

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XII SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2008

KAMU HUKUKU ♦BULUT, Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi ♦DEMİR, Fıkıh Usulü Kaideleri ♦KENT, Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi ♦TÜLEN, Yabancı Yatırımcıların Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Çerçevesinde Taşınmaz Edinmelerinin Anayasaya Aykırılığı Sorunu Üzerine Bir İnceleme.

ÖZEL HUKUK ♦MUŞUL, Überlegungen Über Den Entscheid Des Revisionsgerichts Zur Wirkung Der Negativen Feststellungsklage Auf Dem Widerspruchsverfahren Der Dritten Zur Herausgabe Des Gepfändeten Gegenstands ♦ACAR, Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü ♦GÖNENÇ, Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler ♦ÖZBAY, Donatma İştirakinin İflası ♦YOLÇİYEV, Azerbaycan Hukukunda Marka Hakkının Korunması ♦UYUMAZ, Yapı (İnşaatçı) İpoteği.

EKONOMİ-MALİYE ♦ÇAKIR/SÜRGEVİL/HARCAR/BUDAK, Siyasetle İlgilenen Türk Kadınlarının Sosyo-Ekonomik Durum Analizi ♦SUSAM, Kamu Maliyesinde Sınır Ötesi Bir Kavram: Küresel Kamusal Mallar.

ERZİNCAN - 2008

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XII SAYI: 1-2 YIL: 2008

**HAZİRAN – 2008
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Dursun BİNGÖL

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	--

**Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yılda İki Kez
Yayımlanan Hakemli Bir Dergidir.**

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara
aittir; Fakülteyi bağlamaz.**

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Süheyl BATUM

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Dursun BİNGÖL
Doç. Dr. Sururi AKTAŞ
Doç. Dr. Cem BAYGIN
Doç. Dr. Nihat BULUT
Doç. Dr. Osman KAŞIKÇI
Yrd. Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY
Arş. Gör. Ahmet NAR

EDİTÖR

Doç. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Dursun BİNGÖL, Prof.Dr. Şükrü YILDIZ, Doç.Dr. Sururi AKTAŞ, Doç.Dr. Cem BAYGIN, Doç.Dr. Nihat BULUT, Doç.Dr. Osman KAŞIKÇI, Doç.Dr. Murat NİŞANCI, Yrd.Doç.Dr. Alparslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Hakan BİRSENOĞUL, Yrd.Doç.Dr. Osman CAN, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Ayhan CEYLAN, Yrd.Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Şafak NARBAY, Yrd.Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHİ, Yrd.Doç.Dr. M.Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Metin UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Mustafa YILMAZ, Yrd.Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Arş.Gör. Şengül AL, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş.Gör. Zülküf AYRANGÖL, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Elif ÇÖREKÇİ, Arş.Gör. Meral EKİCİ, Arş.Gör. Murat ERDEM, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş.Gör. Ömer GEDİK, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARI, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Arş.Gör. Hatice Duygu ÖZER, Arş.Gör. Beyza ÖZTURANLI, Arş.Gör. Cumhuri RÜZGARESEN, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN, Arş.Gör. Emel TEKTEN.

TEŞEKKÜR

Dergimizin C. XI, S. 3–4, Aralık - 2007 ve C. XII, S. 1–2, Haziran - 2008 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz * ...

Prof.Dr. Yavuz ATAR	Prof.Dr. Şükrü YILDIZ
Prof.Dr. Ahmet BATTAL	Doç.Dr. Recep AKCAN
Prof.Dr. Dursun BİNGÖL	Doç.Dr. Sururi AKTAŞ
Prof.Dr. Enver BOZKURT	Doç.Dr. Cem BAYGIN
Prof.Dr. Nur CENTEL	Doç.Dr. Nihat BULUT
Prof.Dr. Abdullah DİNÇKOL	Doç.Dr. Yusuf BÜYÜKAY
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Doç.Dr. Murat DOĞAN
Prof.Dr. Aytaç EKER	Doç.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof.Dr. Ekrem Bora EKİNCİ	Doç.Dr. Osman KAŞIKÇI
Prof.Dr. Osman Berat GÜRZUMAR	Doç.Dr. Mahmut KOCA
Prof.Dr. İsmail KAYAR	Doç.Dr. Tekin MEMİŞ
Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ	Doç.Dr. Yücel OĞURLU
Prof.Dr. Erdal ONAR	Doç.Dr. Faruk TURHAN
Prof.Dr. Turan YILDIRIM	Doç.Dr. M.Fadıl YILDIRIM
Prof.Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd.Doç. Dr. Ayhan DÖNER

* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Nihat BULUT

Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi 1–15

Yrd. Doç. Dr. Abdullah DEMİR

Fıkıh Usulü Kaideleri 17–30

Yrd. Doç. Dr. Bülent KENT

Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi 31–49

Yrd. Doç. Dr. Hikmet TÜLEN

Yabancı Yatırımcıların Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Çerçevesinde Taşınmaz Edinmelerinin Anayasaya Aykırılığı Sorunu Üzerine Bir İnceleme 51–99

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Timuçin MUŞUL

Überlegungen über den Entscheid des Revisionsgerichts zur Wirkung der negativen Feststellungsklage auf dem Widerspruchsverfahren der Dritten zur Herausgabe des gepfändeten Gegenstands 103–109

Yrd. Doç. Dr. Hakan ACAR

Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü 111–135

Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ

Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler 137–155

X

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY

Donatma İştirakinin İflası 157–198

Dr. Mübariz YOLÇIYEV

Azerbaycan Hukukunda Marka Hakkının Korunması..... 199–223

Arş. Gör. Alper UYUMAZ

Yapı (İnşaatçı) İpoteği 225–258

EKONOMİ-MALİYE

**Yrd.Doç.Dr. Özlem ÇAKIR/Araş.Gör. Olca SÜRGEVİL/Yrd.Doç.Dr. Tijen
ERSOY HARCAR/Prof.Dr. Gönül BUDAK**

Siyasetle İlgilenen Türk Kadınlarının Sosyo-Ekonomik Durum
Analizi 261–276

Yrd. Doç. Dr. Nazan SUSAM

Kamu Maliyesinde Sınır Ötesi Bir Kavram: Küresel Kamusal
Mallar 277–303

CONTENTS

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Nihat BULUT

The Importance of 1909 Constitution Changes In Terms of Improvement of The Fundamental Rights and Freedoms in Turkey 1–15

Asst. Prof. Dr. Abdullah DEMİR

The Rules of Fıkh Procedure 17–30

Asst. Prof. Dr. Bülent KENT

Assessment on The Act About Estabushing Caunty in The Frontiers of Metropolitan Municipality 31–49

Asst. Prof. Dr. Hikmet TÜLEN

An Essay on Unconstitutionality of Foreign Investors' Acquisition of Real Estate Under The Foreign Direct Investment Law 51–99

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Timuçin MUŞUL

Überlegungen über den Entscheid des Revisionsgerichts zur Wirkung der negativen Feststellungsklage auf dem Widerspruchsverfahren der Dritten zur Herausgabe des gepfändeten Gegenstands 103–109

Asst. Prof. Dr. Hakan ACAR

Extreme Fullfillment Difficulty in Accordance with The Principles of Unidroit and European Law of Obligations 111–135

Asst. Prof. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ

Judicial Postulates From Roman Law Up To Now 137–155

Asst. Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Bankruptcy of Inseacammerce 157–198

XII

Dr. Mübariz YOLÇIYEV

Guarding of The Trade Mark Right in Azerbaijan Justice 199–223

Research. Asst. Alper UYUMAZ

Construction Mortgage 225–258

ECONOMICS-FISCAL

Asst. Prof. Dr. Özlem ÇAKIR/Research. Asst. Olca SÜRGEVİL/Asst. Prof. Dr. Tijen ERSOY HARCAR/Prof. Dr. Gönül BUDAK

Analyses of Socio Economic Status of Turkish Women Interested in Politics 261–276

Asst. Prof. Dr. Nazan SUSAM

A Crossborder Term in Public Finance: Global Public Goods 277–303

Kamu Hukuku

TÜRKİYE'DE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GELİŞİMİ AÇISINDAN 1909 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ÖNEMİ

*Doç. Dr. Nihat BULUT**

I- GİRİŞ

Türkiye'de, genellikle, demokrasi denince akla 1950 seçimleri; insan haklarından söz edilince ise 1961 Anayasası gelir. Kuşkusuz demokrasi süreci bakımından 1950 seçimleri ve insan haklarının hayata geçirilmesi açısından 1961 Anayasasının önemi çok büyüktür. Ancak söz konusu tarihler ve bu tarihlerde yaşanan gelişmelerin derin bir tarihsel birikimin ürünü olduğunu unutmamak gerekir. Bu bağlamda Türkiye'de demokrasinin kurulması ve insan haklarının işlerlik kazanmasında, Osmanlı birikiminin ve Cumhuriyetin ilk dönemlerinde yaşanan deneyimlerin payı inkar edilemez. Konuya Osmanlı dönemi açısından bakıldığında, yeni Türk Devletinin demokrasi ve insan hakları bakımından aldığı biçimin, Osmanlı dönemdeki kazanımlar üzerine kurulu olduğu görülür. Bu noktada hemen ifade etmek gerekir ki, Osmanlı deneyiminin bu anlamda zirve noktasını 1909 Anayasası oluşturmaktadır.

Çalışmada, önce, kısa bir biçimde, başlangıçtan II. Meşrutiyete kadarki süreç içinde Osmanlı birikimi ele alınacak ve ardından bu birikim içerisinde 1909 Anayasasının yeri tespit edilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, çalışmadaki değerlendirmeler, daha ziyade hukuki metinler üzerinden yapılacak, bu metinleri ortaya çıkaran sosyo-ekonomik ve düşünsel nedenler ele alınmayacaktır. Son olarak şu noktayı da vurgulamak gerekir: Esasında 1909 yılında yapılan şey, 1876 Anayasasının değiştirilmesi olmuştur. Ancak 1876 Anayasasının temel prensiplerini değiştirmesi ve eskisine nazaran daha üstün bir anayasa oluşturması nedeniyle, bu değişiklikler yeni bir anayasa olarak

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

nitelendirilmektedir¹. Bu yüzden çalışmada, 1909 değişiklikleri yerine, genellikle, 1909 Anayasası ibaresi kullanılacaktır.

II- GENEL OLARAK OSMANLI DEVLET DÜZENİ İÇİNDE İNSAN HAKLARININ YERİ

A- 1876 Anayasasının İlanına Kadarki Dönem

Klasik dönemde Osmanlı Devletinin hükümet şekli, hükümdarın geniş yetkilerle donatıldığı, mutlak monarşi sistemidir. Devletin başında, iktidarı miras yoluyla devralan hükümdar bulunmaktadır. Egemenliği tek başına kullanan hükümdar, devlet iktidarını yürütmek için başta sadrazam olmak üzere, birçok yardımcı bulundurmaktadır. Ancak bunların hepsi yetkilerini Padişah adına kullanmaktadırlar². Bu noktada, doğal olarak şu soruyu sormak gerekir: Acaba hükümdarın yetkileri sınırsız mıdır? Teorik açıdan bakıldığında durumun böyle olmadığı görülür. Çünkü Osmanlı monarşisinin bir de teokratik bir yönü vardır. Devletin teokratik yapısının buna meydan vermediği söylenebilir. Zira hükümdar İslam Hukuku ilkelerine uygun hareket etmek zorundadır³. İslam Hukuku, hükümdarın elinde tuttuğu iktidarı nasıl kullanacağını göstermiştir⁴. Dolayısıyla teorik açıdan hükümdarın keyfi olarak hareket etmesi mümkün değildir. Fakat uygulamada, devletin kendisini bağlayan hukuksal kurama, yani İslam Hukuku kurallarına karşı keyfiliğe gittiği⁵ ve dolayısıyla bu sınırlamanın bazen etkisiz kaldığı görülür. Çünkü iktidar kuramsal olarak sınırlandırılmış olsa da, uygulamada onu sınırla-

1 Bkz. Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der Y., İstanbul, 2006, s. 299.

2 Recai Galip Okandan, Amme Hukukumuzun Anahatları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 23 vd.; Toktamış Ateş, Osmanlı Toplumunun Siyasal Yapısı, Ümit Y., Ankara, 1994, s. 161 vd.

3 Okandan, s. 25–26.

4 Bahri Savcı, “Türkiye’de Anayasa Hareketleri ve Şimdiki Anayasa”, Kanun-u Esasi’nin 100. Yılı Armağanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 4.

5 Savcı, s. 4.

yan dünyevi bir kurum bulunmamaktadır. İktidar, yalnız Tanrıya karşı sorumludur ve bunun ihlali de, son tahlilde uhrevi bir konudur⁶.

Kuşkusuz Batı’da merkezi yönetimlerin güçlendirilmesi için her türlü çabanın gösterildiği bir dönemde merkeziyetçi bir görünüm arz eden Osmanlı devlet düzeninin imrenilecek bir durumu yansıttığı açıktır. Ne var ki, daha sonra, ekonomik koşulların da etkisiyle klasik Osmanlı siyasal düzeni bozulmuş ve devlet 1809 yılında Sened-i İttifakla başlayan bir dizi siyasal belge ile, geleneksel yapısını değiştirme yoluna gitmiştir. Şüphesiz bu belgelerin sosyal koşullar itibarıyla, gerçek bir özgürlük ilkesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tartışılabilir. Ancak 19. yüzyıla damgasını vuran bu belgelerin, hukuka bağlı, ılımlı bir ortamın yaratılmasına katkıda buldukları kesindir⁷.

Ayanlarla sultan arasında yapılan bir sözleşme olan Sened-i İttifak, Türk anayasal gelişmeler tarihinde mutlakıyetçiliğe darbe vuran ilk siyasal belge sayılmaktadır⁸. Padişahın otoritesini vurgulamakla birlikte, vergi adaletinin sağlanmasını ve ayanların tanınmasını öngören bu belge, halkın olmasa bile, ayanların haklarını ön plana çıkarmaktadır. Yine de modern anlamda insan hakları sürecini başlatan en önemli belgenin 1839 Tanzimat Fermanı olduğunu söylemek gerekir. Avrupa devletlerinin baskısı altında hazırlanan bu fermanla Padişah, kendi egemenlik hakkını sınırlıyor, kişilere can ve mal güvenliği sağlıyor, vergilerin yeniden düzenlenmesini öngörüyor ve dahası yürütmenin “mevad-ı esasiye” olarak nitelenen ilkeler uyarınca düzenlenecek yasalarla çalışmasını kabul ediyordu⁹.

Tanzimat Fermanının devlet yönetimiyle ilgili özü, iktidarın kendi kendini sınırlamasıdır. Bu sınırlama yasa üstünlüğü ya da yasaya saygı ilkesini içermekte olup, bununla keyfi yönetimin önüne geçilmek istenmiştir¹⁰. Fer-

6 Okandan, s. 27–28.

7 Okandan, s. 65.

8 Senedin siyasal iktidar yapısına etkileri için bkz. Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul, 2006, s. 41–64; Okandan, s. 36–58.

9 Tevfik Çavdar, *Türk Demokrasi Tarihi, 1839-1950*, İmge Y., Ankara, 1995, s. 22-23; Fermanın içeriği için bkz. Tanör, s. 85 vd.

10 Tanör, s. 88.

man, söz konusu yasaların hazırlanması açısından da önemli bir yenilik getirmektedir. Buna göre yasalar kurullar tarafından, kolektif usullerle hazırlanacaktır. Gerçi Padişah yine yasa koyucu iradedir; ama kurullardan ve danışma yöntemlerinden de yararlanacaktır. Acaba bu noktadan sonra Fermanın devletin temel yapısını değiştirerek monarşik sistemi zedelediği söylenebilir mi? Kuşkusuz hayır. Ancak bu noktada, yasal yönetim ve kurullara danışma ilkelerinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Tanör'ün de belirttiği gibi, Tanzimat Fermanındaki yasal yönetim, ileride hukuk devleti arayışlarına, kurullara danışma da parlamenter rejime yönelişin habercileri olmak bakımından dikkat çekicidir¹¹.

Tanzimat Fermanının hak ve özgürlüklerle ilgili yönü çok önemlidir. Düşünce, basın, dernek, toplanma. . . gibi özgürlüklerin yer almaması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Fakat, kişi dokunulmazlığı, can ve mal güvenliği, askerlik hizmetinde eşitlik ve vergi adaleti gibi ilkeler bireysel özgürlük rejiminin kurulması yönünde önemli bir aşama sayılmalıdır¹². Gerçekten Ferman, uyrukların bir takım haklara sahip olduğunun resmen kabulü bakımından önemlidir. Bir kere vatandaşlara haklar tanıyıp, kapıyı araladıktan sonra, arkasının gelmesi hiç de zor olmayacaktır. Nitekim bu bağlamda Tanzimat Fermanından 1876 Anayasasına gelinceye kadar hem uygulamada, hem de düşünsel alanda önemli gelişmeler olmuştur. 1856 yılında daha çok azınlıkları ilgilendiren Islahat Fermanı ilan edilmiş, 1858 arazi yasasıyla 17. yüzyıldan beri ayanlar tarafından gasp edilmiş olan topraklar üzerindeki mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmış, miri toprakların özel mülkiyete dönüştürülmesi süreci kolaylaştırılmış, öte yandan il yasaları çıkartılmıştır¹³. Bu gelişmeler Osmanlı hukuk sistemini Batı Avrupa ülkelerine biraz daha yakınlaştırmıştır. Konumuz açısından Osmanlı Devleti döneminde gerçekleşen anayasal gelişmeler ve sonuçta ortaya çıkan anayasal belgeler önemlidir. Bu yüzden 1876 Anayasası çalışmamızda öncelikle irdelenecektir.

¹¹ Tanör, s. 88.

¹² Tarık Zafer Tunaya, *Türk Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, Arba Y., İstanbul, 1996, s. 34.

¹³ Çavdar, s. 24.

B- 1876 Anayasası**1- Temel Haklar**

1876 Anayasasında uyruklara tanınan hak ve özgürlükler, “Tebaa-i Devlet-i Osmaniye’nin Hukuku Umumiyesi” başlığı altında düzenlenmiştir. *Vatandaşlık Hakkı, Kişi Hürriyeti, Kişi Güvenliği, İbadet Hürriyeti, Basın Hürriyeti, Şirket Kurma Hürriyeti, Dilekçe Hakkı, Öğretim Hürriyeti Eşitlik İlkesi, Devlet Memurluğuna Girme Hakkı, Malî Güce Göre Vergi İlkesi, Konut Dokunulmazlığı, Kanunî Hâkim Güvencesi, Müsadere ve Angarya Yasağı, Vergilerin Kanunîliği İlkesi, İşkence Yasağı* gibi hak ve özgürlükler bu bağlamda anayasada yer alan haklardır. Öte yandan Anayasa, bu bölümde seçme ve seçilme hakkına açıkça yer vermemişse de, 65 ile 69’uncu maddelerde Mebusan Meclisi üyelerinin müntehipler (seçmen) tarafından seçileceğini öngörerek¹⁴, bu hakkı da dolaylı olarak tanımıştır¹⁵.

Öte yandan 1876 Anayasasında kişi hürriyeti ve güvenliğini sağlamaya yönelik birtakım yargısal güvenceler de öngörülmüştür. Kanuni hakim ilkesinin kabul edilmesi, kimsenin kanunla bağlı olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye zorlanamayacağı anlamına gelmektedir. Diğer yandan 85. maddeye göre, bir davaya ancak ait olduğu mahkemede bakılacaktır. Aynı şekilde mahkemeler görevlerine giren davalara bakmaktan kaçınamayacaklardır (m.84). Ayrıca, varolan olağan mahkemeler dışında, olağanüstü bir mahkeme veyahut hüküm vermek yetkisini haiz komisyon teşkil edilemeyecektir (m.89). Bunların yanında muhakemenin aleniliği ilkesi kabul edilmiştir (m.82). Nihayet 83. maddede herkesin lüzum gördüğü meşru vası-

¹⁴ Meclis-i Mebusan üyelerinin hangi usulle seçilecekleri anayasada ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildi. Anayasa sadece kaç nüfusa bir milletvekili düşeceğini, seçimlerin gizli oyla yapılacağını ve milletvekili seçilebilme koşullarının nelerden ibaret olacağını hükme bağlıyordu. Ayrıntılar yasa ile yapılacaktı; ama yasanın yapılması geciktirildi. Bu yüzden geçici bir yasa çıkarıldı. *Yasanın en dikkate değer yanı, sınırlı bir seçme ve seçilme hakkının kabul edilmiş olmasıydı. Bir kere, kadınlar için bu hak söz konusu değildi. Fakat erkek olmak da seçme ve seçilme hakkı için tek başına yeterli değildi. Ayrıca belli bir miktar emlak sahibi olmak koşulu aranıyordu.* Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncer Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, AÜHF Y., Ankara, 1969, s. 100 vd. ; Sami Sezen, *Seçim ve Demokrasi*, Gündoğan Y., Ankara, 1993 s. 216 vd.

¹⁵ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Y., Bursa, 2008, s. 18; Tanör, s. 146.

talarla haklarını savunabileceği (hak arama özgürlüğü) esası getirilmiştir¹⁶. Gözler'in de belirttiği gibi, temel hak ve özgürlüklerin yargısal güvencesi açısından 1876 Anayasası günümüz anayasalarından pek de geri değildir¹⁷.

2- Yasama Prosedürü

Ancak bu özgürlükler ile ilgili düzenlemeler Padişahın iradesine göre yapılmak durumundaydı. Çünkü yasama faaliyetinde Padişahın çok etkin bir yeri vardı. Anayasa Padişahın yasama faaliyetlerine katılmasını ve müdahalesini sağlayan hükümler içermektedir. Anayasanın 53. maddesi kanun teklif etme yetkisinin Bakanlar Kurulu, Ayan Meclisi ve Mebusan Meclisine ait olduğunu belirtmektedir. Ancak Ayan Meclisi ve Mebusan Meclisi sadece kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda kanun teklif etmeye yetkilidirler. Yapılan teklif, Başbakanlık aracılığıyla Padişaha iletilir ve onun izni istenir. Bu izin bir irade-i seniyye ile verilirse, teklif konusu, ilkin yasama meclislerine değil, Şura-ı Devlete gönderilir. Anayasanın 54. maddesine göre, Şura-ı Devlet bir kanun tasarısı hazırlar. Bu tasarı önce Mebusan Meclisinde, daha sonra Ayan Meclisinde görüşülür. Kanun tasarısı kabulünde her iki meclisin eşitliği vardır. 56. maddeye göre, meclislerden birinde tasarı reddedilmişse, o senenin toplantı döneminde tekrar müzakere edilemez. Her iki Meclis tarafından da kabul edilen metin tasdik için Padişaha sunulur. Padişah bir "irade-i seniyye" ile tasdik ederse, kanun yürürlüğe girer (m.54).

Görüldüğü gibi, kanunun yürürlüğe girmesi Padişahın onayına bağlıdır. Bu, Padişahın "mutlak veto" yetkisinin bulunduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, yasama süreci içinde Padişah, sembolik olmayan, esaslı yetkilerle sahipti. Kanun teklifinin görüşülebilmesi için Padişahın izni gerekiyordu. İzin vermiş olmasına rağmen Padişah, Meclislerce kabul edilmiş bir kanunu veto etme yetkisini de elinde bulundurmaktaydı¹⁸.

3- Anayasal Sistemi İşlemez Hale Sokan Hükümler

Padişahın yasama sürecindeki bir başka rolü de, meclislerin toplantıda olmadığı dönemlerde ortaya çıkmaktadır. Meclislerin tatil ya da fesih edildi-

¹⁶ Gözler, s. 20; Tanör, s. 147.

¹⁷ Gözler, s. 20.

¹⁸ Gözler, s. 19; Tanör, s. 140.

ği yahut olağan tatiller nedeniyle toplantı halinde bulunmadığı zamanlarda, devleti ya da genel güvenliği tehlikeye sokan bir durum ortaya çıkar da, meclislerin hemen toplantıya çağrılmasına imkân bulunmazsa, anayasa hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, geçici kanun çıkarılabilmesi mümkündür (m.36). Ayrıca Padişah, olağanüstü durumlarda özel düzenlemelerle ülkeyi yönetme imkânına da sahip olacaktır (m.113).

Öte yandan Anayasanın 113. maddesi, son fıkrasıyla Padişaha, kişi dokunulmazlığını ihlal edecek bir sürgün yetkisi vermektedir. Buna göre, “hükümetin güvenliğini ihlal ettikleri zabıta soruşturmasıyla ispat olunanları ülke dışına sürmek Padişahın yetkisindedir”. Hükümle Padişah, zabıta soruşturmasına dayanarak Anayasada sayılan hakları ortadan kaldıracak şekilde, hoşuna gitmeyen, tehlikeli sayılan, icabında muhalefet yapmak isteyen herkesi, hükümetin güvenliğini tehlikeye attığı gerekçesiyle ülkeden uzaklaştırmak imkânına sahip olmaktadır¹⁹.

Bütün bu düzenlemeler, iktidarın sınırlandırılmasının ve böylece bireysel özgürlüklerin önünün tam olarak açılmasının sağlanamadığını göstermektedir²⁰. Anayasa, sonuçta Padişahın üstünlüğü ve sorumsuzluğunu anayasal zeminde kuvvetlendirmiş oldu²¹ ve özgürlük otorite ilişkisi içerisinde, ağırlığı otoriteye verdi.

Öte yandan 1876 Anayasasının kabulünden sonra, Padişah tarafından atanan Meclis-i Ayan ile seçimle iş başına gelen Meclis-i Mebusan’dan oluşan Osmanlı Parlamentosu açılmıştı. Sınırlı oy hakkının geçerli olduğu bir seçim sonucunda oluşan ilk meclis, çalışmalarını iki yasama dönemi sürdürmüş, cemaatler arası ilişkiler, memurlardan yakınma, savaş yolsuzlukları, meclis-hükümet ilişkileri ve çeşitli sorunlar ile ilgili önemli konulara eğilmiştir²². Fakat meclis 15 Şubat 1878’de Osmanlı-Rus savaşı gerekçe gösterilerek tatil edilmiş ve 1908 yılına kadar bir daha açılmamıştır.

¹⁹ Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri*, C:1, Fasikül: I, Baha Matbaası, İstanbul, 1960, s. 95; Okandan, s. 170.

²⁰ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Adres Y., Ankara, 1994, s. 155.

²¹ Nevin Ünal Özkorkut, “1876 Anayasasının Hukuk devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:53, S:1, 2004, s. 183.

²² Çavdar, s. 43.

III- 1909 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞI

A- Doğrudan Doğruya Temel Hak ve Özgürlüklerle İlgili Değişiklikler

1908’de ilan edilen İkinci Meşrutiyet, Türkiye’de genel bir özgürlük havası estirirken, 1876 Anayasasının da değişmesini sağlamıştır. Halkın temsilcilerinden oluşan Mebusan Meclisi tarafından yapılan bu değişiklikle birlikte, 1876 Anayasasında yer alan hak ve özgürlüklere ek olarak, *kanun dışı tutuklama yasağı; haberleşmenin gizliliği; toplanma özgürlüğü; dernek kurma hakkı; sansür yasağı; Padişahın sürgün yetkisinin kaldırılması* gibi hak ve özgürlükler anayasaya girmiştir.

Anayasanın 10. maddesine yapılan ilave ile getirilen kanun dışı tutuklama yasağı, kişi güvenliği bakımından son derece önemlidir. Çünkü tutuklama, suçluluğu konusunda henüz kesin karar verilmemiş bir kişinin, özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yönelik önemli bir koruma tedbiridir²³ ve bu özelliğiyle, idarenin keyfine bırakılmayacak kadar hassas bir konudur. Tutuklama kararının hangi koşullarda ve kim tarafından verileceğinin kanuna bağlanması son derece yerinde olmuştur.

1909 değişikliğinin en önemli hükümlerinden biri de hiç kuşkusuz, sansür yasağını getiren 12. maddedir. Önceki haliyle sadece, “basın kanun dairesinde serbesttir” hükmünü içeren bu maddeye, “basın hiçbir suretle ön denetime tabi tutulamaz” kuralı ilave edilmiş ve böylece sansür yasaklanarak, basının üzerinde sallanan iktidar kılıcı indirilmiştir. Basın girişimlerini kurma, basma ve yayma özgürlüklerini kapsamına alan basın özgürlüğünün, demokrasinin vazgeçilmez koşulları arasında sayılan ifade özgürlüğü ile de sıkı bir ilişkisi vardır.

Yine değişiklikle birlikte, “postanelere verilen evrak ve mektupların hakim ya da mahkeme kararı olmadan açılmayacağı” hüküm altına alınmış ve böylece haberleşmenin gizliliği ilkesi kabul edilmiştir (m.119). Kuşkusuz bu ilkenin kabul edilmiş olması, özel hayatın gizliliğinin sağlanması bakımından isabetli olmuştur.

²³ Tutuklama kavramı için Bkz. Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Y., Ankara, 2006, s. 219.

1909 değişikliğinin oldukça önemli bir yönü de toplantı ve dernek özgürlüğüne yer vermiş olmasıdır. Bireylerin düşünce değişiminde bulunmak veya belli ortak çıkarları savunmak amacıyla bir araya gelerek belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamu oyu oluşturma ya da siyasal karar organlarını etkileme amacına yönelik bu özgürlük, toplantıyı düzenleme, katılım ve serbest ifade öğelerini kapsamaktadır²⁴. Kamu oyu oluşturma ve siyasal iktidarı etkileme açısından çok önemli sayılan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün en çekici yanı, halk kitleleri için elverişli, pratik, ucuz ve etkili bir ifade ve baskı aracı olmasıdır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bu yönüyle, demokrasi açısından oldukça önemlidir. 1909 değişikliğinde, Osmanlıların, kanuna uymak suretiyle toplantı hakkına sahip oldukları belirtilmiş ve böylece halkın siyasal iktidarı etkilemesi yönünde önemli bir adım atılmıştır.

Aynı şeyler dernek özgürlüğü açısından da söylenebilir. Birden çok kişinin, kendi istekleriyle, belli bir amaç, düşünce ve çıkar çerçevesinde bir araya gelerek oluşturdukları bir örgütlenmeyi²⁵ ifade eden bu özgürlüğün demokratik açıdan en önemli özelliği, devletten ayrı ve bağımsız bir karakter arz etmesidir²⁶. Geniş anlamda siyasal partiler, sendikalar ve meslek kuruluşları da yukarıdaki tanımın kapsamına dâhil edilebilir. Esasen bütün bu örgütler ya da örgütlenmeler, bireylerin toplu olarak, düşüncelerini bir örgüt aracılığıyla ortaya koyma, savunma ve yayma haklarının yansımalarıdır. 1909’da bu özgürlük, doğal olarak, sınırlarıyla beraber tanınmıştır. Buna göre, “devletin ülke bütünlüğünü bozmak, meşruti yönetim biçimini değiştirmek, Anayasa hükümlerine aykırı davranmak, Osmanlı unsurlarını siyasal bakımdan ayırmak amaçlarından birine hizmet eden ve genel ahlak ve adaba aykırı olan dernekler ile gizli dernekler kurulamaz”. Bu hükme dayanılarak, 1909’da Cemiyetler Kanunu çıkarılmıştır²⁷.

24 İbrahim Kaboğlu, “Dernek ve Toplantı Özgürlükleri”, İnsan Hakları Yıllığı, C.14, 1992, s. 118.

25 Fikret Toksöz, “Dernekler,” Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi, C.2, s. 366.

26 Toksöz, s. 367.

27 İlyas Doğan, “Tanzimat Sonrası Osmanlı Devlet Yönetiminde Toplumsal Örgütlenmeye Bakış”, KHUKA, Kamu Hukuku Arşivi, Eylül 2001, http://www.akader.info/KHUKA/2001_eylul/tanzimat_sonrasi.htm, Erişim Tarihi: 24.04.2008.

Şüphesiz 1909 değişikliklerinin hak ve özgürlükler açısından en önemli getirisi, Padişaha tanınan sürgün etme yetkisinin kaldırılmış olmasıdır. Böylece, kişi güvenliği açısından önemli bir tehlike giderilmiş ve Anayasanın tanımış olduğu temel hak ve özgürlükler ve yargısal güvenceler anlamlı hale gelmiştir. 1909’da getirilmiş olan bu özgürlükler 1876’da getirilenlerle bütünleştirildiğinde, yeni durumun hak ve özgürlükler bakımından doyurucu bir içerik sunduğu söylenebilir²⁸.

B- Hak ve Özgürlüklerin Hayata Geçirilmesi İle İlgili Değişiklikler:

1876 Anayasasının en bariz özelliği, Padişahın yasama ve yürütme yetkilerini elinde tutuyor olmasıdır. Bu özellik, Anayasanın en önemli yanını oluşturan temel hak ve özgürlüklerle ilgili beklentileri de boşa çıkarır nitelikteydi. 1909 değişiklikleri ile birlikte bu sakıncalar giderilecek ve iktidarın sınırlandırılması konusunda önemli bir mesafe kat edilecektir.

1- Padişahın Yasa Yapma Sürecindeki Mutlak Egemenliğinin Sona Ermesi

Mebusan Meclisi ve Ayan Meclisinin kuruluşlarında bir değişiklik olmamıştır. Ancak bu meclisler Padişahın izniyle değil, her yılın Kasım ayı başlangıcında davetsiz olarak toplanacaktır. Öte yandan yasama yetkisinin kullanılmasında önemli değişiklikler yapılmıştır. Her şeyden önce, kanun teklif etmek için Padişahın iznini alma şartı kaldırılmıştır. İkinci olarak kanun tekliflerinin ilk önce Şura-ı Devlette görüşülmeleri usulü terk edilmiştir. Üçüncü olarak Anayasanın ilk şeklinde yer alan Padişahın mutlak veto yetkisi, 1909 değişikliği ile “geciktirici ve zorlaştırmacı veto yetkisi”ne dönüştürülmüştür. Meclislerden çıkan bir kanunu Padişah, onaylamak ya da iki ay içinde yeniden görüşülmek üzere meclislere geri göndermek yetkisine sahiptir. Mebusan ve Ayan Meclislerinden oluşan Meclis-i Umumi, Padişahın veto ettiği kanunları üçte iki çoğunluğuyla kabul ederse, Padişah kanunu tasdik etmek zorunda kalmaktaydı²⁹. Dolayısıyla, 1909 değişikliği meclislere, Padişahın iradesinden bağımsız olarak yasa yapma sürecini başlatma ve

²⁸ Tanör, s. 197.

²⁹ Selçuk Özçelik, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 97–98; Tanör, s. 194.

bitirme yetkisi vermekte ve böylece onları gerçek bir yasama organı haline getirmektedir³⁰.

2- Yürütme İle İlgili Değişiklikler: Padişahın Yetkilerinin Sembolik Hale Getirilmesi

1909 değişiklikleri ile birlikte, klasik parlamenter sisteme uygun bir biçimde, yürütme organının asli unsuru Bakanlar Kurulu olmuştur.

a- Padişah

Anayasaya göre Padişah devletin başıdır. Ancak Meclisi Umumi’de Anayasaya bağlılık yemini etmek zorundadır. Ayrıca Padişahın ödenekleri yasaya bağlanmıştır. Öte yandan Padişahın Bakanlar Kurulunun oluşumu ile ilgili yetkileri de büyük ölçüde sınırlandırılmıştır. Bakanlar Kurulundan, sadece sadrazam (Başbakan) Padişah tarafından atanmakta, diğer bakanlar ise sadrazam tarafından seçilmektedir. Padişahın diğer bakanlarla ilgili tasarrufu, bunları onaylama biçimindedir³¹. Hatta Padişahın istediği kişiyi sadrazam seçme imkanı da yoktur; meclisten güvenoyu alabilecek birini seçmesi gerekmektedir³².

1876 Anayasasının ilk şeklindeki Padişahın görev ve yetkileri, 1909 değişikliğinde de büyük ölçüde korunmuştur. Ancak Padişah, bu yetkilerini tek başına değil, sadrazam ve ilgili bakanın karşı-imzasıyla kullanabilecektir. Ayrıca 1909 değişiklikleriyle, yukarıda da değinildiği üzere, Padişahın 113’üncü maddede öngörülen “sürgüne gönderme” yetkisi kaldırılmış, 35’inci maddede öngörülen “fesih hakkı” da kullanılamaz hale getirilmiştir³³. Diğer yandan Padişahın milletlerarası antlaşma yapma yetkisi Meclis-i

30 Tanör, s. 194.

31 İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 33-34; Kemal Dal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Bilim Y., Ankara, 1986, s. 25; Tanör, s. 193.

32 Tanör, s. 193.

33 Artık Mebusan Meclisi Padişahın tek taraflı iradesiyle kapatılamayacaktır. Gerçi yetki yine Padişahıdır; ancak fesih kararı alınabilmesi için, hükümetle Mebusan arasında bir anlaşmazlığın çıkması ve mevcut hükümetin bu anlaşmazlık dolayısıyla çekilmesi gerekir. Çekilen hükümetin yerine kurulan hükümet, önceki hükümetin görüşünde direnir ve

Umuminin onayı şartına bağlanmıştır³⁴. Ayrıca Bakanlar Kurulunun bir konuyu görüşmek için, önceden Padişah'tan izin alması koşulu da kaldırılmıştır³⁵.

b- Bakanlar Kurulu

1909'da Bakanlar Kurulunun oluşum tarzının tamamen değiştirilmiş olduğunu vurgulamıştık. Gerçekten değişiklikle birlikte, hükümetin kuruluş şeklinin parlamenter sisteme tam anlamıyla uygun olduğunu söylenebilir³⁶. Öte yandan 1909 değişiklikleri ile birlikte, Bakanlar Kurulunun Padişaha karşı değil, Mebusan Meclisine karşı sorumlu olduğu esas kabul edilmiştir. Buna göre Bakanlar, genel hükümet politikalarından dolayı müştereken, kendi bakanlıklarının işlerinden dolayı da münferiden sorumlu tutulacaklardır³⁷. Diğer taraftan Meclis-i Umumi, Bakanlar Kurulunu güvensizlik oyuyla düşürebilecektir.

Getirilen sistem Padişahı yürütme organının asli unsuru olmaktan çıkarılmış, onun yerine Bakanlar Kurulunu koymuştur³⁸. Bu durum kabine usulünün Osmanlı hukukuna kesin bir giriş yapması demektir³⁹.

3- Kuvvetler Ayrılığı ve İktidarın Sınırlandırılması

1909'un getirmiş olduğu yasama ve yürütme organları ile ilgili değişiklikler, devletin yasama ve yürütme organlarının görev ve yetkilerinin denge ve işbirliğini sağlayacak tarzda düzenlendiğini göstermektedir. Buna, 1876 Anayasasının ilk şekliyle, zaten iyi konulmuş yargı güvencesi sistemi de eklenince, kurulan sistemin kuvvetler ayrılığı ilkesini hayata geçirdiği söylenebilir.

Mebusan da ilk kararından dönmezse, Padişah Ayan Meclisinin onayını almak ve üç ay içinde seçim yapmak şartıyla, meclisi fesh edebilir. Arsel, s. 35; Tanör, s. 194.

34 Gözler, s. 23.

35 Tanör, s. 193.

36 Gözler, s. 23.

37 Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasasının Anlamı, Gerçek Y., İstanbul, 1986, s. 36.

38 Gözler, s. 23.

39 Tanör, s. 194.

Yargı yetkisi 1876 Anayasasının ilk şekliinden beri Padişahın elinde değildir. Yasama yetkisi, Ayan Meclisi istisnasını bir tarafa bırakacak olursak, demokratik organ olan parlamentoya verilmiştir. Yine yürütme yetkisi, parlamentonun içinden çıkan ve ona karşı sorumlu olan Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Anayasa, yumuşak ve işbirliğine dayalı bir kuvvetler ayrılığı sistemi getirmiş ve bu sistemde, doğal olarak, yasamaya ağırlık verilmiştir⁴⁰. Bu durum, 1909 anayasa değişiklikleri ile birlikte ülkemizde tam bir anayasal monarşinin kurulduğunu ve iktidarın sınırlandırıldığını gösterir.

IV- TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN UYGULANMASI

1909 değişiklikleri ile birlikte Osmanlı Devleti mutlak monarşi anlayışını terk ederek sınırlı bir anayasal sisteme, “meşrutî monarşi”ye geçmiştir. Bu zamana kadar Padişahın olan üstün emretme gücü ya da egemenlik, topluma intikal etmeye başlamış ve bunun sonucu olarak siyasal alanda halk unsuru önem kazanmaya başlamıştır⁴¹. Öte yandan devletin üç önemli fonksiyonunun oluşumu, yetkileri ve görevleri, bir anayasada olması gerektiği gibi, güçler ayrılığı ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirilmiş ve böylece iktidarın sınırlandırılması sağlanarak, temel hak ve özgürlükler güvenceye kavuşturulmuştur.

1909 Anayasasıyla kurulan demokratik rejim, başlangıçta yaygın bir sivil örgütlenme ve partileşme döneminin yaşanmasını sağlamıştır. Bu dönemde çeşitli görüşlere mensup çok sayıda parti kurulmuştur. Yine bu yıllarda Osmanlı Devleti içinde pek çok siyasal akım kendini ifade imkânı bulmuştur⁴².

Ancak rejim, çok kısa bir süre sonra İttihat ve Terakki Fırkası'nın diktatörlüğüne dönüşmüştür. II. Meşrutîyetin ilanında çok önemli bir rol oynayan İttihat ve Terakki, iktidarı doğrudan ele almak yerine, onu denetlemekle yetinmiştir. İttihat ve Terakki mensupları, 1909–1912 yılları arasında, siyasal ihtirasları uğruna, yapılan seçimlerden hep başarılı çıkmak amacını ön planda tutmuşlar ve bu süreçte muhalefeti susturmak için anormal usullere baş-

40 Tanör, s. 196.

41 Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Y., Ankara, 2004, s. 130.

42 Erdoğan, s. 159.

vurmaktan çekinmemişlerdir⁴³. 1913 yılındaki Babiâli baskısıyla gerçek diktatörlüğünü kuran İttihat ve Terakki, daha önce kendisi istibdattan çok yakınmış olmasına rağmen, yükselen muhalefete tahammül edemeyerek, kendisi baskıcı olmaktan kurtulamamıştır⁴⁴.

V- SONUÇ

19. yüzyıl Avrupa'da anayasacılık yüzyılı olmuş ve pek çok Avrupa devleti bu yüzyılın başından itibaren anayasal yönetime geçmiştir. Osmanlı Devleti de, 1876 Anayasasıyla, en çok birkaç yıl gecikmeyle, aynı sürece girmiştir. Hatta 1808'deki Sened-i İttifak ve 1839'daki Tanzimat Fermanı esas alınır, bir gecikmenin olmadığı bile söylenebilir⁴⁵.

Dolayısıyla ülkemizde siyasal iktidarın sınırlandırılması ve insan haklarının hayata geçirilmesi çabalarının çok eskilere dayandığını kabul etmek gerekir. Kuşkusuz buradaki gelişme aşamalı bir biçimde gerçekleşmiş ve siyasal iktidarın ve özellikle Padişahın yetkileri süreç içinde azaltılmış; vatandaşların hak ve özgürlükleri de zamanla artırılmıştır. 1909 Anayasası bu gelişmenin zirveye çıktığı bir dönemi ifade etmesi bakımından son derece önemlidir.

Gerçi 1876 Anayasası vatandaşlara, çağdaş anayasacılık hareketinin ruhuna uygun bir biçimde hak ve özgürlükler tanıdı. Ancak Anayasa, yasama ve yürütme yetkisini, ama özellikle de yasama fonksiyonunu, büyük ölçüde Padişaha tabi kılarak, bunların kullanılmasını hükümdarın iradesine bağlamıştı. Anayasada tanınan hak ve özgürlüklerin somutlaştırılması yasalara bağlıydı ve Padişah yasa yapım sürecinde oldukça etkiliydi. Öte yandan Padişaha tanınan sürgün yetkisi de hak ve özgürlükleri anlamsız kılacak nitelikteydi.

1909 değişiklikleri, gerek 1876 Anayasasındaki aksaklıkların giderilmesi, gerekse hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulması açısından çok önemlidir. Değişiklikle birlikte, hem hak ve özgürlükler sayıca biraz daha genişletilmiş, hem de bunların işlerlik kazanması için gerekli olan kanunlaş-

⁴³ Okandan, s. 428; Hakyemez, s. 133; Tanör, s. 199.

⁴⁴ Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Y., Ankara, 1993, s. 106-107.

