

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi e-posta yoluyla bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries, case notes and commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submission kindly contact via e-mail.

2018/2.
SAYI İÇİN

Web sitesi/Web Site : yb hukuk dergisi.com

ULAKBİM Dergipark : dergipark.ulakbim.gov.tr/yb hukuk/

İletişim/Contact : ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

Posta Kodu/Zip Code : 06680

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2018/1

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör/Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yayın Kurulu/Editorial Board

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA

Arş. Gör. Köroğlu KAYA

Arş. Gör. Bilâl TOPRAK

Arş. Gör. Cansu KORKMAZ

Arş. Gör. Emre İkbâl AÇIKGÖZ

Uzman Ali SAĞLAM

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) yılda iki sayı olarak yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir.

Bu çalışma Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) kapsamında desteklenmektedir.

Basım Yeri/Printed in : Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312 397 00 31 - **Faks:** 0312 397 86 12

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Desing: Safure ARSLAN

Basım Tarihi/Date of Publication: Ocak 2018/October 2018

Yayın Türü/Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik/ANKARA

Tel : +90 0312 906 21 02/0312 906 21 69

Belge Geçer/Fax : +90 312 906 29 62

Elektronik Ağ/Website: www.ybhukukdergisi.com

E-posta/E-mail: ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

DANIŐMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ali Şafak BALI	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN	<i>Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Kemal ŐENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucularımız,

“Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi” nin üçüncü yılına girmesinin yanı sıra, beşinci sayımızı çıkartıyor olmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

2016 yılının Ocak ayında ilk sayısını çıkardığımız dergimizin akademik hayatta iyi bir yerde olması, kaliteli dergiler arasında yer alması için gösterdiğimiz çabaların meyvesini çok şükür almaya başladık. Dördüncü sayımızın dizgiye girdiği sıralarda Heinonline’den aldığımız dergimizin taranmasıyla ilgili cevapla çok mutlu olduk. Bu konuda gerekli sözleşmeyi yaptık, ancak büyük bir uluslararası veri tabanı olması nedeniyle ilk sayıdan itibaren tüm makalelerin sisteme yüklenmesi henüz tamamlanmadı.

Bununla birlikte, dergimizi çıkarmaya başladığımız ilk günden bugüne tüm çalışmalarımızda TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin’in kriterlerini kendimize referans aldık. Bunun karşılığını da Kasım 2017’de aldık. Dergimizin TÜBİTAK ULAKBİM Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından 2016 yılından itibaren TR- Dizin’de dizinlenmesinin uygun olduğuna karar verildi. Böylece ilk sayıdan itibaren yayınlanan tüm makaleler TR Dizin’de taranan makale statüsünü kazandı.

Bu vesile ile dergimiz herhangi bir veri tabanında taranmadığı halde bizlere makale gönderen tüm yazarlarımıza teşekkür etmek istiyorum. Amacımız YBHD’yi her zaman daha iyiye doğru götürmektir. Dergimize olan talebin gün geçtikçe artması ve veri tabanlarında taranma konusunda elde ettiğimiz başarı, iyi yolda olduğumuzun bir göstergesi olmuş ve bizleri daha da motive etmiştir.

Makalelerin takibinden, kör hakemlik sisteminin uygulanmasına, dizgi aşamasındaki en ufak noktadan virgülüne her sayfanın birkaç kez okunmasına kadar çok emekler vererek çıkardığımız dergimiz çok şükür ki gerek akademisyenler gerekse de uygulayıcılar tarafından tercih edilen bir dergi olmayı başarmıştır.

Daha çok okuyucuya ulaşması ve hem ulusal hem de uluslararası erişimin sağlanabilmesi için dergimizi online olarak <http://ybhukukdergisi.com/> adresinde yayınlamanın yanında, tüm hukuk fakülteleri ve kütüphanelere, Anayasa Mahkemesi’ne, Yargıtay’a, Danıştay’a, Barolara ve hukuk alanında faaliyet gösteren birçok kurum ve kuruluşa gönderiyor, yurt dışında da hukuk alanında isim yapmış birçok kütüphaneye dergilerimizi iletiyoruz.

YBHD’nin bu sayısında ikisi Almanca ikisi de İngilizce olmak üzere toplam sekiz (dördü özel ve dördü kamu hukuku alanlarında) makaleye yer verilmiştir.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsizin hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliyoruz.

Yayın aşamasında çalışmalarımızda desteklerini bizden esirgemeyen herkese ve özellikle de Yayın Kurulu’ndaki bütün arkadaşlarıma teşekkür ediyor, bu çalışmamızın hayırlara vesile olmasını diliyor, hepimize saygılar sunuyorum.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) • 2018/1
Yıldırım Beyazıt Law Review

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Editörden..... vii
İçindekiler.....ix

KAMU HUKUKU

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İkincilleştirilmesinin Bir Nedeni Olarak “Aşamalı Sağlama” Kavramı

The Concept of “Progressive Realization” As A Reason for the Marginalization of Economic, Social and Cultural Rights

Arş. Gör. Rabia İlay AKBULUT PEERZADA 1

İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda Hataen Öldürme Suçu

Crime of Killing by Mistake in Islamic and Ottoman Criminal Law

Arş. Gör. İlhan BULUT41

Siyasi Partilerin Kapatılması ve Demokratik Toplumda Gereklilik İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme

Dissolution of Political Parties and the Principle of Necessity in A Democratic Society: A Study Within the Scope of The Case Law of the European Court of Human Rights

Arş. Gör. Zeynep HAZAR.....73

Neutral, Neutraler, Kopftuchverbot: Warum Der Begriff Der Staatlichen Neutralität Neuerer und Moderner Auslegung Bedarf

Tarafsız, Daha Tarafsız, Başörtüsü Yasağı: Devletin Tarafsızlığı Kavramının Neden Daha Yeni ve Daha Modern Bir Yoruma İhtiyaç Duyduğuna Dair

Öğr. Gör. Selma ÖZTÜRK PINAR 107

ÖZEL HUKUK

Richtlinie 2008/94/Eg Des Europäischen Parlaments Und Des Rates Vom 22. Oktober 2008 Über Den Schutz Der Arbeitnehmer Bei Zahlungsunfähigkeit Des Arbeitgebers Und Deren Umsetzung In Österreich Und Deutschland

İşverenlerin İflası Durumunda Çalışanların Korunmasına İlişkin 22 Ekim 2008 Tarihli ve 2008/94/ AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve KONSEY Direktifi ve Bu Direktifin Avusturya ve Almanya'da Hayata Geçirilişi

Asst. Prof. Dr. Arzu AŞÇI135

Duty of Care and Loyalty While Running Joint Stock Companies under the Turkish Commercial Code

Türk Ticaret Kanunu Bakımından Anonim Şirketin Yönetiminde Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü

Kamil Abdu OUMER153

Are Attorney Fees Recoverable under Article 74 Of CISG?

Avukatlık Masrafları CISG'nin 74. Maddesi Kapsamında Tazmin Edilebilir Mi?

Ali Talip PINARBAŞI177

Know – How Sözleşmeleri

Know – How Contracts

Muaz Mücahit YILDIRIM207

Kamu Hukuku

EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLARIN İKİNCİLLEŞTİRİLMESİNİN BİR NEDENİ OLARAK “AŞAMALI SAĞLAMA” KAVRAMI

Arş. Gör. Rabia İlay AKBULUT PEERZADA*

ÖZET

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde insan hakları herhangi bir sınıflandırmaya tabi tutulmaksızın bir bütün olarak ele alınmıştır. Bu bütüncül yaklaşım, Birleşmiş Millet Şartı ile uyum içinde olduğu gibi, Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı ile de pekiştirilmiştir. Medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki ayrımın temelden yoksun olduğunu ve insan haklarının yapay bir sınıflandırma ile ayrılmayacağını ortaya koyan bu yaklaşım, doktrinde de destekleniyor olmasına rağmen, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, uygulamada halen ikincilleştirildiği görülmektedir. Bu durumun en büyük nedenlerinden biri, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması bakımından ekonomik kaynaklara duyulan ihtiyacın, İkiz Sözleşmelerin devletlerin yükümlülüklerine ilişkin ilgili maddelerinde farklı bir dil kullanılmak suretiyle teyit edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda, Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Sözleşme'de yer almayıp Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de ifadesini bulan “aşamalı sağlama” kavramı uygulamada yanlış anlamalara mahal vermiş olup Sözleşme'de tanınan hakların korunmasını zayıflatmıştır. Aşamalı sağlama kavramının ne anlama geldiğinin ortaya konulması, Sözleşme'de tanınan hakların pratikte anlam kazanabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu çalışmada ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tanınması açısından kabul edilen aşamalı sağlama kavramının anlamı ve sınırları, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin devletlere yüklemiş olduğu yükümlülükler ışığında ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, aşamalı sağlama

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,
rabia.ilay@gmail.com. (Geliş Tarihi : 17.11.2017 – Kabul Tarihi : 04.01.2018)

THE CONCEPT OF “PROGRESSIVE REALIZATION” AS A REASON FOR THE MARGINALIZATION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

ABSTRACT

In the Universal Declaration of Human Rights, human rights are addressed in a holistic manner without being subjected to any classification. This holistic approach is not only in harmony with the Charter of the United Nations but also is consolidated by the Vienna Declaration and Plan of Action accepted at the World Human Rights Conference. Although this approach, which puts forth that the classification of human rights as civil and political rights and economic, social and cultural rights lacks ground, has been supported by the doctrine, it can be seen that economic, social and cultural rights have still been marginalized in practice. One of the main reasons for this marginalization is that the need for financial resources for the realization of economic, social and cultural rights is confirmed by using a different language on the relevant provisions regarding obligations of states arising from the Twins Covenants. In this regard, the concept of "progressive realization" expressed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, but is not stated in the International Covenant on Civil and Political Rights has caused misunderstandings in practice and weakened the protection of the rights recognized in the ICESCR. The clarification of the concept of progressive realization is important to make the rights recognized in the Covenant meaningful in practice. In this study, the meaning and borders of the concept of progressive realization accepted for the realization of economic, social and cultural rights are addressed in the light of the obligations of states arising from the ICESCR.

Key Words: Economic, social and cultural rights, progressive realization

GİRİŞ

İnsan haklarının korunması fikrinin uluslararası toplumun gündemine taşındığı ilk günden beri ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, medeni ve siyasal haklarla birlikte korunması gerektiği kabul edilmektedir. Bu minvalde, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (İHEB) birinci kuşak haklar olarak kabul edilen medeni ve siyasal haklar ile ikinci kuşak haklar olarak adlandırılan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların birlikte tanındığı görülmektedir.¹

Gerek İHEB'de gerekse BM Şartı'nda² insan haklarının bir bütün olarak kabul edilmesine rağmen, hakların uluslararası bir antlaşma ile daha detaylı ve bağlayıcı bir şekilde düzenlenmesi sürecinde devletlerin konuya bakış açılarındaki farklılıklar,³ her iki hak grubunun farklı antlaşmalarda ele alınması

- 1 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 22-27 maddeleri arasında ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tanındığı görülmektedir. Bu haklar sırasıyla; sosyal güvenlik hakkı (md. 22), çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma, işsizliğe karşı korunma, eşit için eşit ücret, adil ve elverişli bir ücret, sendika ve sendikaya üye olma hakkı (md. 23), ücretli izne çıkma hakkı (Md. 24), gıda, giyim, konut, tıbbi bakım ve sosyal hizmetler dâhil olmak üzere yeterli yaşam standardı hakkı (md. 25), eğitim hakkı (md. 26), kültürel yaşama serbestçe katılma, güzel sanatlardan yararlanma, bilimsel gelişmeye katılma ve bundan yararlanma hakkı ile yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunması hakkıdır.
- 2 BM Şartı'nın 55. maddesinin c bendinde BM'nin "ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini" kolaylaştıracağı ifade edilirken insan hakları arasında herhangi bir ayrıma gidilmediği görülmektedir.
- 3 Sözleşmelerin hazırlanış sürecinde Sovyet-sosyalist blok ile Batılı liberal devletler arasındaki politik görüş farklılıkları neticesinde insan hakları arasında ikili bir ayrıma gidilmiştir. Sovyet-sosyalist blok, kapsamlı bir sosyal refah sisteminin kurulabilmesi için ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanmasını devletin en temel ödevlerinden biri olarak kabul ederken, liberal devletler serbest piyasa ekonomisinin yeterli kadar istihdam ve zenginlik yaratmak suretiyle toplumun her kesiminin yararlanabileceği ekonomik, sosyal ve kültürel refahı kendiliğinden sağlayacağını ileri sürmüşlerdir. Bu nedenlerle, Sovyet-sosyalist blok ekonomik, sosyal ve kültürel hakların derhal uygulanabilir (*immediately enforceable*) ve yargı önünde ileri sürülebilir (*justiciable*) bir şekilde kabul edilmesini talep ederken, Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere Batılı devletler bu fikre şiddetli bir biçimde karşı çıkarak bu haklar tanınma bile, medeni ve siyasal haklardan farklı bir Sözleşme ile tanınması gerektiğini ifade etmişlerdir. ABD ve Batılı devletlerin, İnsan Hakları Komisyonu'na (*Commission on Human Rights*) baskıları neticesinde, Sözleşme'nin hazırlanış aşamasında ekonomik, sosyal ve kültürel haklar Sözleşme metninden çıkarılmıştır. Ancak İnsan Hakları Komisyonu'nun bu kararı BM Genel Kurulu'nun önüne geldiğinde Genel Kurul tarafından reddedilmiştir. BM Genel Kurulu hazırlanacak Sözleşme'nin İHEB'de ortaya konulan ruh ve ilkeler üzerine kurulması gerektiğini ifade etmek suretiyle, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan mahrum olan bir bireyin gerçek anlamda özgür bir birey olamayacağını vurgulamıştır. (UN General Assembly [UNGA] resolution 421(V) (4

sonucunu doğurmuştur. Neticede, medeni ve siyasi haklar Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de (MSHUS) (*International Covenant on Civil and Political Rights*) düzenlenirken; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile (ESKHUS) (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) koruma altına alınmıştır.⁴

Her ne kadar bu iki Sözleşme, İkiz Sözleşmeler (*Twin Covenants*) olarak adlandırılrsa da her iki hak kategorisinin kendi doğalarından kaynaklanan birtakım farklılıklar taşıdıkları kabulü, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların öncelik ve önem bakımından ikincil konuma düşmesine neden olmuştur.

Söz konusu hakların ikincilleştirilmesinin en temel nedenlerinden biri de, bu hakların büyük ölçüde devletlerin ekonomik kaynaklarına bağlı oldukları varsayımından hareketle, ancak aşamalı bir biçimde tanınabileceklerinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu husus, MSHUS’de yer almayıp, ESKHUS’de ifade

December 1950) Draft International Covenant on Human Rights and measures of implementation: future work of the Commission on Human Rights.<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/19/IMG/NR006019.pdf?OpenElement>>, s.e.t. 16.11.2017.) Bu kararı takiben Komisyon, her iki hak grubunu da bir arada koruma altına alan bir metin hazırlamak durumunda kalmıştır. Bu durum devletler arasındaki tartışmaları alevlendirmiş olup, hakların birbirlerine bağlı ve bağımlı olan ilişkilerine her iki Sözleşme’nin Girişinde değinilmiş olsa da en nihayetinde ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile medeni ve siyasi hakların iki farklı Sözleşme’de düzenlenmesine karar verilmiştir. (UNGA resolution 543(VI) (5 February 1952) Preparation of two Draft International Covenants on Human Rights. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/067/98/IMG/NR006798.pdf?OpenElement>>,s.e.t. 16.11.2017) ABD başta olmak üzere Batılı devletlerin konuya bakış açılarındaki sorunlu yaklaşım Sözleşme’de tanınan hakların ötekileştirilmesinde büyük rol oynamıştır. ABD’nin ESKHUS’yi imzalamış olmasına karşın, onaylamayarak Sözleşmeye taraf olmaması da bu sorunlu yaklaşımın tipik bir göstergesidir. ABD’nin Sözleşme’nin kaleme alınış sürecindeki yaklaşımı ile ilgili detaylı bir değerlendirme için bakınız **Way, Sally-Anne** (2014) ‘The “Myth” and Mystery of US History on Economic, Social, and Cultural Rights: The 1947 United States Suggestions for Articles to be Incorporated in International Bill of Rights’ *Human Rights Quarterly*, V: 36, N: 4, s.869-897; Batılı devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin yaklaşımlarını değerlendiren detaylı bir çalışma için ayrıca bakınız **Whelan Daniel. J. & Donnelly Jack** (2007) ‘The West, Economic and Social Rights and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight’ *Human Rights Quarterly*, V: 29, s. 908-949; Sosyo-ekonomik hakların gerekliliği hususunda, devletlerin ideolojik tercihlerine göre farklı yaklaşım içinde bulduklarına ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bakınız **Sur, Melda** (1997-1998) ‘Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri’ *İnsan Hakları Yıllığı*, C: 19-20, s. 68.

4 Her iki Sözleşme de 16 Aralık 1966 tarihinde imzalanmış olup, ESKHUS 3 Ocak 1976; MSHUS 23 Mart 1976 tarihlerinde yürürlüğe girmiştir.

bulan “aşamalı sağlama” (*progressive realization*) kavramı ile teyit edilmiş olup, ilgili kavramın uygulamada yanlış yorumlanmasının, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ötekileştirilmesini beslediğini söylemek mümkündür.

Bu makale çalışmasında İkiz Sözleşmeler arasındaki temel farklılıklar ele alındıktan sonra, aşamalı sağlama kavramının anlam ve sınırları ESKHUS'nin devletlere yüklediği yükümlülükler ışığında ortaya konulacaktır.

I. İKİZ SÖZLEŞMELER ARASINDAKİ TEMEL FARKLILIKLAR

İkiz Sözleşmeler'de tanınan hakların doğalarından kaynaklanan birtakım farklılıklar⁵ taşımaları nedeniyle ilgili Sözleşmelerin çift yumurta ikizi oldukları benzetmesi yapılabilir. Bu farklılıkların bir sonucu olarak taraf devletlerin Sözleşmelere uygunluğun denetiminden Sözleşmelerde kullanılan dile kadar iki Sözleşmenin farklılaştığı görülmektedir.

Bunlardan ilki, antlaşmaya dayalı denetim usullerinin her iki Sözleşme için, ilk haliyle, farklı bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Daha açık izah etmek gerekirse, MSHUS'den doğan yükümlülüklerin ihlallerini takip etmek üzere İnsan Hakları İzleme Komitesi (*Human Rights Committee*) kurulup Komite'ye

5 Her iki fark grubu arasında varsayılan temel farklılıkları üç ana başlık altına özetlemek mümkündür. Bunlardan ilki, medeni ve siyasal hakların devletlere sadece negatif yükümlülükler yüklediği bu nedenle masrafsız haklar (*cost-free rights*), buna karşın ekonomik, sosyal ve kültürel hakların devletlere pozitif yükümlülükler yüklemesi nedeniyle kaynaklara yoğun bir şekilde ihtiyaç duyan haklar (*resource-intensive rights*) olarak kabul edilmesidir. İkinci olarak, medeni ve siyasal haklar büyük ölçüde devletlerin ortak değerleri olarak kabul edilmekte olup devletlerin yerine getirebilecekleri haklar olarak görülürken, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise devletlerin taahhüt vermekten kaçındıkları yerine getirilmesi güç haklar olarak görülmektedir. Son olarak, medeni ve siyasal haklar belli bir ideolojik kampın ürünü olmayan haklar olarak görülüp, pek çok yönetim sistemi ile uyumlu kabul edilirken; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kaynaklarını nasıl kullanmaları gerektiğine ilişkin olarak devletlerin iç işlerine karşın bir özellik göstermesi ve serbest pazar ekonomisi ile uyumlu olmaması gibi nedenlerle bazı devletler tarafından ideolojik bir dayatma olarak görülmektedir. Bakınız **Alston, Philip / Quinn, Gerard** (1987) 'The Nature and Scope of State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' *Human Rights Quarterly*, V: 9, s. 159-160; Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, medeni ve siyasal haklar bakımından yapılan hak tanımına uygun olup olmadıklarına göre değerlendirilmesine eleştirel bir yaklaşım için ayrıca bakınız **Van Hoof, G. J. H.** 'Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views' : Alston, Philip/ Tomaševski, Katarina (Editors) (1987) *The Right to Food*, SIM, Martinus Nijhoff Publishers; Medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki farklılıklar hakkında daha detaylı değerlendirmeler için ayrıca bakınız **Algan, Bülent** (2007) *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara, Seçkin, s. 126-153; **Sur**, s. 71-75.

bireysel başvuruları kabul etme yetkisi tanınırken;⁶ ESKHUS'den doğan yükümlülüklerin ihlali için İnsan Hakları Komitesi'nin muadili bir organ kurulmamıştır.

1985 yılına kadar taraf devletlerin ESKHUS'ye uygun hareket edip etmedikleri, BM'nin ana organlarından Ekonomik ve Sosyal Konsey (*Economic and Social Council*) tarafından takip edilmiştir.⁷

İnsan hakları hukukunda yaşanan gelişmeler neticesinde 1985 yılında devletlerin ESKHUS'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini takip etmek üzere Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK) (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights*) kurulmuştur.⁸ Ancak ilgili Komite ilk haliyle İnsan Hakları Komitesi ile eşit yetkiye sahip kılınmamış, sadece devlet raporlarını inceleme ve değerlendirme ile Sözleşme'de tanınan haklara ilişkin Genel Yorumlar⁹ hazırlama yetkilerine haiz kılınmıştır.

ESKHK ancak 2008 yılında BM Genel Kurulu'nda kabul edilip,¹⁰ 2009 yılında imzaya açılan ve 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren ESKHUS'ye Ek İhtiyari Protokol ile Sözleşme'de tanınan hakların ihlallerine karşı bireysel

6 Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976. İnsan Hakları Komitesi'nin görev ve işlevleri hakkında daha detaylı bilgi için ayrıca bakınız OHCHR Human Rights, Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact Sheet 15, <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf>>, s.e.t. 16.11.2017.

7 OHCHR Committee on Economic, Social and Cultural Rights Monitoring the Economic, Social and Cultural Rights, <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIntro.aspx>>, s.e.t. 21.12.2017.

8 ECOSOC Resolution 1985/17, 28 May 1985, Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

9 Genel yorumlar (*general comments*) veya genel tavsiyeler (*general recommendations*) BM sistemi içinde imzalanan insan haklarına ilişkin sözleşmelerdeki hakların anlam ve kapsamını ve devletlere getirdiği yükümlülükleri açıklığa kavuşturmak amacıyla ilgili Sözleşme'nin uygulanması ile görevlendirilmiş olan antlaşma organı tarafından hazırlanan metinlerdir. Detaylı bilgi için bakınız OHCHR, Human Rights Treaty Bodies-General Comments, <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>,s.e.t. 15.11.2017.

10 Ek Protokol'ün 10 Aralık 2008 yılında her yıl İnsan Hakları Günü olarak kutlanan, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin ilanının ellinci yılında kabul edilmiş olması ekonomik, sosyal ve kültürel hakların-geç de olsa-medeni ve siyasal hakların öz ve aynı öneme sahip kardeşleri olarak kabul edilmesi bakımından ayrı bir anlam taşımaktadır.

başvuruları (*individual communications*) ve devletlerarası şikayetleri (*inter-state complaints*) kabul etme ve hakların ağır ve sistematik ihlallerine karşı inceleme (*inquiries on grave and systematic violations*) başlatma yetkilerine sahip olmuştur.¹¹

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, medeni ve siyasal haklar ile eşit kardeş olarak kabul edilmeleri görüldüğü üzere uzun bir sürecin ardından mümkün olabilmıştır. Bu süreçte, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların devletlerin sahip olduğu kaynaklarla doğrudan ilişkili olduklarının kabul edildiği ve buna bağlı olarak, bu hakların uzun süre gerçek birer insan hakkı olmaktan ziyade devletlerin ulaşmaları gereken ekonomik ve sosyal politika hedefleri olarak yorumlandığı görülmektedir.¹²

Bu yaklaşımı besleyen en büyük faktörlerden biri de İkiz Sözleşmelerde tanınan hakların devletlere yüklediği yükümlülüklerin ESKHUS'de, MSHUS' ne göre daha esnek bir dille kaleme alınmış olmasıdır. Her iki Sözleşme mukayese edildiğinde, medeni ve siyasal hakların devletlerin sahip olduğu kaynaklarla doğrudan ilişkili olmadığı ve devletlere sadece negatif yükümlülükler yüklediği varsayımından hareketle,¹³ devletlerin MSHUS'de tanınan haklara ilişkin yükümlülüklerinin daha somut bir biçimde ortaya konulduğu görülmektedir. Sözleşme'nin devletlerin yükümlülüklerine ilişkin 2. Maddesinde medeni ve siyasal hakların derhal sağlanması (*immediate realization*) ve bu haklara saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu yükümlülüklerin yanı sıra, söz konusu hakların ihlali durumunda hakkı ihlal edilenler için baş-

11 Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted by the General Assembly resolution A/RES/63/117, on 10 December 2008.

12 Alston / Quinn, s. 158.

13 Bu varsayımın doğru olmadığını örneklerle ortaya koymak mümkündür. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması için ekonomik kaynaklara ihtiyaç duyulduğu gibi, bazı medeni ve siyasal hakların sağlanması da aynı ölçüde devletlerin sahip oldukları kaynaklara bağlıdır. Örneğin; adil yargılanma hakkının sağlanması için devletin etkin bir şekilde işleyen yargı mekanizmasına, bu mekanizmada görev alacak iyi yetişmiş yargıç ve kolluk görevlilerine ihtiyaç bulunmaktadır ki bunların gerçekleştirilebilmesi de devletin sahip olduğu kaynaklara bağlıdır. Benzer biçimde, seçme ve seçilme hakkının sağlanması bakımından serbest ve adil seçimlerin gerçekleştirilebilmesi de devletin sahip olduğu kaynaklara bağlı bulunmaktadır. Bununla birlikte, medeni ve siyasal hakların devletlere sadece negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda kaynak gerektiren pozitif yükümlülükler yüklediği de gözden kaçırılmamalıdır. Bakınız OHCHR, Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, UN Fact Sheet 33, s. 9. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet33en.pdf>>, s.e.t. 16.11.2017. (Bundan sonra Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights)

vurabilecekleri etkin başvuru yollarının (*effective remedies*) sağlanması da ayrı bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir.¹⁴

Buna karşın ekonomik, sosyal ve kültürel hakların doğrudan doğruya devletlerin sahip olduğu ekonomik kaynaklarla ilişkilendirilmesi nedeniyle, devletlerin ESKHUS'de tanınan haklara ilişkin yükümlülüklerinin daha esnek bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bu esnekliğe izin veren “aşamalı sağlama” (*progressive realization*) kavramı, devletlerin bu haklara ilişkin yükümlülüklerini hemen değil, ancak sahip oldukları kaynaklara bağlı olarak zaman içerisinde aşamalı olarak sağlayabileceklerini kabul etmektedir.¹⁵ Bu

14 MSHUS Md. 2:

1. Bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.
2. Mevcut mevzuatta ve diğer yasal tedbirlerde henüz düzenleme bulunmayan durumlarda, bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet, kendi anayasal kurallarına ve bu Sözleşme'nin hükümlerine uygun olarak, bu Sözleşme'de tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan yasama ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdür.
3. Bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet:
 - (a) Bu Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her şahsın, bu ihlal resmi sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, etkin şekilde telafi edilmesini güvence altına almakla;
 - (b) Böyle bir telafi talebinde bulunan herkesin haklarının yetkili yargı, yürütme ya da yasa organlarınca ya da Devletin yasal sisteminde öngörülen başka bir yetkili organ tarafından karara bağlanmasını ve yargısal telafi olanaklarının sağlanmasını güvence altına almakla;
 - (c) Bu hukuki yollardan sağlanan kararların yetkili organlarca uygulanmasını güvence altına almakla yükümlüdür. (Vurgulama yazara aittir.) MSHUS' nin çevirisinde Resmi Gazete'de yayımlanan metin esas alınmıştır. Resmi Gazete, Sayı: 25175, Tarih: 21 Temmuz 2003.

15 ESKHUS Md. 2: 1. Bu Sözleşme'ye Taraf Her Devlet, münferiden ve ekonomik ve teknik plan başta olmak üzere uluslararası yardım ve işbirliği yoluyla, mevcut kaynakların azami-sini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı taahhüt ederler.

2. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyeti dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım gözetmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler.
3. Gelişmekte olan ülkeler, insan haklarını ve kendi ulusal ekonomilerini dikkate alarak, bu Sözleşme'de tanınan ekonomik hakları hangi ölçüde yabancılara da vereceklerini be-

kavramın, devletlerin ekonomik gerçeklerini göz önünde bulunduran esnek bir yaklaşımı benimsemesi, uygulamada ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, medeni ve siyasal haklar karşısında ötekileştirilmesine neden olmuştur.¹⁶

Uluslararası insan hakları hukukunun ulaştığı noktada,¹⁷ insan haklarının medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olmak üzere sınıflandırılması yapay ve tarihi geçmiş bir sınıflandırma olarak kabul edilmektedir.¹⁸ Viyana İnsan Hakları Konferansı sonrasında kabul edilen Viyana

lirleyebilirler. (Vurgulama yazara aittir.) ESKHUS'nin çevirisinde Resmi Gazete'de yayımlanan metin esas alınmıştır. Resmi Gazete, Sayı: 25196, Tarih: 11 Ağustos 2013.

- 16 Uygulamada yaşanan bu ötekileştirmenin bir örneği de ülkemizde görülmektedir. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği paketi ile insan hakları ihlallerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma imkânı tanınmıştır. Sosyo-ekonomik haklar Anayasamızda koruma altına alınmış olmasına rağmen bireysel başvuru düzenlenmesinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu yaklaşım, bireysel başvuru yolu ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne giden dava sayısını azaltmak düşüncesinin bir sonucu olup Anayasa'da tanınan insan hakları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınan insan hakları arasında organik bir bağ kurulduğu görülmektedir. Bunun neticesinde bireysel başvuruya konu olan bir ihlalin hem Anayasa'da hem de AİHS'de koruma altına alınan bir hak ile ilgili olması bir şart olarak öngörülmüştür. Oysa gerek Anayasamız gerekse AİHS'e taraf olunması, sosyo-ekonomik hakların da bireysel başvurunun konusu olabilmesine engel değildir. Ulusal hukukta, AİHS'in sağlamış olduğu koruma kapsamından daha kapsayıcı koruma mekanizmaları öngörmek her devletin kendi tercihidir. Bireysel başvuru hakkı tanınırken, sosyo-ekonomik hakların düzenlemenin kapsamı dışında tutulması ilgili hakların ikincileştirilmesinin uygulamadaki tipik bir örneği olmanın yanı sıra, kanun koyucumuzun insan haklarının korunmasını sadece AİHM ile ilişkilendirmek suretiyle meseleyi dar bir bakış açısıyla ele aldığını göstermektedir. Konuya ilişkin olarak Anayasada tanınmış olmasına rağmen bireysel başvurunun kapsamı dışında tutulan insan haklarının tam bir listesi için bakınız **Göztepe, Ece** (2011) 'Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi' TBB Dergisi, S: 95, s.36; Sosyo-ekonomik hakların da bireysel başvuru yolu ile AYM önüne taşınabileceği ile ilgili değerlendirmeler için ayrıca bakınız **Göztepe**, s. 15, dipnot 4.
- 17 İnsan hakları hukukunun ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bakımından gelişiminin detaylı analizi için ayrıca bakınız **Riedel, Eibe / Giacca, Gilles / Golay, Christophe** 'The Development of Economic, Social and Cultural Rights in International Law' : Riedel, Eibe / Giacca, Gilles / Golay, Christophe (Editors) (2014) Economic, Social and Cultural Rights in International Law, Oxford, Oxford University Press; **Richardson, Lucy** (2015) 'Economic, Social and Cultural Rights (and Beyond) in the UN Human Rights Council' Human Rights Law Review, V: 15, s. 409-440.
- 18 İnsan haklarının bu şekilde sınıflandırılmasının keyfililiğine dikkat çekmek üzere, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonlarından Mary Robinson, insan haklarını "*civil, cultural, economic, social and political rights*" olmak üzere alfabetik sıraya göre dile getirmeyi tercih etmiştir. Bakınız **Kent, George** (2005) Freedom From Want, Washington D.C., Georgetown University Press, s. 31.

Deklarasyonu'nda da insan haklarının evrensel, bölünmez, birbirine bağlı ve bağımlı olduğu teyit edilmiş olup, insan hakları arasında hiyerarşik bir ilişki kurulması reddedilmiştir.¹⁹ Buna bağlı olarak, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması ve korunması, medeni ve siyasal hakların sağlanması ve korunması ile eşit öneme sahiptir.²⁰ Hatta gıda, sağlık, konut hakkı gibi bazı sosyo-ekonomik haklar, medeni ve siyasal haklardan yararlanabilmenin bir ön koşulu niteliği taşımaktadır. En temel ihtiyaçlarından yoksun olan bir birey için ifade özgürlüğü, din ve vicdan hürriyeti, seçme ve seçilme hakkı, adil yargılanma hakkı gibi insan haklarının anlam taşıdığını söylemek güçtür. Benzer şekilde, eğitim hakkı ve çalışma hakkı gibi haklara sahip olan bir birey için medeni ve siyasal haklardan yararlanabilme kapasitesinin daha yüksek olacağını ifade etmek mümkündür.²¹

İnsan haklarının birbirine bağlı ve bağımlı ilişkisi, son zamanlarda bu alanda yaşanan gelişmelerle de desteklenmiştir. Bu gelişmelerden en önemlisi, yukarıda da bahsedildiği üzere, ESHUS'de tanınan hakların ihlali durumunda ESKHK'ne bireysel başvuru imkânı tanıyan Ek Protokol'ün kabulüdür. Ek Protokol'ün Başlangıç (*Preamble*) kısmında insan hakları arasındaki bu bağlı ve bağımlı ilişkiye açıkça vurgu yapıldığı gibi,²² Protokolün kendisi, ekonomik,

19 Vienna Declaration and Programme of Action, Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. Article 5. <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>, s.e.t. 15.11.2017 ESKHUS'nin devletlere yüklediği yükümlülüklerin doğası ve kapsamını ortaya koymak üzere uluslararası hukuk alanında uzman hukukçular tarafından ilk kez 1986 yılında hazırlanmış olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Uygulanması Hakkında Limburg İlkeleri ve ilgili ilkelerin daha detaylı ve kapsamlı bir şekilde güncellenmiş hali olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlallerine İlişkin Maastricht İlkeleri de ekonomik, sosyal ve kültürel hakların insan haklarının ayrılmaz bir parçası olduğuna ve bir bütün olarak haklar arasında birbirine bağlı ve bağımlı bir ilişki bulunduğuna dikkat çekmektedir. Sırasıyla bakınız Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights of 1986, U.N. Doc. E/CN4.1/1987/17, par. 1 ve 3. <http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resourceattachments/UN_Limburg_Principles_1987_En.pdf>, s.e.t. 16.11.2017; Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, 22-26 January 1997, par. 4. <http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resourceattachments/UN_Limburg_Principles_1987_En.pdf>, s.e.t. 16.11.2017. (Bundan sonra sırasıyla Limburg Principles, Maastricht Guidelines.)

20 Vienna Declaration and Programme of Action.

21 Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların temel olarak medeni ve siyasal haklardan farklı olmadığına ilişkin ayrıca bakınız Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, s. 8- 10.

22 Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted by the General Assembly resolution A/RES/63/117, on 10 December 2008, Preamble, par. 3.

sosyal ve kültürel hakların da medeni ve siyasal haklar ile eşit derecede önemli ve korunmaya değer olduğunun teyit eden bir belgedir.

Bununla birlikte, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, yargı önünde ile sürülebilir olduklarına (*justiciability*) ilişkin olarak ulusal mahkemelerin vermiş olduğu kararlar da ilgili hakların devletler bakımından sadece birer hedef olmadıklarını, aksine medeni ve siyasal haklar gibi eşit öneme sahip yasal birer hak (*legally enforceable right*) olduklarını ortaya koymaktadır.²³

Tüm bu gelişmelere rağmen, uygulamada ESKHUS’de tanınan hakların önemini zayıflatacak biçimde, hatalı yorumlanan aşamalı sağlama kavramının ne anlama geldiğinin ortaya konulması halen önem taşıyan bir meseledir. Aşamalı sağlama kavramının anlamının ve sınırlarının açıklığa kavuşturulması ancak Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin temel prensipleri ışığında²⁴ Sözleşme’nin bir bütün halinde ve amacına uygun bir biçimde okunması ile mümkündür.

II. AŞAMALI SAĞLAMA (*PROGRESSIVE REALIZATION*) KAVRAMI

ESKHUS’nin 2. maddesinin 1. Fıkrası, devletlerin Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerini genel olarak ortaya koymakta olup ilgili maddeye göre:

“Bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet, münferiden ve ekonomik ve teknik plan başta olmak üzere uluslararası yardım ve işbirliği yoluyla, mevcut kaynakların

23 **Langford, Malcolm** ‘Judicial Review in National Courts: Recognition and Responsiveness’: Riedel, Eibe / Giacca, Gilles / Golay, Christophe (Editors) (2014) Economic, Social and Cultural Rights in International Law, Oxford, Oxford University Press; **Verma, Shivani** (2015) ‘Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights Relevant Case Law’, The International Council on Human Rights Policy, < file:///D:/LCIL/CAMBRIDGE/Justiciability%20of%20the%20right%20to%20food/Justiciability%20of%20ESCR.pdf> s.e.t. 17.11.2017; **Marcus, David** (2006) ‘The Normative Development of Socioeconomic Rights Through Supranational Adjudication’ Stanford Journal of International Law, V:42, s. 53-102. Konuya ilişkin tartışmalar için ayrıca bakınız **Algan**, s. 143-153; Örnek davalar için bakınız *Constitutional Court of South Africa, Government of the Republic of South Africa v. Irene Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169. (CC); *Constitutional Court of South Africa, Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*. 2002 (5) SA 721 (CC); *Supreme Court of India, People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & others*, 2003, 2 S.C.R. 1136.

24 VAHS’in “Genel Yorum Kuralı” başlıklı 31. maddesine göre: “Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.”

azamisini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu Sözleşme’de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını ***aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı*** taahhüt ederler.²⁵

İlgili maddede dikkat çeken ilk husus MSHUS’dan farklı olarak, ESKHUS’de tanınan hakların aşamalı olarak sağlanabileceğinin (*progressive realization*) kabul edilmesidir.²⁶ Söz konusu kavram, devletlerin Sözleşme’den doğan yükümlülüklerinin üzerine inşa edildiği bir temel özelliği göstermektedir.²⁷

ESKHUS’de tanınan hakların aşamalı olarak sağlanabileceğinin (*progressive realization*) ifade edilmesi, bu haklar bakımından ekonomik kaynaklara duyulan ihtiyacı teyit etmektedir.²⁸ İlgili kavram, Sözleşme’de tanınan hakların, medeni ve siyasal haklardan farklı olarak derhal değil, devletin sahip olduğu kaynakların izin verdiği ölçüde kademeli biçimde sağlanmasını ön görmektedir. ESKHUS’de böyle bir kavramın kabul edilmesi, Sözleşmeyi kaleme alanların, Sözleşmeye taraf olan devletlerin, ilgili hakları hemen ve hatta Sözleşmeye taraf olduktan kısa bir süre sonra tümüyle sağlayamayacaklarını öngörmüş olmalarından kaynaklanmaktadır.²⁹

Pratik hayatın realiteleriyle uyuşan bu kavram, ancak Sözleşme’nin devletlere yüklediği diğer yükümlülüklerle birlikte okunduğunda sağlam bir temel

25 Vurgulama yazara aittir.

26 Aşamalı sağlama kavramı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların hayata geçirilmesi bakımından Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesinde ve Engelli Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesinin 2. fıkrasında da kabul edilmiştir. Benzer bir şekilde, söz konusu hakların hayata geçirilmesinin ekonomik kaynaklara olan bağlılığı, Anayasamızın 65. maddesi’nde “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” hükmü ile dile getirilmiştir.

27 Alston / Quinn, s. 172.

28 ESKHUS’de tanınan özellikle ekonomik hakların devletlerin ekonomik kaynaklarına olan bağlılığı Sözleşme’nin 2. maddesinin son fıkrasında gelişmekte olan ülkelerin durumunu göz önünde bulundurmak suretiyle bir kez daha teyit edilmektedir. ESKHUS 2. maddenin 3. fıkrasının göre: “Gelişmekte olan ülkeler insan haklarını ve kendi ulusal ekonomilerini dikkate alarak bu Sözleşme’de tanınan ekonomik hakları hangi ölçüde yabancılara da vereceklerini belirleyebilirler.”

29 Chapman, Audrey / Russell, Sage (Editor) (2002) Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights, Antwerp, Intersentia, s. 5; Sözleşme’nin hazırlanış sürecinde devletlerin “aşamalı sağlama” kavramına ilişkin tartışmalarının detayı için ayrıca bakınız Alston / Quinn, s. 172-177.

oluşturabilecektir. Bunun için, kavramın pratikte doğurduğu sorunlara değinildikten sonra, bu sorunların nasıl giderilebileceğini ele almak yerinde olacaktır.

Aşamalı sağlama kavramının uygulamada yarattığı sorunlardan ilki, Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin yeknesak ve evrensel olarak nitelendirilememesidir.³⁰ Daha açık ifadesiyle, devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerinin tespitinde her devletten aynı yükümlülükleri yerine getirmesi beklenememekte, devletlerin gelişmişlik düzeylerine ve mevcut kaynaklarına göre Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Bir diğer sorun ise, Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması bakımından devletlerin aşama kaydedip kaydedemediklerinin tespit edilebilmesi için iyi tutulmuş istatistiksel bilgi ve veriye ihtiyaç duyulmasıdır.³¹ Örneğin; ilgili devletin sağlık hakkını sağlamaya ilişkin aşama kaydedip kaydetmediğinin tespitinde, ülkedeki ortalama yaşam süresi, anne ve bebek ölümlerinin oranı; gıda hakkı bakımından ise ülkedeki aç insan sayısı gibi hususların istatistiksel verilerle ortaya konulması gerekmektedir. Benzer biçimde, eğitim hakkı bakımından devletin yol kat edip etmediğinin tespitinde ülkedeki okuma-yazma oranı, okula gitme yaşındaki nüfus içinde okula giden öğrenci sayısı gibi verilere ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu verilerin aynı zamanda cinsiyet, din, etnik köken, ırk, sosyo-ekonomik gruplar ile şehirde ve kırsal kesimde yaşayan grupları ayrı ayrı ele alacak şekilde detaylı bir şekilde hazırlanması gerekmektedir. Aksi takdirde, genel milli ortalama, herhangi bir ülkede yaşayan özellikle zayıf ve dezavantajlı grupların (*vulnerable and disadvantaged groups*) durumlarını ortaya koymakta yetersiz kalacaktır.³² Bu nedenle, sosyo-ekonomik ve kültürel hakkın ayrımcılık yapılmaksızın tüm kesimler için aşamalı biçimde sağlandığını gösteren daha detaylı istatistiksel bilgi ve verilere ihtiyaç duyulmaktadır. Tüm bu hususlar, devletlerin ilgili haklara ilişkin yükümlülüklerini aşamalı biçimde yerine getirip getirmediklerinin tespitini güçleştirmektedir.³³

30 Chapman / Russell, s. 5.

31 Chapman / Russell, s. 5.

32 Chapman / Russell, s. 5.

33 İlgili bilgi ve veriler her beş yılda bir Sözleşme'de tanınan her bir hak için ayrı bir şekilde

Bununla birlikte, ilgili kavram, devletler tarafından hatalı yorumlanmaya müsait olup, Sözleşme’de tanınan hakların mutlak surette ekonomik yeterliliğe bağlı olduğu yönünde bir sonuca varılmasına açık kapı bırakmaktadır. Buna bağlı olarak, devletler kaynaklarının yetersizliğini Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirememenin bir mazereti olarak sunabilmektedir. Oysa aşamalı sağlama kavramı, devletlerin ekonomik kaynaklarının yetersizliği nedeniyle Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirememelerinin bir gerekçesi değil, devletlerin ekonomik kaynaklarının sınırları dâhilinde aldığı tedbirler vasıtasıyla yerine getirmeleri gereken ayrı bir yükümlülüktür. Bu manada ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması bakımından devletlerin pasif bir tutumdan ziyade, hakkın sağlanması için mevcut kaynakları ölçüsünde sürekli bir çaba içinde olmaları beklenmektedir.³⁴ Böyle bir yaklaşım, dilimize “aşamalı” olarak çevrilmiş olan “*progressive*” kelimesinin sözlük anlamı ile de daha uyumlu olacaktır. “*Progressive*” kelimesi istikrarlı biçimde, durmadan gerçekleşen ve gelişen anlamlarına gelmekte olup,³⁵ bu anlamıyla devletlere mevcut durumun gerisine düşmeme ve sürekli olarak iyileştirme gibi bir yön tayin ettiğini söylemek mümkündür. Buna bağlı olarak devletler, aşamalı sağlama (*progressive realization*) kavramını Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirememelerinin bir

ESKHK’ne sunulmalıdır. Ancak pratikte, bu beklentinin gerçekçi olmadığını ve ESKHK’nin bu kadar detaylı verileri değerlendirmekte büyük güçlük çekeceğini ifade etmek gerekmektedir. Bu nedenle uygulamada az sayıda devletin bu istatistiksel verileri paylaştığı görülmektedir. Bakınız **Chapman / Russell**, s. 5; Bu zorluklar nedeniyle devletlerin ESKHUS’ne uygun hareket edip etmediklerinin tespitinde aşamalı sağlama kavramı yerine ihlal yaklaşımının benimsenmesi doktrinde tartışılan bir konudur. Bu yaklaşıma göre, devletlerin ESKHUS’ye uygunluğunun denetiminde devletlerin hakları sağlama hususunda kat ettikleri mesafe yerine, Sözleşme’de tanınan hakları ihlal edip etmediklerine odaklanılmalıdır. İhlallerin tespiti, istatistiksel verilere ihtiyaç duyulmaksızın tespit edilebileceği gibi Sözleşme’de tanınan hakların yaygın ve ağır biçimde süregelen ihlallerinin önüne geçilmesini sağlayacaktır. Bakınız **Chapman, Audrey** (1996) ‘A ‘Violations Approach’ for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ Human Rights Quarterly, V: 18, N: 1, s.23-66.

34 OHCHR, The Right to Adequate Food, UN Fact Sheet 34, 2010, s. 21. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf>>, s.e.t.10.11.2017.

35 Oxford Learner’s Dictionary’de “*progressive*” kelimesinin anlamı “*happening or developing steadily*” olarak verilmektedir. <www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/progressive_1?q=progressive>, s.e.t. 20.12.2017.

nedeni olarak ileri süremeyecekleri gibi,³⁶ toplum içinde süregelen adaletsizlik ve eşitsizlikleri olağan göstermek için kullanamazlar.³⁷

III. AŞAMALI SAĞLAMA KAVRAMINI TAMAMLAYAN YÜKÜMLÜLÜKLER

Aşamalı sağlama kavramına dayanmak suretiyle Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınan devletlerin, bu yaklaşımlarının önüne geçebilmek, gerek Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerin gerekse Sözleşme'nin yorumu niteliği taşıyan Genel Yorumların (*General Comments*) detaylı bir analiz ile ele alınmasıyla mümkündür. Bu bağlamda, aşamalı sağlama kavramının uygulamada doğurduğu sorunlar, Sözleşme'de ifade edilen tedbir alma yükümlülüğü (*duty to take steps*), mevcut kaynakların azami biçimde kullanılması yükümlülüğü (*duty to devote maximum available resources*), ayrımcılık yasağı (*prohibition of discrimination*) ve asgari çekirdek yükümlülük (*minimum core obligation*) gibi yükümlülüklerin içeriklerinin ortaya konulması ile giderilebilecektir.

A.TEDBİR ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ (*DUTY TO TAKE STEPS*)

ESKHUS'nin 2. maddesi devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine ilişkin genel bir hüküm niteliğinde olup Sözleşmeye taraf devletlerin “Sözleşme’de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı” taahhüt ettiklerini ifade etmektedir.

Devletlerin ESKHUS'den kaynaklanan yükümlülüklerini detaylı bir şekilde ortaya koyan, bu manada 2. maddenin yorumu niteliğinde olan Genel Yorum 3’de de aşamalı sağlama kavramının doğru bir şekilde anlaşılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.

Genel Yorum 3’e göre; MSHUS ile ESKHUS'nin 2. maddelerinin kaleme alınış biçimleri farklı olduğu için, bu iki Sözleşme'nin devletlere yüklediği yükümlülüklerin farklılığı sıklıkla dile getirilirken, bu Sözleşmelerin ikiz olma-

36 Limburg Principles, par. 21.

37 Zeigler, Jean / Golay, Christophe / Mahon, Claire / Way, Sally-Anne (2011) *The Fight for the Right to Food*, New York, Palgrave Macmillan, s. 21.

ları nedeniyle doğalarında var olan benzerliklerin gözden kaçırıldığına altı çizilmektedir.³⁸

Her iki Sözleşme açısından en büyük benzerlik her ikisinin de uluslararası birer antlaşma olmaları nedeniyle devletler bakımından bağlayıcı yükümlülükler getirmeleridir.³⁹ Daha açık ifadesiyle, MSHUS'den kaynaklanan yükümlülükler devletler bakımından ne derece bağlayıcı ve bu yükümlülüklerin ihlali ne derecede uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlali olarak kabul ediliyorsa, ESKHUS'den doğan yükümlülükler ve söz konusu Sözleşme'nin ihlali de uluslararası hukuk nezdinde aynı ciddiyetle ele alınmalıdır.⁴⁰

Diğer bir husus, aşamalı sağlama kavramının nihai hedefinin, MSHUS'de olduğu gibi Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak sağlanması (*full realization*) olduğunun hatırlanması gerektiğidir. Sözleşme'de ifade edildiği üzere, Sözleşme'nin asıl amacı, ilgili hakları tam olarak sağlamak olup (*full realization of the rights*), bunun aşamalı bir şekilde (*achieving progressively*) gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir.

Bu hususlarla birlikte, her ne kadar Sözleşme'de tanınan hakların aşamalı bir şekilde sağlanabileceği ifade edilmiş olsa da, MSHUS ile benzer bir şekilde, ESKHUS de devletlere derhal yerine getirilmesi (*immediate effect*) gereken birtakım yükümlülükler yüklemektedir.⁴¹

Devletlerin derhal yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden ilki Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması için tedbir alma yükümlülüğüdür (*duty to take steps*). Bu bağlamda, Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması aşamalı

38 CESR General Comment 3: The Nature of State Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), Adopted at the Fifth Session of the Committee on the Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990, E/1991/23), par. 1. (Bundan Sonra General Comment 3)

39 Alston / Quinn, s. 160.

40 Maastricht Guidelines, par. 5.

41 General Comment 3, par. 1. ESKHUS'de tanınan haklar bakımından devletlerin yükümlülüklerinden hangilerinin aşamalı olarak gerçekleştirilebileceği, hangilerinin ise derhal yerine getirilmesi gerektiği konusu doktrinde de detaylı bir şekilde tartışılmıştır. Konuya ilişkin detaylı tartışmalar için ayrıca bakınız Chapman & Russell; Craven, Matthew (Editor) (1995) The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights- A perspective on Its Development, Oxford, Oxford University Press; Sepulveda, Magdalena (2003) The Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Antwerp, Intersentia.

olarak sağlanabilecek olsa da, tedbir alma yükümlülüğünün Sözleşme'ye taraf devletler bakımından, Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren makul en kısa zaman içerisinde (*within a reasonably short time after the Covenant's entry into force*) yerine getirilmesi gerekmektedir.⁴²

Bu bağlamda, Genel Yorum 3'de aşamalı sağlama kavramı, bir taraftan gerçek dünyanın realitelerini tanıyan bir esneklik aracı olarak tanımlanırken, diğer taraftan bu kavramın, Sözleşme'nin varlık amacının (*raison d'être*) devletlere bağlayıcı yükümlülükler yüklemek olduğu gerçeğinin göz önünde bulundurulması gerektiğinin altı çizilmektedir.⁴³ Bu nedenle, devletlerin aşamalı sağlama amacına ulaşmaları için en hızlı ve etkin bir şekilde tedbir alma yükümlülükleri bulunduğu vurgu yapılmaktadır.⁴⁴

Tedbir alma yükümlüğü en genel ifadesi ile devletlerin ekonomik gelişmişlik düzeyleri ne olursa olsun, kendi ekonomik kapasiteleri dâhilinde, Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli adımları atmaları şeklinde tanımlanabilir. Bununla birlikte, tedbir alma yükümlülüğünün amacına ulaşabilmesi için alınan tedbirlerin planlı, somut ve hedefe yönelmiş (*deliberate, concrete and targeted*) nitelikte olması gerekmektedir.⁴⁵

Sözleşme metninde "*bilhassa yasal düzenleme şeklinde alınacak tedbirleri de içerecek şekilde*" (*by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures*) denilmek suretiyle, özellikle yasal tedbirlerin öneminde dikkat çekildiği görülmektedir. Genel Yorum 3'de de Sözleşme'de tanıyan bazı hakların sağlanması bakımından yasal tedbirler alınmasının kimi

42 General Comment 3, par. 2; Limburg Principles, par. 21.

43 General Comment 3, par. 9.

44 General Comment 3, par. 9. Devletlerin ESKHUS'de tanınan hakları aşamalı sağlama hususunda yol kat edip etmediklerini tespit etmek amacıyla BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights- OHCHR*) tarafından hazırlanan göstergeler (*indicators*) kullanılmaktadır. Bu göstergeler, yapısal göstergeler (*structural indicators*), işleyiş göstergeleri (*process indicators*) ve çıktı göstergeleri (*outcome indicators*) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Detaylı bilgi için bakınız OHCHR, Manual on Human Rights Monitoring, Chapter 20 Monitoring Economic, Social and Cultural Rights, s. 9-10. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Chapter20-48pp.pdf>>, s.e.t. 15.11.2017. Örneğin; gıda hakkı bakımından devletlerin açıklıkla mücadele bağlamında yasal adımlar atması, konuya ilişkin strateji ve eylem planı hazırlaması yapısal göstergelere örnek gösterilebilir. Gıda hakkından yararlanma hususunda ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin atılan adımlar işleyişe ilişkin göstergelere örnek olurken; bebek ölüm oranlarında azalış çıktı göstergelerine örnek verilebilir.

45 General Comment 3, par. 2.

zaman arzu edilir, kimi zaman ise zaruri nitelikte olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶ Ayrıca, devletlerin gerekli yasal tedbirleri aldıklarını ESKHK'ne sundukları raporlarında dile getirmeleri, devletlerin Sözleşme'de hakların sağlanması bakımından böyle bir genel uygulama (*general practice*) içinde olduklarını göstermektedir.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması bakımından, yasal düzenlemeler şeklinde alınan tedbirler arasında bütçe kanunlarının, devletin sahip olduğu kaynakların ne şekilde dağıtıldığını göstermesi bakımından ayrı bir önem taşıdığını söylemek mümkündür.⁴⁷

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserinin de ifade ettiği üzere, “*bütçe, devlet kaynaklarının miktarını, bunların ne şekilde tahsis edildiğini ve ileriye yönelik masrafları gösteren bir belge olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması ile bilhassa bağlantılıdır.*”⁴⁸

Bütçe aynı zamanda, devletin ekonomik tercihlerini ve önceliklerini göstermesi bakımından da önem arz etmektedir. Bu manada, devletlerin Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması için bütçelerinde asgari ücret, işsizlik aylığı gibi hususlara ne miktarda pay ayırdıkları Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği bakımından belirleyici niteliktedir.

46 General Comment 3, par. 3.

47 Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, s. 33; **Schultz, Jim** (2002) Promises to Keep: Using the Public Budgets as Advance Economic, Social and Cultural Rights, Mexico City, Fundar, p. 31; Bütçe kanunlarının, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması bakımından taşıdığı önem bazı ulusal anayasalarda, hükümete kaynaklarını sosyo-ekonomik hakların sağlanmasına yönlendirmesi yönünde yükümlülükler yüklemek suretiyle teyit edilmiştir. Örneğin, 2008 Ekvador Anayasası'nın Geçiş Hükümleri (*Transitional Provisions*), devletin sahip olduğu kaynakları aşamalı bir şekilde sağlık hizmetlerine ve eğitime aktarmasını öngörmektedir. Brezilya Anayasası'nın 212. maddesinde ise devletin sahip olduğu kaynakların bir kısmını ilk ve orta öğretime aktarması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Benzer bir şekilde Filipin Anayasası'nın 5(5) Bölümünün XIV. maddesinde en yüksek bütçe önceliğinin (*highest budgetary priority*) eğitime ayrılması gerektiği ifade edilmektedir. Örneklerin detayları için bakınız **Nolan, Aoife & Dutschke, Mira** (2010) ‘Article 2 (1) ICESCR and state parties obligations: whiter the budget?’ European Human Rights Law Review, V:3, s. 281-282; Bütçenin ekonomik ve sosyal haklar bakımından taşıdığı önemi detaylı bir şekilde ele alan bir çalışma için ayrıca bakınız **Nolan, Aoife** ‘Budget Analysis and Economic, Social and Cultural Rights’ : Riedel, Eibe / Giacca, Gilles / Golay, Christophe (Editors) (2014) Economic, Social and Cultural Rights in International Law, Oxford, Oxford University Press.

48 OHCHR, Report of the High Commissioner for Human Rights on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights, (June 8, 2009), UN. Doc. E/2009/90, par. 46. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/362/90/PDF/N0936290.pdf?OpenElement>>, s.e.t. 15.11.2017.

Bütçeye ilişkin kararlar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin saygı, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerinin⁴⁹ yerine getirilip getirilmediği açısından da değerlendirmeye tabi tutulabilir. Saygı yükümlülüğü (*obligation to respect*) bakımından, devletin mevcut durumu korumaya yönelik kararlar alması gerekir ki bu da ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması için daha önce ayrılan miktarın altına düşülmemesini gerektirmektedir.

Bununla birlikte, saygı yükümlülüğü özellikle ekonomik kriz dönemlerinde hakkın mevcut seviyesinin korunması için ek bütçe tahsisi yapılmasını gerekli kılabılır. Örneğin, enflasyon veya ekonomik durgunluk dönemlerinde halkın alım gücünün azalması nedeniyle ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunması için asgari ücret veya işsizlik aylığı gibi gelirlere zam yapılması⁵⁰ veya doğal afet, silahlı çatışma gibi durumlarda yardıma muhtaç kişilerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere bütçede bu sorunların çözümüne yönelik olarak yeniden tahsisat yapılması gerekebilir.⁵¹ Bu manada, saygı yükümlülüğü Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması için bütçede ayrılan payın sadece aynı ölçüde tutulmasını değil, bazı durumlarda arttırılmasını da içerecek şekilde pozitif bir yükümlülük olarak anlaşılmalıdır.⁵²

49 Devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini ortaya koyan ve zaman içinde büyük kabul gören Henry Shue'nun üçlü tipolojisine göre devletler insan haklarının korunmasına ilişkin genel olarak üç yükümlülük altındadır. Bu yükümlülükler: (i) bireyleri haklarından yoksun bırakmama, (ii) başkalarının bireyleri haklarından yoksun bırakmalarına izin vermeme, (iii) haklarından yoksun kalanlara yardım etme olarak sıralanmaktadır. (Shue, Henry (1980) *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, s. 52) Shue tarafından yapılan bu üçlü sınıflandırmadan hareketle günümüzde devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri; bireyleri haklarından yoksun bırakmamaya karşı gelmek üzere saygı duyma (*respect*), üçüncü kişilerin bireyleri insan haklarından yoksun bırakmalarına izin vermemeye karşılık gelmek üzere koruma (*protect*) ve haklarından yoksun kalanlara yardım etmeye karşılık gelmek üzere yerine getirme (*fulfill*) yükümlülükleri olarak ifade edilmektedir. Yerine getirme (*fulfil*) yükümlülüğü ise, kendi içinde başka yükümlülükleri ihtiva eder nitelikte olup bu yükümlülüğün altında devletlerin, bireylerin haklarından yararlanacak kapasitelerinin arttırmak olarak ifade edebileceğimiz kolaylaştırma (*facilitate*) ve doğal afet, silahlı çatışma gibi kendi kontrolleri dışında kalan birtakım nedenler dolayısıyla hakkından yoksun kalanların haktan yararlanmalarına imkan verecek önlemleri almak olarak tanımlayabileceğimiz sağlama (*provide*) yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca bakınız Maastricht Guidelines, par. 6.

50 Liebenberg, Sandra (2001) 'The Right to Social Assistance: The Implications of Grootboom for Policy Reform in South Africa' *South African Journal for Human Rights*, V: 17, s. 241.

51 Nolan & Dutschke, s. 286.

52 Nolan & Dutschke, s. 286. Saygı duyma yükümlülüğünün sadece negatif değil, aynı za-

Koruma yükümlülüğü (*obligation to protect*) bakımından ise, bireylerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını korumak amacıyla üçüncü kişilerin eylem ve faaliyetlerini düzenleyici mekanizmalara da yeterli kaynağın ayrılması gerekmektedir. Sözleşme’de tanınan hakların korunması için özel bir çerçeve yasanın hazırlanmasını,⁵³ bu yasaya uyumun takibi için izleme mekanizmalarının kurulmasını ve bireylerin ilgili haklarını ihlal eden üçüncü kişilere yönelik yaptırım mekanizmalarının varlığını gerektiren bu düzenleyici mekanizmalar, ancak bütçeden yeterli kaynağın ayrılması durumunda kurulabilir.

Bütçede en çok kaynak ayrılması gereken yükümlülük ise, yerine getirme yükümlülüğü (*obligation to fulfil*) olup gerek kolaylaştırma (*facilitate*), gerekse sağlama (*provide*) yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için devletin yeterli kaynakları Sözleşme’de tanınan haklar için tahsis etmiş olması gerekmektedir. Bu manada, yerine getirme yükümlülüğü kapsamında, hakkın sağlanması için gerekli olan halkın bilgilendirilmesi ve farkındalık yaratılması, insan hakları mekanizmalarının güçlendirilmesi⁵⁴ ve en nihayetinde kendi imkanlarıyla bu haklara erişemeyen bireylerin haklardan istifade etmesinin sağlanması için gereken mali kaynakların tahsis edilmesi gerekmektedir.

manda pozitif bir yükümlülük de olabileceği ilk kez devletlerin su hakkına ilişkin yükümlüklerini açıklığa kavuşturan Genel Yorum 15’te dile getirilmiş olup devletlerin doğal afet ve silahlı çatışma durumunda dahi saygı duyma yükümlülüğünün bir sonucu olarak, bireylerin suya erişimlerini korumaları gerektiği belirtilmiştir. Gıda hakkı ile doğrudan bağlantılı olan içme suyu ve sulama ihtiyacının karşılanması için devletin doğal afet veya silahlı çatışma durumunda kaynakların tahsisi ve harcanması hususunda alması gereken önlemler için su hakkına ilişkin CESR General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant) Adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003 (Contained in Document E/C.12/2002/11), par. 22. (Bundan sonra General Comment 15)

53 Çerçeve yasaların hazırlanması özellikle özel sektörün diğer insan haklarına kıyasla çok daha etkin rol oynadığı gıda hakkı, su hakkı ve sağlık hakkı gibi haklar bakımından büyük önem taşımaktadır. Devletin üçüncü kişilerin faaliyetlerini yeterli ölçüde düzenlememesi veya kontrol etmemesi söz konusu hakların üçüncü kişiler eliyle ihlal edilmesine neden olmaktadır. İnsan hakları hukukunun birey ve devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir hukuk dahı olması, devletlerin üçüncü kişilerin faaliyetlerini düzenlemek suretiyle koruma yükümlülüğünü yerine getirmesinin önemini arttırmaktadır. Çok uluslu şirketler başta olmak üzere devlet dışı aktörlerin insan haklarından doğan birtakım sorumlulukları olduğunu ve insan hakları ihlallerinden dolayı hesap vermeleri gerektiğini dile getiren detaylı değerlendirmeler için bakınız **Narula, Smita** (2006) ‘The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law’ *Columbia Journal of Transnational Law*, V: 44, s. 691-778; **Deva, Surya** (2012) *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Oxon, Routledge.

54 **Sepulveda**, s. 164.

Sözleşme metninde, yasal tedbirlere vurgu yapılmasına rağmen, hakların sağlanması için devletlerin alması gereken tedbirlerin neler olduğu konusunda, ilgili maddenin tahdidi bir dil kullanmak yerine, yol gösterici bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. “*Her türlü uygun yöntem vasıtasıyla*” (*by all appropriate means*) ifadesi, devletlerin kendi ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmamak suretiyle alacakları tedbirin yöntemine kendilerinin karar vermelerine imkân tanımaktadır.

Hakların sağlanması bakımından devletlere vasıtalarını seçme hususunda tanınan bu takdir yetkisine rağmen, devletler tarafından seçilen vasıtaların her zaman en uygun vasıta olduğunu söylemek mümkün olmayabilir. Bu nedenle, devletler Sözleşme’den kaynaklanan rapor sunma yükümlülüklerini yerine getirirken, Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması için aldıkları tedbirleri ve kullandıkları vasıtaları izah etmenin yanı sıra, bu vasıtaların ilgili hakların sağlanması bakımından neden en uygun vasıta olduğunu da açıklamak durumundadırlar.⁵⁵

Bu manada, Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması için ekonomik ve yasal tedbirlerin yanı sıra idari, sosyal ve eğitici nitelikte tedbirlerin de alınması gerektiğinin ifade edilmesi, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) ile uyumlu olduğu gibi,⁵⁶ Genel Yorum 3’de de teyit edilmektedir.⁵⁷

Devletlerin Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak için alacakları tedbirlerle ilişkin cevaplanması gereken diğer önemli bir soru ise, ilgili hakların sağlanması için devletlerin yargısal tedbirler alma yükümlülüğü altında olup olmadıkları sorusudur. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, doğaları gereği medeni ve siyasi haklardan farklı olduğuna ilişkin uzun yıllar süregelen yanlış kanaatin, İkiz Sözleşmelerin 2. maddelerinin farklı şekilde kaleme alınmasından⁵⁸ beslenmesi neticesinde ESKHUS’de tanınan hakların sağlanması bakı-

55 General Comment 3, par. 4. Seçilen vasıtaları uygun olup olmadığı (*appropriateness of the means chosen*) hususunda değerlendirme yapma yetkisi ise ESKHK’ya aittir.

56 **Alston, Philip** ‘International Law and the Right to Food’ : Alston Philip / Tomaševski, Katarina (Editors) (1984) The Right to Food, SIM, Martinus Nijhoff Publishers, s. 38.

57 General Comment 3, par. 7.

58 MSHUS’nin 2. maddesinin 3. fıkrasında “*Bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet: (a) Bu Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her şahsın, bu ihlal resmi sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, etkin şekilde telafi edilmesini güvence altına almakla; (b) Böyle bir telafi talebinde bulunan herkesin haklarının yetkili yargı, yürüt-*

mından yargısal tedbirlerin alınması gerekliliği devletler tarafından uzun süre ihmal edilmiştir.⁵⁹

Ancak günümüzde insan hakları hukukunun ulaştığı nokta, ESKHUS'de tanınan özellikle gıda, konut ve sağlık hakları gibi hakların yargı önünde ileri sürülebilir bir hak olmaları için teorik ve pratik anlamda herhangi bir engel bulunmadığını teyit etmektedir.⁶⁰ Bu nedenle, devletlerin MSHUS'de öngörüldüğü gibi, ESKHUS'de tanınan hakların ihlali durumunda da bireylerin başvurabilecekleri yargısal ve idari başvuru yolları tanımları, alınması gereken tedbirler arasında sayılmalıdır.⁶¹

Sözleşme'nin ulusal hukukta nasıl uygulanması gerektiğini ortaya koyan Genel Yorum 9'da da ESKHK, Sözleşme'de tanınan hakların ihlali durumun-

me ya da yasama organınca ya da Devletin yasal sisteminde öngörülen başka bir yetkili organ tarafından karara bağlanmasını ve yargısal telafi olanaklarının sağlanmasının güvence altına almakla; (c) Bu hukuki yollardan sağlanan kararların yetkili organlarca uygulanmasını güvence altına almakla yükümlüdür." denilmek suretiyle Sözleşme'de tanınan hakların ihlali durumunda bireyler için etkin başvuru yollarının (*effective remedy*) varlığı gerekli kılınmıştır. Ayrıca bakınız MSHUS md. 3 ve 26. Buna karşın, ESKHUS'nin 2. maddesinde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihlali durumunda etkin başvuru yollarının varlığını öngören benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

59 Bu hakların yargı önünde ileri sürülebilir olmalarına ilişkin detaylı tartışmalar için bakınız **Verma; Marcus; Mapulanga-Hulston, Jackbeth K.** (2002) 'Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights' *The International Journal of Human Rights*, V: 6, N: 4, s. 29-48; **Vivero Pol, Jose Luis** 'Hunger for Justice in Latin America, Justiciability of Social Rights in Hungry Democracies' : Martin, Miguel Angel / Vivero Pol, Jose Luis (Editors) (2011) *New Challenges to the Right to Food*, Barcelona, CEHAP.

Doktrinde bu hakların içeriklerinin belirsiz olmaları nedeniyle yargı önünde ileri sürülebilir olmadıklarını öne süren karşıt görüşlü bir çalışma için ayrıca bakınız **Dennis, Michael J. / Stewart, David P.** (2004) 'Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an Interantional Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?' *American Journal of International Law*, V: 98, N: 3, s. 462-514; Gıda hakkı başta olmak üzere, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bakımından sınırlı bir yaklaşım gösteren bu çalışmada bile, bu hakların yargı önünde ileri sürülebilir olmaları açısından istisnai durumların dile getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda, genel olarak bu hakların yargı önünde ileri sürülebilir olmadıkları üzerinde durulmasına rağmen, hakların sağlanması bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi durumunda gerekli yaptırım mekanizmalarının gerekliliği kabul edilmektedir. (**Dennis / Stewart**, s. 498.) Bu yaklaşım, aşağıda detaylı olarak incelenen ayrımcılık yasağına ilişkin yükümlülüğün, derhal yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğunu da teyit eder niteliktedir.

60 **Langford; Verma; Marcus.**

61 Maastricht Guidelines, par. 22-23.

da hakkı ihlal edilenlerin başvurabilecekleri idari ve yargısal başvuru yollarının olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁶² Hakkı ihlal edilen bireylerin başvurabilecekleri hiçbir mekanizmanın olmaması durumunda, alınan diğer tedbirlerin de anlamını yitireceğini söylemek mümkündür.⁶³

Aşamalı sağlama ilkesini, alınan tedbirlerin amaçları bakımından değerlendirecek olursak, devletlerin ESKHUS'de tanınan haklara ilişkin saygı duyma yükümlülüğünün, negatif bir yükümlülük olarak ekonomik kaynaklara bağlı olmaması nedeniyle derhal (*immediate*) yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğunu söylemek mümkündür. Bir başka deyişle, bireylerin Sözleşme ile tanınan haklarına saygı duymakla yükümlü olan bir devletin kaynaklarının yetersiz olduğunu ve bu yükümlülüğü aşamalı olarak gerçekleştirebileceğini iddia etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, koruma ve yerine getirme yükümlülükleri, pozitif nitelikli yükümlülükler olarak aşamalı sağlama ilkesine tabi olup bu yükümlülüklerin uzun vadede aşamalı olarak yerine getirilebileceği kabul edilebilir.⁶⁴

Konuya ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus ise, devletlerin alacakları tedbirlerin kötüleştirmeme ilkesine (*principle of non-retrogression*) uygunluğu meselesidir. Yukarıda da izah edildiği üzere aşamalı sağlama kavramı, devletlerin kaynaklarının kısıtlı olduğu gerçeğinden hareketle Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması bakımından, devletlere belli bir zaman sınırlaması ve spesifik bir yol haritası çizmeyerek hakların zaman içerisinde aşamalı olarak sağlanabileceğini kabul etse de devletlerin mevcut durumda sağlamış oldukları koruma düzeyinin altına düşmemesini şart koşmaktadır. Buna bağlı olarak, kötüleştirmeme yükümlülüğü, aşamalı sağlama yükümlülüğü kapsamında zımnen var olan bir yükümlülük olup, devletin, bireylerin sosyo-

62 CESR General Comment 9: The Domestic Application of the Covenant, Adopted at the Nineteenth Session of the Committee on the Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/24 3 December 1998), par. 9-10.

63 ESKHUS'de tanınan haklar bakımından, hakkı ihlal edilenler için başvuru mekanizmaları sağlanması gerektiği hususu BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri tarafından da altı çizilen bir husustur. Bakınız OHCHR, Report of the High Commissioner for Human Rights, par. 33.

64 Gıda hakkına ilişkin Genel Yorum 12'de de benzer bir yaklaşımla gıda hakkına ilişkin saygı duyma, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerinin bir kısmının derhal (*immediate*), bir kısmının ise aşamalı (*progressive*) olarak yerine getirilebileceği belirtilmektedir. Bakınız CESCR General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11) Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 12 May 1999 (Contained in Document E/C.12/1999/5), par. 16. (Bundan sonra General Comment 12).

ekonomik haklardan yararlanmak bakımından sahip olduğu durumun gerisine düşmesine neden olan önlemler olarak tanımlayabileceğimiz kötüleştirici önlemler (*retrogressive measures*) almamasını gerektirmektedir.⁶⁵ Bu ilkeye aykırı düzenlemeler, okulda verilen ücretsiz yemek veya kitap yardımlarına son verilmesi, işsizlik aylığı veya asgari ücret uygulamasının kaldırılması, küçük toprak sahibi çiftçilere sağlanan destek, yayım ve danışmanlık hizmetlerinin kaldırılması olarak örneklendirilebilir.

