter (1993). Der Wahn der Nationlen. Die Alternative der offenen Republik (Milliyetçilerin Ütopyası. Hürriyetci Cumhuriyetin Alternatifleri), Freiburg.

POPULATİON BY CİTİZENSHİP (1993). 1991, Brüksel, 29. 06. 1993

SALEM Isam Kamel (1984). Islam und Völkerrecht (İslam ve Uluslararası Hukuk), Berlin.

STATİSCHES JAHRBUCH ÖSTERREİCH (Avusturya İstatistik Yıllığı), Viyana 1992.

STATİSCHES JAHRBUCH (1993) (İstatistik Yıllık), Schweden, Oslo.

STEFAN Malfer (1994). Etnische Gruppen in Italien (Italyada Etnik Gruplar), bkz. Heuberger, Veleria (Yayımlayan) Nationen, Nationalitäten, Minderheiten (Milletler, Milliyetler, Azınlıklar), Oldenburg.

STEİNBACH Udo (1996). Die Türkei im 20. Jahrhundert. Schwieriger Partner Europas (20. Yüzyılda Türkiye. Avrupa'nın Zor Partneri), Bergisch Gladbach.

SUGAR Peter F. (Yayımlayan) (1980). Etnic Diversty and Conflict in Eastern Europa, Santé Barbara.

TARAS Kuzio (1993). Die Ukrayna in Europa (Ukrayna Avrupa'da), Europa-Archiv, Hamburg, Sayı 7, s. 202-241.

THÜRER D (1976). Das Selbstbestimmungsrecht der Völker (Halkların Ulusal Egemenliği), Bern.

TROEBST Stefan (1993). Mekedonische Antworten auf die „ Mekodonische Frage" 1944-1992 („Mekedon Sorununa" Makedon Çözümü), Nationalismus, Republik-Gründung und Nation-Building (Milliyetcilik, Cumhuriyet -Kurmak, Millet-Türetmek), Südosteuropa, Sayı 7-8, s. 423-442.

ATATÜRK DİL KURUMU (Yayımlayan) (1988). Türkçe Sözlük, c. 1, 2, Ankara, s. 1026.

VEİTER Theodor (1980). Der interethnische Friede in der Schweiz-Ideal mit Mängeln (İsviçre'de Etnik Azınlıklar Arası Barış - Noksanları ile İdeal-), Europa Ethnica Sayı 37, s. 138-144.

WİDMER Paul (1993). Europäischen Bemühungen zur Lösung von Minderheitenfragen (Azınlıklar Sorununun Çözümünde Avrupa'nın Katkıları), Europa-Archiv, Sayı 9, s. 265-276.

http://www.kultur.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CF FAAF6AA849816B2 EF019F601AD2C14EFC

Kısaltmalar

PbC: Population by Citizenship
BM: Birleşmis Milletler
SJÖ: Statisches Jahrbuch Östereich
YFC: Yugoslavya Federal Cumhuriyeti

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK VE ORİJİNALLİK*

Yrd.Doç.Dr. Zeki GEVEN**

ÖZET:

Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterleri, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyette bulunsalar da, bir fikrî mülkiyet hakkının tesisi, korunması ve hükümsüzlüğünde, farklı işlevleri yerine getiren ve fikrî ürünün farklı özelliklerine işaret eden kriterlerdir. Fikrî mülkiyet hukukundaki kavram, kabul ve uygulamaların, hakların amaçlarına uygun olarak, bu amaçlar ve gerektirdiği özellikler odak noktası alınarak yeniden düzenlenmesi; bu kavram, kabul ve uygulamaların, hakların varoluş amacına uygun şekilde, tüm haklar için kullanılmaları gerekmektedir. Tüm türlerde, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin aynı anlam ve düzeyde aranması ve bu uygulamada bir terminoloji birlikteliğinin oluşturulması gerekmektedir. Kriterlerin aranabilmesi için bir gereklilik olması karşısında, korunması istenilen eserler, tescilsiz tasarımlar gibi fikrî ürünler için de, tescil zorunluluğu düzenlemelerde yer almalıdır.

Anahtar Kelimeler: Fikrî, Mülkiyet, Hukuk, Yenilik, Orijinallik

---

* Bu makale, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından kabul edilen " Fikri Mülkiyet Hukukunda Yenilik ve Orijinallik " adlı doktora tezimizin bir özetidir.

** Gazi Üniversitesi Tapu ve Kadastro Yüksekokulu, zgeven@gazi.edu.tr

NOVELTY AND ORIGINALITY IN TERMS OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

ABSTRACT

Even the criterion indicating novelty, originality, and development are often mixed with one another, to establish an intellectual property, to preserve it, and when it is invalid, they are the criterion that provides the different functions and points the different characteristics of the intellectual product. It requires to rearrange the concept in the intellectual property, approval and applications, the rights according to their objectives focusing on these objectives and when it is necessary features; and it requires to use these concepts, approval, and applications in accordance with the existing aim of the rights for all the rights. In all the types, it requires to consider the characteristics indicating novelty, originality, and development at the same meaning and level, and to constitute a togetherness of terminology. In order to be ask for the criterion, when a necessity exists, the obligation of registration should exist in the regulations for the works demanded to get preserved, and also for the intellectual products like the nonregistered designs.

Key Words : Intellectual, Property, Law, Novelty, Originality.

GİRİŞ

Fikrî mülkiyet haklarının amacı, fikrî ürünler meydana getirip, bunları toplumla paylaşmayı teşvik ederek toplumun, ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik gelişmesini sağlamaktır[1]. Amaca götüren yol olarak da fikrî ürün sahibine, ciddi maddi ve manevi kazanımlar sağlayan mutlak ve inhisarî nitelikteki bir hakkın, belli bir süre için tanınması

1 Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; PatKHK. m. 1; EndTasKHK. m. 1; EntDevK. m. 1; YBitK. m. 1; ABD Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; *Kınacıoğlu, N*: " Türkiye'de Fikrî Hakların Gelişimi ve Nazari Esasları ", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 548; *Colston C. / Middleton, K.*:Modern Intellectual Property Law, 2. b., London, 2005, s. 1; *Tritton, G*:Intellectual Property in Europe, London, 1996, s. 1; *Suluk, C. / Nal, T. (Karahan, S. / Saraç, T.*), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2007, s. 8; Karş. *Intellectual Property Handbook*, 2. B., WIPO Publication No: 489, Geneva, 2004 (*IPH*), s. 3; *Tekinalp, Ü.*: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4.b., İstanbul, 2006, s. 31 vd.

benimsenmiştir. Hakların, toplumun menfaati için ortaya konulmuş bu amacı, toplumun gelişmeleri - belli bir süreden sonra olsa dahi - serbest kullanımının sağlanmasını ve korumayı hak etmeyen fikrî ürünlere koruma tanınmamasını gerektirmektedir.

Bu haklar, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine şarta bağladığı ve sınırladığından; korumanın, ancak hakların amacına uygun, toplumun gelişmesini sağlayan, bilgi havuzunu zenginleştiren, bu korumayı hak eden fikrî ürünlere tanınması gerekir[2].

Bir fikrî ürünün, korumayı hak edip etmemesi de ancak, hakkın amacına uygun niteliklere sahip olmasıyla belirlenebilecektir. Bu temel nitelikler, hak konusunun bir fikrî ürün olması, bu ürünün toplumu geliştirmesi ve sağlanan hakkın teşvik edici olması şeklinde ortaya çıkmakta ve tespitte orijinallik, yenilik, gelişme gösterme kriterleri kullanılmaktadır.

Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterleri, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyette bulunsalar da, bir fikrî mülkiyet hakkının tesisi, korunması ve hükümsüzlüğünde, farklı işlevleri yerine getiren ve fikrî ürünün farklı özelliklerine işaret eden kriterlerdir. Günümüzde bazı hak türleri açısından bu kriterlerden bazılarının açıkça zikredilmemiş olması, aynı kaynaktan doğan, sebep sonuç ilişkisi bağlamında ayniyet taşıyan, koruduklari yön dışında farklılığı olmayan fikrî mülkiyet hakkı türlerinin, yenilik ve orijinallik yönünden farklı esaslara tabi tutulmalarını gerektirmemektedir.

§1. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI VE AMAÇLARI

A . GENEL OLARAK

Fikrî mülkiyet hakları, - tarım da dâhil olmak üzere - sanayi, ticaret, hizmet, bilim alanları ile edebiyat ve diğer sanat alanlarında, zihinsel faaliyetlerin sonucunda üretilen, toplumu gelistirme vasfına sahip fikir ürünlerini koruyan yasal haklardır.

2 Aynı yönde *Hirş, E. E.* :Hukuki Bakımdan Fikrî Say, C. II, İstanbul, 1943 (Fikri Say II), s. 12.

Herhangi bir kavramın tarif ve tanınmasındaki hedef, bu kavramın tahsis edildiği amacı gerçekleştirmesidir. Bunun bir gereği olarak, herhangi bir subjektif (nisbi) kavram, bununla ifade edilmek istenen konuya ve amaca göre yorumlanmalıdır[3]. Fikrî mülkiyeti koruyan hakların ve bunlara ilişkin kavramların da, tahsis edildikleri amaç dikkate alınarak yorumlanması gerekir. Fikrî mülkiyeti koruyan hakların tanınması ve bu haklara ilişkin düzenlemeler yapılmasının iki ana nedeni bulunmaktadır. Birinci neden, - toplumun kullanımına açılacağından - bu fikir ürünlerini meydana getiren kişilere, fikrî ürünleri üzerinde yasal haklar tanıyarak, onların emeklerini ödüllendirmek, bu kişileri korumak ve yeni fikrî ürünler meydana getirmeleri için teşvik etmektir. Bu insanlar toplumun çekici gücü, lokomotifi, uygarlığın yapıcıları olduğundan toplumun gelişimi için desteklenmeleri gerekir. İkinci neden ise, fikrî ürünler meydana getirip, bunları toplumla paylaşmayı teşvik edici bir politika oluşturarak, bunun sonucunda toplumun, ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik gelişmesini sağlamaktır[4]. Bu amaçlar dikkatlice irdelendiğinde, ilk bakışta fikrî ürün sahibinin bireysel menfaatini koruma şeklinde beliren birinci amacın da, aslında toplumsal nitelikteki ikinci amaca hizmet etmekte olduğu görülmektedir. Fikrî ürün sahibinin korunması amacıyla, tekel niteliğindeki hak şeklinde tanınan teşvikin de, bu kişinin herhangi bir fikrî çabasının değil, bu fikrî çabanın topluma gelişme kazandırma niteliğinin karşılığı olduğu açıktır[5]. Yani fikrî mülkiyet haklarının varoluşunun odağında toplumun geliştirilmesi yer almaktadır[6].

Her ne kadar, toplum için meydana getirilen bir şeyin, toplumdan alıkonulması bir tezat teşkil etse de, bu alıkoyma belli bir süre ile

3 *Hirş, E. E.*: Hukuki Bakımdan Fikrî Say, C. I, İstanbul, 1942 (Fikri Say I), s. 15.

4 Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; PatKHK. m. 1; EndTasKHK. m. 1; EntDevK. m. 1; YBitK. m. 1; ABD Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; *Kınacıoğlu*, s. 548; *Colston / Middleton*, s. 1, 151; *Tritton*, s. 1; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç*), s. 8; Karş. *IPH*, s. 3; *Tekinalp*, s. 31 vd.

5 Aynı yönde *Hirş, E. E.*: Fikrî ve Sınai Haklar, İstanbul, 1948 (Sınai), s. 81; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç*), s. 31; *Colston / Middleton*, s. 1; *Tritton*, s. 1.

6 Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Ayhan, R./ Özdamar, M. / Çağlar, H.* : Ticari İşletme Hukuku, 3. b., Ankara, 2010, s. 136; *Tekinalp*, s. 31 vd. ; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç*), s. 8; *Colston / Middleton*, s. 1; *Tritton*, s. 1.

sınırlandırılmış, bu sürenin bitmesiyle toplumun fikrî ürünü serbestçe kullanımı sağlanmıştır[7]. Bu tezadın etkilerini hafifletmeye yönelik bir esas olarak, fikrî ürünün korunmasını talep, fikrî ürün sahibinin ihtiyarına bırakıldığı için, hakkın bu koruma süresi olmadan serbest kullanımının başlaması da engellenmiş değildir. Fikrî mülkiyet korumasını talep için, fikrî ürün sahibine belli bir süre tanınması; bu süre zarfında talepte bulunulmayan fikrî ürünlerin yenilik vb. niteliklerinin ortadan kalktığı kabul edilerek korunmaması da, " fikrî ürün sahibinin menfaati ile toplumun menfaati dengesinin sağlanması[8] ", böylelikle toplumsal amacın zedelenmemesi düşüncesinin bir ürünüdür. Aksine bir kabul durumunda, fikrî ürün sahibine, fikrî ürününden belli bir süre yararlandıktan sonra başvuru yaparak, koruma süresini başlatma ve bir de bu süreden yararlanma imkânı verilmiş olacağından, toplum, daha uzun süre serbest kullanabilme hakkından mahrum kalacak ve günümüz dengesi fikrî ürün sahibi lehine bozulmuş olacaktır[9]. Hakların amaç ve temel esaslarını ortaya koyan Trips Anlaşması'nın 7. maddesi de, bir üçlü sac ayağı denklemle, toplumu geliştirici bir fikre karşılık, teşvik edici koruma sağlanması ve bunun dengeli olmasını düzenlemektedir.

B. AMACA UYGUNLUK İNCELEMESİNİN GEREKLİLİĞİ

Bu haklar, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine sınırladığı için korumanın, ancak hakların amacına uygun, yani toplumun gelişmesini sağlayan, toplumun bilgi havuzunu zenginleştiren, yeni fikirlere de zemin teşkil eden, kısaca bu korumayı hak eden fikrî ürünlere tanınması[10], toplum ile hak sahibinin menfaati dengesinin gözetilmesi; hak etmeyen fikrî ürünlere koruma sağlanarak, toplumun serbest kullanabileceği fikrî ürünlerden, bir karşılıkla faydalanmak

7 Aynı yönde *Ayhan / Özdamar / Çağlar,* s. 136; *Tekinalp,* s. 577; *Bainbridge, D. I.* Intellectual Property, 6. b., Harlow, 2007, s. 347; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç*), s. 4.

8 Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7.

9 Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 124, *Ayiter, N.* : İhtira Hukuku, Ankara, 1968 (İhtira), s. 22 vd.; *Phillips, J. / Firth, A.* :Introduction to Intellectual Property Law, 4. b., London, 2001, s. 45; *Francis, W. H. / Collins, R. C.* : Cases and Materials on Patent Law, 5. b., MN, 2002, s. 183.

10 Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Suluk / Nal (Karahan / Saraç*), s. 31; *Colston / Middleton,* s. 2.

zorunda bırakılmasının önlenmesi gerekir[11]. Aksi takdirde, toplum haksız surette bir kayba uğratılırken, görünüşte fikrî ürün sahibine, hakkı olmayan bir menfaat sağlanmış olur ki, bu hakkaniyet gibi hukukun temel bir ilkesiyle de bağdaşmaz. Bu nedenle, bilinen fikrî ürünlerden herhangi bir farklılığı ile kaynağını sahibinden alan bir gelişme sağlama niteliği bulunmaksızın, salt istifade ve istiane suretiyle gerçekleştirilen fikrî ürünler böyle bir korumayı hak etmezler[12]. Bu ürünlere koruma sağlanması, asli amaca açıkça aykırıyken, istifade ve istianede kullanılan önceki gerçek hak (fikrî ürün) sahibinin, haklarından yeterince faydalanmasını ve teşvikini de engellemekte, manevi yönden olumsuz etkilemekte ve tali amaca da aykırı olmakta, bu amacın da görünüşte gerçekleştirilmesi sonucunu doğurmaktadır[13].

Şüphesiz ki, her insan, tüm insanların eşit olmasının zorunlu bir gereği olarak, bir fikrî ürün meydana getirme ve korunma hakkına sahiptir. Ancak bu, hak etmese bile, her çabanın / emeğin, bir fikrî ürün olarak kabulünün veya herkese bir fikrî mülkiyet hakkı ve tekel niteliğindeki bir korumanın bahşedilmesinin zorunlu olduğu şeklinde de yorumlanamaz[14].Fırsat eşitliği sağlanması ile bu fırsatı değerlendiremeyen kişilere hak bahşedilmesi çok farklı olgulardır. Öncelikle, koruma talep edilen ürünün, bir fikrî ürün olup olmadığının, fikrî ürün ise, hak tanınmasını gerektiren niteliklere sahip olup olmadığının tespit edilmesi

11 Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7; *Ayiter*, İhtira, s. 22 vd.

12 Aynı yönde *Hirş*, Sınai, s. 80.

13 Aynı yönde *Suluk / Nal (Karahan / Saraç*), s. 31; Tasarımlardaki benzer mevcut yaklaşımın yaratıcı tasarımlara engel olduğu görüşü için bkz. *Franzosi, L.* : European Design Protection: Commentary to Directive and Regulation Proposals,The Hague, Kluwer, 1996, s. 67 (*Bently, L. / Sherman, B.* : Intellectual Property Law, 2. b. New York, 2004, s. 624 dn. 6'dan naklen); Etkin bir koruma olmayışının olumsuz sonuçları için bkz. *Erstling, J. A.* : " The Semiconductor Chip Protection Act and Its Impact on the International Protection of Chip Designs ", Rutgers Computer & Tech. L. J. 303 (1989), s. 306 (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle= hein.journals/rutcomt15&collection=journals &id= 309&print=48&sectioncount=1&ext=.pdf)(21. 04. 2010).

14 Aynı yönde *Nal / Suluk (Karahan / Saraç*), s. 34.

ve bu vasıfları taşımayan ürünlerin koruma kapsamına alınmaması[15]; vasıfları taşıyan ürünlerin de ait oldukları türün gerektirdiği amaca uygun diğer vasıflara sahip olmamaları halinde, bu korumadan yararlandırılmaması gerekir. Bu tarzdaki ürünler oluşturulurken harcanan zaman ve emek, niteliklerine uygun başka bir şekilde, örneğin, kişilik hakkı, haksız rekabet, ortakçılık, yarıcılık[16] vb. şeklinde, hukukun diğer mekanizmalarıyla korunması yoluna gidilmelidir.

Bu korumanın sağlandığı fikrî ürünün, bu korumayı hak edecek niteliklere sahip olması, tavizsiz şekilde aranacak, kesin bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir fikrî üründe, bu niteliklerin aranmasında ne kadar titiz davranılır yani koruma şartları ne kadar yerinde ve ağır olursa, bu şartları sağlayan bir fikrî ürünün, farklı ve gelişme sağlayan özellikleri o derecede net olarak ortaya çıkar[17]. Başta, kendini hak sahibi gibi gösterme veya fikri ürüne sadık kalmama fiilleri olmak üzere, bu özellikleri, hukuka aykırı şekilde kullanan kişilerin bu fiilleri de aynı derecede net şekilde ortaya çıkacağı ve bu kişiler ciddi yaptırımlarla karşılaşacağından, bu fiilleri ika etmek yerine, yeni fikrî ürün geliştirmek zorunda kalacaklardır. Bu ise, toplumun gelişmesini sağladığı ve aynı zamanda fikrî ürün sahiplerini teşvik ettiği için, hakların varoluş nedeni / amacı da gerçekleşmiş olacaktır. Aksi takdirde, diğer kişiler, küçük değişikliklerle, kendi fikrî mülkiyet haklarına ve korumaya sahip olacak; herhangi bir yaptırımla da karşılaşmayacaklarından, yeni fikrî ürün

15 Aynı yönde *Şenocak, K. / Hanedan, R. C.* : " Telefon Zil Seslerinin Fikrî ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, İzmir, 2005, s. 285 (Müellifler, " eserlerde mevcut koruma şartlarına ek olarak ' Fikrî muhtevaya sahip olma ' şartının da aranması gerektiği " görüşündedirler.); *Colston / Middleton,* s. 2.

16 Ortakçılık ve yarıcılık, bir kişinin sahip bulunduğu haklarını, bir 3. kişinin kendi çaba ve politikalarına göre değerlendirmesi ve bunun karşılığı olarak elde ettiği kazancın bir kısmını kendisine vermesi karşılığında, bu kişinin kullanımına bırakması olarak açıklanabilir. (Ortakçılık ve yarıcılık ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. *Edis, S.* : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. b. Ankara, 1989, s. 103).

17 Aynı yönde *Bently / Sherman,* s. 624; *Arkan, S.* : Marka Hukuku, C. I, Ankara, 1997(C. I), s. 100; *Arseven, H.* : Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s. 145; *Cengiz, D.* : Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995, s. 23; *Suluk, C.* : Tasarım Hukuku, Ankara, 2003, s. 263, 315 dn. 142 ve 143.

geliştirmek zorunda kalmayacaklardır. Bunun ilk sonucu, gerçek fikrî ürün sahiplerinin, emeğinin karşılığını alamaması ve kendilerini kullanılmış hissetmeleri sonucunda çabalarından vazgeçmeleri, hakların amacını gerçekleştirecek kişilerin yok edilmeleri olacaktır. İkinci sonuç ise, toplumun gelişme düzey ve hızının da buna bağlı olarak çok düşük olacağıdır ki, bunun hakların amacına temelden aykırılığı da ortadadır.

Fikrî mülkiyet haklarının tanınmasındaki amaçlar dikkate alındığında, hak tanınacak bir fikrî üründe aranan en önemli özellik olarak, toplumsal yönden kültürel, ekonomik, sosyal veya teknolojik gelişmeyi yahut başka bir ifadeyle topluma önceden var olmayan bir faydayı sağlayıcı olma niteliği karşımıza çıkmaktadır[18]. Herhangi bir subjektif kavramın, tarif ve tanınmasını sağlayan amaca göre yorumlanmasının gereği olarak, - hakkın oluşması ve sona ermesi safhalarındaki önemleri de dikkate alındığında - yenilik, orijinallik, ayırtedicilik, buluş basamağını aşma, farklılık, yeknesaklık vb. gibi nisbi kavramların, toplumu geliştirme, topluma fayda sağlama amacına uygun olarak yorumlanması zorunluluğu doğmaktadır. Elbette ki, bu kavramların neyi ifade ettikleri, amacın gerçekleşmesinde işlevlerinin ne olduğu gibi hususlar dikkate alınarak bir yorumlama yapılacaktır. Bu hususlar dikkate alındığında, tüm bu nisbi kavramların yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme nitelikleri başlıklarından birinin kapsamında bulunduğu; bu üç niteliğin de hakların varoluş sebebinin gereği olduğu, bir ürünün bu sebebe uygun olup olmadığını tespitte değişik işlevler yerine getirdiği görülmektedir.

Her ne kadar, yenilik veya orijinallik niteliği, duruma göre bu türler açısından aranan ve öncelikle zikredilen nitelik olsa[19] veya bazı türlerde

18 Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 6, 7, 12 ve 116. (Müellif, bu amacı " cemiyetin fikir ve kültür servetini çoğaltma" şeklinde ifade etmekte, buluşlar yönünden ise, tekniği zenginleştirme olarak özelleştirmektedir.); *Ayiter*, İhtira, s. 31 ve 51 (Müellif, bunu " ihtiraın vasfı, teknik ilerlemedir " şeklinde ifade etmektedir.); *Colston* / *Middleton*, s. 1; *Tritton*, s. 1.

19 Karş. *Blum / Pedrazzini*, Das schweizerische Patentrecht, Bd. 1, s. 74 - 75 (*Ortan, A. N.* : İşçi Buluşları Hukuku, İzmir, 1987 (İşçi), s. 43'ten naklen) ; *Ortan, A. N. :* Avrupa Patent Sistemi, C. I, Ankara, 1991 (C. I), s. 91 (Müellife göre, " patent hukukunda,

salt orijinallik, ayırtedicilik şartı aranıyor görünse ve mevcut kabullerden kaynaklanan bazı uygulama hataları olsa da, tüm türlerde, gelişme gösterme şartı, açıkça veya zımnen aranmakta ve karşılanması beklenmektedir. Aranan şart, bu şartın aranma nedeni, fonksiyonu vb. yönlerden dikkatlice incelendiğinde; bazen tekniğin bilinen seviyesinin aşılması[20], bazen orijinallik[21], bazen ayırt edicilik[22], bazen de farklılık[23] şeklinde ifade edilen şartların gelişme gösterme şartının değişik tezahürleri olduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim *Bently / Sherman*, patent hukuku açısından " *buluş basamağında farklılığın nitelikli olmasının arandığı; farklılığın, nitelik itibariyle, tekel hakkı tanınmasını hak edecek düzeyde tekniğe katkı sağlaması gerektiğini* " belirtirken[24]; *Musker* de, tasarım hukukunda aynı işlevi ayırt ediciliğin yerine getirdiğini belirtmekte, " *tasarımda, ayırt edicilik testi nitelik yönündendir* " demektedir[25]. Bir fikrî ürün, yenilik veya orijinallik gibi değişik şekillerde ifade edilen şartları karşılasa bile, aranan bu gelişme gösterme şartını karşılamaması halinde hakkı ve korumayı elde edememektedir[26].

buluş faaliyetinin olup olmadığının araştırılması, ön şart olarak yenilik niteliğinin varlığı halinde söz konusu olacaktır ".).

20 *Bently / Sherman*, s. 443; *Cornish, W. / Llewelyn, D.* : Intellectual Property, 5nd Edition, London, 2003, s. 176; *IPH*, s. 20; *Öztürk, Ö.* : Patent Verilebilirlik Şartları, Ankara, 2008, s. 149.

21 *Hirş*, Fikrî Say II, s. 54; *Bently / Sherman*, s. 89 dn. 16; *Erel, Ş. N.* : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. b., Ankara, 2009, s. 32.

22 *Musker, D.* : Community Design Law Principle and Practice, London, 2002, s. 28.

23 *Bouchoux, D. E.* : Intellectual Property for Paralegals, 2. b., New York, 2005, s. 310.

24 *Bently / Sherman*, s. 443; Aynı yönde *Cornish / Llewelyn*, s. 176; *IPH*, s. 20; *Öztürk*, s. 149.

25 *Musker*, s. 28.

26 Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp., 36 F. Supp. 2d. 191, 197 (S. D.N.Y. 1999) (*Wojcik, M. C.* : " The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain ", Hastings Comm. & Ent. L. J. 257 (2007 - 2008), (257 - 286) , s. 260'dan naklen http://heinonline.org/HOL/PDF? handle= hein. journals/hascom30&collection=journals&id=275&print=30&sectioncount=1&ext=.pdf) (20.12.2009).

§2.FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL NİTELİKLERİNİN KORUMA TALEP EDİLEN FİKRÎ ÜRÜNDE BULUNUP BULUNMADIĞINI TESPİTTE KULLANILAN KRİTERLER

Fikrî mülkiyet haklarının fikrî ürün olma, ürünün toplumu geliştirmesi ve sağlanan hakkın teşvik edici olması şeklindeki üç temel niteliği dikkatle incelendiğinde, hepsinin hakların varoluş sebebini gerçekleştirmek için elzem olduğu; bunların kapsamındaki özelliklerin bir kısmının hak ihdası için mutlaka aranması gerektiği görülmektedir. Fikrî mülkiyet hukukunda, hakkın tesisi safhasında, bu özelliklerin, koruma talep edilen fikrî üründe var olup olmadığını ortaya koyan bazı kriter veya kavramlar da oluşmuştur. Fikrî ürünün toplumu geliştirme niteliği " gelişme gösterme (buluş basamağının aşılması, ayırt edicilik, farklılık vb.) " ; fikrî ürünün, yenilik ve sınırlı süreli koruma nitelikleri " yenilik "; hakkın teşvik ediciliği ise " orijinallik " kriterleri karşılanarak ortaya konulabilmektedir. Bu kriterler, temel niteliklerin varlığını tespitte farklı işlevleri yerine getirmektedirler.

A. KRİTERLER VE İŞLEVLERİ

I. Gelişme gösterme

Gelişme gösterme şartı "bir fikrî üründeki farklılığın, fikrî ürünün toplumun bilgi havuzuna - tekel hakkı tanınmasını hakkaniyete uygun gösterecek düzeyde - bir katkı sağlayıp sağlamadığını" tespite yöneliktir[27]. Bu şekilde, fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacı olan " toplumun geliştirilmesi, toplumun bilgi havuzuna bir katkı sağlanması " özelliğinin var olup olmadığını tespit işlevini yerine getirmektedir.

II. Yenilik

Yenilik kriteri, günümüz dengesinde, hakların asli ve tali amaçlarına uygunluğu tespitte iki farklı işlevi yerine getirmektedir. Asli amaca yönelik olan en önemli işlevi, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme[28] işlevidir. Haklarının varoluş sebebi olan toplumu geliştirme, toplumun bu fikrî ürünü mümkün olduğunca uzun süre

27 Aynı yönde *Öztürk*, s. 149.

28 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 443; *Bouchoux*, s. 311.

serbestçe kullanabilmesini gerektirir. Buna karşılık, toplumun, meydana getiren kişiye hakkaniyete uygun bir karşılığı vermeden, bu fikrî ürünü varoluşundan itibaren serbestçe kullanımının sağlanması da, fikrî ürün sahiplerinin toplumu geliştirici fikir üretme düşüncesini zayıflatacak veya ortadan kaldıracaktır. Her iki durumda toplumun, geliştirici fikirlerden mahrum kalması sonucunu doğuracağından, fikrî ürün sahibini teşvik etmeye yetecek ancak toplumun serbest kullanım hakkına azami süre sahip olacağı bir denge noktasının bulunmasını zorunluluğu[29], günümüz dengesinde sınırlı süreli bir korumayla sağlanmaya çalışılmaktadır. Yenilik kriteri, bu denge anlayışında, sınırlı koruma süresinin başlangıcını kesin sınırlarla belirleyerek toplum aleyhine uzamasını engellemektedir. Sınırlı süre belli olduğundan dolayısıyla korumanın biteceği tarihi de belirlemektedir.

Kriterin, tali amaç olan teşvik amacı yönünden işlevi ise, bir fikrî ürünün öncekilerden nitelikli şekilde farklı olup olmadığını tespit ederek çifte hak sahipliğinin oluşmasını engellemektir[30]. Bu engelleme, hakkın mutlak ve inhisarî niteliğine kavuşmasını sağlamakta, 3. kişilerin basit farklılıklarla hak sahibi olup, önceki fikrî ürün sahiplerinin haklarının mutlak ve inhisarî niteliğini zedelemelerini önlemektedir. Aynı zamanda, daha önce korunmuş bir fikrî ürünün basit farklılıklar taşıyan haline hak tanınarak, toplumun yeniden bedel ödemesinin önüne geçilmektedir.

III. Orijinallik

Orijinallik kriteri "bir fikrî üründeki farklılığın herkesçe yapılamayacak, sahibine has özelliklerin sonucunda gerçekleşmiş olup olmadığını, fikrî ürün sahibinin fikrî ürünün oluşması için gereken fikrî yeteneklerini kullanıp kullanmadığını yani fikrî ürün sahibinin fikrî ürünün oluşmasına fikrî katkısı olup olmadığını[31]" tespite yöneliktir. Bu nedenle, "teşvik edilecek gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis "işlevini yerine getirmekte, başlı başına, hak tanınmasının tali amacıyla ve hakların teşvik niteliğiyle örtüşmektedir. Toplumu geliştiren fikirler ortaya

29 Aynı yönde Trips Anlaşması m. 7.

30 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 443; *Bouchoux*, s. 311.

31 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 88.

koyabilen, toplumun çekici gücü durumundaki“ gerçek fikir üreticilerinin” korunması, hak tanınmasının asli amacının gerçekleşmesinde de büyük önem taşımaktadır.

B. KRİTERLERİN UYGULANMASI

Aşağıda ilgili bölümlerde ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, fikrî mülkiyet haklarının temel nitelikleri, tüm türler yönünden geçerli bulunmakta ve hak taleplerinde bu niteliklere ilişkin inceleme ihtiyacı karşılanmaya çalışılmaktadır. Buna karşılık, bazı türlerde, bu nitelikleri inceleyen kriterler açıkça zikredilmemekte; bazı türlerde, kriterler farklı kavramlarla ifade edilmekte; bazı türlerde de bu kriterler aynı seviyede ve amaca uygun düzeyde dikkate alınmamaktadır.

I. Kavram Bağlamında Kriterlerin Uygulanması

Mevzuat, içtihat ve doktrin incelendiğinde, yenilik, orijinallik, gelişme gösterme kriterlerinin, tüm fikrî ürünlerde, açıkça, ayrı ayrı arandığına rastlanılamamaktadır. Bu, öncelikle toplumların kavramlara verdiği anlamların ve bu anlamın kapsamının farklılığından kaynaklanmaktadır[32]. Yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin aradığı özellikler, çoğu zaman birbirleriyle kaynaşmış vaziyettedir. Bunun nedeni aralarındaki ayrımların çok hassas olmasıdır. Bu benzerlik ve kaynaşmaları nedeniyle, ülkelerdeki kültür durumuna göre tek kelimeyle ifade edildikleri veya bir kelimenin diğerini de kapsar şekilde birbirlerinin yerine kullanıldıkları da görülmektedir[33]. Kavramlar arasındaki bu ince farklılıklar, toplumların, kültürlerindeki kavram kapsamına göre ortadan kalkabilmekte, bu nedenle kaynaşma ve bir kelime veya ifade ile birçoğunu kapsama söz konusu olmaktadır. Örneğin, İngilizce dilinde, yenilik anlamındaki “ novelty ” kelimesinin anlamlarından biri, “ orijinal olma durumu[34] ”; iktisat terimleri sözlüğündeki karşılığı ise, “ varolan bilgi birikiminden yola çıkılarak daha gelişmiş, daha kaliteli, daha işlevsel yeni ürünler geliştirilmesi[35]” yani gelişme göstermedir.

---

32 Aynı yönde *Arslanlı, H.* : Fikrî Hukuk Dersleri II, İstanbul, 1954, s. 5.

33 Örneğin, Trips Anlaşması m. 25 hükmü.

34 Redhouse sözlüğü.

35 http://tdkterim.gov.tr.

Yine aynı şekilde, bir kritere yönelik incelemenin, farklı kavramlarla ifade edildiğine de rastlanılmaktadır. Bunun nedeni ise - hak türlerinin kendilerine has özelliklerinin daha anlaşılabilir olmasını sağlamak gibi bir iyiniyetten kaynaklanan - kavram karmaşasından başka bir şey değildir. Bu yöndeki en somut örnekler, ayırtedicilik (marka, tasarım haklarında olduğu gibi), buluş basamağı (patent hakkında olduğu gibi) ve farklılık (ıslahçı hakkında olduğu gibi) kavramlarıdır. Oysa bu kavramların hepsi, incelemede kullanıldığı hak türünde, fikrî ürünün gelişim gösterme niteliğine sahip olup olmadığının tespiti işlevinde, aynı inceleme yaklaşımı ve beklentiyle dikkate alınan kriterler olup, fikrî ürünün, ait olduğu alanda bir gelişme göstermesi gerektiğini ifade etmektedirler[36]. Bu kriter uygulandığında, başarıya ulaşan bir fikrî ürün - gelişme gösterme şartını karşıladığından - korumayı hak etmektedir. Örneğin, patent hakkı, teknik yöne ilişkin bir fikrî ürün olduğundan, buluşa, buluş basamağı; tasarıma ise görsel yöne ilişkin bir fikrî ürün olduğundan, ayırt edicilik kriteri uygulanmakta, başarılı olması yani belirtilen eşiği aşmış bulunması halinde, gelişme gösterme koşulu sağlandığından hak ve koruma tesis edilmektedir. Aynı duruma doktrinde de rastlanılmaktadır[37].

Bunların yanı sıra, bir kriterin, kendisiyle ilişkili başka bir kavramın kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, patent haklarında, orijinallik, " buluşun gerçek sahibi " olma şeklinde zımnen aranılmakta, hatta, ABD' de orijinalliğin " buluşun gerçek sahibi " olmayı ifade ettiği açıkça belirtilmekte (ABDPATK. m. 102 / f)[38]; buna

36 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 443; *Cornish / Llewelyn*, s. 176; *Musker*, s. 28; *IPH*, s. 20; *Öztürk*, s. 149.

37 Örneğin, *Hirş*'in " *Nasıl ki teknik bir meselenin her hal sureti için değil de ancak yeni bir sureti hal yani muayyen bir ihtira seviyesi ve teknik bir terakki ile temayüz eden hal şekli için bir berat verilebilirse, fikrî mahsullere eser mahiyetini izafe edebilmek için de munzam bir unsura ihtiyaç vardır: Herkes tarafından vücuda getirilemeyen yani bir hususiyeti haiz bulunan mahsuller himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir*" ifadesinde görmekteyiz. İfadenin, patente ilişkin ilk bölümünde, yenilik ve gelişme gösterme şartları tek bir şart haline gelmişken, eserle ilgili kısımda bu şartın eserler yönünden orijinallik şartı haline geldiği görülmektedir. *Hirş*, Sınai, s. 80.

38 Aynı yönde *Bouchoux*, s. 304; *Schechter, R. E. / Thomas, J. R.* : Intellectual Property The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, MN, 2003, s. 363; *Francis / Collins*, s. 194

karşılık orijinallik, patent mevzuatı ve doktrinde bir kriter olarak açıkça zikredilmemektedir.

Kavram boyutundaki tüm bu yaklaşımlar nedeniyle, mevzuat ve uygulamalarda; bazen orijinallik ve yeniliğin birbirinin ikamesi olarak ancak zımnen diğerini de içerir şekilde kullanıldıkları[39]; bazen orijinallik özelliğinin gelişme gösterme özelliği kapsamında zımnen değerlendirildiği (patent, marka, tasarım, ıslahçı haklarında olduğu gibi); yenilik özelliğinin bazen orijinallik (eser hakkında olduğu gibi)[40], bazen gelişme gösterme özelliği kapsamında zımnen değerlendirildiği (marka hakkında olduğu gibi); bazen hem orijinallik hem de yenilik özelliğinin gelişme gösterme özelliği kapsamında zımnen değerlendirildiği (marka hakkında olduğu gibi); bazen yenilik ve gelişme gösterme özelliklerinin orijinallik kapsamında zımnen değerlendirildiği (eser hakkında olduğu gibi)[41]; bazen de bu özelliklerin hiçbirinin şart olarak belirtilmemesine rağmen değerlendirildiği (coğrafi işaret hakkında olduğu gibi) görülmektedir. Bazı temel niteliklerin bir koruma şartı olarak belirtilmemesi ve bu şarta yönelik bir incelemenin öngörülmemesi, haklarda bu niteliğin gerekmediği veya incelenmediği anlamına gelmemektedir. Hangi kavramla ifade edilirse edilsin veya kapsamı / düzeyi ne olursa olsun, bu özelliklerin varlığına yönelik bir inceleme ihtiyacının karşılanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunun nedeni, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme özelliklerinin fikrî ürünün farklı yönlerine ilişkin olmaları ve hakların amacını gerçekleştirmekte farklı işlevleri yerine getirmeleridir.

II. Düzey Bağlamında Kriterlerin Uygulanması

Mevzuat, doktrin ve uygulamada, " bir fikrî ürünün taşıması gereken özelliklerin ve bunları tespite yarayan kriterlerin hangi düzeyde

vd.; *Halpern, S. W. / Nard, C. A. / Port, K. L.* : Fundamentals of United States Intellectual Property Law, London, 1999, s. 203.

39 Örneğin, Trips Anlaşması m. 25 hükmü; *Green Paper on The Legal Protection of Industrial Design*, Commission of The European Communities, Brussels, 1991, 2. 3. 7, s. 18 (*Green Paper*).

40 *Green Paper*, 2. 3. 7, s. 18.

41 *Bently / Sherman*, s. 89.

aranacağı; bir başka deyişle, hangi hak türünde, hangi kriterlerin, hangi anlam ve kapsamda aranacağı " hususunda, hak türüne ve ülkeden ülkeye değişen yaklaşımlar bulunmaktadır. Kriterlerin aranmasında, düzey boyutunu belirleyen iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hangi hak türünde, hangi kriterlerin aranması, hangilerinin aranmaması gerektiği hususudur. İkincisi ise, aranacak bu kriterlerin de ne şekilde anlamlandırılacağı, hangi kapsamda aranacağı, aranan kriterin fikrî üründe var olduğunu kabul edebilmek için bulunması gereken düzeyin ne olduğu hususudur.

Hangi hak türünde, hangi kriterlerin aranması gerektiği hususunda, türlere göre ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, patent hakkında yenilik ve buluş basamağının aşılması kriterleri, tasarım hakkında yenilik veya orijinallik kriterlerinden biri ile ayırt edicilik kriteri aranırken, eser haklarında sadece orijinallik kriterinin karşılanması hak tesisi için yeterli kabul edilmektedir. Tüm hak türlerinde, bu kriterlerin hepsinin aynı seviyede ve amaca uygun dikkate alınmamaları nedeniyle, bazı haklar açısından, hakkaniyete aykırı iki farklı ayrıcalık oluştuğu görülmektedir[42]. Hakkaniyete aykırı ilk ayrıcalık, örneğin tasarım ve eser haklarında olduğu gibi, türün kendi içinde oluşmaktadır. Bu gibi hak türlerinde, ayrıcalık, kriterlere yüklenen anlamların farklılıklar taşıması yahut koruma için aranan kriterlerin seviyesinin düşüklüğü nedeniyle, korumayı gerçekten hak eden kişiler aleyhine doğmaktadır. Örneğin, topluma, görsel yönden ciddi katkı sağlayan, koruma kriterleri ne kadar ağır olursa olsun korumayı hak edebilecek bir tasarımın - ki burada kastedilen emsali hiç olmayan (patent literatüründeki öncü buluş gibi) bir tasarım değildir - sahibiyle, hiçbir fikrî çaba harcamaksızın, salt daha önceki iki tasarımın belirgin özelliklerini kombine eden bir tasarımcı, aynı kriterlere tabi tutulmakta ve aynı korumadan yararlandırılmaktadır. Bunun nedeni, mevcut kabullere göre, böyle kombine bir tasarımın, daha öncekiler arasında yer almadığı için hem yenilik hem de ayırt edicilik kriterlerini karşılayabilmesidir[43]. Burada kombine tasarımı oluşturan kişi, hiçbir fikrî

42 Aynı yönde Lee v. Runge, 404 US. 887, 1971 (http://caselaw.lp.findlaw.com).

43 *Bently / Sherman,* s. 604; *Johnston, D.* : Design Protection, 4th Edition, Cambridge, 1995, s. 14; *Fellner*, C. : Industrial Design Law, London, 1995, s. 58; *Suluk*, s. 231.

çabası olmaksızın, üstelik farklı iki kişinin fikrî çabasının semeresine sahip olabilmektedir. Bu, fikrî mülkiyet haklarının korumayı hedeflediği gerçek hak sahipleri aleyhine bir ayrıcalık oluşturmaktadır. İkinci ayrıcalık ise, kriterlere yüklenen anlamların farklılıklar taşıması veya kriterlerin aynı seviyede dikkate alınmamaları nedeniyle, bazı türlerdeki hak sahiplerinin, diğer türlerdeki hak sahiplerinden - nitelik itibariyle - daha fazla korunuyor olmalarıdır. Yukarıda verilen örnekteki durumda, kombine tasarımı meydana getiren tasarımcı, bu kadar kolay bir şekilde, 25 yıllık aynı etkinlikte bir korumaya sahip olurken; ömrünü tamamen özgün bir buluş faaliyetine harcamış buluş sahibi, patent hakkı ile 20 yıllık aynı etkinlikte bir korumaya sahip olmaktadır.

Aynı durum, eser haklarında daha bariz bir şekilde ortaya çıkmakta, çoğu ülkede, yeni olup olmadığı, toplumu kültürel yönden geliştirip geliştirmediği dikkate alınmaksızın, sadece orijinallik kriterinin düzeyi olarak aranan " kopya olmama[44] " kadar basit bir çaba sayesinde, yüzyılı bile aşabilen bir korumaya sahip olunabilmektedir[45].

---

44 *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie, H. / Prescott, P. / Vitoria, M. / Speck, A. / Lane, L.* : The Modern Law of Copyright and Design, C. I, 3. Ed., Butterworths, London, 2000, s. 82; *Torremans, P.* : Intellectual Property Law, 3. Ed., London, 2001, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Saidman, P. J.* : " Copyrights: Novelty or Originality ", Journal of the Patent Office Society, 1973, (314 - 339), (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos55&collection=journals&id=340&print=26&sectioncount=1&ext=pdf), s. 319; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) [Davada, eser hakkı tanınabilmesi için çalışmanın toplumun hafızasında öncekilerden ayırt edilebilir versiyon (distinguishable variation) olmasının yeterli olduğu; ' ayırt edilebilir versiyonun ' ise, ' alelade bir kopyadan biraz fazlalık taşımayı ' ifade ettiği belirtilmektedir] [*Oppenheimer, G.* : " Originality in Art Reproductions: Variations in Search of a Theme ", Copyright L. Sym. 207 (1982), (207 - 244), s. 209'dan naklen (http://heinonline.org/ HOL/PDF? handle=hein. journals/ cpyrgt27&collection= journals&id=225& print=38&sectioncount=1&ext=.pdf)] (20. 12. 2009); ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc., 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (http://www.ca6.uscourts.gov).

45 Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp., 36 F. Supp. 2d 191,197 (S.D.N.Y. 1999) (Anılan davada, Leonardo da Vinci'nin Mona Lisa tablosu da dâhil olmak üzere bir çok eski tablonun fotoğrafları üzerinde eser hakkı bulunduğu gerekçesiyle dava açan Bridgeman, kısaca " Bu tabloların fotoğraflarına eklediği renk düzeltme / ayarlama çubuğunun eser koruması için Kanun'un aradığı orijinalliği sağlamaya yeterli

Yukarıda belirtildiği üzere, toplumun karşıladıkları ihtiyacı yönünden olan fark dışında hiçbir farkları bulunmayan bu hak türlerine, aynı hatta daha ayrıcalıklı bir korumanın sağlanmasını, bazı kriterlerin aranmamasını, aranan kriterlerde de neden düşük bir düzeyin olması gerektiğini açıklamaya çalışan görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, fikrin değil, ifade şeklinin korunduğu[46]; fikrî üründe serbest bilginin kullanımının engellenemeyeceği[47]; bir fikrî üründeki bilgiyi kullanmanın engellenemeyeceği[48]; her fikrî ürüne uygulanabilecek standart bir düzey, kriter konulmasının zor olması[49]; araştırma zorluğu[50]; sonraki eser sahibinin öncekini engelleme yetkisinin bulunmaması karşısında, önceden ortaya konulmuş fikrî ürünleri bilmekten sorumlu tutulamayacağı, dolayısıyla orijinallik dışındaki özelliklerin bulunmasının şart olmadığı[51]; şartları sağlayan

olduğunu; İngiliz makamlarının eser koruması tesis ettiklerini; her fotoğrafın bizzat kendisinin doğası gereği orijinalliği sağlamaya yeterli olduğunu " iddia ve " bu fotoğrafların Corel tarafından kullanımının engellenmesini " talep etmiştir. Bridgeman'ın iddiaları, Mahkemece, " bir fotoğrafın bizzat kendisinin orijinalliği sağlamaya yeterli olduğu ", " ancak, eser korumasında orijinalliğin yeterli olmasının, yaratıcılığın aranmadığı anlamına gelmediği ", " orijinallik için gerekli olan değişikliklerin Bridgeman' ın çalışmalarında bulunmadığı " gerekçesiyle reddedilmiş, " eser koruması sağlanabilmesi için, çalışmadaki değişikliklerin eser sahibini teşhis eder nitelikte olması " aranmıştır.) (*Wojcik*, s. 260 vd'dan naklen) (Bu dava, İngiliz makamlarının eser koruması tesis etmiş olmaları gerçeği ve mevcut orijinallik yaklaşımıyla bu tesisin kabulünün zorunlu olması karşısında, bir kişinin " Mona Lisa " tablosu gibi, başkasına aitliği Dünyaca bilinen bir eser üzerinde dahi, çok küçük çabalarla bir tekel hakkı edinebileceğini ortaya koymaktadır).

46 *Dworkin, A. T.* : " Originality in the Law of Copyright ", Copyright L. Symp. 60, 1962, s. 60 - 81, 61 (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt11&collection=journals&id=80&print=22&sectioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009); *Saidman*, s. 321; *Bainbridge*, s. 5; *Bently / Sherman*, s. 90; *Tekinalp*, s. 99 vd.; *Troller*, Immaterialgüterrecht 1959, C. I, s. 380 vd. ; *Zschokke*, der Werkbegriff im Urheberrecht Diss., Bern, 1966, s. 13 (*Ayiter, N.* : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. b. , Ankara, 1981, s. 42'den naklen); Holmes v. Hurst, 174 U.S. (1899) (http://caselaw.lp.findlaw.com); Mazer v. Stein, 347 US. 201 (1954) (http://supcourt.ntis.gov)

47 *Saidman*, s. 321.

48 *Dworkin*, s. 64; *Saidman*, s. 330.

49 *Oppenheimer*, s. 214; *Saidman*, s. 331.

50 *Saidman*, s. 333.

51 Aynı yönde *Dworkin*, s. 63; *Saidman*, s. 330; [Fred Fisher, Inc v. Dillingham, 298 Fed 145 (S.D.N.Y. 1924); Morse v. Fields, 127 F. Supp. 63 (S.D.N.Y. 1954);

fikrî ürün bulmanın zorluğu[52]; çaba ve emek harcamış kişilerin, bu çaba ve emeğinin de korunması gerektiği gibi çeşitli gerekçelerle mevcut uygulamayı izaha çalışmaktadır.

Ancak bu gerekçelerin neredeyse tamamı, eser hakları kaynaklı olup, diğer kriterlerin uygulanmaması ile orijinallik kavramının, eser haklarında, kendi anlam ve işleviyle sınırlı olarak kullanılmaması, eser vasfının yani " tekel niteliğindeki hakla korunma imkânının kazanılıp kazanılmayacağını tespit " işlevinde kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bu, diğer fikrî ürünlerin gelişme gösterme kriterini karşılayarak ulaştıkları tekel hakkına, eserlerin sadece orijinallik gibi, üstelik düzeyi de sözlük anlamından dahi düşük tutularak " kopya olmamaya " kadar indirgenmiş[53] bir kriteri karşılayarak kavuştuğu anlamına gelmektedir. Doktrinde, koruma için aranması gereken koşullar yönünden, eserlerle diğer türleri birbirlerine en çok yaklaştıran görüşü ortaya koymuş *Nimmer*'in görüşü dahi, bu uçurumu ortadan kaldıramamaktadır. *Nimmer* isabetli olarak, " *orijinallik kriteriyle gelişme gösterme kriterinin farklı noktalara işaret ettiğini; orijinalliğin fikrî üründeki gelişim sayılan katkının, sahibine has [başkalarından bağımsız olarak geliştirdiği (independent creation)] olmasını ifade ettiğini* " belirtmesine rağmen, hatalı bir şekilde, - her ne kadar en küçük seviye olarak belirtilmiş olsa da - " *' fikrî çabanın varlığının ' gelişme göstermenin standardı olduğunu* " iddia etmektedir[54]. Görüş, eser koruması talep edilen bir fikrî üründe, gelişme gösterme özelliğini araması, bunun fikrî çabada bulunacağı yönüyle doğru gibi gözükse de, bu özelliğin salt fikrî çabanın varlığında değil, fikrî çabanın düzeyinde aranmak zorunda olduğunu atlamaktadır. Taklit fiili bile bir fikrî çabayı gerektirir, taklitte bile az da

Gordon v. Weir, 111 F. Supp. 117 (E.D. Mich. 1953), aff'd mem. ,216 F. 2d 508 (6th Cir.1954)] (*Dworkin*, s. 63'ten naklen).

52 *Bently / Sherman*, s. 624 dn. 11 ve 12 deki müellifler; *Suluk*, s. 262.

53 *Saidman*, s. 319; Aynı yönde *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Saidman*, s. 319; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) (*Oppenheimer*, s. 209'dan naklen); ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc., 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (http://www.ca6.uscourts.gov).

54 *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20 (*Oppenheimer*, s. 211'den naklen).

olsa bir fikrî çaba vardır. *Nimmer*'in gelişme gösterme standardı olarak kabul ettiği seviye, diğer türlerde bir yenilik standardı olan nitelikli yenilik seviyesine tekabül etmektedir. Oysa eser korumasının yani tekel niteliğindeki bir fikrî mülkiyet hakkının " hak edilebilmesi için ", gelişme gösterme özelliğinin varlığının kabulü; gelişme gösterme özelliğinin standardın en düşük seviyesinin de sadece bir fikrî çabanın varolması değil, " fikrî ürüne tekel hakkı tanınmasını, hakkaniyete uygun kılacak düzeyi / eşiği geçmesi " olarak belirlenmesi gerekir. Eser haklarında da ancak bu eşik geçildiğinde gelişme gösterme özelliğinin varlığı kabul edilebilecek ve fikrî mülkiyet korumasının amaçlarına uygun bir uygulama gerçekleştirilmiş olacaktır. Eser haklarının da diğer fikrî mülkiyet haklarından hiçbir farkı olmayıp, bir fikrî ürünün tekel niteliğindeki hakla korunup korunmayacağını tespit etmesi gereken asıl kriter orijinallik kriteri değil, gelişme gösterme kriteridir. Bu hak toplumu geliştirmenin karşılığı olarak verilmektedir[55]. Aksi halde, günümüz eser haklarındaki toplumun geliştirilmesini - gerektiği şekilde - aramamaya karşılık bu kadar etkin bir koruma da vermeme dengesi kaçınılmaz olacaktır.

Tasarım ve topoğrafya haklarında ise, her ne kadar diğer kriterler aransa da, bu gerekçelerdeki yaklaşım kriterlerin uygulanmasına etki etmektedir. Ayrıca, tescilsiz tasarım ve topoğrafyada sadece orijinalliği koruma için yeterli kabul eden İngiltere gibi ülkelerde, bu yaklaşım sadece eser haklarında değil, bu türlerde de aynen geçerli olmakta; örneğin İngiltere'de orijinalliğin düzeyi olarak belirlenen kopya olmama koşulunu sağlayan bir topoğrafya da korunabilmektedir[56].

Toplumun, sadece teknolojik yönden değil, kültürel / sanatsal yönden de geliştirilmesi gerekir. Bu faaliyetin karşılığını veren fikrî mülkiyet koruması mekanizması da mevcuttur ve (fiilen tüm kriterlerin arandığı patent haklarında olduğu gibi) amaca uygun hareket edildiğinde, bu görevleri layıkıyla yerine getirdiği, teknolojik gelişme hızına bakarak anlaşılmaktadır. Bu durumda, toplumun, kültürel yönden geliştirilmesini sağlayacak olan eser

55 Aynı yönde ABD. Copyright Kanunu m. 1 / 8 - 8; Graham v. John Deere Co. 383 US. 1 1966 (http://supcourt.ntis.gov).

56 *Cornish / Llewelyn*, s. 558, 566; *Bently / Sherman*, s. 687; *Suthersanen, U.* : Design Law in Europe, London, 2000, s. 32 dn. 28; *Fellner*, s. 117.

hakları başta olmak üzere tüm türlerde, aynı mekanizmanın işletilmemesini, tüm kriterlerin aranmamasını meşru gösterecek bir neden de yoktur.

III. Kriterlerin Uygulanmasında Uyumsuzluk Nedenleri

Özellikle yenilik kriterinin marka, coğrafi işaret, ticaret unvanı ve işletme adına uygulanmasında karşılaşılan uyumsuzluklar, mevcut tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye koruma yaklaşımı nedeniyle, Trips Anlaşması'nın 7 ve 8 / II. maddelerindeki fikrî mülkiyet haklarının temel nitelik ve esaslarına uygunluk göstermemelerinden kaynaklanmaktadır. Kriterlerin uygulanmaya çalışılması, temel nitelikleri taşımayan bu türlerde, temel niteliklerin varlığının araştırılmaya çalışılması gibi abes bir durum oluşturmakta, kaçınılmaz olarak da kriterler bu türlere uymamaktadır.

Eserler, tescilsiz tasarımlar gibi fikrî ürünlerde ise, tescil zorunluluğunun bulunmaması, bu fikrî ürünlerin, bir ihtilaf çıkıncaya kadar, hakların temel niteliklerine sahip olup olmadıklarını tespite yönelik inceleme yapılmamasına, dolayısıyla bu incelemedeki kriterlerin uygulanamamasına neden olmaktadır. Hak sahipliğinin oluşması, fikrî ürünün yeniliğinin ve günümüz dengesindeki sınırlı koruma süresinin belirlenmesi, hükümsüzlüğü, hak sahipliğinin ispatı vb. hususlarda büyük önem taşıyan[57] tescil zorunluluğunun, eser hakları yönünden öngörülmemesinin mantıklı bir izahı bulunmamaktadır[58].

§3 . FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KAVRAMI

Fikrî mülkiyet hukukunda yenilik kavramı, " her fikrî mülkiyet hakkı türünde, o türde ön plana çıkan unsur yönünden, fikrî ürünün koruma talep edilen özelliklerinin; yeniliği kaldırmayan açıklama süresi de dikkate alınmak suretiyle başvuru veya rüçhan tarihinden önce, toplumca bilinmemesi yahut bilinenlerden ilerleme sayılabilecek düzeyde farklı olmasıdır " şeklinde tanımlanabilir.

Yenilik ile amaçlanan, önceki fikrî ürünlere oranla sağlanan gelişmenin, en azından, ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından,

57 Aynı yönde *Hirş*, Fikri Say II, s. 99.
58 Karş. *Hirş*, Fikri Say II, s. 99.

zahmet çekmeksizin[59] yapılamayacak, basit değişikliklerden öte[60] bir gelişme olmasıdır ki, ancak bu takdirde insanlık da gelişme göstermiş olacaktır.

Yenilik ve yenilik incelemesi ile ilgili ilkeler, sadece hakkın ihdası aşamasında değil, hakkın hükümsüzlüğü, başvuru veya koruma çerçevesi vb. gibi diğer hükümlerin uygulanmasında da geçerli olmaktadır.

A. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİ

Yenilik kavramı, farklı fikrî mülkiyet haklarında, farklı varsayımlarla ifade edilmeye çalışılmışsa da, bu kavram ile ulaşılmak istenen amacın, fikrî üründe ortaya çıkan belli bir düzeydeki gelişmenin, fikrî ürün türünün ön plana çıkan niteliği yönünden, daha önce toplum tarafından bilinmiyor yani toplum yönünden alenileşmemiş olması veya bilinenlerden belli bir düzeyde farklılık taşıması[61] olduğu görülmektedir. Fikrî mülkiyet hukukunda aleniyet (bilinme), bir fikrî ürünün; toplumun ona ulaşabileceği, onu uygulamaya koyabileceği, ondan faydalanabileceği şekilde ortaya çıkması olup, bunun gerçekleştiği andan itibaren fikrî ürün, toplum tarafından bilinir hale geldiği gibi, fikrî ürünün - ek bir araştırma, çalışma vb. - zahmet çekilmeksizin ulaşılabilecek sonuçları da öngörülebilir hale gelmektedir[62]. Bir fikrî ürünün zahmet çekilmeksizin ulaşılabilecek sonuçlarının öngörülebilir olmasında, bilinenlerden kolaylıkla çıkarılabilmesinde iki yol söz konusudur. Ya fikrî ürün ilgili alanda bilinenler arasındadır (örneğin, tekniğin bilinen durumunda daha önce tanımlanmış bir buluştur) ya da önceden bilinenlerin zorunlu sonucu, teknik

59 *Hirş*, Fikrî Say I, s. 116; *Troller*, s. 146, 147 (*Ortan*, İşçi, s. 44'ten naklen) *Ortan*, s. C. I, s. 76; *Bainbridge*, s. 378 vd. ; *Bently / Sherman*, s. 450; *Thorley, S. / Miller, R. / Burkill, G. / Birss, C. / Campbell, D.* : Terrel on the Law of Patents, 16. Ed., London, 2006, s. 226; *Halpern / Nard / Port*, s. 196 dn. 76; *Muir, I. / Brandi – Dohrn, M. / Gruber, S.* : European Patent Law, 2. Ed., Oxford, 2002, s. 185; *Torremans*, s. 60.

60 Tasarımda bu durum ticari değişiklikten daha öte şeklinde ifade edilmektedir. *Suluk*, s. 229 dn. 40.

61 Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 120; *Bainbridge*, s. 378 vd.; *Bently / Sherman*, s. 443; *Cornish / Llewelyn*, s. 176; *Halpern / Nard / Port*, s. 195; *Francis / Collins*, s. 183.

62 *Bainbridge*, s. 378 vd; *Bently / Sherman*, s. 443; Aynı yönde *Hirş*, Sınai, s. 80; *Öztan, F.* : Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 91.

etkisi yahut versiyonudur[63]. Toplum tarafından bilinmekte olan bir fikrî ürün, yeni olarak nitelenemeyeceği için, hak talep tarihinde varolan, alenileşmiş bu bilgiler, farklılık taşımayan sonraki fikrî ürünlerin yeniliğini kaldırır ve hakkın verilmesine / tescile engel olurlar.

Bir bilginin alenileşmiş kabul edilebilmesi için sahip olması gereken özellikler belli niteliklere sahip bir açıklamanın varlığı; açıklamanın, ilgili alandaki ortalama bir uzmana, - ek herhangi bir zahmete katlanmaksızın - fikrî ürünü ortaya koyabilmesini sağlayacak düzeyde bilgi vermesi[64]; bilginin açıklandığı kaynağın alenileşmeyi sağlamaya uygunluğu[65]; toplumu temsilen tek bir kişinin bile olsa, fikrî ürün hakkında bilgi sahibi olma[66], bu bilgiyi serbestçe kullanabilme ve yayabilme olanağına kavuşmuş olmasıdır[67].

63 Aynı yönde *Bainbridge*, s. 378; *Bently / Sherman*, s. 452 dn. 63; *Thorley / Miller / Burkill / Birss / Campbell*, s. 232; *Colston / Middleton*, s. 160; *Phillips / Firth*, s. 44.

64 Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 118; *Ayiter*, İhtira, s. 53; *Bainbridge*, s. 378 vd ; *Bently / Sherman*, s. 451; *Colston / Middleton*, s. 155; *IPH*, s. 20; *Aisenberg, I. M.* : " A Step beyond Novelty, Utility and Non – Obviousnes ", IDEA - The Journal of Law and Technology, S. 128 (1984 – 1985) (127 – 176), s. 127 vd. (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/idea25&collection=journals&id=137&print=50& sectioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009); *Keller, G.* : " Summary of Some Recent Decisions on the Board of Appeal of the EPO Regarding Questions of Novelty, Inventive Step and Structural Obviousness ", Journal of the Patent Office Society (1993) (237 – 242), s. 238 http://heinonline.org/ HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos75&collection=journals&id=251&print=6&sectioncount=1&ext=.pdf (20. 12. 2009); PatKHK. m. 46 / I; Maclaren v. B – I - W Group, Inc., 187 USPQ 345, 351 (N.Y. 1975); H. K. Porter Company, Inc. v. The Gates Rubber Company, 187 USPQ 692, 711 (Colarado 1975); Chicago Steel Foundry Co. v. Burnside Steel Foundry Co., 132 F. 2d 812, 56 USPQ 537 (7th Cir.1943); Barrett v. United States, 405 F. 2d 502, 156 USPQ 565 (Ct. Cl. 1968) (*Aisenberg*, s. 127 vd.'ndan naklen); EPOTBA T 0279 / 89 (*Keller*, s. 238'den naklen).

65 Aynı yönde *Hirş*, Fikrî Say I, s. 120.

66 *Ortan*, C. I, s. 77; *Bently / Sherman*, s. 446; *Bainbridge*, s. 382; *Cornish / Llewelyn*, s. 178; *Colston / Middleton*, s.154; *Thorley / Miller / Burkill / Birss / Campbell*, s. 215; Aynı yönde *Bouchoux*, s. 304; *Schechter / Thomas*, s. 331; *Muir / Brandi – Dohrn. / Gruber*, s. 186; *Tekinalp, Ü.* : " Yeni Patent Hukukunda ' Buluş Sahibi ' İlkesi ve Gasp Davalarına İlişkin Bazı Sorunlar ", İÜHFM (Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL'a Armağan Sayısı), C. LV, S. 4 / 1997, s. 131 (Buluş Sahibi), s. 131; *Erel*, s. 89.

67 *Bently / Sherman*, s. 448; *Bainbridge*, s. 382.

B. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA YENİLİK KRİTERİ UYGULAMASI

I . Yeniliğin Aranacağı Zaman

Yeniliğin aranacağı zaman, fikrî ürün üzerinde hak sahipliğinin doğduğu iddia olunan andır. Hâlihazırda bu an, tescile tabi haklarda, başvurunun yapıldığı gün, saat ve dakika; eğer bir rüçhan talebinde bulunulmuşsa, rüçhan tarihi[68]; başvuru veya rüçhan tarihinden belli bir süre öncesinde olmak şartıyla, başvuru sahibi kaynaklı açıklama tarihidir. Tescile tabi olmayan haklarda (örneğin eserlerde ve tescilsiz tasarımlarda) ise, fikrî ürünün ortaya konulduğu, topluma sunulduğu tarihtir[69]. Bu tarihten önce, alenileşmiş olan bilgiler, toplumun bilgi birikimini oluşturur ve bu birikime dâhil olan hususlar yönünden yeniliği kaldırıcı etkilidir.

II. Fikri Ürünün Yenilik Yönünden Kıyaslanacağı Bilgiler

Yenilik incelemesinde, - yukarıdaki prensiplere göre belirlenen - esas alınacak tarihten önce, yazılı veya sözlü biçimde, kullanım yoluyla ya da herhangi bir şekilde yapılan açıklama suretiyle, toplumca ulaşılabilir hale getirilmiş yani alenileşmiş bilgiler dikkate alınmaktadır[70]. Bunun yanı sıra, ortalama bir uzmanın sahip olduğu genel uzmanlık bilgileri de, yenilik incelemesi yönünden alenileşmiş bilgilere dâhildir[71].

III. Kıyaslamanın Yapılacağı Coğrafi Kapsam

Fikrî mülkiyet hukukunda mutlak yenilik ilkesinin genel olarak kabulü ve bunun gerekliliği karşısında, başvuru tarihinden önce, dünyanın

---

68 Paris Ant. m. 4 / B; *Hirş*, Fikrî Say I, s. 121; *Ayiter*, İhtira, s. 51 vd.; *Bently / Sherman*, s. 627; *Bainbridge*, s. 500; *Tritton*, s. 244; *Laddie, H. / Prescott, P. / Vitoria, M. / Speck, A. / Lane, L.:* The Modern Law of Copyright and Design, C. II, 3. Ed., Butterworths, London, 2000, s. 1976, s. 1970; *Musker*, s. 25, 34; *Suthersanen*, s. 37; *IPH*, s. 19; *Fellner*, s. 51 *Tekinalp*, s. 503; *Arkan*, C. I, s. 74; *Yosmaoğlu, N.* : Patentler, Know How'lar, Markalar, Ankara, 1978, s. 3; *Suluk*, s. 234.

69 *Bently / Sherman*, s. 627; *Bainbridge*, s. 500; *Tritton*, s. 244; *Suluk*, s. 234.

70 *Ortan*, C. I, s. 76; *Bently / Sherman*, s. 446 dn. 25; *Colston* / *Middleton*, s. 152; Aynı yönde *Suluk*, s. 230; *IPH*, s. 19.

71 *Ortan*, C. I, s. 76; *Bently / Sherman*, s. 453; Aynı yönde *Tritton*, s. 62; *Muir / Brandi – Dohrn. / Gruber*, s. 192.

herhangi bir yerinde ve herhangi bir şekilde kamuoyunca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş fikrî ürünler, yeni değildirler[72].