⁴⁵ Gözler, s. 24.

tırma faaliyetlerinde parlamentoya öncelik tanınmıştır. Artık hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi, esas itibarıyla⁴⁶, halkın oyu sonucunda oluşan parlamentonun elindedir.

1909 değişiklikleri, klasik parlamenter sisteme uygun bir biçimde, yumuşak ve işbirliğine dayalı bir kuvvetler ayrılığı sistemini benimsemiştir. Bu çerçevede yasama yetkisi, demokratik bir organ olan parlamentoya verilirken, yürütme yetkisi de parlamentonun içinden çıkan ve ona karşı sorumlu olan Bakanlar Kuruluna ait sayılmıştır.

Gerçi bu değişikliklere rağmen, hak ve özgürlüklerin fiilen uygulamaya sokulamadığı ve ülkemizde fiili bir demokratik sistemin işler kılınmadığı söylenebilir. Kuşkusuz bunda demokrasi kültürünün henüz özümselememiş olması önemli bir etkendi. Fakat en az onun kadar, dönemin uluslar arası dengelerinin Osmanlı Devleti aleyhine gelişmesi de belirleyici olmuştur.

Fakat yine de, ülkemizde daha 1909 yılında, demokrasinin tüm anayasal kurumlarının hukuki planda kurulmasını önemli saymak gerekir⁴⁷. Osmanlı Devleti dönemindeki kazanımların, Cumhuriyet sonrası demokratikleşme çabaları açısından önemli bir deneyim oluşturduğuna kuşku yoktur. Sonuçta, parçalanma süreci yaşayan bir siyasal sistemde gerçekleştirilen bu değişiklikler, Cumhuriyete geçildikten sonra benimsenen parlamenter hükümet sistemini hazırlayıcı bir işlev görmüştür.

⁴⁶ Bu noktada halkın oyundan çıkmayan Ayan Meclisini hatırlamak gerekir.

⁴⁷ Gözler, s. 25.

FIKİH USULÜ KAİDELERİ

*Yrd. Doç. Dr. Abdullah DEMİR**

1. Kavram

Kaide kelimesi sözlükte “her şeyin aslı, esası ve temeli” gibi anlamlara gelmektedir. Çoğulu “kavaid” olup, bu haliyle özellikle binanın temeli anlamında kullanılmaktadır.¹ Fizik âleme ait bir anlam taşıyan bu kaide kelimesi, tasavvurât düzlemine taşınarak “farklı olayların müşterek mahiyetini ifade eden genel hüküm, münferit meselelere ait hükümlerin dayandığı ana fikir, cüzlerin hükümlerine uygun düşen küllî önermeler” şeklinde çeşitli ilimlerde yaygın bir kullanım alanı kazanmıştır.²

Konumuz olan fıkıh usulü kaidelerini “kendisinin tafsilli delilleri vasıtasıyla şer’i hükümlerin hatasız olarak istinbat edilmesini sağlayan küllî kurallar, şeklinde tanımlamak mümkündür.³ Tanımda vurgulandığı üzere, müctehid hukukçu bu kural, kanun ve kaideleri, şer’i nassların yorumlanmasında ve nasslardan hüküm çıkarmada kullanmaktadır.⁴

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 “İbrahim ile İsmail Beytullah’ın temellerini yükseltirken şöyle dua ediyorlardı: Ey bizim Kerim Rabbimiz! Yaptığımız bu işi kabul buyur bizden!...” 2 Bakara 127; “Ama neticede Allah onların binalarını ta temellerinden yıktı da üstlerindeki tavan tepelerine çöktü.” 16 Nahl 26.

2 Mustafa Baktır, “Kaide” maddesi, *DİA*, s. 205; Abdulaziz Muhammed Azzam, *El-Kavaidü'l-Fıkhiyye*, Kahire, h. 1426-m. 2005, s. 11; et-Tayyib es-Senusî Ahmed, *el-İstikra ve Eseruhu fi'l-Kavaidi'l-Usuliyet ve'l-Fıkhiyye*, Riyad h. 1424-m. 2003, s. 417.

3 Azzam, s. 15; Sa’d b. Nasır b. Abdulaziz eş-Şeşri, *Şerhu Kitabı Kavaidü'l-Usul ve Meakidü'l-Füsul*, s. 20; Muhammed b. El-Medeni eş-Şentuf, *el-Kavaidü'l-Usuliyet inde'l-Kadı Abdulvehhab el-Bağdadi*, Dubai h. 1424-m. 2003, s. 46; es-Senusi Ahmed, s. 420; Ciyülali el-Merînî, *Kavaidü'l-Usuliyet ve Tatbikatühe'l-Fıkhiyyeti inde İbnü'l-Kudame fi Kitabihî'l-Muğni*, Kahire h. 1423-m.2002, c. 1, s. 35; Büyük Haydar Efendi, *Usul-ü Fıkıh Dersleri*, İstanbul 1324, s. 14.

4 Şentuf, s. 46.

Fıkıhta usül kaidelerinin yanında, yakın bir kavram olarak külli kaidelerin de üzerinde önemle durulmaktadır. Bunların aralarındaki farklılık ve benzerlikler aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Külli kaideler, “cüz’i meselelerin tamamı veya çoğunluğu için geçerli olan hükümler” olarak tanımlanmaktadır.⁵

2. Fıkıh Usûlü Kaidelerinin Kaynakları

Fıkıh usulü ve kaideleri, genel olarak Arapça ile ayet ve hadislerden çıkarılmıştır. Ancak ayrıntıya inildiğinde bu kaidelerin kaynaklarının çok çeşitli olduğu görülmektedir:

a- Kitap ve Sünnetin Nassları:

Fıkıh usulü kaidelerinin bir kısmı belirli nasslardan istinbat edilmiş bir kısmı da nasslardan tümevarım yoluyla elde edilmiştir. Nasslar, usul kaidelerine sarih olarak, îma ya da işaret vs. ile delalet edebilir. Nasslardan istinbat edilen usul kaidelerinden bazıları şunlardır:⁶

1-“Nesh, şer’de caizdir”. Bu kaidenin delili “Biz bir ayetin yerine onun hükmünü neshedecek başka bir ayet getirdiğimiz zaman -ki Allah göndereceği ayetleri pek iyi bilmektedir- onlar, ‘sen iftiracının tekisin’ dediler. Hayır hiç de öyle değil. Onların çoğu işin gerçeğini bilmiyorlar.”⁷ ayetidir.

2-“Mutlak emir, vücubu gerektirir”. Bu kaidenin kaynağı ise İbn Abbas’ın aşağıdaki hadisidir: “Berîre'nin kocası Mugîs denilen bir köle idi. Zavallı Mugîs ağlayarak ve gözyaşları sakalının üzerinde akarak Berîre'nin arkasında döner dolaşır. Bir kere Peygamber (sav) babam Abbâs'a:

--"Yâ Abbâs Mugîs'in Berîre'ye olan aşırı sevgisine, Berîre'nin de Mugîs'e olan nefretine hayret etmez misin?" buyurdu.

5 Ali Ahmed en-Nedevi, *el-Kavaidü'l-Fıkhıyye*, Dımeşk, h. 1425-m. 2004, s. 39; Ahmed b. Muhammed Zerka, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıhiyye*, Dımeşk, h. 1422- m. 2001, s. 33; Muhammed er-Ruki, *Kavaidü'l-Fıkhî'l-İslamî*, Dımeşk, h. 1419-m. 1998, s. 106; Abdulkerim Zeydan, *el-Veciz fi Şerhi'l-Kavaidi'l-Fıkhıyye fi Ş-Şeriatî'l-İslamiye*, Beyrut, h. 1424-m. 2003, s. 7; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, İstanbul 1330, s. 27

6 es-Senusi Ahmed, s. 424 vd; Mehmed Seyyid, *Medhal-i Usul-ü Fıkıh*, İstanbul 1333, s. 88 vd.

7 Nahl 101.

Sonra da Peygamber (sav) ile Berîre arasında şu konuşma geçti:

— Mugîs'e dönsen olmaz mı?

— Yâ Rasûlallah! Ona dönmemi mi emrediyorsun?

— Hayır, ben (emretmiyorum) ancak şefaata ediyorum.

— Öyleyse benim o adama ihtiyâcım yoktur!”⁸

3- “Emrin hemen yerine getirilmesi gerekir”. Bu kaidenin kaynağı da aşağıdaki ayettir: “Allah'ın göklerdeki ve yerdeki mülkiyet ve tasarrufuna, Allah'ın yaratmış olduğu herhangi bir şeye ve ecellerinin gerçekten yaklaşmış olması ihtimaline hiç bakmadılar mı? Artık bu Kur'ân'dan sonra başka hangi söze inanacaklar.”⁹

b- Sahabenin Görüşleri:

Sahabenin hukukî konularda vermiş olduğu pek çok fetva olduğuna göre, onların bu fetvaları verirken başvurdukları bir kısım kaidelerin bulunmaması düşünülemez. Sahabenin kullanmış olduğu kaidelerden birisi şudur:

“ Ahad haber ile mütevatir sünnetin neshi caizdir”. Bu kaidenin kaynağı Abdullah b. Ömer'in kiblenin Kâbe'ye çevrilmesi ile ilgili hadisidir.

“İnsanlar Kubâ'da sabah namazında buldukları sırada onlara bir kimse gelip: Şübhesiz Rasûlullah'a Kur'ân indirilmiş ve O'na Ka'be'ye yönelmesi emrolunmuştur. Binâenaleyh sizler de Ka'be cihetine yöneliniz, dedi. Cemâatin yüzleri Şâm tarafında iken bu emir üzerine (namaz içinde) Ka'be tarafına döndüler.”¹⁰

Sahabeye kiblenin Kâbe'ye çevrildiği haberi, haber-i vahidle ulaşmıştı. Bu da ahad haber ile mütevatir sünnetin neshinin caiz olduğuna delildir.¹¹

8 Buhari, Kitabü't-Talak, Şefaatu'n-Nebi (sav) fi Zevci Berire Babı 15.

9 A'raf 185.

10 Buhari, Kitabu's-Salah, Ma Cae fi'l-Kible Babı 53.

11 es-Senusi Ahmed, s. 434.

c- İcma:

İcma, pek çok fıkıh usulü kaidesinin kaynağı kabul edilmektedir. İcmanın en yüksek dereceli olanı ise sahabe-i kiramın icmasıdır.¹²

d- Kıyas:

Fıkıh usulü kaidelerinin diğer bir kaynağı da kıyastır. Kıyas, ortak illet sebebiyle fer'in asla eklenmesi olarak tanımlanır. Kaynağı kıyas olan kaidelerden birisi şudur:

“Emirden sonraki nehiy haramlığa delalet etmez”. Bazı usulcüler mahzurdan sonraki emrin vücuba delalet etmemesine kıyas ile emirden sonraki nehyin de haramlığa delalet etmeyeceğine kâni olmuşlardır.¹³

e- Arapça:

Arap dili de fıkıh usulü kaidelerinin kaynaklarından birisidir. Usulcüler, fıkıh usulünün Arapça'dan kaynaklandığı konusunda görüş birliği içindedirler. Onlara göre usul kaideleri, Arapça'nın sarf, nahiv ve belagat bölümlerinden istinbat edilmiştir.¹⁴

f- Kelam:

Bazı fakihler kabul etmemekle birlikte, kelam ilmi de fıkıh usulünün bir kaynağıdır. Bu biraz da ilk usul âlimlerinin önemli bir kısmının aynı zamanda kalamcı olmaları sebebiyledir. Kaynağı kelam olan usul kurallarından bazıları şunlardır:

“Kitap ve sünnet gibi icmalî delillerin varlığı şer'an hüccettir.”

“Hâkim, bir olan ve ortağı bulunmayan Allah'tır, akıl değil.”

“Güzellik ve çirkinlik aklîdir ve bunlara bir kısım meseleler bina edilir.”¹⁵

¹² es-Senusi Ahmed, s. 434.

¹³ es-Senusi Ahmed, s. 434.

¹⁴ es-Senusi Ahmed, s. 434.

¹⁵ es-Senusi Ahmed, s. 438.

g- Fıkıh:

Usul kaidelerinin bir kaynağı da fıkıh ilmidir. Özellikle Hanefi fakihler, fıkıh usulü kaidelerini fıkıh kitaplarından çıkarmışlardır.¹⁶

h- Aklın Telazumu:

Bir kısım kaideler, aklın zaruri olarak gerekli görmesi sonucu ortaya çıkmışlardır. Hukukçular muhakeme ve yorum kabiliyetlerini kullanarak da bazı usul kaidelerini keşfetmişlerdir.

ı- Mantık:

Fıkıh usulüne etki eden ilimlerden birisi de mantıktır. Cüz'î, küllî, müfred, mürekkep, delalet, kaziye, kıyas, tümevarım gibi konular fıkıh usulü ve mantık ilminin ortak kavramlarıdır. Ancak mantık ilminin fıkıh usulüne uymayan tarafları da bulunabilmektedir.¹⁷

3. Fıkıh Usulü Kaidelerinin Tarihçesi

Fıkıh usulü kaideleri Hz. Peygamber aleyhisselatü vesselam ve sahabe döneminden itibaren bilinmekte ve uygulanmaktaydı. Ashab-ı kiram gerek şer'î delillere vâkıf olmaları dolayısıyla gerekse Arapça'yı iyi bilmeleri sebebiyle usul kaidelerini kolaylıkla anlayabiliyorlardı. Sözelimi "Birbirine aykırı olan iki nasstan sonraki tarihi taşıyan öncekini nesheder" kaidesi Abdullah b. Mes'ud tarafından bilinmekteydi ve bu kaideye dayanarak kocası ölen hamile kadınların çocuklarını doğurmalarıyla iddetlerinin sona ereceğine fetva verilmekteydi.¹⁸ Çünkü "Sizden vefat eden erkeklerin eşlerinin evlenebilmeleri için dört ay on gün iddet beklemeleri gerekir"¹⁹ ayetinden sonra

¹⁶ es-Senusi Ahmed, s. 439.

¹⁷ es-Senusi Ahmed, s. 441.

¹⁸ Eş-Şentuf, s. 30.

¹⁹ 2 Bakara 234.

“Hamile olan kadınların iddeti çocuklarını doğurdukları zaman biter”²⁰ ayeti nazil olmuştu.²¹

Ancak diğer milletlerden İslamiyeti kabul edenlerin çoğalması ve onlarla birlikte Arap diline yabancı kelimelerin girmeye başlaması ile, fıkıh usulü kaidelerinin anlaşılmasındaki kolaylık kaybolmaya başladı. İnsanların bu konuda zorluklarla karşılaşmaya başlamaları, söz konusu kaidelerin tespit edilerek yazıya geçirilmesi mecburiyetini doğurdu.²² Fıkıh usulünün tedvini böyle bir zaruret sebebiyle başlamıştır.

Bu kaideleri ilk olarak tespit eden İmam Şafii, Abdurrahman b. Mehdi'nin talebi üzerine er-Risale isimli eserini yazmıştır. Fıkıh usulü ile ilgili bilinen ilk eser olan er-Risale'de Şafii, fakihler tarafından hüküm çıkarılırken göz önünde bulundurulması gereken metod ve kaideleri bir disiplin haline getirmiştir. Onun fıkıh usulündeki mesaisi, Aristo'nun mantığı tedvin etmesine benzetilmektedir. Çünkü nasıl Aristo'dan önce mantık var idiyse, İmam Şafii'den önce de fıkıh usulü kaideleri dağınık şekilde de olsa mevcut idi. İmam Şafii bunları tenkit, tahlil ve terkip süzgecinden geçirmiş, kendi görüşlerini de katarak bir ilim halinde tedvin etme kudretini göstermiştir.²³

Hanefi âlimler fıkıh usulü kaidelerini, fûru-u fıkıh eserlerinden yorum yoluyla çıkarmışlardır. Hanefilere göre kurucu mezhep imamları içtihat faaliyetlerini gerçekleştirirken kafalarında mevcut fıkıh usulü kaidelerine dayanmışlardır. Böylece fıkıh usulü kaideleri ve ıstılahları ortaya çıkarılmıştır. Serahsî'nin Kitabü'l-Usul ve Cessas'ın Kitabü'l-Fusul'ü söz konusu metodla yazılmış fıkıh usulü eserleridir.²⁴ Hanefi mezhebinin kurucu imamlarının fıkıh usulü ile ilgili bir eser yazmamış olmaları, daha sonra gelen âlimlerin böyle bir metod takip etmelerini mecbur kılmıştır. Ancak tespit

²⁰ 65 Talak 4.

²¹ Sünen-i İbni Mace, Kitabü't-Talak, Kocası Ölen Kadın Doğum Yapınca Erkeklerle Evlenmesi Helal Olur Babı, 2030.

²² İbni Haldun, Mukaddime, çev. Zakir Kadiri Ugan, İstanbul 1989, c. 2, s. 597; Eş-Şeşrî, s. 12; eş-Şentuf, s. 29.

²³ Abdulkadir Şener-İbrahim Çalışkan, *Er-Risale tercümesi önsözü*, Ankara 2007.

²⁴ Eş-Şeşrî, s. 16.

edilen bu kurallar, fer'i meseleleri açıklayıcı mahiyette kalmış, furuâta tam olarak hâkim olamamıştır.²⁵

Çoğunluğunu Şafiilerin teşkil ettiği âlimlere göre ise, furu-u fıkıh, usul kaidelerinin bir sonucu ve meyvesidir. Bu sebeple fıkıh usulü kaidelerinin, furuu fıkıh eserlerinden çıkarılması gerekmez. Bu metod Hanefî fukahasının usulünden farklıdır ve kendine has ıstılahları da bulunmaktadır. İmam Cüveynî'nin el-Burhan'ı, İmam Gazali'nin Mustasfa'sı ve Ebu'l-Hüseyin el-Basrî'nin Kitabü'l-Mu'temed'i bu usule göre yazılmış eserlerdir.²⁶ Şafiilerin kaideden hareketle fer'i meseleleri hükme bağlamaları, mezheplerinin kurucusu İmam Şafii'nin fıkıh usulü kurallarını er-Risale isimli eserinde tespit etmesi sebebiyledir. Şafiilerin usulü hüküm çıkarma metodu mahiyetindedir ve furuâta hâkimdir.²⁷

Daha sonraları bu iki usulü birleştirerek karma bir metotla yazılan fıkıh usulü eserleri de yazılmıştır. İbnü'l-Hümmam'ın et-Tahrir'i, Şevkanî'nin İrşadü'l-Fühul ila Tahkiki'l-Hakki min İlmi'l-Usul'ü bunlardandır.²⁸

Mukayeseli hukuk yani ilm-i hilaf kitaplarında da fıkıh usulü kaideleri, mezhep içi ve mezhepler arası karşılaştırmalar yapılarak incelenmektedir. İlm-i hilaf ya da hilafiyât da denilen mukayeseli hukuk ilmi, Tesisü'n-Nazar'ın müellifi, Hanefî hukukçu Ubeydullah b. Ömer b. İsa Ebu Zeyd olan Debusî tarafından kurulmuştur. Debusî, başta Serahsî (483/1090) olmak üzere, pek çok Hanefî usulcüye tesir etmiştir. Takvimü'l-Edille, Hanefî Mezhebi'nde yazılan ilk ve en ayrıntılı usul kitabıdır.²⁹ Debusî, Tesisü'n-Nazar'da Hanefî mezhebindeki ve diğer mezheplerdeki görüş ayrılıklarının

²⁵ Ebu Zehra, s. 26.

²⁶ Eş-Şeşrî, s. 16.

²⁷ Ebu Zehra, s. 26; Şentuf, s. 33.

²⁸ Şentuf, s. 35.

²⁹ Ferhat Koca, *Mukayeseli İslam Hukuk Düşüncesinin Temellendirilmesi* (Debusî'nin Tesisü'n-Nazar'ının tercümesi), Ankara 2002, s. 50-54; Nedevî, s. 137; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiye ve İstılahâtı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1985, c. 1, s. 349.

dayandığı esasları, “asıl” ismini verdiği kaideler tespit ederek ve bu kaideleri hukuki meselelere uygulayarak incelemektedir.³⁰

4. Fıkıh Usûlü Kaidelerinin Özellikleri

Fıkıh usulü kaidelerinin özelliklerini maddeler halinde aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

a-Usul kaideleri küllîdir. Yani bu kaideler, kapsama alanlarındaki bütün cüz’î meselelere uygulanır ve bunlardan hiçbirisi onun hükmü dışında kalmaz. Mesela, “Emir, vücup ifade eder” denildiğinde, her bir emir bu hükmün kapsamına girmektedir.³¹

b- Usul kaideleri, fer’î meselelerde öncül (mukaddem) delil olurlar. Yani mantıktaki kıyasta mukaddime-i kübra fıkıh usulü kaidesi olarak gelir, mukaddime-i suğra ise usul kaidesinin konusu olan cüz’î mesele olan tafsilî delil olarak gelir. Böylece fıkıh usulü kaidesi vasıtasıyla, tafsili delilden şer’î hüküm çıkarılmış olmaktadır. Mesela,

“Nehiy, haram ifade eder” (mukaddime-i kübra)

“Ey iman edenler, faiz yemeyin...”³² (Mukaddime-i suğra)

“Faiz yemeyin, emri haram ifade edemektedir” (Netice)

c- Usul kaidesi, ancak belirli bir delil vasıtasıyla mükelleflerin amelleri için, şer’î bir hüküm ifade eder. Yani, cüz’î meselelerde, usul kaideleri, kitap, sünnet, kıyas gibi fıkıhın kaynaklarından birisinden alınmış belirli bir delil olmalıdır. Böylece bu deliller usul kaideleri vasıtasıyla şer’î bir hüküm ifade eder. Sonra bu belirli hâs delilin hükmü, mükellefin fiillerine uygulanır. Böylece usul kaideleri, tafsilî deliller üzerine uygulanan külli önermeler olmaktadır. Mesela, “emir vücup ifade eder, nehiy haram ifade eder” kaideleri, “namazı dosdoğru kılın, zinaya yaklaşmayın” gibi tafsilî deliller hakkında geçerli olmaktadır.³³

³⁰ Zerka, s. 39; Abdullah b. Ömer ed-Debusi, *Tesisü'n-Nazar*, Kahire bty, s. 5; Ruki, s. 137-138.

³¹ Es-Senusî Ahmed, s. 421 vd.

³² Ali İmran 130.

³³ Es-Senusî Ahmed, s. 422.

d- Usul kaidelerinin konusu çoğunlukla aşağıdakilerden birisidir:

- Usul kaideleri icmalî delillerden bir delildir. Mesela, “sünnet şer’i bir hüccettir” sözü, külli önermenin konusu olarak icmalî bir delildir.

- İcmalî delillerin türlerinden bir türdür. Mesela, “Umumü’l-belvada haber-i vahid bir hüccettir” kaidesi böyledir. Çünkü sünnetin türlerinden birisi olan haber-i vahid icmalî bir delildir.

- Usul kaidesi, zafî a’razlardan bir delil olarak arzedilir. Mesela, “hâs, âmmdan önce gelir” kaidesinde haslar ve âmmlar, lâfzî-icmalî bir delil için arzedilmiştir.

- Usul kaidesi, şer’i hükümlerden bir hükümdür. Vacip ve mekruh ile ilgili kaidelerde olduğu gibi.³⁴

5. Fıkıh Usulü Kaidelerinin Önemi ve Faydaları

Fıkıh usulü kaidelerinin bilinmesi hukukçuya aşağıdaki faydaları sağlamış olmaktadır:

a. İlk olarak bu kaidelerin bilinmesi ile Kur’an ve sünnetin doğru bir şekilde anlaşılması sağlanmış olur.³⁵

b. Fıkıh usulü kaideleri, kişinin çelişkiye düşmesine ve aykırı sonuçlara ulaşmasına engel olur. İlk bakışta bir kısım naslar arasında çelişki ve aykırılık olduğunu zannedilir. Ne zaman ki fıkıh usulü kaideleri kullanılarak bu naslar değerlendirilir, çelişki ve aykırılık zannedilen durumlar hemen ortadan kalkar.³⁶

c. Bu kurallar ile alimlerin sözleri ve kullandıkları ıstılahların anlamı doğru bir şekilde anlaşılır. Fıkıhla meşgul olan bir kimse kitaplarda mütevatir, âhad, meşhur, kaziye gibi çeşitli ıstılahlarla karşılaşır ve bunların anlamını fıkıh usulü kurallarıyla çözer.³⁷

34 Es-Senusi Ahmed, s. 424.

35 “Bu ilmin vaz’ ettiği esasları, tayin ettiği kaideleri bilmeyen bir âlim, tefsir ve hadis gibi sair ulum-u islamiyeye ne mertebe vakıf olur ise olsun, yine hakaik-i şer’iyenin mezayasını bihakkin idrak edemez.” Mehmed Seyyid, s. 3; Eş-Şeşrî, s. 13 vd.

36 Eş-Şeşrî, s. 13 vd.

37 Mehmed Seyyid, s. 3; Eş-Şeşrî, s. 13 vd.

d. Yine insanların sözleri, iddiaları, vakıfları ve vasiyetleri fıkıh usulü kurallarıyla anlaşılır. Kişilerin vakfiyelerinde ve vasiyetlerinde kullandıkları sözleri, yaşadıkları bölgenin örf-adetlerine göre yorumlanır. Bölgedeki örf-adet ile sonuca ulaşamıyorsa fıkıh usulü kaideleri kullanılarak vâkıfın sözleri yorumlanır. Çünkü “şart-ı vâkıf, nass-ı şâri’ gibidir” ve şâri’in nassları fıkıh usulü kuralları vasıtasıyla anlaşıldığı gibi vâkıfın şartları da aynı kurallar ile anlaşılır.³⁸

e. Zamanın değişmesi ile ortaya çıkan yeni meselelerin hükmünün bilinmesi de fıkıh usulü kurallarıyla mümkün olur. Yeni ortaya çıkmış meselelerin hükmü, Kur’an ve sünnetin ilgili hükümlerinin yeni meseleye tatbiki ile belirlenebilir. Kur’an ve sünnetin ilgili hükümlerinin yeni meseleye tatbik edilebilmesi için de fıkıh usulü kaidelerinin bilinmesi gerekmektedir.³⁹

f. Fıkıhta içtihad derecesinde ulaşmak için fıkıh usulü ilminin bilinmesi şarttır. Aksi halde o kimse müçtehid hukukçu kabul edilmez.⁴⁰

g. Alimlerin farklı içtihatlarını anlayabilmek için de fıkıh usulü kurallarını bilmek gerekmektedir. Çünkü bu içtihatlar rastgele ve düzensiz şekilde yapılmış olmayıp, her bir içtihadın dayandığı esaslar ve kaideler bulunmaktadır. Mesela, bir kısım fakihler mefhum-u muhalif yoluyla hüküm vermeyi bir delil olarak kabul etmezlerken, bazıları bunu bir delil olarak kabul etmektedirler. Dolayısıyla fakihlerin içtihatlarında bundan dolayı farklılıklar ortaya çıkmaktadır.⁴¹

h. Hangi meselelerin içtihadta açık ve hangilerinin kesin olduğu da fıkıh usulü kurallarıyla bilinir.⁴²

ı. Bir alimin müçtehid mi yoksa ehl-i taklit mi olduğu da fıkıh usulü kaideleri ile tespit edilir.⁴³

38 Eş-Şeşri, s. 13 vd.

39 Eş-Şeşri, s. 13 vd.

40 Meymed Seyyid, s. 3; Eş-Şeşri, s. 13 vd.

41 Mehmed Seyyid, s. 4; Eş-Şeşri, s. 13 vd.

42 Eş-Şeşri, s. 13 vd.

43 Eş-Şeşri, s. 13 vd.

i. Fıkıh usulü kaideleri, sadece hukukçuların değil diğer kimselerin de zihinlerini açar, akıl pınarlarını coşturur, onları taklitçilikten kurtarır.

6. Küllî Kaideler ve Usul-ü Fıkıh Kaideleri Arasındaki Farklar

Küllî kaideler ile usul-ü fıkıh kaidelerinin farklılığını ilk ortaya koyan Karafî'dir. Karafî fikhî, fûru ve usul olarak ayırdıktan sonra usulü de fıkıh usulü ve fıkıh kaideleri olarak iki kısımda incelemektedir. Fıkıh usulü daha ziyade Arapça kelimelerin anlamlarından hareketle ortaya koyulan bir kısım kurallardır. Küllî kaideler ise sayıları çok fazla olan, hukukun sınırlarını ve hikmetlerini gösteren kurallardır. Küllî kaidelerin hiçbirisi fıkıh usulünde zikredilmez.⁴⁴

Fıkıh usulü kaideleri konuşma ve yazı dilindeki dilbilgisi kurallarına benzer. Bu kurallar kullanılarak doğru konuşma ve yazma sağlandığı gibi fıkıh usulü kaideleri kullanılarak da delillerden doğru ve sağlam hüküm çıkarılır.⁴⁵ Dilbilgisi kulları edebiyatçının kullandığı araçlar olduğu gibi fıkıh usulü kaideleri de hukukçunun doğru hüküm çıkarmada kullandığı vasıtalar-
dır.

Küllî kaideler ile fıkıh usulü kaideleri arasındaki farkları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

a. Fıkıh usulü deliller ile hükümler arasında vasıta olan kurallardır. Fıkıh usulü kaideleri ile ayrıntılı delillerden hükümler çıkarılır. Bu sebeple fıkıh usulü kaidelerinin konusu her zaman deliller ve hükümlerdir.⁴⁶ Küllî kaideler ise küllî ya da genel önermelerdir. Bu önermelerin öncülleri hukuki meselelerdir ve önermelerin konusu ise mükellefin fiilleridir.⁴⁷

b. Usul kaideleri küllîdir ve ilgili olduğu konuların tamamında düzenli olarak uygulanır. Küllî kaideler ise ismi küllî olmakla birlikte küllî değildir, bir kısım istisnaları bulunur. Mesela, "Bir işten maksat ne ise hüküm ona

44 Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris el-Karafî, *El-Furuk, Beyrut*, h. 1418- m. 1998, c. 1, s. 5-6; Ali Ahmed en-Nedevî, *el-Kavaidü'l-Fikhiyye*, Dımeşk, h. 1425-m. 2004, s. 67.

45 Ebu Zehra, s. 16; Nedevî, s. 68.

46 "Usul-ü fikhın mevzuu edille ile ahkâmıdır." İbnü'l-Emin Seydişehrî Mahmud Esad, *Telhis-i Usul-ü Fıkıh*, İstanbul 1313, s. 24.

47 Nedevî, s. 68.

göredir”⁴⁸ kaidesi, murisini öldüren varis hakkında uygulanmaz. Burada “Vaktinden önce bir şeyi elde etmekte acele eden, ondan mahrum kalır” kaidesi uygulanır ve varis öldürdüğü murisinin mirasından mahrum bırakılır.⁴⁹

c. Usulü kaideleri, şer’i naslardan hüküm çıkarmada vasıtaadır. Mesela, “Mutlak emir vücup ifade eder”, “Mutlak nehiy tahrim ifade eder” gibi usul kaideleri, hüküm çıkarmada kullanılan kurallardır, herhangi bir fikhî hüküm ifade etmezler. Küllî kaideler ise hükümlerin arasındaki benzerliklerden ve ortak illetlerden hareketle tespit edilen kurallardır. Böylece hukuki konuların öğrenilmesi kolaylaşmış olur. Mesela “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir”⁵⁰, “Zarar izale olunur”⁵¹, “Meşakkat teysiri celbeder”⁵², “Adet muhakkemdir”⁵³, “Şek ile yakın zail olmaz”⁵⁴ gibi küllî kaidelerin altında pek çok cüz’î hükümler yer alır.⁵⁵

d. Küllî kaideler, çeşitli hukuki meseleleri bir araya getiren, aralarındaki ortak notları tespit eden ve manalarını açıklayan, sonradan ortaya çıkarılmış kurallardır. Usul kaideleri ise fer’î meselelerden önce varlığı gerekli olan kurallardır. Hukukçu bu kuralları kullanarak hükümlere ulaşır.⁵⁶

e. Usul kaidelerin kaynakları, fıkıh, kelam ve Arap dilidir. Küllî kaidelerin kaynakları ise Kur’an, sünnet ve içtihadıdır.⁵⁷

48 MAA, m. 2.

49 Nedevi, s. 69; Azzam, s. 20; Ruki, s. 118.

50 MAA, m. 2.

51 MAA, m. 20.

52 MAA, m. 17.

53 MAA, m. 36.

54 MAA, m. 4.

55 Azzam, s. 16; Nedevi, s. 69; Rukî, s. 118.

56 Rukî, s. 120; Nedevi, s. 69.

57 Azzam, s. 17-18.

f. Usul kaideleri, küllî kaidelerden önce gelir. Çünkü “usul esasa mukaddemdir”, yani cüz’i meseleleri bilmek, usul kurallarını bilmeye bağlıdır.⁵⁸

g. Usul kaideleri ile küllî kaideler arasında teşekkül tarihi itibariyle de farklılık vardır. Usul-ü fıkıh kaideleri fıkıhın tedvininden önce bilinen ve uygulanmakta olan kurallardır. Bu kuralları ilk defa İmam Şafii er-Risale isimli eserinde bir araya getirmiştir. Küllî kaideler ise ancak mezheplerin teşekkülünden ve fıkıhın tedvin edilmesinden sonra toparlanabilmiştir. Bu kurallar daha önceleri fıkıh kitaplarından dağınık şekilde bulunmaktaydı.⁵⁹

Fıkıh usulü kaideleri ile küllî kaideler arasında bir kısım benzerlikler ve ortak yönler de bulunmaktadır:

a. Hem fıkıh usulü kaidelerinin hem de küllî kaidelerin altında cüz’î meseleler yer almaktadır.

b. Bir kısım kaideler, hem fıkıh usulü hem de küllî kaideler arasında yer alabilmektedir. Mesela, sedd-i zerayi⁶⁰ ve örf-adet ile ilgili kaideler böyledir. Sözgelimi “harama götüren mübah da haramdır” kaidesi, sedd-i zerayi’i ifade eden bir küllî kaidedir. Benzer şekilde örf-adet ile ilgili kaideler de hem usul-ü fıkıh hem de küllî kaide olarak yorumlanabilmektedir.⁶¹

Sonuç

Fıkıh usulü kaideleri, bir hukukçunun kesinlikle bilmesi gereken, vazgeçilmez kurallardır. İster müçtehid derecesinde olsun isterse mukallit ya da daha alt derecede, bütün hukukçular bu kaideleri kullanarak hukukî faaliyet-

58 Azzam, s. 18.

59 Baktır, s. 15.

60 Sedd-i zerayi, kötüye giden yolların kapatılması anlamına gelmektedir. Zerayi, “vesile” anlamına gelen zeria kelimesinin çoğuludur. Terim olarak zerayi, haram veya helale vesile olan şeylerdir. Harama vesile olan şey haram, mübaha vesile olan şey mübah, vacip için vesile olan şey vaciptir. Zina haramdır, zinaya vesile olduğu için kadının mahrem yerine bakmak da haramdır. Cuma namazına gitmek farzdır, bu namazı kılmak için alış verişini bırakmak da farzdır. Hacca gitmek farzdır, gücü yeten kimse için bu uğurda gayret sarfetmek de farzdır. Ebu Zehra, İslam Hukuku Metodolojisi, s. 247; Ekrem Buğra Ekinçi, *İslam Hukuku*, İstanbul 2006, s. 133.

61 Nedevi, s. 70–71.

lerini gerçekleştirirler. Bir dil için gramer kuralları ne kadar önem taşıyorsa, fıkıh için de usul kuralları aynı derecede önemlidir.

Yukarıdaki meselelerden de anlaşılacağı üzere hukuku kaideleri esas alarak inceleme metodu daha ziyade Şafii mezhebindeki âlimler tarafından kullanılmıştır. Dolayısıyla kaide merkezli olması Şafii fıkının genel bir karakterini teşkil etmektedir. Buna karşılık Hanefi mezhebinde kaideden fer'î meselelere ulaşma yerine, fer'î meselelerden hareketle usul kaidelerini keşfetme metodu tercih edilmiştir. Ancak Hanefi hukukçular içerisinde de kaidelere çok fazla önem verenler bulunmaktadır. Eşbah ve'n-Nezair kitaplarını yazan âlimler ve özellikle İbn Nüceym bunların başında gelmektedir. Yine Tesisü'n-Nazar müellifi Debusî de kaideleri tespit ederek mezhep imamlarının görüş ayrılıklarını ortaya koymuş ve bu gayretleri ile mukayeseli hukuk ilmini kurmuştur. Dolayısıyla kaideler, Şafii mezhebindeki kadar önemli olmasa da Hanefi mezhebinde de ihmal edilmemiş ve mezhep içerisinde kendisine belirli bir yer tutabilmiştir.

Fıkıhta kaidelerin külli kaideler ve usul kaideleri şeklinde ikiye ayrıldığı genel olarak kabul edilmektedir. Yukarıda ilgili başlık altında da anlatıldığı üzere bu iki tür kaide arasında çok önemli farklılıklar bulunduğundan dolayı bunları aynı telakki etmek ve bu şekilde kullanmak doğru bir yol değildir. Makalemizde de usul kaideleri, külli kaidelerden ayrı olarak incelenmiş ve hukuk tarihi açısından usul kaidelerin takip ettiği süreç ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ SINIRLARI İÇERİSİNDE İLÇE KURULMASI HAKKINDA KANUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Bülent KENT**

1. Giriş

Ülkemizde yerel yönetimlerle ilgili örgütsel, yönetsel ve kaynak kullanımına ilişkin önemli sorunlar bulunduğu ve bunlara çözüm aranması gerektiği uzun süredir herkes tarafından sürekli dile getirilmiştir. Bu sorunların ortadan kaldırılması amacıyla yerel yönetimlere ilişkin kanunlarda köklü değişikliklere gidilmiştir. Bunlar, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu¹, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu² ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'dur³. Kanun koyucu, inceleyeceğimiz konu ile bağlantılı olarak; bu düzenlemelerde, yerel yönetimlerin kuruluş kriterlerini ağırlaştırmış ve bu nitelikleri taşımayan yerleşim alanlarının kamu yararı amacı dışında, farklı kaygılarla belediye veya büyükşehir belediyesi statüsü verilmesini önlemek istemiştir. Diğer taraftan, katılma ve birleşme usullerini önceki düzenlemelere nazaran kolaylaştırarak bir birine çok yakın yerleşim birimlerinin aynı çatı altında toplanmasına, hizmette ve yönetimde etkinlik ve verimliliği arttırmaya çalışmıştır⁴. Ancak, yerel yönetimlere ilişkin temel yasalar değiştirilmiş olmasına rağmen bazı sorunların devam ettiği hatta yeni sorunların eklendiği görülmektedir. Nitekim 5393 sayılı Belediye Kanunu ile belediye kurulmasında aranan nüfus ve mesafe ölçeklerinin 5000 olarak belirlenmesi karşısında önceden kurulmuş olmakla birlikte, bu kriterleri sağlamayan belediyelerin durumunun ne olacağı sorusu gündeme gelmiştir.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 10.07.2004 tarih ve 5216 sayılı Kanun, RG.:23.07.2004-25531.

2 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı Kanun, RG.: 04.03.2005-25745.

3 03.07.2005 tarih ve 5393 sayılı Kanun, RG.: 13.07.2005-25874.

4 Sezer, Yasin/Torlak, S. Evinç, Belediye ve Büyükşehir Belediyesi Kuruluş Kriterleri, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, sayı 3-4, s. 529.

Günümüze kadar siyasi kaygıların da etkisiyle, nüfusu 2000'nin altına düşen bir çok belediye, tüzel kişiliğini sürdürmüş, kaynak israfı, aşırı borçlanma gibi bir çok sorun katlanarak artmış ve bu belediyeler yönetilemez duruma gelmişlerdir⁵. İşte bu sorunların ortadan kaldırılması için son olarak da 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir⁶. Bizim burada inceleyeceğimiz bu Kanun⁷ göre, nüfusu 2000'in altına düştüğü gerekçesiyle 862 belde belediyesi yapılacak ilk yerel seçimlerden geçerli olmak üzere tüzel kişiliklerine son verilerek köye dönüştürülecektir. Kanunla ayrıca büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan 283 ilk kademe belediyesi de kapatılacaktır. İlk kademe belediyelerinin Kanunda belirtilen ilçelerin mahallelerine dönüştürülmesi veya katılmaları öngörülmektedir. Kanunla kapatılan belediye sayısı bin 145'i bulurken, Türkiye'deki belediye sayısı da 3 bin 225'den 2 bin 80'e düşmektedir. Ancak kurulan 43 yeni ilçenin eklenmesiyle bu sayı 2 bin 123 olacaktır.

Tüzel kişiliği kaldırılan bu ilk kademe belediyelerinin personeli, taşınır ve taşınmazları, hak, alacak ve borçları katıldığı ilçe belediyesine devredilmektedir. Belediye tüzel kişiliği kaldırılarak köye dönüşen yerlerde ise, hizmette devamlılığın sağlanması için söz konusu belediyelere genel bütçe vergi gelirlerinden verilmekte olan payların 10 yıl süre ile il özel idarelerine aktarılması öngörülmektedir.

Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir. Buna göre mahalli idareler, "mahalli müşterek ihtiyaçlar"ın karşılanması amacıyla kurulmaktadır. Bizde çalışmamıza mahalli idareleri yakından ilgilendiren "mahalli müşterek ihtiyaçlar" ve "yerel özerklik" gibi kavramları kısaca açıklayarak başlayacağız.

5 Sezer/Torlak, s. 520.

6 06/03/2008 tarih ve 5747 sayılı Kanun, RG.: 22.03.2008-26824.

7 Çalışmamızda bu kanunu "Belediyeler Kanunu" olarak adlandıracamız.

2. Yerel Yönetimler ve Mahalli Müşterek İhtiyaçlar

Yerel yönetimler, idarenin bütünlüğü içinde mahalli müşterek ihtiyaçları yerine getiren, idari özerkliğe sahip kamu tüzel kişileridir. Dolayısıyla bu idarelerin, ancak mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması için görevlendirilebilecekleri kabul edilmektedir⁸. Ancak yerel yönetimlerin yeni gelişmelerle ortaya çıkan ve mahalli müşterek nitelikte olan ihtiyaçların yerine getirilmesi konusunda sınırlanmamaları da gerekmektedir⁹. Bu yerel özerkliğin önemli unsurlarından birisi olarak kabul edilmelidir.

Türk Anayasa Mahkemesi tarafından, “mahalli müşterek ihtiyaçlar”, “...aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir” olarak tanımlanmaktadır¹⁰.

Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre ise, “mahalli müşterek ihtiyaçlar”, bir yerel bölgede doğan ya da o bölge ile özel bir bağlantısı olan ve insanların o bölgede beraber yaşamaları ile ortaya çıkan ihtiyaçlar ve menfaatlerdir. Bu ihtiyaç ve menfaatlerin yerine getirilmesi belediyelerin idari gücüne bağlı değil, bilakis belediye idaresinin gücü yerel ihtiyaç ve menfaatlerin yerine getirilmesine bağlı olmalıdır¹¹. Buradaki ihtiyaç ve menfaat kavramları hem belediyelerin alanlarına göre hem de nüfus sayısına göre farklılık gösterebilmektedir. Bir belediye için önemli olan belli hizmetler bir başka belediye için önemli olmayabilmektedir¹². Bu nedenle bütün belediyeler için “geçerli olan belirlenmiş görevler listesi ya da kataloğu” bulunmamaktadır. Belediyeler ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan

8 Günday, Metin, “Kamu Yönetimi Reformunun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”, 2005 yılı Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan bildiri, s. 26.

9 Kent, Bülent, “Almanya’da Yerel Özerklik” Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s. 426.

10 Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 gün ve E.1987/18, K.1988/23 sayılı kararı, RG.: 26.11.1988-20001.

11 BVerfGE 79, 127 (152).

12 Kent, “Almanya’da Yerel Özerklik”, s. 426.

yerel ihtiyaçları karşılamak için kendilerine yeni görevler üstlenebilmektedir¹³.