Mevcut durumu kötüleştirici önlemler alan devletlerin, ESKHK' ne sundukları raporlarında, bu gibi önlemlerin alınmasının haklı gerekçelerini, mevcut kaynakların azami şekilde kullanıldığını ve Sözleşme'de tanınan diğer hakların bu önlemlerden ne şekilde etkilendiğini ortaya koymaları gerekmektedir.⁶⁶

Sonuç olarak, aşamalı sağlama ilkesi, Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak sağlanmasının zaman içerisinde mümkün olabileceğini, devletlerin ekonomik gerçeklerini göz önünde bulundurmak suretiyle kabul etse de tedbir alma yükümlülüğü derhal yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması bakımından mevcut durumun altına düşülüp düşülmediğine, aksine mevcut koruma düzeyinin zaman içerisinde haklardan yararlanan birey sayısının tüm toplumsal kesimleri kapsayacak biçimde artırılıp arttırılmadığına bakılması gerekmektedir.

B. MEVCUT KAYNAKLARIN AZAMI BİÇİMDE KULLANILMASI (DUTY TO DEVOTE THE MAXIMUM AVAILABLE RESOURCES)

Sözleşme'de tanınan hakların sağlanmasına ilişkin diğer bir yükümlülük ise devletlerin sahip oldukları kaynakları azami bir biçimde hakkın sağlanması için kullanmaları yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe göre; devlet kaynaklarının azami ölçüde bu tedbirlere tahsis edilmesi ve daha sonrasında bu kaynakların başka alanlara yönlendirilmemesi gerekmektedir. Ayrıca, belli bir hakkın sağlanması için tahsis edilen miktarın, bir başka hakkın ihmal veya feda edilmesine neden olmaması gerekmektedir.⁶⁷

65 *Sepulveda*, s. 323.

66 General Comment 3, par. 9.

67 *Alston / Quinn*, s. 178.

Mevcut kaynakların azami bir biçimde kullanılması yükümlülüğü (*duty to devote the maximum available resources*), anlam olarak belirsiz olması nedeniyle sıklıkla eleştirilmiş, hatta bu belirsizliğin en nihayetinde hiçbir yükümlülük doğurmayacak nitelikte olduğu iddia edilmiştir.⁶⁸ Buna karşın, ilgili yükümlülük doğru bir şekilde okunduğunda, belirsiz olmadığı, aksine devletlere somut yükümlülükler yüklediği görülmektedir.

Mevcut kaynakların azami bir biçimde kullanılması yükümlülüğü, devletlerin sahip oldukları kaynakların tamamını Sözleşme’de tanınan hakların sağlanmasına ayırmak zorunda oldukları anlamına gelmemektedir. İlgili yükümlülük devletlerin sahip oldukları kaynakları kullanırken tamamen serbest olmadıklarını, kaynakların harcanmasında Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeye öncelik vermelerini gerektirmektedir. Bu manada, ilgili yükümlülüğün devletlere kaynakların dağılımı hususunda tek bir yöntem emretmediği, ancak önceliğin Sözleşme’den kaynaklanan hakların sağlanmasına verilmesini gerektirdiği söylenebilir.⁶⁹

İlgili yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespiti, öncelikle devletin sahip olduğu kaynakların değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda, mevcut kaynaklarla nelerin kastedildiği cevaplanması gereken bir sorudur.

ESKHK’ne göre, mevcut kaynaklar, sadece devletin sahip olduğu kaynaklar olmayıp, aynı zamanda uluslararası işbirliği ve yardım vasıtasıyla uluslararası toplumdan edinilen kaynakları da kapsamaktadır.⁷⁰ Bu yaklaşım, ilgili hakların sağlanması bakımından Sözleşme’de altı çizilen uluslararası işbirliğine duyulan ihtiyaçla da uyum içindedir.⁷¹ Daha açık deyişle, Sözleşme’de tanınan haklar, özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından tek başına kendi

68 Alston, s. 38.

69 General Comment, par. 10.

70 General Comment 3, par. 13; Limburg Principles, par. 26.

71 ESKHUS md. 2(1): *Bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet, münferiden ve ekonomik ve teknik plan başta olmak üzere uluslararası yardım ve işbirliği yoluyla, mevcut kaynakların azami-sini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu Sözleşme’de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı taahhüt eder.* (Vurgulama yazara aittir.) Uluslararası yardım ve işbirliğinin gerekliliğine dikkat çeken diğer ilgili maddeler için ayrıca bakınız gıda hakkına ilişkin olarak md. 11(1), (2) ve kültürel yaşama katılma, bilimsel ilerlemeden ve uygulamalardan yararlanma haklarına ilişkin olarak md.15(4).

kaynakları ile sağlayabilecekleri nitelikte değildirler. Bu nedenle, ESKHUS'nin pratikte anlam bulabilmesi, uluslararası işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Buna bağlı olarak, kendi kaynakları yeterli olmayan bir devletin, uluslararası işbirliği ve yardım talebinde bulunması gerekmektedir. O halde, kaynaklar, gerek devletlerin kendi kaynaklarını gerekse uluslararası işbirliği ve yardım vasıtasıyla elde edebilecekleri kaynakları kapsamaktadır.

Kaynaklar kavramı nitelikleri itibariyle de geniş bir şekilde yorumlanmakta olup mali kaynaklar (*financial resources*) bu kaynakların sadece bir boyutunu oluşturmaktadır.⁷² Bu bağlamda, kaynaklar kavramı, hakkın sağlanması için devletin sahip olduğu insan kaynakları, kurumsal ve bilimsel kaynaklar ve hatta ülke dışından temin ettiği kalkınma yardımları (*development aid*) da dâhil olmak üzere tüm fiili kaynakları (*real resources*) içermektedir.⁷³

Kaynakların azami şekilde kullanılıp kullanılmadığı, vakıalar bazında değerlendirilebilecek bir husus olup devletin sahip olduğu kaynakları Sözleşme'de tanınan hakların ihlaline neden olacak biçimde, kendi öncelik verdiği meselelere harcaması bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlamına gelecektir. Ekonomik kaynakları, ülkesinde yaşayan herkes için Sözleşme'de tanınan hakların sağlanmasına yetecek miktarda olan bir devletin, sahip olduğu kaynakları nükleer silahlanmaya, ordusunu güçlendirmeye veya ülkede lüks oteller inşa etmeye harcamak suretiyle Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini ihmal etmesi, mevcut kaynakların azami biçimde kullanılmadığına örnek teşkil etmektedir.

Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması için mevcut kaynakların azami ölçüde bu haklara tahsis edilmesi yükümlülüğü, aşamalı biçimde gerçekleştirme yükümlülüğü ile birlikte okunduğunda, bu yükümlülüğün aynı zamanda mevcut kaynakların en etkin biçimde kullanılması yükümlülüğünü de (*duty to effective use of the available resources*) içerdiğini söylemek mümkündür.⁷⁴ Bu bağlamda, ilgili hakların sağlanması açısından, devletin sadece sahip

72 Alston / Quinn, s. 178.

73 Robertson, Robert E. (1994) 'Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realizing Economic, Social and Cultural Rights' Human Rights Quarterly, V: 16, s. 699.

74 Eide, Asbjørn 'Economic and Social Rights': Symondies, Janusz (Editor) (2000) Human Rights: Concepts and Standards, Burlington, Ashgate UNESCO, s.126, Limburg Principles, par. 27.

olduğu kaynakları bu hakkın sağlanmasına aktarması yeterli olmayıp, ayrıca aktarılan bu kaynakların haktan yararlanan birey ve grupların sayısını arttıracak biçimde kullanılması gerekmektedir. Örneğin; sosyal güvenlik, gıda veya konut desteği programlarının daha çok kişiye ulaşacak şekilde uygulanması, sahip oldukları haklar konusunda daha çok kişiyi bilinçlendirecek eğitici programların hazırlanması kaynakların verimli bir şekilde kullanıldığını göstermektedir.

Mevcut kaynakların azami biçimde kullanılıp kullanılmadığı, aynı zamanda, diğer devletlerin veya uluslararası toplumun, ihtiyaç içinde bulunan devlete yardım etme yükümlülüklerini tespit ederken dikkate alacakları bir husustur. Bu manada, sahip olduğu kaynakları azami biçimde kullanmayarak başka önceliklere harcadığı tespit edilen bir devlete, diğer devletler veya uluslararası toplum yardım etmekten kaçınabilir. Örneğin, uluslararası yardım talebinde bulunan bir devletin, edindiği maddi yardımları, gıda ihtiyacı içinde bulunan halka ulaştırmak yerine, silahlanmaya aktarması, uluslararası yardımın kesilmesine neden olacaktır. Sonuç olarak, mevcut kaynakların azami biçimde kullanılması yükümlülüğü içerik olarak belirsiz bir yükümlülük olmayıp, devletlerin sahip oldukları kaynakların miktarı ne olursa olsun, önceliklerini Sözleşme'den kaynaklanan hakların sağlanmasına vermelerini gerektiren hukuki bir yükümlülüktür.

C. AYRIMCILIK YASAĞI (*PROHIBITION OF DISCRIMINATION*)

Ayrımcılık yasağı insan hakları hukukunun en temel ilkelerinden biri olup ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sağlanması bakımından da büyük önem taşımaktadır. Günümüzde ırk, cinsiyet, politik görüş gibi nedenlerle bireylerin Sözleşme'de tanınan haklarından mahrum bırakıldıkları örneklere sıklıkla rastlanmaktadır.

Ayrımcılık yasağı, devletlerin derhal yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerden biri olup Sözleşme'nin 2. maddesinde genel olarak hüküm altına alındığı görülmektedir.⁷⁵

75 Ayrımcılık yasağının Sözleşme bağlamında ne şekilde yorumlandığına ilişkin olarak ayrıca bakınız CESR General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) UN. Doc.E/C.12/GC/20 (2009).

Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre:

“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, bu Sözleşme’de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, din, dil, siyasi ya da başka bir fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler.”

ESKHUS'deki ayrımcılık yasağına ilişkin bu hükümlerin, Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin olarak kabul edilen Limburg İlkeleri ile birlikte okunması yerinde olacaktır. Limburg İlkeleri'nde ayrımcılık yasağı *de jure* ve *de facto* ayrımcılığa dikkat çekilmek suretiyle detaylı bir şekilde ele alınmıştır. İlgili İlkelere göre:

“Devletler, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanılmasını etkileyen [icrai fiiller (acts of commission) ve ihmal suretiyle yapılan fiiller (acts of omission) dâhil olmak üzere] ayrımcı yasaları, düzenlemeleri ve uygulamaları herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin yürürlükten kaldırmak suretiyle de jure ayrımcılığı ortadan kaldıracaklardır... Kaynak yoksunluğu nedeniyle ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan eşit olmayan (unequal) bir biçimde yararlanma sonucunu doğuran de facto ayrımcılık mümkün olan en kısa zamanda sona erdirilmelidir.”⁷⁶

De jure ayrımcılığın kaldırılabilmesi için öncelikle ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanma bakımından ayrımcı nitelik taşıyan yasal düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. Bu bağlamda, devletin yükümlülüklerinden biri, ilgili haklardan yararlanmak için gereken araçlara erişimde dil, din, ırk, yaş, cinsiyet, politik görüş, sosyal köken, mülkiyet durumu gibi nedenlerle herhangi bir ayrımcılık yapılmasına engel olmamak, eğer böyle bir ayrımcılığa neden olan yasal düzenleme varsa bunu yürürlükten kaldırmaktır.⁷⁷ Bu minvalde, devletlerin ayrımcılıkla mücadele konusunda özel yasalar çıkarması bu yasağın daha etkin bir şekilde uygulanmasına hizmet edecektir.

76 Limburg Principles, par. 37-38.

77 Limburg Principles, par. 37.

De facto ayrımcılığın ortadan kaldırılması için ise, devletlerin, mevcut eşitsizlik durumu ortadan kaldırılincaya kadar pozitif ayrımcılık (*affirmative action*) niteliğinde yasal düzenlemeler yapması gerekmektedir.⁷⁸ *De facto* ayrımcılık kimi zaman tarihi kimi zaman ise sosyal nedenlerden kaynaklanabilmekte olup ortadan kaldırılabilmesi için devletlerin özellikle toplum içindeki zayıf ve dezavantajlı grupları (*vulnerable and disadvantaged groups*) korumasını gerektirmektedir.⁷⁹

Ayrımcılık yasağının, Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması bakımından cinsiyetler arası eşitliğe vurgu yapılmak suretiyle Sözleşme’nin 3. maddesinde bir kez daha garanti altına alındığı görülmektedir. İlgili Madde’ye göre:

“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, bu Sözleşme’de belirtilen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kullanmada kadınlarla erkeklere eşit hak sağlamakla yükümlüdürler.”

Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması bağlamında kadın-erkek eşitliğinin ayrı bir önem taşıdığını söylemek mümkündür. Birçok toplumda halen süregelen geleneksel pratikler, kadınların erkeklere göre birçok sosyo-ekonomik haktan yararlanmakta daha dezavantajlı olduklarını göstermektedir. Örneğin, gıda hakkı bakımından bazı ülkelerde kadınlar ve kız çocukları halen, ancak hanedeki erkekler karınlarını doyurduktan sonra yemek yiyebilmekte, mülkiyet ve miras haklarından mahrum bırakıldıkları için gıda üretimi dâhil olmak üzere geçimlerini sağlamak için gerekli olan kaynaklara erişim imkanından yoksun bulunmaktadır.⁸⁰ Pek çok ülkede süregelen ekonomik, sosyal ve yapısal eşitsizlikler açlığın kadın nüfusunu erkeklere nazaran daha

78 Limburg Principles, par. 38.

79 General Comment 3, par. 12; General Comment 12, par. 26 ve 28.

80 BM Gıda Hakkı Raportörü Hilal Elver’in gıda hakkından yararlanma bakımından kadınların bu dezavantajlı durumlarını detaylı bir şekilde ele alan ve çözüm için devletlerin cinsiyete duyarlı (*gender-sensitive*) politikalar üretmesi gerektiğine dikkat çeken değerlendirmeleri için bakınız Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Human Rights Council Thirty-first session Agenda item 3 Promotion and Protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/31/51, 14 December 2015. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/26/PDF/G1529326.pdf?OpenElement>>,s.e.t. 16.11.2017. (Bundan sonra Report of the Special Rapporteur on the Right to Food).

çok etkilemesine neden olmaktadır.⁸¹ Benzer biçimde, eğitim hakkı, çalışma hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı, sosyal güvenlik hakları gibi diğer sosyo-ekonomik haklardan yararlanmakta kadınların toplum içinde dezavantajlı durumda oldukları örnekleri çoğaltmak mümkündür. İlgili haklardan mahrum bırakılan kadınların maddi yoksunluk içinde kalmaları, kadınların diğer insan haklarından yararlanma kapasitelerini de zayıflatmaktadır.

Günümüzde süregelen bu eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için, kadınların sosyo-ekonomik haklarını kullanmaları önündeki yasal ve pratik engellerin ortadan kaldırılması uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'den (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women- CEDAW*) doğan yükümlülüklerle beraber ele alınmalıdır.⁸² Bu bağlamda, ayrımcılık yasağı, ayrımcı yasaların yürürlükten kaldırılması ile birlikte, gerekli hallerde mevcut durum düzeltilene kadar pozitif ayrımcılık önlemlerinin alınmasını da gerekli kılabılır.

Ayrımcılık yasağı, aşamalı sağlama kavramının sınırlarını anlamak bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Zira ayrımcılık yasağı, hakların sağlanması bakımından toplum içinde var olan yasal ve fiili ayrımcılıkların ortadan kaldırılması için devletlere derhal etki (*immediate effect*) doğuran yükümlülükler yüklemekte olup, aşamalı sağlama kavramının sınırlarını netleştirmektedir.

D. ASGARI ÇEKİRDEK YÜKÜMLÜLÜK (MINIMUM CORE OBLIGATION)

Devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerinden bir diğeri ise Sözleşme'den kaynaklanan hakların asgari çekirdeklerini sağlamaları (*minimum core obligation*) veya daha açık deyişle hakkın varlığından bahsedebilmek için gerekli olan asgari seviyesini (*minimum essential level of the right*) temin etmeleri yükümlülüğüdür.⁸³

81 Report of the Special Rapporteur on the Right to Food.

82 Maastricht Guidelines, par. 12.

83 İlgili yükümlülük literatürde asgari çekirdek içerik (*minimum core content*), çekirdek hak sahipliği (*core entitlement*), minimum çekirdek yükümlülük (*minimum core obligation*), asgari devlet yükümlülükleri (*minimum state obligations*) gibi farklı terimlerle ifade edilmektedir. Çalışmamızda diğer terimlerin anlamları da ortaya konmakla birlikte izahları

Asgari çekirdek içerik olarak da adlandırabileceğimiz hakkın asgari seviyesi ile kast edilen bir hakkın doğası ve özü gereği, sahip olması gereken unsur veya unsurlarıdır (*essential elements*). Bir başka deyişle, asgari çekirdek içerik, ilgili insan hakkı bakımından bir taban teşkil etmekte olup bu tabanın altına düşülmesi hakkın varlığını anlamsızlaştıracağı için kabul edilemez niteliktedir.⁸⁴ Bu nedenle, Sözleşme'ye taraf olan bir devlet, ilgili hakkın asgari çekirdek içeriğini sağlayamaması durumunda uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır. Bu haliyle asgari çekirdek yükümlülük, devletin hiçbir koşulda kaçamayacağı birtakım yükümlülükler yüklemekte olup, doğal afet veya silahlı çatışma gibi hadiselerin doğurduğu ağır koşullarda bile, indirim yapılması mümkün olmayan bu yükümlülükleri yerine getirmesini gerekli kılmaktadır.⁸⁵ Hakkın asgari seviyesinin tanınması derhal yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olup bunun aksinin iddia edilmesi, Sözleşme'nin varlık amacına (*raison d'être*) aykırı olacaktır.⁸⁶

Sözleşme'de sağlanan haklar bakımından asgari çekirdek yükümlülüğün ne olduğu haktan hakka farklılık göstermektedir. Örneğin, gıda hakkı bakımından devletlerin asgari çekirdek yükümlüğü bireyleri açlıktan korumak

mızda genel olarak, Genel Yorum 3 ile de uyumlu olarak “asgari çekirdek yükümlülük” ifadesi tercih edilmiştir. Konuya ilişkin detaylı bir çalışma için bakınız **Young, Katherine** (2008) ‘The Minimum Core Obligation of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content’ *Yale Journal of International Law*, V: 33, s. 113-175.

84 **Chapman / Russell**, s. 9.

85 **Chapman / Russell**, s. 10; Bu noktada, Sözleşme'de tanınan haklar bakımından taban olarak ifade ettiğimiz asgari çekirdek içeriğin bazı devletler bakımından tavan haline dönüşmesi ihtimalinin insan hakları aktivistlerinin endişe duydukları bir husus olduğuna değinmek yerinde olacaktır. Daha açık ifadesiyle, bazı devletler, Sözleşme'de tanınan haklar bakımından asgari çekirdek içeriği sağlamakla yetinip, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirdiklerini iddia etmeleri durumunda, haklar bakımından taban olarak kabul edilen bu yükümlülüğün hakların içeriğini daraltmak suretiyle tavan seviyesine çıkma tehlikesi bulunmaktadır. Bu tehlikeye rağmen, asgari çekirdek yükümlülüğün devletlere somut yükümlülükler yüklemek ve söz konusu hak için kırmızı çizgileri belirlemek bakımından önem taşıdığını söylemek mümkündür. Devletlerin asgari çekirdek içeriği sağladıktan sonra, Sözleşme'den doğan diğer yükümlülüklerinden kaçmalarını engellemek için, asgari devlet yükümlülüklerine (*minimum state obligations*) dikkat çekmek yerinde olacaktır. Bu manada, asgari devlet yükümlülükleri, yukarıda detaylı bir şekilde ele alındığı üzere, devletlerin Sözleşme'ye taraf olmakla birlikte derhal yerine getirmeleri gereken yükümlülükler olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan hareketle devletlerin, hakların asgari çekirdek içeriğini sağlamakla yükümlülüklerinin sona ermediğini ve fakat Sözleşme'nin asıl amacı olan Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak tanınması amacına aşamalı bir biçimde ulaşabilmek için derhal yerine getirmeleri gereken birtakım asgari yükümlülükler taşıdıklarını söylemek mümkündür.

86 General Comment 3, par. 10.

olup, devletlerin kendi ülkesinde veya etkin kontrolü altında bulunan topraklarda bulunan bireylerin hayatlarının devamı için gerekli olan asgari gıdayı temin etmeleri gerekmektedir.⁸⁷ Eğitim hakkı bakımından ise asgari çekirdek yükümlülük; devlet eğitim kurum ve programlarına ayrımcılık yasağına uygun bir şekilde erişim hakkının sağlanmasını, ilköğretim seviyesindeki eğitimin ücretsiz olmasını, orta, yüksek ve temel eğitimi içerecek biçimde milli bir eğitim stratejisinin belirlenmesini ve asgari eğitim standartlarına sahip olmak kaydıyla devlet veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın eğitimde serbest seçim hakkının sağlanmasını içermektedir.⁸⁸ Sağlık hakkı bakımından sağlık kurumlarına, ürünlerine ve servislerine herhangi bir ayrımcılığa uğramaksızın erişimin sağlanması, bireylerin açlıktan kurtulması için gerekli besin değeri açısından yeterli ve güvenli asgari gıdanın sağlanması, temel barınak, konut ve temizlik ihtiyaçlarının ve güvenli ve içilebilir suyun sağlanması, milli kamu sağlığı strateji ve eylem planı hazırlanması asgari çekirdek yükümlülükler arasında sayılmıştır.⁸⁹ Su hakkı bakımından da diğer haklara benzer bir şekilde su kaynaklarına erişimde ayrımcılık yapılmamasının yanı sıra, hastalıkları önlemek için kişisel ve ev içi kullanım için gereken yeterli ve güvenli suyun sağlanması asgari çekirdek yükümlülükler arasında ifade edilmiştir.⁹⁰

Devletlerin asgari çekirdek yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespitinde, devletlerin kaynak sıkıntıları yine dikkate alınacak bir husustur. Bu bağlamda, Sözleşme’de tanınan hakların sağlanması bakımından sahip olduğu kaynakları azami bir şekilde kullanma yükümlülüğü altında bulunan devletlerin, bir öncelik meselesi olarak, hakkın asgari seviyesini sağlamak için her türlü çabayı gösterdiklerini ortaya koymaları gerekmektedir.⁹¹ Bu hususta her türlü çabayı gösterdiğine ilişkin ispat yükü devlete aittir.

87 Genel Yorum 12’de asgari çekirdek yükümlülüğe ilişkin olarak, “devletin doğal afetler veya diğer felaketler durumunda dahi açlığı azaltmak ve ortadan kaldırmak gibi bir çekirdek yükümlülüğü olduğu” ifade edilmektedir. Bakınız General Comment 12, par. 6. Ayrıca bakınız General Comment 3, par. 10.

88 CESCR General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13) Adopted at the Twenty-first Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1999 (Contained in Document E/C.12/1999/10), par. 57. Ayrıca bakınız General Comment 3, par. 10.

89 CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4), par. 43. Ayrıca bakınız General Comment 3, par. 10.

90 General Comment 15, par. 37.

91 General Comment 3, par. 10.

Mevcut kaynakların yeterli olmadığı durumlarda bile, devletler asgari çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmek durumundadır. Buna bağlı olarak, asgari çekirdek yükümlülüğün iki farklı yükümlülük daha ihtiva ettiğini veya türettiğini söylemek mümkündür. Bunlardan ilki, devletlerin kaynak sıkıntısı içinde olduğu durumlarda dahi, asgari çekirdek yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için, özellikle toplumdaki zayıf kişileri korumaya özen göstermesi yükümlüğüdür.⁹² Diğer ise devletlerin asgari çekirdek yükümlülüğünü hiçbir şekilde yerine getiremediği durumlarda, uluslararası yardım talebinde bulunması yükümlülüğüdür.⁹³

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, devletlerin Sözleşme’de tanınan hakların asgari seviyelerini sağlamak yükümlülükleri, aşamalı sağlamaya tabi olmayıp derhal yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdendir. Bu manada, devletlerin sahip oldukları kaynakların yetersizliğine dayanarak Sözleşme’deki hakların asgari seviyelerini sağlamaktan kaçınma imkanları bulunmamaktadır.

Asgari çekirdek yükümlülük olarak ifade edilen bu yükümlülük Sözleşme’nin amacına ulaşması bakımından büyük önem taşımakta olup, bu yükümlülüğün aşamalı olarak yerine getirilebileceğini ifade etmek Sözleşme’yi anlamsız kılacaktır. Bu nedenledir ki kaynak yetersizliği nedeniyle Sözleşme’de tanınan hakların asgari seviyesini sağlayamayan bir devletin, uluslararası yardım talebinde bulunarak bu yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenmektedir.

SONUÇ

Aşamalı sağlama kavramı, insan haklarını bütüncül bir şekilde korumayı hedefleyen İkiz Sözleşmelerden sadece ESKHUS’de kullanılmış bir kavramdır. Her iki Sözleşme’de aynı dili kullanmak yerine, ESKHUS’deki hakların zaman içerisinde aşamalı bir biçimde sağlanabileceğinin kabul edilmesi ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tamamen ekonomik kaynaklara bağlı oldukları varsayımına dayanmaktadır. Oysa ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kadar medeni ve siyasi haklar da büyük ölçüde devletlerin sahip oldukları kaynakla-

92 General Comment 3, par. 11-12.

93 General Comment 3, par. 13.

ra bağı olup devletlerin sahip oldukları kaynaklar nispetinde tanınabilmektedir. Bununla birlikte, insan haklarının günümüzde ulaşılmış olduğu noktada, insan haklarının bir bütün olduğu ve yapay sınıflandırmalara tabi tutulamayacağı kabul edilmektedir.

Tüm bu gerekçelerle, ESKHUS'de tanınmış olan hakların sağlanması, MSHUS'de tanınan hakların sağlanmasından daha önemsiz olmayıp bu hakların aşamalı bir biçimde sağlanacaklarına ilişkin ifadenin doğru bir şekilde okunması gerekmektedir. Bu doğru okuma, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin antlaşmaların yorumuna ilişkin 31. maddesi gereği, Sözleşme'nin bir bütün olarak, konu ve amacı ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanması ile mümkündür.

Buna bağlı olarak, aşamalı sağlama kavramının Sözleşme'nin devletlere yüklediği yükümlülükler ile birlikte ele alınması gerekmektedir. Sözleşme'nin devletlere yüklemiş olduğu tedbir alma yükümlülüğü, mevcut kaynakların azami biçimde kullanılması yükümlülüğü, ayrımcılık yasağı ve asgari çekirdek yükümlülük detaylı bir şekilde incelendiğinde "aşamalı sağlama" kavramının kapsam ve sınırları doğru bir şekilde tespit edilmiş olmaktadır. Sözleşme'nin devletlere yüklemiş olduğu tüm bu yükümlülükler, Sözleşme'de tanınan hakların sağlanmasına ilişkin bazı yükümlülüklerin aşamalı sağlama kapsamında değerlendirilemeyeceğini, aksine derhal yerine getirilmesi gereken bir özellik taşıdığını göstermektedir.

Sonuç olarak, aşamalı sağlama kavramının devletlerin ekonomik gerçeklerini göz önünde bulunduran bir anlayış ve esnekliği içinde barındırmasına rağmen, Sözleşme'de tanınan hakların sağlanmasında devletlerin mazeret ve kaçış üretmelerine imkân vermediğini ve buna bağlı olarak ilgili hakların ikincilleştirilmesinin bir gerekçesi olamayacağını söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

Algan, Bülent (2007) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara, Seçkin.

Alston, Philip ‘International Law and the Right to Food’ : Alston Philip / Tomaševski, Katarina (Editors) (1984) The Right to Food, SIM, Martinus Nijhoff Publishers.

Alston, Philip / Quinn, Gerard (1987) ‘The Nature and Scope of State Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ Human Rights Quarterly, V: 9, s. 156-229.

CESR General Comment 3: The Nature of State Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), Adopted at the Fifth Session of the Committee on the Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990, E/1991/23.

CESR General Comment 9: The Domestic Application of the Covenant, Adopted at the Nineteenth Session of the Committee on the Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/24 3 December 1998.

CESCR General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11) Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 12 May 1999 (Contained in Document E/C.12/1999/5).

CESCR General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13) Adopted at the Twenty-first Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1999 (Contained in Document E/C.12/1999/10).

CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4).

CESR General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant) Adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003 (Contained in Document E/C.12/2002/11).

CESR General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) UN. Doc.E/C.12/ GC/20 (2009).

Chapman, Audrey (1996) 'A 'Violations Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' *Human Rights Quarterly*, V: 18, N: 1, s.23-66.

Chapman, Audrey / Russell, Sage (Editors) (2002) *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp, Intersentia.

Craven, Matthew (Editor) (1995) *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights- A perspective on Its Development*, Oxford, Oxford University Press.

Dennis, Michael J. / Stewart, David P. (2004) 'Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?' *American Journal of International Law*, V: 98, N: 3, s. 462-514.

Deva, Surya (2012) *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Oxon, Routledge.

Eide, Asbjørn 'Economic and Social Rights': Symondies, Janusz (Editor) (2000) *Human Rights: Concepts and Standards*, Burlington, Ashgate UNESCO.

Göztepe, Ece (2011) 'Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi' *TBB Dergisi*, S: 95, s. 13-40.

Kent, George (2005) *Freedom From Want*, Washington D.C., Georgetown University Press.

Langford, Malcolm 'Judicial Review in National Courts: Recognition and Responsiveness' : Riedel, Eibe / Giacca, Gilles / Golay, Christophe (Editors) (2014) *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Oxford, Oxford University Press.

Liebenberg, Sandra (2001) 'The Right to Social Assistance: The Implications of Grootboom for Policy Reform in South Africa' *South African Journal for Human Rights*, V: 17, s. 232-257.

Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights of 1986, U.N. Doc. E/CN4./1987/17, <http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resourceattachments/UN_Limburg_Principles_1987_En.pdf>, s.e.t. 16.11.2017.

Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, 22-26 January 1997, <http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/UN_Limburg_Principles_1987_En.pdf>, s.e.t. 16.11.2017.

Mapulanga-Hulston, Jackbeth K. (2002) 'Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights' *The International Journal of Human Rights*, V: 6, N: 4, s. 29-48.

Marcus, David (2006) 'The Normative Development of Socioeconomic Rights Through Supranational Adjudication' *Stanford Journal of International Law*, V:42, s. 53-102.

Narula, Smita (2006) 'The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law' *Columbia Journal of Transnational Law*, V: 44, s. 691-778.

Nolan, Aoife & Dutschke, Mira (2010) 'Article 2 (1) ICESCR and state parties obligations: whiter the budget?' *European Human Rights Law Review*, V:3, s. 280-289.

Nolan, Aoife 'Budget Analysis and Economic, Social and Cultural Rights': Riedel, Eibe / Giacca, Gilles / Golay, Christophe (Editors) (2014) *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Oxford, Oxford University Press.

OHCHR Committee on Economic, Social and Cultural Rights Monitoring the Economic, Social and Cultural Rights, <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIntro.aspx>>, s.e.t. 21.12.2017.

OHCHR, Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, UN Fact Sheet 33, <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet33en.pdf>>, s.e.t. 16.11.2017.

OHCHR Human Rights, Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact Sheet 15, <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1en.pdf>>, s.e.t. 16.11.2017.

OHCHR, Human Rights Treaty Bodies–General Comments, <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>, s.e.t. 15.11.2017.

OHCHR, Manual on Human Rights Monitoring, Chapter 20 Monitoring Economic, Social and Cultural Rights, <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Chapter20-48pp.pdf>>, s.e.t. 15.11.2017.

OHCHR, Report of the High Commissioner for Human Rights on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights, (June 8, 2009), UN. Doc.E/2009/90,<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/362/90/PDF/N0936290.pdf?OpenElement>>, s.e.t. 15.11.2017.

OHCHR, The Right to Adequate Food, UN Fact Sheet 34, 2010. <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf>>,s.e.t. 02.11.2017.

Oxford Learner's Dictionary, <www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/progressive_1?q=progressive>, s.e.t. 20.12.2017.

Riedel, Eibe / Giacca, Gilles / Golay, Christophe 'The Development of Economic, Social and Cultural Rights in International Law' : Riedel, Eibe / Giacca, Gilles / Golay, Christophe (Editors) (2014) Economic, Social and Cultural Rights in International Law, Oxford, Oxford University Press.

Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Human Rights Council Thirty-first session Agenda item 3 Promotion and Protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/31/51, 14 December 2015. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/26/PDF/G1529326.pdf?OpenElement>>, s.e.t. 16.11.2017.

ECOSOC Resolution 1985/17, 28 May 1985, Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

Richardson, Lucy (2015) 'Economic, Social and Cultural Rights (and Beyond) in the UN Human Rights Council' *Human Rights Law Review*, V: 15, s. 409-440.

Robertson, Robert E. (1994) 'Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realizing Economic, Social and Cultural Rights' *Human Rights Quarterly*, V: 16, N:4, s. 693-714.

Schultz, Jim (2002) *Promises to Keep: Using the Public Budgets as Advance Economic, Social and Cultural Rights*, Mexico City, Fundar.

Sepulveda, Magdalena (2003) *The Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp, Intersentia.

Shue, Henry (1980) *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press.

Sur, Melda (1997-1998) 'Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri' *İnsan Hakları Yıllığı*, C: 19-20, s. 65-91.

UN General Assembly [UNGA] resolution 421(V) (4 December 1950) Draft International Covenant on Human Rights and measures of implementation: future work of the Commission on Human Rights. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/19/I>

[MG/NR006019.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/19/I)>, s.e.t. 16.11.2017.

UNGA resolution 543(VI) (5 February 1952) Preparation of two Draft International Covenants on Human Rights. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/067/98/I>

[MG/NR006798.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/067/98/I)>, s.e.t. 16.11.2017.

Van Hoof, G. J. H. 'Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views': Alston, Philip / Tomaševski, Katarina (Editors) (1987) *The Right to Food*, SIM, Martinus Nijhoff Publishers.

Verma, Shivani (2015) 'Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights Relevant Case Law', *The International Council on Human Rights Policy*, <<file:///D:/LCIL/CAMBRIDGE/Justiciability%20of%20the%20right%20to%20food/Justiciability%20of%20ESCR.pdf>> s.e.t. 17.11.2017.

Vienna Declaration and Programme of Action, Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>> s.e.t. 17.11.2017.

Vivero Pol, Jose Luis ‘Hunger for Justice in Latin America, Justiciability of Social Rights in Hungry Democracies’ : Martin, Miguel Angel / Vivero Pol, Jose Luis (Editors) (2011) *New Challenges to the Right to Food*, Barcelona, CEHAP.

Way, Sally-Anne (2014) ‘The “Myth” and Mystery of US History on Economic, Social, and Cultural Rights: The 1947 United States Suggestions for Articles to be Incorporated in International Bill of Rights’ *Human Rights Quarterly*, V: 36, N: 4, s.869-897.

Whelan Daniel. J. & Donnelly Jack (2007) ‘The West, Economic and Social Rights and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight’ *Human Rights Quarterly*, V: 29, s. 908-949.

Young, Katherine (2008) ‘The Minimum Core Obligation of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content’ *Yale Journal of International Law*, V: 33, s. 113-175.

Zeigler, Jean / Golay, Christophe / Mahon, Claire / Way, Sally-Anne (2011) *The Fight for the Right to Food*, New York, Palgrave Macmillan.

YARGI KARARLARI

Constitutional Court of South Africa, Government of the Republic of South Africa v. Irene Grootboom and others, 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169. (CC).

Constitutional Court of South Africa, Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others. 2002 (5) SA 721 (CC).

Supreme Court of India, People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & others, 2003, 2 S.C.R. 11

İSLAM VE OSMANLI CEZA HUKUKUNDA HATAEN ÖLDÜRME SUÇU

Arş. Gör. İlhan BULUT*

ÖZET

Öldürme suçu insanlık tarihinin en kadim ve en ağır suçlarından biridir. Bu suç kasten işlenebileceği gibi hataen de işlenebilir. Konumuzu oluşturan ve modern hukukta taksirle ölüme sebebiyet verme olarak adlandırılan bu suçlar, İslam ve Osmanlı ceza hukukunda hataen öldürme başlığı altında düzenlenmiştir. İslam ceza hukukunda suçlar genel olarak had cezası gerektiren suçlar, kısas ve diyet cezası gerektiren suçlar ve tazir suçları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kısas ve diyet gerektiren suçlardan olan hataen öldürme suçunun dayanakları, prensipleri, işleme biçimleri ve yaptırımları İslam hukukçuları tarafından ciddi şekilde ele alınmış ve tartışılmıştır. Hataen öldürme suçunun kasten öldürme suçundan hangi yönleriyle ayrıldığı ve hataen öldürme suçunun yaptırımlarının belirlenmesi bu tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Osmanlı ceza kanunnamelerinde de büyük ölçüde klasik İslam ceza hukuku doğrultusunda düzenlemeler yapılmıştır. Fakat Osmanlı ceza hukukunun bu gelenekten ayrıldığı noktalar da bulunmaktadır. Diğer uygarlıkların hataen öldürme suçuna yaklaşımları ve yaptırımları zaman, mekân ve kültürel olarak farklılık bulunsa da İslam ceza hukukuna benzerlik göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam ceza hukuku, Osmanlı ceza hukuku, öldürme, hataen öldürme, hata kavramı, kısas, diyet.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ilhnbtl@gmail.com. (Geliş Tarihi : 01.11.2017 – Kabul Tarihi : 04.01.2018)

CRIME OF KILLING BY MISTAKE IN ISLAMIC AND OTTOMAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Homicide is one of the oldest and most severe crime in the human history. This crime can be committed both with malice aforethought or wrongfully. These crimes, which is named mainly “manslaughter” in modern criminal law, was regulated under the title of “killing by mistake” in Islamic and Ottoman criminal law. In Islamic criminal law, crimes are generally divided into three parts: crimes required Hudud punishments, crimes required Qesas (retaliation) and diyya (blood money) and crimes required Ta’zir punishments. The basis, principles, committing types and sanctions of the crime of killing by mistake, which one of the Qesas (retaliation) and diyya (blood money) crime, have been handled and discussed seriously by Islamic jurists. The separation aspects of the crime of killing by mistake from the intentionally killing and determination of the sanctions of the crime of killing by mistake are the basis of these discussions. The regulations of the Ottoman criminal codes were largely in line with the classical Islamic criminal law. But also there are some points where the Ottoman criminal law diverges from this tradition. Approaches of the other civilizations to the crime of killing by mistake, despite to the time, place and cultural differences, is very similar to the Islamic criminal law.

Key words: Islamic criminal law, ottoman criminal law, homicide, killing by mistake, conception of mistake, qesas (retaliation), diyya (blood money).

GİRİŞ

Öldürme suçları bir toplumda en çok infial uyandıran ve aynı zamanda en çok işlenen suçlardan biridir. Öldürme suçları kasten işlenebileceği gibi hataen de işlenebilmektedir. Dikkatsizlik, özensizlik, ihmalkarlık veya kanun ve emirlere uymama neticesinde insanların ölümüne neden olunabilmektedir. Hataen öldürme fiilleri günümüzde olduğu gibi geçmişte de oldukça sık rastlanan fiillerden biridir. Bu kapsamda işlenen suçlar hakkında fail, mağdur ve toplum üçgeninde en adil çözümün bulunabilmesi için İslam hukukçuları Sünnet ve Kuran ışığında pek çok çözüm önerisi ve farklı yorumlar getirmişlerdir.

İslam dinini toplum ve devlet nizamında esas kaynak olarak alan Osmanlı devletinin, hataen öldürme suçlarında nasıl bir yaklaşım sergilediği, bu yaklaşımın hem uygulamada hem de Osmanlı padişahları tarafından çıkarılan Kanunnameler çerçevesinde nasıl şekillendiği de bu çerçevede çalışmamızda incelenmiş bulunmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılması adına ilk bölümümüzde İslam ceza hukukunda suç ve cezaları açıklamaya çalıştık. İkinci bölümde de hataen öldürme suçunun tanımı, unsurları ve yaptırımlarına değindik. Osmanlı hukukunun ayrıksı yönlerini de yeri geldikçe belirttik. Son bölümde de mukayeseli hukuk tarihi ve modern hukukta hataen öldürme suçunu inceledik. Bu şekilde hataen öldürme suçunun tarihsel ve kültürel bağlamlarda benzerliklerini ve farklılıklarını ifade etmeye çalıştık.

I. GENEL OLARAK İSLAM CEZA HUKUKUNDA SUÇ VE CEZA KAVRAMI

Ceza hukuku (ukubat) klasik İslam hukuku kitaplarının en önemli bölümlerinden birini teşkil etmektedir¹. Bu eserlerde ceza hukuku konuları, İslam hukukunun genel yapısına uygun olarak, umumi esaslarla genel bir suç nazariyesi ortaya koymak yerine meseleci (kazuistik) bir metotla ele alınmış bulunmaktadır. Çağdaş İslam hukukçuları ise bu kazuistik malzemeden hareketle İslam ceza hukukunun genel prensiplerini ortaya koyan çalışmalar yapmaktadırlar².

1 **Aydın, M. Akif** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, İstanbul, Beta, s.157.

2 **Aydın**, s.157. İslam ceza hukukunda genel bir ceza hukuku kavramı olmadığı, suçluluk ve cezai sorumluluk kavramının az geliştiği, hafifletici sebeplerin bulunmadığı, teşebbüs ve iştirak kavramlarının gelişmediği, fakat cezalandırma ve önleyici tedbirler konusunda büyük bir fikir zenginliğinin bulunduğu görüşü konusunda bkz. **Schacht, Joseph** (1964)

Suçun tanımını Kuran’da yer almamakla birlikte suç anlamında kullanılan çeşitli kelimeler bulunmaktadır. Yalnız bu kelimeler ve kavramlar modern ceza hukukundaki suç kavramının teknik karşılığı olarak değil, dinin özüne uymayan ve ahlaken tasvip edilmeyen olumsuz davranışlar için kullanılmışlardır³. İslam ceza hukukunda ise suç “cerime” veya “cinayet” kelimeleri ile ifade edilmekte olup⁴, klasik yazarlar tarafından (Maverdî, Ebul Ya’la el-Ferrâ) “Allah Teala’nın had ve tazir cezalarıyla işlenmesini yasakladığı hukuka aykırı fiiller” olarak tanımlanmıştır⁵.

A. İSLAM CEZA HUKUKUNDA SUÇLAR

İslam ceza hukukunda suçlar; cezası Kuran ve Sünnet tarafından belirlenen suçlar ve cezası hâkim (veya siyasi otorite) tarafından belirlenen suçlar olmak üzere iki ana grupta toplanabilir⁶. Kuran ve Sünnet tarafından belirlenen suçlar da kul hakkına tecavüz teşkil eden suçlar ve toplumun haklarına tecavüz eden suçlar olmak üzere kendi içinde iki kısma ayrılabilir. Son olarak bu tasnifler çerçevesinde suçlar temel olarak, had gerektiren suçlar, kısas ve diyet gerektiren suçlar ve tazir gerektiren suçlar olmak üzere üç grupta toplanabilir⁷.

1. Had Cezası Gerektiren Suçlar: Bu suçlar, Kuran tarafından gösterilen ve Allah’a karşı işlenen suçlar kapsamında olan suçlardır. Bunlar İslam toplumunun yararlarına dokunan suçlardır⁸. Terim olarak Had, “Allah’ın hakkı olmak üzere Şâri’ (kanun koyucu: Allah ve peygamberi) tarafından ke-

An Introduction to The Islamic Law, London, s.187.

3 **Avcı, Mustafa** (2008) Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya, Mimoza, s.25; Avcı, Kuran’da suç anlamında kullanılan kelimelere şunları örnek vermektedir: Cürüm (5/8, 11/89, 54/47, 77/46, 83/29), cinayet, cünah (2/235), seyyie, ism (2/173), hatie (4/112), zenb, masiyet, fahşa, kebire, hûb, haram ve münker. **Avcı**, s.25.

4 **Avcı**, s.25.

5 **Aydın**, s.158.

6 **Dağcı, Şamil** (1999) İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı, s.23.

7 **Dağcı**, s.23; Esasında bu üç terim ceza anlamına gelmektedir. Bundan dolayı had, kısas ve taziri gerektiren suçlar ifadesi daha doğru olmakla birlikte had, kısas ve tazir suçları şeklindeki kullanım büyük yaygınlık kazandığından, bu üç terim suç anlamını da ifade eder olmuşlardır. **Aydın**, s.158.

8 **Akbulut, İlhan** (2013) ‘İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar’, AÜHFD, C: 52, S: 1, s.167-181, s.167.

sin olarak belirlenen cezadır⁹. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, had, suçun değil ona uygulanacak olan cezanın adıdır. Fakat bu kavram klasik fıkıh kitaplarında hem suç hem de ceza anlamında kullanılmıştır¹⁰. Bu suçlar insanların bir arada yaşamaları için kurulmuş düzeni bozduğundan ve Allah'a karşı işlenmiş olduğu kabul edildiğinden, suçtan zarar görenin (zina iftirası ve hırsızlık suçları dışında) şikâyeti aranmaksızın kovuşturulmuşlardır. Mahkeme önünde Had suçunun işlendiği kesinleştiğinde artık af ve sulh da geçerli olmamaktadır¹¹. Had suçları şu şekilde sayılabilir: Zina, kazf (iffete iftira), hırsızlık, hirabe (yol kesme ve eşkıyalık), bağı (meşru hükümet ve siyasi iktidara karşı isyan), irtidat (İslam dininden çıkma), şurb (şarap içme)¹².

2. Kısas ve Diyet Gerektiren Suçlar: Kısas ve diyet iki farklı ceza olup aynı gruba giren suçlara uygulanırlar¹³. Kısas ve diyet gerektiren suçlar, şahısların hayatına ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlardır. Bu suçların cezaları Kuran ve Sünnet tarafından belirlenmiştir¹⁴. Bu çerçevede kısas ve diyet gerektiren suçlar şu şekilde sayılabilirler: Öldürmeden dolayı kısas, yaralamadan dolayı kısas, öldürmeden dolayı diyet, yaralamadan dolayı diyet¹⁵. Öldürme suçları; kasten adam öldürme (katl-i amd), kasta benzer adam öldürme (katl-i şihb-i amd), hataen adam öldürme (hataen katl), hata mecrasına cari katl ve tesebbüben katl olmak üzere farklı türlere ayrılmaktadır¹⁶.

3. Tazir Suçları: Tazir suçları genellikle Kuran ve Sünnet tarafından yasaklanmakla birlikte cezası belirtilmeyen veya mubah olduğu halde, zaman içerisinde toplum için zararlı bir özellik kazanan, bundan dolayı siyasi otorite tarafından suç sayılıp karşılığında cezalar öngörülen fiillerdir. Örneğin faiz, hakaret ve sövme gibi fiiller naslar tarafından yasaklanmakla birlikte, bu fiilleri işleyenlere uygulanacak yaptırımlar belirtilmemiş, dolayısıyla bu yaptırımla-

9 **Avcı**, s.27; Geniş anlamda had suçları, yaptırımı Şari' tarafından belirlenen suçları ifade etmekte, dolayısıyla kısas ve diyet suçlarını da kapsamaktadır. **Avcı** s.27.

10 **Dağcı**, s.23.

11 **Akbulut**, s.168.

12 **Dağcı**, s.24.

13 **Şafak, Ali** (1977) 'Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, Erzurum', Ankara Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, s.68.

14 **Dağcı**, s.23

15 **Şafak**, s.69.

16 **Cin, Halil /Akgündüz, Ahmet** (1990) Türk-İslam Hukuk Tarihi 1. Cilt Kamu Hukuku, İstanbul, Timaş, s.327-328.

rı belirlemek siyasi otoriteye kalmıştır¹⁷. Siyasi otoritenin koymuş olduğu kanunlarla belirlenen suçlar yani tazir suçları kamu düzenini artık ihlal etmiyor- sa suç olmaktan çıkarılabilir. Tazir cinsinden olan cezalar da uygulamadan kaldırılabilir, türü veya miktarı değişebilir¹⁸.

B. İSLAM CEZA HUKUKUNDA CEZALAR

İslam dininin ana kaynağı olan Kuran ve Sünnet İslam ceza hukukunun da asli kaynağı olup bu konudaki temel ilkeleri belirler. İslam hukukunda belirlenen cezalar netice olarak İslam'ın korunmasını esas aldığı beş temel değeri yani akıl, din, can, ırz ve malın korunmasını hedeflemektedir¹⁹.

İslam hukukunda suçun doğrudan karşılığı olan cezaya “asli ceza”, bu cezanın infazı mümkün olmayınca onun yerine geçen cezaya “bedel ceza” denmektedir. Bunun yanında asli cezaya ilave olarak verilebilen “ek ceza” (tebei ceza) da bazı suçlar açısından söz konusu olmaktadır²⁰. İslam hukukun- da cezaların çeşitli tasnifleri yapılmakla birlikte, cezalar yukarıda suçlar bah- sinde esas aldığımız klasik ayırım çerçevesinde had suçlarına verilen cezalar, kısas cezası, diyet cezası ve tazir cezaları olmak üzere dört farklı başlık altında incelenecektir:

Had cezaları: Had suçlarında cezalar belli ve sabittir. Bu suçlara uygu- lanacak olan cezalar ise şunlardır: Zinanın cezası hür ve evli bir Müslüman için taşlanarak öldürme (*recm*), diğerleri için 100 sopa, köleler için ise 50 so- padır. Bir kimseye yanlış yere zina suçlaması yapmanın ve içki içmenin ceza- sı²¹ hür kimse için 80, köle için ise 40 sopadır. Hırsızlığın cezası belirli şartların bulunması koşuluyla bir elin kesilmesi, yol kesmenin (*kat'u tarik*) ise eğer sadece öldürme suçu işlendiyse kılıçla öldürme, sadece mal yağmalama suçu işlendiyse bir elin kesilmesi ve her iki suçun işlenmesi durumundaysa salb edilmez²². Bir Müslümanın dinini terk etmesi yani “irtidat” suçunda ise önce

17 **Dağcı**, s.24-25; İslam hukuku kaynaklarında suç olarak yer almayıp, ihtiyaca göre devlet tarafından yasaklanan fiillere örnek olarak Fatih devri Kızılca Tuzla Yasaknamesi verilebi- lir: “*Gayri yerden tuz getirirse tutup tuzun ve bargirin elinden alına, tuzu suya döküle veya yabana saçıla....*” . **Avcı**, s.34 dp147.

18 **Avcı**, s.35.

19 **Akbulut**, s.169.

20 **Akbulut**, s.169; Tebei cezaya örnek olarak failin katl suçlarında maktulün mirasından ve vasiyetinden mahrum kalması verilebilir. **Cin/Akgündüz**, s.325-328.

21 Bu suçun cezası Kuran'da yoktur. Sonradan icma ile kabul edilmiştir. **Akbulut**, s.176.

22 **Imber, Colin** (2004) Şeriattan Kanuna-Ebussud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, (çev. Mur- teza Bedir), İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s.219.

nasihat edilir ve tövbe için süre verilir. Sonrasında durumunun değişmemesi halinde İslam'dan dönen erkekler öldürülür. Kadınlar ise hapsedilir. Devlete karşı isyan yani *bağy* suçunda belirli sabit bir ceza bulunmamaktadır. İsyancıların savaş esnasında öldürülebilecekleri kabul edilmekte, isyan sonrasında ise ölüm cezası değil uygun bir tazir cezasının verileceği hususunda Ebu Hanife dışındaki hukukçular görüş birliği içerisinde bulunmaktadır²³.

Kıyas: Kıyas, bir zararın gerçekleşmesine sebep olan kimseye, aynı miktar ve yoğunlukta zarar verilmesini gerekli kılan bir müessesedir. Bu kural adalet bilincini telkin eden çok esaslı bir müessese olmuş ve bir adalet tarzını teşkil etmiştir. Kıyasta istenen şey benzerlik ve eşitliktir. Can benzerliği ve eşitliğidir²⁴. Kıyasın uygulanabilmesi için fiilin bilerek veya isteyerek işlenmesi gerekmektedir²⁵. Ayrıca failin ergin ve mümeyyiz olması, öldürülenin hayatının şeriatça korunmuş bulunması, öldürülenin füruu, kölesi veya füruunun kölesi olmaması gerekir²⁶.

Kıyas cana karşı ve uzva karşı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ebu Zehra'ya göre kıyas iki çeşittir. Birincisi hem şeklen hem de manen yapılan kısastır. Burada suçlu işlemiş olduğu fiilin aynısı ile cezalandırılır. Kasten öldürmede kişi hem şeklen hem de manen kıyas olunur, yani katledilir. Yine bu şekilde herhangi bir vücut organının kesilmesine yol açan bir fiili hiç bir baskı altında kalmadan, kendi kasıt ve iradesiyle işlemişse, failin de aynı organının kesilmesi gerekir. Eğer buna imkân yoksa o zaman manen kıyas uygulanacaktır. Bu da diyet ödemek şeklinde gerçekleşir. Ayrıca diyetin yanında devlet başkanının (siyasi otorite) belirleyeceği bir tazir cezası da uygulanır²⁷.

Diyet: Sözlükte ödemek vermek anlamındaki “vedy” kökünden türeyen diyet, terim olarak, bir şahsın haksız olarak öldürülmesi, sakat bırakılması

23 Akbulut, s.177.

24 Ünsal, Ahmet (2008) İslam Ceza Hukukunda İnfaz Yetkisi, İstanbul, Mizan, s.30-31.

25 İslam hukukçuları failin zihinsel durumunu (kasten mi yoksa hataen mi olduğu) saptamanın imkânsız olduğunu düşündüklerinden dolayı, katilin kullandığı vasıtayı ölçü almışlardır. Eğer fail eylemini, kesici, delici, parçalayıcı bir aletle işlemişse, bu o kişide öldürme kastının bulunduğu anlamına gelecektir. Kılıç, bıçak, ok, mızrak, keskin taş, sivri ağaç gibi şeyler katil aleti olarak kabul edilir. Yakarak öldürme, kasten adam öldürme, dayak atarak öldürme ise, kasıt benzeriyle adam öldürmeye girer. Peters, Rudolph (2007) Crime and Punishment in Islamic Law, Cambridge, s.43.

26 Akbulut, s.170.

27 Ebu Zehra, Muhammed (1994) İslam Hukukunda Suç ve Ceza, (çev. Tüfekçi, İbrahim), İstanbul, Kitabevi s.461.

veya yaralanması halinde ceza ve kan bedeli olarak mağdura ya da mirasçılara ödenen mal veya parayı ifade etmektedir.

Klasik İslam hukuku kaynaklarında, genelde “diyat-diyetler” başlığı altında, bağımsız bir bölüm olarak ele alınan diyet, kasten öldürme ve yaralama suçlarında, kısasın herhangi bir nedenle uygulanamaması durumunda bedel, kasten öldürme ve yaralama dışındaki öldürme ve yaralama suçlarında ise, asli ceza olarak devreye girmektedir²⁸. İnsanların organlarına karşı tecavüz ve yaralama halinde ödenmesi gereken miktara “erş” denir²⁹. Diyet 100 deve, 10.000 dirhem gümüş veya 1000 dinar altın olarak ödenir. Diyet üç yılda üç taksitte ödenir³⁰.

Tazir Cezaları: İslam ceza hukukunda tazir cezaları tahdidi değildir. Bu cezalarda da kanunilik ilkesi gözetilmekle birlikte hâkimin takdir yetkisi geniş tutulmuştur³¹. Tazir suçlarında cezanın bireyselleştirilmesi esas olduğundan aynı suçu işlemiş iyi halli biri ile sabıkalı birine, türü ve miktarı farklı tazir cezaları verilebilir veya adli af uygulanabilir³². İslam hukukunda tazir suçları için celde (sopa veya kamçı cezası), hapis, sürgün, kınama, tehdit, nasihat, tazmin, mali ceza hatta ölüm cezası verilebileceği kabul edilir. Fakat hangi suç için hangi cezanın verileceği ve üst sınırının ne olacağı, taziren ölüm cezasının uygulanıp uygulanamayacağı konularında ortak bir görüş bulunmamaktadır³³.

İslam ceza hukukunda cezaların şahsiliği prensibi kabul edilmekle birlikte bu ilkenin tam olarak uygulanmadığı durumlar da bulunmaktadır. Örneğin; faili meçhul cinayetlerde ölünün bulunduğu yerde ve oraya belli bir yakınlıkta oturan ergin erkeklerin bu suçtan dolayı sorumlu sayılmaları (kasame müessesesi) veya bilmeyerek ve istemeyerek bir kimseyi öldürenlerin vermesi gereken diyeti, suçlunun “akile” denilen erkek kan hısımlarının veya mevlalarının ödemesi durumunda cezaların şahsiliği prensibi uygulanmamaktadır³⁴.

28 Yiğit, s.111.

29 Schacht, s.186-187.

30 Akbulut, s.172.

31 Avcı, s.34.

32 Avcı, s.40.

33 Akbulut, s.179.

34 Üçok, Coşkun (1946) ‘Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükmeler’, AHFD, Ankara, s. 125-146, s. 131.

II. HATAEN ÖLDÜRME SUÇU

A. GENEL OLARAK

Hataen katl, bir insanı kast olmaksızın herhangi bir yanlışlık ile öldürmek, yanılarak öldürmek veya fiili bile bile işleyip sonucu istememek olarak tarif edilmektedir³⁵. Tarihsel olarak baktığımızda cahiliye döneminde Arapların hataen öldürme suçuna da ölüm cezası verebildiklerini görmekteyiz. Hataen de olsa ölüm ile neticelenen fiiller kabileler arasında savaşa neden olabileğinden dolayı ölen kişinin kan bedeli olarak diyet ödenmesi bir ihtilaf çözüm yolu olarak ortaya çıkmıştır. Bu dönemde ortaya çıkmış olan diyet ve akile gibi kurumlar Kuran ile yeniden düzenlenerek devam ettirilmiştir³⁶.

Kuran'da, Nisa suresi 92. ayette “*Taksir ile bir mümini öldürenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine diyet ödemesi gerekir.*” şeklinde buyurularak hataen öldürmede kısas cezasına izin verilmemiş ve diyet uygulamasına devam edilmesi emredilmiştir. Ayette hataen öldürme suçunun karşılığı olarak diyet sözcüğü yer almasına rağmen, diyetin miktarı ve şekli ile ilgili bilgiler Kuran'da yer almamış, sonradan Hz. Peygamber'in uygulaması ile açıklığa kavuşmuştur³⁷.

Hataen öldürme, klasik İslam hukuku kaynaklarında can ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçları ifade eden “cinayet” kavramı içinde incelenmiştir. Tanımından da anlaşılacağı üzere cinayetler can ve vücut bütünlüğüne karşı fiiller olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır³⁸. Çalışmamızın konusu öldürme suçları yani cana karşı suçlar kapsamında olduğu için vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlara değinmeyeceğiz. Fakat hataen öldürme suçunun diğer öldürme suçlarından nasıl ayrıldığı ve aradaki farkları daha iyi görebilmek adına, İslam hukukçularının özellikle de Hanefi hukuk ekolünün öldürme suçlarını nasıl tasnif ettiklerini inceleyeceğiz.

B. İSLAM HUKUKUNDA ÖLDÜRME SUÇLARI

Öldürme fiili, cesetten ruhun ayrılmasına neden olan fiil şeklinde tarif edilmektedir³⁹. Öldürme suçu mezhepler tarafından farklı ayrımlara tabi tu-

35 **Avcı, Mustafa** (2014) Osmanlı Ceza Hukuku, Konya, Mimoza, s. 105; **Şafak**, s.105.

36 **Avcı** (2008), s.309.

37 **Avcı** (2008), s.309.

38 **Yiğit**, s.100.

39 **Ömer Hilmi Efendi**, Miyarı Adalet, Ukubat m. 5, *içinde* Akgündüz, Ahmet (1986) Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, Dicle Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları.

tulmuşlardır⁴⁰. Osmanlı uygulamasını en çok etkileyen mezhep olması nedeniyle bizim de esas aldığımız Hanefilik mezhebinde, öldürme suçu hukukçular tarafından beş kısma ayrılmıştır. Bunlar: Kasten öldürme (katl-i amd), kasta benzer öldürme (katl-i şibh-i amd), hataen öldürme (hataen katl), hata mecrasına cari katl ve tesebbüben katl şeklinde ifade edilmektedir⁴¹.

Kasten öldürme (katl-i amd): katli kesinlikle meşru olmayan bir insanı yaralayıcı aletlerden biri ile kasten öldürmek şeklinde tanımlanmaktadır. Yaralayıcı aletten (alet-i cariha) kasıt ise kılıç, kama, ok, mızrak, keskin ağaç ve ateş gibi vücudun parçalarını birbirinden ayıran kesici şeylerdir⁴². Burada vurgulanması gereken nokta, kullanılan aletin failin öldürme kastının izharı ve delili olarak kabul edilmesidir. Kasten öldürmede maktulün velilerinden biri veya tamamı, katil ile diyet karşılığında sulh yapabilirler. Bu durumda kısas cezası düşer, yerine diyet cezası uygulanır. Bu da bedeli cezadır. Bunun yanında maktulün velisi veya velileri katili tamamen affedebilirler⁴³. Hem sulh hem de affetme halinde, siyasi otoritenin tazir cezası verme yetkisi bulunmaktadır. Son olarak kasten öldürme suçuna tebei (ek) cezalar uygulanmaktadır. Kasten öldürmede tebei ceza, failin öldürdüğü şahsın mirasından ve vasiyetinden mahrum kalmasıdır⁴⁴.

Kasta benzer öldürme (katl-i şibh-i amd): Kasta benzer öldürme, öldürülmesi meşru olmayan bir insanı yaralayıcı alet niteliğinde sayılmayan bir şeyle öldürmektir. Sopa ve tokat vurarak öldürmek buna örnek olarak verile-

40 Hanefi Mezhebi dışındaki mezhepler, öldürme suçunda daha dar bir tasnife gitmişlerdir. Hanefi mezhebi ile diğer mezhepler, kasten öldürme, kasta benzer öldürme ve hataen öldürme suçlarını ortak olarak kabul ederken, Hanefilik mezhebi, hata mecrasına katl ve tesebbüben katl olmak üzere iki öldürme türüne daha yer vermektedir. Bu konuda bkz. **Aydın, Ahmet** (2013) Hanefi Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddi ve Manevi Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicri 4-9. Asırlar) (Doktora), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 55 vd.

41 **Cin/Akgündüz**, s.325; İlk dönem Hanefi eserlerinde Kuran'da değinilen amden (kasıtlı) ve hata şeklinde gerçekleşen ölümlere ek olarak şibh-i amd (kasıt benzeri) öldürme eklenerek üçlü bir ayırım yapılmıştır. İleri dönem Hanefi eserlerinde, bunlara iki öldürme türü daha eklenmiş ve öldürme suçunda beşli ayırım kabul edilmiştir, bkz. **Aydın**, s.25; Malikilerde *katl ghila* adını verdikleri bir öldürme türü daha vardır. Bu öldürme, bir kimsenin başkasını aldatarak ıssız bir yere getirmesi ve parasını aldıktan sonra öldürmesi olarak ifade edilmektedir. Bu suçun faili maktulün ailesi tarafından affedilmesi veya maktul ile arasında bir denklik bulunmaması halinde bile ölüm cezasına çarptırılabilir. **Peters**, s.44.

42 **Cin/Akgündüz**, s.325.

43 **Schacht**, s.181.

44 **Cin/Akgündüz**, s.326-327.

bilir. Kasta benzer öldürmede sadece fiil istenir fakat sonuç istenmez.⁴⁵ Bu suçta da suçun manevi unsurunun kullanılan alet ile belirlenmesi düşüncesinin yansımaları görmekteyiz. Kasta benzer öldürmenin cezası da üç kısımda incelenebilir. Asli ceza diyet ve kefarettir. Diyeti bu suçta fail değil akilesi öder. Kefaret cezası olarak fail işlediği büyük günahı affettirmek için bir köle azat eder. Eğer buna gücü yetmiyorsa iki ay oruç tutar. Tebei ceza olarak katil öldürdüğü şahsın mirasından ve vasiyetinden mahrum kalır. Bedeli ceza olarak faile tazir cezası verilebilir. Siyasi otorite burada tazir cezası olarak idam cezası dahi verebilir.⁴⁶

Hata Mecrasına Katl: Bir insanın ihtiyarı ve iradesi olmadan gerçekleşen bir fiil ile ölüm neticesinin meydana gelmesi olarak tarif edilmektedir. Bu suç türüne uykuda bir başka insanın üzerine düşerek onu öldürmek örnek verilebilir. Bu suçta asli ceza diyet ve kefarettir. Diyeti akile öder. Bedeli ceza olarak tazir cezasına hükmedilebilir. Tebei ceza olarak da fail mirastan ve vasiyetten mahrum olur.⁴⁷

Tesebbüben Katl: Bir insanın katline sebep olmaya, bir kişinin ölümüne sebep olacak bir işi yapmaya denir. Resmi izin almadan kamuya açık bir yolda kuyu kazıp da bir insanın düşerek ölmesine sebebiyet vermek, klasik olarak verilen örnektir. Bu katil çeşidinin cezası diyettir. Diyeti de akile öder.⁴⁸ Yalnız bu durumda diyete hükmedilebilmesi için fiilin haksız olarak işlemiş olması ve araya başka bir iradi fiilin girmemiş olması gerekir. Yani kendini kazılan kuyuya atan kimsenin diyeti, kuyu kazana ödettirilmez.⁴⁹

Hataen öldürme suçu dışındaki öldürme suçunun çeşitlerine genel olarak değindikten sonra hataen öldürme kavramı ve suçunun yapısal değerlendirilmesini yapacağız.

C. HATAEN ÖLDÜRME KAVRAMI

Hata ile yapılan bir eylemden dolayı bir kişinin ölmesi, faili cezai bir yaptırımın sorumluluğundan muaf kılmamaktadır. İslam hukukçuları hatayı, her türden ihmâl, failin dikkatsizliği, tedbirsizliği, özensizliği veya meslek ve sanatta acemiliği, doğacak sonuçtan bir ölçüde kaçınmamazlığı veya dinin ya

45 Peters, s.43.

46 Schacht, s.181; Cin/Akgündüz, s.328.

47 Cin/Akgündüz, s.328.

48 Schacht, s.181.

49 Cin/Akgündüz, s.328.

da kanunların emirlerine karşı çıkmama, uymama neticesinde meydana gelen fiilleri kapsayan bir üst kavram olarak kabul etmektedirler⁵⁰.

İslam hukukçularından bazıları hatayı tek bir çeşit, bazıları da “sırf hataen katil” ve “hata mecrasına cari katil” olmak üzere iki çeşit olarak kabul etmektedir⁵¹. Hatayı iki çeşit olarak ele alan görüş sırf hataen işlenen öldürmeyi şahsı kast etmeksizin, fiili kastederek yapılan öldürme eylemi olarak açıklamaktadır. Örneğin, bir avcı av hayvanına ateş eder ama fiilindeki hata sonucu orada bulunan bir kişiyi vurarak öldürür. Ya da geceleyin avlanan A, uzaktaki karartıyı kurt zannederek ateş eder ve vurur. Fakat vurduğu şey gerçekte kurt değil arkadaşı B'dir. İşte bu örneklerde failer fiilde veya zanda hata sonucu öldürme suçu işlemişlerdir ve neticeden sorumludurlar⁵².

Yanılarak öldürme anlamında katil yani hata mecrasına cari katil ise, failin fiilinde ve kişide herhangi bir kastının bulunmamasıdır. Fail burada aslında ne ölüme neden olan fiili ne de mağduru kastetmiştir. Bu tür adam öldürme fiilleri de suçludan bazen doğrudan bazen de dolayısı ile sadır olur. Doğrudan işlenen fiille hataen öldürmeye örnek olarak birisinin uyurken yanında uyuklayan başka bir şahsın üzerine düşerek uyuklayan kişinin ölümüne neden olması verilebilir. Dolaylı biçimde hataen öldürmeye örnek olarak da birisinin sağlam olmayan bir duvar yapması ve bu duvarın oradan gelip geçenlerin üzerine düşerek ölüme sebebiyet vermesi ya da herkese açık bir yola dökülen suyun donması neticesinde, oradan geçen bir kişinin ayağının kayıp düşmesi ve bu düşme neticesinde kişinin hayatını kaybetmesi verilebilir⁵³.

50 **Udeh, Abdulkadir** (2012) Mukayeseli İslam Ceza (Suç) Hukuku-Özel Hükümler - 2. Cilt, (Çev. Şafak, Ali), İstanbul, Kayihan, s.137.

51 **Udeh**, s.135; Avcı, kitabında hatayı iki çeşide ayırarak incelemekte, fakat içerik olarak farklı bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre hatanın birinci türü failin fiili (isteyerek) neticesini istemeyerek işlemesidir. Örneğin, ok atan biri bunun bir kişiye isabet edeceğini bilmez ve istemez, fakat ok bir insana isabet eder. Netice, fail istemese de onun fiilinden doğduğu için kelimacılar buna “tevellüt” demektirler. Avcı'nın yukarıdaki ayırmadan asıl farklılaştığı nokta olan hatanın ikinci türünde ise hareket ve neticeyi bilerek ve isteyerek yapması, ancak unsurdaki yanılğı sebebiyle sorumlu tutulmamasıdır. Örneğin, bir kişi kendi yatağında yatan yabancı bir kadınla eşi sanarak münasebette bulunursa bu kişiye had ve tazir cezası verilmez. Çünkü taksirle zina suçu işlenemez. **Avcı** (2014), s. 103.

52 **Şafak**, s.105-106.

53 Bu örnekler ve İslam hukukçuları tarafından hataen öldürmeyi açıklamak için verilen benzeri pek çok örnek için bkz. **Udeh**, s.138 vd.

İslam hukukçularından bazıları yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu ikili ayrımı kabul etmezler. İkinci hataen öldürme türünü de ilki içerisinde değerlendirirler⁵⁴. Bu iki görüş arasındaki tek fark konunun düzenlenmesi hususudur. Hataen öldürmeyi ikiye ayıran görüşün çıkış noktası, sırf hataen katilde suçlunun fiili kasten işlemesi fakat ikinci tür öldürmede failin fiili dahi kast etmemiş olmasıdır. İkinci çeşidin doğrudan ve dolaylı (tesebbüben) öldürme şeklinde ikiye ayırmanın nedeni de doğrudan katilde kefaretin olması, dolaylı öldürmede ise kefaretin bulunmamasıdır⁵⁵.

D. HATAEN SORUMLULUKTA PRENSİPLER

İslam hukukçularının hemen hepsi hataen öldürme suçlusunun sorumluluğunu yani failin hatalı olup olmadığını belirlemek için iki temel prensip koymuşlardır. Bu iki prensipte belirtilen unsurların bulunması halinde hataen işlenmiş suçta failin sorumluluğunun bulunduğuna hükmedilir⁵⁶.

Birinci prensip: Başkasına zarar verici bir fiilden kaçınması mümkün kaçınmayıp tedbirsizliği, dikkatsizliği, meslek ve sanatta acemiliği sonucu işlediği bir fiille başkasına zarar veren veya zarar görmesine sebep olan kişi hatalı ve taksirlidir ve neticeden sorumludur. Ama kesin surette kaçınmak ile dahi neticeyi önlemek mümkün değilse, her türlü tedbiri ve ihtiyatı gözetmediği halde netice meydana gelmişse, kişi meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz⁵⁷.

İkinci prensip: Dinen müsaade edilmeyen (mubah sayılmayan) bir fiili, failin hiçbir zorunluluk yokken işlemesi ve neticede bir zarar meydana gelmesi halinde, kaçınmak mümkün olsun veya olmasın, fail doğacak neticeden sorumludur. Zira bir zaruret bulunmadan işlenmiştir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda bu prensip 455 ve 459. maddelerde "nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik" şeklinde ifade edilmektedir.⁵⁸

54 Şafak, s.106.

55 Udeh, s.136.

56 Udeh, s.137; Şafak, s.462.

57 Udeh, s.138; Şafak, s.462.

58 1926 yılında yürürlüğe giren 765 s. Türk Ceza Kanunu, 5237 s. yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla tüm ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

E. HATAEN ÖLDÜRME SUÇUNUN UNSURLARI

Hataen öldürme suçunun unsurları üç tanedir. Bunlar, mağdurun ölümüne sebep olan bir fiilin bulunması, fiilin suçludan hatalı şekilde sudur etmesi ve son olarak hata ile fiilin sonucu arasında bir nedensellik bağının bulunması olarak ifade edilmektedir⁵⁹.

1. Mağdurun Ölümüne Sebep Olan Bir Fiilin İşlenmesi

Fiilin suçludan kaynaklanması şarttır ve bu fiilin mağdurun aleyhine işlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan baktığımızda failin fiili kasten işlenmesi (örneğin av için ateş etmesi fakat merminin bir insana isabet etmesi) ya da kastı olmaksızın sırf tedbirsizlik ve ihmali sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi (mesela uyuklayan birisinin, bir başkası üzerine düşüp ölümüne neden olması) arasında bir fark bulunmamaktadır⁶⁰.

Ölüme sebep olan fiilin belirli bir türden olması veya belirli bir tarzda işlenmesi şart değildir. Dolayısıyla fiilin mutlaka yaralama olması gerekmez. Birisini itelemek, üzerine bir şey yuvarlamak, yolda çukur kazmak, mağdurun üzerine su veya ateş dökmek, mağduru suya düşürmek vb. fiillerin hepsi aynı nitelikte sayılır. Yani fiilin türü ve tarzı önemli değildir. Önemli olan fiilin mağduru ölüme götürmüş olmasıdır. Fiil doğrudan ya da dolaylı olabilir. Her ikisi veya ikisinden biri olabilir. Dolayısıyla, birisinin çok soğuk havada yola su dökmesi, buza dönüşen bu suda birisinin kayıp düşerek ölmesi durumunda ve aynı şekilde bir kimsenin bir yere çukur kazıp etrafta gerekli güvenlik tedbirlerini almaması neticesinde birisinin çukura düşüp ölmesi durumunda suyu döken ve çukuru kazan neticeden sorumludur⁶¹.