IV. Kıyaslamayı Yapacak Kişi

Patent gibi bazı fikrî mülkiyet hakkı türlerinde ortalama uzman tabiri kullanılsa da, yenilik incelemesini kimin yapacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Bazı türlerde kullanılan, uzman yahut bilgilenmiş kullanıcı gibi tabirlerin de, kıyaslamayı yapacak kişiden daha ziyade kıyaslama da dikkate alınacak kişi anlamında kullanıldığı görülmektedir. Oysa, uygulamada gerek hakların ihdası gerekse hükümsüzlük safhasında, yenilik incelemesi, isabetli şekilde ortalama uzmanlar tarafından yapılmaktadır[73].

Uzman, belli bir zamanda, ilgili fikrî mülkiyet alanında ortalama bilgiye sahip kişi olup, alandaki alenileşmiş bilginin mevcut durumunu, spesifik olmayan genel bilgileri, özellikle araştırma raporunda atıf yapılan dokümanları bilmesi, anlayabilmesi, normal araçlarla ve yine normal yeteneğiyle bildiklerini rutin olarak uygulayabilmesi yeterlidir[74]. Ortalama uzmanın seçilmiş olmasının faydası, öncelikle tekniğin bilinen durumuna ait olan yazılı vb. açıklamalar (örneğin, bir makalede yayınlanmış buluş) ile piyasa satılan ürünler ayrımı yapıldığında ortaya çıkmaktadır[75]. Yazılı vb. açıklama veya başvuru olarak tekniğin bilinen durumuna dâhil olmuş her fikrî ürünün, toplumun huzuruna çıkması söz konusu değildir. Ortalama uzman, hem piyasadakini hem de ilgili alandaki bilgileri bilmek zorunda olduğu için yerinde bir seçimdir.

V . Kıyaslamada Dikkate Alınacak Kitle

Hâlihazırda, yenilik incelemesinde dikkate alınacak kitleye ilişkin açık bir düzenleme olarak, sadece patent hakkında ortalama uzman kavramına rastlanmakta ve yeni olduğu kabul edilebilecek fikrî ürünün, ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından bilinmeyen ya da

72 *Ortan*, C. I, s. 74; *Bainbridge*, s. 378.

73 Farklı görüşler için bkz. *Suluk*, s. 257 dn. 169.

74 Aynı yönde *Ortan*, C. I, s. 95, 96; *Bainbridge*, s. 379; *Bently / Sherman*, s. 450; *Tritton*, s. 62; *Muir / Brandi –Dohm./Gruber*, s. 192.

75 *Bently / Sherman*, s. 448.

öngörülemeyen, ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir fikrî ürün olması aranmaktadır. Her ne kadar, tasarımlardaki bilgilenmiş kullanıcı kavramının da dikkate alınacak kitle olduğu iddia edilebilirse de, bu kitlenin yenilik değil, ayırt edicilik koşulunda yer aldığı görülmektedir. Markalarda ise, yenilik incelemesinden sözedilmemekle birlikte, markaların ayırt ediciliği / karıştırılma ihtimalinde, vasat tüketici kitlesi dikkate alınmaktadır. Yenilik incelemesinin söz konusu olduğu diğer haklarda açıkça bir kitle kavramı yeralmamaktadır.

Fikrî mülkiyet hukukunda, yeniliğin, fikrî ürünün ortalama bir uzman tarafından bilinmeyen ya da öngörülemeyen, ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir fikrî ürün olması; ancak bu takdirde toplumun bilgi havuzuna bir katkı sağlanması ve sağlanan koruma ile toplumun serbest kullanım hürriyetinin kısıtlanmasının hakkaniyete uygun kabul edilebilmesi mümkün olacağından, patent hukukundaki ortalama uzman kavramının, yenilik incelemesinde dikkate alınmasının yerindeliği ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, toplumun diğer kesimlerinin fikrî ürünle ilgili alandaki gelişmeleri sürekli takip etmeyeceği, buna karşılık ortalama uzmanın kendi alanındaki gelişmeleri takip edeceğinin kabulü, bu kavramın yerindeliğini ortaya koyan bir diğer sebeptir. Ortalama uzman kavramı aynı zamanda, tüm fikrî mülkiyet hakkı türlerinde de uygulanabilecek bir kriterdir. Örneğin, tasarım hakkı için de, yenilik incelemesinde, ilgili alandaki ortalama bir tasarımcı kriterinin uygulanması ve bu tasarımcı tarafından bilinmeyen ya da öngörülemeyen ek bir zahmete katlanılmaksızın gerçekleştirilemeyen bir tasarımın yeni kabul edilmesi, hakların amacına da daha uygun olacaktır.

Gerek marka hukukunda dikkate alınan " vasat tüketici kitlesi " gerekse tasarım hukukundaki " bilgilenmiş kullanıcı " kriterleri, yenilik yönünden değil, daha ziyade tecavüz yönünden yaklaşımların bir eseri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kriterler, tecavüzün varlığı veya yokluğu incelemesinde kullanılabilirlerse de, yenilik incelemesi ile tecavüz incelemesi çok farklı kurumlardır. Yenilik incelemesi, incelenen fikrî ürünün, bir hakkın ihdası için gereken şartları taşıyıp taşımadığına yönelik olup; tecavüzde ise, gerçekleşen bir fiilin " ihdas edilmiş ve korunan " bir

hakka tecavüzünün varolup olmadığı incelenmektedir[76]. Her ikisi de, kıyaslananlar arasında bir benzerlik bulunup bulunmadığı temeline dayalı inceleme olmakla birlikte, aralarında farklılık bulunmaktadır. Yenilik incelemesinde, ortalama uzmanın ilgili alandaki mevcut bilgisiyle (ki bu düzey, doğal olarak, vasat tüketicinin bilgi düzeyinin çok üstündedir) yapılamayacak hatta öngörülemeyecek bir farklılık olması aranmaktadır. Bu, benzememezlik çıtasını haliyle çok yükselten bir kabuldür. Yani bir uzmanın " benzememe " yargısına vardığı bir durumda, vasat tüketicinin evleviyetle "benzememe"ye karar vereceği aşikârdır[77]. İkinci olarak, ortalama uzmanın benzeyip benzememede dikkate alabileceği, dolayısıyla fikrî ürünün korunmayı gerektirip gerektirmediği hususunda yararlanacağı bilgiler toplamı, daha geniş olmaktadır. Bununla bağlantılı üçüncü farklılık, uzmanın"öngörülebilir"fikrî ürünleri de benzerlik incelemesinde dikkate alacak olmasıdır. Oysaki vasat tüketicinin dikkate alabilecekleri " mevcutlarla " sınırlıdır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, ortalama uzmanın yenilik incelemesinde dikkate alınması, daha hakkın ihdası aşamasında korunmayacak fikrî ürünlerin elenmesi nedeniyle, tüketiciyi yanılma ihtimalinden bu safhada kurtaracaktır[78]. İkinci bir fayda, korunmayı hak etmeyen bir kişinin, tecavüz safhasına kadar geçecek az veya çok sürede haksız yararlanmasına engel olacaktır. Bunun yanı sıra, gelişme gösterme incelemesi vb. zaman ve emek kaybına neden olan bir çok külfetten kurum, uzman ve tarafları da kurtaracaktır. Vasat tüketicinin benzememe yargısına vardığı bir durumda, uzmanın geniş bilgisi, daha çok fikrî üründe kıyaslama yapması ve hatta mevcut olmadığı halde öngörülebilecek fikrî ürünleri de dikkate alması karşısında, benzer olduğu ve kişiye tekel hakkı tanınmaması gerektiği yargısına ulaşabilecektir. Bu sonuç, hakların amaçlarına uygunluğun yanı sıra, vasat tüketicinin dikkate alınmasının gayesi olan vasat tüketicinin korunması açısından da daha

76 Aynı yönde *Arseven*, s. 141.

77 Aynı yönde *Arkan*, C. I, s. 103; *Yasaman, H. / Altay, S. / Ayoğlu, T. / Yusufoğlu, F. / Yüksel, S.* : Marka Hukuku, C. I, İSTANBUL, 2004, s. 399 (Müellifler, " malın son alıcısı uzmanlar ise, markalar arasında iltibas tehlikesinin azalacağı" görüşündedirler.)

78 Aynı yönde *Öçal, A.* : Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara, 1967, s. 71 (Müellif, " yenilik incelemesinin bir ön süzgeç vazifesi görerek tecavüz hükmünün sağladığı himayeye başvurma ihtimalinin azalacağı " görüşündedir.).

elverişlidir. Ayrıca, uzmanın, incelemesi sırasında vasat tüketicinin bakış açısından bakmasına da engel değildir.

VI . Kıyaslama

Karşılaştırma, fikrî ürünün koruma talep edilen unsurları (örneğin, patent istemleri[79])için yapılır ve bu unsurlar yorumlanırken başvuru da yer alan diğer açıklamalar (örneğin, patent tarifname ve resimleri) da dikkate alınır. Bu unsurlar, daha önce yapılmış her bir münferit açıklamanın, genel içeriğiyle kıyaslanır[80]. Karsılaştırmada önemli olan, kelime kelimesine aynılık değil, fikrî ürün olarak tarif edilen özelliklerin içeriğinin aynı (eşdeğer) olmasıdır[81]. Fikrî ürünün yeniliği kıyaslanırken, karşılaştırıldığı açıklanmış münferit bilgilerin kapsamı önemlidir. Burada, ortalama uzman varsayımından hareket edilir ve ortalama bir uzmanın ek herhangi bir araştırma, inceleme vb. zahmete katlanmaksızın içeriğini bildiği veya sonuçlarını öngörebildiği fikrî ürünlerin, yeniliği kaldırması ölçüsü kullanılır. Yapılan bu kıyaslama sonucunda, eğer fikrî üründe koruma talep edilen unsurlar, toplumun bilgisine dâhil olan unsurlar değilse yahut önceki fikrî ürünlere oranla, ilgili alandaki ortalama bir uzman tarafından, zahmet çekmeksizin yapılabilecek /öngörülebilecek basit değişikliklerden öte bir gelişmeyse, bunların yeni olduğuna karar verilecektir[82].

C. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKKI TÜRLERİNDEKİ ÖZELLİKLERİ

I. Yenilik Kavramının Belirtildiği Türler

a. Patent

Yenilik, patente konu olan buluşun, ait olduğu alanda, kimse tarafından bilinmemesi veya bilinenlerden belli bir düzeyde farklı olmasıdır. Patent hakkının, bir fikrî ürünün işlevsel yani teknik yönüne ilişkin olması nedeniyle, alenileşmiş bilgiler patent hukukunda, " tekniğin

79 Aynı yönde PatKHK. m. 83 / I; *Ortan*, C. I, s. 79; *IPH*, s. 19.

80 Aynı yönde *Ortan*, C. I, s. 79.

81 Aynı yönde PatKHK. m. 83 / IV; Karş. *Öztürk*, s. 235.

82 Aynı yönde *Ortan*, C. I, s. 76.

durumu " olarak ifade edilmekte, yenilik incelemesinde kriter olarak tekniğin bilinen durumu ön planda incelenmektedir[83].

Yenilik kriteri ve uygulamasına ilişkin olarak yukarıda açıklanan genel esaslar, patentler yönünden de geçerlidir. Hukukumuzda da, patent hakkı açısından aynı esaslar benimsenmiştir (PatKHK. m. 7 vd).

b. Endüstriyel Tasarım

Fikrî mülkiyet hakkı sağlanan fikrî ürünlerin temel özelliklerinden olan yenilik, tasarım hakkında ürünün görünümü yönünden ortaya çıkar[84]. Fikrî mülkiyet hukukundaki yenilik kriteri, tasarım hakkı için de aynen geçerli olup, yenilik ile aranan, tasarımın toplumca bilinmemesi veya toplumca bilinen tasarımlardan nitelikli farklı olmasıdır[85]. Yeni olduğu iddia olunan tasarımın, işte bu farklılık düzeyini aşmış olması gerekir ki, bu eşiğe doktrinde yenilik basamağı da denilmektedir[86]. Aranan bu farklılığın düzeyi, uyumlaştırmadan önceki İngiliz ve Avustralya hukukunda " *ticari değişiklikten (trade variant) daha öte olma* " şeklinde belirtilmiştir[87]. Tescilsiz tasarımları, orijinallik gibi kolay karşılanabilir bir kriterle koruyan bu ülkelerde bile, fikrî üründe bulunan farklılıkların, önemsiz değişiklikler olmaması, tasarımda, bir gelişme unsurunun bulunması gerektiği belirtilmektedir[88]. Aynı kriter, AB hukukunda ve hukukumuzda " *sonraki tasarım öncekinden ' küçük denemeyecek farklılık gösteriyorsa* ' " veya " *öncekilerden esaslı farklılık gösteriyorsa*[89] " şeklinde ifade edilmiş ve bunun dışında yenilik değerlendirmesinde ne gibi kriterlere başvurulacağı belirtilmemiştir. Bu kabullerdeki " daha öte ", " küçük denemeyecek farklılık " ve " öncekilerden esaslı farklılık " kavramları çok muğlâk kavramlardır. *Tekinalp*'e göre, *" Fark, aynı olmayı ortadan kaldırmıyor, mevcut tasarım '*

83 *Ortan*, C. I, s. 75.

84 *Musker*, s. 27; *Francis / Collins*, s. 717; *Suluk*, s. 233.

85 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 625, 632; *Bainbridge*, s. 500; *Cornish / Llewelyn*, s. 545; *Tritton*, s. 244; *Colston / Middleton*, s. 431; *Suthersanen*, s. 37; *Fellner*, s. 51; *Suluk*, s. 229.

86 *Suluk*, s. 229 dn. 41.

87 *Cornish / Llewelyn*, s. 545; *Fellner*, s. 51; *Suluk*, s. 229.

88 *Torremans*, s. 341.

89 *Suluk*, s. 231.

görünümünü ' sürdürüyor; fark, sadece mevcut görünüme, yani mevcut tasarıma ek, onda bir değişiklik, ondan bir sapma niteliği taşıyorsa, yani farklılık ' mevcut tasarım ' esas alınarak ondan hareketle yapılmışsa küçüktür[90]*". Hirş* de, " *tasarımın, tamamen veya kısmen yeni olması gerekir. Bununla tasarımın, onu şimdiye kadar bilinen aynı türden tasarımlardan ayırt edilmesini sağlayacak bir karakteristik özelliğinin bulunması gerektiği anlaşılır*[91]" görüşündedir. ABD'de ise, tasarımlar, patentlere ilişkin hükümlere tabi olduğundan, tasarımlardaki yenilik incelemesi de, patentteki gibidir[92]. Kanaatimizce, tasarım sahibinin mevcut tasarımın genel görünümüne ne gibi bir unsur kattığı ve bu katılan unsurun nitelikli yeni yani tasarımın esasını etkileyici olup olmadığı; katılan bu unsur sayesinde tasarımın " genel görünümünde " esaslı bir farklılığın oluşup oluşmadığı; özellikle tasarımın genel görünüm itibariyle önceki bir tasarımın versiyonu olarak algılanıp algılanamayacağı (öngörülebilir olup olmadığı) incelenmelidir[93]. Burada da, ilgili alandaki ortalama bir uzmanın, zahmet çekmeksizin öngörülebileceği sonuçlar, fikrî ürünün alenileşmesi kapsamında bulunmalı; önceden bilinen fikrî ürünlerin zorunlu sonucu, teknik etkisi yahut **versiyonu**[94] olan fikrî ürünler, öngörülebilir olma kapsamında değerlendirilerek fikrî ürünün yeni olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Yenilik kavramının subjektif olması, tasarım hukukunda objektif kriterler konulamayacağı / konulmaması gerektiği anlamına gelmez. Objektif kriterler konulması, sadece koruma için ispat yükünü taşıyan kişiyi değiştirir. Buna karşılık, tüm tasarımlar yönünden hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır. Tasarım hukukunda, ilgili mercilerin kararlarına karşı itiraz mekanizmaları, örneğin, objektif kriterlere göre, tasarımının yeni olmadığına karar verilmiş bir başvuru sahibinin, tasarımının yeni olduğu şeklindeki subjektif kanaatinin doğruluğunu ispatlayarak korunmayı sağlama imkânı vardır.

90 *Tekinalp*, s. 616.

91 *Hirş*, Fikrî Say I, s. 192.

92 *Bouchoux*, s. 309; *Schechter / Thomas*, s. 311; *Francis / Collins*, s. 716; *Phillips / Firth*, s. 379.

93 Aynı yönde *Green Paper* 5. 5. 6. 2, s. 72; Karş. *Tekinalp*, s. 616.

94 Aynı yönde *Bainbridge*, s. 378; *Bently / Sherman*, s. 452 dn. 63.

Benzerlik yönünden kıyaslanabileceği bir tasarım dahi olmadığından, daha önce toplumca hiç bilinmeyen bir tasarımın, " toplumca bilinen tasarımlardan tamamen yahut en azından belli bir düzeyde farklı görünümün bulunması " şartını sağlayacağı ve yeni olarak kabul edileceğini izaha gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık, öncekilerden esinlenerek oluşturulan tasarımların, yenilik için, öncekinden korumayı gerektirecek düzeyde bir farklılık taşıması gereklidir[95]. Hirş de, " *tasarımdaki her kısmın yeni ve orijinal olmasının şart olmadığı, kısmen eskiden bilinen, kısmen yeni tasarım unsurlarıyla yeni bir tip meydana getirilmesinin yeterli olduğu; genel görünümdeki yeniliğin ölçüsü olarak, insan gözünün, tasarımın bilinen tasarımlardan farklılığını, ilk bakışta, açıkça hissetmesi olduğu* [96]" görüşündedir. *Hirş*'in bu görüşü dikkatle incelendiğinde, tasarımda mutlaka yeni ve orijinal unsurların bulunması ve bu unsurlar sayesinde yeni bir görünüm elde edilmesinin arandığı; bunun ölçüsünün ise " ilk bakışta ve açıkça hissedilmesi " olduğu görülmektedir. Bu ölçü, tasarımlardaki yenilik incelemesinde günümüzde de en önemli sorun olarak karşımıza çıkan muğlâklığı giderecek ölçülerden birisidir. Günümüz mevzuatında incelemelerde esas alınan " tasarımın genel izlenimiyle " kastedilen de, insanın ilk bakışta elde ettiği izlenimden başka bir şey olmasa gerektir[97].

Yenilik incelemesinde, farklılığın küçük ayrıntıda olması, önemsiz değişiklik olması gibi ölçütlerin kime göre belirleneceği yani kıyaslamada dikkate alınacak kitle yönünden bir düzenleme bulunmamaktadır[98]. Yenilik incelemesi tasarım korumasının hak edilip edilmediğine yöneliktir ve bunu en iyi tespit edebilecek kitle de ilgili alandaki ortalama uzmandır[99].

95 Aynı yönde *Suluk*, s. 231.

96 *Hirş*, Fikrî Say I, s. 192 vd.; Aynı yönde *Suluk*, s. 231.

97 Aynı yönde *Suluk*, s. 253.

98 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 632.

99 Aynı yönde *Colston / Middleton*, s. 432 (Müellifler, " Kıyaslamanın tüketiciden ziyade tasarımcı gözüyle yapılması gerektiği " görüşündedirler.).

Tasarımlarda, alenileşmiş bilgilerde sınırlama yapan hükümlere rastlanılması (Örneğin, AB hukukundaki güvenlik klozu[100] gibi) gibi haller hariç yenilik kriteri ve uygulamasına ilişkin olarak yukarıda açıklanan genel esaslar, tasarım hakkı yönünden de geçerlidir. Hukukumuzda da, tasarım hakkı açısından aynı esaslar benimsenmiştir.

c . Islahçı Hakları

Islahçı haklarının Korunmasına ilişkin olarak, Trips Anlaşması'nın ve YBitK.'nun temelini oluşturan UPOV Anlaşması'nın 5 / 1 maddesinde, ıslahçı hakkının korunmasının şartlarından biri olarak belirtilen yenilik, 6. maddede " çoğaltım veya hasat materyallerinin, koruma için yapılan başvurudan belli bir süre (koruma istenen ülkede bir; diğer ülkelerde dört, ağaç ve asma çeşitlerinde altı yıl) öncesine kadar, satım vb. bir yolla işletilmemiş olması " şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu düzenleme, fikrî mülkiyet hukukunun genel esasları çerçevesinde, bir yenilik tanımından daha ziyade, " yeniliği ortadan kaldırmayan açıklamaların " ifadesidir. Oysa, yenilik, bu veya diğer açıklama şekilleriyle, bitki çeşidinin daha önce topluma sunulmamış olmasıdır. Bu düşüncemizi teyit eden diğer husus, aynı Anlaşma'nın - 5 maddede de ikinci koruma şartı olarak belirtilen - " farklılık " başlığını taşıyan 7. maddesinde, " daha önce bilinenlerden farklı olma " şeklinde ifade edilen şart dikkate alındığında, diğer türlerde yenilik olarak belirtilen " daha önce bilinmeme " özelliğinin bu haklarda " farklılık " diye adlandırılmasıdır[101]. "Daha önce bilinenlerden farklı olma " ifadesi, farklılığı ifade ettiği kadar; kıyaslanan, farklı olduğu kabul edilen şeyin de daha önce bilinmediğini, zorunlu olarak ortaya koyar. Yukarıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere, 'bilinmiyor olma', tüm fikrî mülkiyet haklarında yeniliği ifade etmektedir.

100 *Bently / Sherman*, s. 628; *Suthersanen*, s. 43; *Suluk*, s. 240 dn. 93.

101 Aynı yönde *Tüysüz, M.* : Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakkı, Ankara, 2007, s. 123; *Tritton*, s. 431; Karşı görüş için bkz. *Kooij, von der P.A.C.E.* : Introduction to the EC Regulation on Plant Variety Protection, London, 1997, s. 15 (Müellif, bu görüşümüzün aksi görüşte olmasına karşılık, " *ıslahçı haklarındaki bu düzenlemenin, fikrî mülkiyet hukukunun genel esaslarından farklı olduğunu kabul etmekte; aynı zamanda ıslahçı haklarındaki farklılık kavramının, patent haklarındaki yenilik kavramıyla aynı anlama geldiğini* " de ifade etmektedir.); *Odman Boztosun, N. A.* : Islahçı Hakkı, Ankara, 2006, s. 102.

Bir an için ıslahçı haklarının, kendine has özellikleri nedeniyle kavramlara farklı anlamlar yüklenebileceği düşünülse bile, yapılan düzenleme yine izah edilememektedir. Patent korumasına çok büyük benzerlikleri olan ıslahçı hakkında " gelişme gösterme koşulunu " ifade eden bir düzenleme olmaması; bu koşulu karşılaması gereken " farklılık " koşulunun, yenilik tanımıyla; " yenilik " koşulunun da, yeniliği kaldıran açıklama şeklerinden sadece biriyle doldurulmuş olması söz konusudur. *Bouchoux*'un , " *ıslahçı hakkındaki farklılık koşuluyla, patentteki gelişme gösterme, buluş basamağını aşma, alışılmadık olma koşulunun büyük ilişkisi olduğu*[102] " görüşü de, kanaatimizce farklılık koşulunun, gelişme gösterme koşuluna duyulan ihtiyacı karşılamasının gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anlaşmanın 6. maddesinde, her ne kadar, " yeni sayılma süresinin çeşidin kullanım amacıyla satımı vb.den başlayacağı[103] ; bu süre içinde ticaretinin yapılmasının yeniliği etkilemeyeceği[104]" öngörülmüşse de, bunun kabulü mümkün değildir[105]. Fikrî mülkiyet haklarında, alenileşme ve yeni sayılma süresinin başlayabilmesi, sadece fikrî ürünün kullanım amaçlı satımı şartına bağlanmamıştır. Nitekim bu hatalı yaklaşım, toplumun hakkaniyetin gerektirdiğinden daha uzun süre, serbest kullanımdan mahrum bırakılması nedeniyle, fikrî mülkiyet haklarının temel esaslarına ve amaçlarına aykırı olmakta; - Paris Anlaşması hükümlerince, belli bir süreden önceki sergileme yeniliği kaldırmasına rağmen - "sergileme de dahi", yeni sayılma süresinin işlemeye başlamayacağı şeklinde düşüncelere yol açmaktadır[106].

UPOV Anlaşması'ndaki mevcut bu düzenlemelerin, hem eksik hem de yanlış olduğu görülmektedir. Düzenlemede yenilik, farklılık başlığı altında ifade edilmiş; farklılık da, " gelişim sağlamayı " ifade etmesi gerekirken, muğlâk bir tanım olarak kalmıştır. Düzenlemede bilinmeme olgusunun ' kim' yönünden söz konusu olduğuna dair açık bir ifade de bulunmaktadır. Ayrıca,

102 *Bouchoux,* s. 310.
103 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 579; *Odman Boztosun*, s. 103.
104 *Phillips / Firth*, s. 394.
105 Aynı yönde *Phillips / Firth*, s. 394.
106 *Odman Boztosun*, s. 103 dn. 131.

“ yurtdışındaki çeşitlere tanınan uzun sürenin, yurtiçindekilere tanınmaması ” düzenlemesi de hakkaniyete aykırıdır.

Kanaatimizce, amacına uygun olmasa da, bu düzenlemeler ve Anlaşmanın 11. maddesi dikkatle incelendiğinde, hükümle, patent hakkındakine benzer bir yenilik incelemesi hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu durum, her ne kadar farklılık başlığı altında ifade edilmiş olsa da, “daha önce bilinmeme” şartının aranılması, yenilik incelemesinde esas alınan zamandan belli bir süre öncesine kadar gerçekleşen fiillerin yeniliği ortadan kaldırmaması, sağlanan gelişmenin açıkça ayırt edilebilir (clearly distinguisable) düzeyde olması gerekliliği, Anlaşmanın 11. maddesinde rüçhan hakkının ayrıca düzenlenmesi vb. den anlaşılmaktadır. Yine, Anlaşma’nın 6. maddesinde, yenilik incelemesinde, Dünya genelindeki bilgilerin dikkate alınacağının ortaya konması, düzenlemenin mutlak yeniliği aradığını ortaya koymaktadır. Anlaşma’nın 7. maddesinde tekniğin bilinen durumu gibi objektif bir kriterin uygulanması, aynı zamanda koruma talep edilen çeşidin, öncekilerden farklılıklarının esaslı olup olmadığını tespitte kullanılacak kriterler oluşturmaya yönelik çalışmalar[107] koruma için objektif yeniliğin hedeflendiğinin göstergesidir.

Anlaşma’nın hedeflediği koruma şekline ulaşmak için, çok büyük bir çaba sarfetmeye gerek de bulunmamaktadır. Fikrî mülkiyet haklarındaki yeniliğe ilişkin temel esasların Anlaşma’ya dâhil edilmesi yeterli olacaktır. Öncelikle 6. maddede yer alan yenilik tanımının “ çeşidin, incelemeye esas alınan zamanda bilinmiyor olması ” şeklinde değiştirilmesi, “bilinmemeyi tespitte ortalama bir uzmanın bilgisinin ” kriter olarak alınması; maddedeki mevcut hükmün, “ yeniliği ortadan kaldırmayan açıklamalar ” olarak diğer benzeri açıklamalarla bir arada düzenlenmesi; alenileşmeyi sağlayan açıklama türleri olarak sadece “ çoğaltım veya hasat materyallerinin, koruma için yapılan başvurudan belli bir süre öncesine kadar satım vb. bir yolla işletilmemiş olması ” nın değil, tüm açıklama şekillerinin kabulü gereklidir. Bunun yanı sıra, 7. maddedeki farklılık şartının da, amacına uygun olarak, gelişme gösterme şartını ortaya koyacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Hükümde belirtilen “ açıkça ayırt edilebilir

107 *Odman Boztosun*, s. 98 dn. 106 ve 107.

düzeyde farklı olma ” şartı ise, özellikle ayırtedilebilir ibaresi nedeniyle muğlâk bir şarttır. Bu kriterin somutlaştırılması gerekmektedir.

Yenilik, kısaca, koruma talep edilen bitki çeşidinin, daha önce doğada bulunmaması[108], kimse tarafından bilinmiyor olmasıdır. Alenileşmeye neden olan açıklama şekilleri, yeniliği kaldırmayan açıklamalar, incelemeye esas alınan zamanın belirlenmesine ilişkin esaslar, kıyaslamayı yapacak kişi ve kıyaslamada dikkate alınacak kitle yönlerinden genel esaslar, kanaatimizce, ıslahçı hakları için de geçerlidir.

Hukukumuzda, genel olarak yukarıdaki esaslar benimsenmiştir.

II. Yenilik Kavramının Açıkça Belirtilmediği Türler

a. Eser

Eser haklarında, hâlihazırda, sadece orijinal olma yahut sahibinin hususiyetini taşıma şeklinde ifade edilen bir koşulun karşılanması, koruma için yeterli kabul edilmektedir. Eserlerin oluşumundan, bu kapsamdaki fikrî ürünlerin çeşitlerinin fazlalığından, tarihi sebeplere kadar geniş bir sebepler yelpazesinin sonucunda, gerek mevzuat gerekse doktrinde “eserlerin koruma koşullarının asgari seviyede tutulması” yaklaşımı, bu kapsamda yeni sonuçların yahut ilk olmanın değil, ferdi yaratmaların korunduğu gerekçesiyle, yeniliğin aranmayacağı görüşü hâkim bulunmaktadır[109]. Bu nedenle, hâlihazırda, mevzuatlarda, eser ve bağlı hakların korunma şartı olarak yenilik koşuluna yer verilmemektedir. Haliyle, bir yenilik incelemesi de yapılmamaktadır. Ancak, bu sebeplerin hiçbiri, korumayı hak edecek bir fikrî ürünün taşıması gereken niteliklerin ve bu kapsamda yeniliğin aranması; toplumun geliştirilmesi, fikrî ürün sahibinin teşvik edilmesi, hak sahibinin menfaatleri - toplum menfaatleri dengesinin sağlanması gereklerini ortadan kaldırmamaktadır.

Yenilik, kısaca hakka konu olan eserin (bağlı haklarda icranın veya tespitin), koruma talep edilen haliyle bilinmiyor veya ilk kez ortaya

108 *Bouchoux*, s. 310.

109 *Bently / Sherman*, s. 88; *Bouchoux*, s. 169; *Schechter / Thomas*, s. 22 vd.; Aynı yönde *Torremans*, s. 178; *Tekinalp*, s. 99; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 84; Karş. *Öztan*, s. 96 - 99.

konulmuş olması yahut da bilinenlerden basit değişiklikten öte farklı olması anlamı taşımalıdır.

Koruma için hâlihazırda tescil (başvuru) şartı bulunmadığı için[110], eser hakları yönünden, rüçhan hakkı veya yeniliği kaldırmayacak açıklama süreleri de söz konusu olamamakta; eserin topluma arz tarihi, korumanın başlangıç tarihi ve dolayısıyla yeniliğin belirlenmesinde esas alınan tarih olmaktadır. Kanaatimizce, bu durum ve koruma süresinin patent, tasarım gibi diğer fikrî mülkiyet haklarına nazaran daha uzun tutulmuş olması; niteliksiz bir koruma ile mağdur edilen gerçek eser sahiplerinin mağduriyetlerinin, bir parça olsun hafifletilmesi düşüncesinin ürünüdür ki, niteliksiz korumaya neden olan mevcut yaklaşımın doğru olmadığının ikrarı anlamına da gelmektedir. Bu hakların tescile tabi olmamasının kabul edilebilir bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu haklarda da bir yandan tüm kriterler aranarak sadece hak eden ürünlere koruma sağlanması, yani korumanın nitelikli kılınması buna karşılık, tescil zorunluluğu getirilmesi, bağlı olarak rüçhan ve yeniliği kaldırmayan açıklama sürelerinin tespit edilmesi, yenilik incelemesinde başvuru veya rüçhan tarihinin esas alınması ve yeniliği kaldırmayan açıklama süresi de dikkate alınarak yenilik hakkında karar verilmesi gerekir.

Bir an için, eserin koruma şartlarını taşıyıp taşımadığı incelemesinin zorluğu, tescilin zorunlu olmamasına gerekçe gösterilebilirse de, tasarım vb. haklarda olduğu gibi, şekli inceleme sonucunda tescil edilmek ve 3. kişilere koruma şartlarının bulunmaması nedeniyle itiraz ve hükümsüz kıldırma imkânları tanınmak suretiyle, bu zorluk ortadan kolaylıkla kaldırılabilecektir.

b. Entegre Devre Topoğrafyası

Topoğrafyaların Korunmasına ilişkin olarak Trips Anlaşması' nın ve EntDevK.' nun temelini oluşturan Washington Anlaşması' nın 3 / 2 - a maddesinde, topoğrafyanın korunmasının şartlarından biri olarak, " tasarlama sırasında entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları arasında bilinmiyor olma " düzenlenmiştir. Bu maddenin başlığı her ne kadar " orijinallik " olsa da, maddede, hem orijinallik ayrı

110 *Colston / Middleton,* s. 261.

bir şart olarak belirtilmiş; hem de orijinallik " kişinin kendi fikrî çabasının sonucu olması " şeklinde ayrıca açıklanmıştır. Ancak, orijinalliğin anlamı yukarıdaki bilinmeme şartını kapsamamaktadır. Dolayısıyla bunun, orijinalliğin kapsamı dışında bir şart olduğu, ayrı bir şeyi ifade ettiği açıktır. Yukarıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere " bilinmiyor olma ", tüm fikrî mülkiyet haklarında yeniliği ifade etmektedir.

Bu düzenleme dikkatle incelendiğinde, hükümle patent hakkındakine benzer bir yenilik incelemesi hedeflendiği, ancak çok kötü kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Bu durum, yenilik incelemesinde kullanılan, " incelemeye esas alınan zamanda bilinmeme gerekliliği "nin, " tasarlama sırasında " şeklinde; " incelemede esas alınan alandaki ortalama uzman "ın da, " entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları " şeklinde ifade edilmesinden anlaşılmaktadır. Düzenlemede, iki objektif kriter konulmasının hedeflendiği, ancak, mevcut bu düzenlemenin hem eksik hem de yanlış olduğu görülmektedir.

Yenilik, kısaca entegre devre topoğrafyasının alenileşmemiş olmasıdır. Öncelikle, topoğrafya hakkının tanınabilme şartları arasına bir yenilik şartı konulması ve orijinallik başlığı altında düzenlenmiş bulunan " entegre devre topoğrafyasının bilinmiyor olmasının ", yenilik şartı olarak belirlenmesi gerekir. Orijinallik, fikrî mülkiyet hukukunda, sahibinin hususiyetini taşıma şeklindeki farklı bir anlam ve işlevi daha yüklenmiştir ki bu anlam, topoğrafyanın kişinin kendi fikrî çabasının sonucu olması şeklinde ifade edilmektedir (Washington Anl. m. 3 / 2 – a).

Washington Anlaşması'nda, incelemeye esas alınan zamanda bilinmeme gerekliliğinin, " tasarlama sırasında " şeklinde; bilinmemede esas alınan alandaki ortalama uzmanın, " entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları " olarak; incelemede dikkate alınacak coğrafi kapsamın da " dünyanın herhangi bir yerindeki açıklamanın yeterli olduğu (m. 7 / 1)" şeklinde belirtilmesi karşısında, mutlak yeniliği hedeflediği anlaşılmaktadır. Ancak, mutlak yenilik şartı için, düzenlemelerdeki yukarıda belirtilen yanlışlıkların giderilmesinin yanı sıra; başvuru, rüçhan veya yeniliği etkilemeyen açıklama tarihinden önce alenileşmiş tüm bilgilerin, yeni kabul edilmeyeceğinin hüküm altına alınması gerekir. Bunun için öncelikle,

alenileşmiş bilgilerin sadece " entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları " tarafından bilinenlerle sınırlandırılmasının kaldırılması şarttır.

Yeniliğin incelenmesinde, topoğrafya, tekniğin, koruma talep edilen zamandaki durumuna ait olan bilgilerle karşılaştırılmalıdır. Topoğrafyanın karşılaştırılan konusu, koruma talep edilen " entegre devrenin yerine getirdiği elektronik işlevleri tanımlayan bilgilere, bunları gerçekleştiren devre ve şekillerine " göre belirlenmelidir.

Mehaz düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alınmış olması nedeniyle, yukarıda yaptığımız açıklamalar hukukumuz yönünden de geçerli olmaktadır.

c. Marka

Marka hakkında da, tescili talep edilen markanın, daha önceki bir marka ile aynı yahut benzer olmaması, mevcutlardan farklı olması niteliği aranmaktadır (40 / 94 sayılı AB. Direktifi m. 7 / 1 - b; MarKHK. m. 7 / 1 – b) ki bu yenilik kriteriyle aranan mevcutlardan nitelikli farklı olma özelliğinden başka bir şey değildir. Mevcutlardan farklı olan, aynısı yahut benzeri olmayan bir markanın yeni olduğu izahtan varestedir. Bir an için, " bu şartın sadece ' daha önce tescil edilmiş ' markalarla aynı yahut benzer olmama şeklinde olduğu " eleştirisi akla gelse de, daha önce üstün hak sağlamış tescilsiz markaların da, aynı yahut benzer olma nedeniyle tescil engeli oluşturması karşısında, aynı sonuca ulaşılmaktadır. Yine, "daha önce mevcut olan bir markanın, tescilli olmadığı bir mal veya hizmet sınıfında tescilinin istenmesi halinde, daha önce işaret olarak mevcut olan bir markanın var olduğu dolayısıyla yeni olmadığı" düşünülebilirse de, burada, markanın daha önce var olmadığı bir sınıfta oluşmasının, yeniliği sağlaması nedeniyle sonuç değişmemektedir.

Buna karşılık, marka hakkında, tüm yararlanma şekilleri açısından ilânihaye koruma esasının benimsenmiş olması nedeniyle, yenilik kriterinin en önemli işlevi olan, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme işlevinde kullanılamadığı görülmektedir. Koruma süresinin sınırlandırılmadığı bir kabul de, sürenin başlangıcının tespitine de (çifte hak sahipliğini önleme dışında) gerek kalmamaktadır. Bu işlevde

kullanılmama nedeniyle, işlevin gerektirdiği genel yenilik esasları da, marka hakkında geçerli olamamakta, örneğin sınırlı bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi belirlenememektedir. Kriter, sadece çifte hak sahipliğini önleme işleviyle ve bu çerçevedeki uygulamalarla sınırlı olarak kullanılabilmektedir.

Markada da önceki markalardan esinlenmek söz konusu olabilir. Ancak, bu esinlenme miktarı, markayı diğerlerinden belli bir düzeyde farklı kılmıyorsa, marka öncekinin aynı veya basit farklılık düzeyindeki değişik hali ise, marka başvurusunun reddine neden olmaktadır. Doktrinde, markalar yönünden yenilik ve gelişme basamağı kavramlarına yer verilmemiş olması, markalar yönünden yenilik ve gelişme unsurlarının aranmadığı veya gerekmediği anlamına gelmez. Örneğin, patentlerde uygulandığı şekilde, nicelik ve nitelik yönlerinden farklılık ayrımı, tüm fikrî mülkiyet haklarına uygulanma kabiliyetine sahiptir. Markalar yönünden bu ayrım, markanın sahip olduğu ayırt ediciliği sağlayan unsurunun, nicelik yönünden önceki markalardan farklı olması halinde markanın yeniliği; bu unsurun, nitelik yönünden önceki markalardan korunmayı hak edecek düzeyde farklı olması halinde ise, gelişme gösterme özelliğine sahipliği şeklinde ortaya çıkar. Bu durumu somutlaştırmak gerekirse, marka, önceki markanın tüm unsurlarını aynen taşıyorsa markanın aynı olduğu, yenilik ve gelişme basamağı taşımadığı dolayısıyla korunamayacağı sonucuna varılacaktır. Marka, önceki markanın ayırt edici unsurundan nitelikli farklılık taşıyorsa, markanın yeni olduğu sonucuna varılacak ve farklılığın " niteliğinin düzeyi " incelenecektir. Eğer bu farklılık, nitelik itibariyle de, tekel hakkının tanınmasının hakkaniyete uygun kabul edilebileceği bir düzeyde ise yani topluma ayırt etme kabiliyetine sahip bir işaret kazandırma (gelişme gösterme) koşulunu karşıladığı ve dolayısıyla korunabileceği sonucuna varılabiliyorsa tescil edilecektir. Eğer bu farklılık, nitelik itibariyle, ayırt etme kabiliyetine sahip olma düzeyinde değilse; örneğin, önceki markanın itibarına zarar veriyor veya ayırt edici karakterini zedeliyorsa, markanın gelişme basamağı taşımadığı, önceki marka ile ayırt ediciliği bulunmadığı ve dolayısıyla korunamayacağı sonucuna ulaşılacaktır.

Günümüz marka hukukunda, yenilik incelemesi olarak adlandırılmasa da, marka hakkının öne çıkan niteliği nedeniyle, alenileşmiş bilgiler " önceki tescilli veya başvurusu yapılmış marka " olarak ifade edilmekte ve yenilik incelemesi ayırt edicilik yönünden bu bilgilerle kıyaslama şeklinde yapılmaktadır. Bu düzenleme de, fikrî mülkiyet hukukunun genelinde yenilik incelemesinin işlevlerinden biri olan, bir markanın (fikrî ürünün) tek sahibi olması yani çifte hak sahipliğinin önlenmesi için getirilmiş bir hükümdür[111]. Yine, diğer fikrî mülkiyet haklarında olduğu gibi, önceki açıklamadan (ki bu genellikle ticari hayatta kullanım olarak ortaya çıkar) kaynaklanan haklar da korunmuştur. Görüldüğü üzere, marka tescil sürecinde yapılan bu inceleme, amaç ve sonuçları itibariyle, diğer fikrî mülkiyet haklarında söz konusu olan yenilik incelemesinden farklı bir inceleme değildir. Bazı ayrıntılarında farklılık olması, yenilik koşulunun ve incelemesinin bulunmadığı sonucunu doğurmaz. Diğer fikrî mülkiyet haklarında da, - kendilerine has özelliklerinden kaynaklanan - ayrıntılarda farklılıklar mevcuttur.

Yukarıda belirtilen düzenlemelerin aynen benimsenmesi neticesinde, yaptığımız açıklamalar, Hukukumuz yönünden de geçerli olmaktadır.

d . Coğrafi İşaret

Fikrî mülkiyet doktrininin, yenilik niteliğine ilişkin görüş belirtmediği bir diğer hak da, coğrafi işaret hakkıdır. Oysa yenilik niteliği, mahreç işaretleri başta olmak üzere, coğrafi işaretlerin varlığının gereği olarak, özünde bulunması zorunlu bir niteliktir. Hakkın esaslı noktasını ürünlere katılan ve bölgeden kaynaklanan bir özellik teşkil etmektedir. Ayırdediciliğin sağlanabilmesi için, bu özelliğin daha önce, aynı veya benzeri ürünlerde bilinmeyen (bu üründeki haliyle bulunmayan), kullanılmamış bir özellik olması şarttır ve bu da yenilik özelliğine tekabül etmektedir. Coğrafi işaret de,

111 Aynı yönde *Bilgişin, Ş. M.* : Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul, 1950, s. 206; *Ayhan / Özdamar / Çağlar,* s. 182; *Poroy, R. / Tekinalp, Ü.* : " Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar ", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Anısına Armağan, Ankara, 1990, s. 336, 339; *Yasaman / Altay / Ayoğlu / Yusufoğlu / Yüksel,* C. I, s. 185, 227; *Kaya, A. (Ülgen, H. / Teoman, Ö. / Helvacı, M. / Kendigelen, A. / Nomer Ertan, N. F.),* Ticari İşletme Hukuku, 3. b., İstanbul, 2009, s. 374; *Oytaç, K.* : Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul, 2002, s. 85; Yargıtay 11. HD. 26. 05. 2000 tarih 2000 / 2762 E. 2000 / 4717 K.; Karş. *Bently / Sherman*, s. 804.

koruma hakkını sağlayan zihinsel faaliyet, o coğrafi bölgenin doğal veya kültürel yönden ürünleriyle özdeşleşmiş belirgin bir özelliğini tanıtma, bölgenin ürünlerini diğerlerinden ayırt etmekte kullanma düşüncesidir[112]. Toplum tarafından bilinip bilinmemeye esas teşkil edecek olgu da, bölge değil, bölgeden kaynaklanan bir özellikle ürünlerin özdeşleşmesi ve bunun bölge ürünlerini ayırt edici bir işaretle ortaya çıkmasıdır.

Ayrıca, günümüz coğrafi işaret hukukunda, her ne kadar yenilik incelemesi olarak adlandırılan bir inceleme ve böyle bir şarta rastlanmasa da, bazı hukuki metinlerde, yenilik incelemesinin kapsamına giren hususlar, korumanın reddi sebebi olarak belirtilmektedir. Örneğin, "menşei ülkelerde korunmayan veya koruması sona ermiş veya kullanılmayan adlar ve işaretlerin " tescil edilmeyeceği düzenlemesi (Trips Anl. m. 24 / 9; CoğişKHK. m. 5 / e), her ne kadar başka bir saikle mevzuatta yer almışsa da, yenilik kapsamındaki bir husustur. Koruması sona ermiş veya kullanılmayan adlar ve işaretlerin, daha önceden coğrafi işaret olarak kullanıldıkları ve dolayısıyla toplumca bilindikleri yani yenilik niteliği taşımadıkları ortadadır. Bu halde, çifte hak sahipliği söz konusu olmamasına rağmen, toplumun fikrî ürünü serbest kullanma hakkının süresiz ortadan kaldırılması söz konusudur.

Coğrafi işaret haklarındaki mevcut düzenleme ve uygulamalara göre, bir yenilik incelemesi yapılmamakta, yeniliği ortadan kaldıracak, önceki kullanım vb. den ötürü, 3. kişilere itiraz imkânı da tanınmamaktadır. Ancak, mevzuat yahut doktrinde, coğrafi işaret yönünden yenilik kavramına yer verilmemiş olması, coğrafi işaretler yönünden yenilik unsurunun aranmadığı veya gerekmediği anlamına gelmez. Bu hakların temel niteliklerini taşıması gereken tüm türlerde olduğu gibi, coğrafi işaretin de, amacın gerçekleşmesi için temel nitelikleri taşıması; bunların var olup olmadığına yönelik incelemelerden yenilik incelemesinin yapılması şarttır.

CoğİşKHK.'da da yenilik şartına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

112 Aynı yönde *Ayhan, R.* : Ticari İşletme Hukuku, 2. b. , Ankara, 2007, s. 411; *Bently / Sherman*, s. 963.

e . Ticaret Unvanı

Ticaret unvanının asli işlevinin tacirleri " ayırt etmek " olması karşısında, bu işaretlerin de, işlevini yerine getirebilmesi için, markalarda olduğu gibi, kendine özgü unsurlar taşıması gerekir. Kendine özgü unsur, niteliği gereği ilk kez bu unvanla ortaya çıkacağından, daha önceki ticaret unvanlarından farklı olacaktır. Yenilik incelemesi de, ticaret unvanının, daha önce toplum tarafından bilinen unvanlardan, belli bir düzeyde farklı olup olmadığı incelemesidir. Ticaret unvanının, aynı koruma çevresinde diğer ticaret unvanlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olması[113] ve bunun için gerektiğinde ek yapılması zorunluluğu, ticaret unvanının da önceki unvanlardan bir farklılık taşımasının yani yeniliğin arandığını ortaya koymaktadır.

Buna karşılık, ticaret unvanı hakkında, ilânihaye koruma esasının benimsenmiş olması ve hukuk güvenliğinin gereği bunun bir zorunluluk teşkil etmesi nedeniyle, yenilik kriterinin, en önemli işlevi olan, koruma süresinin toplum aleyhine uzamasını engelleme işlevinde kullanılamadığı görülmektedir. Koruma süresinin sınırlandırılmadığı bir kabul de, sürenin başlangıcının tespitine de (çifte hak sahipliğini önleme dışında) gerek kalmamaktadır. Bu işlevde kullanılmama nedeniyle, işlevin gerektirdiği genel yenilik esasları da, ticaret unvanı hakkında geçerli olamamakta, örneğin sınırlı bir yeniliği kaldırmayan açıklama süresi belirlenememektedir. Kriter, sadece çifte hak sahipliğini önleme işleviyle ve bu çerçevedeki uygulamalarla sınırlı olarak kullanılabilmektedir.

f. İşletme Adı

İşletme adının, sahibi tarafından tescil ettirilmek zorunluluğu[114] ile aynı koruma çevresinde diğer işletme adlarından açıkça ayırt edilebilecek

113 *Bilgişin*, s. 184; *Hirş*, Fikrî Say I, s. 11; *Arslanlı, H.* : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 3. b., İstanbul, 1960 (Ticaret), s. 88; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 151.

114 *Erem, T. S.* : Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul, 1958, s. 193 vd.; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 166; *Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan)*, s. 336 vd.; s. 153; Karş. *Hirş, E. E.* : Ticaret Hukuku Dersleri, 2. b, İstanbul, 1946 (Ticaret), s. 149; *Arslanlı*, Ticaret, s. 78; *Edgü, E.* : Ticaret Hukuku I, Ankara, 1964, s. 98 vd.; *Karayalçın, Y.* : Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 397 vd.; *Arkan, S.* :Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Ankara, 2009 (İşletme), s. 264.

bir şekilde olmaları[115] gerekliliği, bu haklarda da yenilik özelliğinin arandığını ortaya koymaktadır. Bu haklara ticaret unvanlarına ilişkin hükümlerin uygulanması nedeniyle ticaret unvanına ilişkin açıklamalar, bu haklar için de geçerli olmaktadır[116].

D. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KURULMASINA VE SAHİPLİĞİNE ETKİLERİ

Hâlihazırda, fikrî mülkiyet haklarından sadece patent, tasarım ve ıslahçı haklarında yenilik bir koruma koşulu olarak yer almaktadır. Marka, coğrafi işaret ve entegre devre topoğrafyası haklarında ise, başka kavramlarla ifade edilmekle birlikte, yenilik incelemesinin işlevi yerine getirilmektedir. Ancak, yenilik koşulu olarak belirtilse de belirtilmese de, yenilik kavramına kapsamına giren koşulun bulunmaması, bu hakların kurulmasına (tescile) ve hak sahipliğinin doğumuna engel olmaktadır. Patent, marka, coğrafi işaret ve ıslahçı haklarında yenilik kavramı kapsamına giren koşul re'sen incelenirken (PatKHK. m. 54 / II, MarKHK. m. 32, CoğİşKHK. m. 9, YBitK. m. 35), tasarımlarda ancak itiraz üzerine (EndTasKHK. m. 37, 38), entegre devre topoğrafyası haklarında ise, ancak mahkemede bir hükümsüzlük davası açılması halinde (EntDevKan. m.16, 19) inceleme yapılmaktadır.

E. YENİLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE ETKİLERİ

Korunma için yenilik niteliğine sahip olması gereken bir fikrî ürün, yenilik niteliğine sahip değilse korunamayacak, incelemesiz sistemin sonucu olarak vb. koruma altına alınmışsa, hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır[117].

115 *Arslanlı*, Ticaret, s. 78 dn. 2; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 166; *Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan)*, s. 337; Karş. *Arkan*, İşletme, s. 264.

116 *Erem*, s. 193 vd.; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 167; *Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan)*, s. 336 vd.; Karş. *Hirş*, Ticaret, s. 149; *Arslanlı*, Ticaret, s. 78; *Edgü*, s. 98 vd.; *Karayalçın*, s. 397 vd.; *Arkan*, İşletme, s. 264.

117 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 443.

Halihazırda, sadece, yeniliğin hakkın doğmasının bir şartı olarak öngörüldüğü haklar (patent, tasarım ile ıslahçı hakkı) ile başka kavramlarla ifade edilmekle birlikte, yenilik incelemesinin işlevinin yerine getirildiği marka, coğrafi işaret ve entegre devrelerin topoğrafyası haklarındaki ilgili koşulların fikrî üründe bulunmaması, bir hükümsüzlük sebebi teşkil etmektedir (PatKHK. m. 129 / 1, 165 / I; MarKHK. m. 42 / I - a, b; EndTasKHK. m. 43; CoğİşKHK. m. 21 / I - a, YBitK. m. 52 / I - a; EntDevKan. m. 19 /I). Eser haklarında ise, yenilik şartı olarak adlandırılmasa da, yeniliği de kapsar tarzda kullanılan orijinallik koşulunun bulunmaması da hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiştir (FSEK. m. 1 / a, b, ı, 13). Hükümsüz sayılma, - eser hakkı hariç - hakkın ve dolayısıyla korumanın sona ermesi anlamına gelir.

§4.FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KAVRAMI

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik kavramına, hâlihazırda, sadece fikrî ürünün korunması için açıkça şart olarak öngörüldüğü eser ve topoğrafya haklarında yer verilmektedir. Her ne kadar, Trips Anlaşması'nın 25. maddesinde, " tasarımın korunması şartlarından birini, yenilik veya orijinallik olarak belirleme hususunda " taraf ülkeler serbest bırakılmış ise de, ülkelerin neredeyse tamamının seçimini yenilik koşulundan yana yaptığı da görülmektedir.

Orijinallik, eserlerde, tescilsiz tasarımlarda ve topoğrafyada eserin sahibinin eseri olması[118] anlamında kullanılmakta ancak sahibinin eseri olarak kabul edileceği düzey ülkeden ülkeye göre değişmektedir[119].

118 *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68.

119 Farklı görüşler için bkz. *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82 vd.; *Torremans*, s. 178; *Bently / Sherman*, s. 88; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein, P.* : International Intellectual Property Law, Foundation Pres, New York, 2001, s. 159; *Erstling*, s. 307; *Nimmer*, Copyright 32 (1976), supra note 1 at 34 (*Oppenheimer*, s. 207'den naklen); *Dworkin*, s. 60; *Suthersanen*, s. 177.

Hukukumuzda ise, İngiliz hukukundaki, eserin sahibinin eseri olması, kopya olmaması anlamını taşıyan görüşler[120] veya Alman hukukundaki belli bir yaratıcılık bulunması anlamını taşıyan görüşler[121] olduğu gibi, " toplumun kültürünü zenginleştiren ve ona katkıda bulunan fikrî ürünlerin korumayı hak ettiği, bunun dışındaki ürünler için toplumun hürriyet alanının kısıtlanmasının haksız ve gereksiz olduğu " görüşü[122] de yer almaktadır. Doktrinde bazı müellifler, " eserleri korumak için orijinallik (eser sahibine özgülük) niteliği arandığı takdirde, eserlerin kapsamının çok daraltılmış olacağı, hususiyetin varlığı için gereken düzeyin sıradan olmama şeklinde kabul edilmesi " gerektiği fikrîndedir[123]. Doktrindeki hâkim görüş ise, " fikrî ürünün, kişinin kendine has özellikler taşıması gerektiğidir[124] ". *Arslanlı* ve *Öztan*, " *bu özelliklerin korumanın kapsamını da belirlediğini* " ifade etmektedirler[125].

Dikkatlice incelendiğinde, çoğunlukla eser haklarında yer alan bu görüşlerin tamamına yakınında, orijinallik kavramının, fikrî mülkiyet hukukunda, - olması gerektiği şekilde - sadece sözlük anlamı olan, "orijinal, özgün olma, yalnız kendine özgü bir nitelik taşıma; bir fikrî ürünün karakteristik özelliğiyle ilk kez yapılması; fikrî ürünün, sahibine has özellikler taşıması" anlamında ve " gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis " işlevinde kullanılmadığı görülmektedir. Bunun yerine, kendi işlevinin yanı sıra, yenilik kriterinin ve - daha da önemlisi- fikrî mülkiyet hukuku anlamında eser vasfının kazanılması, " tekel niteliğindeki hakla

120 *Tekinalp*, s. 99.

121 *Arslanlı*, s. 67; *Ayiter*, s. 44, 45 (Müellif, bu hususta " hususiyetin, Kummer'in ' tek olmak ' ifadesindeki haliyle anlaşılması gerektiği, ispat yükünün, ' Fikrî ürününün eser olduğunu ' iddia eden kişiye bırakılması gerektiği " düşüncesindedir.); *Öztan*, s. 92; *Yarsuvat, D*. : Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3. b., İstanbul, 1984, s. 53; *Nal / Suluk (Karahan / Saraç*), s. 36.

122 *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Erel*,, s. 32; Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2006/929 E. 2007/8748 K

123 *Tekinalp*, s. 100.

124 *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Arslanlı*, s. 67; *Öztan*, s. 92; *Ayiter*, s. 44; *Erel*, s. 32, 34; *Yarsuvat*, s. 53.

125 *Arslanlı*, s. 3; *Öztan*, s. 92; Aynı yönde *Nal / Suluk (Karahan / Saraç*), s. 34.

korunmayı hak edip etmemeyi tespit ” yani gelişme gösterme kriterinin işlevinde kullanılmaktadır[126].

Eser vasfının kazanılması, yani “ tekel niteliğindeki hakla korunmayı hak edip etmemeyi tespit ” de gelişme gösterme kriterinin kullanılmayıp sadece orijinallik kriteriyle yetinilmesi[127] ve bunun düzeyinin de kopya olmamaya kadar indirgenmesi[128], eser hakkını - hem önceki hem de sonraki fikrî ürün sahipleri için de geçerli olacak şekilde - mutlak hak olma durumundan çıkarmakta; hakkın, eserden maddi ve manevi olarak bizzat faydalanan en önemli rakibe karşı ileri sürülememesine neden olmaktadır. Bu, gerek önceki gerekse sonraki fikrî ürün sahibinin eserden gerektiği şekilde faydalanamamasını sağlamanın yanı sıra, esere ilişkin fikrî mülkiyet korumasının da etkisizleşmesine neden olmaktadır. Oysa hakların asli amacı olan toplumun gelişimini sağlama da, bu teşvike bağımlı bulunmaktadır[129]. Bu kabul, aynı hukuk kurallarına tabi olmak durumundaki “ hak etmiş ” fikrî ürün sahiplerine niteliksiz bir koruma kapsamı sağlamaktadır ki, hakların amaçlarıyla bağdaşır yanı yoktur. Bu nedenle, fikrî mülkiyet hukukunun amacına uygun olarak, fikrî ürün sahiplerine etkin bir koruma kapsamı sağlanmalı, bunun için de “ fikrî ürünün, orijinallik bağlamında, bu etkin korumayı hak edecek düzeyde kişinin kendine has özellikler taşıması ” orijinallik kriteri olarak; “ bu özelliklerin tekel hakkını hak edecek düzeyde bir gelişmeye yol açması da ” gelişme gösterme kriteri olarak aranmalıdır.

---

126 Karş. Yargıtay 11. HD. 07. 06. 2007 2006/929 E. 2007/8748 K

127 *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Suthersanen*, s. 177; *Arslanlı*, s. 67; *Tekinalp*, s. 99 vd.; *Öztan*, s. 92; *Yarsuvat*, s. 53.

128 *Saidman*, s. 319; Aynı yönde *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Saidman*, s. 319; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc, 191 F. 2d 99 (2d Cir.1951) (*Oppenheimer*, s. 209'dan naklen); ATC Distrib. Group, Inc. v. Whatever It Takes Transmission & Parts, Inc., 402 F. 3d (6th. Cir. 2005) (http://www.ca6.uscourts.gov).

129 Aynı yönde *Arslanlı*, s. 1; *Ayhan*, s. 278; *Ayiter*, İhtira, s. 22 vd.; *Kaya (Ülgen / Teoman / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan)*, s. 355; Karş. *Tekinalp*, s. 7.

Hakkın tanınma amacı dikkate alındığında, her fikrî ürünün taşıması gereken temel niteliklerden biri orijinalliktir. Orijinallik ile amaçlanan, önceki fikrî ürünlere oranla sağlanan gelişmenin, fikrî ürün sahibince meydana getirilmiş, fikrî ürün sahibinin hususiyetlerinden kaynaklanmış olmasıdır ki, gerçek fikrî ürün sahibinin emeğinin karşılığının verilmesi ile yeni fikrî ürünler meydana getirmeye teşviki ancak bu takdirde hakkaniyete uygun hale gelir. Üstelik verilen karşılığın ciddi etkileri olan bir tekel hakkı niteliğinde bulunması dikkate alındığında, terazinin diğer kefesinde yer alan fikrî ürünün, orijinallik de dâhil olmak üzere, bazı niteliklere sahip olması şart hale gelmektedir. Diğer yönden, gerçek fikrî ürün sahibinin tam olarak tespiti ile teşviki ve hak etmiş bu kişinin yerine başka bir kişinin ödüllendirilmemesi hakların amacını gerçekleştirebilmesi için bir zorunluluktur. Orijinalliğin kendi işlevinde kullanılmamasının bir diğer zararı da burada ortaya çıkmakta, "gerçek hak sahibini tespit işlevi", bazı hak türlerinde, " başvuru hakkının gaspı ", " seçenek özgürlüğü bırakmayan fikrî ürünlerin korunmaması ", " herkesin kullanımına açık fikrî ürünlerin korunmaması " vb. farklı terim ve şartlarla karşılanmaya çalışılmakta, bu nedenle gri alanlar oluşmaktadır. Oysa bu terimlerle ifade edilmeye çalışılan incelemelerin hepsi, " tekel hakkından yararlanacak kişinin söz konusu katkıyı yapan kişi olup olmaması" temelli incelemelerdir[130].

Halihazırda, fikrî mülkiyet hukukunda, tüm türler için geçerli olacak bir orijinallik tanımı yapılmamış, sadece eser ve entegre devre topoğrafyası haklarında bir koruma koşulu olarak açıkça aranmış[131], tasarım hakkında ise, Trips Anlaşması'nda, taraf devletler, koruma için yenilik veya orijinallik koşulundan birini aramak hususunda serbest bırakılmıştır (m. 25). Bu kullanımlarda da, entegre devre topoğrafyası ve tasarım hakkında, orijinallik kavramı, yenilik koşulu ile karıştırılmış ve neyin hedeflendiği belli olmayan

130 Karş. *Kılıçoğlu, A.* : Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara, 2006, s. 117.

131 FSEK. m. 1 [Düzenlemede açıkça orijinallik kavramı kullanılmak yerine, (Kanunu hazırlayan Heyet'in Başkanı Ord. Prof. Dr. *Hirş* tarafından) aynı anlamda kullanıldığı belirtilen " sahibinin hususiyetini taşıma " koşulu aranmıştır.]; Washington Anlaşması m. 3 / 2 - a; EntDevKan. m. 4.

bir şekilde yer almakta[132]; eser hakları mevzuat ve doktrininde[133] ise, yenilik, gelişme gösterme ve orijinallik koşullarının tümünün yerine kullanıldığı ve kapsamının da sözlük anlamından dahi düşük seviyede olduğu görülmektedir.

Diğer hakların çoğunda, bir şekilde gelişme gösterme kriterine yönelik inceleme yapılması ve fiilen orijinallik kriterine ihtiyaç bulunmadığı iddia edilebilirse de, orijinallik kriterinin aranması ve "gerçek hak sahibinin kimliğini teşhis" işlevinde kullanılan diğer kavramların bunu ifade etmesi, fikrî mülkiyet haklarının standardizasyonu ve amaca uygunluğu için şarttır.

Fikrî mülkiyet hukukunda orijinallik kavramı, " her fikrî mülkiyet hakkı türünde, o türde ön plana çıkan unsur yönünden, fikrî ürünün koruma talep edilen farklı özelliklerinin, fikrî ürün sahibince meydana getirilmiş, o kişiye has olmasıdır " şeklinde tanımlanabilir.

A. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KRİTERİ (FARKLILIĞIN FİKRİ ÜRÜN SAHİBİNE HAS ÖZELLİK OLMASI)

Orijinallik kavramı, fikrî mülkiyet haklarının çoğu türünde, ayrı bir şart olarak zikredilmemişse de, orijinalliğin arandığı ve bu kavram ile ulaşılmak istenen amacın aynı olduğu görülmektedir. Bu amaç da kısaca, hakka konu fikrî ürün olarak ortaya çıkan gelişmenin, - yani daha önce toplum tarafından bilinen, toplum yönünden alenileşmiş bilgilerden farklılığın - fikrî ürün sahibine has bir özellik olması, kişinin kendi fikrî çabasının sonucunda oluşmasıdır[134]. Orijinallik incelemesinde, " fikrî üründeki farklılığın herkesçe yapılabilecek bir şey olup olmadığı, kaynağını fikrî ürün sahibinin kişiliğine

132 Washington Anlaşması m. 3 / 2 – a; EntDevKan. m. 5; Trips Anl. m. 25.

133 Bern Anl. m. 2; FSEK. m. 1; *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Suthersanen*, s. 177; *Tekinalp*, s. 99; *Arslanlı*, s. 67; *Öztan*, s. 92; *Yarsuvat*, s. 53; *Kılıçoğlu*, s. 114 (Müellif, " ' sahibinin hususiyetini taşıma' koşulunun yeniliği ifade ettiği görüşündedir.).

134 *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Arslanlı*, s. 6,7; *Öztan*, s. 92; *Ayiter*, s. 44; *Yarsuvat*, s. 53; *Erel*, s. 27; *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211'den naklen); Karş. *Kılıçoğlu*, s. 115 vd.

has özelliklerden alıp almadığı " araştırılmaktadır[135]. Bu nedenle, doğal olarak, daha önce başka kişilerce yapılabilmiş şeyler dikkate alınmakta, fikrî ürün sahibinin bunun dışındaki katkıları tespit edilmektedir[136]. Bunun da ancak daha önce bilinenlerle kıyaslanarak yapılabilecek olması karşısında; orijinal olup olmama, yani fikrî ürün sahibine has bir özellik olup olmadığı, zorunlu olarak daha önceki fikrî ürünlerle kıyaslama yapılarak belirlenebilmektedir. Alenileşmeye ilişkin hususların her iki inceleme için de geçerli olması nedeniyle, özellikle yenilik incelemesinin uygulanmasına ilişkin çoğu husus, orijinallik içinde geçerli bulunmaktadır.

İstisnaî farklılıklardan ilki, aynı alenileşmiş bilgiler üzerinde, "öncekilerden nitelikli farklılığı olup olmadığı" yönüyle yenilik incelemesi, "farklılığın fikrî ürün sahibine has olup olmadığı" yönüyle de orijinallik incelemesi yapılmasıdır[137]. Bazı haklarda, orijinallik incelemesi ile yenilik incelemesi birbirine benzeyen bu özellikleri nedeniyle, çoğu zaman tek inceleme şeklinde yapılmakta (örneğin, entegre devre topoğrafyasında olduğu gibi) veya birbirlerinin yerine diğerini de kapsar tarzda ikame edilmektedirler (örneğin, tasarımlarda[138] olduğu gibi). Fransa'da, orijinallik incelemesi, yenilik incelemesine benzer şekilde uygulanmakta; bazı hallerde eser haklarına yenilik incelemesindeki, bazen de tasarım hakkına orijinallik incelemesindeki kuralların uygulanması hallerine rastlanabilmektedir[139].

Bir diğer farklılık, önceki açıklamanın, ne zaman yapıldığı önem taşımaksızın fikrî ürün sahibi tarafından yapılmış olmasının orijinalliği ortadan kaldırmamasıdır. Ancak, fikrî ürünün yenilik gibi diğer koruma

135 *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Arslanlı*, s. 6,7; *Öztan*, s. 92; *Ayiter*, s. 44; *Yarsuvat*, s. 53; *Erel*, s. 27; *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211'den naklen); Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.; Karş. *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Suthersanen*, s. 177; *Tekinalp*, s. 99 vd.

136 Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

137 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 88; Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

138 Trips Anlaşması m. 25.

139 *Suthersanen*, s. 145.

şartlarını taşımaması nedeniyle, korunması yine mümkün olmamalı, orijinal olma sonucu değiştirmemelidir.

B. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ORİJİNALLİK KRİTERİNİN UYGULANMASI

I . Genel Olarak

Orijinalliğin sadece fikri ürünle sahibi arasındaki ilişkiyi incelemesi, bu kapsamda yeni sonuçların yahut ilk olmanın değil, ferdi yaratmaların korunması şeklindeki mevcut yaklaşım [140] nedeniyle, gerek mevzuat gerekse doktrinde orijinalliğin ne zaman, ne şekilde, kim tarafından, kim dikkate alınarak aranacağına dair görüş bulunmamaktadır[141]. Sadece fikri ürünün sahibince meydana getirilmiş olmasına odaklanıldığı için, sahibinin meydana getirdiği anın orijinalliğin arandığı an olarak[142] kabul edildiği sonucuna zorunlu olarak ulaşılmaktadır.