Yüksek Mahkemelerin benzer tanımlarına göre, müşterek ihtiyaçlar kavramı iki fonksiyonu yerine getirmektedir. Birincisi, yerel yönetimlerin yetki alanları, genel yönetimlerin yetki alanlarından müşterek ihtiyaçlar kavramı ile ayrılmaktadır. Yani müşterek ihtiyaçları yerel yönetimler karşılamak hakkına sahiptir. Genel yönetim ya da merkezi yönetim, bu alana müdahalede bulunamadığı gibi yerel yönetim de bu alanın dışına çıkamamaktadır. Dolayısıyla bu kavram genel yönetim ile yerel yönetimler arasındaki görev ve yetki bölüşümünde önemli bir yere sahiptir. Müşterek ihtiyaçlar kavramının ikinci fonksiyonu ise, bireylerin kamu yönetimine doğrudan katılması ile bu alanda gerçekleşmektedir¹⁴. Gerçekten de değişik kamu kurum, kuruluş ve idarelerinden oluşan idari teşkilatda bireylere hem en yakın olan hem de bireylerin en kolay ve doğrudan etkileyebildiği idareler belediyelerdir. Belediyelerinde sorumluluk alanları müşterek ihtiyaçlarla sınırlı olduğu için bireylerin yerel yönetimleri doğrudan etkileyebilme hakları da bu alan, yani müşterek ihtiyaçlar ile sınırlanmaktadır¹⁵.

Bu noktada tartışılması gereken sorun, hangi toplumsal ihtiyacın “mahalli” nitelikte hangisinin ise “ulusal” nitelikte olduğunun belirlenmesi; diğer yandan ise buna kimin karar vereceğidir.

Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında mahalli müşterek ihtiyacı belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesine, yasama yetkisinin devri niteliğinden olduğu gerekçesiyle karşı çıkmaktadır¹⁶. Yüksek Mahkeme adı geçen kararda, “Bu gereksinimleri yerel planda karşılama olanak ve önceliklerini takdir yetkisinin o yörede yaşayan halkın yasalara dayalı olarak oluşturdukları organlara bırakılması, hem özerklik ilkesine, hem de demokratik yaşam biçimine daha uygun olur” diyerek bu konudaki yetkinin yerel yöne-

¹³ Vogelsang, Klaus/Lübking, Uwe/Ulbrich, Ina-Maria, Kommunale Selbstverwaltung, Berlin 2005, Rn. 63.

¹⁴ Kent, Bülent, Die Finanzhoheit der Gemeinden im deutsch-türkischen Vergleich, Berlin 2005, s. 66.

¹⁵ Kent, Die Finanzhoheit, s. 66.

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 gün ve E.1987/18, K.1988/23 sayılı kararı, RG.: 26.11.1988-20001.

timlere ait olması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Ancak Ulusoy hangi ihtiyacın mahalli nitelikte olduğu konusunda en azından genel hatlarıyla belirleme yapma yetkisinin yasama organına ait olması gerektiğini savunmaktadır¹⁷.

Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, ortak (toplumsal) ihtiyaçlardan hangisinin “yerel” hangisinin “ulusal” nitelikte olduğuna “mevzuata uygun görevlerin yerine getirilmesi taleplerinin etkisi altında, objektif kriterler aracılığıyla karar verilmelidir”. (... anhand von Sachkriterien unter Orientierung an den Anforderungen, die an eine ordnungsgemasse Aufgabenerfüllung zu stellen sind) demektedir¹⁸. Buna göre örneğin yerel halkın elektrik ihtiyacının karşılanması belediyelerin geleneksel görevleri arasında yer almaktadır. Ancak elektriğin hem üretilmesi hem de iletilmesi belediyelerin yalnız başlarına yerine getirebilecekleri hizmet olmadığı için bu ihtiyacın “yerel” değil “ulusal” nitelikte bir ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir¹⁹.

Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre mahalli müşterek ihtiyacın belirlenmesi konusunda yasama organına yetki verilmelidir²⁰. Ancak yasama organı bu yetkisini kullanırken bütün belediyeler için geçerli olacak müşterek ihtiyaç kavramı oluşturmamalıdır. Yasa koyucu belli büyüklükteki belediyeler için yerel olan ihtiyaçların, diğer bazı belediyeler içinse ulusal olması gerektiğini göz önünde tutmalıdır. Bu nedenle yasama organı müşterek ihtiyaçları belirlerken ancak ihtiyaçların çeşitlerini, belediyelerin büyüklüklerine göre belirleyebilmelidir²¹. Buna doktrinde belediyelerin görevlerinin yasama organı tarafından “standartlaştırma yetkisi” (Typisierungsbefugnis) denilmektedir²². Bu da göstermektedir ki, “mahalli müşterek ihtiyaç”lar kavramı

17 Ulusoy, Ali, “Yerel Yönetimlere İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, 2005 yılı Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan bildiri, s. 3.

18 BVerfGE 79, 127 (153).

19 Gern, Alfons, Deutsches Kommunalrecht, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Rn. 60.

20 BVerfGE 79, 127 (153).

21 BVerfGE 79, 127 (156).

22 BVerfGE 79, 127 (153).

sadece coğrafi, teknik ve nicelikle ilgili kavram değil bunun yanında sosyolojik ve politik özellikleri de olan bir kavramdır²³.

3. Yerel Özerklik

“Özerklik”, örgütlere ve kurumlara özgü bir yapı ve yönetim şekli olarak algılanmaktadır²⁴. İdari teşkilatta özerkliğin çoğalması ademi merkezîyetçiliğin çoğalması olacaktır. Bunun gibi özerkliğin azalması merkezileşmenin çoğalmasını sağlar. Yerel özerklik ise, gerçekte birer "muhtariyet" durumundan başka bir şey olmayıp siyasal iktidarın çok-merkezli olmasını sağlaması nedeniyle özgürlüğü koruyucu bir hizmet görmektedir. Özerklik, kurumsal bir yapı ve yönetim tekniğini biçimleyen idari ve yasal bir çerçeve olduğundan, yine de yapılan yasalar çerçevesinde işlev görmeyi gerektirir²⁵.

Keleş'e göre, yerel yönetimlerin karar organlarının seçimle işbaşına gelmiş olmaları ve kendi işlerini kendi organları eliyle dışarıdan hiçbir karışma olmaksızın görmeleri ve tüzel kişilik sahibi bulunmaları, bu kuruluşlara demokratik ve özerk kuruluş niteliği kazandırmaktadır²⁶. Gözler'e göre, özerkliğin gerekleri şunlardır: Bir kere, mahalli idarelerin, kendi görev alanlarına giren kararları kendilerinin alabilmesi gerekir. Yani mahalli idarelerin “karar alma özerkliği” olmalıdır. İkinci olarak, mahalli idarelerin kendileri tarafından seçilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle mahalli idarelerin “personel özerkliği”ne sahip olması gerekir. Nihayet, mahalli idarelerin kendilerine ait yeterli mali kaynaklara, yani “mali özerkliğe” sahip olması gerekir. Tüm bunların sağlanabilmesi için ise hukuken mahalli idarelere öncelikle kamu tüzel kişiliğinin tanınması gerekir²⁷. Türk Anayasa Mahkemesi de bir kararında, Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında söz edilen “yerinden yönetim ilkesi”nin aslında özerklik kurumunun anayasal bir temele oturtul-

23 Kent, Die Finanzhohet, s. 66.

24 Canikoğlu, Meltem Dikmen, Özerklik: Anayasal Temelleri ve Demokrasilerde Anlamı, Kamu Hukuku Arşivi, 1, 2000, s. 42.

25 Canikoğlu, s. 42; Kent, Die Finanzhohet, s. 110.

26 Keleş, Ruşen, Yerinden Yönetim ve Siyaset, İstanbul 2000, s. 49; Ayrıca Tortop, Nuri/Aykaç, Burhan/ Yayman, Hüseyin/ Özer, M.Akif, Mahalli İdareler, Ankara 2006, s. 53.

27 Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt 1, Bursa, 2003, s. 288.

ması anlamına geleceğini söyleyerek; yerel yönetimlerin özerk kuruluş niteliğine sahip olabilmeleri için; tüzel kişiliğe sahip olmaları gerektiğini, görevli organlarının seçimle oluşması gerektiğini ve bu organlara karar verme yetkisinin tanınması gerektiğini belirtmiştir²⁸.

“Özerklik” kavramı literatürde biraz farklı formüle edilse de sonuç olarak bu kavram ile; bir taraftan merkezden yönetimin ve kırtasiyeciliğin sınıncaları giderilmek istenirken, diğer taraftan da bu kurumların karar alma ve aldıkları kararları yeterli mali kaynaklarla, özgürce uygulama haklarının olduğu anlaşılmaktadır. Böylece karar alacak makamlar, hiçbir baskı olmaksızın karar organlarını oluşturabilirler. Çünkü karar alma özgürlüğünün gerçekleşmesi, karar organlarının serbest oluşumuna bağlıdır²⁹. Ayrıca tüzel kişiliklerinin de olması gerekmektedir, çünkü mahalli idarelere kamu tüzel kişiliği tanınmadan, bunların bir irade açıklaması, bir karar alması, kendilerine has bir personele ve mal varlığına sahip olması hukuken mümkün olmamaktadır³⁰.

“Özerklik” kavramı Alman İdari Teşkilatı’nın ayrılmaz bir parçası kabul edilmesine rağmen Türkiye’de olduğu gibi ne anayasa da ne de bu konu ile ilgili düzenlemelerde tanımlanmıştır. Doktrinde kabul edilen tanıma göre “Federal Devlet ya da federe devlet hiyerarşisine dâhil olmayan kamu tüzel kişilerinin kendilerine bırakılan kamu hizmetlerini kendi sorumlulukları altında ve hiç bir kurumdan emir ve direktif almadan serbestçe yerine getirmeleridir”³¹. Bugün Almanya’da devlet idari teşkilatı içinde özerkliğin birçok çeşidi uygulanmaktadır. Örneğin baroların özerkliği, Radyo Televizyon Kurumu’nun özerkliği, ticaret ve sanayi odalarının özerkliği, Alman Merkez Bankası’nın özerliği yerel yönetimlerin özerkliği gibi. Bu nedenle tek bir özerklik kavramından bahsedilememektedir. Fakat bu özerk kurumların ortak özelliği devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliklerinin olması ve bu sayede kendilerine bırakılan hizmetleri kendi sorumlulukları altında yerine

28 Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 gün ve E.1987/18, K.1988/23 sayılı kararı, RG.: 26.11.1988-20001.

29 Kent, Die Finanzhoheit, s. 108.

30 Gözler, s. 288.

31 Wolff J. Hans/Bachof Otto/Stober Rolf (1987), Verwaltungsrecht II, München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung Rn. 34.

getirebilmeleridir. Ancak bu kurumlar Federal Devletin hukuki denetimi (Rechtmassigkeitskontrolle) altında yer almaktadırlar³².

Almanya'da hem doktrindeki hâkim görüşe göre, hem de Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, Federal Anayasa'nın 28. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen belediyelerin özerkliği üç alanı kapsamaktadır³³:

1) *Belediyelerin kurumsal garantisi, (Institutionelle Rechtssubjektsgarantie)*

2) *Belediyelerin kendi bölgeleri içerisinde bütün kamu hizmetlerini kendi sorumlulukları altında yerine getirmelerine yönelik garanti (Eigenverantwortlichkeit),*

3) *Belediyelerin kurumsal güvencelerine ya da belediyelerin kendi bölgeleri ile ilgili hizmetlerin kendi sorumlulukları altında çözülmesi garantisine bir müdahale olduğunda hukuki korunma (Objektive Rechtsinstitutionsgarantie).*

Türkiye'deki özerklik kavramından farklı olarak Almanya'daki özerklik kavramı kurumsal garanti ve hukuki korunma garantisini sağlamaktadır. Yerel yönetimlerin kurumsal garantisi, belediyelerin de, federal devlet ve eyaletler gibi sürekli varolmasını güvence altına alıyor. Yani belediyeler devlet teşkilatında, tamamıyla ortadan kaldırılamazlar ya da bugünkü sahip oldukları hukuki statüleri değiştirilemez³⁴. Bununla beraber kurumsal garan-

³² Stern, Staatsrecht, Bd. I, s. 398.

³³ BVerfGE 1, 167 (173), Gönnerwein, Otto, Gemeinderecht, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1963 s. 28; Pagenkopf, Hans, Kommunalrecht, Band I, Verfassungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1975, s. 57; Scheuner, Ulrich, Grundbegriffe der Selbstverwaltung, in: Püttner, Günter, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band I, Berlin, Heidelberg, New York: Springer Verlag 1981, s.18; Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1984, s. 398.

³⁴ Nasyonal Sosyalist rejimde, devlet tekçi bir yapıya dönüştürülerek yönetim merkezleşmiş ve yerel yönetimler de normal birer devlet memurluğu statüsünü almıştır. Bu garanti ile yerel yönetimlerin hukuki statülerinin hükümetler tarafından bir daha değiştirilmesi engellenmek istenmektedir. Kent, Die Finanzhoheit, s. 53.

ti ile belediyeler tek tek değil kurum olarak korunuyor³⁵. Yani eyaletler herhangi bir belediyenin hukuki statüsünü ortadan kaldıracırlar. Ancak eyaletler, bu yetkilerini kullanırken hem kamu yararının bunu zorunlu kılmasına hem de önceden, belediyelerin bu konuda görüşlerinin alınmasına özen göstermelidirler³⁶. Belediyelere tanınan bu iki güvenceye doktrinde “sınırlı kurumsal garanti” (Beschränkte individuelle Rechtssubjektsgarantie) denilmektedir³⁷.

Hukuksal korunma ile Federal devlet ya da eyaletler, belediyelerin özerklik haklarına bir müdahalede bulunurlarsa belediyeler hem bu müdahalenin kaldırılmasını ve hem de bir zarara uğramışlarsa, bu zararın giderilmesini isteyebilmektedirler. Ayrıca belediyeler bağlı oldukları eyaletlere karşı dava açarak, gerekli mali desteğin sağlanmasını ya da kendileri ile ilgili konularda kendi görüşlerinin alınmasını da isteyebilmektedirler³⁸.

4. 5747 sayılı Belediyeler Kanununun Anayasal Dayanağı

Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında, Anayasanın 127. maddesinin 2. fıkrasına göre, mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenebileceğini belirterek, yasa koyucu mahalli idarelerin kuruluş esaslarını, maddi ve usule ilişkin çerçeveyi belirlemek koşuluyla, ölçek sorununu dikkate alarak, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla, bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabilir, belediyeyi köye, köyü belediyeye dönüştürebilir görüşlerini açıklamıştır³⁹. Böylece Yüksek Mahkeme, yasa koyucunun, etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla, şekli şartların yerine

35 Löwer, Wolfgang, Art. 28 GG in: von Münch, Ingo/Kunig, Philip, Grundgesetz-Kommentar, Band II, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, Rn. 42; Schmidt-Aßmann, Eberhard, Kommunalrecht, Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag 2003, Rn. 78.

36 Schmidt-Aßmann, Rn. 11.

37 Schmidt-Aßmann, Rn. 11.

38 Erichsen, Hans-Uwe, Kommunalrecht des Landes Nordrhein- Westfalen, Siegburg, 1997. s. 377.

39 Anayasa Mahkemesinin 24.01.2007 gün ve E.2005/95, K.2007/5sayılı kararı, RG.:29.12.2007-26741.

getirilmesi durumlarında, belediye ve köylerin tüzel kişiliklerinde değişiklik yapabileceğini kabul etmektedir.

Yasal düzenlemeye gerek olmadan da yerel yönetimlerin tüzel kişiliklerinde değişiklik yapılabilmektedir. Nitekim Günday'a göre, mevcut bir belediyenin kaldırılması, ya bitişiğindeki bir belediye ile Belediye Kanununda belirtilen usuller izlenerek birleştirilmesi veya nüfusunun 2000'den aşağı düşmesi halinde söz konusu olabilir. Belde nüfusunun 2000'den aşağı olması halinde, yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca işlem yapılması gerekir. Ancak bir belediyenin Belediye Kanunu'nda belirtilen nitelik ve niceliği taşıdığı sürece bu statüsünden çıkarılması mümkün değildir⁴⁰.

Almanya'da eski eyaletlerde de 1970 yıllarda "Kommunale Gebietsreform" (Yerel Bölge Reformu) adı altında sosyal devletin gereklerini karşılayacak büyüklükte belediye ve ilçelerin oluşturulması amacıyla yerel yönetimler reformu yapılmıştır⁴¹. Belediyelerle ilgili reformların dayanak noktasını genel olarak, Federal Anayasa'nın 28. maddenin 2. fıkrası ile aynı şekilde eyalet anayasalarında düzenlenen "yerel özerklik" kavramı oluşturmaktadır⁴². Federal Anayasa Mahkemesine göre, yerel özerklik, aşağıdan yukarıya doğru yerel yönetimlerinde içinde yer aldığı idari örgütlenmeyi sağlamaktadır. Bu idareler, özerklik haklarına ancak yasal sınırlar içinde sahiptirler: Bundan dolayı yasa koyucu, küçük belediyeleri, ilçe ve köyleri birleştirerek yerel yönetimlerin daha etkin ve verimli hizmet yapabilmelerini sağlamak için gerekli düzenlemeleri yapabilmelidir⁴³. Küçük ve gelişmesini tamamlamamış yerel yönetimlerin birleştirilmesi ile bir yandan bunların sayıları azaltacak, diğer yandan da hem nüfusları artacak hem de alanları

⁴⁰ Günday, Metin, İdare Hukuku, 6. Baskı., Ankara 2002, s. 421.

⁴¹ Albert von Mutius, Sind weitere rechtliche Massnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten?, München 1980, s. 60.

⁴² Bernhard Stür/ Beate Landgraf, Gebietsreform in den neuen Bundesländern – Bilanz und Ausblick, in: Christiane Büchner/Jochen Franzke, Kommunale Selbstverwaltung, Potsdam 1999, s. 237; Eberhard Laux, Erfahrungen und Perspektiven der kommunalen Gebiets- und Funktionalreformen, in: Hellmut Wollmann/Roland Roth, Kommunalpolitik, Bonn 1998, s. 169.

⁴³ BVerfG, NVwZ 1989, 347 (348).

genişleyecektir. Böylece de bu idarelerin yönetsel, siyasal ve akçalı açıdan güçlenmelerinin önü açılmış olacaktır⁴⁴.

Mutius'a göre, belediyelerin birleştirilerek belli büyüklüğe getirilmesi ile küçük belediyelerin, yerine getirmesi gereken fakat değişik imkânsızlıklar nedeniyle yerine getiremedikleri yerel hizmetlerin merkezileşmesi sağlanmaktadır. Birleşerek yeni ortaya çıkan bu belediyeler, merkezileşen yerel hizmetlere daha çok konsantre olacaklar ve böylece yerel halka daha etkin hizmet sunacaklardır. Bu da sonuç olarak yerel özerkliğinde güçlenmesini sağlamaktadır⁴⁵. Nordrhein-Westfalischen eyaleti de, belediye reformu yasasının gerekçesinde "halkın yerel ihtiyaçlarını en iyi şekilde garanti edecek belediyeler oluşturularak politik, ekonomik ve sosyal ilişkilerin en derinden olumlu yönde etkilenmesi sağlanmalıdır" görüşüne yer vermiştir⁴⁶. Bununla beraber, belediye reformlarının amacının kamu yararı olduğu ve başka bir amaç güdülemeyeceği eyalet yasalarında düzenlenmiştir⁴⁷.

5. 5747 sayılı Belediyeler Kanununun Amacı

5747 sayılı Belediye Kanununun 1. maddesi ile, ilk kuruluşlarında ilçe kurulmayan büyükşehir belediyelerinde ilçeler kurulmakta ve diğer büyükşehirlerden bazılarındaki mevcut ilçeler bölünerek daha uygun ölçekte yeni ilçeler kurulmaktadır. Büyükşehirlerde kurulan yeni ilçeler sayesinde, merkezi idarenin hizmet sunumunda uygun idari büyüklüklerin esas alınması amaçlanmıştır. Bu bağlamda yerel hizmetlerin yanı sıra güvenlik, eğitim, tapu, sosyal yardım ve diğer hizmet alanları itibarıyla uygun ölçekte merkezi idare hizmet birimleri oluşturulmuştur.

Adı geçen Kanun'un 2. maddesi ile büyükşehir sınırları dâhilindeki ilk kademe belediyelerinin tüzel kişilikleri kaldırılarak, idari kapasiteleri uygun

44 Mutius, s. 60.

45 Mutius, s. 61.

46 Gesetz zur Neugliederung der Gemeinden und Kreise des Neugliederungsraums Aachen, LT-Drs. 7/830, s. 10.

47 Nordrhein-Westfalen eyaleti Belediye Kanununun 15. maddesi, belediye alanları taktir edilirken hem belediye sakinlerinin mahalli bağılıklarının sağlanması gerektiğini hem de belediyelerin yerel ihtiyaçları karşılayacak güçte olmalarının garanti edilmesi gerektiğini açıkça vurgulamıştır.

olan en yakın ilçe belediyelerine dahil edilmektedir. Kural olarak büyükşehir belediyesi sınırlarında ilk kademe belediyesi yer almamaktadır. Tüzel kişiliğinin coğrafi şartlar bakımından korunması gereken ilk kademe belediyeleri ise belde belediyesi olarak büyükşehir belediyesi sınırları dışına çıkarılmıştır.

Yine Kanun'un 3. maddesi ile, diğer mevzuatın bu Kanuna uyumu sağlanmış, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunundaki düzenlemeler birbiriyle uyumlu hale getirilmiştir. Ayrıca, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 4. maddesinde değişiklik yapılması suretiyle büyükşehir belediye başkanının seçiminde büyükşehir belediyesi sınırları içinde bulunan orman köylerindeki seçmenlerin de oy kullanmasına imkân verilmiştir. Madde ile ayrıca, tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerin bulunduğu yerleşim birimlerinde, hizmetlerin aksamadan yürütülmesi amacıyla, ilgili belediye veya büyükşehir belediyesi ve köye dönüşen yerlerde il özel idaresi veya köylere hizmet götürme birlikleri tarafından içme suyu, kanalizasyon, temizlik, çöp toplama, ulaşım, itfaiye ve diğer hizmetlerin yürütülmesi için gerektiğinde hizmet birimleri kurulabilmesi temin edilmiştir. Madde ile yapılan bir diğer düzenleme de, genel bütçe vergi gelirlerinden belediye ve il özel idarelerine ayrılan payların dağıtımında kullanılacak esasın, belediye ve il nüfuslarının her yılsonu itibarıyla tespitinin yasal esasa bağlanmış olmasıdır.

Almanya'da yapılan belediye reformlarının en genel amacı ise, küçük belediyelerin tüzel kişiliklerinin ortadan kaldırılması oluşturmaktadır. Nitekim kısa süre içerisinde eski eyaletlerde belediye sayısı 24000'den 8000'e düşürülmüştür⁴⁸. Böyle bir reformun yapılmasına gerekli gözüyle bakılmasına rağmen özellikle yerleşimin az olduğu küçük belediyelerde reform çalışmaları tartışmalı hale gelmiştir. Özellikle Nordrhen Westfalen eyaleti uzman kadrosuyla etkin ve verimli hizmet yapabilen belediye kurabilmek için 10.000 nüfusa sahip olabilme gibi katı kurallar uygulamıştır⁴⁹. Bu nedenle de bazı eyaletlerde küçük belediyeler birleştirilerek, tek büyük bir belediye idaresi haline getirilmiştir. Yeni kurulan belediye idaresi de, belediye yönetimi kaldırılan yöre sakinlerine çok uzak olduğu için bu kişilerin hem yeni

48 Thieme, Werner, Einführung in die Verwaltungslehre, München 1995, s. 81.

49 Thieme, s. 82.

kurulan belediye idaresine gitmeleri hem de onlardan değişik hizmet almaları zorlaşmıştır. Bu da uzak mesafeden dolayı hizmet yapamayan belediyelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁵⁰. Yeni eyaletlerde ise reform süreci halen devam etmektedir. Bu eyaletler reformlarda daha ihtiyatlı davranmaktadırlar. Özellikle küçük belediyelerin birleşmesi konusunda karar vermeleri kendilerine bırakılabilmektedir. Birleşme ile yine de belli büyüklüğe ulaşmamış yerlerde zorla birleştirme yoluna gitmektense buralarda değişik isimlerle anılan küçük belediyeler kurulmuştur. Örneğin Samtgemeinde, Amt, Verbandsgemeinde, ya da Verwaltungsgemeinschaft gibi. Bu küçük belediyeler, daha çok devlet tarafından kendilerine devredilen zorunlu görevlerle belli yerel hizmetleri yerine getirmektedirler. Küçük belediyeler, yerel özerkliğin ve subsidiarite" yani "hizmette halka yakınlık" ilkelerinin uygulanabilmesi için muhafaza edilmek istenmektedir⁵¹.

6. Bazı Belediyelerin Tüzel Kişiliğinin Kaldırılmasının Gerekliliği

5393 sayılı Belediye Kanununun 11. maddesine göre, tüzel kişiliğin sona erdirilmesinde iki ölçüt kullanılmaktadır. Birinci ölçüte göre meskûn sahası, bağlı olduğu il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000 ve üzerinde olan bir belediyenin sınırına, 5.000 metreden daha yakın duruma gelen belediye ve köylerin tüzel kişiliği; genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda ortadan kaldırılır. İkinci ölçüte göre ise, nüfusu 2.000'in altına düşen belediyeler, belediye tüzel kişiliği kaldırılarak köye dönüştürülür.

Türkiye'de belediye kurulması ve kaldırılması konusunda en başından beri genellikle nüfus ölçütü esas alınmıştır⁵². Ancak nüfus kriterinin kötüye kullanılarak siyasi nedenlerle belediyelerin kurulduğu bir gerçektir. Nitekim Nadaroğlu "birçok köyde nüfus sayımının yapılacağı gün civar köylerden bir günlük geçici nüfus tedarik edilerek nüfusun 2.000'i aşması sağlanmaktadır... Oylarını arttırabilmek için gelişigüzel il, ilçe, büyükşehir belediyesi ve belediye kuran siyasal iktidarların bu tutum ve davranışları belediye sayısı-

50 Thieme, s. 81.

51 Thieme, s. 82.

52 Danıştay 1. Dairesi, köy halkının istekli olması koşulunun gerçekleşmemesi durumunda belediye kurulması talebinin reddi gerektiği görüşündedir. E.1992/390, Danıştay Dergisi, Sayı: 87, s. 30.

nın çok kısa aralıklarla değişmesine sebep olmaktadır⁵³” görüşünü savunmuştur. Aynı şekilde Keleş de, ”Politikacılar, her zaman yeni belediyelerin kurulmasına karşı hoşgörülü ve özendirici olmuş, ters yöndeki önerilere ise duyarsız kalmışlardır. Bunun bir sonucu olarak, çok sayıda güçsüz belediye türemiştir⁵⁴” görüşüyle nüfus kriterinin kötüye kullanıldığını açıkça ifade etmiştir. Ayrıca Yıldırım da köy idaresinin yetersizliğinin ülkemizde çok sayıda belediye kurulması sonucunu doğurduğunu belirterek “Birçok küçük yerleşim merkezi İller Bankası’ndan alınacak hisse ve fonlardan yararlanmak üzere belediye haline gelmeye uğraşmaktadır. Nüfus sayımları sırasında köylerine giden insanlar, köylerinin belediye olmasına katkıda bulunmaktadır. Daha sonraki sayımlarda aynı örgütlenmenin yapılamaması, nüfusu iki binden az belediyeler sorununu ortaya çıkarmaktadır”⁵⁵ görüşünü savunmaktadır.

Danıştay Genel Kurulu da 1954 yılında almış olduğu bir kararında, nüfusu 2000’in altına düştüğü saptanan yerlerde, belediye tüzel kişiliğinin köy tüzel kişiliğine dönüşmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁶. Yine Danıştay, 1580 sayılı Belediyeler Kanununun yürürlükte olduğu 1977 yılında aldığı bir kararında, nüfusu 2000’in altına düşen belediyelerde tüzel kişiliğin nasıl kaldırılması gerektiği konusunda yol göstermiştir. Buna göre İçişleri Bakanlığı bu konuda bir öneride bulunacak, Danıştay karar verecek sonrasında da üçlü kararname hazırlanarak tüzel kişiliğin kaldırılması gerçekleşmiş olacaktır⁵⁷. Danıştay’ın bu şekilde yol göstermesinin nedeni, 1580 sayılı Belediye Kanunda bu konuyla ilgili bir düzenlemenin olamamasıdır.

Yüksek Seçim Kurulu da son nüfus sayımına göre nüfusu 2000’in altına düşen beldelerde, belediye seçimlerinin yapılamayacağını, ancak Köy Yasası hükümlerine göre Muhtar ve ihtiyar kurulu üyeleri seçiminin yapılabileceğini söylemiştir⁵⁸.

53 Nadaroğlu, Halil, Mahalli İdareler, İstanbul 2001, s. 211.

54 Keleş, s. 202.

55 Yıldırım, Turhan, Türkiye’nin İdari Teşkilatı, İstanbul 2002, s. 161.

56 Keleş, s. 203.

57 Danıştay 3. Daire kararı, E. 1977/1116, K. 1977/977.

58 Yüksek Seçim Kurulunun 05.09.1977 gün ve İ. 1753 sayılı kararı.

Türkiye’de 5747 sayılı Kanundan öncede, 1980 askeri müdahalesinin sürdüğü yıllarda bazı belediyelerin tüzel kişiliklerine son verilmiştir. Askerî yönetim, 1727 olan belediye sayısını 1587’e indirmiştir. 1984–1991 sonrası ise, yeniden yükselen rakam 1998’de 2900’e yaklaşmıştır⁵⁹.

7. Bazı Belediyelerin Tüzel Kişiliğinin Kaldırılmasında Göz Önünde Bulundurulmuş Ölçütler

Doktrinde, belediyelerin tüzel kişilikleri ile ilgili yapılan değişikliklerde sadece nüfus kriterinin uygulanması eleştirilmektedir. Nitekim Yıldırım’a göre; “... belediye örgütünün sağladığı ekonomik, sosyal katkılar göz önünde bulundurulduğunda nüfus sayısının iki binin altına düşmesi tek başına belediyenin kaldırılması için gerekçe olmamalıdır”⁶⁰. Gerçekten de bazı turizm bölgesi içinde yer alan belediyelerin kışları nüfusu çok azalmakla birlikte yaz geldiğinde nüfusları bir anda yüz binleri bulmaktadır. Bu belediyelerin nüfus kriterleri yanında hizmet etkinliği, kültürel gelişmişlik, sosyal alt yapı, fiziki yerleşim durumları ve ekonomik gelişmişlik düzeylerinin de göz önüne alınması daha rasyonel bir davranış olurdu⁶¹.

Almanya’da yapılan belediye reformunda belediyelerin tüzel kişiliği kaldırılırken nüfus ve diğer bir belediyeye yakınlığı kriterleri yanında tarihi, sosyal ve ekonomik kriterler de göz önünde tutulmuştur. Bu konuda ilgili kişilere değişik raporlar hazırlanarak bu raporların kamuoyunda yeterince tartışılıp iyi analiz edilmesi sağlanmıştır. Daha sonra da uygun görülen bazı belediyelerle ilgili değişiklikler yapılmıştır⁶². Bu raporlara göre, nüfusu olması gereken nüfusun altında olup da, gerekli gelire ve personele sahip olan belediyeler tüzel kişiliklerini korumuştur⁶³. Ancak yine de belirtmeliyiz ki genellikle Almanya’da da belediye reformlarında ağırlıklı olarak belediyele-

59 Keleş, s. 202.

60 Yıldırım, s. 161.

61 Sezer/Torlak, s. 525.

62 Stüer/Landgraf, s. 237.

63 Laux, s. 170.

rin nüfusu ve büyüklükleri önemli kriter olarak değişikliklerde belirleyici olmuştur⁶⁴.

Bayern, Baden-Württemberg ve Hessen eyaletlerinde yasal düzenleme ile değişiklik yapılmadan önce küçük belediyelerin kendi takdir ve tercihlerine göre birleşmeleri sağlanmak istenmiş, ancak beklenen sonuç alınmayınca birleşmeler yasal düzenlemeler ile gerçekleşmiştir⁶⁵. Bununla beraber birleşmelere ilişkin düzenlemelerin Anayasa Mahkemesine götürülmesi ile bazı belediyelerin birleşmeleri iptal edilmiştir⁶⁶. Üstte de belirttiğimiz gibi Almanya'da belediyeler kendileri ile ilgili düzenlemeleri özerkliklerine aykırı görürlerse ilgili hukuki düzenlemenin iptali için tek başlarına Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedirler.

7. Sonuç

Türk Kamu Yönetiminde özellikle küçük belediyeler göz önüne alındığında, belediyeler konusunda ciddi bir ölçek sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun, küçük belediyelerde kaynakların etkin ve yerinde kullanılmasını engellemektedir. Dolayısıyla mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması amacıyla kurulan belediyeler, gelirlerinin önemli bir bölümünü personel harcamalarına tahsis etmekte, en temel belediye hizmetlerine bile kaynak ayıramamaktadırlar⁶⁷. 5747 sayılı Belediyeler Kanunu, bir taraftan bu sorunları çözerek, Türkiye'de belediyeçilik sisteminin sağlıklı bir yapıya, etkin ve verimli bir işleyişe kavuşması amacını taşırken, diğer taraftan, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi ve demokrasinin tabana yayılması tezleriyle çelişmektedir. Ayrıca, yerel demokrasinin ve katılımcılığın artırılması ilkelerine ve yine "subsidiarite" yani "hizmette halka yakınlık" ilkesine de ters düşmektedir.

Burada yapılan düzenlemenin Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na aykırı olup olmadığı da düşünülebilir. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartın 5. maddesi yerel yönetimlerin sınırlarında değişiklik yapılırken

⁶⁴ Stüer/Landgraf, s. 244.

⁶⁵ Mutius, s. 61.

⁶⁶ Stüer/Landgraf, s. 244.

⁶⁷ Sezer/Torlak, s. 517.

ilgili yerel topluluklara önceden danışılması için halkoylaması düzenlenmesi yönünde Taraf Devletlere bir zorunluluk getirmemiş, ancak, “mevzuatın elverdiği durumlarda” ve “mümkünse” bir referandum yoluyla ilgili topluluklara önceden danışılmasını öngörmüştür.

Son olarak, söz konusu bu belediyelerin kapatılması bize göre öncelikle ciddi bir kaynak tasarrufu sağlayacaktır. Belediye gelirleri içerisinde önemli bir yekûn tutan genel bütçeden verilen pay göz önüne alındığında pastanın daha az belediye tarafından paylaşılacağı görülmektedir. Belediyelerin yaşadığı en büyük sorunlardan biri olan kaynak meselesini küçük ölçekli belediyeler çok daha fazla yaşamaktadırlar. Bu nedenle belediyelerin kapatılması dolayısıyla yerel yönetimlerin kaynak sorunu da yeniden ele alınmalı ve bu konuda da yeni düzenlemeler yapılmalıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Canikoğlu, Meltem Dikmen, Özerklik: Anayasal Temelleri ve Demokrasi-lerde Anlamı, Kamu Hukuku Arşivi, 1, 2000.

Eberhard, Laux, Erfahrungen und Perspektiven der kommunalen Gebiets- und Funktionalreformen, in: Hellmut Wollmann/Roland Roth, Kommunalpolitik, Bonn 1998.

Erichsen, Hans-Uwe, Kommunalrecht des Landes Nordrhein- Westfalen, Siegburg,1997.

Gern, Alfons, Deutsches Kommunalrecht, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003.

Gönnenwein, Otto, Gemeinderecht, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1963.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt I, Bursa 2003.

Günday, Metin, “Kamu Yönetimi Reformunun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”, 2005 yılı Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan bildiri.

Günday, Metin, İdare Hukuku, 6. b.s., Ankara 2002.

Keleş, Ruşen, Yerinden Yönetim ve Siyaset, İstanbul 2000.

Kent, Bülent, Almanya’da Yerel Özerklik, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008.

Kent, Bülent, Die Finanzhoheit der Gemeinden im deutsch-türkischen Vergleich, Berlin 2005.

Löwer, Wolfgang, Art. 28 GG in: von Münch, Ingo/Kunig, Philip, Grundgesetz-Kommentar, Band II, München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1995.

Mutius Albert von, Sind weitere rechtliche Massnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs-und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten?, München 1980.

Nadaroğlu, Halil, Mahalli İdareler, İstanbul 2001.

Pagenkopf, Hans, Kommunalrecht, Band I, Verfassungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1975.

Scheuner, Ulrich, Grundbegriffe der Selbstverwaltung, in: Püttner, Günter, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band I, Berlin, Heidelberg, New York: Springer Verlag 1981.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Kommunalrecht, Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag 2003.

Sezer, Yasin/**Torlak**, S. Evinç, Belediye ve Büyükşehir Belediyesi Kuruluş Kriterleri, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı 3–4.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1984.

Stür, Bernhard / **Landgraf**, Beate, Gebietsreform in den neuen Bundesländern–Bilanz und Ausblick, in: Christiane Büchner/Jochen Franzke, Kommunale Selbstverwaltung, Potsdam 1999.

Thieme, Werner, Einführung in die Verwaltungslehre, München 1995.

Tortop, Nuri, **Aykaç** Burhan, **Yayman** Hüseyin, **Özer**, M.Akif, Mahalli İdareler, Ankara 2006.

Ulusoy, Ali, “Yerel Yönetimlere İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, 2005 Yılı Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda Sunulan Bildiri.

Yıldırım, Turhan, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, İstanbul 2002.

Vogelsang, Klaus/**Lübking**, Uwe/**Ulbrich**, Ina-Maria, Kommunale Selbstverwaltung, Berlin 2005.

Wolff J. Hans/Bachof **Otto**/Stober **Rolf** Verwaltungsrecht II, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (1987).

YABANCI YATIRIMCILARIN DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE TAŞINMAZ EDİNMELELERİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI SORUNU ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Yrd. Doç. Dr. Hikmet TÜLEN**

GİRİŞ

4875 sayılı *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu*, 17 Haziran 2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Toplam yedi maddeden oluşan bu Yasa'nın 3. maddesinin (d) ve (e) bentleri ile (f) bendinin ikinci cümlesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla (E.2003/71 sayılı) iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu davaya ilişkin incelemesini 11.3.2008 tarihinde sonuçlandırmış; dava konusu (d) bendinin iptaline, diğer kurallara yönelik iptal istemlerinin ise reddine karar vermiştir. Mahkemenin 11.3.2008 günlü, E.2003/71, K.2008/79 sayılı bu kararı 16 Nisan 2008 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

4875 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin iptal edilen (d) bendi, yabancı yatırımcıların Türkiye'de taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinmelerinin serbest olduğuna ilişkin bir düzenlemeyi içermekteydi. Söz konusu Yasanın 3. maddesinin halen yürürlükte olan (e) bendi, yabancı yatırımcıların Türkiye'deki yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda milli veya milletlerarası tahkime başvurulabileceğine, (f) bendinin ikinci cümlesi ise, yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin Türkiye'de yatırım aracı olarak kullanılması halinde bu menkul kıymetlerin değerinin hangi yöntemle tespit edileceğine ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

Çalışmamızın başlığından da anlaşılacağı üzere, bu çalışmada münhasıran, yabancı yatırımcıların 4875 sayılı Yasa çerçevesinde taşınmaz edinmelerinin

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (Anayasa Mahkemesi Raportörü)

anayasaya aykırılığı tartışmaları üzerinde durulacaktır. Bu nedenle, yabancı gerçek veya tüzel kişilerin Tapu Kanunu ve ilgili diğer yasalar çerçevesinde Türkiye’de taşınmaz edinmeleri konusu bu incelemenin kapsamına dahil edilmemiştir. Keza, yukarıda sözü edilen iptal kararından sonra yasama organınca kabul edilen 3.7.2008 günlü, 5782 sayılı Yasa’nın 2. maddesiyle yeniden düzenlenen Tapu Kanunu’nun 36. maddesinde yer alan ve yabancı yatırımcıların hangi şartlar çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı haklar edinebileceklerine ilişkin düzenlemenin incelenmesi de bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Çalışmanın odaklandığı konuya geçmeden önce, doğrudan yabancı yatırım kavramı ve bununla ilişkili diğer kimi kavramların irdelenmesi, doğrudan yabancı yatırım olgusunun niteliği ve etkileri hakkında öğretilerde yapılan değerlendirmelerin özet olarak sunulması uygun olacaktır. Keza, Türkiye’de kurulan yabancı sermayeli şirketlerin uyrukluğu sorununun da özetle ele alınması ve bunu takiben doğrudan yabancı yatırımlar alanında 4875 sayılı Yasayla benimsenen sistemin ana hatlarının vurgulanması isabetli olacaktır. Ayrıca yatırım serbestisi ve yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimi bağlamında karşılaştırmalı hukuktaki durumun gözden geçirilmesi de yararlı olacaktır.

I- Konuyla İlgili Başlıca Kavramlar ve Genel Açıklamalar

A- Doğrudan Yabancı Yatırım Kavramı

Uzun süreli uluslararası özel sermaye akımları, “doğrudan yabancı yatırımlar” ve “portföy yatırımları” olmak üzere iki ana grupta ele alınmaktadır.

Portföy yatırımları, özetle, tasarruf sahiplerinin uluslararası sermaye piyasalarında sermaye kazancı ile faiz ve temettü geliri elde etmek amacıyla hisse senedi, tahvil ve diğer sermaye piyasası araçlarına yatırım yapmalarıdır¹.

Doğrudan yabancı yatırımlar ise, bir tanıma göre, “üretim işletmelerinin veya diğer işletme türlerinin alınması, kurulması veya bu tür işletmelere ortak

¹ Uluslararası Sermaye Hareketlerinde Portföy Yatırımları ve Türkiye, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yayını, İstanbul, 1994, s.8.

olarak katılınması sonucunda, yatırım yapılan işletmelerin kontrolünün kısmi veya tam olarak ele geçmesini sağlayan yatırımlardır.”²

Doğrudan yabancı yatırım kavramı, “bir büyük firmanın (çok uluslu şirket) yabancı ülkede şube açması, mevcut yerli bir firmayı satın alarak veya sermayesini artırarak kendine bağlı bir şirket kurması” şeklinde de tanımlanmıştır³.

Doğrudan yabancı yatırım (foreign direct investment), bir ülkede yerleşik kişi ya da kurumların (doğrudan yatırımcı) bir başka ülkede kalıcı ekonomik çıkar elde etme amacıyla yaptıkları yatırımları ifade etmektedir. Doğrudan yabancı yatırımlar genel olarak komple yeni yatırımlar (greenfield) ve şirket evlilikleri ve satın almaları olarak iki biçimde gerçekleşmektedir⁴.

Bir dış finansman tekniği olarak doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının borç doğuran sermaye akımlarından farkı, alınan kredilerin, elde edilen sonuçlardan bağımsız olarak belirli bir takvimde geri ödeme zorunluluğu içermesine rağmen, doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının elde edilen sonuçlarla bağlantılı olarak olası bir kâr transferi içermesinden kaynaklanmaktadır⁵.

Yatırımı yapan birimler esas alınarak yapılan bir tanıma göre de doğrudan yabancı yatırımlar, firmaların (çok uluslu şirketlerin) merkezlerinin bulunduğu yer dışındaki ülkelerde bir firmayı satın alma, yeni kurulacak bir firma için kuruluş sermayesi sağlama ya da mevcut bir firmanın sermayesini artırarak kendilerine bağlı duruma getirmeleri yoluyla yaptıkları yatırımlardır⁶.

2 Şaban KAYIHAN, “Ticaret Hukukunun Küreselleşmesi Bakımından Yabancı Yatırımların Uluslararası Boyutuna Bakış”, in: **Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003, s.402, dn.3.

3 Halil SEYİDOĞLU, **Uluslararası İktisat Teori-Politika-Uygulama**, Geliştirilmiş 5. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 1986, s.445.

4 Hayrettin DEMİRCAN, **Dünyada ve Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Stratejileri**, Hazine Müsteşarlığı Yayınları, Ankara, 2003, s.1-3.

5 Harun BAL, **Gelişme Sürecinde Dış Finansman Kullanımı ve Türkiye**, Hazine Müsteşarlığı Yayınları, Ankara, 1998, s.19.

6 Uluslararası Sermaye Hareketlerinde Portföy Yatırımları ve Türkiye, s.7.

Yukarıda kimi örnekleri aktarılan öğretilerdeki bu tanım ve açıklamaların yanında 4875 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde de “doğrudan yabancı yatırım” ve “yabancı yatırımcı” kavramları tanımlanmıştır:

4875 sayılı Yasa'nın 2/b maddesine göre doğrudan yabancı yatırım kavramı; “Yabancı yatırımcı tarafından, 1) Yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nca alım satımı yapılan konvertibl para şeklindeki nakit sermaye, Şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), Makine ve teçhizat, Sınai ve fikri mülkiyet hakları, 2) Yurt içinden sağlanan; Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya mali değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar, gibi iktisadi kıymetler aracılığıyla; i) yeni şirket kurmayı veya şube açmayı, ii) menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı,” ifade etmektedir.