İşlenen fiil icrai ya da ihmali olabilir. Bu hususa çatıyı tamir etmek için çıkılan çatıdan aşağı atılan tuğlanın birisini öldürmesi, serbest bırakılan saldırgan hayvanın bir kişiye saldırarak öldürmesi, tamir edilen bir duvarın çöküp bir kimsenin ölümüne neden olması şeklinde örnekler verilebilir⁶². Ayrıca sonuç maddi ve manevi vesilelerle (korkutma vs. yoluyla) de ortaya çıkabilir.

2. Fiilin Suçludan Hatalı Şekilde Sudur Etmesi

Hata genel olarak bu tür suçların ayırıcı unsurudur. Hata yoksa sorumluluk da yoktur. Netice kaçınılabılır olmasına rağmen icrai ya da ihmali bir

59 Şafak, s.107.

60 Şafak, s.107.

61 Udeh, s.141.

62 Udeh, s.142; Şafak, s.107.

fiilin bilerek yapılması sonucu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir suç işlenir ve zarar (ölüm) meydana gelirse hata vardır⁶³.

Hatanın ölçütü olarak ifade edilen kaçınmamak ve uyanık davranmamak kavramının içine ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik, haddi aşmak, uyanık olmamak ve benzeri sözler ile ifade edilen hususların hepsi girmektedir⁶⁴. Emir ve kurallara aykırı davranma kavramı ise Kuran ve hadislerdeki hükümleri, yasalar, tüzükler ve benzeri makamlardan çıkmış olan emirleri içermektedir. Emirlerle muhalefet de bu çerçevede hata sayılmaktadır⁶⁵.

Hatanın belirli bir düzeye ulaşmasına gerek bulunmamaktadır. Hatanın ağır ve hafif olması aynı sayılır ve fail hatanın ortaya çıkması nedeniyle ceza hukuku bakımında sorumludur. Hatalı öldürme suçunun İslam hukukundaki cezası bellidir ve bu ceza devlet reisi tarafından ağırlaştırılıp hafifletilemez veya affedilemez⁶⁶.

Hata ile öldürmede sorumluluğun kaynağı ya tedbirli hareket edilmesinin ya da emir ve kurallara karşı gelinmesi olarak ifade edilmektedir. Bu noktada aslında tedbirsizce harekete, kaçınmada bulunmamaya veya emir ve kurallara karşı gelmeye ceza hukuku çerçevesinde bir yaptırım uygulanmaz. Ceza yaptırımının uygulanmasının gerekçesi hata ile yapılan fiilden dolayı bir zararın yani ölümün meydana gelmesidir. Dolayısıyla eğer hata ile işlenmiş fiiller neticesinde bir zarar oluşmazsa ceza sorumluluğu da ortadan kalkmış demektir⁶⁷.

3. Hata ile Fiilin Sonucu Arasında Bir Nedensellik Bağının Bulunması

Hata ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Eğer böyle bir bağ yoksa sorumluluk da yoktur. Nedensellik bağı bulunduğu sürece neticenin fiile yakınlık ve uzaklığına bakılmaksızın fail fiilden sorumlu tutulur⁶⁸. Dolayısıyla mağdurun kötü tedavi edilmesi, mağdurun yaşının küçüklüğü veya vücut olarak zayıflığı nedensellik bağına etki etmez⁶⁹.

63 Şafak, s.107.

64 Şafak, s.107.

65 Udeh, s.144.

66 Udeh, s.144.

67 Udeh, s.143.

68 Şafak, s.107.

69 Udeh, s.144.

Aynı şekilde hatalı öldürmeye pek çok kişi iştirak etse ve her birinin mağdur üzerinde verdiği bir takım yaralar bulunsa ve mağdur bu yaralardan dolayı hayatını kaybetse her bir şerik hata ile öldürmeden sorumludur. Yalnız böyle bir iştirak durumunda meydana gelen yara sanıklardan birine isnat edilebiliyorsa ve yara tek başına ölümü meydana getirmeye yetecek güçteyse sonuçtan sadece bu sanık sorumlu olur⁷⁰.

Ölüm hatanın doğrudan sonucu olabileceği gibi (av hayvanı zannıyla bir insana ateş etme) dolaylı sonucu da olabilir (düşmanlık kastıyla kazılan bir çukura kaza ile düşen kimsenin ölümünden çukuru kazın kişi sorumludur). Hata ile öldürmede pek çok sebep birbirini takip etse ve neticeler uzak da olsa hayat tecrübelerine göre sanığı bu sonuçlardan dolayı sorumlu tutabiliyorsak sanık öldürmeden sorumlu sayılır⁷¹.

4. Hata ile Öldürme Suçunda Özel Durumlar

Mağdur ile suçlu veya suçlular hatada iştirak ettiklerinde ceza, mağdurun hissesi oranında hafifletilir. Çünkü mağdur da fiile katılmış ve kendisi aleyhine meydana gelen suça yardım etmiştir. Hz. Ali zamanında şöyle bir hadise geçer: On kişi birlikte hurma ağacı sökerlerken ağaç içlerinden birisi üzerine düşer ve o kişiyi öldürür. Hz. Ali ödenecek diyeti ona taksim eder ve 1/10'nunu da mağdurun hatadaki payı olarak diyetten indirir⁷².

Kişi veya kişilerin hatada iştiraki durumunda meydana gelen ölüm neticesinden sanık affolunmaz. Fakat sanığa verilecek ceza hafifletilir. Örneğin üç kişi bir dördüncü kişinin hata ile ölümüne neden olurlarsa, her birinin meydana gelen fiildeki sorumluluklarına ve kusurlarına bakılmaksızın ödenecek diyet aralarında üç eşit paya bölünür⁷³.

Kavgada meydana gelen hata ile öldürmelerde İslam hukukçuları farklı görüşler beyan etmişlerdir. Bazılarına göre kavgaya karışan her bir kişi kendi fiilinden dolayı tam ceza alır. Diğer bir görüş ise ölüm sonucu her

70 Udeh, s.144.

71 Udeh, s.145.

72 Şafak, s.107; Osmanlı uygulamasından aynı doğrultuda Ebu Suud'un fetvalarından bir örnek; "Zeyd dört işçi kiralar. Evi inşa ederlerken bina çöker ve birini öldürür. Diyet ödemekle kim yükümlüdür? Cevap: Eğer hepsinin eylemi sonucu duvar çöktüyse, öldürülen kişinin payı ödenmez. Geriye kalan diyet diğerlerinin sorumluluğundadır." Imber, s.265.

73 Udeh, s.145.

iki tarafın fiilleri (kavga etmeleri) neticesinde meydana gelmiştir. O nedenle her birisine yarı diyet cezası verilecektir demişlerdir⁷⁴.

F. HATAEN ÖLDÜRME SUÇUNUN YAPTIRIMLARI

Hata ile öldürme suçunun asli cezası diyet ve kefarettir. Tebei (ek) ceza olarak mirastan ve vasiyetten mahrum bırakılır. Bedeli ceza olarak da tazir cezası verilir⁷⁵. Bundan anlaşılacağı üzere hatanın asli cezalarının iki yönü bulunmaktadır. İlki mağdura diyet verilerek oluşan can kaybının maddi olarak bir karşılığının sağlanmaya çalışılması, diğeri de kefaret cezasıdır ki bu ceza ile failin dini yönden ruhunu temizlemesi ve vicdanının, dini algılama kabiliyetinin güçlendirilmesidir⁷⁶.

Hataen öldürmenin asli cezası olan diyet, Kuran'da emredilmiş olup, şekli ve miktarı Peygamberin uygulaması ile açıklığa kavuşmuştur. Buna göre hataen öldürme suçunun diyeti kasten öldürme ve kast benzeri öldürmelerde olduğu gibi yüz devedir. Fıkıh bilginlerinin çoğuna göre hataen yapılan öldürme ile kasten ve kast benzeri öldürmelerin diyeti farklıdır. Fakat bu farklılık develerin sayısında değil cinsinde kendini göstermektedir. Çünkü bu konudaki hadis açık ve geneldir⁷⁷. Fakat sayı aynı olmasına rağmen hataen öldürme suçunun diyeti daha düşük değerli deve cinslerinden ödeneceği için bu diyete “normal diyet” (*diyet-i muhakkaka*), kast ve kast benzeri öldürme suçlarında ödenen diyete de “ağır diyet” (*diyet-i muğallaza*) denmektedir⁷⁸. Diyet deve dışında 1000 miskal (4250) gr altın yahut 10.000 dirhem (29700 gr) gümüş ile de ödenebilir. Şeybani ve Ebu Yusuf'un Ebu Hanife'den farklı olarak diyetin inek, koyun ve elbise cinsinden de ödenebileceği ya da Ebu'l Velid el-Baci'nin cezanın uygulanacağı beldede hangi mal revaçta ise diyetin onun üzerinden hesaplanacağına dair görüşlerini de belirtmek gerekmektedir⁷⁹.

Hataen öldürmede diyeti akile⁸⁰ öder. Kaza sonucu öldürmelerde, gerekli olan ödeme tam diyetin yirmide birinden az değilse, ödeme sorumluluğu

74 Udeh, s.145.

75 Aydın, s.16.

76 Ebu Zehra, s.542.

77 Ebu Zehra, s.542; Çolak, Abdullah (2017) İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar), 2. Baskı, Ankara, Öncü, s. 110.

78 Imber, s.247; Schacht, s.185.

79 Aydın, s.15 dn.; Çolak, s. 110.

80 Akile, terim olarak kasıt unsuru bulunmayan bir öldürme ve yaralama hadisesinde suçlu kişi adına diyet ödemeyi yüklenen kişiler topluluğu anlamına gelmektedir. Kelime anlamı olarak ise “bağlamak, engellemek; anlamak” gibi anlamları vardır. Kelimenin, diyet olarak verilen devele-

mensubu olduğu toplulukta yani akilededir⁸¹. Bu kurallar açık olsalar da özellikle İslam'ın süratli yayılışı karşısında kabilelerin bölünmesi ve geniş coğrafyalara dağılması İslam hukukçularını akile kurumu ile ilgili olarak bazı sınırlamalar ve düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir⁸². İslam hukukçuları, bu grubun işlevinin üyelerinin ortak yardımlaşması olduğunu, bu kapasiteye sahip olduğunu düşünmedikleri kadın, çocuk, deliler ve kölelerin bu grubun dışında kaldığını, aynı şekilde akile grubundan olmak için kişilerin aynı dine mensup olmaları gerektiğini belirtmişlerdir⁸³. Akile hataen öldürme suçlarında failin kabilesine yüklenen ve bir çeşit sigorta özelliği gösteren bir kurumdur. Bu kurum kasıtlı öldürme suçlarında uygulanmamaktadır. Bunun nedeni hataen öldürme suçlarının sıklığı ve adalet düşüncesi olarak ifade edilmektedir. Çünkü hataen öldürme suçları kasten öldürme suçlarına göre çok daha fazla meydana gelmekte ve diyet miktarı da bir kişi için çok ağır olmaktadır. Kasıt olmadığı için de faile daha hoşgörülü davranılmaktadır. Kasıtlı öldürme suçlarında ise faile böyle bir sigorta sağlamak adaletsiz olacaktır⁸⁴.

Diyetin vadeli ödemesinde, suçlunun ödeyeceği diyetin üç yıl vadeli olacağını bütün fakihler kabul etseler de akilenin bu vadeden faydalanıp faydalanmayacağı konusunda iki ayrı görüş vardır. Maliki, Şafii ve Hanbeli mezheplerinin imamı akile derhal ödemeli, Ebu Hanife ise suçluya tanınması gereken bu imkân akileye de tanınmalıdır demektedir⁸⁵.

rin mağdurun veya velilerinin avlusuna getirilip “bağlanması” veya bu diyetin ödenmesiyle diğer tarafın intikamına “engel olunması” gibi düşüncelere dayandığı ileri sürülmektedir. Bu kurum sosyolojik olarak Araplar'ın eski kabile dayanışmasına dayanmakla birlikte Hz. Peygamber'in uygulaması ile yeniden tanzim edilerek İslam'da bir meşruluk kazanmıştır. Akile kurumunun meşruluğu, cezanın şahsiliği ilkesi nedeniyle buna karşı çıkan bazı Mutezile ve Harici çevreler dışında bütün fıkıh mezheplerince kabul edilmiştir. **Aktan, Hamza**, *Âkile*, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), C: 2, s. 248 – 249.

81 **Imber**, s.248; Bunun nedeni ise hataen işlenen suçların pek çok olması, bunun karşılığında diyetin ise çok ağır olmasıdır. Eğer diyet tek başına faile yükletilirse o zaman diyetin ödenmesi de çoğu zaman imkânsız olur. **Udeh**, s.237.

82 **Aktan**, s. 248; Bu noktada karşılaşılan en önemli sorun kişinin mensubu olduğu topluluğu belirlemektir. Örneğin bazı alimler ayrı bölge ve şehirlerde yaşayanlar arasında akileye iştirakin olmayacağını ileri sürmüş, bazıları da yakındaki uzak akrabaların uzak mesafedeki yakın akrabaya tercih edilip edilmeyeceğini tartışmıştır. **Aktan**, s. 248-249.

83 **Imber**, s.250.

84 **Bhala, Raj** (2011) *Understanding Islamic Law (Sharia)*, LexisNexis.

85 **Şafak**, s.108.

Bir diğer ihtilaf konusu ise failin diyetin ödenmesinde hissesine düştüğü oranda ödeme yapıp yapmayacağıdır. Ebu Hanife dışında üç mezhep imamı failin dahil olmadığını, çünkü diyet ilk hüküm olarak doğrudan doğruya akile üzerine sabittir demektedirler. Katile ayrıca kefaret yüklenmiştir ve bu da büyük bir miktardır. Ebu Hanife ise katilin kefaretin yanında diyetten de hissesine düşeni ödemesi gerektiğini savunmaktadır. Zira diyete sebep olan katilin kendisidir⁸⁶.

Ebu Hanife dışındaki mezhep imamaları hataen katlin haram aylarda ve haremi şerifte gerçekleştirilmesi durumunda diyetin ağırlaştırılması gerektiğini kabul ederler. Bu durumlara ayrıca kişinin kendisine yakın nesepten birisini öldürmesi durumu da eklenebilir. Ebu Hanife ve Hanbelilerin bir kısmına göre ise hataen katlin diyeti birdir. Yer ve zamana göre değişmez⁸⁷.

Eğer bir kişinin akilesi yoksa ya da diyeti ödemede yeterli gelmiyorsa diyet beytülmalden yani devlet hazinesinden ödenecektir. Beytülmalin de bulunmadığı durumlarda ise diyeti suçlunun kendisi ödemek zorundadır⁸⁸.

Osmanlı ceza hukuku uygulamasında akile kurumunun varlığı ve işleyişi açık değildir. Colin Imber, 16. yüzyıla gelindiğinde akile kurumunun hukukçuların eserleri dışında hiçbir varlığa sahip olmadığını ileri sürmekte ve Şeyhülislam Ebussuud'un bir fetvasını delil göstermektedir: "*Katil ödeyemeyince onun mensubu olduğu topluluk (akile) diyeti ödemekle yükümü müdür? Cevap: Bu topraklarda akile yoktur*"⁸⁹. Fakat bu fetvanın çok geniş topraklarda yüzyıllar boyunca egemenlik süren Osmanlı Devleti için çok genelleyici bir yaklaşım olduğu da ileri sürülebilir.

Hataen öldürme suçunun ikinci asli cezası kefarettir. Kefaret katilin işlemiş olduğu günahı affettirmek için bir köleyi özgür kılması, buna gücü yetmiyorsa iki ay oruç tutmasıdır⁹⁰. Hata eseri yapılan öldürme ile fail öldürme günahını değil, yaptığı fiilin ölümle sonuçlanmaması için gereken titizliği ve

86 **Ebu Zehra**, s.542. Yazar ayrıca katilin akilesi diyeti ödeyemeyecek olursa bu diyetin devlet hazinesinden ödenmesi gerektiğini, çünkü her bir Müslümanın en büyük akilesinin Müslümanlar topluluğu olduğunu ifade etmektedir.

87 **Ebu Zehra**, s.543; **Şafak**, s.108.

88 **Aktan**, s. 249.

89 **Imber**, s.258.

90 **Cin/Akgündüz**, s.327-328.

duyarlılığı terk etmesinden kaynaklanan günahı kazanmış olur. Çünkü mubah olan fiilleri yapmak başkasına zarar verilmemesi şartıyla caizdir. Bir kimsenin mubah olan fiili yapması halinde başkası zarar görüyorsa o kimse gerekli olan sakınma ve kaçınmayı terk etmiş dolayısıyla günaha girmiş demektir. Günümüzde bu durum daha büyük bir önem arz etmektedir⁹¹.

Eğer kurbanın yakını katili affederse, katil tüm kısas ve diyet sorumluluğundan kurtulmuş olur. Bu durumda bedeli ceza verilebilmektedir. Bedeli ceza olarak tazir cezası verilmektedir. Fakat bu şartlarda yütmeden sorumlu olan yetkililer Osmanlı Ceza Kanunnameleri ışığında para cezası verebilmekteydiler⁹².

Son olarak hataen öldürme suçuna uygulanan tebei cezaya değinmek gerekmektedir. Bu suçta uygulanan tebei ceza diğer öldürme türlerine benzer olarak katilin maktulün miras ve vasiyetinden mahrum kılmasıdır⁹³.

Osmanlı ceza uygulamasında öldürme ve yaralama suçlarında şer'î hükümlerin uygulandığı görülmektedir. Mahkeme kayıtları, fetva koleksiyonları, hukuki tariflerin hepsi kadıların öldürme suçlarına ilişkin bu yaklaşımını teyit etmektedir. Sadece diyet ödenmesinde klasik hukukta akilenin ödediği parayı Osmanlı uygulaması faile yükletmiş ve ödetmiştir⁹⁴. Ayrıca Osmanlı uygulamasında hataen öldürme suçunda diyet talebi ile başlatılan bir davada tarafların uzlaştırıldığına ilişkin örnek de bulunmaktadır⁹⁵.

G. OSMANLI KANUNNAMESİNDE HATAEN ÖLDÜRME SUÇU

Diğer Müslüman Türk devletleri gibi Osmanlı Devleti de had ve kısas alanlarında kanunlaştırmaya gitmemiştir. Fatih Sultan Mehmet döneminden itibaren özellikle tazir cezalarının belirlenmesinde kanunnameler hazırlanmıştır. Tanzimat'a kadar hazırlanan bütün ceza kanunları, kanunlardaki akçe ve birim farkları dışında ortak özelliklere sahiptir⁹⁶.

91 Ebu Zehra, s.462.

92 Imber, s.259; Cin/Akgündüz, s.328.

93 Cin/Akgündüz, s.328.

94 Peters, s.92.

95 Avcı (2014), s. 128.

96 Akgündüz, Ahmet (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri- 1. Kitap Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri, İstanbul, OSAY, s.128.

Fatih Sultan Mehmet döneminde hazırlanan ve Kanun-ı Osmani adı ile anılan iki genel kanun bulunmaktadır. Cezai konular, bu kanunların ikincisinde ilk dört fasılda düzenlenmiştir. Buradaki hükümlere baktığımızda had, kısas ve diyet gerektiren suçlara karışılmadığı, sadece tazir cezalarının tayin edildiği görülmektedir⁹⁷. Hataen katlin ilişkili olduğu sövüşme, dövüşme ve katle ilişkin ikinci faslın da diğer hükümler gibi II. Beyazıt, Yavuz Sultan Selim ve Kanuni dönemi kanunnamelerinde hemen hemen aynı olduğunu, öngörülen tazir cezalarının miktarı dışında bir değişikliğin bulunmadığını görmekteyiz⁹⁸.

Kanuni'ye ait umumi kanunname içerisinde yapılan ceza hukuku düzenlemeleri de Sultan Süleyman'ın Kanuni lakabını hak ettiğini göstermektedir. Sultan Süleyman'ın padişahlığı döneminde esasen yeni bir Ceza Kanunnamesi ortaya çıkmıştır⁹⁹. Bu Ceza Kanunnamesi, Fatih Sultan Mehmed ve II. Bayezid'in Kanunname'lerinden daha geniştir. Ayrıca bu Kanunname'de kanunlar suçlara göre daha sistematik olarak düzenlenmiş, çeşitli suçlar arasındaki ayırım kaldırılmış ve dilde bazı değişikliklere (Türkçe kelimeler yerine Arapça karşılıkları konularak) gidilmiştir¹⁰⁰. Sultan Süleyman'ın Kanunname'si bazı değişiklikler dışında 1846 senesine kadar yürürlükte kalmıştır¹⁰¹.

Hataen katli ile ilgili söz konusu kanunnamelerde açık ve ayrıntılı bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır¹⁰². Katli ile ilgili olarak genelde “*eğer adm öldürürse, yerine kısas etmeseler*” şeklinde bir ifade kullanıldıktan sonra verilecek para cezasının miktarı belirtilmektedir¹⁰³. Bu para cezası tazir cezası niteliğindedir. Bu durumun nedeni zaten belli olan had, kısas ve diyet gerektiren suçları değiştirecek bir hükmün konulamamasıdır. Dolayısıyla Kanunname'deki hükümler şer'i hukukun tamamlayıcısı niteliğinde ve bu tür suçların

97 **Akgündüz** (1990), s.129.

98 **Akgündüz** (1990), s.129.

99 **Heyd, Uriel** (1984) Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, Çev. Eroğlu, Selahaddin, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 26, S: 1, s. 633-652, s. 637.

100 **Heyd**, s. 637.

101 **Akgündüz** (1990), s.129.

102 Hataen öldürmeye ilişkin olarak, kan davasını yasaklayan bir hüküm ise şöyledir; “..ve köprüden ve arabadan düşüb, dam duvarı yıkılan ve füc'eten ve hataen katli olanların kan davası istima'ı memnudur”, **Akgündüz, Ahmet** (1994) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Cilt VII, İstanbul, OSAV, s.319.

103 **Akgündüz** (1990), s.349.

unsurlarının eksik olduğu veya şüphe nedeniyle cezalarının uygulanmadığı durumlarda verilen tazir cezaları niteliği taşımaktadır¹⁰⁴. Bazı kanunnamelerde bu esas “*siyaset olunmadığı takdirde*” diye ifade edilmektedir¹⁰⁵. Ayrıca bütün kanunnamelerin Hanefi mezhebini esas aldıklarını, dolayısıyla hataen katl ile ilgili uygulamanın da ağırlıklı olarak Hanefi mezhebinin görüşlerine uygun bir şekilde yapıldığı söylenebilir¹⁰⁶.

Tanzimat döneminde ceza hukuku alanında modern anlamda kodifikasyonlar yapılmıştır. Bunların ilki olan 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun’da had ve kısas cezalarına atıf yapılmamış sadece tazir cezaları düzenlenmiştir¹⁰⁷. Kanun’un ilk faslında 1, 2 ve 3. maddelerde öldürme (katl-i nefis) ile ilgili genel hükümler yer almakla birlikte belirttiğimiz üzere ayrıntılı hükümler bulunmamaktadır¹⁰⁸. Dolayısıyla hataen öldürme ile ilgili durumlar diğer katl suçları gibi kodifiye edilmemiş, şer’i hukuktaki hükümlerin uygulanmasına bırakılmıştır.

1851 yılında, 1840’de çıkarılan yasanın eksiklerini tamamlayan yeni ceza kanunu “Kanun-u Cedid” çıkarılmıştır. Bu yasa da aslında bir önceki yasa ile mahiyet ve içerik olarak büyük ölçüde aynıdır¹⁰⁹. İlk faslın 1. maddesinde öldürme suçları ile ilgili olarak gerekli tahkikatın yapılmasından sonra şer’en gerekli hükmün uygulanacağı ifade edilmektedir. Ayrıca kısas ve diyet cezaları maktulün ailesi tarafından af olursa bile katilin taziren cezalandırılacağı (siyaseten idam edilme dahil) düzenlenmiştir¹¹⁰. Hataen öldürme şer’en diyet cezası gerektiren bir suç olduğu için yukarıda ifade edilen hükümler çerçevesinde diyet cezası verilecek, bunun yanında siyasi otorite tarafından tazir cezası da uygulanabilecektir. Bu çerçevede hataen öldürmede verilecek diyet cezası 13. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre öldürme suçu kasten olmayıp hataen işlenirse, katilin daha önce böyle bir fiilinin olmaması, sabıkasının temiz olması ve hakkında kötü düşünülecek bir şahıs olmadığının hukuken ortaya

104 Peters, s.94.

105 Bu şekilde Kanun’un insan öldürme fiilinde (yaralama ve hırsızlık fiillerinde olduğu gibi), *hakk-ı saltanat* olarak tabir edilen ve kul ve Allah hakkı gibi geleneksel kavramların yanına yeni bir kavram eklediğini söyleyebiliriz. Heyd, s. 648.

106 Akgündüz (1990), s.130.

107 Akgündüz (1986), s.805.

108 Akgündüz (1986), s.811.

109 Akgündüz (1986), s.805.

110 Akgündüz (1986), s.805.

çıkması halinde sadece şer'i hükümlerin uygulanması ile yetinilip tazir cezası verilmeyeceği, bu şartları taşımayan fail hakkında da bir sene kürek veya pranga cezasına çarptırılacağı düzenlenmiştir.

1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu modern bir ceza kanunu olmakla birlikte 1. maddede bu Kanun'da sadece tazir suç ve cezaları ile doğrudan doğruya devlet aleyhine işlenen ve kamuyu ilgilendiren suç ve cezalara ilişkin hükümlerin bulunduğu ifade edilmektedir¹¹¹. Bu ifadeden hemen sonra "*Tayin ve icrası şer'an ülü'l-emr'e ait olan ta'zirin tayin-i derecâtını dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mutazammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuk-u şahsiyyeye halel gelmeyecektir*" denilerek bu Kanun hükümlerinin tazir cinsinden olduğu, İslam hukuku tarafından şahıslara tanınan haklara (kısas ve diyet) halel gelmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla da 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi modern bir kanun özelliği taşısa da prensip olarak İslami ilkelere ve fıkıh geleneğine bağlı olduğunu ifade etmiştir¹¹².

1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde öldürme suçlarının, İslam hukukundaki kabul doğrultusunda, şahıs haklarına yönelik olması nedeniyle makulün varisleri tarafından kısas ve diyete hükmedilmesi için öncelikle şer'iyye mahkemesinde görülmesi, varislerin faili affetmeleri halinde de Kanun'un devreye gireceği kabul edilmiştir¹¹³. Kanun'un 174. maddesinde hataen katl suçuna verilecek ceza düzenlenmektedir. Maddeye göre bir kimse kasıt olmaksızın bir şahsın ölümüne neden olursa (tazir cezası olarak) on beş sene kürek cezasına çarptırılır. Fakat bu suç başkasına karşı bir cinayeti icra ederken ya da başkasına karşı işlenen bir cinayetin öncesinde veya sonrasında meydana gelmiş ise, yani kasıtlı işlenen bir suçun yanında kasıtsız, hataen bir öldürme suçunun gerçekleşmesi durumunda, fail kanunen idam cezasıyla

111 **Akgündüz** (1986), s.805. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu, çıkarılması, içeriği ve uygulanması bakımında şer'i hükümler ile uyuma konusunda en tartışmalı kanun niteliğini taşımaktadır. Akgündüz eserinde bu Kanun'un şer'i hukuka uygun olduğunu, bunun Kanun'un kapsamını ifade eden 1. maddesindeki açıklamalardan anlaşılabileceğini ifade etmektedir. Akgündüz ayrıca bu iddiasına destek olarak dönemin önemli hukukçularından Ömer Hilmi Efendi'nin şer'i suç ve cezaları da içeren 247 maddelik "Mi'yar-ı Adalet" isimli eserinin, yarı resmi bir kod olarak kabul edilip hukuk fakültesinde ders kitabı olarak okutulmasını örnek vermektedir.

112 **Akgündüz, Said Nuri** (2016) "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları"76, AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 8, s. 1-16, s.10.

113 **Aydın, Mehmet Akif**, Ceza, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), C: 7, s. 481– 482.

cezalandırılır¹¹⁴. Bu madde çerçevesinde hataen katilde bulunan bir şahıs, eğer yaptığı bu eylem kamuyu ilgilendiren bir suç niteliğindeyse belirtilen cezalara çarptırılabilir.

Sonuç olarak Osmanlı ceza hukukunda hataen öldürme suçunun şer'i hükümler çerçevesinde cezalandırıldığı, dolayısıyla Fatih döneminden itibaren yapılan kanunnamelerde bu konuya ilişkin açık bir düzenlemenin yapılmadığı ifade edebilir. Tanzimat döneminde yapılan kodifikasyonların ise hataen öldürme suçunu düzenlemekle beraber cezalandırma hususunda şer'i hükümlere atıf yaptığını sadece tazir cezası olarak verilecek cezaları düzenlediğini görmekteyiz.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK TARİHİNDE VE MODERN HUKUKTA HATAEN ÖLDÜRME SUÇU

A. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK TARİHİNDE HATAEN ÖLDÜRME SUÇU

Öldürme suçu tarih boyunca her medeniyetin istisnasız olarak karşılaştığı bir olgudur. Hataen ve kasıtlı öldürme suçu ayrımının nasıl yapılacağı ve bu suçların cezasının ne olacağı konusu da her hukuk sisteminde önem arz etmiştir. Bu çerçevede aşağıda Babil, Hitit, Antik Yunan, Çin ve İngiliz hukuku olmak üzere dört farklı uygarlıkta ve hukuk sisteminde hataen öldürme suçu incelenecektir.

Babil Devleti'nde en önemlisi Hammurabi Kanunnamesi olmak üzere çeşitli kodifikasyonlar yapılmıştır. Hammurabi Kanunnamesi'nde ilginç şekilde önemsiz pek çok suç ayrıntılı şekilde düzenlenmişken, öldürme suçu ya hiç ya da çok sınırlı şekilde düzenlenmiştir¹¹⁵. Hammurabi Kanunnamesi'nde kavgada kazaen ölüme sebebiyet verme kasten öldürmeden ayrılmış ve farklı cezalar öngörülmüştür. Fakat yine hataen öldürme suçunun kapsamında sayılabilecek, kasıt olmasa bile kusuru (tedbirsizlik, özensizlik, dikkatsizlik) sebebiyle başkasının ölümüne neden olunan bazı fiillerde ölüm cezasına hükme-

114 Akgündüz (1986), s.861.

115 Kozak, İbrahim Erol (2015) Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Konya, Palet, s. 89.

dildiği de görülmektedir¹¹⁶. Bu örneklerden kasıtlı ve hataen öldürme suçları arasında yaptırım olarak farklılıklar bulunmakla beraber bu ayrımın kesin olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Hitit hukukunda öldürme suçlarında önceleri kısas bulunurken sonradan bütün öldürme suçları için tazminat yükümü getirilmişti. Kasten olmayan ve hataen öldürmelerde verilecek tazminat, kasten öldürmelerin yarısı olarak belirlenmiştir¹¹⁷.

Antik Yunan'da Atina devletinin ilk zamanlarında öldürme suçu *dike phonou* adı verilen özel bir dava ile cezalandırılırdı. Bu özel davada dava açma yetkisi maktulün akrabalarına aitti. Buradaki davanın bir özel hukuk davası gibi görülmesi, cinayet suçunun sadece maktulün ailesini ilgilendiren bir intikam meselesi olarak anlaşılması ve maktulün ailesinin bu şekilde onurunu koruyacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bunun yanında kasıtlı veya taksirli öldürme fark etmeksizin bir kan parası ödenmesi halinde, katil maktulün ailesinin intikamından kurtulabiliyordu¹¹⁸.

Draco Kanunları, cinayet suçlarını kasıtlı işlenen ve kasıtlı işlenmeyen suçlar olarak ikiye ayırmıştır. Hataen öldürme suçunun da dahil olduğu kasıtsız öldürme suçlarının cezası bu kanunlarda sürgün cezası olarak belirlenmiştir. Fakat hataen öldüren kişi, maktulün babası, kardeşi veya oğullarından af dileyerek, sürgün cezasını para cezasına çevirebilmekteydi. Fakat eğer maktul ölmeden önce kendisini öldüren kişiyi affederse, katil bütün soruşturma ve cezalardan bağışık tutulurdu. Burada da bu suçun cezasının intikam şeklinde düşünülmesinin yansıması vardır¹¹⁹.

Çin hukukunda da milattan sonraki ilk yüzyıllardan beri kasten ve kasten olmayan öldürme temel bir kriter olarak görülmüştür. Sonrasında öldür-

116 **Kozak**, s.89; Kozak'ın eserinde kavgada kazaen öldürme ile ilgili Hammurabi Kanunnamesi'nden şu hüküm nakledilmektedir: "(...) Eğer bir adam, kavgada aldığı darbe yüzünden ölürse, öldüren "bilerek vurmadım" diye yemin eder ve ölen kişi doğuştan özgür ise yarım mına para verir" (madde 206-207). Kusur nedeniyle ölüme mahkûm edilen durumlara örnek olarak ise şu hüküm bulunmaktadır: "Birisine ev yapan bir mimar, binayı iyi yapmayıp da bina çöker ev sahibi altında kalıp ölürse, mimar da öldürülür" (madde 229). Bu örnekler ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Kozak**, s. 89.

117 **Doğan, Erdal** (2008) Hitit Hukuku-Belleklerdeki Kayıp, İstanbul, Güncel, s.104.

118 **Katz, Stanley N.** (2009) The Oxford International Encyclopedia of Legal History V: 3, Oxford, s.169.

119 **Katz**, s.170.

me suçu altı kategoriye ayrılmıştır. Bu kategorilerden biri de hataen veya ka-zaen öldürme olarak tarif edilebilecek “*guoshisha*”dır. Bu kategorinin kapsamı Tang Kanunu’nda “gözün ve kulağın erişemeyeceği, düşüncenin ve dikkatin öngöremeyeceği” durumları içermektedir. Bu duruma kimsenin varlığına dair bir işaretin görülmediği veya duyulmadığı bir yerde, atılan tuğla ile birisinin öldürülmesi veya avlanırken bir hayvan yerine yanlışlıkla insanın öldürülmesi şeklinde örnekler verilmektedir. Bu durumda maktulün ailesine bir diyetin ödenmesi gerekecektir. Bazı farklılıklarla birlikte bu uygulama Ming ve Qing hanedanlığı döneminde de devam etmiştir¹²⁰.

İngiliz hukukunun ilk zamanlarda (M.S. 6. ve 7. yüzyıllar) kasten veya hataen meydana gelmesi arasında bir fark olmaksızın öldürme suçlarında kişiler ya kan davasıyla karşılaşılıyor ya da genel olarak *wergild* denilen kan parası ile cezalandırılıyordu. Öldürme suçlarında kan parası yani tazminata dayalı bir adalet anlayışı ile cezalandırma diğer modern öncesi toplumlarda olduğu gibi İngiliz hukukunda da ön plana çıkmış ve bunun için ayrıntılı tarifeler hazırlanmıştır¹²¹. Bu tarifelerde ölen kişinin sosyal statüsü ve cinayetin işlenme mahalli de cezanın farklılaşmasına neden olmaktadır.

Hataen öldürme İngiliz hukukunda *manslaughter*¹²² başlığı altında ifade edilmektedir. Hataen öldürmede kan parasının yanında katilin bütün toprağı ve malları ceza olarak Kraliyet adına müsadere edilebilmekteydi. Fakat hakimler duruma göre, Kral’dan imtiyazını kullanarak bu ceza için af buyurmasını talep edebilmekteydiler¹²³.

Kasıtlı öldürme ile hataen öldürmeyi ayırmak için kullanılan ayırım cinayetin “*canice (feloniously)*” işlenmesidir. Sonraları mahkeme kararları ile

120 **Katz**, s.173-174.

121 **Blom-Cooper, Louis / Morris, Terrence** (2004) *With Malice Aforethought (A Study of the Crime and Punishment for Homicide)*, Oregon, s.19; Öldürme suçuna karşılık tazminat yükümü olarak bazı toplumlarda büyükbaş hayvanlar ve çocuklu kadınlar ölen kişinin akrabalarına verilmekteydi. **Blom-Cooper / Morris**, s.20.

122 Ortak Hukuk sisteminde doğrudan kast ile ya da kötü niyetle (*malice aforethought*) işlenen öldürme suçları cinayet (*murder*) olarak ifade edilmektedir. “Manslaughter” ise cinayete göre hukukun gözündeki daha az ağır, hatalı olarak fakat kötü niyet barındırmadan bir kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi olarak adlandırılmaktadır. **Hall, Daniel E.** (2012) *Criminal Law and Procedure*, New York, s.103. Dolayısıyla hataen öldürme suçları da (yani genel olarak günümüzdeki taksir suçları) “manslaughter” kavramı çerçevesinde değerlendirilebilir.

123 **Katz**, s.177.

hataen öldürme kavramı daha ayrıntılı işlenmiştir. Örneğin ihmalkarlık veya yasadışı bir hareket nedeniyle bir ölüme sebebiyet verme de bu suç ile nitelendirilmeye başlanmıştır. 19. yüzyılın başlarında yapılan düzenleme ile hataen öldürme suçları sürgün veya 3 yıla kadar hapis, bunun yanında bütün mallarının müsadere edilmesi ile cezalandırılmaya başlanmıştır¹²⁴.

B. HATAEN ÖLDÜRME SUÇUNUN MODERN HUKUKLA KARŞILAŞTIRILMASI

İslam ceza hukukundaki hataen öldürme suçunun kapsamına giren fiiller, günümüzde çoğunlukla taksir ile işlenmiş suç olarak kabul edilmekte ve taksirle öldürme suçu olarak adlandırılmaktadır¹²⁵. Bununla birlikte İslam Ceza Hukuku öğretisindeki hataen öldürme suçu kavramı ile modern hukuktaki taksirle öldürme suçu arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Modern hukuktaki taksir, yani dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle bir haksızlığın meydana gelmesi¹²⁶ ile İslam hukukundaki hataen öldürme suçu karşılaştırıldığında, İslam hukukundaki hataen öldürme suçunun manevi unsurdan ziyade maddi unsuru, yani eylemin icra şeklini tasvir eden bir niteliğe sahip olduğu görülmektedir¹²⁷. İslam ceza hukukçularının bu suçu tarif ederken genellikle ok atma vb. eylemler ile suçu tarifi etmeleri, bu suçun “*hedefi tutturamama, istenen hedefte yanılma*” eylemleri ile sınırlı kalmasına neden olmuştur¹²⁸.

Hataen öldürme suçları genelde taksir ile işlenen suçlar olmasına rağmen, suç tarifinde maddi unsurun ön plana çıkması nedeniyle, kasten işlenen bazı suçları da kapsamına almıştır. Örneğin, bir kimseyi öldürme kastıyla ok atan failin attığı okun duvardan dönmek suretiyle bir şahsa saplanmasında, failin bu eylemi hata ile öldürme kapsamında kabul edilmektedir. Aynı şekilde

124 **Katz**, s.178-179.

125 Hata kavramını karşılamak üzere taksir teriminin hukukumuzda 1858 Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem hukukçuları tarafından sokulduğu iddiası olmakla birlikte, taksir kelimesi terim anlamı ortaya çıkmadan önce de hukukçular tarafından kullanılmıştır. **Avcı** (2014), s. 105.

126 **Özgenç, İzzet** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin s.246.

127 **Aydın**, s.131.

128 **Aydın**, s.131.

bir kimseye atılan okun, kastedilen kişinin bedeninden geçerek başka birini daha öldürmesi olayında, ikinci neticenin olası kastla işlenme ihtimali ağır basarken, Hanefi doktrininde failin kastı tartışılmadan hata ile öldürme suçunun olduğu kabul edilmiştir¹²⁹.

Sonuç olarak modern hukuktaki taksir kavramı failin manevi unsuruna ilişkin bir kavram iken, İslam ceza hukukundaki hata kavramı suçun manevi unsuru ile ilgili olmakla birlikte varlığı maddi unsur ile açıklanan bir kavramdır. Dolayısıyla modern hukuktaki bilinçli taksirin, bilinçsiz taksirin, olası kastın ve hatta kaza ve tesadüf eseri olmuş olayların olduğu pek çok durum olayın oluş şekline bakılarak hataen öldürme suçu kapsamında kabul edilmiştir.

SONUÇ

Hataen öldürme suçu hem fail için adil hem de mağdur için tatminkâr bir ceza verilmesi en zor suç tiplerinden biridir. Verilecek olan cezanın hem failin kusurunun adil bir karşılığını teşkil etmesi, hem de ölüm gibi geri döndürülemez bir neticeden dolayı büyük bir zarar gören maktulün ailesi ve genel olarak toplum için tatminkâr ve muhtemel fiiller için de uyarıcı bir nitelik taşıması gerekmektedir.

İslam hukukunda hataen öldürme ile kasten öldürmeyi açıklamak ve bunlar için Kuran ve Sünnet'te belirtilen cezayı çıkarmak ve uygulamak önemli bir konu olmuştur. Failin zihinsel durumunu belirlemenin zorluğu nedeniyle mezhep imamları suçun işleniş şeklini ve maddi unsurunu göz önüne alarak bir tasnife gitmişler ve hata ile kastı da bu kapsamda saptamışlardır. Kuran'da hata ile öldürmenin cezası diyet olarak belirtildiği ve Sünnet'te de diyetin miktarı gösterildiği için geriye hata ile öldürmenin ne olduğu ve hangi durumları kapsadığı ile yaptırımlar ile ilgili çeşitli detaylar kalmıştır. Bu detaylar da çalışmamızda incelendiği üzere oldukça büyük bir yekûn tutmamaktadır.

Osmanlı ceza hukuku açısından değerlendirildiğinde Kanunnameler ile bu alanın düzenlenmediği ve şer'i hukuka bırakıldığı görülmektedir. Osmanlı

129 Aydın, s.132.

kadıları da şer'i hukuk çerçevesinde hataen öldürme suçları için gerekli diyet cezalarını uygulamışlardır. Bu noktada Osmanlı ceza hukukunun klasik İslam ceza hukukundan en büyük farkının akile kurumunun uygulanması noktasında ortaya çıktığı görülmektedir. Tanzimat döneminde çıkarılan Osmanlı ceza kanunlarında da genel olarak hataen öldürme düzenlenmemiştir. Sadece 1858 tarihli son Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nde hataen öldürme suçu için hususi bir madde ayrılmış ve belli bir ceza öngörülmüştür.

Son olarak karşılaştırılmalı ceza hukuku uygulamaları çerçevesinde hataen öldürme suçu incelendiğinde binlerce yıllık zaman diliminde çok farklı kültür ve medeniyetlerin dahi bu alanda genellikle tazminat eksenli ve birbirlerine büyük ölçüde benzer yaptırımlar uyguladıklarını görmekteyiz. Modern hukuk açısından hataen öldürme ise İslam ceza hukukundaki ele alınış biçiminden birçok bakımdan farklılıklar taşımaktadır. Özellikle taksir kavramının ele alınış biçimi, saptanması ve kapsamı bu anlamda farklılığın temel noktalarını oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

Akbulut, İlhan (2013) 'İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar', AÜHFHD, C: 52, S: 1, s.167-181.

Akgündüz, Ahmet (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri- 1. Kitap Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri, İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Ahmet (1994) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri C: VII, İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Said Nuri (2016) 'Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları', AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 8, s. 1-16

Aktan, Hamza (1989) Âkile, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), C: 2, s. 248 – 249.

Avcı, Mustafa (2014) Osmanlı Ceza Hukuku, Konya, Mimoza.

Avcı, Mustafa (2008) Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya, Mimoza.

Aydın, Ahmet (2013) Hanefi Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddi ve Manevi Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicri 4-9. Asırlar) (Doktora), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Aydın, Mehmet Akif (1993) Ceza, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), C: 7, s. 481– 482.

Aydın, M. Akif (2013) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, İstanbul, Beta.

Bhala, Raj (2011) Understanding Islamic Law (Sharia), LexisNexis.

Blom-Cooper, Louis / Morris, Terrence (2004) With Malice Aforethought (A Study of the Crime and Punishment for Homicide), Oregon.

Cin, Halil /Akgündüz, Ahmet (1990) Türk-İslam Hukuk Tarihi 1. Cilt Kamu Hukuku, İstanbul, Timaş.

Çolak, Abdullah (2017) İslam Hukuku (Ceza ve Borçlar), 2. Baskı, Ankara, Öncü.

Dağcı, Şamil (1999) İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı.

- Doğan, Erdal** (2008) Hitit Hukuku-Belleklerdeki Kayıp, İstanbul.
- Ebu Zehra, Muhammed** (1994), İslam Hukukunda Suç ve Ceza, (Çev. Tüfekçi, İbrahim), İstanbul.
- Hall, Daniel E.**, (2012) Criminal Law and Procedure, New York.
- Heyd, Uriel** (1984), 'Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat', (Çev. Eroğlu, Selahaddin), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 26, S: 1, s. 633-652.
- Imber, Colin** (2004) Şeriattan Kanuna-Ebussud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, (Çev. Murteza Bedir), İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Katz, Stanley N.** (2009) The Oxford International Encyclopedia of Legal History V: 3, Oxford.
- Kozak, İbrahim Erol** (2015) Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Konya, Palet.
- Ömer Hilmi Efendi** Miyarı Adalet, Ukubat m. 5, içinde Akgündüz, Ahmet (1986) Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır.
- Özgenç, İzzet** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin.
- Peters, Rudolph** (2007) Crime and Punishment in Islamic Law, Cambridge.
- Schacht, Joseph** (1964) An Introduction to The Islamic Law, London.
- Şafak, Ali** (1977) Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, Erzurum, Ankara Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi.
- Udeh, Abdulkadir** (2012) Mukayeseli İslam Ceza (Suç) Hukuku – Özel Hükümler - 2. Cilt, (Çev. Şafak, Ali), İstanbul, Kayihan.
- Üçok, Coşkun** (1946) 'Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler', AHFD, Ankara, 125-146.

SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI VE DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK İLKESİ: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME

Arş. Gör. Zeynep HAZAR*

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi, söz konusu özgürlüğe yapılan müdahalenin kanuni olması, meşru bir amaç için yapılmış olması ve demokratik bir toplumda gerekli olması durumunda mümkündür. Mahkeme'nin yaptığı incelemenin son ve en belirleyici kısmı müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır. Siyasi partilerin sınırlandırılmasında demokratik toplumun anlamı; siyasi partilerin tüzük ve programları ülkenin mevcut anayasal sistemi ile çatışsa dahi farklı fikirlerini ifade edebilmesi, ifade özgürlüklerini kullanırken açık ya da örtülü bir biçimde şiddete övgü ve teşvikte bulunan siyasi partilerin kapatılabileceği ve son olarak demokrasiye aykırı, demokrasinin yok edilmesini amaçlayan ve düzenlenen hak ve özgürlükleri tanımayan siyasalar ileri süren siyasi partilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin korumasından yararlanamayacağıdır. Ayrıca yapılan müdahale ölçülü olmalı ve bastıran bir toplumsal ihtiyaca cevap vermelidir. Demokratik toplumda gereklilik incelemesi ile aynı zamanda ulusal güçler ve Avrupa kamu düzeni ile bireylerin menfaatleri ve demokratik bir devletin sorumluluğu dahilinde olan menfaatler arasındaki çatışmanın dengelenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siyasi parti özgürlüğü, siyasi partilerin kapatılması, demokratik bir toplumda gereklilik, bastıran bir toplumsal ihtiyaç, ölçülülük.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı,
zeynephazar@gazi.edu.tr. (Geliş Tarihi : 19.09.2017 – Kabul Tarihi : 03.01.2018)

DISSOLUTION OF POLITICAL PARTIES AND THE PRINCIPLE OF NECESSITY IN A DEMOCRATIC SOCIETY: A STUDY WITHIN THE SCOPE OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

In the European Court of Human Rights' case law, the freedom of political association can be restricted only if an interference in question is prescribed by law, made for the interest of legitimate aim and necessary in a democratic society. The last and the most important part of the Court's examination is the determination of whether this interference is necessary in a democratic society or not. The meaning of "democratic society" within the context of the restriction of political parties is that the political party can express different ideas even if there is a conflict between the constitution or the programme of a political party and the political system of a country; political parties whose leaders and members incite to violence clearly or implicitly can be dissolved, and lastly, political parties which put forward a policy that fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection. Also, the interference must meet a pressing social need and must be proportionate. By the examination of the necessity of the interference in a democratic society, the Court also aims to achieve a balance between the domestic and European powers, and the conflicting interests of individuals and the interests implied in the responsibilities of the governments in democracy.

Keywords: Freedom of political association, dissolution of political parties, necessity in a democratic society, a pressing social need, proportionality.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine¹ göre siyasi parti özgürlüğü demokrasinin olmazsa olmazı olan ifade özgürlüğü ile yakından ilgili ve bu bakımdan demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsurudur. Zira Mahkeme örgütlenme özgürlüğünü ifade özgürlüğünün bir unsuru olarak görmüş, ifade özgürlüğüne verdiği önemi de birçok kararında vurgulamıştır². Buna göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun asli temellerindedir; bu, toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur³. Bu bakımdan siyasi parti özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasındaki bağ göz ardı edilemez niteliktedir. Zira demokratik rejimlerde, iktidar serbest ve adil seçimler sonucunda belirlenir. Belirli görüşler etrafında kümelenen halk kesimlerinin iktidarı ele geçirmek için çabaladığı bu süreç ancak siyasi partiler aracılığıyla “serbest” ve “adil” olabilecektir⁴. Nitekim 1982 Anayasasının 68. maddesinin 2. fıkrasında siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak tanımlanmıştır.

Genel anlamda örgütlenme özgürlüğü ifade özgürlüğünün kapsamı içinde yer almakla birlikte AİHS sisteminde örgütlenme özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile aynı maddede ve başlı başına bir hak olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin 11. maddesine göre;

“Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.”⁵

Sivil örgütlenmenin tipik şekli “dernek” olduğundan, örgütlenme özgürlüğünün odağında dernek kurabilme ve bu çerçevede faaliyet yapabilme yer alır⁶. Bununla birlikte AİHS’in 11. maddesinde açık bir biçimde ifade

1 Buradan sonra Mahkeme olarak kullanılacaktır.

2 bkz. **Lingens v. Avusturya**, BN. 9815/82, KT. 8.07.1986; **Şener v. Türkiye**, BN. 26680/95, KT. 18.07.2000; **Thoma v. Lüksemburg**, BN. 38432/97, KT. 29.03.2001; **Maronek v. Slovakya**, BN. 32686/96, KT. 19.04.2001; **Dichand ve diğerleri v. Avusturya**, BN. 29271/95, 26.02.2002.

3 **Macovei, Monica** (2001) İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 2, s. 8.

4 **Uygun, Oktay** (2014) Devlet Teorisi, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, s. 630.

5 <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf>, s. 11, s.e.t. 3.11.2016.

6 **Erdoğan, Mustafa** (2012) İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Orion Yayınevi, s. 228.

edilmiş olmasa da Mahkeme siyasi partilerin de bir örgüt sıfatıyla bu maddenin korumasından faydalanacağını belirtmiştir⁷. Nitekim Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerlerinin Türkiye'ye karşı yaptığı başvuruda, Türk hükümetinin 11. maddenin siyasi partilere uygulanamayacağı yolundaki iddiasını Avrupa İnsan Hakları Komisyon'u⁸ ve Mahkeme kabul etmemiş ve başvuruyu örgütlenme özgürlüğü açısından değerlendirmiştir. Mahkemeye göre sözleşmenin 11. maddesinin lafzi yorumu, siyasi partilerin bu maddeyi dayanak olarak alıp alamayacakları sorusuna ilk cevap niteliğindedir. Mahkeme bu bakımdan, 11. maddede "*sendika kurma hakkı da dahil olmak üzere, başkaları ile birlikte, örgütlenme özgürlüğü*"nden söz ediliyorsa da, burada "*dahil*" bağlacının, sendikaların örgütlenme özgürlüğünün kullanılabilceği örneklerden sadece biri olduğunu açıkça gösterdiğini belirtmiştir. Buna göre, bu hükümde, sendikaların anılmasıyla, Türk hükümetinin değerlendirmesinde olduğu gibi, sözleşmeyi hazırlayanların siyasi partileri 11. maddenin kapsamı dışında bıraktıkları sonucuna varılamaz⁹.

Mahkeme 11. maddenin lafzî yorumundan öte, siyasi partilerin demokrasinin işleyişindeki önemine atıfla da 11. maddenin kapsamına girdiğinden şüphe olmadığını belirtmiştir¹⁰. Ayrıca siyasi partilerin faaliyetleri, kolektif olarak ifade özgürlüğünün uygulaması anlamına geldiği için Sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde korunma talep etmeleri de söz konusu olabilecektir¹¹.

Mahkeme tarafından böylesine bir önem atfedilen siyasi parti özgürlüğü şüphesiz sınırsız değildir. Siyasi parti özgürlüğünün demokratik hayat için vazgeçilmezliği, devletin ve toplumun korunması için sınırlandırılması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Diğer tüm özgürlükler gibi siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılması da kaçınılmaz bir zorunluluktur.

7 **Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP) ve diğerleri v. Türkiye**, BN. 133/ 1996/ 752/ 951, KT. 30.01.1998, p. 24, 25; **Sosyalist Parti ve diğerleri v. Türkiye**, BN. 20/1997/804/ 1007, KT. 25.05.1998 p. 29; **Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP) v. Türkiye**, BN. 23885/94, KT. 8.12.1999, p. 27.

8 Buradan sonra Komisyon olarak kullanılacaktır.

9 **TBKP ve diğerleri v. Türkiye kararı**, p. 24, 25.

10 **TBKP ve diğerleri v. Türkiye kararı**, p. 24, 25.

11 **TBKP ve diğerleri v. Türkiye kararı**, p. 43.

Çalışmamızda siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılmasında en ağır ve en son yaptırım olarak kabul edilen kapatılma tedbirinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde nasıl ele alındığı, sınırlandırma konusunda Mahkeme'nin uyguladığı test ve demokratik toplumda gereklilik ilkesi bağlamında ele alınacaktır.

I. SİYASİ PARTİNİN KAPATILMASININ SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU: MAHKEMENİN UYGULADIĞI TEST

Siyasi parti özgürlüğünün sahip olduğu bu önemle birlikte, Sözleşmede yer alan ve mutlak niteliğe sahip işkence yasağı, kölelik yasağı gibi birkaç hak ve özgürlük dışındaki tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, sınırlandırılması kaçınılmazdır. Mahkeme, Sözleşmenin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ve çalışmamızın konusunu oluşturan toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi için aynı sınırlandırma testini uygulamaktadır. Mahkeme bu maddelerde düzenlenen hakların ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda üç aşamalı bir inceleme yapmıştır¹²:

1. İncelemenin birinci aşaması şikayete konu olan olayın bahsi geçen dört haktan birinin kapsamı içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Yani hükmün uygulanabilir olup olmadığına ilişkindir. Bu inceleme sonrasında olumlu bir sonuca ulaşılması durumunda ikinci aşamaya geçilebilecektir. Aksi halde başvuru reddedilecektir. Bu aşamada Mahkemenin konu bakımından yetkili olup olmadığı tespiti yapılmaktadır.
2. İncelemenin ikinci aşaması söz konusu haklara ilişkin yapılan bir işlem, eylem ya da alınan bir önlemin müdahale teşkil edip etmediğine ilişkindir. Bu inceleme sonrasında olumlu bir sonuca ulaşılması durumunda üçüncü aşamaya geçilebilecektir¹³. Aksi halde başvuru reddedilecektir.

12 **Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz** (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Genişletilmiş 10. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 331; **Pekel, Abdulkadir** (2016) Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM'in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme, Ankara, Liberte Yayınları, s. 24.

13 Cumhuriyet Halk Partisi 2013 yılında, Anayasa Mahkemesinin hakkında verdiği mali

3. İncelemenin üçüncü ve son aşamasında ise vaki müdahalenin, söz konusu hakların düzenlendiği maddelerin ikinci fıkrası çerçevesinde haklılık kazanıp kazanmadığı incelenecektir. Bir müdahalenin haklı olup olmadığının belirlenmesi üç soruya verilecek olumlu cevap ile mümkün olacaktır:

- Müdahale kanunî midir?
- Müdahale söz konusu maddelerin ikinci fıkralarında düzenlenen meşru amaçlardan birine yönelik midir?
- Müdahale demokratik toplumda gerekli midir?

Müdahale kanuni değilse ihlal gerçekleşmiştir; ikinci ve üçüncü sorunun cevabı aranmayacaktır. Müdahale kanuniyse ancak meşru amaçlardan birine yönelik değilse ihlal gerçekleşmiştir ve üçüncü sorunun cevabı aranmayacaktır. İlk iki sorunun cevabı olumluysa son soruya geçilecek ve ihlalin haklı olup olmadığı müdahalenin demokratik toplumda gereklilik ilkesine uygun olup olmadığına göre belirlenecektir. Müdahale demokratik toplumda gereklilik ilkesine uygunsa ihlal gerçekleşmemiş olacak, aksi halde ihlal kararı verilecektir.

Siyasi partilerin kapatılması müdahalesine de aynı testi uygulayan Mahkeme, ifade özgürlüğüne ve siyasal söyleme verdiği önem nedeniyle son aşamada ayrıntılı bir değerlendirme yapıp karar vermektedir. Siyasi partilerin kapatılması başvurularında müdahalenin haklı olup olmadığına karar verilen bu son aşama önemi nedeniyle ayrı bir başlık altında ele alınmayı hak etmektedir.

yaptırım kararını gerekçe göstererek Sözleşmenin 11. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvuru yapmıştır. Mahkeme, Hükümet'in Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 69. maddesi ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 70 ila 77. maddelerine dayanarak siyasi partilerin gelirlerini ve harcamalarını incelemekle ve Siyasi Partiler Kanununda belirtilen yaptırımları uygulamakla görevli yüksek mahkeme olduğu ve söz konusu başvuruda bir müdahale olmadığı itirazını reddetmiştir. Mahkemeye göre sözleşmeciler devletler, siyasi partilerin mali durumlarını nasıl denetleyeceğine ve usulsüz harcamalar karşısında uygulayacakları yaptırımlara ilişkin oldukça geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak, söz konusu takdir yetkisi sınırsız değildir ve bir siyasi partinin mali durumunun denetlenmesi partinin faaliyetlerini engellediğinde, bu durum örgüt kurma özgürlüğü hakkına müdahale teşkil edebilir, **Cumhuriyet Halk Partisi v. Türkiye**, BN. 19920/13, KT. 26.04.2016, p. 65, 70.

II. SİYASİ PARTİNİN KAPATILMASININ HAKLILIĞININ TESPİTİ

A. KANUNİLİK

Sözleşmenin resmi İngilizce metninde “*prescribed by law*¹⁴” şeklinde ifade edilen kanunilik kriterini, “*yasayla öngörülen*” ya da “*yasaya uygun olarak*” şeklinde anlamak da mümkündür. Nitekim resmi Türkçe çeviriye göre bu hüküm, “*Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen... dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz*¹⁵” şeklindedir. Bu ilkenin Mahkeme içtihadındaki anlamı müdahale teşkil eden eylem, önlem ya da işlemin ulusal hukukta yasal dayanağının bulunmasıdır. “*Kanunilik*” ilkesinin başka bir ifadesi ise “*hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşırılık*”tır¹⁶. Mahkeme birçok kararında, Sözleşme’nin 11. maddesinde yer alan “*yasayla öngörülme*” ifadesinin, sadece ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta yasal bir dayanağının bulunmasını gerektirmediğini, aynı zamanda bu dayanağın yasa kavramının niteliklerini taşımasına atıf yaptığını vurgulamıştır. Kanun, ilgili kişiler tarafından erişilebilir olmalı ve kişilerin belirli bir eylemin doğurabileceği sonuçları, şartların izin verdiği ölçüde öngörebilmelerini ve davranışlarını düzenlemelerini; gerekirse uygun tavsiyeler ile birlikte sağlayacak şekilde yeterli kesinlikte formüle edilmiş olmasını gerekmektedir¹⁷. Ama Mahkemeye göre deneyimler, yasaların tesisinde mutlak kesinliğin elde edilmesinin imkânsız olduğunu göstermektedir¹⁸. Bu nedenle Mahkeme her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapacaktır.

14 Bkz. <http://www.echr.coe.int/documents/convention_ENG.pdf>, s. 12, s.e.t. 3.11.2016.

15 Bkz. <http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf>, s. 11, s.e.t. 3.11.2016.

16 **Association Ekin v. Fransa**, BN. 39288/98, KT. 17/10/2001, p. 44; **Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri v. Türkiye**, BN. 28255/07, KT. 8.10.2013, p. 50.

17 Rusya Cumhuriyet Partisi kuruluşundan çok sonra yöneticilerini, temsilcilerini ve adresini değiştirmiş ve yapılan bu değişiklikleri ilgili resmi kuruma bildirmedeği gerekçesiyle kapatılmıştır. AİHM’e yapılan başvuruda Mahkeme, Rusya’nın Siyasi Partiler Kanunu ve Yasal Teşekküllerin Kaydı Kanununda siyasi partilerin kurumsal değişikliklerle ilgili bildirimde bulunmaları gerektiğine ilişkin hükmün belirsiz olması nedeniyle, söz konusu sınırlandırmanın yeterli ve açık bir yasal zeminin olmadığını belirtmiştir ve 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir, **Republican Party of Russia v. Russia**, BN. 12976/07, KT. 12.04.2011, p. 79, 85, 140. Kanunilik için ayrıca bkz.; **Leyla Şahin v. Türkiye**, BN. 44774/98, KT. 10.10.2005, p. 84; **Kruslin v. France**, BN. 11801/85, 24.04.1990, p. 27; **Vyrentsov v. Ukrayna**, BN. 20372/11, KT. 11.04.2013, p. 52; **Veniamin Tymoshenko and Others v. Ukraine**, BN. 48408/12, KT. 02.01.2015, p. 80.

18 **Herri Batasuna and Batasuna v. Spain**, BN. 25803/04- 25817/04, KT. 30.06.2009, p. 56.

Diğer taraftan, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde yer alan “*yasa uyarınca*” ve “*yasayla öngörülme*” sözcükleri konusunda Mahkeme, “*yasa*” kavramını her zaman, “*şekli*” anlamıyla değil, “*öz*” anlamıyla anladığını ve bu kavramın hem kanunlar hiyerarşisinde daha alt sıralarda yer alan hukuki metinleri¹⁹ ve Parlamento tarafından kendilerine verilen bağımsız kural koyma yetkileri uyarınca profesyonel düzenleyici organlar tarafından alınan düzenleyici tedbirleri kapsayan “*yazılı kanunu*”²⁰, hem de yazısız kanunu içerdiğini belirtmektedir²¹. Özetlemek gerekirse, Mahkemeye göre “*kanun*” yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hükümdür²². Mahkemenin yaptığı bu “*özerk*” yorum ile kanunilik kriteri başvuruçuların lehine olacak şekilde genişletilmiştir.

B. MEŞRU AMAÇLAR

Müdahalenin meşruluğunun ikinci aşaması söz konusu müdahalenin Sözleşmenin ilgili maddesinde düzenlenen meşru amaçlar ile uyumlu olup olmadığının tespitidir. Meşru amaçların bir kısmı 4 maddede ortak bir biçimde düzenlenmişken²³, bazıları yalnızca belirli bir hakkın sınırlandırılmasında meşru amaç olarak düzenlenmiştir²⁴. 11. maddenin ikinci fıkrasına göre ulusal güvenlik, kamu güvenliğinin sağlanması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması örgütlenme ve toplantı özgürlüğünün sınırlandırılması için söz konusu olabilecek meşru amaçlardır. Diğer üç maddeden farklı olarak 11. maddenin 2. fıkrasının son cümlesi bir grup kamu görevlisine ilişkin daha kapsamlı sınırlandırmalar yapılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre “*Bu mad-*

19 **De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium**, BN. 2832/66; 2835/66; 2899/66, KT. 18.06.1971, p. 93.

20 **Barthold v. Almanya**, BN. 8734/79, KT. 25.03.1985, p. 46.

21 **The Sunday Times v. Birleşik Krallık (no. 1)**, BN. 6538/74, KT. 26.04.1979, p. 47; **Kruslin v. Fransa**, p. 29.

22 **Leyla Şahin v. Türkiye**, p. 88; **Gülcü v. Türkiye**, BN. 17526/10, KT. 19.01.2016, p. 103, 104.

23 Örneğin kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni, genel sağlık, ahlak, başkalarının hak ve özgürlükleri ortak meşru amaçlardandır.

24 Örneğin “*ülkenin ekonomik refahı*” yalnızca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği 8. madde için meşru sınırlandırma amacı iken, “*gizli bilgilerin açığa vurulması*” ve “*yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması*” yalnızca ifade hürriyetinin düzenlendiği 10. madde için meşru sınırlandırma amacı niteliğindedir.

*de, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir*²⁵.” Mahkemeye göre kolluk kuvvetlerinin silahlı olmaları ve sahip oldukları devletin genel menfaatini ve kamu güvenliğini koruma görevi, haklarının sınırlandırılmasında sözleşmeciler tarafından daha geniş bir takdir alanı tanımaktadır²⁶. İkinci fıkrada sayılan meşru müdahale nedenleri açık ve sınırlı sayımdır²⁷. Bu nedenle Mahkeme’ye göre bu meşru amaçlar dar bir şekilde yorumlanmalıdır.

C. DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK İLKESİ

1. İlkenin Anlamı ve İşlevi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde²⁸ yer alan demokratik toplumda gereklilik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince zamanla geliştirilmiş ve devletlerin bir hakkı meşru amaçlarla sınırlandırırken uyması gereken en önemli ölçüt haline almıştır. Siyasi parti özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşruluğunun tespitinde her ne kadar üç aşama varsa da Mahkeme’nin içtihadını şekillendiren ve ihlalin olup olmadığına karar verilen aşama çoğu zaman müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına göre şekillenmektedir.

25 Bkz. <http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf>, s. 11, s.e.t. 3.11.2016.

26 **Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (E.R.N.E.) v. Spain**, BN. 45892/09, KT. 01.04.2015, p. 38, 39. Söz konusu başvuruda başvuran sendika Bask Ülkesi (Pais Vasco) kolluk kuvvetlerinden görevlileri temsil eden dünyanın en büyük sendikalarından biridir. İçişleri Bakanlığıyla çalışma koşullarına ilişkin olarak yapılan müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından başvuran sendikanın yürütme kurulu 2004 yılında iş durdurma eylemi izni için Bask Özerk Bölgesi Adalet, İstihdam ve Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuruda bulunmuştur. Başvuru reddedilmiştir. Mahkeme söz konusu kolluk kuvveti mensuplarının kendine özgü faaliyetleri nedeniyle Devlete yeterince geniş bir takdir payının tanındığından bahisle örgütlenme özgürlüğüne karşı haksız bir müdahale olmadığına karar vermiştir, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22: \[%22001-168599%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-168599%22)>, s.e.t. 9.11.2016.

27 **Funke v. France**, BN. 10828/84, KT. 25/02/1993, p. 55. Türkiye Komünist Partisi kararında Komisyon, Anayasa Mahkemesi tarafından TBKP’nin kapatılmasında dayanak olarak alınan esaslar arasında ayırım yapmıştır. Müdahalenin partinin adında "komünist" kelimesinin bulunmasından kaynaklandığı göz önüne alındığında, Komisyon, bu müdahalenin 11. maddeye dayanılarak herhangi bir meşru amaç tarafından haklılaştırılması mümkün görmemiştir. Ancak Komisyon ve Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ülke bütünlüğüne yönelik faaliyetler ve terörizme destek vurgusunu kamu güvenliği meşru amacı ile ilişkilendirmiştir, **TBKP ve diğerleri v. Türkiye kararı**, p.40.

28 Buradan sonra Sözleşme olarak anılacaktır.

Mahkeme, demokratik toplumun gereklerini belirlerken, ulusal hukuk düzenlerindeki mevcut standartlara göre değil, demokrasinin evrensel ilkeleri, uluslararası hukuk ve çağdaş demokratik devletlerdeki uygulamalara göre hareket etmektedir. Bu özellikle siyasi partilerin toplumdaki rolünün belirlenmesi açısından önem arz eder²⁹.

Mahkemeye göre “*demokratik toplum*”un anlamına ilişkin kilit kavramlar çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliktir³⁰. Bu bağlamda, bazı durumlarda bireysel çıkarların bir grubun çıkarlarına nazaran daha önemsiz olarak görülmesi gerekse de demokrasi her zaman çoğunluğun fikirlerinin hakim olacağı anlamına gelmez. Çoğunluk dışındaki fikirlerin adil ve doğru bir biçimde muamele göreceğini garantileyen bir denge ve baskın görüşün kötüye kullanılmasından kaçınılması demokrasi için vazgeçilmezdir³¹. Siyasi partiler bu dengeyi sağlanmasında kilit rol oynar. Ülkenin dört bir yanına dağılmış farklı görüşlerin temsil edilmesi ve çoğulculuğun sağlanması siyasi partiler ile mümkündür. Zira demokratik toplumun özü politik tartışmadır. Siyasi partiler, medyanın da yardımıyla, yalnızca politik kuruluşlar içinde değil sosyal hayatın her aşamasında politik tartışmaya yeri doldurulamaz katkılarda bulunmaktadır³².

Demokratik toplumda gereklilik ölçütü Sözleşmenin iki temel dayanağını içinde barındırmaktadır. Bunların ilki “*çoğulcu toplum*”un gerçekleşme aracı olan demokrasinin teminat altına alınmasıdır. Çoğulcu toplum yapısı, hoşgörü ve şeffaflık, hukukun üstünlüğü, kamu yararı ile bireysel menfaat arasında dengenin sağlanması ve adil yargılanma, demokratik toplumun birer unsurudur. İkinci temel dayanak ise insan haklarına saygının etkin bir şekilde

29 **Eren, Abdurrahman** (2004) *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, İstanbul, Beta Yayınları, s. 141.

30 Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında, 1982 Anayasasında da var olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesini AİHM’in aksine çoğulculuk perspektifinden değil bütünlük perspektifinden değerlendirmiştir, **Yokuş, Sevtap** (2001) ‘Türk Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Siyasi Partilere Yaklaşımı’, AÜHFD, C: 50, S: 4, s. 111.

31 **Young, James and Webster v. the United Kingdom**, BN. 7601/76; 7806/77, KT. 13.08.1981, p. 63; **Chassagnou and Others v. France** [GC], BN. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, KT. 29.04.1999, p. 112; **Christian Democratic People’s Party v. Moldova**, BN. 28793/02, KT. 14.01.2016, p. 64.

32 **Lingens v. Austria**, 8 July 1986, p. 42, Series A no. 103; **Christian Democratic People’s Party v. Moldova**, p. 66.

yargısal denetiminin yapılmasıdır³³. Nitekim demokratik toplumda gereklilik ilkesi bir yandan egemenlik hakkı kapsamında taraf devlete bir takdir marjı tanırken diğer yandan sözleşmeye taraf olmanın getirdiği yükümlülükler bağlamında devletlerin müdahalelerinin Mahkemece uluslararası denetiminin yapılmasına imkan sağlamaktadır³⁴.

Mahkeme, takdir marjı doktrini ile ulusal gelenekler ve toplumsal özelliklere belirli bir ağırlık tanımayı ve değer yargılarını belli ölçüde gözetmeyi hedeflemiştir³⁵. Sözleşmeci devlet, takdir hakkını “makul”, “özenli” ve “iyi niyetli” bir biçimde kullanılmalıdır³⁶. Bununla birlikte, Mahkeme, taraf devletlerin bir takdir marjından bahsetse de bu marj Sözleşme metni, Mahkemenin demokratik topluma atfettiği anlam ve Avrupa Konseyi ülkeleri demokrasilerinde yavaş yavaş gelişen ortak yasama ve uygulama standartlarından kaynaklanan takdir yetkisi ile sınırlıdır³⁷. Ayrıca takdir alanının kapsamı sınırlamada öngörülen amaca göre de değişecektir³⁸. Mahkemenin bu konuda yaptığı temel ayırım bir hakkın demokratik toplumun temeline ilişkin bir hak olup olmadığıdır³⁹. Mahkeme her ne kadar ulusal makamların verdikleri kararların “ulusal koşullardan” soyutlanmaması gerektiğini belirtse de bazı hakların sınırlandırılmasına ilişkin uygulamalarda baskın olan Avrupa standardıdır⁴⁰. Özellikle Sözleşmenin çekirdek haklarından kabul edilen ifade hürriyeti ve dolayısıyla siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılmasında “Avrupa Konsensusu” ulusal takdir marjının üstünde yer alacaktır⁴¹.

33 **Doğan, İlyas** (Editör) (2015), İnsan Hakları Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, s. 395.

34 **Tümay, Murat** (2011) ‘The Concept Of ‘Necessary In A Democratic Society’ In Restriction Of Fundamental Rights A Reflection From European Convention On Human Rights’, Human Rights Review, I: 2, V: I, December, s. 1.

35 **Doğan** (Editör), s. 395.

36 **Eren**, s. 161.

37 **Tümay** (2011), s. 7,8.

38 **Handyside v. UK**, BN. 5493/72, KT. 7.12.1976, p. 4.

39 **Tümay, Murat** (2008); “The ‘Margin Of Appreciation Doctrine’ Developed By The Case Law Of The European Court Of Human Rights”, Ankara Law Review, V: 5, No. 2 (Winter 2008), s. 219.

40 **Eren**, s. 161.

41 **Greer, Steven** (2000); The Margin Of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights, Human Rights Files No. 17, s. 38-39, <[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf)>, s.e.t. 7.2.2017.