II. Orijinalliğin Aranacağı Zaman

Fikrî mülkiyet hukukunda, hâlihazırda, orijinalliğin açıkça arandığı haklar dışında, orijinalliğin aranacağı zamana ilişkin bir ifade mevzuatlarda ve doktrinde yer almamaktadır. Açıkça belirtilen haklarda da, genellikle fikrî ürünü meydana getirme anının, orijinallik incelemesine esas alınacağı görüşü bulunmaktadır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, "bilinmemeye esas alınan zaman", hiçbir fikrî mülkiyet hakkında " fikrî ürünü meydana getirme anı " değildir ve olamaz. Topluma katkı karşılığı verilen haklarda, önem taşıyan husus, bu fikrî ürünün toplumca bilinmekte olup olmamasıdır[143]. İkincisi, fikrî ürün sahibinin korunma ihtiyacının

140 *Hirş*, Fikrî Say II, s. 12; *Arslanlı*, s. 6,7; *Öztan*, s. 92; *Ayiter*, s. 44; *Yarsuvat*, s. 53; *Erel*, s. 27; *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211'den naklen); *Bently / Sherman*, s. 88; Karş. *Cornish / Llewelyn*, s. 388, 558, 566; *Bainbridge*, s. 37; *Tritton*, s. 188; *Colston / Middleton*, s. 261; *Phillips / Firth*, s. 142; *Laddie / Prescott / Vitoria / Speck / Lane*, C. I, s. 82; *Torremans*, s. 178; *Fellner*, s. 68; *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Suthersanen*, s. 177; *Tekinalp*, s. 99.

141 Aynı yönde *Öztan*, s. 97; *Nal / Suluk (Karahan / Saraç*), s. 35.

142 Topoğrafya hakkı için bkz. Washington Anl. m. 3 / 2 - a; *Bainbridge*, s. 578; *Erstling*, s. 342; Eser hakları için bkz. *Ayiter*, s. 105; *Kılıçoğlu*, s. 123. Karş. *Öztan*, s. 102.

143 Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2005/680 E. 2006/3049 K.

doğabilmesi için, üçüncü kişilerin bu hakka zarar verebileceği bir ortamın doğması şarttır ki[144], bu da ancak fikrî üründen haksız surette yararlanma imkânının doğması yani toplumun bunu öğrenmesiyle mümkün olur. Üçüncüsü, gelişme sağlayıcı bir fikrî ürün ortaya koyan kişiyi, bunu en kısa sürede toplumla paylaşmaya zorlayıcı hükümler, hakların toplumsal gelişmeyi sağlama amacına da uygun gözükmektedir[145]. En önemlisi, hukuk güvenliği ilkesinin zorunlu bir gereği olarak, bir hakkın ihdası için gereken tarihler muğlâk bir şekilde bırakılamaz. Oysa fikrî ürünü meydana getirme anı, sadece fikrî ürün sahibinin bilebileceği, istismara çok açık ve fikrî ürün sahibinin kendi ihtiyârıyla belirleyebileceği herhangi bir tarih olabilmeye müsaittir. Tüm bu nedenlerle, orijinalliğin aranacağı zaman, kanaatimizce, tescile tabi bir hak bile olsa, fikrî ürünün topluma sunulduğu tarihtir[146]. Burada, yenilik incelemesine esas alınan zamandan bir farklılık oluşmaktadır. Bu da yapılan incelemenin, ortaya konulan farklılığın daha önce bilinmekte olup olmadığına ilişkin yenilik incelemesi değil, bu farklılığın fikrî ürün sahibine has olup olmadığı orijinallik incelemesi olmasından kaynaklanmaktadır.

III. Fikri Ürünün Orijinallik Yönünden Kıyaslanacağı Bilgiler

Orijinallik incelemesinde de, kural olarak incelemeye esas alınacak tarihten önce, yazılı veya sözlü biçimde, kullanım yoluyla ya da herhangi bir şekilde yapılan açıklama suretiyle, toplumca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş bilgiler ile ilgili alandaki ortalama bir uzmanın sahip olduğu genel uzmanlık bilgileri, orijinallik incelemesinde dikkate alınmalıdır[147]. Fikrî mülkiyet hakkı tanınmasının asli amacı olan, toplumun bilgi birikimini zenginleştirmenin gerçekleşebilmesi için, mevcut birikime bir katkının olması ve bu katkının fikrî ürün sahibinin hususiyetinden kaynaklanması gerekeceğinden, kıyaslama, mevcut bilgiler dikkate alınarak yapılacaktır[148]. Bu yüzden, alenileşmeyi sağlayan açıklama şekillerine ilişkin yenilik

144 Karş. *Bently / Sherman*, s. 29.

145 Aynı yönde *Bouchoux*, s. 304.

146 Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 23. 03. 2006 2005/680 E. 2006/3049 K; Karş. *Erstling*, s. 307.

147 Aynı yönde *Colston / Middleton*, s. 432.

148 Karş. Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

bölümündeki açıklamalar, kural olarak orijinallik açısından da geçerliliğini korumaktadır.

Ana kural bu olmakla birlikte, başvuru hakkının gasbı gibi hallerde karşılaşılabileceği üzere, alenileşmemiş bilgilerin de orijinalliği kaldırması mümkün olabilir. Ancak bu takdirde, gerçek hak sahibi olan kişinin, bu vasfını, başvuru sahibine has bir özelliğin bulunmadığını, bu kişinin fikrî ürünü kendisinden elde ettiğini ve istismarı ispatlaması gerekecektir. Bu durumda, alenileşmiş bilgilerin orijinalliği kaldırması ve toplum menfaati nedeniyle hakların hükümsüz kılınmasından farklı olarak, alenileşmemiş bilginin orijinalliği kaldırması ve hükümsüzlükte toplum menfaati bulunmaması nedeniyle, sadece hak sahibinin değişmesi söz konusu olmaktadır.

IV - Kıyaslamanın Yapılacağı Coğrafi Kapsam

İstisnaî hallerde alenileşmemiş bilginin orijinalliği kaldırması dışında, kural olarak başvuru tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde ve herhangi bir şekilde, kamuoyunca ulaşılabilir hale getirilen yani alenileşmiş fikrî ürünlerde yer alan kişiye has özellikler, fikrî ürünün orijinal sayılmasına engel olmalıdır[149].

V. Kıyaslamayı Yapacak Kişi

Fikrî mülkiyet hukukunda, orijinallik incelemesini kimin yapacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Gerek yenilik gerek orijinallik koşulları, tüm toplumun hürriyetini, belli bir kişi lehine sınırlayan bir hakkın tanınma koşulları olmaları nedeniyle, en azından toplumun çoğunluğunca kabul edilebilir bir inceleme ve sonucu içermek, yani objektif sonuca ulaşmak zorundadırlar. Bunun bir gereği olarak, inceleme objektif kriterlere dayalı yapılmalıdır. Yenilik bölümünde açıklandığı üzere, toplumun ortalama bilgi birikimini en ideal şekilde bilebilecek kişinin ortalama uzman olması karşısında, kıyaslamayı yapacak kişi, yenilikteki gibi ilgili alandaki ortalama uzman şeklinde belirlenmelidir[150].

---

149 Aynı yönde *Erstling*, s. 307.

150 Karş. *Kılıçoğlu*, s. 117; *Nal / Suluk (Karahan / Saraç*), s. 35; Yargıtay 11. HD. 11. 06.1980 5877 E. 3052 K.; Yargıtay 11. HD. 11. 02.2002 8275 E. 8839 K. (*Öztan*, s. 93'ten naklen); Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

VI - Kıyaslamada Dikkate Alınacak Kitle

Fikrî mülkiyet hukukunda, sadece topoğrafya hakkında, " entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcıları " tabirinin, orijinallik incelemesindeki kıyaslama da dikkate alınacak kişi anlamında kullanıldığı görülmektedir (Washington Anl. m. 3 / 2 – a)[151]. Her ne kadar, tasarım hakkındaki ayırt edicilik incelemesinde bilgilenmiş kullanıcının; marka hakkındaki ayırt edicilik incelemesinde de vasat tüketicinin dikkate alınacağı, doktrin tarafından kabul edilse de, hâlihazırda, bunun bir orijinallik incelemesi olarak ifade edilmeyişi karşısında, orijinallik incelemesindeki kıyaslama da dikkate alınacak kişiyi ifade etmedikleri görülmektedir. Bu kullanımların da, bir an için bu kişiyi ifade ettiği farzedilse bile, topoğrafya hakkındaki düzenlemede yer alan kullanım da dâhil olmak üzere hiçbir kullanım uygun değildir. Ortalama uzman dışındaki bir kişinin incelemede dikkate alınmasının, hakların amacıyla bağdaşmamasına ilişkin görüşlerimiz, orijinallik incelemesi açısından da geçerlidir, çünkü orijinallik incelemesi de, tıpkı yenilik incelemesi gibi, fikrî ürünün, hakkın ihdası için gereken şartları taşıyıp taşımadığına yöneliktir.

VII. Kıyaslama

Orijinallik incelenmesinde, kıyaslamanın bir tarafında, koruma talep edilen fikrî üründeki sahibine has özellikler; diğer tarafında ise, orijinalllik incelemesinde esas alınacak tarihte, toplumun sahip olduğu bilgiler yer alır. Karşılaştırma, fikrî ürünün koruma talep edilen unsurları için yapılır. Bu unsurlar, yenilikteki gibi, daha önce yapılmış her bir münferit açıklamanın genel içeriğiyle kıyaslanmalıdır[152]. İncelenen husus, toplumu geliştiren bir fikrî üründeki özelliklerin, koruma talep eden kişiye has olup olmadığıdır ki bu özelliklerin başka kişilerce oluşturulup oluşturulamadığını incelemeyi de zorunlu kılar. Bu incelemenin, kişiye has katkının varlığını değil, tekel hakkıyla korunmayı hak edecek düzeyde olup olmamasını araştıran gelişme gösterme koşuluyla karıştırılmaması gerekir. Karsılaştırmada önemli olan, kelime kelimesine aynılık değil,

151 Karş. *Bainbridge*, s. 578.

152 Aynı yönde *Öztan*, s. 96.

özelliklerin içeriğinin aynı olmasıdır. Örneğin, aynı fikrin, aynı anlamı taşıyan farklı kelimelerle ifade edilmesi orijinal olarak nitelenemeyecektir. Fikrî ürünün orijinalliğinin sınanmasında, karşılaştırıldığı münferit bilgilerin aleniyet kapsamına yani her bir bilgiden, neyin bundan böyle bilinir sayıldığına dikkat edilmelidir. Burada da, ortalama uzman varsayımından hareket edilmeli, ancak yenilik incelemesinden farklı, ikinci istisna olarak, uzman tarafından, fikrî üründeki özelliklerin herkesçe meydana getirilebilen bir özellik mi, yoksa koruma talep eden kişiye has mı olduğu değerlendirmesi yapılır[153].

Orijinalliğin fikrî ürünün şeklinde, muhtevasında, bunların oluşturduğu sinerjiyle ortaya koyduğu etkide veya bunların hepsinde bulunabileceği dikkate alındığında, fikrî üründe koruma talep edilen unsurların, bu yönlerin en az birinde, herkesçe meydana getirilemeyen, fikrî ürün sahibine has yetenekleri yansıtması gerekir. Bu yansımanın bulunduğu hallerde, orijinalliğin varlığı da kabul edilmelidir[154].

Kanaatimizce, kendi işlevinde kullanılacak bir orijinalliğin düzeyi, nitelikli orijinallik olmalıdır. Düzey olarak da, kişiye has katkının bir fikrî katkı olması[155], bu katkının, bir fikrî ürünün esasını etkileyen, etkilenmiş bu esas sayesinde, fikrî ürünün toplumun hafızasında kendine has, önceki fikrî ürünlerden bağımsız bir yer edinmesini sağlayabilecek nitelikte olması aranmalıdır. Bu halde, fikrî ürünün, önceki benzerlerinden gelişim sağlayacak düzeyde farklı kılabilecek özellikler içermesi ve bu özelliklerin kaynağını çalışma sahibinden alması gerekir. Doktrinde bazı

153 Aynı yönde *Schechter / Thomas*, s. 311; Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

154 Aynı yönde *Öztan*, s. 94; Karş. *Ayiter*, s. 43 (Müellif, " Yaratma süreci içinde ağırlık merkezi, ifade aracının belli bir plana uyarak şekillendirilmesidir. Şeklin himaye edilebilmesi için şekillendirmenin o zihne özgü yetenekleri aksettirmesi gerekir. Bu başkalığın var olduğu hallerde, hususiyetin varlığı da kabul edilmelidir " görüşündedir.).

155 Aynı yönde *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211'den naklen) (Müellif, " minimal yaratıcılığın orijinallik için yeterli olacağını " belirtmiş ise de, kanaatimizce bu düzeydeki bir fikri katkı, sadece orijinallik kriterini karşılama da yeterli oalbilecektir. Eser hakkının tanınması için, bunun gelişme gösterme kriterini de karşılaması yani tekel hakkı tanınmasını meşru kılacak düzeyde olması gereklidir.).

müelliflerce, orijinallik şartı olarak ifade edilen, bağımsız yaratma olma[156] veya nisbî istiklale sahip olma[157] da, bir fikrî ürünün asıl sahibinden bağımsız, başka bir kişinin adını taşımasını değil; fikrî ürünün, toplumun hafızasında, önceki fikrî üründen ayrı, kendine has, bağımsız bir yer edinmesini ifade etmelidir. İncelemede araştırılan şey fikrî ürün sahibinin, fikrî ürünün oluşmasına, esası etkileyen bir fikrî katkısının bulunup bulunmadığıdır. Fikrî ürünün, kaynağını fikrî ürün sahibinden alıp almadığına bakılır[158]. Fikrî ürünlerde, orijinallik az veya çok belirgin, muhtelif derece ve vasıflarda olabilir[159]. Bu derecenin tespitinde, yararlanılabilecek en somut ölçü ise, koruma talep edilen unsurların gelişme gösterme koşulunu karşılayıp karşılamaması olacaktır. Orijinalliğin en yüksek derecesi, fikrî ürünle karşılaşıldığında sahibinin teşhis edilebildiği, sahibinin kişiliğinin mührünü taşıyan, ilk kez onun tarafından öngörülmüş olan ve gelişme gösterme koşulunu karşılayan fikir ürünlerinde bulunmaktadır[160]. Gelişme gösterme koşulunu karşılayan bir özelliğe sahip fikrî ürünün - başvuru hakkının gaspı vb. haller hariç - orijinal olduğuna evleviyetle hükmetmek gerekecektir, çünkü bu özelliğin fikrî ürün sahibinin kişiliğinden kaynaklandığı açık olacaktır.

---

156 *Nimmer*, supra note 1 at 19 - 20. (*Oppenheimer*, s. 211'den naklen); *Bouchoux*, s. 168 vd.; *Schechter / Thomas*, s. 21 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 49; *Francis / Collins*, s. 892; *Goldstein*, s. 159; *Erstling*, s. 307; Karş. Trademark Cases, 100 U. S. 82 (1879) (http://supreme.nolo.com) (Anılan davada, Mahkemece, her ne kadar " markanın, daha önce varolan bir şeyin adaptasyonu olabileceği gerekçesiyle, markalarda orijinallik için fikrî katkıya ihtiyaç bulunmadığı" sonucuna ulaşılmış ise de, kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Buradaki fikrî katkı, orijinal bir kelime ortaya koymak şeklinde değil, markanın " işareti koruma yönelik bir hak olması ve bu yönden incelemeye tabi olması nedeniyle", " bilinmekte olan bir kelimenin ilgili olmayan bir sektörde işaret olarak kullanılması " şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak, markanın niteliğinden kaynaklanan ve gözden kaçan bu ayrıntı nedeniyle, karar " orijinallik için fikrî katkıya ihtiyaç bulunmaması karşısında, bağımsız yaratma ve orijinallik kavramlarının, kopya olmama ile aynı şeyi ifade ettiği " gibi hatalı yorumlamalara yol açabilecektir.).

157 *Arslanlı*, s. 67; *Ayiter*, s. 44, 45; *Yarsuvat*, s. 53; *Nal / Suluk (Karahan / Saraç*), s. 36.

158 Aynı yönde *Bently / Sherman*, s. 88; Yargıtay 11. HD. 21. 12. 2004 2004/2772 E. 2004/12672 K.

159 *Arslanlı*, s. 6; *Ayiter*, s. 43.

160 Aynı yönde *Arslanlı*, s. 6, 9; *Ayiter*, s. 43; *Öztan*, s. 96.

C. ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKKI TÜRLERİNDEKİ ÖZELLİKLERİ

I. Orijinallik Kavramının Belirtildiği Türler

a. Eser

Eser hakları, hâlihazırda orijinallik incelemesinin yapıldığı en önemli hak olup, tek koruma koşulunun da orijinallik olması nedeniyle, bu kritere ilişkin esasların çoğuna uygun düzenlemelere zaten sahiptir. Ancak mevcut kabullerden sadece orijinallik incelemesinden faydalanılmalı ve bu haklara ilişkin olarak bir gelişme gösterme incelemesi öngörülmelidir. Orijinalliğin aranacağı zaman gibi bazı uyumsuzlukları dikkate alındığında, incelemenin genel esaslara göre yapılması, kanaatimizce, uygun olacaktır.

b. Endüstriyel Tasarım

Tasarım hakkında, Trips Anlaşması'na taraf devletler, koruma için yenilik veya orijinallik koşulundan birini aramak hususunda serbest bırakılmıştır. Ancak, orijinallik kavramı, yenilik koşulu ile karıştırılmış ve neyin hedeflendiği belli olmayan bir şekilde yer almaktadır. Bu hak açısından orijinallik koşulu yenilikle seçimlik olmak yerine ayrıca aranmalı ve inceleme genel esaslara göre yapılmalıdır. Kanaatimizce, ayırt edici nitelik incelemesi, gelişme gösterme ve orijinallik incelemelerinin işlevlerini birlikte karşılamaya çalışmakta olup, karışıklığa mahal verebilecek bir ifadedir. Bunun yerine yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu incelemenin, gelişme gösterme incelemesi ve orijinallik incelemesi olarak iki ayrı inceleme şeklinde düzenlenmesi gerekir. ABD'de de benzeri bir uygulama olarak, patentlerdeki buluş basamağını aşma kriteri, - patent hükümlerine tabi olduğu için - tasarımlara da uygulanmaktadır ancak orijinallik olarak ifade edilmektedir ve çoğu zaman Graham faktörü olarak adlandırılmaktadır[161]. Alman hukukunda da, tasarımın korunması için orijinallik şartı aranmakta, bunun yaratıcılığı ifade ettiği belirtilmektedir[162]. Tasarımda, " individual character " ibaresiyle, bir kişiye has ve yeni görünüm

161 Aynı yönde *Bouchoux,* s. 309; *Schechter / Thomas,* s. 310 *Francis / Collins,* s. 728; *Halpern / Nard / Port,* s. 272.

162 *Suthersanen,* s. 199.

etkisi vermesinin arandığı, doktrinde ifade edilmektedir[163]. Buradaki " bir kişiye has " olma, orijinalliğin ifadesidir[164]. Bu durum, Fransız hukukunda , "orijinallik tasarıma sahibinin mührünü vurmuş olması anlamındadır[165]" şeklinde ifade edilmektedir. *Hirş*, " *' tasarımlarda ferdi bir şekil vermek suretiyle ', görünüm yönünden, hassas olan göz üzerinde ' orijinal ' bir genel intiba meydana getirilmesi gerektiği* " görüşündedir[166]. Tasarım hukukunda, korunabilir tasarımların belirlenmesinde büyük önem taşıyan seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımların korunmaması ilkesi de, bir yönüyle orijinallik gereğini ortaya koymaktadır. Herkesin aynı şekilde tasarlamak zorunda olduğu bir tasarımda, özgünlük, orijinallik olduğu iddia edilemez[167].

Kanaatimizce, tasarımlardaki orijinallik incelemesinin de, genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Hukukumuzda, EndTasKHK.'nın 7 / II. maddesine göre piyasada bulunmayan, yani pazarda olmayan veya koruma süresini dolduran tasarımlar, ayırt edicilik yani orijinallik yönünden kıyaslanacak tasarımlara dâhil kabul edilmemektedir. Hukukumuzdaki bu düzenlemenin, fikrî mülkiyet hukukunun temel ilkelerine aykırılığı açıktır[168]. Bu istisnaî düzenleme hariç, tasarım hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle, yukarıdaki açıklamalar hukukumuz yönünden de geçerlidir.

c. Entegre Devre Topoğrafyası

Topoğrafyaların korunmasına ilişkin Washington Anlaşması' nın 3 / 2 - a maddesinde, topoğrafyanın korunmasının şartları arasında, orijinallik de ayrı bir şart olarak belirtilmiştir. Bu maddenin başlığı ' Orijinallik ' şeklindedir ve maddede orijinallik, " topoğrafyanın, kişinin kendi fikrî

163 *Bently / Sherman*, s. 633 dn. 51; Aynı yönde *Schechter / Thomas*, s. 311; *Suthersanen*, s. 165; *Oytaç*, s. 40; Her şeklin bir tasarım olamayacağı, *görünümde yeterli derecede bireyselliğin olması gerektiği* yönünde Avustralya'da verilen bir mahkeme kararı için bkz. Malleys Ltd v. JW Tomlin Pty Ltd (1961) 35 ALJR 352 (*Suluk*, s. 237 dn. 83'ten naklen).

164 Aynı yönde *Schechter / Thomas*, s. 311.

165 *Suthersanen*, s. 145; Aynı yönde *Suluk*, s. 250.

166 *Hirş*, Fikri Say I, s. 191.

167 Aynı yönde *Suluk*, s. 264 dn. 207.

168 Aynı yönde *Suluk*, s. 248.

çabasının sonucu olması " şeklinde tanımlanmıştır ki, bu ifade fikrî mülkiyet hukukundaki " sahibinin hususiyetini taşıma " ifadesinin, farklı kelimelerle açıklanmaya çalışılmasıdır.

Yukarıda da izaha çalıştığımız gibi, fikrî ürün, yenilik ve gelişim sağlama şartlarını da sağlamadığı takdirde zaten korunamayacağı ve yenilik incelemesindeki prensiplerin, aynı şekilde tespit edilen bilgileri kullanması gereken orijinalliğe de fiilen yansıyacak olması karşısında; topoğrafya düzenlemelerinde, yenilik prensiplerine ilişkin yaptığımız eleştiriler, orijinallik yönünden de geçerli olmaktadır. Bu bağlamda, orijinallik için de, bilinmemeye esas alınan zamanın, fikrî ürünü meydana getirme anı değil de, fikrî ürünün korunmaya başlanacağı an olarak kabul edilmesi; bilinmemede entegre devre üreticileri ve entegre devre topoğrafyası tasarlayıcılarının değil de, alandaki ortalama uzmanın bilgisinin dikkate alınması; bilinme (alenileşme) kavramına nelerin dahil olduğuna ve rüçhan hakkına ilişkin düzenleme yapılması zorunludur.

Topoğrafya hakkında, bu hususun dışında, orijinallik incelemesinin genel esaslara göre yapılması uygun olacaktır. Hukukumuzda, EntDevKan.'un hükümleri dikkatle incelendiğinde, Mehaz düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alındığı, dolayısıyla yukarıda yaptığımız açıklamaların tamamının, hukukumuz yönünden de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

B. Orijinallik Kavramının Açıkça Belirtilmediği Türler

a. Patent

Patent hukukunda, orijinallik gibi bir şarttan ve buna yönelik bir incelemeden hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, patent hakkı, orijinalliğin varlığının en bariz şekilde arandığı haklardandır. Gelişme gösterme (buluş basamağı) koşulunun - hiçbir yorum farklılığı olmaksızın - açıkça arandığı bu tek hak da, gelişme gösterme koşulunu karşılama, - başvuru hakkının gaspı vb. haller hariç - zorunlu olarak fikrî ürün sahibinin, daha önce hiç kimsenin yapamadığı bir gelişmeyi bizzat gerçekleştirmiş olduğunu ortaya koymaktadır[169]. Bu gelişmenin fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklandığı ve çözümün bu kişiye

[169] Aynı yönde *Phillips / Firth*, s. 49.

has olduğu izahtan varestedir. Bu yüzden patent hukukunda, orijinallik şartı açıkça zikredilmemiş olsa gerektir.

ABD' de, orijinallik şartı olarak belirtilmese de, orijinallik kavramı ile eş anlama gelecek şekilde " buluşu, buluş sahibinin düşünmüş olması " şartı aranmaktadır (ABDPATK. m. 102 / f)[170]. Buluş da orijinalliğin bulunmasına, yani buluşun, buluşçunun kendi çabalarının sonucu olmasına yönelik kararlara, İngiliz hukukunda da rastlanılmaktadır[171]. Ayrıca, patent isteme hakkının gaspı da, patent hakları yönünden orijinalliğin işlevini yani teşvik edilecek kişiyi doğru tespiti gerçekleştirmeye yönelik bir düzenlemedir.

Patentlerdeki orijinallik incelemesinin yukarıda belirtilen genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Hukukumuzda da, kaynağını orijinalliğin bulunması koşulundan alan, gelişme gösterme koşulunun aranması (PatKHK. m. 5 ve 9), manevi haklar tanınması (PatKHK. m. 138 / 1 ve 142), patent isteme hakkının gaspının önlenmesi (PatKHK. m. 11 vd. ile 129 / I - d) gibi düzenlemelerin yanı sıra, ABDPATK. m. 102 / f hükmünün benzeri şekilde, buluşu yapanın adının patentte belirtilmesi (PatKHK. m. 15) ve işçi buluşlarına ilişkin düzenlemeler (PatKHK. m. 16 vd.) yer almakla birlikte, bu benzer düzenlemeler ABDPATK.'ndan farklı olarak, patent verilebilirlik şartları arasında sayılmamıştır.

b. Marka

Marka hukukunda, orijinallik gibi bir şarttan hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, marka hakkı yönünden yapılan gelişme gösterme (ayırt edicilik) incelemesi, orijinallik incelemesini de zımnen içinde barındırır. Ayırt edicilik, yukarıda da açıklandığı üzere fikrî ürünün, yani işaretin, yalnız " kendine özgü " bir nitelik taşıması nedeniyle, diğer tüm markalardan ayrılması, toplumun bilgi havuzunda ayrı bir yer

170 Aynı yönde *Bouchoux*, s. 304; *Schechter / Thomas*, s. 363; *Francis / Collins*, s. 194 vd.; *Halpern / Nard / Port*, s. 203.

171 *Colston / Middleton*, s. 162.

edinmesidir[172]. İşaretin, belirli bir özgünlüğe sahip olması, diğer markalardan farklı kılan bir hususiyetinin bulunması gerekir[173]. Bu ise, marka olarak ortaya konulan işaretin, sahibinin kattığı unsurlarla sağlanır ki, bu da markanın orijinalliğini ortaya koyar[174].

Kanaatimizce, gelişme gösterme koşulunun (ayırtedicilik) bulunması ve buna yönelik inceleme yapılması, bununda orijinallik şartını ve incelemesini zımnen ortaya koyması; bunun yanı sıra marka hukukundaki

172 Aynı yönde *Tekinalp*, s. 348 (Müellif, " Bir markanın ayırtedici niteliği için, işaretin hem kendi simgesel gücüyle diğer işaretlerden ayrılması hem de o malın veya hizmetin hangi teşebbüse ait olduğunu göstermesi / ayırt etmesi gerekir. " görüşündedir); *Arkan*, C. I, s. 107; *Dirikkan, H.* : Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 90 (Müellifler, " markanın orijinal olması da onun ayırt ediciliğini, reklam gücünü, değerini arttırır " görüşündedirler.) Karşı görüş için bkz. *Suluk*, s. 250 (Müellif, " marka hukukunda kullanılan *distinctive character* kavramında, bu özellikler aranmadığı gibi, marka korumasındaki amaç, markanın kendisinin bir özellik taşıması olmayıp, kullanıldığı hizmet veya ürünü, başkalarının hizmet veya ürünlerinden ayırt etmektir " görüşündedir. Ancak, marka ister ürünü isterse ürünün kaynağını ayırtetsin, bu işlevini yerine getirebilmesi için ve bundan önceki safhada, kendisinin diğer marka olan işaretlerden ayırt edilmesi gerekir. Kendisi ayırt edici olmayan bir işaretin, ürünü de ürünün kaynağını da ayırtetmesi söz konusu olamaz. Marka olan işaretin kendisinin ayırt edici özellikleri ise, ona, sahibinin kendinden kattığı, kendine has özellikleri yani işaretin orijinalliğidir.).

173 *Kur, A.* : " Der wettbewerbsliche Leistungsschutz-Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen,bekannten Marken und ' Characters ' ",GRUR. 1990, s. 9 (*Dirikkan*, s. 90 dn. 14'ten naklen); *Karayalçın*, s. 413 (Müellifler, " Markanın ayırt ediciliği sağlayan esas unsuru, özgün ve karakteristik nitelikte olmalıdır " görüşündedirler. Görüşte yer alan " özgün " kavramı, orijinalliğin sözlük anlamlarından biridir.) *Arseven*, s. 141 (Müellif, " İltibas incelemesinde, hakimin yeni, orijinal bir marka mı ihdas edilmiş, yoksa başkasına ait bir marka mı tağyir edilmiş bunu arayacaktır " düşüncesindedir.); Farklı görüş için bkz. *Dirikkan*, s. 91; Karşı görüş için bkz. *Kaya (Ülgen / Teoman / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan)*, s. 353.

174 Karş. Trademark Cases, 100 U. S. 82 (1879) (http://supreme.nolo.com) (Davada, Mahkemece, her ne kadar " markanın, daha önce varolan bir şeyin adaptasyonu olabileceği gerekçesiyle, markalarda orijinallik için fikrî katkıya ihtiyaç bulunmadığı" sonucuna ulaşılmış ise de, kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Buradaki fikrî katkı, orijinal bir kelime ortaya koymak şeklinde değil, markanın " işareti koruma yönelik bir hak olması ve bu yönden incelemeye tabi olması nedeniyle", " bilinmekte olan bir kelimenin ilgili olmayan bir sektörde işaret olarak kullanılması " şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bilinmekte olan Diesel kelimesinin akaryakıtla ilgisi olmayan giyim sektöründe işaret olarak kullanılması gibi. İlgili bir sektörde kullanılması durumunda zaten bir fikrî katkı yahut orijinallikten sözedilemeyeceği için markanın korunması da söz konusu olamayacaktır.).

farklı ret sebepleriyle (MarkKHK. m. 7 / I- c, d, e) hiçbir orijinallik taşımayan markaların korumadan dışlanması nedeniyle, orijinallik ayrı bir şart ve inceleme olarak öngörülmemiştir. Bu tür markalarda da, tescilin reddini gerektiren sebep, herkesin kullanabileceği işaret olmalarına rağmen, bir kişi adına korunmaları halinde rekabeti haksız surette ortadan kaldırmaları[175], özel bir fikrî bir çaba bulunmaması[176], ürünün özelliklerini, meslek vb. ni ifade eden bir ibareyi veya teknik fonksiyonu icra edebilmesi için zorunlu olan bir işareti, herkes aynı şekilde kullanmak zorunda olduğundan böyle bir markada özgünlük olduğunun iddia edilememesidir[177].

Kanaatimizce, markalardaki orijinallik incelemesinin de genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Marka hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle yukarıdaki açıklamalar, hukukumuz yönünden de geçerlidir.

c. Coğrafi İşaret

Orijinallik niteliği, coğrafi işaret hakkında, diğer hak türlerinden çok daha ön plan çıkan bir nitelik olup, bizzat hakkın varoluş sebebidir. " Hakkın sahibi olan coğrafi bölgeye has " bir özellik, fikrî ürün olarak koruma altına alınmaktadır[178]. Bu nedenle, varlığının gereği olarak, özünde bulunması zorunlu bir niteliktir. Bu durum bizzat, coğrafi işaretin, İngilizce karşılığı olarak kullanılan " appellation of origin (origin kelimesi orijinal kelimesinin kökenidir - Yn.) " teriminde dahi görülmektedir.

Coğrafi işaret hakkında, orijinallik niteliği arandığına dair bir hüküm, coğrafi işaretin, jenerik adına (öz ad) dönüşmüş olması halinde de tescilinin mümkün olmamasıdır. Bunun gerekçesi ise, Cologne

175 Aynı yönde *Tekinay, S. S.* : " Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar ", Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, T. İş Bankası Yayınları, s. 69 -78, Ankara 1988, s. 72; *Şenocak, K.* : " Soyut Renk Markaları ", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 93. Başkalarının hak ve menfaatlerini ihlal eden bir rekabetin haklı olarak nitelendirilemeyeceği hususunda bkz. *Ayhan, R.* : Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Selçuk Üniversitesi Yayını, KONYA, 1990 (Rekabet), s. 12

176 Aynı yönde *Tekinay*, s. 76; *Arkan*, C. I, s. 78.

177 *Phillips*, Commentary, 5.84. (*Suluk*, s. 264 dn. 207'den naklen).

178 Aynı yönde *Ayhan*, s. 411; *Gündoğdu, G.* : Türk Hukukunda Coğrafi İşaret ve Korunması, İstanbul, 2006, s. 9.

(kolonya) örneğinde görülebileceği gibi, bir orijinalliğinin, coğrafi kökene ilişkin ayırt ediciliğin kalmamış olmasıdır[179].

Orijinallik, kısaca hakka konu olan coğrafi işaretin, yani bir bölgede yetişen ürünlerin, niteliğini aldığı bölgenin sahip olduğu doğal kaynaklar yahut üretim usulleri vb. nin, fikrî ürün sahibine yani o coğrafi bölgeye has olmasıdır. Coğrafi işaretin, unsurlarından ikisi de, işaretin konulacağı ürünün bir karakteristik (hususiyet) kazanması ve bu karakteristik özellikle, coğrafi kökenin arasında bağlantı bulunmasıdır[180]. Ürünlerin kazandığı bu hususiyetin kaynağı da, coğrafi kökenidir[181]. Coğrafi işaretin de, varlığını bizzat fikrî ürün sahibinin hususiyetlerinden aldığı ve işareti ortaya çıkaran özelliğin bizzat fikrî ürün sahibine has olduğu gerçekliği karşısında, kanaatimizce, orijinallik şartının, bu hakta da bir şart ve inceleme olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer haklarda olduğu gibi, hak sahipliğinin başkasına ait olması sebebine dayalı hükümsüzlük nedeninin kaynağı, orijinallik koşulunu karşılamamak olmalıdır.

Kanaatimizce, coğrafi işaretteki orijinallik incelemesinin de, genel esaslara uygun olarak yapılması yerinde olacaktır. Coğrafi işaret hukukundaki genel esasların benimsenmiş olması nedeniyle, yukarıdaki açıklamalar hukukumuz yönünden de geçerlidir.

d. Islahçı Hakları

Islahçı haklarında korunması istenilen fikrî ürün olan yeni çeşidin, farklılık başlığı altında, " Başvuru veya rüçhan hakkı tarihinde, herkesçe bilinen çeşitlerden açıkça ayırt edilebilen, bir çeşit olması " şartı aranmaktadır (YBitK. m. 6). Bu koşul, zorunlu olarak, çeşidin özellik sınıflarından en az birinde[182], fikrî ürün sahibinin, daha önce hiç kimsenin yapamadığı farklılığı bizzat gerçekleştirmesi gerektiğini ortaya koyar. Bu gelişmenin, farklılığın, fikrî ürün sahibinin kendi hususiyetlerinden kaynaklanacağı ve uygulanan yöntem vb. nin bu kişiye has olacağı izahtan varestedir. Özetle belirtmek gerekirse, bu haklar içinde, gelişme gösterme

179 Aynı yönde *Hirş*, Ticaret, s. 163; *Oytaç*, s. 167.
180 *Ayhan*, s. 411; *Gündoğdu*, s. 9; Aynı yönde Lizbon Sözl. m. 2 / 1; Trips Anl. m. 22 / 1.
181 *Ayhan*, s. 411; *Gündoğdu*, s. 25.
182 Aynı yönde *von der Kooij*, s. 15; *Odman Boztosun*, s. 111.

koşulunun aranması elzem olup,[183] bu koşul, orijinallik ihtiyaç ve koşulunu da doğal olarak gerektirecektir. Kanaatimizce, bu yüzden ıslahçı haklarında orijinallik şartı açıkça zikredilmemiştir. Zikredilmemiş olması, bu tür fikrî ürünlerde orijinallik gerekmediği anlamına gelmez.

Islahçı haklarında da orijinallik incelemesinin genel esaslara göre yapılması, uygun olacaktır. YBitKan.'un hükümleri incelendiğinde, Mehaz düzenlemelerdeki hükümlerin aynen alındığı, dolayısıyla yukarıda yaptığımız açıklamaların tamamının hukukumuz yönünden de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

e. Ticaret Unvanı

Ticaret unvanının asli işlevinin tacirleri " ayırt etmek " olması karşısında, bu işaretlerin de, işlevini yerine getirebilmesi için, markalarda olduğu gibi, kendine özgü unsurlar taşıması gerekir. Her ticaret unvanının, aynı koruma çevresinde diğer ticaret unvanlarından açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde olması[184] ve bunun için gerektiğinde ek yapılmasının zorunlu olması karşısında ticaret unvanının da, önceki unvanlardan bir farklılık taşıması şarttır. Bu farklılık da kendisini meydana getiren kişiye has özellikler taşıyacağı için, hükümlerin, zımnen de olsa orijinalliği aradığı ortaya çıkmaktadır.

f. İşletme Adı

İşletme adının, sahibi tarafından tescil ettirilmek zorunluluğu[185] ile aynı koruma çevresinde diğer işletme adlarından açıkça ayırt edilebilecek bir

183 Aynı yönde *Bouchoux*, s. 310 (Müellif, " ıslahçı hakkındaki farklılık ile patentteki buluş basamağını aşma / alışılmadık olma şartı arasında büyük ilişki olduğu " görüşündedir.); Farklı görüş için bkz. *Phillips / Firth*, s. 394 (Müellifler, " ıslahçı hakkındaki farklılığın patentteki buluş basamağı şartından daha basit olduğu " görüşündedirler.).

184 *Hirş*, Fikrî Say I, s. 11; *Ayhan*, s. 298; *Çağlar, H. / Özdamar, M.* : " Ticaret Unvanının Korunması ", SÜHFD, C. 14, S. 2, Konya, 2006, s. 120.

185 *Erem*, s. 193 vd.; *Ayhan / Özdamar / Çağlar*, s. 166; *Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan)*, s. 336 vd.; Karş. *Hirş*, Ticaret, s. 149; *Arslanlı*, Ticaret, s. 78; *Edgü*, s. 98 vd.; *Karayalçın*, s. 397 vd.; *Arkan*, İşletme, s. 264.

şekilde olmaları[186] gerekliliği, bu haklarda da orijinallik özelliğinin zımnen arandığını ortaya koymaktadır.

D. ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KURULMASINA VE SAHİPLİĞİNE ETKİLERİ

Orijinallik incelemesi, halihazırda sadece, eser haklarında ve entegre devre topoğrafyalarında koruma koşulu olarak açıkça düzenlenmiş iken; patent, marka, tasarım, ticaret unvanı gibi haklarda gelişme gösterme (buluş basamağı, yahut ayırt edicilik) safhasında zımnen yapılmaktadır. Ancak eser haklarında, hakkın tesisi için bir orijinallik incelemesi yapılmamakta; orijinallik, bu hakların sahipliğine ilişkin bir ihtilaf ortaya çıktığında söz konusu olmaktadır. Entegre devre topoğrafyasında ise, orijinallik şartı bir tescil şartı olarak aranmakta, yapılan inceleme sonucunda orijinal olduğuna karar verilen topoğrafya bir hak ve hak sahipliğine konu olmaktadır. Diğer haklarda ise buluş basamağı, ayırt edicilik gibi gelişme gösterme koşulu anlamına gelen bir şart olarak inceleme yapılmakta, bu yukarıda açıklandığı üzere zımnen orijinalliği gerekli kılsa da, açıkça orijinallik ifadesi geçmediğinden ayrı bir orijinallik incelemesi yapılmamaktadır.

Orijinallik kavramı, bir yönüyle de hak sahipliğinden kaynaklanan davalarda önem arzetmektedir. Anılan bu davalarda, her ne kadar orijinallik şartı, hakkın doğumu veya hükümsüz kılınması için açıkça aranmasa da, dava " gerçek hak sahipliğine " ilişkindir ve ispatı orijinallik koşulunun yani " sahibinin hususiyetini taşıdığı " nın ispatı şeklinde gerçekleşmektedir[187].

E. ORİJİNALLİK KAVRAMININ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE ETKİLERİ

Gerçek fikrî ürün sahibi olmadığı halde, kendisini fikir ürün sahibi olarak ileri süren kişiler, " hakkı gasp eden " olarak nitelenmekte ve hükümsüzlük davalarına muhatap olmaktadırlar. Her ne kadar, mevzuatta ve

186 *Arslanlı,* Ticaret, s. 78 dn. 2; *Ayhan / Özdamar / Çağlar,* s. 166; *Helvacı (Ülgen / Teoman / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan),* s. 337; Karş. *Arkan*, İşletme, s. 264.

187 Aynı yönde PatKHK. m. 13.

doktrinde, hak sahipliğine dayalı hükümsüzlük sebebinin kaynağına ilişkin görüşler yer almasa da, kanaatimizce bu hükümsüzlük sebepleri, kaynağını, fikrî ürünün orijinallik koşulunu karşılamamasından almaktadır.

SONUÇ

Fikrî mülkiyet hakları, toplumun diğer fertlerinin hürriyet sahasını, bir tek şahıs lehine şarta bağladığı ve sınırladığından, korumanın, ancak hakların konuluşunun asli amacına uygun, yani toplumun gelişmesini sağlayan, toplumun bilgi havuzunu zenginleştiren, kısaca bu korumayı hak eden fikrî ürünlere tanınması gerekir. Bir fikrî ürünün, tekel hakkıyla korumayı hak edip etmemesi ancak, hakkın tanınma amacına uygun niteliklere sahip olmasıyla belirlenebilecektir. Fikrî ürünlerin özellikleri dikkatle incelendiğinde, hak tanınması için mutlaka aranması gereken şartlar; fikrî ürünün orijinal olması, yeni olması, gelişim sağlaması, topluma sunulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Korumayı hak etmeyen fikrî ürünlere koruma sağlanmaması; itiraz ve hükümsüzlük mekanizmalarıyla bütünleşmiş bir incelemesiz sistemle olsa dahi, bu kriterlerin karşılanması; fikrî mülkiyet haklarının amaçlarının gerçekleşmesinde, farklı anlam ve işlevleri bulunan yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin tüm türlere konu fikrî ürünlerde aranılması ve bu kriterlerde başarı sağlayan fikrî ürünlerin fikrî mülkiyet hakkı korumasından faydalandırılması sağlanmalıdır. Bunun için yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin, ayrı kriter olarak amacına uygun şekilde ve açıkça düzenlemelerde yer alması, diğer türlerde de mevcut kriterlerden eksik olanların düzenlemelere eklenmesi ve bu kriterlerin, her türde, aynı işlev ve anlamda kullanılması gereklidir. Yine bu kapsamda, tüm türlerde, yenilik, orijinallik ve gelişme gösterme kriterlerinin uygulanmasında bir terminoloji birlikteliğinin oluşturulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA*

A.KİTAP VE MAKALELER

Arkan, Sabih : Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997 (C. I).

_____ : Ticari İşletme Hukuku, 13. b., Ankara 2009 (İşletme).

Arseven, Haydar: Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951.

Arslanlı, Halil : Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954.

_____ : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 3. b., İstanbul (Ticaret).

Ayhan, Rıza : Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990 (Rekabet).

_____: Ticari İşletme Hukuku, 2. b. , Ankara 2007.

Ayhan, Rıza
Çağlar, Hayrettin /
Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 3. b., Ankara 2010.

Ayiter, Nuşin : İhtira Hukuku, Ankara 1968 (İhtira).

_____: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. b. , Ankara 1981.

Bainbridge, David I.: Intellectual Property, 6. b. , Harlow 2007.

Bently, L./
Sherman, B. : Intellectual Property Law, 2. b., New York 2004.

Bilgişin, Ş. Memedali: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul 1950.

Bouchoux, Deborah E: Intellectual Property for Paralegals, 2. b., Newyork 2005.

Cengiz, Dilek : Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.

Cornish, William /

* Birden fazla eserine yollama yapılan yazarların eserlerinin yanında ayırt edici kelimeler kullanılmıştır.

Llewelyn, David: Intellectual Property, 5. b., London 2003.

Colston, Catherine /

Middleton, Kirsty : Modern Intellectual Property Law, 2. b., London 2005.

Çağlar, Hayrettin /

Özdamar, Mehmet: " Ticaret Ünvanının Korunması ",SÜHFD, C. 14, S. 2, Konya 2006.

Dirikkan, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.

Edgü, Ekrem : Ticaret Hukuku I, Ankara 1964.

Edis, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. b. Ankara 1989.

Erel, Şafak N. : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3.b., Ankara 2009.

Erem, Turgut S. : Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, İstanbul 1958.

Fellner, Christine: Industrial Design Law, London 1995.

Francis, William H. /

Collins, Robert C. : Cases and Materials on Patent Law, 5. b. , MN 2002.

Goldstein, Paul : International Intellectual Property Law, New York 2001. Gündoğdu, Gökmen : Türk Hukukunda Coğrafi İşaret ve Korunması, İstanbul 2006.

Halpern, Sheldon W. /

Nard, Craig Allen /

Port, Kenneth L.: Fundamentals of United States Intellectual Property Law, London 1999.

Hirş, Ernst E. : Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. I, İstanbul 1942 (Fikri Say I).

_____ : Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II, İstanbul 1943 (Fikri Say II).

_____ : Ticaret Hukuku Dersleri, 2.b, İstanbul 1946 (Ticaret).

_____ : Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 1948 (Sınai).

Johnston, Dan : Design Protection, 4.b., Great Britain 1995.

Karahan, Sami /

Suluk, Cahit /

Saraç, Tahir /

Nal, Temel : Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968.

Kılıçoğlu, Ahmet: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.

Kınacıoğlu, Naci: " Türkiye'de Fikri Hakların Gelişimi ve Nazari Esasları ", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990.

von der Kooij, PACE.: Introduction to the EC Regulation on Plant Variety Protection, London 1997.

Laddie, Hugh /
Prescott, Peter /
Vitoria, Mary /
Speck, Adrian /
Lane, Lindsay: The Modern Law of Copyright and Design, C.I, 3.b. London 2000 (C. I).

_____ : The Modern Law of Copyright and Design, C.II, 3.b.,London 2000 (C. II).

Muir, Ian /
Brandi-Dohrn, Mathias /
Gruber, Stephan: European Patent Law, 2. b., Oxford 2002.

Musker, David : Community Design Law Principle and Practice, London 2002.

Odman Boztosun, N.A: Islahçı Hakkı, Ankara 2006.

Ortan, Ali Necip : Avrupa Patent Sistemi, C. I, Ankara 1991 (C. I).

_____: İşçi Buluşları Hukuku, İzmir 1987 (İşçi).

Oytaç, Kutlu : Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul 2002.

Öçal, Akar : Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967.

Öztan, Fırat : Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

Öztürk, Özgür : Patent Verilebilirlik Şartları, Ankara 2008.

Phillips, Jeremy /
Firth, Alison : Introduction to Intellectual Property Law, 4. b., London 2001.

Poroy, Reha /

Tekinalp, Ünal : " Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar ", Prof.Dr.Haluk TANDOĞAN'ın Anısına Armağan, Ankara 1990.

Schechter, Roger E. /

Thomas, John R. : Intellectual Property The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, MN 2003.

Suluk, Cahit : Tasarım Hukuku, Ankara 2003.

Suthersanen, Uma : Design Law in Europe, London 2000.

Şenocak, Kemal /

Hanedan, R. Cemal : " Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ", Prof. Dr. İrfan **Baştuğ** Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, İzmir 2005.

Şenocak, Kemal : " Soyut Renk Markaları ", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.

Thorley, Simon /

Miller, Richard /

Burkill, Guy /

Birss, Colin /

Campbell, Douglas: Terrel on the Law of Patents, 16. b., London 2006.

Tekinalp, Ünal : Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. b. , İstanbul 2006.

_____: " Yeni Patent Hukukunda ' Buluş Sahibi ' İlkesi ve Gasp Davalarına İlişkin Bazı Sorunlar ", İÜHFM (Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL'a Armağan Sayısı), C. LV, S. 4 , 1997 (Buluş Sahibi).

Tekinay, S. Sulhi : " Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar ", Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, T. İş Bankası Yayınları, s. 69 -78, Ankara 1988.

Torremans, Paul, : Intellectual Property Law, 3. b., London 2001.

Tritton, Guy : Intellectual Property in Europe, London 1996.

Tüysüz, Mustafa : Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakkı, **Ankara 2007.**

Ülgen, Hüseyin /

Teoman, Ömer /

Helvacı, Mehmet /

Kendigelen, Abuzer /

Kaya, Arslan /

Nomer Ertan, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 3. b., İstanbul 2009.

Yarsuvat, Duygun :Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3.b., İstanbul 1984.

Yasaman, Hamdi /

Altay, Sıtkı Anlam /

Ayoğlu, Tolga /

Yusufoğlu, Fülürya /

Yüksel, Sinan : Marka Hukuku, C. I, İstanbul 2004 (C. I).

Yosmaoğlu, Nevzat : Patentler, Know How'lar, Markalar, Ankara 1978.

B. ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

Aisenberg, Irwin M. : " A Step beyond Novelty, Utility and Non - Obviousnes ", IDEA- The Journal of Law and Technology, (1984 - 1985) (127 - 176) (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/idea25&collection=journals&id=137&print=50& sectioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009)

Dworkin, Alan T. : " Originality in the Law of Copyright ", Copyright L. Symp. 60, 1962, s.60-81, s.60 (http://heinonline.org/HOL/PDF handle=hein.journals/cpyrgt11&collection=journals&id=80&print=22&sectioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009)

Erstling, Jay A. : " The Semiconductor Chip Protection Act and Its Impact on the International Protection of Chip Designs ", Rutgers Computer & Tech. L. J. 303 (1989), s. 306 (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/rutcomt15&collection=journals&id=309&print=48&sectioncount=1&ext=.pdf)(21.04.2010)

Keller, Gunter : " Summary of Some Recent Decisions on the Board of Appeal of the EPO Regarding Questions of Novelty, Inventive Step and Structural Obviousness ", Journal of the Patent Office Society,(1993) (237 - 242) (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals

jpatos75&collection=journals&id=251&print=6&sectioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009)

Oppenheimer, Gregg: " Originality in Art Reproductions: Variations in Search of a Theme ", Copyright L. Symp. 207, (1982), (207 – 244), (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cpyrgt27&collection=journals&id=225&print=38&sectioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009)

Saidman, Perry J. : " Copyrights: Novelty or Originality ", Journal of thePatent Office Society, 1973, (314 - 339) (http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/jpatos55&collection=journals&id=340&print=26&sectioncount=1&ext=.pdf) (20. 12. 2009)

Wojcik, Mary C. : " The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain ", Hastings Comm. & Ent. L. J. 257 (2007 -2008), (257 – 286) http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/hascom30&collection=journals&id=275&print=30&sectioncount=1&ext=.pdf (20. 12. 2009)

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (11. 12. 2009)

http://caselaw.lp.findlaw.com

http://supcourt.ntis.gov

http://supreme.nolo.com

http://www.upov.int/export/sites/upov/en/about/pdf/c_extr_19_2_rev.pdf

http://legal.european-patent-office.org

http://www.ca6.uscourts.gov

http://tdkterim.gov.tr

C.DİĞER KAYNAKLAR

GREEN PAPER on The Legal Protection of Industrial Design, Commission of The European Communities, Brussels, 1991 (Green paper)Intellectual Property Handbook, Second Ed.,WIPO Publication No: 489, Geneva, 2004 (IPH)

COLLINS Sözlüğü

REDHOUSE Sözlüğü

KISALTMALAR

AB. : Avrupa Birliği

ABTasYön:Avrupa Parlamentosu'nun 13. 10. 1998 tarihli Tasarımların Yasal Korunması Hakkındaki 98 / 71 / EC Sayılı Yönergesi

ABD. : Amerika Birleşik Devletleri

ABDPK. : Amerika Birleşik Devletleri Patent Kanunu

Anl. : Anlaşması

BATİDER.: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

b. : Basım

Bkz. : Bakınız

B.K. : Borçlar Kanunu

C. : Cilt

CD. : Ceza Dairesi

CDPA. : Copyright,Designs and Patents Act (İngiltere Eser, Tasarım ve Patent Kanunu

CoğİşKHK.: 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

CTM. : Community Trade Mark (Avrupa Birliği Topluluk Markası)

DEÜHFD.: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Dn. : dipnot

E. : Esas

EndTasKHK.: 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

EntDevKan.: Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun

EPOEBA.: European Patent Office- Enlarged Board of Appeal

EPOTBA.: European Patent Office- Technical Board of Appeal

FMR. : Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Rekabet Hukuku Dergisi

FSEK. : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

Green Paper : Green Paper On The Legal Protection Of Industrial Design Commission Of The European Communities, Brussels, 1991

HD. : Hukuk Dairesi

HGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
H.U.M.K.: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IPH. : Intellectual Property Handbook, WIPO Pub. No: 489
İÜHFM. : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K. : Karar
Karş. : Karşılaştırınız
KHK. : Kanun Hükmünde Kararname
m. : Madde
MarKHK.: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MK. : Medeni Kanun
PatKHK.: 551 Sayılı Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
PCT. : Patent İşbirliği Anlaşması
RG. : Resmi Gazete
s. : Sayfa
S. : Sayı
SÜHFD. : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TPE. : Türk Patent Enstitüsü
TPE YİDK.: Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
TRIPS. : (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Haklar Anlaşması
TST. : Ticaret Sicil Tüzüğü
TTK. : Türk Ticaret Kanunu
UPOV. : Union for the Protection of New Varieties of Plants (Uluslararası Yeni Bitki Çeşitlerini Koruma Birliği)
USPTO : United States Patent and Trademark Office (Amerika Birleşik Devletleri Patent Ofisi
vb : ve benzeri
vd. : ve devamı
WIPO. :World Intellectual Property Organisation (Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı)

YBitK. :Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunması Hakkında Kanun

YKD. :Yargıtay Kararları Dergisi

Yn. :Yazar notu

İRAN HUKUKUNDA SİGORTA MÜESESSELERİNİN KURULUŞU VE FAALİYET KOŞULLARI

Yrd.Doc.Dr.Mohammed MAGHAMİNİA•

ÖZET

Sigortacılık, özel hukuk kapsamında, ticari bir iş niteliğinde sayılır. Bu bağlamda, sigorta sözleşmesinin ana konusu, ticari bir iş mahiyetini taşımaktadır. Sigorta, diğer sözleşmelerden farklı olarak, gerek tarafların kişiliği ve gerekse konusu itibariyle nitelikli bir sözleşmedir. Sigortacı, sözleşmenin konusu ile bağdaşan bir kurumsal bir kişiliğe dönüşür. Çoğu ülkelerde de olduğu gibi, İran hukukunda da sigortacının belirli bir kişilik yapı ve niteliğinde olması gerektiği öngörülmüştür. İran'da sigortacının yapılanması, faaliyeti ve denetilme şekline ilişkin ilk yasal düzenleme, 1970'de İran Merkez sigortasının kuruluşu ve sigortacılık kanunudur. Sigorta sözleşmesinin yasal bir geçerliliğe sahip olması için sigortacının teknik ve hukuki bir takım koşullara sahip olması gerekir. Sigortacının, anonim ortaklılık şeklinde olması, belirli tutarda sermaye sahibi olması gerektiği ve ayrıca kuruluş ve faaliyet ruhsatname alması gerektiği, sigortacının kişiliğini belirleyen konuların başında gelmektedir. Bu açıdan, sigortacının İran sigorta hukuku bakımından sigorta faaliyeti ve yapılanma sekli ve koşulları, makalenin ana konularını oluşturur.

Anahtar Kelimeler: Sigorta şirketi- Anonim ortaklık- Iran sigorta hukuku- Sigortacılık

• Peyam Noor Universitesi, Sosyal Bilimler Fakültesi, Hukuk bölümü öğretim üyesi- e-posta adresi: maghami9876@gmail.com

IRAN INSURANCE LAW ESTABLISHING AND OPERATING CONDITIONS OF INSTITUTIONS

ABSTRACT

Insurance, under a special law, shall be deemed a commercial nature of their work. In this context, the main subject of the insurance contract, it is the nature of a commercial business. Insurance, unlike other contracts, both parties and the subject's personality and as a qualified contract. Insurer, in accord with the subject of the contract becomes a corporate entity. Like in most countries, the Iranian law, the insurer is also envisaged should be a specific personality structure and attributes. The insurer's structure in Iran, the first related to how the regulatory and supervisory activities, Iran's central insurance agency and insurance law in 1970. The insurer for the insurance contract to have legal validity in a number of technical and legal conditions that must be. The insurer, is in the form of anonymous companı, and also a certain amount of capital it should be the owner of the establishment and operating permit should be included, the insurer determines the personality of the subjects

Keywords: Insurance Company, Incorporated Company, Iranian Insurance Law, Insurance

A- GİRİŞ

Sigorta kavramı, belli tehlike veya güvensizliklere karşı sosyal yardımlaşma, malı güç birliği veya güven birliği gibi geniş anlamların içinden türemiş ve ticaret alanında ayrı bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmıştır. Bu kavramdan doğan ilişkileri ve dengeleri düzenleyen sigorta hukukunun ana konusu, kişilerin ekonomik değere sahip malvarlıklarını belirli risklere karşı ekonomik güvene kavuşturmaktır. Sigortacılık, ticari bir meslek olarak ortaya çıkmış ve bugün ticari sektörlerinin başında gelmektedir. Sigortacı, sigorta edimini sunan güçlü işletme sahibi olarak, sigortanın teknik ve hukuki yapısına uygun olarak bu edimi kanun ve hukuki kurallara göre sigortalılarla sunar. Bu sunumu ve sonuçların düzenleyen temel hukuki ilişki, sigorta sözleşmesidir. Sigorta sözleşmesi, nitelikli bir sözleşmedir. Çünkü sigorta konusu bir yana, sigorta taraflarının sıfatı bu sözleşmenin temel hukuki mahiyetini yasallaştıran ön

koşuldur. Bu bağlamda sigortacının kişilik yapısı çok önem taşımaktadır. Bu yapı, genellikle sigortanın temel mahiyetini taşıyan toplumsal katılım, yardımlaşma, güçlü ticari işletme şekliyle sağlanır. Bilindiği gibi, çoğu ülkelerin hukuk sistemlerinde sigortacının, artık her hangi bir kişi sıfatıyla değil, yapısal belirli nitelikte olması gerekir. Bu yüzden sigortacının kişilik mahiyetinin oluşumu ve faaliyet koşulları her ülkenin ekonomi ve ticari boyuttaki sigorta sektörünün oluşumunda ve etkinliğinde büyük önem taşımaktadır. Bu konu uluslarlararası hukukta genel bir çerçeveye sahip olsa dahi, her ülke hukukunda da sigortacının yapılanma şekli ve faaliyet sınırları konusunda bazı değişik hukuki yöntemlere sahip olduğu bilinmektedir. Bu çerçevede İran sigorta hukukunda, sigortacının kurumsal kişiliğinin oluşumu, teşkilat prösüdürü ve faaliyet koşullarının tanımı ve incelenmesi, sigorta hukukunun gelişmesi ve sigorta taraflarının hukuki menfaatlerinin denkleşmesi ve ayrıca bu ilişkide tüketici haklarının korunması üzerindeki etkisinin ölçülmesi açısından önemli faktör sayılır. Bu konunun karşılaştırmalı hukuk bakımından incelenmesi, Türk hukuk literatürüne ve sigorta işletmecilerine bu konuyu yakından tanıma ve inceleme olanağını sağlayacaktır

Makalede konu İran sigorta hukukunda sigortacı şirketlerinin kuruluşu ve teşkilat şekli, sigortacının faaliyet koşulları, sigortacı şirketinin sona ermesi ve sigortacı oraklıklarının birleşmesi, başlıkları altında incelenecektir.

B- Sigorta Müessesesi'nin Hukuki Yapılanma Şekli

1- Genel Olarak İran'da Sigortacılık

Sigorta faaliyeti, İran'da ilk olarak 1911'de Rus sigorta şirketleri(en başta Engesterak sigorta şirketi) tarafından başlatıldı. İran sigorta şirketi "İran Sigorta Anonim Şirketi» adı altında ve devlet sermayesiyle 1935 yılında kuruldu ve faaliyete başladı[1]. Bunu müteakip, İran'ın ilk sigorta kanunu 1937 yılında yürürlüğe girdi. Hala yürürlükte olan bu kanun, 36 maddeden oluşur ve bugünün modern sigorta hukukunun bütün hukuki konularını ve ihtiyaçlarını temin etmemektedir. Bu kanunda, sigortacının hukuki yapısı ve örgütlenme mahiyetine ilişkin hükümler, özel sigorta

[1] *Hasani*, Seyyid Mahmut: Hukuk-I Bimeh, Iran Sigorta Şirketi basımı, 2006, 36

hukukunun gerektirdiği serbestlik ve seçenekli ortamı yeterince sınırlamaktadır. Kanunda var olan yetersizlikler genelde dağınık şekildeki idari yönetmelikler ile doldurulmaktadır. İran Merkez Sigortası'nın Kuruluşu ve Sigortacılığa ilişkin Kanun (İMSK) 1970'de düzenlenip yürürlüğe girer. İran'da özel sigorta şirketleri başta Şark sigortası olmak üzere 1951 yılından itibaren kurulmaya başlar. 1980 yılına kadar İran'da devlet tarafından kurulan İran sigorta şirketi, on iki özel sigorta şirketi ve iki yabancı sigorta şirketinin şubeleri olmak üzere toplam 15 sigorta şirketi İran sigorta piyasasında faaliyet göstermekteydi. İran İslam devrimi sonrası 1980 yılında Anayasa'nın 44. maddesi doğrultusunda İran devrim Şurası'nca çıkartılan yasa gereğince yabancı sigorta şirketlerinin faaliyet ruhsatnameleri iptal edilir. Bütün özel sigorta şirketleri kamulaştırılır ve işletmeleri devlete devredilir. İran'da faaliyet gösteren 10 İran sigorta şirketi, «Dana» sigorta şirketi adı altında birleşir ve böylece 2001'e kadar İran sigorta piyasasında İran, Alburz, Dana ve Asya sigorta şirketleri, kamu yönetimi altında faaliyetlerine devam ederler. 2001 yılında ve İran Özel Sigorta Müessesleri'nin Kuruluş Kanun'unun onaylanmasıyla birçok özel sigorta şirketleri kurulur.

2- Sigorta Müessesenin Kuruluş Şekli

a. Anonim Şirket

İran hukukunda kişinin sigortacı olarak sigorta hizmetini piyasaya sunmasi için kanunun öngördügü şekliyle belirli niteliklere sahip olması gerekir. Dolayısıyla herhangi bir kişinin bu niteliklere sahip olmadan sigortacı sıfatını alamaz veya sigorta hizmetini sunamaz. Sigortacının kişiligii ve mahiyeti, sigortanin amacı dogrultusunda büyük boyutlu iktisadi işletme ve sosyal toluluk şeklinde bir ticari tüzel kişilige sahip olması gerekir[2]. Bu nedenle tekniksel ve iktisadi güçü gerektiren sigorta müessese, çogu ülkelerin hukuklarında da oldugu gibi, anonim şirket ve kooperatif şirket şeklinde kurulmaktadir. İran sigorta hukukunda sigorta müesseselerinin kuruluş şekli halka açık anonim şirket yapısında olmalıdır. Ancak, çok sınırlı durumlarda bu messeselerin koopertatif şeklinde de kurulabilecegi, Bakanlar Kurulu'nun 2000 tarihli İran Ticari-Sanayi Serbest Bölgelerdeki Sigorta Müesseseleri'nin kuruluş ve

[2] .*Salihi,* Janali Mahmut: Hukuk-I Bimeh, Iran Merkez Sigortası yayını, Tahran 2002, s.395

Faaliyeti'ne ilişkin yönetmeliginin ikinci maddesinde öngörülmüştur[3]. İran Merkez Sigortası ve Sigortacılk Kanun'unun 31. maddesine göre İrandaki sigorta faaliyetleri, payları ada yazılmış İran halka açık anonim ortaklıklar tarafından ve bu kanuna uygun şekilde ve Ticaret Kanunu'nuna göre tescil edilmiş müesseseleri tarafından yapılır. Ayrıca sigorta şirketinin faaliyete başlaması için İran Merkez Sigortası Kurumu'ndan özel ruhsatname alması gereklidir[4]. Böylece, ilgili kurumdan özel ruhsatname almayan anonim şirketinin sigorta faaliyetinde bulunması açıkça yasaklanmıştır.

Tüzel kişinin, sigortacı sıfatını taşımasının ilk koşulu, anonim ortaklık şeklinde kurulması gerekir. Sigortacının anonim ortaklık şeklinde olması, sigortanın amacına uygun düştüğü gerekçesiyle çoğu ülkelerin sigorta hukuklarında kabul edilmiştir. Gerçi bazı hukuk sistemlerinde sigortacının kooperatif yapısı şeklinde de örgütlenebileceği de görülmektedir[5]. İran hukukunda, sigortacının ticari sigorta faaliyetlerini kooperatif yapısı şeklinde yapabileceği sadece Ticari-Sanayi serbest bölgeler ile sınırlı tutulmuştur. Bununla birlikte, kamusal yapıda ve kanunun öngördüğü faaliyetlerde Tazmin Sandığı niteliğinde, sigorta amacına ve işleyişine benzer sigorta sandıkları kurulduğu görülür[6]. İran sigorta hukukunda sigortacının anonim ortaklık yapıda olmasının tek istisnai İran Merkez Sigortası'nın Kuruluş ve Sigortacılık Kanun'un 34. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre sermaye payları devlete veya Alevi Kurumu'na (İslam devrimi dolaysıyla zapt ve musadire edilen

3 İran Ticaret Kanunu'nun 20.maddesi geregince, Üretim ve Tüketim Kooperatif Şirketleri, Tacir ve konularını içeren işlemeri de ticari sayılır.

4 *Babayi*, Irej: hukuk-I Bimeh, Tahran 2003, s.30.

5 Türk hukukunda, 5684 sayılı Kanunun 3. maddesince sigorta şirketi, anonim veya kooperatif şeklinde kurulur. Iran doktrininden *Salihi*'ye göre, İran sigorta kanun unlarında sigorta kooperatif şirketlerine ilişkin söz edilmemesini kanun koyucunun dikkatsizliklisine matuf kılmıştır (*Salihi*, age, s.455).

6 Örneğin İran İhracat Tazmin Sandığı gibi. Bu tür sermaye sandıkları (mütüel) devlet tarafından ihracatçıları bazı risklere karşı destekleme amacını gütmektedir. Ayrıca Bu tür sandıkların kuruluş şekli ve idaresi özel kanunla belirlenmiştir. Iran İhracat Tazmin Sandığının idaresine ilişkin Kanunu'nun 2. maddesine göre Sandık, hukuki tüzel kişiliğe sahip mali ve idari bakımdan bağımsızdır. Bu sandık, halka kapalı anonim ortaklık şeklinde kurulur ve Ticaret Bakanlığı'nca idare edilir.

mal ve emlak idaresi için kurulan müessesedir)[7] ait sigorta işletmeleri hakkında İran Merkez Sigortası'nın Kuruluş ve Sigortacılık Kanunu'nun 31,32 ve 33.maddesinin hükümleri uygulanmaz.