4875 sayılı Yasa'nın 2/b maddesinde yer alan bu tanım, anlatım kolaylığı sağlamak bakımından kanaatimizce şu şekilde kısaltılabilir: Doğrudan yabancı yatırım kavramı, yabancı yatırımcı tarafından yurt dışından getirilen veya yurt içinden sağlanan nakit sermaye, makine ve teçhizat, sınai ve fikrî mülkiyet hakları vb. iktisadi kıymetler aracılığıyla yeni şirket kurulmasını veya şube açılmasını veya mevcut bir şirkete ortak olunmasını ifade etmektedir.

4875 sayılı Yasa'nın 2/a maddesinde ise yabancı yatırımcı kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, yabancı yatırımcı kavramı “Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan, 1) Yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını, 2) Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları” ifade etmektedir.

Doğrudan yatırımların tamamına yakın kısmı çokuluslu şirketler tarafından yapılmaktadır⁷. Aşağıda, çok uluslu şirketler hakkında özet bilgi sunulacak ve doğrudan yabancı yatırım olgusu ile “çok uluslu şirketler” arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır.

⁷ Uluslararası Sermaye Hareketlerinde Portföy Yatırımları ve Türkiye, s.8.; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Bilgin TIRYAKIOĞLU, **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 2003, s.10-11.

B- Doğrudan Yabancı Yatırımları Gerçekleştiren Birimler: “Çok Uluslu Şirketler”

Nispeten yaygın olarak benimsenen bir tanıma göre, “yatırım faaliyetlerini birden fazla ülkede sürdüren ve üretimle ilgili kararları bir merkezden alan veya çeşitli yollarla bağlı şirketlerin kararlarını etkileyebilen şirketler” çok uluslu şirketler olarak adlandırılmaktadır⁸. “Bu anlamda, kurulu buldukları ülkeler dışında doğrudan yatırım yapan işletmeler bu kavrama dahil olmakta, sadece yurt dışına mal satan veya başka ülkelerde portföy yatırımı yapan işletmeler bu kavramın dışında kalmaktadırlar.”⁹ Günümüzde, sanayileşmiş ülkelerdeki büyük şirketler ulusal sınırların ötesinde yatırımlar yaparak üretimlerini dünya çapında yaygınlaştırmaktadırlar. Birden fazla ülkede üretimde bulunan bu tür şirketlere çok uluslu şirket (multi-national corporation) adı verilmektedir¹⁰.

“Yabancı ülkede kurulan şirketlere yabancı sermaye işletmesi adı verilir. Yabancı sermaye işletmeleri tek başına yabancıların mülkiyetinde olabileceği gibi, yerli üreticilerle ortaklık şeklinde de kurulmuş olabilirler. (...) Yabancı sermayedar, ev sahibi ülke hükümetleriyle iyi ilişkiler kurmak, yerli girişimcilerin bilgi ve becerilerinden yararlanmak, sermaye yapısını güçlendirmek gibi nedenlerle ortak teşebbüsler kurma yoluna gidebilir. Yabancı sermayeyi kalkınmanın bir aracı olarak gören az gelişmiş ülkeler de yabancı sermayedarların yerel işadamlarıyla ortak işletmeler kurmalarını sağlamaya çalışırlar.”¹¹

Doğrudan yabancı sermaye yatırımları ile çok uluslu şirketler arasında çok yakın bir ilişki mevcuttur. Çünkü her ne kadar bir gerçek kişinin yurt dışında bir üretim tesisi kurması veya satın alması mümkün olabilmekteyse de,

8 Çok uluslu şirketler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Cem ALPAR / M.Tüba ONGUN, **Dünya Ekonomisi ve Uluslararası Ekonomik Kuruluşlar**, Evrim Yayınları, İstanbul, 1988, s.106 vd.

9 KAYIHAN, s.409.

10 SEYİDOĞLU, s.445.

11 SEYİDOĞLU, s.445-446.

asıl olarak yabancı sermaye yatırımlarını çok uluslu şirketler gerçekleştirmektedir¹².

Çok uluslu şirketlerin tanımı konusunda değişik kriterleri temel alan farklı tanım denemeleri olmakla birlikte çokuluslu şirketlerin kimi ortak özelliklerinin şu şekilde sıralandığı görülmektedir¹³:

– Çok uluslu şirketler (ÇUŞ), adından anlaşıldığının aksine, birden çok ülkenin sahibi olduğu şirketler değil, fakat birden çok ülkede faaliyet gösteren şirketlerdir.

– Çok uluslu şirketlerin asıl faaliyet alanları bir ya da birden çok mal veya hizmetin uluslararası düzeyde üretimi, dağıtımı ve pazarlamasının sermaye ve bilgi akışı yoluyla sağlanmasıdır.

– Çok uluslu şirketler tüm faaliyetlerini merkezi kararlarla etkiler ve kontrol ederler; uzmanlaşılmal ve hizmetlerle ilgili olarak merkezi plan ve programlar şirket bütünlüğü açısından uluslararası düzeyde yapılır.

– Çok uluslu şirketlerin güçlü sermaye yapıları vardır; modern ve üstün bir teknolojiye sahiptirler. Bu teknolojinin uluslararası yaygınlaştırılması şirketin merkezi karar organlarınınca kendi çıkarlarına, diğer bir ifadeyle tekelleşmelerine hizmet edecek şekilde yapılandırılır.

– Çok uluslu şirketlerle onların doğduğu ülke arasında karşılıklı çıkarları gözetilecek şekilde işbirliği vardır. Bunlar, politik, mali vb. desteklerdir.

– Çok uluslu şirketler temelde özel sermayeye dayanırlar ve sermaye yapıları bakımından anonimleşmişlerdir. Profesyonel yönetici grubu tarafından yönetilirler ve bu merkezi otoriteyi temsil eder.

– Bir işletmenin çokuluslu şirket sayılabilmesi için gereken temel ölçütlerden biri de, toplam maddi kaynaklarının en az %20'sinin dış ülkelerde olması ve kârların asgari %35'inin uluslararası faaliyetlerden elde edilmesidir.

12 Hasan Aslan AKPINAR, **Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Teşviki ve Korunmasında İkili, Bölgesel ve Çok Taraflı Uluslararası Anlaşmalar: Yerleşik Uygulamalardan Yeni Yönelimlere**, Uzmanlık Tezi, Hazine Müsteşarlığı, Ankara, 2000, s.6.

13 Bkz., Mustafa AYAZ, **Çokuluslu Şirketler ve Uluslararası Hizmet Ticareti**, Uzmanlık Tezi, Hazine Müsteşarlığı, Ankara, 1995, s.6-8; İpek İNCESULU, **Doğrudan Özel Yabancı Sermaye Hareketlerini Etkileyen Faktörler ve Türkiye**, Uzmanlık Tezi, Hazine Müsteşarlığı, Ankara, 1993, s.11-12.

Yabancı bir pazara girmeyi düşünen bir firma, kendi ülkesinde ürettiği malları diğer ülkelere ihraç etmek suretiyle bunu gerçekleştirebileceği gibi piyasasına girmek istediği ülkedeki bir firmaya kendi teknolojisini ve markasını kullanma izni verme yoluna da gidebilir. Üçüncü bir seçenek ise doğrudan yabancı sermaye yatırımı yapmaktır. Yabancı bir firma yerel firmalara nazaran kimi dezavantajlara sahip olacağından firmalar, ihracat ve lisans yoluyla elde edemeyeceği bazı avantajlara sahip olmak için doğrudan yabancı sermaye yatırımları yapma yolunu tercih edebilirler¹⁴.

Bir işletme, yeni pazarlara girmek ya da elde edilen pazarları korumak, hammadde veya ön ürünlerin akışını güvence altına almak, pazarlara ve müşterilere yakın olmak, yatırım yapılacak ülkelerdeki vergi avantajları ile üretim unsurlarının fiyatlarını düşürebilme imkânlarından (ucuz işçi ücreti ve ucuz hammadde gibi) yararlanmak, bulunduğu ülkedeki rekabet hukukuna ve çevrenin korunmasına ilişkin sınırlamalardan kurtulabilmek, ticaret yapılmak istenen ülkenin ithalat alanındaki sınırlamalarını o ülkeye yatırım yaparak aşmak için ve hızlı teknolojik gelişmelerin zorlaması ve teknoloji transferine duyulan ihtiyaç gibi sebeplerle yabancı ülkelerde yatırımlara girişmek isteyebilir.¹⁵

Çok uluslu şirketler, dünya ekonomisini derinden etkileyebilme olanağına sahiptirler. Bu olgudan en çok gelişmekte olan ülkeler etkilenmekte ve bu ülkeler kalkınma çaba ve planlarında çok uluslu işletmelerin muazzam güçleri karşısında bağımlı konumda kalmaktadırlar. “Bir kısım çok uluslu işletmelerin, gelişmekte olan ülkelerde muazzam güçlerini kullanarak izlemiş oldukları olumsuz politikalar (ör. devlet siyasetini yönlendirme çabaları, üst düzeyde devlet görevlilerine rüşvetler verilmesi ve az gelişmiş ülkelerin doğal kaynaklarının sorumsuzca sömürülmesi) 1960 ve 1970’li yıllarda çok uluslu işletmelere karşı eleştiri ve tepkilerin dozunun yükselmesine yol açmıştır. (...) 1980’lerden sonra ise, gelişmekte olan ülkelerdeki (bu) güvensiz yaklaşım,

¹⁴ Bkz., Suna OKSAY, “Çokuluslu Şirketler Teorileri Çerçevesinde Yabancı Sermaye Yatırımlarının İncelenerek Değerlendirilmesi”, Dış Ticaret Müsteşarlığı Dergisi, Ocak 1998, Sy. 8, s.1. <http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/EAD/TanitimKoordinasyonDb/cokulussayi8.doc>

¹⁵ KAYIHAN, s.409. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., SEYİDOĞLU, s.448-451.

yerini dünyadaki gelişmeler sonucunda çok uluslu işletmelere ve yabancı yatırımlara karşı daha ılımlı politikalara bırakmıştır.”¹⁶

Gerçekten, çok uluslu şirketlerin yaptığı doğrudan yabancı yatırımlara karşı gelişmekte olan ülkelerde var olan yaklaşımlarda tarihsel süreç içerisinde önemli dönüşümler yaşanmıştır. Doğu Bloku'nun çözüldüğü 1989 yılına kadar gelen süreçte, gelişmekte olan ülkelerde genel olarak uluslararası yatırımcılara ve bunların yaptığı yatırımlara şüphe ile yaklaşmış; yabancı yatırımcıların ülkelerin egemenliğini tehlikeye sokacağı, orta ve uzun vadede gelirden daha çok döviz çıkışına yol açacağı ve dolayısıyla sömürgeciliğin bir aracı olduğu, yeterli önlem alınmadığında yerli firmaların yerini alacağı, kısaca çok katı kısıtlamalarla izin verilebilecek bir olanak olduğu düşünülmüştür. Dolayısıyla, gelişmekte olan ülkelerin çok büyük bir kısmı bu önemli dış finansman kaynağından yeterince yararlanamamıştır. Ancak, tarihsel süreçte, gelişmekte olan ülkelerin doğrudan yabancı yatırımlara bakışı belirgin biçimde değişim göstermiş ve gelişmekte olan ülkelerin çok büyük çoğunluğu, doğrudan yabancı yatırımları sömürgeciliğin bir aracı olarak görmekten vazgeçmiştir. “Doğrudan yabancı yatırım”ın “dış yardım” ve “kredi”ye tercih edilmesi gerektiği yönündeki görüşün günümüzde hâkimiyetini kurduğu görülmektedir¹⁷.

C- Yabancı Sermayeden Ev Sahibi Ülkenin Kazançları

Ülkeler, yabancı sermaye yatırımlarından bazı ekonomik yararlar beklerler. Doğrudan yabancı yatırımların, yatırım yapılan ülkeye getireceği kimi katkıların neler olabileceği SEYİDOĞLU tarafından şu şekilde belirtilmiştir:

“Yabancı sermaye, ev sahibi ülkenin sermaye birikimine ve üretim kapasitesine dolaysız bir katkıda bulunur. Az gelişmiş olmanın başlıca özelliği sermaye birikiminin yetersizliğidir. Yabancı sermaye hem başlangıçta getirdiği sermaye ile hem de sağladığı kârları yeniden yatırmak suretiyle gittiği ülkenin üretim kapasitesini artırır. Yabancı sermaye, teknoloji ve işletmecilik bilgisini de beraberinde getirir. Bu özelliği dolayısıyla yabancı sermaye yatırımları ülkelerarası teknoloji transferi yollarından biridir. (...) Yabancı sermayenin getirdiği dövizler ve uzun dönemde sağladığı ithalat ikamesi ile ihracatı artırıcı etkiler, gidilen ülkenin ödemeler dengesinin düzelmesine

¹⁶ KAYIHAN, s.410-411. Benzer yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz., BAL, s.19 vd.

¹⁷ Bkz., Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayını, Ankara, 2000, s.3-4.

katkıda bulunur. Fakat daha sonra yurt dışına yaptıkları kâr transferleri ise ödemeler dengesini bozucu yönde etkide bulunur. (...) Uluslararası nitelikte olan yabancı firmaların dış piyasalar konusunda geniş deneyimleri ve yeryüzüne yayılmış bir satış ve pazarlama örgütleri vardır. Ev sahibi ülke yabancı şirketin geniş bilgi ve örgütlerinden yararlanarak ihracatını artırabilir. (...) Yabancı sermaye yerli ekonomiye dinamizm kazandırır ve iç rekabeti artırır. Yerli sanayinin monopolcü bir yapıya sahip olması durumunda yeni firmaların piyasaya girişi, monopollerini kırarak üretimin genişlemesine ve fiyatların düşmesine neden olabilir. Yabancı sermaye yatırımları, yaratacağı yeni iş olanakları ile ülkenin işsizlik sorununun çözümüne katkıda bulunur. Bunlardan başka, yabancı sermaye kuruluşları sağladıkları kârlar ölçüsünde mahalli hükümetler için önemli birer vergi kaynağıdır.”¹⁸

Yakın zamanlara kadar, sermaye açığının kapatılması, teknoloji transferinin sağlanması, ihracatın artırılması ve istihdam sağlanması yönünden doğrudan yabancı yatırımların ev sahibi ülkelere katkısının bulunduğu genel olarak kabul edilmekteydi. Son zamanlarda bu geleneksel potansiyel yararları, gelişmiş ve sermaye ihraç eden ülkelerin politik ve ekonomik desteğinin sağlanması, ülkenin tanıtımı, dışa açılma, çevrenin korunması ve insan kaynaklarının geliştirilmesi yönündeki yararların da eklenmekte olduğu görülmektedir¹⁹.

Doğrudan yabancı yatırımlardan beklenen bu ve benzeri yararlar sebebiyle, diğer pek çok ülke gibi, Türkiye de yabancı yatırımların teşvik edilmesini kalkınma stratejisinin önemli bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle, 1954 yılında 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu çıkarılmıştır. Bu Kanunun, kendi dönemi itibarıyla yabancı yatırımların teşvik edilmesi bakımından oldukça ileri ve liberal nitelikteki düzenlemelere yer verdiği; buna rağmen, Türkiye'nin yakın zamanlara kadar, potansiyelinin çok altında yabancı yatırım çekebildiği; oysa Türkiye'nin iç ve dış borçlarının büyüklüğü ve dış borç stokunun faizlerinin ödenmesinin bile ciddi bir sorun olduğu dikkate alındığında, Türkiye'nin kronik kaynak sorununun daha makul maliyetlerle karşılanmasının hayati bir öneminin bulunduğu; Türkiye'nin iç dinamiklerinin harekete geçirilmesi dışında, bu ihtiyaca en uygun çözümün uluslararası sermayenin Türkiye'ye yapacağı doğrudan yatırımlarda bulunabileceği; Çünkü dış borçlanma ve kısa vadeli sermaye hareketleri ile karşılaştırılmayacak

¹⁸ Bkz., SEYİDOĞLU, s.451-452.

¹⁹ Bkz., BAL, s.23-24; OKSAY, s.4-5.

kadar düşük maliyeti olan doğrudan yatırımların sadece sermaye temin edilmesi anlamına gelmediği, fakat aynı zamanda yeni teknoloji, yönetim, dış pazarlara erişim, yüksek vergi ödeme gücü, marka-insan vb. aktiflerin ve şirket değerinin yükseltilmesi gibi çok boyutlu yararları içerdiği ifade edilmektedir.²⁰

Yabancı yatırımların teşvik edilmesi konusunda ülkemizde siyasal partiler düzeyinde genel bir mutabakatın bulunduğu söylenebilir. Nitekim inceleme konusu 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun yasalaşma süreci de bunu göstermektedir. Şöyle ki, 4875 sayılı Kanun, Demokratik Sol Parti (DSP), Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) ve Anavatan Partisi'nin (ANAP) oluşturduğu 57. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından 13.6.2002 tarihinde TBMM'ne sunulan bir kanun tasarısına dayanmaktadır. Bu tasarı, 2002 yılının Kasım ayında yapılan milletvekili genel seçimi nedeniyle kadük hale gelmiştir. 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan seçimin akabinde Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) tarafından kurulan 58. Hükümetin, kadük hale gelen söz konusu tasarımı benimseyerek yeniden Meclise sunması ve tasarının Mecliste kabul edilmesi sonucunda, 4875 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu itibarla, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, değişik siyasal eğilimleri temsil eden adı geçen partilerin ortak inanç ve çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu durum, konunun Türkiye ekonomisi bakımından taşıdığı önemin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

D- Yabancı Sermayeye Yöneltilen Başlıca Eleştiriler

Bu eleştirilerin bir kısmı yine SEYİDOĞLU izlenerek şöyle özetlenebilir:

Doğrudan yabancı yatırımların temel özelliklerinden birisi de yatırımcıya işletme yönetimi üzerinde doğrudan bir denetim olanağı sağlamasıdır. "Bu bakımdan, bir plana bağlı olmadan davet edilen yabancı sermaye, ana sektörleri ele geçirerek ekonomiyi denetimi altına alabilir. Bu ise ülkenin ekonomik ve siyasi bağımsızlığını tehlikeye sokar. (...) Bağımsız bir sanayi politikası izlenemez. Siyasal kurumlar da yabancıların etkisi altına girerler. Yabancı sermaye yatırımları ne kadar büyük hacimlere ulaşırsa bu sakıncalar da o kadar artar. (...) Az gelişmiş ülkelerde

²⁰ Bkz., İstanbul Sanayi Odası Yayını, **Uluslararası Doğrudan Yatırımlar ve Türkiye**, İstanbul-2002, s.9-10.

yabancı sermaye yatırımları, ekonominin bütünlüğünü de bozabilir. Yabancı sermayeli işletmelerde ileri üretim teknikleri uygulanırken, diğer alanlarda geleneksel üretim yapısının sürdürülmesi, ekonomiyi iki bölüme ayrılmış düal bir yapı içerisine sokabilir. (...) Yabancı sermaye işletmelerinin arkasındaki dev sermaye, ileri teknoloji ve yöneticilik bilgisi, küçük ölçekli yerli şirketler karşısında bunlara büyük bir rekabet üstünlüğü sağlar. Rekabet olanağı bulamayan yerli girişimciler ise endüstriyi terk etmeye zorlanır ve böylece (...) yabancı işletmeler, yerli ekonomide tamamen monopolcü duruma geçerler. (...) Yabancı işletmeler araştırma ve geliştirme faaliyetlerini gittikleri ülkelerde değil, ana merkezlerinde toplarlar. Ev sahibi ülkelerin araştırma faaliyetlerine katılmamaları ve yeni teknikleri sürekli olarak yurt dışından ithal etmek zorunda bırakılmaları teknolojik bağımlılığın artması demektir. Ayrıca yabancı sermaye ev sahibi ülkeye belirli teknolojileri empoze eder, bunlar da sanayileşmeyi ve ulusal teknolojik gelişmeyi ters yönde etkileyebilir”²¹.

Yabancı sermaye konusunun ekonomi literatüründe çok tartışmalı bir konu olduğu; yabancı sermayeyi savunuların daha çok serbest girişimcilik ve piyasa mekanizmasından yana oldukları, buna karşılık çok uluslu şirketlerin faaliyetlerine karşı çıkanların ise ekonomik faaliyetler üzerinde ulusal denetimin gerekliliğine inandıkları; yabancı sermayenin lehinde ve aleyhindeki görüşlerin büyük ölçüde siyasal değer yargılarından kaynaklandığı; çok-uluslu şirket ile ev sahibi ülkenin her ikisinin de ekonomik çıkarlarının birbiriyle bağdaştırılabildiği sürece yabancı sermaye yatırımlarının ülke yararına olacağı ifade edilmektedir²².

E- Yabancı Yatırımcıların Türkiye’de Kurdukları veya İştirak Ettikleri Şirketlerin Uyrukluğuna Sorunu

4875 sayılı Kanunda, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin yerli yatırımcılarla aynı haklara sahip bulunması ve onlarla aynı yükümlülüklerle tabi olması temel bir ilke olarak benimsenmiştir. Bu düzenlemenin ortaya çıkmasında, yabancı yatırımcı tarafından kurulacak şirketin Türk hukukuna tâbi olarak kurulup faaliyet icra edecek olmasının ve buna bağlı

21 SEYİDOĞLU, s.452-453. Yabancı sermaye yatırımlarını 4875 sayılı Yasa bağlamında eleştirel açıdan değerlendiren bir çalışma için bkz., Ahmet Alpay DİKMEN / Onur KARAHANOGULLARI, “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirme”, Mülkiye, Cilt:XXVI, Sayı:234, s.99-118.

22 Bkz., SEYİDOĞLU, s.453. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., TIRYAKIOĞLU, s.27-31.

olarak da Türk tüzel kişiliğine sahip olacak olmasının temel belirleyici etken olduğu görülmektedir.

Bu bakımdan, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin uyrukluğunun ne şekilde belirlendiğinin irdelenmesi uygun olacaktır. Bu konunun ayrıntılı bir şekilde incelenmesi çalışmamızın sınırlarını aşacağından konuyla ilgili görüşlerin özet olarak aktarılması ile yetinilecektir²³.

Buna göre, “Türk hukukunda bir ortaklığın yabancılık vasfı, Türk Ticaret Kanununun genel hükümlerine göre tayin edilebilir. Ayrıca ortaklığın faaliyette bulunduğu iş koluna ait yasa hükümleri de yol gösterebilir. TTK. 42/son da yabancı işletmelerin Türkiye’deki şubelerinin durumunu düzenlerken “*merkezi Türkiye dışında bulunan ticari işletmeler*” ifadesini kullanmıştır. Bu hükme göre, merkezi Türkiye dışında bulunan ortaklık yabancıdır. Bu ortaklık, merkezin bulunduğu devletin vatandaşlığını taşır. Merkez kavramının TTK sistemine uygun olarak ticari işletme, dolayısıyla işletme merkezini ifade ettiği kabul edilmektedir. Ortaklığın idari işlemlerinin yapıldığı, diğer bir ifade ile bürolarının bulunduğu idare merkezi de işletme merkezi kavramı içinde yer alır. Özetle TTK sisteminden hareketle Türk hukukunda idare merkezi de dahil, işletme merkezi esasının kabul edildiğini söylemek mümkündür.”²⁴

Bu açıklamalardan, yabancı yatırımcılar tarafından, tek başlarına veya yerli ortaklarıyla birlikte Türkiye’de, Türk hukukuna göre kurulan ve idare merkezi Türkiye’de bulunan yabancı sermayeli ortaklıkların Türk tabiiyetinde kabul edildiği sonucu çıkmaktadır²⁵.

Uygulamanın da bu doğrultuda olduğu görülmektedir. Nitekim 4875 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girmesinden önce çıkarılmış olan 1995 tarihli Yabancı Sermaye Çerçeve Kararında bu hususa açık olarak temas edilmiştir. Bu Kararın 7. maddesine göre; “6224 sayılı Kanun kapsamında gerekli izinler alınmak

23 Ayrıntılı bilgi için bkz., Rona AYBAY, **Vatandaşlık Hukuku**, Beşinci Bası, İstanbul, 2003, s.9-10, 254-257; Aysel ÇELİKEL / Günseli (ÖZTEKİN) GELGEL, **Yabancılar Hukuku**, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.25 vd.

24 ÇELİKEL / GELGEL, s.25-26.

25 Aynı yönde bkz, İsmail DOĞANAY, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Birinci Cilt, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.864.

suretiyle, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan ve Türk Ticaret Siciline tescil edilen şirketler ve şubeler, Türk şirketi ve şubesidirler.”

Keza, son zamanlarda çıkarılan yabancılar hukuku ile ilgili mevzuatta da, tüzel kişilerin uyrukluğu bağlamında “kuruluş yeri” kıstasının benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, örneğin 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanunda, kuruluş yeri kıstası esas alınmış ve yabancı ülkelerde o ülke kanunlarına göre kurulmuş ticaret şirketleri yabancı kabul edilmiştir. Keza, 5.6.2003 tarihinde kabul edilen 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nda da yabancı yatırımcı kavramı tanımlanırken, yabancı tüzel kişi sayılmanın yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş olmakla ilişkili bulunduğu temas edilmiştir²⁶.

Bu çerçevede, Türk Ticaret Kanunu’na göre kurulmuş olan şirketlerin ortaklarının yerli veya yabancı olmasının bu şirketlerin hak ve yükümlülüklerinde bir farklılığa yol açmadığı görülmektedir. Nitekim bu durum yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimleri konusundaki düzenlemeye de yansıtılmış bulunmaktadır.

Böylece, Türkiye’de Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan ticaret şirketleri, ortakların vatandaşlığına bakılmaksızın Türk şirketi olarak kabul edilmektedirler ve yerli yatırımcıların sahip oldukları haklara sahip ve onlarla aynı yükümlülüklere tabi bulunmaktadırlar²⁷.

26 Ayrıntılı bilgi için bkz., Sibel ÖZEL, “Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinme Hakkı ile İlgili Tapu K. m.35’te Yapılan Son Değişikliğin Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C.LXII, Sy.1-2, 2004, s.436-437.

27 Bu noktada, yabancı sermayeli şirketlerin tabi olacağı hukuki rejimin Türk vatandaşlarıncı kurulmuş olan şirketlerinkinden farklı bir şekilde düzenlenmesinin Anayasal açıdan mümkün olup olamayacağı tartışması gündeme gelebilir. Kanaatimizce, yabancı sermayeli şirketlerin kural olarak yerli şirketlerle aynı hukuki rejime tabi olmaları gerekir; bununla beraber yabancı yatırımlar konusunu düzenleyen mevzuatta yabancı yatırımcıların haklarının yerli yatırımcılara nazaran daha farklı şekilde düzenlenmesine, diğer bir ifadeyle yabancılık unsurunun bulunduğu durumlarda, istisnai olarak, yasalarda kimi sınırlayıcı hükümlere yer verilmesine Anayasada (m.16) “izin” verilmiş olduğu söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, 4875 sayılı Yasada yabancı yatırımcıların taşınmaz edinmeleri bağlamında bu yönde bir ayırım veya sınırlama yapılmadığı, yerli yatırımcılarla yabancı yatırımcıların aynı statüye konulmuş olduğu görülmektedir.

II- Doğrudan Yabancı Yatırımlar Alanında 4875 Sayılı Yasa'yla Kurulan Sistemin Başlıca Özellikleri

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, doğrudan yabancı yatırımlar konusunu düzenleyen yasa, 1954 tarihli, 6224 sayılı *Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu* idi. Sözü edilen bu iki Kanunda yer alan düzenlemeler arasındaki başlıca farklılıklar özetle şu şekilde belirtilebilir:

1- Yatırım Serbestisinin Kapsamı: 1954 tarihli, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'na göre, yurt dışında yerleşik kişi ve kuruluşların Türkiye'de yatırım yapmaları, ticari faaliyette bulunmaları, ortaklığa katılmaları, hisse almaları, ticari faaliyette bulunmaları, şube açmaları ve irtibat bürosu kurmaları, sözü geçen etkinliklerin ülkemizin ekonomik kalkınmasına yararlı olması; Türk özel sektörüne açık bulunan bir faaliyet sahasında çalışılması; *tekel ve özel imtiyaz ifade etmemesi*²⁸ kaydıyla serbestti ve kural olarak yerli ve yabancı yatırımcılar aynı hak ve yükümlülöklere tabi bulunuyorlardı.

5.6.2003 tarihli, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na göre de, uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe, yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir ve yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye (milli muamele ilkesine) tabidirler (m.3/a).

Görüldüğü gibi, yeni yasal rejimde, yatırım serbestisi daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş ve önceki yasal rejimde aranan kimi koşulların aranmasından vazgeçilmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, yatırım serbestisi ve milli muamele ilkesine, "uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe" şeklinde bir kayıtlama da getirilmiş bulunmaktadır. Böylece, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Karasuları Dahilinde İcraı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu gibi çeşitli yasalarda kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu yararı gerekçeleriyle öngörölmüş bulunan kısıtlamalar etkisini devam ettirecektir. Ayrıca, 3213 sayılı Maden Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu ve 2634

²⁸ Bu şart 1994 yılında 4046 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kaldırılmıştır.

sayılı Turizmi Teşvik Kanunu vb.lerinde yer alan izin alma zorunluluğu da varlığını sürdürmektedir²⁹.

2- İzin Prosedürünün Kaldırılması: 4875 sayılı Kanunla, yabancı sermayeli olarak kurulacak şirketlerin şirket kuruluşu için Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğünden almak zorunda oldukları ön izin kaldırılmıştır³⁰. Önceki mevzuat, Türkiye’de yabancı yatırım yapılmasını izin sistemine bağlı tutmaktaydı; 4875 sayılı Kanun ise bu noktada izin ve onay koşulu aramamakta, bunun yerine Hazine Müsteşarlığına bilgi verilmesini yeterli görmektedir.

3- Yabancı Yatırımcı Tanımındaki Değişiklik: 4875 sayılı Kanun’un 2. maddesine göre, yabancı ülke vatandaşı gerçek kişiler ile yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşların yanı sıra, yurtdışında yerleşik Türk vatandaşları da yabancı yatırımcı sayılmaktadır. Önceki yasada ve ilgili diğer mevzuatta yurt dışında yerleşik Türk vatandaşlarının da yabancı yatırımcı tanımına dahil edilmesi söz konusu değildi.

4- Yabancı Yatırımcıların Taşınmaz Edinimi: 4875 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin -Anayasa Mahkemesinin 11.3.2008 günlü, E.2003/71, K.2008/79 sayılı kararıyla iptal edilen- (d) bendinde, “*Yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmeleri serbesttir*” kuralı yer almaktaydı.

Hemen belirtelim ki, 17 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’ndan önce yürürlükte bulunan yasa ve yönetmelikler çerçevesinde de yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz mal edinmeleri mümkündür. Çünkü 1954 tarihli, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nun 10. maddesinde yerli ve yabancı yatırımcıların eşit haklara sahip buldukları vurgulanmıştı ve yabancı yatırımcıların taşın-

²⁹ Bkz., 4875 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (a) bendinin gerekçesi. TBMM Tutanak Dergisi, D.22, YY.1, S.Sayı:142, s.3.

³⁰ 4875 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, belli bir meblağa kadar olan yatırımlar için izin verme konusunda Yabancı Sermaye Başkanlığı yetkilendirilmiş, bu meblağı aşan yabancı yatırımlara izin verilmesi konusunda ise Bakanlar Kurulu yetkili kılınmış bulunuyordu ve uygulamada izin mekanizması tamamıyla ihtiyatî tedbir olarak düşünülmekte ve istatistikî veri toplamak amaçlanmaktaydı. Bkz., Sevgi BOZ, **Uluslararası Doğrudan Yatırımlar: Türkiye ve Diğer OECD Ülkelerindeki Gelişmeler**, Uzmanlık Tezi, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Ankara, 1992, s.35-36.

maz edinimi bağlamında özel bir şart öngörülmemiştir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde hem bu konu hakkında hem de 4875 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (d) bendi hakkında daha ayrıntılı bilgi sunulacaktır.

5- Tahkim Seçeneğinin Öngörülmesi: 4875 sayılı Kanunun 3. maddesinin (e) bendinde, "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir" kuralı yer almıştır.

4875 sayılı Yasa'nın yabancı yatırımcıların taşınmaz mal edinmelerine ilişkin düzenlemesi bağlamında yukarıda yapılan açıklamalar, 4875 sayılı Yasa'nın yatırım uyuşmazlıklarının milli veya milletlerarası tahkime götürülebilmesine olanak tanıyan düzenlemesi bakımından da geçerlidir. Şöyle ki, 4875 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce Anayasanın 125. maddesinde yapılan değişiklikle kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesine olanak tanınmıştı. Keza Türkiye Cumhuriyeti, pek çok ülkeyle yatırımların karşılıklı korunması ve teşvik edilmesi konusunda ikili uluslararası andlaşmalar yapmış ve bu andlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim usulüne başvurulabileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiş bulunuyordu.

Böylece, önceki yasal rejimde, Anayasada ve çeşitli uluslararası andlaşmalarda düzenlenmekle birlikte yabancı yatırımlar konusundaki temel yasa olan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş olan tahkim konusu, yeni yasal rejimde, uyuşmazlık durumunda yabancı yatırımcıların milli veya milletlerarası tahkime başvurabilmeleri güvence altına alınarak bizzat Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunmaktadır.

6- Kamulaştırma ve Devletleştirmeye Karşı Güvenceler: Önceki rejimde, yabancı yatırımların kamulaştırma ve devletleştirilmeleri ile ilgili herhangi bir hüküm yoktu; yeni kanun bu konuda, kamu yararının gerekli kılması ve bedelin ödenmesi koşullarıyla kamulaştırma ve devletleştirme yollarına gidilebileceğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte, eski yasal rejim döneminde de kamulaştırma veya devletleştirme yoluna gidilmesi halinde kamu yararının varlığı

ğı ve bedelin ödenmesi koşullarının aranması, ilgili yasal düzenlemelerce öngörülmüş bulunduğundan 4875 sayılı Yasada bu hususların açıkça belirtilmiş olmasının kurucu değil, beyan edici bir niteliğinin bulunduğu belirtilmesi gerekir.

7- Asgari Sermaye Miktarı Koşulunun Kaldırılması: Önceki rejimde, yabancı yatırımcılar için getirmeleri gereken asgari bir sermaye miktarı öngörülmüştü ve bu rakam yabancı ortak başına asgari 50.000 ABD Doları olarak belirlenmişti. Yeni rejimde ise, yabancı yatırımcılar için özel bir kural öngörülmemektedir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde Anonim ve Limited şirket kurulabilmesi için gerekli olan asgari sermaye miktarlarına ilişkin hükümlerin hem yerli hem de yabancı girişimciler için uygulanması söz konusudur.

Yabancı yatırımlarla ilgili eski ve yeni yasal düzenlemeler arasındaki farklar yukarıda sıralanmıştır. 6224 ve 4875 sayılı Yasaların her ikisinde de yer alan ortak düzenlemeler ise şu şekilde belirtilebilir:

- Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapılmasının serbest olması.
- Yabancı sermayeli teşebbüsün, aynı sahada faaliyette bulunan yerli teşebbüslerle her bakımdan eşit muamele görmesi (Milli muamele ilkesi³¹).
- Yabancı ortak payına ilişkin oran (yüzde) sınırlamasının bulunmaması³².
- Yabancı sermayeli teşebbüsün, kuruluş ve işletme aşamasında ihtiyaç duyacağı yabancı personeli istihdam etmesinin serbest olması.
- Yabancı sermayeli teşebbüsün elde ettiği kârların ve bu teşebbüslerin tasfiyesi veya yabancı ortak hisselerinin satışı halinde yabancı ortağa isabet eden net gelirin bankalar aracılığıyla yurt dışına transfer edilmesinin serbest olması.

31 Milli muamele ilkesi, bir ülkenin, kendi topraklarında faaliyet gösteren ve tamamı yabancılarla ait veya kontrolü yabancıların elinde bulunan yabancı firmalara yerli firmalardan farklı muamele uygulamaması olarak özetlenebilir. Bkz., BOZ, s.60.

32 Genel kural bu yönde olmakla birlikte, 6224 sayılı Yasanın 1. maddesine 27.4.1995 günlü, 4105 sayılı Yasanın 1. maddesiyle eklenen ek cümlede “Ancak, Türkiye’ye ithal edilecek yabancı sermaye, ülke çapında tekel teşkil edecek faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olamaz” şeklinde bir istisnaya yer verilmişti.

III- Yatırım Serbestisi ve Yabancı Yatırımcıların Taşınmaz Mülkiyeti Edinmelerinin Karşılaştırmalı Hukukta Düzenlenişi

Burada öncelikle şu hususu belirtmek gerekmektedir: Diğer ülkelerin yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerine bakıldığı zaman, gerek yatırım serbestisi ilkesinin geçerli olup olmaması, gerekse yabancı yatırımcıların taşınmaz edinmesine izin verilip verilmemesi konusunda ülkeler arasında ortaklaşa benimsenmiş olan tek tip bir sistemin söz konusu olmadığı görülmektedir. Ülkeler, kendi ekonomik (ve sair) koşullarını göz önünde bulundurarak yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerini oluşturmaktadırlar. Bu bağlamda, kimi ülkeler, yabancı yatırımcı ile yerli yatırımcı arasında kural olarak bir ayrıma gitmemeyi tercih etmişlerdir. Buna karşılık, kimi ülkelerde ise, gerek yatırım serbestisinin kapsamı, gerekse de yabancı yatırımcının hakları bağlamında daha kısıtlayıcı nitelikte düzenlemelerin yapılmış olduğu görülmektedir.

Bununla beraber, yabancı yatırımlara ilişkin mevzuatın “istikrarlı”, “öngörülebilir” ve “açık” (şeffaf) olması gerektiği hususunda görüş birliğinin bulunduğu görülmektedir. Keza yabancı yatırımcıya karşı haklı nedenlere dayalı olmaksızın ayırım yapılamayacağı yönünde ortak bir kabulün bulunduğu da belirtilebilir.

Sonuç itibarıyla, devletlerin, yabancı gerçek kişilerin veya yabancı yatırımcıların taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda standart bir rejimi benimsemiş oldukları söylenemez. Zira bilindiği üzere, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin bir başka ülkede taşınmaz edinip edinemeyecekleri konusu uluslararası hukukta pozitif bir düzenlemeye bağlanmış değildir. Bu nedenle de, yabancıların taşınmaz edinimi konusu, her ülkede farklı şekillerde olmak üzere milli hukuk düzenlerince sonuca bağlanmış bulunmaktadır.

Şimdi, çalışmamızın bu bölümünde, örnek olarak seçtiğimiz kimi ülkelerin, yatırım serbestisi ve yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimiyle ilgili düzenlemelerinin nasıl bir görünüm sergilediği üzerinde durulacaktır³³. Bu bağlamda önce AB üyesi olan kimi ülkelerdeki duruma değinilecektir.

Almanya: Almanya’da yerli ve yabancı yatırımcılar eşit işlem görürler ve bir iş kurulmasında aynı kurallara ve formalitelere tabidirler. Bununla birlikte,

³³ Bu bölümde aktarılan bilgiler “Index of Economic Freedom-2004” adlı kaynaktan derlenmiştir. Bkz., www.heritage.org/research/features/index/ (İET: 1 Kasım 2004)

kimi finansal kurumların açılmasında ve yolcu taşıma sektöründe yabancı yatırımcıların izin (lisans) almaları gerekmektedir.

Almanya’da yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimi bağlamında getirilmiş olan herhangi bir özel sınırlama veya engel söz konusu değildir.

Avusturya: Avusturya’da kural olarak yabancı yatırımcılara yönelik bir ayırım söz konusu değildir. Bununla beraber, bürokratik işlemlerin çokluğu bir şikâyet konusudur ve devlet tekelinin bulunduğu silah ve patlayıcı maddeler sanayi ile para basımı gibi kimi alanlarda yabancı yatırım yapılması yasaklanmış bulunmaktadır.

Avusturya’da yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimi serbesttir, bu konuda hükümet sınırlayıcı kurallar koymamaktadır; bununla beraber taşınmaz edinimine ilişkin işlemler yerel otoritelerin iznine bağlı bulunmaktadır.

Belçika: Belçika’da yerli ve yabancı firmalar eşit işlem görürler ve bankacılık, sigortacılık, kamu yayıncılığı ve taşıma endüstrisi gibi alanlar hariç olmak üzere, diğer alanlarda yeni yatırım yapılmasında herhangi bir onay gerekli değildir.

Belçika’da yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimi ile ilgili olarak herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir.

Çek Cumhuriyeti: Çek Cumhuriyeti, yabancı yatırımlara açık olan bir ülkedir ve yabancı yatırımcılar “milli muamele” (=eşit işlem) ilkesine tabidirler. Taşıma sanayi ile savunma ve ulusal güvenlikle ilgili kimi istisnalar dışında hemen hemen bütün sektörler yabancı yatırımcılara açıktır.

Çek Cumhuriyeti’nde, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren yabancı (gerçek ve tüzel) kişilerin tarım ve orman arazisi niteliği taşımayan alanlarda taşınmaz edinebilmesi mümkün hale gelmiştir.

Fransa: Fransa’da yabancı yatırımcılar herhangi bir ayırım olmaksızın pek çok sektörde yatırım yapabilirler. Bununla birlikte, kamu düzeni, kamu sağlığı ve savunma ile ilgili bulunan bazı yatırımlar için izin alınması gerekebilmektedir.

Fransa’da, bu ülkede yerleşik durumda olmayan kişilerin de taşınmaz edinebilmesi mümkündür.

İngiltere: İngiltere’de yabancı yatırımcılar yerli işadamlarıyla aynı muameleyle tabi tutulurlar. Sadece birkaç alanda ulusal işlem ilkesine istisna geti-

rilmiştir. Bunlar da, İngiliz Havayollarında yabancıların ne oranda hissesinin bulunabileceğine ve denizcilik sektöründeki kısıtlamalara ilişkindir.

İngiltere’de yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimi işlemleri üzerinde herhangi bir özel kontrol mekanizması yoktur.

İrlanda: İrlanda Avrupa Birliği’nde kişi başına düşen yabancı yatırım miktarı bakımından en çok yabancı yatırım çeken ülke durumundadır. Yabancı yatırımlarla ilgili sınırlamalar minimum düzeydedir ve İrlanda Hava Yolları ile tarım alanlarını ilgilendiren yatırımlar konusundaki sınırlamalar dışında herhangi bir özel süreç olmaksızın yatırımlar serbesttir.

İkametgâhı veya işyeri Avrupa Birliği ülkelerinde olmayan kişilerin veya yatırımcıların arazi edinebilmeleri için Tarım, Gıda ve Kırsal Kalkınma Bakanlığı’ndan izin almaları gerekmektedir. (Bu iznin verilmesinden nadiren imtina edilmektedir.)

İsveç: İsveç’te, ulusal güvenlikle ilgili sektörlerde yabancı yatırımcılara yönelik kısıtlamalar vardır. Aynı şekilde, alkollü içecekler ve ilaçların perakende satışı hem yerli hem de yabancı yatırımcılara yasaklanmıştır. Bu alanlarda devlet tekeli söz konusudur.

İsveç’te, yabancı yatırımcıların taşınmaz edinmesi izin alınması koşuluna bağlanmış bulunmaktadır.

İtalya: Kural olarak İtalya’da yabancı yatırımlar serbesttir. Bununla birlikte, ulusal ekonominin gerekli kılması halinde, hükümet yabancı sermayedarların ortak bulunduğu şirket birleşmeleri ve devirlerini veto etme yetkisini elinde bulundurmaktadır.

İtalya’da yabancıların İtalyan sınırları boyunca yer alan bölgelerde taşınmaz edinimi Savunma Bakanlığı’nın kararı ile mümkün olabilmektedir.

Macaristan: Macaristan, yabancı yatırımlara çok açık bir ülkedir ve bu alanda yapılan reformlarda önde gelmektedir. Macaristan’da, birkaç istisna dışında hükümet bütün firmalarda yüzde yüz yabancı sahipliğine izin vermektedir. Macaristan’da konuyla ilgili yasalar yabancılara karşı ayrımcı nitelikte değildir ve pek çok alanda yatırım yapılabilmesi hükümetin onayına bağlı değildir.

Bununla beraber, yabancıların tarım alanlarında arazi edinimine izin verilmemektedir. Taşınmaz edinimi ile ilgili olarak bunun dışında bir kısıtlama veya kontrol sistemi öngörülmemiştir.