Demokratik toplumda gerekliliği belirlerken mahkeme iki dengeleme sürecini işletmektedir. Bunların ilki insan haklarının uygulanması alanında ulusal güçler ve Avrupa kamu düzeni arasındaki denge; diğeri ise bireylerin menfaatleri ve demokratik bir devletin sorumlulukları dahilinde olan menfaatler arasındaki çatışmanın dengelenmesidir. Komisyon ve Mahkeme bu dengeyi sağlanması için ulusal takdir marjını da dikkate alarak her kararında yeni ve karmaşık ilkeler ortaya koymuştur. Bu sistem sözleşmecî devletlere meşru bir alan tanıırken Sözleşme organlarına da denetim yapacak meşru bir alan verir. Ancak son sözü söyleme gücü her zaman Mahkemededir⁴².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organları Handyside kararı sonrasında yalnızca meşru nedenlerin Sözleşmede ve ulusal düzenlemelerde var olmasını, ve bu kapsamda yapılacak denetimin Sözleşmecî devletlerin hukuki bir sınırlandırma rejimi kurması için yeterli olmadığını fark etmişlerdir⁴³. Mahkeme; Sözleşmecî devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini gözlemlemenin yanında, bir sınırlama ya da cezanın sözleşmede düzenlenen bir hak ile uyumlu olup olmadığına ilişkin son hükmü vermekle de yetkilidir. Böyle bir denetim, alınan önlemler ve onun gerekliliğini kapsar. Bu nedenle bu denetim temel yasalar ile sınırlı olmayıp, bağımsız bir mahkemece verilmiş olsa dahi kararın uygulamasını da içerir⁴⁴. Bu ise Sözleşmenin, düzenlediği hakların etkili ve gerçek bir koruma altına alınması ve bu alanda ortak Avrupa standardının gerçekleştirme amacının günümüzdeki en somut halidir⁴⁵. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Avusturya'nın İtalya aleyhine yaptığı devlet başvurusunda, üye devletlerin kendi ulusal çıkarları için yararlı gördükleri amaçların gerçekleştirilmesi için değil, Avrupa Konseyi Statüsünde de belirtildiği üzere Konsey'in amacı olan; demokratik ideallere, özgürlüğe ve hukukun üstünlüğüne dayalı Avrupa kamu düzenini kurmayı amaçladıkları için hak ve yükümlülükler üstlendiklerini belirtmiştir⁴⁶.

42 **Tümay** (2011), s. 5, 6.

43 **Tümay** (2011), s. 3.

44 **Handyside v. The United Kingdom**, p. 49.

45 **Anayurt, Ömer** (2004) Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 68.

46 **Anayurt**, s. 69.

2. Siyasi Partilerin Kapatılması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Demokratik Toplumda Gereklik İlkesi Bağlamında Tartıştığı Temel Konular

a. Siyasi Partilerin Tüzük ve Programının Devletin Temel İlkelerine ve Örgütleniş Biçimine Aykırı Olması

Mahkeme siyasi parti özgürlüğüne ilişkin vermiş olduğu birçok kararında 11. maddenin 10. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini tekrarlamıştır⁴⁷. Siyasi partileri ülke sorunlarının çözümü konusunda görüşler üreten ve farklı toplum kesimlerinin taleplerini devlete yansıtan kuruluşlar olarak gören Mahkeme, kuruluş ve faaliyetleri bakımından geniş güvencelerden yararlanması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸. Bu nedenle ifade özgürlüğüne ilişkin gelişen içtihadın temel ilkelerinden “*çoğulculuk*”a yapılan vurguyu siyasi parti kapatma davalarında da görmek mümkündür⁴⁹. Mahkeme’ye göre buradaki bir diğer anahtar kelime “*diyalog*”tur. Bir ülkenin problemlerini, bu problemler rahatsız edici olduklarında bile, diyalog yoluyla çözülebilmeye imkanının sunulması, demokrasinin temel niteliklerinden biridir⁵⁰.

Mahkeme’nin geliştirdiği içtihadı göre siyasi partiler mevcut siyasi düzene uygun programlar ve tüzükler belirlemek zorunda değildir. Zira Mahkeme’ye göre bir devletin mevcut düzenleme şeklini sorgulayanlar da dahil olmak üzere, çeşitli projelerin önerilmesi ve görüşülmesi demokrasinin temel unsurlarındandır⁵¹. Örneğin bir partinin anayasanın barışçıl yollarla değişmesini savunması, tek başına o partinin yasaklanması ya da kapatılması için yeterli gerekçe oluşturmaz⁵². Demokrasinin kendisine zarar vermemek koşuluyla, bir devletin mevcut örgütlenme biçiminin doğruluğu hakkında kuşku doğuran niteliktekiler de dahil olmak üzere, çeşitli siyasal programların önerilmesi ve tartışılabilmesi demokrasinin özüdür⁵³. Siyasi partilerin kapatılmasına

47 **TKBP v. Türkiye**, p. 42, 43; **ÖZDEP v. Türkiye**, p. 37; **Sosyalist Parti ve diğerleri v. Türkiye**, p. 41.

48 **Uygun** (2014), s. 632.

49 **TBKP v. Türkiye**, p. 43, **Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania**, BN. 46626/99, KT. 3.02.2005, p. 44.

50 **Arslan, Zühtü** (2008) *Anayasa Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 248.

51 **Sosyalist Parti v. Diğerleri**, p. 47.

52 **Uygun, Oktay** (2000) ‘Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi’, *Anayasa Yargısı* 17, Ankara, s. 258-259.

53 **Sosyalist Parti v. Diğerleri**, p. 47; **Demokratik Toplum Partisi (DTP) v. Türkiye**, BN. 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 ve 37272/10, KT. 12.01.2016, p. 78.

ilişkin içtihat da Mahkeme, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki temel ilkeye vurgu yapmış; yalnızca açıklanan bilgi ve fikirlere taraftar olduğunda, bu bilgi rahatsız edici ya da farklı olmadığına değil aynı zamanda taciz edici, şok edici ve rahatsız eden bir nitelik taşıdığına da ifade özgürlüğü tartışması yapmanın yerinde olacağını ifade etmiştir⁵⁴. Siyasi tartışmalarda, Hükümet politikasını esaslarıyla tartışmak için kamuoyunda çoğunluğun inançlarıyla ters düşme ihtimali olsa bile, demokrasinin iyi işlemesi, siyasi partilerin, siyasi hayatın aktörlerinin tamamını ilgilendiren genel sorunların çözümüne katkıda bulunmak amacıyla, bu aktörlerin kamuya açık tartışmalara dahil edilebilme-leri gerekmektedir⁵⁵. Bu tartışmaların mevcut siyasal sistemi eleştiren niteliği haiz olması, siyasi söylemin doğasının bir sonucudur.

Nitekim Mahkeme Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında parti tüzüğünde yer alan “*TBKP, Kürt sorununun, ortak menfaatler üzerine kurulmuş, eşit haklara ve demokratik yeniden yapılanma amacına dayanan, Türk ve Kürt halklarının gönüllü olarak bir arada yaşamasını sağlayacak barışçıl, demokratik ve adil bir şekilde çözülmesi için çalışacaktır*” ifadesinin ülke bütünlüğünü hedef alan ve ayrımcı bir ifade olmadığını belirtmiş ve demokrasinin temel özelliklerinden birisinin bir ülkenin karşılaştığı sorunları diyalogla çözmeye çalışması olduğunu söylemiştir⁵⁶. Benzer bir biçimde Mahkeme ÖZDEP kararında partinin programında ulusal ve dini azınlıkların kendi kaderini tayin etme hakkına gönderme yapmasını demokrasi ile çelişir bulmamıştır⁵⁷.

Mahkeme bir siyasi partinin tüzük ve programının o partinin amaç ve hedeflerini belirlemede tek ölçüt olmayacağını belirtmiştir⁵⁸. Buna göre bir siyasi partinin, programında alenen açıklananlardan farklı hedef ve niyetlerinin var olma olasılığı vardır. Bu nedenle bu programın içeriği ile sahibinin eylemleri ve tutumlarını karşılaştırmak gerekecektir⁵⁹. Mahkeme bu karşılaştırmayı yaparken söz konusu partinin program ve tüzüğünün içeriği ile Söz-

54 **Handyside v. the United Kingdom**, p. 49; **Vogt v. Germany**, BN. 17851/91, KT. 26.09.1995, p. 52.

55 **DTP v. Türkiye**, p. 78, **DEP v. Türkiye**, BN. 25141/94, 10.12.2002, p. 53. AİHM açık bir şekilde Anayasa Mahkemesinin “*Anayasa ideolojisi*”ni siyasi partilere empoze etme eğilimini eleştirmektedir; **Arslan**, s. 249.

56 **TBKP v. Türkiye**, p. 56, 57.

57 **ÖZDEP v. Türkiye**, p. 41.

58 **Herri Batasuna and Batasuna v. Spain**, p. 80.

59 **TBKP v. Türkiye**, p. 58, **Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye (Daire)**, BN. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, KT. 31.07.2001, p 48.

leşmeci devletlerin mahkemelerinin ileri sürdüğü delil unsurları arasında bir karşılaştırma yapmaktadır⁶⁰. Mahkeme hem ÖZDEP kararında hem de TBKP kararında siyasi parti üyelerinin tüzük ve programlarından ayrı bir gizli ajandaya sahip olmadıkları yönünde bir kanaate varmış ve 11. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.

b. Siyasi Partilerin Şiddete Teşvik Niteliğindeki Söylem ve Eylemleri

i. Şiddete Açık Bir Biçimde Teşvik ve Övgüde Bulunulması

Mahkeme siyasi partilerin söylemlerine ilişkin yaptığı değerlendirmede, Sözleşme'nin 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğünün merkezinde yer alan siyasal söylemin önemini vurgulamaktadır. Tıpkı kamu yararına yönelik bir söylemin sınırlandırılmasında dar bir takdir yetkisi olduğu gibi siyasal söylem için yapılacak yorumlama da daha katı olmalıdır⁶¹. Demokratik toplum kavramının merkezinde yer alan özgür bir siyasi tartışma ortamı, terör suçları işlemeye veya şiddet kullanımını övmeye teşvik etmemesi koşuluyla, devletin mevcut yapısı ve ilkeleriyle bağdaşmayan fikirlerin özgürce ifade edilmesini de kapsamaktadır. Toplum bir çatışma ya da gerginlik durumuyla ilgili farklı değerlendirme biçimlerinden haberdar olma hakkına sahiptir⁶². Bununla birlikte siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılabilceği durumlardan bahsetmek mümkündür.

Mahkeme Venedik Komisyonu'nun farklı tarihlerde kabul ettiği raporlarında da vurgulandığı üzere⁶³ göre siyasi partilerin kapatılmasının haklılaştı-

60 **DTP v. Türkiye**, p. 83.

61 **DTP v. Türkiye**, p. 92.

62 **Sürek v. Türkiye**, BN. 26682/95, KT. 8.07.1998, p. 58; **Gözel ve Özer v. Türkiye**, BN. 43453/04 ve 31098/05, 6/07/2010, p. 56; **DTP v. Türkiye**, p. 103.

63 Mahkemenin siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılmasının en katı şekli olarak gördüğü kapatılma tedbirine ilişkin dikkate aldığı temel esaslar Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinin isteği ile hazırlanan, "*Siyasal Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzeri Önlemler Hakkında Temel İlkeleri*" raporunda belirtilmiştir. Venedik kriterleri olarak da anılan bu raporda Venedik Komisyonu siyasi parti özgürlüğüne müdahaleye ilişkin 7 temel ilke ortaya koymuştur. AİHM'in kapatılma tedbiri üzerine yapılan başvurularda bu kriterlere atıfta bulunduğu görülmektedir.

<<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF>

(2000)001-e>, s.e.t. 6.2.2016; İlkeler şunlardır:

"1. Devletler, herkesin siyasi partiler içinde özgürce bir araya gelme hakları olduğunu kabul etmelidir. Bu hak, bir kamu otoritesi tarafından müdahale edilmeksizin ve ülke sınırlarını söz konusu olmaksızın, siyasi düşünceye sahip olma ve bilgi alıp verme hakkını içerir. Siyasi partilerin kaydedilmesi şartı tek başına bu hakkın ihlali olarak kabul edilmez.

rılabileceği durumlardan biri partilerin anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak şekilde, demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddete teşvik niteliğinde söylem ve eylemlerde bulunulmasıdır⁶⁴. Partilerin önerilerini yaşama geçirmeleri noktasında kullandıkları ya da kullanmayı tasarladıkları araçların şiddet çağrısı, isyan, ayaklanma vb. içermesi durumunda Mahkeme'nin yerleşik içtihadı, ifade özgürlüğü içtihadına paralel bir biçimde, bu tür partilerin yasaklanabileceği yönündedir⁶⁵. Mahkeme, nefret söylemi, şiddeti övme ya da şiddeti teşvik olarak nitelendirilebilecek beyanların, demokrasinin olmazsa olmazı hoşgörü ruhuyla bağdaşmayacağını ve Sözleşme'nin başlangıç kısmında ifade edilen adalet ve barış gibi temel değerlere aykırı olduğunu belirtmiştir⁶⁶.

Mahkemenin siyasi parti özgürlüğüne ilişkin verdiği kararlarda “siyasi söylem”e atfettiği önem, şiddete teşvik kriterine ilişkin yaptığı değerlendirme-

2. Yukarıda bahsedilen temel insan haklarının, siyasi partilerin faaliyetleri aracılığıyla kullanılmasına yönelik sınırlandırmalar, olağan zamanlarda ve de olağüstü hallerde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmeler ile uyumlu olacaktır.
3. Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması yalnızca, demokratik anayasal düzeni yıkmak için siyasi araç olarak şiddetin kullanılmasını savunan veya şiddet kullanan ve bu şekilde anayasa ile güvence altına alınmış hakları ve özgürlükleri zayıflatan partiler söz konusu olduğunda haklı olabilir. Bir partinin Anayasanın barışçıl bir şekilde değiştirilmesini savunması tek başına yasaklama veya kapatılma için yeterli bir sebep olmamalıdır.
4. Bu tür bir siyasi parti, kendi üyelerinin siyasal/kamusal çerçevede içerisinde parti tarafından izin verilmeyen davranışlarından ve partinin faaliyetlerinden sorumlu tutulamayacaktır.
5. Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması, özellikle geniş kapsamlı bir tedbir olarak son derece dikkatli bir şekilde kullanılmalıdır. Hükümetler ve diğer devlet organları, yetkili yargı makamından bir partinin yasaklanmasını veya kapatılmasını istemeden önce ilgili ülkedeki durumu dikkate alarak söz konusu partinin gerçekten özgür ve demokratik siyasi düzene veya kişilerin haklarına bir tehlike arz edip etmediğini ve daha az radikal olan başka tedbirlerin söz konusu tehlikeyi engelleyip engelleyemeyeceğini değerlendirmelidirler.
6. Siyasi partilerin yasaklanmasına veya yasa marifetiyle kapatılmasına yönelik yasal tedbirler, anayasaya aykırılığın yargıda tespit edilmesinin bir sonucu olmalı, istisnai nitelikte addedilmeli ve ölçülülük ilkesine tabi olmalıdır. Bu tür tedbirler, partinin bireysel üyelerinin değil, kendisinin anayasaya aykırı (veya kullanıma hazır) araçları kullanarak veya kullanmaya hazırlanarak siyasi amaçlar güttüğüne dair yeterli delillere dayanmalıdır.
7. Bir siyasi partinin yasaklanması ya da kapatılması kararı, yasalara uygunluk, açıklık ve adil yargılama usulüne uygun bir biçimde, Anayasa Mahkemesi ya da diğer uygun bir yargı organı tarafından verilmelidir.”

64 Uygun (2000) s. 258-259.

65 Aydın, Ömür (2011) “Terör ve Siyasal Partiler: Herri Batasuna ve Batasuna İspanya’ya Karşı Davası Üzerine Bir İnceleme”, Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi, C: 2 (2), s. 55.

66 DTP v. Türkiye, p.91, 97; Sürek v. Türkiye, p.61-65; Gündüz v. Türkiye (Kabul edilebilirlik hakkında karar), BN. 59745/00.

lerin her bir somut olayda farklılaşmasına sebep olmuştur. Nitekim DTP başvurusunda partinin eşbaşkanlarından birinin dağlarda bulunan terör örgütü üyelerini “*kardeş*” olarak nitelendirmesinin, mutlaka, konuşmacının PKK üyeleriyle eylemlerini onaylayacak kadar özdeşleştiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Konuşmanın bir bütün olarak incelendiğinde “*demokratik*” ve “*barışçıl*” çözüm önerilerinde bulunduğu değerlendirilmesini yapmıştır. Benzer bir biçimde parti eşbaşkanının “*Biz Sayın Öcalan’ın sıradan bir insan olmadığını bir kez daha söylüyoruz... Onun Kürt sorunu konusunda savunduğu görüşler, geniş bir kitle tarafından paylaşılmaktadır*” sözleri “*kendi bağlamlarında*” dikkate alındığında teröre destek olarak görülmemiştir. Taşdemir v. Türkiye⁶⁷ kararında ise Mahkeme, Taşdemir başvurusundaki “*Biji Serok (Yaşasın) Apo! HPG (PKK’nın silahlı kolu) cepheye misillemeye*” ifadesinde şiddete ve terörizme açık bir övgü olduğunu, DTP başvurusunda ise aynı durumun söz konusu olmadığını belirtmiştir⁶⁸.

Mahkeme bir parti tarafından savunulan ilkeler ile bir terör örgütünün savunduğu ilkeler arasında bir paralellik olmasının, söz konusu partinin kendi amacını gerçekleştirmek için şiddeti ve güç kullanımını onayladığı sonucuna varmak için yeterli olmadığını da altını çizmiştir. Buna göre böyle bir sonuç, belirli bir konuya ilişkin tartışmaların ve ilkelerin demokratik zeminden ayrılma olasılığını artırıp, silahlı hareketlerin kendi kontrolü altına aldığı bir alan oluşmasına sebep olabilecektir⁶⁹. Bu da demokrasilerin siyasal söyleme tanınması gereken geniş özgürlük alanı ile çelişir.

Dikkat edilmesi gereken husus Mahkeme’nin şiddete alenen teşvikin siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılmasında bir neden olabileceğini öngörmesine rağmen, önüne gelen başvurularda somut olaya göre değerlendirme yaptığı ve bunun da hangi ifadelerin şiddete teşvik niteliğinde olduğunu kesin bir biçimde belirlenmesinin imkansız hale getirdiğidir.

ii. Şiddete Örtülü Bir Biçimde Destek Verilmesi

Mahkemenin yerleşik içtihadına göre siyasi partilerin aleni bir biçimde şiddete teşvik eden, ya da herhangi bir terör örgütü ile organik bir bağının

67 Taşdemir v. Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, BN. 38841/07, KT. 23.02. 2010.

68 DTP v. Türkiye, p. 79.

69 DTP v. Türkiye, p. 79.

olduğunu gösteren açıklamaları sonucu m. 11'in koruma kapsamından çıkabileceği kabul edilmektedir. Cevabı aranması gereken soru şiddete örtülü bir biçimde destek verdiği iddia edilen partilerin kapatılması durumunda nasıl bir yol izleneceğidir. Mahkeme şiddete örtülü destek durumunda nasıl bir yol izleneceğini Herri Batasuna ve Batasuna v. İspanya kararında ortaya koymuştur.

2003 yılında İspanyol Yüksek Mahkemesi oybirliği ile Herri Batasuna ve Batasuna partilerinin temelli kapatılmasına karar vermiştir. Yüksek Mahkemenin temel argümanı bu iki partinin hem İspanya'da hem de dünyanın pek çok ülkesinde terör örgütü olarak kabul edilen ETA ve KAS ile özdeşlik ilişkisi içerisinde olduğudur. Yüksek Mahkemeye göre her iki parti ETA tarafından sıkı bir biçimde kontrol altında tutulmaktadır. Partilerin farklı zamanlarda kurulmaları ETA tarafından belirlenen operasyonel planlamanın bir ürünüdür⁷⁰. Yüksek Mahkemenin Herri Batasuna ve Batasuna partileri ile terör örgütleri arasında kurduğu bağı ispatlamak için ortaya koyduğu delillerin başlıcaları; Batasunalı bir belediye başkanının Venezuela'da yaşayan bir teröriste destek mitingine katılması, Batasuna ve yetkililerinin 2 kişinin ölümüyle sonuçlanan 4 Ağustos 2002 tarihli Santa Pola saldırısını kınamayı reddetmeleri ve bu konuya ilişkin olarak bir parti yöneticisinin olayı Bask Ülkesindeki siyasi çatışmanın acı bir sonucu olarak nitelemesi, Batasuna yöneticisi A.O.'nun bir toplantıda İspanyol devletini soykırımcı olarak niteleyip, baskılara karşı Bask halkının örgütleneceğini ve savaşaçağını, parti merkezlerini kapatmaları durumunda Bask Özerk Hükümeti'nin tehdit edilerek bunun istenmeyen durumlar yaratacağını belirtmesi, Batasuna'nın Bask Parlamentosundaki temsilcisi J.U.'nun bir gazeteye verdiği röportajda, ETA'nın geçici bir hevesle silahlanmadığını, ETA'nın Devlet'e karşı koymak için tüm araçları kullanmayı gerekli gören bir örgüt olduğunu belirtmesi, Batasuna tarafından yönetilen belediyelerde ve bu partinin internet sitesinde soruşturma yargıcı tarafından yasadışı ilan edilen ve Avrupa terör örgütleri listesinde yer alan Gestoras Pro-Amnistía⁷¹ örgütünün anagramının yer almasıdır⁷².

70 **Herri Batasuna and Batasuna v. Spain**, p. 32-24.

71 ETA mahkumlarının serbest bırakılmasına destek sağlamak ve mahkumların ve ailelerinin menfaatlerini korumayı amaçlayarak ortaya çıkan Gestoras Pro Amnistía, 2001 yılında ETA'nın organik bir parçası olduğu gerekçesiyle İspanyol mahkemesince yasadışı ilan edilmiştir. 18 Gestoras Pro Amnistía üyesi terör örgütü üyeliği nedeniyle hapis cezasına mahkum edilmiştir, <http://elpais.com/elpais/2008/09/17/actualidad/1221639420_850215.html>, s.e.t. 7.2.2017.

Herri Batasuna ve Batasuna partileri AİHS'in 11. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme bu kararında terörizm bağlamında şiddetin kınanmamasının terörizme örtülü biçimde destek verilmesi olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkemeye göre siyasetçilerin davranışları, yalnızca eylemlerini ve konuşmalarını kapsamaz. Bazı durumlarda sessizlikleri ve kınamamaları da bir destek eylemi kadar etkili olabilir. Bu nedenle kapatma tedbirinin kınamanın olmayışına dayandırılması Sözleşme'ye aykırı olarak değerlendirilemez⁷³. Mahkeme, bir partinin Mecliste milletvekili ya da yerel yöneticiler olarak görev yapan diğer üyelerinin eylemleri ve tutumlarının tamamının, partinin amaç ve niyetlerini tamamen açıklayıcı nitelikte olması ve parti tarafından önerilen toplum modeline ilişkin bir imaj sunmak amacıyla gerçekleştirilmesi sebebiyle, bu partiye atfedilebileceğini kaydetmiştir⁷⁴. Nitekim Mahkeme DTP v. Türkiye kararında Partinin iki eş başkanının yaptığı konuşmaların, parti başkanlarını sıradan bir üye olarak görmenin mümkün olmadığını belirterek, DTP'ye atfedilebileceğini belirtmiştir⁷⁵. Bu tutumların partiye atfedilememesi ancak partinin bu tür eylemlere ve konuşmalara açıkça mesafeli olduğunu göstermesi ile mümkündür⁷⁶. Zira bir parti başkanının siyasi açıdan hassas konular hakkında söylediği sözler veya tutumları, aksini söylemediği sürece, kendi kişisel görüşleri olarak değil, siyasi kurumlar ve kamuoyu tarafından, partinin görüşünü yansıtan eylemler olarak algılanmaktadır⁷⁷. Mahkeme, tüm bu nedenlerle bir partinin kendi üyelerinin ya da yerel yöneticilerinin terörizme dolaylı bir destek olarak yorumlanabilecek nitelikteki eylemleri ya da konuşmaları ile açıkça mesafeli olmadığı gerekçesiyle, bu parti hakkında bir tedbir alınmasının "*bastıran sosyal ihtiyacı*" karşılar nitelikte olduğu kanaatine varmıştır⁷⁸.

Benzer bir biçimde DTP v. Türkiye kararında Mahkeme, Türk Anayasa Mahkemesi'nin, DTP'nin PKK'nın faaliyetlerine açık bir şekilde mesafe koymadığı hususunun teröre ve dolayısıyla şiddete desteğine delil olarak gösteri-

72 **Herri Batasuna and Batasuna v. Spain**, p. 34.

73 **Herri Batasuna and Batasuna v. Spain**, p. 88,100. **Zdanoka v. Letonya**, BN. 58278/00, KT. 16.03.2006, p. 123; **DTP v. Türkiye**, p. 99.

74 **Refah Partisi v. Türkiye (Daire)**, p. 115.

75 **DTP v. Türkiye**, p. 85.

76 **Yurttaş Birliği Radko ve Paunkovski v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti**, BN. 74651/01, KT. 15.01.2009, p. 76.

77 **DTP v. Türkiye**, p. 85; **Refah Partisi v. Türkiye (Daire)**, p. 113.

78 **Herri Batasuna and Batasuna v. Spain**, p. 100.

lebileceği değerlendirmesini haklı bulmuştur⁷⁹. Demokratik Toplum Partisi başvurusunda parti binalarında yapılan aramalar sonucunda ele geçirilen PKK propagandası yapan birçok yayın, metin ve sloganlar, PKK tarafından verilmiş kararlar ve yayınlanmış bildirimler bulunması, Abdullah Öcalan ile avukatları arasında yapılan görüşmeleri içeren notların, terör örgütü veya elebaşının propagandasını yapan pankartlar, afişler ve video kayıtları, yasadışı gösteriler sırasında kullanılması için hazırlanmış molotof kokteylleri ve el yapımı çeşitli silahların ele geçirilmesi; parti eşbaşkanının PKK üyelerinden “kahraman” diye söz etmesi; ve yaptığı bir konuşmada “Abdullah Öcalan’a terörist diyerek halkın karşısına çıkamayız, kürt halkı tercihini demokratik mücadelede ortaya koydu, ama bir halka kendi dilini bile özgürce geliştirme hakkı tanımazsanız bu politikanız şiddete zemin sunar...” ifadesi ve diğer benzer faaliyetlerin⁸⁰ bazılarının siyasi araç olarak güç kullanımını onaylama olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Mahkeme DTP üyelerinin faaliyetlerinden bazılarının cezai anlamda bir suç teşkil edebilecek nitelikte olduğunu da göz ardı etmemiştir⁸¹. Ancak şiddete dolaylı bir destek her durumda partinin kapatılmasını haklı kılmayacaktır. Müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespiti için dolaylı destek niteliğindeki eylem ve konuşmaların kamu düzeni ve başkasının hak ve özgürlükleri üzerinde yapmış olduğu potansiyel etkinin boyutu değerlendirilmelidir⁸². Bu değerlendirmenin yapılmasında Mahkeme’nin dikkate aldığı kriterler, gereklilik başlığı altında ele alınacaktır.

c. Siyasi Partilerin Demokrasiye Aykırı Eylem ve Söylemleri: Kendini Savunabilen Demokrasi (Democracy Capable of Defending Itself)

Mahkemenin ilk defa Vogt kararında⁸³ Alman Anayasasının dayalı olduğu bir ilke olarak bahsettiği “kendini savunabilen demokrasi (militan-

79 **DTP v. Türkiye**, p. 100.

80 Mahkemenin dayanak olarak gösterdiği faaliyetler için özellikle bkz. **DTP v. Türkiye**, p. 23-26, 30-31, 33.

81 **DTP v. Türkiye**, p. 97.

82 **DTP v. Türkiye**, p. 109.

83 **Vogt v. Germany**, p. 59. Karara konu olan olayda bir kamu görevlisi (2. sınıf öğretmeni) olan Bayan Vogt hakkında, Alman Komünist Partisi üyesi olduğu gerekçesiyle, yapılan disiplin soruşturmaları neticesinde görevine son verme kararı verilmiştir. Bayan Vogt ifade hürriyetinin ihlali iddiasıyla AİHM’e başvuruda bulunmuştur. Mahkeme yapmış olduğu incelemede, sözleşmeci devletlerin kamu görevlilerinden politik itaat ve sadakat beklemesinin normal

mücadeleci demokrasi)⁸⁴ kavramı siyasi parti kapatma başvurularında demokratik toplumda gereklilik incelemesinde atıfta bulunduğu kavramlardan biri olmuştur.

Mahkeme'ye göre, bir siyasi partinin kanunlarda ya da devletin anayasal ve hukuki temelinde değişiklik öneren bir kampanya yürütmesi iki koşulla mümkündür: (1) Bu değişiklik için kullanılan araçlar her yönüyle hukuka uygun ve demokratik olmalı (2) Önerilen değişiklik bizatihi temel demokratik prensiplerle uyumlu olmalıdır. Bu nedenle, demokrasinin bir ya da birden fazla kuralı ile uyumlu olmayan bir siyasa ileri süren veya demokrasi adı altında demokrasiyi yok etme ve hak ve özgürlükleri ortadan kaldırma amacı güden siyasi partiler kendilerine bu nedenlerle uygulanan yaptırımlara karşı Sözleşme'nin korumasından faydalanmayı talep edemezler⁸⁵. Zira demokrasi

olduğunun altını çizmiş, Almanya'nın antidemokratik hareketlere karşı tedirginliğini ve kendini savunabilen demokrasi ilkesine yaptığı vurguyu anlattığını belirtmiş; bununla birlikte okul içinde kendi siyasal düşüncesinin propagandasını yapmayan bir 2. sınıf öğretmenine yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir, bkz. **Vogt v. Germany**, p. 60, 61.

- 84 Almanya'daki Nasyonal Sosyalist dönemin uygulamalarına bir tepki olarak Bonn Anayasasıyla ortaya çıkan ve literatürde Militan Demokrasi (bu konudaki temel eser için bkz. **Hakyemez, Yusuf Şevki** (2000) *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara, Seçkin Yayınları,) olarak geçen kavramın Almanca orijinali "*Wehrhafte Demokratie*" olup birebir çeviride "*kendini savunabilen demokrasi*" anlamına gelmektedir. Bu anlayışa göre demokrasi kendi değerlerini korumak için siyasi ifade hürriyetine ve siyasî örgütlenme hakkına sınırlama getirebilmelidir. Militan demokrasi anlayışının Siyasî parti özgürlüğüne ilişkin olarak ilk defa pozitif düzenlemelerde yerini aldığı Bonn Anayasasının 21. maddesine göre "*Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre hür ve demokratik temel düzeni zedelemek ya da ortadan kaldırmak ya da Federal Alman Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye atmak eğilimde olan partiler, Anayasa'ya aykırıdırlar. Anayasaya aykırılık sorunu hakkında Federal Anayasa Mahkemesi karar verir. Konunun ayrıntılarını federal kanunlar düzenleyecektir.*" Bu düzenlemeye göre devletin varlığını tehlikeye sokan, özgür ve demokratik temel düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan ve özgür ve demokratik düzeni zedeleyen siyasi partiler kapatılabilecektir, **Hakyemez, Yusuf Şevki** (2001) "*İkibinli Yıllarda Militan Demokrasinin Güncelliği: Federal Almanya, Avusturya ve Türkiye Örnekleri*", *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar, s. 82. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını daha iyi ifade ettiği düşünüldüğü için ve içtihatlarla tutarlılık açısından çalışmamızda "*kendini savunabilen demokrasi*" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.
- 85 **Refah Partisi v Türkiye (Daire)**, p 47; **Sosyalist Parti ve diğerleri v. Türkiye**, 46, 47; **Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria**, BN. 29221/95 ve 29225/95, KT. 2.01.2001, p. 90.

Sözleşme tarafından tasarlanan ve sözleşmeyle bağdaşan yegane politik modeldir⁸⁶.

Mahkeme'ye göre Sözleşme ile demokrasi arasındaki aşıkâr bağ göz önüne alındığında, hiç kimse demokratik toplumun idealleri ve değerlerini zayıflatmak ya da yok etmek için Sözleşmenin hükümlerinden yararlanma hakkına sahip olmamalıdır. Çoğulculuk ve demokrasi, bütün ülkenin selameti için bireylerin ya da birey gruplarının haklarının sınırlandırılmasına varan bazı ödünler vermesi üzerine kuruludur. Bir siyasi parti olarak organize olmuş bir totaliter hareketin demokratik yöntemler ile başa geçtikten sonra demokrasiyi ortadan kaldırması olasılık dahilindedir. Bunun örneklerini Avrupa tarihinde görmek mümkündür⁸⁷.

II. Dünya Savaşı döneminin totaliter rejimlerine tepki olarak doğan bir Sözleşme'nin özgürlüklerin istismarına karşı tedbirler alması normaldir. Keza Sözleşmenin hazırlık çalışmaları tutanaklarına bakıldığında delegelere hakim olan "faşizm" ve "komünizm" korkusunu görmek mümkündür⁸⁸. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 1957 yılında vermiş olduğu Alman Komünist Partisi kararında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin komünist ideolojinin proleterya devrimi ve diktatörlük ile bir sosyalist-komünist düzen kurmak istediği iddialarını doğru olarak kabul etmiştir. Federal Alman Cumhuriyeti'nin "Weimar kompleksi" olarak isimlendirilen aşırı bir duyarlılık ile tarihin tekrarlanması önleme çabaları Komisyon'a da etki etmiştir⁸⁹. Komisyon'a göre diktatörlüğün Sözleşme'nin öngördüğü sistem ile uyumlu kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu başvuru Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına atıfla kabul edilemez bulunmuştur⁹⁰. Belirtmek gerekir ki anılan madde, hem Avrupa İnsan Hakları Komisyonu hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında yaygın bir uygulama alanına sahip değildir⁹¹.

86 **TBKP v. Türkiye**, p. 45, **Christian Democratic People's Party v. Moldova**, p. 63.

87 **Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye (Büyük Daire)**, BN. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, KT. 13.02.2003, p. 99.

88 **Arslan**, s. 249.

89 **Kapani, Münci** (1993) *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 224.

90 **German Communist Party v. Germany**, European Commission of Human Rights, BN. 250/57, s. 4, 5.

91 **Turhan, Mehmet** (2001) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", *Liberal Düşünce Dergisi*, S: 22, s. 135.

TBKP kararında ise Avrupa İnsan Hakları Divanı, bir partinin kendisine verdiği adın, ilke olarak, diğer uygun ve yeterli koşullar olmaksızın tek başına kapatılma gibi radikal bir tedbiri haklı göstermeyeceğini belirtmiştir⁹². Bu içtihat değişikliğini Sözleşme sistemine hakim olan dinamik yorum ilkesi ile açıklamak mümkündür⁹³. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun Alman Komünist Partisi kararını verdiği 1957 yılında, II. Dünya Savaşının bitimine kadar yaklaşık 10 yıl boyunca diktatörlük deneyimi yaşamış Almanya'da ve tüm Avrupa'da totaliter ve otoriter rejim korkusu hala varlığını sürdürmektedir. TBKP kararının verildiği dönemde ise Türkiye'de 12 Nisan 1991 tarihinden itibaren, komünist menşeli siyasal faaliyetlerde bulunmayı suç sayan Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın ilgili maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Divan, Türk Anayasa Mahkemesi'nin, TBKP'nin adına rağmen, bir sosyal sınıfın diğerleri üzerinde egemenlik kurmasını hedeflemediği; aksine, demokrasinin siyasal çoğulculuk, genel oy ve siyasal yaşama katılımı içeren gereklerine saygı gösterdiği şeklindeki tespitine dikkat çekmiş ve bu bağlamda, TBKP'nin, 17 Ağustos 1956'da Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan Alman Komünist Partisi'nden açıkça farklı olduğunu belirtmiştir^{94,95}.

Mahkeme'nin bu konuya ilişkin vermiş olduğu dikkat çekici bir diğer karar Refah Partisi v. Türkiye kararıdır. 1983 yılında kurulan ve 1995 yılında

92 TBKP v. Türkiye, p. 54.

93 AİHM'in Sözleşmeyi, değişen toplumsal koşulları ve başvurunun karara bağlandığı tarihte Sözleşmeye taraf devletlerde egemen olan anlayışı göz önüne alarak yorumlamasını ifade eden dinamik yorum ilkesi, Sözleşmeyi yaşayan bir belgeye dönüştürmüştür; **Doğan** (Editör), s. 393.

94 TBKP v. Türkiye, p.54.

95 AİHM'in TBKP ile ilgili kararının, "faşist" ismi ile kurulacak bir başka parti açısından aynı sonucu doğuracağını söylemek yanlış olur. Nitekim AİHM'in İtalyan Faşist Partisinin yasaklanması öngören düzenleme ile ilgili kararında söz konusu yasak 11. maddede düzenlenen meşru amaçlardan "kamu güvenliğini ve başkalarının haklarını koruma" bakımından gerekli görmüştür. AİHM'in kararı salt partinin isminden kaynaklanmasa da, yalnızca "faşist" ismini taşıyan parti açısından da daha farklı bir değerlendirmenin yapılması gerektiği anlaşılmaktadır, Sağlam, Fazıl (1999) '*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi*', Anayasa Yargısı, S: 16, Ankara, s. 194. Keza faşist partilere ilişkin yasaklar, çoğu Avrupa ülkesinde yer alan ve uluslararası standart kapsamında değerlendirilmesi gereken bir yasaklama kategorisidir, **Sağlam, Fazıl** (2000) '*Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler*', Anayasa Yargısı, S: 17, Ankara, s. 234.

genel seçimlerde aldığı %22'lik oy oranıyla TBMM'de en çok sayıda (158) sandalyeye sahip parti haline gelmiştir. 1996 yılında Doğru Yol Partisi ile koalisyon hükümeti kuran Refah Partisi 21 Mayıs 1997 tarihinde laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı(mihrakı) olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince kapatılmıştır. Anayasa Mahkemesinin laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağında olmayı üç temel argüman ile desteklediği görülmektedir. Bunlar: (1) İnanca göre ayırım yapan çok hukuklu sistem getirilmek istenmesi (2) Müslüman topluma uygulanmak istenen Şeriat Hukuku (3) Refah Partisi tarafından politik bir yöntem olarak "*Cihat*"a işaret edilmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kapatmanın gerekliliğini bu üç temel argüman üzerinden tartışmıştır⁹⁶.

Refah Partisi Sözleşmenin 11. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme öncelikle, bir din tarafından ortaya konulan ahlaki değerler ile hayat bulmuş bir partinin kendiliğinden (başka bir şeye gerek olmaksızın) temel demokratik ilkelere karşıt olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir⁹⁷. Bununla birlikte laiklik ilkesinin reddi demokrasi ile çelişir bulunmuştur. Buna göre laikliğin temel bir değer olarak kabul edilmediği sistemlerde, inançlar ve dinler arasında ayrımcılık ve imtiyazlar söz konusu olacağından, ulusun tüm mensuplarının egemenliğin kullanımına eşit bir biçimde katılımından buna bağlı olarak demokrasiden bahsetmek mümkün olamayacaktır⁹⁸. Mahkeme bu başvuruda, Refah Partisi üyelerinin eylem ve söylemlerinin laikliğe ve dolayısıyla demokrasiye açıkça aykırı bir nitelik arz

96 **Refah Partisi v. Türkiye (Daire)**, p. 68; Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın yaptığı bazı konuşmalar şöyledir; "*Benim inandığım şekilde sen yaşayacaksın' tahakkümünün ortadan kalkmasını istiyoruz. Çok hukuklu bir sistem olmalı, vatandaş genel prensiplerin içerisinde kendi istediği hukuku kendisi seçmeli, bu bizim tarihimizde de olagelmıştır...*", "*..Refah Partisi iktidara gelecek, adil düzen kurulacak, sorun ne? Geçiş dönemi sert mi olacak, yumuşak mı olacak, kanlı mı kansız mı olacak; bu kelimeleri kullanmak bile istemiyorum ama bunları terörizm karşısında herkes gerçeği açıkça görsün diye bu kelimeleri kullanma mecburiyeti duyuyorum...*"; "*...sen Refah Partisine hizmet etmezsen hiçbir ibadetin kabul olmaz. Çünkü başka türlü Müslümanlık olmaz. Başka türlü kurtuluş yok. Refah bir ordudur. Bütün gücünle bu ordunun büyümesi için çalışacaksın. Çalışmaz isen patates dinindensin... Bu parti İslami cihat ordusudur...*" **Refah Partisi Kapatma Davası İddianame, Esas Hakkında Görüş, Savunma, Gerekçeli Karar** (1998), İstanbul, Kaynak Yayınları, s. 32, 33.

97 **Refah Partisi v. Türkiye (Büyük Daire)**, p.100.

98 **Sunay, Reyhan** (2013) Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları, Konya, Çizgi Kitabevi, s. 188.

etmesi nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edilmediği kararı vermiştir. Bu bakımdan AİHM'in de tıpkı Anayasa Mahkemesi gibi laiklik ilkesini, devleti sınırlayan, özgürlükçü ve barışçı bir ilke olarak değil, devletin yurttaşlara belli bir hayat tarzını dayatmasını meşrulaştıran bir üst-ilke olarak gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır⁹⁹. Keza AİHM'in bu kararda kullandığı dilin, Anayasa Mahkemesinin Refah Partisi kararında kullandığı dil ile benzerliği de dikkat çekicidir.

Sözleşmeciler devletlerin politik deneyimi temel demokratik ilkelerle çatışan amaçlara sahip geçmiş siyasi partilerin bu amaçları gücü elinde bulunduran ya da başa geçen kadar açıklamadıklarını göstermektedir¹⁰⁰. Mahkeme bir partinin maksadının resmi sloganlarından, program ve tüzüklerinin yanında, liderleri ve üyelerinin eylemleri ve söylemleri ile değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir¹⁰¹. Buna göre bir ülke, müdahaleden önce, bir siyasi partinin başa geçip, Sözleşme ve demokrasi ile uyumlu olmayan bir politikayı uygulamak için somut adımlar atmasını beklemek zorunda değildir. Avrupa denetimine bağlı detaylı bir incelemeden sonra, ulusal mahkemelerce böyle bir tehlike ortaya konulduğu takdirde, bir ülke makul olarak Sözleşme ve demokrasi ile uyumlu olmayan bu politikanın önüne geçebilir. Aksi halde bu barışa ve ülkenin demokratik rejimine zarar verecektir¹⁰². Bu aynı zamanda Sözleşmenin 1. maddesinde Sözleşmeciler devletlerin yetki alanı içerisindeki herkese bu sözleşmede yazan hak ve özgürlükleri sağlama konusunda verdiği pozitif yükümlülüğün de bir sonucudur. Bu yükümlülük yalnızca devlet ajanlarının eylemlerine ya da ihmaline atfedilebilen müdahaleler için değil, devlet-dışı oluşumlara atfedilebilen müdahaleler için de geçerlidir¹⁰³. Mahkeme, tüm bu nedenlerle Sözleşmeciler devletlerin bu yükümlülüğü yerine getirmek adına demokrasinin temel ilkeleri ile çatışan bir siyasa yürüten partilere bazı yaptırımlar uygulamasını haklaştırılabileceği kanaatine varmıştır¹⁰⁴.

99 **Erdoğan, Mustafa** (2001) *'Fazilet Partisini Kapatma Kararı Işığında Türkiye'nin Anayasa mahkemesi Sorunu'*, Liberal Düşünce Dergisi, S: 23, s. 38.

100 **Refah Partisi v. Türkiye (Büyük Daire)**, p. 101.

101 **Zdanoka v. Letonya**, p. 120.

102 **Refah Partisi v. Türkiye (Büyük Daire)**, p. 102.

103 **Calvelli and Ciglio v. Italy**, BN. 32967/96, KT. 17.01.2002, p.49.

104 **Refah Partisi v. Türkiye (Büyük Daire)**, p. 103.

3. Siyasi Partilerin Kapatılması ve Gerekliliğin Anlamı: Bastıran Bir Toplumsal İhtiyaç ve Ölçülülük

Mahkemeye göre “*gerekli*” nitelmesi 40. maddenin ikinci fıkrası anlamında “*zorunlu (indispensable)*” terimiyle eş anlamlı olmadığı gibi 2. maddenin 2. fıkrası ve 6. maddenin 1. fıkrasındaki

etse de bu takdir Avrupa denetimi ile mümkün görülmüştür¹⁰⁵. Mahkeme gereklilik incelemesini yaparken ilgili ulusal otoritelerin yerine geçip bir karar vermekten ziyade kullanılan ulusal takdiri m. 11 kapsamında gözden geçirmektir. Bu mahkemenin incelemesini, özellikle takdir hakkının makul, dikkatli ve hakkaniyete uygun kullandığının tespitine hasretmesi anlamına gelmemektedir. Mahkeme başvuru ışığında yakınılan müdahaleye bir bütün olarak bakmalı ve yapılan müdahalenin meşru amaçla ölçülü olup olmadığına ve ulusal makamların bu müdahaleyi haklı kılmak için ileri sürdüğü nedenlerin uygun ve yeterli olduğuna karar vermelidir. Mahkeme m. 11’de ortaya konulan ilkelere uygun standartların ulusal makamlarca uygulandığına ve ulusal makamlarca verilen kararın ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayandığı konusunda tatmin olmalıdır¹⁰⁶. Herri Batasuna ve Batasuna v. İspanya kararında İspanya’nın özerklikler sistemine ve ayrılıkçı partilere tanınan geniş alana vurgu yaparak, partilerin kapatılmasını haklı bulan Mahkeme; DTP kararında Türkiye’nin Güneydoğusunda yaklaşık 1985 yılından bu yana güvenlik güçleri ile PKK üyeleri arasında can kayıplarına yol açan ciddi sıkıntılarının yaşandığı ve güvenlik bakımından var olan durumu ağırlaştıracak nitelikteki açıklamalar ya da eylemler konusunda mercilerin duyduğu endişelerin farkında olduğunu belirtmekle birlikte Partinin, kendi üyelerinin ya da yerel yöneticilerinin terörizme dolaylı bir destek olarak yorumlanabilecek nitelikteki eylem veya konuşmalarıyla açıkça mesafeli olmasının kamu düzeni veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması üzerinde nispeten sınırlı bir potansiyel etki yarattığı kanısına varmıştır. Bu sınırlı etki nedeniyle Mahkeme, DTP’nin temelli kapatılmasının izlenen amaçlarla orantılı olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁷.

105 *Handyside v. The United Kingdom*, p. 48; *Christian Democratic People’s Party v. Moldova*, p. 68.

106 *Christian Democratic People’s Party v. Moldova*, p. 70.

107 *DTP v. Türkiye*, p. 98, 109.

SONUÇ

Demokratik rejimi tehdit eden siyasi partilerin, bu tehdit somutlaştığı ölçüde kapatılmaya kadar gidebilecek bazı tedbirlere başvurulması yaygın olarak kabul edilen bir formüldür. Ancak demokrasinin felsefesi açısından baktığımızda en önemli konu, özgürlüğün temel bir değer olarak korunması ve yasakların temel değere hizmet ettiği ölçüde uygulanmasıdır¹⁰⁸.

Siyasi parti özgürlüğünü, Avrupa toplumunun en önemli değeri olarak gördüğü ifade hürriyeti bağlamında ele alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, bu özgürlüğün sınırlandırılmasında büyük bir titizlik göstereceği açıktır. Bu titizlik siyasi parti özgürlüğünü sınırlayan müdahale partinin kapatılması ise daha da artacaktır. Nitekim Mahkeme, siyasi parti özgürlüğünün sınırlandırılmasında geliştirdiği test ile kanunilik, meşru amaçlar ve demokratik toplumda gereklilik ilkesi çerçevesinde üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır. Bu aşamaların çalışmamız için en önemlisi, demokratik toplumda gereklilik incelemesini içeren üçüncü ve en son bölümdür. Demokratik toplumda gereklilik ilkesinin ne olduğu Mahkeme tarafından kesin bir biçimde tanımlanmamıştır. Mahkeme önüne gelen her bir somut olay için ayrı bir değerlendirme yapmayı tercih etmiştir. Siyasi partilerin kapatılması başvuruları incelendiğinde demokratik toplumda gereklilik ilkesi bağlamında tartışılan üç temel konu olduğu tespit edilmiştir. Bu konular: (1) Siyasi partilerin tüzük ve programının devletin temel ilkelerine ve örgütleniş biçimine aykırı olması (2) *Siyasi partilerin şiddete teşvik niteliğindeki söylem ve eylemleri* (3) Siyasi partilerin demokrasiye aykırı söylem ve eylemleridir.

Bununla birlikte demokratik toplumda gereklilik incelemesi görüldüğünden daha karmaşık ve belirsizdir. Zira demokratik toplumda gereklilik incelemesi ikili bir dengelemenin aracıdır. Bir yandan ulusal takdir marjı ve Avrupa kamu düzeni arasında bir denge sağlanmaya çalışılmaktadır. Diğer yandan ise bireylerin menfaatleri ve demokratik bir devletin sorumluluğu dahilinde olan kamu menfaatleri arasında bir denge oluşturulmak istenmektedir. Birçok unsurun aynı anda dengelenmesi arzusu Mahkemenin önüne gelen başvurularda standart bir yaklaşımdan uzaklaşmasına sebep olmaktadır.

108 Sunay, Reyhan (2001) 'Siyaset-İdeolojisi – Yargı Ekseninde' Türkiye'de Parti Özgürlüğü Ve Avrupa Sözleşmesi Uygulaması', Liberal Düşünce Dergisi, S: 22, s. 41-42.

Mahkemenin yaptığı tartışmalarda zaman zaman, standart bir yaklaşımdan uzaklaşması yargısal bir organ olmaktan ziyade siyasi bir organ gibi hareket ettiği eleştirilerine sebep olmuştur¹⁰⁹. Mahkemenin özellikle Türkiye için mühim olan bazı başvurularda objektif kriterler ortaya koyamaması, siyasilik kanaatini güçlendirmektedir. Mahkeme, Refah Partisi kararında, partinin başkan ve üyelerinin söylem ile sınırlı kalan ve şiddete teşvik niteliğinde görmediği ifadelerini, demokrasinin özüne aykırı oldukları gerekçesiyle müdahaleyi haklılaştıran bir neden olarak kabul etmiş ve partinin kapatılmasının 11. maddeye aykırı olmadığını belirtmiştir. Refah Partisi kararı ile demokrasinin özüne aykırı olduğu kabul edilen ifadelerin, eyleme dökülme dahi siyasi partinin kapatılmasını haklılaştıran bir neden olacağını belirtmiştir. Buna göre Mahkeme, Refah Partisinin iktidara gelmek için şiddete başvurmayı haklı gördüğünün kesin bir kanıtı olmadığı halde, bazı parti üyelerinin “*konumlarını şüpheli bıraktıklarını*” tespit etmiştir. Şüpheye dayanarak parti kapatma gibi ağır bir müeyyidenin uygulanmasını hukuki muhakemeye bağdaştırmak oldukça zordur¹¹⁰. Keza parti üyelerinin konumlarını şüpheli bırakan sözlerin bir kısmı meclis kürsüsünde söylenmiştir ve demokratik ülkelerde kürsü dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmektedir¹¹¹. Buna rağmen AİHM, Refah Partisinin siyasi projesinin hayali ve teorik olmadığı kanısına vararak kapatılmasını haklı bulmuştur¹¹². Bununla birlikte Herri Batasuna ve Batasuna başvurusu ile benzer özellikler gösteren DTP başvurusunda Mahkeme, şiddete örtülü bir biçimde destek verdiğini ve bir terör örgütü ile ilişki içinde olduğunu kabul ettiği partinin kapatılmasının haksız olduğunu ikna edici bir biçimde ortaya koyamamıştır. Şiddete teşvik eden örtülü açıklamalara ve fiillere rağmen DTP’nin kapatılmasını orantısız bir müdahale olarak değerlendiren Mahkeme, bu kararını bir anlamda DTP’nin barışçıl resmi söylemine dayandırmıştır. Refah Partisi kararında yalnızca söyleme dayanan kapatılmanın

109 Bu eleştiriler için bkz. **Christoffersen, Jonas/ Madsen, Mikael Rask** (Editor) (2001), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, New York, Oxford University Press.

110 **Erdoğan, Mustafa** (2001) ‘AİHM’nin RP Kararının Düşündükleri, *Liberal Düşünce Dergisi*’, S: 23, s. 43.

111 **Yayla, Atilla** (2001) ‘AİHM’nin RP Kararı Üzerine’, *Liberal Düşünce Dergisi*, S: 23, s. 77.

112 **Turhan** (2001) s. 144.

haksız olmadığı kararı yer alırken, DTP kararında örtülü destek açıklamaları ve fiillerine bakılmaksızın, barışçıl resmi söyleme dayanarak DTP'nin kapatılmasının haksız olduğu sonucuna varılmıştır. Bu kararlar hem kendi içinde çelişkilidir hem de AİHM'in siyasi partilere ilişkin geliştirdiği ilkeler ile uyumsuzdur.

Mahkemenin vardığı nihai karar, bir siyasi partinin başkan ve üyelerinin demokrasinin özüne aykırı olduğu kabul edilen ifadeleri demokratik hoşgörüden yararlanamayacağıdır. 1982 Anayasasının temel aldığı demokrasi anlayışı Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirttiği üzere esas olarak Batı uygarlığınca benimsenen özgürlükçü demokrasi anlayışından farklı değildir¹¹³. Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun, sözleşmeciler devletlerin Konsey'in amacı olan demokratik ideallere, özgürlüğe ve hukukun üstünlüğüne dayalı Avrupa kamu düzenini kurmayı amaçladıkları için hak ve yükümlülükler üstlendiklerini ifade etmiştir. Tüm bunlar Avrupa denetiminin üstünlüğünü vurgulasa da, AİHM'in Türkiye'ye ilişkin kararlarındaki tutarsızlıklar siyasetlik kanaatini güçlendirmektedir.

113 **Turhan, Mehmet** (1991) "Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere", *Anayasa Yargısı*, Ankara, s. 410.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve makaleler:

Anayurt, Ömer (2004) Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, Seçkin Yayınları.

Arslan, Zühtü (2008) Anayasa Teorisi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Aydın, Ömür (2011) ‘Terör ve Siyasal Partiler: Herri Batasuna ve Batasuna İspanya’ya Karşı Davası Üzerine Bir İnceleme’, Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi”, C: 2 (2), s. 41-57.

Christoffersen, Jonas- Madsen, Mikael Rask (Editor) (2011) The European Court of Human Rights Between Law and Politics, New York, Oxford University Press.

Doğan, İlyas (Editör) (2015) İnsan Hakları Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları.

Erdoğan, Mustafa (2012) İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Orion Yayınevi.

Erdoğan, Mustafa (2001) “Fazilet Partisini Kapatma Kararı Işığında Türkiye’nin Anayasa mahkemesi Sorunu”, Liberal Düşünce Dergisi, S: 23, s. 36-40.

Erdoğan, Mustafa (2001) ‘AİHM’nin RP Kararının Düşündükleri, Liberal Düşünce Dergisi’, S: 23, s. 41-50.

Eren, Abdurrahman (2004) Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, İstanbul, Beta Yayınları.

Gözübüyük, A. Şeref-Gölcüklü, Feyyaz (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Genişletilmiş 10. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Greer, Steven (2000) The Margin Of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights, Human Rights Files No. 17<[www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf)>, s.e.t. 7.2.2017.

Hakyemez, Yusuf Şevki (2000) Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Hakyemez, Yusuf Şevki (2001) ‘İkibinli Yıllarda Miltan Demokrasinin Güncelliği: Federal Almanya, Avusturya ve Türkiye Örnekleri’, Liberal Düşünce Dergisi, Bahar, s. 74-92.

Kapani, Münci (1993) Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları.

Korff, Douwe (2008) ‘The Standard Approach Under Articles 8-11 ECHR and Article 2 ECHR’, <http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf>, s.e.t. 8.2.2017.

Macovei, Monica (2001) İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 2.

Pekel, Abdulkadir (2016) Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM’in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme, Ankara, Liberte Yayınları.

Refah Partisi Kapatma Davası İddianame, Esas Hakkında Görüş, Savunma, Gerekçeli Karar (1998) İstanbul, Kaynak Yayınları.

Sağlam, Fazıl (1999) ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye’de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi’, Anayasa Yargısı, S: 16, Ankara, s. 189-203.

Sağlam, Fazıl (2000) ‘Siyasi Partiler Kanunu’nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler’, Anayasa Yargısı, S: 17, Ankara, s. 233-254.

Sunay, Reyhan (2013) Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları, Konya, Çizgi Kitabevi.

Sunay, Reyhan (2001) ‘Siyaset-İdeolojisi – Yargı Ekseninde’ Türkiye’de Parti Özgürlüğü Ve Avrupa Sözleşmesi Uygulaması’, Liberal Düşünce Dergisi, S: 22, s. 32-45.

Turhan, Mehmet (2001) ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları’ Liberal Düşünce Dergisi, S: 22, s. 129-150.

Turhan, Mehmet (1991) ‘Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere’, Anayasa Yargısı, Ankara, s. 401-439.

Tümay, Murat (2008) “The ‘Margin Of Appreciation Doctrine’ Developed By The Case Law Of The European Court Of Human Rights”, Ankara Law Review, V: 5 No. 2, s. 201-234.

Tümay, Murat (2011) “The Concept Of ‘Necessary In A Democratic Society’ In Restriction Of Fundamental Rights A Reflection From European Convention On Human Rights”, Human Rights Review, I: 2, V: I, December, s. 1-15.

Uygun, Oktay (2000) “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı 17, Ankara, s. 256-273.

Uygun, Oktay (2014) Devlet Teorisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Yayla, Atilla (2001) ‘AİHM’nin RP Kararı Üzerine’, Liberal Düşünce Dergisi, S: 23, s. 77.

Yokuş, Sevtap (2001) ‘Türk Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Siyasi Partilere Yaklaşımı’, AÜHFD, C: 50, S: 4, s. 107-128.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

Association Ekin v. Fransa, BN. 39288/98, KT. 17/10/2001.

Avusturya v. Italy, BN. 9815/82, KT. 8.07.1986.

Barthold v. Almanya, BN. 8734/79, KT. 25.03.1985.

Calvelli and Ciglio v. Italy, BN. 32967/96, KT. 17.01.2002.

Chassagnou and Others v. France [GC], BN. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, KT. 29.04.1999.

Christian Democratic People’s Party v. Moldova, BN. 28793/02, KT. 14.01.2016.

Cumhuriyet Halk Partisi v. Türkiye, BN. 19920/13, KT. 26.04.2016.

Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri v. Türkiye, BN. 28255/07, KT. 8.10.2013.

De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belgium, BN. 2832/66, 2835/66, 2899/66, KT. 18.06.1971.

Demokratik Toplum Partisi (DTP) v. Türkiye, BN. 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 ve 37272/10, KT. 12.01.2016.

DEP v. Türkiye, BN. 25141/94, 10.12.2002.

Dichand ve diğerleri v. Avusturya, BN. 29271/95, 26.02.2002.

Funke v. France, BN. 10828/84, KT. 25/02/1993.

German Communist Party v. Germany, European Commission of Human Rights, BN. 250/57.

Gözel ve Özer v. Türkiye, BN. 43453/04 ve 31098/05, KT. 6/07/2010.

Gülcü v. Türkiye, BN. 17526/10, KT. 19.01.2016.

Gündüz v. Türkiye (Kabul edilebilirlik hakkında karar), BN. 59745/00.

Handyside v. The United Kingdom, BN. 5493/72, KT. 7.12.1976.

Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, BN. 25803/04- 25817/ 04, KT. 30.06.2009.

Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (E.R.N.E.) v. İspanya, BN. 45892/09, KT. 01.04.2015.

Kruslin v. Fransa, BN. 11801/85, KT. 24.04.1990.

Leyla Şahin v. Türkiye, BN. 44774/98, KT. 10.10.2005.

Maronek v. Slovakya, BN. 32686/96, KT. 19.04.2001.

Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP) v. Türkiye, BN. 23885/94, KT. 8.12.1999.

Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania, BN. 46626/99, KT. 3.02.2005.

Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye (Daire Kararı), BN. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, KT. 31.07.2001.

Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye (Büyük Daire), BN. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, KT. 13.02.2003.

Republican Party of Russia v. Russia, BN. 12976/07, KT. 12.04.2011.

Sosyalist Parti ve diğerleri v. Türkiye, BN. 20/1997/804/1007, KT. 25.05.1998.

Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, BN. 29221/95 ve 29225/95, KT. 2.01.2001.

Sürek v. Türkiye, BN. 26682/95, KT. 8.07.1998.

Şener v. Türkiye, BN. 26680/95, KT. 18.07.2000.

Taşdemir v. Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, BN. 38841/07, KT. 23.02.2010

The Sunday Times v. Birleşik Krallık (no. 1), BN. 6538/74, KT. 26.04.1979.

Thoma v. Lüksemburg, BN. 38432/97, KT. 29.03.2001.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP) ve diğerleri v. Türkiye, BN. 133/ 1996/ 752/ 951, KT. 30.01.1998.

Veniamin Tymoshenko and Others v. Ukraine, BN. 48408/12, KT. 02.01.2015.

Vogt v. Germany, BN. 17851/91, KT. 26.09.1995.

Vyerentsov v. Ukrayna, BN. 20372/11, KT. 11.04.2013.

Young, James and Webster v. the United Kingdom, BN. 7601/76; 7806/77, KT. 13.08.1981.

Yurttaş Birliği Radko ve Paunkovski v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, BN. 74651/01, KT. 15.01.2009.

Zdanoka v. Letonya, BN. 58278/00, KT. 16.03.2006.

Diğer kaynaklar:

<[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2000\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2000)001-e)>, s.e.t. 6.2.2016.

<http://elpais.com/elpais/2008/09/17/actualidad/1221639420_850215.html>, s.e.t. 7.2.2017.

<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf>s.e.t. 3.11.2016.

**NEUTRAL, NEUTRALER, KOPFTUCHVERBOT:
WARUM DER BEGRIFF DER STAATLICHEN NEUTRALITÄT
NEUERER UND MODERNER AUSLEGUNG BEDARF**

Öğr. Gör. Selma ÖZTÜRK PINAR*

ABSTRAKT

In Deutschland wird das öffentliche Kopftuchverbot damit begründet, dass religiöse Bekleidungen gegen das Prinzip staatlicher Neutralität verstoßen. Das Kopftuch ist ohne Zweifel ein Grundrecht und genießt den Schutz der Religionsfreiheit. In einem säkularen Staat, in dem Staat und Religion voneinander getrennt werden, wird Religion nicht völlig aus der Öffentlichkeit verbannt, sondern der Staat hat die Religion zu fördern und zu unterstützen. Die staatliche Neutralität ist weder definiert, noch im Gesetz geregelt. Folglich ist dieser Begriff ein auslegungsfähiger und – bedürftiger und unterliegt dem gesellschaftlichen Wandel. In einer pluralistischen und heterogenen Gesellschaft muss die staatliche Neutralität weit und modern ausgelegt werden, was niemals ein Kopftuchverbot in der Öffentlichkeit rechtfertigen kann.

Schlüsselwörter: Prinzip staatlicher neutralität, kopftuchverbot für lehrerinnen, religionsfreiheit, staatliche schulen und erziehung, säkularismus, negative glaubensfreiheit, heterogenität und pluralismus

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, oeztuerk.s@gmx.de
(Geliş Tarihi : 04.12.2017– Kabul Tarihi : 03.01.2018)

**TARAFSIZ, DAHA TARAFSIZ, BAŞÖRTÜSÜ YASAĞI:
DEVLETİN TARAFSIZLIĞI KAVRAMININ NEDEN DAHA
YENİ VE DAHA MODERN BİR YORUMA İHTİYAÇ DUYDUĞUNA DAİR**

ÖZET

Almanya’da, dini kıyafetlerin devletin tarafsızlığı ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle kamuda başörtüsü yasağı savunulmaktadır. Başörtüsü hiç şüphesiz temel bir insan hakkı olan din özgürlüğünün koruması kapsamına girmektedir. Seküler bir devlette din ve devletin ayrı tutulması dinin tamamen kamudan uzaklaştırılması değil, bilakis devletin dini teşvik edip desteklemesi anlamına gelmektedir. Devletin tarafsızlığı ilkesinin ne bir tanımı ne de kanuni bir düzenlemesi vardır. Dolayısıyla bu ilke yoruma açık ve muhtaç olup toplumsal değişimlere göre değişkenlik gösteren bir ilkedir. Çoğulcu ve heterojen bir toplumda devletin tarafsızlığının geniş ve modern yorumlanması gerekir ki, böyle bir yorum da kamuda başörtüsü yasağını hiçbir zaman gerekçelendiremez.

Anahtar Kelimeler: Devletin tarafsızlığı ilkesi, öğretmenlerin başörtüsü yasağı, din özgürlüğü, devlet okulu ve eğitim, sekülerizm, negatif din özgürlüğü, farklılık ve çoğulculuk.

EINLEITUNG

Seit vielen Jahren beschäftigen sich Gerichte verschiedener Instanzen immer wieder mit dem Kopftuch muslimischer Frauen im öffentlichen und nichtöffentlichen Raum in der deutschen Gesellschaft. Das Kopftuch ist im Grunde nur eine der vielen Streitfragen, wie mit Menschen islamischen Glaubens in der Bundesrepublik Deutschland gesellschaftlich und rechtlich umgegangen werden soll.¹ Als Begründung für ein Kopftuchverbot im öffentlichen Raum – wie in der Schule und im Gericht - wird jedes Mal ein „Verstoß gegen die staatliche Neutralitätspflicht“ vorgetragen. Demnach habe in einem säkularen Staatssystem, in dem Staat und Kirche (heute: Religion) strikt voneinander getrennt sind, jegliche Art von Religiosität keinen Platz in der Öffentlichkeit. Bezüglich des Kopftuchverbotes in der Schule wird zudem argumentiert, dass elementare Grundrechte der Schüler und Eltern in Form ihrer negativen Glaubensfreiheit durch eine kopftuchtragende Lehrerin beeinträchtigt würden. Die allgemeine Forderung nach Einhaltung der staatlichen Neutralität hat mit zunehmender Pluralität der Gesellschaft und damit verbundener Konfliktpotenzialzunahme an Bedeutung gewonnen. Eine so extreme Forderung von staatlicher Neutralität war in der Politik und Justiz zuvor nicht erkennbar.

Hinsichtlich des Kopftuchs im öffentlich geregelten Räumen stellen sich allerdings verschiedene Fragen zu der Neutralitätspflicht des Staates: Wie wird das Kopftuch muslimischer Lehrerinnen an öffentlichen Schulen eingestuft und liegt allein durch das Tragen eines Kopftuchs ein Verstoß gegen das staatliche Neutralitätsprinzip vor? Wann liegt generell ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot vor und was eigentlich ist mit staatlicher Neutralität genau gemeint? Um diese Fragen zu beantworten, muss zum einen die Glaubensfreiheit als Grundrecht und zum anderen der Rechtsbegriff der staatlichen Neutralitätspflicht geprüft und gegenübergestellt werden. Im Ergebnis wird für die Vereinbarkeit des Kopftuchs mit dem staatlichen Neutralitätsgebot und der negativen Glaubensfreiheit der in Betracht kommenden Grundrechte der Schüler und Eltern nach Artikel 4 Abs. 1 und 2 GG plädiert.

1 So auch Themen wie das Schächten von Tieren nach islamischen Glaubensriten, die Beschneidung von muslimischen Knaben, die Bestattung von Toten, der koedukative Schwimmunterricht, die Verrichtung des islamischen Gebets seitens Schüler in der öffentlichen Pflichtschule, Islamischer Religionsunterricht etc.

I.KOPFTUCH I UND KOPFTUCH II – ENTSCHEIDUNG: DAS VERSTÄNDNIS VON RELIGIÖSER NEUTRALITÄT DES STAATES IN DER RECHTSPRECHUNG DES BVerfG

Ausgangslage für die Rechtsproblematik zum Neutralitätsverständnis sind zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts², die das Verbot religiöser Symbole, konkret das Kopftuchverbot muslimischer Lehrkräfte in öffentlichen Schulen behandeln mussten. Im Jahre 2003 bezog das BVerfG erstmals zu der Kopftuchdebatte an öffentlichen Schulen Stellung (auch bekannt als Ludin-Entscheidung).³ Das BVerfG hat in diesem Urteil allerdings keine endgültige Entscheidung bezüglich eines Verbots oder Gebots ausgesprochen. Es hat zunächst mit fünf zu drei Richterstimmen⁴ festgestellt, dass ein Verbot für eine Lehrerin, die aus religiöser Überzeugung ein Kopftuch trägt, ein Eingriff in ihre Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG darstellt.⁵ Das Urteil, das vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts verfasst wurde, hat eine konkrete Gebots- oder Verbotsregelung offengelassen, indem es die Regelung künftig den Landesgesetzgebern überließ. Die Länder sollten somit selbst entscheiden, ob sie religiöse Symbole zulassen oder diese aufgrund der angenommenen Gefahr für die mit der Glaubensfreiheit konkurrierenden Verfassungsgüter⁶ verbieten wollen (sog. Kopftuch I- Entscheidung). Nicht zuletzt, weil das Schulrecht der landesrechtlichen Regelung unterliegt. Das Gericht hat allerdings im Falle eines Verbotsregelungserlasses von den Ländern gefordert, das „Gebot strikter Gleichbehandlung der verschiedenen Glaubensrichtungen“, zu beachten.⁷ Diesem Gleichbehandlungsgebot zufolge durften den Ländern, nicht nur bestimmte religiöse Symbole nicht verbieten, sondern auch andere religiöse Symbole weder zulassen noch privilegieren. Entweder – so das BVerfG kurz - musste alles Religiöse verboten oder alles Religiöse erlaubt werden. Gesetzestechnisch übergab die Judikative somit die

2 im Folgenden BVerfG.

3 BVerfGE 108, 282.

4 Drei Richter lehnten die Notwendigkeit besonderer Gesetze mit einem Sondervotum ab.

5 BVerfGE 108, 282 (294 ff.) = NJW 2003, 3111. **Sachs, Michael** (2015) 'Grundrechte: Kein allgemeines Kopftuchverbot für Lehrerinnen mit Kopftuch', Juristische Schulung, S:6, s. 571

6 In Betracht kommen Konflikte mit der negativen Glaubensfreiheit der Schüler nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, dem Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG, mit Art. 7 Abs. 1 GG und der religiösen Neutralität des Staates.

7 BVerfGE 108, 282 (298), **Rusteberg, Benjamin** (2015) 'Kopftuchverbot als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren', Juristische Zeitschrift, S: 13, s. 637.

Begriffsdeutung des Neutralitätsbegriffes der Legislative. Als Reaktion auf diese Entscheidung erließen viele Bundesländer entsprechende Verbotsgesetze.⁸ Die Regelungen waren aber nicht bundeseinheitlich. Mit dem Erlass solcher Verbotsgesetze begann eine Entwicklung zu einer formell gesetzlichen Festlegung staatlicher Neutralitätspflichten für Lehrer. Das Problem bestand darin, dass einige Länder in ihren Gesetzen nicht nur Verbote islamischer Symbole oder Kleidung vorsahen, sondern auch Klauseln festlegten, in denen die Privilegierung christlicher Symbole möglich war.⁹ Diese Art von Privilegierung einer bestimmten Glaubensrichtung verstieß offenkundig gegen das vom BVerfG vorgesehene „Gebot der strikten Gleichbehandlung verschiedener Glaubensrichtungen“, da durch die Privilegierungsklausel eine sehr klare Ungleichbehandlung des islamischen Glaubens vorlag.

A. DER WEG ZUR KOPFTUCH II-ENTSCHEIDUNG

Zeitweilen entschied im Jahr 2004 das BVerwG in seinem zur ersten Kopftuch-Entscheidung geführten und weiterlaufenden Verfahren, dass das entsprechende Verbotsgesetz mit Privilegierungsklausel im baden-württembergischen Schulgesetz (§38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW) eine verfassungskonforme Eingriffsgrundlage sei.¹⁰ Betroffen durch eine solche landesrechtliche Verbotregelung mit Privilegierungsklausel waren auch zwei kopftuchtragende Lehrerinnen in Nordrhein Westfalen, die den Klageweg beschritten. Das BAG wies in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2009 die Revisionen beider Lehrerinnen zurück.¹¹ Daraufhin legten die Pädagoginnen Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG ein, um diese Klausel überprüfen zu lassen. Das BVerfG erklärte mit seiner zweiten Entscheidung-diesmal durch den Ersten Senat-eine derartige Privilegierungsklausel aufgrund eines Verstoßes gegen das „Gebot strikter Gleichbehandlung verschiedener Glaubensrichtungen“ als mit dem Grundgesetz

8 § 38 Abs. 2 SchulG BW; § 51 Abs. 3 Satz 1 NdsSchG; § 59b Abs. 4 Satz 5 SchulG Bremen; § 57 Abs. 4 SchulG NRW; Art. 59 Abs 2 Satz 3 BayEUG; § 86 Abs. 3 Satz 2 HessSchulG; § 1 Abs 2a SchOG Saarl; § 2 Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin; diese Verbote wurden zum Teil auf andere Bereiche des öffentlichen Dienstes (§ 1 G29 Berlin) oder auf den gesamten öffentlichen Dienst (§45 Abs. 2 HessBG) ausgeweitet.

9 § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW; § 57 Abs. 4 Satz 3 SchulG NRW; Art. 59 Abs. 2 Satz 3 BayEUG; § 86 Abs. 3 Satz 3 HessSchulG; § 1 Abs. 2a Satz 1 SchOG Saarl.

10 BVerwG 121, 140 = JZ 2004, 1178.

11 BAG, NZA, 2010, 227; NZA-RR 2010, 383.

unvereinbar und deshalb auch als nichtig.¹² Das Gericht begnügte sich nicht mit der Nichtigkeitserklärung der gesetzlichen Regelung und ging indes in seiner jüngeren Entscheidung einen Schritt weiter, indem es das bloße Tragen eines religiösen Kopftuchs lediglich als eine abstrakte Gefahr für die Schüler und Eltern einstuft. Eine solche abstrakte Gefahr –so das Gericht- reiche aber nicht aus, um den schwerwiegenden Grundrechtseingriff in die Glaubensfreiheit der Lehrerin durch ein generelles Kopftuchverbot zu rechtfertigen. Notwendig sei vielmehr, dass das äußere Erscheinungsbild von Lehrkräften zu einer hinreichenden Gefährdung oder Störung des Schulfriedens führen oder wesentlich dazu beitragen und somit eine konkrete Gefahr vorliegen müsse (sog. Kopftuch II - Entscheidung).¹³ Verlangt wird hier (entgegen einiger Stimmen in der Literatur¹⁴) nicht nur ein äußeres, sichtbares Kleidungsstück, sondern ein weiterer, damit verbundener Faktor- eventuell ein Verhalten oder eine Haltung - dass die Annahme naheliegen lässt, die Lehrkraft stelle eine Gefahr für den Schulfrieden oder die Neutralität des Staates dar.