Sigortacının anonim ortaklık şeklinde faaliyet gösterebilmesi için, bu ortaklığın faaliyeti İMSK'nuna göre yapılmalı ve Ticaret Kanunu'na göre tescil edilmelidir (İMSK.m.31).

b.Sigorta Şirketinin Tescili ve Kuruluş Ruhsatnamesi

Sigorta anonim şirketinin kurulmasıyla birlikte bu şirketin Ticaret Kanunu'nun öngördüğü şekilde şirketlerin tescil kurumunda tescil ettirilmesi gerekir. Sigorta şirketlerinin tescili hakkındaki 1937 tarihli özel yönetmeliğe göre sigorta şirketin kuruluş tescili, Bakanlar Kurulu'nun onayına bağlıdır. Sigorta şirketinin tescili için daha önce İran Merkez Sigorta Kurumu'ndan kuruluş ruhsatnamesini almış olması gerekir. Sigorta şirketinin izin alma masrafları sigortacıya ait olmak üzere kurumca resmi gazete ve en yaygın bir gazetede iki kez bir ay aralıkla yayımlanır (İMSK. 43.maddesi). Sigorta şirketinin esasnamesi (Anasözleşmesi) veya paylarına ilişkin herhangi değişikliğin tescili, İran Merkez sigorta kurumunun onay ile mümkündür.

Sigorta şirketinin tescili için ilgili kanunun, 38. maddesinde belirtilen belgelerin, İran Merkez Sigorta Kurumu'na teslim eder. İlgili kurumun üst şurası (şura-ye âli-ye bimeh), ruhsatnamenin verilip verilmeyeceğine dair değerlendirmede bulunur ve bu konudaki görüşünü kurumun genel kuruluna bildirir. İran Sigorta Kurumu, ruhsatnamenin talebine ilişkin istenilen belge ve bilgilerin verildiği tarihten itibaren 60 gün içinde talebin kabulü veya reddine dair yazılı kararını bildirmelidir (İMSK.m.39). Verilen karara itirazı olan kimse, 30 gün süre içinde itirazını Bakanlar Kurulu'na bildirmesi gerekir. Bakanlar Kurulu'nun bu konudaki kararı kesindir.

c.Sigorta Şirketinin Asgari Sermaye Tutarı

İran Merkez Sigortası Kanunu'nun 36. maddesine göre İran sigorta şirketleri en az yüz milyon Rial[8] sermaye ile kurulur. Bu tutarın yüzde

[7] Bu müessesenin adı, İslam devriminden sonra «Pehlevi» müessesesinden «Alevi» müessesesi olarak değiştirilmiştir.

ellisi nakit olarak ödenmelidir. Ayrıca kanunun ilgili maddesi gereğince, gerektiğinde her bir sigorta dalı için tevdi edilmesi gereken sermaye tutarı, İran merkez sigortası kurumunun tespiti ve üst şurasının onayına sunulması ayrıca yönetmelikle belirlenir[9].

İran'da sigorta faaliyetinde bulunacak şirketlerin sermaye payları, ada yazılı olmalıdır. Devlete ait olmayan İran sigorta şirketinin payları, gerçek veya tüzel yabancı kişilere devri ancak %20 tutarında ve ilgili kurumun onay ile mümkündür. Yabancı paydaşların pay kârının devri, yıllık ödenen toplam sermayenin %12'sini geçemez. İran sigorta şirket paylarının yabancı devletlere veya paylarının %49'dan fazlasını, yabancı gerçek veya tüzel kişilere devir edilmesi yasaklanmıştır (İMSK.m.35). Nitekim yabancı paydaşları arasında payların devri ancak merkez sigorta kurumunun onayına bağlıdır.

Yabancı sigorta şirketlerinin sermayesi hakkındaki yönetmelikte her bir hayat sigortası ve diğer sigorta türleri için öngörülecek tutarda, belirli meblağın merkez Sigorta kurumu nezdinde tevdi edilmesi gerekir. Her bir sigorta türü için tevdi edilecek tutar, 500.000 $'dan az olmamalıdır. Ayrıca, İran ticari-sanayi serbest bölgelerde faaliyet gösterecek olan sigorta müessesenin asgari sermaye tutarı, merkez sigorta kurumunun önerisi, Maliye Bakanlığı'nın kararı ve Bakanlar Kurulu'nun onayı ile belirlenir.

d.Sigorta Şirketinin Ortaklarının Sayısı ve Nitelikleri

Sigorta şirketin ortak sayısı 10 gerçek veya tüzel kişiden az olmamalıdır. Her bir ortak, sigorta şirketinin sermaye payının %20'sinden fazlasına sahip olamaz (İMSK.m.33). Bu yasak, pay sahibinin ilk derecedeki akrabalarını da kapsar. İran veya İran dışında cinayet, hırsızlık,

8 Riyal, İran'ın en küçük para birimidir. 10 Rial, en büyük para birimi olan 1 tümen'e eşittir.

9 2001tarihli Özel Sigorta Şirketlerin kuruluşuna ilişkin kanunun 3. fıkrası gereğince, İMSK'nunun 36.maddesinin konusu doğrultusunda özel sigorta şirketleri için öngörülen asgari sermaye tutarı, 2007 tarihli ve 62/1916/7085 sayılı Bakanlar Kurulu kararınca: 1-Hayat sigorta Şirketleri için 160 milyard Rial. 2- Hayat dışı sigorta şirketleri için 160 milyard Rial. 3- Karma sigorta (Hayat sigortasi ve hayat dışı sigortası) şirketleri için 280 milyard Rial. 4-Reasrans şirketleri için 400 milyard Rial' dır.

güveni suiistimal, dolandırıcılık, karşılıksız çek düzenleme veya ihtilas suçuna veya adı geçen bu suçlarda suçluya muavenet eden kişiler ve taksirli şeklinde muflis veya konkordato ilan etmiş kişiler, sigorta şirketlerinin kurucusu veya müdürü olamaz (İMSK.64). Ayrıca Ticaret Kanunu'nun 111. maddesinde belirtilen kişiler, sigorta şirketinin yönetim kurulu üyesi olamazlar.

C- İran Hukukunda Sigortacılık İşlemlerine Hâkim Başlıca Yasal düzenlemeler

İran hukukunda sigorta ve sigortacılık konularına hâkim yasal düzenlemeler tek bir kanunda düzenlenmemiştir. Anayasa başta olmak üzere birçok kanun ve yönetmelik şeklindeki düzenlemeler sigorta hukukuna ilişkin kurallar içermektedir. Bu kuralların birçoğu çok eski döneme ait uygulama koşullarına göre yapılan düzenlemelerdir. Bu nedenle, mevcut kanunlardaki boşlukların veya sorunların giderilmesinde, idari yönetmeliklerle geçici çözümler üretmek, sigortacılığın amaç ve nitelikleri ile bağdaşmamaktadır. Sigorta müesseselerini kamu sigortacılığına paralel olarak uygulanan hüküm ve kurallara tabi tutmak, gerçek anlamda rekabet ortamını oluşturacak şekilde özelleştirilmesini ve şekillenmesini sağlamamış ve aslında sigortacılığın yapı ve mahiyetine yeni bir değişiklik kazandırmamıştır. Aşağıda, kısaca sigortacılık hukukuna hâkim temel kanunlarının genel içeriğine değinmek, sigorta şirketlerinin kuruluşu ve teşkilatının tanımına katkı sağlayacaktır.

1-Anayasa

1980 tarihli Anayasa'nın 44. İlkesi gereğince, İran İslami Cumhuriyeti'nin ekonomi sistemi, kamu, kooperatif ve özel sektör olmak üzere üç şekilde düzenlenir. Bu anayasal ilkeye göre sigorta, kamu sektörü niteliğini kazanır. Bulunan özel sigorta müesseseleri kamulaştırılır ve doğrudan doğruya devlet tarafından yönetilir. Ancak 2001 yılında Üçüncü Genişleme Program Kanun'unun onaylanması ve uygulanması çerçevesinde devletin genel kontrol ve denetimi mahfuz kalmak üzere sigortacılık işlemlerinde özel sektörün de katılması öngörülmüştür. Ayrıca, 2002 yılında Özel Sigorta Şirketleri'nin Kuruluş Kanun'unun onaylanmasıyla özel sigorta şirketlerinin kuruluşu, belirlenen koşullar altında serbest bırakılmıştır.

2-Ticaret Kanunu

1932 tarihli Ticaret Kanunu'nunda sigortaya ilişkin doğrudan doğruya düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Ticaret Kanununun 2. maddesinin 9. bendi gereğince, deniz sigortaları ve deniz dışı sigortalara ilişkin işlemler, ticari işlemlerden sayılmıştır. Buna göre, sigorta işlemleri, ticaret hukukunun sigortaya ilişkin konuları, ticari hükümlere tabi olur. Ayrıca Sigorta şirketinin anonim ortaklık şeklinde olma zorunluluğu ve ticaret siciline tescil gereği, Ticaret Kanunu'nunda daha detaylı şekilde öngörülmüştür. Nitekim Ticaret Kanunun 3. maddesi gereğince, Tacir sıfatını taşıyan sigortacının bütün işlemleri de ticari niteliğindedir. Bu nedenle sigortacının da bir tacirin Ticaret Kanunun'unda öngörülen haklara sahip olması ve belirlenen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir.

3-Medeni Kanun

Medeni Kanun sigortacılık veya sigorta sözleşmesi konusunda doğrudan doğruya bir hüküm içermemektedir. Sigorta sözleşmesi veya sigorta taraflarının taahhütlerine ilişkin özel sigorta kanunlarında bir boşluk olursa, Medeni Kanun'un genel hükümleri uygulanır. Bu kapsamda sözleşmenin geçerlilik koşulları, sözleşme taraflarının ehliyeti ve sözleşmenin fesih ve iptale ilişkin Medeni Kanun'un genel hükümleri sigorta hakkında da uygulanır. Medeni hukukun genel kurallarına göre sigorta sözleşmesi, tarafları bağlayıcı niteliğindedir[10].

4- Sigorta Kanunu

Hala yürürlükte olan 1928 tarihli İran sigorta kanunu, eski Fransız sigorta kanunundan çevrilmiş[11], 36 maddeden ibarettir. Sigorta kanunu özellikle sigorta sözleşmesi, sigortaya konu olan malın değeri, sigortanın fesih ve butlanı ve sigortacının sorumluluğuna ilişkin bazı hükümleri içermektedir. Bu kanunda sigortacının yapısı veya teşkilatı konusundan söz edilmemiştir. Yeni sigorta kanunun tasarısının ön hazırlık çalışmaları tamamlanıp onaylanması için İran parlamentosu özel komisyonları tarafından incelenmektedir. Çünkü yürürlükte olan sigorta kanunu, sigorta

[10] *Destbaz*, Hadi: Emtia, Gemi ve Uçak Sigortası, Tahran 1995, s.56; Hasani, age, s.105
[11] Salehi, J: age, s.66

ve sigortacılık hukukunun sorunlarını çözecek ve ihtiyaçlarını saglayacak yeteri kadar hüküm ve düzenlemeleri içermemektedir.

5- İran Merkez Sigortası'nın Kuruluşu ve Sigortacılık Kanunu

İran'da sigortacılık yapısını ve örgütlenmesini düzenlemek, sigorta işlemlerini yönlendirmek ve özellikle devlet denetimini sağlamak amacıyla h.1350 tarihinde yürürlüğe giren İran Merkez Sigortası'nın Kuruluşu ve Sigortacılık Kanunu, 77 madde hükmünü içermektedir. İran Merkez Sigorta Kurumu[12] ve sigortacılık konuları, sırasıyla ilgili kanunun ana iki bölümünü oluşturur. İran merkez sigortasının kuruluşu, konusu, görev ve yetkilileri ve ana organlarına ilişkin hüküm ve kurallar, ilgili kanunun ilk bölümünde ve ikinci bölümünde ise, sigorta müesseseleri (kuruluş aşamaları, ruhsatname şartı, yabancı sigorta müesseselerine ilişkin hükümler), sigorta müesseselerinin sona ermesi ve iflası, sigorta müesseselerinin devir ve birleşme işlemleri ve diğer ilgili diğer konuları içermiştir. Bu kanunda esaslı değişiklik yapılmamıştır ve gerektiğinde bazı hukuki ihtiyaç ve sorunlar, Bakanlar Kurulu ve sigorta kurumu üst şurasınca çıkarılan yönetmelik veya iç kararlar ile çözülmektedir. Sigorta Kurumu, doğrudan doğruya sigorta faaliyetinde bulunmaz[13].

İlgili kanunun hükümleri incelendiğinde, sigorta kurumu aracılığıyla devletin çok yapısal ve güçlü denetim ve müdahalesini özellikle idari yapısı içinde görmek mümkündür. Nitekim özel sigorta şirketlerinin kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin getirilen yeni düzenlemeler dahi, İran Merkez Sigortası ve sigortacılık Kanununun tabi olduğu yoğun denetim çerçevesini aşmamıştır.

6- Sigorta Şirketlerinin Kamulaştırma Kanunu

Sigorta Şirketleri'nin Kamulaştırma Kanunu 1980 tarihinde, sigortalıların menfaatlerini korumak, ülke çapında sigorta sanayisini geliştirmek ve sigorta hizmetini herkese sunmak üzere düzenlenmiştir. Bu kanun, 8 maddeden ibarettir. Bu kanuna göre İran'daki bütün sigorta şirketleri kamu sektörü sayılır. Yabancı sigorta temsilcilerinin faaliyet ruhsatnameleri iptal edilir. Kamulaştırılan sigorta şirketlerinin genel

12 Kanunun birinci maddesince bu müessesenin Anonim şirket şeklinde kurulması gerekir.
13 *Kerimi,* Ayet: Kulliyat-I Bimehe, altinci baski,Tahran 2003, s.30

kurulları ve yönetimleri, bu kanunda öngörülen şekilde bir ortak genel kurul ve yönetim çatısı altında idare edilir.

Aslında, bu kanunda öngörülen kamulaştırma amacının gerçekleştiğini söylemek güçtür. Nitekim bu kanunun gerekçeleri, ticari bir hizmet işletmesi olan sigorta sektörü ile pek bağdaşmamaktadır. Nitekim sosyal sigortalar ile özel sigorta çeşitleri, aynı yapı ve denetime tabi tutulması da özel sigorta şirketlerinin yapılanmalarını ve faaliyetlerinin gelişmesini olumsuz şekilde etkilemektedir.

7- Sigorta Şirketleri'ne Ait İşlemlerin İdaresi'ne İlişkin Kanun

1978 tarihi Sigorta Şirketlerine Ait İşlemlerin İdaresine Dair Kanun'unun ilgili hükümleri gereğince, İran, Asya, Alburz ve Dana Sigorta şirketleri Kamu, kooperatif ve özel sektörlerde çeşitli sigorta işlemleri yapabilirler. Ayrıca, Ariya, Omit, Pars, Tahran, Tavana, Hafez, Sahteman ve Kar, Şark ve Milli sigorta şirketleri, Dana sigorta şirketinin çatısı altında birleşir. Bu kanun kapsamında sigorta şirketlerinin yetki ve görevleri konusunda bazı hükümler getirilmiştir.

8-1990 tarihli Sigorta Şirketlerinin Örnek Esasname Yönetmeliği

Sigorta Şirketlerinin örnek esas namesine ilişkin yönetmelik, sigorta şirketlerinin esas namesinde kayıt edilmesi gereken konuların düzenleme şekil ve yöntemi hakkında hükümler getirmiştir. 1990 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılan bu yönetmelik, yirmi dört maddeden oluşur. Genel olarak, sigorta şirketinin amaç ve konusu, şirketin organları ve işleyiş yöntemlerine ilişkin hükümler içermektedir. Bu yönetmeliğe göre, sigorta şirketleri, İMSK'u ve Sigorta Şirket İşleri'nin İdaresine İlişkin Kanunu göz önünde tutarak bu esas namenin kurallarına göre idare edilir. Bu esas namede öngörülemeyen konular hakkında Ticaret Kanunu'nun hükümleri uygulanır.

9-Ticari-Sanayi Serbest Bölgelerde Sigorta Şirketleri'nin Kuruluşu ve Faaliyetleri'ne İlişkin Yönetmelik

Ticari-Sanayi Serbest Bölgelerde Sigorta Şirketleri'nin Kuruluşu ve Faaliyetleri'ne İlişkin düzenleme, İran Merkez Sigortasının önersiyle 2000 yılında yönetmelik şeklinde Bakanlar Kurulu'nca onaylanmıştır. Bu yönetmelik, ticari-sanayi serbest bölgelerde kurulacak veya faaliyet

gösterecek sigorta şirketlerinin kuruluş ve faaliyet koşulları hakkında bazı yenilikler getirmiştir. Bu yönetmeliğe göre, serbest bölgelerde sigorta ve reasurans faaliyeti, ticari-sanayi bölge kurumu tarafından önerilen ve bu yönetmeliğe göre sigorta kurumundan izin alan sigorta müesseseleri tarafından yapılır.

İlgili yönetmelikte anılan sigorta şirketlerinin İran anonim veya kooperatif sigorta şirketi şeklinde tescil edilmesi gerekir. Bu şirketlere, İran veya yabancı uyruklu gerçek veya hukuki kişiler, ortak sıfatıyla katılabilirler. Şirket sermaye payları, ada yazılı olmalıdır. Sigorta şirketlerinin anılan bölgelerde şube veya temsilci aracılığıyla faaliyet göstermesi için gereken hukuki işlemler, bu yönetmelikte öngörülmüştür. Yönetmeliğin üçüncü ve dördüncü bölümleri, sigorta şirketlerinin faaliyet ruhsatnamesi, tescil izni ve ruhsatnamenin iptali ve sigorta faaliyetinin sınırlandırılmasına ilişkin kuralları içermektedir. Sigorta şirketlerinin faaliyet yöntemi ve bu şirketlerin denetimine ilişkin konular ise, aynı yönetmeliğin beşinci ve altıncı bölümünde düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğe göre faaliyet gösteren sigortacılar, yalnız bu yönetmeliğin hükümlerine tabi olurlar. Bu müesseselerin idare işlerine ilişkin öngörülmeyen durumlar için Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.

10- Özel Sigorta Şirketleri'nin Kuruluş Kanunu

2001 tarihli Özel Sigorta Şirketleri'nin Kuruluş Kanunu, tek bir maddeden ibarettir. Sigorta sektörünün gelişmesi, sosyal ve ekonomi güvenliğinin sağlanması, sigortanın ülkenin iktisadi büyümesindeki rolünün artması ve toplumun zarar ve ziyanını önlemek, bu kanunun temel amacı olarak belirtilmiştir. Bu kanunun uygulanmasında Anayasa'nın 44.maddesinin sınırlama kuralının da göz önünde tutulması gerektiğine de işaret edilmiştir. Kanunun birinci maddesi gereğince aşağıda belirtilen koşullar altında İran uyruklu kişilere özel sigorta müesseselerinin kuruluşuna izin verilir:

a- Sigorta sektörünü yönetmek, faaliyetlerini denetlemek ve faaliyetine izin vermek, alelade devlete ait olur.

b- İç sigorta müesseslerinin kuruluş ve faaliyetine ilişkin kurallar, İMSK'ununa göre belirlenir.

c- İMSK'nun 36.maddesinin konusunu oluşturan sigorta müesseselerinin asgari sermaye tutarı, özel sigorta müesseseler için sigorta kurumunun önerisi, Maliye Bakanlığı'nın kararı ve Bakanlar Kurulu'nun onayı ile belirlenir.

D- Sigortacı'nın Faaliyet Koşulları

Sigorta şirketleri, sigorta temsilcileri veya sigorta resmi tellalları dışında kimsenin sigorta işlemlerine ilişkin faaliyet göstereme hakkı yoktur (İMSK.m.66). Herhangi bir faaliyetin sigorta işlemleri sayılıp sayılmayacağı, Merkez Sigorta Kurumu'nun Üst Şurası tarafından belirlenir.

Kanun koyucu, türüne göre bazı sigorta faaliyetlerinin ancak özel izin alan şirketler tarafından yapılabileceğini öngörmüştür. Bu sigorta türlerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. İran'da bulunan menkul veya gayrı menkul mal sigortası;

2. İran'da yapılan satım sözleşmesi veya İran'da verilen akreditif belgesi için ithalat mal taşıma sigortası;

3. Yabancı işçi ve çalışanların sigortası (yaşam sigortası ve İran'da ikamet süresince şahsi olaylara ilişkin sigortalar bu kapsamdan hariç tutulur).

Sigorta şirketi, bütün sigorta branşlarında veya belirli bir branşta faaliyet göstermek istiyorsa, İMSK'nun öngördüğü kurallar çerçevesinde sigorta kurumundan faaliyet ruhsatnamesini almış olması gerekir(İMSK.m.38).

Ayrıca aşağıda belirtilen durumlarda, sigorta şirketinin ruhsatnamesi sigorta kurumu üst şurasının onayı ve genel kurulunun kararı ile iptal edilir.

a) Ruhsatname sahibinin talebi üzerine,

b) Ruhsatname'nin veriliş tarihinden bir yıl içinde faaliyete geçmemiş ise,

c) Sigorta müessesesinin mali durumu, sigorta kurumunun değerlendirmesi üzerine bu müessesenin kendi taahhütlerinin ifası için müsait değilse veya sigorta faaliyetinin sürdürülmesi, sigortalıların veya hak sahiplerinin menfaatlerini zarara uğratacaksa;

Yukarıda belirtilen durumlara binaen ruhsatnamesi iptal edilen sigorta müessesesi, 30 gün içinde alınan iptal kararının bozulması için Bakanlar Kurulu'na başvurabilir. Bakanlar Kurulu'nun bu konudaki kararı kesindir (İMSK.m.42). Nitekim kendi esas namesi veya sigorta kanun ve yasal kurallara aykırı davranan sigorta müessesesinin sigorta kurumunun önerisi ve Sigorta Üst Şurası'nın kararıyla belirli sigorta branşlarındaki işlemlerini geçici bir süre için yasaklayabilir (İMSK.m.41)

Sigorta müessesesinin ruhsatnamesi bir veya birden çok sigorta branşı için süreli şekilde iptal edilmiş ise ilgili sigorta şirketi, İMSK'nun 44. maddesi gereğince, sigorta kurumu bu müessesenin hak ve taahhütlerine ilişkin bütün belge ve senetleri İran anonim sigorta şirketine devir edilir veya sigortalıların ve hak sahiplerinin menfaatlerini kuruyacak başka özel tedbirlere başvurur.

E- İran'da Yabancı Sigorta Şirketleri'nin Faaliyet Gösterme Koşulları

İran Merkez Sigorta Kanunu'nun birinci maddesine göre İran'daki sigorta işlemleri, İran sigorta anonim şirketlerince yapılır. Yabancıların İran'da sigorta faaliyetlerine ilişkin hükümler, kanunun dördüncü faslında öngörülmüştür. Bu kanunun 45. maddesine göre, yabancı sigorta müesseselerinin İran'da faaliyet göstermesi, Merkez Sigorta Kurumu'nun önerisi, aynı kurumun Üst Şurası'nın kararı ve Bakanlar Kurulu'nun onayına bağlıdır. Yönetmeliğe göre İran'da faaliyet gösterecek olan yabancı sigorta müesseslerinin, her bir hayat ve diğer sigorta branşları için belli meblağı, Merkez sigorta Kurumu nezdinde tevdi etmesi gerekir.

İran'da faaliyet gösteren sigorta müesseselerinin, İran'da yerleşik olması ve müessesenin bütün işlerinin yönetim yetkisini haiz yetkili temsilcinin gösterilmesi gerekir. 1980 tarihli sigorta şirketlerinin kamulaştırma kanunu gereğince, yabancı sigorta müesseselerinin temsil

ruhsatnameleri iptal edilir. Ayrıca, 1996 tarihli İran Ticari-Sanayi Serbest Bölgeleri'nin İdare Şekline ilişkin Kanun değişikliğine göre İran ticari-sanayi serbest bölgelerinde Bakanlar Kurulu'nun onayı ile yabancı sermaye ile İran sigorta müesseselerinin kuruluşu ve faaliyetine izin verilmesi mümkündür. 1982 tarihli İran Ticari-Sanayi Serbest Bölgelerinde Sigorta Müesseselerinin Kuruluş ve Faaliyetine İlişkin Yönetmeliğin 2. maddesi gereğince, serbest bölgelerde İran sigorta anonim veya kooperatif şirketleri İran veya yabancı gerçek veya tüzel ortakların katılımı ile sigorta ve reasürans işlerinde faaliyet gösterebilirler. Böylece yabancı müesseseleri de İran'ın ticaret-sanayi serbest bölgelerinde özel sigorta sektöründe faaliyet gösterebilirler[14]. Belirtilen bu iki durum dışında, İran'da yabancı şirket kurulamaz veya faaliyet gösteremez.

F- Sigorta Şirketlerinin Denetimi

1972 tarihli İran Merkez Sigortası'nın Kuruluşu ve Sigortacılık Kanun'unun yürürlüğe girmesinden önce 1937 tarihli sigorta şirketlerinin tescil'ine ilişkin özel yönetmelik gereği, sigorta şirketleri uzun süre genel olarak Maliye Bakanlığı'nın denetimine tabi idi. İran'da kurulan veya faaliyet gösteren sigorta şirketleri, ilk olarak İMSK'nun yürürlüğe girmesi ile uzmanlaşmış bir kurumun denetimine kavuşmuş olur. Bu kanunun gereği, sigorta şirketleri İran merkez sigorta kurumunun denetimine tabidir[15]. Ayrıca, İran merkez sigorta kurumu, devletin denetim kurumu olmakla birlikte, kanunun birinci maddesi gereğince İran'daki sigorta işlemlerinin düzenlenmesi, gelişmesi ve yönlendirmesi gibi görevleri de üstlenir. İran merkez sigorta kurumu, anonim şeklinde kurulur ve bütün sermaye payları devlete aittir. İlgili kurumun merkezi, Tahran'dadır ve gerektiğinde başka yerlerde Kurumu, İran sigorta anonim şirketi temsil eder. İMSK'nun 4.maddesine göre, Merkez Sigorta Kurumu, kanunda açıkça öngörülmedikçe kamuya ilişkin kanun ve diğer yasal düzenlemelere tabi tutulamaz[16]. Ancak kurum, bu kanunda hakkında

[14] .*Babayi*, age, s.31
[15] .*Babayi*, age, s.27
[16] .*Kerimi*, age,s.30

öngörülmeyen konularda Ticaret Kanunu'na tabi olur. Merkez Sigortası Kurumunun, devletin diğer kurumlarına veya bakanlıklara organik veya kurumsal bağlılığı yoktur[17]. Ancak, Kurum, sigorta faaliyeti ve yapılanmasına ilişkin devletin doğrudan doğruya denetim eli sayılır. Nitekim Maliye Bakanı, bu kurumun müdürü sayılmaktadır.

1-İran Merkez Sigorta Kurumu'nun Görev ve Yetkileri

İMSK'nun 5. maddesi gereğince İran Merkez Sigorta Kurumunun görev ve yetkileri aşağıdaki konuları kapsamaktadır:

a) İran'da sigorta işlemlerin yürütülmesi için gereken yönetmelik ve kuralları düzenlemek;

b) İran'da çalışan sigorta şirketlerinin faaliyetleri hakkında gereken bilgileri toplamak;

c) Zorunlu reasürans yapmak

d) İç veya dış müesseselerden isteğe bağlı reasürans yaptırmak;

e) Gerektiği durumlarda reasürans işlemini iç veya dış müesseslere bırakmak;

f) Bedeni hasarlara ilişkin temin sandığını yönetmek ve onunla ilgili yönetmelik çıkarmak;

g) Sigorta müesseslerini denetlemek ve yönlendirmek, sigorta piyasasını sağlamak için onları korumak, sigorta temsilciliği ve tellallık işlemlerini düzenlemek, reasürans işlerini denetlemek ve haksız rekabeti önlemek;

2-İran Merkez Sigorta Kurumu'nun Teşkilatı

İran merkez sigortası kurumunun teşkilatı, genel olarak anonim ortaklığın teşkilatına benzer bir yapıya sahiptir. Ancak bu teşkilatın yetki ve işlevleri kendine özgü tamamen kamusal niteliktedir. Ancak ilgili kanunun boşluğu halinde Ticaret Kanun'unun hükümlerine başvurulur. İran merkez sigorta kurumu, temel dört organdan oluşur. Bunlar İMSK'nunun 6. maddesine göre şu organlardan ibarettir:

17 .*Kerimi*, age, s.30

a.Genel Kurul

Genel Kurul üç bakandan oluşur, Maliye Bakanı, Ticaret Bakanı, İş ve Sosyal İşler Bakanı. Yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler oydan yoksun olarak kurulun toplantılarına katılabilirler. Bu kurul, her yıl en az bir defa olmak üzere sigorta kurumu genel müdürünün daveti ile toplanır. Bu kurulun görevleri, kanunun 9.maddesine göre şu konuları içerir:

a) Kurum'un genel faaliyet çerçevesini belirlemek

b) Kurumun genel müdürü tarafından sunulan yıllık faaliyet raporunu görüşmek

c) Kurum'un yıllık bütçe, terazname (Mizan) ve kar ve ziyan hesaplarını, karın dağıtımını yapmak

d) Kurum'un mali ve idari karar ve yönetmeliklerini onaylamak

e) Kurum'un istihdam kurallarını onaylamak

f) Kurum'un denetçilerini seçmek

g) Kurum'un genel müdürü, yönetim kurul üyeleri ve denetçilerinin ücretlerini belirlemek

h) Kurum'un genel kurulu tarafından sunulan her konu hakkında görüş bildirmek

b. Üst Şura

İran merkez sigorta kurumu üst şurası, 10 kişiden oluşur. Bunlar: kurumun genel müdürü dahil Maliye Bakanlığı'nın bakan yardımcısı, Ticaret Bakanlığı'nın Bakan yardımcısı, İş ve Sosyal İşler Bakanlığı'nın bakan yardımcısı, Kooperatif ve Köy İşleri Bakanlığı'nın bakan yardımcısı, İran Sigorta Anonim Şirketi'nin müdürü, İran sigortacılar sendikası tarafından seçilen bir sigorta şirketinin genel müdürü, genel kurulca seçilen bir hukuk uzmanı, genel kurulca seçilen bir sigorta uzmanı, ticaret ve sanayi odası müdürünce seçilen sigorta uzmanı. Şura'nın üyeliğini seçimle kazanan üyeler, 3 yıl için seçilir. Şura'nın toplantıları her ay en az bir defa şura müdürünün daveti üzerine kurulur. Şura toplantıları, en az 6 üyenin katılımı ile geçerlidir. Şura kararları, katılan en az beş üyenin oyu ile alınır. Sigorta üst şurasının en önemli görevleri aşağıdaki konulardan ibarettir:

a) Sigorta şirketlerinin kuruluş ruhsatnamelerinin talep veya iptal konusunu İMSK'nun kurallarına göre değerlendirmek, görüş bildirmek ve bu konuda genel kurula öneride bulunmak;

b) Sigorta şirketlerinin kullanımı için gerekli bilançoyu onaylamak;

c) Sigorta muamelelerinin türlerini ve sigorta poliçelerinin genel şartlarını belirlemek ve reasürans işlemlerini denetlemek;

d) Çeşitli sigorta branşlarına ilişkin iş ücreti ve sigorta primini belirlemek;

e) Sigorta işlemlerin ve sigorta müesseselerinin faaliyetlerini yönlendirmek için gerekli yönetmelikleri çıkarmak[18];

f) İran'daki sigorta müesseselerinin faaliyetleri ve işlemlerine ilişkin en az her altı ayda sigorta kurumunca sunulması gereken raporu incelemek ve hakkında görüş bildirmek;

g) Kurumun Üst Şurasına önerilen her konu hakkında görüş bildirmek;

h) İMSK'ununda belirtilen sair görevleri yerine getirmek;

c. İcra Kurulu

Sigorta kurumunun İcra Kurulu, kanunda öngörülen görev ve yetkileri çerçevesinde genel kurul kararları ve Sigorta üst şurası tarafından onaylanan yönetmelikleri uygular ve ayrıca üst şuranın görüşleri doğrultusunda merkez sigorta kurumunun işlemlerini yerine getirir. İcra Kurulu, sigorta kurumunun genel müdürü, vekili ve ilgili kurumun vekillerinden oluşur[19](İMSK.m.18). Kurum'un genel müdürü, sigorta kurumunun en üst icra ve yönetim makamı sayılır. Genel müdürün yokluğunda, onun vekili onun bütün kanuni yetki ve görevlerini üstlenir (İMSK.m.23). Ayrıca, genel müdür ve icra kurulunun üyeleri görev

18 Bu kapsamda Sigorta tellalığı, sigorta temsilciliği, sigortacılar sendikasının esas namesine ilişkin tüzükler, Merkez Sigorta Kurumu'nun Üst Şurası tarafından onaylanmıştır.

19 Iran Merkez Sigortası Genel Müdürü ve vekili, Maliye bakanınca önerilir ve Bakanlar Kurulu'nun onay, Muavinler ise İran Merkez Sigortası genel müdürünün önerisi ve Maliye bakanının muvafakati ve Bakanlar Kurulu'nun kararı ile atanırlar.

süresince ticari şirket veya müesseselerinin üyesi olamaz veya diğer kamu veya milli organlarda istihdam edilemez[20].

İMSK'nun 22. maddesine göre genel müdürün görev ve yetkileri aşagıdaki konuları kapsar:

a) İMSK'nun ve bu kanuna ilişkin yönetmeliklerin uygulamasını denetlemek;

b) Kişilere, kamu veya özel müesseselere, mahkeme ve diğer adli veya adli olmayan mercilere karşı vekil ve uzlaşıcı olarak Medeni Usul Kanunu'nun 62. maddesinde adı geçen yetkiler çerçevesinde İran merkez sigorta kurumunu temsil etmek.

c) Yetkilerinin bir bölümünü ve imza hakkını vekaleten vekillerine, bölüm müdürlerine veya kurum memurlarına bırakabilir ve onların görevlerini belirleyebilir.

d) Sigorta Kurumu'nun işlemleri ve hesap durumları hakkında genel kurula rapor sunar.

e) İran'daki Sigorta müesseselerinin işlemleri ve faaliyetleri hakkında sigorta kurumunun üst şurasına rapor sunar.

d.Denetçiler

İMSK'nun 24.maddesi gereğince sigorta kurumunun denetçileri, sigorta ve muhasebe işlerinde gerekli deneyime sahip, iki denetçiden oluşur. Denetçilerden biri, Maliye bakanı ve diğeri Ticaret Bakanı'nın önerisi ve genel kurulun kararıyla seçilirler. Denetçilerin görev süresi, bir yıldır ve görev süresi uzatılabilir. Denetçiler, her türlü bilgileri, kurumdan isteyebilir ancak kurumun işlerine doğrudan doğruya müdahale hakkı yoktur. Kanunda denetçilerin görev ve yetkileri hakkında ayrıntılı düzenleme bulunmamaktadır. İlgili kanununun 25.maddesi gereğince, kurumun yıllık hesap bilançosunun incelenmesi, denetçilerin görevleri içinde sayılmıştır. Bu nedenle genel kurulun yıllık toplantı tarihinden bir ay önce bilançonun denetçilere verilmesi gerekir. Denetçiler, bilançoyu

[20] Ancak üniversite veya diğer yüksek öğretim kurumlarında öğretim ve hayır, sosyal ve öğretim işler, yasak kapsamı dışındadır.

incelendikten sonra kendi görüşleri ile birlikte düzenledikleri raporu, genel kurula sunarlar[21].

SONUÇ

Sigorta şirketlerinin kuruluşu ve faaliyet koşullarını sınırlayıcı şekile bağlamak ve devletin baskın müdahalesini etkin kılmak, özel ekonomi ve ticari girişimcilik yapısı ve dengeli rekabet ortamı ile bağdaşmamaktadır. İran Anayasa'sının 44. ilkesi kapsamında sigorta sektörü, kamu iktisadi bir sektör olarak nitelendirilmiştir. Bu nedenle Iran sigorta şirketlerinin kuruluş ve faaliyet girişimi tamamen kamusal hükümlere tabi kılınmıştır. Bu durum, özel sigorta hukuk alanlarının gelişmesini olumsuz biçimde etkilemektedir. Bu etkinin başında, doğrudan doğruya sigortalıların kaliteli sigorta hizmetinden yararlanma ve haklarının korunmasına yönelik bir sınırlama oluşulacağı gibi, özel girişimcilerin de sigorta piyasasına girmelerine ve rekabet edebilme olanaklarına hukuki engel teşkil edecektir. Ayrıca, yasal düzenlemelerin istikrarsızlığı ve her yönüyle özel sigorta şirketlerinin kuruluş ve faaliyetlerinin idari mercilerce yönlendirilmesi, İran özel sigorta hukukunun dinamiğini ve gelişimini zayıflatmıştır.

İran sigorta hukukuna ilişkin kanuni düzenlemelerde, karşılıklı sigorta kuruluşu hakkında söz edilmemiştir. Hâlbuki kooperatif şeklindeki karşılıklı sigorta, çoğu gelişmiş ülkelerin hukuklarında, özel sigorta hukukunun sosyal yapısını içeren temel sigortacılık türü olarak benimsenmiştir. İran sigorta hukukundaki yasal düzenlemeler, yeterince dağınık ve kamu-özel sektörün bir çekişme mahiyetini açıkça göstermektedir. Ayrıca, birçok bakanlığın ve kurumların sigorta şirketlerinin kuruluşu ve faaliyet yönteminin belirlenmesi ve denetlenmesi konusunda söz sahibi olması, sigortacılık düzeninde çelişkili durumlara yol açmıştır. Sigortacılıkta, yabancı veya uluslararası alanlara karşı çok kısıtlayıcı yasal düzenlemede yer verilmesi, İran sigortacılık hukukunu her bakımdan durgunluğa itmiştir.

21 Ancak şunu belirtmek gerekir ki, muhasebecilik kurumunun 1987 tarihli esas namesine göre bu kanunda adı geçen denetçilerin görevi, muhasebecilik kurumuna geçmiştir.

İran sigortacılık sektörünün üst yönetim ve denetim makamı sayılan merkez sigorta kurumunun yapısına bakıldığında, kurum yönetiminin tamamen devlet tarafından yürütüldüğü anlaşılır. Bu durum, çoğu zaman dolaylı şekilde ilgili yasaların uygulamasında idari ve siyası etkileri arttırmakta ve denetim olanağını zaafa uğratmaktadır. Bu kurum, gerçi doğrudan doğruya devlet kuruluşlarına ve bakanlıklara organik olarak bağlı değilse de, dolaylı olarak yapısal mahiyette kamusal niteliktedir. Çünkü kurumun asli üyelerinin çoğu veya tamamı bakanlıklardan oluşmaktadır. Nitekim bu kurumda, sigortacıların veya sivil meslek veya uzman kuruluşların her hangi etkin bir rolü bulunmamaktadır. Böylece, İran sigorta hukukunda sigorta şirketlerinin kuruluş yapısını ve faaliyet düzenini serbest piyasa koşullarına göre ayarlanması, uluslararası ekonomi ve ticari girişimciliğe elverişli hale getirilmesi ve rekabetçi bir işletme niteliğini kazanması için yapısal hukuki reform kaçınılmazdır.

Yararlanan Kaynaklar:

Babayi, Irej: hukuk-I Bimeh, Tahran 2003

Destbaz, Hadi: Emtia, Gemi ve Uçak Sigortası, Tahran 1995

Hasani, Seyyid Mahmut: Hukuk-I Bimeh, Iran Sigorta Şirketi basımı, 2006

Kerimi, Ayet: Kulliyat-I Bimehe, altinci baskı, Tahran 2003

Salihi, Janali Mahmut: Hukuk-I Bimeh, Iran Merkez Sigortası yayını, Tahran 2002

ENDÜSTRİYEL TASARIMLARIN FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA KORUNMASI

Dr. İsmail FİDAN*

ÖZET

Türk Hukukunda, endüstriyel tasarımların korunmasında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerinden de yararlanılabilir. Ancak, söz konusu koruma için tasarımın, FSEK kapsamında eser niteliği taşıması gerekir. Eser niteliği taşıyan tasarım sahibine, FSEK kapsamında hak sağlar ve bu kanun kapsamında korunur. FSEK kapsamında korumanın diğer koruma usullerine göre avantajları ve dezavantajları bulunmaktadır. Çalışmada hem tasarımların FSEK kapsamında korunması, hem de bu koruma metodunun diğer usullerle karşılaştırılması üzerinde durulacaktır.

Anahtar Sözcükler: Endüstriyel Tasarımların Korunması, Eser, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Korumanın Kapsamı

PROTECTION OF INDUSTRIAL DESIGNS UNDER THE LAW OF COPYRIGHTS AND NEIGHBOURING RIGHTS

ABSTRACT

The provisions of the Law of Copyrights and Neighbouring Rights can also be used for the protection of industrial designs, in the Turkish legislation. But, for the abovementioned protection the design should have the characteristics of a work of art under the Law of Copyrights and Neighbouring Rights. The design which has the characteristics of a work of art grants its owner the rights under the Law of Copyrights and Neighbouring Rights and it is protected according to the provisions of this law. The protection under the Law of Copyrights and Neighbouring Rights has its advantages and disadvantages compared to the other methods of protection. In this article, the protection of designs under the

* Türk Patent Enstitüsü Marka Uzmanı, Hukukçu

Law of Copyrights and Neighbouring Rights and the comparison of this method of protection with the other methods of protection will be dealt with.

Key Words: Protection of Industrial Designs, Work of Art, Law of Copyrights and Neighboring Rights, Scope of Protection

GİRİŞ

Mevzuatımızda tasarımlara ilişkin ilk özel düzenleme olan 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[1] 1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Özel düzenleme yapılmasına karşılık tasarım hukuku yine de çok sayıda problemle karşı karşıyadır. Bu problemlerin bir kısmı tasarımın *sui generis* yapısından bir kısmi ise özel düzenlemenin sadece tescil edilmiş tasarımlara ilişkin hükümler içermesinden doğmaktadır.

Tasarımlar *sui generis* yapıda olmaları nedeniyle bazen fikrî haklara, bazen sınaî haklara, bazen de her iki alana birden benzerlik göstermektedir. Fikrî mülkiyet hukukunun diğer alanlarına olan bu benzerlik nedeniyle tasarımcı karşımıza kimi zaman eser sahibi kimi zaman da buluşçu olarak çıkabilmektedir. Bu özelliği tasarımları, sadece teknik alandaki buluşlara koruma sağlayan patent veya faydalı modellerden veya sadece sahibinin özelliklerini taşıyan fikir ve sanat eserlerini koruyan fikrî haklardan ayırmaktadır[2]. Yine bu karma yapıları nedeniyle tasarımların korunmasında zaman zaman fikrî ve sınaî haklara ilişkin diğer düzenlemelerden yararlanılması söz konusu olmaktadır.

Bu bağlamda, tasarımların fikir ve sanat eserleri mevzuatı kapsamında korunup korunamayacağı, öteden beri tartışılan bir konu olup,

---

1 Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkartılması 08.06.1995 tarihli ve 4113 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca 24.06.1995 tarihinde kararlaştırılmıştır. 554 sayılı KHK, 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

2 *Şehirali, F. H.:* "Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar (Özellikle Tescilsiz Tasarımların Korunma Yolları)", Türkiye'de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Uygulanması Konulu Uluslararası Sempozyum, İstanbul 2004, < http://www.abgm.adalet.gov.tr/8-2-TR-Sehirali.pdf>, (15.12.2011), sh.3.

kümülatif koruma ilkesini kabul eden sistemlerde, tartışma korumanın mümkün olduğu biçiminde açıklığa kavuşturulmuştur[3].

Tasarımların fikir ve sanat eserleri mevzuatı çerçevesinde korunup korunamayacağına ilişkin tartışmanın odak noktasında, fikir ve sanat eserleri mevzuatı kapsamında tasarım hukukuna oranla çok uzun süre koruma sağlanması ve söz konusu uzun sürenin tasarımların korunmasında amacı aşan ve piyasadaki rekabet ortamını olumsuz etkileyen sonuçlara yol açabileceği düşüncesi yer almaktadır[4]. Özellikle fonksiyonel tasarımların fikir ve sanat eserleri mevzuatı kapsamında uzun süreli olarak korunmasının, bu tür olumsuzlukları beraberinde getirebilmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olumsuzluklar da beraberinde, fikir ve sanat eserleri mevzuatında öngörülen koruma şartlarının tasarımlar açısından daha katı uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Daha katı uygulama, tescille ve masraflı bir şekilde kazanılan ve en fazla yirmi beş yıl süren tasarım hakkının, hiçbir

---

3 Kümülatif koruma birden çok mevzuatla koruma anlamına gelmekte olup, tasarımların *sui generis* yapısı nedeniyle söz konusu korumadan yararlanması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Kümülatif koruma düzenlemelerine örnek olarak, tasarım korumasının üye ülke milli hukuklarındaki uygulamaları ile Avrupa Birliği tasarım hukuku arasındaki ilişkiyi hükme bağlayan *"Bu tüzüğün hükümleri, Topluluk hukukunun hükümlerine veya tescilsiz tasarımlar, markalar veya diğer ayırt edici işaretler, patentler ve faydalı modeller, kişilik hakları ve haksız rekabete ilişkin üye ülke hukuklarına halel gelmeksizin uygulanır. Topluluk tasarımı ile korunan bir tasarım, tasarımın meydana getirildiği veya herhangi bir şekilde tespit edildiği tarihten itibaren üye ülkelerin fikrî hak korumasından da yararlanır. Yararlanılan korumanın kapsamı, koşulları ve aranan orijinallik düzeyi her üye ülke tarafından belirlenir."* 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkındaki Konsey Tüzüğü (Tüzük) m.96 düzenlemesi ve "*Bu Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde tasarım olarak sağlanan koruma, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda aranan şartların gerçekleşmesi halinde öngörülen korumaya halel getirmez*." düzenlemesini içeren Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (554 sayılı KHK) m.1 son fıkra hükmü gösterilebilir. İngiliz hukukunda da benzer şekilde tasarımların fikrî hak kapsamında korunması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Bainbridge, D. I.:* Intellectual Property, Sixth Edition, Glasgow 2007, sh.544,545. Alman Hukukunda da, tasarım konusu ürün aynı zamanda eser ise, bu ürün hem fikir ve sanat eseri olarak hem de tasarım olarak korunur. Ayrıntılı bilgi için bkz, *Nirk, R., Kurtze,H.:* Geschmacksmustergesetz Kommentar, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, s.26 vd.

4 *Zenner, H.:* Designschutz Ohne Registereintragung in Deutschland, Hamburg 2008, sh.81.

formaliteye gerek olmaksızın tescilsiz olarak elde edilen ve sahibinin ölümünden sonra yetmiş yıl süren eser koruması karşısında anlamını yitirmesini önlemeye yöneliktir[5].

Belirtilen sakıncaların yanı sıra çeşitli ülkelerin, fikir ve sanat eserleri mevzuatlarının farklılığı da, tescilsiz tasarımların fikir ve sanat eseri olarak korunmasında zorluk çıkarmaktadır. Bazı ülkeler, uygulamalı sanatları diğer bir deyişle sınaî ürünlerin de yer aldığı eserleri korumada, daha ağır koşullar öngörmektedir. Örneğin Almanya'da bir tasarımın, fikir ve sanat eseri olarak korunması daha ağır koşulları gerektirirken, Fransa'da fikir ve sanat eseri koruması daha kolay elde edilmektedir[6]. Bu bağlamda Fransa'da bir diz üstü bilgisayar fikir ve sanat eseri olarak kabul edilebilecekken, Almanya'da kabul edilmeyecektir.

1. Tasarımların Eser Olması

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda tasarımların korunması konusunda müstakil hükümler yer almamaktadır. Bu nedenle tasarımlar FSEK kapsamında, eser sayılmaları koşuluyla, diğer eser türlerine sağlanan haklar kapsamında korunabilir. FSEK, eseri, tanımlar başlıklı 1/B maddesinin (a) bendinde *"Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini"* biçiminde tanımlamıştır[7]. Tanımdan hareket edildiğinde bir işaretin FSEK kapsamında korumadan yararlanabilmesi için iki koşula sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki subjektif koşul olarak nitelendirilen eserin, sahibinin hususiyetini taşıması, ikincisi objektif koşul olarak tanımlanan kanunda

5 *Şehirali, F. H.:* agm, sh.35-36.

6 *Folliard, A.:* "AB'de Tasarım: Tasarımın Tescilli Olmasının Avantajları", Avrupa Birliğinde Marka ve Tasarım Koruma Yolları Seminer Kayıtları, İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2003–46, İstanbul 2003, sh.12.

7 FSEK'te eser kavramının tanımlanmasına karşılık uluslararası düzenlemelerde ayrıntılı bir eser tanımı yapılmamaktadır. Örneğin fikrî haklar konusunda en eski sözleşme olan ve fikrî hakların anayasası olarak nitelendirilen 1886 tarihli Bern Sözleşmesinde eser tanımlanmamış ancak eser türlerinin sayıldığı 2. maddede eserin iki önemli niteliğinden bahsedilmiştir. Söz konusu nitelikler eserlerin özgün olması ve eserlerin yaratıcı düşünce ürünü olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Beşiroğlu A.:* Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar-Fikir Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, sh.65.

sayılı eser kategorilerinden birine girmedir. FSEK'te sayılan eser kategorileri; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri olmak üzere dört gruba ayrılmıştır[8].

Eser sayılma yönünden, belirtilen koşulların dışındaki hususlar önem taşımaz. Bu bağlamda eserin dünyada yeni olması yani objektif yenilik koşulunu taşıması, amacının bulunması, belirli bir gruba hitap edip etmediği, kaliteli olması, nicelik sınırı, oluşturması için gereken emek ve sermaye sınırı, eserin alenileşmesi veya oluşturulmasında kullanılan yöntemin önemi bulunmamaktadır[9].

Benzer şekilde ATAD'da yeni tarihli bir kararında[10] koruma süresi dolan ve kamuya mal olan tasarımların bile fikir ve sanat eseri olarak korunmasının mümkün olduğunu, Tasarımların Yasal Olarak Korunması Hakkındaki 98/71 sayılı Direktifin (Direktif) 17 nci maddesinin[11], Direktifin yürürlüğe giriş tarihinden önce kamuya mal olan tasarımların fikrî hak koruması dışında bırakan üye ülke mevzuatlarının uygulanmasını

---

8 FSEK m.6'da belirtilen işlenmeler ve derlemeler ise bağımsız eser kategorileri değildir. FSEK'in tanımlar başlıklı 1/B maddesinin (c) bendine göre işlenme eser "d*iğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilen ve bu esere nispetle müstakil olmayan fikir ve sanat mahsullerini",* (d) bendine göre derleme eser ise *"özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri"* , ifade eder. İşlenme ve derleme eser hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Öztan, F.:* Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, sh.156-184, *Erdil, E.:* Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003, sh.37 vd.

9 Eser sayılma açısından önem arz etmeyen hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Öztan, F.:* age, sh.99 vd.

10 Söz konusu karar, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı(ATAD) 2. Daire tarafından 27.01.2011 tarihinde Flos SPA ile Semerro Casa e Famiglia SPA arasındaki estetik ve biçimsel özellikleri birbirine benzeyen "Arco lamb" ve "Fluida Lamb" biçiminde adlandırılan lambalar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık nedeniyle 23.10.2006 tarihinde Milan'da açılan dava nedeniyle verilmiştir. Karar metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0168:EN:HTML>, (30.10.2011)

11 Direktifin 17. maddesi *"Fikrî Haklarla İlişki(Relationship to Copyright)"* başlığını taşımakta olup düzenleme *"Direktife göre, tescili yapıla bir üye devlette korunan tasarım, ilgili üye devletin fikir ve sanat eserleri hukukuna göre de koruma hakkına, tasarımın gerçekleştirildiği veya herhangi bir şekilde sabit hale getirildiği tarihten itibaren sahip olur. Bu biçimdeki korumanın kapsamı ve şartları, çalışmanın orijinalliği gibi konular üye devletlerce karara bağlanır"* biçimindedir.

engellediği biçiminde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu karar, Direktifin 17 inci maddesinin yürürlüğe girmesinden önce kamuya mal olan tasarımların da fikri hak korumasından istifade edebileceğini, buna aykırı hükümler içeren üye ülke mevzuatlarının uygulanmasının Direktif m.17 uyarınca engellendiğini belirttiği ve bu şekilde kümülatif korunmanın kapsamını genişlettiği için önem taşımaktadır.

A-Sahibinin Hususiyetlerini Taşıma

FSEK açısından bir ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için gerekli ilk koşul sahibinin hususiyetini taşımadır. Bu koşulla, eserin, yaratıcısının ruhundan kaynaklanan bir takım özellikleri arz etmesi gerektiği belirtilmektedir[12]. Bu özellik ise, bilineni tekrar etmemeyi gerektirir[13]. Hususiyet unsuru sayesinde bir eserle, gündelik kullanıma yönelik yığınsal üretim arasındaki fark belirlenir. Zanaatkârların seri olarak ürettiği eşyalar, ne kadar güzel ve sağlam olursa olsun sahibinin hususiyetini taşıyor sayılamaz[14]. Sahibinin hususiyetini taşımada kalite, güzellik ve sağlamlık gibi ölçütler de önemli değildir. Kötü, kalitesiz veya çirkin eserler de olabilir. Önemli olan husus eserin, sahibinin ruhunu yansıtmasıdır.

Eserin sahibinin hususiyetini taşıması koşulunun gerçekleştiğinin, hangi durumlarda kabul edileceği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir[15]. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre[16] eserin

---

12 *Öztan, F.:* age, s.96. *Hirsch* ise sahibinin hususiyetini taşıma koşulu için herkes tarafından meydana getirilme ölçütü öngörmektedir. Yazara göre, herkes tarafından yaratılamayacak ürünlerde hususiyet bulunduğundan, ancak böylesi ürünler eser olarak korunmalıdır. Herkes tarafından meydana getirilebilecek nitelikte ise, hususiyet oluşmayacağından, böylesi ürünleri korumak konusunda toplumun bir menfaati bulunmamaktadır(*Hirsch, E. E.:* Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948, sh.12).

13 *Kılıçoğlu, M. A.:* Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, sh.115.

14 *Öztan, F.:* age, sh.94.

15 Doktrinde bir görüş hususiyet koşulunun katı şekilde yorumlanması ve ancak genel kültürü zenginleştiren düşünce ürünlerine tanınması gerektiğine işaret etmektedir. Bu görüş kapsamında herkes tarafından meydana getirilebilecek çalışmaların eser olarak nitelendirilmemesi gerekmekte olup, patent hukukundaki yenilik kriteri gibi fikir ve sanat eserleri hukukunda da benzer bir düzeyin aranması gerekmektedir. Doktrinde bu görüş *Hirsch* tarafından savunulmaktadır (*Hirsch, E E.:* age, sh.131). Bu görüşe karşı *Arslanlı,* bir çalışmanın daha önceki çalışmalardan yararlanmasının, eser niteliğini

sahibinin hususiyetini taşıması koşulunu kanunun uygulama alanını daraltmayacak şekilde yorumlayıp, yenilik gibi katı kriterler aramamak gerekir. Buna göre önemli olan, çalışmanın sahibinin özelliklerini bir şekilde yansıtması olup, bunun dışında çalışmanın nitelik olarak belli bir yaratım düzeyine ulaşması veya estetik olması gibi koşullar aranmamalıdır.

Yargıtay ise hususiyeti özellik, orijinallik, hiçbir kaynaktan kopya edilmemiş olma, yenilik, özgünlük, eserin yaratıcı özellik taşıması gibi kavramlarla tanımlamaya çalışmaktadır[17]. Ancak Yargıtay hususiyetin tespiti konusunda somut bir ölçüt ortaya koymamaktadır. Yargıtay bir ürünün eser sayılabilmesi için iki koşul bulunduğunu belirtmekte ve

ortadan kaldırmadığını; önemli olanın, çalışmada az çok bağımsız bir fikri emeğin bulunması olduğu fikrini savunmaktadır(*Arslanlı, H. F.:* Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, sh.6). Doktrindeki diğer bir kısım yazarlar ise eserin sahibinin yaratıcı gücünü yansıtması gerektiğini belirterek, bunun eserde daha önce duyulmamış ve görülmemiş mutlak bir orijinalite anlamına gelmeyeceğini, mevcut malzemenin başka türlü şekillendirilmesi, tasnifi veya mevcut bir fikir veya anlayışın farklı tarzda incelenmesinin, açıklanmasının veya yorumunun da korumadan yararlanacağını vurgulayarak, yaratıcılığın "var olandan başkasını meydana getirmek" şeklinde anlaşılması gerektiği tespitinde bulunmaktadır. Bu yazarlar eserin mutlak anlamda yeni olmaması gerektiği, eser sahibinin bağımsız çalışmasının ürünü olup, onun özelliklerini yansıtmasının yeterli olduğu görüşünü ileri sürmektedir(*Öztan, F.:* age, sh.97, *Ayiter, N.:* Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara 1981, sh.44, *Beşiroğlu, A.:* age, sh.75).Alman Hukukunda da eser sayılabilme için benzer şekilde mutlak yenilik kriteri değil, sübjektif yenilik kriteri aranmaktadır(*Zenner, H.:* age, sh.66). Doktrinde, hususiyeti eserin sahibinin özelliğinin yansıması olarak anlayan ve bunun için eserin bağımsız bir fikrî ürünü olması ve sahibinin *"yaratıcı gücünün"* özelliğini ifade etmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Ancak bu görüşü savunanlar da fikrî çalışmanın bağımsızlığı ile eser sahibinin yaratıcılığının mutlak olarak algılanmayacağı, bir kimsenin başkasının eserinden gasp veya intihal ölçüsüne varmamak koşuluyla yararlanabileceği, yaratıcı gücün mutlak bir orijinalite anlamına gelmeyeceği, bunun var olandan başkasını meydana getirmek biçiminde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler (*Erel, N. Ş.:* Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, sh.52-53, *Ateş, M.:* Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, sh.59). *Tekinalp* ise hususiyetin anlatımda olduğunu vurgulayarak bunun yeniliği içermediğine işaret etmekte ve her üslubun sahibinin yaratıcılığını içerdiğinden bireysel ve öznel olduğunu belirtmektedir (*Tekinalp, Ü.:* Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2005, sh.99 vd).

16 Doktrinde bu görüş *Öztan, Ayiter* ve *Beşiroğlu* tarafından savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. dn.15.

17 *Bozgeyik, H.:* "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", Batider, 2009, C.XXV, S.3. sh.174.

hususiyeti sübjektif koşul olarak nitelendirmektedir[18]. Ayrıca Yargıtay hususiyetin olup olmadığının, bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir[19].

Sahibinin hususiyetini taşıma koşulunun katı yorumlanmaması gerekmekle birlikte, eserde hususiyetin bulunup bulunmadığını tespit, yine de belli kriterlerin varlığını aramaktadır. Bu kriterler, eserin kısmen de olsa bağımsız fikrî faaliyet sonucu oluşması ile eser sahibinin serbest biçimlendirme alanının bulunması ve eserin rutinden farklı olmasıdır[20].

Sahibinin hususiyetini taşıma bağlamında ele alınması gereken bir diğer sorun da, işlenme ve derleme eserlerde hususiyetin gerçekleştiğinin nasıl tespit edileceğidir. İşlenme eserlerde, orijinal metne bağlılık yaratıcının hususiyetini sınırlar, çoğu zaman ortadan kaldırır. Ancak bu eserlerde de düşük düzeyde de olsa hususiyet aranmalıdır[21]. Derleme eserlerde ise kanun koyucu 2001 yılında yaptığı değişiklikle, düşünce yaratıcılığı kavramını kullanmıştır. Ancak, kanunda, düşünce yaratıcılığı kavramının ne anlama geldiği ve hususiyet müessesesine dâhil olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kanunun sistematiği ile uyumu bozmamak adına, düşünce yaratıcılığını da hususiyet kavramı içine almak ve sahibinin ruhundan bu şekilde de kaynaklanabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır[22].

Eserin sahibinin özelliklerini taşıması koşulu, belirtilen şekilde yorumlandığında FSEK anlamında eserde, tasarım hukuku anlamında mutlak yenilik şartının aranmadığı ortaya çıkmaktadır[23]. Diğer bir şekilde

---

18 Yarg. 4. HD, 01.07.1977, E.1976/5913, K.7617 (*Kaçak, N.:* Açıklamalı ve İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Ankara 2004, sh.40).

19 Yarg. 11. HD, 11.10.2002, E.8275, K.8839 (YKD, C.XXIX, S.3, Ankara 2003,sh.383). Ayrıca hususiyet konusunda ki Yargıtay uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Barlas, D.:* "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sayılmanın Koşulları", Legal FSHD, 2009, C.5, S.17, sh.79–80.

20 *Bozgeyik, H.:* agm, sh.175–176.

21 *Öztan, F.:* age, sh.97–98.

22 *Tekinalp, Ü.:* "Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun "Hususiyet" Üzerindeki Etkisi", FMR, 2005, C.5, S.1, sh.76.

23 Benzer şekilde Alman Hukukunda yenilik kriteri açıkça belirtilmemekle birlikte Urheberrechtsgesetz (Alman Telif Hakkı Kanunu URHG)'in.2'nci maddesinin 2'nci

ifade edilecek olursa, eser sayılabilme için FSEK açısından sübjektif yenilik yeterlidir[24]. Sübjektif yeniliğini bulunup bulunmadığı, eserin yaratıldığı anda, piyasada bulunan diğer ürünlerle karşılaştırma sonucu tayin edilir[25]. Buna göre FSEK kapsamında eser olarak nitelendirilebilecek bazı ürünler, 554 sayılı KHK'de öngörülen yenilik kriterini taşımadıkları için 554 sayılı KHK kapsamında tasarım olarak nitelendirilemeyeceklerdir. Söz konusu tasarımlar itiraz gelmediği için tescil edilseler bile, sonrasında hükümsüzlük davasına konu edilebileceklerdir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, 554 sayılı KHK kapsamındaki yenilik koşulunun, FSEK kapsamındaki hususiyet koşulundan daha katı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır[26].

B-Kanunda Belirtilen Eser Kategorilerinden Birine Girme

Bir tasarımın FSEK kapsamında eser sayılabilmesi için gerekli olan ikinci koşul, objektif koşul olarak nitelendirilen, kanunda sayılan eser kategorilerinden birine girmedir. Kanunda sayılan kategorilerde yer alan eser türlerinden bir kısmı, tasarım hukuku anlamında ürün sayılamayacaklarından, tasarımların bu eser türlerine girmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin FSEK m. 2, b.1 anlamında eser sayılan bilgisayar programları, tasarım hukuku anlamında ürün sayılmadıklarından, bunların tasarım korumasından yararlanması mümkün değildir[27]. Yine raks, koreografi eserleri, pandomima ve benzeri sözsüz sahne eserleri (FSEK m.2, b.2) ile musiki eserleri (FSEK m. 3) 554 sayılı KHK kapsamında ürün sayılmadıklarından tasarım korumasından yararlanamayacaklardır.

---

fıkrasından yola çıkılarak var olduğu kabul edilmektedir. Alman Hukukunda eserin sahibinin kişisel yaratımı sonucunda ortaya çıkması zorunludur. Söz konusu yaratım fiili nedeniyle eserde yenlik kriterinin bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Zenner, H.:* age, sh. 66.

24 *Öztan, F.:* age, sh.97.

25 *Zenner, H.:* age, sh. 66.

26 *Şehirali, F. H.:* agm, sh.37.

27 Buna karşılık arayüzler (*interfaces*), *icon* ve *menus* gibi grafik tasarımların yeni ve ayırt edici nitelikte olmaları şartıyla tasarım korumasından yararlanmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir (*Çelik, N. K.:* Tasarımların Ulusal ve Uluslararası Hukukta Tescili ve Korunması, Ankara 2009, sh.14, *Suluk, C., Orhan, A..:* Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar, Ankara 2008, sh.30).

a- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 2 nci Maddesi Açısından

FSEK'te belirlenmiş kategorilere girip aynı zamanda tasarım olarak nitelendirilebilecek eserler özellikle FSEK m. 2 ve m. 4'te düzenlenmiş olanlardır. Tasarım hukuku açısından önemli olan ilk eser grubu, FSEK'in 2'nci maddesinde sayılan ilim ve edebiyat eserleridir. FSEK'in 2'nci maddesinin başlığı "ilim ve edebiyat eseri" olmasına rağmen, maddede sayılan tüm eserleri bu kapsama dâhil etme imkânı bulunmamaktadır. Örneğin maddede geçen "her nevi raks", "pandomima" ve "sözsüz sahne eserleri", "ilim ve edebiyat eseri" kapsamına dâhil edilemez. Ancak bu eserler, FSEK'de yer alan diğer eser kategorilerine[28] sokulamadıkları için ilim ve edebiyat eseri kategorisine dâhil edilmiştir.

FSEK'in ilim ve edebiyat eserleri başlıklı 2'nci maddesinin konumuz açısından önemli 3'üncü bendine göre "*Bedii vasfı bulunmayan teknik ve bilimsel fotoğraflar, haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, çevre ve sahne tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri*" eser niteliğindedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu bentte kullanılan "*tasarım*" ifadesi, bizim de katıldığımız görüşe göre "*endüstriyel tasarım*" anlamında kullanılmış olmayıp, sadece ürünlerin geliştirilmesindeki hazırlık aşamasını, bir başka ifadeyle ürünle bütünleşmemiş çizimsel eskizleri ifade etmektedir[29]. Bu yorum, kanun koyucunun aynı maddenin son fıkrasında endüstriyel tasarımlar için "*endüstriyel model ve resim*" [30] ifadesini kullanmış olmasıyla kuvvetlenmektedir. Ancak, doktrinde, söz konusu bentte geçen *"tasarım"*

---

28 FSEK'de sayılan diğer eser kategorileri 3'üncü maddedeki "mûsiki eserleri", 4'üncü maddedeki "güzel sanat eserleri" ile 5'inci maddedeki "sinema eserleri"dir.

29 *Suluk, C.:* Tasarım Hukuku, Ankara 2003, sh.595.

30 Türk hukukunda 554 sayılı KHK'ye kadar tasarım sözcüğünü karşılamak üzere resim ve model kavramları kullanılmıştır. Aynı şekilde endüstriyel tasarım ifadesini karşılamak için de sınai model kavramı kullanılmıştır. Model üç boyutlu eşyayı, resim ise desen, motif gibi iki boyutlu düzeyleri ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Tekinalp, Ü.:* age, sh.606 vd., *Yasaman, H.:* "Sınaî Resimler ve Modeller", Batider, 1984, C.XII, S.2–3, sh.93-95.

ifadesinin *"endüstriyel tasarım"* anlamında kullanıldığını ileri süren görüş de savunulmaktadır[31].

FSEK m. 2, b.3'te sayılan eser türlerinin sınırlı sayı ilkesine tabi olup olmadığı konusunda da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüş, FSEK m. 2/b. 3'te yer alan eser türlerinin kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir[32]. Buna karşılık doktrinde, bizim de katıldığımız diğer görüş, anılan hükümde sınırlı sayı ilkesinin terk edildiğini savunmaktadır[33]. Bentte kullanılan *"ve benzerleri"* ifadesi de söz konusu görüşü desteklemektedir.

FSEK m. 2, b.3'te sayılan eser türleri aynı zamanda tasarım hukukuna konu olabilir. Bu bağlamda, sahibinin hususiyetini taşıyan FSEK m. 2, b.3 kapsamında bir eser, örneğin gemi maketi, tasarım hukuku açısından da yeni ve ayırt edici ise aynı zamanda 554 sayılı KHK hükümleri uyarınca tescil edilip korunabilecektir. Ancak, gemi maketi tasarım hukuku açısından tescil edilemeyecek nitelikte olsa bile, FSEK'deki koşulları sağlaması durumunda eser olarak korunabilecektir.

b- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 4'üncü Maddesi Açısından

Tasarım olabilecek ikinci tür eserler FSEK m. 4'te sayılmıştır. Madde de belirtilen güzel sanat eserlerinden bazılarının da tasarım olarak korunması mümkündür. Madde kapsamında yağlı ve suluboya tablolar, heykeller, mimarlık eserleri, el işleri[34] ve küçük sanat eserleri[35], güzel yazı, desen, grafik eser, süsleme sanatı ürünleri ile tekstil ve moda ürünleri gibi eserler aynı zamanda tasarım korumasından da yararlanabilecektir. Maddenin uygulanmasında önemli olan husus, bu

---

31 *Kılıç, B.:* "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda "Eser" Kavramı", Legal FSHD, 2005, C.1, S.1, sh.116.