Polonya: Polonya’da, kamu yayıncılığı, sigortacılık ve havacılık hizmetleri gibi kimi alanlardaki istisnalar bir yana bırakılırsa herhangi bir şirketin sahipliğinin yüzde yüz oranında yabancıların elinde bulunmasına izin verilmektedir.

Son yıllarda önemli miktarda yabancı yatırım çekmiş olan Polonya’da genel bir kural olarak yabancı gerçek kişilerin ve yabancı yatırımcıların gayrimenkul edinmelerinin İçişleri Bakanlığı’nın iznine bağlanmış olduğu görülmektedir. Ayrıca, Avrupa Birliği’ne tam üyelikten sonra da tarım alanlarında yabancıların mülk edinmesi konusunda bazı istisnalara yer verildiği görülmektedir.

AB üyesi ülkelerdeki düzenlemeler bu şekilde belirtildikten sonra şimdi de AB’ye üye olmayan diğer kimi ülkelerdeki duruma temas edilecektir.

Amerika Birleşik Devletleri: Amerika Birleşik Devletleri yabancı yatırımlara açık olan bir ülkedir; yerli ve yabancı yatırımcılar kanun karşısında eşit işlem görürler; pek çok sektör bakımından yabancı yatırımcıların federal hükümetten ön izin almaları veya araştırmaya tabi tutulmaları söz konusu değildir. Bununla birlikte, yabancı yatırımcıların nükleer enerji, deniz ve hava taşımacılığı, yayın lisansı alımı ve iletişim sektöründe bazı kısıtlamalara tabi olması durumu devam etmektedir. Ayrıca, Küba, İran, Irak, Libya ve Sudan gibi kimi ülkelere ve bu ülkelerin vatandaşlarınca gerçekleştirilecek olan finansal işlemler üzerinde de kimi kısıtlamalar söz konusudur.

ABD’nde yabancıların ve yabancı şirketlerin taşınmaz edinimini sınırlayan ulusal düzeyde bir yasal düzenleme söz konusu değildir; bununla birlikte yabancıların tarım alanlarında arazi edinmeleri durumunda bunun ilgili federal birime bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, ulusal düzeyde genel bir sınırlama olmamakla beraber, bazı eyaletler yabancıların arazi alımlarını sınırlandırmış bulunmaktadır.

Japonya: Japonya’da yabancı yatırımlarla ilgili doğrudan yasal sınırlamaların çoğu kaldırılmış olmakla birlikte, pek çok bürokratik ve gayri resmi (informal) engeller halen varlığını devam ettirmektedir. Japonya’da, tarım, ormancılık, petrol, elektrik, gaz, su, iletişim, uzay endüstrisi gibi kimi alanlarda yatırım yapacak olan yabancı yatırımcıların Japon hükümetine bildirimde bulunmaları ve hükümetten onay almaları gerekmektedir.

Bunun dışında, yabancı yatırımcıların Japonya’da taşınmaz edinimi ile ilgili olarak herhangi bir özel sınırlama veya kontrol mekanizması bulunmamaktadır.

Norveç: Norveç, yabancı yatırımcılar için ulusal muamele ilkesini benimsemiştir ve bu alandaki sınırlandırıcı düzenlemelerini liberalize edeceğini taahhüt etmiştir. Bununla beraber, Norveç hükümeti, bazı sektörlerle ilişkin yatırımlar üzerindeki kısıtlamaları devam ettirmektedir. (Bu sektörler, finansal hizmetler, madencilik, su enerjisi, basın yayın, demiryolları, alkol üretim ve dağıtım ve nihayet kimi gayrimenkul ve arazilerin alım-satımı ile ilgilidir)

Böylece, yabancı yatırımcıların Norveç’te taşınmaz ediniminin serbest olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Rusya: Rusya 1999 yılında yabancı yatırımlarla ilgili yasal düzenlemelerini güncelleştirmiş ve ulusal işlem ilkesini benimsemiştir. Ulusal işlem ilkesinin geçerli olmayacağı durumlar ise, ulusal güvenliğin, anayasanın, kamu sağlığının ve ahlâkının korunması ile diğer kişilerin yasal haklarının korunması şeklinde sıralanmıştır. Keza, gaz ve enerji tekeli, banka ve sigortacılık, kitle iletişim, elmas madenciliği ve sivil havacılık gibi “stratejik” sektörlerde yabancı yatırımcıların sahip olabilecekleri oranlar sınırlanmış bulunmaktadır.

Rusya’da, yabancı yatırımcıların tarım alanlarında arazi satın almaları yasaklanmış bulunmaktadır, fakat buralarda arazinin 49 yıllığına kiralanabilmesine izin verilmektedir. Ayrıca tarım alanları dışında arazi ve taşınmaz edinimine de izin verilmektedir.

IV- 4875 Sayılı Yasanın Yabancı Yatırımcıların Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Hak Edinmelerine İlişkin Düzenlemesi (m.3/d)’nin Anlamı

4875 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin -Anayasa Mahkemesinin 11.3.2008 günlü, E.2003/71, K.2008/79 sayılı kararıyla iptal edilen- (d) bendinde; “*Yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbesttir.*” kuralı yer almaktaydı.

Geçen bölümlerde belirtildiği üzere, 17 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’ndan önce de

yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri mümkündür. Zira 1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nun 10. maddesinde³⁴ yerli ve yabancı yatırımcıların eşit haklara sahip buldukları, diğer bir ifadeyle yabancı yatırımlarla ilgili olarak “ulusal işlem” (“milli muamele”) ilkesinin benimsenmiş olduğu vurgulanmış ve yabancı yatırımcıların söz konusu haklardan yararlanabilmeleri için özel bir şart öngörülmemiştir.

“Milli muamele” prensibinin benimsenmiş olmasının yanında, Köy Kanunu’nda ve Tapu Kanunu’nda da yabancı sermayeli Türk şirketlerinin taşınmaz mal edinmeleri ile ilgili kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığından yabancı yatırımcılar bu alanda da yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabi tutulmaktaydılar.

Şunu da ekleyelim ki, 4875 sayılı Yasa’dan başka diğer bazı yasalarda da yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimine izin veren düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda, 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu’nda (m.8/E) “*Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerindeki taşınmaz malların iktisabı, 442 sayılı Köy Kanunu ile, 2644 sayılı Tapu Kanunu’nda yer alan yabancı uyruklularla ilgili tahditlerden Bakanlar Kurulu kararı ile istisna edilebilir*” hükmü yer almıştır. Yine, benzer şekilde, 7.3.1954 günlü, 6326 sayılı Petrol Kanunu’nda (m.87) yabancı petrol şirketlerinin petrol sahalarındaki arazinin mülkiyetini iktisap edebilecekleri belirtilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türkiye’de, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan yabancı ortaklı şirketler “Türk şirketi” olarak kabul edilmektedirler. Bu şekilde Türk tüzel kişiliği kazanmış olan şirketlerin gayrimenkul edinimine ilişkin olarak Köy Kanunu ve Tapu Kanunu’nda herhangi bir kısıtlama bulunmaması nedeniyle, söz konusu şirketlerin gayrimenkul edinebilmesi mümkün idi. Bu çerçevede, 4875 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girmesinden önce de yabancı sermayeli şirketlere Türkiye’de gayrimenkul edinme hakkı tanınmış bulunuyordu³⁵.

34 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nun sözü geçen 10. maddesi, “Yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan bütün haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan, aynı sahalarda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüsler de aynı şartlar dahilinde istifade ederler.” hükmünü içermekteydi.

35 Nihat SIZAN, “*Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkule İlişkin Hakları*”, içerisinde: **Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler**, İstanbul, 2000, s.139 vd.

Keza, yabancı yatırımcıların sınırlı aynı haklardan yararlanmalarının önünde de bir engel bulunmuyordu. Her ne kadar, daha önceki mevzuatta gerek yabancı gerçek kişilerin gerekse de yabancı ortaklı şirketlerin sınırlı aynı haklardan yararlanıp yararlanamayacakları konusunda pozitif bir düzenleme bulunmuyor idiyse de, bu durum sözü geçenlerin sınırlı aynı haklardan yararlanmalarının yasaklanmış olduğu anlamına gelmemekteydi³⁶. Uygulamada da hem gerçek kişiler hem de yabancı yatırımcılar sınırlı aynı haklara sahip olabilmekteydiler.

Bu açıdan bakıldığında, 4875 sayılı Yasanın yabancı yatırımcıların taşınmaz mal edinebilmeleri ve sınırlı aynı haklardan yararlanabilmelerine ilişkin düzenlemesinin, yabancı yatırımlar hukuku alanında zaten var olan bir düzenlemeyi ve uygulamayı devam ettirdiği görülmektedir.

Bu genel tespitlerden sonra, şimdi 4875 sayılı Yasanın yabancı yatırımcıların taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinmelerine ilişkin düzenlemesine daha yakından bakılmaya çalışılacaktır. Bu konu 4875 sayılı Yasanın 3. maddesinin (d) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmeleri serbesttir.”

Bu düzenlemede öne çıkan hususlar şu şekilde belirtilebilir:

1.) Görüldüğü gibi, Yasa, yabancı yatırımcıların taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmeleri konusunda, yabancı yatırımcı ile yerli yatırımcılar arasında hiçbir fark gözetmeksizin tam bir eşitlik kurmaktadır.

1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nda yabancı yatırımcının yerli yatırımcıyla eşit işlem görmesi, yabancı yatırımların teşvik edilmesinin araçlarından biri olarak düzenlenmiş bulunuyordu. Zaman içerisinde, eşit işlem ilkesi, bir teşvik aracı olmaktan daha çok, uluslararası yatırımlarda geçerli bir ilke olarak işlev görmeye başlamıştır. 4875 sayılı Ka-

Bu konudaki tartışmalar için bkz., Nuray EKŞİ, **Yabancıların Türkiye’deki Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakları**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s.61-62; Fügen SARGIN, **Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.117-119. Genel olarak yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinimleri hakkında bilgi için bkz., Yılmaz ALTUĞ, *“Yabancıların Türkiye’de Aynı Hak Tasarrufları”*, İÜHFM, 1974, C.XL, S.1-4, s.363 vd.

³⁶ Bkz., SARGIN, s.96 vd.

nunun 3/d maddesinde yer alan düzenleme, eşit işlem ilkesinin somut uygulamalarından birini oluşturmaktadır.

2.) Yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bu bağlamda, hükümetin teklif ettiği metinde yabancı yatırımcıların taşınmaz edinebilmeleri için taşınmaz ediniminin “yatırım faaliyetlerinin gereği” olması şeklinde bir koşul yer almış idiye de, bu koşul, Plan ve Bütçe Komisyonu’nda tasarıdan çıkarılmış³⁷ ve tasarı bu haliyle Genel Kurulda kabul edilmiştir.

Böylece, herhangi bir miktar kısıtlaması olmaksızın ve yatırım faaliyeti bakımından gerekli olup olmadığına bakılmaksızın yabancı yatırımcılar Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinebileceklerdir.

Bu noktada, Türk Ticaret Kanunu’nun ticaret şirketlerinin ehliyeti ile ilgili 137. maddesindeki düzenlemenin yabancı yatırımcıların taşınmaz mülkiyeti edinmeleri bağlamında dolaylı bir sınır getirmekte olduğu söylenebilir. Şöyle ki, TTK’nun 137. maddesine göre: “Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.”

“Ticaret şirketlerinin ehliyetinden maksat, bu şirketlerin iktisap ve iltizam kabiliyetidir. Başka bir ifade ile, şirketlerin ehliyeti, bu hükmi şahısların haklardan istifade ve borçlanma hudutlarını gösterir. Diğer bir deyimle, umumiyetle bütün hükmi şahıslarda olduğu gibi (...), ticaret şirketlerinde de, istifade ve iltizam imkanı, hakiki şahıslardaki durum hilafına hudutludur ve bu hudut şirket esas mukavelesinde gösterilmiş olmalıdır. Filhakika TK. 137’ye göre “ticaret şirketleri ... şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.” Bu umumi prensip ve

³⁷ Plan ve Bütçe Komisyonunun Raporunda, sözü edilen ibarenin tasarıdan çıkarılmasının gerekçesi şu şekilde açıklanmaktadır: “Türk tabiiyetine bağlı olarak kurulan yabancı sermayeli şirketler Türk şirketi olarak muamele gördüklerinden, yatırım amaçlı olup olmadığına bakılmaksızın taşınmaz mal edinebildiklerinden, hâlihazırdaki uygulamadan geriye gidilmemesi için...” (yatırım faaliyetlerinin gereği) ifadesi metinden çıkarılmıştır. Bkz., TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, (S. Sayısı: 142), s.8.

kaide ayrıca, her şirket nev'ine mahsus hükümlerde tekrar ve teyid edilmiştir. (TK. 155/4, 176/1, 244, 271/2, 279/2, 478, 505/2)³⁸

Bununla beraber, konuyla ilgili mevzuatta, yabancı yatırımcılar tarafından kurulan şirketlerin işteğal edebilecekleri konular bakımından birkaç istisna dışında genel bir sınırlama bulunmadığından TTK.'nın 137. maddesindeki düzenlemenin yabancı yatırımcıların taşınmaz mülkiyeti edinmelerinin önünde bir engel oluşturamayacağı düşüncesindeyiz. Gerçekten de, örneğin gayrimenkul alım satımı gibi belli faaliyet alanları yabancı yatırımcıların faaliyet göstermeyecekleri alanlar olarak belirlenmemiştir. Bu nedenle, yabancı yatırımcıların, örneğin emlak alım-satımı alanında faaliyet göstermek üzere bir ticaret şirketi kurmalarının ve böylece TTK m. 137'e de uygun olarak sınırsız miktarda gayrimenkul edinmelerinin önünde kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır.

Bu itibarla, yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimine bir sınır getirilmek isteniyorsa, bunu sağlamak bakımından "yatırım faaliyetinin gereği" koşulunun yasaya konulmasının tek başına ihtiyaca cevap vermeyeceği kanaatindeyiz. Bu yönde bir sınır getirilmek isteniyorsa, bunun, yabancı yatırımcıların (örneğin, gayrimenkul alım-satımı, tarım ve ormancılık gibi) belli faaliyet alanlarından dışlanması veya bu alanlarda yapılacak yatırımların izne bağlı tutulması, miktar bakımından sınırlar getirilmesi gibi yöntemlerle mümkün olabileceğini düşünmekteyiz.

3.) Yabancı yatırımcıların taşınmaz edinebilmeleri hususu, karşılıklılık şartına bağlı tutulmamıştır. Diğer bir ifadeyle, Türkiye'de yatırım yapan yabancı yatırımcının taşınmaz edinme hakkı, karşılıklılık ilkesinin gereği olarak, kendi ülkesinde Türk girişimcilerine taşınmaz edinme hakkının tanınmış olup olmadığına bakılmaksızın tanınmaktadır. Bu noktada, yabancı yatırımcının ortağı olduğu şirketin Türk hukukuna göre kurulmuş olması dolayısıyla Türk uyrukluğunda bulunduğu, bu nedenle de karşılıklılık ilkesinin burada uygulanma durumunun olup olamayacağı sorusu akla gelebilir. Bu nedenle bu konu üzerinde biraz daha ayrıntılı olarak durulması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, "karşılıklılık yabancılar hukukunda kabul edilen, en aşağı iki devlet arasında uygulanan ve bir ülkede diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakların tanınmasını ifade eden bir prensiptir. ... Yabancıya tanıma-

³⁸ Hayri DOMANIÇ, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Cilt: I, İstanbul, 1988, s.448-449.

cak hakkın karşılıklılık esasına bağlanması hem iç hukukumuza hem de uluslararası hukuka aykırı değildir. Ancak, siyasi bir tercih olan karşılıklılığın her noktada aranması da bir zorunluluk değildir.”³⁹

Karşılıklılık ilkesi yabancılar hukukuna ait bir ilke olarak, Türkiye’de bir yabancı kazanacağı hakların sınırını belirlediğine göre, acaba 4875 sayılı Yasanın 3/d maddesinde sözü edilen yabancı ortaklı Türk şirketleri için karşılıklılık şartının uygulanmasından söz edilebilir mi?. Bir görüşe göre bu sorunun cevabı şöyledir: “Madde, Türkiye’de kurulan yabancı ortaklı şirketlerden söz ettiğine göre, bu şirketler kuruluş yeri esasına göre Türk uyruğundadır. Dolayısıyla diğer Türk şirketleri ile aynı statüdedir. Tümüyle iç hukuku ilgilendiren bir durumda da karşılıklılık ilkesi gündeme gelmez. Ama, tüzel kişiler söz konusu olduğunda durum her zaman bu kadar basit değildir. Gerçek kişilerden farklı olarak tüzel kişilerin vatandaşlığı tek, değişmez ve her yerde aynı kabulü gören bir kıstasla belirlenmez. Farklı mevzuatlar, kendi kapsamlarına giren tüzel kişiler için farklı esaslarla yabancılik unsurunu kabul edebilirler.”⁴⁰

Bu durumda, yabancılik unsurunun bulunduğu bir yerde hakkın tesisi için karşılıklılık şartının aranması mümkün olduğuna göre, 4875 sayılı Kanunun 3/d maddesinde sözü geçen yabancı ortaklı Türk şirketinin Türkiye’de taşınmaz edinmesinde karşılıklılık şartının uygulanma durumunun olamayacağını iddia etmek doğru değildir. Bu nedenle, kanun koyucu, yabancı ortaklı Türk şirketlerinin taşınmaz edinmesini, yabancı ülkelerde Türk ortaklı şirketlerin taşınmaz edinme imkânına bağlamış olsaydı, bu durum hukuka aykırı olmazdı. Böyle bir durumda, bir Türk şirketinin hak ehliyetinin haksız olarak sınırlandırıldığı da iddia edilemezdi; zira bu durumda yabancılik unsuru taşıyan bir şirket için kısıtlama getirilmesi durumu söz konusu olurdu⁴¹.

Bununla birlikte, karşılıklılık şartının uygulanıp uygulanmayacağı hususu bir siyasi tercih sorunudur. Kanun koyucu, 4875 sayılı Yasa’da, yabancı ortaklı Türk şirketleri için bu yönde bir tercih kullanmamış ve karşılıklılık ilkesini

³⁹ Sibel ÖZEL, “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:23, Sy:1-2, 2003 (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan), s.607.

⁴⁰ ÖZEL (2003), s.608.

⁴¹ ÖZEL (2003), s.609.

aramadan onlara diğer Türk şirketlerinin sahip olduğu imkânlarla, Türkiye’de taşınmaz edinme hakkı tanımıştır⁴².

Görüldüğü üzere, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin Türk uyrukluğunda bulunduğu gerçeği görmezlikten gelinemezse de, Türkiye’nin yabancı yatırımcılara tanıdığı hakların veya sağladığı kolaylıkların aynısı veya benzerlerinin dış ülkelerde Türk girişimcilerine temin edilip edilmediği hususunun yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimleri bakımından bir önkoşul olarak yasada öngörülmesinin mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Fakat kanun koyucu bu konudaki tercihini aksi yönde kullanmış ve 4875 sayılı Yasada bu bağlamda herhangi bir önkoşul getirmemiştir.

V- İnceleme Konusu Kuralın Anayasaya Aykırı Olduğuna İlişkin Görüşlerin Tartışılması

A- Anayasaya Mahkemesine Yapılan Başvuruda Dile Getirilen Başlıca Argümanlar

4875 sayılı Yasanın 3. maddesinin “*Taşınmaz edinimi*” başlıklı (d) bendinde yer alan “*Yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmeleri serbesttir.*” şeklindeki düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru özetle şu gerekçelere dayandırılmıştır⁴³:

Bu bağlamda ilk olarak, yabancı gerçek kişilerin ve yabancı cemiyet ve şirketlerin Türkiye’de taşınmaz mal edinmeleri ile ilgili bulunan, Anayasa Mahkemesi’nin 13.6.1985 günlü, E.1984/14, K.1985/7 sayılı ve 9.10.1986 günlü, E.1986/18, K.1986/24 sayılı iki kararına temas edilmiştir. Sözü edilen bu kararların konusunu oluşturan 3029 ve 3278 sayılı Yasa’ların ilgili hükümleriyle, Bakanlar Kurulunca tespit edilecek belli ülke vatandaşlarının ve tüzel kişilerinin karşılıklılık koşulu aranmaksızın (köyler de dâhil olmak üzere)

⁴² ÖZEL (2003), s.609.

⁴³ Bkz., 16.4.2008 günlü, 26849 sayılı Resmi Gazete, s. 52-55.

Türkiye’de taşınmaz edinmelerine olanak sağlanmıştı. Anayasa Mahkemesi, sözü edilen yasa kurallarını Anayasa aykırı bularak iptal etmişti⁴⁴.

İkinci olarak, yabancıların taşınmaz mülkiyeti edinmeleri ile ilgili düzenlemelerin Osmanlı İmparatorluğu döneminden bu yana geçirdiği süreç hakkında özet bilgi sunulmuştur. Bu çerçevede, yabancıların taşınmaz edinmelerinin karşılıklılık koşuluna bağlanmış olduğuna ve yabancıların taşınmaz edinimi bağlamında Köy Kanunu ile Tapu Kanunu’nda yer alan (fakat 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Yasa’yla yürürlükten kaldırılmış olan) yasaklayıcı ve kısıtlayıcı hükümlere temas edilmiştir⁴⁵.

Bunların akabinde, yabancıların haklarının sınırlandırılmasına ilişkin ilkeleri belirleyen Anayasanın 16. maddesinde yer alan düzenlemeye temas edilmiştir. Bu çerçevede, yabancıların vatandaşlara tanınmış olan kimi haklardan yararlanamamasının devleti korumak, onun devamlılığını sağlamak gibi düşüncelere dayandığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda, bu genel açıklamaları takiben, 4875 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin (d) bendi ile, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık koşulu olmaksızın ve kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerine imkan sağlandığı; bu nedenle kuralın Anayasanın 2., 3. ve 11. maddeleri ile Başlangıç kısmının 1., 2. ve 5. paragraflarına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu çerçevede;

44 Bkz., Anayasa Mahkemesi’nin (21.6.1984 günlü, 3029 sayılı Yasa’ya ilişkin) 13.6.1985 günlü, E.1984/14, K. 1985/7 sayılı iptal kararı; AMKD, Sy.21, s.153-187 ile (22.4.1986 günlü, 3278 sayılı Yasa’ya ilişkin) 9.10.1986 günlü, E.1986/18, K. 1986/24 sayılı iptal kararı; AMKD, Sy.22, s.233-278.

45 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı “*Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”la Tapu Kanunu’nun 35. maddesi değiştirilmiş; Köy Kanununun 87. maddesi ile Tapu Kanunu’nun 36. maddeleri ise yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, yabancı gerçek kişilerin yanında yabancı ticaret şirketlerinin de Türkiye sınırları içerisinde taşınmaz edinebilecekleri kuralı getirilmiştir. Ayrıca, yabancıların köy sınırları içerisinde taşınmaz edinmelerine ilişkin yasak ortadan kaldırılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Sibel ÖZEL, “*Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinme Hakkı ile İlgili Tapu K. m.35’te Yapılan Son Değişikliğin Değerlendirilmesi*”, İÜHFİM, C.LXII, Sy.1-2, 2004, s.436-447.

i- Yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz mal edinmeleri ve sınırlı aynı haklardan yararlanmaları ile ilgili düzenlemede karşılıklılık koşuluna yer verilmemiş olmasının Anayasanın Başlangıç kısmının ikinci paragrafında yer alan, Türkiye Cumhuriyetinin “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi*” olduğuna dair ilkeye aykırı olduğu; zira milletlerarası ilişkilerde geçerli olması gereken en önemli unsurun eşitlik olduğu ve eşitliği sağlayacak hususların başında ise karşılıklılık ilkesinin geldiği; karşılıklılık ilkesinin Türk yabancılar hukukunun genel ilkelerinden biri olduğu; sonuç olarak, karşılıklılık koşulunun aranmamış olmasının Anayasanın Başlangıç Kısmının 2. paragrafına aykırı olduğu,

ii- İptali istenilen yasa kuralıyla, belli ölçüde yatırım yapılması, belli sayıda işçi istihdam edilmesi gibi şartlar aranmadan ve miktar kısıtlaması olmaksızın yabancı yatırımcıların mülk edinebilmesine izin verilmesinde kamu yararının bulunmadığı; bu nedenle, kamu yararı gözetilmeksizin vazedilmiş olan kuralın Anayasanın Başlangıç Kısmının 5. paragrafına aykırı olduğu,

iii- Söz konusu yasal düzenlemeyle, satın alma yoluyla ülke topraklarının yabancıların eline geçmesine olanak tanındığı, bu itibarla, kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar kısıtlaması yapılmadan yabancı yatırımcıların taşınmaz edinebilmelerine imkân sağlanmasının Anayasanın 3. maddesinde yer alan devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği ilkesine aykırı olduğu,

iv- Anayasanın çeşitli maddelerine aykırı olan bir yasa kuralının aynı zamanda hukuk devleti ilkesine (m.2) ve anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine de (m.11) aykırı sayılması gerektiği yönündeki görüşlere yer verilmiştir.

B- Anayasaya Mahkemesinin İptal Kararının Dayandığı Gerekçe

Mahkemenin 11.3.2008 günlü, E.2003/71, K.2008/79 sayılı kararında, yukarıda özetlenen anayasaya aykırılık iddiaları hakkında şu değerlendirmeler yapılmıştır:

“İptali istenilen (d) bendinde, taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinilmesi konusunda, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla aynı statüde değerlendirildikleri, aralarında hiçbir fark gözetilmediği, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir. Böylece, herhangi bir miktar

kısıtlaması olmaksızın ve yatırım faaliyeti bakımından gerekli olup olmadığına bakılmaksızın yabancı yatırımcılar Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebileceklerdir.

Bilim ve teknolojiadaki gelişmeler, artan ulaşım ve iletişim olanakları, ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerde beliren yeni yapılanma gereksinimleri, uluslararası ilişkilere yoğunluk ve yeni boyutlar kazandırmıştır. Bunun sonucu olarak kimi durumlarda yabancı yatırımcılara mülk edinme hakkının tanınması ve buna koşul olarak da konunun ülke koşullarına göre belli yasal sınırlamalara bağlı tutulması gereği ortaya çıkmıştır.

Anayasa'nın Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmaktadır. Bu maddeyle göndermede bulunularak Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilen Anayasa'nın Başlangıcının beşinci paragrafında ise, hiçbir faaliyetin, Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin karşısında korunma göremeyeceğine işaret edilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde de, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır.

Anayasa'nın Başlangıcı ile 5. maddesi bağlamında anlam ve içerik kazanan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Dava konusu yasa kuralıyla yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbesttir denilmiştir. Hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırım-

cıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.”

Görüldüğü üzere iptal kararının gerekçesi özetle şu satırlarda ifadesini bulmaktadır. “(...) *milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.*”

Mahkemenin şu tespitlerden hareketle kuralın iptal edilmesi gerektiği sonucuna vardığı anlaşılmaktadır: Mahkemeye göre, yabancı yatırımcıların hangi amaçlarla taşınmaz edinebilecekleri ve edindikleri bu taşınmazları hangi esas ve usuller çerçevesinde devredebilecekleri konusunda Yasada hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Böylece, yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmıştır.

Mahkeme, bu iki nedenle, inceleme konusu kuralın belirsizliklere yol açtığına ve sonuç itibarıyla hukuk devleti ilkesi bağlamında Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, dava konusu yasa kuralının iptaline karar verirken, iptal davasını açanların dayandıkları gerekçelerden daha farklı bir gerekçeyi esas almıştır. Bu bağlamda, Mahkeme, dava konusu yasa kuralında karşılıklılık ilkesine yer verilmemiş olmasını bir sorun olarak ele almamıştır. Keza, yasanın çıkarılmasında kamu yararının gözetilmiş olup olmadığının incelenmesine de gerek görmemiştir. Nihayet, dava konusu yasa kuralının ülkenin bölünmez bütünlüğünü tehlikeye atabileceği yönündeki savları da değerlendirme dışında tutmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konan iptal gerekçelerinin bir kısım eleştirileri davet edebileceği görülmektedir. Bu bağlamda, iptal isteminin red-dine karar verilmesi gerektiği yönünde oy kullanan beş üyenin yazdıkları karşıoy yazısı dikkat çekicidir. Bu üyeler, karşıoy gerekçelerinde özetle, Tür-

kiye’de kurulan yabancı ortaklı şirketlerin Türk uyrukluğunda oldukları gerçeğinin ve bunların diğer Türk şirketleriyle aynı hukuksal statüde bulunmalarının göz ardı edilemeyeceği, doğrudan yabancı yatırımlara yönelik eleştirileri karşılayanın ve buradan kaynaklanan sorunları çözenin yasa koyucuya düşen bir görev olduğu, ekonominin, yasa koyucunun ekonomik politikasına görev şekillenmesinin gerekli olduğu, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu gibi yasal düzenlemeler çerçevesinde yabancı yatırımcıların taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hakları nasıl kullanacakları ve bunları hangi yöntemle devredebilecekleri konusunda herhangi bir belirsizliğin söz konusu olmadığını vurgulayarak çoğunluk görüşüne karşı olduklarını belirtmişlerdir.⁴⁶

4875 sayılı Yasanın 3. maddesinin (d) bendinde yer alan düzenlemenin bu gerekçelerle iptal edilmesi üzerine yasa koyucu, Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçeleri de dikkate alarak yabancı yatırımcıların taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı haklar edinmeleri konusunda 3.7.2008 günlü, 5782 sayılı Yasanın 2. maddesiyle yeni bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeyle yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimine ilişkin kurallar 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun kapsamından çıkarılarak 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 36. maddesine aktarılmıştır⁴⁷.

46 Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ’nin karşıoy gerekçeleri için bkz., 16.4.2008 günlü, 26849 sayılı Resmi Gazete, s.68-70.

47 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun halen yürürlükte bulunan 36. maddesi şöyledir:

“Yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinebilir ve kullanabilirler. Bu şekilde edinilen taşınmazların Türkiye’de kurulu bulunan bir başka yabancı sermayeli şirkete devrinde ve taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda da aynı esas geçerlidir. Türkiye’de kurulu yabancı sermayeli şirketlerin tasfiyesi halinde şirketin sahip olduğu taşınmazın şirket ortağı yabancı gerçek kişiler veya yurt dışında kurulu yabancı ticaret şirketleri tarafından edinilmek istenmesi halinde 35 inci madde hükümleri uygulanır.

18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu şirketlerin, askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ve aynı Kanununun 28 inci maddesi çerçevesinde belirlenen stratejik bölgelerdeki taşınmaz edinimleri, Genel Kurmay Başkanlığının ya da yetkilendireceği komutanlıkların, özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznine tabidir. Valilik iznine tabi hususlar, ilgili idare temsilcilerinin katılımıyla

C- Anayasaya Aykırılık İddialarına İlişkin Değerlendirmelerimiz

4875 sayılı Yasanın 3. maddesinin (d) bendinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda dile getirilen ve yukarıda aktarılan anayasaya aykırılık iddiaları hakkındaki kişisel değerlendirmelerimiz şöyledir:

1- Konunun ‘karşılıklılık ilkesi’ bağlamında değerlendirilmesi

Anayasanın Başlangıç Kısmının 2. paragrafında yer alan ifade şöyledir: (Bu Anayasa) “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı, refahı, maddi ve manevi mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde;*” (anlaşıp uygulanmalıdır.)⁴⁸

Anayasanın 176. maddesi gereğince “*Anayasanın dayandığı temel görüş ilkeleri belirten başlangıç kısmı Anayasa metnine dahildir.*” Her ne kadar, Başlangıç kısmı, edebi bir üslupla kaleme alınmış ve burada ifade edilen bir takım temel ilkeler Anayasanın müteakip maddelerinde ayrıca somut olarak düzenlenmiş olduğu için, Anayasanın başlangıç kısmının anayasaya uygunluk denetiminde tek başına ölçü norm olarak kullanılmasının isabetli olup olmayacağı konusunda tartışmalar yapılmaktaysa da Anayasa Mahkemesi kararlarında Başlangıç kısmının ölçü norm olarak kullanılmakta olduğu görülmektedir.

Başvuru gerekçesinde, 4875 sayılı Yasa’da, yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz edinmelerinin karşılıklılık koşuluna bağlanmamış olmasının Anayasanın Başlangıç kısmının 2. paragrafına aykırı olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda, milletlerarası ilişkilerde geçerli olması gereken en önemli unsurun eşitlik olduğu ve eşitliği sağlayacak hususların başında ise karşılıklılık ilkesinin geldiği görüşüne yer verilmiştir. Bu tezi desteklemek üzere de Ana-

oluşan komisyonda, taşınmaz ediniminin, ülke güvenliği ve faaliyet konusuna uygunluğu değerlendirilerek karara bağlanır.

Bu madde hükümlerine aykırı şekilde edinildiği veya kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ve sınırlı aynî haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, ilgili bakanlıkların görüşlerinin alınmasını müteakip Hazine Müsteşarlığı, İçişleri Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

⁴⁸ Parantez içinde yer alan kısımlar, Anayasanın Başlangıç kısmından yapılan alıntının bir yargı ifade edebilmesini teminen tarafımızdan ilave edilmiştir.

yasa Mahkemesi'nin yukarıda sözü edilen 1985/7 ve 1986/24 sayılı kararlarına atıf yapılmış ve bu kararlardan alıntılara yer verilmiştir.

Gerçekten de, Anayasa Mahkemesinin sözü geçen kararlarında, yabancıların taşınmaz edinimi bağlamında karşılıklılık ilkesinin rolü konusunda açıklamalar yapılmıştır. Anayasa Mahkemesine göre;

“Türk Yabancılar Hukuku'nun genel ilkelerinden olan karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası, öğretide en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eden bir prensip olarak izah olunmaktadır. (...) Bir devletin, ülkesinde, yabancılara haklar tanınmasının ve bu konuda karşılıklı muamele esasından vazgeçmesinin bir iç hukuk sorunu olduğu görüşü genelde yadsınamaz. Toprak edinme konusundaki mütekabiliyet esasının başka konulardaki mütekabiliyet esasından farklı yönü, Devletin, ülke denilen asli maddi unsuruyla olan ilişkisidir. Söz konusu ilişki bu noktada farklı bir düşünce ve hassasiyeti zorunlu kılar. Bu koşullardan herhangi bir nedenle tek taraflı vazgeçmek, Devletler Hususi Hukukunda Yabancılar Hukuku alanına etkisi zaruri eşitlik prensibini benimsememek anlamını taşır. (...) Ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir. Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslar arası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır.”⁴⁹

Sözü edilen kararda, karşılıklılık ilkesi ile devletlerin eşitliği prensibi arasında Anayasa Mahkemesince kurulmuş olan bağlantı, öğretide kimi eleştirilere yol açmıştır. Aşağıda, bu konuda yapılmış eleştirel değerlendirmelerin bir kısmına yer verilmiştir.

ÖZBUDUN'a göre, “(...) bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, Başlangıcın (ikinci) paragrafına, hükmün amacını aşan bir anlam vermiştir. Bu paragrafta Türkiye Cumhuriyetinin “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olduğundan söz edilmesi, mütekabiliyet ilkesine kayıtsız şartsız bağlılıktan çok, Atatürk milliyetçiliğinin şovenizmden uzak, insancıl ve barışçı niteliğinin bir ifadesi olarak değerlendirilmelidir. Devletlerin kendi milli çıkar-

⁴⁹ Bkz., Anayasa Mahkemesinin 13.6.1985 günlü, E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararı; AMKD, Sy.21, s.168-173.

larının gereği gördükleri konularda mütekabiliyet ilkesinden vazgeçmeleri, devletlerin egemen eşitliği kuralını bozmaz.”⁵⁰

Keza, Vedat Raşit SEVİĞ, “karşılıklılık” ilkesinin anlamı, egemenlik kavramı ile ilişkisi ve ülke topraklarının yabancıların eline geçmesini önlemede nasıl bir rol oynayabileceği hususunda şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Karşılıklılık insan haklarına saygı sınırları içerisinde Uluslararası Hukukun kabul ettiği ana ilkelerden biridir. (...) Karşılıklılık tek nefsi müdafaa tedbiri değildir ve karşılıklılığın kanunda yer almadığı durumlarda egemenlik elden gitmiş de değildir. (...) Zaten şu noktaya çok dikkat edilmelidir ki, “muslihane hulul” denilen, yerleşme suretiyle toprak koparmağa, ülke bütünlüğüne kastetmeğe yönelik bir girişim pekâlâ kendi ülkesinde kastedtiği devletin uyruklarına taşınmaz mülkiyet hakkını tanıyan bir devletten de sadır olabilir. Bu durumda ise mütekabiliyet şartı hiçbir işe yaramaz. Hiçbir savunma imkânı vermez. (...) Mütekabiliyet şartının aranmaması ise bir egemenlik noksanını beraberinde getirmez. Bu gün birçok Batı Avrupa ülkesi mütekabiliyet şartını aramaksızın yabancıların taşınmaz mal edinmesine müsaade eder. Bu ülkelerin egemenlik hakkında bir eksiklik henüz sezilmemektedir.”⁵¹

Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili sözü geçen birinci kararının değerlendirildiği bir Tartışmalı Konferansta⁵² konuşmacılar, yukarıdaki görüşlere paralel şu değerlendirmeleri yapmışlardır:

“(...) Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesinde “karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esaslı uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır” deniliyor. (...) Bizim bildiğimize göre eşitliğin kıstası bağımsızlık. Eşitlik bağımsız olan devletler arasında söz konusu. (...) Mütekabiliyet öyle her zaman eşitlik anlamına gelmiyor. Mütekabiliyet eşitlik anlamına bazen gelir

⁵⁰ Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin yay., Ankara, 2000, s.72-73.

⁵¹ Bkz., Vedat Raşit SEVİĞ, “Bazı Yabancıların Karşılıklılık Aranmaksızın Taşınmaz Edinmesini Sağlayan Kanunun İptali Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, 1985, S.2, s.141-142.

⁵² Bkz., *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, 1985, Sy.2, s.123-140.

bazen da gelmez. (...) Mütakabiliyet koşulunu kanunla koyan bir yönetimin mütakabiliyet koşulunu kanunla kaldırması da o derece mümkün.”⁵³

“Karşılıklılık Türk Hukukunun Türk Yabancılar Hukukunun genel bir prensibi vazgeçilmez bir prensibi kesinlikle değildir. Çünkü yabancılar hukuku alanında pek çok konuda, kişinin hukukunda, aile hukukunda, mahkemele-re müracaat hakkında hiçbir şekilde karşılıklılık aranmaz. Ne zaman aranır karşılıklılık? Önemli bazı konularda, yabancılara belirli haklar verilsin mi verilmesin mi? Tereddüde düşüldüğü zaman, bu şarta sınımlanabilir. Ama bu da politik bir tercihtir. İşimize gelen yerde daha doğrusu zorunlu olduğu zaman bunu kullanırız.”⁵⁴

Burada şu hususa da dikkat çekmek isteriz ki, Anayasa Mahkemesinin 1985/7 ve 1986/24 sayılı kararları yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimi ile ilgili değildi. Bu kararlarda denetlenen yasal düzenlemeler, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinimi ile ilgili bulunmaktaydı ve sözü geçen yasa kuralları ile Bakanlar Kurulunun uygun göreceği ülke vatandaşlarının ve ticaret şirketlerinin mütakabiliyet şartı aranmaksızın Türkiye’de mülk edinebilmelerine olanak tanınmaktaydı.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesinin sözü geçen kararları “*yabancı gerçek ve tüzel kişilerin*” taşınmaz edinimi ile ilgilidir; incelenmekte olan 4875 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin (d) bendinde ise, “*yabancı yatırımcıların*” diğer bir ifadeyle de “*yabancı ortaklı Türk şirketlerinin*” taşınmaz edinimi konusu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, her iki olgu birbirinden farklıdır. Yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinimiyle yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimini karşılaştırırken, yabancı yatırımcının Türkiye’de bulunma sebebinin ve taşınmaz edinmek istemesinin onun yatırım faaliyetinden kaynaklanmakta olduğu hususunun göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda, Türkiye’de yatırım ve üretim faaliyetinde bulunacak olan yabancı yatırımcının temel hedefi bu faaliyetlerden kâr elde edebilmektir. Bu nedenle, yabancı yatırımcı için Türkiye’de taşınmaz mal edinmek asıl hedef değildir. Yabancı yatırımcı, yatırım faaliyeti için gerekli ya da zorunlu olduğu durumlarda taşınmaz edinme yoluna gidecek ve buna bağlı olarak da, Türkiye’deki yatırım faaliye-

53 Sözü edilen konferansta Edip ÇELİK tarafından yapılan açıklamalar, age., s.130-131.

54 Sözü edilen konferansta Ata SAKMAR tarafından yapılan açıklamalar, age., s.138.

tini herhangi bir sebeple sona erdirdiğinde, doğal olarak, Türkiye’de sahip olduğu taşınmazları da elinden çıkararak Ülke’den ayrılacaktır.

Buna karşılık, yabancı gerçek kişilerin ve yabancı ticaret şirketlerinin herhangi bir yatırım-üretim faaliyetleri söz konusu olmaksızın Türkiye’de taşınmaz mal edinmeleri halinde ise hedefin salt Türkiye’de taşınmaz mal edinilmesi olduğu söylenebilir.

Nitekim bu farklılık, Türk hukukunda yabancıların taşınmaz edinimi ile ilgili yasal düzenlemelerde de dikkate alınmış bulunmaktadır. Şöyle ki, 4875 sayılı Yasa’dan yaklaşık bir ay sonra yürürlüğe girmiş olan 4916 sayılı Kanun’la değişik 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde *“Karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilirler”* hükmüne yer verilmiştir. Böylece, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin (ticaret şirketlerinin) taşınmaz edinimi noktasında karşılıklılık koşulunun aranmasına eskiden olduğu gibi devam edilecektir. Buna karşılık, inceleme konusu 4875 sayılı Yasa’da yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimi konusunda karşılıklılık koşuluna yer verilmemiştir. Bu ayrımın bilinçli olarak yapılmış olduğu ve yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmeleri ile yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz edinmelerinin farklı olgular olarak değerlendirildiği çok açıktır.

Böylece, yasa koyucu tarafından yapılan değerlendirmeler sonucunda, karşılıklılık koşulu aranmaksızın yabancı yatırımcılara taşınmaz edinme olanağı tanınması yoluyla elde edilecek kamusal yararın aksi yönde davranılması halinde ortaya çıkacak olan kamusal yarara tercih edilmiş olduğu söylenebilir.

Anayasanın başlangıç kısmının ikinci paragrafında yer alan Türkiye Cumhuriyetinin diğer devletlerle eşit haklara sahip olduğuna ilişkin ifade, bir görüşe göre, yabancılar hukuku alanında her somut olayda mutlaka karşılıklılık ilkesinin uygulanmasını gerektirmektedir. Bu yaklaşım başvuru gerekçesinde de tekrar edilmiştir. Başvuru gerekçesinde, Anayasa Mahkemesinin konuyla dolaylı olarak ilgili bulunan daha önceki kararlarında yer alan ifadelerden de yararlanılarak karşılıklılık koşulunun aranmasının devletlerin eşitliği ilkesinin bir gereği olduğu görüşüne yer verilmiştir. Buna karşılık, bu görüşün öğretide tartışmasız ve yaygın bir şekilde benimsenmiş olduğu ileri sürülemez. Aksine, bu tezi eleştiren görüşlerin daha yaygın olarak benimsenmekte olduğu görülmektedir. Buna göre, devletlerin eşitliği ilkesi her koşulda ve mutlaka karşılık-

luluk ilkesinin uygulanmasını gerektirmemektedir; karşılıklılık şartının uygulanıp uygulanmayacağı hususu bir siyasi tercih sorunudur.

Kanun koyucu, 4875 sayılı Yasa bağlamında, yabancı ortaklı Türk şirketlerinin, karşılıklılık şartı olmaksızın, diğer Türk şirketlerinin sahip olduğu haklar çerçevesinde Türkiye’de taşınmaz edinebilmelerini uygun görmüştür.

İkinci bir husus; çalışmamızın ilgili kısımlarında etraflıca açıklandığı üzere, Türkiye’de Türk hukukuna göre kurulup yönetilen yabancı ortaklı şirketler Türk uyrukluğundadır. Bu şirketler, aksini gerektiren istisnai bir kural olmadıkça Türk vatandaşları tarafından kurulmuş olan şirketlerle aynı hak ve yükümlülüklerle tabi bulunmaktadır. Bu hususlar gözetildiğinde, kanaatimizce, Anayasanın Başlangıç kısmının ikinci paragrafında yer alan ifade, yabancı ortaklı şirketlerin Türkiye’de taşınmaz edinmelerinde mutlaka karşılıklılık koşulunun aranmasını gerektirmemektedir.