Im Folgenden wird erklärt, warum religiöse und weltanschauliche Kleidungsstücke per se nicht gegen die staatliche Neutralität verstoßen und deshalb auch nicht verboten werden dürfen.

B. DIE GLAUBENSFREIHEIT NACH ART. 4 ABS. 1 UND 2 GG UND IHRE SCHRANKEN

Die Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG schützt die Freiheit des Glaubens und das religiöse und weltanschauliche Bekenntnis verbunden mit dem Recht der ungestörten Religionsausübung. Geschützt wird also nicht nur die innere Freiheit, sondern auch als Folge dessen die äußere Freiheit, seinen Glauben zu manifestieren, bekennen und zu verbreiten.¹⁵ Das Tragen eines

12 BVerfGE 138, 296, BVerfG 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10.

13 BVerfG JZ 2015, 666, 671 Rn. 112f.

14 **Enzensperger, Daniel** (2015) 'Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen', Neue Verwaltungszeitschrift, S: 13, s. 871; **Hofmann, Hans** (2009) 'Religiöse Symbole in Schule und Öffentlichkeit', S: 2, Neue Verwaltungszeitschrift, s. 74; **Halfmann, Ralf** (2000) 'Der Streit um die „Lehrerin mit Kopftuch“', Neue Verwaltungszeitschrift, S: 8, s. 862; **Frenz, Walter** (2009) 'Die Religionsfreiheit', Juristische Ausbildung, S: 7, s. 493.

15 BVerfGE 32, 98 (106 f.).

islamischen Kopftuchs ist demnach auch ein Recht, gemäß der inneren Überzeugung, dem Islam als eine Religion zu handeln.¹⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist das Grundrecht der Glaubensfreiheit vorbehaltlos gewährleistet. Auch aus Art. 140 GG i.V.m. Art 136 Abs. 1 WRV ergibt sich kein Gesetzesvorbehalt.¹⁷ Das bedeutet, dass die Glaubensfreiheit nur den Schranken unterliegt, die sich direkt aus der Verfassung selbst ergeben (sog. verfassungsimmanente Schranken). Die mit der Glaubensfreiheit geschützte ungestörte Religionsausübungsfreiheit der Lehrerin kann also nur durch kollidierende Grundrechte Dritter und durch andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang begrenzt werden. Der Konflikt zwischen einem vorbehaltlos gewährleisteten Grundrecht und anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern ist nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu lösen. Es müssen alle widerstreitenden Rechtspositionen einen möglichst schonenden Ausgleich finden.¹⁸

C. DIE GRUNDRECHTSBERECHTIGUNG DER LEHRERIN IM SONDERSTATUSVERHÄLTNIS UND DIE POSITIVE GLAUBENSFREIHEIT AUS Art. 4 Abs. 1 und 2 GG i. V. m. Art 33 Abs. 1 und 3 GG

Da Staatsbedienstete in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat stehen, sind sie grundsätzlich grundrechtsverpflichtet. Ob sie auch grundrechtsberechtigt sind und inwieweit sie von ihren Grundrechten Gebrauch machen können, ist fraglich. In dem Sonderstatusverhältnis- früher „besonderes Gewaltverhältnis“ genannt - sind alle Personen im staatsnahen und-geprägten Raum durchaus grundrechtsberechtigt.¹⁹ Die staatliche Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG regelt keine Ausnahme für Personen im Sonderstatusverhältnis. Der öffentliche Dienst schafft für Beamte zwar besondere Pflichten, kennt ihnen aber nicht ihre Grundrechtsberechtigung.²⁰ Möglich sind bei Beamten allerdings andere oder weiterreichende Grundrechtseingriffe im Gegensatz zu staatsfernen Bürgern, die sich nicht in

16 Frenz, s. 494.

17 BVerfGE 33, 23 (30 f.).

18 BVerfGE 93, 1 (21).

19 Weidemann, Daniel (2016) 'Religiöse Symbole vor Gericht- Teil 1', Zeitschrift für das Juristische Studium, S: 3, s. 287.

20 BVerfGE 33, 1 (10 f.), BVerfGE 39, 334 (366 f.)

einem Sonderstatus befinden.²¹ Somit kann sich eine Lehrerin mit Kopftuch als Staatsbedienstete durchaus auf ihre Religionsausübungsfreiheit berufen. Im vorliegenden Fall trägt die Lehrerin das religiöse Kleidungsstück als grundrechtsberechtigte Einzelperson, dessen Grundrechtsberechtigung der abstrakte Staat nicht für sich selbst in Anspruch nehmen kann.²² Des Weiteren gilt hier die staatsbürgerliche Rechte- und Pflichtengleichheit nach Art 33 Abs. 1 und Abs. 3 GG, wonach jeder Deutsche die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten hat und der den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art 3 Abs. 3 GG in seinem Anwendungsbereich verdrängt.²³ Außerdem wird nach Art. 33 Abs. 3 GG auch die religiöse und weltanschauliche Gleichbehandlung geschützt, die bei einer religionsbezogenen Ungleichbehandlung zur Anwendung kommt. Das Tragen eines islamischen Kopftuchs ist ein religionsbezogenes Kleidungsstück und ein Verbot des Unterrichtserteilens für betroffene Lehrerinnen ist folglich eine religionsbezogene Ungleichbehandlung, weil ihr allein aufgrund ihres Kopftuches der Zugang in den Staatsdienst verwehrt wird. Im Ergebnis ist die kopftuchtragende Lehrerin im Sonderstatusverhältnis nicht nur grundrechtsberechtigt, sie unterliegt auch in ihrem Sonderstatus einer verfassungswidrigen grundrechtsbezogenen Ungleichbehandlung.

D. GRUNDRECHTSPOSITION DER SCHÜLER UND ELTERN

Um ein striktes und pauschales Verbot einer äußeren religiösen Bekundung ohne konkrete Konflikte und Gefahren rechtfertigen zu können, müssen kollidierende Verfassungsgüter vorliegen. In Betracht kommt bezüglich der Glaubensfreiheit in der Schule eine Kollision mit der negativen Glaubensfreiheit der Schüler aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und dem Erziehungsrecht der Eltern in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG, so wie eine Kollision mit dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG und der staatlichen Neutralitätspflicht, die ebenfalls Verfassungsrang genießen.

21 **Kloepfner, Michael** (2010) Verfassungsrecht II Grundrechte (Fn. 5), § 49 Rn. 39, München, Beck.

22 Hier liegt auch der Unterschied zwischen individuellen und personenbezogenen religiösen Symbolen und personenlosgelösten vom Staat veranlassten Zurschaustellung religiöser Symbole, wie im Kruzifix Urteil, BVerfGE 93, 1.

23 **Jarass, Hans D.** 'Art. 33', Rn. 1: **Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo** (Editör) (2016) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, München, Beck.

E. DIE NEGATIVE GLAUBENSFREIHEIT DER SCHÜLER NACH Art. 4 Abs. 1 und 2 GG

Art. 4 Abs. 1 und 2 GG schützt sowohl die positive als auch die negative Bekundungsform der Glaubensfreiheit.²⁴ Negative Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG bedeutet das Recht, keinen bestimmten Glauben annehmen oder seine religiöse Überzeugung nicht offenbaren zu müssen und nicht zu einer religiösen Handlung oder Feierlichkeit oder zur Teilnahme an religiösen Übungen gezwungen zu werden.²⁵ Dabei räumt die negative Glaubensfreiheit dem Einzelnen laut BVerfG aber kein Recht ein, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben.²⁶ Im Alltagsleben käme es häufig zu Konfrontationen mit religiösen Symbolen der verschiedensten Glaubensrichtungen, was aber nur die Folge der Verbreitung unterschiedlicher Glaubensüberzeugungen in der Gesellschaft sei.²⁷ Davon müsse allerdings eine vom Staat geschaffene Lage, in welcher der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeit dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen er sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist, unterschieden werden.²⁸ Diese Situation wird vom BVerfG dem Schutzbereich der negativen Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zugeordnet.

Hier kommt allerdings die Frage auf, ob die negative Glaubensfreiheit auch Schutz vor dem bloßen Anblick der religiösen Bekundungen anderer in öffentlichen Klassenzimmern gewährleistet. Die negative Glaubensfreiheit kann dem individuellen Grundrechtsträger zwar ein Abwehrrecht gegen staatliche Maßnahmen gewähren, die die Freiheit seines Glaubens, Gewissens oder Bekenntnisses einschränken könnten.²⁹ Art. 4 Abs. 1 und 2 GG beinhaltet aber keinen absoluten grundrechtlichen Abwehranspruch, jegliche Konfrontation mit fremden Glaubensbekundungen oder religiösen Symbolen zu vermeiden.

24 BVerfGE 108, 282 (301); **Thormann, Martin** (2011) 'Kreuz, Kopftuch und Bekenntnisschule', Die Öffentliche Verwaltung, S: 24, s. 951.

25 **Traub, Thomas** (2015) 'Abstrakte und konkrete Gefahren religiöser Symbole in öffentlichen Schulen', Neue Juristische Wochenzeitschrift, S: 19, s. 1339; **Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhardt** (2010) Grundrechte Staatsrecht § 12 II 1, Rn. 582, Heidelberg, Müller.

26 BVerfGE 93, 1 (16); BVerfGE 108, 282 (301).

27 BVerfGE 93, 1 (18).

28 BVerfGE 93, 1 (16) und BVerfGE 108, 282 (301 f.).

29 VGH München, NVwZ 1991, S: 1100.

Der Sinn des Grundrechts der Religionsfreiheit dient nicht primär dem Abwehrrecht ohne eine Abwägung der Grundrechtskollisionen vorzunehmen. Solch ein Verständnis würde das Grundrecht zu einer Religionsverhinderungsfreiheit umfunktionieren, was nicht im Sinne des Grundgesetzes sein kann. Folglich gewährt die negative Glaubensfreiheit keinen Schutz vor dem bloßen Anblick der religiösen Bekundung einer Lehrkraft, solange diese nicht verbal für ihren Glauben wirbt und die Schüler über ihr Auftreten hinaus zu beeinflussen versucht.³⁰ Dass die Lehrerin hier für den Staat tätig ist und staatliche Hoheitsaufgaben wahrnimmt, ändert ebenfalls nichts an dem Ergebnis. Es besteht hier vielmehr eine Duldungspflicht der Schüler. An diesem Ergebnis ändert auch nichts die Besonderheit, dass sich die Schüler wegen der allgemeinen Schulpflicht während des Unterrichts in einer vom Staat geschaffenen Situation befinden und in dieser Situation keinerlei Ausweichmöglichkeiten haben, der betroffenen Lehrerin gegenüberzustehen.

Eine Beschränkung der religiösen Betätigung von Lehrpersonen während des Unterrichts zum Schutz des Schulfriedens ist allerdings grundsätzlich möglich und kann gerechtfertigt sein. Eine derartige Beschränkung muss für die Erfüllung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags erforderlich sein und genießt damit gemäß Art. 7 Abs. 1 GG Verfassungsrang. Für die Störung des Schulfriedens kann allerdings eine lediglich abstrakte Gefahr nicht ausreichen. Verlangt wird hier vielmehr eine auf hinreichende Tatsachen gestützte konkrete Gefahr.³¹ Dass allein mit dem schlichten Tragen eines islamischen Kopftuchs eine generelle unzumutbare Beeinträchtigung der negativen Religionsfreiheit der Schüler oder des Elternrechts oder eine Gefahr für den Schulfrieden entsteht, ist nicht erkennbar.

Hier weist das BVerfG sehr deutlich und zurecht die pauschale Vermutung zurück, dass eine berufstätige Frau mit einer akademischen Ausbildung allein durch das Tragen eines Kopftuchs Anlass dafür geben würde, dass sie als Lehrerin gegen die Gleichberechtigung der Geschlechter nach Art. 3 GG, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung stehe.³² Die Haltung einer gläubigen muslimischen Frau darf auch nicht mit einer möglichen Interpretation des Kopftuchs als Zeichen der

30 BVerfG JZ 2015, 666 (670).

31 BVerfG, NJW 2015, 1359 Rn. 112.

32 BVerfG, NJW 2015, 1359 Rn. 118.

Unterdrückung der Frau im Islam oder als politisches Symbol des Islamismus als extreme Strömung gleichgesetzt werden. Dem Kopftuch wird eben auch der Hauptwert beigemessen, dass die muslimische Frau sich öffentlich zu der Bedeutung ihrer Religion für das eigene Leben bekennt. Das Kopftuch trägt für sie den Ausdruck einer selbstbestimmten religiösen Lebenspraxis in einem säkularen Umfeld. Bei mehrdeutigen religiösen Symbolen ist es verfassungsrechtlich unzulässig, nur eine religionsfreiheitsfeindliche Interpretation zu vorzunehmen und das Kopftuch auf ein den Werten des Grundgesetzes paradoxes Verständnis zu reduzieren.³³

F. DAS ERZIEHUNGSRECHT DER ELTERN IN RELIGIÖSER UND WELTANSCHAULICHER HINSICHT NACH Art. 4 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

Nach Art. 6 Abs. 2 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die ihnen obliegende Pflicht. Dies beruht auf den Grundgedanken, dass in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr als irgendeiner anderen Person oder Institution ans Herz liegt; der Staat darf grundsätzlich nur eingreifen, wenn Eltern diese Pflicht ihren Kindern gegenüber nicht erfüllen können.³⁴

Zusammen mit Art. 4 Abs. 1 GG umfasst Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auch das Recht zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht.³⁵ Eltern sollen sowohl über diejenigen Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen, die ihren Kindern vermittelt werden, entscheiden, die sie für richtig halten, als auch ihre Kinder von den Glaubensüberzeugungen fern halten, die ihnen falsch oder schädlich erscheinen.³⁶ Art. 6 Abs. 2 GG garantiert jedoch keinen ausschließlichen Erziehungsanspruch der Eltern. Im Bereich der Schule spielen das Erziehungsrecht der Eltern und der Erziehungsauftrag des Staates gemäß Art 7 Abs. 1 GG die gleiche Rolle. Der Erziehungsauftrag ist dem elterlichen Erziehungsrecht nicht nach-, sondern gleichgeordnet. Deshalb ist die Erziehung von Kindern in der Schule, die gemeinsame Aufgabe von Eltern und Schule. Die schulische Erziehung der Kinder

33 Traub, s. 1340.

34 BVerfGE 61, 358 (371 f.).

35 Frenz, s. 494.

36 BVerfGE 93, 1 (17), BVerfGE 108 282, (301).

ist das Ergebnis eines sinnvollen aufeinander bezogenen Zusammenwirkens.³⁷ Im Ergebnis garantieren weder die negative Glaubensfreiheit noch das Erziehungsrecht der Eltern eine Verschonung von der Konfrontation mit religiöser Bekleidung von Lehrkräften, von denen keine gezielte beeinflussende Wirkung auf die Kinder ausgeht.³⁸

II. DIE BEDEUTUNG DER STAATLICHEN NEUTRALITÄTSPFLICHT: WIE NEUTRAL WOLLEN WIR EIGENTLICH SEIN?

Sobald es um das Kopftuch muslimischer Frauen im sichtbaren öffentlichen Raum geht, wird bei jeder Argumentation wiederholt die Geltung des Prinzips der „Neutralität des Staates in Fragen der Religion und Weltanschauung“ vorgetragen und aus diesem Grund für ein Verbot des Kopftuchs der Lehrerin plädiert. Deutschland sei ein säkularer Staat, in dem die Trennung von Staat und Religion verankert ist. Der in der Bundesrepublik Deutschland vorherrschende Säkularismus ist aber nicht als eine strikte Trennung von Staat und Religion wie im französischen oder türkischen Laizismus zu verstehen.³⁹ Zwischen beiden Begriffen gibt es grundlegende Unterschiede. Bezüglich der Trennung von Staat und Religion gilt in Deutschland die „Religionsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes. Im Zweifel muss der Staat demnach immer religionsnah statt religionsfremd handeln. Er darf durch seine Neutralität die Moral-, Religions- und Ethikvorstellung seiner Bürger nicht verkennen und muss gleichzeitig die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft gewährleisten.⁴⁰ Das BVerfG und der EGMR vertreten zudem die Ansicht, dass Toleranz, Parität und Neutralität Kernprinzipien des Staatskirchenrechts sind, die mit der Zeit ihre Bedeutung verändert haben.⁴¹ Demnach verpflichtet die Berufung auf die Neutralitätspflicht den Staat nicht mehr dazu, sich in Glaubenskonflikten einer Positionierung völlig zu enthalten. Vielmehr müsse der Staat unter Berufung auf das Neutralitätsgebot

37 BVerfGE 98, 218 (244 f.); Vgl. auch BVerfGE 47, 46 (72): „Der Staat kann [...] in der Schule grundsätzlich unabhängig von den Eltern eigene Erziehungsziele verfolgen.“

38 BVerfG JZ 2015, 666 (670).

39 **Franzke**, s. 358; **Weidemann**, s. 286.

40 **Busse, Elmar Wolfgang Walter** (2013) Das Prinzip der staatlichen Neutralität und die Freiheit der Religionsausübung, s. 26, Frankfurt am Main, Peter Lang.

41 BVerfG vom 12.5.2009 – 2 BvR 890/06

bezüglich religiösen Angelegenheiten aktiv mitgestalten. Der neutrale Staat muss Schlichter und Organisator religionsinterner Konflikte werden. Er muss somit die unparteiische Moderation der Nichtintervention bevorzugen.⁴² Es bedarf einer genauen Untersuchung des „Prinzips staatlicher Neutralität“. Wahrt demzufolge der Staat seine Neutralität nur dann, wenn er – im konkreten Fall - die muslimische Lehrerin mit dem Kopftuch aus der Schule verbannt. Oder liegt gerade in der Verbannung selbst ein Verstoß gegen seine Neutralitätspflicht vor? Könnte man das Kopftuchverbot nicht auch als einen neutralitätswidrigen Eingriff in die Religionsausübung der Lehrerin betrachten? Es herrscht Klärungsbedarf, wie man den Begriff der staatlichen Neutralität ausfüllen und verstehen darf.

A. DER BEGRIFF DER STAATLICHEN NEUTRALITÄT

Zunächst ist festzustellen, dass das in Frage stehende „Prinzip staatlicher Neutralität“ weder gesetzlich noch verfassungsrechtlich normiert ist. Ebenso existiert weder eine Definition noch ist dieser offene und weite Begriff bestimmbar.⁴³ Somit hat der Begriff der Neutralität an für sich betrachtet -isoliert und zusammenhangslos- ausgesprochen wenig Aussagekraft.⁴⁴ In den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wurde der Begriff der Neutralität nie allein mit dem Wortlaut erklärt. Vielmehr wurde nach dem Sinn und Zweck der staatlichen Neutralität gefragt und im allgemeinen verfassungsrechtlichen Kontext systematisch ausgelegt.⁴⁵ M.a.W. die staatliche Neutralität wird aus einem Gesamtbild verfassungsrechtlicher Vorschriften im Wege der Auslegung gewonnen und zwischen Rechtsbegriff und Staatsverständnis eingeordnet.⁴⁶ Folglich ist dieser Begriff nicht statisch, sondern durchaus veränderbar, sogar veränderungs- und auslegungsbedürftig.

42 **Sydow, Gernot** (2009) 'Moderator im Glaubensstreit: Der neutrale Staat in ungewohnter Rolle', Juristische Zeitschrift, S: 23, s. 1142.

43 In der „Lüth-Entscheidung“ taucht der Begriff „neutral“ im Kontext des Art. 5 GG auf: BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, S. 257 ff.

44 **Classen, Claus Dieter** (2015) Religionsrecht, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck. Rn. 124.

45 BVerfG, NJW 2003, S: 3113.

46 BVerfGE 108, 282 (299), **Czermak, Gerhard** (2008) Religions- und Weltanschauungsrecht, Rn. 141, 159 ff, Berlin, Heidelberg, Springer.

Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates hat sich als einer der tragenden Grundsätze des Religionsverfassungsrechts herausgebildet. Um zu verstehen, an welchem Maßstab die staatliche Neutralität gemessen wird, muss zwischen zwei Neutralitätszusammenhängen, bzw. zwischen zwei Neutralitätsbegriffen unterschieden werden. Bezüglich des Verlangens staatlicher Neutralität ergibt sich ein Unterschied zwischen dem Verhältnis von Staat zur Religion („organisationsrechtlicher Neutralitätsbegriff“) und dem Verhältnis von Staat zum Bürger („grundrechtlicher Neutralitätsbegriff“). Beide Verhältnisse werden in ihrem Zusammenhang zur Neutralität anders bewertet und es werden teilweise unterschiedliche Anforderungen an den Neutralitätsbegriff gestellt. Aufgrund der Fallbezogenheit wird im Folgenden nur der grundrechtliche Neutralitätsbegriff behandelt, der organisationsrechtliche Neutralitätsbegriff bleibt außen vor.⁴⁷ Hier ergibt sich zunächst die Überlegung, welchen Neutralitätsanspruch das Grundgesetz dem Grundrechtsträger gegenüber staatlichen Stellen garantiert. Das Grundgesetz ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts keine werteneutrale Ordnung,⁴⁸ seine Grundordnung sei vielmehr eine Werteordnung.⁴⁹ Diese Werteordnung prägt wiederum die grundrechtliche Neutralität des Staates, d.h. die Neutralitätspflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern ist eine werteneutralitätsgebundene Neutralität. So verhält sich die Verfassung generell zur Religion positiv, gegenüber den einzelnen Religionen jedoch neutral⁵⁰, wobei neutral aber nicht heißt, dass der Staat ein „Neutrum“ ohne Werteüberzeugungen ist.⁵¹ Bezüglich der Neutralität des Staates in seiner grundrechtlichen Ausprägung haben sich verschiedene Handlungsverbote des Staates herauskristallisiert. Zunächst ergibt sich aus dem Prinzip der „Nicht-Identifikation“ ein Verbot für den Staat, keine Konkretisierung des Inhaltes des Art. 4 GG vorzunehmen (Konkretisierungsverbot)⁵². Das Prinzip der „Nicht-Identifikation“ besagt, dass sich der Staat mit keiner Religionsgemeinschaft identifizieren darf und zu allen Religionen die gleiche Distanz einhalten muss. Die

47 Zum organisationsrechtlichen Neutralitätsbegriff mehr bei **Busse**, s. 48 ff.

48 BVerfGE 7, 198 (205) = NJW 1958, S: 257.

49 BVerfGE 2, 1 (12) = NJW 1952, S: 1408.

50 **Wißmann, Hinnerk** (2015) 'Pauschales Kopftuchverbot und Glaubens- und Bekenntnisfreiheit', Zeitschrift für das Juristische Studium S: 3, s. 302.

51 **Busse**, s. 175.

52 BVerfGE 12, 1 (NJW 1961, S: 211).

„Nicht-Identifikation“ des Staates gilt auch (oder selbst) dann, wenn die Mehrheit seiner Bevölkerung einer bestimmten Religion angehört, wie das Christentum in der Bundesrepublik Deutschland. Des Weiteren ist es dem Staat verwehrt, eine Einteilung von Glauben und Unglauben in Wertekategorien vorzunehmen (Bewertungsverbot)⁵³. Zudem darf sich der Staat zu keiner bestimmten Religion bekennen (Bekennungs- und Verkündungsgebot)⁵⁴ oder den religiösen Frieden in der Gesellschaft gefährden (Friedensgefährdungsverbot). Der religiöse Frieden in der Gesellschaft ist insbesondere dann gefährdet, wenn der Staat bestimmte Glaubensrichtungen vor Angriffen oder Behinderungen nicht ausreichend schützt oder bestimmte Glaubensrichtungen privilegiert oder ausgrenzt.⁵⁵ Neutralität wird aber auch nicht als eine distanzierende Neutralität im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche verstanden, sondern als eine positive, offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse fördernde Haltung.⁵⁶ Die verschiedenen Neutralitätsverständnisse zeigen, dass das Prinzip der staatlichen Neutralität in verschiedene Richtungen ausgelegt werden kann, die sich im Ergebnis nicht widersprechen müssen. Diese weite Auslegungsmöglichkeit unterstreicht wiederum, dass es nicht *die* staatliche Neutralität schlechthin gibt, sondern im Einzelfall das Neutralitätsgebot in verschiedenen Zusammenhängen unterschiedlich verstanden und beurteilt werden kann. Was in einem Fall also als Neutralitätsverstoß angesehen wird, kann in einem anderen (ähnlichen) Fall durchaus zu einer Neutralitätskonformität führen.

B. RELIGIONSAUSÜBUNGSFREIHEIT IN DER SCHULE

Bezüglich der Religionsausübungsfreiheit in der Schule und des damit verbundenen Konfliktes, hatte sich erstmals der Hessische Staatsgerichtshof im Jahr 1966 auseinanderzusetzen.⁵⁷ Das Gericht musste klären, welche negativen Glaubensfreiheitsrechte einem atheistischen Schüler hinsichtlich eines gemeinschaftlichen Schulgebets zustehen. Der betroffene Schüler musste während des Schulgebets entweder schweigend im Klassenzimmer verweilen oder den

53 BVerfGE 19, 1 (NJW 1965, S: 1428).

54 OLG Nürnberg, NJW 1966, S: 1928.

55 BVerfGE 93, 1 (16 f.) = NJW 1995, S: 2478.

56 Traub, s. 1340.

57 Hess. StGH Wiesbaden, NJW 1966, S: 31 ff.

Klassenraum vorübergehend verlassen. Beide Alternativen waren für den Schüler nicht hinnehmbar, so dass er mit seiner Klage die gänzliche Nichtveranstaltung des Schulgebetes begehrte. Der Hessische Gerichtshof stellte zunächst fest, dass der betroffene Schüler weder zu einer religiösen Handlung noch zu einer Offenbarung seines Glaubens oder Unglaubens gezwungen werden darf.⁵⁸ Er bejahte zugleich den faktischen Zwang für den Schüler zur Teilnahme an dem täglichen gemeinschaftlichen Schulgebet, was ihn in seiner negativen Religionsbekenntnisfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verletze.

Im Rechtszug widersprach das Bundesverwaltungsgericht der Rechtssauffassung des Hessischen Gerichtshofes mit dem Argument, dass das Schulgebet vor dem Hintergrund von Art. 4 Abs. 1 GG in grundrechtlicher Hinsicht zwar keine Zwangselemente beinhalte dürfe, aber soweit Schülern die Möglichkeit des Schweigens oder Fernbleibens gegeben wird, diese Anforderungen erfüllt seien.⁵⁹ Die negative Bekenntnisfreiheit gewähre kein Recht auf Verhinderung der Bekenntnisäußerung anderer, sondern räume lediglich das Recht ein, sich solcher Handlungen zu entziehen.⁶⁰

Schließlich bestätigte das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.⁶¹ Es stellte zunächst fest, dass das Schulgebet als schulische Veranstaltung nicht vom Staats wegen angeordnet werden darf (unzulässige Intervention), sondern lediglich auf Wunsch von Schülern und Eltern stattfinden muss. Solange aber die Teilnahme an dem Gebet auf der Grundlage völliger Freiwilligkeit geschieht, liege hier kein Verstoß gegen Art. 4 GG vor. Ein Recht auf negative Glaubensfreiheit des Schülers und somit eine Unzulässigkeit des Schulgebetes würde nur dann vorliegen, wenn keine Gewährleistung der völligen Freiwilligkeit der Teilnahme bestehe. Für den atheistischen Schüler bestünden allerdings verschiedene Ausweichmöglichkeiten⁶², so dass ihm eine völlige Freiwilligkeit an dem Schulgebet teilzunehmen oder nicht teilzunehmen gewährt wird. Unter der Voraussetzung der Freiwilligkeit des Schulgebetes sei dies

58 Hess. StGH Wiesbaden, NJW 1966, S: 34.

59 BVerwGE 44, 196 = NJW 1974, S: 574 ff.

60 BVerwGE 44, 196 (200).

61 BVerfGE 52, 223 = NJW 1980, S: 575 ff.

62 BVerfGE 52, 223 (248).

verfassungsrechtlich unbedenklich. Folglich liegt hier nach der Rechtsprechung des BVerfG durch das gemeinschaftliche freiwillige Schulgebet kein Verstoß gegen die negative Glaubensfreiheit des Schülers und das Neutralitätsgebot des Staates vor.

C. GRENZEN DER RELIGIONSAUSÜBUNGSFREIHEIT IN DER SCHULE

In der Schule können sowohl Schüler als auch Lehrer von der Einschränkung des Grundrechts aus Art. 4 GG betroffen sein. In einer immer mehr pluralistischen Gesellschaft kommen auch in der öffentlichen Pflichtschule verschiedene Glaubensauffassungen zusammen. Ein Aufeinandertreffen von Schülern verschiedener Glaubensrichtungen kann ebenso zu einem Austausch von religiösen Inhalten in den Klassenräumen und Pausenhöfen führen. Mit zunehmender Heterogenität der Glaubensbekenntnisse begegnet das staatliche Neutralitätsprinzip neuen Fragen. In der Schule besteht ein besonderes Spannungsfeld aus positiver und negativer Glaubensfreiheit und staatlicher Neutralitätspflicht. Dem Staat fällt die Aufgabe zu, dieses unvermeidbare Spannungsverhältnis aus positiver und negativer Glaubensfreiheit auszugleichen. Es stellt sich die Frage, wie weit der Abwehranspruch des Art. 4 GG vor dem Hintergrund der staatlichen Neutralitätspflicht gehen darf.

Gilt die Kollision von positiver und negativer Glaubensfreiheit nur im Lehrer-Schüler-Verhältnis oder dürfen sich auch Schüler untereinander darauf berufen? Müssen wir, um der staatlichen Neutralität gerecht zu werden, Schülern eine Diskussion mit Lehrkräften über religiöse Themen im Pausenhof oder in Klassenzimmern verbieten, weil andere Schüler sich dadurch in ihrer negativen Glaubensfreiheit verletzt fühlen? Diese Frage zeigen, dass es im schulischen Alltagsleben nur schwer möglich ist, Religiosität gänzlich aus dem öffentlichen Schulraum zu verbannen.

Müssen wir etwa um der Lösung gerecht zu werden, zwischen einem Verbot in Grundschulen (wegen der höheren sogar höchsten Missionierungsanscheinsgefahr) und einem Verbot an Sekundarstufe II-Klassen mit älteren Schülern (geringere Missionierungsanscheinsgefahr) unterscheiden? Immerhin unterliegt das Kopftuch von Erzieherinnen in der Kindertagesstätte keinem

allgemein geltenden Verbot und ist grundsätzlich zulässig. Grundschulkindern soll der Anblick einer Lehrerin mit Kopftuch allerdings erspart bleiben, da diese durch ihre nackte Existenz die Köpfe der kleinen Kinder „verwirren“ könnte. Dieser Gedankengang klingt nicht ganz schlüssig. Was ist dann mit Schülern, die das 14. Lebensjahr vollendet haben und somit über ihre eigene Religionsmündigkeit nach § 15 RKG verfügen? Einerseits mutet unser Rechtssystem 14-jährigen Schülern zu, ihre Religionsangehörigkeit selbst zu entscheiden, andererseits tragen wir Sorge, dass diese religionsmündigen Schüler von dem bloßen Anblick einer Lehrerin mit Kopftuch ohne Missionierungstätigkeiten „beeinflusst“ werden könnten und sehen Handlungsbedarf, sie durch ein Verbot vor der Lehrerin zu „schützen“. Lehrkräfte haben in erster Linie die Aufgabe, ihren Schülern die Inhalte ihres Unterrichtsfaches zu vermitteln. Eine Lehrerin mit oder ohne Kopftuch hat im Mathematik- oder Englischunterricht das Fach Mathematik oder Englisch zu unterrichten. Eine Lehrerin hat die staatliche Pflicht im evangelischen Religionsunterricht ihren Schülern religionsspezifische Inhalte zu vermitteln. Es wäre sinnwidrig, wenn eine solche Lehrerin, aber auch eine atheistische Lehrerin katholischen oder islamischen Religionsunterricht erteilen würde. Alles, was dem ordentlichen Schulunterricht zuwider fällt und ihn offenkundig gefährdet, muss selbstverständlich staatlich geprüft und kontrolliert werden. Darüber hinaus aber nichts; schon gar nicht die Konstruktion einer nicht nachprüfbaren und unrealen Scheingefahr, die von einer kopftuchtragenden Lehrerin ausgehen soll.

Bei dem Kopftuch handelt es sich um eine individuelle Grundrechtsausübung der Lehrerin, die weder die negative Glaubensfreiheit der Schüler oder Eltern noch die staatliche Neutralität gefährdet. Der Staat ist und bleibt neutral; die Lehrerin ist sichtbar einer Religion zuzuordnen. Zudem gibt es in der Schule auch Lehrer, die „unsichtbar“ einer Religion oder einer Weltanschauung zuzuordnen sind. Solange sie ausschließlich ihrer Tätigkeit als Lehrkraft nachkommen und ihren Schülern unterrichtsgerechte Inhalte vermitteln, bezüglich ihrer Religion oder Weltanschauung aber untätig sind, kann ihnen kein Verstoß gegen die staatliche Neutralität nachgewiesen werden. Es muss die Möglichkeit geben, das zulässige Ausmaß religiöser Bezüge in der Schule je nach den Umständen und Veränderungen in der Gesellschaft zeitgemäß neu zu bestimmen. Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass staatliche Regelungen in konfliktträchtigen Bereichen im Hinblick auf die

Gewährleistung von Minderheitenrechten von elementarer Wichtigkeit sind. Gesellschaften wandeln und verändern sich im Laufe der Zeit. Gesellschaftlicher Wandel bedeutet auch kultureller und religiöser Wertewandel. Dieser allgemeine Wandel muss sich auch in unserem Rechtssystem niederschlagen, was bedeutet, dass sich ein Bedeutungswandel der Neutralität erkennen lassen muss. Schüler mit Migrationshintergrund verschiedener religiöser Glaubensrichtungen sind in Deutschland heute keine Ausnahme mehr, sondern der Regelfall. Deutschland entwickelt sich immer mehr zu einer heterogenen und pluralistischen Gesellschaft. Wer im Jahre 2018 immer noch von einer religiösen und kulturellen Homogenität in Deutschland spricht, befindet sich in einem der Lebensrealität weit entferntem Irrtum. Diese Vielzahl von religiösen Erscheinungsformen zwingt den Staat dazu, in seiner Entwicklung eigene Konsequenzen zu ziehen und seine Werte neu zu definieren. Religiöser Wandel bedeutet auch Wandel des Staates durch einen Wandel in der Gesetzgebung und Rechtsprechung. Dieser Wandel muss sich auch im Neutralitätsgebot widerspiegeln. Der Begriff der Neutralität muss in seiner Bedeutung ausgedehnt und an die veränderten Lebensumstände angepasst werden. Eine restriktive Auslegung der Neutralität führt zu immer mehr Konflikten und löst keine gesellschaftlichen Probleme. Dabei ist es doch gerade Aufgabe der Rechtsprechung und Politik Konflikte und Probleme zu lösen. Wichtig ist also, dass der Staat bei der Auslegung des Neutralitätsbegriffs den religiösen Wandel in seiner Gesellschaft mitberücksichtigen und seine juristischen Entscheidungen zeitgemäß und realitätsnah treffen muss. Nur durch seinen eigenen Wandel kann der Staat seine Modernität garantieren. Wo also ein religiöser Wandel erkennbar ist, herrscht staatlicher Handlungsbedarf. Sind gesellschaftlich- religiöse Veränderungen aufgetreten, hat der Staat die Aufgabe, mit Hilfe seines Neutralitätsverständnisses offenstehende Fragen unter Berücksichtigung der Veränderungen gerecht zu werden. Der Staat darf sich mit einer Art Enthaltung auch nicht seiner Verantwortung entziehen, indem er ein Phänomen als erstmalig, neuartig oder fremd ansieht. Er darf auch nicht religiösen Fragen ausweichen oder sie gar übersehen, indem er jedes Mal das Prinzip der Neutralität als Stoppschild vorzeigt. Die Schaffung des religiösen Friedens ist nun einmal die Aufgabe des Staates. Der Staat muss bestehende Konflikte ernst nehmen und im Rahmen seiner Neutralität angemessene Lösungen finden. So muss er auch die neueren, religiösen Erscheinungsformen in der Schule gerecht behandeln.

Auf den konkreten Fall der kopftuchtragenden Lehrerin bedeutet dies, dass dieses Phänomen in Deutschland keine Seltenheit oder Fremdheit mehr ist. Die deutsche Gesellschaft hat sich dahingehend gewandelt, dass wir mittlerweile Muslimen, somit auch Frauen mit Kopftuch in allen denkbaren Lebensbereichen begegnen. Junge muslimische Frauen studieren in Deutschland Rechtswissenschaften, Lehramt, Medizin, Pharmazie, Architektur etc. Sie sind in den meisten Fällen hier geboren, haben ein Abitur absolviert, besitzen die hiesige Mentalität, sprechen die deutsche Sprache einwandfrei und beweisen - nicht allein- mit ihrem akademischen Abschluss, ihre Fähigkeit, ihre Eignung und ihre Willigkeit ihren ausgewählten Beruf in der Gesellschaft und als Teil der Gesellschaft auszuüben.

Nicht zuletzt beschweren wir uns auf der einen Seite bundesweit über den Lehrermangel an unseren Schulen, weigern uns aber auf der anderen Seite, diesen Lehrerberuf mit vorhandenen gut ausgebildeten jungen Frauen zu decken, weil wir uns eine von ihnen ausgehende Pseudogefahr zusammenspinnen, die wir bisher weder nachprüfen noch nachweisen konnten.

Nicht zuletzt ist die Homo-Ehe⁶³ ein sehr gutes Beispiel dafür, wie Veränderungen in unserer Gesellschaft funktionieren und der Wertewandel rechtlich Einschlag findet. Diese Veränderungen nehmen nicht nur Einfluss auf die Identität der Gesellschaft, sondern greifen bis in die Legislative und Judikative ein. Bis zum Jahr 1994 galt in Deutschland der § 175 StGB (sog. Schwulenparagraf), der sexuelle Handlungen zwischen zwei Männern unter Freiheitsstrafe stellte. Heute hingegen ist eine Ehe, die den grundgesetzlichen Schutz des Art. 6 GG genießt, zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Menschen rechtlich einwandfrei möglich. Ein Straftatbestand hat sich zu einem Grundrecht entwickelt. Diese Entwicklung dürfen wir für die Zukunft auch für das Kopftuch muslimischer Frauen verlangen.

D. ERGEBNIS

Religiöse Vielfalt und Verschiedenheit dürfen unter dem Deckmantel der staatlichen Neutralitätspflicht nicht auf alle Ewigkeit aus der Öffentlichkeit

63 Ähnlich auch die Entwicklung der Prostitution. Ein Wandel vom strafrechtlich irrelevanten Dirnenlohn, der mangels Vermögen nicht den Betrugstatbestand nach § 263 StGB erfüllt, zu einer Prostitution, als grundgesetzlich geschützter Beruf nach Artikel 12 GG.

verbannt werden. Eine solche Abstoßung würde den Staat zu einem religiös sterilen Raum entwickeln, was nicht im Interesse des werteordnungsgebundenen Grundgesetzes sein kann. So ein Vorgehen würde eine Aushöhlung unseres religionsfreundlichen säkularen Staatssystems bedeuten. Neutralität muss lösungsorientiert und nicht lösungsverursachend wirken. Nur ein offenes und positives Verständnis der staatlichen Neutralität kann dazu dienen, religiöse Diversität als religiöse Normalität in Schulen offen beleben zu lassen.

III. THEOLOGISCHE DEBATTE ZUR KOPFTUCHPFLICHT IM RAHMEN DER JURISTISCHEN PRÜFUNG

Vermehrt wird in der Politik eine Stimme von meist Nichtjuristin und Nichttheologen laut, die Lehrerinnen in der Schule auffordert, auf ihr Kopftuch zu verzichten. Sie begründen ihre Forderung damit, dass die Bedeckung der Haare keine religiöse Pflicht sei und stützen sie dabei auf den Koran, in dem an keiner Stelle die Bedeckung des Hauptes zu finden sei.

A. KOPFTUCHPFLICHT JA ODER NEIN?

In der islamischen Theologie wird in der jüngeren Vergangenheit und Gegenwart über die generelle Pflicht des Kopftuchs für muslimische Frauen diskutiert. Es gibt verschiedene islamische Positionen zu dem Kopftuch. Teilweise werden sehr radikale Ansichten vertreten, die insbesondere für eine Vollverschleierung der Frau plädieren. Die klassische Ansicht und die Mehrzahl der islamischen Gelehrten begnügt sich mit der Bedeckung der Haare und sieht darin eine Pflicht. Es wird auch jene Position vertreten, die das Tragen des Kopftuchs als gar keine islamische Vorschrift ansieht. Argumentiert wird hier u. A. damit, dass die religiöse Praxis der Muslime vor allen Dingen durch die fünf Säulen des Islams definiert sei.⁶⁴ Das Tragen des Kopftuchs gehöre folglich nicht zu diesen fundamentalen Säulen. Aus dieser Tatsache diskutieren Gelehrte in der heutigen Zeit darüber, ob das Kopftuch eine soziale oder rechtliche Funktion hat. Würde man dem Kopftuch lediglich eine soziale Funktion beimessen, wäre solch ein Kopftuchgebot nicht

64 Die fünf Säulen des Islam sind die Glaubensbekenntnis, das rituelle Gebet, das Fasten im Monat Ramadan, die soziale Pflichtabgabe und die Pilgerfahrt nach Mekka.

obligatorisch, eventuell nicht mehr zeitgemäß und somit obsolet. Prof. Khaled Abou El Fadl z.B. sieht in dem Kopftuch insbesondere in nicht-muslimischen Ländern, in denen Frauen mit Kopftuch Benachteiligungen ausgesetzt sind, keine explizite Kopftuchpflicht.⁶⁵ Das Kopftuch sei demnach kein zentrales religiöses Gebot. Seiner Meinung nach sei die Grundlage, nämlich das Nichtauffallen in der Gesellschaft und der Schutz vor Belästigungen,⁶⁶ in heutigen Gesellschaften nicht mehr gegeben. Eine Kopfbedeckung, die zur Zeit des Propheten geboten und erforderlich war, habe gerade in westlichen und vielen anderen Gesellschaften seine damalige Funktion verloren und erfülle somit auch nicht mehr den gleichen Sinn und Zweck, wie zur damaligen Zeit. Im Gegenteil: In westlichen Gesellschaften bewirke das Kopftuch eben genau das Gegenteil dessen, was damals vermieden werden sollte, nämlich dass Frauen in einem anderen sozialen Umfeld diesmal eher mit dem Kopftuch „erkannt“ und deshalb auch „belästigt“ werden. Zur Zeit des Propheten galt das Kopftuch des Weiteren als Unterscheidungsmerkmal zwischen Sklavinnen und freien Frauen. Sklavinnen war das Tragen eines Kopftuchs untersagt; auch dieser Aspekt lege nahe, dass das Kopftuch nur einen sozialen Zweck befolgt habe und man heute von einem Wegfall dieser Grundlage sprechen könne.

Folglich könne man hier nicht von einer religiös-rechtlichen Bedeutung, sondern lediglich von einer sozialen und deshalb auch veränderbaren Bedeutung des islamischen Kopftuchs sprechen.

B. BEDEUTUNG DES THEOLOGISCHEN STREITES FÜR DIE JURISTISCHE PRÜFUNG

Bei der Frage, ob ein bestimmtes Auftreten oder Verhalten unter dem Schutzbereich der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG fällt, dürfen staatliche Stellen lediglich das religiöse Selbstverständnis der Grundrechtsträgerin auf eine hinreichende Plausibilität überprüfen. Muslimische Frauen können folglich das Tragen einer Kopfbedeckung in der Öffentlichkeitssphäre als eine religiöse Pflicht und als ein essentieller Bestandteil islamischer Gebote plausibel auf bestimmte Stellen im Koran zurückführen (Sure 24, Vers 31;

65 So auch der 1973 verstorbene tunesische Religionsgelehrte Muhammad Tahir Ibn Asur.

66 Vergleiche Koran 33:59.

Sure 33, Vers 59). Hierbei ist die Frage, ob das Tragen des Kopftuchs vom Schutzbereich der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gedeckt ist, irrelevant, dass es im Islam verschiedene Meinungen zu der Auslegung der einschlägigen Koranverse sowie über den Inhalt und die Verbindlichkeit religiöser Kleidungs Vorschriften gibt. Dem Staat, der sich in religiös-weltanschaulichen Angelegenheiten neutral verhalten muss, ist es verwehrt, autoritäre Koranexegese zu betreiben.⁶⁷ Folglich ist dieser theologische Meinungsstreit für das juristische Urteil nicht entscheidungserheblich.

C. FAZIT

Es gibt nicht *den* Begriff der staatlichen Neutralität. Vielmehr muss sich dieser Begriff dem gesellschaftlichen Wandel anpassen und zeitgerecht immer wieder neu verstanden und interpretiert werden. Muslimische Frauen mit Kopftuch sind ein Beispiel für diesen gesellschaftlichen Wandel und die Notwendigkeit einer Neuinterpretation des Begriffs. Das Tragen eines islamischen Kopftuches für muslimische Lehrerinnen in öffentlichen Pflichtschulen ist von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt und verstößt nicht gegen die staatliche Neutralitätspflicht. Das Unterrichten in öffentlichen Klassenräumen mit einem erkennbaren religiösen Bekleidungsstück allein ist nicht geeignet, um den religiösen Frieden in der Schule zu gefährden. Eine religiöse Bekleidung in Form des Kopftuchs kann – muss aber nicht – allenfalls eine die Neutralitätspflicht des Staates nicht gefährdende abstrakte Gefahr darstellen. Solange diese abstrakte Gefahr aber nicht in eine konkrete Gefährdungssituation umschlägt und die Lehrerin ihrer Amtsausübung kompetent gerecht wird, kann zu keinem Zeitpunkt allein durch das Tragen eines religiös veranlassten Kopftuchs von einem Verstoß gegen die Neutralitätspflicht des Staates die Rede sein.

⁶⁷ Traub, s. 1339.

LITERATUR

Busse, Elmar Wolfgang Walter (2013) Das Prinzip der staatlichen Neutralität und die Freiheit der Religionsausübung, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Peter Lang

Classen, Claus Dieter (2015) Religionsrecht, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck

Czermak, Gerhard (2008) Religions- und Weltanschauungsrecht, 1. Auflage, Berlin Heidelberg, Springer

Enzensberger, Daniel (2015) „Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen“, Neue Verwaltungszeitschrift, S:13, s. 871-873

Franzke, Hans-Georg (2003) „Frankreich, seine Laizität und Europa“, Zeitschrift für Recht und Politik, S:10, s. 357-359

Frenz, Walter (2009) „Die Religionsfreiheit“, Juristische Ausbildung, S:7, s. 493-497

Halfmann, Ralf (2000) „Der Streit um die „Lehrerin mit Kopftuch““, Neue Verwaltungszeitschrift 2000, S:8, s. 862-868

Hofmann, Hans (2009) „Religiöse Symbole in Schule und Öffentlichkeit“, Neue Verwaltungszeitschrift, S:2, s. 74-80

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (2016) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 14. Auflage, München, Beck

Kloepfner, Michael (2010) Verfassungsrecht II Grundrechte, 1. Auflage, München, Beck

Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhardt (2010) Grundrechte Staatsrecht II, 26. Auflage, Heidelberg, Müller

Rusteberg, Benjamin (2015) „Kopftuchverbot als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren“, Juristische Zeitschrift, S:13, s. 637-644

Sachs, Michael (2015) „Kein allgemeines Kopftuchverbot für Lehrerinnen in der Schule“, Juristische Schulung, S:6, s. 571-574

Sydow, Gernot (2009) „Moderator im Glaubensstreit: Der neutrale Staat in ungewohnter Rolle“, Juristische Zeitschrift, S:23, s. 1141-1148

Thormann, Martin (2011) „Kreuz, Kopftuch und Bekenntnisschule“, Die Öffentliche Verwaltung, S:24, s. 945-954

Traub, Thomas (2015) „Abstrakte und konkrete Gefahren religiöser Symbole in öffentlichen Schulen“, Neue Juristische Wochenzeitschrift, S:19, S. 1338-1341

Weidemann, Daniel (2016) „Religiöse Symbole vor Gericht – Teil 1“, Zeitschrift für das Juristische Studium, S:3, s. 286-296

Wißmann, Hinnerk (2015) Entscheidungsanmerkung Pauschales Kopftuchverbot und Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, Zeitschrift für das Juristische Studium S:3, s. 299-303

Özel Hukuk

**RICHTLINIE 2008/94/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND
DES RATES VOM 22. OKTOBER 2008 ÜBER DEN SCHUTZ DER
ARBEITNEHMER BEI ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT DES
ARBEITGEBERS UND DEREN UMSETZUNG IN ÖSTERREICH UND
DEUTSCHLAND**

Asst. Prof. Dr. Arzu AŞÇI*

ZUSAMMENFASSUNG

Eingangs wird die Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers kurz dargestellt. In diesem Zusammenhang wird insbesondere die Umsetzung der Richtlinie in Österreich erörtert. Es wird die Umsetzung der Richtlinie in anderen Mitgliedstaaten wie Deutschland erläutert. Die Bestimmungen über das Insolvenzverfahren in der Schweiz und in Liechtenstein werden aufgrund des geographischen Naheverhältnisses ebenfalls kurz dargestellt. Zum Schluss wird die Rechtslage in Österreich und Deutschland verglichen.

Schlüsselwörter: Insolvenz, EU, richtlinie EG, ansprüche der arbeitnehmer, rechtsvergleich Österreich und Deutschland

* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, arzu.asci@izmirekonomi.edu.tr.
(Geliş Tarihi : 23.11.2017 – Kabul Tarihi : 04.01.2018)

**İŞVERENLERİN İFLASI DURUMUNDA ÇALIŞANLARIN
KORUNMASINA İLİŞKİN 22 EKİM 2008 TARİHLİ VE 2008/94/AT
SAYILI AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEY DİREKTİFİ VE BU
DİREKTİFİN AVUSTURYA VE ALMANYA DA HAYATA GEÇİRİLİŞİ**

ÖZET

Girişte işverenlerinin iflası durumunda çalışanların korunmasına ilişkin 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/94/EG sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ele alınmaktadır. Sonrasında yukarıda belirtilen Direktifin Avusturya da hayata nasıl geçirildiği konu edilmektedir. Aynı zamanda Avrupa Birliği üyesi olan Almanya'nın direktifi uygulama biçimi incelenmektedir. İflas halinde komşu ülkeler olan İsviçre ve Liechtenstein'in işveren tarafından ödenmemiş işçi alacaklarının ne şekilde koruma altına alındığı belirtilmektedir. Son olarak da Avusturya ve Almanya arasında hukuki bir karşılaştırma yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İflas, Avrupa Birliği, konsey direktifi, işçi alacakları, karşılaştırmalı hukuk, Avusturya, Almanya

I. RICHTLINIE 2008/94/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES VOM 22. OKTOBER 2008 ÜBER DEN SCHUTZ DER ARBEITNEHMER BEI ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT DES ARBEITGEBERS UND DEREN UMSETZUNG IN ÖSTERREICH

A. EINLEITUNG

Seit der Entstehung der Richtlinie wurde diese mehrfach und in erheblichem Umfang abgeändert und auch kodifiziert¹. Vorrangiges Ziel der Richtlinie 80/978/EWG war unter anderem, die unterschiedlichen Bestimmungen über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers in den verschiedenen Mitgliedstaaten anzugleichen.² Diese wurde mit der Richtlinie 2008/94/EG über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers ersetzt. Die kodifizierte Fassung der Richtlinie stellt gemeinschaftsrechtliche Prinzipien dar, um bei Insolvenz des Arbeitgebers Ansprüche der Arbeitnehmer zu sichern.³ Der Geltungsbereich umfasst demnach Ansprüche von Arbeitnehmern, welche sich auf einen Arbeitsvertrag bzw. ein Arbeitsverhältnis stützen und gegen den zahlungsunfähigen Arbeitgeber richten.⁴ Es handelt sich um Grundsätze, deren Umsetzung den jeweiligen Mitgliedstaaten selbst überlassen wird. In den einzelnen Mitgliedstaaten muss sichergestellt werden, dass Einrichtungen bestehen, die bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers offene Ansprüche der Arbeitnehmer befriedigen.⁵ Die organisatorische Beschaffenheit, die genaue Arbeitsweise der Einrichtung, wie die Geldmittel finanziert werden, wird nicht von der Richtlinie definiert, sondern ist jeweils den Mitgliedstaaten überlassen.⁶ Die

1 Vgl. Richtlinie 2008/94/EG und 80/978/EWG.

2 Zwischen den Mitgliedstaaten bestand im Bezug auf den Umfang des Schutzes große Unterschiede; vgl auch **Richtlinie des Rates vom 20.10.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers**, <<http://www.eur-lex.europa.eu>> s.e.t. 14.10.2017.

3 Siehe auch Egger, Johann (2005) **Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung**, 2. Auflage, Wien, ÖGB Verlag, s. 395.

4 Vgl. Art 1 Abs. 1 RL 2008/94/EG.

5 Vgl. Art 3 Abs. 1 RL 2008/94/EG.

6 Egger, s. 396.

Rückstände bzgl. der Pflichtbeiträge der Arbeitgeber gegenüber der Garantieeinrichtung, welche sich jeweils aus der nationalen Rechtsordnung ergeben, dürfen nicht dazu führen, dass die Ansprüche der Arbeitnehmer durch die Garantieeinrichtung nicht gesichert sind.⁷ Die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers wird durch ein Gesamtverfahren festgestellt, welches eine teilweise oder vollständige Beschlagnahme des Vermögens und Bestellung eines Verwalters zur Folge hat; das Gericht hat entweder die Eröffnung des Verfahrens beschlossen oder festgestellt, dass das Unternehmen oder der Betrieb des Arbeitgebers endgültig stillgelegt ist oder die Vermögensmasse für die Eröffnung des Verfahrens nicht ausreicht.⁸ In Art 5 der Richtlinie werden organisatorische Mindestanforderungen⁹ aufgestellt, die erforderlich sind, um Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber sicherzustellen.

In den Mitgliedstaaten ist eine Einrichtung mit folgenden Erfordernissen zu schaffen:

- das Vermögen der Einrichtung ist vom Betriebsvermögen des Arbeitgebers getrennt
- der Arbeitgeber muss Beitragszahlungen an die Einrichtung leisten, es sei denn, dass diese in vollem Umfang durch die öffentliche Hand gewährleistet werden und
- die Einrichtung muss bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers Zahlungen an die Arbeitnehmer leisten, auch wenn der Arbeitgeber seiner Beitragspflicht nicht nachgekommen ist.

Den Mitgliedstaaten steht es frei, bestimmte Arbeitnehmergruppen von der Anwendung dieser Richtlinie, wegen Bestehens anderer innerstaatlicher Garantieförmlichkeiten, auszunehmen, wobei Teilzeitarbeitnehmer, Arbeitnehmer, die ein befristetes Dienstverhältnis haben und Leiharbeitnehmer vom Anwendungsbereich der Richtlinie nicht ausgeschlossen werden dürfen.¹⁰ Der Anspruch auf Ausfallgeld darf auch nicht von einer Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden.¹¹ Der Arbeitnehmer kann bei Zahlungsunfähigkeit

7 Vgl. Art 5 RL 2008/94/EG.

8 Vgl. Art 2 RL 2008/94/EG.

9 Egger, s. 397.

10 Vgl. Art 1 Abs. 2 und Art 2 Abs. 2; siehe auch Egger, s. 396 ff.

11 Vgl. Art 2 Abs. 3 RL 2008/94/EG.

seines Arbeitgebers Ausfallgeld in dem Mitgliedstaat beantragen, in dem die zuständige Behörde entweder die Eröffnung des Verfahrens beschlossen oder festgestellt hat, dass der Betrieb des Arbeitgebers endgültig stillgelegt ist oder die Vermögensmasse für die Eröffnung des Verfahrens nicht ausreicht.¹² Die Richtlinie umfasst alle Verfahren der einzelnen Mitgliedstaaten, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet werden.¹³ Auch die Ablehnung eines Verfahrens mangels Vermögensmasse, welche zugleich auch feststellt, dass das Unternehmen bereits stillgelegt ist, wird als anspruchsbegründend im Sinne der Richtlinie erfasst.¹⁴ Arbeitnehmer haben bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers Anspruch auf das Arbeitsentgelt, wobei der Begriff „Arbeitsentgelt“ nicht definiert wird und jeweils der nationalen Rechtsordnung zu entnehmen ist.¹⁵ Auch die Begriffe „Arbeitnehmer“, „Anwartschaft“ oder „erworbenes Recht“ werden in der Richtlinie nicht näher erläutert. Die Begriffsbestimmung obliegt dem nationalen Recht.¹⁶ Obwohl die Begriffsbestimmung dem nationalen Recht obliegt, muss hinzugefügt werden, dass der EuGH in mehreren Entscheidung ganz klar festgehalten hat, dass der Ermessensspielraum, über den die Mitgliedstaaten bei der Definition des Arbeitnehmerbegriffs verfügen, nicht unbegrenzt ist.¹⁷ Ob auch eine Kündigungsentschädigung, die aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers entstanden ist, durch die Institution übernommen wird, können die Mitgliedstaaten selbst entscheiden.¹⁸ Jedenfalls vergütet werden aber auch Sonderzahlungen, Abfertigungen und Pensionszahlungen, die in Betrieben als Zusatzpension konzipiert sind.¹⁹ Die Mitgliedstaaten können ferner selbst

12 **Egger**, s. 397.

13 Vgl. Art 2 Abs. 1 RL 2008/94/EG.

14 Vgl. Art 2 Abs. 1 RL 2008/94/EG.

15 Vgl. Art 2 Abs. 2 RL 2008/94/EG.

16 Vgl. Art 2 Abs. 2 RL 2008/94/EG.

17 Siehe **Tümer**, EuGH, C-311/13, 05.11.2014, <<http://www.curia.europa.eu>> s.e.t 22.01.2018.

18 **Egger**, s. 398; In Österreich wird auch die Kündigungsentschädigung in den Begriff des Arbeitsentgelts miteinbezogen; siehe auch **Rodriguez Caballero**, EuGH, C-442/00, 12.12.2002, Slg 2002, I-11915 = EuZW 2003, 121.

19 **Egger**, s. 398; siehe auch **Hogan u.a.**, EuGH, C-398/11, 25.04.2013,

entscheiden, welchen zeitlichen und betragsmäßigen Rahmen die Zahlungspflicht der Institution haben. Die Richtlinie sieht jedoch vor, dass die Sicherung der Ansprüche der letzten drei Monate des Dienstverhältnisses gewährleistet werden muss.²⁰ Bei einer betragsmäßigen Höchstgrenze muss jeder Mitgliedsstaat seine Berechnungsweise kundtun. Von einer Höchstgrenze bei der Sicherung der Ansprüche im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers hat auch Österreich Gebrauch gemacht.²¹ Wobei in diesem Zusammenhang auch zu erwähnen ist, dass außer die Niederlande alle Mitgliedsstaaten Höchstgrenzen festgesetzt haben, wobei alle sehr unterschiedliche Berechnungsmethoden angewendet haben. In den Mitgliedsstaaten können für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen geschaffen werden.²²

Des Weiteren gibt es Bestimmungen für grenzübergreifende Fälle. Wenn ein Unternehmen, das im Hoheitsgebiet zweier Mitgliedstaaten tätig ist, zahlungsunfähig wird, dann ist für die Befriedigung der nicht erfüllten Ansprüche des Arbeitnehmers die Einrichtung des Mitgliedstaates zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer für gewöhnlich seine Arbeit verrichtet bzw. verrichtet hat.²³

B. UMSETZUNG DER RICHTLINIE IN ÖSTERREICH

1. Allgemeines

Am 02.06.1977 verabschiedete der Nationalrat das Entgeltsicherungsgesetz.²⁴ Das IESG²⁵ führt eine weitreichendere und für den Arbeitnehmer günstigere Regelung über den Schutz der Arbeitnehmer im Falle der

<<http://www.dejure.org>> s.e.t 23.01.2018.

20 Vgl. Art 4 Abs. 2 RL 2008/94/EG.

21 Siehe § 1 Abs. 3 bis 4 a und § 3d IESG; vgl. auch OGH, 8 Ob S 292/00z, 16.8.2001, <<http://www.rdb.manz.at>> s.e.t 24.11.2017.

22 Vgl. Art 11 RL 2008/94/EG; **Dumon und Froment**, EuGH, C-235/95, 16.7.1998, Slg 1998, I-4531 = EuZW 1998, 598.

23 Vgl. Art 9 RL 2008/94/EG.

24 **Insolvenz = Wenn die Firma pleite geht**, <<http://www.wien.arbeiterkammer.at>> s.e.t. 22.11.2017.

25 Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz.

Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers aus als in der Insolvenz-Richtlinie 2008/94/EG vorgesehen ist.²⁶

2. Einrichtung

Es wurde eine Institution geschaffen, die IEF-Service-GmbH, die bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder bei Ablehnung mangels Vermögen auf Antrag der Arbeitnehmer deren Forderungen im gesetzlich abgesteckten Rahmen²⁷ nach dem IESG befriedigt. Gesichert sind nach IESG auch Kündigungsentschädigungen, Abfertigungen und auch Schadenersatzansprüche, die aufgrund der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstanden sind. Somit enthält das IESG bezüglich der gesicherten Ansprüche weitaus günstigere Bestimmungen als in der Richtlinie vorgesehen ist.²⁸ Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind nach § 1 Abs. 6 Z. 1 bis 3 IESG Vorstandsmitglieder einer Gesellschaft oder Gesellschafter, die einen herrschenden Einfluss auf die Gesellschaft haben, Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund, Land oder zur Gemeinde stehen und Personen, die nach den Bestimmungen des Arbeitslosenversicherungsgesetz der Arbeitslosenversicherungspflicht unterliegen.

3. Anspruchsberechtigte Personen

Anspruchsberechtigt sind demnach:

- Arbeitnehmer (auch ehemalige Arbeitnehmer),
- Heimarbeiter,
- Nachfolger von Todes wegen sowie Hinterbliebene.

Es gilt der allgemeine Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts des ABGB.²⁹ Die Arbeit muss in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit geleistet werden. Ob tatsächlich ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegen muss, damit der Arbeitnehmer vom Schutz des IESG umfasst ist, wird im Gesetz nicht näher festgelegt. Sofern aber ein Arbeitsvertrag im Sinne des ABGB

26 Siehe auch **Egger**, s. 400.

27 Es gibt jedenfalls eine zeitliche und betragsmäßige Höchstgrenze.

28 Vgl. § 1 Abs. 2 IESG.

29 Siehe auch Liebeg, Paul, **Insolvenz-Entgeltssicherungsgesetz, Kommentar**, 3. Auflage, Wien, Linde Verlag, s. § 1 IESG Rz 2.

konkudent zustande gekommen ist, wird man davon ausgehen müssen, dass der Arbeitnehmer vom Schutz des IESG umfasst ist.³⁰

4. Gesicherte Ansprüche

Gesichert sind nach dem IESG Entgeltansprüche, Schadenersatzansprüche und sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber sowie die notwendigen Kosten für die Rechtsdurchsetzung.³¹ Die zeitlich und betragsmäßig begrenzte Sicherung der Ansprüche wird an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. die sonstigen, der Eröffnung gleichzusetzenden Rechtshandlungen gebunden.³² Bezugszeitpunkt ist also die Eröffnung des Verfahrens. Ansprüche, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, sind auf sechs Monate beschränkt.³³ Auch Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung sind zeitlich für höchstens zwei Jahre rückwirkend gesichert.

II. DIE UMSETZUNG DER RICHTLINIE IM LÄNDERVERGLEICH

A. DEUTSCHLAND

Die Bestimmungen über den Ersatz des Lohnes im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers befinden sich im Sozialgesetzbuch III.³⁴

1. Anspruchsberechtigte Personen

Anspruch auf Insolvenzgeld haben gemäß § 165 SGB III Arbeitnehmer, welche im Inland beschäftigt waren. Arbeitnehmer ist nach § 5 BetrVG, wer eine Erwerbstätigkeit in persönlicher Abhängigkeit zu einem Arbeitgeber ausübt. Ein Arbeitgeber gilt als insolvent, wenn

- er zahlungsunfähig ist,
- die Zahlungsunfähigkeit droht oder
- er überschuldet ist.³⁵

30 **Pötscher, Siegfried, Arbeitsrecht-Tipp: Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG)**, <<http://www.glb.at>> s.e.t. 24.11.2017.

31 Vgl. § 1 Abs. 2 IESG.

32 Vgl. § 1 Abs. 1 IESG.

33 Wolligger, Sandra (2001) Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht, 1. Auflage, Wien, ÖGB Verlag, s. 70.

34 Bundesagentur für Arbeit, Insolvenzgeld für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, <<http://www.arbeitsagentur.de>> s.e.t. 14.10.2017.

35 Vgl. **Zimmermann, Walter** (2012) Grundriss des Insolvenzrechts, 9. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, s. 10.

Die Zahlungsunfähigkeit bedeutet, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.³⁶ Eine Zahlungsunfähigkeit droht dann, wenn der Schuldner nicht in der Lage sein wird, bei Fälligkeit der Zahlungspflichten diese auch zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.³⁷ Eine Überschuldung liegt dann vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt.³⁸ Folgende Tatbestände sind der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 165 Abs. 1 Z. 1 und 2 SGB III gleichzusetzen:

- Die Abweisung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse und
- die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland,

2. Gesicherte Ansprüche

Der Arbeitnehmer hat nach dem SGB III Anspruch auf das offene Arbeitsentgelt für die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. wenn das Dienstverhältnis vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet wurde für die letzten drei Monate vor dessen Beendigung.³⁹ Das laufende Arbeitsentgelt beinhaltet neben dem Lohn (Gehalt) sämtliche für die Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung zustehenden Vergütungen. Dazu zählen also auch Sonderzahlungen, Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Überstunden, Zuschläge und Zulagen usw. Ansprüche, die sich aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergeben, sind nicht gesichert.⁴⁰ Im Übrigen muss der Arbeitnehmer auf das Insolvenzgeld anrechnen lassen, was er während des „Insolvenzgeldbezuges“ aus selbständiger oder unselbständiger Tätigkeit anderweitig verdient hat. Mit der Beantragung des Insolvenzgeldes gehen die Ansprüche auf die Bundesagentur für Arbeit über.⁴¹ Diese treten sozusagen in die Rechte der Arbeitnehmer ein und melden die Ansprüche bei Eröffnung des

36 Vgl. § 17 Abs. 2 InsO; **Bork, Reinhard** (2009) Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, s. 46.

37 Vgl. § 18 Abs. 2 InsO; Bork, s. 49.

38 Vgl. § 19 Abs. 2 InsO; Bork, s. 50.

39 Vgl. § 165 Abs. 1 SGB III.

40 Vgl. § 166 Abs. 1 Z. 1 SGB III.

41 Vgl. § 169 SGB III; siehe auch Breuer, Wolfgang (2011) Insolvenzrecht, Eine Einführung, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, s. 150.

Insolvenzverfahrens als Insolvenzforderungen an. Die Sicherung der Ansprüche im Insolvenzverfahren in Deutschland ist vergleichbar mit einer Versicherung. Versicherungsträger ist die Bundesagentur für Arbeit, wobei die Auszahlungen jeweils von den örtlichen Agenturen getätigt werden.

B. EXKURS

1. Schweiz

Der Schutz der Arbeitnehmer im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers ist in der Schweiz im Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung geregelt.⁴²

a. Anspruchsberechtigte Personen

Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben nach Art 51 AVIG Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegt. Es muss entweder

- gegen den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet worden sein und zu diesem Zeitpunkt Lohnforderungen bestehen,
- der Konkurs nur deshalb nicht eröffnet worden sein, weil sich aufgrund der Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger finden lässt, der die Kosten vorschießt oder
- die Arbeitnehmer müssen gegen den Arbeitgeber für offene Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben.

Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben nach Art 51 Abs. 2 AVIG Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder maßgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

b. Gesicherte Ansprüche

Gesichert sind nach Art 52 AVIG Lohnansprüche für die letzten vier Monate vor Konkurseröffnung. Ausnahmsweise sind auch allfällige Lohnansprüche nach Konkurseröffnung gesichert, sofern der Arbeitnehmer

⁴² Staatssekretariat für Wirtschaft, Insolvenzenschädigung, <<http://www.admin.ch>>, s.e.t. 14.10.2017.

nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet wurde.⁴³ Die Frist von vier Monaten darf aber auch hier nicht überschritten werden. Den Antrag auf Entschädigung muss der Arbeitnehmer gemäß Art 53 AVIG innerhalb von 60 Tagen ab Veröffentlichung des Konkurses bzw. bei Pfändung innerhalb von 60 Tagen nach dem Pfändungsvollzug bei der öffentlichen Kasse stellen. Mit Ablauf der oben genannten Fristen erlischt der Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers.⁴⁴ Die Mittel für Entschädigungen im Falle des Konkurses des Arbeitgebers werden in der Schweiz aus den Mitteln der Arbeitslosenversicherung finanziert.⁴⁵ Das heißt, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer beitragspflichtig sind und zur Finanzierung beitragen. Auch in der Schweiz gehen Lohnforderungen mit Antragstellung bzw. Bezahlung an die Kasse über.⁴⁶

2. Liechtenstein

In Liechtenstein wird die Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen bei Konkurs des Arbeitgebers im ALVG geregelt.⁴⁷

a. Anspruchsberechtigte Personen

Arbeitnehmer haben Anspruch auf Insolvenzenschädigung wenn

- gegen den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wurde und Arbeitnehmer ihm gegenüber zu diesem Zeitpunkt Lohnforderungen haben,
- der Konkurs abgewiesen wurde,
- Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber für Lohnforderungen ein Exekutionsverfahren eingeleitet haben und die Exekution nicht vollzogen werden konnte
- die Nachlassstundung bewilligt wurde und diese aus dem Betrieb ausgeschieden sind.⁴⁸

43 Vgl. Art 52 AVIG.

44 Vgl. Art 53 Abs. 3 AVIG.

45 Vgl. Art 57 AVIG.

46 Vgl. Art 54 Abs. 1 AVIG.

47 Amt für Volkswirtschaft, Antrag auf Insolvenzenschädigung, <<http://www.llv.li>> s.e.t. 14.10.2017.

48 Vgl. Art 56 Abs. 1 ALVG.

b. Gesicherte Ansprüche

Gesichert sind Lohnansprüche für die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor Konkursöffnung, Konkursabweisung, Nachlassstundung oder aber der erfolglosen Pfändung.⁴⁹ Neben dem Lohn bekommt der Arbeitnehmer Entschädigung für Sonderzahlungen, Zulagen, Überstunden usw. Keine Entschädigung gibt es unter anderem für Familienzulagen oder Schadenersatzansprüche, die sich aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses ergeben. Der Antrag auf Entschädigung muss bei der Arbeitslosenversicherung im Amt für Volkswirtschaft gestellt werden.⁵⁰ Die Frist beträgt hier ebenfalls 60 Tage ab Veröffentlichung des Gerichtsbeschlusses oder erfolgloser Exekution.⁵¹ Der Arbeitnehmer muss die von ihm geltend gemachten Forderungen gegenüber der Arbeitslosenversicherung glaubhaft und nachvollziehbar darlegen.⁵² Nach Verstreichen der Frist von 60 Tagen erlischt der Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers.⁵³

3. Türkei

In der Türkei wird die Sicherung von Arbeitnehmeransprüchen im Falle des Konkurses des Arbeitgebers im Arbeitslosenversicherungsgesetz und im Sozialversicherungsgesetz geregelt.

a. Anspruchsberechtigte Personen

Arbeitnehmer haben Anspruch auf Insolvenzentgelt wenn

- gegen den Arbeitgeber ein Sanierungsverfahren eröffnet wurde,
- der Arbeitgeber einen Zahlungsunfähigkeitsnachweis erhalten hat,
- gegen den Arbeitgeber ein Konkursverfahren eröffnet wurde oder
- die Konkursöffnung verschoben wurde.⁵⁴

b. Gesicherte Ansprüche

Gesichert sind Lohnansprüche aus dem Dienstverhältnis für die letzten drei Monate vor Eröffnung eines Sanierungsverfahrens⁵⁵, Erhalt eines

49 Vgl. Art 57 Abs. 1 ALVG.

50 Vgl. Art 68 ALVV; Art 58 Abs. 1 ALVG.

51 Vgl. Art 58 Abs. 1 ALVG.

52 Vgl. Art 67 ALVV.

53 Vgl. Art 58 Abs. 2 ALVG.

54 Siehe auch **Süzek, Sarper** (2012) *İş Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s. 411.

Zahlungsunfähigkeitsnachweises⁵⁶, Eröffnung des Konkursverfahrens oder wenn die Eröffnung des Konkursverfahrens verschoben wird und der Arbeitgeber dadurch in Zahlungsschwierigkeiten gerät.⁵⁷ Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer vor Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers mindestens ein Jahr bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war. Ein aufrechtes Dienstverhältnis wird nicht vorausgesetzt.⁵⁸ Kündigungsentschädigung und Abfertigung sind nicht gesichert. Der Betrag wird vom Grundgehalt berechnet und darf die Höchstbeitragsgrundlage nicht überschreiten. Weitere Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer laut Arbeitslosenversicherungsgesetz versichert ist.⁵⁹

Laut Arbeitslosenversicherungsgesetz ist ein Arbeitnehmer versichert, wenn er bei einem nach diesem Gesetz anerkannten Arbeitgeber beschäftigt ist und während der Beschäftigungsdauer Arbeitslosenversicherungsbeiträge bezahlt.⁶⁰ Das Insolvenzentgelt wird nur auf Antrag des Arbeitnehmers ausbezahlt. Eine automatische Ausbezahlung ist nicht vorgesehen.⁶¹ Der Antrag wird beim Arbeitsamt gestellt.