32 *İbid,* s.116.

33 *Öztan, F.:* age, sh.97.

34 Özgün tasarıma sahip bir sehpanın güzel sanat eseri olarak korunabileceği konusundaki Yargıtay kararı örneği için bkz. Yarg. 11. HD, 11.05.2006, E.2005/3153, K.5491(*Suluk, C., Orhan, A..:* age, sh.791-792).

35 Peri bacası motifiyle süslü duvar tabağı ve şarap şişesi tasarımlarının eser olduğu hakkındaki Yargıtay kararı örneği için bkz. Yarg. 11. HD, 18.03.1996, E.1313, K.1792(*Suluk, C., Orhan, A..:* age, sh.793-794).

kapsamdaki eserlerde tasarım hukukunda aranmayan bir unsur olan *estetik değere sahip olma* şartının aranmasıdır[36]. Ancak bu estetik değer ölçütünden maksat, ürünün güzel olup olmaması değil estetik iddia taşımasıdır[37]. Bu şart, tasarımların FSEK kapsamında korunmasında, FSEK'in uygulama alanını daraltma olanağı tanıyan önemli bir ölçü olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle seri üretime elverişli el işleri ve küçük sanat eserlerindeki estetik niteliğin tespitinde daha titiz davranılması ve estetik değer eşiğinin yüksek tutulması sayesinde[38], FSEK ile sağlanan uzun süreli ve tescilsiz korumanın, 554 sayılı KHK kapsamında tescilli korumayı anlamsız ve gereksiz kılması gibi istenmeyen bir sonucun önüne geçmek mümkün olabilecektir.

Ayrıca FSEK m.4'de kümülatif korunmaya ilişkin hüküm de yer almaktadır. Düzenleme de kroki, resim, maket, tasarım ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılmasının, düşünce ve sanat eseri olma vasfını etkilemeyeceği de açık olarak belirtilmiştir (FSEK m.4/Son).

2. FSEK İle Korumanın Kapsamı

Eser olma vasıflarını karşılayan bir tasarım, sahibine FSEK kapsamında haklar sağlayacaktır. FSEK kapsamında eser sahibine tanınan haklar iki kategori olup, bunların ilki malî haklar ikincisi ise manevî haklardır. Manevî haklar, eser sahibinin mutlak haklarından olup, devredilemez, mali haklar devredilse de manevi haklar eser sahibinde kalır, manevi haklar mirasçılara intikal etmez, ancak FSEK'de belirtilen kişiler belli bir süre ile bu hakları kullanma yetkisine sahiptir (FSEK

36 *Ateş, M.:* Fikrî Hukukta Eser, Ankara 2007, sh.219.

37 *Ayiter, N.:* age, s.55, *Erdil, E.:* İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 3. Bası, C.1, İstanbul 2009, sh.172.

38 Benzer şekilde İstanbul 2. FSHHM yayınlanmayan 01.05.2007 tarih, 2004/452 Esas, 2007/100 Karar sayılı ilamında yüksek estetik değere sahip olma koşulu *"...dalga şeklinin 4. maddede sayılan grafik eserler arasında girebileceği düşünülebilir ise de, bunun için de estetik değere sahip olması gerekmektedir. Oysa dalga şeklinin yüksek tutulması gereken estetik değere sahip olma eşiğine ulaşmadığı, bu düzey ve yeterlikte olmadığı, bu nedenle FSEK kapsamında eser olarak kabul edilemeyeceği kanaatine varılmıştır..."* biçiminde ifade edilmiştir. Karar hakkında bilgi için bkz. *Suluk, C., Orhan, A..:* age, sh.795.

m.19). FSEK'de belirtilen manevî haklar umuma arz hakkı, eseri hakkında bilgi vermek hakkı, adının belirtilmesini talep hakkı, eserinde değişiklik yapılmasını men hakkı ile eserine ulaşabilme hakkıdır[39]. Doktrinde, manevî haklarda *numerus clausus* ilkesinin geçerli olduğu yolunda bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü olmakla birlikte[40], aksi görüş de savunulmaktadır[41]. Eserin sahibine sağladığı malî haklar ise çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı ile takip (pay) hakkıdır[42].

Manevî haklar kural olarak süreye bağlı değildir. Ancak bu hakkı kullanacak kişilere hakların geçişi ve maddi haklarla bağlantısı dikkate alındığında, manevî hakların m.19/II uyarınca eser sahibinin ölümünden sonra geçecek 70 yıllık süre zarfında, m.19/I'de[43] sayılan şahıslardan en son hayatta kalanın ömrüyle sınırlı olarak kullanılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır[44]. FSEK kapsamında korunan malî haklar ise eserin aleniyet ve yayım tarihinden başlayarak sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl boyunca korunur(FSEK m.27/I). Eser sahibinin ölüm tarihinden itibaren 70 yıl geçtikten sonra eser alenileşmese bile artık korunmaz. Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserde koruma süresi, ölüm tarihinden itibaren 70 yıldır (FSEK m.27/II). Müstear adla yayınlanan ve alenileşen eserlerde koruma süresi yayından itibaren 70 yıldır. Ancak bu süre dolmadan eser sahibinin ismi açıklanırsa, koruma

39 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Öztan, F.:* age, sh.293 vd.

40 *Öztan, F.:* age, sh..293, *Tekinalp, Ü.:,* age, sh.151, *Erel, N. Ş.:* age, sh.135, *Ateş, M.:* Eser, sh.15.

41 *Arslanlı, H.:* age, sh.79-80.

42 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Öztan, F.:* age, sh.293 vd.

43 FSEK m.19/I "Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralariyle kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tesbit etmemişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasiyle sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana - babasına, kardeşlerine aittir" hükmünü 19/II ise "Eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkrada sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler" hükmünü içermektedir.

44 *Erel, N. Ş.:* age, s.113.

süresi aleniyetten itibaren onun hayatı boyunca ve ölümünden sonra ki 70 yıl boyunca devam eder (FSEK m.27/III).

Malî ve Manevî haklara tecavüzde bulunulması durumunda, yasa koyucu eser sahibine bazı taleplerde bulunma imkânı ile hukuk ve ceza davaları[45] açma hakkı öngörmüştür. Cezaî sorumluluk, çalışmanın konusuna girmeyeceğinden burada ayrıca ele alınmayacaktır. FSEK

[45] FSEK'de yer alan cezaî hükümler "Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz" başlıklı 71. madde de düzenlenen "Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek: 1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.2. Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır. Bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adlî para cezasına hükmolunamaz. 3. Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır. 4. Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 5. Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 6. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır. Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir." cezaları ile "Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri" başlıklı 72. madde de düzenlenen "Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." ve "Haklara Tecavüzün Önlenmesi" başlıklı m.81 son fıkrada düzenlenen "Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır." hükümleridir.

kapsamında açılabilecek davalar ile ileri sürülebilecek talepler ise fikrî mülkiyet hukukunun diğer alanlarındaki düzenlemeler ile benzerlik göstermektedir.

A. FSEK Uyarınca İleri Sürülebilecek Talepler

FSEK uyarınca eser sahibinin ileri sürebileceği talepler m.77 ile m.78'de düzenlenmiştir. Bu maddelere göre eser sahibi ihtiyati tedbir alınması ile haklarına tecavüz eden eser nüshalarına gümrüklerde geçici olarak el konulmasını talep edebilir. Ayrıca davada haklı çıkan tarafın, hükmün ilân edilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır.

a. İhtiyati Tedbir Alınmasını Talep

Esas hakkında hüküm verilinceye kadar geçecek süre içinde davacı açısından doğabilecek zararları gidermek ve geçici bir hukuki koruma sağlamak için ihtiyati tedbirler öngörülmüştür. İhtiyati tedbirler esas olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmekle (m.389 vd.) birlikte[46], FSEK'in 77'nci maddesinde de bu konuda hüküm bulunmaktadır. FSEK m.77, bir taraftan önleme diğer taraftan da geçici olarak ref (eski hale getirme) karakterlidir[47]. İhtiyati tedbir dava açılmadan veya dava esnasında talep edilebilir. İhtiyati tedbir açısından görevli mahkeme ihtisas mahkemesi; yani "fikrî ve sınaî haklar hukuk veya ceza mahkemeleridir (FSEK m.76/1). İhtiyati tedbire karar verilmesi için teminat gösterilmesi gerekir(HUMK m.392). İhtiyati tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihinden itibaren iki hafta içinde esas hakkında dava açılması ve dava açıldığına ilişkin evrakın, kararı uygulayan makama ibraz edilerek dosyaya koydurulması ve karşılığında belge alınması zorunludur. Aksi takdirde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HUMK m.397 f.1). İhtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder (HUMK m.397 f.2). Dava açıldığı takdirde tedbirin kaldırılması talepleri hakkında esas davaya bakan mahkeme karar verir (HUMK m. 394).

---

46 İhtiyati tedbir müessesesi yürürlükten kalkan 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda m.101 vd. hükümlerinde düzenlenmişti.

47 *Öztan, F.:* age, sh..693, *Tekinalp, Ü.:,* age, sh.326-327, *Kılıçoğlu, M. A.:* age, sh.431.

b. Gümrüklerde Geçici El Koyma

5101 sayılı Kanun'la FSEK'in 77'nci maddesinin 2'nci fıkrasında değişiklik yapılmış, korsan faaliyetlerle mücadelede etkinlik sağlamak üzere, tecavüz oluşturan eser nüshalarının gümrükçe onaylanmış işlem ya da kullanıma tabi tutulması halinde Gümrük Kanununun 57'nci maddesi hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır[48]. Böylelikle

[48] 4458 sayılı Gümrük Kanununun 57'nci maddesi 18.06.2009 tarih ve 5911 sayılı "Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile değiştirilmiş olup mevcut hüküm *" 1. a) Fikri ve sınaî haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile ilgili olarak hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın alıkonulması veya gümrük işlemlerinin durdurulması hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından gerçekleştirilir. Durdurma veya alıkoyma kararı hak sahibi veya temsilcisi ile beyan sahibi veya 37 nci maddede belirtilen kişilere bildirilir.*

b) Gümrük idaresine henüz bir talepte bulunulmadığı durumda ve söz konusu eşyanın fikri ve sınaî mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller olması halinde, hak sahibinin geçerli bir başvuruda bulunabilmesini teminen, gümrük idareleri tarafından eşya üç işgünü süresince re'sen alıkonulabilir veya eşyanın gümrük işlemleri durdurulabilir.

2. Fikri ve sınaî hakların ihlal edildiği gerekçesi ile gümrük idaresine yapılan başvurunun kabulü, söz konusu eşyanın gümrük idaresince gereğince muayene edilmeden bırakıldığı veya eşyanın alıkonulması için herhangi bir önlem alınmadığı gerekçesi ile hak sahibine tazminat hakkı doğurmaz. Fikri ve sınaî hakları ihlal eden eşya ile mücadele kapsamında, gümrük idaresince başvuru üzerine veya re'sen hareket edilmesi nedeniyle ilgili kişilerin zarara uğramasından gümrük idaresi ve yetkilileri sorumlu tutulamazlar.

3. Gümrük idaresince alınan durdurma veya alıkoyma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren çabuk bozulabilir eşya için üç iş günü, diğer eşya için on iş günü içinde hak sahibince ihtiyati tedbir kararı getirilmemesi halinde, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır. Haklı bir mazeretin bulunması halinde, hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idaresince on iş gününe kadar ek süre verilebilir.

4. Gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşya, yetkili mahkemece alınan karar doğrultusunda imha veya asli nitelikleri değiştirilerek tasfiye edilir.

5. Yolcuların kendi kullanımlarına mahsus kişisel eşya ile ticari mahiyette olmayan ve gümrük vergisi muafiyeti sınırları içinde kalan hediyelik eşya için bu madde hükümleri uygulanmaz. Aynı şekilde, fikri ve sınaî haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile korunmuş ve hak sahibinin izni ile üretilmiş eşyanın; hak sahibinin rızası dışında bir gümrük işlemine tabi tutulması veya hak sahibinin onayladığından farklı şartlarda üretilmesi veya başka şartlarda bir marka taşıması halinde, söz konusu eşya bu madde hükümleri kapsamı dışında tutulur.

6. Gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşyanın mahkemece fikri ve sınaî hakları ihlal ettiğinin tespitine gerek olmaksızın kolaylaştırılmış imha

fıkranın TRIPS'in gümrüklerde el koymayı düzenleyen 51-60'ncı maddelerine uygun hale getirilmesi öngörülmüştür[49]. Gümrük idareleri gerek görürse el koyma talep edenden teminat alır.

Düzenleme bağlamında üzerinde durulması gereken bir başka husus; Tasarıda yer alan gümrükçe onaylanmış işlem ya da kullanıma tabi tutulması düzenlemesinin hangi tür işlemleri kapsadığının saptanmasıdır? Söz konusu düzenlemenin sırf ihracat veya ithalat amacıyla gümrüğe getirilmiş malları değil transit geçiş amacıyla gümrükte bulunan malları da kapsadığı ileri sürülebilir[50].

c. Hükmün İlânı

FSEK m.78/I uyarınca açılan dava sonunda haklı çıkan taraf haklı bir sebebi veya menfaati varsa, masrafı diğer taraftan karşılanmak üzere mahkeme kararının gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya kısmen ilânını talep etme hakkını haizdir. İlânı davacı veya davalı talep edebilir. Kararın ilân edilmesinin istenebilmesi için, kararın kesinleşmesi şarttır (FSEK m.78/I). İlânın şekli ve muhtevası kararda tespit edilir (FSEK m.78/II). İlânı talep hakkı, hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde kullanılmazsa düşer (FSEK m.78/III). Bu yolda bir talep ileri sürülmezse mahkeme, resen ilâna karar veremez.

kapsamında gümrük kontrolü altında imhasına gümrük idaresi tarafından izin verilebilir. Kolaylaştırılmış imhaya ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

7. Gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşyanın hak sahibinin belirlediği tutarda teminatla iadesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir." biçimindedir. 5911 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesi, fikrî ve sınaî hakların korunması konusunda, Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumunun sağlanmasıdır. Bu kapsamda, fikrî ve sınaî hakları ihlal eder mahiyette eşyanın gümrük işlemlerinin durdurulması kararının devamı için ihtiyati tedbir kararı alınması şartı getirilmiş ve koruma dışında tutulan eşyaya yer verilmiştir. 5911 sayılı Kanun ve gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0602.pdfi>, (20.10.2011)

49 *Öztan, F.:* age, sh..695.

50 Gümrüklerden transit geçiş yapan eşyalara da el konulabileceği yolundaki Avrupa Birliği Mahkemesi kararı için bkz. FMR, 2002, C.II, S.3, s.113-137.

B- FSEK Uyarınca Açılabilecek Davalar

FSEK uyarınca eser sahibinin açabileceği davalar, Tecavüzün Ref'i, Tecavüzün Men'i ile Tazminat davasıdır[51]. Ref ile men davalarının açılabilmesi için kusur şart değildir. Kusur varsa ilaveten maddi ve manevi tazminat davaları açılabilir. Ayrıca bir dava içinde değişik taleplerde bulunulabilir ve farklı talepler bir dava içinde birleştirilebilir. Örneğin aynı dava içinde hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması ile maddi manevi tazminat birlikte talep edilebilir.

a- Tecavüzün Ref'i Davası

FSEK uyarınca eser sahipliğinden doğan manevî ve malî hakları tecavüze uğrayan kimse, tecavüz edene karşı ref yani durdurma davası açabilir (FSEK m.66- 68/e). Ref davası devam eden bir tecavüzün bulunması halinde bu tecavüzün durdurulması amacıyla açılabilir. Tecavüz bitmişse ref davası açılamaz[52]. Ref davasının açılabilmesi için failin kusuru veya eser sahibinin zarar görmesi şart değildir[53]. Ref davasında tecavüz devam ettiği müddetçe zaman aşımı işlemez.

Ref talebi, eski hale iade talebiyle karıştırılmamalıdır. Zira eski hale iade talebi ancak kusurlu ihlal halinde söz konusu olur[54]. Ref davasının, tazminat davasından farkı da, ref davasında kusur aranamamasıdır. Ayrıca iki davanın amacı da farklıdır. Ref davası, devam etmekte olan tecavüz sebebiyle uğranılan ve uğranılması muhtemel zararlardan kaçınmak için

---

51 *Öztan* ve *Erel,* FSEK uyarına açılabilecek dava olarak yukarıdaki üç davayı sayarken, *Tekinalp* ise, yukarıdaki davalara ek olarak eser sahibinin tespiti davası ile tespit davasını ayrı kategori davalar olarak tanımlamaktadır. *Kılıçoğlu ise,* tespit davası ile kazancın iadesi davasını ayrı kategori davalar olarak belirtmektedir *Öztan, F.:* age, sh..616, *Erel N. Ş.:* age, sh.331, *Tekinalp Ü.:* age, sh.293, *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.380. Çalışmanın yazarı, tespit davası FSEK'de düzenlenmediğinden, eser sahibinin tespiti davası hakkın korunması ile ilgili olmayıp hak sahibini belirleme amacı taşıdığından ve kazancın iadesi davası ise esasen tazminat davası içinde değerlendirileceğinden *Öztan* ve *Erel*'in görüşüne katılmaktadır..

52 *Öztan, F.:* age, sh.634, *Erel N. Ş.:* age, sh.331, *Tekinalp Ü.:* age, sh.295, *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.382.

53 *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.383.

54 *Öztan, F.:* age, sh.634.

açılır. Tazminat davası ise içinde bulunulan anda mevcut zararı dengelemeye yöneliktir[55].

b- Tecavüzün Men'i Davası

Eser sahipliğinden doğan manevî ve malî hakları tecavüze uğrayan kimsenin FSEK uyarınca açabileceği diğer bir dava da men yani önleme davasıdır (FSEK m.69). Men davası henüz doğmamış ya da tekrar edilme tehlikesi bulunan saldırının gerçekleşmesini önlemeyi amaçlar. Saldırının doğması ve etkilerini göstermesi engellenerek eser sahibinin hakları korunur[56]. Men davasının açılabilmesi için failin kusuru veya eser sahibinin zarar görmesi şart değildir[57]. Başlamış ve devam eden bir tecavüzün mevcudiyeti halinde men ve ref davaları birlikte açılabilir. Zira bu iki davanın amaçları farklıdır[58]. Ref davasında haksız tecavüzün doğurduğu sonuçlarla birlikte ortadan kaldırılması, men davasında ise tecavüzün tekrarının veya gerçekleşmesinin önlenmesi talep edilir.

c- Tazminat Davası

FSEK uyarınca manevî ve malî hakları tecavüze uğrayan kimse maddi ve manevi tazminat davası açabilir (FSEK m.70). Bu davalar manevî ve malî hakların ihlal edilmiş olması ihtimallerine göre BK hükümlerini tekrar ederek ya da bu hükümlere atıfta bulunarak düzenlenmiştir[59]. FSEK m.70 hükümlerine göre *"Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.*

Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere mütaallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.

Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir."

---

55 *İbid,* s.635.

56 *Öztan, F.:* age, sh.664, *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.398, *Erel N. Ş.:* age, sh.344.

57 *Öztan, F.:* age, sh.664, *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.398, *Erel N. Ş.:* age, sh.344.

58 *Erel N. Ş.:* age, sh.344.

59 *Tekinalp Ü.:* age, sh.310-311, *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.407, *Erel N. Ş.:* age, sh.345.

Tecavüzün ref'i ve men'i davaları fikrî hakların ihlalinden doğan hukuka aykırı sonuçları bertaraf etmek veya bu ihlale mani olmak amacıyla açıldıkları halde, tazminat davaları eser sahibinin malvarlıklarında veya manevî haklarında uğradıkları zararın giderilmesine hizmet eder. Bu nedenle diğer davaların yanında tazminat davası da açılabilir[60]. Maddi tazminat davasının açılabilmesi için eser sahibinin haksız bir tecavüze uğraması, zarar, tecavüz eden kişinin kusuru ve illiyet bağı şartları bulunmaktadır[61]. Eser sahibinin manevî haklarının tecavüze uğraması halinde maddi tazminatın yanı sıra eğer BK m.49'da belirtilen koşullar mevcutsa, FSEK m.70/I uyarınca manevi tazminat da istenebilir. Manevî tazminat davasının koşulları manevî hakkın ihlali, hukuka aykırılık, hak sahibinin manevî zarara uğraması ve tecavüz edenin kusurudur[62].

FSEK'in 70'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmüne göre maddi veya manevî hakları tecavüze uğrayan kişi "tazminattan başka" sorumlu kişinin elde ettiği kazancın da kendisine verilmesini talep edebilecektir. Bu hüküm ile maddi ve manevî tazminatın dışında tecavüz edenin elde ettiği kazancın gerçek hak sahibine iadesi amaçlanmıştır. Kazancın iadesi müessesesi, vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanır[63]. Kazancın iadesi talebi kusur ve zarar gerektirmez. Zira, FSEK m.70/III'de bu koşullardan bahsedilmediği gibi vekaletsiz iş görmede de bu koşullardan bahsedilmemiştir[64]. Hak sahibi sorumlu kişiden hem elde ettiği kazancın iadesini hem de uğradığı zararın tazminini talep ettiğinde, bunlardan miktar olarak yüksek olanıyla yetinmek zorundadır. İki tazminatı birden ayrı ayrı alamaz[65]. Çünkü FSEK m.70/III son cümle kazanç iadesi talebi

60 *Tekinalp Ü.:* age, sh.310-311, *Erel N. Ş.:* age, sh.345.

61 *Öztan, F.:* age, sh.675, *Tekinalp Ü.:* age, sh.310, *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.407, *Erel N. Ş.:* age, sh.345.

62 *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.410-412.

63 *Tekinalp Ü.:* age, sh.316, *Kılıçoğlu M. A...:* age, sh.402.

64 *Tekinalp Ü.:* age, sh. 317, *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.402.

65 *Ayiter, N.:* age, sh.263, *Kılıçoğlu M. A..:* age, sh.403.

ile alınan miktarın, FSEK m.68 uyarınca talep edilecek tazminattan düşeceğini açıkça hükme bağlamıştır.

3.Değerlendirme

Eser olma kıstaslarına ilişkin açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tasarımların kural olarak FSEK kapsamında korunması mümkündür. Bu bağlamda irdelenmesi gereken ilk sorun; FSEK kapsamında aranacak olan sahibinin hususiyetlerini taşıma koşulunun, tescilli tasarımlardaki yenilik koşuluyla özdeş olup olmadığıdır. İlgili bölümde de belirtildiği üzere eserin sahibinin özelliklerini taşıması, çalışmanın sahibinin kişisel özelliklerini ifade etmesi olup, bunun dışında çalışmanın nitelik olarak belli bir yaratım düzeyine ulaşması, dünyadaki diğer çalışmalardan farklı olması veya estetik olması gibi koşullar aranmaması, biçiminde yorumlanmalıdır. Bu yorumdan hareket edildiğinde tescilli tasarım korumasında söz konusu olan mutlak yenilik şartının, FSEK'te aranmadığı, sahibinin özelliklerini taşımanın yenilik koşuluyla özdeş olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Mutlak yenilik koşulu olmadığı için, FSEK kapsamında eser olarak nitelendirilebilecek bazı ürünler, 554 sayılı KHK düzenlemeleri uyarınca tescil edilmeyecekler veya tescil edilmişlerse hükümsüzlük davasına konu edilebileceklerdir. Bu nedenle 554 sayılı KHK kapsamındaki tescilli tasarım korumasında söz konusu olan yenilik koşulunun, FSEK kapsamındaki koruma koşulu olan sahibinin özelliklerini taşımaya oranla daha güçlü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

554 sayılı KHK kapsamına girmeyen tescilsiz tasarımlar açısından ise durum daha farklıdır. Pozitif hukukumuz da tescilsiz tasarım sayılma için mutlak yenilik koşulu aranmadığı gibi sahibinin hususiyetini taşıma koşulu da aranmamaktadır. Dolayısıyla mevcut tescilsiz tasarımlarda yenilik değil sadece sahibinin hususiyetini taşıma koşulu aranacak ve bu şartı taşıyan tescilsiz tasarımlar FSEK kapsamında korunacaktır.

Sahibinin hususiyetini taşıma açısından tartışılması gereken bir diğer husus, FSEK' teki koşulun tescilli tasarımlar için aranan ayırt edici nitelik koşuluyla örtüşüp örtüşmediğidir. Bir tasarımın ayırt edici nitelikte

olması için sahibinin hususiyetini taşıması şart değildir[66]. Bu farklılık, tasarımların korunmasında Topluluk ve Türk hukukunda benimsenmiş olan tasarım yaklaşımı (design approach) ve buna bağlı olarak tasarımın pazarlama fonksiyonunun ön planda bulunmasıyla açıklanabilir[67]. Bu yaklaşım sonucu ayırt edici niteliğin belirlenmesinde tasarımcının bireyselliği veya yaratıcılığı gibi niteliksel sübjektif kriterlere dayanmak mümkün olmayacaktır. Bundan dolayıdır ki, gerek Topluluk, gerekse Türk hukukunda bir tasarımın ayırt edici niteliğine sahip olup olmadığı sorusu uzman kişilerin görüşleri doğrultusunda değil, bilgilenmiş kullanıcıda bıraktığı genel izlenim dikkate alınarak cevaplanacaktır. Buna karşılık bir tasarımın FSEK anlamında sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı sorusu, bilinçli kullanıcıda bıraktığı izlenim dikkate alınmadan, uzman kişiler tarafından belirlenecektir[68]. Bu farklılıktan çıkan sonuç, FSEK anlamında sahibinin hususiyetini taşıma koşulunun, 554 sayılı KHK' de düzenlenen ayırt edici niteliğe sahip olma koşuluna oranla sübjektif nitelik taşıdığıdır.

Hukukumuzda, 554 sayılı KHK kapsamına girmeyen tescilsiz tasarımlar açısından ayırt edicilik koşulu da aranmamaktadır. Dolayısıyla tescilsiz tasarımların FSEK kapsamında korunmasında ayırt edicilik değil, sahibinin hususiyetini taşıma koşulu aranacaktır. Tescilsiz tasarımların söz konusu koşulu sağlayan bölümü, eser sayılıp FSEK kapsamında korunacaktır.

Tasarımların FSEK kapsamında korunmasında üzerinde durulması gereken bir başka husus, FSEK m.4'te sayılan eser türlerinde estetik değere sahip olma şartının aranmasıdır. 554 sayılı KHK'de yer alamayan bu şart, tasarımların FSEK kapsamında korunmasında, FSEK'in uygulama alanını daraltma olanağı tanıyan önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle seri üretime elverişli el işleri ve küçük sanat eserlerindeki estetik niteliğin tespitinde daha titiz davranılması sayesinde, FSEK ile sağlanan uzun süreli ve tescilsiz korumanın, 554 sayılı KHK

66 *Suluk, C.:* Tasarım Hukuku, sh.250.
67 *Şehirali, F. H.:* agm, sh.37.
68 *Tekinalp Ü.:* age, sh. s.98.

kapsamında tescilli korumayı anlamsız ve gereksiz kılması gibi istenmeyen bir sonucun önüne geçmek mümkün olabilecektir.

Belirtilen gerekçelerle, sahibinin hususiyetini taşıyan ve FSEK'te belirtilen eser kategorilerinden birine giren tescilli veya tescilsiz tasarımlar, FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilebilecek ve bu yasa kapsamında korunabilecektir. Burada akla tasarımların FSEK kapsamında değerlendirilmesinin koruma için yeterli olup olmadığı sorusu gelebilir. Kanaatimizce bu soru, FSEK'in tasarımların hangi bölümünü kapsadığı ve FSEK hükümleri uyarınca sağlanan korumanın diğer koruma biçimlerinden avantajlı olup olmadığının tespiti sonucu cevaplanabilecek mahiyettedir.

Bilindiği gibi, hukukumuzda tasarımların tescili için koşullar öngörülmüş olup, tasarımların bir bölümü 554 sayılı KHK'deki bu koşulları sağlayamadıklarından veya tescil başvurusunda bulunmadıklarından tescilsiz olarak varlıklarını sürdürmektedir. Oysa bir tasarımın FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilebilmesi açısından bu tasarımın tescil edilebilir olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. FSEK kapsamında koruma için önce hususiyet koşulunu sağlanması gerekir. Bu bağlamda da tasarımın, tasarım sahibinin bağımsız fikrî faaliyeti sonucu oluşması, tasarım sahibinin serbest biçimlendirme alanının bulunması ve tasarımın piyasada var olan diğer tasarımlardan farklı olması gerekir. Üstelik FSEK kapsamında değerlendirme için bu da yetmemekte, tasarımın ya ilim ve edebiyat eseri olarak FSEK m.2 ya da *estetik değere sahip olma* şartını yerine getirerek FSEK m.4 kapsamında güzel sanat eseri olma şartı bulunmaktadır. Tasarımların ancak küçük bir oranının bu koşulları sağlayarak FSEK kapsamında eser olarak değerlendirileceği şüphesizdir. Bu nedenle FSEK kapsamındaki korumanın, tasarımların tümünü değil, sınırlı bir bölümünü kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

FSEK'le sağlanan koruma kapsamında tartışılması gereken diğer bir husus ise FSEK koruması ile diğer koruma modellerinin sağladığı haklar açısından karşılaştırılmasıdır. FSEK ve diğer koruma modelleri sahiplerine haklarının ihlali durumunda yaklaşık aynı taleplerde bulunma

ve aynı davaları açma hakkı tanımaktadır. FSEK'te de haksız rekabetteki gibi korumanın başlaması için tescil, ilan ve benzeri yükümlülükler gerekmemektedir. FSEK koruması ücretsiz olarak yaratıcısının hayatı artı 70 yıllık süre boyunca devam etmekte olup, söz konusu süre ücretli olmakla birlikte sınırsız yenilenme hakkına sahip markalardan sonra öngörülmüş olan en uzun süredir. Ayrıca FSEK işlenme ve derlenme eserleri de kısmen kapsamakta olup[69] bu yönüyle mutlak yenilik kriteri aramamaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle FSEK korumasının tasarımların diğer usullerle korunmasından daha elverişli koşullar içerdiği iddia edilebilir.

Ancak, FSEK kapsamındaki koruma ile diğer koruma usulleri karşılaştırılırken ispat sorunu da ele alınmalıdır. FSEK hak sahibine kopyalanmaya karşı koruma sağlamakla birlikte, hak sahibinin kendisinin kopya edildiğinin ispatlaması gerekir[70]. FSEK koruması için tescil gibi bir ön şart da aranmadığından söz konusu hususun ispatı güçlük arz edebilir. Bu açıdan FSEK koruması haksız rekabet koruması ile benzerlik göstermektedir. Buna karşılık tasarım, patent, faydalı model ve marka hukukunda ise tescil müessesesi bulunduğundan, hak sahibinin benzerliği ispat etmesi yeterli olup, bu ürünün kendisinden kopya edildiğini ispatlaması gerekli değildir. Bu açılardan değerlendirildiğinde, ispat külfeti açısından FSEK'in, tescil müessesesi bulunan tasarım, patent, faydalı model ve marka hukukundan daha elverişsiz koşullar içerdiği söylenebilir.

Netice olarak, tasarımların ancak küçük bir bölümünün FSEK kapsamında eser olma koşullarını sağlayabileceği bu nedenle FSEK korumasının yeterli olmadığı, ayrıca ispat külfeti açısından FSEK'in tescil müessesesi bulunan patent, faydalı model ve marka hukukundan daha elverişsiz koşullar içerdiği, ancak eser olma koşullarını sağlayan ve kopyalanmayı ispatlayabilecek nitelikte olan tescilsiz tasarımların FSEK

69 *Zenner, H.:* age, sh.81. İşlenme eserde hak sahipliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Öztan, F.:* age, sh.169.

70 *Gürler, C.:* "Takı Tasarımlarında Hukuki Korunma", FMR, 2002, C.2, S.4, sh.59.

kapsamında korunmasının, en elverişli koruma modellerinden biri olduğu söylenebilir.

SONUÇ

Tasarımların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında nasıl korunacağı konusu yukarıda incelenmiş bulunmaktadır. Söz konusu korunma için, tasarımların, FSEK'de düzenlenen eser olma şartlarını taşıması gerekir. Bu şartlar sahibinin hususiyetini taşıma ve FSEK'de düzenlenen eser kategorilerinden birine girmedir. Bu koşulları taşıyan tasarımlar, alenileşme ve yayından itibaren yaratıcılarının yaşam süresi ve ilave olarak 70 yıl boyunca FSEK hükümleri ile korunacaklardır.

Tasarımların FSEK kapsamında girebilecekleri eser kategorileri, m. 2 ,b. 3'de düzenlenen bedii vasfı bulunmayan teknik ve bilimsel fotoğraflar, haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, çevre ve sahne tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri ile FSEK m. 4'te belirtilen güzel sanat eserleridir. FSEK m.4 kapsamında yağlı ve suluboya tablolar, heykeller, mimarlık eserleri, el işleri ve küçük sanat eserleri, süsleme sanatı ürünleri ile tekstil ve moda ürünleri gibi eserler aynı zamanda tasarım olabilir. Ancak, FSEK m.4 kapsamında eser kategorilerine dâhil olmak için estetik değere sahip olma şartı da aranmaktadır. Bu nedenle madde de belirtilen tasarımların eser olması için aynı zamanda estetik değere sahip olma şartı bulunmaktadır. Bu şart ise, tasarımların FSEK kapsamında korunmasında, FSEK'in uygulama alanını daraltmaktadır. Bu nedenle, tasarımların ancak küçük bir bölümü FSEK kapsamında eser olma koşullarını sağlayabilecektir. Ayrıca, ispat külfeti açısından FSEK tescil müessesesi bulunan tasarım, patent, faydalı model ve marka hukukundan daha elverişsiz koşullar içermektedir. Ancak eser olma koşullarını sağlayan ve kopyalanmayı ispatlayabilecek nitelikte olan tasarımlar açısından FSEK kapsamında koruma, en elverişli koruma modellerinden birisidir.

Eser olan tasarımlar sahiplerine FSEK kapsamında malî ve manevî haklar sağlayabileceklerdir. FSEK kapsamında korunan tasarımların sahipleri, tecavüz durumunda haklarını korumak için FSEK'te belirtilen ihtiyati tedbir, haklarına tecavüz eden eser nüshalarına gümrüklerde geçici olarak el konulması ve hükmün ilanı taleplerinde bulunabileceklerdir. Ayrıca eser sahipleri, FSEK uyarınca tecavüzün men'i, tecavüzün ref'i ve tazminat davası biçiminde hukuk davaları ile ceza davası açma hakkını da haiz olacaklardır.

KAYNAKÇA

Arslanlı, H. F.: Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.

Ateş, M.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.

Ateş, M.: Fikrî Hukukta Eser, Ankara 2007, (*Ateş, M.:* Eser).

Ayiter, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara 1981.

Bainbridge, D. I.: Intellectual Property, Sixth Edition, Glasgow 2007.

Barlas, D.: "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sayılmanın Koşulları", Legal FSHD, 2009, C.5, S.17, sh.75–87.

Beşiroğlu A.: Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar-Fikir Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004.

Bozgeyik, H.: "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", Batider, 2009, C.XXV, S.3, sh.169–222.

Çelik, N. K.: Tasarımların Ulusal ve Uluslararası Hukukta Tescili ve Korunması, Ankara 2009.

Erdil, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003.

Erdil, E.: İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, 3. Bası, C.1, İstanbul 2009.

Erel, N. Ş.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009.

Folliard, A.: "AB'de Tasarım: Tasarımın Tescilli Olmasının Avantajları", Avrupa Birliğinde Marka ve Tasarım Koruma Yolları Seminer Kayıtları, İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2003–46, İstanbul 2003, sh.11–35.

Gürler, C.: "Takı Tasarımlarında Hukuki Korunma", FMR, 2002, C.2, S.4, sh.51–62.

Hirsch, E. E.: Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948.

Kaçak, N.: Açıklamalı ve İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Ankara 2004.

Kılıç, B.: "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda "Eser" Kavramı", Legal FSHD, 2005, C.1, S.1, sh.106–128.

Kılıçoğlu, M. A.: Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.

Nirk, R., Kurtze, H.: Geschmacksmustergesetz Kommentar, Köln/Berlin/Bonn/München 1989.

Öztan, F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

Suluk, C.: Tasarım Hukuku, Ankara 2003.

Suluk, C., Orhan, A.: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar, Ankara 2008.

Şehirali, F. H.: "Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar (Özellikle Tescilsiz Tasarımların Korunma Yolları)", Türkiye'de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Uygulanması Konulu Uluslararası Sempozyum, İstanbul 2004, < http://www.abgm.adalet.gov.tr/8-2-TR-Sehirali.pdf>, (15.12.2011)

Tekinalp, Ü.: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2005.

Tekinalp, Ü.: "Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun "Hususiyet" Üzerindeki Etkisi", FMR, 2005, C.5, S.1, sh.69–76.

Yasaman, H.: "Sınaî Resimler ve Modeller", Batider, 1984, C.XII, S.2–3, sh..93–99.

Zenner, H.: Designschutz Ohne Registereintragung in Deutschland, Hamburg 2008.

BİR İNSAN HAKKI OLARAK KALKINMA HAKKI?

Elif ÇELİK*

ÖZET

Bu yazı, son yıllarda sıklıkla kalkınma kavramı ile yanyana anılmakla birlikte, ortaya atıldığı dönemden bu yana üzerinde tartışmaların sona ermediği; kalkınma hakkını ele almaktadır. Bunu yaparken kalkınma ve kalkınma hakkı kavramlarının konu ile ilişkilerine kısaca değinildikten sonra böylesi bir hakkın ortaya çıkış süreci ve arka planındaki etmenler gözönüne alınacaktır. Tarihsel arka planı takiben; kalkınma hakkını bir insan hakkı olarak kabul eden 1986 Birleşmiş Milletler Kalkınma Hakkı Bildirgesi ve bu belgede yer alan tanımlar belgeyi analiz etmek suretiyle ortaya konulacaktır. Kavramın ortaya çıkışından bugüne üzerinde tartışmaların devam ediyor olması bakımından son bölüm, literatürde kalkınma hakkına yöneltilen eleştirileri ele almakta ve düşünürler tarafından dile getirilen farklı yorumlamalara yer vermektedir.

Anahtar Kelimeler: Kalkınma Hakkı, İnsan Hakları, Üçüncü Kuşak Haklar, Birleşmiş Milletler Kalkınma Hakkı Bildirgesi

RIGHT TO DEVELOPMENT AS A HUMAN RIGHT?

ABSTRACT

This paper aims to discuss the right to development; which often pronounced along with human rights in recent years, yet remains as a debatable subject since its emergence. In doing this; the notions of development and the right to development will be briefly covered and the emergence of the right and background arguments will be laid out. Following to the historical evolution of the right, the 1986 United Nations

* Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Doktora Öğrencisi, Ondokuz Mayıs ÜniversitesiHukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Declaration on Right to Development and the definitions within this document will be analyzed. Since the debates regarding right to development are still present today; the last part of the paper will gather the criticism that exist in the literature towards the right, along with different approaches from the scholars.

Keywords: Right to Development, Human Rights, Third Generation Rights, United Nations Declaration on the Right to Development

GİRİŞ

İnsan hakları konusunda söz sahibi bir düşünürün de belirttiği üzere günümüzde arzu edilen spesifik bir amacın insan hakkı olarak karakterize edilmesi doğal olarak söz konusu amacın değerini artırmakta, sorgulanabilirlikten uzaklaştırıp evrensel bir gerçek olarak kabul edilmesinin önünü açmaktadır.[1] Donnelly, kalkınma hakkına olası bir zemin bulabilmek arayışıyla yazdığı bir makalede, söz konusu hakkın içinde bulunduğu durumu ve maruz kaldığı farklı yaklaşımları oldukça etkili bir örnekle dile getirir. Genel olarak "insan hakkı" başlığı ve dolayısıyla güvencesi altında ortaya atılan kavramların açığa çıkarılmasının bir felsefeci, teolog ve insan hakları hukukçusu bakımından farklılık arzettiğini; bir felsefecinin işinin karanlık bir odada varolmayan siyah bir kedi aramak, teoloğun bu kediyi bulduğunu iddia etmek, insan hakkı hukukçusunun ise konuyu bir komisyona gönderip siyah kedilere nasıl davranılacağına ilişkin bir yönergeye dönüştürmek olacağı örneğini verir.[2] Gerçekten de kalkınma hakkının gelişimi ve içinde bulunduğu durum Donnelly' nin 25 yıl önce vermiş olduğu örneğe benzer bir biçimdedir. Bir yanda, hakkı bir insan hakkı olarak ele alıp uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde koruma altına almaya çabalayan belgeler; diğer yanda ise, gerek bu belgelerde düzenlendiği biçimiyle hakkın kendisine yöneltilen itirazlar gerekse dünyanın çoğunluğunun içinde bulunduğu olumsuz tablo bulunmaktadır. Öte yandan bu yazının

1 *Alston, P.*, Making Space for New Human Rights, 1 Harv. Hum. Rts. Y.B. 3, 1988, s. 3.

2 *Donnelly,J.*, In Search of the Unicorn : The Jurisprudence and Politics of the Right to Development, California Western International Law Journal 1985, s. 473-474.

yola çıkış amacı kalkınma hakkının var olmadığına işaret etmenin aksine hakkın bir insan hakkı olması bakımından gerekçelerini ortaya koyabilmekken; mevcut literatürde hakkı bu bakımdan destekler ve kendisine yöneltilen itirazları tatmin edici bir biçimde çürütür argümanların yeterli kuvvette olmaması, amaca tamamen uygun bir sonuç gelişememesine neden olmuştur. Ancak bundan anlaşılması gereken bir kısım yazarların iddia ettiği gibi kalkınma hakkı diye bir hakkın topyekün var olmayıp olamayacağı değildir. Kalkınma hakkının zihinlerde klasik insan hakları düşüncesiyle örtüşmezliğinden kaynaklanan bu itiraz ve eleştiriler, hakkın tanım ve içeriklendirmesinin daha farklı ve etkili sonuçlar doğurabilecek şekilde açıklanmasını gerekli kılmaktadır.

I. Kalkınma ve Kalkınma Hakkı Kavramları

Kalkınma kavramının ne olduğu konusunda bir fikir birliği olduğu söylenemez. Kalkınma kavramını halen kompleks, belirsiz ve tartışmalı bir kavram olarak tanımlayan yakın dönem düşünürler de vardır.[3] Bu belirsizlik dâhilinde kalkınmanın hedefinin ne olacağı sorusu da önem taşır. Geleneksel anlamda yakın zamana kadar anlaşıldığı üzere salt milli gelirin ya da çoğunluğun refahının artması mı yoksa başkaca bir değişim mi? Kalkınmanın "iyi" bir değişime işaret ettiği kuşkusuzdur. Ancak bu değişimdeki iyinin ne olduğu konusunun açığa kavuşturulması önemlidir. Zira kalkınmanın gerçekleşip gerçekleşmediği, nasıl ölçüleceği de bununla bağlı olacaktır. Amartya Sen de "Özgürlük için Kalkınma" isimli ses getiren eserinin ilk bölümlerinde bir ölçüde bu sorulara açıklık getirmeye çalışır ve aranmakta olan iyinin ne olduğu konusunda Aristoteles'in "aramakta olduğumuz iyiliğin servet olmadığı açıktır, çünkü servet sadece faydalıdır ve başka bir şey için değildir" cümlesine başvurur. Bu bakımdan Sen'e göre kalkınma; daha çok yaşam standartlarımızı ve yararlandığımız özgürlükleri geliştirmekle ilgili olmalıdır.[4] Bunun yolu ise kişilerin arzu ettikleri, değer verdikleri bir yaşantıya ulaşmak yolunda kapasitelerinin geliştirilmesidir.[5]

---

[3] *Sumner, A. & Tribe,M.*, International Development Studies, Sage 2008, s. 9.

[4] *Sen, A.,* Ögürlükle Kalkınma, Ayrıntı, 2004, s.29.

[5] *Sen*,s. 33.

Yakın zamanlı Birleşmiş Milletler belgelerinde kalkınma kapsamında konu edilmesi gerekenler; ortalama hayat beklentisi, okuryazarlık oranı, her kademede eğitime ulaşabilirlik, insanların ortalama geliri gibi ölçütler olarak ifade edilir. Bu yönleri ile kalkınmanın insanların sivil-politik ve ekonomik-sosyal ihtiyaçları bakımından refahını konu edindiğini söyleyebiliriz. Öte yandan 1960'larda gelişmeye başlayan kalkınma çalışmaları, gündemlerine insan hakları perspektifini uzun bir süre boyunca almamıştır. Bu bakımdan kalkınma ve insan hakları alanları uzun bir dönem birbirlerinden bağımsız yol kat etmişlerdir. İnsan hakları ile ilişkisi bakımından kalkınma; şüphesiz insan haklarının gerçekleşip korunmasını merkezine alan bir kalkınma anlayış ve uygulayışı olacaktır.

Kalkınma hakkının ne olduğu konusunda ise evrensel kabul görmüş olması bakımından 1986 yılında Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan bildirgedeki tanım esas alınacaktır.

Buna göre Sözleşmenin birinci maddesi bu hakkı ; "*her insanın ve bütün halkların, bütün insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak gerçekleşeceği bir ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeye katılma, katkıda bulunma ve bundan yararlanma hakkına sahip olması nedeniyle, vazgeçilmez bir insan hakkı"* olarak tanımlar.[6]

Kalkınma hakkının içerik ve ayrıntılarına ilerleyen bölümlerde değinilecek olmasına rağmen bu noktada, yukarıdaki tanımla oldukça benzeşen ancak farklı biçimde kaleme alınmış diğer bir tanıma değinmek de yerinde olacaktır. Bu tanım, son dönemlerde kalkınma hakkı konusunda verdiği teorik ve pratik mücadele ile öne çıkmış Birleşmiş Milletler bağımsız raportörü Arjun Sengupta'ya aittir. Buna göre kalkınma hakkı; "*tüm insan hak ve özgürlüklerinin tamamen gerçekleştirilebileceği bir gelişme sürecine ilişkin haktır*".[7] Tartışma konumuz olacak olan kalkınma hakkının ne olduğuna ilişkin yukarıda verilen kısa tanımın ardından kalkınma hakkının ortaya atılış şekli, kimin tarafından ve hangi süreçte ortaya atıldığı ve beraberinde getirdiği

6 Kalkınma Hakkına İlişkin Bildiri, *UN 41/128*, 1986, Madde 1.

7 *Sengupta,A.*, First Report of the Independent Export on the Right To Development, UN Doc. E/CN.4/1999/WG.18/2, paragraf. 47.

tartışmaları konu edinmek; ilerleyen bölümlerde incelenecek olan hakkın içeriğinin anlaşılması ve yakın zamanlı tartışmalardaki sınırlarlarının ve yükümlülerinin ortaya çıkarılması bakımından fayda sağlayacaktır.

II. Kalkınma Hakkının Gelişimi

II. Dünya Savaşı sonrası ivme kazanan insan hakları düşüncesi, Evrensel Beyanname ile koruma altına alındığı dönemde, sivil-politik, ekonomik-sosyal hakları ayrı ayrı kategoriler olarak gören bir anlayışa sahip değildi[8]. Gerçekten de Beyanname'nin giriş kısmında da ifade edildiği üzere insan haklarının varoluş sebebi; insanları gerek barbarca eylemlerden gerekse yoksulluktan muaf tutmak iken belge; herkesin onur ve kişiliğinin serbestçe gelişim için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahip olduğunu da açık bir biçimde ifade etmekteydi[9]. Bu noktada Beyanname'de kalkınma hakkına ilişkin spesifik bir atıfa rastlanmazken, kaleme alınış sürecinde etkin bir rol oynayan Eleanor Roosevelt'in "*Dünya için bir haklar bildirgesi hazırlarken aklımızda tutmamız gereken bunlardan en önemlisinin kalkınma imkanının olabilmesi hakkıdır*"[10] biçiminde ifade ettiği sözler, hem hakları bir bütün olarak gören bir anlayışın yansımasını göstermesi bakımından hem de insan hakları ve kalkınma arasındaki ilişkinin kaçınılmaz önemine işaret etmesi yönünden önem taşımaktadır.

Ancak büyük umutlarla benimsenen sözü edilen insan hakları düşüncesi, ilerleyen dönemlerde hâkim olacak olan Soğuk Savaş sürecinin yarattığı politik atmosfer ile suni bir bölünmeye maruz kalacak, devletler bakımından kimi gurup hakların adaptasyonu kimilerinin ise dışlanması gündeme gelecektir. Esasen bu bölünme, uluslararası toplumun genelinde pek de hoşnutluk yaratmamış olacağından 1968 yılında Beyanname'nin geride kalan yirmi yılını ele almak için düzenlenen Tahran Konferansın'da yayınlanan bir bildiri ile; insan hak ve özgürlüklerinin bir

8 *Sengupta, A.*, On the theory and practice of right to development, Human Rights Quarterly, Volume 24, Number 4, November 2002, s. 839.

9 Insan Hakları Evrensel Beyannamesi, Madde 22.

10 *Johnson M. G.*, The Contributions of Eleanor and Franklin Roosevelt to the Development of International Protection for Human Rights, 9 HUM. RTS. Q. 19, 36 1987.

bütün olduğu ve sivil-politik hakların kullanımının ekonomik-sosyal haklar olmadan söz konusu olmayacağının altı çizilmiştir[11].

70'li yıllara gelindiğinde bağımsızlığını kazanan eski sömürge ülkeleri, Birleşmiş Milletler bünyesindeki rakamsal çoğunluklarını da kullanarak yeni bir ekonomik dünya düzenine geçilmesi, sömürgeci ve yeni sömürgeci faaliyetlerin doğurduğu etkilerin giderilmesi noktalarında seslerini yükseltmeye başlamışlardır. Bu talepler doğrultusunda, Birleşmiş Milletler Genel Assamblesi, yeni bir uluslararası ekonomik düzene olan ihtiyacı vurgulamak amacıyla bir ilke karar (resolution) yayınlamıştır[12]. Kararın kendisinde kalkınma hakkına spesifik bir atıftan söz edilmezken, kararı takip eden yıllarda gündeme gelecek olan kalkınma hakkına ilişkin ilk emareler, sözü edilen belgenin içeriğine bakarak bulunabilir. Bu bakımdan kalkınma hakkı kavramının oluşmasında kararda sözü edilen dünya gerçeklerinin rolü büyük ölçüdedir[13]. Bu belge ile vurgu yapılan noktalardan öne çıkan bazıları; kalkınmanın mutlak suretle uluslararası bir işbirliği yoluyla sağlanacağı gerçeği, mevcut uluslararası ekonomik düzen ve farklı formlarda devam etmekte olan yeni sömürgecilik politikaları ile arzu edilen gelişmenin sağlanamayacağı ve bu bakımdan her devletin kendisi için en uygun ekonomik modeli seçme hakkının bulunduğu, devletlerin eşit bağımsızlıkları ve self determinasyon haklarına yapılan vurgu, gelişmekte olan devletlerin bulunduğu izole durumun giderilmesi ve dünya geneline ilişkin ekonomik hususlarda tüm devletlerin eşit biçimde rol alması konularıdır[14].

Arka planda böylesi kaygıylarla yola çıkan yenidünya düzeni arayışları bu kaygılara paralel iki yeni kavramı da beraberinde getirmiştir. Bunlardan bir tanesi Üçüncü Kuşak Haklar kavramı, bir başka ismiyle dayanışma hakları olurken bir diğeri ise kalkınma hakkıdır. 1972 yılında

11 13 Mayıs 1968 tarihli Tahran Bildirisi, U.N. Doc. A/Conf.32/41

12 Orijinal metin için bknz: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/071/94/IMG/NR007194.pdf? Open Element.

13 *Bunn, I.,* The Right to Development: Implications for International Economic Law, Amsterdem University International Law Review,2000, s.1431.

14 Yeni bir uluslararası ekonomik düzen kurulmasına ilişkin bildirge, A/RES/S-6/3201, http://www.un-documents.net/s6r3201.htm.

Senegalli hukukçu Keba M'Baye'nin Strasbourg'da gerçekleşen bir insan hakları konferansında "*tüm insanların yaşamaya ve daha iyi bir yaşama hakkı olduğunu*" ifade ettmesiyle, kalkınma hakkı da dile getirilmiş olur. Üçüncü kuşak haklar kavramı ise ilk olarak 1979 yılında hukukçu Karel Vasak tarafından dile getirilmiştir. Vasak bu ayırımda, kardeşlik ve dayanışma hakları olarak da adlandırabileceğimiz hakların kolektif niteliğine değinir ve bu haklar kapsamında; kalkınma hakkı, barış hakkı, çevre hakkı, ortak bir dünya mirası hakkı ve iletişim hakkını sıralar[15]. M'Baye tarafından dile getirilen kalkınma kavramının ise bir insan hakkı olarak ele alınması gerekliliği, 1977 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunca kalkınma hakkını temel bir insan hakkı olarak kabul eden ilke karara (resolution) dönüşmüş ve konuyu uluslararası boyutuyla ele alması amacıyla bir çalışma grubu kurulmuştur[16]. Böylelikle kalkınma hakkına vurgu yapan ilk Birleşmiş Milletler yönergesi de çıkmıştır. Yönerge, kalkınma hakkının bir insan hakkı olarak uluslararası boyutunun gerekli Birleşmiş Milletler organları çerçevesinde, uluslarası işbirliği, barış hakkı ve yenidünya ekonomisi de gözönüne alınarak temel insan ihtiyaçları ışığında araştırılması gerektiğine ilişkindir[17]. Bu bakımdan M'Baye gerek sözkonusu kararın alınmasında gerekse hakkın bir bildirgeye dönüşmesinde rol oynamış en etkin isimlerden biridir[18]. M'Baye'nin tanımıyla kalkınma hakkı kavramı; uluslararası yardımlaşmaya dayalı, eşitlikçi bir kalkınma sürecine vurgu yapmaktadır. Bilhassa "üçüncü dünya" ülkelerinin kalkınması noktasına vurgu yapan bu talep öncelikli olarak da devletleri değil, uluslararası toplumu sorumluluk sahibi olarak görmektedir[19].

---

15 *Vasak, K.,* "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights"Unesco, Paris,1977.

16 4 (XXXIII) of 21 February 1977.

17 *Donnelly*, supra 2, s. 474.

18 *Bonny, I.*, The right to development: The politics and polemics of war and resistance, Human Rights Quarterly 33 (2011) s.77.

19 *M'Baye, K.,* 'Emergence of the 'Right to Development' as a human rights in the context of a New International Economic Order,' Meeting of experts on human rights, human needs and the establishment of a NewInternational Economic Order,toplantısında sunulan sunum, Paris, UNESCO, 19-23 Haziran 1978.

Söz konusu kavramların 70'li yıllarda tartışılmaya başlaması sürecini takiben 1981 yılında yayınlanan ve Afrika İnsan ve Halkların Haklarına ilişkin Sözleşme olarak bilinen Banjul Sözleşmesi, Afrika'da var olan sosyal ve kültürel kriz meselesine ışık tutmak amacıyla yayınlanan bir bildiri niteliğini taşımaktadır. Batı'nın bireye vurgu yapan insan hakları nosyonu karşısında Afrika halkları için geçerli olan topluluk hakları kavramını ortaya koyan Sözleşme, hak sahibi olmanın koşullarını yalnızca bireye indirgeyen anlayışın karşısına; bir topluluğun da pekâlâ hak sahibi olabileceği fikrini koyar[20]. Gerçekten de salt I. Kuşak haklar olarak nitelendiren hakları ve dolayısı ile yalnızca bireyi hak sahibi olarak gören Batı temelli bi insan hakkı düşüncesinin dünyanın geri kalanının yüzleştiği gerçekler ışığında ne denli soyut kaldığı ve bu yerlerde insan hakkı kavramının ancak su, gıda, barınak olarak gözle görünür hale geldiği bir gerçektir[21]. Şartın dili ve kaleme alınışı da bilhassa kalkınma, ekonomik sosyal haklar, çevre hakkı, doğal kaynakları kullanma hakkı gibi haklar sözkonusu olduğunda bu hakların kullanıcısı olarak "halkları" işaret etmektedir. Kalkınma hakkı 22. Maddede kaleme alınmış ve bu konuda devletlerin gerek bireysel gerekse kolektif olarak sahip oldukları sorumluluklara değinilmiştir[22]. Bu bakımdan Birleşmiş Milletler Kalkınma Hakkı Bildirgesinden de önce, Afrika Şartında beliren kalkınma hakkı, bu sözleşme bakımından açıkça kullanımı halklara ait olan bir hak olarak ele alınmıştır. Bu durum bazı düşünürler tarafından zaman zaman bir eksiklik olarak dile getirilmektedir. Bununla beraber bugün de kalkınma hakkı konusunda tam bir hukuki bağlayıcılık arzeden tek belge halen bu sözleşmedir. Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan çalışma gurubu 1986 yılında çalışmalarını bir evrensel bildirge ile neticeler ve kalkınma hakkına ilişkin bildirge ortaya çıkar. 149 gibi büyük bir katılım sayısıyla kabul edilen belge, Finlandiya, Almanya, İzlanda, İsrail, Japonya İsveç, Birleşik Krallık ve Danimarka tarafından çekimser oyla

20 *Juss, S.*, The Coming of Communitarian Rights: Are Third Generation Human Rights Really First Generation Rights,International, Journal of Discrimination and the Law 1998 3 159, s.167.

21 İbid, s.160.

22 Afrika İnsan ve Halklara ilişkin Banjul Şartı, http://www1.umn.edu/humanrts/instree/z1afchar.htm

karşılanmış, Birleşik Devletler ise karşı oy kullanmıştır. Bu bakıma II. Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının bölünmez bütünlüğü konusunda sağlanan konsensus, Soğuk Savaş dönemi politik etkisi ile tekar bozulmuş ve hakim olan paradigma dahilinde kalkınma hakkının temellendirmesine, hukuki niteliği ve uygulanabilirliğine ilişkin itirazlar yöneltilmiştir[23]. Örneğin, çekimser oy kullanan ülkelerden olan İsveç hükümetinin sözcüsü bu karararın ardındaki nedeni; ne İsveç ne de diğer Nordik ülkelerin "halkların hakkı" kavramını kabul edilebilir bulmadığı gerekçesi ile açıklamıştır. Yine Batı Almanya sözcüsü, kalkınma hakkı kavramının yalnızca birey ve ait olduğu devlet arasında varolabileceğini bundan öteye giden bir yorumun insan haklarının içeriğini aşacağını ifade etmiştir[24]. Bildirgenin imzaya açıldığı dönemde durum böyle iken, 1992 yılında Rio'da düzenlenen Dünya Zirvesi ile kalkınma hakkının temel bir insan hakkı olduğu tekrar vurgulanmış[25] ve nihayet 1993 Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı ve Bildirgesinde Kalkınma Hakkının evrensel bir insan hakkı olduğu konusunda Birleşik Devletler'inde katılımının sağlandığı bir konsensusa varılmıştır[26]. Bu tarihten itibaren insan hakları ve kalkınma kavramı nispeten paralel bir çizgide ele alınmaya başlanmış ve son olarak 2000 yılı Milenyum Kalkınma Hedefleri kapsamında, bugünkü tartışmalara konu olacak hali ile karşımıza çıkmıştır. Aşırı yoksulluk ve açlığın giderilmesi, ilköğretimin dünya genelinde zorunluluğunun sağlanması, çocuk ölümlerinin azaltılması, kadın erkek eşitliğinin ve kadının katılımının sağlanması, çevresel sürdürülebilirliğin sağlanması, HIV ve diğer hastalıkların önlenmesi başlıklarlarıyla öne çıkan kalkınma hedefleri aynı zamanda "kalkınma hakkını her insan için gerçek kılmak ve insan ırkını muhtaçlıktan kurtarmak" ve bunun için "evrensel bir işbirliği geliştirmek" gibi bir ilkeyi de kendine hedef

[23] *Sengupta* supra 3, s. 840.

[24] *Alston, P.*, Making Space for New Human Right The Case of the Right to Development, Human Rights Quarterly,Volume 27, Number 3, August 2005, s. 75.

[25] ABD her ne kadar Rio Bildirisine konsesusla iştirak etmiş olsa da kavrama uzun süredir yönelttiği itirazdan vazgeçmiş değildir. Kalkınmayı bir hak değil ancak bir amaç olarak gördüğünü belirtmiştir.

[26] Vienna Declaration and Programme of Action, http://www2.ohchr.org/english/law/vienna.htm

edinmiştir"[27]. Bu bakımdan son dönem kalkınma hakkına ilişkin tartışmalarda doğal olarak böylesi bir iddiaya paralel olarak Milenyum Kalkınma Hedefleri ve ne denli etkili oldukları üzerinden devam etmektedir.

Buraya kadar değinilen kalkınma hakkı kavramının ne şekilde, hangi şartlar altında, kim tarafından ortaya atıldığına ilişkin verilen bu bilgiler, kalkınma hakkını konu edinen Birleşmiş Milletler Bildirgesi'nin irdelenmesinde ve sonrasındaki itirazların anlaşılıp farklı kavramlarla ilişkilendirilmesinde bir ölçüde ışık tutacaktır.

III. 1986 Bildirgesi Çerçevesinde Kalkınma Hakkına Bakış

Bu bölümde Bildirge'de ele alınan şekliyle kalkınma hakkının ne olduğu, hakkın kullanıcı ve yükümlülerinin kimler olduğu ve kalkınma hakkı kapsamında ne tür haklardan bahsedilebileceği ele alınacaktır. Bir hakka konu olması bakımından güvence altına alınan kalkınma kavramından ne anlaşılması gerektiği esasen net bir biçimde ortaya konmuş değildir, ancak giriş kısmında bahsedildiği kadarı ile kalkınma; nüfusun tamamı ve tüm bireylerin aktif, serbest ve esaslı bir katılımına dayanarak refahın sürekli arttığı ve bundan meydana gelen menfaatlerin adil olarak dağıtıldığı uzun bir ekonomik, kültürel ve siyasal süreç olarak ele alınır[28].

Bildirgenin 1. Maddesi ise Kalkınma Hakkını şu şekilde tanımlar:

Gelişme hakkı, her insanın ve bütün halkların, bütün insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak gerçekleşeceği bir ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeye katılma, katkıda bulunma ve bundan yararlanma hakkına sahip olması nedeniyle vazgeçilmez bir insan hakkıdır.

Bu tanımdan anlaşıldığı üzere Bildirge, kalkınma hakkının vazgeçilmez bir insan hakkı olduğuna işaret ederken hakkın kullanıcılarını

---

[27] Milenyum kalkınma hedefleri, http://www.undp.org.tr/Gozlem3.aspx?WebSayfa No=248.

[28] "Gelişmenin uzun bir ekonomik, kültürel ve siyasal süreç olduğunu ve nüfusun tamamının ve bütün bireylerin aktif, serbest ve esaslı bir biçimde katılmasına dayanarak refahlarının sürekli olarak artmasını ve bundan meydana gelen menfaatlerin adil olarak dağıtılmasını amaçladığını kabul edilmiştir."

bireyler ve halklar olarak belirlemektedir. Tarihsel arka planda sunulduğu üzere kalkınma hakkı kavramı esasen devletler ve insan topluluklarına ilişkin bir talep olarak dile getirilmişken bildirge bunu salt toplulukları değil aynı zamanda bireyleri de kapsayacak şekilde kaleme almıştır. Hakkın kullanıcılarının bu şekilde belirlenmiş olması bugün de süregelen tartışmaların merkezindedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise doğal kaynaklar üzerinde egemenlik ve self determinasyon hakkının da bir insan hakkı olarak kalkınma hakkı kapsamında anlaşılması gerekliliğine işaret eder[29]. Esasen maddenin her iki fıkrasında da yer alan ve sorun olarak görülen durum gerek self determinasyon hakkının gerekse kalkınma hakkının kullanıcılarının birey ve halklar olarak belirlenmesidir. Bu belirleme meseleyi soyutlaştırmakta ve böylesi bir kullanımın ne şekilde talep edileceğini belirsizleştirmektedir. Bu belirsizlikte rol oynayan etken kalkınma kavramının uzun yıllar devletle eşleştirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Oysa unutulmaması gereken nokta kalkınma kavramının varoluş nedeninin insan olması ve insanın ekonomik ve sosyal bir biçimde gelişimini sağlayabileceği en uygun ortamın yaratılmasıdır. Bu bakımdan hakkın kullanıcıları olarak insan ve halklara da yer verilmesi bir eleştiri konusu olmamalıdır. Ancak burada problem yaratan nokta kullanıcıların birey ve halklar olduğu durumda muhatabın ve dolayısıyla yükümlünün kim olacağıdır. Bireyler bu hakkı mevcut düzenlemeler doğrultusunda ancak kendi devletlerine yöneltebilmektedirler ve kendi başlarına uluslararası bir aktör değildirler. Böyle ele alındığında Sözleşmede de düzenlendindiği haliyle, kalkınma hakkı konusundaki birinci derecedeki sorumluluk devletlerin üzerine düşmektedir. Oysa ki tarihsel arka plan ve bu hakkın doğuş sebebi devletlerin bizzat bu yükümlülüğü uluslararası aktörlerle paylaşma istemleridir.

Öte yandan yukarıdaki tanım ışığında akıllara gelebilecek başka bir soru işareti hem halklara hem de bireylere tanınan bu hakkın kullanımı bakımından her iki gurup arasında olası bir çatışmaya yol açıp açmayacağıdır. Bu bakımdan Bildirgenin 2. Maddesi bu konuyu açığa kavuşturmak için kalkınmanın temel öznesinin birey olduğunu belirtir.

[29] Kalkınma Hakkı Bildirisi, Madde 1

Yani; hakkın kullanıcısı bireyler ve halklar olabilirken hakkın aktif katılımcı ve faydalanıcısı yani öznesi aynı zamanda tek tek bireylerdir. Bu noktada devletler sözkonusu olduğunda anlaşılabilir bir kavram olan kalkınma hakkının bireyler bakımından ne anlama geldiğini ifade etmek yerinde olacaktır. Gerçekten de bu bireysel bir kalkınmaya mı yoksa bireyin kalkınma süreci içinde oynayacağı bir role mi işaret eder? Aslında Sözleşme, 2. Maddenin 2. Fıkrası ile bu soruya bir cevap verme iddiasındadır. Fıkra; tek tek bireyler bazında ve kolektif olarak, kişilerin içinde bulundukları topluma karşı ödevlerini de dikkate alarak kalkınma konusunda sorumlulukları olduğunu dile getirir. Bu bakımdan insanlar gerek bireysel anlamda gerekse toplumların bir üyesi olarak içinde bulundukları toplumların kalkınması ile ilişki içindedirler[30].