2- “Millî menfaatler” ve “kamu yararı” kavramları yönünden değerlendirme

Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafı, “Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;” hükmünü içermektedir.

Başvuru gerekçesinde, iptali istenilen yasa kuralının Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafına aykırılığı bağlamında şu görüşlere yer verilmiştir:

“Başlangıcın 5 inci paragrafında “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk millî menfaatlerinin ... karşısında korunma göremeyeceği” ilkesi ile, Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde, millî menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir. (...) Karşılıklılık aranmadan, Türkiye’de belli ölçüde yatırım yapması, belli sayıda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşını işçi olarak çalıştırması veya yatırım alanı bakımından Türkiye’de taşınmaz edinmesinin zorunlu olması gibi koşullar konulmadan yabancı yatırımcılara Türkiye’nin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına açık olan her

bölgesinde taşınmaz edinme hakkı tanınmasında bir kamu yararı yoktur. Çünkü Türkiye'ye olumlu bir katkı söz konusu değildir.”⁵⁵

Görüldüğü gibi, başvuru gerekçesinde, iptali istenilen yasa kuralının içeriği itibariyle milli menfaatlere aykırı olduğu; söz konusu yasal düzenlemenin çıkarılmasında kamu yararının bulunmadığı şeklindeki görüşlere yer verilmiştir. Bu nedenle “milli menfaat” ve “kamu yararı” kavramları üzerinde durulmalıdır.

Öğretide genellikle benimsenen bir görüşe göre, Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafında yer alan “*Türk milli menfaatleri*”, “*Türklüğün tarihi ve manevi değerleri*” gibi kavramlar hem geniş kapsamlı ve içerikleri belirsiz olan kavramlardır, hem de bunlar hukuki olmaktan uzak, sübjektif ve siyasi değer yargıları taşıyan kavramlardır. “Bu nedenle bu tür kavramların değerlendirilmesi demokratik bir sistemde seçilmiş siyasi organlara aittir. Bunların değerlendirilmesi bir “yerindelik” sorunudur. Görevi “hukukilik denetimi” olan AYM’nin bu tür kavramları ölçü norm olarak değerlendirmesi, yetkilerini aşarak “yerindelik denetimine” kayması sonucunu doğurur.”⁵⁶

Bu itibarla inceleme konusu yasa kuralının “Türk milli menfaatleri”ne aykırı olduğu yönündeki savların irdelenmesinin anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı dışında bulunduğu düşünülmektedir.

Buna karşılık, inceleme konusu yasa kuralının “kamu yararı” yokluğu nedeniyle de iptal edilmesi gerektiği iddia edilmiştir ki, kamu yararı kavramının Anayasada ve diğer hukuksal metinlerde çokça kullanılan hukuksal bir kavram olduğu bilinen bir husustur. Bu itibarla konunun bu yönü üzerinde daha ayrıntılı olarak durulması gerekmektedir.

Bir tanıma göre “kamu yararı, kamunun gereksinmeleriyle veya ulusal birliğin, devletin gereksinmeleriyle ilgili olan ve bunları karşılayan topluma, ulusa, devlete istifadeler sağlayan yarar”dır. “Neyin kamu yararına olduğunun,

⁵⁵ 16.4.2008 günlü, 26849 sayılı Resmi Gazete, s.54-55.

⁵⁶ Bkz., Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1993, s.128. Aynı yöndeki diğer görüşler için bkz., ÖZBUDUN, s.72; Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s.73.

neyin olmadığıнын saptanması bir noktada siyasal bir sorun olmakta ve bu nedenle, üzerinde tam bir anlaşma olanağı bulunmamaktadır.”⁵⁷

Anayasanın çeşitli hükümlerinde (35, 39, 43/2, 46/1, 47/1, 169/2. maddelerinde) yer alan kamu yararı kavramının Anayasada bir tanımı yapılmadığı gibi kamu hukukunda sıkça kullanılmasına rağmen bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusunda öğretide de görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla beraber kavram, ilk bakışta, bir olgunun halkın, kamunun çıkarına olması halinde kamu yararından söz edilebileceği düşüncesini akla getirmektedir.

Kamu yararı çok işlevli bir kavramdır. Bu kavram, ilk olarak kamusal işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde kullanılabilir. Bunun yanında, kamu yararı kavramı temel hakların sınırlandırılmasında başvurulabilen nedenlerden biridir. Keza kamu yararı kavramı, bir faaliyete “devlet ya da kamu faaliyeti” niteliği kazandırır ve kavramın benzeri diğer amaçlar için de kullanılması söz konusu olabilir⁵⁸. Kavramın bu şekilde çok işlevli olması tanımının yapılmasını da zorlaştırmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin geçmiş kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusu belli ölçüde cevaplandırılmıştır. Genel bir ifadeyle söylemek gerekirse, Anayasa Mahkemesine göre, kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır⁵⁹.

Bilindiği üzere, bütün kamusal işlemlerin yönelmek zorunda oldukları nihai hedef kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kanunun amaç ögesi bakımından anayasaya uygun sayılabilmesi için kamu yararı dışında bir amaç gözetilmeden çıkarılmış olması gerekir. “Kanunun gerekçesinden ve kanun üzerindeki Meclis görüşmelerinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla (mesela kişisel veya duygusal saiklerle veya sadece belli bir grubun çıkarı için) çıka-

⁵⁷ Ejder YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara, 1985.

⁵⁸ Bkz., Tekin AKILLIOĞLU, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, C.24, Sy.2, Haziran 1991, s.3-15.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesinin bu doğrultudaki yaklaşımı örneğin şu kararlardan izlenebilir: E.1972/14, K.1972/34, K.T. 22.6.1972, AMKD, Sy.10, s.487; E.1992/13, K.1992/50, K.T. 21.10.1992, AMKD, Sy.29/1, s.176.

rılmış olduğu açıkça anlaşılabilir”⁶⁰ kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilir.

Bununla beraber, kanunun amaç unsuru sübjektif bir nitelik taşıdığı için yasama organının kamu yararı dışında bir amaç güdüp gütmeyeceğinin ortaya konulması son derece güçtür. Doktrinde yazarlar, kanunun amaç unsuru bakımından sakat olup olmadığının denetlenmesinde Anayasa Mahkemesinin çok dikkatli hareket etmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Örneğin ÖZBUDUN’a göre, aksini “(...) gösteren kanıtların bulunmaması halinde, yasama organının kamu yararı amacıyla hareket etmiş olduğunu varsaymak gerekir. Anayasa Mahkemesinin, kamu yararının var olup olmadığını kendi takdirine göre değerlendirmesi, diğer bir deyimle kendi kamu yararı anlayışını yasama organının kamu yararı anlayışının yerine geçirmesi mümkün değildir.”⁶¹

Keza, TEZİÇ de buna paralel bir görüşü savunmaktadır. Şöyle ki, “(...) Anayasa Mahkemesi denetimini yaparken, kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil, fakat kanunun gerçekten kamu yararı amacı ile mi yapılarak yapıldığını denetleyebilir. Kanunun kamuya yararlı olup olmadığı bir siyasi tercih, ya da yerindelik sorunudur ve Anayasa Mahkemesinin denetimi dışındadır.”⁶²

Buraya kadar yapılan açıklamalarda, kanunların kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla çıkarılması gerektiği, aksi halde kanunun amaç ögesi bakımından anayasaya aykırı hale geleceği hususu üzerinde duruldu. Ayrıca, sübjektif nitelikte oluşu nedeniyle kanunun amaç ögesi yönünden anayasaya aykırı olduğunun ispatlanmasının güç olduğu; bunu kanıtlayan açık bulguların olmaması halinde kural olarak yasa koyucunun kamu yararı amacıyla hareket etmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği; neyin kamu yararına olduğu sorusunun cevabının ilgilinin bağlı olduğu dünya görüşüne göre değişebilecek nitelikte olduğu, bu bakımdan her siyasal iktidarın kendine özgü ve nispi olarak farklılıklar taşıyan bir kamu yararı anlayışına sahip olmasının kaçınılmaz olduğu noktalarına temas edildi.

⁶⁰ ÖZBUDUN, s.386.

⁶¹ ÖZBUDUN, s.387.

⁶² Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beşinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.187.

Bu açıdan bakıldığında başvuru gerekçesinde, kanunun kamu yararı amacı dışında sözgelimi belli kişilerin veya grupların çıkarı gözetilerek çıkarılmış olduğuna dair herhangi bir iddia veya kanıtın olmadığı görülmektedir. Keza, ilgili yasama belgelerinin incelenmesi sonucunda da kanunun kamu yararı amacı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğuna dair bir bulgu tespit edilememektedir. Kanun tasarısının Meclis Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında yapılan konuşmalarda daha çok, kanun tasarısının siyasal yerindeliği bağlamında olmak üzere, yabancı sermayenin gelmesiyle Türkiye'nin her sorununun çözülemeyeceği; her türlü tavizin verilmesi halinde yabancı sermayenin akın edeceği beklentisinin bir yanılgıdan ibaret olduğu; kanun tasarısının büyük ölçüde Doğrudan Yabancı Sermaye Danışma Servisi adlı bir yabancı kuruluş tarafından hazırlanmış olduğu; "yabancı sermaye gelsin de nasıl gelirse gelsin" anlayışıyla ve tamamen Türkiye'nin çıkarları göz ardı edilerek hazırlanmış bir tasarının söz konusu olduğu şeklindeki görüşlere yer verilmiş ve bu gibi gerekçelerle kanun tasarısına eleştiriler yöneltilmiştir.

Burada şunu da ekleyelim ki, inceleme konusu yasa kuralında, yabancı yatırımcının ancak belli miktarlarda taşınmaz edinebileceğine veya kanunla tespit edilecek kimi bölgelerde taşınmaz edinilmesinin mümkün olamayacağına vb. hususlara ilişkin sınırlayıcı hükümlerin yer almamış olması, söz konusu yasa kuralının çıkarılmasında kamu yararının gözetilmediği yönündeki iddia ve eleştirileri gündeme getirmektedir. Bu noktada incelenen kuralın daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğu yönündeki eleştirilerin belli bir haklılık payı taşıdığı kabul edilse bile, bu durum söz konusu yasa kuralının kamu yararı dışında bir amaç gözetilerek çıkarılmış olduğunu kanıtlamaz. Aksi halde, sözü edilen tartışmalı hususlar nedeniyle yasanın iptal edilebileceği şeklindeki görüş kaçınılmaz olarak yasa kuralının yerindeliliğinin denetlenebileceği sonucuna varacaktır. Bu itibarla, inceleme konusu yasa kuralının çıkarılmasında kamu yararının bulunmadığı, bu nedenle de söz konusu yasa kuralının Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafına aykırı olduğu yolundaki iddianın isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

3- "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" ilkesi yönünden değerlendirme

Başvuru gerekçesinde, 4875 sayılı Yasanın 3. maddesinin (d) bendinin Anayasanın 3. maddesine aykırı olduğu görüşü şu şekilde açıklanmıştır:

“(...) 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 3 üncü maddesinin (d) bendi; Anayasanın 3 üncü maddesi ile Anayasanın Başlangıç kısmının 1 ve 5 inci paragraflarında yer alan Türkiye Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine de aykırıdır. Çünkü yabancıların kolayca satın alma yoluyla ülke topraklarını ele geçirmelerine imkan vermektedir.”⁶³

4875 sayılı Yasanın 3/d maddesinin Anayasanın 3. maddesine aykırı olduğu savı, söz konusu yasa kuralıyla yabancıların arazi alımlarının kolaylaştırıldığı ve bunun sonucu olarak ülke topraklarının yabancıların eline geçmesine uygun bir zemin yaratıldığı yönündeki bir gerekçeye dayandırılmıştır.

Anayasanın 3. maddesinde “*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür*” hükmü yer almaktadır. Anayasanın 3. maddesinde yer alan bu ilke, Anayasanın Başlangıç kısmının 1. ve 5. paragrafları ile sair kimi maddelerinde de (Örn. m.5, 14/1, 58/1, 68/4, 118/3, 122) değişik bağlamlarda tekrar edilmiştir.

Anayasanın 3. maddesinde yer alan “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ilkesi, “ülkenin bütünlüğü” ile “milletin bütünlüğü” kavramlarını içermektedir.

“Ülkenin bütünlüğü, hiç şüphesiz, her şeyden önce ülke topraklarının parçalanmazlığı, bunların bir parçasının bile olsa başkalarına devredilmezliği ve ayrılma yasağı anlamlarına gelir.”⁶⁴

Diğer bir ifadeyle, “Anayasanın 3. maddesindeki “ülkenin bölünmez bütünlüğü” kuralı, ülke topraklarının hiçbir şekilde parçalanamayacağını ve devredilemeyeceğini ifade eder. Buna göre, ülkenin bir parçası yabancı bir devlete verilemez. Devlet, ülkeyi oluşturan toprakları terk etme veya başkalarına devretme yetkisine sahip değildir. Bunun gibi, ülkeyi oluşturan toprakların (bölgelerin, illerin) devletten ayrılma hakları yoktur. Ülke toprakları parçalanarak üzerinde birden fazla devlet kurulamaz. Son olarak ülkenin bütünüyle bir başka devletin ülkesi haline getirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle devlet, ülkenin bütününe ya da bir parçasının işgalini kabul edemez ve başka bir devlete katılma kararı da veremez.”⁶⁵

⁶³ Bkz., 16.4.2008 günlü, 26849 sayılı Resmi Gazete, s.55.

⁶⁴ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s.99.

⁶⁵ Yavuz ATAR, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s.55.

Anayasa Mahkemesine göre devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi “tek egemenlikli (tekil) devlet ilkesini ifade eder ve federatif sistemi de kesinlikle dışlar. Üniter devlet esası, özerklik ya da özyönetim ya da özerk bölge tipi uygulamalara da kapalıdır.”⁶⁶

Ayrıca, “Türk sisteminde devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün tek egemenlikli devleti ifade etmesi ve buna aykırı işlem yapılamaması sadece yasama iktidarını, yasa koyucuyu bağlayan bir düstur değildir. (...) Tekil devlet ilkesini dışlayacak ya da federal vb. örgütlenmeleri mümkün kılacak bir anayasa değişikliği de mümkün görünmemektedir. Demek oluyor ki, bu ilke yalnız yasama iktidarını değil, tâli kurucu iktidarı (Anayasayı değiştirme iktidarını) da bağlayıcı özelliكتedir.”⁶⁷

Diğer bir görüşe göre ise, Anayasanın 3’üncü maddesinde yer alan, “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bir bütündür” ifadesi, üniter devlet biçiminin kabul edildiğini değil, devletin ve ülkenin bölünemeyeceğini açıklamaktadır ki, esasen bu yasak federal devletler için de geçerlidir. Bu görüşe göre de, Türkiye Cumhuriyeti elbette bir üniter devlettir, fakat bu husus anayasada açıkça yazılı değildir; Anayasanın bütününden ve devletin yapısından bu sonuç çıkmaktadır.⁶⁸

Görüldüğü üzere, Anayasanın 3. maddesinde yer alan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ilkesi, öğretilerde hakim olan görüşlere⁶⁹ ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Türkiye’nin anayasal sisteminde tek egemenlikli (üniter) devlet modelinin benimsenmiş olduğunu ifade etmektedir.

Başvuru gerekçesinde, iptali istenilen yasa kuralının, Anayasanın 3. maddesine aykırılığı iddia edilirken söz konusu yasa kuralının üniter devlet ilkesine aykırı olduğu yönünde herhangi bir açıklamaya yer verilmemekle beraber, iptali istenilen yasa kuralının ülke topraklarının yabancıların eline geçmesine

⁶⁶ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s.99.

⁶⁷ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s.99.

⁶⁸ ATAR, s.54. Ayrıca bkz., Mustafa ERDOĞAN, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, 3. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.141-142.

⁶⁹ Bu yöndeki görüşler için bkz., Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s.60-62; ÖZBUDUN, s.76; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s.99-100.

zemin oluşturduğu belirtilerek bu yönden Anayasanın 3. maddesine aykırılık durumunun meydana geldiğine temas edilmiştir.

Başvuru gerekçesinde, yabancı yatırımcıların Türkiye’de mülk edinmelerinin Devletin egemenliği açısından zararlı ve tehlikeli olduğu varsayımından hareket edilmekte olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, yabancıların taşınmaz edinme hakkına sahip olmalarının ve bu haktan fiilen yararlanmalarının devletin egemenlik yetkisini kısıtlayacağı, hatta bunu ortadan kaldıracağı görüşünün benimsenmekte olduğu anlaşılmaktadır.

Oysa, “(...) mülkiyet hakkının kişiye sağladığı hukuki imkanlar tamamen özel hukuk imkanları olup, bu hakkın sağladığı tasarruf türleri devletin o taşınmaz üzerindeki hükümler hakkını ortadan kaldırmaz.”⁷⁰ Bu nedenle, Türkiye Cumhuriyetinin sınırları (egemenlik alanı) içerisinde kaldığı sürece, bir taşınmaz mal ister Türk vatandaşlarına isterse de yabancı sermayeli Türk şirketlerine ait olsun burada Türk Devletin egemenliği devam edecektir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu taşınmazların tabi olacağı statü ve bu taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak hukuki işlemler bağlamında devletin egemenlik yetkisinin tezahürleri olarak yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanımında herhangi bir eksiklik ortaya çıkmayacaktır.

Bu noktada, yabancı yatırımcıların Türkiye’de büyük miktarlarda taşınmaz edinmelerinin, uzun vadede, devletin egemenlik yetkisinin sınırlanmasına veya ortadan kalkmasına yol açabileceği şeklindeki görüşlerin değerlendirilmesi gerekebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin, konumuzla dolaylı olarak ilgili bulunan daha önceki kararlarında, kimi tarihsel örnekler (İsrail-Filistin örneği) hatırlatılmış ve bu yöndeki endişelerin dikkate alınmasının gerekli olduğu yönündeki görüşlere yer verilmiştir.

Bilindiği üzere, yabancı şahısların ve yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri ile ilgili olarak Anayasa’da izin verici ya da yasaklayıcı tarzda herhangi bir kural yer almamaktadır. Diğer bir ifadeyle, Anayasa’da vazedilen başka bir kısım temel ilkelere uygun olması koşuluyla, yabancıların taşınmaz edinmelerine izin verilmesi ya da bunun sınırlanması veya yasaklanmasına ilişkin tasarrufları yapmak konusunda yasama organı yetkilendiril-

⁷⁰ Mustafa ERDOĞAN, “Yabancılar Mülk Satılması ve Anayasa Mahkemesi”, içinde: **Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993, s.172.

miştir. Nitekim, bu hususlar, Türk hukukunda çeşitli kanunlarda düzenlenmiş bulunmaktadır.

Yabancı şahısların ve yabancı ortaklı şirketlerin Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti edinmelerine izin verilmesinin siyasal, ekonomik ve toplumsal yönlerden isabetli olup olmayacağı hususunda kişilerin, kurumların ve siyasal aktörlerin birbirinden farklı görüşlere sahip olabileceği açıktır. Bu açıdan bakıldığında inceleme konusu yasal düzenlemenin lehinde ve aleyhinde çok farklı değerlendirmeler yapılabilir. Konunun bu yönü, inceleme konusu yasal düzenlemenin siyasal yerindeliği ile ilgilidir. Buna karşılık, yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz edinmelerine izin verilmesi halinde, uzun vadede devletin üniter niteliğinin bozulabileceği, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin ihlal edilebileceği şeklindeki, olası tehditler baz alınarak ortaya konan yaklaşımların, hukuksal tartışmanın sınırlarını aşan, spekülatif nitelikte değerlendirmeler olarak görülmesi mümkündür. Bu tür endişelerin haklı olup olmadığı tartışılmasının anayasaya uygunluk denetiminin sınırları içinde olmadığı düşünülmektedir. Kaldı ki, ulusal güvenliğin ve kamu yararının korunması bakımından gerekli olması halinde, sözü edilen endişeleri giderecek şekilde, yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimine yasayla yeni sınırlar konulmasının kanun koyucuya düşen bir görev olduğu ve bu yönde kısıtlayıcı hükümler konulmasına da hukuken bir engel bulunmadığı düşünülmektedir.

Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 302. maddesinde, yabancıların taşınmaz edinmelerinin devletin bölünmezliği ve ülkenin bütünlüğü bakımından mahzurlu olabileceğine ilişkin kaygıları giderecek şekilde bir cezai yaptırım öngörülmüş bulunmaktadır. TCK.nun 302/1. maddesine göre; “Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiil işleyen kimse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

Açıklanan nedenlerle, yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimine ilişkin inceleme konusu yasa kuralının, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine yer veren Anayasanın 3. maddesine aykırı olduğu yönündeki görüşlere katılma imkânının olmadığı sonucuna varılmaktadır.

SONUÇ

Yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmelerine ilişkin yasal düzenlemelerde son yıllarda yapılan değişikliklerin ve bunlarla ilgili yargısal kararların ilgi uyandırdığı ve konuyla ilgili bilimsel yayınların yapılmakta olduğu görülmektedir. Bu çalışmada ise, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinimi konusu üzerinde durulmamış; sadece, 4875 sayılı Yasa kapsamında yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz edinmelerine izin verilmesinin Anayasaya aykırı olduğunu savunan görüşlerin irdelenip tartışılması hedeflenmiştir. Bu çerçevede, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 3. maddesinin (d) bendinde yer alan düzenlemenin mahiyeti hakkında açıklamalar yapılmış, bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesince hangi gerekçelerle Anayasaya aykırı görüldüğüne temas edilmiş ve nihayet konuyla ilgili kişisel değerlendirmemiz aktarılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında, yabancı yatırımcıların taşınmaz edinimine izin veren kuralların kategorik olarak anayasaya aykırı olacağı ve iptal yaptırımıyla karşılaşıacağı yönünde bir saptama yapılmamıştır. Buna karşılık dava konusu somut yasal düzenleme bağlamında, yabancı yatırımcıların hangi amaçlarla taşınmaz edinebileceklerinin ve edinilen taşınmazların devrinde hangi esas ve usullerin uygulanacağını yasada gösterilmemiş olmasının belirsizliklere yol açtığı vurgulanarak bu durumun yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinme olanağının tanınması anlamına geldiği belirtilmiş ve bu çerçevede anlamlandırılan kuralın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konan bu gerekçelerin bir kısım eleştirileri gündeme getirmesi muhtemeldir. Bu bağlamda, iptal isteminin red-dine karar verilmesi gerektiği yönünde oy kullanan üyelerin yazdıkları karşıoy yazısında ifade edilen hususlar, olası eleştirilerin dayandırılabilmesi kimi argümanları içermektedir. Karara muhalif kalan üyelerin itirazları özetle şu hususlar üzerinde odaklanmıştır:

*i-*Türkiye’de kurulan yabancı ortaklı şirketlerin Türk uyrukluğunda oldukları gerçeğine bağlı olarak bunların diğer Türk şirketleriyle aynı hak ve yükümlülüklerle sahip buldukları hususu görmezlikten gelinemez.

*ii-*Yabancı yatırımcıların hangi koşullara bağlı olarak taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı haklar edinebilecekleri ve bunları hangi yöntemle devredebilecekleri konusunda özel hukuk alanındaki temel yasalarda gerekli ve yeterli

düzenlemeler vazedilmiş olduğundan bu konularla ilgili herhangi bir belirsizlikten söz edilemez.

iii-Doğrudan yabancı yatırımlara yönelik eleştirileri karşılamak ve bunlardan kaynaklanan sorunları çözmek yasa koyucuya düşen bir görevdir.

iv-Demokratik bir yönetimde ekonomi alanındaki kararların yasa koyucunun ekonomi politikasına göre şekillenmesi doğaldır; bu nedenle söz konusu alanda yasa koyucunun oldukça geniş bir takdir yetkisine sahip olması gerekir.

Yukarıdaki *(i)* ve *(ii)* nolu anlatımlarda özetlenen hususlar, daha ziyade konunun teknik hukuki yanıyla ilgilidir ve bu bağlamda yapılan tespitlere biz de katılmaktayız. *(iii)* ve *(iv)* nolu anlatımlarda özetlenen hususlar ise, bilhassa ekonomi yönetimi ile ilgili yasama etkinlikleri karşısında Anayasa Mahkemesinin hangi ölçüde aktivist bir tutum takınmasının uygun olacağına ilişkin soruya verilmiş bir cevap gibi değerlendirilebilir. Karşıoy yazısında sergilenen bu yaklaşım bizce de isabetli görünmektedir.

Yabancı yatırımcıların Türkiye’de taşınmaz edinmelerinin anayasaya aykırı olup olmadığı sorunu, bu çalışmanın bütününde yukarıda sözü edilen ve bize de isabetli görünen bakış açısından ele alınmış ve inceleme konusu yasa kurallına ilişkin somut anayasaya aykırılık iddialarının, ilgili bölümlerde yapılan açıklamalar çerçevesinde ikna edici olmadığı sonucuna varılmıştır.

Özel Hukuk

ÜBERLEGUNGEN ÜBER DEN ENTSCHEID DES REVISIONSGERICHTS ZUR WIRKUNG DER NEGATIVEN FESTSTELLUNGSKLAGE AUF DEM WIDERSPRUCHSVERFAHREN DER DRITTEN ZUR HERAUSGABE DES GEPFÄNDETEN GEGENSTANDS

*Doç. Dr. Timuçin MUŞUL**

In dem von uns untersuchten Entscheid des Revisionsgerichts wird die Rechtsfrage behandelt, ob zwischen einer negativen Feststellungsklage, dessen Parteien der Schuldner und die Gläubiger sind, und einer Herausgabeklage, welche eine Dritte Person mit einem Eigentumsanspruch an gepfändeten Vermögenswerten gegen den Gläubiger erhoben hat, ein präjudizielles Rechtsverhältnis besteht.

I- Das Revisionsgericht hob das von ihm in letzter Instanz überprüfte Urteil vom 28.09.2005 Nr. E.2005/41, K.2005/1513 des 2. Vollstreckungsgerichts in Kadıköy über die grundsätzliche Ablehnung der Herausgabeklage des gepfändeten Gegenstands mit der Begründung auf, dass der Entscheid über die negative Feststellungsklage die Herausgabeklage des gepfändeten Gegenstands beeinflussen wird, weil im Falle einer negativen Feststellung keine Causa mehr für die Herausgabeklage bestehen wird, und dass man deshalb die Beschlussfassung der negativen Feststellungsklage abwarten muss¹.

Im Rechtsfall des aufgehobenen Urteils vom 2. Vollstreckungsgerichts in Kadıköy, hatte der Gläubiger (V.D.) gegen die Aktiengesellschaften (A.K. San. ve Tic. A.Ş., A.T.V.İ. San. A.Ş. ve A.İ.F A.Ş.) in der Akte mit Grundnummer 2004/10482 des 3. Vollstreckungsamts in Kadıköy ein Wechselbetriebsverfahren eingeleitet, in dem die Zahlungsbefehle für alle drei Schuldner unter der gleichen Adresse zugestellt waren, und die Pfändung

* Dozent Dr. an der Juristischen Fakultät der Universität Istanbul.

¹ Yargıtay 21.HD., 08.05.2006, 13231/4848 (Keine Veröffentlichung).

nach dem rechtskräftigem Betreibungsverfahren ebenfalls unter der gleiche Adresse stattfand.

Die dritte Person als Kläger (G.İ ve G. San. Tic. İth. İhr. Ltd. Şti.) erhob beim 2. Vollstreckungsgericht in Kadıköy gegen den Gläubiger (V.D.) und die Schuldner (A.K. San. ve Tic. A.Ş., A.T.V.İ. San. A.Ş. ve A.İ.F, A.Ş.), eine Herausgabeklage, in der er seine Eigentumsansprüche auf die gepfändeten Vermögenswerte geltend machte.

Am Ende der Gerichtsverhandlung wurde der Eigentumsanspruch auf den gepfändeten Vermögenswerten des Dritten vom 2. Vollstreckungsgericht in Kadıköy abgewiesen, weil es sich aus den Eintragungen im Handelsregister und aus den Aussagen des angehörtten Zeugen herausgestellt hat, dass die klagende Dritte Person (G.İ ve G. San. Tic. İth. İhr. Ltd. Şti.) und die Schuldner Gesellschafter des gleichen Konzerns sind, ebenfalls wurde dadurch festgestellt, dass der Kläger und die Schuldner im gleichen Gebäude tätig sind und dass die Gesellschafter zu der gleichen Familie angehören, da sie den gleichen Familiennamen tragen. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen und organischen Verbindung zwischen dem Kläger und dem Schuldner wurde angenommen, dass der Kläger gegenüber dem Vollzug der Pfändung beim Schuldner seinen Eigentumsanspruch nicht beweisen konnte, und dazu noch, dass seine Ansprüche nur Scheinbegründungen waren, um seine Absicht, nämlich die Hinterziehung der gepfändeten Gegenstände zu erreichen.

II- Die dem Entscheid des Revisionsgerichts zugrunde liegende Rechtsfrage ist, ob die erhobene negative Feststellungsklage im Hinblick auf die Herausgabeklage der gepfändeten Vermögenswerte eine präjudizielle Frage bildet.

Die oben von uns gestellte Frage ist sowohl in der türkischen, schweizerischen, als auch in der deutschen Rechtslehre ein noch nicht gelöstes Problem.

Im Rechtsfall, hatte der Gläubiger gegen drei Gesellschaftern, die im gleichen Gebäude tätig sind, eine Wechselbetreibung angestrebt, und es zum Erfolg gebracht, in dem es zur Pfändung kam; Der mit dem Schuldner zum gleichen Konzern gehörende und unter dem gleichen Gebäude tätige Dritte Person machte dagegen seine Eigentumsansprüche über dem gepfän-

deten Gegenständen in einer Herausgabeklage geltend, und richtete sie sowohl gegen Gläubiger, als auch gegen die Schuldner.

Es stellt sich heraus, dass vom Schuldner, um die Feststellung, dass sie aufgrund des Wechsels dem Gläubiger nicht schuldig sind, eine Klage erhoben wurde, die zur Zeit der Erhebung der Herausgabeklage des Dritten noch nicht abgeschlossen wurde.

Da der Kläger als dritte Person, der die Herausgabe der gepfändeter Gegenstände aufgrund seines Eigentums fordert, seine wirtschaftliche Tätigkeiten im gleichen Gebäude wie der Schuldner führt und die gepfändete Gegenstände gemeinsam mit den Schuldnern in Besitz hat, wurde es angenommen, dass die Gegenstände, gepfändet wurden, als sie noch im Besitz des Schuldners waren [Art. 97a Abs. 1 İİK (tZKG) (Das türkische Zwangsvollstreckungs- (Betreibungs-) und Konkursgesetz)]. Deshalb erhob die dritte Person eine Herausgabeklage gegen den betreibenden Gläubiger [Art. 96 İİK (tZKG)].

Der Gläubiger und die dritte Person bilden zusammen die Parteien des Rechtsstreits der Herausgabeklage des gepfändeter Gegenstände [Art. 96 und 99 İİK (tZKG)]².

Der Schuldner ist grundsätzlich keine Partei der Herausgabeklage. In der Praxis ist es jedoch zu sehen, dass die dritte Person seinen Anspruch auf die Herausgabe des gepfändeten Gegenstands neben dem Gläubiger auch gegen die Schuldner richten kann, was in unserem Beispiel der Fall ist³.

III- Stellt denn die negative Feststellungsklage, welche die Schuldner gegen den Gläubiger erhoben haben, um feststellen zu lassen, dass sie auf-

² Rolf Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts, 5. Auflage, München 2001, s.207–213 und siehe s.220; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, (icra) 8. Auflage, İstanbul 2004, s.209; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s.481–482; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, (icra-iflâs) 21. Auflage, Ankara 2007, s.291, s.297; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2005, s.513; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku, (icra-iflâs) 5. Auflage, Ankara 2007, s.234, s.239; Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra Hukuku, 3. Auflage, İstanbul 2005, s.122.

³ Yargıtay 15.HD., 14.03.1984, 406/838 (Zum Urteil siehe Yargıtay Kararları Dergisi) 1984/12, s.1826-1827); Yargıtay 21.HD., 14.09.2004, 6135/6976 (Zum Urteil siehe Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

grund des Wechsels, auf den man den Anspruch führt, nicht schuldend sind, im Hinblick auf der von dritten Person erhobenen Herausgabeklage des gepfändeten Gegenstands eine präjudizielle Frage dar?

Wenn der Beschluss über dem verhandelten Streitfall (das Urteil über das Ergebnis der Forderung)⁴ durch das Gericht davon abhängig gemacht wird, dass ein anderes Gerichtsverfahren eine bestimmte Rechtsfrage zum Entscheid bringt, so stellt diese Rechtsfrage im Hinblick auf die Verhandlung und Lösung durch das Gericht eine präjudizielle Frage dar^{5, 6}.

Obwohl zusehen ist, dass in manchen Beschlüssen des Revisionsgerichtes statt „präjudizielle Frage“ der Ausdruck „Vorfrage“ verwendet wurde, muss man die zwei Begriffe voneinander trennen^{7, 8}.

4 Hakan Pekcanitez, „Bekletici sorun“ Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980/1-4, s.249-275; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, (usul) 6. Auflage, Band 3, İstanbul 2001, s.3207-3283.

5 Kuru, A.e. (usul) s.3210; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku, (usul) 18. Auflage, Ankara 2007, s.495; Saim Üstündağ, Medenî Yargılama Hukuku, (usul) Band I-II, 7. Auflage, İstanbul 2000, s.192.

6 Der großer Zivilsenat beim Kassationshof hat mit der Entscheidung vom 07.04.1971 das vorgreifliches Rechtsverhältnis definiert. „...beim vorgreiflichen Rechtsverhältnis ‚muss das klageverhandelnde Gericht weil es nicht darüber nicht zuständig ist, darauf warten, bis das sachlichzuständige Gericht, die Streitigkeit aufklärt, da die vorgenommene Streigkeit durch das vorgreifliche Rechtsverhältnis abhängig ist.“ (Yargıtay HGK., 07.04.1971, 4-373/224 (Zum Urteil siehe İstanbul Barosu Dergisi 1971/7-8, s.673). Und siehe Yargıtay 7.HD., 14.04.1977, 9684/4361 (Zum Urteil siehe Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 1.HD., 11.03.2002, 1155/3196 (Zum Urteil siehe Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

7 Yargıtay HGK., 11.05.1994, 2-54/329 (Zum Urteil siehe Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

8 Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 27. Auflage, München 2002, s.9-11, s.145 und siehe s.248; Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Auflage, Bern 2001, s.34, s.86, s.228 und siehe s.385; Kuru, A.e. (usul), s.3210; Kuru/Arslan/Yılmaz, A.e. (usul), s.495; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usul Hukuku, (usul) 6. Auflage, Ankara 2007, s.367; Üstündağ, A.e. (usul), s.186 und s.192; Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukukunun Esasları, (usul) 6. Auflage, İstanbul 2006, s.83.

Vorfrage erfordert, eine vorherige Beurteilung über einer anderen Rechtsfrage des verhandelnden Gerichts, damit es den verhandelnden Rechtsstreit zum Entscheid bringen kann⁹.

Im Gegensatz zu der Meinung des 21. Rechtsamtes, die es in seinem hier von uns untersuchten Beschluss äußert, stellt **unserer Ansicht nach** die negative Feststellungsklage im Hinblick auf die Klage auf Herausgabe des gepfändeten Gegenstands keine präjudizielle Frage dar.

Genau sowie die Parteien ist auch der Rechtsinhalt der negativen Feststellungsklage (İİK.m.72; SchKG.Art.85)¹⁰ 11 und der Klage auf Herausgabe des gepfändeten Gegenstands (İİK.m.96-99; SchKG.Art. 106-108)¹² unterschiedlich.

In unserem Fall wurde die Klage zur Feststellung, dass aufgrund des vorgelegten Wechsels, der den rechtlichen Inhalt der Betreuung bildet, dem Gläubiger nicht geschuldet wird, vom Schuldner erhoben.

Und die Klage auf Herausgabe des gepfändeten Gegenstands erhob die dritte Person gegen den Gläubiger und die Schuldner mit der Begründung, dass er das Eigentumsrecht an die gepfändeten Vermögenswerte besitzen würde.

Es wird sich durch das Urteil, das am Ende der Gerichtsverhandlung in der negativen Feststellungsklage gefasst wird, feststellen, ob der Anspruch, der den Rechtsgrund des Betreibungsprozess bildet, vorhanden ist.

Wenn die negative Feststellungsklage zugunsten der Schuldner endet, wird die Verfolgung unverzüglich eingestellt [Art. 72, Abs. 5, Satz 1 İİK (tZKG)]. Dadurch wird folgerichtig je nach dem Inhalt des Entscheids die Wechselbetreuung zum Teil oder vollkommen unaufgefordert restituiert,

⁹ Üstündağ, A.e. (usul), s.186; Kuru, A.e. (usul), s.3207; Kuru/Arslan/Yılmaz, A.e. (usul), s.494

¹⁰ Hans Ulrich Walder, SchKG Schuldbetreibung und Konkurs. 15. Auflage, Zürich 1998 (15. neu bearbeitete Auflage 1998 der von Dr. Cari Jaeger begründeten und von Dr. Marta Daeniker weitergeführten Ausgabe).

¹¹ Siehe Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003; Muşul, A.e. s.337–385

¹² Siehe Kudret Aslan, Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005; Muşul, A.e. s.501–540

ohne dass es einen anderen Beschluss bedarf [Art. 72, Abs. 5, Satz 2 İİK (tZKG)].

Anders ausgedrückt, wird am Ende der negativen Feststellungsklage, gemäß den Ansprüchen der Schuldner urteilt, so wird dieser Urteilung sobald es rechtskräftig ist, zur Erlöschung der Pfändung führen, weil der Betreibungsprozess dadurch restituiert wird.

Wie aus diesen Darlegungen hervorgeht, ist das Revisionsgericht in ihrem Entscheid zum Beschluss gekommen, dass die Annahme der negativen Feststellung zur Aufhebung der Pfändung führt, und dass dabei der Rechtsgrund der Klage auf Herausgabe des gepfändeten Gegenstandes entfällt. Aus dieser Begründung hat das Revisionsgericht den Schluss entzogen, dass die Herausgabeklage des Dritten, die darauf abzielt, die gepfändete Gegenstände dem Dritten zu übergeben, in einem präjudiziellen Verhältnis zu der negativen Feststellungsklage steht.

Dass der rechtskräftige Urteil, der die negative Feststellung gemäß den Ansprüchen der Schuldner beinhaltet, den Ablauf der Herausgabeklage der Dritten beeinflussen wird, bestreiten wir auf keinem Fall. Aber es ist jedoch bedenklich, ob dieser Einfluss es fordert oder bewirken kann, den Entscheid über dem Eigentumsanspruch der Dritten vom Beschluss der negativen Feststellungsklage abhängig zu machen. (d.h. dieser Einfluss erfordert nicht, die Verhandlung und Urteilung der Klage auf Herausgabe des gepfändeten Gegenstandes bis zum Entschluss der negativen Feststellungsklage hinauszuschieben).

Denn das Bestehen des behaupteten Eigentumsanspruchs auf den gepfändeten Gegenständen hängt mit der Verschuldung des Wechsels, was den rechtlichen Inhalt der Betreibung bildet, nicht im Zusammenhang. Deshalb erfordert die Feststellung dessen, ob der Dritte das Eigentumsrecht an den gepfändeten Sachen besitzt, auf keinen Fall das Ergebnis der negativen Feststellungsklage, dessen Parteien Gläubiger und Schuldner sind, und einen völlig anderen Zweck hat.

Mit anderen Worten, weil die Feststellung dessen, ob der Anspruch, den die dritte Person auf gepfändeten Gegenstände zu haben behauptet, besteht, nicht mit dem Bestand der zur Betreibung zugrunde liegendem Wechselschuld zusammenhängt, stellt **nach unseres Erachtens** die negative Feststellungsklage, im Gegensatz zur Meinung des Revisionsgerichtes, keine präju-

dizielle Frage für die Verhandlung und Urteilung der Eigentumsansprüche des Dritten dar.

Wenn z.B. die Herausgabeklage, mit der Begründung, dass der Dritte tatsächlich das Eigentumsrecht auf den gepfändeten Vermögenswerte besitzt, zugestimmt wird, ändert es nichts an der Rechtslage der Schuldner gegenüber dem Gläubiger. Die Aufhebung der Pfändung, welche auf das Eigentum des Schuldners anzuwenden ist, ist nur eine Folge dessen, dass nicht der Schuldner, sondern die dritte Person das Eigentumsrecht auf den gepfändeten Gegenständen besitzt.

Falls die negative Feststellungsklage mit rechtskräftigem Urteil zugunsten der Schuldner endigt, wird die Herausgabeklage gegenstandslos sein, weil dadurch die Pfändung aufgehoben wird [Art. 97, Abs. 5, Satz 1 iHK (tZKG)]. Und falls der Eigentumsanspruch der Dritte durch einem rechtskräftigen Urteil zugesprochen wird, so führt dies ebenfalls zum Erlöschen der Pfändung, dieses Mal aber mit der Begründung, dass der Schuldner kein Eigentumsrecht an den gepfändeten Gegenständen hat.

Obwohl die negative Feststellungsklage **unserer Auffassung nach** im Hinblick auf die Herausgabeklage keine präjudizielle Frage darstellt, setzt man die Verhandlung der Herausgabeklage der dritten Person nicht fort, weil im Fall einer negativen Feststellung die Herausgabeklage eine rechtliche Gegenstandslosigkeit aufweisen wird [Art. 72, Abs. 5, Satz 2 iHK (tZKG)]. In einen solchen Fall ist es angemessen, dass das Vollstreckungsgericht zum Beschluss kommt, dass die Klage keinen Gegenstand mehr hat und daher auch keinen Anlass vorliegt, ein Urteil zu fassen.

Demgegenüber verhindert es nicht, die eingeleitete negative Feststellungsklage zu verhandeln, falls die Herausgabeklage gemäß den Ansprüchen der Dritten Person zum Beschluss kommt.

UNIDROIT VE AVRUPA BORÇLAR HUKUKU PRENSİPLERİ İŞİĞİNDA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

*Yrd. Doç. Dr. Hakan ACAR**

GİRİŞ

Sözleşmenin taraflarca imzalanmasından sonra, ancak yerine getirilmesinden önce tarafların içinde bulunduğu şartlar beklenmedik şekilde değişebilecektir. Özellikle uzun süreli sözleşmelerde bu duruma çok sık rastlanmaktadır. Bu tip sözleşmelerde tarafları aynı sözleşmeyle yıllarca bağlı kalmakta ve bu süre içerisinde ortaya çıkabilecek beklenmeyen değişiklikler tarafların ifa güçlüğüne neden olabilmektedir¹. Uluslararası ticarete sözleşme şartlarını değiştirebilecek etkenler, yerel sözleşmelere nazaran çok daha fazladır. Bu tip durumların ortaya çıkması halinde ifa güçlüğüne düşen taraftan, sözleşmeyi aynen ifa etmesini beklemek her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır. Bu da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi kavramını beraberinde getirmektedir.

Biz bu makale kapsamında öncelikle mücbir sebep (*force majeure*) ve ifa güçlüğü kavramlarını (*hardship*), bunların hukuki sonuçlarını, klasik milli hukuk sistemleri ile modern yaklaşımları da dikkate alarak inceleyeceğiz². Burada modern yaklaşım olarak UNIDROIT prensipleri (UP) ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri (ABHP) dikkate alınacaktır. Ayrıca aşırı ifa güçlüğü kavramının klasik olarak değişik hukuk sistemlerindeki yansımaları da ortaya konacaktır. Bu şekilde özellikle yabancı karakterli veya milletlerarası nitelikteki sözleşmelerde uygulamacılara ve akademisyenlere, bu konudaki mevcut durum hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. Makalede, ağır-

* Fatih Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

1 Burada ifa güçlüğüne, sadece uzun süreli sözleşmelerde ortaya çıkabilecek bir durum olduğu neticesi çıkarılmamalıdır. Önemli olan sözleşme ile ifa arasında bir sürenin bulunması ve bu süre içerisinde edimlerin ifasında bir güçlüğüne ortaya çıkmasıdır.