C. INSOLVENZENTGELT IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND IM VERGLEICH

1. Allgemeines

Vorab kann festgehalten werden, dass die Umsetzung der Richtlinie über den Schutz der Arbeitnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers in Österreich durch das IESG weit über die Mindestanforderungen erfolgt ist. Das heißt, dass Arbeitnehmer in Österreich in ihren Ansprüchen gegenüber dem Arbeitgeber für die Zurverfügungstellung ihrer Arbeitsleistung bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers weit über die Anforderungen der Richtlinie geschützt sind.⁶² In Deutschland entspricht die Umsetzung der Richtlinie den gesetzlichen Vorgaben, wobei ich

55 Vgl. İİK m. 285 ff.

56 Vgl. İİK m. 105, 143.

57 Vgl. İİK m. 154 ff.

58 Siehe auch **Süzek**, s. 412

59 Siehe auch **Türe, M. Gökhan (2017) Türk İş Hukukunda İşveren İflası**, 1. Baskı, Ankara, Lykeion Yayıncılık, s. 143 ff.

60 Vgl. **İşsizlik Sigortası Kanunu m. 47/1-d.**

61 Siehe **Türe**, s. 146 ff.

62 Siehe auch **Egger**, s. 400.

hinzufügen möchte, dass meiner Ansicht nach im Vergleich zwischen Österreich und Deutschland Arbeitnehmer in Österreich umfassender in ihren finanziellen Ansprüchen geschützt sind als in Deutschland.

2. Anknüpfungstatbestand

Anknüpfungstatbestand ist sowohl in Österreich als auch in Deutschland die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Sofern ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet wird oder aber mangels ausreichendem Vermögen des Schuldners nicht eröffnet werden kann, stellt dies einen Tatbestand dar. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die gesetzlichen Bestimmungen beider Länder kaum.⁶³

3. Anspruchsberechtigte Personen

Anspruchsberechtigte Personen sind nach dem IESG in Österreich Arbeitnehmer, ehemalige Arbeitnehmer, freie Dienstnehmer, Heimarbeiter sowie Rechtsnachfolger von Todes wegen und Hinterbliebene.⁶⁴ In Deutschland hingegen werden im SGB III lediglich Arbeitnehmer angeführt, wobei der Arbeitnehmerbegriff nicht mit dem Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts begrenzt ist, sondern nach dem Sozialgesetz weitaus umfangreicher definiert wird.⁶⁵ Die Anspruchsberechtigung von ehemaligen Arbeitnehmern in Deutschland ergibt sich wie in Österreich aus dem Gesetzeswortlaut selbst.⁶⁶

4. Gesicherte Ansprüche

Während in Deutschland lediglich die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. sofern das Dienstverhältnis vor der Eröffnung des Verfahrens beendet wurde, die letzten drei Monate vor dessen Beendigung gesichert sind, sind nach dem IESG die letzten sechs Monate vor

63 Vgl. auch § 16 ff InsO bzw. § 66 ff IO; in Deutschland wird die drohende Zahlungsunfähigkeit neben der Zahlungsunfähigkeit sowie Überschuldung gesondert im Gesetz angeführt, während in Österreich als materielle Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens lediglich die Zahlungsunfähigkeit sowie Überschuldung angeführt werden.

64 Vgl. § 1 Abs. 1 IESG.

65 Vgl. § 165 Abs. 1 ff SGB III.

66 Siehe auch **Wolliger**, s. 39.

Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesichert.⁶⁷ Die zeitliche Sicherung von Ansprüchen für zumindest drei Monate wird in der Richtlinie festgesetzt.⁶⁸ Sohin entspricht in dieser Hinsicht die deutsche Rechtsordnung den Mindestanforderungen der Richtlinie, während die österreichische Rechtsordnung einen weitreichenderen Schutz gewährt. Im Übrigen werden in Österreich neben dem laufenden Entgelt auch Beendigungsansprüche durch das IESG gesichert.⁶⁹ In Deutschland sind nach dem SGB III Beendigungsansprüche von der Sicherung nicht umfasst.⁷⁰

5. Ergebnis

Im Ergebnis werden nach den gesetzlichen Bestimmungen sowohl in Österreich als auch in Deutschland Arbeitnehmer im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers in ihren offenen Ansprüchen geschützt. Ohne Zweifel ist dieser Schutz in Österreich weitreichender und stellt für Arbeitnehmer in Österreich meiner Ansicht nach einen erheblichen Vorteil dar. Festgehalten werden muss auch, dass die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers Arbeitnehmer in finanziell schwierige Situationen bringt. Zum einen haben Arbeitnehmer mehrere Monate lang keine Zahlung für ihre Arbeitsleistung erhalten und zum anderen ist die Angst vor einem Arbeitsplatzverlust groß. Unter diesem Aspekt halte ich es für sinnvoll und auch gerechtfertigt, Arbeitnehmern einen umfassenden und auch weitreichenden Schutz zu gewähren.

67 Vgl. § 165 Abs. 1 SGB III; § 3a IESG.

68 Vgl. Art 4 Abs. 2 RL 2008/94/EG.

69 Vgl. § 3b Z. 3 und 4 IESG; siehe auch *Liebeg* (2007) Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, Kommentar3 § 3b IESG Rz 9 ff.

70 Vgl. § 166 Abs. 1 Z. 1 SGB III.

LITERATURVERZEICHNIS

Berger, Christian / Bähr, Rainer M. / Melchior, Moritz / Sturm, Karsten / Winderlich, Matthias (2011) 12. Leipziger Insolvenzrechtstag, Beiträge aus Wirtschaft und Praxis zu Problemen des Insolvenzrechts, Berlin, Logos Verlag Berlin.

Binder, Martin (2010) AVRAG, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, 2. Auflage, Wien, Manz Verlag.

Bock, Gerhard / Muhri, Georg (2003) Das neue Insolvenzrecht, Kurzkommentar zur Insolvenzrechts-Novelle 2002 sowie dem IIRG 2003 und der Europäischen Insolvenzordnung, 2. Auflage, Wien, Verlag Österreich.

Boesch, Markus (1998) Betriebsübergang und Insolvenz, 1. Auflage, Wien, Verlag Österreich.

Bork, Reinhard (2009) Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag.

Breuer, Wolfgang (2011) Insolvenzrecht, Eine Einführung, 3. Auflage, München, C.H. Beck Auflage.

Buchegger, Walter (2013) Insolvenzrecht, 2. Auflage, Wien, Verlag Österreich.

Dellinger, Markus/Oberhammer, Paul (2002) Insolvenzrecht, 1. Auflage, Wien, Manz Verlag.

Egger, Johann (2005) Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung, 2. Auflage, Wien, ÖGB Verlag.

Fink, Herbert (2013) Insolvenzrecht, 8. Auflage, Wien, LexisNexis Verlag.

Gagawczuk, Walter / Krapf, Günter (2005) Arbeitsrechtliche Ansprüche von A – Z, 3. Auflage, Wien, LexisNexis Verlag.

Holzer, Wolfgang / Reissner, Gert-Peter (2006) Arbeitsvertragsrecht - Anpassungsgesetz, 2. Auflage, Wien, ÖGB Verlag.

Holzer, Wolfgang / Reissner, Gert-Peter / Schwarz, Walter (1999) Die Rechte des Arbeitnehmers bei Insolvenz, 1. Auflage, Wien, ÖGB Verlag.

Hummer, Hans-Jörg (1999) Die Rechte des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang in Österreich und Frankreich, 1. Auflage, Wien, ÖGB Verlag.

Keller, Ulrich (2006) Insolvenzrecht, 1. Auflage, München, Franz Vahlen Verlag.

Konecny, Andreas (Hrsg.) (2010) , IRÄG 2010, 1. Auflage, Wien, LexisNexis Verlag.

Leonhardt, Peter / Smid, Stefan / Zeuner, Mark (2012) Internationales Insolvenzrecht, 2. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer Verlag.

Muhri, Georg / Stortecky, Feliz (2010) Das neue Insolvenzrecht, 6. Auflage, Wien, Österreich Verlag.

Neumayr, Matthias / Reissner, Gert-Peter (2011) Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, Wien, Manz Verlag.

Nunner-Krautgasser, Bettina / Reissner, Gert-Peter (2012) Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht, Kompakter Überblick auf aktuellstem Stand, 1. Auflage, Wien, Linde Verlag.

Puschner, Kaja (2000) Konkurs und Europäische Menschenrechtskonvention, 1. Auflage, Wien, Manz Verlag.

Rechberger, Walter / Thurner, Mario (2004) Insolvenzrecht: Einführung und Grundriss, 2. Auflage, Wien, Facultas Verlag.

Reckenzaun, Axel (2010) IRÄG 2010 – Insolvenzordnung, 1. Auflage, Wien, Linde Verlag.

Reissner, Gert-Peter (2012) AngG, Angestelltengesetz, Kommentar, Wien, Linde Verlag.

Reissner, Gert-Peter (2015) Lern-und Übungsbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage, Wien, Manz Verlag.

Rüetschi, David (2010) Schuldenbetreibungs - und Konkursrecht, 1. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag.

Süzek, Sarper (2012) İş Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Türe, M. Gökhan (2017) İş Hukukunda İşverenin İflası, 1. Baskı, Ankara, Lykeion Yayıncılık.

Werschitz, Otto / Muhri, Georg (2010) Insolvenzrecht, Wien, Linde Verlag.

Wolligger, Sandra (2001) Arbeitnehmeransprüche bei Arbeitgeberinsolvenz nach EG- und österreichischem Recht, Wien, ÖGB Verlag.

Zimmermann, Walter (2012) Grundriss des Insolvenzrechts, 9. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag.

Zimmermann, Walter (2001) Insolvenzrecht, 4. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verla

DUTY OF CARE AND LOYALTY WHILE RUNNING JOINT STOCK COMPANIES UNDER THE TURKISH COMMERCIAL CODE

Kamil Abdu OUMER*

ABSTRACT

Duty of care and loyalty are among the general principles regulated under the provisions of the Turkish Commercial Code in relation to joint stock companies. But, who owes these duties and for whom they are owed is argumentative. The standard of care prescribed in the Turkish Commercial Code is also open for arguments. In addition, their application in the case of controlled and controlling companies which is taken as an exception to the general rule is exposed to divergent views. In this article, the author argues that members of the board of director, managers and any person who has or exercises managerial power owe duty of care and loyalty for the company, shareholders and third party creditors. The standard of care prescribed in the Code is also a slightly different version of the American Business Judgment Rule. And finally, there is a room for the application of the principles in the context of a fully controlled company. To reach these conclusions, the author analyzed Turkish laws and different secondary sources.

Key Words: Board of directors, duty of care, loyalty, standard of care, cautious manager.

* P.H.D. Student at Selçuk University, Turkey; Lecturer of Law at Wollo University, Ethiopia; kamillaw2009@gmail.com. (Geliş Tarihi : 06.07.2017 – Kabul Tarihi : 11.01.2018)

TÜRK TİCARET KANUNU BAKIMINDAN ANONİM ŞİRKETİN YÖNETİMİNDE ÖZEN VE BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ÖZET

Özen ve bağlılık yükümlülükleri, anonim şirketlerle ilgili olarak, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen genel ilkeler arasındadır. Ancak, yükümlülüklerin kime karşı ve kimin lehine olduğu tartışmalıdır. TTK'da öngörülen özen derecesi de tartışmalara açıktır. Buna ek olarak, genel kuralın istisnası olarak kabul edilen tam hakimiyet halinde bulunan bir şirkette durumunda bunların uygulanması farklı görüşlere maruz kaldıkları görülmektedir. Bu yazıda, yazar, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve yönetim yetkisine sahip olan ya da yetkisini kullanan kişinin şirkete, ortaklara ve üçüncü kişi alacaklılara özen ve bağlılık yükümlülüğü altında olduğunu ileri sürmektedir. Kanunda öngörülen özen derecesi de Amerikan Business Judgment Rule'ünden biraz farklı olarak öngörülmüştür. Ve, son olarak, tam hakimiyet halinde bulunan bir şirkette prensiplerin uygulanması için alan bulunmaktadır. Bu sonuçlara varmak için, yazar kanunlardan ve farklı ikincil kaynaklardan yararlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim kurulu, özen yükümlülüğü, bağlılık, özen derecesi, tedbirli yönetici.

INTRODUCTION

With the need to accommodate new economic conditions, technological advancements, the bid to join the European Union and subsequent efforts to harmonize commercial laws of the country with the European standards, the new Turkish Commercial Code Number 6102/2011 came up with a number of different regulations from its predecessors; both the 1926 and 1956 Commercial Codes. The provisions on duty of care and loyalty are among such regulations in the Commercial Code. Duty of care has been regulated under the Turkish commercial laws since the 1926 Commercial Code while duty of loyalty is a new institution. The 1920 Commercial Code provided for a subjective standard of care to the extent of the board members'/managers' personal skills and diligence. To the contrary, the 1956 Commercial Code adopted an objective standard of a prudent business man. The current Commercial Code also adopted an objective standard of care but, with the standard of cautious manager. Those who have managerial power with in a company owe duty of care to the company, shareholders and creditors to the extent of a cautious manager. The rationale of the Code contends that the new code adopted the Business judgment rule even if there are some arguments against it.

Unlike the duty of care, the duty of loyalty is prescribed for the first time in the new Turkish Commercial Code. It prescribes prioritization of the interests of the company over the interests of the board members/manager themselves or any other interest. In this article, the identity of holders of duty of care and loyalty, those for whom the duty is owed, the content and levels of the duties under the new Turkish Commercial Code are deeply explained. To that end, related provisions of the Turkish Commercial Code have been analyzed and, various secondary sources are consulted.

I. DUTY OF CARE

Ownership and control are usually separated in corporations. While the owners are shareholders, a corporation is under the control of board of directors and/or managers. It is generally agreed in corporate law that those who manage a company owe duty of care for they are running the property

belonging to others. But, from and for whom the duty of care is owed and the standard of care are usually argumentative.

There is almost a universal consensus that members of the board as well as other officials who have roles in the management of a company owe duty of care. The criterion in this regard is having the power in decision making concerning the management of the company. In Germany, for example, duty of care concerns de jure, de facto & shadow board members, managers and other officers¹. Under the Turkish Commercial Code, "...members of the board and third parties in charge of management..." owe duty of care². This also concerns managers appointed by the board, business representatives, agents, chiefs, branch managers and officers that have a certain role in decision making³. In addition, it is valid in one man company which has only one board member and, possibly, only a shareholder⁴. Further, it also binds independent board members that may be appointed by the government under article 334 of the Commercial Code⁵. The representatives of juridical board members should also hold the duty. In case of liability, however, the juridical person may be held liable for the physical person had been acting on its behalf⁶.

There are divergent views regarding to whom the duty of care is owed. In the common-law legal system, board members/managers owe duty of care

-
- 1 **Madisson, Karin** (2012) 'Duties and Liabilities of Company Directors Under German and Estonian Law: A Comparative Analysis' The Riga Graduate School of Law (RGSL), Research Papers No. 7, <http://www.rgsl.edu.lv/uploads/files/7_Karin_Madisson_final.pdf> I.a.d. 23.02.2017.
 - 2 See Türk Ticaret Kanunu 6102 (2011) (Turkish Commercial Code) Hereinafter TTK, article 369.
 - 3 **Doğrusöz, Bumin/ Onat, Öznur/ TÖRALP, Funda** (2011) Türk Ticaret Kanunu: Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile (Madde 1-849), Ankara, Afşaroğlu Matbaası, p. 483.
 - 4 **Tekinalp, Ünal** (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Edition, İstanbul, Vedat Kitapçılık, p. 280.
 - 5 See TTK, article 334(3).
The Code recognized the possible representation of the state in boards of joint stock companies which are established to provide social services even if the state has no share. The rationale of the article stipulates that board members who are the representative of the state may be taken as independent board members.
 - 6 See TTK, article 359 (2-3)

only to the company, but not to shareholders and creditors⁷. In the continent, on the other hand, the duty of care extends not only to the company but also to the shareholders and creditors. Under the Turkish law, article 369 of the commercial code does not indicate for whom the duty of care is owed. The provision in general terms provides that they have the duty of care while discharging their obligation without specifying for whom the duty is owed.

In the Turkish doctrine, there are tendencies to rely on article 553(1) of the Code and assert that duty of care is owed not only for the company but also to shareholders and third party creditors. The rationale of article 553(1) indicates that the liability under article 553(1) also applies for the violation of duty of care and loyalty. But, extending the duty of care for shareholders and creditors based on article 553 seems unfounded for article 553 is about the liability of board members/managers in case they fail to discharge their obligations. For example, shareholders and third party creditors may claim against the members of the board/ managers if they suffered damages due to the failures of the latter to discharge the duty of care they owed to the company. This, however, does not mean board members/managers owe duty of care for shareholders and/or third party creditors. There are, however, other grounds that enables the extension of the duty of care for both shareholders and creditors.

Shareholders have rights and duties against the company like the right to participate in the general assembly⁸. While exercising their rights and trying to discharge their duties, board members/managers, as persons responsible to represent and manage the company, have the duty to arrange situations. For example, they may call the general assembly and shareholders have the right to participate in the meeting. Therefore, it may be argued that members of the board/managers have the duty of care towards the shareholders and creditors in helping them exercise their rights and try to discharge their obligations.

The Turkish Commercial Code requires board members/ managers to observe the duty of care while discharging their obligation that arises either from the law or article of association. It is also valid in case directors transfer

7 **International Finance Corporation** (2015) *A Guide to Corporate Governance Practices in the European Union*, Washington, p. 51.

8 **Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan** (2017) *Şirketler Hukuk Dersler*, 5. Edition, Bursa, Dora Basın Yayın Ltd., p. 211-212

their power⁹. They owe duty of care while selecting the person to whom power is to be transferred¹⁰. There are ambiguities, however, whether the duty of the directors also continue after they transfer their power or not¹¹. In the Swiss law, the duty of care persist in selecting the person, give appropriate instruction and supervising him/her after the transfer¹². Sub article 2 of article 553 of the Turkish commercial Code restricted the liability of the board and/or board members only to the care they should take in selecting the person for whom the power is to be transferred. But, under article 375 of the Turkish Code, there are a number of powers that the board may not transfer to another person like the supervisory power of the board. In addition, the rationale of article 553(2-3) of the Turkish Code clearly explains that the supervisory role of the board members shall remain with them even after they transfer their power. Therefore, it is more logical to extend the duty of care of board members even after they transfer their power¹³.

There are also claims in the Turkish doctrine that the duty of care not only provide a standard of care that should be observed while discharging other obligation, it also formulates an independent obligation by itself¹⁴. So, the company/ shareholders/creditors may claim against the board members/managers for failing to observe their duty of care even if it is not related with another specific obligation¹⁵.

9 According to article 367 of the Turkish Commercial Code, the board of directors may transfer part or all of its managerial powers to some of its members or another third party based on an internal by law prepared in line with the article of association. But, Article 375 of the code also restricted this power by prohibiting the transfer of some managerial powers like supervisory powers.

10 See TTK, article 553(2).

11 **Uysal, Levent** (2009) '6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu', TBB Dergisi, V:81, s. 1-34.

12 **Uysal**, p. 187

13 From the essence of the Turkish Commercial Code, the directors are bound by the duty of care they owe to the company/shareholders/creditors while discharging the powers that they had not transferred or cannot be transferred in addition to the duty of care they should show while selecting the person for whom power is to be transferred.

14 **Çamoğlu, Ersin** (2007) *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Edition, İstanbul, Vedat Kitapçılık, p. 66

15 **Çamoğlu**, p. 66.

The standard of care expected from members of the board /managers is the other important subject in relation to duty of care. Standard of care usually have two components; the skill, knowledge and experience that the board member/managers should have on the one hand and the level of care expected from a board member/manager on the other¹⁶. It requires the duty to acquire some basic understandings about the business activities of the corporation and the duty to keep oneself informed of major changes in the business¹⁷.

In determining the level of care, there is a need to balance between two apparently contradicting factors. For one thing, those who manage a corporation should be accountable for their decisions. On the contrary, the management should have discretionary areas that enable it to take some risks in decisions making without being personally liable for the possible negative outcomes¹⁸. Legislations in relation to the duty of care, therefore, should accommodate “executive freedom and effective accountability”¹⁹.

In the ancient Roman law, the standard of care expected from a person acting on behalf of another person (including from persons acting in the name of a corporation) had been the standard of a good family father (*bonus pater familia*)²⁰. They were expected to show diligence and care to the extent of a good father. This has been changed over time in the western world.

In the United States, the standard of care expected from board members is governed under the principle of the Business Judgment Rule. The Business Judgment Rule underscores that board members/managers are not liable unless they made a decision in bad faith. The rule tried to put objective criteria that focuses on procedural correctness of the decision making rather than the correctness of the decision itself²¹. This is usually justified by the fact

16 **Madisson**, p. 18.

17 **Kutcher A. Robert**, Breach of Fiduciary Duties, <http://apps.americanbar.org/abastore/products/books/abstracts/5310344_chap1_abs.pdf>, l.a.d. 03.14.2017.

18 **Madisson**, p. 3.

19 **Needles E. Belvered/Turel, Ahmed/Sengur D.Evren/ Turel, Asli** (2012) ‘Corporate Governance in Turkey: Issues and Practices of High Performance Companies’ Accounting And Management Information Systems, V: 11, No:4, p. 515.

20 **Madisson**, p. 7.

21 **Griffin, F. William / Davis, Malm / D’Agostine, P.C.** (2011) Fiduciary Duties of Officers,

that “it is difficult for the judge to decide that another decision than the decision of the board would have been” better²².

According to the American Law Institute, a decision of board members should embrace the following five characteristics in order to be justified under the Business Judgment Rule²³.

- i. The decision should be a commercial decision that has been made in relation to the business activity of the company;
- ii. It should be meant to advance the interest of the company;
- iii. It should not be made to advance one’s or third party interests;
- iv. The decision should be made in good faith;
- v. The decision should be made after collecting necessary information.

Coming to the Turkish law, the duty of care has been regulated under the Turkish Commercial law since the 1926 Commercial Code. Under the 1926 Commercial Code, the standard of care has been a subjective standard to the extent of the board members’/managers’ personal skills and diligence.²⁴ This was changed to the standard of ‘prudent person’ in the 1956 Commercial Code. Unlike the 1926 Commercial Code, the 1956 Commercial Code requires an objective standard of care.²⁵ But, requiring a ‘prudent man’ standard of care from directors has been found very hard and the

Directors, and Business Owners, <http://www.davismalm.com/1BE153/assets/files/News/Griffin_CH8_Fiduciary_Duties.pdf>, l.a.d. 25.06.2017.

- 22 **Davies, Pual** (2000) *The Board of Directors: Composition, Structure, Duties and Powers*, <<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1857291.pdf>> l.a.d. 18.07.2017.
- 23 **Kervankıran, Emrullah** (2007) ‘Alman Hukukunda Business Judgement Rule’nın Kodifi-casyonu, Türk Ve America Hukuku Ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme’ Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, I: 2, p. 253-258.
- 24 **Doğanay, Ismael** (2004) *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 4. Edition, İstanbul Beta.
- 25 The 1956 commercial code cross refers the duty of care requirement to the law of obligation. Article 320 of the former Turkish commercial code number 6762, cross refers to article 528 of the Turkish law of obligation which finally reaches at article 321 of the law of obligation. Accordingly, the duty of care expected from board members/managers had been to the standard of a prudent business man while he does his business. The duty of a business man depends on his profession, experience, information that he knows/ should know/ etc. Therefore, there are arguments that the duty of care provided under the former law also contains subjective standards. For further information see Emrullah Kervankıran, supra note 23, at 259-260.

interpretation of Turkish Courts had proved harsher as well as unjust towards board members²⁶. Therefore, the current Commercial Code adopted a different approach.

5. Duty of care and duty of loyalty

Article 369 - (1) Board members and third parties in charge of management have the duty to discharge their obligations with a care of a cautious manager and to protect the interest of the company in line with the rules of loyalty

(2) This is without prejudice to the provisions of articles 203 to 205 of this Code.

The Code adopted the cautious manager standard. The ideal man taken as an objective standard is not an ordinary man. First, it is a manager who has the ability to manage a company. S/he also is a cautious manager who takes measures cautiously. Cautious means the person who knows to work with research reports, arrange information flows with in the institution, audit reports, gives due consideration for rational thinking, is able to examine, compare and contrast²⁷. The rationale of article 369 stipulates that board members/managers need not be experts in the business areas of the company. But, they need to acquire the knowledge, skill and experience required to identify issues that need expert advices, examine advices provided by experts, supervise the company, examine important information, reach a decision after examining available information and follow up the execution of the decisions²⁸.

The rationale of article 368 of the Code clearly states that the New Code has adopted the Business Judgment Rule²⁹. In the Turkish doctrine, however, there are arguments for and against the position of the rationale. The view of

26 **Altaş, Soner** (2011) Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Yönetim Ve Temsil Yetkisinin Kapsamı Ve Devri, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/105malicozum/5%20soner%20altas.pdf>, l.a.d. 11.03.2017.

27 **Tekinalp**, p. 280.

28 **Tekinalp**, p. 280.

29 **Doğrusöz/ Onat/ Töral**, p. 483.

The rationally, however, stipulates that article 93 the German Joint Stock Corporation Act should not be taken as the source of the provision dealing with duty of care and loyalty (article 369). This may indicate that the USA case law has been taken as the source of the provision.

the majority is that the duty of care provided in the Turkish Commercial Code is the business judgment rule. If so, is the Business Judgment rule adopted in the Commercial Code identical with the Business Judgment Rule adopted by American courts? As discussed above, the Business Judgment Rule as it is adopted in the United States reduced standard of care to a duty to comply with certain procedures in decision making and good faith requirements. Further, under the Business Judgment Rule, as adopted by the US case laws, the burden to prove a violation of duty of care by a board member or manager falls on the claimants³⁰.

The Turkish Commercial Code simply provides that the standard of care expected is to the level of care of a “tedbirli yönetici” (cautious manager). But, the phrase “cautious manger” indicates that the board members/managers are not expected to foresee the consequence of their decisions contrary to the prudent business man standard³¹. This indicates that they are simply required to make a decision in line with certain procedures, but not to foresee the outcomes of their decision.³² It is also an objective standard so that the personal qualities of an individual director and his diligence while performing his personal activities won't be considered³³.

The rationale of the Code also contend that “members of the board may not be held liable even if their decision caused harm to the company so long as they decide after searching for and taking relevant information in to consideration.”³⁴ Article 553(3) the Code also strengthen this argument as it asserts that no one is liable for causes that are beyond his control even if they are contrary to contract or law and this may not be disproved by showing the

30 **Kutcher**, p. 12.

31 **Turanlı, Hüsnü** (2016) ‘Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin basiretli iş adamından tedbirli yöneticiye (business judgement rule) şeklinde değişiklik gösteren sorumluluğu’ *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, I: 2, V:1, p. 85.

32 This does not mean that they should not think what the outcome of their decision will be. But, they are required only to decide based on available information and they are not liable if the consequence went wrong so long as they do not act in bad faith. They should also try to think different risks that may result from various causes like market changes and uncertainties. (see **Doğrusöz/ Onat/ Töral**, p. 483.)

33 **Pulaşlı, Hasan** (2015) *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Edition, Ankara, Adalet Yayınevi, p. 474.

34 **Doğrusöz/ Onat/ Töral**, p. 484.

duty of care or control the person owes. The Code makes it clear that liability of board members is a fault based liability³⁵.

During deliberations on the draft, there have been critics on the softness of the article. The correction of the phrase “tedbirli yönetici” (cautious manager) as “işbilir tedbirli bir yönetici” (a manager who is caution and knows business) was proposed³⁶. All this shows that the new Code has adopted the Business Judgment Rule and brought the liability regime in line with the universal principle³⁷.

The duty of care prescribed under the Turkish Commercial Code, however, differs from the one adopted by the American courts on the burden to prove the violation of the duty. Under the American system, the burden to prove a violation of duty of care by a board member or manager falls on the claimants³⁸. The draft Turkish Code had adopted this rule as it is. Article 369(3) of the Draft Turkish Code used to provide that “*While discharging their duties in the meaning of this article, (board) members and managers are presumed to have acted in due care.*” But, it was cancelled by the Justice Commission of the Parliament before the adoption of the Code³⁹. Proving the violation of duty of care by claimants in the absence of clear indications of what amounts violation would have been very difficult⁴⁰. Therefore, in case of damages caused by their decisions, board members/managers have to prove that the damage occurred despite the fact that they had discharged their duty of care. This is similar with the German law⁴¹.

35 **Poroy, Reha/ Tekinap, Ünal, Çamoğlu, Ersin** (2014) Ortaklık Hukuku Giriş, Adi Ortaklık, Ticarer Ortaklıklarına İlişkin Genel Hukuklar, Kolektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim, 13. Edition, İstanbul, Vedat Kitapçılık, p. 389.

36 **Moroğlu, Erdoğan** (2005) Türk Ticaret Kanunu Tasarı Değerlendirme Ve Öneriler, 3. Edition, Ankara.

37 **Poroy/ Tekinap/ Çamoğlu**, p. 79.

38 **Kutcher**, p. 12.

39 **Dedeoğaç, Ender / Sapan Oğuzhan** (2013) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Sorumluluğu, Ankara, Arcs Ofset Matbaacılık, p. 54.

40 **Arkan, Sabih** (2005) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans Bildirimler-Tartışmalar, Mayıs 13-14, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, p. 53.

41 **Kervankıran**, p. 262.

II. DUTY OF LOYALTY

The principle of loyalty in corporate law is a requirement of making decisions in the interest of the company. It is a “fair process of non interested directors to show entire fairness.”⁴² Loyalty is putting the interests of the company and/or the shareholders before one’s interests or of third parties⁴³.

Historically, duty of loyalty had not been regulated under the former Turkish Commercial Codes⁴⁴. Article 369(1) of the current Code, however, states that “*members of the board and management officials are under obligation ... to protect the interests of the company based on the rules of loyalty.*”

Members of the board and officials who are empowered to exercise management powers have duty of loyalty. The criterion, therefore, is having role in the management of the company. Therefore, all directors and managers, whether they are appointed by the general assembly or under the article of association, whether they are independent directors appointed by the state or managers to whom power is transferred are bound by the duty of loyalty. In addition, commercial representatives and commercial agents who may be appointed by the board are also bound if they are authorized to exercise managerial powers. The principle is also valid even in the case of one man company and/or one man board.

The second point is for whom the duty is owed. The code states that board members and individuals who have managerial role should “protect the interests of the company based on the rules of loyalty.” The interest of the company may not necessary mean the interest of the shareholders. In legal literature, there are three different approaches in defining what the interest of the company is; the contractual approach, the institutional approach and the interest of the firm approach. According to the contractual approach, the

42 **Bernard S. Black** (2001) The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors: Presentation at third Asian Roundtable on Corporate Governance Singapore, <<http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1872746.pdf>> l.a.d.04.05.2001.

43 **Tekinalp**, p. 280.

44 **Doğrusöz/ Onat/ Töral**, p. 484.

interests of the company means the interests of the shareholders⁴⁵. The institutional approach, on the other hand, contends that the interest of the company includes not only the interest of the shareholder but also the interest of creditors, the society, the state, etc.⁴⁶. Finally, the interest of the firm approach claims that the interest of the company includes the interest of the shareholders, employees and creditors⁴⁷.

The rationale of article 369 of the Code stipulates that duty of loyalty requires board members/managers to put the interests of the company before their interests, the interests of majority holders or shareholders or any third party and their relatives⁴⁸. In case there is a conflict of interest between the interests of the company and the interests of shareholders or creditors, board members/managers should put the interests of the company first. But, does it mean the duty of loyalty concerns only the company and not for shareholders and creditors?

Different arguments may be put in place to extend the duty of loyalty board members/managers owe for shareholders and creditors under the Turkish law. For example, the fiduciary nature of the relation between the shareholders and the board members/managers may be a ground. Consequently, board members/managers should put the interests of the shareholders and creditors of the company before their personal interests or the interests of third parties other than the company in relation to their obligation in the company.

Duty of loyalty contains a number of concrete obligations. The rationale of the Code dictates that duty of loyalty contains prohibition of related party dealings, avoiding conflict of interests, prohibition of competition within the company and confidentiality⁴⁹.

45 **Gerner, Carsten/ Peach, Philipp/ Philipp, Edmund**, 'Annex to Study on Directors' Duties and Liability' <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-reports_en.pdf>, l.a.d. 27.06.2017.

46 **Gerner/ Peach/ Philipp**, p. 299.

47 **Gerner/ Peach/ Philipp**, p. 299.

48 **Doğrusöz/ Onat/ Töral**, p. 483- 4.

49 **Doğrusöz/ Onat/ Töral**, p.484; **Deryal, Yahya** (2005) Ticaret Hukuku, 8. Edition, Trabzon, p. 287

A. RELATED PARTY DEALING AND THE ARM'S LENGTH PRINCIPLE

There are different in defining what related parties are. But, generally, there are two approaches in defining what related parties are. While the first approach tries to specify certain persons as 'related parties' the second approach uses "a general wording ...to allow any person capable of exercising an influence over another party in the making of decisions to be qualified as a related party."⁵⁰ The Turkish commercial code principally takes the first approach in which a board member, his/her spouse, his/her relatives in the direct line, one of his/her collateral relatives in consanguinity or affinity up to and including the third degree, the personal companies of which the said member and his/her relatives in question are partners, and joint stock companies in which they have at least 20 percent shareholding are taken as related parties⁵¹.

Historically, related party dealing has been rejected in its totality. Accordingly, any dealing a board member and/or his nearest persons made with the company used to be considered as null and void⁵². But, currently, in the major legal systems, related party transaction is regulated, not totally prohibited. In Germany, related party transactions and multiple representation are prohibited unless they are permitted by the general assembly or through the article of association⁵³. Even if they are permitted, however, they should follow the arm's length principle and serve the interests of the company⁵⁴. Related party dealings need board approval and a board member may not use corporate assets, corporate opportunities & may not accept gifts for his service in the company from outside sources⁵⁵. In French law, there are prohibited transactions, regulated transactions which need board approval and ordinary business transactions that can be concluded without board approval so long as they are made at arm's length between directors/managers and the company⁵⁶.

50 **Luputi, Laura**, 'Reporting Related Party Transactions and Conflicts Of Interest' <<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/32387391.pdf>>, l.a.d. 05.03.2017.

51 See TTK article 394.

52 **Kutcher**, p. 5.

53 **Madisson**, p. 19.

54 **Madisson**. p. 20.

55 **Madisson**. p. 340.

56 **Gerner/ Peach/ Philipp**, p. 300.

Under the Turkish law, related party dealing is regulated under article 395 of the commercial code. The law prohibits some transactions between board members/managers and the company while it regulates others.

Article 395 - (1) A board member cannot conduct any transaction with the company in his/her or any other person's name without prior permission from the general assembly. If this provision is violated, the company can claim the transaction is null and void. The counterparty cannot make such a claim.

From the provision, the prohibition is valid if the transaction is made with a board member without the approval of the general assembly even if the company is not represented by the concerned member in the specific transaction. The prohibition, however, do not encompass all transaction between board members and the company. Under the former Commercial Code, it was expressly provided that the prohibition encompasses only commercial transactions. From the generally accepted principles and legal doctrines, it is contended that consumer contracts, transactions in relation with items that have fixed prices and transactions made for the sole benefit of the company are not, for example, included in the prohibition in the current Commercial Code too⁵⁷.

There are also prohibited transactions that related parties may not conduct with the company even with the approval of the general assembly. They may not become indebted in cash or in kind to the company; the company may not provide surety, guarantee or security for these persons; undertake liability or take over their debts. Neither the general assembly nor the board has the power to allow such transactions. Exception to these prohibitions is the case of group of companies. Members of a group company may guarantee the debts of each other and may stand surety to each other provided that they comply with the special regulations of group companies⁵⁸. However, the approval of the board of corporations and subsidiaries is required in their transaction with their related parties in case the transaction is more than 5% of the their assets⁵⁹.

57 Bilgili/ Demirkapı, p. 280-281.

58 See TTK articles 202 and 395.

59 **Turkish Republic Communiqué on corporate governance**, (Published in the Official Gazette dated 3 January 2014 and numbered 28871), Article 10

B. PROHIBITION OF PARTICIPATION IN BOARD MEETINGS

The rationale for the prohibition of a board member from participating in board meetings is preventing potential conflict of interests that may hinder a member of the board from discharging his duty of loyalty. According to article 393 of the Commercial Code, a board member has the duty to disclose potential conflicts of interests. Therefore, disclosing conflict of interest is one sort of the duty of loyalty. Other board members also have to object the participation of the said board member in the meeting and doing so is their duty of loyalty.

The potential conflict of interests that prohibits a board member from participating in board meetings are categorized in two under the article. The first category includes matters which lead to a conflict between interests of the company on one hand and personal interests which are outside the company of the member or his/her spouse or his/her relatives in the direct line or one of his/her collateral relatives in consanguinity or affinity up to and including the third degree. The other one contains any condition in which good faith requires the non-participation of the member⁶⁰.

The rationale contends that an interest which a board member or his relatives may have with in a group (not individual interests) and interests which he and his nearest relatives may have within the company like appointment in new positions, etc are not covered under the article⁶¹. But, it is difficult to buy the argument of the rationale. The provision specifically prohibits board members from participating in board meetings in which their personal interests or the interests of their nearest relatives conflict with the interests of the company. It also has a general rule that prohibits board members not to participate in the board meetings whenever rules of good faith so requires. Therefore, a board member may be prohibited not to participate in meetings of the board whether the conflict of interest is due to the direct or indirect interest he or his relatives have with the transaction in the agenda or whether the interest is within or outside of the company. In addition, a member of a board may be prohibited from attending meetings in which the interests of the personal companies of which the said member and his/her relatives in question are partners, and joint stock companies in which they have at least 20 percent shareholding are in the agenda.

60 See TTK, article 393.

61 **Doğrusöz/ Onat/ Töral**, p.522.

C. PROHIBITION OF COMPETITION WITH THE COMPANY

The current Turkish law preserved the provision of the former law on prohibition of competition and has similar ruling with the Swiss law⁶². Its main objective is to avoid potential conflict of interests and the prohibition encompasses directors in all share companies including one man company⁶³. The Code prohibits competition in two forms. The first one is prohibition to engage in any business that falls under the scope of the activities of the company in his/her account or any other person's account without obtaining permission from the general assembly⁶⁴. But, there is no clue how and in what circumstances the general assembly may permit such transaction. This may be regulated either in the article of association or other internal bylaws of the company.

The second way is prohibition of having shares in another company. Accordingly, a board member may not have a share in a accompany involved in the same kind of commercial business as a partner with unlimited liability⁶⁵. Therefore, there is no prohibition if a board member have a share in another limited liability company. But, may a board member be a board member in more than one competing limited liability companies? It doesn't seem. Participation in the board of more than one competing companies creates conflict of interest in all the activities of the board member. Due to this reasons, the code prohibited/regulated transactions between a company and another company in which a board member or his relatives have at least 20 percent shareholding. Further, since the relation between the company and members of the board/managers is characterized as agency relation, an agent may not act on behalf of more than one competing companies as the same place and time⁶⁶.

If a director fails to comply with the above prohibition, the company may require compensation or consideration of the business performed by the director as if they are performed on behalf of the company⁶⁷. In addition, the

62 **Doğrusöz/ Onat/ Töral**, p. 525.

63 **Tekinalp**, p. 282.

64 See TTK, article 396.

65 See TTK, article 396.

66 See TTK, article 104.

67 See TTK, article 396(1).

general assembly may remove the director from the board⁶⁸. It is important to note that there is no need to prove the fault of the concerned director in order to establish the violation⁶⁹.

D. USING CORPORATE OPPORTUNITIES AND CONFIDENTIALITY

A director/manager may be encountered with a business opportunity while running the business of the company. The principal rule had been the exclusive benefit rule in which board members/managers are required to act for the exclusive interest of the company and avoid any form of self-dealing⁷⁰. But, this approach has been changing. Under the German law, for example, there are two scenarios. If the new opportunity is outside the working area of the company, there is no problem if a board member/manager uses the opportunity. If the new opportunity is in the business area of the company, however, it is argumentative whether the board member/manager may use it for him/herself or not with or without the permission of the board⁷¹. Under the Turkish Commercial Code, putting the interest of the company before one's interest is the duty of loyalty. Therefore, we may argue that using the opportunity personally is not acceptable.

Board members/managers also have obligation of confidentiality. Even if there is no clear provision in the Code, the rationale of article 369 of Turkish Commercial Code contends that the Code puts obligations of confidentiality beyond doubt. The confidentiality obligation lasts forever even after the board member/manager left the position⁷².

III. THE CASE OF GROUP OF COMPANIES AS EXCEPTION TO THE GENERAL DUTY OF CARE AND LOYALTY

Sub article 2 of article 369 of the Turkish Commercial Code has provided for exceptions to the duty of care and loyalty rule. The sub article

68 **Pulaşlı**, p. 480.

69 **Karahan, Sami** (2015) *Şirketler Hukuku*, 2. Edition, Konya, Mimoza Yayınları, p. 430.

70 **Brudney, Victor** (1997) 'Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law', *B.C.L. Rev.* V: 38, p. 595-629.

71 **Madisson**, p. 21.

72 **Arslan, Ibrahim** (2004) *Şirketler Hukuku Bilgisi*, 9 Edition, Konya, Mimoza Yayınları, p. 210.

reads as “the provisions in Articles 203 to 205 remain in force”. The exception is related with the obligations of board members of a fully controlled dependent company in a group of companies. In case of a fully controlled dependent company, the controlling company have the right to instruct the controlled company even if the instructions are to the disadvantage of the controlled company and board members/managers of the controlled have the duty to execute it. But, the instruction should be in accordance with the general policies of the group of companies and should not exceed the solvency or endanger existence of the company or can cause significant assets loss. Members of the board/managers are not liable for executing such instructions⁷³. But, this may not totally relief the directors of the dependent companies.

Article 205 of the Code clearly stipulates that members of the board/managers and related persons may not be liable if the controlled company incurs loss due to the instructions given within the scope of article 203 and 204. The rationale of article 205 also underscored that the non-liability of board members/managers and others is only in relation with instructions given under the conditions laid down under article 203. Further, the rationale of 204 clearly states that board members/managers may not rely on article 205 if the instructions given by the controlling company are contrary to article 204. Therefore, it does not relieve them from their duty of care. They should take the care of the cautious managers in, among others, asserting whether the instructions of the controlling company are in line with the general policy of the company and they have not a characteristic that clearly exceeds the dependent company’s solvency and that can endanger its existence or can cause significant assets loss.

The case in relation to duty of loyalty is similar even if there are some writers who claims that the exception is only for duty of care, not for loyalty⁷⁴. In legal literature, the duty of loyalty still remains valid in case of group

73 See TTK, article 203-205.

74 **Altaş, Soner** (2011) Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Yönetim Ve Temsil Yetkisinin Kapsamı Ve Devri, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/105malicozum/5%20soner%20altas.pdf>>, l.a.d. 11.03.2017, p. 250.

companies in which board members/managers of the controlled company should act in the interest of the controlled company, not the controlling company or to the group⁷⁵. They may not be in a position to put the interest of the controlled company over the interest of the group under the Turkish context for they are obliged to execute the instructions of the controlling company even if the instructions are to the detriment of the controlled company. But, they are bound by the duty to put the interest of the company over all other interests other than the controlling company. In addition, they should strive to protect the interest of the dependent company within the context of its dependency. Further, the prohibition of competing with the company and participation in certain meetings, personal dealings and confidentiality like obligations are still valid.

CONCLUSION

Duty of care & loyalty are among the general obligations of board members/managers of a joint stock company under the Turkish Commercial Code. They both are principally regulated under article 369 of the code. While the duty of care has been provided in the Turkish Commercial Codes since the 1926 Commercial Code, duty of loyalty is a new institution in the 2011 Turkish Commercial Code Number 6102.

Under the Turkish Commercial Code, board members, managers and officers who have a managerial power in a joint stock company owe duty of care to the company, shareholders and creditors. The Code adhered to the business judgment rule by stipulating a standard of care to the level of a cautious manager standard which is an objective standard. Board members and/or persons who have managerial role are not personally liable if a decision caused a loss so long as they can prove that they have made the decision following appropriate procedures.

Duty of loyalty is also a general duty board members/ managers and officers who have a managerial power in the company owe to the company. It

75 **G20/OECD Principles of Corporate Governance:** OECD Report to G20 Finance Ministers, <<https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>>, l.a.d. 05.02.2017.

is all about putting the interests of the company, shareholders and creditors before any other interest. Unlike the duty of care, however, there is no standard provided in the Code for duty of loyalty.

Finally, the relation between the controlling and controlled companies in a group of companies has been presented as an exception to the rules of duty of care and loyalty. This, however, does not mean that there is no duty of care and/or loyalty on a fully controlled company board members/ managers. Members of the board/managers in a fully controlled company are bound by both the duty of care and loyalty in a way that fits the legal status of the company.

REFERENCES

Altaş, Soner (2011) Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Yönetim Ve Temsil Yetkisinin Kapsamı Ve Devri, <<http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/105malicozum/5%20soner%20altas.pdf>> l.a.d. 11.03.2017.

Altaş, Soner (2011) Yeni Türk Ticaret Kanunu Göre Şirketler Hukukunda Neler Değişti, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Arkan, Sabih (2005) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans Bildirimler-Tartışmalar, Mayıs 13-14, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Arslan, İbrahim (2004) Şirketler Hukuku Bilgisi, 9. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları.

Bernard S. Black (2001) The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors: Presentation at third Asian Roundtable on Corporate Governance Singapore, <<http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1872746.pdf>>, l.a.d.04.05.2001.

Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan (2017) Şirketler Hukuk Dersler, 5. Baskı, Bursa, Dora Basın Yayın Ltd.

Brudney, Victor (1997) 'Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law', B.C.L. Rev. V: 38, p. 595-629.

Çamoğlu, Ersin (2007) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Davies, Pual (2000) The Board of Directors: Composition, Structure, Duties and Powers, <<https://www.oecd.org/daf/ca/%20corporategovernanceprinciples/1857291.pdf>> l.a.d. 18.07.2017.

Dedeğaç, Ender/Sapan Oğuzhan (2013) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Sorumluluğu, Ankara, Arcs Ofset Matbaacılık.

Deryal, Yahya (2005) Ticaret Hukuku, 8. Baskı, Trabzon.

Doğanay, Ismael (2004) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Baskı, İstanbul Beta.

Doğrusöz, Bumin / Onat, Öznur / TÖRALP, Funda (2011) Türk Ticaret Kanunu: Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile (Madde 1 - 849), Ankara, Afşaroğlu Matbaası.

G20 / OECD Principles of Corporate Governance: OECD Report to G20 Finance Ministers <<https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>>, I.a.d. 05.02.2017.

Gerner, Carsten/ Peach, Philipp/ Philipp, Edmund, ‘Annex to Study on Directors’ Duties and Liability’ <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-reports_en.pdf>, I.a.d. 27.06.2017.

Griffin, F. William / Davis, Malm / D’Agostine, P.C. (2011) Fiduciary Duties of Officers, Directors, and Business Owners, <http://www.davismalm.com/1BE153/assets/files/News/GriffinCH8_Fiduciary_Duties.pdf>, I.a.d. 25.06.2017.

International Finance Corporation (2015) A Guide to Corporate Governance Practices in the European Union, Washington.

Karaege, Özge (2012) ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, I: XVI, V: 3, p. 67-94.

Karahan, Sami (2015) Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları.

Kervankıran, Emrullah (2007) ‘Alman Hukukunda Business Judgement Rule’nın Kodificasyon, Türk Ve America Hukuku Ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme’ Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, I: 2, p. 253-258.

Kutcher A. Robert, Breach of Fiduciary Duties, <http://apps.americanbar.org/abastore/products/books/abstracts/5310344_chap1_abs.pdf>, I.a.d. 03.14.2017.

Luputi, Laura, ‘Reporting Related Party Transactions and Conflicts Of Interest’ <<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/32387391.pdf>>, I.a.d. 05.03.2017.

Madisson, Karin (2012) ‘Duties and Liabilities of Company Directors Under German and Estonian Law: A Comparative Analysis’ The Riga Graduate School of Law (RGSL), Research Papers No. 7, <http://www.rgsl.edu.lv/uploads/files/7_Karin_Madisson%20_fina.pdf>, I.a.d. 23.02.2017.

Moroğlu, Erdoğan (2005) Türk Ticaret Kanunu Tasarı Değerlendirme Ve Öneriler, 3. Baskı, Ankara.

Needles E. Belvered / Turel, Ahmed / SENGUR D.Evren / Turel, Asli (2012) 'Corporate Governance in Turkey: Issues and Practices of High Performance Companies' Accounting And Management Information Systems, V: 11, No:4, p. 510-531.

Poroy, Reha/Tekinap, Ünal/Çamoğlu, Ersin (2014) Ortaklık Hukuku Giriş, Adi Ortaklık, Ticarer Ortaklıklarına İlişkin Genel Hukumler, Kolektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2015) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Turanlı, Hüsnü (2016) 'Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin basiretli iş adamından tedbirli yöneticiye (business judgement rule) şeklinde değişiklik gösteren sorumluluğu' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, I: 2, V:1, p. 81-89.

Tekinalp, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Turkish Republic Communiqué on corporate governance, (Published in the Official Gazette dated 3 January 2014 and numbered 28871).

Uysal, Levent (2009) '6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu', TBB Dergisi, V:81, p. 1-34.

ARE ATTORNEY FEES RECOVERABLE UNDER ARTICLE 74 OF CISG?

Ali Talip PINARBAŞI*

ABSTRACT

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) consists of a set of rules which govern international commercial transactions related to contracts of sale of goods¹. Article 74 of the CISG regulates requirements that need to be fulfilled for recovery of damages and stipulates that “damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by one party...”. It is not explicitly stated in this article whether attorney fees fall under the category of loss and this issue has been highly debated especially since US 7th Circuit Court of Appeals ruled in ‘Zapata case’ that attorney fees cannot be compensated under article 74 of CISG².

In this article, firstly, so-called Zapata case will be analyzed and criticized in detail. Secondly, it will be argued that the CISG article 74 should be interpreted in a way that includes attorney fees.

Keywords: CISG, attorney fees

* Ankara Yıldırım Beyazıt University, LLM student at Graduate School of Social Sciences, ali-talip94@hotmail.com.

(Geliş Tarihi : 12.11.2017 – Kabul Tarihi : 09.01.2018)

1 ‘United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’ (adopted 11 April 1980, entered into force 1 January 1988) Hereinafter referred to as the ‘CISG’ Available at: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>>, l.a.d. 24.10.2017

2 United States 19 November 2002 Federal Appellate Court [7th Circuit] (Zapata Hermanos v. Hearthside Baking) available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021119u1.html>>, l.a.d. 18.10.2017.

AVUKATLIK MASRAFLARI CISG'NİN 74. MADDESİ KAPSAMINDA TAZMİN EDİLEBİLİR Mİ?

ÖZET

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) satım sözleşmelerine ilişkin uluslararası ticari işlemleri düzenleyen kurallardan oluşur. CISG'nin 74. maddesi zararların tazmin edilmesi için gerçekleşmesi gereken şartları düzenler ve bu maddeye göre: “Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dâhil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir”. Bu maddede avukatlık masraflarının ‘zarar’ kapsamına girip girmediği açıkça düzenlenmemiştir ve bu konu özellikle Amerikan 7. Temyiz Mahkemesinin ‘Zapata’ kararında bu zararların CISG m. 74’e göre tazmin edilemeyeceğine ilişkin kararından bu yana yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Bu makalede söz konusu ‘Zapata’ kararı detaylı bir şekilde analiz edilecek ve CISG m. 74’ün avukatlık masraflarını içerecek şekilde yorumlanmasının gerektiği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: CISG, avukatlık masrafları

I. ARTICLE 74 CISG

A. OVERVIEW

A breach of contract occurs under the CISG regime in the event that one of the parties does not discharge its obligations. In case seller fails to perform his/her obligations related to contract or CISG, the buyer may resort to certain legal remedies³. The remedies buyer can resort to include 'right to specific performance' (article 46 CISG), 'right to cure' (article 48) 'avoidance of contract' (article 49) 'reduction in price' (article 50) and 'damages claim' (article 74-77)⁴ On the other hand, if buyer is the one who does not perform any of his obligations, remedies provided to the seller are regulated under article 61(1) CISG which set forth 3 types of remedies for seller⁵. Remedies that may be exercised by seller are 'right to specific performance' (article 62) 'avoidance of contract' (article 64) 'right to damages' (article 74-77 by virtue of the wording of article 61)⁶ As can be observed from CISG's remedial system, when one of the parties fail to fulfill their obligations arising out of the contact or CISG, the opposite party, either buyer or seller, may exercise abovementioned rights including damages remedy.

Damages provisions are regulated between article 74 and 77 of the CISG. Under article 74 of the CISG, "Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract." As can be seen in this article, CISG does not make any distinction between types of losses which can be incurred by the aggrieved party and it is based on the notion that "The promisee has the right to be fully compensated

3 **Butler Allison E.** (2007) 'A Practical Guide to the CISG: Negotiations through Litigation' Chapter 6, Aspen Publisher, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>, l.a.d. 25.10.2017, p. 1.

4 See supra n. 1.

5 **Huber, Peter/Mullis, Alastair** (2007) 'The CISG A New Textbook for Students and Practitioners', Sellier European Law Publishers, p. 321.

6 See supra n. 1.

for all disadvantages suffered as a result of the breach of contract⁷. Furthermore, as it is articulated by CISG Advisory Council Opinion: “The purpose of Article 74 is to place the aggrieved party in the same pecuniary position it would have been in had the breach not occurred and the contract been properly performed⁸.” Article 74 CISG is a mere reflection of the principle of full compensation and its purpose is to fully reimburse the aggrieved party for the expenses it suffered.

For recovery of damages under article 74 CISG, one of the requirements that needs to be fulfilled is that aggrieved party has to prove that there is causation between the breach of contract and loss that it suffered⁹. Secondly, as the clear wording of the CISG 74 indicates, the loss must be foreseeable by the breaching party at the time of the conclusion of the contract¹⁰. Thirdly, the aggrieved party has a duty to mitigate its loss under article 77 CISG. “In combination, these provisions would allow courts to police in a general fashion the reasonableness of claimed attorneys' fees¹¹.” These limitations on the recovery of damages will be briefly explained below.

1. Causation Requirement

Article 74 CISG requires that the loss must have been suffered “as a consequence of the breach”. It is suggested in the doctrine that the simple factual causation between loss and the breach is sufficient to satisfy the causation requirement, but other limitations placed on the liability such as foreseeability requirement should be kept in mind¹². Legal fees are considered

7 **Schwenzer, Ingeborg / Schlechtriem, Peter** (2010) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd edition, Oxford University Press, p. 1000.

8 **CISG-AC Opinion No. 6**, ‘Calculation of Damages under CISG Article 74’, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html#*>, I.a.d. 20.10.2017.

9 **CISG-AC Opinion No. 6**, supra n. 4.

10 See supra n. 1.

11 **Fletcher, Harry M.** (2002) ‘Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention (CISG): The Role of Case Law in the New International Commercial Practice, with Comments on *Zapata Hermanos v. Hearthside Baking*’, V: 22 I: 2, *Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 152.

12 **Huber**, p. 270.

as easily fulfilling the simple causation requirement¹³. “Had the other party not breached the contract, the aggrieved party would not have had to afford legal advice. Furthermore, the breaching party could have foreseen legal costs in case of a breach¹⁴.”

2. Foreseeability Requirement

As Professor Schlechtriem notes, not all attorney fees satisfy the foreseeability requirement under the CISG: For example, if, at the time of the conclusion of the contract, ‘contingency fee agreements’ are considered as unusual in the countries where parties are from, these types of attorney fees may not be considered as foreseeable and therefore would not be recoverable under article 74 of CISG¹⁵. As an example, if amount in dispute equals to 10.000€ but claimant hires a lawyer by a contingency fee agreement which costs 50.000€, this loss should be deemed as unforeseeable to the breaching party. Another example would be that if court proceedings lasts longer because of unforeseeable circumstances such as the death of judge, this is not foreseeable and at least attorney fees related to delayed proceedings should not be recoverable.

3. Duty to Mitigate Loss (Article 77)

Article 77 CISG stipulates the duty to mitigate loss in case of a breach which reads as follows: “A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.” This limitation also covers situations where a party incurs legal costs. Hence, “a breach of contract

13 **Jochem, Helena** (2015) ‘Damages under the CISG – old and new challenges’ (LLM Research Paper) available at: <<http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/5087/paper.pdf?sequence=1>>, l.a.d. 24.10.2017.

14 **Jochem**, p. 34.

15 **Slechtriem, Peter** (2002) ‘Attorneys’ Fees as Part of Recoverable Damages’ Pace International Law Review, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem4.html>>, l.a.d.25.10.2017.

does not give the aggrieved party a blank check as to agreements on attorneys' fees in the preparation and execution of the pursuit of its legal claims¹⁶.”

B. POLICIES FOR ALLOCATING ATTORNEY FEES IN DIFFERENT LEGAL SYSTEMS

Once arbitral or court proceedings are initiated, parties will incur legal costs including attorney fees. There are two main approaches related to the allocation of attorney fees around the world, namely the American rule and the loser-pays rule.

According to the so-called American rule, each party that was involved in a lawsuit bears its own costs related to litigation process, including attorney fees, regardless of who is successful in the end¹⁷. Besides USA, Japan follows the American rule as well¹⁸. In contrast to American rule, loser-pays rule means that prevailing party may recover all or part of its attorney fees it suffered from the losing party¹⁹. Most of the countries around the globe, including Germany, France, England, Australia and Turkey adopt the loser-pays approach²⁰.

II. ZAPATA CASE AND ITS REASONING

A. FACTS

Zapata (plaintiff), a Mexican company, and Lenell (defendant), an American company, entered into a sales contract according to which Zapata

16 **Schletriem** (2002), dn.15.

17 **Fletcher**, p. 125.

18 **Fletcher**, p. 135.

19 **Fletcher**, p. 135.

20 **Gotanda, John Yukio** (1999) 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', *Michigan Journal of International Law* V: 21 I: 1 available at: <<http://repository.law.umich.edu/mjil/vol21/iss1/1> >, l.a.d. 9.10.2017 p. 8. 'Countries that follow the principle that costs follow the event include, among others, Australia, Austria, Brazil, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Denmark, Dominican Republic, France, Germany, Greece, Hungary, India, Italy, Iran, Luxembourg, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Portugal, Romania, Switzerland, Turkey, and Yemen.' "In England, Germany, and Switzerland, the amount of attorneys' fees is determined by a fixed fee schedule, which may not reflect the actual fees incurred."

sold 1,600,000 tin cookies to Lenell but Lenell failed to fulfill its payment obligation. Following that, Zapata (plaintiff) initiated court proceedings in the Federal District Court of Illinois to recover payment for its delivered products. In the end, plaintiff was successful in its claim and defendant was ordered to pay for the cookie tins. Zapata's legal bill at this stage amounted to approximately US \$550,000, over half of Zapata's claim under the cookie contracts. Accordingly, plaintiff's apparent success was diminished by defendant's obstinate attitude to payment that required Zapata to incur significant legal fees to recover what it was due. The Federal District Court was then asked to consider whether plaintiff could reimburse from defendant the legal fees it had suffered as loss under Article 74 of the CISG. The Federal District Court held that attorney fees are recoverable under CISG, but the Appellate Court disagreed and ruled that they are not. District Court's decision in favor of reimbursement of attorney fees was based on two grounds. Firstly, plain meaning of the article 74 CISG encompassed attorney fees. Secondly, CISG's purpose to achieve uniformity and certainty required recovery of attorney fees because American rule was not applicable to the case. District court reasoned that because fee-shifting rules are substantive in nature, the award of fees is governed by the CISG instead of domestic procedural rules²¹. Reasoning of the district court indicates that the court was not influenced by its domestic rules while applying CISG. However, the Appellate court reversed this decision holding that attorney fees are not recoverable under article 74 CISG.

B. REASONING BEHIND APPELLATE COURT'S ZAPATA DECISION

While concluding that attorney fees are not recoverable under CISG, the Appellate Court, including Judge Richard Posner, set forth three main reasons.

Firstly, the court stated that attorney fees are a procedural issue which is not covered by the Convention's sphere of application. Judge Posner argued that: "The Convention is about contracts, not about procedure. The principles

21 See Zapata Case, *supra* n. 2.

for determining when a losing party must reimburse the winner for the latter's expense of litigation are usually not a part of a substantive body of law, such as contract law, but a part of procedural law.” Judge Posner’s approach found support among scholars such as Lookofsky and Fletcher who also argued that the awarding of attorney fees should be treated under domestic law instead of CISG because it is part of procedural law²². While it is true that the CISG only governs formation of contracts and rights and obligations of buyer and seller as is stipulated in article 4 of CISG, on what grounds Judge Posner and the Court made this procedural-substantive distinction for attorney fees is not addressed in the case as there were no reference to either doctrine or case law.

Secondly, the court alleged that recovery of attorney fees under the convention would result in anomalies. The court noted that a successful claimant would be able to recover its attorney fees since it is established that the defendant breached the contract and requirements under CISG 74 would be met. However, in a case where the respondent prevails in the proceedings, defendant would not be able to recover its attorney fees given that there is no breach of contract on plaintiff’s part. The court concluded that this would cause a violation of the principle of equality between parties. Damages provisions (Article 74-77) of CISG apply both to the obligations of the buyer and the seller and this seems to be the logic behind court’s reason although there was no reference to this. In this case, both parties would suffer from attorney fees but only a successful claimant would be reimbursed. This argument set forth by the Appellate court stands out as the most convincing. According to Felemegas, CISG is based on the consideration that buyer and seller should be treated equally and allowing recovery of attorney fees under CISG would create inequalities between seller and buyer (plaintiff and defendant) which would be contrary to the intention of the drafters of the CISG²³.

22 **Fletcher, Harry M./Lookofsky, Joseph** (2008) ‘Viva Zapata! American Procedure and CISG Substance in a U.S. Circuit Court of Appeal’, *The Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, V : 7; University of Pittsburgh Legal Studies Research, available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1311456>>, l.a.d. 23.10.2017, p. 95.

23 **Felemegas, John** (2002) ‘An Interpretation of Article 74 CISG by the U.S. Circuit Court of Appeals’, *Pace International Law Review*, available at: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas4.html>> , l.a.d. 21.10.2017, Pp. 91-147.

Thirdly, in *Zapata*, the court referred to the travaux préparatoires (preparatory work) of CISG and stated that if the U.S. delegation had known that the application of CISG could displace the American Rule at the time the Convention was signed, they would have refused to sign convention²⁴. The appellate court reasoned that USA would not have abandoned its ‘each party bears his own costs rule.’ Furthermore, court also stipulated that drafters of the CISG was silent on the issue of attorney fees and because they left it to domestic law.

III. CRITICISMS AND COUNTER-ARGUMENTS AGAINST ZAPATA CASE

Zapata case and reasoning behind it has received heavy criticism over the years although there was strong support for its conclusion in rejecting the recovery of attorney fees²⁵. These criticisms will be discussed below.

A. SUBSTANTIVE-PROCEDURE DISTINCTION

Classifying an issue related to litigation process as substantive or procedural and subjecting is not resolved easily in some instances²⁶. If an issue has substantive law character, it is treated under *Lex causae* (law applicable to substantive matters); if it is procedural in nature, it is subject to *Lex fori* (law of the forum)²⁷.

There are four primary theories which addresses how the substantive-procedural distinction should be made. First of these theories is classification based on *Lex fori*. According to this theory, “interpretation of legal rules of a country should be made based on the rules of that country; because every legal system should determine how a certain norm that it has should be understood²⁸.” Second theory is called classification based on *Lex causae*. This

24 See supra n. 2.

25 **Flechter/Lookofsky**, Pp. 93-103.

26 **Şanlı Cemal/Esen Emre/Figanmeşe-Ataman İnci** (2016) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, p. 332.

27 **Şanlı/Esen/Figanmeşe-Ataman**, p. 333.

28 **Erdoğan, Ersin** (2016) *Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, Ankara, Yetkin Yayınları, p. 49.

theory stipulates that a certain matter should be classified as procedural or substantive according to the law applicable to the substantive issues²⁹. Third theory is autonomous classification which is based on the notion that legal terms in different jurisdictions should be examined by comparison and a common pool of legal terms should be constituted and applied³⁰. Fourth theory, namely the functional classification theory, sets forth that classification should be made by creating independent systematic terms and then, by comparing the function, meaning and purpose of these foreign law terms³¹.

Analyzing and explaining these theories in detail is beyond the scope of this article. However, it is sufficient to say that the Appellate Court in Zapata case has adopted the Lex fori classification and ruled that attorney fees are labelled as procedural matter under US law.

The Appellate Court in Zapata relied on the idea that attorney fees were not governed by the Convention because attorney fees are a mere procedural matter which should be resolved according to domestic procedural law. The appellate Court reasoned that “The [CISG] is about contracts, not about procedure.”

Qualifying attorney fees as a mere procedural matter was the basis for The Appellate Court’s decision. However, procedural-substantive distinction should not be decisive criteria on the issue of attorney fees. As commentator Bruno Zeller points out, even if an issue, such as attorney fees, is considered as procedural, it can still be governed by CISG if it is within the sphere of application of the CISG³². If attorney fees are classified as substantive, they may be dealt with under CISG 74, if they are deemed to be procedural, they can still be covered by the Convention. Furthermore, attorney fees are strongly linked with the breach of contract because breach forces the aggrieved party to commence litigation process and incur attorney costs. Schletriem touches on this specific character of the attorney fees by saying:

29 **Erdoğan**, p. 50.

30 **Erdoğan**, p. 52.

31 **Erdoğan**, p. 53.

32 **Zeller**, p. 2.

“Merely because the rules concerning cost-bearing for litigation costs and/or attorney’s fees contained in domestic civil procedure codes are classified as “procedural laws” should not obscure regard for the compensatory character of such rules³³”. Article 74 of CISG covers all types of losses if breach of contract results in loss and it is obvious that breaching party’s act causes the aggrieved party to seek for legal counsel. Hence, attorney fees are within the boundaries of CISG; even if they are deemed as procedural, they can still be resolved by the Convention. Article 11 of CISG can be provided as an example to demonstrate how issues labelled as ‘procedural’ can be treated under the Convention. Article 11 states that “A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses”. Prohibition on proving a contract by witnesses is considered to be subject to domestic procedural law³⁴. In countries where domestic rules foresee that certain contracts can only be proven by means of a writing, this domestic rule is modified by CISG article 11 so that contract may be proven by any means contrary to domestic procedural rules³⁵.

Article 7(1) CISG requires that courts and tribunals should have regard for the international character of the Convention³⁶. International character criteria means that provisions of the Convention should be interpreted independent of any local law concept and they should be given ‘CISG-meaning’³⁷ Commentator Lookofsky puts forth that if courts interpret CISG under the guidance of their domestic law perspectives, erroneous CISG results may occur³⁸. CISG is an International Convention which has the purpose of removing legal barriers in

33 **Schletriem** (2007), dn.15.

34 **Erdoğan**, p. 270.

35 **McMahon, Anthony J.** (2006) ‘Differentiating between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Proposed Method for Determining “Governed by” in the Context of Article 7(2)’, Volume 44 of Columbia Journal of Transnational Law, available at: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mcmahon1.html#iii>>, l.a.d. 25.10.2017.

36 CISG article 7(1) Supra n.1.

37 **Huber**, p. 7.

38 **Lookofsky, Joseph** (2000) ‘The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’, Published in J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, International Encyclopaedia of Laws - Contracts, Suppl. 29, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html#77-6>>, l.a.d. 28.09.2017, Pp. 1-192.

international trade and promoting the development of international trade as is stated in its preamble³⁹. For this reason, when courts and tribunals apply and interpret CISG, they should abstain from making reference to domestic law approaches and act as if they sit as an international court.

CISG Advisory Council Opinion's comments on substantive-procedural distinction shed light on the argument that why qualifying a certain issue as procedural or substantive is not in conformity with the CISG:

"The issue of whether litigation expenses should be considered as damages for purposes of Article 74 cannot be resolved through a substance/procedure distinction. Whether a matter is considered substantive or procedural may vary from jurisdiction to jurisdiction and may depend on the circumstances of a particular case. Relying upon such a distinction in this context is outdated and unproductive⁴⁰."

Procedural-substantive distinction to resolve the issue of attorney fees should be rejected for two primary reasons. Firstly, such distinction which has a local law origin is not compatible with the application and interpretation of the CISG which mandates an international character. Secondly, this distinction is not decisive criteria because CISG can be applied to procedural matters as well.

B. PRINCIPLE OF EQUALITY

In Zapata case, the Court bring forth the point that whereas the successful claimant would reimburse its attorney fees owing to defendant's breach of contract, successful defendant would not be able to recover its costs since there was no breach and therefore recovery of attorney fees under CISG would lead to inequalities between parties. Damages provision of CISG (74-77) is regulated under Chapter 5 and the title of this Chapter is as follows: 'Provision Common to the Obligations of the Seller and of the Buyer. Hence, both seller and buyer are entitled to resorting to damages remedy.

39 CISG Preamble states that 'The States Parties to this Convention, ...Considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States,'... see supra n. 1.

40 CISG-AC Opinion No. 6, see supra n. 4.

In a case where plaintiff wins the case, it will be awarded its attorney expenses because breach of contract on defendant's part is established. However, if the defendant succeeds in its defense, it means that the contract was breached by neither party so that the breach of contract requirement is not fulfilled and CISG 74 is not applicable⁴¹. Therefore, in this case, both parties would incur financial losses in form of attorney fees in the dispute but only plaintiff would be compensated for that and parties would not be treated equally under the Convention. The issue becomes how then, equality principle can be ensured. For this problem, Bruno Zeller presents a very compelling argument which reads as follows:

“If the respondent wins the legal issue, then the court in essence decides that there was no breach. In this case specifically, the question of the applicability of Article 74 does not arise. What has happened is that now a gap exists which needs to be filled by domestic law. Does it create an inequality? The answer is no. In the first place, if there is a breach, then the CISG potentially applies. If there is no breach that is, the defendant wins the remedy must be sought under the applicable domestic law, as the CISG is silent on attorneys' fees. Equality is guaranteed not entirely via the CISG, but by the applicable governing law⁴².”

If it is determined that neither of the parties breached the contract, the article 74 of the CISG would not be applicable to the expenses parties suffered from. In this case, successful defendant may resort to domestic law remedies since ‘what has happened is that now a gap exists which needs to be filled by domestic law⁴³.’ This gap-filing method to address the violation of equality problem set forth by Professor Zeller ensures that both claimant and respondent are reimbursed for their legal fees, successful plaintiff under CISG and prevailing respondent under domestic law, and principle of equality is not violated. Another solution to the inequality issue has been proposed based on

41 **Zeller, Bruno** (2013) ‘Attorneys' Fees -- Last Ditch Stand?’, Villanova Law Review: 761 V:58 I: 4 available at: <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol58/iss4/16?utm_source=digitalcommons.law.villanova.edu%2Fvlr%2Fvol58%2Fiss4%2F16&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPag>, l.a.d. 25.10.2017, p. 6.

42 **Zeller**, p. 6.

43 **Zeller**, p. 7.

the duty to act in good faith: “In such a situation as Judge Posner's hypothetical, the plaintiff could be found to have breached contract by bringing a non-meritorious claim in violation of the duty of good faith in international trade under article 7(1). Thus, the defendant would be entitled to collect damages under article 74⁴⁴.” However, considering CISG 7(1) does not explicitly impose good faith duty on parties, this argument is hard to justify. If this issue is left to domestic law as Zeller argues, it would be more viable. In conclusion, violation of equality argument should not prevent recovery of attorney fees under CISG because this problem may be overcome by abovementioned methods.

C. DRAFTING HISTORY

One of the reasons of the Appellate Court’s decision was based on lack of intent of Convention drafters because they chose to not regulate the issue of attorney fees under the CISG and left it to *Lex fori*. Although the court first stated that attorney fees was a gap within CISG, it then concluded that there were no general principles to resolve the issue in accordance with article 7(2) CISG, therefore the issue should be decided by domestic law. The Court argued that since attorney fees are not referred to under CISG article 74 specifically, it is a gap to be filled. Article 7(2) provides that “Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.” Unfortunately, the court ignored that principle of full compensation could be incurred from article 74 CISG as a general principle to fill the gap if there is any⁴⁵.

Commentator Bruno Zeller argues that because the attorney fees were never addressed during preparatory work, the issue hasn’t been determined in

44 **Dixon, David B.** (2007) ‘Que Lastima Zapata! Bad CISG Ruling on Attorneys’ Fees Still Haunts U.S. Courts’ *University of Miami Inter-American Law Review*: 405 available at: <<http://repository.law.miami.edu/umialr/vol38/iss2/4>>, l.a.d. 13.10.2017, p. 427.

45 **Dixon**, p. 424.

positive or negative way and principle of full compensation weighs more compared to the lack of intent regarding filling the gap in accordance with CISG 7(2)⁴⁶. Convention drafter's silence on the issue of attorney fees does not make attorney fees outside the scope of the Convention⁴⁷. According to Zeller, if the Appellate Court deemed that there was a gap within the Convention, the Court then should have considered the words of the provisions within the four corners of the CISG first, before resorting to extrinsic materials such as preparatory work. Unfortunately, the Appellate Court ignored the clear wording of CISG article 74 and principle of full compensation by directly using the preparatory work for gap-filing.