Bildirgenin 3. Maddesi sorumluklar bakımından birincil derecede yükümlülük sahibi olarak devletlerin bulunduğunu belirtir. Buna göre: "*Devletler, gelişme hakkının gerçekleştirilmesine elverişli ulusal ve uluslararası şartların yaratılması konusunda birinci derecede sorumluluğa sahiptir*"[31]. Aynı Maddenin 3. Fıkrası gelişmenin sağlanması ve önündeki engellerin giderilmesinde devletlerin sahip olduğu işbirliği ödevinden söz eder. Madde; "*Devletler, eşit egemenlik, karşılıklı bağımlılık, karşılıklı menfaat ve bütün Devletlerarasında işbirliği esasına dayanan yeni bir uluslararası ekonomik düzeni geliştirecek ve ayrıca insan haklarının gözetilmesini ve gerçekleştirilmesini teşvik edecek tarzda yetkilerini kullanır ve görevlerini yerine getirir*"[32] demektedir. Anlaşılacağı üzere devletlerin bu konudaki görevi kişilerinkini tamamlayıcı bir rol oynar ve birincildir. Dolayısı ile devletlerin görevi söz konusu hakkın kullanımı noktasında elverişli ortamı yaratmak, bu konuda gerekli önlemleri almak iken, hakkın gerçekleşmesi bireyler üzerinden olacaktır. Buradan anlaşıldığı biçimi ile hakkın kullanımı iddiası birey ve halkalara ilişkin iken, birey bu hakkı kendisine tanımış olan devlete yöneltebilirken, devlet de sözleşmede vurgulanan uluslararası işbirliği

30 *Sengupa, A.*, The Right to Development as a Human Right, François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights, Harvard School of Public Health,1999, s. 3.

31 Kalkınma Hakkı Bildirisi Madde 3.

32 İbid.

ödevi kapsamında uluslararası topluma yöneltebilir. Ancak burada önemli bir nokta devlet, sorumluluk bakımından birinci derecede yer alırken hakkın kullanımı 1. Maddede birey ve halklar ile sınırlandırılmıştır. Devletin bu hakkı iddia etmesi talebi ancak uluslararası işbirliği ödevi kapsamında olabilmektedir ki bu da görece zayıf bir ifadedir. Sözleşmenin yaygın olarak yorumlanması ise kalkınma hakkının bireysel, kolektif ve işbirliğine ilişkin bir hak niteliğinde olduğu yönündedir[33].

Kalkınma hakkının gerçekleştirilebilmesi için devletlerin gerek tek başına gerekse kolektif olarak tedbir almaya hakkı olduğunu düzenleyen 4. Madde aynı zamanda devletlerin bireysel çabasını desteklemek noktasında yapılması lazım gelen uluslararası işbirliğine değinir[34]. Bu madde açılış cümlesinde atıf yapılan, Birleşmiş Milletler Kurucu Şartının uluslararası işbirliği yükümlülüğünü düzenleyen maddeleri olan 1, 54 ve 55. maddeler ile paralel değerlendirilmelidir[35].

Bildiri 5. Maddesi ile halkların temel hakkı olan self determinasyon ilkesinin; sömürgecilik, yeni sömürgecilik, apartheid, her türlü ırkçılık ve ırk ayrımcılığı, yabancı bir ülkenin hâkimiyeti ve işgali, ulusal egemenliğe, ulusal birliğe ve ülke bütünlüğüne yönelik saldırılar ve tehditler ile savaş tehditleri gibi nedenlerle çiğnendiği durumlarda devletlerin gerekli tedbirleri alması gerekliliğini düzenler.

Bildirgenin bir diğer önemli özelliği tüm insan hak ve özgürlüklerinin eşit önem ve ayrılmazlığına yaptığı atıf ve hem sivil politik hem de ekonomik sosyal haklara eşit önem gösterilmesi zorunluluğunu kaleme almış olmasıdır[36].

Bildirge Kalkınma hakkı kapsamında konu olabilecek haklara 8. Maddede yer vermiştir. Buna göre ; "*Devletler, gelişme hakkının*

---

33 *Sitta, A.*,The Role of the Right to Development in the Human Rights Framework for Development, *www.capabilityapproach.com/pubs/5_1_Sitta.pdf*.

34 Kalkınma Hakkı Bildirisi, Maddde 4.

35 Uluslararası işbirliği konusuna atıf yapan BM Kurucu Şartı Maddeleri olan 1,54 ve 55. Maddeler,Birleşmiş Milletler Kurucu Sözleşmesi 1945, http://www.un.org/en/documents/charter/

36 Bildiri Madde 6

gerçekleştirilmesi için ulusal düzeyde gerekli her türlü tedbiri almayı ve herkesin temel kaynaklara, eğitime, sağlık hizmetlerine, yiyeceğe, barınmaya, işe ve adil bir gelir dağılımına sahip olmasını sağlamayı taahhüt eder. Gelişme sürecinde kadınların faal bir role sahip olmalarını sağlamak için etkili tedbirler alınır. Her türlü toplumsal adaletsizliği ortadan kaldırmak amacıyla, gerekli ekonomik ve sosyal reformlar yapılır"[37]. Madde, kalkınma süreci ve politikalarında önemliliği gün geçtikçe farkına varılan kadın katılımını düzenlemesi bakımından önemlidir.

Bildirge dâhilinde incelenen kalkınma hakkının öne çıkan özellikleri özetlenecek olursa; bu hakkın bir insan hakkı olduğu, kalkınma sürecinde tüm insan hak ve özgürlüklerinin her iki sözleşmede (sivil-politik, ekonomik-sosyal) ele alındığı şekliyle eşit ve özgürce kullanımının sağlandığı, hakkın kullanımının karar alma ve uygulama süreçlerinde bireylerin özgür, aktif ve bütüncül katılımıyla gerçekleştiği ve dolayısıyla sürecin kalkınma araç ve sonuçlarının bireylere eşit katılım ve eşit dağılım sağladığı, hak sahiplerinin bireyler, halklar ve devletler olduğu yine sorumluluk sahibi olarak da ulusal ve uluslararası düzeyde devletlerin ve uluslararası organların olduğu sonucu çıkmaktadır[38].

IV. Kalkınma Hakkına Yöneltilen İtirazlar

Kalkınma hakkı ilk ortaya atıldığı dönemden itibaren bilhassa Batılı ülkeler tarafından kabul görme konusunda sorun yaşayan bir kavram olmuştur. Nitekim hali hazırda da üzerinde tartışmaların devam ettiği bir alan olmaya devam etmektedir. Her ne kadar Bildirgeyi takiben 1993 Viyana Bildirgesi ile hakkın bir insan hakkı olduğu konusunda evrensel bir konsensus sağlandığı söylense ve bugün uluslararası ölçekte faaliyet gösteren organların gündeminde insan hakları ile birlikte anılıyor olsa dahi, hakkın geçerliliği konusundaki şüphelerin haklılığı, bilhassa gelişmekte olan dünyanın içinde bulunduğu duruma bakılarak gösterilebilir. Öyle ki tartışmaların kalkınma hakkı konusunda yol kat etmektense Kuzey ve Güney yarımküre arasındaki ayırımın pekişmesine

37 Bildiri Madde 8.

38 *Sengupta*, Supra 31, s. 5.

vesile olduğunu söyleyenler de bulunur[39]. Bu noktada mevcut olumsuz tablonun açıklaması hakkın uygulanamazlılığı ile mi, güçlü bir hukuki belge olmaması bakımından bağlayıcılıktan yoksun olmasıyla mı, yoksa evrensel hukuk belgeleri dâhilinde pekala korunma altına alınmış sayılabilecek hakkın sorumluları tarafından dikkate alınmamazlığıyla mı açıklanacaktır. Öte yandan hakkın hukuki bir temellendirmeden yoksun olduğu itirazları dikkate alınacak olursa hakkın pratikte yaşadığı sorunları tartışmak dahi anlamsız hale gelecektir. Hakkın sıkı destekçilerinden olan Alston, 1988 yılında yazdığı bir makalesinde kalkınma hakkını değişen insan hakları yaklaşımları ile ilişki içinde ele alır ve esasen kalkınma hakkı savunucularının, hakka yöneltilen itirazlar ışığında izleyeceği üç alternatiften söz eder. Bunlardan biri kalkınma hakkını grup hakları kapsamına almak ve kullanıcılarının halklar olduğunu belirtmek ve grup haklarını insan haklarından başkaca bir kategori olarak ele almak, ikincisi; insan haklarını şekillendiren doğal haklar teorisini grup haklarına yer verecek şekilde yeniden tanımlamak ve üçüncü olarak da doğal haklar teorisi baz alınarak şekillenmiş olan Birleşmiş Milletler insan hakları anlayışını sorgulayıp, değiştirmektir der[40]. Alston'a göre en mantıklı olan son seçenektir. Zira belirttiği gibi günümüzde spesifik bir hedefi insan hakkı olarak kategorize etmek otomatik olarak değerini artırmaktadır[41]. Öte yandan kendisi bir destekçi olan Alston dahi yakın zamanlı bir çalışmasında; yarım yüzyıldır tartışılan ve insan hakları ile ilişkisi kurulmaya çalışılan kalkınma tartışmaların çok da görünür bir sonuç vermediğini belirtmiştir[42]. Bu nedenle bu kısımda kalkınma hakkının mahiyetine yönelik literatürde var olan itirazlar incelenecek ve bunlara cevap olabilecek argümanlar ileri sürülerek kalkınma hakkının hayat bulmasının önündeki engeller açığa çıkarılmaya çalışılacaktır. Kalkınma hakkı, yukarıda da belirtildiği üzere sık sık moral bir iddia olmanın ötesine geçip geçemediği, hakkın temellendirilebilirliği,

39 *Bonny*, Supra 18, s. 77.

40 *Alston*, supra 25, s.28.

41 İbid, s.1.

42 *Alston, P.*, Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals, 27 Hum. Rts. Q. 2005, s.798.

yasallaştırılabilirliği ve uygulunabilirliği konularında çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır[43]. Kimi düşünürler tarafından tam bir fiyasko olarak adlandırılan kalkınma hakkı yönündeki genel kanı kalkınma hakkının iddia ettiği anlamda bir fayda sağlayamadığı yönündedir[44]. "Pek çok hukukçuya göre bidiri; belirsiz, kendisi ile çelişen, daha önce kodifiye edilmiş hakları yineleyen vasat bir hukuki nitelik taşır"[45].

Kalkınma hakkı bildirisinin taslak aşamasından başlayan eleştirileri ile Donnelly, hakkın mahiyeti ve kaynakları konusunda eleştiri getiren isimlerden biridir. Donnelly eleştirilerine hakka ilişkin gerekli arka plan akademik araştırmaların bulunmadığı gerekçesi ile başlar. Ona göre 1979 tarihinden önce konu üzerinde tatmin edici bir akademik araştırma olmamasına rağmen sözkonusu hakkın Birleşmiş Milletler sistemi içinde derinlemesine bir araştırma gereği duyulmadan hızlı bir biçimde kabul edilmiştir[46].

Donnelly eleştirilerine bir hak analizinin; hakkın kaynağı, hakkın içeriği, hakkın kullanıcısı (aktif öznesi), sorumlusu (pasif öznesi) ve karşılıklı sorumluların belirlenmesi yoluyla olacağını belirtir[47]. Bu anlamda literatürde var olan eleştiriler de çoğu kez Donnelly kadar ayrıntılı ve gerekçeli olmamakla beraber bu noktalara ilişkindir. Hakkın kaynağı bakımından var olan uluslararası hukuk kuralları ve moral argümanları baz aldığında düşünür; hakkın uluslararası hukukta varolduğu iddia edilen hukuki deliller çerçevesinde bir temeli olmadığı gibi iddiaların üzerinde yoğunlaştığı moral bir eksenden de yoksun olduğunu belirtir[48]. Hakkın varlığı konusunda uluslararası hukuk kaynağı olarak gösterilen; evrensel beyanname, ikiz sözleşmeler ve Birleşmiş Milletler

43 *Marks, S.*, The Human Right to Development Between Rhetoric and Reality, s.143 http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss17/marks.shtml.

44 *Bonny* supra 18, s.77.

45 *Ulvin, P.*, From Right to Development to the Rights Approach: 'How Human Rights Entered Development', Development in Practice, Volume 17, Numbers 4–5, August 2007.

46 *Donnelly* supra 2, s.475.

47 İbid,s. 478.

48 *Donnelly*, supra 2, s.476.

kurucu anlaşmasına ilişkin, şayet kalkınma hakkına varabilecek bir içerikte olmuş olsalar idi buna açık olarak atıfta bulunuyor olacakları ve bunun böyle olmadığından hareketle hakkın hukuki olarak desteklenemeyeceğini iddia eder[49]. Bu noktada kalkınma hakkına delil teşkil edebilecek tek kavramın "self determinasyon" olabileceğini bunun ise başlı başına başka bir kavram olması itibariyle kalkınma hakkına varan bir yorumlamasının olamayacağını, tersi bir durumun bir mantık hatası olacağını dile getirir. Kalkınma hakkının destekçilerinden olmakla birlikte Bedjaoui de kalkınma hakkına ilişkin düşüncesini; hakkın kaynağının self determinasyon ilkesi olduğu gerçeğinden hareketle kurar ve Donnelly'nin aksine her iki hakkın aynı tabiata sahip olduğunu belirtir. Bu bakımdan Bedjaoui tarafından görülen sakınca hakkın kullanıcısı olarak bireyleri işaret etmek olacaktır. Zira ona göre self determinasyon ilkesi ile aynı nitelikte olan kalkınma hakkının kullanıcısı bireylerden ziyade egemenlik ilkesi gereğince devletler olacaktır[50].

Öte yandan kalkınma hakkının Vasak tarafından ortaya atılan üçüncü kuşak dayanışma hakları dâhilinde ele alınması ise Donnelly'e göre sözü edilen kolektif hak kavramının insan hakları fikri ve temelleri ile uyuşmadığından zaten bir insan hakkı olamayacağı yönündedir[51]. Kolektif haklar düşüncesine olan itirazına paralel olarak, hakkın özneleri (bireyler, halklar, devletler) bakımından da geçersiz olacağını dile getiren düşünür sözde bir kalkınma hakkının kabulü durumunda bu hakkın öznesinin de yalnızca bireyler olabileceğini belirtir[52].

Hakka dayanak teşkil eden moral argümanlar bilhassa hakkı ortaya attığı dönemde esasen bunun cesaret isteyen bir iddia olduğunu kabul eden M'Baye tarafından dile getirilmiştir. Kalkınmanın adaletin bir gereği olduğu, bunun böyle olmadığı durumda adaletsizlikten bahsedileceği, öte

49 ibid 483.

50 *Bedjaoui, M.*, The Right to Development, in International Law: Achievements and Prospects,1991, 1177- 1184 .

51 Supra 2,s.494, Donnelly'e göre; "3. Kuşak dayanışma hakları bariz bir biçimde ve mantıken insan hakları değildir şayet insan hakları bundan böyel daha önceden belirtiği anlmadan başka şekilde anlaşılmıyor ise...".

52 İbid 495.

yanda böylesi bir durum şiddet için de tahrik unsuru oluşturabileceği, Batının sorumlu olduğu kolonizasyon ve neo kolonizasyon hareketleri ile pekişen ticaret ve yatırım gibi faaliyetlerin karşılıklı sorumluluklar doğurduğu ve herşeyden önce kalkınma hakkının var olmasının ardında "dayanışma" kavramından doğan ahlaki bir sorumluluğun olduğu argümanları M'Baye tarafından ileri sürülen moral dayanaklar arasındadır[53]. Aynı şekilde 1979 tarihli BM Genel Sekreterliğince yayınlanan rapor kalkınma hakkı konusunda benzer etik argümanlar sunmaktadır[54]. Ancak Donnelly ve benzer düşünceye sahip düşünürler bakımından moral gereklilik arzeden her tür "olmalı" bir hak ile sonuçlanamaz. Bu bakımdan ona göre; her gereklilik bir zorunluluk ve hak doğurmayacaktır. Bugün de her ne kadar Kalkınma Hakkı Bildirgesi sorumlular olarak devletler ve uluslararası toplumu gösterse de, Batılı devletlerin kalkınma hakkı konusundaki pozisyonlarında sorumluluk vurgusunun politik ekonomik düzendeki etkin aktörler olarak kendilerinde değil gelişmekte olan devletlerde olduğunu görürüz[55]. Bu bakımdan dünyanın Güneyi için kalkınma hakkı tartışmaları ekonomik sosyal ve zenginliğe ilişkin sorumlulukların salt devletlerin kendi ekseninden çıkması yönünde iken Kuzey devletler için bu, güç dengelerini değiştiricek bir uluslararası yapılanmayı değil devletlerin bizzat birincil sorumluluğunu ifade eden bir biçimdedir[56].

Kalkınma hakkına uluslararası hukukta yer bulunacağını iddia eden yazarlardan olan Abi-saab, hakkın bir hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için aktif ve pasif öznelerinin belirlenmesi gerektiğini bunun da ancak hakkın bireysel biçimde mi kolektif biçimde mi ele alınacağı ile ilişkili olduğunu söyler. Yazarın düşüncesine göre kolektif bir hak olarak ele alındığında farklı hukuki temellendirmeler sözkonusu olabilir. Örneğin kalkınma hakkını bir bütünü oluşturan tüm bireylerin sosyal ekonomik ve kültürel haklarının gerçekleşmesi olarak görmek mümkündür. Böylelikle hakkın bireysel ve kolektif yönü arasında da bir ilişki kurulmuş olur.

53 M'Baye Raporu Supra 19.
54 UN Doc. E/CN/1334, 1979.
55 *Bonny* supra 18, s.79.
56 İbid,s. 99.

Diğer bir yaklaşım ise hakkı tamamen kolektif bir bakış açısıyla ele almak ve self determinasyon hakkının ekonomik uzantısı olarak görmektir. Self determinasyon ilkesi sözkonusu olmadan, ekonomik ve sosyal hakların gerçekleşmesinin temel şartı olan kalkınma hakkı gerçekleşmeyeceğinden iki kavram arasındaki ilişkinin fevkalade önemli olduğunu belirtir[57].

Kalkınma hakkının "dünyanın ekonomik ve sosyal refahından pay alabilme hakkından başka bir şey olmadığını" ve bu hakkın özgürlüğün adaletin ve yaratıcılığın koşulu temel bir hak olması gerekeni belirten ve adeta insan haklarının özü niteliğinde bir hak olduğunu söyleyen Bedjaoui'ye göre de kalkınma hakkının hukuki temelinde self determinasyon vardır. Yazara göre uluslararası işbirliği tek tek ulusların bağımsızlığından hareketle olmalıdır. Bu da hakkın içeriği bakımından bir devlete ait olanın ondan alınmaması ve uluslarası ticaret gereği mahrum bırakılmaması, insanların ihtiyaçlarının bir bağış değil hak olarak görülmesi gibi gereklililikleri getirir[58]. Bedjaoui, hakkın yalnıca moral bir hak niteliğinde olduğunu savunanların aksine kendisi bu hakkı tartışmasız olarak "jus cogens" olarak görür.

Shivji, Afrika toplumu gibi bir takım toplulukların komünal olma durumuna dikkati çeker ve ve böylesi durumlarda topluluk olarak kalkınma söz konusu olmadığında bireysel bir kalkınmanın anlam ifade etmeyeceğini belirtir. Zira bu durum Afrika toplumlarının gerçekleri ile örtüşmez. Üstelik kolektivite sözkonusu olduğunda bu durum uluslararası topluma bir sorumluluk yükler. Bu hem sözü edilen uluslararası sorumluluğun bir gereği hem de sözü edilen ülkelerdeki mevcut durumun Batı'nın sömürgeci faaliyetlerinin bir ürünü olmasının sonucudur[59].

Kalkınma hakkına ilişkin pratikte sorun yaratan alanlardan biri de, bu hakkın bizzat devletler tarafından diğer bir takım insan hakları sorumluluklarını gözardı etme, çiğneme noktasında ileri sürülmesidir. Öyle ki bu hak ortaya atıldığı dönemde "üçüncü dünya" ülkelerinin

---

[57] *Steiner&Alston&Goodman*, International Human Rights in Context: Law Politics Morals,Oxford,2007, s.1445-1446.

[58] Ibid,s.1448.

[59] *Shivji I.,.G.*, The Concept of Human Rights in Africa,Codestria,1989, s. 23-29.

dünyanın geri kalanına yönelttiği bir itiraz ve direnci dile getirirken, bugün Batıya karşı ileri sürülen bir argüman olmaktan çıkarak bir takım ulusal ekonomik ve politik düzenlemelerin haklar kullanılarak haklı kılanabilme çabasına dönüşmüştür[60]. Örneğin insan hakları sözkonusu olduğunda tutumu bir hayli aşikâr olan Çin 1991 yılında yayınladığı bir tutum kâğıdında (white paper); her devlet ya da ulus için en önemli insan hakkının öz'e (substance) ilişkin hak olacağını bu hak olmadan diğer hakların sözkonusu bile olmayacağını dile getirir. Buna paralel bugün Çin, kalkınma hakkına daha tercih edilebilir ticaret seçenekleri talebiyle başvururken, karbon emisyonunu azaltması yönündeki talepleri ise; kendisine ait kalkınma hakkının aşırıya kaçan çevresel tedbirler ile kısıtlanamayacağı gerekçesiyle geri çevirir[61]. Çin için durum böyle iken, Uganda devleti kalkınma hakkına Batı'dan daha fazla yardım alma konusunda başvurmaktadır. Bu bakımdan Bonny'nin de belirtiği üzere; kalkınma hakkı bugün dünyamızın karşılaştığı insan hakları meselelerinde daha geçerli bir ahlaki zemin oluşturma noktasında hem bir kılıç hem de bir kalkan görevi görmektedir[62].

Buraya kadar belirtilen ve literatürde hâkim olan düşüncelere bakacak olduğumuzda, hakka ilişkin eleştirileri bir kaç noktada toplayabiliriz. Bunlardan ilki, kolektif insan hakları düşüncesine olan itirazlara paralel olarak böylesi bir hakkın en başından bir insan hakkı olamayacağı yönündedir. Çıkış noktası kolektif haklara itiraz olan bu düşünce esasen günümüzde kolektif hakların kendisini insan hakkı olarak kanıtladığı birden fazla uluslararası belgenin varlığıyla çürütülebilir. Hak sahiplerinin gruplar olduğu Sözleşmelerden olan Soykırım Suçunu ve Irk Ayırımcılığı düzenleyen sözleşmeler buna örnek olarak verilebilir[63]. Yine Birleşmiş Milletler Kurucu Sözleşmesinde de yer alan self-determinasyon

60 *Bonny* supra 18, s.78.

61 Ibid,s.95.

62 Ibid,s.79.

63 Convention on the Prevention and Punishmnet of the Crime of Genocide 1948,Convention on the Supression and Punishment of the Crime of Apartheid.

hakkı açıkça kolektif bir nitelik taşıması bakımından bu konuda ileri sürülebilir[64].

Bir diğer eleştiri hakkın faydalanıcılarının kimler olacağı noktasındadır. Bildirge esasen bu konuda tam bir kesinlik içermemektedir. Bir ülkede yaşayan halkın tamamı mı, yoksul kısmı mı, tek tek bireyler mi yoksa devlet mi? İşte eleştiriler bu noktada sayılan kişi ve grupların yerine hakkın kullanıcısının olsa olsa devlet olabileceğini dile getirir ki bu durum da devletin insan haklarının kullanıcısı değil yükümlüsü olduğu gerçeğinden hareketle hakkı bir insan hakkı olarak bertaraf eder denmektedir[65]. Bu noktada vurgulanması gereken belki de kalkınma hakkının kendine has karakteri itibariyle klasik anlamda var olan kişi-devlet ilişkisini aşacak bir biçimde değerlendirilmesidir. Bu bakımdan bir devletin hiç bir şekilde bir insan hakkının muhatabı olamayacağını söylemek var olan sınırlı sayıda bir takım gerçeklerle uyuşmaz. Nitekim 1962 yılında kabul edilmiş olan bir Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı (Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenliğe İlişkin Karar) bu hakkın yararlanıcılarını hem halklar hem de uluslar olarak belirlemiştir. Yine self determinasyon hakkı da bu bakıma örnek olarak verilebilir[66]. Ancak bu noktada da sorulması gereken bir diğer soru ise devletin bir insan hakkınının muhatabı olabileceğine ilişkin verilen örnekler olan self determinasyon ve sürekli egemenlik haklarının birer insan hakkı mı yoksa uluslararası hukuk ilkesi mi olduğudur. Öte yandan hakkın kullanıcısını salt devletler olarak gördüğümüzde ortaya çıkabilecek sorun da hakkın devletlerin elinde bizzat diğer insan haklarını kısıtlamak için kullanılabilecek bir silaha dönüşebilmesidir.

Eleştirilerden bir diğeri hakkın hukuki bağlayıcılıktan yoksun bir bildiri ile ele alınmış olmasıdır. Öte yandan her ahlaki yükümlülük ve olması gerekenin bir zorunluluk yaratmayacağı düşüncesini savunanlar için bu durum bir avantaj halini almaktadır. Oysa ki son derece basit bir anlatımla bu eleştiriye cevap olarak bir hakkın hak olarak var olabilmesi

64 *Aral, B.* , Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak: Kolektif Haklar, Siyasal 2010, s.184.
65 *Donnelly* supra 2, s.174, 195.
66 *Aral* Supra 65. s.184.

için mutlaka sert bir hukuk belgesi ile koruma altına alınmış olmasının lazım gelmediği söylenebilir. Nitekim hukukun oluşmasında etken olan teamüller zamanla bağlayıcılığı olan kurallara dönüşebilirken bunun böyle olmadığı durumlarda da yine bir yükümlülüğü ifade ettikleri söylenebilir. Evrensel Beyannamenin de katı bir hukuk belgesi olmadığını hatırlatmakta fayda vardır. Öte yandan yeni oluşan hak kategorileri geçmişte de bir dirence maruz kalmış ve ancak yıllar sonra konu edilmiş oldukları bildiri niteliğindeki yumuşak hukuk belgeleri birer bağlayıcı sözleşmeye dönüşmüştür. Bu durum çoçuk hakları, kadın hakları, engelli hakları sözleşmeleri için de böyle olmuştur. Bu bakımdan hakkın bir Sözleşmeye konu olmaması bakımından var olmadığı veya etkisiz olduğunu söylemek olsa olsa hakkın uygulanması yönünde bir isteksizliğin ifadesi olabilir.

SONUÇ

Bir insan olarak kalkınma hakkını ele alan bu yazıda öncelikle kalkınma kavramı ve kalkınma hakkını ne şekilde ele almamız gerektiği ve insan hakları ile olan ilişkisi ortaya konulmuştur. Buna göre insan haklarının hem bir amacı hem de ulaşmayı planladığı bir durumu tasvir eden kalkınma yalnızca bir ekonomik duruma işaret etmekten öte sivil-politik, ekonmik-sosyal hakların tümünden, eşit katılımla istifade edebilecek bir süreci işaret etmektedir. Bilinen o ki bu hakların birbirinden bağımsız düşünülmesi ve bu şekilde hayata geçebilmesi de mümkün değildir. Tarihsel arka planın da işaret ettiği üzere gerek geçmişte var olan gerekse farklı formlar altında bugün de devam eden kolonizasyon hareketlerine paralel dünyanın büyük çoğunluğu bu haklardan istifade edememektedir. Bu bakımdan ortaya atıldığı 70'li yıllarda bir insan hakkı olması gerektiği biçiminde dile getirilen kalkınma hakkı kavramı bu mevcut eşitsizliğin giderilmesi konusunda uluslararası aktörleri sorumluluk sahibi olmaya davet etmektedir. Tarihsel belgelerin de kanıtladığı bu durum Birleşmiş Milletler tarafından dikkate alınıp kalkınma hakkının bir insan hakkı olduğu konusunda evrensel bir uzlaşı sağlanmıştır. Ancak gerek o dönemde gerekse bugün halen kavrama yöneltilen itirazlar varlığını korumaya devam etmektedir. Anlaşılan o ki sözü edilen konsensus, kavramın bir insan hakkı olduğu konusunda bir

birlik sağlanmış, ancak nasıl ve ne şekilde kullanılacağı, faydalanıcı ve yükümlülerinin kim olacağı konuları aktörlerin kendi menfaat ve yorumlamaları ile sınırlı kalmıştır. Bugün de yöneltilen itirazlar esasen çoğunlukla uluslararası sorumluk yükünü taşımamak konusunda ileri sürülen mazeretelerin teorik bir kılığa bürünmüş halidir. Bu bakımdan sorulması gereken bir soru hali hazırda kalkınmakta olan ülkelere sınırlı da olsa yapılan yardımların bu bakıma ne gerekçe ile yapıldığıdır. Bir takım Batı devletlerinin iddia ettiği gibi bir zorunluluğa dönüşmeyecek olan ahlaki bir gerekçe ile mi yoksa kalkınma hakkının bir lütüf ve bağış olmaktan öte bir insan hakkı olarak ele alınıp politikaları belirleyici oluyor olması gerekçesiyle mi? Öte yandan bildirgenin de ele aldığı şekliyle hakkın kullanıcısı olan birey ve halkların bu hakkı kimden ve ne şekilde talep edebileceği halen muğlâk bir konu olmaktadır. Bu noktada hakkın savunucuları ve Birleşmiş Milletler bunu katılımcı, hesap sorulabilir ve şeffaf bir süreçte insan haklarının tümünün gözetilmesi ve menfaatlerin eşit dağtılması şeklinde açıklamaktadırlar. En mümkün hali ile bu hak mevcut siyasi ve ekomik hak ihlallerinin kişilerin kalkınma hakkına da bir ihlal olduğu gerekçesi ile yapılabilecek başvurular yoluyla talep edilebilir görünmektedir. Bu noktada bağlantı ve orantıyı ise kimin ne şekilde kurabileceği belirsizdir. Bununla beraber kalkınma hakkının aynı zamanda kolektif niteliği aşikârdır. Nitekim hakkı ortaya atan Güney Devletleri bu noktaya bilhassa vurgu yapmaktadırlar. Milenyum kalkınma hedefleri sonrası Birleşmiş Milletlerin kalkınma ilgili ajanslarının gündemlerine aldıklarını iddia ettikleri kalkınma hakkı kavramı bu bakıma yalnızca kalkınmış zengin ülkeleri değil IMF, Dünya Bankası gibi örgütlerin de politiklarını yeniden düzenlemeleri gereğini doğurmaktadır.

Hakka yöneltilen itirazlar çerçevesinde söylenebilecek şey; bir insan hakkı olarak kalkınma hakkının Donnelly'nin benzettiği üzere "tek boynuzlu bir at" olması düşünün önüne geçilebilmesi için bildirgenin nasıl ele alınıp yorumlanacağı konusuna açıklık getirilmesi ve aktörlerin tam olarak neyin üzerinde konsensusa vardıklarının açığa kavuşturulması gereğidir. Son olarak belirtmek gerekir ki bugüne kadar pek yol kat etmemiş olduğu yönündeki itirazlardan bağımsız, kalkınma hakkı

ilerleyen dönemlerde daha sık gündeme gelmesi beklenen bir hak olma yolunda adaydır.

KAYNAKÇA

Alston Philip, Making *Space for New Human Rights*, Harvard Human Rights Yearbook, Cilt 3, 1988

Alston Philip, *Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals*, Human Rights Quarterly, Cilt 27, Sayı 3, 2005

Alston Philip& Robinson Mary, *Human Rights and Development Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, 2005

Aral Berdal, *Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar*, Siyasal, 2010

Bedjaoui Mohammed, *The Right to Development, in International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff, Boston/London, 1991

Bonny Ibhavoh, *the Right to Development: The Politics and Polemics of Power and Resistance*, Human Rights Quarterly, Cilt 33, 2011

Bunn D Isabella, The *Right to Development; Implications for International Economic Law*, Amsterdam University International Law Review, Cilt 15, 2000

Donnelly Jack, *In Search of the Unicorn: The Jurisprudence and Politics of the Right to Development*, California Western International Law Journal Cilt 15, 1985

Juss Satvinder, *The Coming of Communitarian Rights: Are 'Third-Generation' Human Rights Really First Generation Rights*, International Journal of Discrimination and the Law, Cilt. 3, 1998

Marks P Stephen, *the Past and Future of the Separation of Human Rights into Categories*, Maryland Journal of International Law, Cilt. 24, 2009

Marks P Stephen, *Obstacles to the Right to Development*, Francois-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights, Harvard University,2003

Marks P Stephen, *Implementing the Right to Development: The Role of International Law, Friedrich-Ebert-Stiftung*, 2008

Sen Amartya, *Özgürlükle Kalkınma*, Ayrıntı,2004

Sengupta Arjun, *The Right to Development as a Human Righ*ts, Francois-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights, Harvard University, 2000

Sengupta Arjun, *On the Theory and Practice of the Right to Development*, Human Rights Quarterly, Cilt 24, Sayı 4, 2002

Shivji Issa G, *The Concept of Human Rights in Africa*, Codestria,1989

Sumner Andy & Tribe Michel, *International Development Studies*, Sage, 2008

Steiner, H., Alston, P. &Goodman R., *International Human Rights in Context: Law Politics Morals*, Oxford,2007

Uvin Peter, *from the right to development to the rights-based approach: how 'human rights' entered development*, Development in Practice, Cilt 17, Sayı 4–5, 2007

SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI SIRASINDAKİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNDE NEDENSELLİK BAĞI

*Ezgi Başak DEMİRAYAK**

ÖZET

Beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sözleşmeden caydığı halde sigortacının sigorta tazminatını ödemekle yükümlü olup olmadığı konusu önemli bir meseledir. Caymanın ex-tunc niteliğinden dolayı, aslında sigortacının tazminat ödemekle yükümlü olmaması gerekir. Oysa Alman, İsviçre ve Türk hukuklarındaki düzenlemeler nedensellik bağını dikkate almakta ve beyan yükümlülüğünün ihlalinin rizikonun ortaya çıkmasına neden olan bir hususla ilgili olmaması halinde sigorta tazminatının ödenmesini öngörmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta Sözleşmesi, Beyan Yükümlülüğü, Beyan Yükümlülüğünün İhlali, Cayma, Nedensellik Bağı

CAUSAL CONNECTION BY THE BREACH OF THE DUTY OF DİSCLOSURE BEFORE THE CONCLUSION OF THE INSURANCE CONTRACT

ABSTRACT

If the insurer shall be obliged to effect payment, even if he withdraws from the insurance contract is an important issue in the case of breach of the duty of disclosure. Due to the ex-tunc character of the withdrawal, the insurer should not be actually obliged to effect payment. But the regulations of German, Swiss and Turkish law emphasize the causal connection and prescribe the effect of payment, if the breach of the duty of disclosure is not linked to the circumstance causing the occurrence of the insured event.

* Uzman, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Keywords: Insurance contract, Duty of disclosure, Breach of the duty of disclosure, Withdrawal, Causal connection

I.Genel Olarak

Her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan sigorta sözleşmesiyle, sigorta ettirenin ödediği prim karşılığında, sigortacı kararlaştırılan rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigorta himayesi sağlamayı üstlenmektedir. Sözleşmenin kurulması aşamasında sigortacı bir riziko analizi yapmakta ve bunun sonucunda saptadığı rizikoya uygun bir prim belirlemektedir. Ancak riziko analizi yapabilmesi için rizikoya ilişkin bir takım bilgilere sahip olması gerekmektedir. Sigortacının bu bilgilere ulaşabilmesini sağlamak böylelikle sigorta sözleşmesinde edimler arasında dengenin kurulmasını kolaylaştırmak üzere sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelerle sigorta ettirene[1] bir beyan yükümlülüğü yüklenmektedir. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesi sayesinde riziko ile prim arasındaki dengenin sağlanması olasılığı artmaktadır. Aksi halde tarafların bilgi düzeyleri arasındaki farklılık riziko-prim dengesinin bozulmasına yol açmakta, bu durum ise sonuçta riziko topluluğunun aleyhine bir duruma dönüşmektedir.

Sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelerde sigorta ettirene yüklenen beyan yükümlülüğünün ihlali halinde çeşitli yaptırımlar öngörülmektedir. Hukukumuzda sigortacıya cayma hakkı tanınması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak sigortacının sözleşmeden cayması durumunda

1 Beyan yükümlülüğü sadece sigorta ettiren tarafından değil, ayrıca sigorta ettirenin temsilcisi, sigortalı ve hatta tartışmalı olmakla birlikte lehdar tarafından yerine getirilmesi öngörülen bir görevdir. Bu nedenle bu kümseler tarafından ihlali de mümkündür. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1412. maddesine göre sigortadan haberi olması şartıyla lehdarın, temsilci söz konusu ise temsilcilin ve can sigortalarında da lehdarın bilgisi ve davranışının da dikkate alınacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu nedenle çalışmada her ne kadar "sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlali" denilse de ihlalin temsilci, sigortalı veya lehtar tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu hatırlanmalıdır. Beyan yükümlülüğünü yerine getirmekle yükümlü olanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Eroğlu, S.:* Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti, Ankara 2005, s. 190 vd.; *Öztan, F.:* Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966, s. 82 vd.; *Şeker Öğüz, Z.:* Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010, s. 58 vd.

gerçekleşen rizikodan doğan zarar için sigorta tazminatı[2] ödeyip ödemeyeceği ve ödeyecekse bunun için beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında nedensellik bağının varlığının gerekip gerekmediği önemli bir detay olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin evini yangın rizikosuna karşı sigortalatmak isteyen kişi paratoner bulunmadığını sigortacıya bildirmemiş, sözleşmenin yapılmasından sonra da ev yıldırım sonucu değil de elektrik tesisatındaki arıza nedeniyle yanmışsa, sigorta ettiren yine de beyan yükümlülüğünün ihlaline bağlanan sonuçlarla karşı karşıya kalacak mıdır? Bu sorunun yanıtı nedensellik bağının dikkate alınıp alınmadığına bağlı olarak değişecektir. Eğer yükümlülüğün ihlali halinde yaptırım uygulanabilmesi nedensellik ilişkisinin varlığı şartına bağlanırsa, bu durumda elektrik tesisatındaki arıza sonucu evi yanan sigorta ettirenin uğradığı zarar sigortacı tarafından tazmin edilecektir. Oysa ki yaptırım uygulanabilmesi için nedensellik bağının varlığı aranmazsa, bu durumda evi elektrik tesisatındaki problemden dolayı yanan sigorta ettiren, sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği için, bu durumun sonucuna da katlanacaktır. Bilindiği gibi beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacı sözleşmeden cayma imkânına sahiptir. Sözleşmeden cayma ile kastedilen "sözleşmeden dönme" olup, bu durumda sigorta sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar[3] Böyle bir durumda da tarafların borçları da karşılıklı olarak ortadan kalkmakta, dolayısıyla sigortacı riziko gerçekleşmiş olsa da sigorta tazminatı ya da

---

2 Sigorta ettirenin prim ödeme borcunun karşılığında sigortacı da rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigorta himayesi sağlamakla yükümlüdür. Bu kapsamda sigortacı zarar sigortalarında sigorta tazminatını, meblağ sigortalarında ise sigorta bedelini öder. Dolayısıyla sigorta tazminatı aslında yalnızca zarar sigortalarında sigortacının edimine verilen addır. Ancak bu çalışmada kastedilen husus cayma hakkını kullanmasına rağmen karşı edimde bulunup bulunmayacağı meselesidir. Dolayısıyla bu çalışmada yalnızca sigorta tazminatından söz edilen kısımlarda da kastedilen sigortacının karşı edimi olduğundan, bundan sigortanın zarar veya meblağ sigortası olmasına bağlı olarak sigorta tazminatı veya sigorta bedeli anlaşılmalıdır.

3 *Eroğlu, S.,* s. 219; *Öztan, F.,* s. 115, dn. 57; *Şeker Öğüz, Z.,* s. 175; *Ünan, S.:* Hayat Sigortası Sözleşmesi (Hayat Sigortası), İstanbul 1998, s. 160; *Yücel, Ç.:* Hayat Sigortasında Sigorta Ettirenin Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl:2006, Cilt:60, Sayı:6, s. 2540. Aksi görüşte *Doğanay, İ.:* Türk Ticaret Kanunu Şerhi [Şerh], Cilt: 3, İstanbul 2004, s. 3326.

bedeli ödemek durumunda olmamaktadır. İşte bu noktada sigorta ettireni korumak düşüncesinden yola çıkarak, hukuk düzenlerince nedensellik bağına yer verilmektedir.

Beyan yükümlülüğünün ihlalinde nedensellik bağının rolüne ilişkin olarak farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Almanya ve İsviçre gibi bazı ülkelerin hukuklarında beyan yükümlülüğünün ihlali halinde yaptırım uygulanabilmesi için gerçekleşen riziko ile beyan yükümlülüğünün ihlali arasında nedensellik bağı aranırken, İngiltere'de hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen hususun rizikonun gerçekleşmesinde etkili olması aranmaksızın yaptırım uygulanmaktadır. İngiliz hukukunda nedensellik bağının aranması Law Commission'un 1980 tarih ve 104 numaralı raporu ile reddedilmiştir[4]. İngiliz hukukunda halen beyan yükümlülüğünün ihlali halinde cayma hakkını kullanan sigortacı, beyan edilmeyen hususla rizikonun gerçekleşmesi arasında sebep-sonuç ilişkisi olsa dahi zararı tazmin ile yükümlüdür[5].

Türk hukukunda ise her iki yöndeki düzenlemelere örnek bulmak mümkündür. Bu konuda halen yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu kendi içinde her iki yöndeki düzenlemelere örnek oluşturmaktadır. Bunun yanında 26 Kasım 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda görüşmelerine başlanıldığı halde, 4 Aralık 2008 tarihindeki toplantıdan sonra görüşülmesine ara verilen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, 13 Ocak 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda görüşülerek 6102 sayılı Kanun[6] olarak kabul edilmiştir. Kanun, 1534. maddesine göre esas itibarıyla 01.07.2012

4 Nexus-test olarak adlandırılan nedensellik bağı şartının reddedilmesinin nedeni sigortacının istemediği koşulları içeren bir sözleşmeyi ifaya bu şekilde zorlanmasını engellemek düşüncesi olmuştur. Bu konuda bkz. *Rühl, G:* Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht auf dem Weg zum europaeischen Binnenmarkt für Versicherungen, Tübingen 2004, s. 60; *Eroğlu, S.,* s. 237, dn. 760.

5 *Rühl,G.,* s. 99.

6 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 14.02.2011, Sayı: 27846.

tarihinde yürürlüğe girecektir[7]. 6102 sayılı Kanun nedensellik bağını dikkate alan bir düzenleme içermektedir.

Beyan yükümlülüğünün ihlalinde nedensellik bağının dikkate alınmamasının nedeni temelde sigorta başvurusunda bulunan kimseleri doğru beyanda bulunmaya yöneltmek ve yanlış beyanları cezalandırmak gerektiği düşüncesidir[8]. Beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği hallerde nedensellik bağı bulunmasa da riziko ile prim arasındaki denge sigortacı aleyhine bozulmuştur. Nedensellik bağının aranması, bu dengenin kurulmasını sağlamamaktadır[9]. Zaten nedensellik bağının yokluğu ihlali de ortadan kaldırmamaktadır[10]. Öte yandan sözleşmenin iktisadi açıdan zayıf tarafı olan sigorta ettireni korumak gereğinden hareketle, gerçekleşen riziko ile hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen husus arasında nedensellik bağı aranması gerektiği de ifade edilmektedir[11]. Beyan yükümlülüğünün kapsamı hakkında yeterince uzman ve bilgi sahibi olmayan sigorta ettirenin sigorta ilişkisinde korunmaya değer olduğu şüphesizdir. Beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacının cayma hakkını kullanması ile sigorta ettiren sonraki dönem için yeni bir sigorta sözleşmesi olmadıkça sigorta himayesinden zaten mahrum kalmaktadır. Bunun üzerine bir de sigorta ettireni gerçekleşmiş olan rizikodan doğan zararla baş başa bırakmak ve sigortacı ile riziko topluluğunu aşırı derecede korumak menfaatler dengesine uygun olmayabilir. Bu nedenle beyan yükümlülüğünün ihlalinde hiçbir kusuru olmayan sigorta ettireni

7 Ancak, 1534. maddeye göre Kanun'un geçici 2 ve 3. maddeleri yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1524. maddenin ise yürürlük tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği aynı maddede hükme bağlanmıştır. Maddeye göre, Kanun'un Türkiye Muhasebe Standartları ile ilgili hükümleri ile anonim şirketlerin denetlenmesine ilişkin 397-406. maddeleri de 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir.

8 *Metezade, Z./Güleli, N. T.:* (Yeni) Türk Ticaret Kanunu, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, İstanbul 2011, s. 88.

9 *Omağ, M. K.:* Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler İle Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, Özel Sayı: 1, s. 32.

10 *Öztan, F.,* s. 107; *Şeker Öğüz, Z.,* s. 117.

11 *Şeker Öğüz, Z.,* s. 117.

sigortacının cayma hakkını kullanmasının yanında bir de tazminattan da mahrum bırakarak cezalandırmamak gerekir. Bu nedenle beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacıyı korumak açısından onu sigorta sözleşmesiyle daha fazla bağlı kalmaktan kurtararak cayma hakkı tanımak, fakat beyan yükümlülüğünün ihlalinde kusuru olmayan sigorta ettireni de orantısız mağdur etmemek üzere nedensellik bağının etkisini sınırlı olarak dikkate almak menfaatler dengesine uygun olacaktır[12].

Hemen belirtmek gerekir ki, nedensellik bağını dikkate alan düzenlemelerde, beyan yükümlülüğünün ihlal edilmiş olmasının rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenilmiş olması halinde nedensellik bağı ihlale bağlı sonuçların gerçekleşmesini etkilemektedir. Rizikonun henüz gerçekleşmemiş olduğu hallerde nedensellik bağının varlığının zaten söz konusu olamayacağı düşünüldüğünde, anılan düzenlemelerde bu şekilde yapılan sınırlama da son derece anlaşılırdır[13].

Bu çalışma kapsamında halen yürürlükte bulunan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlükten kalkması beklenilen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile yürürlüğe girmesi öngörülen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda beyan yükümlülüğünün ihlali halinde riziko gerçekleşmiş ise cayma hakkının kullanılabilmesi için beyan edilmeyen ya da yanlış beyan edilen husus ile gerçekleşen riziko arasında nedensellik bağının etkisi incelenecektir. Konunun incelenmesi sırasında nedensellik bağına ilişkin olarak Almanya ve İsviçre hukuklarındaki düzenlemelere de zaman zaman değinilecektir.

II. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sözleşme Öncesi İhbar Mükellefiyetinin İhlalinde Nedensellik Bağının Rolü

Bilindiği gibi yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ihbar mükellefiyetine ilişkin olarak kara sigortaları ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalar açısından farklı düzenlemeler öngörmektedir. Gerçekten de Kanun, ihbar mükellefiyetini kara sigortalarında 1290, denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda ise 1363 vd. maddelerinde

12 Aynı doğrultuda *Rühl, G.,* s. 123.

13 Aynı doğrultuda *Şeker Öğüz, Z.,* s. 125.

düzenlemektedir. Can sigortalarında ihbar mükellefiyetine ilişkin olarak ise Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde çoğunlukla, kara sigortalarında ihbar mükellefiyetini düzenleyen 1290. maddenin can sigortalarında da uygulanması savunulmaktadır[14]. İçtihatlarına bakıldığında aynı görüşün Yargıtay'ca da benimsendiği görülmektedir[15].

Bu doğrultuda ihbar mükellefiyetinin ihlaline bağlanan sonuçların gerçekleşmesinde nedensellik bağının rolünün de kara sigortaları ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalar açısından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

A. Kara Sigortalarında İhbar Mükellefiyetinin İhlalinde Nedensellik Bağının Rolü

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda kara sigortalarında sözleşmenin kurulması aşamasındaki ihbar mükellefiyetinin ihlali 1290. maddede hükme bağlanmıştır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre can sigortalarında da geçerli olan anılan hükmün 1. fıkrasının ikinci cümlesine göre: " Sigorta ettiren kimse sorulduğu halde susmuş veya noksan yahut hakikata muhalif beyanlarda bulunmuş ise hakikata vakıf olmayan sigortacı mukaveleden cayabilir; şu kadar ki; sigortacı hakikatı öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde cayma hakkını kullanmamış ise bu hak düşer." Görüldüğü gibi, düzenleme ile sigorta ettirenin ihbar

14 *Öztan, F.*, Ankara 1966, s.3 ve 45,dn. 40; *Kender, R.:* Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2008, s. 215. ; *Eroğlu, S.,* s. 77; *Şeker Öğüz, Z*, s. 54; *Ünan, S.:* Kara Sigortalarında Sigorta Ettirenin Görevleriyle İlgili Bazı Sorunlar(Sigorta Ettirenin Görevleri), Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 1998, Sayı: 1, s. 100; *Yücel, Ç.,* s. 2537; *Bozer, A.:* Hayat Sigortalarında İhbar Mükellefiyeti (İhbar), Batider, Yıl:1960, Cilt:I, Sayı:1, s. 97; *Bozer, A.:* Sigorta Hukuku (Sigorta), Ankara 2007, s. 86; *Ayiter, K.:* Sigorta Ettirenin Mukavele Yapılırken Mevcut İhbar Mükellefiyeti, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1960, s. 224.

15 Yarg. HGK, 06.02.1974, E. 1973/T-159, K. 1974/93 (*Kender,R.,* s.216, dn. 133c); Yarg. 11. HD, 07.10.1988, E. 1988/1255, K. 5606 (a.g.e.); Yarg. TD, 19.12.1969, E. 1968/4557, K. 1969/5945 (*Doğanay, İ.,* s. 3327, dn. 136); Yarg. 11. HD, 23.10.1995, E. 95/6766, K. 95/7863 (*Ünan, S.,* Sigorta Ettirenin Görevleri, s. 100). Aksi görüşte: *Doğanay,İ.,* Şerh, s. 3311; *Doğanay, İ.:* Hayat Sigortasında, Sigorta Ettirenin, Sözleşme Yapılırken Mevcut Beyan ve İhbar Yükümlülüğünün Mahiyet ve Şumulû Nedir?(Hayat Sigortası), Batider, Yıl: 1974, Cilt:VII, Sayı:4, s. 850.

mükellefiyetini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olması durumunda sigortacıya durumu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeden cayma imkanı tanınmış bulunmaktadır. Anılan düzenlemede ve 6762 sayılı Kanun'un kara sigortalarına ilişkin diğer hükümlerinde nedensellik ilkesine yer verilmemiştir. Bu nedenle ihbar mükellefiyeti kapsamında yer aldığı halde hiç ya da gereği gibi bildirilmemiş olan hususun etkisi olmaksızın rizikonun gerçekleşmiş olması durumunda dahi sigortacı cayma hakkını kullanabilecektir[16]. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca 06.12.1974 tarihinde verilen E. 1973/159 ve K. 1974/93 sayılı kararda[17] da isabetli olarak "Türk Ticaret Kanunu'nun 1290. maddesi gereğince akitten cayabilmesi için, rizikonun bildirilmemiş olan sebepten neş'et etmesi gerekmez." denilmiştir. Ancak Yargıtay'ın 1290. maddeye ilişkin olarak verdiği bazı kararlarda beyan edilmeyen husus ile rizikonun gerçekleşmesi arasında nedensellik bağı aradığı da görülmektedir. Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi sağlık sigortasına ilişkin olarak verdiği bir kararda[18] "TTK 1290/1. maddesindeki ihbar yükümlülüğüne aykırı davranışın gerçekleşebilmesi için bildirilmeyen rahatsızlık ile riziko arasında irtibat" bulunması gereğine yer vermiştir. Ne kararda belirtilen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1290. maddesinde ne de Sigorta Poliçesi Genel Şartlarında aranmayan bir koşul olan nedensellik bağı, sigorta ettiren lehine olmakla birlikte, böylelikle Yargıtay'ın yerleşik olarak nitelenebilecek içtihatlarıyla[19] aranmaktadır. Yine Yargıtay 11. H.D. 24.02.2006 tarihinde sağlık sigortasına ilişkin olarak vermiş olduğu

16 *Ünan, S.,* s. 149; *Franko, N.:* Sigorta Ettirenin Mukavele Yapılırken İhbar Mükellefiyeti (TTK 1290), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV, Ankara 1997, s. 327; *Doğanay, İ.,* Hayat Sigortası, s. 857; *Yücel, Ç.,* s. 2542; *Çeker, M.:* Sigorta Hukuku, Adana 2003, s. 44.

17 www.kazanci.com.tr.

18 Yarg. 11. HD. 07.10.2005, E. 2004/10219, K. 2005/9438 (www.kazanci.com.tr)

19 Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD. 03.11.1997, E. 1997/5318, K. 1997/7641 (*Kender,R.,* s. 228, dn.50); Yarg. 11. HD. 23.10.1995, E. 1995/6766, K. 1995/7863 (*Ünan, S.,* Sigorta Ettirenin Görevleri, s. 112);Yarg. 11. HD. 18.09.2006, E. 2005/12686, K. 2006/8819 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 11. HD. 31.05.1999, E. 1999/2671, K. 1999/4631 (*Çeker,M.:*6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Sigorta Hukuku [Yeni], Adana 2011, s. 83, dn. 85).

E. 2006/1227 ve K. 2006/1874 sayılı kararında[20] da 1290/1. maddesindeki ihbar yükümlülüğüne aykırı davranışın gerçekleşebilmesi için bildirilmeyen rahatsızlık ile riziko arasından irtibat bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Karara göre "…davacının bel ağrıları ile geçirdiği ilik kanseri arasında bağlantı olup olmadığının uzman hekim değerlendirmesinden sonra varılacak sonuç çerçevesinde davacının ihbar yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığı belirlenmelidir."

B. Denizcilik Rizikolarına Karşı Sigortalarda İhbar Mükellefiyetinin İhlalinde Nedensellik Bağının Rolü

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda ihbar mükellefiyetinin ihlaline bağlanan sonuçları 1365-1370. maddelerinde düzenlemiştir. Kanun'un ihbar mükellefiyetinin ihlali halinde sigortacıya tanınan cayma hakkının kullanılmasına ilişkin 1368. maddesinde ise, kara sigortalarındaki durumun aksine, nedensellik ilkesine açıkça yer verilmiş olduğu dikkati çekmektedir. Gerçekten de anılan maddenin 3. fıkrasına göre: "Sigortacı, rizikosunu üzerine aldığı kaza tahakkuk ettikten sonra cayarsa, kendisine bildirilmemiş olan halin kazanın meydana gelmesi ve sigortalının ödeme borcunun şümulü üzerine bir tesiri olmadığı takdirde, tazminat verme mükellefiyeti baki kalır." Bu durumda, ihbar mükellefiyetinin ihlal edildiğini rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenen sigortacı, ihbar edilmeyen husus rizikonun gerçekleşmesine yol açmamışsa, tazminat ödemekten kurtulamayacaktır. Dikkat edilirse düzenlemede gerçekleşen riziko ile hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen husus arasında nedensellik bağının bulunması halinde sigortacının cayma hakkının ortadan kalkmasından değil, tazminat borcunun devamından söz edilmektedir. Hükmün lafzına bakılırsa nedensellik bağının bulunmaması halinde sigortacı sözleşmeden caysa dahi sigorta tazminatını yine de ödemek durumunda olacaktır. Oysa gerçekleşen riziko ile hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen husus arasında nedensellik bağı varsa, bu durumda sözleşmeden cayan sigortacı tazminat da ödemeyecektir. Dolayısıyla nedensellik bağı sigortacının

20 *Metezade, Z./Güleli, N. T.,* s. 89.

cayma hakkını ortadan kaldıran değil tazminat ödeme borcunu etkileyen bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır[21].

C. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Nedensellik Bağına İlişkin Farklı Yöndeki Düzenlemelerinin ve Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi

Görüldüğü gibi 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu kara sigortalarında beyan yükümlülüğünün ihlali halinde nedensellik bağına yer vermediği halde, denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda farklı bir düzenleme ile nedensellik bağının varlığına sonuç bağlamaktadır. Kara sigortaları ile denizcilik rizikolarına karşı sigortalar arasında böyle bir farklılığa yer verilmesi çok anlaşılır değildir. Zira her iki sigorta türünde de ihbar mükellefiyetinin ihlalinden dolayı riziko ile prim arasındaki denge bozulmaktadır. Buna rağmen kanun koyucu bunlardan birinde sigorta ettireni koruyarak nedensellik ilkesine yer vermiş, diğerinde ise böyle bir korumaya gerek görmemiştir.

Kara sigortaları ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda farklı düzenlemelerin sebebini iki düzenlemede etkilenilen hukuk düzenlerinin farklı olmasında aramak gerekir. Gerçekten de nedensellik bağını aramayan 1290. madde İsviçre hukukunun etkisiyle hazırlanmıştır. Kanunun hazırlandığı dönemde yürürlükte bulunan İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun ihbar mükellefiyetinin ihlalinin sonuçlarını düzenleyen 6. maddesinde de nedensellik bağına yer verilmemiştir. Gerçekten de İsviçre hukukunda nedensellik ilkesi 01.01.2006'da yürürlüğe giren değişiklikten sonra[22] Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 6. maddesinde yer bulmuştur. Bu değişikliğe kadar ise sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğünün ihlalinde, hiç ya da gereği

21 Alman doktrininde de paralel bir düzenleme içeren Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 21. maddesinde öngörülen nedensellik bağının sigortacının sözleşmeden cayma hakkını etkilemeyeceği ifade edilmektedir. Nedensellik bağının varlığı sigortacının zararı tazmin borcunu ortadan kaldırmaktadır. *Rühl, G.,* s. 75, 90.

22 1908 tarihli İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 6. maddesi 17 Aralık 2004 tarihli Kanun ile değiştirilmiş olup, değişiklik sonrası metin 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Değişiklik için bkz. http://www.admin.ch/ch/d/as/2005/5245.pdf, Erişim Tarihi: 30.12.2011. Maddenin değişiklik öncesi metni için bkz. *Öztan, F.,* s. 177 vd.

gibi beyan edilmeyen hususun rizikonun gerçekleşmesinde etkili olup olmaması yaptırımda bir değişikliği gerektirmiyordu. 2006 değişiklikleri ile nedensellik ilkesinin kabulü ile 6. maddedeki katı düzenleme bir ölçüde yumuşatılmıştır[23].

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ihbar mükellefiyetinin ihlalinde nedensellik bağına yer veren 1368. maddesi ise Alman hukukunun etkisiyle hazırlanmıştır. Gerçekten de Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun "nedensellik" başlığını taşıyan eski 21. maddesinde[24] de sigortacının rizikonun gerçekleşmesinden sonra cayma hakkını kullandığı hallerde, ihbar yükümlülüğünün ihlali ile rizikonun gerçekleşmesi arasında nedensellik bağının bulunmaması halinde sigortacının yine de tazminat ödeyeceğine dair bir hüküm bulunmaktaydı.

6762 sayılı Kanun'un makul bir temele dayandırılamayan düzenlemelerinin yarattığı farklılık daha önce de belirttiğimiz gibi uygulamada Yargıtay'ın kara sigortalarına ilişkin kararlarında da nedensellik bağını aramasıyla giderilmiştir[25]. Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesinin 4. fıkrasına göre, 1290. madde hükmünün sigorta ettiren lehine sözleşme ile değiştirilmesi mümkündür. Bu nedenle Sigorta Poliçesi Genel Şartları veya özel şartlar arasında sigorta ettirenin lehine olarak nedensellik bağını şart koşan hükümlere yer verilmesi mümkündür[26]. Ancak Yargıtay'ın bu kararlarına konu sigorta türlerine ilişkin genel şartlarda da nedensellik bağının aranacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Karara konu olaydaki özel şartlar arasında böyle bir hükmün varlığı da kararlardan anlaşılamamaktadır. Hal böyle

23 *Schnyder, A.K./ Weber, S.:* Totalrevision VVG- Ein Wurf für die naechsten 100 Jahre?, Zürich 2006, s. 223.

24 Kanun'un 21. maddesi 23.11.2007 tarihli kanun ile değiştirilmiştir. Değişiklik için bkz. Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, BGBl I 2007, Nr. 59, Tarih: 29.11.2007, http://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/, Erişim Tarihi: 30.12.2011. Maddenin değişiklik öncesi metni için bkz. http://www.versicherungsgesetze.de/versicherungsvertragsgesetz/, Erişim Tarihi: 30.12.2011.

25 Çeker'e göre sigortalı lehine yorum ilkesini kullanan Yargıtay'ın uygulaması yerindedir. Bkz. *Çeker, M.,* Yeni, s. 83.

26 *Şeker Öğüz, Z.,* s. 118.

iken Yargıtay'ın 1290. maddede yer almayan nedensellik bağını, sigorta ettiren lehine bile olsa aramasının bir dayanağı bulunmamaktadır.

III.6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Nedensellik Bağının Etkisi

6762 sayılı Kanun'da kara sigortaları ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalar açısından yer verilen farklı yöndeki düzenlemelerin aksine, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, sözleşmenin kurulması aşamasındaki beyan yükümlülüğü tüm sigorta türlerinde uygulanacak genel hükümler arasında düzenlenmiş ve yükümlülüğün ihlalinin yaptırımını düzenleyen 1439. maddede nedensellik bağına da yer verilmiştir.

1439. maddenin ikinci fıkrasında, rizikonun gerçekleşmiş olması halinde beyan yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olmasına bağlanan hüküm ve sonuçlar düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, bu durumda sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün ihlalinde öncelikle kusurunun derecesine göre sonuç değişecektir[27]. Eğer, sigorta ettirenin ihlalde ihmali söz konusu ise ve bu ihlal tazminatın veya bedelin miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre tazminattan indirim yapılacaktır. Bildirilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı konusunun maddede dikkate alındığı görülmektedir[28]. Eğer bildirilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasında nedensellik bağı varsa, bu kez de sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün ihlalinde ihmalinin

27 6762 sayılı Kanun, kara sigortalarına ilişkin 1290. maddesinde sigorta ettirenin kusurunu dikkate almamışken, denizcilik rizikolarına karşı sigortalara ilişkin 1365. ve 1366. maddelerinde ihbar mükellefiyetinin ihlalinin kusura dayanmaması durumunda cayma hakkının kullanılamayacağını hükme bağlamıştır. İhbar mükellefiyetinin ihlalinde kusuru dikkate almayan 1290. madde, doktrinde sert bir hüküm olarak değerlendirilmektedir: *Öztan, F.,* s. 102; *Arseven, H.:* Ticaret Kanununun Sigortaya Müteallik Umumi Hükümlerinin Meydana Çıkardığı Bazı Meseleler, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1960, s. 214; *Çeker, M.,* s. 45.

28 6762 sayılı Kanun'da ise, kara sigortalarında ihbar mükellefiyetine ilişkin 1290. maddede nedensellik bağı aranmazken, denizcilik rizikolarına karşı sigortalara ilişkin 1368. maddede nedensellik bağına yer verilmiştir.

bulunup bulunmadığına bakılacak ve ihmalin derecesine göre tazminattan indirim yapılacaktır. Nedensellik bağının bulunmaması halinde ise sigortacı sözleşmeden caysa dahi sigorta tazminatını ödeyecektir.

1439. maddenin son cümlesinde ise, beyan yükümlülüğünün kasıtlı olarak ihlal edilmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre, sigorta ettirenin kusuru kast derecesinde ise ve beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacının tazminat veya bedel ödeme borcu ortadan kalkacaktır. Görüldüğü gibi, burada da sigortacının tazminat veya bedel ödeme borcunun ortadan kalkması için beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Eğer, ihlal ile gerçekleşen riziko arasında nedensellik bağı yoksa, bu takdirde ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki orana bakılacak ve sigorta tazminatı veya bedeli bu oran dikkate alınarak ödenecektir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta ettirenin kastı halinde de nedensellik bağını araması, sigorta ettireni hak ettiğinden daha fazla koruyan bir düzenleme olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir[29]. Anılan maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde zaten ihmal halinde nedensellik bağı dikkate alınarak ihmalin derecesine göre tazminat indirimi öngörülmüştür. Burada ihmalin derecesi ne olursa olsun nedensellik bağı yoksa sigortacının zararı tazmin yükümlülüğü devam etmektedir. İkinci cümleye göre ise, kasıt halinde sonuç nedensellik bağının varlığına veya yokluğuna göre değişmektedir. Şöyle ki, kasıtlı ihlal halinde nedensellik bağı tazminatı ortadan kaldırmaktadır. Nedensellik bağının bulunmaması halinde ise tazminat ortadan kalkmamakta, ödenen ve ödenmesi gereken prim oranına göre tazminat indirilmektedir. Esasen beyan yükümlülüğünün kasıtlı ihlali halinde dahi sigorta ettireni koruyan bu düzenleme suiistimale son derece açık bir düzenlemedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1439. maddesinde dikkati çeken bir başka nokta da, nedensellik bağının söz konusu olduğu hallerde

29 *Şeker Öğüz, Z.,* s. 126.

sigortacının zararı tazmin borcunun kısmen ya da tamamen ortadan kalktığıdır. Oysa İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun değiştirilerek nedensellik ilkesinin dahil edildiği 6. maddesinde eğer nedensellik bağı varsa, tazminat borcu tamamen ortadan kalkmaktadır. Hükme göre, ya nedensellik bağı bulunmakta ve sigortacı zararı tazmin etmekten tamamen kurtulmakta ya da nedensellik bağı bulunmadığı için rizikonun gerçekleşmesi sonucu doğan tazminat borcunu tümden yerine getirmektedir. Düzenlemede kabul edilen bu "ya hep ya hiç" anlayışı doktrinde eleştirilmektedir[30]. Zira yapılan değişiklikle sigorta ettirenin durumu öncesine göre iyileştirilmiş olsa da, nedensellik bağına ve kusura göre bir derecelendirme öngörülmediğinden, beyan edilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasındaki son derece zayıf bir bağlantı dahi, sigorta ettirenin sigorta himayesinden mahrum kalması sonucunu doğuracaktır[31].

6102 sayılı Kanun'un 1439. maddesi anlamında nedensellik bağı ile kastedilen, beyan yükümlülüğü kapsamında hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen hususun sigortacının sözleşme yapmaya ilişkin kararı üzerinde değil, rizikonun gerçekleşmesinde etkili olmasıdır[32]. Zira bir hususun sigortacının sözleşme yapmaya ilişkin kararı üzerinde etkili olup olmaması beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin tespiti açısından önemlidir. Yaptırım uygulanabilmesi içinse beyan yükümlülüğünün ihlali yanında, beyan edilmeyen hususun rizikonun gerçekleşmesinde de etkili olması aranmaktadır. Oysa riziko, hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen husus beyan edilseydi dahi gerçekleşecek idiyse, ihlale rağmen nedensellik bağı söz konusu olmayacağından yaptırım da uygulanmayacaktır.

30 *Gauch, P.:* Das Kündigungsrecht des Versicherers bei verletzter Anzeigepflicht des Antragstellers- Ein Kurzkommentar zu den am 1. Januar 2006 in Kraftgetretenen Aenderungen der Art. 6 und 8 VVG, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 142/2006, s. 371.

31 *Eisner-Kiefer, A.:* Kausalitaet und Verschulden im VVG und VE-VVG, Haftung und Versicherung, 2008, s. 217.

32 *Rüffer, W./ Halbach, D./ Schimikowsk, P.:* Versicherungsvertragsgesetz, Baden Baden 2011, VVG §21, Kenar Numarası 14; *Römer, W./Langheid,T.:* Versicherungsvertragsgesetz, München 2003, VVG §21, Kenar Numarası: 4.

Beyan yükümlülüğü kapsamında yer alıp da hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen husus ile rizikonun gerçekleşmesi arasında nedensellik bağının varlığının nasıl tespit edileceği de önem arz etmektedir. Alman hukukunda nedensellik bağının varlığından söz edebilmek için, hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen hususun hayatın olağan akışında rizikonun gerçekleşmesi olasılığını objektif olarak artırması gerektiği kabul edilmektedir[33]. Bu noktada önceki sigortalar, daha önce reddedilen sigorta başvuruları, daha önce meydana gelen zararlar gibi sübjektif rizikoya ilişkin hususların bildirilmemesi durumunda nedensellik bağının bulunmadığı kabul edilmektedir[34]. Öte yandan bu gibi hususların sigorta ettirenin özensizliği gibi rizikonun gerçekleşmesine ya da zararın artmasına yol açabilecek nitelikteki kişilik özelliklerini ortaya koyabileceği, bu nedenle de nedensellik bağı açısından önemsiz olmadığı da kimi yazarlarca ifade edilmektedir[35].