2 Biz bu makalede *mücbir sebep* ve *force majeure* kavramları ile *hardship* ve *aşırı ifa güçlüğü* kavramlarını birbirlerinin yerine geçecek şekilde değişimli olarak kullanacağız.

lıklı olarak UP ve ABHP'deki aşırı ifa güçlüğü ve bunların hukuki sonuçları ele alınacak ve yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki (BKT) bu konudaki düzenlemelerle bu iki hukuki metindeki ilgili hükümler mukayese edilecektir. UP ve ABHP'nin seçilmesindeki ana sebep, her iki metnin de farklı hukuk sistemi temsilcileri olan hukukçular tarafından hazırlanan ortak bir uzlaşma metni olması ve hususiyle UP'in uluslararası ticari sözleşmelere uygulanmak üzere hazırlanması nedeniyle, bir çok milletlerarası karakterli ticari uyumsuzlukta maddi hukuk normu olarak tatbik edilmesidir.

I. KAVRAM

Şartların sözleşme yapıldıktan sonra beklenmedik bir şekilde değişmesi, tek başına sözleşmenin bu şartlara uyarlanmasını gerektirmez. Bunun için ayrıca sözleşmenin ifa edilememesi veya ifasında aşırı bir güçlüğü ortaya çıkması ve bundan dolayı sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkması gereklidir. Bu durumda, tarafların içinde bulunduğu şartları hiç dikkate almadan sözleşmeyi akdedildiği şekliyle ifa etmelerini beklemek her zaman makul olmayabilir³. Bundan dolayı bazı istisnai durumlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi önem arz etmektedir. Dolayısıyla ahde vefa prensibi (*pacta sunt servanda*) bazı istisnaların uygulanabilmesine imkân oluşturur şekilde yorumlanarak tatbik edilmelidir.

Geçici süre de olsa imkânsızlık derecesindeki hadiseler mücbir sebep (*force majeure*) olarak nitelendirilirken, imkânsızlık derecesine varmayan haller aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) olarak isimlendirilmektedir. Ayrıca, aşırı ifa güçlüğüne tarafların sözleşme ile bağlı kalarak, borçlarını değişen şartlara göre yeniden belirlemesi sonucu ortaya çıkarken, mücbir sebebin varlığı halinde sözleşmeden dönülmesi veya imkânsızlığın devamı süresince borçların ifasının ertelenmesi söz konusu olacaktır⁴.

Uluslararası ticarete kullanılan standart sözleşmelerde bu iki hukuki durum arasındaki fark gittikçe ortadan kalkmaktadır. Ayrıca, tarafların sözleşme ile hangi hallerin mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü olacağını belirle-

³ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, İstanbul, 2003, s. 437.

⁴ RIMKE, Joern, "Force majeure and hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000), s.202.

meleri, bu iki kavram arasındaki farkları da büyük oranda azaltıcı etki oluşturmaktadır⁵. Genellikle kısa süreli satış sözleşmelerinde mücbir sebebe ilişkin şartlar tarafların ifa yükümlülüğünü ortadan kaldıracak sonuçlar doğururken, uzun süreli sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümler, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sonucunu doğuracak şekilde tatbik edilmektedir⁶. Standart sözleşmelerde mücbir sebebe ilişkin olarak yazılan şartların genellikle Anglo Sakson hukuk sistemine göre belirlenmiş olması ve bu şartların her zaman Kıta Avrupası hukuk sisteminde, bu kavrama yüklenen manadan farklı anlam taşıması, sözleşmenin yorumlanması konusunda bazı problemler ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle taraflar, sözleşme serbestisi prensibinden istifade ederek, hangi hallerin mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü teşkil edeceğini kendileri belirleme yolunu tercih etmektedirler. Böylece, uluslararası ticari sözleşmelerde esasa uygulanacak hukuktaki mücbir sebep veya ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemelerin önemi büyük oranda azalmakta ve farklı hukuk sistemlerindeki anlayış farkından kaynaklanan riskler en aza inmektedir.

Birçok milli hukuk sistemi sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin hükümleri bünyesinde barındırmaktadır. Türk hukukunda ise bu durum dürüstlük kuralı çerçevesinde çözümlenmektedir. Yeni BK tasarısında ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, ayrı bir madde ile düzenlenmiştir (m. 137). Bu hükümler dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen, hukuki ilişkilerde esneklik sağlayan düzenlemelerdir.

5 RIMKE, s. 232. ICC'nin 2003 yılında hazırladığı *force majeure*'e ilişkin standart sözleşme şartlarında, nelerin *force majeure* olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre, aşağıdaki sebepler mücbir sebep olarak sayılmıştır: Savaş, iç savaş, iç karışıklık, terör, sabotaj, korsanlık, hükümetin yaptığı hukuki veya hukuk dışı fiiller, kamulaştırma, müsadere, salgın hastalık, tabii afetler, patlama, yangın, fabrikanın, aletlerin, makinelerin yok olması, boykot, grev, lokavt, iş yavaşlatma, fabrikanın işgal edilmesi. <http://tldb.uni-koeln.de>. Ancak bu hallerin varlığı halinde, tarafların sözleşme şartlarını tekrar müzakere etme yöntemi düzenlenmemiştir. İfa güçlüğü halinde ise müzakere yöntemine müracaat edilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. <http://tldb.uni-koeln.de>.

6 FLAMBOURAS, Dionysios P, "The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", 13 Pace International Law Review (Fall 2001), s. 284.

II. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DURUM

Milli hukuk sistemlerinde şartların değişmesine ilişkin yaklaşımlar ülkeden ülkeye değişiklik arz etmektedir. Her ne kadar böyle bir duruma ilişkin düzenlemeler temel özellikleri itibariyle benzer olsalar da bunların arasındaki farklılıklar, uluslararası ticari sözleşmelerdeki hukuk seçiminde çok büyük önem taşımaktadır. Özellikle de sözleşmede mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümlerin bulunmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukuktaki bu konuya ilişkin yaklaşımların bilinmesi zaruridir. Biz burada Anglo Sakson hukuk sisteminin temsilcileri olan ABD ve İngiliz hukuku ile Kıta Avrupası hukuk sisteminin temsilcileri olan Alman ve Fransız hukukundaki konuyla alakalı düzenlemeleri inceleyeceğiz.

1. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukundaki geleneksel yaklaşım sözleşmenin ifasından sonra, sözleşmeden doğan borçların ifasını imkânsız kılan şartların tarafları borçtan kurtarmayacağı yönündedir. Çünkü sözleşmeyi imzalayan taraf her ne olursa olsun (ister kaza, ister kaçınılması mümkün olmayan bir hadise) sözleşmeyi en iyi şekilde yerine getireceği konusunda bir taahhüt altına girmiştir ve buna aykırı hareket etmesi mümkün değildir⁷. Bu görüş 1863 *Taylor v. Caldwell* davasında verilen kararlarla biraz yumuşamış ve sözleşmenin yerine getirilmesinin bir şahsa veya eşyaya sıkı sıkıya bağlı olması durumunda bu şahıs veya eşyanın yok olması halinde imkânsızlığın ortaya çıkabileceği zımni olarak belirtilmiştir⁸. Bu şekliyle İngiliz hukuku ilk defa imkânsızlık doktrini ile karşılaşmıştır.

İmkânsızlık doktrininden ortaya çıkan, tarafların beklentilerinin gerçekleşmemesini ve dolayısıyla işlem temelini çökmesini ifade eden *frustration* kavramı tamamıyla tarafların niyetlerinin yorumlanmasına dayandırılmıştır. Eğer tarafların iradesinin dışında ortaya çıkan bir hadiseden dolayı (*act of God*), sözleşmenin yerine getirilmesi tarafların planladıklarından tamamen farklı sonuçlar doğuracaksa sözleşmenin temeli çökmüştür ve bu durumda *frustration* nazariyesi devreye girecektir. Görüldüğü gibi burada sözleşmenin

⁷ DREATA, Ugo, “Force Majeure Clauses in International Trade Practise”, 5 *International Business Law Journal*, 1996, s. 548.

⁸ DREATA, s. 548.

tarafların iradesinden ve sözleşmeyi yapma niyetlerinden tamamen farklı bir hale gelmesi durumunda bu nazariye işletilecek ve borcun yerine getirilme mecburiyeti ortadan kalkacaktır⁹. Günümüz İngiliz Hukuku'nda sözleşme konusunun ortadan kalkması, sözleşmenin yerine getirilmesinin hukuken mümkün olmaması gibi durumların varlığı nedeniyle imkânsızlaşması halinde işlem temelini çöktüğü kabul edilmektedir. Ancak hâkimin bu durumda sözleşmeyi değişen şartlara uyarlama imkânı yoktur. Bu durumda sözleşme ortadan kalkacaktır.

2. ABD Hukuku

ABD Hukuku'nda imkânsızlık nazariyesine dayalı olarak sözleşme şartlarının değişmesi durumu düzenlenmiştir. ABD Ticaret Kanunu'nun (*Uniform Commercial Code*)¹⁰ 261. maddesinde sonradan ortaya çıkan hadiseler nedeniyle tarafların borçlarını yerine getirmekten kurtulması düzenlenmiştir. “Sözleşme yapıldıktan sonra taraflardan birisinin borcu kendi kusuru olmaksızın meydana gelen, tarafların sözleşme yapıldığı ortaya çıkmasını hiç beklemedikleri bir hadise nedeniyle yerine getirilemez hale gelmişse, sözleşme veya halin icabı başka tür bir sonuca götürmedikçe bu taraf borcundan kurtulur.” Maddede geçen ifa edilemezlik olarak çevrilebilecek *impracticable* kavramı imkânsızlık anlamına gelen *impossible* kavramını da kapsamaktadır¹¹. Her ne kadar maddede imkânsızlık kavramının kullanılmamış olması, borçlunun imkânsızlık derecesine varmayan zorluklar halinde de borcundan kurtulabileceği intibamı verse de, mahkemeler imkânsızlık

⁹ Bu kavramın ilk ortaya çıkışı *coronation* davasında olmuştur. Olayda Kral VII. Edward'ın tahta çıkış töreni için, tören alanını gören bir ev, sadece o gün için bir günlüğüne kiralamıştır. Ancak kralın hastalanması gerekçesi ile tören iptal edilince, ev sahibi kiranın kendisine ödenmesi için dava açmıştır. Mahkeme, mevcut durumun tarafların sözleşme yapma niyetinden tamamen farklı bir şekilde geliştiği gerekçesi ile *frustration* nazariyesini ortaya atarak kira parasının ödenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Bkz. RIVKIN, David W., *Lex Mercatoria And Force Majeure*, s. 168, *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, (ICC Pub. No: 480/4), Paris, 1993, s. 161vd. Bkz. <http://tldb.uni-koeln.de/>

¹⁰ Bu kanun ile ABD'nin bütün eyaletlerinde satış başta olmak üzere diğer ticari ilişkileri düzenleyen tek bir düzenleme olmasını hedeflenmektedir. Eyaletler bu kanunun uygulanmasına kendileri karar vermektedir. Şu anda 50 eyalet bu metni onaylamıştır. Bkz. <http://en.wikipedia.org>.

¹¹ RIMKE, s.204

derecesine varmayan ekonomik zorluk hallerinde borçtan kurtulmanın söz konusu olmayacağı yönünde karar verme eğilimindedirler. ABD hukukunda da sözleşmenin hakim tarafından değişen şartlara uyarlanması mümkün değildir. Mahkemelerin bu tarz yaklaşımından dolayı *impracticability* kavramının henüz *hardship* kavramı ile aynı manaya geldiği söylenemeyecektir.

3. Fransız Hukuku

Fransız Hukuku'nda *force majeure* gibi imkânsızlık halleri ile sözleşmeyi ekonomik olarak temelden sarsan değişiklikler arasındaki fark çok belirgin bir şekilde ortaya konulmuştur. Sözleşmenin ekonomik dengesini bozan durumlar *emprevizyon nazariyesi (imprévision)* olarak isimlendirilmektedir¹². Fransız hukukunda ahde vefa prensibi (*pacta sunt servanda*) emprivizyon teorisine (*rebus sic stantibus*) üstün gelecek şekilde yorumlanmakta ve uygulanmaktadır (Fransız Medeni Kanunu m. 1134). Taraflar sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağına ilişkin olarak sözleşmeye bir hüküm koymamışlarsa sözleşme herhangi bir değişiklik yapılmadan aynen uygulanacaktır. Hâkim kendi başına, tarafların ekonomik durumunu değerlendirme veya hakkaniyet prensibinden istifade ederek sözleşmenin lâfzî manası dışına çıkma imkânına sahip değildir¹³. Uygulama ancak tarafların sözleşmede buna ilişkin hükümleri koymaları halinde mümkün olacaktır. Kural olarak sözleşmenin ifa edilme mecburiyetinin tek istisnası *force majeure* halidir. Dolayısıyla, mahkemeler henüz kendi başlarına, *hardship* kavramına karşılık gelen *imprévision* nazariyesini tatbik etmemektedirler.

4. Alman Hukuku

Eski Alman Medeni Kanunu'nda uyarılma ile ilgili genel bir düzenleme olmasa da, bazı mahkemeler, imkânsızlığı düzenleyen BGB §275'i, ekonomik imkânsızlık oluşturan haller için uygulamaya ve yorumlamaya başladılar. Bu dönemde ahde vefa prensibi (*pacta sunt servanda*) çok sert bir şekilde uygulanmamaktaydı¹⁴. Bu düşünceleri savunanlara göre borçlu sözleşme-

¹² RIMKE, s. 205.

¹³ PUELINCKX, A.,H., "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances", <http://tldb.uni-koeln.de/>, s. 56.

¹⁴ RIMKE, s. 207.

den kaynaklanan borcunu yerine getirebilmek için, iyiniyet ve hakkaniyet prensiplerine göre, daha önceden öngörmelerinin mümkün olmadığı bir olay nedeniyle fedakârlık yapmaya zorlanmamalıdır. Bu doktrin *Opfergrenze* olarak isimlendirilmektedir¹⁵.

Mahkeme tatbikatında ortaya çıkan bu durum yeni Alman Medeni Kanunu'na yansımış ve yeni bir düzenleme olarak, uyarlamaya ilişkin BGB §313 (*Störung der Geschäftsgrundlage*)¹⁶ hükmü metne konulmuştur. Metnin Türkçe tercümesi aşağıdaki şekildedir:

“(I) Sözleşmenin temeli olan şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra esaslı şekilde değişir ve tarafların, bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç kurmayacakları veya başka bir içerikle kuracakları varsayılabiliriyorsa, öyle ki taraflardan birinin, somut olayın tüm şartları özellikle akdi ve kanuni risk dağılımı göz önüne alındığında, değiştirilmeksizin sözleşmeye bağlı kalması beklenemiyorsa, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.

(II) Sözleşmenin temelini oluşturan esaslı tasavvurların sonradan yanlış olduğunun ortaya çıktığı durumlarda da şartların değiştiği kabul edilir.

(III) Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya taraflardan biri için (bu uyarlama) katlanılabilir nitelik taşııyorsa, şartlar aleyhine değişen taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde dönme hakkının yerine fesih hakkı geçer.”¹⁷

Bu hükme göre, sözleşmeye temel teşkil eden şartlar sözleşmenin kurulmasından sonra, esaslı şekilde değişirse sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabileceği belirtilmiştir. Bu değişikliğin sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülmemiş olması gereklidir. Ayrıca bu değişikliğin olacağını öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka şekilde yapacaklarının kabul edilebilmesi ve sözleşmenin bu şekilde ifasında ısrar etmenin taraflardan beklenemeyecek olması şartları aranmaktadır. Bu şartların varlığı halin-

¹⁵ PUELINCKX, s.61.

¹⁶ Kanun 26.11.2001 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁷ ARAT, Ayşe. **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara, 2006, s. 86. Madenin Almanca ve İngilizce metinleri için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de>.

de işlem temelinin çöktüğü kabul edilerek sözleşmenin uyarlanması istenebilecektir¹⁸.

Bu niteliğiyle Alman hukukunun, yukarıdaki hukuk sistemlerine nazaran daha esnek bir yapıda olduğu ve modern bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.

III. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI

1. Mevcut Durum

Türk hukuk doktrini ve yargı kararlarında sözleşme şartlarının sonradan önemli bir şekilde değişmesi halinde dürüstlük kuralına uygun bir şekilde uyarılmanın yapılabileceği kabul edilmiştir¹⁹. Ancak, Türk hukukunda, münhasıran sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını öngören genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, bazı hukuki ilişkilerde ortaya çıkabilecek özel durumlarda sözleşmeye müdahale edilerek bu şartlara uygun hale getirilebileceği değişik kanun hükümleriyle düzenlenmiştir (BK. m.365/2; m. 117; m. 24/1-4; m. 21). Fakat bu düzenlemelerin hiçbirisi genel hüküm niteliğinde değildir. Ayrıca bu hükümlerin çoğu, genelde sözleşmeyi sona erdirmektedir ve sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanır niteliktedir²⁰. Bu nedenle kanunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin bir boşluk olduğu ifade edilmiştir²¹. Doktrinde hâkim olan görüş bu durumda MK. m. 2'nin uygulanması yönündedir²². Yargıtay da birçok kararında sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında MK. m. 2'de belirtilen dürüstlük kuralına dayanmıştır. Yargıtay'ın uyarlamaya ilişkin vermiş

18 Alman hukukunda bu konudaki düzenlemeler için bkz. ARAT, s. 86-91.

19 EREN, s. 437.

20 ARAT, s. 80.

21 KAPLAN, İbrahim, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. baskı, Ankara, 2007, s. 144. Aksi görüş için bkz. ARAT, s. 89. Bize göre de kanunda bu konuda bir boşluk vardır. MK 2'de ifade edilen dürüstlük kuralının uygulanması, kanunda bu konuda bir boşluk olması durumunu değiştirmez. Dürüstlük kuralı zaten hâkimin hukuk yaratması faaliyetiinde kullanması gereken en temel prensiplerden birisidir.

22 KAPLAN, s. 153; ARAT, s. 81.

olduğu kararlarda, uyarılmanın yapılabilmesi için gerekli olan şartlar şu şekilde belirtilmiştir:

1. Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulmalıdır.

2. Sözleşme kurulduktan sonra onun ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Örneğin para değerinin aşırı derecede düşmesi (enflasyon) gibi.

3. Sözleşmede veya yasada değişen hal ve şartlara dair bir kayıt veya hüküm bulunmamalıdır.

4. Uyarılma isteyen tarafın, değişen hal ve şartların ortaya çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemiş olması gereklidir.

5. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir (tahmin edilebilir) veya beklenebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından bu derecede olacağı tahmin edilmemelidir.

6. Edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır²³.

2. Borçlar Kanunu Tasarısındaki (BKT) Durum

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması BKT'nın sona erme sebeplerinin düzenlendiği üçüncü bölümünde, ifa imkânsızlığı başlığı altında "aşırı ifa güçlüğü" olarak 137. maddede düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir:

"III. Aşırı ifa güçlüğü"

Madde 137

Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede

²³ Yarg. 13. HD., 2733/4120, T. 26.4.1994; Yarg. 13 HD., 3221/3147, T. 30.3.1995, www.kazanci.com.tr, Yarg. HGK., 13-332/340, T. 07.05.2003, **YKD, Ekim 2003, C. 29, S. 10, s. 1493-1502.**

borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”²⁴

Bu maddeye göre uyarlamanın yapılabilmesi için şu şartların olması gereklidir:

1. Edimler arasındaki dengenin, borcun ifasını istemeyi dürüstlük kuralına aykırı hale getirecek şekilde bozulması,
2. Şartların sözleşme yapıldıktan sonra olağanüstü bir şekilde değişmesi,
3. Bu değişimin taraflarca sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülmemiş olması ve öngörmelerinin de beklenememesi,
4. Bu durumun borçlunun kusurundan kaynaklanmaması,
5. Borcun ifa edilmemiş olması veya ifanın güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa edilmiş olmasıdır.

Bu unsurlar Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında belirttiği şartlar ile uyum içerisindedir. Tasarı, tatbikatta oluşan durumu madde metnine yansıtarak, bu konuda oluşabilecek tereddütleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Madde metnine dâhil edilen “*olağanüstü durum*” ifadesi bize göre isabetli olmuş ve uyarlamanın, ifanın imkânsızlık seviyesine çıkmayan ekonomik güçlükler için söz konusu olabileceğini açıkça ifade etmiştir. Tasarıda uyarlamanın, borçlunun talebi üzerine hakim tarafından yapılabileceği belirtilmiştir.

IV. MİLLETLERARASI METİNLERDE UYARLAMA

Görüldüğü gibi mücbir sebep ile aşırı ifa güçlüğü kavramları ve bunların hukuki sonuçları değişik milli hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlenmiştir. Uluslararası ticarete bundan dolayı ortaya çıkabilecek kavram kargaşasını önlemek için ilk olarak tarafların sözleşme ile hangi hallerin mücbir sebep, hangi hallerin aşırı ifa güçlüğü sayılacağına ilişkin düzenleme yapma-

²⁴ Başbakanlık tarafından TBMM’e havale edilen metinden alınmıştır. Bkz. www.vergiportali.com

ları makul görülmektedir. Fakat bu kavramların yorumlanmasının yine sözleşmenin tabi olduğu milli hukuka göre belirlenmesi halinde yine benzer problemler ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, milli hukuklardan bağımsız ancak bu düzenlemeleri de dikkate alarak, uluslararası ticaretin gereklerine uygun bir şekilde hazırlanan hukuk kurallarına büyük ihtiyaç duyulacağı ortadadır. Bu anlamda ortaya çıkabilecek problemleri halletme konusunda istifade edilebilecek iki önemli hukuki metin, UP ve ABHP'dir.

Bu bölümde, uluslararası ticarete tek bir hukuk oluşturma amacıyla hazırlanmış UNIDROIT Prensipleri (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004) ile yine AB ülkelerinde tek bir medeni hukuk (European Civil Code) oluşturma çabalarının ilk aşaması olan, Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinin (Principles of European Contract Law) ifa güçlüğüne (hardship) ilişkin hükümleri incelenecektir. Temelde her iki hukuki metin de birbirine benzer nitelikler taşısa da, ABHP'nin sadece AB ülkelerinde, UP'nin ise dünya genelinde uygulanmak için hazırlanmış hukuki metinler olduğu²⁵ ve uluslararası ticari bir ilişkide tarafların tabi olacakları milli hukuku bilmemelerinden kaynaklanan riski azaltmak amacıyla hazırlanmış olduğu söylenebilir²⁶. Milletlerarası ticarete mevcut olan hukuki risk faktörünü en aza indirmenin yolu, uluslararası alanda genel kabul görmüş ve uluslararası ticaretin gerekleri ile farklı hukuk sistemleri dikkate alınarak hazırlanmış hukuk kurallarının taraflarca sözleşmeye uygulanmasıdır. Bu prensipler günümüzde birçok tahkime konu olmuş hukuki uyuşmazlıklarda esasa uygulanan hukuk (substantial law) olarak sözleşmeye tatbik edilmektedir. Bu nedenle mukayeseli hukuk alanında yapılacak çalışmalarda en az milli hukuk sistemleri kadar, dikkate alınmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Ancak bu prensiplerin milli borçlar kanunu metinlerini ortadan kaldırmak ve

25 BEALE, Hugh, "The Development of European Private Law and European Commission's Action Plan on Contract Law", *Juridica International* X/2005, s.7.

26 Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta, ABHP'nin ticari olmayan hukuki ilişkilere de uygulanabilecek nitelikte olmasına karşın, UP'nin sadece ticari ilişkilere uygulanabilecek özellikte olmasıdır. Gerçekten UP'nin uygulama alanını açıklayan amaç maddesinin yorumunda, bu prensiplerin tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelere uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004**, Rome, 2004, s. 2. Ancak ABHP için böyle bir sınırlanma söz konusu değildir. Bkz. LANDO, Ole, *Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Similarities, Differences and Perspectives*, Saggi Conferenze E Seminari 49, Rome 2002, s. 9.

tek bir milli hukuk oluşturmak gibi bir gayesi yoktur²⁷. Bu metinlerin hazırlanmasının sebebi, sözleşmenin taraflarının, milli hukukların dışında, sözleşme serbestisi prensibi (*party autonomy*) çerçevesinde seçebilecekleri, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına göre hazırlanmış alternatif kurallar oluşturmaktır. Bu şekilde gerek tarafların ve gerekse mahkemelerin bildikleri ortak bir hukuk oluşturulması amaçlanmıştır.

1. UNIDROIT Prensipleri (UP)

UP'de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, borçların ifası (*Performance*) adlı 6. bölümünün, ifa güçlüğü (*hardship*) madde başlığını taşıyan 2. kısmında düzenlenmiştir. Bu düzenlemede öncelikle, m.6.2.1 ile tarafların ahde vefa prensibi (*pacta sunt servanda*) dâhilinde borçlarını yerine getirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Buna göre, borcun ifasının, taraflardan birisi için bir miktar ağırlaşması (*more onerous*), ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Sonraki maddede ifa güçlüğü'nün hangi hallerde ortaya çıkacağı yani tanımı yapılmış (m. 6.2.2), son olarak ise ifa güçlüğü'nün sonucu olarak uyarlamanın ne şekilde yapılacağı belirtilmiştir (m. 6.2.3). Bu düzenlemeye göre uyarlamanın söz konusu olabilmesi için gerekli olan şartlar şunlardır:

1. Sözleşmenin dengesini temelden değiştiren hadiselerin ortaya çıkması (... *events fundamentally alters the equilibrium of the contract...*),

2. Bu hadise veya hadiselerin, sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelmesi veya ifa güçlüğü çeken tarafından sözleşme yapıldıktan sonra öğrenilmesi,

3. Bu hadiselerin sözleşmenin yapıldığı sırada ifa güçlüğüne düşen taraf için,

- öngörülemez,
- kontrol edilemez ve
- sonuçlarının önceden tahmin edilemez olması,

²⁷ BEALE, s.10.

4. Borcun ifa edilmemiş olmasıdır²⁸.

İlk olarak, taraflardan birisinin borcunu yerine getirme maliyetinin artması veya borcun ifasının diğer taraf için aşırı bir değer kaybına uğraması ile sözleşmenin dengesinin temelden değişmesi (*fundamentally alters the equilibrium of the contract*) şartı aranmaktadır. Peki, sözleşme dengesinin temelden değişmesinde hangi ölçü dikkate alınacaktır? Madde metnine yapılan yorumda bir örnek olay verilmiştir. Bu olayda, 1989 Eylülünde, eski Doğu Almanya'da faaliyet gösteren elektronik eşya satıcısı A, yine eski bir sosyalist ülke olan X'de ikamet eden üretici B ile elektronik bazı mallar satın almak üzere anlaşmıştır. Mallar 1990 yılı Aralık ayında B tarafından teslim edilecektir. Kasım 1990'da, A, B'ye, Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesinden dolayı X ülkesinden ithal edilecek bu tip malların herhangi bir pazarının kalmadığını, bu malların kullanılmadığını bildirmiştir. Bu durumda A diğer şartların da gerçekleşmesi halinde aşırı ifa gücüne ilişkin düzenlemeye dayanarak malları teslim almaktan imtina edebilecektir. Çünkü bu durumda A'nın malı teslim alma neticesinde elde edeceği menfaat sözleşmenin dengesini temelden sarsacak şekilde azalmıştır. Satamayacağı malları satın almasının bir manası yoktur. Yine madde yorumunda, hammadde fiyatlarındaki veya servis hizmetlerinin maliyetindeki aşırı artış ile mal güvenliği düzenlemelerindeki değişiklik nedeniyle üretim maliyetlerinin aşırı artışı da, taraflardan birisi için ifa maliyetinin artması nedeniyle uyarılma istenebilecek hallere örnek olarak verilmiştir²⁹.

İkinci olarak, ifa gücüne neden olan hadisenin, taraflarca sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemez olması gereklidir. Burada tarafların öngörebilecekleri nitelikte bir olayın sözleşme yapılırken varlığı halinde, sözleşmeyi buna göre yapacakları varsayılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir olayın varlığı halinde zorluğa düşen tarafın bu olaya dayanarak uyarılma istemesi mümkün olmayacaktır. Çünkü öngörmüş olduğu olaydan doğacak riski kendi üzerine almış kabul edilecektir. Aslında her bir hadisenin vuku bulabileceği zihinsel olarak düşünülebilecektir. Fakat buradaki olasılığın makul bir insan

²⁸ Bu şart madde metninde olmasa da, UNIDROIT tarafından yapılan madde yorumunda ifade edilmiştir. Bkz. UNIDROIT Principles, 186.

²⁹ UNIDROIT Principles, s. 184.

tarafından çok uzak bir ihtimal olarak görülmesi gereklidir³⁰. UP'nin yorum kısmında yer alan örnek olayda, A, bölgedeki şiddetli siyasi gerginliğe rağmen, beş yıl süre ile sabit fiyat üzerinden, X ülkesinden B'ye ham petrol tedarik etme taahhüdü altına girmiştir. Sözleşmenin yapılmasından iki yıl geçtikten sonra, komşu ülkeler arasında savaş çıkmıştır. Savaş dünya enerji krizine neden olmuş ve petrol fiyatları aşırı bir şekilde artmıştır. Bu durumda A ifa güçlüğüne düştüğü iddiası ile uyarlama isteyemeyecektir. Çünkü ham petrol fiyatlarındaki böyle bir artış sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemez nitelikte değildi.³¹ Yine aynı madde yorumunda verilen olayda, A ile B, X ülkesinin para birimi üzerinden bir satış sözleşmesi yapmışlardır. Ancak sözleşmenin yapılmasından önce bu para birimi yavaş bir şekilde değer kaybetmeye başlamıştır. Sözleşme yapıldıktan bir ay sonra X ülkesinde meydana gelen siyasi kriz nedeniyle, bu para birimi % 80 oranında değer kaybetmiştir. Diğer şartların gerçekleşmesi halinde, uyarlama talep edilebilecektir. Çünkü, her ne kadar sözleşme yapılmadan önce de bu para biriminde bir düşme eğilimi olsa da, bu orandaki bir değer kaybının taraflarca öngörülebilmesi mümkün değildir.³²

Üçüncü olarak, uyarlamaya sebep olacak olayın, ifa güçlüğüne düşen tarafın kontrolünün dışında olması gereklidir. Mesela, beyaz eşya toptan satıcısı A'nın, perakende satıcı B'ye 20 adet TV siparişi verdiğini, siparişin verildiği sırada A'nın elinde bu malların bulunmaması nedeniyle imalatçıdan tedarik ederek B'ye teslim edeceğini ve halen geçerli olan mal bedeli üzerinden bir sözleşme yapıldığını varsayalım. A, fiyatların aynı kalacağını düşünerek yavaş davranmış ve sözleşmenin teslim tarihine çok az bir zaman kalamaya kadar TV'leri imalatçıdan satın almamıştır. Ancak, piyasa şartlarının aşırı bir şekilde değişmesi nedeniyle, sözleşme konusu TV fiyatında çok ciddi bir artış olmuştur. Böyle bir durumda A'nın şartların aşırı bir şekilde değişmesi nedeniyle uyarlama talep edebilme imkanı olmamalıdır. Çünkü önceden bu malları satın alarak, aşırı artıştan doğan ifa güçlüğünden kurtulabilirdi. Dolayısıyla ifa güçlüğünün meydana gelmesi onun kontrolü dışındaki bir olay neticesinde meydana gelmiş sayılamayacaktır.

30 Buradaki makul insan o iş çevresindeki standart bir insan olarak kabul edilmelidir.

31 UNIDROIT Principles, s. 185.

32 UNIDROIT Principles, s. 186

Dördüncü olarak, söz konusu olayın borcunu yerine getiremeyen tarafça üstlenilmemiş olması gereklidir. Bu riskin üstlenilmesi gerektiği açıkça kararlaştırılmasa bile, sözleşmenin niteliğinden borcunu yerine getirmesi zorlaşan tarafça üstlenilmiş olması gerekiyorsa, ifa güçlüğüne düşüldüğü iddiasıyla uyarılma talep edilemez³³. Mesela bir sigorta şirketinin savaş ve iç karışıklık riskini sigortalaması durumunda, savaşın bölgedeki üç ülkeyi de içine alacak şekilde ortaya çıkması halinde, bu riskin kendisi tarafından üstlenilmediği iddiasında bulunamaz³⁴.

Ancak doktrinde bu şartın yazılış biçimi ve yorumu eleştirilmiştir. Kessedjian yukarıda belirtilen dört şartın gerçekleşmesine rağmen, bu riskin borçlu tarafından nasıl üstlenilebileceği sorusunu yöneltmiştir. Eğer bu şartlar gerçekleşmişse borçlu risk doğuran olayı açıkça üstlenmemiş sayılacağını belirtmiş ve yorumun da bu konuda oluşacak endişeleri giderir nitelikte olmadığını ifade etmiştir³⁵.

UP'nin 6.2.3. maddesinde yukarıda sayılan şartların gerçekleşmesi neticesinde, borçlu ifa güçlüğüne düşmüşse, karşı taraftan sözleşme şartlarının yeniden müzakere edilmesini isteyebilecektir³⁶. Ancak, karşı tarafın ABHP'den farklı olarak müzakere talebine icabet etme mecburiyeti yoktur. Bununla beraber madde yorumunda tarafların iyiniyet (m. 17) ve ortak hareket etme (m.5.1.3) prensiplerine uygun bir şekilde davranmaları gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, karşı tarafın hiçbir sebep göstermeden görüşmeyi kabul etmemesinin dürüstlük kuralına uygun olmayacağı söylenebilir³⁷. Fakat bize göre UP'de bu yola başvurunun mecburi olduğu söylenemez. Her ne kadar madde yorumunda tarafların UP'nin 1.7. maddesinde düzenlenen iyiniyet ve 5.1.3. maddesinde düzenlenen ortak hareket etme prensiplerine

33 UNIDROIT Principles, s. 186

34 PERILLO, Joseph M., "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", 1998, s. 129, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio>.

35 KESSEDJIAN, Catherine, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", 25 *International Review of Law and Economics* September 2005, s. 421.

36 Tarafların sözleşmeye herhangi bir uyarılma hükmü koymaları halinde de müzakere talep edemeyecekleri madde yorumunda belirtilmiştir. Bkz. UNIDROIT Principles, s. 189.

37 KESSEDJIAN, s.422; UNIDROIT Principles, s. 190.

gönderme yapılarak, müzakereden bu prensiplere aykırı olacak şekilde kaçınılamayacağı söylenebilecek olsa da, yapılacak görüşmelerin sadece vakit kaybı olacağı, bu konuda bir neticeye varılmasının ancak bir mahkeme kararı ile olabileceği konusunda kesin kanaati olan tarafın da sadece bir taktik olarak, müzakere yolunu tercih etmesi de uygun olmayacaktır³⁸. Dolayısıyla müzakere yolunun UP'de mutlak bir başvuru yöntemi olduğunu söylemek doğru değildir. Diğer taraftan uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesi yöntemlerinden (*alternative dispute resolution*) birisi olan müzakere yönteminin (*negotiation*), uluslararası ticaret uygulamasında tarafların iradeleriyle başvurulmuş bir yöntem olduğu da bilinmektedir. Müzakere yöntemine müracaatın, tarafların sözleşmede belirtmemelerine rağmen mecburi hale getirilmesinin, bu yöntemlerin niteliğine uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Ayrıca UP'nin uluslararası ticari sözleşmelere uygulanacak kuralları belirleme amacının olması³⁹ ve uluslararası ticarete ise daha ziyade irade serbestisi prensibinin geçerli olması da, müzakere yoluna gitmenin iradi olması gerektiğini destekler niteliktedir.

Borcunu ifada zorlanan tarafın müzakere talebi, tek başına borcun ifasını durdurmayacaktır. Ancak madde yorumunda verilen örnekte de görüldüğü gibi, gecikme değişen şartlara uygun hareket etme ve hazırlık yapma nedeniyle ilave bir süreye ihtiyaç duyulması sebebiyle olabilecektir⁴⁰. Yapılan müzakereler neticesinde herhangi bir anlaşmaya varılamazsa, taraflardan herhangi birisi mahkemeye müracaat edebilecektir (m.6.2.3-(4)). Mahkemenin tarafların belirledikleri tahkim veya milli bir mahkeme olduğu açıktır. Mahkeme aşırı bir ifa güçlüğüne olduğuna kanaat getirirse, sözleşmeyi sona erdirebilir ya da değişen şartlara uyarlayabilir (m.6.2.3.(4)). Tarafların müzakereden bir netice alamamaları nedeniyle mahkemeye müracaat etmeleri halinde ne kadar bir süre bekleyecekleri her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmelidir. Mahkemelerin tabi oldukları milli hukuk sistemlerinde uyarlama prensibinin olmaması halinde, sözleşmenin değişen şartlara göre

38 Madde yorumunda da bu konu açıkça ifade edilmiştir. Bkz. UNIDROIT Principles, s.190

39 UNIDROIT Principles, s.1.

40 UNIDROIT Principles, s. 190.

ekonomik açıdan yeniden değerlendirilmesi konusunda bazı sıkıntılar yaşanabileceği doktrinde ifade edilmiştir⁴¹.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde ifa güçlüğüne düşen taraf ilk olarak diğer taraftan, sözleşme şartlarının yeniden müzakere edilmesini isteyebilecektir. Diğer tarafın müzakereyi kabul etmemesi veya yapılan müzakerelere rağmen tarafların anlaşamaması durumlarında taraflardan herhangi birisi mahkemeye müracaat edebilir. Mahkeme de şartları değerlendirerek sözleşmenin sona erdirilmesine karar verecek veya sözleşmeyi, taraf dengesini yeniden kuracak şekilde uyarlayacaktır. Mahkemenin ne şekilde hareket edeceğini olayın şartları belirleyecektir. Bu anlamda mahkeme sadece sözleşmenin sona erdirilmesine veya uyarlanmasına karar vermek zorunda değildir. Eğer şartlar sözleşmenin sona erdirilmesine veya uyarlanmasına uygun şekilde ortaya çıkmamışsa, mahkeme tarafları tekrar sözleşme şartlarını müzakere etmeye yönlendirebilir yada sözleşmenin aynen uygulanmasını isteyebilir⁴².

2. Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri (ABHP)

ABHP'nde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, sözleşmenin muhtevası ve hükümleri adlı 6. bölümünün, şartların değişmesi başlıklı 6.111. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci cümlesinde de UP'de olduğu gibi, sözleşmenin yerine getirilmesinin taraflar için, sözleşmenin yapıldığı andaki duruma nazaran ağırlaşmasının, ifayı engellemeyeceği ifade edilerek ahde vefa prensibi vurgulanmıştır. Daha sonraki maddelerde ise, uyarlanmanın hangi şartların varlığı halinde söz konusu olabileceği ve ne şekilde yapılması gerektiği hususları ifade edilmiştir. Buna göre sözleşmenin uyarlanabilmesi için gerekli olan şartlar şunlardır:

1. Şartların değişmesi nedeniyle sözleşmenin yerine getirilmesinin aşırı bir şekilde ağırlaşması (... *excessively onerous*...),
2. Şartların sözleşmenin yapılmasından sonra değişmesi,
3. Sözleşmenin yapıldığı sırada bu tür bir değişikliğin taraflarca öngörülemez olması,

41 KESSEDJIAN, s. 422.

42 UNIDROIT Principles, s. 191.

4. Sözleşmeye göre, şartların bu şekilde değişebileceği riskine, değişimden etkilenen tarafça katlanılmasının gerekmemesidir.

ABHP m. 6.111’de düzenlenen uyarılama hükümlerinin uygulanabilmesi için, ilk olarak ifanın aşırı bir şekilde ağırlaşmış (*excessevely onerous*) olması gereklidir. İfadaki her türlü ağırlaşmanın (*more onerous*) uyarlamayı gerektirmediği, dolayısıyla da borçlunun sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde borcunu yerine getirmesi gerektiği birinci fıkrada açık bir şekilde ifade edilerek ahde vefa prensibinin (*pacta sunt servanda*) esas olduğu uyarılamanın ise istisnai bir durum olduğu vurgulanmıştır. Diğer taraftan ifa güçlüğündeki ağırlığın imkânsızlık derecesine çıkmaması da gereklidir. İmkânsızlıkta borcun ifasının sonradan borçlunun kontrolü dışındaki savaş, deprem, doğal afet gibi sebeplerden dolayı yerine getirilemez olması veya borcun konusunu teşkil eden edimin fiziki olarak ortadan kalkması şartları aranmaktadır⁴³. Klasik anlamda mücbir sebep (*force majeure*) teşkil eden bu tip durumlarda⁴⁴ borçlu borcunu ifa etmekten ve tazminat ödemekten kurtulacaktır (ABHP m. 8.108 ve 8.101). Uyarılamanın yapılabileceği ifa güçlüğü hallerinde ise sözleşmenin taraflardan birisi için ekonomik anlamda yıkıcı olması, sözleşmenin ekonomik dengesinin yani edimler arasındaki dengenin bir taraf aleyhine aşırı bir şekilde bozulmuş olması gereklidir⁴⁵. Görüldüğü gibi burada Fransız hukukundaki emprevizyon (*imprévision*) teorisinin bir yansıması söz konusudur. Peki buradaki aşırılığın ölçüsü ne olacaktır? Acaba, borçlu için borcun yerine getirilmesi onun iflasına mı neden olmalıdır? Gerçekten borçlunun mali gücüne göre ifa güçlüğünün yıkıcılığı değişebilecektir. Ancak burada incelenmesi gereken durum, borçlunun genel anlamdaki mali gücü değil, sadece o sözleşme için bu şartlarda borcun yerine getirilmesinin bir taraf için ne kadar ağır ve yıkıcı olduğudur. Dolayısıyla değerlendirilmesi gereken durum, sadece o sözleşme için borçlunun borcu ifa etmesi halinde

43 ICC’nin 2003 yılında çıkardığı, *force majeure*’e ilişkin sözleşme şartlarında aşağıdaki sebepler mücbir sebep olarak sayılmıştır: Savaş, iç savaş, iç karışıklık, terör, sabotaj, korsanlık, hükümetin yaptığı hukuki veya hukuk dışı fiiller, kamulaştırma, müsadere, salgın hastalık, tabii afetler, patlama, yangın, fabrikanın, aletlerin, makinelerin yok olması, boykot, grev, lokavt, iş yavaşlatma, fabrikanın işgal edilmesi. <http://tldb.uni-koeln.de>.

44 SOUTHERINGTON, Tom, **Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade**, Turku 2001, s. 41, www.cisgw3.law.pace.edu/cisgw/biblio.

45 BACKHAUS, Richard, “The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law”, vol. 8.1 (March 2004), s. 6, <http://www.ejcl.org>.

ortaya çıkacak mali zorluk ile bu borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının elde edeceği fayda arasındaki dengedir. Eğer bu denge borçlu aleyhine aşırı bir şekilde bozulmuyorsa borcun ifa edilmesi gerekecektir. Aksi takdirde ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi söz konusu olacaktır⁴⁶. Bununla ilgili ABHP'nin komisyon tarafından yapılan yorumunda örnek olarak verilen, İngiliz mahkemelerinde görülmüş *Şakiroğlu Co Ltd. & Noble Thorl GmbH* davası dikkat çekicidir. Davada, davacı ile davalı, sözleşme konusu Sudan cevizi, davalıya, Hamburg limanında teslim etmek üzere CIF satış olarak bir sözleşme yapmıştır. Gemilerin Sudan limanından, Hamburg limanına kadar olan normal yol güzergâhı Süveyş Kanalı'ndan geçmektedir. Ancak o tarihlerde Süveyş kanalı Arap-İsrail savaşı nedeniyle beklenmedik bir şekilde kapanmıştır. Bu durumda gemilerin Ümit burnunu dolaşması gereklidir ve bu da yol maliyetlerinin iki katına çıkacağı manasına gelmektedir. Bu durumda ABHP'ne göre tarafların konuyu müzakere ederek uyarlama yapmak için bir araya gelmeleri gerekirken, İngiliz Lordlar Kamarası, sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde yerine getirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁷.

İkinci olarak, şartların değişmesinin sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkması gereklidir. Sözleşme yapılmasından önce zaten var olan aşırı güçlük oluşturan bir durum, sözleşmenin uyarlanmasını gerektirmeyecektir. Böyle bir durumun bilinmediği veya bilinmesinin gerekmediği de iddia edilemeyecektir.

Üçüncü olarak, şartların değişme ihtimalinin, sözleşme yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyecek olması şarttır. Eğer aynı durumdaki makul bir insanın bu durumu öngörebileceği varsayılabiliriyorsa uyarlama söz konusu olamayacaktır.