Professor Zeller also compares attorney fees with the issue of burden of proof to counter-argue Appellate Court's reasoning:

"It is universally accepted that in order to have a gap, the issue in question cannot be explicitly governed within the CISG nor explicitly excluded. That said, both the burden of proof and attorneys' fees would qualify as potentially falling under general principles. The point is that the burden of proof has been rejected in the travaux préparatoires, whereas attorneys' fees have not. From that point of view alone, the burden of proof should be excluded and governed by domestic law, which is not⁴⁸." This example illustrates that even if an issue is excluded during preparation phase by the drafters, as evidenced by burden of proof, that issue can still be governed by CISG because preparatory work and drafters' intention is not always determinative. Drafters' intention can be taken into account, but it is crucial to keep in mind that it is not the sole factor to give regard to.

Therefore, Appellate Court's reference to preparatory work of the Convention does not stand on solid grounds given that it ignores more powerful criteria, namely the principle of full compensation in favor of lack of intent on drafter's part to include attorney fees.

46 Zeller (2013), p. 3.

47 Zeller (2013), p. 3.

48 Zeller (2013), p. 3.

IV. OTHER CASES ON THE ISSUE OF ATTORNEY FEES

Although Zapata case is the one that triggered lively discussions on the issue of attorney fees, there are other cases which addressed this issue. Below, some of these cases will be addressed but it should be noted that full texts of some of these cases are available on the internet only in their original language and they are not translated into English. However, they demonstrate that the issue of attorney fees remains unresolved because some courts have awarded attorney fees as damages under CISG whereas some others have awarded them under procedural rules.

A court from Swiss Canton has concluded that, in a dispute concerning parties from Germany and Switzerland, attorney fees were reimbursable under article 74 CISG in 1997⁴⁹. According to the abstract, "the court reasoned that all costs incurred in the reasonable pursuit of a claim are refundable, which included retaining a lawyer in the country of each party (article 74 CISG)⁵⁰." According to Harry Fletcher, there are several other foreign cases in which attorney fees were addressed but, due to the fact that there are no full proper English translations of these cases, it is not clear on what grounds the issue was resolved and what was considered as attorney fees⁵¹. For example, Oberlandesgericht of Duisseldorf (regional court of Appeal) awarded attorney fees under German Code of Civil Procedure whereas pre-litigation costs were reimbursed under CSG 74 though the court's reasoning is not explicit⁵². In an ICC arbitration case attorney fees were recovered under article 74 CISG although the scope of the attorney fees are unknown⁵³. In a 1996 decision, a

49 Decision of December 19, 1997, Handelsgericht des Kantons Aargau (Switzerland), No. OR.97.00056, English abstract available as CLOUT Abstract no. 254, available at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971219s1.html>>, l.a.d. 23.10.2017.

50 English abstract available as CLOUT Abstract no. 254, available at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971219s1.html>>, l.a.d. 23.10.2017.

51 **Fletcher**, p. 127.

52 **Fletcher**, p. 128. Also see: Decision of July 11, 1996, Oberlandesgericht Diisseldorf (Germany), No. 6 U 152/95, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960711g1.htm>>, l.a.d. 23.10.2017.

53 ICC Arbitration Case No. 7585 of 1992, ICC International Court of Arbitration Bulletin 60 (1995), full text and abstract available on Unilex, abstract available as CLOUT Abstract no. 301, available at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html>>, l.a.d. 22.10.2017.

German court has considered attorney fees under German Civil Procedure Code and awarded attorney fees accordingly; the court did consider attorney fees as a procedural matter governed by domestic civil procedural rules⁵⁴. Fletcher, who is still a strong advocate for exclusion of attorney fees from CISG, further notes that despite inherent ambiguities in these cases, “it is clear that a number of non-U.S. decisions interpret Article 74 of the CISG to permit recovery of damages for attorneys' fees that would not be compensable under the traditional American rule on attorneys' fees⁵⁵.”

Unfortunately, since the full texts of most of these cases are not available in English, it is not possible to fully comprehend how the courts and tribunals approached this issue in the abovementioned cases. However, it can be inferred from the English abstracts of these cases that there are conflicting approaches regarding the recovery of attorney fees under CISG and the issue remains unresolved in litigation practice.

V. INTERPRETATION WITH REGARD TO TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE

A. ARE ATTORNEY FEES A GAP UNDER CISG?

Article 7 of the CISG provides rules regarding the interpretation of the Convention and filling gaps under the Convention. This provision reads as follows:

“(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.”

54 Decision of January 29, 1996, Amtsgericht Augsburg (Germany), no. 11 C 4004/95, English abstract and original text on Unilex, available at: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960129g1.html>>, l.a.d. 23.10.2017

55 Fletcher, p. 134.

It should be noted that Article 7(2) CISG only covers situations where a matter is governed by Convention but not expressly settled by it⁵⁶. Therefore, issues which are not governed by Convention, such as validity of contract and third party rights, are not subject to gap-filing mechanism of CISG 7(2) because they are directly subject to domestic law regulations⁵⁷. These types of gaps are called external gaps in the doctrine⁵⁸. In regards to gaps which will be filled under CISG, Zeller sets forth that “A gap occurs when the legislator has not explained how a particular legal issue can be solved. It is an unintentional or intentional incompleteness in a code⁵⁹.”

Sometimes, it can be difficult to draw a certain line between interpretation and gap-filing. To make this distinction, firstly, it should be determined whether interpretation of a provision in CISG provides a solution: if it does, that provision needs to be interpreted without resorting to gap-filing methodology⁶⁰. Therefore, if the interpretation of a specific provision provides an answer, gap-filing should not be resorted to.

In Zapata Case, the Appellate Court claimed that attorney fees were a gap within the Convention because they were not addressed during the preparatory work and they were not named specifically in article 74 of CISG. The author of this article contends that the Appellate Court’s resorting to article 7(2) was not justified for following reasons.

First, the interpretation of the CISG 74 cover the issue of attorney fees and resorting to gap-filing method is unnecessary. CISG article 74 reads that: “Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss...” CISG avoids making any reference to domestic law classifications such as ‘non-performance loss, incidental loss or integrity interest’ and in principle, any types of loss are recoverable⁶¹. However, It is also true that the term “loss” in article 74 carries ambiguity to a certain extent given it does not specifically

56 **Lookofsky** p. 1-192.

57 **Lookofsky** p. 1-192.

58 **Zeller, Bruno** (2003) ‘Four-Corners- The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods’, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>>, l.a.d. 25.10.2017.

59 **Zeller** (2003), dn.58.

60 **Zeller** (2003), dn. 58.

61 **Huber**, p. 269.

describe which types of losses are reimbursable or if there are any non-reimbursable loss.

Considering there is some unclarity on the scope and meaning of the term 'loss', this term should be interpreted in accordance with article 7(1) to decide if attorney fees fall under the category of loss. Guidelines provided by article 7(1) CISG can provide an answer to this question. Unfortunately, The Appellate Court in Zapata case did not make any effort to interpret the Convention as required by article 7(1) and directly resorted to gap-filing methodology (7/2) while it was unnecessary.

Secondly, The Appellate Court reasoned that since there was no suggestion in the background of the Convention which indicates that "loss" should include attorney fees, it was not governed by CISG article 74. Court's analysis of the CISG 74 is erroneous because circumstances that may result in breach of contract are not limited in number and CISG only states the basic principles to govern compensation in case of a breach which can all be expected from an International Convention⁶².

If the Appellate Court's arguments are to be followed, any type of loss such as loss of goodwill or loss of resale profit can be deemed as a gap within the Convention given that these losses are not specifically referred to in article 74 of CISG or not addressed during preparatory work of the Convention. However, it is beyond doubt that damages for loss of goodwill and pecuniary loss are reimbursable under CISG article 74⁶³. "The nature of article 74 is inclusive, not exhaustive⁶⁴." Therefore, considering attorney fees issue as a gap is inconsistent with the article 74 because this provision does not exclude any type of loss. If attorney fees are considered to be a gap, then any type of loss can be deemed as a gap, given that except for loss of profit, no type of loss is specifically named, and this would be quite contrary to the principle of full compensation and clear wording of article 74 of CISG.

62 **Honnold, John O.** (1999) Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention 3rd edition, 1999 available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ho74.html>>, l.a.d. 12.09.2017, Pp. 445-448.

63 **CISG-AC Opinion No. 6**, see supra. n. 4.

64 **Dixon**, p. 424.

To conclude this part, there is a hierarchy between interpretation of the Convention (7/1) and gap-filing (7/2). The term loss carries some ambiguity and this term should be interpreted under article 7/1 to determine if it covers attorney fees. Therefore, gap-filing mechanism can not be used for attorney fees because interpretation of article 74 provides a solution in this matter as will be explained below.

B. HOW TO PROPERLY INTERPRET ARTICLE 74 CISG UNDER ARTICLE 7(1) AND CISG'S PREAMBLE TO RESOLVE THE ISSUE OF ATTORNEY FEES?

CISG Article 7(1) stipulates how the text of the Convention needs to be interpreted and calls for the convention to be interpreted with regard to "its international character" and the "need to promote uniformity in its application."

'The requirement to take into account the international character of the CISG seeks to secure the principle of autonomous interpretation of the principles of the CISG and prohibits the use of technical terms and principles of domestic laws, especially the domestic law of the user⁶⁵.'

In addition to article 7(1), the preamble of the CISG may also provide guidance for interpretation. The preamble of the CISG calls for the "removal of legal barriers in international trade and promoting the development of international trade⁶⁶."

Three criteria set out by the preamble of the CISG and article 7(1) should be taken into account in understanding the meaning and scope of 'loss' and determine if attorney fees are reimbursable under CISG 74: 'International character of the Convention, the need to promote uniformity in its application, removal of legal barriers in international trade and promoting the development of international trade'. Considering these criteria, ALI/

65 **Schlechtriem, Peter/Butler, Petra** (2009) UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, p. 48.

66 CISG Preamble: 'The States Parties to this Convention, being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade' see supra n. 1.

UNIDROIT Transnational Civil Procedure's published rules may provide guidance in the interpretation of the CISG because these rules have 'the aim of reconciling differences among various national legal systems'⁶⁷. Similar to these rules, CISG's goal is to unify the set of rules which applies to international contracts instead of diverse legal regimes⁶⁸. Commentator Bruno Zeller noted that ALI/UNIDROIT Transnational Civil Procedure's rules can be used to decide on the issue of attorney fees and this may be a helpful way in achieving unification purpose of CISG⁶⁹.

As can be seen, these principles can be a tool in achieving uniform application and interpretation of CISG article 74 with regard to issue of attorney fees since they share the same goals as CISG. Principle 25.1 of ALI/UNIDROIT Transnational Civil Procedure, states that a "winning party ordinarily should be awarded all or a substantial portion of its reasonable costs... [including] lawyers' fees." The commentary on Principle 25.1, notes that the "award of attorneys' fees is the rule prevailing in most legal systems," with the exception for China, Japan, and the United States [ALI/UNIDROIT, pg. 46]. In light of this principle, the term loss in article 74 CISG should be interpreted in a way that includes the attorney fees for following reasons.

Firstly, this mode of interpretation would be more efficient to bolster the development of international trade and promoting uniformity in CISG's application as is stipulated in CISG's preamble and article 7(1). Commercial enterprises from different jurisdictions enter into complex contractual relationships which involves high-finance-related risks and therefore, certainty and predictability is of utmost concern. Despite the fact that the loser-pays approach is dominant among jurisdictions, each country's rules and policies on this issue varies significantly⁷⁰. It is also important to note that there are different variables in the calculation of the reimbursable attorney

67 'ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure' available at: <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/aliunidroitprinciples-e.pdf>>, P. 2.

68 **Felemegas, John** (2001) 'The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)', Kluwer Law International, available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html#N_1>, la.d. 22.10.2017, Pp. 115-265.

69 **Zeller**, p. 11.

70 See **Gotanda**, 'in England, Germany, and Switzerland, the amount of attorneys' fees is determined by a fixed fee schedule, which may not reflect the actual fees.' p. 8.

fees such as ‘the amount in controversy, the degree to which the claim was successful, possible delay in proceedings by a party and its general conduct, and (also) the complexity of the questions to be decided⁷¹.’ “The existence of different legal systems around the world acts as a hindrance to the smooth operation of international trade, as the diversity of national laws produces conflict and legal uncertainty⁷².” In case the issue of attorney fees are dealt with by domestic laws which contain such a wide range of calculation methods and perspectives, the international commercial parties involved in litigation proceedings will suffer from attorney fees which is directly linked to breach of contract (a contract which is governed by CISG in principle), but they will be subject to very diverse legal regimes in each different country for the recovery of those expenses and consequently, this will have adverse effects on the harmonization process and further development of the international trade.

On the contrary, if recovery of attorney fees are governed by CISG, differences caused by diverse domestic legal regimes will be set aside and one single uniform law (CISG) will govern how attorney fees should be allocated. Scholars Fletcher and Lookofsky’ comments that if attorney fees are subject to the provisions of CISG instead of domestic law regimes, this solution would at least realize the Convention’s goal of uniformity because it strikes a delicate balance between loser-pays and American-rule jurisdictions although it should be noted that these authors strongly support the Appellate Court’s decision to exclude attorney fees⁷³.

At first sight, this solution may give the impression that it favors loser-pays rule over American-rule. However, a closer analysis would reveal that this is not the case. As Professor Harry Fletchner points out, subjecting attorney fees to CISG would introduce material alterations to the loser-pays rule countries⁷⁴. Fletchner further illustrates this point:

“CISG Article 74 provides that only losses foreseeable at the time the contract is concluded are recoverable, and Article 77 requires that those

71 **Schlechtriem Peter** (2007) ‘Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law’ *Journal of Law and Commerce*, V: 26:71, p. 73.

72 **Felemegas**, Pp.115-265.

73 **Flechtner/Lookofsky**, p. 99.

74 **Fletchner**, p. 152.

claiming damages "take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss." In combination, these provisions would allow courts to police in a general fashion the reasonableness of claimed attorneys' fees. Other more specific safeguards against abuse, however, would be lost. For example, loser-pays regimes may set a schedule of legally recoverable fees, or provide only for recovery of a percentage of legal costs. Such domestic law limitations would be unavailable if the CISG damages provisions (which contain no such regulations) were construed to provide for damages to cover a prevailing claimant's attorneys' fees⁷⁵."

As can be seen, allowing reimbursement of attorney fees under CISG does not favor loser-pays rule because loser-pays rule countries' rules on attorney fees demonstrate distinct differences from CISG regime. As an example, Turkey is a country which adopts loser-pays rule in principle under article 326 of the Turkish Code of Civil Procedure number 6100. This rule is subject to different limitations such as article 327 of Procedural Code which states that 'a party who caused the legal proceedings to last longer or caused the expenses to increase unnecessarily by acting in bad faith, may be ordered to pay all or part of the legal costs even if he wins the case. Even though Turkey adopts the loser-pays approach, a concept such as bad faith may play a role in modifying this rule. Therefore, reimbursement of attorney fees under CISG would not favor either loser-pays rule or American-rule because it brings substantial changes to both systems' approach.

To put this argument into context, let's assume that party A and party B conclude a sales contract and the contract is breached by party B. Party A will initiate court proceedings against the breaching party and incur legal costs related to breach. If the issue of attorney fees is left to the domestic legal system, aggrieved party may face uncertainties in terms of calculation, scope and allocation of attorney fees. For instance, courts in some jurisdictions rely on the concept of bad faith while deciding on the recovery of attorney fees⁷⁶. It is also crucial to keep in mind that good faith is not introduced as a duty for commercial parties to comply with under the CISG because domestic legal

75 **Fletcher**, p. 152.

76 **Gotanda**, p 8.

regimes follow diverse approaches and this would result in ambiguities in the application of the convention⁷⁷. In this case, party A or party B (or both) may face unpredictable results in the recovery of attorney fees because they deal with the so-called good faith concept which varies from jurisdiction to jurisdiction and which they are probably not familiar with at all. As is demonstrated in this situation, if attorney fees are treated by local laws, international commercial parties are bound to face and deal with arbitrary and unforeseeable set of rules and concepts for reimbursing their incurred attorney expenses. Diverging approaches on reimbursement of attorney fees under CISG may result in forum-shopping⁷⁸. A commercial party may choose to start litigation proceedings where it deems as the most appropriate to reimburse its attorney fees. However, application of CISG 74 to attorney fees would prevent such actions.

To conclude, domestic law-oriented views on the issue of attorney fees impedes the proper application of the convention and harmonization and development of international trade. Therefore, if recovery of attorney fees are dealt with by CISG 74 and its interpretation rules, any party who is involved in an international sales contract (to which the CISG applicable) will be able to foresee how attorney fees are recovered and allocated as opposed to diverging local law regimes which can be vague and unpredictable. This will guarantee commercial parties the legal certainty that they expect when they enter into international sales contracts. Consequently, application of more harmonized, predictable rules of CISG to the issue of attorney fees (CISG 74) will contribute to establishing a more trustworthy environment in which international trade will flourish more because commercial enterprises will be more encouraged to involve in international sales contract. Furthermore, uniform application of CISG 74 to the issue attorney fees serves well to the article 7(1) of the Convention which requires uniformity in CISG's application and also to the aim of removing of legal barriers as stipulated in its preamble.

77 **Honnold** (1999), Pp. 88-114.

78 **Dixon**, p. 429.

VI. CONCLUSION

Article 74 CISG does not explicitly state if the attorney fees are recoverable under the Convention. In Zapata case appellate court held that attorney fees are not recoverable because it is a procedural matter beyond the scope of the convention. The court also reasoned that recovery of attorney fees under CISG would create inequalities between parties because successful defendant would not be reimbursed. Third reason given by the court was that USA would not have signed the Convention had it known that attorney fees was recoverable.

Reasoning of the Appellate Court in Zapata case drew some criticism from doctrine. Firstly, procedural-substantive distinction is unproductive and reflect a domestic law-oriented approach to Convention. Secondly, no inequality would occur given when respondent prevails there would be no breach of contract and article 74 would not be triggered. Thirdly, preparatory work does not include any comments on the attorney fees issue and therefore is not a decisive factor.

Substantive procedural distinction should not be the decisive criteria to resolve the issue of attorney fees. Firstly, it is considered as an outdated and unproductive approach by CISG Advisory Council Opinion because it varies from jurisdiction to jurisdiction. Secondly, CISG applies to procedural matters as evidenced by Article 11 which introduces rules on rules of evidence. Therefore, even if attorney fees are deemed as a procedural matter, CISG may still be applicable. If it is qualified as a substantive matter, CISG deals with substantive matter in principle and it would cover the issue of attorney fees under article 74.

To resolve this issue, solution should be found within the CISG itself. CISG article 7 regulates interpretation of the Convention and how gaps in the Convention should be filled. There is a hierarchy between interpretation and gap-filing; if interpretation of a provision provides an answer, this answer should be adopted and resorting to gap-filing is unnecessary. CISG 74 states that every type of loss is recoverable, but it does not define the scope and meaning of 'loss' in detail and therefore it is ambiguous. Hence, the term 'loss' should be interpreted to decide if attorney fees is a type of recoverable loss under CISG 7(1).

The author of this article contends that attorney fees should be treated under the category of loss under CISG article 74. The term 'loss' should be interpreted according to criteria set out by article 7(1) and CISG's preamble. The need to promote uniformity, removal of legal barriers and development of international trade are factors to consider in interpreting the term 'loss'. ALI/UNIDROIT Transnational Civil Procedure is a set of rules which share the same goal with the CISG, namely realizing a more uniform international trade. For this reason, principle 25.1 of these rules is of some use for interpretation of CISG. Under this rule, attorney fees are defined as a type of reimbursable loss and CISG should be construed to cover the reimbursement of attorney fees because it conforms to CISG's aim of removing legal barriers, nurturing the advancement of international trade and the need to achieve a more uniform application of the Convention around the globe. This would be a one step-forward to a more unified international trade. Furthermore, article 74 of CISG is based on the principle of full compensation. "The purpose of Article 74 is to place the aggrieved party in the same pecuniary position it would have been in had the breach not occurred and the contract been properly performed⁷⁹." Therefore, given that attorney fees arise because of breach of contract, they should be recoverable under CISG.

79 See supra n. 8.

BIBLIOGRAPHY

Butler, Allison E. (2007) 'A Practical Guide to the CISG: Negotiations through Litigation' Chapter 6, Aspen Publisher, Pp. 1-18, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>, l.a.d. 25.10.2017.

CISG Advisory Council Opinion No. 6, 'Calculation of Damages under CISG Article 74', Rapporteur: Professor John Yukio Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html#>>, l.a.d. 20.10.2017.

Dixon, David B. (2007) 'Que Lastima Zapata! Bad CISG Ruling on Attorneys' Fees Still Haunts U.S. Courts', University of Miami Inter-American Law Review, Pp. 405-429, available at: <<http://repository.law.miami.edu/umialr/vol38/iss2/4/>>, l.a.d. 1.10.2017.

Erdoğan, Ersin (2016) Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara, Yetkin Yayınları.

Felemegas, John (2002) 'An Interpretation of Article 74 CISG by the U.S. Circuit Court of Appeals', Pace International Law Review, Pp.91-147, available at: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas4.html>>, l.a.d. 21.10.2017.

Felemegas, John (2001) 'The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)', Kluwer Law International, Pp. 115-265, available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html#N_1>, l.a.d. 22.10.2017.

Fletcher, Harry M. (2002) 'Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention (CISG): The Role of Case Law in the New International Commercial Practice, with Comments on Zapata Hermanos v. Hearthside Baking', V: 22 I: 2, Northwestern Journal of International Law & Business, Pp. 121-160.

Fletcher, Harry M./ Lookofsky, Joseph (2008) 'Viva Zapata! American Procedure and CISG Substance in a U.S. Circuit Court of Appeal', The Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, V: 7, University of Pittsburgh Legal Studies Research, Pp. 93-103, available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1311456>>, l.a.d. 18.10.2017.

Gotanda, John Yukio (1999) 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', Michigan Journal of International Law, V: 21 I: 1, Pp.1-50, available at: <<http://repository.law.umich.edu/mjil/vol21/iss1/1>>, l.a.d. 9.10.2017.

Honnold, John O. (1999) 'Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention', 3rd edition, Kluwer Law International, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>, l.a.d. 12.09.2017.

Huber, Peter/Mullis, Alastair (2007) The CISG A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier European Law Publishers.

Jochem, Helena (2015) 'Damages under the CISG – old and new challenges' (LLM Research Paper) available at: <<http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/5087/paper.pdf?sequence=1>>, l.a.d. 24.10.2017.

Lookofsky, Joseph (2000) 'The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods', Published in, J. Herbots (editor) / R. Blanpain (general editor), International Encyclopedia of Laws - Contracts, Suppl. 29, Pp. 1-192. available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html#77-6>>, l.a.d. 28.09.2017.

McMahon Anthony J. (2006) 'Differentiating between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Proposed Method for Determining "Governed by" in the Context of Article 7(2)', V: 44 of Columbia Journal of Transnational Law, available at: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mcmahon1.html#iii>>, l.a.d. 25.10.2017.

Schlechtriem, Peter/Butler, Petra (2009) UN Law on International Sales the UN Convention on the International Sale of Goods, Springer-Verlag Berlin Heidelberg.

Schlechtriem, Peter (2007) 'Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law, Journal of Law and Commerce', V: 26 Pp. 71-80.

Schlechtriem, Peter (2002) 'Attorneys' Fees as Part of Recoverable Damages' Pace International Law Review, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem4.html>>, l.a.d. 25.10.2017.

Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christina (Editors) (2007) International Sales Law, Taylor & Francis e-Library.

Schwenzer, Ingeborg/Schlechtriem, Peter (2010) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3rd edition, Oxford University Press.

Şanlı Cemal/Esen Emre/Figanmeşe-Ataman İnci (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık.

Zeller, Bruno (2013) ‘Attorneys’ Fees—Last Ditch Stand?’, Villanova Law Review:761 V:58 I: 4, Pp. 761-772.

<http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol58/iss4/16?utm_source=digitalcommons.law.villanova.edu%2Fvlr%2Fvol58%2Fis4%2F16&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPage>, l.a.d. 25.10.2017.

Zeller, Bruno (2003) ‘Four-Corners- The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods’, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>>, l.a.d. 25.10.2017.

KNOW-HOW SÖZLEŞMELERİ

Muaz Mücahit YILDIRIM*

ÖZET

Know-how sözleşmeleri, taraflardan birisine (know-how veren tarafa) know-how'ın verildiği diğer tarafa (know-how alan taraf) belirli bir know-how'ı açıklama ve know-how'ın kullanımına izin verme buna karşılık olarak da know-how alana belirli bir bedel (know-how bedeli) ödeme borcu yükleyen sözleşme olarak tanımlanabilir. Günümüzde gelişmekte olan ve geri kalmış ülkeler arasında, hızlı bir şekilde devam eden bir teknoloji değişimi yaşanmaktadır. Gelecekte ise teknolojinin gelişimine bağlı olarak işletmeler arası rekabetin artacağı, işletmeler arasında rekabet edebilirliğin bu sebeple güçleşeceği ve bunun doğal bir sonucu olarak know-how sözleşmelerinin ulusal ve uluslararası alanlarda öneminin iyiden iyiye artacağı ifade edilebilir. Bu çalışmada know-how sözleşmesinin türleri ve benzer sözleşmelerden farkı ortaya konularak hukuki niteliği üzerinde durulacak ve know-how sözleşmesi bir bütün olarak inceleme konusunu oluşturacaktır.

Anahtar Kelimeler: Know-how, know-how sözleşmesi, isimsiz sözleşme, know-how sözleşmesinin hukuki niteliği

* TÜBİTAK, Ufuk2020 Yasal ve Finansal Konular Ulusal İrtibat Noktası, mmuaz.yildirim@gmail.com
(Geliş Tarihi : 20.11.2017 – Kabul Tarihi : 09.01.2018)

KNOW-HOW CONTRACTS

ABSTRACT

Know-how contracts, can be defined as a contract imposing liability to know-how producing party of giving know-how recipient party to disclose and use of know-how, and to know-how recipient party of paying a specific know-how fee to producing party in exchange for that. Today, there is a rapidly increasing technology exchange between developing and underdeveloped countries. Moreover, it can be argued that depending upon technological development, the competition between enterprises will increase, there will be some difficulties in competitiveness among enterprises and as a natural consequence, the significance of know-how contracts will increase in national and international context. In this article, types of know-how contract will be differentiated from similar contracts, its legal character will be emphasized and know-how contract will be the subject of the examination as a whole.

Key words: Know-how, know-how contract, innominate contract, legal character of know-how contract

GİRİŞ

Borcun kaynaklarından birini teşkil eden sözleşmeler, kanun tarafından düzenlenmiş olup olmamaları bakımından isimli ve isimsiz sözleşmeler olarak iki temel gruba ayrılmaktadır. Sosyal ve ekonomik hayatta sıklıkla kullanılmalarından dolayı ya Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) özel hükümleri altında düzenlenmiş ya da özel kanunlarda düzenlenmiş olan yani unsurları ve bunların bir araya geliş yöntemleri kanunda sarıh bir şekilde düzenlenmiş olan sözleşmelere isimli sözleşme adı verilmektedir.¹

Kanunda bir sözleşmenin sadece isminin geçiyor olması onun isimli sözleşme sayılması için yeterli sayılmaz.²⁻³

Franchising, sulh sözleşmesi, lisans sözleşmesi gibi unsurları veya bu unsurların bir araya geliş yöntemleri ne TBK ne de başka herhangi bir özel kanunda düzenlenen yani kanunun öngörmediği sözleşmelere isimsiz sözleşme adı verilmektedir.⁴ Kanun koyucunun bahsi geçen bu isimsiz sözleşmeleri düzenlememiş olması, bu sözleşmeleri kanunla düzenleme ihtiyacı duymamasından veya bu sözleşmeleri hiç tanımamış yani varlığından habersiz olmasından ileri gelmektedir.⁵

TBK hükümlerine bakıldığında bu hükümlerin ağırlıklı olarak emredici nitelikte değil de yedek hukuk kuralları niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Hak düşürücü sürele çoğunlukla yer verilmediği ve bunun yanında şekil şartlarına ilişkin sıkı şartların getirilmediği göze çarpmaktadır. Bunun aksine sözleşmelerde kanunda aksi düzenlenmediği durumlarda şekil serbestisinin bulunduğu (TBK madde 12), imza atamayanların parmak izi ya da mühür

1 **Kuntalp, Erden** (2013) Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları s. 2-3.

2 **Aral, Fahrettin / Ayrancı Hasan** (2014) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 54.

3 Medeni Kanun'un 500 üncü maddesinde ifadesini bulan vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanması, Medeni Kanun'un 781 inci maddesinde ifadesini bulan irtifak sözleşmesi, TBK'nin 29 uncu maddesinde zikredilen ön sözleşme örnek olarak verilebilir.

4 **Eren, Fikret** (2015) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 17; **Kuntalp**, s. 3.

5 **Aral**, s. 54.

kullanabilecekleri (TBK madde 16) ve ifa zamanının taraflarca serbestçe belirleneceği (TBK madde 90) gibi hükümlerden yedek hukuk kuralları temelli bir düzenlemenin tercih edildiği görülmektedir.

İrade serbestliği ilkesinin bir sonucu olan sözleşme özgürlüğü, tarafların hukuki ilişkilerini emredici kuralların dışına çıkmamak kaydıyla istedikleri gibi düzenlemelerini ifade eder. Bu bağlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi; sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmeyi istenilen şekilde yapma özgürlüğü, sözleşmeyi değiştirme veya kaldırma özgürlüğü ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü şekillerinde görünüm arz eder.⁶ Yani sözleşme özgürlüğünün isimsiz sözleşmelerin geçerlilik nedeni olduğu ifade edilebilir.⁷ TBK'nin 27 nci maddesinde ifade edildiği üzere sözleşmenin ahlaka, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması veya konusunun imkânsız olması hali ise bu özgürlüğün sınırı olarak belirlenmiştir.⁸

Bu açıklamalar çerçevesinde know-how sözleşmelerinin, bu sözleşmelerin hukukî niteliğine ilişkin olarak ileride detaylıca izah edilecek görüşler saklı kalmak kaydıyla⁹ TBK'de ve özel herhangi bir kanunda düzenlenmemiş olduğu göz önüne alınarak isimsiz sözleşme olduğu ifade edilebilir.

I. KNOW HOW KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

A. KNOW-HOW KAVRAMI¹⁰

İşletmeler, faaliyetlerini uzun yıllar sürdürerek belirli alanlarda uzmanlaşır. Bu uzmanlaşma sayesinde üretim, pazarlama ve 'süreç yönetimi'¹¹ gibi

6 **Aral**, s. 55; **İnan, Ali Naim / Yücel, Özge** (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 76-77; **Eren, Fikret** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 16-17; **Yıldırım, Abdulkarim** (2016) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 6.

7 **Oktay, Saibe** (1995-1996) 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:55, S:1-2, s. 267.

8 **Eren** (2015), s. 19; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi, s. 84-85.

9 Detaylı görüşler ve hukuki niteliğe ilişkin tartışmalar için bkz. II-C Know-How Sözleşmesinin Hukukî Niteliği başlıklı bölüm.

10 Know-how'ın hukukî niteliği II-C bölümde incelenmiştir.

11 **Tancer, Robert S / Nejdawi, Bashar** (1991) 'Patent and Know-How Licensing: The U.S. and the European Community in 1992' The International Executive, V: 32, I: 6, s. 38.

konularda piyasada rakiplerine oranla daha avantajlı konuma gelirler. Benzer sektörlerde üretim yapan bazı firmalar; araştırma geliştirme, deneme veya pazarlama konularında bilgi birikimi oluşturabilmek için gerekli olan masraflardan ve zaman kaybından kaçınmak için bu alanlarda uzmanlaşmış olan diğer firmalardan bu alanlardaki bilgi birikimine sahip olmayı talep eder hale gelmiştir.¹²

Know-how kavramının ilk kullanımı Amerika Birleşik Devletlerinde¹³, Türkçe karşılığı beceri, yetenek, maharet anlamına gelen 'skill' kelimesi ile eş anlamlı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴ Amerikan hukuk sisteminde kültürel, teknik, ekonomik ve sportif gibi hayatın birçok veçhesini kapsayacak muhtevada kullanılan know-how kavramı, Kıta Avrupası hukuk sisteminde ekonomik, teknik, ticari ve sınıai alanlarla sınırlı olarak kullanılmaktadır.¹⁵ Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülkemizde de know-how kavramı tercih edilmekle birlikte bu kavramın yerine teknik bilgi¹⁶, püf noktası¹⁷ ve bilme-yapma¹⁸ kavramlarının da tercih edildiğini görmekteyiz. Yine İsviçre ve Alman hukuklarında da know-how kavramı tercih edilmekle birlikte Fransız hukuk literatüründe son yıllarda know-how kavramı yerine 'savoir-faire' kavramının kullanıldığını görmekteyiz.¹⁹

AB tarafından yürürlüğe konulmuş 240/96 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Tüzüğü'nün 10 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında know-how; 'herhangi bir formda tanımlanmış olan gizli, esaslı ve teknik bilgilerin tamamı' olarak tanımlanmıştır.²⁰ Dünya fikri mülkiyet sistemini oluşturabilmek ve yönetebilmek için 1967 yılında İsviçre'nin Cenevre kentinde kurulan

12 **Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel** (2015) Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Ankara Seçkin Yayıncılık, s. 437.

13 **Arbek, Ömer** (2005) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 69.

14 **Erbay, İsmail** (2002) Know-How Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 57.

15 **Erbay**, s. 57.

16 **Baş, Mustafa** (2000) Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 29.

17 **Yosmaoğlu, Nevzat** (1978) Dünya'da ve Türkiye'de Patentler, Know-How'lar Markalar, 1. Baskı, Ankara, Mıs Matbaası, s. 49.

18 **Akyol, Şener** (1997) Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Know-How Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Afa Matbaacılık, s. 1.

19 **Baş**, s. 29.

20 İlgili mevzuat metni için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31996R0240>>, s.e.t. 12.11.2016.

‘Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organisation)²¹ tarafından yapılan tanımlamaya göre ise sınaî²² mülkiyet ile ilgili tekniğin kullanılmasına yarayan bilgi ya da üretim yöntemleri, know-how olarak tanımlanmaktadır.²³

İlgaz, know-how kavramını ‘sınaî alanda özellikle ticari ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan, genellikle gizli olmakla birlikte böyle bir nitelik taşıması zorunlu olmayan²⁴ ve bir patent ile korunmamış bulunan teknik veya işletme ile ilgili bilgi ve tecrübeler’ olarak tanımlamaktadır.²⁵ Akyol bu kavramı ‘üretim ve satım tekniklerinin bütünü’ olarak tanımlamakta²⁶, Yüksel ise ‘belirli bir tekniği uygulamaya koyabilmek için gerekli teknik, ticaret ve işletmecilik bilgi ve becerileri’ olarak kavramı tanımlamaktadır.²⁷ Kırca tarafından yapılan tanımlamada ‘sınaî alanda özellikle ticari ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan, genellikle gizli olmakla birlikte böyle bir nitelik taşıması zorunlu olmayan ve bir patent ile korunmamış bulunan teknik veya işletme ile ilgili bilgi ve tecrübeler’ ifadelerine yer verildiğini görmekteyiz.²⁸ Sayiner tarafından yapılan tanımlamaya göre know-how ‘belli bir değere sahip ve biriktirilmiş olan gizli bilginin yani malların imalatına veya hizmetlerin sunulmasına ilişkin metotlar, işlemler, tasarımlar ve gelişmelerin tamamı’ olarak ifade edilebi-

21 **Karahan / Suluk / Saraç ve diğerleri**, s. 29.

22 Sınaî kelimesi bu çalışmada sıkça yer alacağından en azından kelime anlamının verilmesinin faydalı olacağı mülahaza edilmektedir. Sınaî kelimesi, kelime anlamı itibarıyla sanayi ile ilgili olan anlamına gelmektedir. Bu açıklama için bkz. **Usluel, Ash Elif Gürbüz** (2009) *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitabevi, s. 123.

23 **Yüksel, Ali Sait** (1989) *Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, s. 75.

24 Correa tarafından da know-how kavramının hem gizli hem de gizli olmayan bilgileri içerdiği şeklinde bir anlayış tercih edilmiştir. Bu görüş için bkz. **Correa, Carlos M.** (1981) ‘Legal Nature and Contractual Conditions in Know-How Transactions’ *Georgia Journal of International & Comparative Law*, V:11(3), s. 464.

25 **İlgaz, Deniz** (2000) ‘Know-How ve Ticari Sırlar (Teknoloji Transferi ve Fikri Haklarla İlgili Lisans Anlaşmaları)’ *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C:8, S:1-2, s. 155.

26 **Akyol**, s. 1.

27 **Yüksel**, s. 75.

28 **Kırca, Çiğdem** ‘Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği’: Karayalçın, Yaşar (Editör) (1998) Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 245.

lir.²⁹ Sharav ise know-how kavramını ‘işletmenin teknik ve ticari faaliyetlerinde kullanılan üretim ve araştırma sürecinde elde edilen, diğer işletmelerce elde edilmesi ancak sözleşme vasıtasıyla gerçekleşen, malların üretiminde, satımında, hizmetlerin sunumunda, organizasyonunda ve idare türünde sahibine ekonomik değer sağlayan hukuken korunmayan sınaî, teknik ekonomik veya ticari alanlara ait bilgi ve deneyimlerdir’ şeklinde tanımlamıştır.³⁰

Son olarak Erbay’ın tanımlamasına göre know-how, sınaî alandaki teknik, ticari, işletme, yönetim ve organize karakterli hukuken korunmayan, gizli veya gizli olmayan, sahibine ekonomik yarar sağlayan ‘bilgi ve tecrübeler’dir.³¹⁻³²

Kanımızca doktrinde yapılan en kapsamlı tanımlardan birisi olması bakımından Erbay tarafından yapılan tanımın kavramı ifade etmede yerinde ve yeterli detayda olduğu ifade edilebilir.

Ülkemizde know-how teriminin mevzuat anlamındaki tanımı, Rekabet Kurulu tarafından yürürlüğe sokulan 2002/2 nolu Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde³³ yer almaktadır. Mezkûr Tebliğin 3 üncü maddesinde know-how ‘Sağlayıcının tecrübe, denemeleri sonucu elde ettiği ve patentli olmayan, uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi anlamına gelir. Bu tanımdaki; "gizli" kavramı, know-how’ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak bir araya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi

29 **Saygıner, Cemil** (2008) ‘Marka Lisansı Sözleşmelerinin İncelenmesi’ (Uzmanlık), Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, s. 18.

30 **Sharav, Khishigsuren** (2004) ‘Know-How Sözleşmesi ve Know-How Alanın Yükümlülükleri’ (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 15.

31 **Erbay**, s. 78.

32 Türk Hukukunda yapılan tanımlamalardan en kapsamlı ve kapsayıcı tanımın Erbay tarafından yapılan tanım olduğu görülmektedir. Ayrıca kapsamın genişletilmesinin konuyu dağıtacağı düşünülerek uluslararası düzenlemeler ile Türk Hukukunda yer alan tanımlamalara yer verilmesinin yeterli olacağı değerlendirilmiştir. Konunun kapsamını aşması bakımından karşılaştırmalı hukuktaki tanımlamalar ile yabancı ve Türk Yargı kararlarında know-how tanımının ne şekilde yapıldığı hususuna değinilmemiştir. Karşılaştırmalı Hukuktaki tanımlamalar ile yabancı yargı kararlarındaki detaylı tanımlamalar için bkz. **Öğüz, Tufan** (2001) Know-How Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 4 vd.; **Erbay**, s. 76-78; **Troller, Alois** (1973) ‘İsviçre Hukukunda Know-How’un Korunması (Çeviren: Ergun Özsunay)’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:7, S:2, s. 398; **Yosmaoğlu**, s. 49.

33 Söz konusu Tebliğ, Resmi Gazete’nin 14.07.2002 tarih ve 24815 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

herkes tarafından bilinmemesini ya da kolaylıkla erişilebilir olmamasını, "esaslı" kavramı, know-how'ın, anlaşma konusu malların veya hizmetlerin kullanılması, satımı veya yeniden satımı bakımından alıcı için vazgeçilmez bilgiler içermesini, "belirlenmiş" kavramı, know-how'ın, gizli ve esaslı olma şartlarını taşıdığını doğrulayabilmek için, yeterince geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış olmasını ifade eder' şeklinde tanımlanmaktadır.³⁴

B. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE GELECEĞİ

Know-how sözleşmeleri, TBK'nin Özel Hükümler başlığı altında ya da özel bir kanunda bir sözleşme türü olarak düzenlenmiş değildir ve bu sebeple isimsiz bir sözleşmedir.³⁵ Know-how sözleşmesi hukuki anlamda ilk olarak ikinci dünya savaşından sonra Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, iş bölümü sürecinin sosyo-ekonomik bir sonucu olarak varlık göstermiş ve kısa sürede batı dünyasında yaygınlaşmıştır.³⁶

Know-how sözleşmeleri ilk ortaya çıktıkları zaman yalnızca teknik nitelikteki endüstriyel know-how'ları konu edinirken ikinci dünya savaşından sonra işletmesel organizasyon şekillerini ve pazarlamaya ilişkin bilgileri de ihtiva eder hale gelmiştir. Know-how sözleşmesi hem ülke içerisinde hem de uluslararası arenada bu dönem sonrasında ciddi anlamda gelişmiştir. İhracat yasağı veya yüksek gümrük vergilerinden dolayı yabancı pazarlara giremeyen işletmeciler ihracat yapamadıkları bu ülkelerdeki bir işletmeciye know-how aktarmak yoluyla teknolojilerini transfer ederek o ülkedeki pazar paylarını artırmaktadırlar.³⁷

34 Rekabet Kurulu tarafından yürürlüğe sokulan 2002/2 nolu Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği için bkz. <[http : //www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Ba%C5%9Fvuru+Rehberi/teblig35.pdf](http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Ba%C5%9Fvuru+Rehberi/teblig35.pdf)>, s.e.t. 07.11.2016.

35 **Eren** (2015), s. 17; **Yavuz, Cevdet** (2012) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 11.

36 **Erbay**, s. 59.

37 **Kırca**, s. 244.

Federal Almanya’da bu sözleşme hukuki anlamda Federal Mahkeme’nin 1955 tarihli bir kararıyla³⁸ gündeme gelmiştir. Mezkûr kararda bir işletme sırrı, sınaî koruma hakkından (somut olayda patentten) çoğu zaman daha değerlidir ve gizli üretim yöntemi işletmenin daha önemli bir faktörünü ifade eder denilerek know-how konusunun öneminin kavranmasına ve bu alanın gelişmesine katkı sunulmuştur.³⁹

Know-how sözleşmesi ortaya çıktığı ilk zamanlarda patent-lisans sözleşmesi ile birlikte yapılmış ve bu sözleşmenin bir parçası olarak değerlendirilmişti ve bu sebeple bağımsız bir know-how sözleşmesinden bahsedilmemekteydi. Ancak seksenli yıllardan itibaren know-how sözleşmesi patent-lisans sözleşmesinden farklı bağımsız bir sözleşme olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.⁴⁰

Günümüzde gelişmekte olan ve geri kalmış ülkeler arasında, hızlı bir şekilde devam eden bir teknoloji değişimi yaşanmaktadır. Gelecekte ise teknolojinin gelişimine bağlı olarak işletmeler arası rekabetin artacağı, işletmeler arasında rekabet edebilirliğin bu sebeple güçleşeceği ve bunun doğal bir sonucu olarak know-how sözleşmelerinin ulusal ve uluslararası alanlarda öneminin iyiden iyiye artacağı ifade edilmektedir.⁴¹

Gerçekten de teknolojinin gelişimi araştırma ve geliştirme faaliyetlerine verilen önemin artmasına sebep olmaktadır. Araştırma ve geliştirme faaliyetleri ile yenilik oluşturmaya başlayan firmalar bu sayede piyasada öne çıkmakta, bu araştırma ve geliştirme faaliyetine katılmayan ve bunun doğal sonucu olarak teknolojik gelişmeleri takip edemeyen işletmeler de haliyle bu teknolojiyi üreten işletmelerden bu bilgileri satın alma yoluna gitmektedirler. Dolayısıyla önümüzdeki süreçlerde bu sözleşmenin öneminin daha da artacağını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Bu konuda AB tarafından yapılan bir uygulamayı zikrederek bu başlık altındaki açıklamalarımıza son vermek isteriz. Avrupa’nın bilim, teknoloji politika ve uygulamalarının uyumlaştırılması amacıyla oluşturulan Topluluk Programları AB Çerçeve Programı olarak adlandırılmaktadır. İlki 1984 yılında başlatılmıştır ve dünyanın en yüksek bütçeli (2014-2020 yılları için yaklaşık 80 milyar Avro) sivil araştırma programıdır. Çerçeve Programlar Avrupa’nın

38 Erbay, s. 60 ve orada anılan BGHZ, Bd. 16, s. 176.

39 Erbay, s. 60.

40 Kırca, s. 244.

41 Erbay, s. 61.

araştırma ve teknoloji geliştirme kapasitesini güçlendirmek, üniversite-sanayi iş birliğini teşvik etmek, AB üye ülkeleri, AB aday ülkeleri ve AB'nin iş birliği yaptığı diğer ülkeler ile AB politikalarına ilişkin farklı alanlarda iş birliğini geliştirmek amacıyla yürütülmektedir.

Türkiye'nin de 12 Temmuz 2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Uluslararası Anlaşma⁴² ile katılım sağladığı programda temel olarak en az 3 farklı ülkeden en az 3 farklı kuruluş tipinin ortak olarak proje başvurusu yapabildiği bu programa katılım sağlayan işletmeler kendi oluşturdukları know-how'ları koruma altına almak ve belirli oranlarda ise ortak proje yaptıkları firmalarla paylaşmak zorunda kalmaktadırlar. Bu sebeple programın kılavuzlarında da fikri haklar konusu özelinde know-how'lar için de özel anlaşmaların yapılması önerilmektedir.⁴³ Zaten projelerinin %70-80 oranlarında geri ödemesiz şekilde karşılanmasını isteyen araştırma ve geliştirme yapma arzusundaki işletmeler iktisadi olarak bu programa katılmak isteyecek ve bu katılımı ortak iş yapma zorunluluğunun getirdiği bir gereksinim olarak know-how sözleşmeleri yapmaları kaçınılmaz olacaktır. Bu da know-how sözleşmelerinin günümüzde artan bir öneme sahip olduğunun ve önümüzdeki dönemlerde de bu öneminin artacağını göstergesi olarak zikredilmeye değerdir.⁴⁴

C. KNOW HOW SÖZLEŞMESİNİN İŞLEVLERİ

Bir işletmenin ekonomik değeri genel olarak rakipler arasında para ile karşılanabilen bilgi birikimini ifade etmek üzere kullanılır. Bu ekonomik değer sadece işletmenin sahip olduğu gayrimenkul, işletme donanımı gibi maddi varlığı olan şeyleri değil gayri maddi değerleri de içerecek şekilde hesaplanır.

42 Uluslararası Anlaşmanın yayımlandığı 12 Temmuz 2014 tarihli Resmi Gazete, <<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140712.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140712.htm>>, s.e.t 12.11.2016.

43 İlgili programın detaylarının yer aldığı kılavuz için bkz.

<http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/amga/h2020-amga_en.pdf>, s.e.t 12.11.2016.

44 Güncel olarak uygulanmakta olan Ufuk 2020 (orijinali Horizon 2020) programı hakkında Türkçe içerikli bilgiler için bkz. programın Türkiye'deki ulusal koordinasyonunu sağlamakla görevli TÜBİTAK web sayfası <<http://www.h2020.org.tr/>> ile Avrupa Komisyonu web sayfası <<https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/>>, s.e.t 12.11.2016.

Know-how gibi bu gayri maddi değerler işletmenin değerinin belirlenmesinde yadsınamayacak bir öneme sahiptir.⁴⁵ İşte bu sebeple know-how sözleşmesinin ilk fonksiyonunun işletmenin ekonomik değerini artırma fonksiyonu olduğu ifade edilebilir.

Know-how genel anlamda ticari sır⁴⁶ şeklinde ortaya çıksa da patent edilebilir nitelikte olan ancak patent ettirilmemiş bilgileri de kapsadığı ifade edilebilir.⁴⁷

Know-how bir işletmede üretime başlayabilme ve bu üretim sonucunda know-how'dan da yararlanmak suretiyle işletmede yeni teknoloji sağlayarak rasyonel bir üretimi sağlar. Bununla birlikte yaratıcı düşüncenin her zaman hukuki korumadan yararlanamayabileceği göz önüne alındığında bilgi ve tecrübelerin ticari anlamda rakiplere karşı ekonomik bir avantaj sağlaması için patent ettirilebilir nitelikte olması gerekmez. Patentlenebilir olup olmadığına bakılmaksızın patent ettirilmemiş bilgi ve tecrübeler know-how olarak nitelendirilir ve işletmenin rakiplerine karşı rekabet konusunda öne geçmesini sağlar.⁴⁸ Bu açıklamalar çerçevesinde know-how sözleşmesinin diğer iki fonksiyonu olarak rekabet avantajı sağlaması ve teknolojik ilerlemeyi mümkün kılması zikredilebilir.

Know-how geliştirmek için know-how alan konumundaki tarafın bu geliştirme için zaman ve para harcaması sonucunda beklediği know-how'a ulaşması mümkün olmayabilir. Bu riski taşımamak ve önceden satın alacağı know-how'ın değerini tespit edebilmek bakımından bu sözleşmeyi yapmayı tercih edebilir.⁴⁹ Bu durumda know-how sözleşmesinin araştırma masraflarından tasarruf sağlaması işlevine işaret ettiği ifade edilebilir.

5691 Teknoloji Bölgeleri Kanunu'nda Teknoloji Transfer Ofisi; 'Teknoloji geliştiricisi Ar-Ge kurum ve kuruluşları ile teknoloji kullanıcıları sanayi şirketleri veya diğer teknoloji ya da Ar-Ge kurum ve kuruluşları arasında bil-

45 **Erbay**, s. 61.

46 Ticari sır, bir ticari işletmede kullanılan ve o sırrı bilmeyen rakiplere karşı ticari işletmeye avantaj sağlayan formül, model, alet ve bilgilerin toplamı olarak tanımlanabilir. Bu tanım için bkz. **Miroğlu, Haslet** (2007) 'Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Ticari Sırlar' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 3.

47 **Vukowich, William T.** (1968) 'Implied Warranties in Patent, Know-How and Technical Assistance Licensing Agreements' California Law Review, V: 56, I: 1, s. 190.

48 **Erbay**, s. 64.

49 **Erbay**, s. 64.

gilendirme, koordinasyon, araştırmayı yönlendirme, yeni Ar-Ge şirketlerinin oluşturulmasını teşvik etme, işbirliği geliştirme, fikri mülkiyet haklarının korunması, pazarlanması, satılması, fikri mülkiyetin satışından elde edilen gelirlerin yönetilmesi konularında faaliyet gösteren yapıyı ifade eder' şeklinde tanımlanmıştır. Literatürde ise teknoloji transferinin sağlıklı bir şekilde yapılması için alanlarında uzman personel ile kurulmuş, teknoloji transfer iş birliklerini yönetme kabiliyeti olan, disiplinler arası bütünlüycü bakış yeteneğine sahip Teknoloji Transfer Ofislerinin kurulması ve sayısının artırılması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁰ Bu kapsamda teknoloji transferinin know-how sözleşmelerinin bir uygulama alanı olarak ortaya çıkmakta olduğundan know-how sözleşmesinin bir diğer işlevinin teknoloji transferi olduğunu ifade etmek gerekir.

İhracat yasağı veya yüksek gümrük vergilerinden dolayı yabancı pazarlara girmeyen veya giremeyen işletmeciler ihracat yapmadıkları veya yapamadıkları bu ülkelerdeki bir işletmeciye know-how aktarmak yoluyla teknolojilerini transfer ederek o ülkedeki pazar paylarını artırabilmektedirler.⁵¹ Böyle bir durumda know-how alan yabancı ülkedeki işletme know-how sağlayan işletmeye bir ödeme yapacaktır. Bu sayede de ülkeye döviz girişi olacağından know-how sözleşmelerinin bir diğer işlevinin de ülkeye döviz girdisi sağlamak olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır.

II. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Know-how sözleşmesinin, üzerinde görüş birliğine varılmış bir tanımla bulunmasa da⁵², taraflardan birisine (know-how veren tarafa) know-how'ın verildiği diğer tarafa (know-how alan taraf) belirli bir know-how'ı açıklama ve know-how'ın kullanımına izin verme buna karşılık olarak da know-how alana belirli bir bedel (know-how bedeli)⁵³ ödeme borcu yükleyen sözleşme olarak tanımlanması mümkündür.⁵⁴

50 **Kılıç, Ali / Ayvaz, Ümit** (2011) 'Üniversite-Sanayi-Devlet İşbirliğinin Sağlayıcısı Olarak Teknoparklar ve Teknoloji Transferi İşbirliklerinde Mevcut Durum' Savunma Bilimleri Dergisi, C:10, S:2, s.75.

51 **Kırca**, s. 244.

52 **Kırca**, s. 245.

53 **Gürzumar, Osman Berat** (1995) Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini

Baş'a göre ise know-how sözleşmesi, teknik bilgi olarak nitelendirilebilen bilgi veya tecrübelerin konu olduğu, karşı tarafa bu bilgi veya deneyimlerden yararlanmak üzere aktarılmasını öngören sözleşmedir.⁵⁵

Ayrıca bu tür sözleşmelerde, know-how veren know-how'ı, know-how alanın serbestçe kullanımına belirli bir süre için veya herhangi bir süre kısıtına tabi olmaksızın bırakmaktadır.⁵⁶

B. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Know-how sözleşmesinin temel unsurları şunlardır:⁵⁷

- i. Know-how teknik ve ticari (ekonomik) alandaki bilgilerden oluşur.
- ii. Know-how herkesin kolaylıkla oluşturması mümkün olmayan bilgilerden oluşur.
- iii. Know-how'ı oluşturan bilgilerin patent alınarak korunmamış olması gerekir.
- iv. Know-how niteliğindeki bilgiler sözleşmenin tarafı olmayan kişilere de aktarılabilir nitelikte bilgiler olmalıdır.
- v. Know-how sınaî alana ilişkin bilgi ve deneyimlerden oluşur⁵⁸

Know-how sözleşmesinin konusu, bir üretim, işletme ve pazarlama sırrı da olabilir sır teşkil etmeyen bilgi ve tecrübeler de olabilir,⁵⁹ ancak know-how'ı oluşturan bilgiler genellikle sır niteliğini taşıyan bilgilerdir.⁶⁰ İş sırları, know-how sözleşmesinin konusu olabilir. Bu tür sözleşmelerde know-how alanın

Oluşturan 'Sistem'lerin Hukuken Korunması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 98.

54 **Erbay**, s. 67.

55 Her ne kadar bu tanımlamayı yaparken yazar sözleşmeyi 'teknik bilgi lisans sözleşmesi' olarak tanımlasa da konuyu ele alışımızdaki kavram birliğini sağlamak adına ve yazarın kast ettiği sözleşmenin de know-how sözleşmesi olduğu göz önüne alınarak know-how sözleşmesi ifadesinin kullanılmasının yerinde olduğu değerlendirilmiştir. Bu tanım için bkz. **Baş**, s. 55.

56 **Gürzumar**, s. 98.

57 **Kırca**, s. 245-247.

58 **Öğüz**, s. 23.

59 Buradaki konunun belirlenmesinde pazarlama sırrından kast edilen fabrikasyon ve gayri maddi mal olma özelliği taşıyan iş sırrı yani gizli know-how'dır. **Gürzumar**, s. 99; Şener de bu konuda kamuya açıklanmamış olması şartıyla sır niteliğini taşımayan bilgilerin de know-how olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir. Bu görüş için bkz. **Şener**, s. 2.

60 **Oktay Özdemir, Saibe** (2002) Sınaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 44; **Kırca**, s. 246.

sözleşme konusu olan bilgi üzerindeki fiili tekel durumuna katılmak suretiyle bir rekabet avantajı elde etmesi sağlanır ve bu yolla sözleşme konusunun sır oluşturması know-how alan açısından işlemin temelini oluşturur.⁶¹

Know-how sözleşmelerinin konusunun sır teşkil etmeyen bilgi ve tecrübeler olması durumunda, sır teşkil etmemenin doğal bir sonucu olarak hak-sız rekabeti önleyici hükümler arasında ticari sırların korunmasına ilişkin olanların bunlara uygulanma olanağı yoktur. Ancak bu tür bilgi ve deneyimlerin sahibinin rızası hilafına elde edilmesi hukuka aykırılık teşkil edeceği için bunların sahibinin kişilik ve malvarlığı değerlerini koruyan normların ihlali yoluyla elde edilmesi halinde söz konusu normlar aracılığıyla dolaylı da olsa bir korumadan yararlanacağı ifade edilebilir. Buna paralel olarak sözleşmenin konusunu sır teşkil etmeyen bilginin oluşturması durumunda bunların sır teşkil etmemesinden dolayı doğrudan sözleşme süresince bu bilgilerin başkalarına açıklanmaması yükümlülüğünün bulunmadığını söylemek yerinde olmayacaktır. Çünkü bu tip bir sözleşmenin güven prensibine göre yorumlanmasından know-how alanın bu bilgi ve deneyimleri üçüncü kişilere açıklamaması gerektiği sonucu çıkarılmalıdır. Aynı şekilde sözleşme konusu sır teşkil etmediğinden know-how verenin de bu bilgilerin ve tecrübelerin gizliliğini tekeffül etmemesi normal karşılanmalıdır.⁶²

Burada önemle belirtilmesi gereken bir başka husus ise know-how sözleşmesinin konusunun belirli olması ya da en azından belirlenebilir olması gerektiğidir. Bu, sözleşmenin esaslı unsurlarındandır. Taraflar sözleşmenin diğer tüm edimleri üzerinde anlaşmış olsalar dahi know-how belirli değil ya da belirlenebilir değilse know-how sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulduğundan bahsedilemeyecek ve bu eksiklik yorum yoluyla tamamlanamayacaktır.⁶³

61 **Gürzumar**, s. 99.

62 **Gürzumar**, s. 99-100.

63 **Erbay**, s. 67. Erbay burada ayrıca sadece know-how'ın vaad edilmiş olmasının yetmeyeceğini aynı zamanda know-how'ın belirli bir şekilde somutlaştırılmış olmasının da gerektiğini, Avrupa Komisyonu'nun da 556/89 Grup Muafiyet Tüzüğünde aynı görüşü benimsediğini ifade etmektedir. Yani yazarın burada know-how'ın belirli bir madde üzerinde somutlaşmasının belirlilik anlamında büyük bir önem taşıdığını ve know-how'ın bilgi olmaktan yola çıkarak da somutlaşmanın bir ifa vasıtası olduğu tespitini yapmaktadır.

C. KNOW-HOW İLE KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Know-how sözleşmesi hukuki anlamda ilk olarak ikinci dünya savaşından sonra Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, işbölümü sürecinin sosyo-ekonomik bir sonucu olarak varlık göstermiş ve kısa sürede batı dünyasında yaygınlaşmıştır.⁶⁴ Bununla birlikte know-how üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın bulunup bulunmadığının tespiti know-how sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinde belirleyicidir.⁶⁵ Bu sebeple mutlak hak ve nispi hak kavramının tanımını yaparak know-how üzerinde mutlak hak bulunup bulunmadığını tartışmak yerinde olacaktır.

Mutlak hak, sahibi bulunduğu kişiye en geniş yetkileri bahşeden ve kanuni sınırlar çerçevesinde sahibi olan şahısların bunları vasıtasız şekilde kullanabildiği, bu haklardan diledikleri gibi yararlandıkları ve en önemlisi de kendisinden daha üstün bir hakkı bulunmayan herkese karşı ileri sürebildikleri haklardır.⁶⁶ Buna karşılık şahsi hak veya alacak hakları olarak da anılan nispi hak ise aralarındaki bir hukuki ilişkiye istinaden bir veya birkaç şahıstan bir şeyin verilmesini, yapılmasını veya yapılmamasını isteme yetkisi veren haklar olarak tanımlanabilir.⁶⁷

Bu tanımlamayı yaptıktan sonra know-how üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın bulunup bulunmadığı konusundaki farklı fikirleri savunan doktrin görüşlerine bakmakta fayda mülhaza edilmektedir.

Öncelikle ifade edilmelidir ki know-how'ı oluşturan gizli olmayan bilgiler üzerinde sahiplerinin mutlak bir hakkı bulunmadığı, bu nedenle gizli olmayan know-how'ın mülkiyet hakkı ya da kişilik hakkı gibi mutlak bir hakkın

64 **Erbay**, s. 59.

65 **Kırca**, s. 248.

66 **Altaş, Hüseyin / Döngül, İrem Tuğçe** (2014) *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 84; **Serozan, Rona** (2013) *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 238-239; **Öztan, Bilge** (2009) *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, 29. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 74; **Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer** (2013) *Türk Medeni Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 57-58; **Akıpek, Jale G. / Akıntürk, Turgut / Karaman, Derya Ateş** (2012) *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt*, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 123.

67 **Cansel, Erol / İnan, Ali Naim** (1964) 'Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukununun Konusu' *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:21, S:1-4, s. 346.

konusu olmayıp bu anlamda bir koruma imkânına sahip bulunmadığı ifade edilmektedir.⁶⁸

Sır niteliği taşıyan yani gizli olan know-how ile ilgili olarak da birden fazla görüş ortaya atılmıştır. Bu konudaki ilk görüş; aleni olmadığı sürece know-how'ı oluşturan fikri değer, bir kişinin çalışması ile kazandığı bilgi ve deneyimlerinin toplamını ifade etmesi nedeniyle kişilik hakkının uzantısı olduğundan üçüncü kişilerin bu bilgi ve deneyimleri rıza olmaksızın elde etmelerine ve kullanmalarına karşı haksız fiil hükümlerine göre koruma alanı bulaacağı ile haksız rekabet hükümleri kapsamında korunabileceğinden yola çıkarak sır niteliğindeki bilgilerden oluşan know-how üzerinde herkese karşı ileri sürülebilecek 'kişilik hakkı niteliğinde'⁶⁹ bir mutlak hakkın varlığının söz konusu olduğu şeklindedir.⁷⁰

İkinci görüş ise sır niteliği taşıyan bilgilerin taşıdıkları iktisadi değer itibariyle kişinin malvarlığı değeri içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ve sır niteliğindeki bilgilerden oluşan know-how üzerinde kişilik hakkı olmayan, mülkiyet hakkı ile karşılaştırılabilecek bir malvarlığı hakkının bulunduğunu ifade eder.⁷¹

Türk doktrininde Gürzumar, gizli teknik bilgi ve deneyimin aktarımını içeren sözleşmeyi lisans sözleşmesi altında incelemeyi uygun görmüştür. Gizli olmayan know-how'ın aktarımını konu alan sözleşmenin ise vekâlet sözleşmesinin altında ele alınmasının uygun olacağını değerlendirmiştir.⁷²

Kırca, gayri maddi malların hak objesi olması konusunda numerus clausus ilkesinin geçerli olduğunu, gayri maddi mallar konusunda hukuk düzeninin seçici olduğu ve sadece belirli koşullarda belirli gayri maddi malları hak objesi olarak kabul edildiğini ve know-how'ın da hukuk düzeni tarafından bir hak objesi olarak kabul edilmediği, sahiplerine münhasır haklar tanımadığı için know-how üzerinde sahiplerinin sadece gayri maddi sahiplik durumu olduğunu bilgilerin fiili sahipliği durumu yarattığını dolayısıyla da know-how

68 Kırca, s. 248.

69 Kırca, s. 248.

70 Öğüz, s. 16. Bu fikrin ana savunucusu Alman Hukukçu Forkel'dir. Bu fikre göre iktisadi anlamda değerlendirilebilir niteliği itibariyle kişinin malvarlığının bir parçasını oluşturan know-how, kendine özgü (sui generis) bir fikri hak niteliği taşımaktadır.

71 Kırca, s. 248; Öğüz, s. 16-17.

72 Baş, s. 69; Gürzumar, s. 100 vd.

üzerinde herkese karşı ileri sürülebilecek bir mutlak hakkın varlığından söz edilemeyeceğini savunmaktadır.⁷³

Dolayısıyla doktrinde de ağırlıklı olarak know-how'ın bir hak olarak kabul edilmesinin doğru olmayacağı görüşü ileri sürülmektedir.⁷⁴

Bu sebeplerle Kırca, know-how içeren sözleşmenin konusu olan know-how'ın başkasına aktarıldıktan sonra geri verilmeye elverişli olmadığını, sözleşme sona erdikten sonra bunların kullanımının önüne geçilemeyeceğini gerekçe göstererek (burada yazar sır niteliğinde bulunup bulunmama konusunda bir ayırım yapmamaktadır) know-how içeren sözleşmeleri kendine özgü (sui generis) sözleşme olarak görmektedir.⁷⁵

Doktrinde Erbay tarafından know-how'ın sınıî haklardan sayılmaması şeklindeki görüşüne yer vermek gerekir. Erbay; bir haktan bahsedilebilmesi için bir olgunun hukuk düzenince hak olarak tanınması gerektiği, bir şeyin ancak hukuk düzeni tarafından hak olarak düzenlendikten sonra hak olarak telakki edilebileceği, maddi olmayan şeylerin hukuken mal vasfına prensip olarak sahip olmadığından sadece hukuk düzeni tarafından belirlenen sınırlı sayıda gayri maddi şeylerin hukuken korunacağını gerekçe göstererek know-how'ın sınıî bir hak olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir.⁷⁶

Ayrıca know-how'un açıkça kanunda düzenlenmemesine karşın Anayasa'nın 35 inci maddesi⁷⁷ uyarınca mülkiyet hakkı kapsamında girmeyeceği de ifade edilmelidir.⁷⁸ Know-how'ın özel bir hakkın konusu olmayacağı tespiti ise know-how'ın haksız şekilde ticari rakipler tarafından korunmasız olarak elde edilip kullanılabileceği anlamına gelmeyecektir. Erbay'a göre know-how gizli tutulduğu oranda Türk Ticaret Kanunu'nun 55 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (d) bendi⁷⁹ uyarınca haksız rekabet ve saldırının haksız fiil teşkil ettiği

73 Kırca, s. 249.

74 Erbay, s. 96.

75 Kırca, s. 249 vd.; Baş, s. 69.

76 Erbay, s. 79.

77 Anayasa'nın 35'inci maddesi 'Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.' şeklindedir.

78 Erbay, s. 99.

79 Burada eser kaleme alınırken eski Kanun hükmü kullanılmış olduğundan, Kanunun güncel halinde konunun işlendiği maddeler olarak bu kısmın kaleme alınarak atf yapılmasının daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

durumlarda ise TBK'nin 49 uncu maddesi⁸⁰ kapsamında korunur. Burada haksız rekabete ilişkin dava hakkının bir hakkın ihlaline değil rakibin hakkını kötüye kullanmasına dayandığı ifade edilmektedir.⁸¹

Burada know-how sözleşmesi ile lisans sözleşmesi arasındaki farklılaşmaya dair bir tespit bulunmak da yerinde olacaktır. Know-how sözleşmesinin diğer sözleşme türlerinden farklı yönleri aşağıda detaylı bir şekilde verilecektir.⁸² Ancak know-how sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitine daha fazla katkıyı sunmak amacıyla lisans sözleşmesi ile arasındaki ilişkiye dair bu kısımda da bir miktar detay vermenin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Know-how sözleşmesinin konusunu oluşturan know-how, mutlak hak konusu olmadığından⁸³ bu sözleşme sadece borçlandırıcı işlem olarak işlev görecektir. Know-how sözleşmesinde know-how alan, know-how verene karşı sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin kendisine devredilmesine ve açıklanmasına dair bir alacak hakkı elde eder. Ancak know-how verenin bu yükümlülüğünün ifası alıcıya know-how üzerinde hak devrini sağlayacak olan tasarruf işlemi ile gerçekleşmez. Yani know-how alana üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek bir hak devredilmesi söz konusu olmaz.⁸⁴

Lisans sözleşmelerinde ise lisans verenin üçüncü kişilere de lisans verme hakkını elinde tuttuğu basit lisans sözleşmelerinde lisans alıcısı lisans verene karşı sınırlı haktan yararlanmaya yönelik bir alacak hakkı elde ederken lisans alanın aynı çerçevede üçüncü kişilere lisans vermeme yükümlülüğü altına girdiği inhisari lisanslarda lisans alıcısına, lisans üzerinde mutlak tasarruf yetkisi bahşeden ve herkese karşı etkili münhasır yararlanma yetkisi sağlayan bir hak sağlanmaktadır. Yani inhisari lisans sözleşmeleri sadece borçlandırıcı işlem niteliğinde değil aynı zamanda tasarruf işlemi niteliği de taşımaktadır.⁸⁵

80 Burada eser kaleme alınırken eski Kanun hükmü kullanılmış olduğundan, Kanunun güncel halinde konunun işlendiği maddeler olarak bu kısmın kaleme alınarak atf yapılmasının daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

81 **Erbay**, s. 99-100.

82 Bkz. aşağıda VI. Know-How Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Farkı

83 Burada gizli olmayan know-how'ların kastedildiği görüşü savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. **Ongan, Burak** (2007) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 47.

84 **Öğüz**, s. 32.

85 **Öğüz**, s. 32.

D. KARMA-KENDİNE ÖZGÜ SÖZLEŞME

Karma sözleşmeler, edimin içerik ve yüklenilme biçimine bağlı sözleşmelerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içerisinde birleştiren tek bir sözleşme olarak tanımlanabilir.⁸⁶

Kendine özgü (sui generis) sözleşme ise kanunen düzenlenmemiş ve tümüyle kanuni tipik sözleşmelerin hiçbirine ait olmayan unsurlardan meydana gelen ve bu özelliği ile tam anlamıyla yeni bir oluşum olarak nitelendirilebilecek olan sözleşmelerdir.⁸⁷

Bileşik sözleşme de birden fazla bağımsız ‘aynı veya farklı tipteki’⁸⁸ isimli veya isimsiz sözleşmenin bu nitelikleri korunarak tarafların iradeleriyle birbirlerine, birinin varlığı ve geçerliliği diğerinkine bağlı olacak şekilde bağlanmaları ile oluşan sözleşmeler olarak tanımlanabilir.⁸⁹

Know-how sözleşmesi bu anlamda kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden herhangi birine dahil edilemediği gibi kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin karakteristik edimlerini birleştiren bir karma sözleşme olarak da nitelendirilemez. Çünkü know-how sözleşmesinde para ve para haricinde bir edim karşılığında satış, kira veya iş görmeye yönelik edim yükümlülüklerinin biri veya birkaçına benzer tarzda gerçekleşen bir know-how devri yükümlülüğü yer alabilmesine karşılık bu edim yükümlülüklerinin know-how sözleşmesine karma sözleşme niteliği verecek şekilde saf bir satış sözleşmesine ilişkin edim yükümlülüğü; kira sözleşmesine ilişkin edim yükümlülüğü veya iş görme sözleşmesine ilişkin edim yükümlülüğü biçiminde bir arada bulduklarını söylemek yerinde olmayacaktır.⁹⁰

Know-how sözleşmesinin karma sözleşme olarak nitelenebilmesi için kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin asli edimlerinin niteliklerini kaybetmeden kanunda öngörülmemiş bir tarzda bir araya gelmesi gerekir ki böyle bir nitelemenin yapılması söz konusu değildir.⁹¹

86 Aral, s. 58; Kuntalp, s.157.

87 Kuntalp, s. 14; Aral, s. 57.; Zevkililer, Aydın / Gökyayla, Emre (2014) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi, s.12.

88 Gümüş, Mustafa Alper (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 5.

89 Kuntalp, s. 163.

90 Ögüz, s. 40.

91 Ögüz, s. 40; Kuntalp, s. 158.

Bizim de katıldığımız ve yerinde bulduğumuz, know-how sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğunu savunan görüşe göre know-how verenin yükümlülüğü know-how'ın know-how alana verilmesi ve kullanımının know-how alana bırakılmasıdır. Know-how sözleşmesinin diğer sözleşme türlerinden farklılıklarının ifade edildiği bölümde detaylı bir şekilde ifade edildiği üzere bilgi ve tecrübenin karşı tarafa iletilmesinde know-how verenin edimi hizmet edimi niteliğinde olmadığından ve bilgi ve deneyimlerin kullanımının ve değerlendirilmesinin karşı tarafa bırakılması ürün kirası olarak da nitelendirilemeyeceğinden olağan bir know-how sözleşmesinin hizmet ve ürün kirasına ilişkin bazı unsurların bir araya geldiği kendine özgü bir sözleşme⁹² olarak nitelemek daha yerinde olacaktır.⁹³

Bu sebeple de know-how sözleşmesine kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin hükümler sadece kıyasen uygulanabilir. Know-how sözleşmesine özellikle ani edimli know-how sözleşmesine satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği, sürekli borç sözleşmesi niteliğindeki know-how sözleşmelerine de ürün kirasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmelidir. Yine sözleşmenin özelliğine, taraflar arasındaki anlaşmaya göre hizmet veya vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler de know-how sözleşmesine kıyasen uygulanabilmelidir.⁹⁴

III. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Know-how sözleşmelerinin uygulamada değişik türlerde yapıldığı bilinmektedir. Tarafların beklentileri, çıkarları ve hedefleri doğrultusunda serbestçe akdedecekleri know-how sözleşmelerinin bu çerçevede farklı görünüm biçimleri arz etmeleri doğal karşılanmalıdır. Bu kısımda yapılacak inceleme know-how sözleşmelerinin farklı görünüm biçimlerinin incelenmesi biçiminde olacak olup bu sözleşmelerin hukuki yapısıyla ilgili inceleme aşağıda yapılacaktır.

92 Burada karma lisans sözleşmelerini ayrı tutmak gerekir. Çünkü karma lisans sözleşmelerinde hem patent-lisans sözleşmesi hem de know-how sözleşmesi bir arada bulunarak bilesik sözleşme oluşturur.

93 **Erbay**, s. 131-132, **Kırca**, s. 260.

94 **Kırca**, s. 260.