Nedensellik bağı açısından önemli olan bir başka nokta ise kendileri rizikonun gerçekleşmesine doğrudan yol açmayan, ama rizikonun gerçekleşmesine yol açan hususların belirtisi niteliğinde olan durumların bildirilmemesi açısından nedensellik ilişkisinin kabul edilip edilmeyeceğidir. Alman doktrininde bu gibi belirti niteliğindeki hususların bildirilmemesi ile gerçekleşen riziko arasında nedensellik bağının bulunduğu kabul edilmektedir[36]. Örneğin ölümün ortaya çıkmasına yol açan bir hastalığın belirtisinin bildirilmemesi durumunda, beyan yükümlülüğünün ihlali ile rizikonun gerçekleşmesi arasında nedensellik bağının bulunduğu şüphesizdir.

33 *Langheid, T./ Wandt, M.:* Münchner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, München 2010, VVG § 21, Kenar Numarası: 53; *Römer, W./Langheid,T.,* VVG § 21, Kenar Numarası 6.

34 *Langheid, T./ Wandt, M.,* VVG § 21, Kenar Numarası 55; *Römer, W./Langheid,T.,* VVG § 21, Kenar Numarası 7; *Rüffer, W./ Halbach, D./ Schimikowsk, P.,* VVG § 21, Kenar Numarası 15.

35 *Römer, W./Langheid,T.,* VVG § 21, Kenar Numarası 10.

36 *Römer, W./Langheid,T.,* VVG § 21, Kenar Numarası 11; *Langheid, T./ Wandt, M.,* VVG § 21, Kenar Numarası: 54.

Bu noktada 6102 sayılı Kanun'un 1437. maddesine de değinilmelidir. Maddeye göre; "Tazminat ve bedel ödemelerinde, bildirilmeyen veya yanlış bildirilen bir husus ile rizikonun gerçekleşmesi arasındaki bağlantı, 1439'uncu maddede öngörülen kurallar uyarınca dikkate alınır." Görüldüğü gibi, madde ile düzenlenen husus, beyan yükümlülüğünün ihlaline bağlanan sonuçların gerçekleşmesi açısından nedensellik bağının dikkate alınmasıdır. Oysa daha önce de belirttiğimiz gibi, nedensellik bağının dikkate alınacağı, ihlalin yaptırımını düzenleyen 1439. madde zaten ifade edilmektedir. Anılan madde karşısında 1437. maddedeki düzenlemenin gereksiz olduğu söylenebilir[37].

IV.SONUÇ

Sigorta sözleşmesinin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü, sigortacının rizikoya uygun prim tayin etmesini kolaylaştırmak üzere öngörülmüş olup, yükümlülüğün ihlali de hukuk düzeninin öngördüğü yaptırıma tabidir. Beyan yükümlülüğünün ihlali halinde Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında sigortacıya sözleşmeden cayma imkanı tanınmış bulunmaktadır. Ancak rizikonun gerçekleşmesinden sonra cayma hakkını kullanan sigortacının gerçekleşen riziko için sigorta himayesi sağlayıp sağlamayacağı konusunda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Aslında cayma ile sigorta sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, sigortacının sigorta tazminatını ödemesi gerekmez. Ancak İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun yeni 6. maddesi, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 21. maddesi ile hukukumuzda 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun denizcilik rizikolarına karşı sigortalara ilişkin 1368. maddesi ve nihayet 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1439. maddesi bu durumda genel olarak beyan yükümlülüğü kapsamında hiç ya da gereği gibi beyan edilmeyen hususun rizikonun gerçekleşmesi üzerinde etkili olup olmadığını dikkate almakta ve bu anlamda nedensellik ilişkisinin bulunmadığı hallerde sigorta ettireni korumaya yönelik olarak, cayma hakkını kullanan sigortacıyı kısmen ya da tamamen sigorta tazminatı ödemek durumunda bırakmaktadır. Oysa İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun eski 6. maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kara

37 Aynı doğrultuda *Ünan, S.,* Taslak, s. 137.

sigortalarına ilişkin 1290. maddesinde beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacıya cayma hakkı tanınmakta, fakat caymaya rağmen sigorta ettirenin sigorta tazminatı almasını sağlamaya yönelik olarak kusur ya da nedensellik bağı dikkate alınmamaktadır. Yargıtay ise 1290. maddeye ilişkin olarak verdiği kimi kararlarda nedensellik bağını aramaktadır. Bu kararların gerekçelerine bakıldığında nedensellik bağının aranmasını haklı gösterecek makul bir neden görülmemektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ise 1639. maddesinde beyan yükümlülüğünün ihlalinde nedensellik bağını da dikkate alan bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu düzenleme hem 6762 sayılı Kanun'da kara sigortaları ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalar hakkında öngörülen farklı yöndeki düzenlemelerin aksine tüm sigorta türlerine uygulanacak genel bir hüküm olması açısından hem de sigorta ilişkisinin zayıf tarafı olan sigorta ettireni korumaya yönelik olarak nedensellik bağına yer vermesi açısından takdiri hak etmektedir. Ancak 1439. madde, beyan yükümlülüğünü kasıtlı olarak ihlal eden sigorta ettireni dahi koruyacak şekilde suiistimale açık bir düzenleme olması nedeniyle de eleştirilmelidir. Ayrıca Kanun'un 1439. maddesindeki ayrıntılı düzenlemede nedensellik bağının dikkate alınacağını oldukça açık bir şekilde ifade edilmiş olmasına rağmen, nedensellik bağına "bağlantı" başlığını taşıyan 1437. maddede tekrar yer verilmesi ilginçtir. Bu şekilde ikinci bir düzenlemenin gereksiz tekrar olduğu kuşkusuzdur.

KAYNAKÇA

Arseven, H.: Ticaret Kanununun Sigortaya Müteallik Umumi Hükümlerinin Meydana Çıkardığı Bazı Meseleler, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1960, s. 183-216.

Ayiter, K.: Sigorta Ettirenin Mukavele Yapılırken Mevcut İhbar Mükellefiyeti, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1960, s. 217-237.

Bozer, A.: Hayat Sigortalarında İhbar Mükellefiyeti (İhbar), Batider, Yıl:1960, Cilt:I, Sayı:1, s. 93-100.

Bozer, A.: Sigorta Hukuku (Sigorta), Ankara 2007.

Çeker, M.: Sigorta Hukuku, Adana 2003.

Çeker,M.: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Sigorta Hukuku (Yeni), Adana 2011.

Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi (Şerh), Cilt: 3, İstanbul 2004.

Doğanay, İ.: Hayat Sigortasında, Sigorta Ettirenin, Sözleşme Yapılırken Mevcut Beyan ve İhbar Yükümlülüğünün Mahiyet ve Şumulû Nedir?(Hayat Sigortası), Batider, Yıl: 1974, Cilt:VII, Sayı:4, 841-865.

Eroğlu, S.: Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti, Ankara 2005.

Eisner-Kiefer, A.: Kausalitaet und Verschulden im VVG und VE-VVG, Haftung und Versicherung, 2008, s. 215-223.

Franko, N.: Sigorta Ettirenin Mukavele Yapılırken İhbar Mükellefiyeti (TTK 1290), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV, Ankara 1997, s. 315-329.

Gauch, P.: Das Kündigungsrecht des Versicherers bei verletzter Anzeigepflicht des Antragstellers- Ein Kurzkommentar zu den am 1. Januar 2006 in Kraftgetretenen Aenderungen der Art. 6 und 8 VVG, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 142/2006, s. 361-374.

Langheid, T./ Wandt, M.: Münchner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, München 2010.

Metezade, Z./Güleli, N. T.: (Yeni) Türk Ticaret Kanunu, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, İstanbul 2011.

Omağ, M. K.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler İle Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, Özel Sayı: 1.

Öztan, F.: Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966.

Römer, W./Langheid,T.: Versicherungsvertragsgesetz, München 2003.

Rüffer, W./ Halbach, D./ Schimikowsk, P.: Versicherungsvertragsgesetz, Baden Baden 2011.

Rühl, G: Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht auf dem Weg zum europaeischen Binnenmarkt für Versicherungen, Tübingen 2004.

Schnyder, A.K./ Weber, S.: Totalrevision VVG- Ein Wurf für die naechsten 100 Jahre?, Zürich 2006.

Şeker Öğüz, Z.: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010.

Ünan, S.: Hayat Sigortası Sözleşmesi (Hayat Sigortası), İstanbul 1998.

Ünan, S.: Kara Sigortalarında Sigorta Ettirenin Görevleriyle İlgili Bazı Sorunlar(Sigorta Ettirenin Görevleri), Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 1998, Sayı: 1, 97-113.

Yücel, Ç.: Hayat Sigortasında Sigorta Ettirenin Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl:2006, Cilt:60, Sayı:6, s. 2531-2560.

ÇEVİRİ

YABANCI HUKUKA DAYANAN "MİRASÇILIK BELGESİNİN" SORUNLARI VE GELECEĞİ*

Prof. Dr. Gerhard HOHLOCH∗[1]
(Çeviren: Doç. Dr. Yıldız ABİK)*[2]

I.GİRİŞ

Miras hukuku Almanya'da yaklaşık son 30 yılda belirgin bir önem kazanmıştır. Bu durum, önemli ölçüde ülkemizin ve halkımızın demografik gelişimiyle, ama aynı zamanda da elli yıldan fazla süren barış sürecinde özel mülkiyette meydana gelen büyüme ve esas itibariyle genel refah seviyesinin yükselmesiyle de bağlantılıdır[1]. Bu önem kazanma, Uluslararası Miras Hukukunda da görülür. Yukarıda sözü edilen iki bakış açısı ile birlikte, günümüzde Almanya'da Alman vatandaşı olmayan yaklaşık 8 milyon insanın yaşadığı, ancak bu insanların önemli ölçüde özel ve miras yoluyla intikal edebilen mülkiyetin oluşumuna, Almanlara benzer bir şekilde katkı sağlamış oldukları yönündeki bakış açısı, diğer bir bakış açısı da, EGBGB'nin*[3] 25. maddesi uyarınca, mirasçıların Alman Hukukunun dışında yer alan yabancı bir hukuka tabi miras davalarının sayısının önemli ölçüde artmasına neden olmuştur. Söz konusu kanunlar ihtilafı normu veya EGBGB'nin 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca devletlerarası antlaşmayla düzenlenen öncelikli kanunlar ihtilafı normuna

---

* Prof. Dr. Gerhard Hohloch tarafından yazılan bu makale, "Probleme und Zukunft des Fremdrechtserbscheins" adıyla, "Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag", adlı Prof. Dr. Schlechtriem'e Armağanın (*Herausgegeben von Ingeborg Schwenzer und Günter Hager*) Tübingen, 2003, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 377- 394. sayfalarında yayımlanmıştır. Bu makale, gerekli izin alınarak Türkçeye çevrilmiştir.

*1 S tuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi Hâkimi

*2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Krş., *Frank*, Erbrecht (Miras Hukuku), München 2000, 2, Rn.1; *Schwab*, Einführung, in: Heinrich/Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht (Giriş- Avrupa Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Ailenin Miras Hakkı ve Vasiyetname Yoluyla Tasarrufta Bulunma Serbestisi, Avrupa Aile Hukuku İle İlgili Yazılar), cilt 7, 2001, 8 vd.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht (Miras Hakkı), 5. baskı, Münih 2001, 31 vd.

*3 Çevirenin Notu (1): EGBGB kısaltmasının uzun adı, "Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch"', Türkçe çevirisiyle, "Alman Medeni Kanununa Giriş Yasası" dır. Ancak bu kanun, Alman hukukunda, kural olarak milletlerarası özel hukuk ve usul hukukuna ilişkin konuları düzenlemektedir.

dayanan yabancı bir Miras Hukukunun yurt içinde uygulanması her zaman kolay değildir. Bir miras bırakan kişinin milli hukukunun, EGBGB'nin 25. maddesinin 1. paragrafında ifade edilen kapsamlı bir atfın kabulü *(Renvoi)* veya kısmi atfın mirasın taksimine yol açıp açmayacağına ilişkin olarak nasıl tepki vereceği hususu ile ilgili zorluklar karar verme sürecinde başlayabilmektedir[2]. Başka zorluklar da, seçilen yabancı miras hukukunun uygulanmasında ortaya çıkabilmektedir. Bu zorluklar yeterlilik sorunuyla başlayarak, bugün ender olmamakla birlikte, yurt içinde alışılagelenden farklı olan yabancı Miras Hukuku düzenlemelerinin yurtiçi kamu düzeni (*ordre public*) ile esasen uyuşup uyuşmayacağına ilişkin sorunda da ortaya çıkabilmektedir. Seçilen miras hukukunun, aracısız uygulamayı öngören, yurtiçindeki doğrudan doğruya halefiyet temel prensibinden, herhangi bir şekilde tespit edilen ve görevi mirasçıya ait terekenin belirlenmesi, ödenmesi ve nihayet tasfiyesi olabilen tereke idarecisinin devreye girmesi üzerine uygulanamaması halinde ve mirasın tasfiyesinde de zorluklarla karşılaşılabildiği bilinen başka bir hususdur. Tüm bu sorunlar, şu anda kabul gören bir görüşe göre bir "özel hukuk mirasçılık belgesi" olması gereken, yani Alman Miras Hukukuna göre belgelenmesi gereken "Genel Mirasçılık Belgesi"nin yanında, "yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi"ne öncelik veren yurt içindeki mirasçılık belgesi davalarında ortaya çıkmaktadır. Söz konusu "yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi", kural olarak yabancı miras statüsünün geçerli olması ve ikinci olarak da yurt içinde ister taşınır isterse taşınmaz bir mal varlığının mevcudiyeti halinde "maddi hukukla sınırlı mirasçılık belgesi" olarak düzenlenir (Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 2369. maddesi). Sorunlar bu noktada ortaya çıkabildiğinden, özellikle de pratik uygulama hususunda yurt dışı ile ilişkisi bulunan mirasçılık belgesi davası, bugün Uluslararası Miras Hukuku içinde büyük bir ilgi uyandırabilmektedir.

2 Kapsamlı referans için bkz. BGHZ 96, 262, 276; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1995, 466; *Hohloch*, in: Erman (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu Hakkında Şerh), 10. baskı, Münster 2000, EGBGB madde 25 Rn.5; *Palandt/Heldrich* (2002) EGBGB madde 25 Rn.2; MünchKomm/*Birk* (1998) EGBGB madde 25 Rn. 5

Uluslararası Miras Hukukuna bugünkü kadar önem verilmediği zamanlarda, *Peter Schlechtriem* henüz genç bir hukuk bilim adamı iken, bu alana ilk kez bilimsel açıdan monografik bir çalışmayla yönelmesi önemlidir. "Ausländisches Erbrecht im inländischen Verfahren (Yurt İçi Davalarda Yabancı Miras Hukuku)" onun ilk yazılarındandı ve muhakkak elinden çıkan ilk monografisi idi[3] . Bu arada yaklaşık 40 yıl geçmiş bulunmaktadır, bugün bakıldığında önemli bir konuyu ele almakla o zamanki önsezinin gerçekleştiği görülmektedir. Dolayısıyla, emekliye ayrılmış bir Profesöre ve aynı zamanda Enstitü Müdürü olan o günkü yazara saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, aşağıdaki yazıda Uluslararası Miras Hukukunun bazı sorunları ve onun Alman mirasçılık belgesi sürecindeki uygulaması ele alınmış, bu konu ile birlikte emekliliği kutlanan adı geçen kişinin liyakatının takdir edilmesi hedeflenmiştir. *Peter Schlechtriem* uzun zamandır gücünü sadece bir örnek hukukun geliştirilmesine değil, aynı zamanda Kanunlar İhtilafı Hukuku ile ilgili yasama ve anlaşmaların oluşturulmasının daha da geliştirilmesine harcadığından[4], yazının sonunda da kısa ve tabii bugünkü bakış açısından, mirasçılık belgesi sürecine yönelik Uluslararası Miras Hukukunun geleceğine ilişkin görüşlerini sıralamıştır.

II. Yabancı Hukukta Veraset İlamının Özellik ve İmkânları

1. Yabancı Hukuklarda Veraset İlamının Anlam ve Önemi

Alman Medeni Kanunu'nun (BGB'nin) 2369. maddesiyle düzenlenen "Yabancı Hukukta Mirasçılık Belgesi"[5] içerik olarak Uluslararası Miras Hukuku ve Yabancı Miras Hukukunun uygulamasına dayanmaktadır. Yabancı hukuka yönelik mirasçılık belgesi, yabancı miras hukukuna dayanan halefiyetin belgelenmesi halinde düzenlenmektedir.

---

3 *Schlechtriem*, Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahren (Alman Davalarında Yabancı Miras Hukuku), Karlsruhe 1966.

4 Bkz. bu hususta, Sebepsiz Zenginleşme ile ilgili Kanunlar İhtilafı Hukuku Reformu, *Schlechtriem*, IPRax 1995, 68.

5 Kavram muhtemelen *Raape*, tarafından Internationales Privatrecht (Uluslararası Özel Hukuk) adlı eserinde (5. Baskı, Berlin 1961, 448) şekillendirilmiştir; bugünkü kullanım şekli için bkz. *Staudinger/Dörner* (2000) EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 831; BGB'nin 2369. maddesindeki mirasçılık belgesine kaynakça için bkz. *Staudinger/Dörner*, aynı yerde Rn. 822.

Yabancı miras hukukunun yetkili olması, Kanunlar İhtilafı Hukukunun uygulaması ile ortaya çıkmaktadır. Bu, devletlerarası anlaşmayla düzenlenen Kanunlar İhtilafı Hukuku veya EGBGB'nin (EGBGB'nin 25. maddesinin bugünkü metni veya EGBGB'nin eski metninin 25. maddesiyle bağlantılı EGBGB'nin 220. maddesi 1. fıkrası) bağımsız olarak konulan Kanunlar İhtilafı Hukuku olabilmektedir. Alman Miras Hukuku uygulamada, özellikle Türk ve İranlı miras bırakanların veya eski Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra ortaya çıkan devletlerin vatandaşı olan miras bırakanların miraslarının intikallerindeki davalarda olduğu gibi, EGBGB'nin 25. maddesinin önünde öncelikli olarak EGBGB'nin 3. maddesinin 2. fıkrası gereğince, devletlerarası anlaşmayla düzenlenen mirasa ilişkin kanunlar ihtilafı hukuku geçerli olduğundan, BGB'nin 2369. maddesi uyarınca düzenlenecek bir mirasçılık belgesini hiçbir şekilde engelleyemez[6]. Devletlerarası anlaşma hukuku, Almanya'nın anlaşma imzaladığı ilgili devletin vatandaşlarına genellikle Alman tereke mahkemelerine başvurmalarını yasaklamaz ve mirasçılık belgesinin yerine geçecek herhangi bir senede de imkan tanımaz[7]. Taşınmazlara ilişkin mevcut eşya hukukunda yer alan (*lex rei sitae)* Miras Hukukuna göre mirasın intikali ile ilgili herhangi bir düzenlenme yapılmamışsa ve bu nedenle mirasın paylaşılması söz konusu ise, sayıları

6 Uluslararası Miras Hukuku, bu anlamıyla Almanya için halen geçerli bulunmaktadır, bu konuyla sınırlı Devletlerarası Anlaşmalar için bkz. *Erman/Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi, Rn. 3. ve 4. Almanya'da yürürlükte bulunmayan Lahey anlaşmaları için bkz. *Erman/Hohloch*, EGBGB'nin 25. ve 26. maddeleri, Rn.3, daha önce belirtilen yerde; bunların gelecekteki uygulaması için bkz. aşağıdaki III. 3. madde.

7 28 Mayıs 1929 tarihli Alman-Türk Veraset Anlaşmasının geçerliliği bağlamında Türkiye ile ilişkilerde konuyla ilgili hukuki durum için bkz. Genel Bakış, Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 4, 56 ve 57; buradaki 1-11'e kadar olan maddelerinde Konsoloslara verilen yetkiler, ikamet edilen devletteki tereke mahkemelerine başvurulmasına engel değildir, krş. Staudinger/*Dörner* (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 190 ile ilgili ön açıklamalar; Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi 57. paragrafı diğer kanıtlar ile birlikte, eski Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla oluşan devletlerdeki hukuki durum için aynı yerdeki 4. paragraf, ayrıca bkz. *Schurig*, Soergel (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu), 12.Baskı, Stuttgart 1996, EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 106, diğer kanıtlarla birlikte.

açısından da pratik önemi olan tam da bu davalarda yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgeleri söz konusu olabilmektedir[8].

Yabancı Miras Hukukunun zorunlu uygulanması şartına bakılarak, BGB'nin 2369. maddesindeki yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesine adeta uluslararası bir anlam vermek, kuşkusuz isabetli değildir. BGB'nin 2369. maddesindeki mirasçılık belgesi, BGB'nin 2353. maddesinde yer alan ve ilgili Alman makamı tarafından tanzim edilen, önemli ölçüde yurt içine dönük anlama sahip bir Alman mirasçılık belgesi olan genel mirasçılık belgesinden farklı değildir. BGB'nin 2365. ve devamındaki maddeleri uyarınca genel mirasçılık belgesinin sahip olduğu sebep sonuç ilişkileri, yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi tarafından paylaşılmaktadır. Yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi, bu belgenin sahibinin miras hakkını kanıtlamakta ve böylece iç hukuk sürecine yardımcı olmaktadır. Yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi son belirtilen hususa yönelik olup, bu süreci kolaylaştırmak amacıyla ithal edilmiştir. Diğer bir deyişle, o yurt içinde, belgenin içeriğindeki kıstasa göre mirasçılık belgesinde adı geçenin miras hakkını kanıtlamakta ve buna göre mirasçılık belgesi sahibinin leh ve aleyhine, ayrıca veraset ilamına istinaden vekil tayin edilenle ilgili, kanunun mirasçılık belgesine genel olarak atfedilen ilişkileri ortaya koymaktadır. Genel mirasçılık belgesi ile yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi bu bakımdan birbirine denktir. Fonksiyon ve sebep sonuç ilişkilerindeki bu denklik, böyle bir Alman mirasçılık belgesinin yurt dışında nasıl bir etki göstereceğine ilişkin bir sorunun yöneltilmesini gerektirmektedir. Bunun cevabı, bugün dahi mirasçılık belgesine ihtiyaç duyacak ilgili devlete bağlı bulunmaktadır. Bir mahkeme kararına bağlı olarak tanıma anlamındaki gerçek bir "tanıma"dan bugün bile normalde kaçınılmaktadır, çünkü bir Miras Hukuku ilişkisine ait düzenleyici bir kararı temsil etmemekte, aksine miras hakkını "belgelemektedir". O bakımdan, gerçi yurtdışında "ikna edici" bir etkisi olabilmektedir, ancak bunun ölçüsünün ne

8 Örnek olarak karşılaştırınız, Alman-Türk Miras Anlaşmasının (dn. 7) 14. paragrafının 2. fıkrasında yer alan mirasın taksimi, karşı örnek olarak 17 Şubat 1929 tarihli Alman-İran Yerleşme ile ilgili Anlaşmanın, milli hukuka göre bütünlük içindeki miras uygulamasına ilişkin 8. maddesinin 3. fıkrası, konuyla ilgili bkz. Hamm Temyiz Mahkemesi (OLG), FamRZ 1993, 111; *Schotten/Wittkowski*, FamRZ 1995, 268.

olacağının belirlenmesi, Almanya dışında her devletin kendi elinde bulunmaktadır, çünkü antlaşma hukuku veya diğer uluslararası bağlayıcı bir hukukun bu bakımdan neredeyse hiç geçerliliği yoktur[9]. Özetlemek gerekirse, Alman hukukundaki yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi, gerçekten de çok sınırlı ve etkili bir belgedir. Bu belge, kural olarak, sadece yurt içinde geçerlidir ve burada da, kullanılabilirliğini sınırlayan veya sınırlaması mümkün olan bir dizi sorunları içermektedir. Bu sorunlardan bazılarının aşağıda tartışması yapılacaktır.

2. Yabancı Miras Bırakana İlişkin Yabancı Miras Statüsü

BGB'nin 2369. maddesi uyarınca yabancı hukuka dayalı başlıca mirasçılık belgesi davalarını, yabancı bir miras bırakanın milli hukukuna göre mirasını intikal ettirme ile ilgili davalar oluşturmaktadır. Böyle bir yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesinin oluşumu yukarıda 1. maddenin altında daha önce anlatılmıştır. Alman ihtilaf hukuku yabancı miras hukukunun ölçüsünü belirlemekte, kanunlar ihtilafı normu tarafından ortaya konulan atıf, yabancı hukuk tarafından kabul edilmektedir. Yabancı hukuk böylece Miras Hukukundaki halefiyete hükmetmektedir. Bu şekilde maddi hukuka ilişkin bir hak olarak belirlenen sonuç ayrıca istem dışı, BGB'nin 2369. maddesi tarafından kabul edilen Alman tereke mahkemesinin uluslararası yetkisine ilişkin "Eşzamanlılık İlkesi"nin yıkılmasına da neden olmaktadır. Tabii ki bu yetki gerçekte uluslararası bir yetki değildir, aksine "uluslararası bakış açısına" bağlı olarak yabancı miras bırakanın yurtiçi mirasının ulusal düzeydeki tahdidi ile sınırlıdır. Gerçekçi bir değerlendirme yapılırsa, bu daha çok yurt içine yönelik özel bir yetki olarak ifade edilmek istenmektedir, zira bu yetkiden yurtiçi hukuk süreci ve onun ihtiyaçları

9 Miras davasına dayanan kararların uygulaması ve tanınması anlamına gelen anlaşmalar, bugüne kadar Almanya'yı neredeyse hiç bağlamamıştır; Avrupa anlaşmaları (EuGVÜ ve LugÜbk) Avrupa mahkemelerinin durumu ve infaz düzenlemesi, miras hakkını bu bakımdan ilgilendirmemektedir, 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe giren EuGVVO için de geçerli değildir. Konuyla ilgili ikili tanıma ve uygulama anlaşmaları için bkz. Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 55. Avusturya hukukuyla bağlantılı olarak tanıma yeterliği için bkz. OLG Zweibrücken, Rpfleger 1990, 121, İsviçre hukuku için bkz. BayObLG, NJW-RR 1991, 1098; hâkim olan sınırlandırıcı uygulamanın eleştirisi için bkz. *Kaufhold,* ZEV 1997, 402.

durumunda yararlanılmakta, buna karşılık, yetkilerine hiç müdahale etmek istemediği yurtdışı ilişkilerinde ise daha çok geri planda kalmaktadır. Yetkisi veya zorlukları burada geniş olarak tartışılmayacak olan Eşzamanlılık Teorisinin asıl istinasını, bu şekilde bakıldığında BGB'nin 2369. maddesi oluşturmamaktadır[10]. BGB'nin 2369. maddesi, yabancı maddi hukukun uygulanmasıyla bir Alman senedinin düzenlendiği belge olarak kalmaktadır. Diğer bir "eşzamanlılık", yani BGB'nin 2353. maddesindeki "özel hukuk mirasçılık belgesi" olarak adlandırılan genel mirasçılık belgesinin işlevsel eşzamanlılığı dikkate alınırsa, o zaman prensip olarak yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi ve onun düzenlenmesi ile ilgili özel sorunlar ortaya çıkmaz. Ancak başvuran kişinin ve onunla başvuruda yer alan ve mirasçı olma durumunda bulunan şahısların miras hakkının belgelenmesi gerekir. Ayrıca miras hakkının büyüklüğü ve kapsamı belgelenmelidir. Son olarak da, belgelendirilmesi gereken miras hukukuna ait miras hakkının oluşmasıyla ortaya çıkan sınırlamalar kanıtlanmalıdır. Burada her zaman göz önünde bulundurulması gereken, mirasçılık belgesinin BGB'nin 2369. maddesi çerçevesinde yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olduğu ve sadece yurtiçinde kullanılmak üzere tasarlanmış, yurtiçine yönelik bir mirasçılık belgesi olduğu hususudur. Bu temel yaklaşım, bir yabancı hukuk kurumunun zor olan yeterlilik davalarında nasıl bir karar vereceğine ilişkin ölçüyü de belirlemelidir. Değişik gruplarla ilgili birkaç örnek bu yaklaşımı açıklığa kavuşturacaktır. Miras statüsüne göre Miras Hukuku nasıl ifade edildiyse, prensipte de Miras Hukuku öyle belgelenmelidir[11]. Tabii ki; yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olarak da her zaman adlandırılması gereken Alman mirasçılık belgesinde

10 Krş. uzlaşılan içtihadi görüş için bkz. Örneğin BGHZ 49, 1, 52, 153; BayObLGZ 1956, 119 ve devamı içtihatlar; yakın zamanda örneğin Zweibrücken Temyiz Mahkemesi (OLG), ZEV 1997, 467 = FamRZ 1998, 263; Zweibrücken Temyiz Mahkemesi, NJW-RR 2001, 1537; baskın görüşteki yazıların karşıt görüşleri için (Gönüllü Yargılanabilirlik Hakkındaki Kanun'un (FGG) 73. maddesinin kıyas yoluyla uygulaması uluslararası yetkiyi ispatlamaktadır.), bkz. özet ve tüm kanıtlarıyla Staudinger/*Dörner* (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 810. vd. *Kendime (Hohloch)* ait olan farklı görüşüm için bkz. *Hohloch*, ZEV 1997, 512, 515 vd ve Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 44. ve 45.

11 Krş. örneğin Staudinger/*Dörner* (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 842. ; Palandt/*Edenhofer* (dn. 2), BGB'nin 2369. maddesi Rn. 11.

sadece bir miras hakkı, diğer bir ifadeyle, doğrudan halefiyeti ifade eden, mirasa ait ayni hak belgelenebilmektedir. Bununla birlikte, intifa hakkı ve vasiyetnamelerin kabulü yasaklanmıştır, isterlerse milli hukukta miras sebebiyle istihkak talebiyle ilgili vasiyetler şeklinde düzenlenen yasal vasiyetnameler olarak öngörülmüş olsalar da geçersizdir[12]. Bunlar Miras Hukuku değildir, Miras Hukukunu da ancak bir mirasçılık belgesi belgelemelidir. Aynı durum, milli hukuka göre mirasçının idari kararla ve mahkeme kararıyla tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasında da söz konusudur. Bu sınırlandırmalar Miras Hukukuyla bağlantılı tipik sınırlandırmalar değildir. Mirasçıların ilk ve sonraki sıralamaları da yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesinde bulunmalı[13], aynı şekilde vasiyetnamenin tenfizi de burada yerini almalıdır. Burada, Anglo-Amerikan yargısının "icrası" da uyum sürecinin önünde bir engel olarak gösterilebilir[14], ancak Anglo- Amerikan yargı sistemine ve hukukuna göre, başka bir hukuk düzenine müdahale etmeyi öngörmeyen usul hukuklarına ait bir kurum olan "yönetim" ise neredeyse hiç engel teşkil etmez[15]. Son olarak, mirasçılık belgesinde diğer mirasçıların durumunun belirtildiği ve diğer mirasçıların ilgili yabancı hukuka göre bir miras ortaklığı oluşturmalarının ifade edilmesi önemlidir. Mirasçılara düşen miras ile ilgili durumlarının belgelenmesi olarak ifade edilen son husus oldukça önemlidir. Mirasçıların elbirliği ortaklığı ile malik olup olmadıkları ya da miras payları hakkındaki tasarrufta, yabancı hukuka dayalı miras ortaklığının, müşterek mülkiyet olarak düzenlenmesi nedeniyle daha serbest hareket edip edemedikleri konularıyla ilgili olarak belgelenen Miras Hukukunun uygulanması arasında da fark vardır;

12 Krş., BayOblGZ 1974, 466; Köln Temyiz Mahkemesi; NJW 1983, 525 vd.; MünchKomm/*Birk* (dn. 2) , EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 327; Erman/*Hohloch* (dn.2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 53.

13 Krş., Anpassungsfall IP Gutachten (Uyum Süreci için Uluslararası Özel Bilirkişi Raporu) 1979, Nr. 32 (Berlin) s. 327.

14 Örneğin OLG Frankfurt (Frankfurt Temyiz Mahkemesi), IPRspr. (Uluslararası Özel Hukuk İçtihadı), 1966/67 Nr.168a.

15 Örneğin KG (İlk Derece Mahkemesi) IPRspr (Uluslararası Özel Hukuk İçtihadı), 1972 no. 123; Staudinger/*Dörner* (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 855 (tartışmalı).

ortaklığın tasfiyesi öncesinde mirasçılar arasındaki yükümlülükler daha az düzenlenmiştir. Burada sözü edilen örnekler tabii ki şunu da göstermektedir, ortaya çıkan sorunların mirasçılık belgesinin titiz bir şekilde ele alınması ve formüle edilmesi suretiyle ortadan kaldırılması zor olmayacaktır.

3. Alman Miras Bırakanlarla İlgili Yabancı Miras Statüsü

Alman bir miras bırakanın mirası, Alman bakış açısına göre Alman hukukunun EGBGB'nin 25. maddesi uyarınca intikal etmektedir. Kanunlar İhtilafı Hukukuna dayalı hukuk seçimi yoluyla da miras bırakan, Alman hukukundan kaçamaz, EGBGB'nin 25. maddesi 2. fıkrası ona bu imkânı vermemektedir. Yurtdışında (da) mirasın bulunması ve mirasın taksimi EGBGB'nin 3. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, miras hakkına dayalı genel statüye göre ferdi statünün önceliği ortaya çıkarsa, o zaman yabancı miras hukukuna tabi olan mirasçı, yurtiçi görüşe tabi olabilmektedir. Bu durumda, yabancı hukuka dayanan mirasçının mirasçılık belgesi talebine, iç hukukun nasıl tepki vereceği tartışmalıdır. Böyle bir talebe iç hukukun tepkisi ve bu talebin tanzimi konusunda iki imkân bulunmaktadır: Mirasçılık belgesi, özel hukuk mirasçılık belgesi ve/veya yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi olabilmektedir. Bu durumlarda, "genel mirasçılık belgesi" veya maddi hukukla sınırlı mirasçılık belgesinin her zamanki tasnifi kolay olmamaktadır. Örnek bir dava şudur: İkametgah prensibi ve gayrimenkulün bulunduğu yerdeki hukuk uyarınca mirasın intikali kuralının geçerli olduğu bir ülkede uzun zamandan beri yaşayan, ama yurtiçinde de mülkiyeti olan bir Alman miras bırakanın ölmesi ve yurtiçindeki mirasçısının bir mirasçılık belgesi istemesidir. Burada bir mirasçılık belgesi düzenlenmesinde sorun yoktur. Bu mirasçılık belgesi, BGB'nin 2353. maddesi uyarınca yurtiçindeki mülkiyeti nedeniyle bir özel hukuk mirasçılık belgesidir. Sorun, genel bir mirasçılık belgesinde olması gerektiği gibi, onun yurtdışındaki mülkiyeti de kapsayıp kapsamayacağı şeklinde düzenlenebilmesinde bulunmaktadır[16]. Hâkim olan görüşe göre bu mümkün değildir, çünkü Eşzamanlılık Prensibi korunamamaktadır. Yabancı miras için bir

16 Konuyla ilgili olarak bkz. Zweibrücken Temyiz Mahkemesi (OLG), ZEV 1997, 467 = FamRZ 1998, 263.

mirasçılık belgesi hiç bir şekilde alınamazsa, o zaman sonuç elbette tatmin edici olmayacaktır. Eşzamanlılık teorisi bu tür olaylarda sınırlarına ulaşmaktadır[17]. Uluslararası yetkinin miras davası dışında hiç bir yerde, maddi hukukun uygulanması ve bununla bağlantılı yetki arasında eşzamanlılığa bağlı olmadığı, prensipte yetkisi vatandaşlığa dayanan bir davada niçin mirasçılık belgesinin, sırf yabancı hukukun miras bölümüne uygulanması nedeniyle, mirasın aksi takdirde miras bırakanın sınırlandırılmasının amaçlandığı genel olarak anlaşılamamaktadır. Aksi takdirde bu miras öyle bir miras bırakana ait olacak ki, Alman hukukunun geçerli olması halinde, mirasın veya miras parçalarının bulunduğu yere bakılmaksızın onun için genel bir mirasçılık belgesi düzenlenecektir. Özellikle de, yurtiçinde acil bir yetki talebinde bulunulduğunda, bu tür olaylarda eşzamanlılığın olmayışına aldırmadan, bir taraftan yurtiçi taşınmaz malvarlığı ile yurtdışı taşınır malvarlığıyla sınırlı "özel hukuka dayalı mirasçılık belgesi"nden, diğer taraftan yine sınırlı ayni hakka dayanan, yabancı gayrimenkulü ilgilendiren "yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesinden meydana gelse bile, tümü için genel mirasçılık belgesi olan bir mirasçılık belgesi düzenlenmelidir. Anlaşılan o ki, bu ikinci kısım mirasçılık belgesi, BGB'nin 2369. maddesi uyarınca düzenlenen bir mirasçılık belgesi değildir, çünkü Alman bir miras bırakanın yabancı bir miras statüsüne tabi olamayacağı için yurtiçi malvarlığına da ulaşamamaktadır. Böyle bir uygulama için diğer bir argüman da neredeyse aksi bir durum söz konusudur. Şöyle ki, yurtiçi taşınır ile taşınmaz malvarlığı olan, milli hukukun taşınır ve taşınmaz mirasları birbirinden ayrı olarak işleme alan yabancı bir kişinin mirası mirasçılarına intikal etmektedir. Farklı işlemlerin yapılması mirasın bölünmesine neden olursa, şöyle ki, yurtiçindeki gayrimenkulun atıf uyarınca Alman mirasçılık belgesine tabi olması ve yurtiçi taşınır malvarlığının miras bırakanın milli hukukuna göre mirasçılara geçmesi durumunda, uygulamada birleşik bir mirasçılık belgesinin düzenlenmesinde bir engel bulunmamaktadır. O yetkisini gayrimenkulün bulunduğu yere göre almakta ve BGB'nin 2353. maddesi aracılığıyla da "özel hukuka dayalı mirasçılık belgesi" ne ulaşmaktadır, taşınır mirasa

17 Konuyla ilgili krş. *Hohloch*, ZEV 1997, 512, 515 vd.

ilişkin yetkisini de BGB'nin 2369. maddesine dayandırmakta, çünkü burada yabancı hukukun uygulanması söz konusudur ve o nedenle "yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi" düzenlenmektedir[18]. Böyle bir durumda, yabancı bir miras bırakanın mirasçısı, mirasının fiilen ve hukuken bölünmesi söz konusu olan Alman bir miras bırakanın mirasçısından bariz bir şekilde daha iyi bir noktada bulunmaktadır. Bunun düzeltilmesi gerekmektedir.

4. Yabancı Miras Bırakana İlişkin Alman Miras Statüsü

Alman Miras Hukukunda yabancı bir miras bırakanın nasıl bir miras statüsüne sahip olabileceği kapsamında çok çeşitli ihtimaller için, az önce belirttiğimiz durum sadece bir örnekti. Bu durum ve bunun sonucu olarak mirasçılık belgesi düzenlenmesinde ortaya çıkan farklılıklar aşağıda ele alınacaktır.

a) Alman Hukukuna Atıf (Renvoi) Yapan ve Kısmen Atıf (Teilrenvoi) Yapan Mirasçılık Belgesi

Miras bırakanın vatandaşlığına göre belirlenen milli hukukun, mirasçıların sıralamasını tespit etmesine izin vermek, EGBGB'nin 25. maddesinin 1. paragrafında gösterilen hedefe ulaşılmasını şu hususlarda önlemektedir. Bu madde, yabancı miras bırakanın milli hukuku bağlama noktasını, miras hukuku bakımından farklı nitelendirdiği ve miras bırakanın milli hukuka göre yerleşim yerinin bulunması halinde de yerleşim yeri bağlantısı, Alman hukukuna tümüyle atıf yapılmasına yol açmaktadır[19]. Özellikle taşınır ve taşınmaz miras arasında bağlama noktası ayrımının yapıldığı ve yurtiçinde bulunan taşınmaz malvarlığının, Alman hukukuna kısmen atıf yapmasını sağladığı durumlarda bu kısmen gerçekleşmeyecektir. Öyleyse, atfın kapsamı çerçevesinde Alman Miras Hukuku geçerli olmaktadır[20]. Şu halde mirasçılık belgesi, için bunun sonucu şu anlama gelmektedir, bunun sözkonusu atıf kapsamında yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olamayacağı, ancak Alman hukuku

18 Örnek olarak, BayObLGZ 1971, 39; BayObLG, DNotZ 1984, 48.

19 Danimarka ile bu şekildeki ilişkili (miras statüsü olarak son yerleşim yerinin hukuku) .

20 Karşılaştırınız, örnekler olarak (Anglo- Amerikan hukuku ve Fransız hukuku ile ilişkilerde) mesela BayObLGZ 1980, 47; Köln Temyiz Mahkemesi (OLG), DNotZ 1993, 172.

ölçütlerine göre mirasçıları belgeleyen bir mirasçılık belgesi olabileceğidir.

Yaygın ve doğru olan diğer bir görüşe göre, onun gerçi "özel hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi" olduğu, ama bununla birlikte, miras mal varlığının bulunduğu yer dikkate alınmaksızın normal olarak Alman miras bırakanlara göre düzenlendiği gibi, BGB'nin 2353. ve devamı maddeleri uyarınca düzenlenen mirasçılık belgesinin Alman Miras Hukuku temeline dayalı geniş bilgilere sahip "genel bir mirasçılık belgesi" olamayacağı yönündedir. Bu konu, Alman miras hukuku temeline dayalı, sadece varislerin sıralamasını, Alman hukukuna tabi miras malvarlığında belgeleyen ve belgelemesi mümkün olan, zorunlu ayni sınırlı bir mirasçılık belgesidir[21]. Ferdi olaylarda Alman hukukuna gerçi tüm miras konu olabilmektedir, öyle ki milli hukuk açısından taşınır malvarlığı miras bırakanın Almanya içinde bulunan yerleşim yeri bağlanma noktasına bağlanabilmekte ve taşınmazın bulunduğu yerdeki hukuka tabi olan (*lex rei sitae*) gayrimenkul aynı şekilde sadece yurtiçinde bulunmaktadır. Böyle bir mirasçılık belgesi ancak yine de "genel bir mirasçılık belgesi" değildir. "Genel mirasçılık belgesi" olarak mirasçılık belgesi anlayışının temeli, BGB'nin 2353. ve devamı maddelerinden oluşan sistemde Alman hukuku, bu durumda da, EGBGB'nin 25. maddesinin 1. paragrafı çerçevesinde kendi içinde geçerli olan "Kanunlar İhtilafı Hukukuna dayalı miras birliği prensibi" mirasın kapsamlı olarak tespit edilmesini talep etmemektedir[22]. Demek ki, böyle bir mirasçılık belgesi de, taşınır malvarlığının bulunduğu yere bakılmaksızın, taşınmaz malvarlığını ise sadece yurtiçinde bulunanı Alman hukuku esasına göre kayıt altına alabilen yalnızca ayni sınırlı bir mirasçılık belgesidir. O halde buna uygun ifade yaklaşık olarak şu şekilde formüle edilmelidir. "…taşınır mirasına göre ve yurtiçinde bulunan taşınmaz mirasına göre… Alman hukuku uyarınca… isimli şahıs mirasçısıdır." Böylece ayni sınırlı mirasçılık belgesinin bir diğer çeşidinin tanıtıldığı görülmektedir, mirasçılık belgesi sistemi için diğer bir sonuç da yabancı ve özel hukuka

21 Söz konusu örneklerde olduğu gibi, bkz. Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 52. ve devamındaki örnekler.

22 Krş. Erman/*Hohloch* (dn.2), EGBGB'nin 25. maddesi Rn.21.

dayalı mirasçılık belgesi içerisinde birçok ayrımın yapılmasının gerektiğidir. Mirasçılık belgesinin senet fonksiyonu ile ilgili önemli bir amacı her halükarda, kapsamını ve kanunun uygulanmasıyla ortaya çıkan sınırlandırmaları açıklamaktır. İhmaller her halükarda mirasçılık belgesinde yanlışlıklara sebebiyet vermekte ve bu nedenle sadece başvuru üzerine değil, resen de müsadere zorunluluğu doğmaktadır[23].

b) Kamu Düzeninin (ordre public) Kısıtlaması Nedeniyle "yedek (ilave / ek) Hukuk" Olarak Alman Miras Hukukunun Geçerliliği

Yine farklı ve ayrıca daha da zor bir şekilde karar alınan miras davaları, milli hukukun emredici hükümlerini kabul etmeyen ve böylece esas itibariyle uluslararası uyumlu kararları da uygulamayan, EGBGB'nin 6. maddesinin tahdit hükmünün zorunlu uygulanmasıyla "yedek bir hukuk" olan Alman hukukunun bulunduğu davalardır. Bu davalar, bugün artık o kadar nadir değildir. Yıllar önce kayıtsız şartsız savunulan, kamu düzeninin Uluslararası Miras Hukukunda sadece küçük pratik bir rolü olduğu yönündeki ifade günümüzde artık geçerliliğini yitirmiştir. Uluslararası Miras Hukukunda bulunan tahdit hükmünün uygulanmasının değerlendirilmesi, halen doğruluğu kesin olan bir çıkış noktasıdır. Alman Miras Hukuku sistemindeki bu tür sapmalar Kanunlar İhtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı Miras Hukuku kamu düzenine aykırı değildir. Buna göre, birçok sapmaya hoşgörüyle bakmak gerekmektedir. Bunlar, yurtiçi Miras Hukukunun öngördüğü oranlardan farklı olan hükümlerin oranları, farklı miras intikal ve zorunlu hisse kuralları, vasiyetname ve taksim düzenlemelerinin etkilerindeki sapmalardır[24]. Alman temel haklarına ait değerler sisteminin geçerliliği ve EMRK'nın (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) insan hakları ile ilgili artan bilinç, yurtdışı ile temas halindeki miras davasında da son zamanlarda artan bir şekilde ve üstelik

23 Bu şekilde doğrudur, örneğin BayObLGZ 1961, 21 ve devamı; İlk Derece Mahkemesi (KG), Rpfleger 1977, 307; Zweibrücken Temyiz Mahkemesi (OLG), NJW-RR 2001, 154=Jus 2002, 500 no.7 Anm. *Hohloch* (Hohloch'un notu).

24 Krş. ayrıntılı bilgi çerçevesinde Staudinger/*Dörner* (dn. 5), EGBGB'nin 25. maddesi Rn. 690 vd. bkz. katalog halindeki sayım, Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 6. maddesi Rn. 46-50.

de doğru olarak şuna yol açmaktadır. Miras statüsü olan miras bırakanın milli hukukundan kaynaklanan miras hukuku farklılıkları, örneğin kadın ve erkeğe farklı farklı muamele edilmesi veya dini farklılıklar ya da aile miras hakkına farklı bir açıdan bakılması gibi hususlar, ayrımcılık olarak algılanmakta ve böylece daha sonra, davanın, mirasçılarının tespit edilmesinde gerekli olan ciddi yurtiçi dayanağı da mevcut ise, kamu düzenine ait tahdidi uygulamaya sokacaktır. Bu tür davaların çözümü zordur. Esas itibariyle doğru olan yöntem, mümkün olduğu ölçüde milli hukuku düzeyinde uygun bir düzenleme yapılmasıdır, örneğin EGBGB'nin 6. maddesi ile uyuşması mümkün olmadığından, dini farklılıklara ait milli hukuktan kaynaklanan miras engeli açıkça ihmal edilmeli ve böylece miras bırakan ile mirasçılara din birliği temelinde normal bir davaya uygun bir paylaşım sağlanmalıdır[25]. Diğer bir örnek de; kadın akraba veya eşlerin cinsiyete dayalı düzenlemeleri aynı şekilde dikkate alınmamalı ve mirastaki zümrelere (derecelere) göre tayin edilen tüm mirasçıların miras oranlarının normal davalar için seçilen duruma göre (örneğin diğer muhtemel mirasçılar ile murisin oğullarının karşılaşması) belirlenmelidir[26]. Bu başarılırsa, bu tür davalardaki başvuru üzerine düzenlenen mirasçılık belgesi, yabancı maddi Miras Hukuku temeline göre düzenlendiğinden, BGB'nin 2369. maddesi çerçevesinde yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olarak kalacaktır.

Alman Hukukunun bir normu olan EGBGB'nin 6. maddesinin uygulanması sırasında uygulanan yabancı hukukta, anavatanında bu şekilde gerçekleştirilmeyecek olan bir düzeltmenin yapılmış olması mirasçılık belgesinin yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Zira böyle bir mirasçılık belgesi her zaman sadece yurtiçine yönelik, Almanya dışında bulunan miras ile ilgili

25 Gerekli olan yurtiçi dayanağında olduğu gibi, bugün Anayasanın 4. maddesi bakımından zorunluluk arz etmektedir, bkz. Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesi (LG), IPRspr. (Uluslararası Özel Hukuk İçtihadı) 1991 Nr. 142 s. 269; Staudinger/*Dörner'*deki kanıtların listesi (dn. 5), EGBGB'nin 25 maddesi Rn. 692.

26 Bkz. *Staudinger/Dörner'in* bugüne kadar süregelen farklı görüşleri için (dn. 5), Rn. 691 vd. için bkz. *S. Lorenz*, IPRax 1993, 150; *Dörner,* IPRax 1994, 35 vd. (Hamm Temyiz Mahkemesine (OLG) karşı, IPRax 1994, 49).

mirasçıların hukuki sıralamasını kanıtlamayı muhteva olarak içermeyen ayni sınırlı bir mirasçılık belgesi olabileceğinden, harici bir anlaşmazlık da dolayısıyla meydana gelmeyecektir. Burada, yabancı bir hukukun yurtiçi anlayışı temeline dayalı, yurtiçine yönelik bir miras hukuku belgelenmektedir. EGBGB'nin 6. maddesine göre "geçiş iznini" aldığı takdirde yabancı hukuk, düzenlenecek mirasçılık belgesini, yurtiçi miras hukukunda geçerli olabilecek biçimde şekillendirmektedir.

Bu arada, olması muhtemel ve uygulamada da meydana gelen şu dava biçimleri de vardır. Bunlarda, miras statüsü düzleminde maddi hakka dayalı intibak, EGBGB'nin 6. maddesi tarafından ölçüt olarak alınan yurtiçi anlayışlarına hakkını verebilecek şekilde artık gerçekleştirilememektedir. Bunun neticesinde bu davalarda Alman Miras Hukuku alternatif olarak uygulanmaktadır. Bununla birlikte, bu davalarda Alman Hukukunun alternatif olarak uygulanmasının kapsamı kuşkulu olacaktır. Burada doğru olan bakış açısı şudur, esas itibariyle miras statüsünün geçerli olması gerekmektedir ve Alman Hukuku sadece kısmi örtüşmeyle uygulanmalıdır. Sorun olan bir diğer netice de, yurtiçinde çok talep gören (söz konusu mirasçılık belgesi 2353. ve devamındaki maddelerde mi, yoksa BGB'nin 2369. maddesinde mi ifade edilmektedir?) mirasçılık belgesinin tasnifidir. Doğru olan, onun yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesine göre Kanunlar İhtilafı Hukuku çıkış noktası olan ve her halükarda ayni sınırlı bir mirasçılık belgesi olarak bırakılmasıdır.

Yurtiçi düşüncelerin menfaatine ilişkin düzeltme hukuku olarak Alman Maddi Miras Hukuku davanın yurtiçi konusuna yönelik olarak uygulanırsa, buna göre düzenlenen mirasçılık belgesi, henüz BGB'nin 2353. maddesi uyarınca genel bir mirasçılık belgesi olduğu iddiasında bulunamaz. Yabancı Miras Hukukunun, yurtiçine yönelik uygulaması kabul edilemez olduğu yerde, sadece yedek bir çözüm bulmak amacıyla Alman Hukuku ele alınmaktadır. Yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesinin varlığında ise bu surette esas itibariyle hiç bir şey değişmemektedir. Alman Hukukunun ele alınmasındaki amaç, EGBGB'nin 6. maddesindeki engel nedeniyle miras statüsünde oluşan bir boşluğun doldurulmasıdır. Burada Alman Hukukunun uygulanmasının daha ileri giden bir anlamı yoktur. Mirasçılık belgesini, genel mirasçılık

belgesi fonksiyonuyla donatılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu istenilseydi, yetki düzenlemesiyle ilgili sorunun üzerinde de daha fazla durulması ve yetkinin BGB'nin 2369. maddesi yerine, 2353. maddesinde yazılı olmayan genel düzenlemeden alınması gerekirdi. Bu nedenle, mirasçılık belgesinin nasıl formüle edildiği daha bir önem kazanmaktadır. Mirasçılık belgesi yabancı hukuka dayalı ve ayni sınırlı bir mirasçılık belgesi ise, mirasçılık belgesinde miras statüsü ile birlikte yurtiçi malvarlığı ile ilgili tahditler de yer almalıdır. EGBGB'nin 6. maddesi Alman Miras Hukuku düzenlemeleriyle uygulanacak yabancı Miras Hukukunu nasıl değiştirdiğini veya yerine nasıl geçtiğini de senede açıklık getirmek amacıyla ayrıca belirtmek gerekmektedir[27].

c) Yabancı Miras Statüsünü Tamamlayan Alman Hukukunun Geçerliliği

Alman Hukukunun, yabancı bir miras statüsü temeline dayanarak elde edilen sonuçları değiştirmeye müsait olduğu son alan, yabancı miras statüsünün Alman eşya statüsü ile ve sonra da Alman kanuni eşya hukuku ile karşılaştığı yerdir. Bu arada ortaya çıkan ve doğru olan hakim görüş çıkış noktası olarak alınır ise, yabancı miras statüsü ile Alman eşya statüsünün karşılaşması halinde, BGB'nin 1371. maddesi üzerinden hayata kalan eşin miras hakkı oranı, miras statüsünün öngördüğünden daha fazla oranda artırılabilmektedir. Toplam miktarın üst sınırı, miras ve eşya statüsünün toplamının hayata kalan eşe Alman Hukukunun verdiği oranın, yani çocuklarla karşılaşılması halinde mirasın yarısının öngörüldüğü yerde bulunmaktadır, bu oranların toplamının üzerine çıkılması halinde intibak sağlamak amacıyla yarısına düşürülmektedir[28]. Bu duruma burada dokunulmamalıdır, daha çok, düzenlenen mirasçılık belgesinin BGB'nin 2353. ve 2369. maddeleri çerçevesine nasıl dâhil

27 O halde ifade şu şekilde formüle edilecektir "… EGBGB'nin 6. maddesi dikkate alınarak, örneğin Tunus hukukunun uygulanması ile …", benzeri için bkz. *Lorenz* (dn. 26), 15 vd.; *Dörner* (dn. 26), 37.

28 Bugünkü durumla karşılaştırınız, örneğin Hamm Temyiz Mahkemesi (OLG), IPRspr. (Uluslararası Özel Hukuk İçtihadı), 1995 Nr.119; Mosbach Asliye Hukuk Mahkemesi (LG), ZEV 1998, 489; devamındaki gibi yerine hiç biri Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 15. maddesi Rn. 37.

edileceği ile ilgili soru sorulmalıdır. Kanaatime göre bu sorunun cevabı, önceki bölümde de ifade edildiği gibi olmalıdır, yani BGB'nin 1371. maddesinin etkisine bakılmaksızın ayni sınırlı yabancı hukuka dayalı bir mirasçılık belgesi düzenlenmelidir. Bu husus şu şekilde gerekçelendirilebilmektedir, mirasçılık belgesinde belirlenen mirasçılar, yabancı Miras Hukukuna dayanmalıdır. Miras hukuku olarak, bir miras bırakanın mirasının intikaline ilişkin yabancı hukuk geçerlidir. Ölüm anında evli olmayan miras bırakan ile ilgili böyle bir davada, kolay ve ilave unsurlar olmaksızın milli hukuka veya uygulanması gereken miras statüsüne göre mirası intikal edebilmektedir. BGB'nin 1371. maddesi 1. paragrafı uyarınca, mirasçılık belgesindeki oran çerçevesinde ortaya çıkan ilave çeyrek oran ek bir miras hakkına yönelik bir teminat getirmemekte, sadece eşin miras statütüsüne göre mevcut olan miras hakkını daha da sağlamlaştırmaktadır. Netice olarak, bu mirasçılık belgesi, BGB'nin 2369. maddesi uyarınca bir mirasçılık belgesi olarak kalmakta ve yurtiçindeki geçerliliği ayni olarak sınırlı bulunmaktadır. Son ifade edilen sınırlamanın tam da burada olması ayrıca akıllıca bir iştir. Başka bir devlette hayatta kalan eş için oranın yükseltilmesinin aynı şekilde yapılıp yapılmadığı, öncellikle şu hususlara bağlı bulunmaktadır. Bu devletin eşya statüsünü dikkate alıp almadığı, dikkate alıyorsa, mirasçılarla ilgili karar alırken eşya statüsünü nasıl dikkate aldığı ve diğer bir husus da, onun, BGB'nin 1371. maddesi gereğince miras hakkının sağlamlaştırılmasını kabul edip etmeyeceğine bağlı bulunmaktadır. Yurtiçinde eşe bağlı miras hakkı, BGB'nin 1371. maddesinin 1. fıkrasında yer alan eşya hukuku normu dikkate alınarak toptan güçlendirilirse, o halde Alman Hukuku temeline dayalı bir Miras Hukuku oluşmamaktadır. Mirasçılık belgesi için bu şu anlama gelmektedir; BGB'nin 1371. maddesinin 1. fıkrası dahi uygulandığında, mirasçılar yabancı Miras Hukuku temeline dayalı olarak belgelenecektir. Bu durumda söz konusu mirasçılık belgesi, BGB'nin 2369. maddesi çerçevesinde bir mirasçılık belgesidir ve öyle de kalacaktır.

5. ÖZET

Önceki bölümler şunu göstermiştir: Genel bir mirasçılık belgesi ile ayni sınırlı bir mirasçılık belgesi arasındaki sınır kesin değildir. Bu sınırın, Alman ve yabancı Miras Hukuku uygulamaları arasında bir çizgide

bulunması gerekmemektedir. Bir tarafta "özel hukuka dayalı mirasçılık belgesi", diğer tarafta "yabancı hukuka dayalı mirasçılık belgesi" olarak isimlendirilen kavramların ifade ettiği bu ayrıma göre nihai olarak, bir mirasçılık belgesinin geçerlilik alanını tanımlamak uygun değildir. O bakımdan "Eşzamanlılık Prensibi" de başarısız olmaktadır. Son husus, bugün olsa olsa mirasçılık belgesi süreci, kural olarak Alman hukukunun miras statüsü olduğu yerlerde uluslararası yetkinin gerekçelerini göstermek için uygundur[29]. Buna göre yetkili bir mahkemenin genel bir mirasçılık belgesi mi, yoksa sadece ayni sınırlı bir mirasçılık belgesi mi teslim edeceği sorunu, Alman Hukukunun yetki türetmesinin bir sorunudur. "Genel bir mirasçılık belgesi" ancak, Alman Hukuku esasına göre Miras Hukukunu belgelediğinde bir mirasçılık belgesi olabilmektedir ki o, yetkili Kanunlar İhtilafı Hukukunun doğrudan atfı üzerine statü ve bağlama noktası neticesi olarak elde edilmiştir. Kanunlar İhtilafı Hukuku normunun eşya normu atfı gibi veya eşya normu atfı olarak Alman hukukunda kullanıldığı durumlarda söz konusudur, yani miras bırakanın Alman vatandaşlığı bağlama noktası ile ilişkilendirilmesi ve aynı şekilde, EGBGB'nin 5. maddesi 1. fıkrası 2. cümlesi uyarınca özel hukuk önceliğinin geçerli olduğu birden fazla vatandaşlığı bulunan bir şahsın Alman vatandaşlığı bağlama noktası ile ilişkilendirilmesi halinde söz konusudur; ayrıca EGBGB'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, son mutat meskeni yurtiçinde olan bir miras bırakanın vatansız olması halinde ve nihayet, ölüm anında Alman "mülteci statüsüne" sahip olan bir miras bırakanın vefatı durumunda söz konusudur. Aynı şekilde, devletlerarası anlaşmayla yapılan düzenlemelerin bir eşya normu atfının Alman miras statüsünü kapsamlı olarak geçerlilik kazandırılmasına yol açtığında netice alınabilmektedir. Görüldüğü kadarıyla bu sadece teoride kalmaktadır. Miras hukukuna ilişkin Kanunlar İhtilafı Hukukuna yönelik önemi bulunan Almanya'yı bağlayıcı devletlerarası anlaşmalar, Alman hukukuna göre bir yabancının mirasını tümüyle intikal ettirilmesini hiç bir yerde amaçlamamaktadır, hatta yurtiçinde ikamet etse veya mutat meskeni

29 Görüşümü (*Hohloch'un görüşü)* Eşzamanlılık teorisi hakkındaki tartışmalar için karşılaştırınız, (söz konusu yürürlükteki hukuk -*geltenden Rechts*- kısmında), yukarıda, II. 2. madde ve dn. 10.

bulunsa dahi. Genellikle de olay tersine gerçekleşmektedir. Devletlerarası anlaşma, milli hukukun geçerliliğini garanti altına almaktadır, bunun istinası belki, bulunduğu yerin hukukuna (*lex rei sitae*) göre mirasın bölünmesine hükmedilen taşınmaz mirasdır ve böylece yine ayni sınırlı mirasçılık belgesinin alanına girilmiş olunmaktadır[30]. Bu alana, Alman Hukukunun başka bir şekilde geçerlilik kazanması halinde de girilmektedir, isterse bu kısmi referans, yani kamu düzeni üzerinden olsun, isterse de eşya hukukuna yönelik yabancı mirasçılık belgesinin güçlendirilmesi ile olsun. Buradaki önemli sonuç her zaman yurtiçi malvarlığının, BGB'nin 2369. maddesinde yer alan mirasçılık belgesinin Alman veya yabancı Miras Hukukunun uygulanabilirliğinden bağımsız olarak her zaman olduğu gibi ayni olarak sınırlandırılmasıdır.

III. Gelecekle İlgili Beklentiler

1.Mirasçılık Belgesi Düzenlenmesi ve Yetki Sorunu

II. bölümde anlatılan husus, özellikle mirasçılık belgesi sürecindeki uluslararası yetkinin bugün hâkim olan düzeninden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, uygulamada Eşzamanlılık Prensibine gerçi artık değer verilmemekte, ancak yine de gereğince hareket edilmektedir. Bu çıkış noktası önceki görüşlerimde olduğu gibi, burada da tarafımdan esas alındı, çünkü bir tarafta Eşzamanlılık Prensibi, diğer tarafta BGB'nin 2369. maddesinde bulunan yetki bileşeni arasındaki etkileşim, genel ve ayni sınırlı mirasçılık belgesinin düzenlenmesi için Almanya'ya uluslararası yetkiyi uygulamada yeterli ölçüde sağlamaktadır. Ancak buradan gelecek için sevinçli bir kabul çıkmamaktadır. Mirasçılık belgesi sürecinin geleceği ve onun Almanya'yı aşan anlamı, artık ulusal hukuk gelişiminin konusu olmaktan çıkmış olup, Avrupa "adli işbirliği"nin gelişiminin konusu olmuştur, yani Avrupa Birliği'nin şimdi yürürlükte bulunan iki yetki düzenlemesinin daha da geliştirilmesinin konusudur[31]. Bu düzenlemelerin, belirli Aile Hukuku ve Miras Hukuku davaları ile ilgili yetkilerinin mevcudun güncellenerek daha da geliştirilmesi gerekmektedir. Böyle bir gelişmede doğal olarak can alıcı soru şudur:

30 Bunun için bkz. II.1. madde ve dipnotlar 7 ve 8.

31 EheEuGVVO (1 Mart 2001 tarihinden itibaren) ve EUGVVO = (1 Mart 2002 tarihinden itibaren yürürlüktedir).

Genel olarak miras davalarının, gelecekte Avrupa uyumuna yönelik, içinde mirasçılık belgesi süreçlerinin de bulunduğu görünümün nasıl olacağıdır. Yetkinin öncelikle, murisin son mutat yerleşim yeri ve/veya son oturduğu meskenin bulunduğu yere göre belirleneceğini tahmin etmek için falcı olmak gerekmemektedir[32]. Böyle uluslararası yetkili bir mahkeme üzerinde, büyük ölçüde üzerinde mutabık kalınan böyle bir mahkemenin varlığının bilinmesi nedeniyle üye devletlerarasında öncelikle anlaşmaya varılabilecektir. Vatandaşlığa ağırlıklı rol bu şekilde verilmediği takdirde, o, EheEuGVVO'nın isabetli olarak daha önce de gösterdiği gibi asli yetkili mahkemenin fonksiyonunu da üstlenebilecektir[33]. Şu da düşünülebilir: Miras bırakanın son vatandaşı olduğu devlette alternatif olarak ikinci hazır bir mahkeme oluşturulabilir. Gerekçe olarak aşağıdaki hususlar örnek gösterilebilir. Daha genç bir nesle ait olan mirasçıların, miras bırakanın ancak iklimi daha güneşli bir üye devlette yaşı geldiğinde emekliliğini geçirmek üzere terk ettiği bu devlette yaşamaktadırlar. (Örnek: Alman bir miras bırakanın emekliliğini geçirdiği yer Mallorca, daha genç bir nesil olan ailesi, miras bırakanın malvarlığını elde ettiği yer olan veya tüm hayatı boyunca kazandığı sermayenin halen bulunduğu yurtiçinde yaşamaktadır.) Bariz olan böyle bir sistemin tasarımında da vatandaşlığın o zaman geçmişe göre farklı bir fonksiyonu üstlenmesidir. O artık bir yetki için en üst ve en önemli bağlama noktası olmayıp, daha çok "içe dönük mahalli etkili", Birliğin geniş çaplı yetki alanı içerisinde yetkili uzman bir mahkeme imkanı sunabilen bir düzen faktörünün işlevini üstlenmektedir. Az önce sözü edilen hususta o zaman üçüncü bir yetki faktörüne ilişkin objektif bir temas ortaya çıkmaktadır ki bunun gelecekte anlamının iyi hesap edilmesi gerekmektedir. BGB'nin 2369. maddesi mirasa ait bölümlerin yurtiçinde bulunduğu yere irtibat kurmakta ve böylece bir yabancının mirasçılık

32 Konuyla ilgili ifade şekli için bkz. *Hohloch,* Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft (Devletler Birliği'nde Kanunlar İhtilafı Hukuku), FS Stoll, Tübingen 2001, 533 vd., 542 vd., 544; ayrıca bkz. *Heinrich,* Abshied vom Staatsangehörigkeitsprinzip? (Vatandaşlık Prensibine Veda mı?), aynı yerde 437, 446 vd.

33 Krş. EheEuGVVO'nun 2. maddesi 1. fıkrası b) bendi.

belgesi süreciyle ilgili bir yetkiyi gerekçe olarak göstermektedir, aksi halde bu yabancı için geçerli hukuka göre esasen herhangi bir yetki hakkı talep edilmemekte ve verilmemektedir. Topluluğun ve ona üye devletlerden birinin uluslararası yetkisi, milliyetine bakmaksızın murisin son yerleşim yeri bağlama noktasını esas alırsa, bir Avrupa düzenlemesi için yukarıda geçen düşünceye bu şekliyle artık ihtiyaç duyulmayacaktır. Kalan adeta son bir önemi de mirasçılık belgelerine bulunduğu yere ilişkin, üçüncü devlet vatandaşlarının miraslarının intikali için gerekli olan yetkinin verilmesi olacaktır. Bu üçüncü devlet vatandaşları, AB'de ikamet etmedikleri için ikamet (yerleşim yeri) prensibine bağlı bir yetki de bulunmamaktadır. Diğer bir sorun da, yere bağlı bir yetkinin ayrıca devam edip etmeyeceğidir. Olumlu bir cevabın verilmesi mümkün görülmekle birlikte, kurnazca olmayacaktır, çünkü bu durumda *forum shopping* ve davaların çoğaltılması tehlikesi başgöstermektedir. Diğer hak sahipleri, birbirlerine karşı aktivitede bulunmadıkları, nesnel olarak düzenlenmeyen, aksine tam da resmi bir dava olarak tasarlanan miras davalarında bu nedenle karşı karşıya getirilmektedir[34]. Diğer taraftan, konuya yatkın bir bakış açısı muhafazayı ifade etmektedir, öyle ki gelecekte mirasçılık belgesiyle ilgili üç bağlama noktasından biri tarafından belirlenen bir yetki sistemi düşünülmelidir. Mirasçılık belgesi için, miras bırakanın son oturduğu veya yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki devlet ve mahkemeye ya da miras bırakanın anavatanının bulunduğu devlete veya mirasa ait parçaların bulunduğu devlete başvuruda bulunulabilir.

2. Uygulanabilir Hukuk ve Yetki

Tüm yetkili mahkemeler Kanunlar İhtilafı Hukukunu aynı görüş doğrultusunda ele alırlarsa, *forum shopping* daha az ilgi uyandırır, yani aynı şekilde uygulanabilir Miras Hukukunu tespit ederlerse, bir yetki sisteminin belirtilen uyum sorunlarının azaltılması mümkün olacaktır. Bunun koşulu Birliğe üye devletlerin ortak olarak Uluslararası Miras Hukukunun uyumunu sağlamalarıdır. Birlik devletlerini kapsayan bugünkü hukuki durum şu şekildedir; milli hukuk miras statüsü olarak tekdüze bağlama noktası olarak ortaya çıktığında ahenkli değildir (örnek:

[34] Bu şekliyle, üye devletler aracılığıyla yaygınlaşan biçimiyle miras davaları.

Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz, Avusturya), vatandaşlık ile belirlenen milli hukuku taşınır mirası, gayrımenkulün bulunduğu yerdeki hukuka göre (*lex rei sitae)* de taşınmaz mirası kapsayan diğer devletler (örnek: Fransa, Benelüks ülkeler) ve nihayet bir de ikametgâhın (yerleşim yerinin) bulunduğu yerdeki hukuka göre taşınırlar, taşınmazlar ise bulundukları yerdeki kurala uyan (Birleşik Krallık, İrlanda) devletleridir. Bu dairenin içine geniş çaplı ikametgah irtibatı da dahil olan devlete örnek Danimarka'dır. Kanunlar İhtilafı Hukukunda birlik oluşturulmadan yetki birliğinin oluşturulmasının önemli bir gelişme olmadığı barizdir. Bu nedenle, yetki hukukunun uyumlu hale getirilmesi ile zorunlu olarak Kanunlar İhtilafı Hukukunun uyumlu hale getirilmesi birlikte yürütülmelidir[35]. Ayrıca çok açık olan diğer bir husus da, kıtada nispeten yaygın olan vatandaşlık prensibinin geleceğinin bulunmayışıdır. Diğer taraftan, taşınır ve taşınmaz malvarlığı arasındaki ayrım, aynı şekilde ortak Kanunlar İhtilafı Hukukunun geleceğine taşınmamalıdır. O bakımdan, geçerli ulusal bağlama noktası sistemleri arasında bir uzlaşmanın sağlanması hususunda da, bağlama noktası olarak oluşturulan ve Avrupa anlaşmalarına yönelik bağlama noktası faktörlerine sahip olan bir standartlaşma düşünülebilir. Bir çok hukuki düzenleme yakın zamanda az veya çok da olsa hukuk seçimine imkan tanıdı, bu isterse Kanunlar İhtilafı Hukukuna dayalı hukuk seçme izni çerçevesinde olsun, isterse maddi hukuka dayalı (*professio iuris*) vasiyetname gereği miras bırakanın milli hukukuna tabi olma isteği çerçevesinde olsun. Bu nedenle, hukuk seçiminin son arzuya bağlı vasiyetname ile böyle bir bağlama noktasının ilk basamağını meydana getirebileceği düşünülebilir. Üye devletlerin Miras Hukuku ve miras bırakanın üçüncü bir devletin vatandaşı olması durumunda, milli hukuk seçilebilmektedir[36]. İkinci bir basamak olarak o zaman, vatandaşlık ile ikametgâh (yerleşim yeri), belki ölümden önce son ikamet edilen mesken, fakat mutat mesken değil, aksine uzun süreli ikamet edilen mesken arasında bir uzlaşma sağlanabilir. Mutat meskenin

35 Benim (*Hohloch'un)* "Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft (Devletler Birliği'ndeki Kanunlar İhtilafı Hukuku) isimli yazımdaki yaklaşımımda olduğu gibi (dn. 32), 544 vd.

36 Bkz. bu anlamda, 1999 Ekim ayında Mainz'daki Uluslararası Özel Hukuk ile ilgili Alman Konseyi'nin 1. Komisyon toplantısındaki açıklamalara ilişkin yayınlanmamış ekli tutanaklardaki tartışma konusu önerilerim.

bu şekilde nitelendirilmesi ve pekiştirilmesi Miras Hukukunda istenilmeyen tesadüfleri önlemektedir[37]. Öyleyse, üçüncü ve herhalde son basamak olarak, kıta üzerindeki üye devletler, ölüm anı veya vasiyetnamenin hazırlanması anındaki miras bırakanın vatandaşlığını esas alabilir; yetki düzenlemelerine paralel olarak Büyük Britanya ve İrlanda için vatandaşlık bağlantısı yerine ikametgâh (yerleşim yeri) bağlantısı öngörülmelidir[38]. Böyle bir Kanunlar İhtilafı Hukuku çözümünün önerilen yetki düzenlemesiyle çatışan, mirasçılık belgesi ve benzeri miras hukuku senetlerini amaçlayan, ayrıntılarında ikinci bir düzenlemeye kadar ulusal kalacak olan miras davaları için uygun olacak bir bağlama noktası sistemi mevcut olmalıdır.

3. Miras Hukukuna İlişkin Belgelerin Tanınması

Yukarıda söz konusu Avrupalaştırılmış şekliyle bir yetki ve bağlama noktası sistemi, üzerinde bugün hiçbir şekilde konuşulmayan miras hukukuna ilişkin belgelerin Avrupa çapında tanınmasının ön şartıdır[39]. Miras hukukuna ilişkin belgelerin karşılıklı olarak tanınması prensibi, bugüne kadar söz konusu olmamıştır. Tanınma, ancak anlaşmalarda açıkça ifade edildiği takdirde gerçekleşmektedir (İsviçre ve Avusturya ile ilgili ilişkilerde olduğu gibi), ancak hiçbir surette, Miras Hukukuyla ilgili kararları hiç değilse prensipte dikkate alan, fakat bunun dışında dikkate almayan ikili anlaşma düzenlemeleriyle halen bağlı bulunduğumuz tüm devletlerle olan ilişkilerde bu henüz gerçekleşmemiştir. Bu şekliyle yabancı miras hukukuna ilişkin belgenin yurtiçinde en fazla bir çeşit ikna edici bir etkiye sahip olmaktadır ki, bunun derecesini, senedi dikkate alıp kontrol eden yurtiçi kurum belirlemektedir. Gelecekte bu durumdan kurtulmak gereklidir. Doğal olarak bunun şartı, hangi belglerin "tanınabilir" olduğunun tekrar Avrupa

---

37 Krş. 20 Ekim 1988 tarihli ölüme bağlı olarak uygulanacak hukuk ile ilgili, -bugüne kadar yürürlüğe girmemiş- Ölümden Sonra Halefiyete Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Anlaşması'nın 3. maddesi (metin temyizi dahili kritik prensibi) 77 (1988) 807; bu konuyla ilgili *van Loon*, MittRhNotk 1989,9); şuna da bkz. Erman/*Hohloch* (dn. 2), EGBGB'nin 25. ve 26. maddesi, Rn. 3'ün ön açıklamaları.

38 Yetki tanzimine yönelik de paralel bir düzenleme olarak, bkz. EheEuGVVO'nun 2. maddesi 1 fıkrası a) ve b) bentlerindeki söz konusu günümüz yaklaşımı.

39 Krş. yukarıda, II.1. maddesindeki dn. 9.

kaynaklı bir hukuk normu ile tespit edilmesidir. Bunun için EuGVÜ ve EuGVV çerçevelerinde olduğu gibi benzeri şekilde hareket edilmelidir. Ulusal hukuklar tarafından öngörülen ve bir miras bırakanın Miras Hukukunun prensipte mahkeme veya resmi kurumlar tarafından yapılacak kontrol ile belgelenen senetlerin tespit edilmesi gerekmektedir. Böyle bir katalog bir kez tespit edilirse, arkasında eşzamanlılık düşüncesinin bulunması gereken tanınabilirliğin esas itibariyle kabulü şeklindeki bir düzenleneme, özel uygulamalar için tahdit hakkının saklı tutulabilmesini de öngörebilir. Bu arada Alman hukuku, tapu sicil davalarında sadece Alman mirasçılık belgelerine izin verilen güncel tutumuna veda etmelidir[40]. Tereke mahkemesi tarafından incelendikten sonra verilen yurtiçi mirasçılık belgesine sağlanan güvenin benzerinin, öncelikli olarak Miras Hukuku belgelerine sağlanmamaktadır. Uyum sağlamak için, bugün hala mevcut olan tehlikenin, bu belgelerin ibraz edilmesiyle ortaya çıkması halinde de bu adımın atılması mümkündür. Bu adım yine de atılmalıdır. Alman mirasçılık belgesi sürecinin Almanya dışında da uygulanabileceğiyle ilgili umut beslenmemelidir. Ayrıca, yurtiçinde düzenlenen her mirasçılık belgesinin her zaman doğru olmadığı da itiraf edilmelidir. Yanlışlık nedeniyle toplanan mirasçılık belgelerinin sayısı az değildir, bu özellikle BGB'nin 2369. maddesi uyarınca düzenlenen mirasçılık belgeleri için geçerlidir[41].

40 Örnek olarak İlk Derece Mahkemesi (KG), NJW-RR 1997, 1095 ve *Kaufhold* tarafından yapılan eleştirisi, ZEV 1997, 402.

41 Son gözden geçirilme tarihi: Mayıs 2002.

NAFAKA STATÜSÜ VE HUKUK SEÇİMİ*

Prof. Dr. Gerhard HOHLOCH*[1]
(Çeviren: Doç. Dr. Yıldız ABİK)*[2]

I) Konu

1973 yılında yapılan La Haye*[3] Nafaka Sözleşmesinin[1] 4.maddesi ile EGBGB'nin*[4] 18. maddesi, nafaka statüsünü, kural olarak, "hak sahibinin" mutat meskeni bağlama noktası ile alacaklı ve borçlunun (hak sahibi ve yükümlünün) müşterek milli hukukları ve gerektiğinde *lex fori*' den (başvurulan merciin kanunu) yararlanmak suretiyle belirlemiştir. Hem boşanma sonrası nafaka statüsü, hem de eşlerin mahkemece verilmiş olan ayrılık kararından sonra ya da evlenmenin butlanı veya feshi gibi başka sebeplerden dolayı evliliğin sona erdirilmesi halinde borçlanılan nafakanın statüsü ise, EGBGB'nin 18. maddesinin 4. fıkrası ile La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesinde tanımlanmıştır. Aslında böyle objektif bir bağlama noktası ile nafaka alacaklısının mutat meskeninin bulunduğu yerin dikkate alınması özellikle uygulamada olduğu gibi, yasal

---

* Prof. Dr. Gerhard Hohloch tarafından yazılan bu makale, "Unterhaltsstatut und Rechtswahl" adıyla, "Privatrecht in Europa Vielfalt, Kollision, Kooperation, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70.Geburtstag", adlı Prof. Dr. Sonnenberger'e armağanın *(Herausgegeben von Michael Coester, Dieter Martiny, Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe*, München 2004, Verlag C.H.Beck), 401- 416. sayfalarında yayımlanmıştır. Bu makale, gerekli izin alınarak Türkçeye çevrilmiştir.

*1 Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi Hâkimi

*2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*3 Çevirenin Notu (1): Metinde "Haager Nafaka Sözleşmesi" olarak geçmektedir. Türk hukukunda "La Haye Nafaka Sözleşmesi" olarak bilindiği için, çeviri sırasında bu ad tercih edilmiştir.

1 2. 10. 1973 nafaka yükümlülüklerinin uygulanışıyla ilgili "La Haye Sözleşmesi" (BGBL, 1986 II s. 825 ve 26.3. 1987 tarihli tebliğ, BGBL. 1987 II s. 225).

*4 Çevirenin Notu (2): EGBGB kısaltmasının uzun adı, "Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch"', Türkçe çevirisiyle, "Alman Medeni Kanununa Giriş Yasası" dır. Ancak bu kanun, Alman hukukunda, kural olarak milletlerarası özel hukuk ve usul hukukuna ilişkin konuları düzenlemektedir.

yönden de yerinde bir harekettir. Bu durum, iştirak nafakası, yardım nafakası, ayrı yaşama halindeki nafaka ve yabancı unsurlu bir evliliğin sona ermesinde uygulanan nafakalar için geçerlidir. Bu son olarak belirttiğimiz nafaka yönteminde de, boşanma statüsü, genellikle eşlerin ortak mutat meskenini[2] esas almaktadır.

Oysa tarafların irade serbestîsine, bu düzenlemede şu anda pek yer verilmemiştir[3]. Hukuk seçiminin kabulü, EGBGB'nin 18.maddesindeki bağlantı kurma sisteminde ve büyük miktarda nafaka belirlenmesi için La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4. ve devam eden maddelerinde öngörülmemiştir. Bu durum, EGBGB'nin 18.maddesinde ve La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8.maddesinde, sadece dolaylı olarak ve boşanma sonrası nafaka için belirtilmiştir. Adı geçen maddelerde eşler, evlendikten sonraki süre için nafaka statüsü ile boşanma statüsünü aslında değiştirilmeyen (EGBGB'nin 17.maddesinin 1.fıkrası) boşanma davası öncesinde "uzlaşmalı'' (ortak) bir hukuk seçimiyle EGBGB'nin 14.maddesinin 2-3. fıkralarına göre, aile statülerini belirleyip izin verilen hukuk seçimi çerçevesinde hareket edebilirler[4].

Yurt içinde bu konu şimdiye kadar hemen, hemen hiç tartışılmadı[5]. Nafaka hukukunda hukuk seçimi konusu eskiden uygun bir çözüm yolu

---

2 EGBGB 18.maddesi ile daha önce belirtilen La Haye Nafaka Sözleşmesindeki düzenlemeler arasındaki ilişki, bu araştırmada büyük bir önem arz etmemektedir. Bunun için, bkz. bununla ilgili bilimsel literatürde ve mahkeme kararlarında farklı görüşleri içeren örneğin: BGH, NJW 1991, 2212= FamRZ 1991, 925=JuS 1991, 1061 Nr.8 (*Hohloch)*; OLG Hamm, FamRZ 1992, 673 f.; *Erman/Hohloch*, BGB, 10. Baskı, 2000, EGBGB m.18, Rn. 2; *Palandt/Heldrich*, BGB, 62. Baskı, 2003, EGBGB m.18, Rn. 2; MünchKomm BGB/ *Siehr,* 10.Cilt, 3.Baskı, 1998, EGBGB m.18, Rn.1; bkz. Önceliğin kullanılmasıyla ilgili genel sorunlar için bkz. MünchKomm BGB/ *Sonnenberger,* EGBGB m.3, Rn. 11-16.

3 Hukuk seçiminin Uluslararası Aile Hukukuna girişi için bkz. MünchKomm BGB/ *Sonnenberger* (dn.2) Giriş IPR Rn. 634 m.w.N., dn. 1690 ve 1691.

4 Bu şekilde, gereğinde, kastedilen hukuk seçiminin kullanılması imkânları, örneğin *Erman / Hohloch* (dn.1) EGBGB m.17, Rn. 21 ve EGBGB, m. 14, Rn. 19-23.

5 Bir hukuk seçimi imkânını reddetme, *Soergel/Kegel*, BGB, Cilt 10, 12. Baskı 1996, EGBGB, madde 18 Rn.23; *Kegel/Schurig*, IPR 8. Baskı 2000, s.464 ve devam eden sayfalar; *Vomberg*, Rechtswahlvereinbarungen bei Auslandsberührungen (Yabancı Ülkelerde Hukuk Seçimine Dair Sözleşmeler), FPR 2001, 115; aynı yazar: Fragen des internationalen Rechts bei der Ehevertragsgestaltung (Evlilik Akdinin Düzenlenmesinde Uluslararası Hukuk Sorunları), FPR 1999, 278, 280 ve devam eden sayfalar; diğer materyallerde bu sorunlara doğrudan değinilmemiştir, örneğin *Erman/Hohloch* (dn.1),

olarak görülmüyordu. Zira hukuk seçiminde, her defasında, daha zayıf olan hak sahibinin korunan menfaatlerinin sabit objektif (direkt) bağlama noktasından daha fazla tehlikeye düşebiliyordu.

Nafaka bakımından, Kanunlar İhtilafı Hukukundaki irade serbestîsinin öneminin değerlendirilmesine gelince, EGBGB'nin 18. maddesinin 1.fıkrasında kanun hükmü haline getirilen ve kural olarak, hak sahibinin mutat ikametgâhını birincil derecede bağlanma noktası olarak kabul etmek çok mantıklıymış gibi gözükmektedir. Çünkü bu bağlantı, hak sahibinin sosyal çevresini (sosyal ve ekonomik durumu) esas almaktadır. Bu sosyal çevreye göre, nafaka ödemenin kapsamı, ölçüsü ve zorunluluğu en süratli ve gerçeğe en uygun bir şekilde değerlendirilebilecek durumda olmalıdır[6].

Böyle bir değerlendirmeye bugün elbette şüphe ile bakılabilir. Alman maddi nafaka hukukunda nafaka sözleşmesi belli yasal sınırlar içinde geçerlidir. Burada İrade Serbestîsi İlkesine yer verilmiş ve boşanma sonrasındaki nafakada iki taraflı olduğu gibi tek taraflı da nafakadan vazgeçmenin mümkün olduğu belirtilmiştir[7]. İrade Serbestîsinin bu şekilde değerlendirilmesine, bununla ilgili Kanunlar İhtilafı Hukukunda hiçbir yer verilmemesi elbette daha baştan doğru ve doğal gözükmemektedir. Özellikle günümüzde Uluslararası Aile ve Miras Hukukunun Avrupa genelinde hukuk seçimine daha fazla yer verecek şekilde yeniden düzenlenmesi kapsamında ileri sürülen görüş ve düşünceler bu durumla hiç bağdaşmamaktadır. Aynı düzenleme mal rejimi, boşanma hukuku ve miras hukuku için de söz konusudur[8]. Bu

EGBGB madde 18 dn.14, aynı şekilde MünchKomm BGB/*Siehr* (dn.1) EGBGB madde 18 Rn.1 ve devam eden sayfalar; *Palandt/Heldrich* (dn.1) EGBGB madde 18, Rn.1 ve devam eden sayfalar; *Bamberger/Roth/Otte*, BGB, 2003, EGBGB madde 18 Rn 17 ve devam eden sayfa; *von Hoffmann*, IRR,7.Baskı, 2002, s.86 ve devam eden sayfalar.

6 Hak sahibinin mutat meskeni bağlama noktası, La Haye Nafaka Sözleşmesi madde 4. ,Bkz. Actes et documents de la Douzieme Session de la Conference de La Haye (2-21 Octobre 1972). Tome IV. Obligations Alimentaires s.97, paragraf 6., s.115, paragraf 53, s.433, paragraf 120; Özetle MünchKomm BGB/*Siehr* (dn. 2) Ek 1 EGBGB, madde 18 Rn 83, 84.

7 Karşılaştırınız paragraf 1585 c BGB.

8 Bunun için bkz. örneğin *Hohloch,* Kollisionsrecht in der Staatengemeinsschaft (Devletler Topluluğunda Kanunlar İhtilafı Hukuku): Avrupa Birliği'nde uluslararası özel hukuk ve

düşünceler özellikle Kanunlar İhtilafı Hukukunun[9] Alman Danışma Kurulunda üye, makale yazarı ve yorumcu olarak görev yapan *Sonnenberger* tarafından da ileri sürülerek önemli ölçüde geliştirilmiştir. Buna göre, şimdi bu araştırmada Nafaka Hukukunda hukuk seçimi konusunu bir ilk olarak ele alıp inceleyeceğiz. Bunu yaparken adı geçen konuyu yabancı ülkelerdeki deneyimlerimizle de ilişkilendireceğiz.

I) Şu andaki Durum- Ulusal ve Uluslararası Düzeyde

1)Alman Hukukundaki Statü (Hukuki Durum)

Alman Hukukunda, nafaka statüsünün, bir hukuk seçimine ne derecede önem verdiği ya da önem verip vermediği konusu çok dar kapsamda ele alınmıştır. Bu araştırmanın başında ilgili kanuna değinildi. Orada belirtildiği üzere, EGBGB'nin 18.maddesi ve La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4-7.maddeleri kanundaki objektif (direkt) bağlanma noktası ile ilişkilendirilebilecek bir hukuk seçimini öngörmemektedir. Bu kanunda EGBGB'nin 18.maddesinin yerine geçebilecek bir hukuk seçimine izin verilip verilmeyeceği sorusuna verilen cevaplar farklılıklar göstermektedir. *Kropholler* ders kitabında, kural olarak, bir hukuk seçiminden yana olduğunu belirtmektedir. EGBGB'nin 18.maddesinde hukuk seçimi ilkesinin kabulüne dair yeterli derecede açıklama bulunmamasına rağmen, yine de yurt içinde nadiren de olsa bazı hukukçular bundan yana tavır takınmaktadırlar[10]. Konuyla ilgili bilimsel literatürde genellikle bu konuya değinilmemiş, daha ziyade kanunun içeriği ile ilgili bilgiler sunulmuş, yani kanunun öngördüğü bağlama noktalarının yorumu ve açıklanmasıyla sınırlandırılmıştır. Burada bir

usul hukukunun yapısına dair, FS Hans Stoll (2001), s. 533 vd. ; *Henrich*, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip? (Vatandaşlık Prensibinden Ayrılma mı?), aynı yerde s. 437 vd.

9 Bkz. *Sonnenberger*, Das Internationale Privatrecht an der Schwelle des dritten Jahrtausends – Rückblick und Ausblick (Üçbinli Yılların Eşiğinde Uluslararası Özel Hukuk-Geçmiş Döneme Bir Bakış ve Gelecekte Olacaklara Bir Bakış), Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 100 (2001) s.107 vd.; Bkz. yazarın makalelerine "Le droit intenational prive allemand a la fin du vinqtieme siecle:progres ou recul?", in Private International Law at the End of the 20th Century (Kluwer Law International 1999); ayrıca: Europarecht und Internatioanales Privatrecht (Avrupa Hukuku ve Uluslararası Özel Hukuk), Zeitschrift fütr Vergleichende Rechtswissenschaft 95 (1996) 3-47.

10 *Kropholler*, Internationales Privatrecht (Uluslararası Özel hukuk 4.Bası, 2001, paragraf 40 II, 47 II 3.

hukuk seçiminin kabulü ele alınıp işleneceği yerine reddedilmektedir[11]. Bu reddetme işlemi kısmen de olsa, sonuçtan çıkarılmaktadır. EGBGB'nin reformu kapsamındaki materyallerle ve La Haye Nafaka Sözleşmesi ile ilgili materyallerde bu konuya değinilmediği gibi, yasa koyucu da, Nafaka Hukuku için hukuk seçimi konusunu, örneğin mal rejimi ve boşanma hukuku için hukuk seçiminden tamamen farklı bir yaklaşımla ele alarak göz ardı etmiştir. Öte yandan hali hazırdaki kanunun bağlayıcı ve emredici olduğu ileri sürülerek, hukuk seçiminin bu gerekçeyle reddedildiğinden söz edilmektedir[12]. EGBGB'nin 18.maddesinin 4.fıkrasında belirtilen hukuk seçimi yoluyla boşanma statüsünün esas belirleyici noktasıyla ilgili boşanma sonrası nafaka hukukunun dolaylı olarak etkilenmesi özellikle "seçilmiş'' nafaka statüsü olarak değerlendirilemez[13]. Boşanmadan önce eşlerin zorunlu olarak anlaşması günümüz koşullarına uygun olarak yapılırsa, o zaman boşanma statüsünün seçiminin buna göre yapılmasıyla da, boşanma sonrası nafakaya göre gerçekleşmesini göz önünde bulundurmak doğru olur.

Alman mahkemelerinin yargılanmasında "hukuk seçimi sorunu'' nafaka statüsü kapsamında anlaşıldığı kadarıyla şu ana kadar sadece bir defa ele alınarak incelenmiştir. 1989 yılında Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi, nafaka statüsüyle ilgili hukuk seçimi sorununu irdeleyen ancak delil yetersizliğinden dolayı herhangi bir mahkeme kararına istinat edilmeyen bir olayı karara bağlamak zorunda kalmıştır[14].

Yürürlükteki hukuk ve Almanya'daki kamuoyu için artık şu geçerlidir: Kanunda hukuk seçimi esas itibariyle öngörülmemektedir. Bu sebeple, hukuk seçimi olayı bağlantı noktası olarak da görülmemektedir. Ama her şeye rağmen, hukuk seçimi imkânının var olduğu ve buna izin verilebileceği sorunu bilinmektedir. Hatta bu sorun nadiren de olsa,

11 Bkz. Kanıtlar, yukarıda dn.5'de.

12 *Soergel/Kegel* (dn.5) EGBGB madde 18 Rn 23.

13 Bkz. örneğin: *Benim yorumuma (Hohloch'un yorumuna), Erman/Hohloch* (dn.2)EGBGB madde 17, Rn.21.

14 OLG Karlsruhe,Fam RZ 1990,313,314

tereddütsüz izin verileceği kabul edilmektedir[15]. Fakat Kanunlar İhtilafı Hukuku uygulamasında, söz konusu yasanın bu konuyu tanımamasının ve yasada bu konuya yer verilmemesinin hiçbir önemi yoktur. Ne de olsa gizlisi saklısı yok, bilinmektedir. Maddi hukukla ilgili yapılan nafaka sözleşmesi çerçevesinde hukuk seçiminin ne kadar gizli rol oynadığı açıklanmamıştır. Böyle bir rol bugün artık reddedilemez.

EGBGB'nin 18.maddesi, aile içinde yasal tüm nafaka şekillerini yani tıpkı eşlerin nafakasında olduğu gibi, iştirak nafakasını ya da nadiren de olsa yardım nafakalarını kapsadığından, uygulamada özellikle iştirak nafakalarında veya fiilen ayrı yaşayan eşlerin nafaka şekillerinde hukuk seçimine önem verilmez. Nafaka alacaklısı mutat mesken hukukunun geçerli olmasından memnun olur ve açıkçası bir ikametgah değişikliği sırasında böyle statü değişikliğinin sıkıntı ve imkânlarının hiçbir önemi yoktur. Bazı durumlarda Alman hukukundan farklı olan yabancı ikametgâhtan istenmeyen zorunlu sapmalar, hukuk çevresinin hukuku olarak nitelenen ikametgâh hukukunun oluşumları olarak kabul edilir ve yalnızca zorunlu durumlarda veya ivedi hallerde kamu düzenini koruma adına reddedilir veya sınırlandırılır (EGBGB, madde 6, kamu düzeni)[16]. Hukuk seçimine izin verip, ondan yararlanma yoluyla, böyle sapmalardan kaçınma konusunda şimdiye kadar kafa yorulmamıştır.

Boşanma sonrası nafaka hukukunda (La Haye Nafaka Sözleşmesi madde 8 veya EGBGB 18.madde, 4.fıkra) bugünkü durum itibariyle önemli bir fark görülmemektedir. EGBGB'nin 14.maddesinin 2. ya da 3. fıkrasına göre, aile statüsü seçimi eskiden olduğu gibi, şimdi de pek nadir uygulanmaktadır. Uygulandığı yerde ve daha sonra boşanmanın olduğu

15 Bkz.Kropholler (Fn.10)paragraf 40 II,47 II 3;Bu görüşü Boele Woeki'de destekliyor,Haag nafaka sözleşmesinin 8.maddesi hukuk seçimine karşı değildir,IPRax 1998,492 ve devam eden sayfalar;Ayrıca A.Mankowski,boşanma nafakasında uygulanabilen hukuk seçimi,FUR 1997 tarihli Hollandalı Hoge Raad'ın aşağıda 2.bölümde belirtilen kararıyla ilgilidir.Oraya bakınız.

16 Yabancı genellikle İslam hukukunun uygun olmayan çok kısa ya da yetersiz olarak kaleme alınan nafaka düzenlenmesinin düzeltilmesine dair, Bkz. BGH NJW 1991, 2212 = FamRZ 1991, 925 = JuS 1991, 1061 Nr. 8 (*Hohloch*); OLG Hamm FamRZ 1992, 673, 675; OLG Hamm NJW-RR 1999, 950 = JuS 1999, 918 Nr.10 (*Hohloch*); OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 95 = JuS 1997, 374 Nr.9 *(Hohloch*); OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 32=Jus 2000, 403 Nr.10 (*Hohloch)*

yerde hukuk seçimi genellikle boşanma statüsüne göre yapılmaz. Ama ortada sonuçları daha sonra ortaya çıkacak olan boşanma nafakası hukuku için önem kazanan bir hukuk seçimi olayımız var. İşte bu yüzden hukuk seçimi, boşanma sonrası somut nafaka hükümlerinde etkili olamamaktadır. Mahkeme kararları, tarafların Kanunlar İhtilafı Hukukuyla ilgili herhangi bir düzenleme imkânı olmaksızın, yalnızca yürürlükteki boşanma statüsünü esas almaktadır; bu statü, mahkeme bir hata yapmadığı sürece, 17.maddenin 1.fıkrasında ve bununla birlikte EGBGB'nin 14. maddesinin 2.veya 3.fıkrasında belirtilen daha önce seçilmiş olan aile statüsüdür. Buna göre eski hukuk seçimi şu andaki nafaka hukuku açısından açık seçik bilgiler içermemektedir. Nafaka statüsü, hukuk seçimi olmadan yürürlükteki boşanma statüsüne (geriye) dönüşü ve ondan sapmayı tıpkı yeni hukuk seçiminde olduğu gibi engellemektedir[17].

Hukuk seçimine izin verilen yer ise, çok değişiktir. Nafaka haklarının belirlenmesinde sadece yasal haklar değil, bununla birlikte sözleşme yoluyla belirlenmiş haklar, örneğin evlilik dışı heteroseksüel bir toplumda yaşayan taraflar arasındaki haklar, ya da yürürlükteki Alman hukukunda belirtilen üvey evlat ile üvey anne baba arasındaki haklar söz konusu olunca, o zaman EGBGB'nin 27. maddesine göre, hukuk seçimi kolayca mümkün olur. Zira borçların niteliği, borçlar hukukuna göre açıkça tanımlanmıştır[18]. Yasal nafaka hakkının sözleşme yoluyla belirlendiği durumlarda da yine farklılıklar söz konusu olmaktadır. Şöyle ki ilgili sözleşme nafaka hukuku açısından hiçbir şeyi değiştirmemektedir; zira uygulanması gereken hukukun seçimi burada dikkate alınmamaktadır[19]. Bununla sadece maddi hukukun nafakadan

17 Bu değişmezlik evlilik sonrası nafakanın daha sonraki değişimi içinde geçerlidir. Bkz. EGBGB, madde 18, paragraf 4, s.1 ve ayrıca *Erman/Hohloch,* (dn.2) EGBGB, madde 18 Rn.21cc.

18 Bkz.bu konuda hakim olan görüş için Erman/Hohloch dn.2 EGBGB madde 18 Rn.26; *Palandt/Heldrich* (dn.2) EGBGB, madde 18 Rn.15; ayrıca MünchKomm BGB/Siehr (dn.2) EGBGB madde 18 Ek I Rn.38.

19 Farklılıklar konusunda OLG Koblenz NJW 2003, 439 = JuS 2003, 409 *(Hohloch)* (Yabancı bir ülkede sözleşme yoluyla düzenlenen nafaka yükümlülüğünün mirasçılara intikali sorununa değinilmeyen durumlar).

vazgeçinceye kadar geçerli olan sözleşme düzenlenmesini kabul ettiği sonucunu çıkarabiliriz. Bu seçimi öngören hukuk ise, sadece seçimle değil, bilakis önceden belirlenen objektif bağlama noktasıyla ortaya çıkarılabilir ve elde edilebilir ya da edilemez. Bu gözden geçirilmesi gereken bir sonuçtur.

Ayrıca sınırlandırmanın güçlüğünü de göz önünde bulundurmak gerekir. Bir taraftan nafaka hukuku, diğer taraftan mal rejimi düzenlemeleri arasında Alman hukukunda açıkça bir farklılık gözlenirken, başka bir hukukta böyle bir farklılık görülmemektedir. Buna İslam hukuku çevresindeki hukukların zorunlu olarak bir sonuca varma ilkesi dahil edilmemelidir[20]. Anglo Amerikan hukuku ya da Avrupa hukukunda da nafaka ile ilgili paylaşma düzenlemeleri ile evlilik sonrası mal paylaşımını öngören tazminat düzenlemelerinden söz edilmektedir[21]. EGBGB'nin 15. maddesinin 2. fıkrası ve aynı şekilde EGBGB'nin 15. maddesinin 1.fıkrası ile aynı kanunun 14. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre, izin verilen hukuk seçiminin yaygınlaşması söz konusudur. Bu bağlamda EuGVO/ daha önce var olan Eu GVÜ'nün Avrupa Adalet Divanı (EuGH) ile birlikte ayrıntılı olarak yorumlanabileceğini unutmamalıyız. Bu yorumlama işlemi nafaka haklarıyla ilişkilendirilmektedir. Nafaka işlemiyle ilgilenen mahkeme, nafaka ve mal rejimiyle ilgili paylaşımların sınırlarını belirleyen ilkeleri daha önceki nafaka olaylarında uygulamıştır[22].

2.Yurt Dışına Bir Bakış

Yurt içinde (Almanya'da) bu konuyu irdelerken, yurt dışında (Almanya dışında) bu konuyla ilgili uygulamaların farklılıklar gösterdiğini görüyoruz. Yurt dışında hukuk seçimi çoğunlukla bilinmediği

20 Bkz. BGH Fam RZ 1999, 208 = JuS 1999, 707, Nr. 7 *(Hohloch*).

21 Bu kapsamda Bkz. örneğin OLG Karlsruhe Fam RZ 1989, 748 ve *Hausmann* IP Rax 1990, 382; haksız fiil hukuku ile ilgili düzenlenen ve nafaka esaslarını içeren tazminat hakları için Bkz. OLG Stuttgart Fam RZ 1993, 975.

22 Genellikle EuGH 6. 3. 1980-120/79-, de Cavel, Sammlung, 1980, 731 = NJW 1980, 1218 = IPRax 1981, 19 (*Hausmann'ın* makalesi ile birlikte) s.5 vd.; Avusturya 'da ABGB'nin 1220. paragrafına göre gelinin nafaka olarak çeyiz talebine dair, Avusturya OGH 28.8.1997, ZfRV 1998, 39; bu konuyla ilgili Bkz. *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeβrecht (Avrupa Medeni Usul Hukuku) 7. Bası, 2002, madde 5, Rn.48, 49.

için bu nedenle bir sorun yaşanmamaktadır. Epey bir süre önce La Haye Konferansı için yapılan bir anket, hemen hemen tüm Avrupa ülkelerinde ve Japonya'daki kamuoyu görüşünü ve hukuki durumu ortaya koymuştur[23]. Doğru olarak niteleyebileceğimiz tek bir istisnayı, Hollanda'nın mahkeme kararlarında bulabiliriz. *Hoge Raad* takriben 6 yıl önce verdiği kararında, Hollanda için hukuk seçiminin La Haye Nafaka Sözleşmesinde belirtilmemesine rağmen mümkün olduğunu belirtmiştir[24]. *Hoge Raad'*ın bu kararı, boşanma durumunda, boşanma sonrası nafaka için ayrı yaşayanların nafaka statüsünün değişikliğinden kaçınılması konusunda isabetlidir. Hukuk seçiminin Hollanda iç hukukunun lehine kabul edilmesi, aynı zamanda eşlerin hukuk seçiminde kamu düzenini koruma adına birlikte göz önünde bulundurdukları olası kötü bir sonucun ortaya çıkmasını da önlemiştir[25]. Kararın verildiği boşanma sonrası nafaka talebinde bulunanların mutat meskeni olan Hollanda'da bu hukuki durumla ilgili oluşan olumlu mutabakat ve bunun sosyal barışa olan katkısı dikkate alındığında, *Hoge Raad*'ın desteklediği hukuk anlayışının az da olsa benimsenmesi son derecede önemliydi[26]. Burada La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin sınırlı ölçüde bağlama noktası düzenlemesine uyulması ağırlık kazanıyordu. Bu nedenle, bir sözleşmenin özellikle (unutulmuş) bir hukuk seçimi sırasında, sözleşmenin yanı sıra, bir

23 Almanya, Fransa, İtalya, Japonya, Lüksemburg ve İsviçre hukuklarını eleştiren nafaka yükümlülüklerine dair özel komisyon dökümanları (1999). Polonya bu konuyla ilgili olumlu tavır takınmaktadır. Hollanda'nın görüşü için; Bkz. Conference de La Haye de droit international prive-Document préliminiare no 3á l'intention de la Comission spéciale d' avril 1999, Bkz. , ayrıca General Conclusions of the Special Commission of November 1995 on the operation of the Hague Convention relating to maintenance obligations and on the New York Convention of June 20, 1956 on the Recovery Abroad Maintenance, paragraf 30-34.

24 Hoge Raad 21. 2. 1997, Rvd W 1997, 56 = NIPR 1997, sayı 70; İngilizce dilinde *Sumanpouw* tarafından basılmıştır; NILR 1998, 115 vd. Almanca özetlenerek çevirisi için Bkz. *Boele Woelki* (dn. 15) 492 vd.

25 Hollanda'da yaşayan iki boşanmış İranlı eş kendi aralarında oluşan evlilik sonrası nafaka hakları için Hollanda hukukunu kullanmayı kararlaştırmışlardır. La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesine rağmen, Hollanda sözleşmeye taraf olan devletler arasında sayılmaktadır. (Krş. BGBI. 1987 II, s. 225).

26 Yurt içinde (Almanya'da) bunu kabul edenler: *Kropholler* (dn.15), Hollanda'da yine *Boele-Woelki*, Familie und Jugend Recht (FJR) 1997, 133; daha önceki Hollanda'daki araştırmalarda bunu reddedenler: *van Maas de Bie*, WPNR 1993, 663, 665; *Sumanpouw* (dn. 24) 115.

bilinçsiz boşluğun hâkimin yarattığı hukukla doldurulması kolayca anlaşılabilir. Oluşum sürecinde hukuk seçimi düşüncesinin dikkate alınmadığı bir sözleşme düzeninin bu şekilde işleyişi oldukça önemli bir gelişmedir. Şüphesiz milletlerarası özel hukukta Hollanda hukuku ve mahkemeleri son derecede cesur bir görünüm sergilemektedir. Bütün olarak baktığımızda, hemen hemen Hollanda'nın tüm bölgelerinde Kanunlar İhtilafı Hukukunun bağlama noktası sisteminin modern ve düzenli bir gelişimi için iyi emareler görürüz[27].

III. Nafaka Statüsünde "Hukuk Seçimine" İlişkin Düşünceler

1.İrade Serbestîsinin Gelişmesi

Avrupa'daki Kanunlar İhtilafı Hukuku düzenlemelerinde, irade serbestîsinden kaynaklanan hukuk seçimi düşüncesinin bugünkü yaygınlıkta ve ölçüde olmadığı bir dönemde, La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4. maddesi ve devam eden maddeleri veya EGBGB'nin 18. maddesi bu düşüncelerin etkisiyle ortaya çıkmıştır. EGBGB'nin 18. maddesi bugünkü düzenleniş şeklini, Kanunlar İhtilafı Hukukunun 1981-1986 reform sürecinde almıştır. Alacaklının tüm nafaka ilişkileri için mutat meskeni objektif bağlama noktası ya da ikinci bir yol olarak müşterek milli hukuk bağlama noktası, daha önceki dönemde, nafakayı gerektiren birincil ilişkilerin (örneğin evlilik, çocuk gibi) sonucu olarak gören çok çeşitli eski bağlama noktalarının yerine geçmiştir[28].

La Haye Nafaka Sözleşmesinin 4. maddesi ve devamında, ayrıca EGBGB'nin 18. maddesinde Kanunlar İhtilafı Hukukunun bağlama noktası sisteminde nafakanın bağımsızlaştırılması açıkça görülen bir ilerlemedir. Bu ilerleme, iki yönden gerçekleşmektedir: bir yandan nafakanın genel olarak bir bağlama noktası olarak ele alınıp değerlendirilmesi ve bağımsızlaştırılması, diğer taraftan da hak sahibi ve

---

27 Hoge Raad'ın 21.2.1997 tarihli kararına ilişkin böyle gerekçeler için, bkz. *Mankowski* (dn.15) s. 317 vd.; Hollanda'da hâkimin yarattığı hukuk / örf ve âdet hukuku uygulamalarında yürürlüğe girmemiş yasa tasarılarının değişikliğine dair, örneğin milletlerarası haksız fiil hukuku, *Hohloch,* Das Deliktsstatut (Haksız Fiil Statüsü) 1984, 212 vd.

28 Bkz. EGBGB'nin 18. maddesinin yürürlüğe girmeden önceki eski hukuka ve La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4.maddesi vd., ayrıca; *Erman/Hochloch* (dn. 2) EGBGB'nin 18. maddesi Rn. 1, 2.

ihtiyaç sahibinin en güvenilir ve en uygun ölçütlerle nafakasının içeriğinin sosyal çevreye (sosyal ve ekonomik durumuna) göre belirlenmesi. Geçtiğimiz yüzyılın 80'li yıllarında belirlenen hak sahibinin mutat meskeni objektif bağlama noktası yönteminin geçerli olması ilkesi kuşkusuz iyi bir çözümdü. Bu çözüm yolu, bugün de Anayasada tartışmasız yer alan Kanunlar İhtilafı Hukuku normlarının değerlendirmelerini içermektedir[29].

Bu değerlendirmede 80'li yıllarda nafaka statüsünün uzlaşma yoluyla belirlenmesi yöntemi ve içeriği konusunda bir tartışma yapılmamıştır. Fakat 1986 yılından beri Uluslararası Aile Hukukunda hukuk seçimi konusunda önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Yürürlükteki hukukta nafaka statüsündeki hukuk seçiminin sınırlı ölçüde tanınmış olması (14. madde paragraf 2 ve 3; 15. madde, paragraf 1, 2 ve 17. Ayrıca EGBGB'nin 14. maddesi, paragraf 2., 3.) ve evlenme sözleşmesinde hukuk seçimi ilkesinin yerine getirilmesinin uygulamada yerleşmesi, hukuk seçiminin bu konuda kendisini tamamen kanıtladığı anlamına gelmektedir. Sözünü ettiğimiz konunun, özellikle, hukuki güvenliğin korunması ve hukuk seçiminin EGBGB'nin 14. maddesi ve devam eden maddelerinde beyan edilen yasaların yapılış ruhuna uygun olarak kullanılması bağlamında önemi ortaya konmuştur[30]. Bu süreç, bu arada Kanunlar İhtilafı Hukukunun Avrupalılaşması ve Milletlerarası Medeni Usul Hukuku bağlamında devam etmektedir. EuGVO'nun yetki hukukunda bir nafaka uyuşmazlığının tarafları, EuGVO'nun 2. ve 5. maddesine göre her ne kadar davalı ve davacının yetkili mahkemesini belirlemiş olsa da, EuGVO'nun 23. maddesinde öngörülen erteleme

29 Krş. yukarıda dn. 2 ve 5 teki yorumlara; eleştiriler La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve EGBGB'nin 4.maddesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Ayrıca, bkz. *Staudinger/v. Bar/Mankowski,* EGBGB, 13. Gözden Geçirilmiş Bası, 1996, EGBGB'nin 18.maddesi Rn.231-233 ayrıntılı belgelerle birlikte.

30 Bkz. Kanunlar İhtilafı Hukukunda, hukuk seçimine göre bağlama noktasına ve irade serbestisine dair, IPR *Erman/Hohloch* (dn. 2) EGBGB'nin 3. maddesi giriş bölümü Rn. 24 vd; 27; *Hohloch*, JuS 1989, 81 vd., eski kaynaklar, örneğin İsviçre Federal Mahkemesi (Schweizerisches Bundesgericht) 31. 8. 1953, BGE 79 II, s. 295, 299 vd., *Dölle* Rabels Z 17 (1952) 170, 173 vd.; *Gamilscheg*, ACP 157 (1958/59) 303, 312 vd. Bkz. *Siehr*, FS Max Keller (Zurich 1989) s. 485, 486.

işleminde yetki konusunda anlaşmayı engellemiştir[31]. Bu bakımdan itiraf etmeliyiz ki, böyle yetki anlaşmalarının uygulamada pek o kadar önemi yoktur. Bir nafaka hukuku uyuşmazlığının tarafları için davacı veya davalının yetkili mahkemesinden başka bir yetkili mahkemenin düşünülmesi çok nadir durumlarda dikkate alınmaktadır.

Kanunlar İhtilafı Hukukuna göre günümüzde ve yakın bir zamanda hukuk seçimine başvurma mümkün olabilecektir. Avrupa Birliği'nin EGV'sinin 65. maddesinde yer alan "eylem planı" boşanma hukuku ile boşanma sonrası hukuk sürecinde art arda bir dizi yönetmelik düzenlemelerinin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Şu ana kadar Avrupa'da olduğu gibi, günümüzde de örneğin yabancı unsurlu evliliklerde ve ayrıca ortak mutat mesken bağlama noktası durumunda büyük bir rol oynayan vatandaşlık esasının Avrupa Milletlerarası Aile Hukukunda artık birincil derecede rol oynamayacağına ilişkin öngörüyü kabul etmemiz zor değildir[32]. Bunu, 2. ve 3. maddelerinde çok açık bir şekilde mutat meskeni tercih eden ve ikametgâh ile tabiyete eş değer ölçüde yer vermeyi geri plana iten EheVO hukuku göstermektedir[33]. Buna uygun olarak tıpkı Boşanma Hukukunda olduğu gibi, mal rejimi ile evlenmenin genel hükümlerinde de alışık olduğumuz görüş ve düşünce pek yakında değişecektir. Yer değişikliğine imkân veren ve belli bir süre için değişmeyen bağlama noktası, Avrupa kıtasının geleneksel tabiyeti esas alan bağlama noktası yerine geçecektir. Aynı zamanda, bu bağlama noktası, Mal Rejimi Statüsünün Değişmezliği İlkesi yasallaşmazsa, onu sınırlayacaktır. Buna benzer bir değişiklik de boşanmanın bağlama noktası gelişmesinde olacaktır. Ortak mutat mesken bu düzenlemede temel kural olacaktır. Burada sürekli tabiyet bağlama noktasının esas alınmasından vazgeçilmesi mantıklı olacaktır[34].

---

31 EuGVÜ'nün şu andaki 17. maddesi; bkz. *Kropholler* (dn. 22) madde 23, Rn. 1.

32 Bkz. *Henrich* ve *benim (Hohloch)* makalelerime, yukarıda dn. 8.

33 29. 5.2000 tarihli karı ve kocanın ortak çocuklarına karşı sorumluluklarıyla ilgili yargılama, boşanma ve ayrılık işlerinde kararların tanınması, tenfizi ve yetkileri konusunda konseyin (Avrupa Konseyi'nin) (EG) 1347/2000 sayılı yönetmeliği, ABI. EG 2000, Sayı L160, s.19.

34 Bunun için *benim* (*Hohloch*) makaleme bakınız, FS Hans Stoll (dn. 10) s. 543 vd.

Belirtilen bu iki alan için gösterilen farklı sebepler, hukuk seçiminin ek bir imkân olarak sadece korunması değil, onun aynı zamanda iyice geliştirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bunlar uzlaşılarak seçilen bir hukukla birlikte sosyal ilişkilerde büyük ölçüde uygulanabilirliği olan basit sebepler olabilir. Ama gerektiğinde hukuk kültürü açısından daha tutarlı sebepler olabilir. Örneğin, bir karı koca uzun yıllardır ortak ikamet ettikleri bir ülkede mal varlıklarına ilişkin hukuksal işlemlerinin o ülke hukukuna göre düzenlenmesi yerine, önceden olduğu gibi, kendi ülkelerinin mal rejimini tercih ederlerse, daha mantıklı hareket etmiş olabilirler[35].

Bu şekilde devam eden bir gelişmenin burada önemli bir sonucu şudur ki, mal rejimi ve boşanma hukukunda uygulanması gereken hukuk seçimi gittikçe önem kazanmaktadır. Mal rejiminde kararı etkileyen nedenler daha ziyade önceden planlanmış şekilde olabilir; daha sonra eğer hukuk seçimi olmazsa, o zaman seçilen bağlama noktası şu ana kadarki objektif ve katı bağlama noktasının yerine geçer. Boşanma hukukunda ise, boşanan tarafların birbirlerine yaklaşım biçimleri daha farklıdır: Seçilebilecek sınırlı haklardan hemen hemen hiç ihtilaflı (nizalı) olmayan ve boşanmayı en kolay ve kısa yoldan gerçekleştirilebilecek olan bir hukukun seçimine karar verilir. Başka bir sebep de, boşanmanın sonuçlarıyla ilgili düzenlemeye, yürürlükteki La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8.maddesine, yani evlilik sonrası nafaka düzenlemesine önem verilmesidir. Bu son belirttiğimiz yaklaşım, boşanma sonrası nafaka için böyle hukuk seçiminin dolaylı olarak önemini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Burada uygulanan hukuk, seçilen bir boşanma statüsü olduğu için daha sonra boşanmanın sonuçları statüsü olarak, boşanma sonrasında yardıma muhtaç olan eşlerin nafakasını belirleyen hukuktur.

Miras ve eşya hukukunda olduğu gibi, haksız fiil hukukunda da İrade Serbestîsi ile ilgili hukuk seçiminin oynadığı rolü veya gelecekte

35 Bundan böyle boşanma statüsü konusunda Avrupa Birliği yönetmeliklerinde eşler için boşanma sırasında müşterek milli hukuk ya da mutat mesken hukuku arasında bir seçme hakkı olacak. Boşanma için müşterek milli hukuku seçme sebebi, her ne kadar ikamet ettiği ülkede uzun bir süre kalmış olsa da yine de hukuk kültürü bakımından tarafların kendi anavatanında yerleşmiş bir gelenek olabilir, ama uygulamada önemli bir sebep için bkz. yukarıdaki metine.

daha büyük bir rol oynayacağını[36] aile hukukunda başvurulabilecek olan bu gelişmeye dâhil edersek, o zaman en azından hukuk seçimini açıkça tanımayan hali hazırdaki nafaka hukukunda söz konusu olan bağlama noktası çeşitleri hakkında etraflıca düşünmek doğru olacaktır. Sonuç olarak hukuk seçiminin olması gereken hukuk bakımından nafaka hukukuna da gireceğini söyleyebiliriz. Hukuk seçimi, bugün artık sözleşme hukukunun çok ötesinde asli bağlama noktalarından biridir. Onun bu statüsü uluslararası aile hukukunun önemli bölümleri içinde yer aldığını kanıtlamaktadır. Araştırmamızın bundan sonraki son bölümünde bulunan ilgili kanıtlar bir araya getirilerek tartışılacaktır.

2.Nafaka Statüsü ve İrade Serbestîsi

Uluslararası Aile Hukukundaki bugünkü gelişmeler, hukuk seçiminin bir bağlama noktası olarak uygulanması için artık çok açık bir eğilim olduğunu ortaya koymaktadır. Objektif ve katı bağlama noktası, en azından sınırlı sayıdaki imkânların içinde uygun olmayanı bırakarak daha uygun olanını ve "daha ilişkili'' olanını seçmektir. Seçilen bu yöntemin bu işlevi nafaka statüsünde de yerine getirip getiremeyeceği elbette ancak bu tür bir olayın meydana gelmesinde anlaşılabilir.

Sorunu çözerken dikkate alınması gereken milletlerarası özel hukukla ilgili kurallara bağlı kalınması araştırmamızın esasını oluşturmalıdır. Ayrıca bugün ülkemizde hukuk seçiminin, yürürlükteki hukuka göre EGBGB'nin 18. maddesindeki objektif bağlama noktası yerine ne derecede geçip geçemeyeceği ya da bunun olması gereken hukuk bakımından söz konusu olup olmayacağının ayırt edilmesi gerekir. Hukuk seçiminin bu son olarak belirttiğimiz bağlamda dikkate alınması, Avrupa hukukunda arzu edilen çözüm şekillerinden biridir. Bir hukuk seçiminin faydası uygulandığı bölgelerde karşılıklı çıkarların korunmasından çok, belli bir koruma düzenindeki çıkarlara ağırlık veren bir hukukta, irade serbestîsinin korunmasını öne çıkarmaktır[37]. Nafaka hukukundaki asıl bağlama noktası, hukuk çevresini dikkate alır ve bu

[36] Bkz. EGBGB, madde 27, 42; Uluslararası Eşya Hukukunda hukuk seçimi karşısında çelişkili tavırlara ilişkin; Bkz. *Wagner,* IPRax 1998, 435 ve BT-cildine, 14/343, s. 16 (EGBGB, madde 43 vd., n. F.).

[37] Krş. yukarıda dn.30.

bağlamda mutat meskenin belirlenmesinde sürekli olarak bağlantının nasıl kurulabileceğini göz önünde bulundurur. Zira bu çevre, kurulacak ve icra edilecek ilişkilerin koşullarını özel bir şekilde belirleyip ortaya koyar. Bu yüzden mutat mesken için bağlama noktası, özellikle ihtiyaçların ölçüsü ve gerekliliği için en uygun hukuk yöntemini belirlemek için etkilidir[38]. Buna ek olarak yetkili mahkemenin değişmesinde bir bağlama noktasının değişimini ve aynı zamanda mevcut durum ve şartların değişimini dikkate alan anlamlı bir statü değişikliğini mümkün kılan ve kuşkusuz yürürlükteki hukukta mutat mesken hukukunun katı kurallarını da gerektiren bağlama noktasının değişmezliğini ve esnekliğini belirtebiliriz. Yürürlükteki nafaka statüsünde mevcut olan ortak müşterek milli hukuk bağlama noktası (EGBGB'nin 5. maddesinin 1. fıkrası, cümle 2 /La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 5. maddesi) ve Alman hukukundan başvurulan mercinin hukuku (*lex fori*) olarak yararlanma, özellikle eksik ve boşlukları tamamlama kapsamında koruma görevini yerine getirir. Yani eğer bu korumayla birinci derecede ilgili olan nafaka hukuku gerçek bir ilişki kurmada yetersiz, ya da istenen derecede yol gösterici olmazsa, o takdirde nafaka alacaklısının ihtiyaçlarının sürekli olarak korunması için ilave önlemler almak gerekir.

La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile EGBGB'nin 18.maddesinin 4.fıkrasına göre boşanma nafakasında şu andaki hukuki düzenleme ile menfaat ilişkisi arasında bir karşılaştırma yaparsak, olayın daha da karmaşık bir hale geleceğini ve aynı zamanda daha az tatmin edici bir boyut kazanacağını söyleyebiliriz. Boşanmada, boşanan kişinin nafaka statüsünü değişmez bir statü olarak benimseyen bir hukuk anlayışından yararlanma, bir kısır döngüye dönüşür[39]. Anlaşıldığı kadarıyla çözümü sağlayacak olan tutarlı bir sonuç, tabii ki anlamlı bir bağlama noktası

38 Krş. La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4. maddesindeki düzenleme; Kanıtlar: Münch Komm BGB/ *Siehr* (dn. 2), EGBGB, madde 18, ek I Rn. 83 ve 84.

39 1986 öncesindeki eski Kanunlar İhtilafı Hukukunda durum böyle, krş. Münch Komm BGB/ *Lorenz*, 1. Cilt, 1984, EGBGB, madde 17, Rn. 288. La Haye Nafaka Sözleşmesi madde 8, kararı etkileyen sebepler, Bkz. *Verwilghen'in* raporu, s. 488 ve özellikle s. 63 (Nr. 153, fıkra 1). EGBGB, madde 17, fıkra 1, cümle 2, boşanma statüsünün nafaka statüsünden ayrılmasına ilişkin, bkz. örneğin OLG Ham IPRax 1995, 174 ve *Heinrich'in* makalesi s. 166.

oluşturacak menfaatlerle kısmen örtüşmektedir. Aslında sözü edilen nafaka ilişkilerinden başka ilişki türleri yoktur[40]. Nafakaya muhtaç olan kişinin öncelikle korunması gerekir. Bu durum boşanan bir kişinin nafakasında dikkat edilmesi gereken menfaatleri için de geçerlidir. Bunu şöyle küçük bir örnekle açıklayabiliriz. Ülkemizde (Almanya'da) yaşayan bir Türk çocuğuna EGBGB'nin 18. maddesinin 1. fıkrası bent 1'e göre Alman iç hukuku uygulanarak tıpkı aynı ülkede yaşayan bir Alman çocuğuna verilen hakların aynısı yani eşit hak ve imkânlar veriliyorsa, o zaman onun Türk annesinin de Türk eşinden boşandıktan sonra tıpkı boşanmadan önce ayrı yaşadığı süre içinde olduğu gibi nafaka talep edebilmesi gerekir. Bugün artık boşanma statüsünün ilkelerine ve La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesine dayandırılan sebepler o kadar inandırıcı gözükmemektedir.

Her nafaka ilişkisinde gerçek bir statü ilişkisi değil de, Aile Hukukunda belirtilen hakların elde edilmesi söz konusu olur. Borçlar Hukukunda belirtilen nafaka edimini talep hakkı, tamamlayıcı kurallardandır. Bu yüzden bu kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk açısından tereddütsüz olarak irade serbestîsine, yani ilk etapta hukuk seçimine yer verir. Elbette keyfi hukuk seçiminin fazlalığına karşı sınırlandırmalar vardır. Serbestçe hukuk seçimine ilişkin bu sınırlandırmalar, EGBGB'nin 27. maddesinin 3. fıkrasından EGBGB'nin 6. ve 34. maddelerinde yer alan kamu düzenini korumanın şekillerinden biridir ve böylece emredici hükümler aracılığıyla, kamu yararının korunması için sözleşmelerde zayıf konumdaki bazı kişilerin korunması sağlanır. Bu bağlamda, özellikle menfaatleri koruma, örneğin daha zayıf olanı koruma düşüncesi (iş sözleşmesi, tüketici sözleşmesi) gibi menfaatleri elde etmek için EGBGB'nin 29. ve 30. maddelerinden ya da EGBGB'nin 29 a maddesindeki özel normların uygun olanlarından yararlanılabilir ama tüm bu sınırlandırmalar, hukuk seçiminin serbestçe yapılmasını kural olarak engellemez.

40 Buna göre La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 14. maddesi Nr. 3, evlilik sonrası nafaka için La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4. - 6. maddelerinin uygulanabileceğinin yolunu açmıştır. Federal Almanya, bu işi iyi beceren Portekiz ve Lüksemburg'tan farklı olarak bu imkânı kullanmamıştır, bkz. MünchKomm BGB/ *Sieh*r (dn. 2); EGBGB madde 18, ek 1, Rn. 163.

Bu durum, yasal dayanaktan yoksun, örneğin evlenme yoluyla akraba olanlar arasındaki ya da evlenmeden birlikte yaşayanlar arasındaki nafaka haklarından farklı değildir. Bu alanda irade serbestîsi ile ilgili hukuk seçimi hiçbir aykırılık göstermez. Eğer hukuk seçimi olmazsa, o takdirde EGBGB'nin 28. maddesinin 1. fıkrası geçerli olur. Bu madde,, her şeyden önce hak sahibinin mutat meskeni ile ilgilidir. Zira orada kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden doğan ilişkinin en önemli noktası yer almaktadır. Bununla EGBGB'nin 18. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi ile hak sahibinin mutat meskeni bağlama noktası bire bir örtüşmektedir.

Menfaatler, yasal nafaka hakları alanında da hukuk seçiminin kabul edilmesi hususunda engel teşkil etmez. Nafaka, maddi açıdan hayat güvencesi sağlansın diye belli süreler için yapılan yardımlar anlamına gelir. Keza ikametgâh değişikliği olduğu zaman EGBGB'nin 18. maddesinin 1. Fıkrasının 1. cümlesinde öngörülen statü değişikliği, bu yüzden tarafların üzerinde kendi istekleriyle, zorunlu olmadan anlaştıkları haklar kapsamında hukuk seçimine imkân vermektedir. Bu imkân nafaka ilişkisinin bir ya da her iki tarafın dâhil olduğu devletin hukukunun seçilmesiyle bir statü değişikliğini kabul edebilir ya da tamamen reddedebilir. Bu da kullanılması gereken birtakım yeni avantajlar sağlar.

Nafaka Hukuku ile ilgili hukuk seçiminin uygulanabilirliğine ilişkin bir şüphe yoktur. O, yürürlükteki hukuka göre kendisini iki açıdan kanıtlamıştır. Yabancı uyruklu evlenmeden birlikte yaşayan taraflar arasında bir nafaka sözleşmesi yapılırsa, o takdirde EGBGB'nin 27. maddesine göre hukuk seçimi kolaylıkla uygulanabilir. Bu hukuk seçimi, açık ya da örtülü olarak, sonradan olabileceği gibi önceden de yapılabileceği ve nihayet aslında evlenmeden birlikte yaşayan taraflar arasındaki Alman hukukunun tanıdığı yasal haklardan farklılıklar gösteren hakları da garanti eden bir hukuka dayanarak yapılabilir. Bu haklar burada borçlar hukukuna göre belirlendiği için, burada borçlar hukuku ile ilgili diğer sözleşmelerle bir karşılaştırma yapmanın hiçbir anlamı yoktur[41].

41 Bkz. *Erman/Hohloch* (dn.2) EGBGB, madde 13 Rn. 10 vd. Rn. 11'de nafaka için EGBGB'nin 18. maddesinden yararlanılmasıyla ilgili olarak; bkz. oradaki bağlama noktası,

Her halükârda sınırlı bir hukuk seçiminin uygulanabilirliğinin görüldüğü ikinci bir alan da boşanma sonrası nafakadır. Daha önce de belirtildiği üzere boşanma sonrası nafakada herhangi bir sorun yaşanmamaktadır. Zira orada boşanma statüsü bilinçli olarak ya da EGBGB'nin 14. maddesinin 2. ve 3. fıkrasına göre ele alınmaktadır. Bu şekilde seçilen hukuk, EGBGB'nin 18. maddesinin 4, 5-7. maddelerinde tanımlanan imkân ve sınırlılıklar kapsamında uygulanan boşanma statüsü olarak boşanan tarafların her yönüyle nafakasını belirler. Hukuki durum, EGBGB'nin 17. maddesinin 1. fıkrasında ya da bu kanunun 18. maddesinin 4. fıkrasında boşanma statüsü ile nafaka statüsünün tanımlandığı yerden farklı değildir. Aynı şekilde doğruluğu kanıtlanmış böyle durumlarda hukuk seçimi nafaka hukukunun değişik alanlarında da uygulanabilir. Bu durum, şu anda, evlilik sonrasında olduğu gibi evliliğin devamı sırasındaki nafaka için de geçerlidir. Bu arada, eşlerin ayrı yaşama nafakasını, hak sahibinin mutat meskeni kapsamındaki hukuktan farklı başka bir hukuka göre talep edilebileceği durumlar akla gelebilir.

Yürürlükteki hukuka göre böyle bir hukuk seçimi her ne kadar istisnai durumlar için anlamlı görünse de hukuki durum karşısında seçilmesi mümkün değildir. Bu konuda, EGBGB'nin 18. maddesi hukuk seçimini öngörmemektedir ve yürürlükteki hukuka göre doldurulması gereken bir boşluk da mevcut değildir. Bu bakımdan bu makale, yürürlükteki hukukun uygulanışını değiştirmez[42]. Yine de böyle bir hukuk seçiminin kabul edilmesi anlamlı olur. Aynı şekilde yazılı bir talep olduğunda, hak sahibinin mutat meskeni değişirse ama resmi sıfatı değişmezse, seçilen hukukla ayrı yaşama nafaka düzenlemesine göre ikametgâh değişikliğine rağmen nafaka işleminin düzenli olarak yerine getirilmesi sağlanır. Örnek olarak daha önce sözünü ettiğimiz bir Türk ailesini verebiliriz. Yurt içinde (Almanya'da) ayrı yaşamaya başlayıp ve

yalnız "objektif'' bağlama noktası ve Rn. 10' da bölümler halinde sınıflandırılarak açıklanan bağlama noktasını engellememektedir.

42 *Mankowski'nin* düşünceleri bu bakımdan tutarlı (dn. 15) s. 316-319, yürürlükteki hukukun oradaki uygulanışı ile ilgili bilgiler bugünkü durum açısından bir zıtlık teşkil etmemektedir. La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesi, aynı sözleşmenin 14. maddesi Nr. 3'de de görüldüğü gibi, bilinçli bir boşluk değildir. Bu durum Alman hukuku için uygulanmazsa, mahkemelerin bu boşluğu doldurma görev ve yetkisi yoktur.

daha sonra yabancı bir ülkeye Almanya dışına gitme durumunda, nafaka hakkında Alman Hukukunun hüküm verdiği bir nafaka sözleşmesi yapmanın hiçbir bilimsel dayanağı yoktur. Böyle bir hukuk seçimi en yaygın olan hukuk seçimidir. Ama boşanma statüsünün ayrı yaşama nafakasına göre düzenlenmesi gibi başka bir seçenek de düşünülebilir. EGBGB'nin 14. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında daha başka seçenek imkânlarından da söz edilmektedir.

Boşanma sonrası nafaka, uygulamada görülen en önemli durumdur. Bu bakımdan bu durum en çok istenilen hukuk seçimi imkânıdır; ayrı yaşama nafakası artık buna göre düzenlenmektedir. Ayrıca boşanma statüsünün yerine mutat meskende ilgili hukuk seçimi imkânı da en çok istenilen hukuk seçimidir. Böyle hukuk seçimi imkânlarının avantajları açıkça bilinmektedir. Taraflar kendi aralarında anlaşabilirlerse tek tip bir hukuk seçimi, hem boşanma sonrası süreyi, hem de ayrı yaşama süresini ve aynı zamanda iştirak nafakasına ilişkin hakkı da kapsayabilir.

Bu arada iştirak nafakasında bile karşılaştırmalı bir hukuk seçimi düşünülebilir; örneğin boşanma statüsü, müşterek milli hukuk veya gelecekte mutat mesken gibi.

3.SONUÇ

Nafaka hukukunda hukuk seçimi uluslararası hukuk reformu çerçevesinde tanımlanan sınırlılıklar içinde adım adım uygulanmalıdır. Hukuk seçimi yalnızca zaman bağlamı için söz konusu olamaz. Aile Hukukunda ve Aile Hukukunun değiştirilmesinde hukuk seçiminin çağdaş bir noktaya kavuşturulması her ne kadar ihmal edilemeyecek derecede bir öneme haiz ise de, o yalnız başına bir hukuki durumun değiştirilmesinde yeterli sebep olamaz[43]. Hukuk seçiminin nafaka için kanunlar ihtilafı hukukuna girişi ise, evlilik veya neseple ilgili bir düzenlemenin eki olarak muhtemel bir hukuk ilkesi için başka bir adım olabilir. Ayrıca bu hukuk seçimi, Avrupa ülkeleri halklarının önceki dönemlere göre çok daha fazla bir hareketlilik gösterdiği günümüzde, çocuklar ve eşlerin nafakası ve mal

43 Bkz. bunun için, eleştirisel bir bakışla, *yazar* (*Hohloch)*, Familienrecht (Aile Hukuku), 2002, Rn. 63 vd.

rejimi ile boşanma konusunda bir birlik oluşturabilecek bir Avrupa Kanunlar İhtilafı Hukuku oluşturulabilmesi için kayda değer bir avantaj sağlayabilir.