A. BASİT VE KARMA KNOW-HOW SÖZLEŞMESİ

Bilgi, beceri ve tecrübeler ekonomik hayata etki edecek şekilde know-how sözleşmesinin konusu olursa basit know-how sözleşmesi olduğu kabul edilir. Basit know-how sözleşmelerinde taraflar kanunen koruma altında olmayan ticari, işletmesel ve yönetsel bilgi, beceri ve tecrübeleri sözleşmenin konusu olarak kararlaştırırlar.⁹⁵

Bununla birlikte sözleşmenin içeriğinde know-how'ın devri yanında başka birtakım sözleşme tiplerine ait unsurların da içerikte yer alması halinde know-how sözleşmesi bu durumda karma sözleşme niteliği taşır ki buna da karma know-how sözleşmeleri⁹⁶ adı verilir.⁹⁷

Karma nitelikteki know-how sözleşmelerinde know-how, diğer sözleşmenin bir unsuru olarak yer alır. Uygulamada genellikle know-how, lisans sözleşmesiyle birlikte kurulur. Bu sözleşmeye karma muhtevalı lisans sözleşmesi adı da verilmektedir. Patent edilmiş bir hakkın üretim lisansı verilmesi sözleşmesinde know-how önemli bir rol oynayarak çoğu kez patent-lisans sözleşmesinin en önemli unsurlarından birini teşkil eder.⁹⁸

Burada karma ve bileşik sözleşme ayrımına dikkat çekerek bunun know-how sözleşmesine yansımaya da dikkat çekmek gerekir. İsimli sözleşmeler kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşmelere ait unsurlar ve koşullar bir araya getirilerek oluşturulabileceği gibi kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsur ve koşullarına tamamen yabancı yani kendine özgü unsur ve koşullardan oluşan sözleşmeler şeklinde de karşımıza çıkabilir. Buna göre isimli sözleşmelerin kendine özgü sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak üçe ayrıldığı ifade edilebilir.^{99,100}

95 Basit know-how sözleşmelerine yalın veya saf know-how sözleşmeleri denildiğini de ifade etmekte yarar mülahaza edilmektedir. Bu adlandırma için bkz. **Öğüz**, s. 66; Kırcı da basit know-how adlandırmasını kullanmayı tercih etmektedir. Bu adlandırma için bkz. **Kırcı**, s. 253; **Erbay**, s.106.

96 Doktrinde Kırcı bu isimlendirmeyi tercih etmiştir. Ancak Erbay bu isimlendirmeyi de kullanmakla birlikte bu tür sözleşmelere kombine sözleşmeler de denilebileceğini ifade etmiştir. **Erbay**, s. 106; **Kırcı**, s. 253.

97 **Öğüz**, s. 66.

98 **Erbay**, s. 107.

99 **Ruhi, Ahmet Cemal** (2013) *Sözleşmeler Hukuku* (1. Cilt), 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 89.

100 Doktrinde bu ayrıma eksik sözleşmeleri de ekleyenler vardır. Bu görüş temsilcilerine göre eksik sözleşme, kanunda düzenlenmiş belirli bir sözleşme tipine ilişkin unsurları bir veya birkaç unsuru eksiğiyle içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. İşçinin ücret almaksızın iş görme edimini ifa ettiği sözleşmeler de eksik sözleşmelere örnek olarak verilmek-

Bileşik sözleşme, isimli veya isimsiz olmasına bakılmaksızın birden fazla bağımsız sözleşmenin bu niteliklerine hâle gelmeksizin tarafların iradeleri sonucunda birbirlerine, birinin varlığı diğerininkine bağlı olacak şekilde bağlanmaları sonucunda ortaya çıkar.¹⁰¹

Karma sözleşme ise kanuni tipik sözleşmelerin unsurlarını kanunun öngörmediği bir biçimde tek bir sözleşmenin bünyesinde birleştiren, bir bütün olarak incelendiğinde kanunen düzenlenmemiş ancak unsurları veya kendisinden doğan edimler açısından kanunen düzenlenmiş bir sözleşme karakterini yansıtan sözleşmeler olarak tanımlanabilir.¹⁰²

Bu tanımlar ışığında bakıldığında karma know-how sözleşmelerinde know-how diğer sözleşme unsurları ile bir bütünlük içerisinde ve sözleşme bir metin içerisinde düzenlenmiştir. Bileşik sözleşmede ise basit know-how sözleşmesi ile diğer sözleşme birbirinden bağımsızdır ancak diğer sözleşmeler ile arasında iktisadi ve maddi bir bağ vardır. Çoğu defa da sözleşmeler ayrı ayrı metinlerde düzenlenmiştir.¹⁰³

B. GEÇİCİ VE SÜREKLİ KNOW-HOW SÖZLEŞMELERİ

Know-how'ın patent ettirilebilir olması zorunlu olmamakla birlikte know-how'ın patent ettirilebilir bir buluşu ifade etmesi de mümkündür. Know-how'ın patente konu bir buluşu içermesi durumunda genellikle know-how sözleşmesi, patent-lisans sözleşmesinin bir ön aşamasını ifade eder. Çünkü böyle bir durumda know-how patent ile belgelenecek ilan edilmediği için mutlak bir hakkı ifade etmez ve bu sebeple patent-lisans sözleşmesi de değildir.¹⁰⁴ Böyle bir durumda taraflar sözleşme konusunu daha sonra patent ettirmek şartıyla kararlaştırmışlarsa geçici know-how sözleşmesinden söz edilir.¹⁰⁵

Know-how'ın bir patent veya faydalı model konusu olması halinde know-how sahibi, buluşunu sınaî bir hak konusu yapmakta serbesttir. Know-

tedir. Bu görüş için bkz. **Gümüş**, s. 11; **Zevkliler**, s. 22.

101 **Kuntalp**, s. 163; **Ayan, Mehmet** (2007) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Konuya, Mîmoza Yayınevi, s. 117; **Aral**, s. 61.

102 **Kuntalp**, s. 16.

103 **Erbay**, s. 107.

104 Konusu know-how aktarımı olan sözleşmelerin lisans sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz. **Ongan**, s. 36.

105 **Erbay**, s. 107-108.

how veren ve alan aralarında anlaşarak know-how'ı sınaî bir hak konusu yapmayabilirler. Know-how veren, know-how'ını sınaî bir hak konusu yapmaması karşılığında know-how alandan bir bedel talep edebilir. Bu şekilde akdedilen sözleşmeye ise sürekli (telafi edici) know-how sözleşmesi denir.¹⁰⁶

Sınaî bilgilerin henüz patent başvurusu yapılmadan veya yapılmış olan başvuru sonuçlanmadan know-how sözleşmesine konu olduğu hallerde yapılan patent başvurusu olumlu sonuçlanırsa sözleşme patent-lisans sözleşmesi niteliği kazanacağından know-how sözleşmesi geçici nitelik taşır. Patent başvurusunun yapılmadığı veya yapılan başvurunun olumsuz sonuçlandığı hallerde de sözleşme know-how sözleşmesi olarak varlığını sürdürmeye devam eder.¹⁰⁷

Know-how veren bu bilgisini gizli tutmak suretiyle patent için öngörülen ilan ve patent başvurusu için evraklarını teslim etme yükümlülüğünden kaçınmış olur. Böylece bilgi ve tecrübeyi elinde tutan, rakiplerinin teknik bir ilerlemeyi ifade eden know-how'ı önceden öğrenmesini de engeller.¹⁰⁸ Patent edilen know-how'ın herkese açılması söz konusu iken patent olmaksızın kurulan know-how sözleşmesinde bilgiye kimin ulaşacağına know-how sahibi karar vermiş olur. Buluşların patent ettirilmeden know-how sözleşmesine konu edilmesi sadece patentin yüksek masraflarından kaçınmak için değil aynı zamanda buluşun teknik bir ilerlemeyi ifade ettiğinin ispat edilmesi gibi birtakım zorluklardan kaynaklanmaktadır.¹⁰⁹

C. BAHŞETTİĞİ YETKİYE GÖRE KNOW-HOW SÖZLEŞMELERİ

Bahşedilen yetkiler açısından bakıldığında know-how sözleşmesi genellikle yalın (basit) know-how sözleşmesi ve inhisari know-how sözleşmesi olarak bir ayrıma tabi tutulur. İnhisari know-how sözleşmesinde know-how ve-

106 **Erbay**, s. 108.

107 **Öğüz**, s. 67.

108 Burada toplumla paylaşılmayan bilginin toplumun ileri gitmesini ne şekilde sağlayabileceği sorusuna bilginin toplumla paylaşılmasa bile işletmenin gizli tuttuğu yeniliklerin sonuç itibarıyla toplumun kullanımına sunulması, çeşitlilik, kalite ve ürüne erişilebilirliğin artırılmasına katkı sağladığı şeklinde bir cevap verilebilecektir. Bu görüş için bkz. **Öztürk, Özgür** 'İşletmenin Zor Kararı: Patentlemek ya da Patentlememek?': Memiş, Tekin (Editör) (2010) Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 405.

109 **Erbay**, s. 108.

renin sözleşme konusu know-how'ı kendisinin kullanmayacağı, üçüncü kişilere de kullandırmayacağı kararlaştırılmaktadır. Buna karşılık yalın (basit) know-how sözleşmesinde know-how veren know-how'ı kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de kullandırabilme imkânına sahiptir.¹¹⁰

Know-how alana inhisari yararlanma hakkının sağlanması sınırsız olarak gerçekleşebileceği gibi; zaman, yer, kişi veya konu itibarıyla sınırlı olarak da gerçekleşebileceğini ifade etmek gerekir.¹¹¹

Bu ayrımın pratik önemi kendisini know-how verenin üçüncü kişilerle know-how sözleşmesi yapmasının veya bilgi ve deneyimleri kendisinin kullanmasının borca aykırılık teşkil etmesinde ortaya çıkar.¹¹²

Münhasır know-how sözleşmesiyle birlikte know-how veren aynı içeriğe ilişkin veya aynı bölgede ya da aynı zaman diliminde faaliyet gösteremez. Yalın lisans sözleşmesinde olduğu gibi münhasır know-how sözleşmesinde de know-how alanın üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği bir hakkı yoktur. Bu nedenle know-how alan, herhangi bir üçüncü kişiye karşı müdahalenin men'i ve tazminat davası açamaz. İnhisari know-how sözleşmesine rağmen know-how veren, üçüncü kişilere know-how'ı vermiş ya da kullandırmışsa sözleşmeyi ihlâl etmiş olur. Bu durumda know-how alan, verene karşı sözleşmenin ihlali dolayısıyla tazminat hakkına sahip olur.¹¹³

D. DİĞER AYRIMLAR

Know-how sözleşmeleri doktrinde tarafların her ikisinin de know-how'ı açıklama yükümlülüğünün olup olmamasına göre de bir ayrıma tabi tutulmaktadır.¹¹⁴ Yine know-how verenin, yalnızca sözleşmenin kurulduğu sırada sahip oldukları bilgilerin devrini borçlandığı know-how sözleşmeleri tek edimli know-how sözleşmeleri olarak adlandırılıp know-how verenin gelecekte know-how'daki gelişmeleri veya yenilikleri açıklamayı üstlenmesi halinde de sürekli bilgi aktarımlı know-how sözleşmeleri olarak adlandırma yapılarak bu anlamda bir ayrıma tabi tutulduğu da görülmektedir.¹¹⁵

110 **Kırca**, s. 253. Burada inhisari know-how sözleşmesi için Erbay, münhasır know-how sözleşmesi ifadesini de kullanmaktadır. Bu kullanımlar için bkz. **Erbay**, s. 111-113.

111 **Öğüz**, s. 68.

112 **Öğüz**, s. 68.

113 **Erbay**, s. 112.

114 **Erbay**, s. 116.

115 **Kırca**, s. 253.

Diğer bir ayırım ise sözleşmenin belirli bir süre için yapılıp yapılmamasına göre yapılır. Sözleşme zaman bakımından sınırlı olarak yapılmışsa sınırlı süreli, zaman bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmamış ise sınırsız süreli know-how sözleşmeleri olarak adlandırılır.¹¹⁶

Know-how'ı devretme yükümlülüğünün yönü açısından yapılan ayırma göre; taraflardan sadece birinin know-how devretme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeler tek yönlü know-how sözleşmeleri olarak, her iki tarafın da know-how devri yükümlülüğü altında olduğu sözleşmeler ise iki yönlü know-how sözleşmeleri olarak nitelendirilebilir.¹¹⁷

IV. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

TBK'nin 12 nci maddesi uyarınca 'Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz'. Bu kanun maddesinin içerdiği hüküm hukukumuzda sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimlerinden olan şekil özgürlüğü olarak ifade edilmektedir.¹¹⁸

Geniş anlamda bir iradenin anlaşılacak üzere döküldüğü kalıba ve araçlara şekil adı verilirken sözleşme özgürlüğünün bir görünüm biçimi olarak hukukta bu kavram irade beyanının hüküm ve sonuç doğurması için bürünmesi gereken ve kanun veya irade ile tespit edilen şekli ifade eder.¹¹⁹

A. GEÇERLİLİK ŞEKLİ AÇISINDAN İNCELEME

Know-how sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğu yukarıda belirtilmişti.¹²⁰ Bunun doğal bir sonucu olarak da kanunda know-how sözleşmelerinin şeklinin nasıl olacağına belirlenmesi beklenemez.

Buradan hareketle know-how sözleşmesinin şekle tabi olmadığı ve sözleşme serbestisinin bir görünüm biçimi olan şekil serbestisi ilkesi uyarınca

116 Erbay, s. 117.

117 Ögüz, s. 70.

118 Eren (2015), s. 20; Aral, s. 55.

119 Erdoğan, İhsan (1997) 'Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, s. 125.

120 Know-how sözleşmesinin isimsiz sözleşme olması ile ilgili anlatım için bkz. yukarıda I. Giriş başlıklı kısım.

know-how sözleşmelerinin tarafların iradelerinin uyuştuğu herhangi bir şekilde yapılabileceğini ifade etmek gerekir.¹²¹

Geçerlilik şekli; TBK'nin 12 nci maddesinin 2 nci fıkrası hükmünden yola çıkılarak kanunen bir sözleşmenin kurulması için öngörülen şekil olarak tarif edilebilir.¹²²

Kanunen şekil serbestisi esas olmakla birlikte taraflar kendi aralarında anlaşarak yapacakları sözleşmenin bir şekle tabi kılınmasını kararlaştırabilir.¹²³ Böyle bir durumda TBK'nin 17 nci maddesi uyarınca belirlenen şekle uyulmadan yapılan sözleşme tarafları bağlamayacaktır. Bunun yanında taraflar know-how sözleşmesini şekle tabi kılmışlar ise şekil sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını içermelidir.¹²⁴

TBK'nin 12 nci maddesinde de ifade edildiği üzere kanunen şekle tabi kılınmış olan sözleşmelerin belirlenen şekle uyulmadan yapılması halinde sözleşme hüküm doğurmayacaktır yani sözleşme kesin hükümsüz olur ve bunun sonucu olarak sonradan veya ifa yoluyla sözleşme geçerli kılınamaz, bu durum hâkim tarafından re'sen göz önüne alınır ve üçüncü kişiler bu eksikliği ileri sürebilirler.¹²⁵ Tabi bu sonucun sadece taraflar arasında şekil şartının öngörüldüğü durumlarda ortaya çıkacağını belirtmek gerekir. Know-how sözleşmesi isimsiz sözleşme olması bakımından herhangi bir şekle tabi olmadığı için tarafların şekil şartı koymamaları durumunda şekil serbestisi geçerli olmaya devam edecektir.

Doktrinde isimsiz sözleşmelerin belirli durumlarda şekle tabi kılınması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır.¹²⁶ Buna göre sözleşmenin içerisinde kanunen şekil şartı öngörülen ve korunan benzer menfaat söz konusuyorsa yapılan sözleşme isimsiz sözleşme olsa dahi içeriğinden dolayı içeriğinde yer alan unsurun tabi olduğu şekle bu isimsiz sözleşmenin de tabi olacağı sa-

121 **Baş**, s. 56; **Akyol**, s. 26; **Erbay**, s. 104.

122 **Cansel, Erol / Özel, Çağlar** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 197.

123 **Karakılıç, Hasan** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 72.

124 **Erbay**, s. 103.

125 **Erdoğan**, s. 129; **Ayan**, s. 134-135; **Antalya, Gökhan** (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 350.

126 **Kırca, Çiğdem** (1997) Franchise Sözleşmesi, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, s. 33 ve orada anılan Jörg Schmid.

vunulmaktadır. Kırca, İsviçre Federal Mahkemesinin, sulh sözleşmesinin şekle tabi olmadan yapılabilecek olmasına rağmen gayrimenkul içeren bir sulh sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması gerektiğini ifade eden kararını ise buna örnek olarak vermiştir.¹²⁷

Know-how sözleşmesinin konusu genellikle bilgi ve deneyimler olduğu için Kırca'nın isimsiz sözleşmelerde de şekle tabi olunması gerekli olan durumlar ortaya çıkabilir şeklindeki görüşünün know-how sözleşmeleri için geçerli olmayacağı kanaatimizi ifade etmek gerekir.¹²⁸

B. İSPAT ŞEKLİ AÇISINDAN İNCELEME

İspat şekli, bir hakkın veya sözleşmenin varlığının ispatlanabilmesi için öngörülmüş olan şekil olarak tanımlanabilir.¹²⁹ TBK geçerlilik şekli kısmında da incelendiği üzere geçerlilik şeklini düzenlemiş olmasına karşılık ispat şartı bağlamında şekli düzenlemiş değildir.¹³⁰

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200 üncü maddesi ispat şekline ilişkin bir düzenleme içermektedir. Bu hükümde '*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 aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.*' ifadelerine yer verildiğini görmekteyiz.

Know-how sözleşmelerinin teknik anlamda ticari bilgi ve deneyimleri içereceğini göz önüne aldığımızda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200 üncü maddesinde belirlenen sınırın çoğunlukta üstünde olacak rakamlarla bu sözleşmenin kurulacağını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple de bu sözleşmenin ispatının ancak yazılı olarak yapılabileceği sonucuna ulaşılabilir.

127 **Kırca** (1997) s. 33 ve orada anılan BGE 95 II 424.

128 Karma lisans sözleşmelerinde ise Kırca'nın öne sürdüğü görüşün yerinde olduğunu da ifade etmek gerekir. Burada ifade edilen görüş karma lisans sözleşmesi dışındaki know-how sözleşmeleri bakımından dile getirilmektedir. Karma lisans sözleşmelerine ilişkin inceleme aşağıda know-how sözleşmesinin benzer sözleşmelerden farkının incelendiği bölümde patent-lisans sözleşmesi bağlamında daha detaylı olarak incelemeye tabi tutulacaktır.

129 **Kılıçoğlu** s. 185; **Cansel** (2017), s. 201.

130 **Avcı, Ali** (2015) 'Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 6, S:21, s. 310.; **İnan**, s. 210.

Kanımızca know-how sözleşmelerinde yazılı şekil, geçerlilik şekli değildir ancak ispat şeklidir.

V. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

İsimsiz bir sözleşme olan know-how sözleşmesinin kanunda düzenlenen özel sözleşmeler karşısındaki durumunu ele almak bu sözleşmenin hem hukuki nitelenmesinde hem de uyumsuzluklara uygulanacak hukukun tespitiinde önem arz etmektedir.

Bu sebeple temel olarak doktrinde ifade edilen benzer sözleşmeler ile know-how sözleşmesi arasındaki ilişki incelenerek bir taraftan aralarındaki benzerlik anlatılırken diğer yandan da aralarındaki farklılıklara dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

A. SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Doktrinde savunulan bir görüşün temsilcileri know-how sözleşmesinin satış¹³¹ veya satış benzeri bir sözleşme olarak tanımlanmasının yerinde olacağı kanaatini taşımaktadır.¹³²

Ancak doktrinde ağırlık sahibi görüşe göre know-how sözleşmesi satış sözleşmesi olarak nitelendirilemez ve satış sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan know-how sözleşmesine uygulanamaz çünkü know-how, fiili bir durum niteliğindedir bu nedenle de satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek bir mal veya hak değildir.¹³³ Bu durum da know-how sözleşmesinin satış sözleşmesi ile olan farklılığını çok açık bir biçimde ortaya koyar.¹³⁴

Satış sözleşmesi TBK'nin 207 nci maddesine göre satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.

131 6098 sayılı TBK yürürlüğe girmeden önce yazılan eserlerde eski kanundaki isimlendirmeye uygun olarak satım sözleşmesi ifadesi yer almaktadır. Ancak mevcut kanunun kullandığı dili kullanabilmek ve yaygınlaştırabilmek adına biz satım sözleşmesi yerine mer'i kanundaki satış sözleşmesi ifadesini kullanmayı uygun görüyoruz.

132 **Erbay**, s. 120 ve orada 9 numaralı dipnotta anılan Mario Pedrazzini ve Walter Schlupe gibi yazarlar.

133 **Kırca**, s. 254 ve orada 61 ve 62 numaralı dipnotta anılan Mizhael Martinek ve Alfred Koller gibi yazarlar.

134 **Öğüz**, s. 34.

Bazı yazarlar satış sözleşmesinin konusunun maddi nitelikte bir mal olabileceği gibi hak veya maddi niteliği olmayan ekonomik bir değer olabileceğini savunmaktadır. Bu anlamda menkul ya da hak veya ekonomik bir değerle para karşılığı olarak değişim amaçlanmakta ve bu mübadele ilişkisi satış sözleşmesinin temelini teşkil etmektedir. Dolayısıyla know-how sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasında fonksiyonel bir benzerlik mevcuttur. Her iki sözleşmede de ekonomik bir değer paraya çevrilmektedir.¹³⁵

Satış sözleşmesinden know-how sözleşmesini ayırt edici yani bu iki sözleşmenin farklılıklarına bakılacak olursa herşeyden önce yukarıda ifade edilen fonksiyonellik yanında sözleşmelerin konularının farklı olması olarak gösterilebilir. Know-how sözleşmesinin konusu bilgi ve tecrübeleri içeren ve hak niteliği olmayan know-how iken satış sözleşmesinin konusu menkul veya gayrimenkul ile haklardır.¹³⁶

Satış sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olması karşısında know-how sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurması da know-how sözleşmesi ile satış sözleşmesini farklılaştıran özelliklerdendir.¹³⁷ Ancak Kırca, uygulamadaki know-how sözleşmelerinin çoğunluk itibarıyla edimlerinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu, bunun yanında ani edimli know-how sözleşmelerinin de bulunmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.¹³⁸

Yine know-how sözleşmesinde know-how veren tarafın satış sözleşmesinde yer almayan bir biçimde know-how'ın kullanımına müsaade etme yükümlülüğü ile satış sözleşmesinde sözleşme konusu karşı tarafa tamamen nakledilmesi gerekirken know-how sözleşmesinde know-how'ın gayri maddi niteliğinden dolayı know-how verenin de sözleşme ile karşı tarafa vermiş olduğu know-how'a sahip olmaya devam etmesi satış sözleşmesi ile know-how sözleşmesinin farklılaştığı noktalar olarak zikredilebilir.¹³⁹

Ani edimli know-how sözleşmelerine satış sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilmelidir. Böyle bir durumda know-how veren bilgileri devreder ve know-how alan da bunun bedelini ödemesiyle borç sona ermiş olur. Bununla birlikte know-how sözleşmesinde know-how veren know-how'ı karşı tarafa devretmesine rağmen çoğu durumda devrettiği know-how'ı kul-

135 **Erbay**, s. 121.

136 **Erbay**, s. 121.

137 **Baş**, s. 73.

138 **Kırca**, s. 255.

139 **Erbay**, s. 122.

lanma ve üçüncü kişilere devretme yetkisini elinde tutmaktadır. Ayrıca know-how alan anı edimli know-how sözleşmesinde kendisine verilen know-how'ı sınırlandırılmamış bir süre için kullanma yetkisine sahip olmakla birlikte know-how'ı kamuya açıklamak ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunmak yetkisine sahip değildir.¹⁴⁰

Bu sebeplerle know-how sözleşmesi tipik satış sözleşmesinin bir türü olarak nitelendirilemez ve bundan dolayı da satış sözleşmesi hükümleri know-how sözleşmesine uygulanamaz.¹⁴¹

B. ÜRÜN KİRASISÖZLEŞMESİ

Ürün Kirası sözleşmesi¹⁴² TBK'nin 357 nci maddesinde; 'kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme' olarak tanımlanmaktadır.

Bir başka tanıma göre ürün kirası sözleşmesi, kullanılabilir olan bir şeyin veya hakkın kullanımı ve semerelerinden yararlanmanın bir kira bedeli karşılığında ürün kirası alana bırakılmasına ilişkin olarak düzenlenen sözleşmeyi ifade eder.¹⁴³

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere ürün kirası sözleşmesinin konusunu ürün getiren bir taşınır veya taşınmaz yahut bir ticari işletme ya da bir hak oluşturur.¹⁴⁴

Know-how sözleşmesi süreye bağlı olarak yapılırsa dahi know-how alana devredilen bilgi ve deneyimlerin sözleşmenin sona ermesi üzerine veya sürenin bitmesi üzerine geri verilmeleri nitelikleri gereği mümkün değildir. Süre-

140 **Kırca**, s. 256.

141 **Erbay**, s. 122.

142 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda ürün kirası sözleşmesi hasılat kirası (icarı) sözleşmesi olarak düzenlenmekteydi. Mevcut TBK'de ise ürün kirası olarak düzenlenmektedir. Burada atf yapılacak olan bazı kaynaklarda hasılat kirası olarak tercih edilen kullanım yerine biz çalışmamızda mevcut Kanunun sistematüğini de takip edebilmek adına ürün kirası kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

143 **Cansel, Erol** (1953) İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, 1. Baskı, Ankara, Desen Matbaası, s. 4; **Erbay**, s. 124.; **Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan** (2014) Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 391.

144 **Öğüz**, s. 36.; **Aydoğdu**, s. 397.

nin bitmesi veya sözleşmenin sona ermesinden sonra da daha önce devredilmiş olan bu bilgi ve deneyimler know-how alanın bilgi varlığının içerisinde kalmaya devam eder ve kendisinin bundan her zaman yararlanma imkânı devam eder. Bu sebeple de know-how sözleşmesini süreye bağlı olarak kullanma ve yararlanma hakkının devrini öngören dolayısıyla sürenin hitamında sözleşme konusunun geri verilmesinin sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturduğu ürün kirası sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır.¹⁴⁵

Sözleşmenin konusu açısından bakıldığında, know-how sözleşmesinin konusunu maddi olmayan hak niteliğine ulaşmamış ekonomik menfaatlerin oluşturduğu buna karşılık ürün kirasında ise sözleşmenin konusunu kullanılabılır şeyler ve hakların oluşturduğu göz önüne alındığında know-how sözleşmesinin ürün kirası olarak nitelendirilemeyeceği sonucu çıkacaktır. Zaten know-how'ın açıklanması bir hakkın kullanılmasının bırakılması niteliğinde değildir ve bu sebeple de ürün kirası sözleşmesine konu olmaz.¹⁴⁶

Buna karşılık know-how verenin sahip olduğu bilgi ve tecrübelerin belirli bir süre kullanılmak üzere know-how alana devredilmesinde know-how sözleşmesine ürün kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği çünkü know-how sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olduğundan ve sözleşmenin sona erdirilmesinde ürün kirasındaki gibi olağan ve olağanüstü fesih yollarına başvurulabileceğinden ve ürün kirasına ilişkin tekeffül hükümlerinin know-how sözleşmesine uygulanmasının tarafların menfaatine olduğundan hareketle know-how sözleşmesinin ürün kirası sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve ürün kirasına ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır.¹⁴⁷

Bazı know-how sözleşmelerinde aynı zamanda hizmet sözleşmesine ilişkin unsurlar yer alabilmektedir. Bazen sadece bir devirle sınırlı kalınmayıp bir aracılık ve bir iş görme ediminin de know-how sözleşmesinde söz konusu olabildiği vakiydir. Bazı durumlarda ise bilgilerin devri için gerekli öğretme ve aracılık faaliyetleri kullanım ve değerlendirme için devrin yanında arka plana itilebilmektedir. Bu durumlarda know-how sözleşmelerinde ürün kirasına ve

145 Ögüz, s. 37.

146 Erbay, s. 125.

147 Kırca, s. 257.

ürün kirasındaki atıfla¹⁴⁸ kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin (tekeffül gibi) know-how sözleşmesine kıyasen uygulanabileceği de bu doğrultuda ifade edilmektedir.¹⁴⁹

Bizim de katılmakta olduğumuz görüşe göre know-how sözleşmesi ürün kirası veya ürün kirası benzeri bir sözleşme olarak değerlendirilmemelidir. Bu sebeple de ürün kirasına ilişkin hükümler doğrudan veya kıyas yoluyla know-how sözleşmesine uygulanmamalıdır. Çünkü ürün kirası sözleşmesi ile know-how sözleşmesi arasında bu uygulamayı haklı kılacak genel bir benzerlik bulunduğu söylenemez.¹⁵⁰

C. İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİ

Bu başlık altında iş görme sözleşmeleri bağlamında know-how sözleşmesinin vekâlet, hizmet ve eser sözleşmesi özelinde bir benzerlik taşıyıp taşımadığı tartışma konusu edilecektir.

TBK'nin 502 nci maddesine göre vekâlet sözleşmesi vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile vekâlet verenin yararına ve açıklamış olduğu iradesine uygun olarak işin yönetilmesini ya da hizmetin ifasını, sonucun elde edilmemesi riskini taşımamak üzere üstlendiği ve bu iş görmenin kanunda düzenlenen sözleşmelerden herhangi birinin kapsamına girmediği, buna karşılık teamül gereği veya sözleşmede kararlaştırılmış olması şartıyla ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla, sürekli borç ilişkisi doğuran, rızâî bir sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesinin en asli unsurunu vekilin vekâlet verene karşı iş görme borcu altına girmesi oluşturmaktadır. Bu iş görme edimi vekâlet verenin yararına uygun ve sonucun gerçekleşmemesi riskinden bağımsız olarak yerine getirilir. Ücret unsuru ise vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir.¹⁵¹

148 Burada, TBK'nin 358 inci maddesinde yer alan 'Bu ayırımda ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır.' hükmü kastedilmektedir.

149 **Kırca**, s. 258.

150 **Erbay**, s. 126.

151 **Erkan, Vehbi Umur** (2013) '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Verenin Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:62, S:2, s. 442-443.

Eser sözleşmesi ise mezkûr Kanunun 470 inci maddesinde yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Yani iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, iki taraf için hak doğuran ve borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanabilecek olan¹⁵² eser sözleşmesinin kendine özgü olan ve bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran nokta, objektif olarak gözlenmesi mümkün olan sonuç olarak ifade edilebilir.¹⁵³

Hizmet sözleşmesi de mezkûr Kanunun 393 üncü maddesinde, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Hizmet sözleşmesinin öne çıkan en önemli özelliği işçinin işverene bağımlı olarak yani onun emir ve talimatları altında çalışacak olmasıdır.

Know-how sözleşmelerinde bilgi ve tecrübelerin know-how alana devri ve açıklanması özellikle know-how alanın bunları kullanmasının ve bunlardan yararlanmasının sağlanması know-how verenin iş görmesini de gerektirebilir. Özellikle bilgi ve tecrübelerin know-how alan tarafından sözleşmenin amacı ve kapsamına uygun bir şekilde icrasını temin etmek için know-how alanın ve personelinin eğitilmesi veya know-how verenin personelinin know-how alanın işletmesinde çalışması hallerinde durum be şekildedir. Kural olarak bu tür bir iş görme edimi know-how sözleşmesindeki ilişkinin nitelendirilmesini sağlayan ve ona karakterini veren bir unsur değildir. Zira burada tarafların amacı temel olarak bu iş görmeden yararlanmak şeklinde tezahür etmez. Bu iş görme edimi özellikle know-how alanın bilgi ve deneyimleri değerlendirmesini sağlamaya yöneliktir. Bu sebeplerle know-how sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi özellikle de böyle bir edimi barındıran bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemez.¹⁵⁴

152 **Avcı, Ali** (2015) 'Türk Borçlar Kanunu'nda Yüklenicinin Özen ve Sadakat Borcu' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:119, s. 368.

153 **Akkurt, Sinan Sami** (2008) 'Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:2, s. 34.

154 **Akyol**, s. 5; **Öğüz**, s. 38-39.

Hizmet sözleşmesi bağlamında incelendiğinde ise karşımıza şu farklılıklar çıkmaktadır: hizmet sözleşmesi sürekli bir ilişki kurarken know-how sözleşmesi kural olarak sürekli bir borç ilişkisi kurmaz. Yine hizmet sözleşmesinde işçi edimini işverene bağlı olarak yerine getirir. Know-how sözleşmesinde ise know-how veren sözleşme kapsamındaki edimini bağımsız olarak yerine getirir. Hatta know-how alan aldığı bilgi ve tecrübe hakkında bilgi sahibi olmadığından işlerin devamını sağlamak için know-how verenin talimatlarına ihtiyaç duyar. Hizmet sözleşmesi ile know-how sözleşmesindeki bir başka fark ise know-how sözleşmesi için belirlenen bedelin zaman ve yerine getirilen hizmet edimine göre belirlenmemesi, bundan bağımsız olmasıdır. Son olarak; know-how sözleşmesinde bilginin kolayca açıklanabildiği durumda ifa, masraf ve emek kaybının minimize edildiği şekilde gerçekleştirilir. Know-how alan da bu anlamda know-how verenin desteğine ihtiyaç duymaz. Know-how sözleşmesi ani edimli (genellikle) olup hizmet sözleşmesinde hukuki ilişkinin süreklilik arz etmesi karşısında bu sözleşmeden ayrışır. Tüm bu nedenlerle know-how sözleşmesinin hizmet sözleşmesi kapsamında incelenmesi ve hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya bu sözleşme tipine uygulanması yerinde olmayacaktır.¹⁵⁵

Eser sözleşmesi açısından incelendiğinde her ne kadar sonuç sağlayacak bir know-how'ın üretilmesi sözleşmenin asli yükümlülüğünü teşkil ettiğinde know-how sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olacağı¹⁵⁶ ifade edilmiş olsa da kanımızca bu görüşe katılmak yerinde olmayacaktır. Çünkü know-how sözleşmesi bilgi ve deneyimleri know-how alanın kullanımına bırakmak dışında ayrıca aktarılan bilgilerin ve tecrübeler kullanılarak elde edilmek istenen üretim ve pazar başarısı taahhüt edilmemektedir. Bu sebeple de know-how sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yerinde değildir.¹⁵⁷

Eser sözleşmesinin tanımında da aktarıldığı üzere eser sözleşmesinde belirleyici olan edim bir sonuç taahhüdüdür. Bu doğrultuda eserin meydana getirilip iş sahibine teslimiyle sözleşme kapsamındaki yükümlülük yerine getirilmiş olmaktadır. Know-how sözleşmesinde ise sözleşme daha kurulmadan

155 Kırca, s. 258; Erbay, s. 127.

156 Erbay, s. 129.

157 Ögüz, s. 39.

önce teknik bilgi ve tecrübe zaten hali hazırda mevcuttur. Asli borç olarak genellikle bu var olan teknik bilgi ve tecrübe know-how alana aktarılmakta veya açıklanmaktadır. Yani bir sonuç taahhüt edilmemekte ve var olan bilginin aktarılması sağlanmaktadır. Ayrıca bahsi geçen bilgi birikimi ve tecrübeler üretilmiş bir eser olarak da nitelendirilemez.¹⁵⁸ Bu husus da know-how sözleşmesinin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemesinin güçlü gerekçelerinden sayılmalıdır.¹⁵⁹

D. PATENT-LİSANS SÖZLEŞMELERİ

Patent lisansı sözleşmesi, sahibine buluş üzerinde inhisari yetkiler sağlayan mutlak bir hakkın yani patente konu olan hakların üçüncü bir kişi tarafından kullanılmasına müsaadeyi içeren TBK'de ayrıca tanımlanmamış kendine özgü bir sözleşme olarak tanımlanabilir.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

Patent-lisans sözleşmesinden bahsedebilmek için geçerli olarak bildirilen bir patentin sözleşmeye konu olması gerekir. Bu sebeple patent-lisans sözleşmesi lisans alanın sınaî bir hak teşkil ettiği bilginin kullanımını içerir. Bu açıdan patent-lisans sözleşmesi ile know-how sözleşmesi fonksiyonel olarak benzerlik arz eder.¹⁶²

Bu fonksiyonel benzerliğe rağmen temelde know-how sözleşmesi ile patent-lisans sözleşmesinin farklı sözleşmeler olduğu ifade edilebilir. Bu farklar şu şekilde ifade edilebilir:¹⁶³

i. Patent-lisans sözleşmesinin konusu sınaî bir hukuk tarafından korunduğu halde know-how sözleşmesinde sözleşme konusu bilgi ve deneyim hukuken korunmaz. Patent-lisans sözleşmesinde patent sahibi, üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği mutlak bir hakka sahiptir. Sözleşmeyle lisans alan, bu hakları tümüyle devralır.

158 **Akyol**, s. 6.

159 **Baş**, s. 72.

160 **Kaya, Arslan** (1996) '551 Sayılı 'Patent Haklarının Korunması Hakkında kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:55, s. 337.

161 Sınaî Mülkiyet Kanunu ile bu konuda getirilen düzenlemeler 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yer alan düzenlemelerle paralellik arz ettiği ifade edilebilir.

162 **Erbay**, s. 142.

163 **Erbay**, s. 143.

ii. Patent-lisans sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğurduğu halde know-how sözleşmesi -istisnai birtakım durumlar bir kenara bırakıldığında- sürekli bir borç ilişkisi kurmaz.

iii. Patent-lisans sözleşmesinde sözleşmenin sona ermesi halinde patent lisansı alan taraf artık bu lisansa konu patenti kullanamayacaktır. Fakat know-how sözleşmesinde know-how olarak açıklanan bilgi ve deneyimlerin geri alınmaz nitelikte olması nedeniyle sözleşme sonunda kullanılmasının mümkün olması bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırır.¹⁶⁴

Patent-lisans sözleşmesi ile know-how sözleşmesi birbirinden farklı olmasına rağmen uygulamada yapılan karma lisans sözleşmeleri know-how'ı da içerecek şekilde yapıldığından zaman zaman bu iki sözleşmenin ayırt edilmesi zor olabilmektedir. Henüz patent edilmemiş ancak patent ettirilmesi düşünülen bir buluşu içeren sözleşmenin varlığı halinde bu sözleşmenin patent-lisans sözleşmesi değil de gizli bilgileri içeren know-how sözleşmesi kabul etmek gerekir. Çünkü sözleşmeyle know-how alan, herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir hak elde etmemektedir. Know-how sözleşmesiyle patent edilmemiş bilgi ve buluş devredilerek know-how veren, alanın kullanımına itiraz etmemektedir.¹⁶⁵

E. EĞİTİM SÖZLEŞMESİ

Eğitim verenin (öğretmen) şahsen veya öğretici kadrosu aracılığıyla eğitim alan kişiye (öğrenci) tarafların üzerinde uzlaştıkları bir mekânda geçici veya sürekli bir surette istenen bilgi ve becerinin vermesini eğitim alanın da buna mukabil ücret ödeme borcu altına girdiği sözleşmeler eğitim sözleşmesi¹⁶⁶ olarak tanımlanabilir. Hem know-how sözleşmesinde hem de eğitim sözleşmesinde bilgi ve deneyimlerin aktarımı ve bunun karşılığı olarak ücret ödeme borcu bulunduğundan bu iki sözleşmenin bu anlamda benzer oldukları düşünülebilir.¹⁶⁷

Ancak bu iki sözleşmenin birbirinden ayrıldığı ilk temel nokta olarak; know-how sözleşmesinin konusunu genellikle sır niteliğinde bilgi ve deneyim-

164 **Ongan**, s. 35.

165 **Erbay**, s.143-144.

166 Doktrinde örneğin Ögüz, bu kavram yerine öğretim sözleşmesi kavramını tercih etmektedir.

167 **Erbay**, 147.

lerin oluşturması karşılığında eğitim sözleşmelerinin konusunun genellikle sır niteliği taşımayan bilgi ve deneyimlerin oluşturması gösterilebilir.¹⁶⁸

Eğitim sözleşmelerinde sözleşmenin ifasının sadece bilgi ve deneyimin aktarılması ile gerçekleştiği kabul edilmekteyken know-how sözleşmesinde know-how alana aktarılan bilgi ve tecrübenin pratik olarak kullanımının sağlanması ön plâna çıkmaktadır. Yine eğitim sözleşmesinin iş görme sözleşmesi niteliği taşıması ile bu nitelikte olmayan know-how sözleşmesinin¹⁶⁹ bu özellik bakımından da farklılaştığı söylenebilir.¹⁷⁰

Eğitim sözleşmesinde aktarılan bilginin ekonomik bakımdan eğitimi alan tarafa fayda sağlayıp sağlamaması sözleşmenin önemli bir kısmını teşkil etmez. Buna karşılık know-how sözleşmesinde ise know-how alan için sözleşmeye konu olan bilgi ve tecrübeler daima ekonomik bir değer taşır ve sağlanan bu ekonomik avantaj nedeniyle genellikle sözleşme imzalanır. Bu hususun da iki sözleşme arasındaki farklardan birisi olduğu ifade edilebilir.¹⁷¹

Bu sebeplerle eğitim sözleşmesi ile know-how sözleşmesinin benzer gibi gözükse de temel konularda farklılaştıkları ifade edilebilir.

VI. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Borç ilişkisine geniş anlamda bakıldığında taraflardan birisine belirli bir edimin yerine getirilmesini isteme yetkisi veren diğerini ise bu edimi ifayla yükümlü tutan bir ilişki biçimi olduğu ifade edilebilir. Borç ilişkisi kanundan (haksız fiil) veya hukuki işlemde (sözleşme) doğabilir. Borç ilişkisinde taraflar arasında bir hukuki bağ oluşmaktadır ve bu bağ alacaklı için bir hak borçlu için ise buna karşılık gelen bir yükümlülüğü ifade eder.¹⁷²

Know-how sözleşmesinde know-how alan ve know-how veren iki taraf bulunmaktadır. Şimdi kısaca know-how alan ve know-how veren tarafların hak ve yükümlülükleri üzerinde durulacaktır.

168 Ögüz, s. 77.

169 Know-how sözleşmesinin iş görme sözleşmelerinden temel farkları yukarıda 'İş Görme Sözleşmeleri' başlığı altında incelendiğinden burada sadece bu hususunun belirtilmesiyle yetinilmiş ve detaya ilişkin gerekçeler için o kısma yollama yapılmakla yetinilmiştir.

170 Ögüz, s. 77.

171 Erbay, s. 148.

172 Erbay, s. 159.

A. KNOW-HOW VERENİN BORÇLARI

Know-how verenin borcunu oluşturan edim yükümlülükleri taraf iradelerine dayanır ve bu edim yükümlülükleri asli ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılarak incelenebilir. Bu anlamda know-how verenin asli edim yükümlülükleri, know-how'ın açıklanması (ifası)¹⁷³ ve kullanıma itiraz edilmemesi olarak ifade edilebilir. Know-how'ın açıklanması olumlu edim yükümünü kullanıma itiraz etmeme ise olumsuz bir edim yükümünü ifade eder.¹⁷⁴ Yan edim yükümlülükleri ise aşağıda münferit bir başlık olarak incelenecektir.

1. Asli Edim Yükümlülükleri¹⁷⁵

Know-how sözleşmesinde taraflar sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olması ile TBK'deki ifaya ilişkin kuralların emredici nitelikte olmamasını da göz önüne alarak genellikle ifaya ilişkin olarak detaylı düzenlemeler yaparlar. Sözleşmede ifaya ilişkin hükümlerin belirlenmemiş olması TBK'nin ifaya ilişkin hükümlerinin doğrudan doğruya sözleşmeye uygulanmasının önünü açar. Know-how sözleşmesinde ifanın konusu borçlanılan edimdir ve borçlanılan konu da know-how'dır. Tam ve doğru bir ifanın gerçekleşebilmesi için know-how verenin sözleşmede kararlaştırılan know-how'ı ifa etmesi gerekir.¹⁷⁶

Know-how sözleşmelerinde know-how alana açıklanacak olan (devredilecek olan) know-how, sözleşmede somut olarak belirlenmelidir. Her ne kadar sözleşmenin kurulması için sözleşme konusunun ifa zamanında belirlenebilmesini sağlayacak olguların var olmasını know-how sözleşmeleri için yeterli görenler bulursa da kanaatimizce know-how sözleşmesinin niteliği gereği böyle bir uygulamanın hayata geçirilemeyeceğini savunan yazarların görüşü daha isabetlidir.¹⁷⁷ Çünkü know-how alana aktarılacak olan bilgilerin ve deneyimlerin sözleşme kurulurken belirli olması know-how alanı sözleşmeye kurmaya iten ana sebeplerden birisi olacaktır.

Know-how sözleşmesinde know-how veren taraf sözleşmenin konusunu oluşturan üretilen teknikleri nasıl açıklayacağını belirtmelidir. Sözleşmede kararlaştırılan bu açıklama tarzının know-how'ın mahiyetine uygun olması da

173 Ögüz ile Akyol burada know-how'ı devretme yani alıcının bilgi ve deneyimlerden yararlanmasını sağlama yükümlülüğünü know-how'ı açıklama borcu terimini de göz önünde bulundurarak bu asli edim yükümlülüğünü know-how devri olarak kullanmaktadır. Bu kullanım için bkz. Ögüz, s. 85; Akyol, s. 9.

174 Akyol, s. 9; Ögüz, s. 85; Erbay, s. 160.

175 Eren (2017), s. 24 vd.; Kılıçoğlu, s. 29 vd.; Yıldırım, s. 24 vd.

176 Erbay, s. 161.

177 Ögüz, s. 85.

beklenmelidir.¹⁷⁸ Örneğin otomotiv sanayiinde geliştirilmiş bir fren sisteminin sözle tarif edilmesi veya bir fabrika kurulumu için gerekli plânların verilmemiş olması gibi durumlarda ifanın eksik hatta yok olduğu ifade edilebilir.¹⁷⁹

Know-how sözleşmesinde know-how verenin diğer asli edim yükümlülüğü ise know-how'ın kullanımına itiraz etmeme yükümlülüğüdür. Know-how alan sözleşmeyle münhasır bir kullanım yetkisi elde etmiş ise know-how veren sözleşme konusunu kendisi kullanamayacağı gibi üçüncü kişilere de kullandıramaz. Ancak münhasır bir yetki tanınmamışsa hem know-how verenin kendisi bu bilgi ve tecrübeyi kullanmaya devam edebilir hem de üçüncü kişilere kullandırmasının önünde bir engel olmaz. Burada know-how verenin know-how'ı dürüstlük kuralına aykırı ve tamamen değersiz kılacak şekilde çok kişiye vermiş olması burada ifade edilen kaçınma yükümlülüğü niteliğindeki edimini yerine getirmeme anlamında yorumlanabilir.¹⁸⁰

2. Yan Edim Yükümlülükleri

Know-how verenin yan edim yükümlülüğü know-how alana devredilen bilgi ve deneyimler ile gerektiğinde uygulama metotlarının know-how alan tarafından sözleşmede amaçlanan şekilde yararlanılması, kullanılması ve değerlendirilmesi için gerekli şeyleri yapmaktır. Know-how alanın bu bilgi ve deneyimlerin kullanılmasına yardımcı olma, know-how alanı yönlendirme gibi faaliyetler bu cümleden sayılabilir. Bu yükümlülük sözleşmede kararlaştırılmamış dahi olsa Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesindeki Dürüstlük Kuralı uyarınca bilgi ve deneyimlerin sadece pasif bir biçimde know-how alanın tasarrufuna bırakılmasını değil aynı zamanda know-how alanın bu bilgiyi sözleşme amacına uygun olarak kullanabilmesini temin etmek için know-how veren tarafından gerekenlerin yapılmasını ifade eder.¹⁸¹

Aslında özetle söylemek gerekirse know-how sözleşmesindeki yan edim yükümlülükleri know-how verenin know-how'ın ifası ve kullanılmasına itiraz etmeme dışındaki yükümlülükleri olarak ifade edilebilir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflarca özgürce belirlenebilecek olan yan edim yükümlülüklerine şu örnekler ilave edilebilir.¹⁸²

178 **Baş**, s. 59.

179 **Akyol**, s. 10.

180 **Erbay**, s. 169-170.

181 **Öğüz**, s. 90.

182 **Akyol**, s. 12; **Erbay**, s. 180.

- i. Know-how'ın üçüncü kişiye verilmemesi,
- ii. Know-how'ın sadece belirli bir sayıda üçüncü kişilere verilebileceği,
- iii. Know-how verenin bizzat kendisi tarafından know-how'ın kullanılmayacağı,
- iv. Know-how verenin belirli bir bölgede belirli ürünleri artık dağıtmayacağı,
- v. Know-how verenin belirli ürünleri artık üretmeyeceği,
- vi. Know-how'ın tam kullanımı için gerekli eğitim, staj, montaj ve benzeri yardımların yapılacağı,
- vii. Know-how'ın ileride de gizli tutulmaya devam edileceği,
- viii. Know-how'ın geliştirilmesi durumunda bunun know-how alana bildirilmesi,
- ix. Know-how alana patent edilebilir nitelikteki gelişmelerin lisans hakkının verileceği
- x. Know-how'ın niteliğine uygun olarak gerekli olan hammadde, teknik araç-gereç ve yedek parça gibi malzemelerin ve bilgilerin temin edileceği.

B. KNOW-HOW ALANIN BORÇLARI

Know-how sözleşmesinde know-how alanın asli edim yükümü kendisine aktarılan bilgi ve deneyimlerin karşılığında know-how verene bir bedel ödeme yükümlülüğüdür. Bunun yanında know-how alanın bir takım yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır.¹⁸³

1. Asli Edim Yükümlülükleri

Know-how alanın know-how sözleşmesindeki asli edim yükümlülüğü know-how verenden öğrendiği, uygulamaya geçirdiği üretim veya hizmet tekniklerinin usul ve proseslerin karşılığında know-how verene bir bedel ödemektir.¹⁸⁴

Dolayısıyla denilebilir ki know-how verenin know-how'ı açıklama yükümlülüğü ile kullanımına itiraz etmeme yükümlülüğünün sözleşmedeki karşılığını know-how alanın çoğu kez para olarak kararlaştırılan bedel ödeme yükümlülüğü oluşturur.¹⁸⁵

183 **Baş**, s. 63.

184 **Akyol**, s. 13.

185 **Erbay**, s. 210.

Know-how alanın asli edim yükümü olan bedel ödeme borcu, sözleşme farklı şekilde kararlaştırılabilir. Know-how sözleşmesinde bedelin bir defada götürü olarak, parça başı veya ciroya/kâra katılma şeklinde ya da bu yöntemlerden birkaçının birlikte kullanıldığı kombine şekilde ödenmesinin kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷

2. Yan Edim Yükümlülükleri

Know-how alanın asli edim yükümlülüklerinin yanında yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır. Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde TBK'nin 27 nci maddesinde ifade edilen sınırlar saklı kalmak kaydıyla diledikleri şekilde yan edim yükümlülüğü belirleyebilirler.¹⁸⁸

Yan edim yükümlülüklerine şu örnekler verilebilir:¹⁸⁹

- i. Know-how'ın know-how alan tarafından kullanılması ve yararlanılması yükümlülüğü,
- ii. Know-how alanın bilgi verme yükümlülüğü,
- iii. Hesap verme ve hesap defterini kontrol ettirme yükümlülüğü,
- iv. Reklam verme yükümlülüğü,
- v. Patent hakkına müracaat etmeme yükümlülüğü,
- vi. Know-how'ın gizli kalması için gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü,

VII. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Know-how sözleşmesinin sona ermesi incelenirken öncelikle borç ilişkisinin sona ermesi ile dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerin farkından bahsetmek gerekir. Borç ilişkisini sona erdiren sebepler; ifa, bozma sözleşmesi, fesih, dönme, geri alma ve iptaldir. Dar anlamda borcu sona erdiren nedenler ise yenileme, borçlu ve alacaklı sıfatının birleşmesi, ibra, takas, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık ve zamanaşımındır. Dar anlamda borcu

186 Ögüz, s. 92-93; Akyol, s. 13; Erbay, s. 212.

187 Burada Ögüz tarafından; nadiren de olsa tarafların ortak bir amaca yöneldikleri ve taraflar arasında sıkı bir güven ilişkisi bulunduğu adi şirket benzeri know-how sözleşmelerinde know-how bedelinin know-how değerlendirilerek elde edilecek kazançta katılma tarzında belirlenmesinin mümkün olacağı ifade edilmektedir. Bu görüş bkz. Ögüz, s. 98.

188 Erbay, s. 226.

189 Ögüz, s. 98-103; Erbay, s. 226-232.

sona erdiren nedenler know-how sözleşmesinde ayrı bir özellik arz etmez. Borç ilişkisini sona erdiren nedenlerden de fesih ve dönme know-how sözleşmeleri bağlamında özel bir öneme sahiptir.¹⁹⁰

Know-how sözleşmeleri özelinde arz etmiş olduğu özel önemden dolayı bu çalışmamızda sadece fesih ve dönme üzerinde durulacaktır.

A. FESİH

Sözleşmenin feshi sürekli borç ilişkisi taşıyan sözleşmelerde taraflardan birinin varması gereken ve bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki fesih hakkını kullanmak suretiyle borç ilişkisini tek taraflı olarak ve ileriye etkili olacak şekilde sona erdirilmesini ifade etmek üzere kullanılır. Hüküm ve neticelerini doğurması için fesih beyanının karşı tarafa varması gerek ve yeterlidir. Yani muhatabın bu beyanı öğrenmesi gerekmez. Dolayısıyla geçerliliği de kabul edilmesine bağlı değildir.¹⁹¹

1. Olağan Fesih

Bir borç ilişkisinin fesih ile sona erebilmesi için sürekli bir borç ilişkisinin varlığı, fesih hakkı sahibinin feshe dair iradesinin açıklanması ile bir fesih nedeninin varlığı gerekir. Bu sebeple de know-how sözleşmelerinde fesih beyanı ile sona erdirme için bu sözleşmenin sürekli borç doğurması gerekmektedir.¹⁹²

Fesih özü itibarıyla bakıldığında ani edimli borç ilişkilerine uzak bir kavram olarak durmaktadır. Bu sebeple fesih yoluyla sona erdirilme ancak dar anlamda know-how sözleşmesi olarak adlandırılan sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan know-how sözleşmeleri için söz konusu olabilecektir.¹⁹³

Bu bağlamda baktığımızda olağan feshi, belirsiz süreli sözleşmelerde kanunun herhangi bir borca aykırılık veya ifa güçlüğü bulunmasını aramaksızın sözleşme taraflarına tanımış olduğu fesih hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin sona erdirilmesi olarak ifade etmek mümkündür. Bu olağan feshin

190 **Erbay**, s. 269.

191 **Buz, Vedat** (1998) Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 81; **Öğüz**, s. 158; **Erbay**, s. 270.

192 **Erbay**, s. 271.

193 **Öğüz**, s. 159.

işlevi süre sınırı öngörülmemiş sürekli borç ilişkilerinin tarafların anlaşması olmadıkça ilanihaye sürmesini önlemek olarak ifade edilebilir.¹⁹⁴

Know-how sözleşmeleri genellikle süre sınırı öngörülerek yapılır ve belirsiz süreli know-how sözleşmeleri uygulamada yoğun bir şekilde uygulama alanı bulmaz.¹⁹⁵ Bu durumu katı bir şekilde yorumlayan Erbay, know-how sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurmadığını bu nedenle de kural olarak know-how sözleşmesinin fesih ile sona ermeyeceği görüşünü savunmaktadır.¹⁹⁶

Ancak doktrinde know-how sözleşmesinin istisnai olarak da olsa belirsiz süreli yapılabildiği ifade edilerek bu tür durumlarda olağan fesih hakkının kullanılabilceği haklı olarak ifade edilmektedir.¹⁹⁷

Know-how sözleşmelerinin belirsiz süreli olarak yapıldığı ve olağan fesih için ayrıca sözleşmede bir sürenin kararlaştırılmadığı hallerde ürün kirasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla TBK'nin 368 inci maddesi hükmünün uygulanması ile know-how sözleşmesinin altı ay önceden bildirimde bulunularak her zaman sona erdirilebileceği ifade edilmektedir. Yine olağan fesih hakkının uygun olmayan zamanda kullanılmasını önlemek ve sözleşmenin taraflar için zararlı sonuçların doğabileceği anda feshedilmesini önlemek amacıyla TBK 640 ncı maddede düzenlenmiş olan adi ortaklık sözleşmesine ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasının isabetli olacağı da ifade edilmektedir.¹⁹⁸

Kanımızca da uygulaması az olsa da olağan feshin belirsiz süreli know-how sözleşmelerinde uygulanması gerektiği görüşü daha yerindedir. Zaten uygulamada sözleşme belirsiz süreli yapılsa dahi sözleşmenin sona ermesi için tarafların üzerinde anlaşacakları bir sürenin kullanıldığı da anlaşılmaktadır.

2. Olağanüstü Fesih

Sürekli borç ilişkisi niteliğinde olan know-how sözleşmeleri haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasıyla sona erdirilebilmelidir. Haklı sebeple

194 Öğüz, s. 159.

195 Öğüz, s. 160.

196 Erbay, s. 271.

197 Öğüz, s. 160.

198 Öğüz, s. 160.

fesih sözleşme taraflarından birinin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan hukuken geçerli bir nedene dayanılarak borç ilişkisini tek taraflı olarak sona erdirebilmesini ifade eder. Doktrinde de hakkında haklı nedenle fesih hükmünün bulunmadığı sürekli borç ilişkilerinde de kanunun ruhundan ve doğrudan doğruya dürüstlük kuralından (Türk Medeni Kanunu 2 nci madde) yararlanılarak borca aykırılık hallerinde haklı nedenle feshin mümkün olacağı kabul edilmektedir.¹⁹⁹

Buradan hareketle denilebilir ki taraflardan birinin yükümlülüklerini ihlal etmesi sebebiyle diğer taraf için sözleşme ilişkisini sürdürmenin çekilemez hale geldiği kabul edilebiliyorsa know-how sözleşmelerinin de haklı nedenle feshedebileceği ifade edilmelidir.²⁰⁰

B. DÖNME

Dönme hakkı karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde mevcut edim yükümlülüğünü sona erdiren ifa edilmiş edimlerin iadesi borcunu doğuran varması gereken şekle tabi olmayan yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanabilir. Bu sebeple de inşai hakların kullanılmasına ilişkin kurallara tabiidir.²⁰¹

Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi know-how sözleşmelerinde de edimler değişim ilişkisi (sinallagma) içerisinde. Know-how sözleşmesinde de edimler arasında taraflarca sağlanan bir denge vardır. Edimler arasındaki bu dengenin bozulması halinde dönme, bozulan edim dengesini düzeltme fonksiyonunu haizdir. Dönme beyanıyla dönen tarafın kendi edimi ile bağlılığının sona ermesi ve menfi tazminat talebi suretiyle bu denge yeniden sağlanır. Bozulan edim dengesi sebebiyle sözleşmeye bağlı kalmak dönme hakkı sahibinden beklenemez ve bu halde sözleşmeden dönme hakkı, sahibine kendi yükümlülüğünden kurtulma imkânı sağlar. Know-how sözleşmesinde ise her iki tarafa borç yükleyen diğer sözleşmelerde olduğu gibi borçlunun temerrüdünde alacaklı, alacaklının temerrüdünde ise borçlu ve sözleşme konusunun ayıplı olması halinde de know-how alan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.²⁰²

199 Öğüz, s. 161.

200 Erbay, s. 272; Öğüz, s. 162.

201 Tutar, Elce (2016) Dönme Cezası, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 7; Erbay, s. 274.

202 Erbay, s. 274.

Sözleşmeden dönme, doktrindeki ağırlık kazanan yeni bir görüşe göre sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmaz. Henüz ifa edilmemiş edimlerin ifa borcunu sona erdirir; ifa edilen edimlerin ise sözleşme ilişkisi içerisinde geri verilmesi borcunu doğurur.

SONUÇ

İşletmeler genellikle sahip oldukları teknik, ticari ve üretime ait metotlar içeren bilgi ve tecrübeleri sınaî haklar kapsamında korunabilirlik şartlarını taşımaları halinde tescil ettirmek suretiyle koruma altına alırlar. Teknolojinin çok hızlı geliştiği günümüzde bu anlamda en önemli koruma araçlarından birisi patenttir. Bazı teknik ve ticari bilgiler ise örneğin patent ettirilebilirlik şartını taşıyor veya patent ettirme masrafları ile bürokratik işlemleri dolayısıyla ya da tüm şartları haiz olsa dahi bu bilgi ve tecrübelerin gizli tutulmasını sağlamak ve bu sayede uzun yıllar boyunca bu bilgi ve deneyimlerden faydalanabilmek için tescil ettirme yoluna gidilmeyebilir.

Tam da bu noktada know-how'ın önemi ortaya çıkar. Sınaî hukuk alanında koruma alanı bulmayan veya bu hukuk alanının koruma alanı kapsamına bilerek dâhil edilmeyen bilgi ve tecrübeler know-how niteliği ile işletmelerin elinde bulundurulur. Bu teknik bilgi ve tecrübeler gizli olabileceği gibi gizli olmayan bilgileri de içerebilir. Bu anlamda know-how'ın bir hak olup olmadığı da önemli tartışmalara konu olmuştur.

Know-how sözleşmesini taraflardan birisine (know-how veren tarafa) know-how'ın verildiği diğer tarafa (know-how alan taraf) belirli bir know-how'ı açıklama ve know-how'ın kullanımına izin verme buna karşılık olarak da know-how alana belirli bir bedel (know-how bedeli) ödeme borcu yükleyen sözleşme olarak tanımlamıştık. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere teknolojinin çok hızlı geliştiği yüzyılımızda bilgi ve tecrübeyi elinde tutan işletmeler bu bilgi ve tecrübeleri sözleşmeler yoluyla başka işletmelere sağlamak yoluyla hem gelir elde etme hem de bazı durumlarda başka işletmelerin bilgi ve tecrübesinden yararlanma imkânına sahip olarak rekabet avantajı yakalama fırsatını elinde tutmaktadır.

Know-how sözleşmesinin günümüzdeki artan önemi karşısında TBK'de düzenlenen isimli sözleşmelerden olmayışı da göz önüne alındığında know-

how sözleşmesinin içeriği, hukuki nitelmesi ve muhtemel uyuşmazlıkta uygulanacak hükümler konumuz açısından büyük önem arz etmektedir. Çünkü çalışmamızda da detaylarını aktardığımız tartışmalardan çıkardığımız neticeye baktığımızda özetle know-how sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen, sıklıkla ani edimli olarak düzenlenen, rızai, isimsiz ve kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğunu ifade edebiliriz.

Know-how sözleşmesinde taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktığında öncelikle sözleşme hükümlerine bakmak suretiyle uyuşmazlık çözümlenmelidir. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise know-how sözleşmesinin içeriği de göz önüne alınarak kıyasen uygulanabilecek olan hükümleri hâkim tayin edecektir.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut/ Karaman, Derya Ateş (2012) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Akkurt, Sinan Sami (2008) ‘Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi’ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:2, s. 13-64.

Akyol, Şener (1997) Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Know-How Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Afa Matbaacılık.

Altaş, Hüseyin / Döngül, İrem Tuğçe (2014) Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Antalya, Gökhan (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Aral, Fahrettin / Ayrancı Hasan (2014) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Arbek, Ömer (2005) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Avcı, Ali (2015) ‘Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 6, S:21, s. 285-335.

Avcı, Ali (2015) ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Yüklenicinin Özen ve Sadakat Borcu’ Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 119, s. 367-394.

Ayan, Mehmet (2007) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi.

Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan (2014) Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Baş, Mustafa (2000) Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Buz, Vedat (1998) Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Cansel, Erol/ Özel, Çağlar (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Cansel, Erol / İnan, Ali Naim (1964) 'Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:21, S:1-4, s. 345-367.

Cansel, Erol (1953) İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, 1. Baskı, Ankara, Desen Matbaası.

Correa, Carlos M. (1981) 'Legal Nature and Contractual Conditions in Know-How Transactions' Georgia Journal of International & Comparative Law, V: 11(3), s. 449-494.

Erbay, İsmail (2002) Know-How Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Erdoğan, İhsan (1997) 'Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, s. 125-134.

Eren, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Eren, Fikret (2015) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Erkan, Vehbi Umut (2013) '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:62, S:2, s. 441-472.

Gümüş, Mustafa Alper (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Gürzumar, Osman Berat (1995) Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan 'Sistem'lerin Hukuken Korunması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

İlgaz, Deniz (2000) ‘Know-How ve Ticari Sırlar (Teknoloji Transferi ve Fikri Haklarla İlgili Lisans Anlaşmaları)’ Avrupa Araştırmaları Dergisi, C:8, S:1-2, s. 155-182.

İnan, Ali Naim / Yücel, Özge (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel (2015) Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Karakılıç, Hasan (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Kaya, Arslan (1996) ‘551 Sayılı ‘Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:55, s. 335-367.

Kılıç, Ali / Ayvaz, Ümit (2011) ‘Üniversite-Sanayi-Devlet İşbirliğinin Sağlayıcısı Olarak Teknoparklar ve Teknoloji Transferi İşbirliklerinde Mevcut Durum’ Savunma Bilimleri Dergisi, C:10, S:2, s. 58-79.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi.

Kırca, Çiğdem (1997) Franchise Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları.

Kırca, Çiğdem ‘Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği’: Karayalçın, Yaşar (Editör) (1998) Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Kuntalp, Erden (2013) Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Miroğlu, Haslet (2007) ‘Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Ticari Sırlar’ (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Oktay, Saibe (1995-1996) ‘İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:55, S:1-2, s. 263-296.

Oktay Özdemir, Saibe (2002) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Ongan, Burak (2007) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Öğüz, Tufan (2001) Know-How Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Öztan, Bilge (2009) Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 29. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Öztürk, Özgür 'İşletmenin Zor Kararı: Patentlemek ya da Patentlemek?': Memiş, Tekin (Editör) (2010) Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Ruhi, Ahmet Cemal (2013) Sözleşmeler Hukuku (1. Cilt), 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Saygıner, Cemil (2008) 'Marka Lisansı Sözleşmelerinin İncelenmesi' (Uzmanlık), Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı.

Sharav, Khishigsuren (2004) 'Know-How Sözleşmesi ve Know-How Alanın Yükümlülükleri' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Serozan, Rona (2013) Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tancer, Robert S / Nejdawi, Bashar (1991) 'Patent and Know-How Licensing: The U.S. and the European Community in 1992' The International Executive, V: 32, I: 6, s. 36-39.

Troller, Alois (1973) 'İsviçre Hukukunda Know-How'un Korunması (Çeviren: Ergun Özsunay)' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:7, S:2, s. 397-409.

Tutar, Elce (2016) Dönme Cezası, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Usluel, Aslı Elif Gürbüz (2009) Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitabevi.

Vukowich, William T. (1968) 'Implied Warranties in Patent, Know-How and Technical Assistance Licensing Agreements' *California Law Review*, V: 56, I: 1, s. 168-197.

Yavuz, Cevdet (2012) *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Yıldırım, Abdulkerim (2016) *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yosmaoğlu, Nevzat (1978) *Dünya'da ve Türkiye'de Patentler, Know-How'lar Markalar*, 1. Baskı, Ankara, Mis Matbaası.

Yüksel, Ali Sait (1989) *Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre (2014) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi.

Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer (2013) *Türk Medeni Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınır. Belirtilen inceleme sonucu uygun bulunan yazılar yayımlanır. Yayınlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formları yazarına e-posta yoluyla iletilir. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
5. Dergimize ulaşan yazılar gönderiliş tarihlerine göre sıralanarak hake-me gönderilir ve hakem raporlarının geri dönüş tarihine göre sıraya konularak yayınlanır.
6. Dergiye gönderilen makaleler 3.000 kelimedenden az ve 15.000 kelimedenden çok olamaz. Her makalede 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce yazılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

8. Dergide yayınlanan çalışmaların idari, bilimsel ve her türlü sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.
9. Makaleler ybhukukdergisi@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarların; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belge de aynı adrese gönderilmelidir.
10. Yazıların yayınlanıp yayınlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
11. Yayınlanacak yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır.
12. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere yazı gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
13. Dergide, makaleler dışında; *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
14. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
15. Yazılar 'Microsoft Word' programında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.
16. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜRÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜRÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

17. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
18. Yayınlarımızın resmi web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

Atıf Kuralları

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (YIL), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır. (Yazarın Soyadı (YILa veya YILb), atıf yapılacak sayfa)
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

-Çoklu yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/2. Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

-Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

Birinci atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, ikinci ve sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek:

Birinci atıf ve kaynakça: **Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

İkinci atıf: **Özbek / Doğan / Bacaksız ve diğerleri**, s.13.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Dülger, İbrahim** (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Bası, Konya, Sayram.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** ‘İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi’ : Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1.B, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek: **Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost).

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <INTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in law Turkey <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı ‘Makalenin adı’ : Editörün Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <Internet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Kaya, Emir** (2015) “Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice” Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership, <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı (YIL) ‘Makale adı’ Dergi adı, ^Cilt:, Sayı:, İlk ve Son Sayfa Sayfa Aralığı.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2008) ‘Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları’ Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) ‘Makale ismi’, ^Dergi adı <INTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2003) ‘Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı’, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) ‘Tebliğin Başlığı’, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans ismi, Tarih, Yer.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** ‘Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği’ : Toprak, Ahmet (Editör) 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (YIL) ‘Tez Başlığı’, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek: **Kılınç, Ahmet** (2013) ‘Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir’ (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mahkeme Kararı

^**Dava Adı**, Merci, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

Örnek 1: **Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İnternet Adresi

Soyadı, Adı Mecra, Başlık, <INTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>, s.e.t. 27.07.2015.

-İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: **Uşan**, dn. 24.

Rapor

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No;, <INTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Oğuz, Fuat & Kent, Bülent** (2011) İstanbul Ticaret Odası, 'Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler', <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>>, s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINES

1. Yildırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is being published semiannually.
2. The journal publishes articles written in Turkish, German, French, and English.
3. It is assumed as authors have reviewed articles which are submitted to the journal and approve that they can be published as are. Articles, which were found in unconformity with scientificity criteria and include misspelling above average, are refused by editorial board.
4. The articles are send at least two referee for review depending on the first decision of the Editorial Board. According to blind peer review system, author names are concealed from the article before sending. Upon the request of correction report of the referee, the author can only make changes in the framework of the amendment report. If the report of one referee results in a positive and the other one results in a negative assessment, the writing will be send to the editor or a third referee for review. The writing can be published only if found appropriate by the editor or referees. A "Referee Assessment Form" for articles that have not been qualified for publication, is sent by e-mail to the author of the article. Unpublished articles will not be sent back to the author.
5. The articles are processed with the date of sending and published with respect to date of return of referees.
6. Articles that are sent to the journal can not be less than 3000 or more than 15.000 words. Each article should include a summary of 150-250 words and 5 to 10 key words. The summary and key words should also written in English.
7. The articles which are submitted to the journal must be unpublished elsewhere.
8. The whole responsibility of the submissions belongs to the concerned author.

9. Articles should be emailed to ybhukukdergisi@ybu.edu.tr. Authors should notify about their degree, mission agencies, contact addresses, phone numbers and e-mail addresses.
10. Whether the article is going to be published is determined within one month and announced by e-mail to authors.
11. If the articles are accepted for publication, as including the full text electronically, all broadcasting rights to publish belong to Yıldırım Beyazıt University. Authors are deemed to have accepted to transfer the copyright to the University.
12. Apart from articles that are reviewed and qualified for publication by referee is also given place in the journal to book reviews, legislative assessments and informative remarks. The acceptance or refusal of such writings is made by editorial board.
13. Studies that do not return from referee review in due of time, are evaluated in the next issue unless otherwise stated by its author.
14. Articles should be written in the “Microsoft Word” Program with font type Times New Roman, font size 12, normal style and aligned to the left and the right.
15. Titles within the text should be organized as follows:
 - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
 - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
 - 1. Only First Letters Capital and Bold**
 - a. Only First Letters Capital and Regular
 - i. Only First Letters Capital and Regular
16. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be shown as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
17. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

Rules of Citation

1. The articles that are submitted for Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. Unless there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. If it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article citation should be with abbreviation such (Author`s Surname, page to be cited) maintained. If to more than one treatise of same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating of year (Author`s Surname (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in first place where cited to it and bibliography; in the ongoing parts of article the only the Author`s surname should be bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type , "^" sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The "l.a.d." expression refers to the date of last access.

Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: **Uşan, M.Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of Multi-author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: **Acer, Yücel/Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of 4 and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example:

First Citation and Bibliography: **Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Second Citation: **Özbek / Doğan / Bacaksız and others**, s.13.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: **Dülger, İbrahim** (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

Book Section

Author's Surname, Name, 'Article title': Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book title, Edition, City, Publisher.

Example: **Uşan, M.Fatih** 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications.

Translation Book

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher.)

Example: **Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost.)

Electronic Books

Author's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in law Turkey <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

Electronic Book Chapter

Author's Surname, Name 'Article's Name': Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. (last accessed date) Date.

Example: **Kaya, Emir** 'Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice' Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership, <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> l.a.d. 10.08.2015.

Article

Surname, Name (Year) 'Article's Name' Journal's Name, Issue: Volume:, The first and last page range: .

Example: **Uşan, M. Fatih** (2008) 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Surname, Name (Year) 'Article`s Name' Journal`s Name <Internet address>
l.a.d. (last accessed date) Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> l.a.d. 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author's Surname, Name, 'Title of the Annunciation', Editor's Surname, Name (Editor), Conference Name, Date, Place.

Example: **Uşan, M.Fatih**, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği' : Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

Thesis

Author's Surname, Name (Year) 'Thesis Head' (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example: **Kılınc, Ahmet** (2013), 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (PhD), Gazi University Institute of Social Sciences.

Court Decision

^**Case Name**, Mercier, ^Application No, ^E;, K;, T;. ^Citation.

Example 1: **Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015

Example 2: Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

Web Address

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Uşan, M.Fatih**, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>, l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example: **Uşan**, fn. 24.

The Report

Surname, Name, Institution (Year), Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Oğuz, Fuat & Kent, Bülent**, Istanbul Chamber of Commerce (2011) 'Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler' <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>>, l.a.d. 07/27/2015.