Son olarak sözleşmeye göre şartların bu şekildeki bir değişme riskine ifa güçlüğüne düşen borçlu tarafından katlanılmasının beklenmemesi gereklidir. Bu şart uygulamada belirlenmesi en zor olanıdır.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde, tarafların öncelikle müzakere yapma mecburiyeti vardır. Müzakerenin konusu sözleşmeden dönme veya uyarlamaya ilişkin olacaktır. Eğer taraflar makul bir süre içerisinde anlaşmaya

⁴⁶ BACKHAUS, s.7.

⁴⁷ http://ourworld.compuserve.com/homepages/pntodd/cases/cases_t/tsakirog.htm

varamazlarsa, mahkeme sözleşmeden dönülmesine veya sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına karar verebilir. Ayrıca maddenin son kısmında her iki durumda da mahkemenin, müzakereyi kabul etmeyen veya müzakereyi iyiniyet ve hakkaniyete aykırı bir şekilde sona erdiren tarafı tazminat ödemeye mahkûm edebileceği ifade edilmiştir. Bu niteliğiyle müzakere yapmak suretiyle, uyuşmazlığı mahkeme öncesi aşamada dostane bir şekilde çözüme yoluna başvurunun, mecburi olması prensibinin getirildiği görülmektedir. Bu niteliğiyle ABHP'nin UP'den ayrıldığı söylenebilir.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Görüldüğü gibi bu makalede aşırı ifa güçlüğü kavramı ve bunlara yüklenen hukuki sonuçlar farklı milli hukuk sistemleri ve özellikle de Türk hukukçuları tarafından fazlaca dikkate alınmayan, UP ve ABHP çerçevesinde incelenmiştir. Bu incelemede dikkatimizi çeken hususlar ve bunlar ile alakalı değerlendirmelerimiz şu şekildedir:

1. Öncelikle, BKT'nda "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 137. maddenin, "İmkânsızlık" genel başlığı altında düzenlenmesi, bu durumun bir imkânsızlık türü olduğu intibahı vermesi dolayısıyla, bize göre isabetli olmamıştır⁴⁸. Yukarıda da ifade edildiği gibi, aşırı ifa güçlüğü, imkânsızlıktan, gerek şartları ve gerekse sonuçları açısından tamamen farklı bir kavramdır. UP'de aşırı ifa güçlüğü sözleşmenin ifasını düzenleyen 6. bölümünde (*Performance*), ABHP'de ise sözleşmenin muhtevası ve hükümlerini düzenleyen 6. bölümünde (*Contents and Effects*) düzenlenmiştir. Bize göre de aşırı ifa güçlüğü maddesinin, BKT'nda, UP'deki ve ABHP'deki düzenlemelere paralel olarak, "Borç İlişkisinin Hükümleri" adlı ikinci bölümünün "Borçların İfası" başlıklı birinci bölümünün altında düzenlenmesi uygun olacaktır.

2. Tasarı metninin yazılış tarzı ile de alakalı kanımızca bazı problemler vardır. Bunlardan ilki, maddenin birinci fıkrasının çok uzun ve tek bir cümle olarak yazılmış olmasıdır. Bu şekliyle metin çok karışık ve yanlış anlaşılmalara neden olabilecek niteliktedir⁴⁹. Bunun yerine maddenin, BGB, UP ve ABHP'de benimsenen usulle, daha kısa cümle ve fıkralarla yazılmasında fayda olduğunu düşünmekteyiz. Tasarı metninin yazılış şeklini BGB, UP ve

⁴⁸ ARAT, s.90.

⁴⁹ ARAT, s.90.

ABHP'den ayıran bir diğer fark ise, dürüstlük kuralına yapılan atıf noktasındadır. Aşırı ifa güçlüğü zaten nitelik itibarıyla, dürüstlük kuralının özel bir düzenleme şekli olarak ortaya çıkan bir kavramdır. Maddede BGB §313'de UP m.6.2.2 ve 6.2.3'de dürüstlük kuralı ifadesi kullanılmamıştır. ABHP m. 6:111(3)(b)'de ise dürüstlük kuralı, mahkemenin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlarken istifade edeceği temel kural olarak zikredilmiştir. Bunun yerine her üç düzenlemede de aşırı ifa güçlüğüne ortaya çıkaran haller net bir şekilde yazılmıştır. Bu şekliyle hâkimin, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemenin ayrı bir madde olarak kanun metnine dâhil edilme gayesine de uygun olacaktır. Çünkü şimdiye kadarki uygulama zaten, MK m.2'de belirtilen genel anlamda dürüstlük kuralına dayanarak yapıyordu. Tasarıya bu maddenin eklenmesiyle güdülen amaç, bu konuda özel bir düzenleme yapmaktır. Özel düzenlemenin, genel anlamdaki dürüstlük kuralından yola çıkılarak, ancak tekrar o kurala gönderme yapmaya ihtiyaç duyulmayacak şekilde yapılmasının gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde bu maddenin kanun metnine konulmasına gerek kalmayacaktır.

3. Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin olarak UP ve ABHP temelde benzer nitelikler taşısa da, bazı konularda birbirinden farklı hükümler içerdiği görülmektedir. Her iki düzenlemede öncelikle ahde vefa (*pacta sunt servanda*) prensibine vurgu yapılmış, temel prensibin sözleşmeye bağlılık olduğu, uyarlanmanın ise ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu yaklaşım, Yargıtay'ın birçok kararında da aynen tekrar edilerek Türk hukukunda aynı yaklaşım tarzının benimsendiği görülmektedir⁵⁰. Fakat BKT'nda böyle bir hükme yer verilmemiştir. Tasarı metninde şartların olağanüstü bir şekilde değişmesi gerektiği ifade edildiği için, ayrıca böyle bir hükmün madde metnine dâhil edilmesinin gerekli görülmediği anlaşılmaktadır. Bu

⁵⁰ KAPLAN, s. 145. Yarg. 13.HD., 22/524, T. 04.02.1999; Yarg. HGK., 11-460/651, T. 17.09.1997.

yaklaşım tarzı, Türk hukuku gibi, bu konuda yerleşmiş içtihatların olduğu bir milli hukuk sistemi için makul karşılanabilir.

4. Yine, herhangi bir olayın sözleşme şartlarını aşırı bir şekilde değiştirerek uyarlamaya yol açabilmesi için gerekli şartlar da gerek UP ve ABHP’de ve gerekse Türk hukukunda büyük oranda benzerlik göstermektedir. Buna göre, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenemeyen, sözleşme şartlarını taraflardan biri aleyhine aşırı bir şekilde değiştiren, sonradan ortaya çıkan olayların vukuu halinde uyarlamanın mümkün olabileceği küçük ifade farklılıklarıyla yukarıdaki metinlerde düzenlenmiştir. Sonradan ortaya çıkan olayın edimin ifasını imkânsızlık derecesine getirmemesi gereklidir. Fakat UP’de bu konuda ilgi çekici bir düzenleme göze çarpmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, mücbir sebep durumunda imkânsızlık durumu ortaya çıkacak ve bu da sözleşmeden dönülmesi veya feshedilmesine neden olacaktır. Ancak imkânsızlık derecesine çıkmayan bir ifa güçlüğü ise uyarlama sonucunu doğurabilecektir. Ancak UP’nin mücbir sebebi düzenleyen 7.1.7. maddesinin yorumunda, bu maddenin aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen m. 6.2.2 ile beraber değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵¹. UP’nin 6.2.2. madde yorumunda ise, ortaya çıkan durumun hem *force majeure* hem de *hardship* olarak değerlendirilebileceği istisnai durumlarda, zorluğa düşen borçlunun istediği hükme başvurması konusunda seçimlik bir hakkının olduğu ifade edilmiştir. Bize göre bu yorum tarzı, uluslararası ticaretin esnek karakterine uygundur. Dolayısıyla her iki şekilde de değerlendirilebilecek bir olayın varlığı halinde borçlu isterse *force majeure* hükümlerine dayanarak sözleşmeden derhal dönebilecek veya *hardship* hükümlerine başvurarak şartların yeniden müzakere edilmesini talep edebilecektir⁵². ABHP’de ise aşırı ifa güçlüğünü düzenleyen m. 6:111 mücbir sebebi düzenleyen 8:108’in beraber uygulanmasının mümkün olmayacağı doktrinde ifade edilmiştir⁵³. Türk hukukunda da imkânsızlık halinde uyarlamanın mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bu iki kavramın, milli hukuklarda aynı anda var olması çok rastlanan bir durum değildir.

⁵¹ UNIDROIT Principles, s. 208.

⁵² UNIDROIT Principles, s. 187.

⁵³ BACKHAUS, s. 17.

5. Aşırı ifa güçlüğü ile alakalı olarak, UP, ABHP ve Türk hukuku arasındaki esas fark, müzakere yönteminin varlığı ve niteliği ile ilgilidir. Öncelikle gerek Türk mahkeme tatbikatında ve gerekse BKT’da müzakere yöntemine yer verilmiş değildir. Uyarlamayı, sözleşme taraflarının talebi halinde mahkemenin yapması öngörülmüştür. Bir ara aşama olarak müzakere yöntemine yer verilmemiştir. UP ile ABHP arasında ise müzakerenin mecburiliği konusunda bir farklılık vardır. UP’nin, 6.2.3. maddesinde, ifa güçlüğüne düşen tarafın diğer taraftan müzakere yapma konusunda bir talebinin olabileceği ifade edilmiştir. Ancak karşı tarafın bu talebe icabet etmesinin mecburi olup olmadığı metinde ifade edilmemiştir. ABHP’nin 6:111 (2). maddesinde ise tarafların müzakere yapma mecburiyetinin olduğu belirtilmiştir. Hatta müzakere talebini reddeden tarafın, mahkeme tarafından tazminat ödemeye mahkûm edilebileceği de maddenin son fıkrasında düzenlenerek bu mecburiyet güçlendirilmiştir. UP ve ABHP’deki müzakerelerin amacı sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamak veya sözleşmeden dönmektir. Dolayısıyla Türk hukukundan farklı olarak uyarlamayı sadece mahkemeler değil, müzakere yoluyla taraflar da yapabilmektedir. UP ve ABHP’de uyarlamaya veya sözleşmenin sona erdirilmesine mahkeme tarafından karar verilmesine ise en son çare olarak başvurulmaktadır. Bize göre de tarafların mahkeme aşamasına gelmeden ortaya çıkan sorunu kendi aralarında müzakere ederek halledebilmeleri daha uygun bir yöntemdir. Bu şekilde sözleşmenin ayakta tutulması temin edilmiş olacak ve taraflar arasındaki ilişkiler bozulmayacaktır. Bu yöntemin kanun metnine dâhil edilmesi bize göre olumlu ve ileri bir düzenleme olacaktır.

KAYNAKÇA

- ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.
- BACKHAUS, Richard, “The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law”, vol. 8.1 (March 2004), <http://www.ejcl.org>.
- BEALE, Hugh, “The Development of European Private Law and European Commission’s Action Plan on Contract Law”, *Juridica International* X/2005.
- DRETTA, Ugo, “Force Majeure Clauses in International Trade Practice”, 5 *International Business Law Journal*, 1996.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, 2003.
- FLAMBOURAS, Dionysios P, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, 13 *Pace International Law Review* (Fall 2001).
- KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. baskı, Ankara, 2007
- KESSEDJIAN, Catherine, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, 25 *International Review of Law and Economics* September 2005.
- LANDO, Ole, Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Similarities, Differences and Perspectives, Saggi Conferenze E Seminari 49, Rome 2002.
- PERILLO, Joseph M., “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 1998. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio>.
- PUELINCKX, A.,H., “Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances”, <http://tldb.uni-koeln.de/>.
- RIMKE, Joern, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Pace Review of the*

Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000).

RIVKIN, David W., *Lex Mercatoria And Force Majeure*, s. 168, *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, (ICC Pub. No: 480/4), Paris, 1993.

SOUTHERINGTON, Tom, *Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade*, Turku 2001, www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio.

UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2004, Rome, 2004.

<http://en.wikipedia.org>.

<http://tldb.uni-koeln.de>.

<http://www.gesetze-im-internet.de>.

www.kazanci.com.tr.

www.vergiportali.com

[http://ourworld.compuserve.com/homepages/pntodd/cases/cases_t/tsakirog.h
tm](http://ourworld.compuserve.com/homepages/pntodd/cases/cases_t/tsakirog.htm)

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE HUKUKİ FARAZİYELER

*Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ**

Hukukun faraziyelere başvurması ve hukuki faraziyelerin çoğalarak hukukun bir parçası haline gelmesi, antik Roma döneminden beri varolan bir uygulama olmakla birlikte, hukukta daima tartışmalı bir konu olarak yerini almıştır. Tarihsel süreç içinde, hukuki faraziyelere yaklaşım genellikle açık fikirli olmaktan çok uzaktır, bununla birlikte hukukun “faraziyeleri” kullanması kapsam ve form olarak giderek artmış ve süreklilik arz etmiştir.

Günümüzde, hukukun genel evrim kanunlarını bulmak şeklindeki amacın terkedilerek, geçmiş hukuk olaylarının, kendi ferdilikleri ve somutlukları içinde incelenerek, değer yargılarından uzak şekilde aydınlığa çıkartılması tercih edilen bir yol olup, hukuku konusu hatta yöntemi bakımından bir bütün olarak ele almak gerekir. Bu noktada, hukuki faraziye kavramını, toplumların hukuk uygulamaları, geliştirdikleri hukuk kuralları ve kurumlarını çalışma konusu içine alan hukuk tarihi, hukuku bütünsel açıdan inceleyen bir araştırma disiplini olan hukuk felsefesi ve sosyo-hukuki olayları nedensellik ilişkisi çerçevesinde inceleyen hukuk sosyolojisi gibi yaklaşımları¹ gözardı ederek açıklamanın olanaksızlığı da ortaya çıkmaktadır. Hukuk kavram ve kurallarının izlerini sürenler bakımından Roma Hukuku, hiç şüphesiz en umut verici ve verimli çalışma alanını sunmaktadır. Geleneksel ve katı kurallarıyla tanınan Roma *ius civile*'sinin ekonomik, toplumsal, siyasal değişim ve gelişimlerin doğurduğu yeni gereksinimleri karşılayabilecek yapıya gelmesindeki organik gelişimi², hukukun faraziyeleri kullanmasında da açık olarak görmek mümkündür.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Ankara 1986, s. 25.

2 Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku- Hakların Korunması, Ankara 2003, s. 35.

Hukukun istikrarlı yapısına rağmen, toplum değişken ve esnektir. Eski hukukun katı kurallarının değişmezliği inancı sonucunda, tüm hukuk sistemlerinin gelişiminin erken aşamalarında hukuki faraziyelerin hüküm sürmesi kaçınılmaz olmuştur³.

Bu makale, hukuki faraziyeleri, klasik Roma hukukundan itibaren ele alarak, tarihsel süreç içinde, hukukta faraziyelerin kullanımına ilişkin temel tartışmalar ve görüşler ışığında, hukuki faraziye kavramını açıklamayı hedeflemekle birlikte, amaç olarak, hukuki faraziye konusunda neredeyse hareketsiz haldeki tartışmanın yeniden gündeme getirilmesinin zorunluluğundan hareket etmektedir. Bu nedenle, hukukun gelişiminde en etkili araçlardan biri olduğu kabul edilen “Roma hukuku faraziyelerinin” yanısıra, Common Law faraziyeleri, kanun hükümlerinin yorumlanması ve özellikle anayasa hukukunda faraziyelere dayanılması konularına da değinilmiştir.

Hukuki faraziyelere yönelik en eski ve şiddetli tartışmaların kapsamındaki farklılık ve özündeki önyargılara rağmen, hukuki faraziyelerin gerek Roma gerekse İngiliz hukukunun etkisini taşıyan hukuk sistemlerinde yaygın kullanımı olduğu genellikle kabul edilmektedir⁴.

Hukuki faraziye konusundaki en eski yorumculardan olan Jeremy Bentham, aynı zamanda hukuki faraziyeyle yönelik en şiddetli eleştirileri yapmıştır. Faraziyenin öldürücü nefesinin yaklaştığı herşeyi zehirlediğini düşünen yazarın, hukuki faraziyelere ilişkin meşhur yorumu⁵ yanında, faraziyeyi “gerçek olmadığı malum olan bir varsayımın, gerçekmiş gibi anlaşılmasına neden olan bir araç” olarak ta-

3 H.W.B.: “Influence of Legal Fictions on the Early Growth of Roman Law, The New York Law School Journal, 1894 -1895, s. 79.

4 Notes: “Lessons from Abroad: Mathematical, Poetic and Literary Fictions in the Law, Harvard Law Review, Volume 15, Number 8, Haziran 2002, s. 2228.

5 Ünlü İngiliz felsefeci, hukukçu ve toplum reformcusu Jeremy Bentham (1848-1832), İngiliz hukuku bakımından faraziyeyi; “tüm damarlara yayılan ve çürümüşlük ilkesini sistemin bütün parçalarına taşıyan, bir hastalık (frenji)” olarak nitelendirmektedir. The Works of Jeremy Bentham (ed. John Bowring, London 1843)

http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=quick_search.php

nımlamıştır. Bentham bilinmezlik, karmaşa ve mesleki sahtekârlığın zorunlu olarak hukuki faraziyelere eşlik ettiği düşüncesindedir⁶.

Hukuki faraziye karşıtlarına göre, faraziyeler hukukta olması gereken şeffaflık ve açık hukuki düşünce bakımından tahrip edicidir; “gerçek” ile “gerçekmiş gibi görünen”, her ikisini de ifade etmek için tek bir tanımlama kullanır. Hukuk kurallarının lafzı ile uygulamasını birbirine karıştırarak, hukukun dengeli tasnifi önündeki en büyük engeldir⁷.

Sir Henry Sumner Maine, “Ancient Law” eserinin ikinci bölümünde (Legal Fictions), hukukta faraziye kullanımına ilişkin tartışmaların temelinde yer alan görüşler ileri sürmüştür. Maine, “bir hukuk kuralının -lafzı değişmeden kalmakla birlikte- tatbikatının tadil edilmesi” sonucunda “hukuk kuralındaki değişimi perdelemesi” açısından hukuki faraziyeleri eleştirmekle birlikte, faraziyenin hukukun “toplumla uygunluğunu” sağlayan üç vasıttan biri olduğunu ifade eder⁸. Sosyal gelişimin ilk aşamasında hukukun, biçimci ve dar kalıplarının üstesinden gelmede, faraziyelerin değerini kabul eden Maine’a göre, kendi ifadesi ile “*infans*”⁹ toplum-

6 Bentham’a göre “her suçlu kullanımında en becerikli olduğu silahı kullanır; boğa boynuzlarını, kaplan pençelerini, çingiraklı yılan zehirli dişlerini, hukukçu yalanlarını kullanır, acemi hırsızlar maymuncuk, gedikli hırsızlar ise faraziyeleri”. Bentham, Jeremy: The Theory of Legislation, (ed. Paul Kegan, London 1931).

http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=quick_search.php

7 Bkz. Notes, s. 2232 vd..

8 Ünlü İngiliz tarihçisi ve hukukçu Sir Henry Sumner Maine (1822-1888)’a göre diğer iki vasıta hakkaniyet (equity) ve kanun koymadır, bkz. Maine, Henry Sumner: Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideals, London 1861, s. 25.

<http://www.literaturecollection.com/a/henry-sumner-maine/ancient-law/2/>

9 *Infans*: Roma hukukunda, Cumhuriyet devrinde ve klasik devirde, henüz konuşamayan (*qui fari non possunt*), bu nedenle fiil ehliyetinden tamamen yoksun ve *sui iuris* ise vesayet altında bulunan çocuk. Iustinianus hukukunda, yedi yaşından küçük olduğu için temyiz kudretinden yoksun, tam ehliyetsiz küçük. (Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983 (Lügat), s. 86.) Henüz gelişim sürecinin ilk aşamalarında olan (William Smith, D., A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, London 1875)

www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/E/RomanTexts/secondary/SMIGRA*/home*.html;

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Infans.html

larda faraziye, değişime yönelik olumsuz genel tavrı incitmeksizin, ilerleme tutkusunu tatmin etmesi bakımından önemlidir¹⁰.

Hukukun temelde toplumsal bir olgu olarak, zaman içindeki değişim sürecinin dışında tutulamayacağı gerçeği sonucunda, hukuk da değişmek ve ilerlemek zorundadır. Değişen koşullar toplumun adalet anlayışını değiştirdiği için, eski koşulların ürünü olan kanunlar ve kurallar yeni durumlarda adalet ve hakkaniyetin gerçekleştirilmesi açısından yetersiz kalabilmektedir¹¹.

Romalı hukukçular, hukuki faraziye konusunda bir teori geliştirmemekle birlikte, *fictio*¹² bir hukuki bir araç olarak ilk defa Roma hukukunda belirmiştir¹³ ve çoğunlukla, hukuk kuralının katı lafzı altında ulaşılması mümkün olmayan, arzu edilen sonuçlara ulaşmak için, gerçek olmayan bir varsayıma izin verilmesi yoluyla¹⁴, elde edilemeyecek belirli hukuki sonuçların elde edilmesi için kullanılmıştır. Roma usul hukuku faraziyeleri gerçek ya da doğru olmadığı bilinen mutlak bir iddianın gerçek olarak farzedilmesidir¹⁵.

Roma hukukunun gelişmesi, Roma usul hukukunun gelişimine paralel olmuş ve hakların durumu, bu haklar için öngörülmuş usul hukuku olanaklarına bağlı

Kelime olarak yavru, bebek, dili tutulmuş, çocuksu; çocuk anlamına gelmektedir. (Latince / Türkçe Sözlük, Dr. Sina Kabağaç / Erdal Alova, İstanbul 1995, s. 300).

10 Maine, Bentham'ın faraziyeyle yönelik yaklaşımını "faraziyeyi, haksız şekilde yermek, faraziye-lerin hukukun tarihsel gelişiminde sahip olduğu kendi özgü işlevini bilmeme cehaletini ifşa etmekten başka birşey değildir" ifadesiyle eleştirmiştir. Ancient Law, s. 27.

11 Çeçen, Anıl: Adalet Kavramı, Adalet Kavramının Göreliliği Üzerine bir Deneme, Ankara 1981, s. 240-241.

12 *Fictio* (*fingere*'den): Gerçekte mevcut olmayan bir olgunun veya unsurun, mevcut farzedilmesi. Umur, Lügat, s. 72; Berger, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 470.

13 H.W.B., s. 79.

14 Berger, s. 470.

15 Maine, Ancient Law, s. 25-26; Formula sistemi ve faraziyelerin kullanımı konusunda bkz. Mousourakis, George: The Historical and Institutional Context of Roman Law, Burlington 2003, s. 198 vd..

kalmıştır¹⁶. İşte bu nedenle usul hukuku alanında faaliyet göstermekle birlikte, özel hukukun gelişmesinde büyük katkısı olan *praetor*'ların, *ius civile* tarafından tanınmamış ve yaptırıma bağlanmamış olsa da, belli hallerde ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumları yaptırıma bağlama yetkileri vardı. *Praetor*'ların Roma hukukunun gelişimi üzerindeki etkileri, yeni hukuk kuralları koyma biçiminde doğrudan doğruya değil, usul hukuku alanındaki faaliyetleri sırasında yani dolayısıyla olmuştur. *Praetor* sağladığı hukuki koruma yolları aracılığıyla *ius civile*'nin katı biçim ve geleneklere bağlı kurallarının uygulanmasının yarattığı sakıncaları önleyerek, hukukun değişmesini sağlamıştır¹⁷. Bu şekilde *ius civile* kurallarının zaman içinde değişen ve ortaya çıkan ekonomik, siyasi ve sosyal şartlara uymaları mümkün olabilmıştır¹⁸.

Roma'da fetihler ve ticaretin gelişmesi, yeni ihtiyaçları ortaya çıkarmış, özellikle yabancıların taraf ehliyetine sahip olmamasının getirdiği sakıncaların ortadan kaldırılması gerekmiştir¹⁹. İşte bu noktada, yabancılar (*peregrini*) *ius civile* davasını açamayacağı için, *praetor* hâkime, yabancıyı Roma vatandaşı farzederek kararını vermesini emrederdi. Örneğin, bir yabancı hırsızlıktan (*furtum*) doğan ceza davasını (*actio furti*) açamayacağından, *praetor*, hakime o yabancıyı Roma vatandaşı farzederek davayı görmesini emrederdi (Gai.VI. 37)²⁰. Roma hukukunda bu tür davalar *actiones ficticiae*²¹ olarak isimlendirilmiştir.

16 Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005, s. 212; Karadeniz-Çelebican, s. 266.

17 Karadeniz-Çelebican, s. 107; Mousourakis, s. 200.

18 Tahiroğlu / Erdoğan, s. 213, dn. 8; Karadeniz-Çelebican, s. 267.

19 *Legis Actio*'lar döneminde davalarda taraf olamayan yabancılar, *formula* usulünde büyük ölçüde taraf ehliyeti kazanmışlardır. *Formula* usulünün ortaya çıkış sebeplerinin başında, *legis actio*'ların şekilciliğinden çok, yabancılara uygulanamaması gelmektedir. Tahiroğlu / Erdoğan, s. 227.

20 Umur, Ziya: Roma Hukuku, Tarihî Giriş-Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1974, s. 604; Di Marzo, Salvatore: Roma Hukuku, İstanbul 1959, s. 105.

21 *Actiones ficticiae*: *Praetor*'un, herhangi bir ilişkiyi koruyan *ius civile* davasının *formula*'sının içine, *ius civile* tarafından korunabilmesi için mevcut olması gereken, fakat olayda mevcut olmayan bir unsur, var farzederek, *fictio* dâhil etmek suretiyle yarattığı bir dava türü. Bu şekilde, *praetor*, *ius civile* davasını, bir unsur eksik olduğu için himaye edilmeyen olaya uygulayarak, himaye sağlayabilmekte idi. Umur, Lügat, s. 14; Berger, s. 346; Ayrıca, *bonorum possessor*'un

Roma hukukunda, hukuki faraziyelerin tipik bir diğer örneği, *actio publiciana in rem*'dir. Söz konusu dava, *ius civile* mülkiyetinin herhangi bir nedenle iktisap edilemediği, fakat zamanaşımıyla iktisap edilebileceği hallerde açılabilen bir davadır²².

Gai. 4.36: “... *Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum*

usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit uelut hoc modo:

IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QVIRITIUM ESSE OPORTERET et reliqua.”

“...Bu dava, hukuki bir sebeple kendisine teslim edilmiş malı henüz zamanaşımıyla iktisap etmemiş olan ve zilyetliği kaybettikten sonra, onu talep eden kimseye verilir. Nitekim Quirites hukukuna göre, malın kendisine ait olduğunu iddia edemeyeceğinden, malın zamanaşımı ile iktisap edilmiş olduğu farz edilir ve böylece Quirites hukukuna göre malik olmuş gibi iddiasını ileri sürer, örneğin şu şekilde: Hâkim olsun. Şayet Aulus Agerius bir köle satın almış ve bu ona teslim edilmiş ise, dava konusu köleyi bir yıl süreyle zilyetliğinde bulundurmuş olsaydı Quirites hukuku gereğince onun olması gerektiğinden vs.²³”

Erdoğan'a göre, yukarıdaki metin dikkatle incelenirse, faraziyenin zamanaşımı ile iktisap faraziyesi olmayıp, malın taşınır – taşınmaz oluşuna göre, bir veya

taraf ehliyeti ve mirasçılık sıfatı faraziyesi (*ficto se herede*=kendisini mirasçı addederek) için bkz. Buckland, W. W.: *The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge 1931, s. 214; Di Marzo, s. 497.

²² Erdoğan, Belgin; *Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana in Rem*, İstanbul 1984, s.132. *Actio Publiciana*'nın şartları bir eksiği ile zamanaşımıyla iktisabın şartları ile aynıdır: hukuki sebep, zilyetlik, zamanaşımı ile iktisaba elverişlilik ve iyiniyet. Malın taşınır veya taşınmaz olmasına göre, bir veya iki yıllık süre ise işlemiş farzedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, s. 39 vd..

²³ Türkçe metin; Erdoğan, s. 18.

iki yıllık zamanaşımı süresinin işlemiş bulunduğu faraziyesi olduğu görülmektedir²⁴.

Praetor veya eyalet valisinin huzurunda yapılan bir farazi dava şekli olan *in iure cessio*, özellikle mülkiyeti nakletmek için kullanılan bir şekil olmasının yanında, intifa hakkı ve diğer irtifak haklarının kurulmasında, mirasçılık ve vesayet haklarının nakli ve kölelerin azat edilmesi gibi bir çok gayenin gerçekleştirilmesinde kullanılabilirdi²⁵. *In iure cessio*, tüm aynı haklar ve aile hukukuna ilişkin mutlak haklarda kullanılabilen bir dava şekli olan *legis actio sacramento in rem*'in hayali bir şekli olduğu için farazi dava ismini almaktadır²⁶. Roma hukukunda faraziyelerin kullanımı, *ficticiae* davalarda açıkça görülmekle birlikte, Roma hukukunun sistematik gelişiminde, maddi hukuk faraziyeleri de önemli bir yer tutmaktadır. Hatta Roma kanunlarında dahi faraziye örneklerini görmek mümkündür. Örneğin, M.Ö.81'de çıkarılan *Lex Cornelia De Captivis*²⁷ ile, esarete ölen bir Roma vatandaşının, esir iken değil, düşman eline geçmiş olduğu anda ölmüş kabul edilmesi gerektiği prensibi kabul edilmiştir (*fictio legis Cornelia: lex Cornelia* faraziyesi). Aksi halde, köle olarak ölmüş bir esirin mirası sözkonusu olmayacaktı²⁸.

24 Erdoğmuş, s. 88, 132.

25 *In iure cessio*, özellikle *res mancipi*'lerin mülkiyetini devir için kullanılmaktaydı; Malı iktisap etmek isteyen, *magistra* huzurunda mala dokunarak "Quirites hukuku gereğince bu malın bana ait olduğunu iddia ediyorum" der, malı devralacak olanın sukut etmesi veya ikrarı, yani *magistra* huzurundan çekilmesi ile *magistra*, malın orada davacı tarafında bulunan müktesibe ait olduğunu beyan ederdi. (Umur, Lügat, s. 88).

26 Umur, Lügat, s. 88; Strachan-Davidson, *legis actio*'ların en eskilerinden, her türlü ihtilafı çözümlenmeye elverişli, genel dava şekli olan *legis actio sacramento*'nun faraziye üzerine kurulu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Strachan-Davidson, James Leigh: Problems of the Roman Criminal Law, Volume I, Oxford 1991, s. 56-57; 1894-1895'te The New York Law School Journal'da yayınlanan "Influence of Legal Fictions on The Early Growth of Roman Law" makalesinin yazarı H.W.B, Roma hukukunun tamamen hukuki faraziyeler üzerine kurulduğunu ileri sürmektedir; Roma ailesi bir hukuki faraziyeden ibarettir. Yazara göre tüm davaların kaynağı olan *legis actio sacramento*'nun kendisi de bir hukuki faraziyedir. Ayrıca, *in iure cessio* ile birlikte, *mancipatio* şeklinde yapılan bütün muamelelerin (*per eas et libram*- maden külçesi ve terazi ile yapılan muameleler) faraziyeyle dayandığını ifade etmektedir. H.W.B., s. 79 vd..

27 D.28.6.28 (Iulianus 62 Dig.) "*Lex Cornelia, testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt confirmat...*"; "*Lex Cornelia, ... düşman hakimiyeti altında ölmüş olan kimselerin vasiyetini tasvib eder...*" Türkçe metin, Di Marzo, s. 38.

28 Di Marzo, s. 38.

D.49.15.18 (Ulpianus 35 ad Sab.)

“In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.”

“Hukukun bütün kısımlarında, düşmandan geri dönmemiş olan kimse esir edilmesi anında ölmüş gibi addolunur²⁹.”

Görüldüğü gibi Roma hukuku faraziyeleri toplum yararına uygun olarak, *ius civile*'ye destek olmak (*adiuvandia gratia*), boşluklarını doldurmak (*supplendi gratia*) veya düzeltmek (*corrigendi gratia*) suretiyle, hukukun gelişiminde ve değişiminde önemli bir işlevi yerine getirmiştir.

Genel olarak hukuki faraziyelere yönelik sert tutumun, Roma hukuku faraziyelerinde olduğu gibi, “hukukun gelişiminde sahip olduğu kendine özgü işlevi bakımından³⁰” yumuşaması sözkonusu olmakla birlikte, yine de ihtiyatla yaklaşıldığını görüyoruz.

Faraziyelerin son derece yararlı ve kullanışlı olabileceği düşüncesinde olan Sir William Blackstone'a göre; “faraziyenin asıl amacı, genel hukuk kuralının ortaya çıkardığı sakıncaları bertaraf etmek” olmakla birlikte, “hiç bir faraziye, bir haksızlık doğuracak şekilde kullanılamaz³¹”.

John Chipman Gray, Roma hukukunda olduğu gibi, mevcut hukuk sisteminin formunu değiştirmeksizin, belli bir kuralın uygulama şeklini değiştiren tarihi faraziyelerden söz ederken; bu tür faraziyeleri bir yapı iskelesine benzeterek “yararlı hatta inşaat sırasında zorunludur, fakat inşaat tamamlandıktan sonra sadece yapıyı karartmaya yararlar” ifadesini kullanmaktadır³². Aslında, burada Gray'in faraziye-

²⁹ Türkçe metin, Di Marzo, s. 38.

³⁰ Maine, Ancient Law, s. 27.

³¹ Blackstone, William: Commentaries on the Laws of England, Oxford 1765–1769.
http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp

³² Gray, John Chipman: The Nature and Source of the Law, New York 2005, s. 32. (eserin ilk basım tarihi 1909) Gray, yaptığı bir başka benzetmede, hukuki faraziyeler için “yeni hukuk şarabını eski usul şişelerine doldurmak” ifadesini kullanmaktadır. Gray, s. 31–32.

lere yönelik katı tutumundaki yumuşama, Roma hukukuna göre “daha cüretkâr ve kaba” bulunduğu İngiliz hukuku faraziyeleri bakımından aynı sertlikte sürmektedir³³.

Bu eleştiri, Common Law hukuk sisteminde faraziyelerin kullanım şekli dikkate alındığında, üzerinde durulması gereken bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. En eski şekliyle davacının mahkemede gerçek ve doğru olmadığı bilinen bir olguyu ileri sürmesi ve davalının bu durumun aksini iddia ve ispat etmesine izin verilmesi yoluyla, mahkemelerin yargı yetkisini genişletme işlevi gören bu tür faraziyelerin, İngiliz mahkemelerinde yoğun şekilde kullanılması sözkonusu olmuştur. İngiliz hukukunda bu tip faraziyelerin abartılı örneklerini bulmak mümkündür. Örneğin, coğrafi konum olarak Akdeniz’de yer alan Minorca Adası’nın, Londra’da, St. Mary Le Bow bölgesinde bulunduğu faraziyesine dayanarak İngiliz mahkemeleri, Akdeniz’de meydana gelen haksız fiiler bakımından yargılama yetkisine sahip olabilmişlerdir³⁴. Yine İngiliz hukukunda yaratılan farazi kişiler (John Doe, Richard Roe gibi) vasıtasıyla dava sebebinin hukuki özüne ulaşılmaya çalışılmıştır. Örneğin, haksız işgal nedeni ile açılan tazminat davasında, tazminatın miktarı, taşınmazın kiracısı olduğu varsayılan farazi kişilik John Doe aracılığıyla tayin edilmektedir³⁵.

19. yüzyıl boyunca, usul hukuku faraziyelerinin yanısıra, maddi hukuk faraziyeleri hukukta önemli rol oynayarak, hukukun olağan ve kabul edilmiş faaliyetlerinden biri olarak değerlendirilmiştir. Anayasa hukuku, devletler özel hukuku, ticaret

33 Gray, s. 32.

34 Moglen, Eben: “Legal Fictions and Common Law Legal Theory - Some Historical Reflections”, [www. http://moglen.law.columbia.edu/publications/fict.html](http://moglen.law.columbia.edu/publications/fict.html).

35 Benzer örnekler için bkz. Notes, s. 2231. Türk hukukunda haksız işgal nedeniyle tazminatın belirlenmesi (kira esasına göre) hususunda bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2001/863, K. 2001/1683, T. 20.2.2001 kararı; Yargıtay 3. Hukuk Genel Kurulu, E.2006/334, K.2006/340, T.7.6.2007; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E.1947/11, K.1950/2, T.1.3.1950, bkz. <http://www.kazanci.com/>; Yargıtay HGK.nun 13.1.1982 t. ve E.1979/2-66, K.1982/1 sayılı kararından: “Ecrimisil sözü bugünkü hukukumuzda Mecelle’den aktarılarak kullanılan gelen (haksız işgal nedeniyle tazminat) olarak nitelenen özel bir zarar giderim biçimidir. Bu zararın en azı kira geliri karşılığı zarardır.” Bkz. Yargıtay Kararları Dergisi 1982, Sayı 9, s.1216.

Mecelle’nin 526. maddesi gereğince sahibinin izni olmaksızın kullanılan mallar karşılığı verilmesi gereken tazminat ecrimisil olarak ifade edilmektedir ve mal kiraya verilseydi getirecek olan kira bedeline göre hesaplanır. Bkz. Tekinay Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atillâ: Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 214.

hukukunda da örnekleri olmakla birlikte, özellikle aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku, borçlar hukuku gibi medeni hukukun hemen her alanında, günümüz modern kanunlarına kadar girmiş olan faraziyelerin en tipik örneğini kişiler hukukunda; gerçek kişiler ve tüzel kişiler ayırımında görmek mümkündür³⁶.

Tüzel kişilerin ortaya çıkmasına neden olan sosyal zorunluluklar hukuk tarihinin değişik dönemlerinde ortaya çıkmış ve buna bağlı gereksinimleri karşılamak amacıyla kişi ve mal toplulukları oluşturulmuştur. Romalılar tüzel kişilik kavramını geliştirmemekle birlikte Roma'da kendilerine kişilik tanınmış, ayrı ayrı adlar verilmiş bir takım insan ve mal topluluklarının, hukuki bakımdan tek tek düzenlendiği anlaşılmaktadır³⁷. Diğer hukuk sistemlerinde örneğin, Cermen hukuku ve İslam hukukunda da bu nitelikte mal ve kişi topluluklarının örnekleri mevcuttur³⁸. Bu toplulukların kendilerini oluşturan kişilerin dışında ve onlardan ayrı bir kişiliğe sahip oldukları varsayılarak, bu varsayımsal kişiliğe tüzel kişilik adı verilmiştir³⁹. Ancak, tüzel kişiliğin ortaya çıkışına ilişkin teorilerde, kanun koyucunun pratik nedenlerle, gerçekte kişi olmadıkları halde bir varsayım (fiksiyon) olarak insan ve mal topluluklarına kişilik tanıyabildikleri fikrine dayanan, ünlü Alman hukukçusu Savigny ve İngiliz hukukçu Salmond tarafından savunulan “varsayım teorisi”, Alman hukukçu Gierke ve İngiliz hukukçu Maitland tarafından açıklanan “gerçeklik teorisi” taraftarlarınınca eleştirilmiş, tüzel kişiliğin kanun koyucunun yarattığı bir varsayım veya yapay bir kişi olmadığı, hukuk düzeni tarafından tanınmadan önce de tüzel kişiliğin varolduğu belirtilmiştir⁴⁰. Günümüzde, tüzel kişilerin sosyal yaşam gereklerinin ortaya çıkardığı varlıklar olup; farazi değil, tam aksine tıpkı ger-

36 Tüzel kişi teriminin ortaya çıkışı konusunda bkz. Hatemi, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 18 vd.

37 Roma hukuku tüzel kişileri ve *persona ficta* kavramı için bkz. Buckland, s. 88 vd.; Tahiroğlu / Erdoğan, s. 140 vd.; Karadeniz-Çelebican, s. 170 vd..

38 Osmanlı hukukunda 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu ile tüzel kişiliğin belirgin bir yere sahip olduğu görülmektedir. Bkz. Güriz, s. 124.

39 Dinçkol, Abdullah; Temel Hukuk Bilgisi, İstanbul 2007, s. 135.

40 Tüzel kişilikle ilgili teoriler için bkz., Güriz, s. 124 vd.; Akipek, Jale, G. / Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Birinci cilt, 6.Bası, İstanbul 2007, s. 510 vd..

çek kişiler gibi reel oldukları kabul edilmekle birlikte⁴¹, kanaatimizce tüzel kişiliği, en azından tarihsel süreç içinde ortaya çıkışı noktasında, -faraziyelerin hukukta kullanımı bakımından- ele almak yanlış bir yaklaşım olmayacaktır⁴².

Diğer yandan faraziyeler, Roma hukukundan bu yana, yaşam gerçekleri ve hukuk arasında bir köprü işlevi görmüştür. Soybağının evlad edinme yoluyla kurulması (TMK.m.283), evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğunun kabul edilmesi (TMK. m.285), ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kimsenin, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılacağı (TMK. m.31) gibi karinelerin kökeninde tarihsel faraziyelerin varlığı hüküm sürmektedir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, günümüz hukuku bakımından, kanuni faraziye ve karine arasındaki çizgiyi belirleme noktasındadır. Faraziye, karine ve hukuki görünüş kavramları arasındaki farkı tespit etmek her zaman çok kolay olmamakla birlikte, sözkonusu kavramların açıklığa kavuşturulabilmesi, özellikle uygulama alanlarını tespit bakımından önem taşır.

Günümüzde kanuni faraziyeden maksat, belli bir olaya kanunun kesin sonuç bağlamış olmasıdır. Kanuni faraziyenin aksi iddia ve ispat olunamaz. Bu nedenle “kanuni kesin karine”, “kesin yasal karine” veya “kanuni karine” ifadeleri de kullanılmaktadır⁴³. Oğuzman/Barlas, “faraziye” deyimini daha uygun bulduğunu belirterek, BK. m.31 (icazet faraziyesi), BK. m.154 (şartın gerçekleştiği faraziyesi) ve BK. m.387 (derhal reddedilmeyen teklifin kabul edildiği faraziyesi) hükümlerini kanuni faraziye örnekleri olarak vermektedir⁴⁴. Bu hallerde kanunun belirli bir davranışa bağladığı sonuç kesin olup, aksi iddia ve ispat edilemez.

41 Akipek/Akıntürk, s. 499.

42 Bu konuda bkz., Stanley, D. John; “Fictions: Legal and Organizational”, The Academy of Management Journal. (Special Theme: Myth and Reality), Vol. 9, No. 2, Haziran 1966, s. 123.

<http://www.jstor.org/pss/255030>.

43 Bkz. Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 14. Bası, İstanbul 2007, s. 245 dn. 425; Akipek / Akıntürk, kesin karineler için: “Aksi ispat edilemeyen, çürütülmeleri mümkün olmayan karinelerdir ki, bunlar aynı zamanda “kanuni fiksiyonlar” ya da “yasal varsayımlar” olarak da isimlendirilirler” ifadesini kullanmaktadır, s. 208.

44 Oğuzman / Barlas, s. 245.

Kanuni karineden maksat ise, kanunun ispat edilen bir olguyu -aksi sabit olunca- yada kadar- ispatı gerekli bir hususun delili saymış olmasıdır. Karineye dayanan taraf, o konudaki iddiasını ispat yükünden kurtulur. Fakat faraziyeden farklı olarak, karşı taraf, olayda karinenin doğru olmadığını ispat ederse karine çürütülmüş olur⁴⁵. Türk Medeni Kanunu’nda çeşitli karineler yer almaktadır; örneğin, TMK. m.285/f.1 (babalık karinesi), TMK. m.31 (ölüm karinesi). Bu haller, karinenin aksinin ispatının mümkün olması noktasında faraziyeden ayrılır.

Yukarıda belirtildiği gibi, kanuni faraziye, kanunun belli bir olaya kesin bir sonuç bağlamasıdır. Ülgen, böyle bir “bağlama”da gerçekte mevcut olmayan bir hususun bilerek gerçekmiş gibi mütalaa edildiğini belirtmektedir. Hukuki görünüş hallerinde, gerçekte mevcut olmayan bir durum bilerek mevcut olarak farzedilmemektedir. Belirli bir olgunun dışı (harice) karşı açığa vurduğu görünüş, gerçeğin belirtisi olarak kabul edilmektedir. Bazı hallerde her iki kavramın birlikte mevcudiyeti sözkonusu olabilmektedir⁴⁶.

Günümüzde faraziyelere ilişkin yeniden canlanmakta olan tartışmalar kanuni faraziyelerden çok, kanun hükümlerinin yorumlanmasında faraziyelere dayanılması noktasında odaklanmaktadır. Maddi hukukta, pek çok hukukçu tarafından yaratıcı bir hukuk tekniği aracı olarak kabul edilen faraziyeler, konu kanun hükümlerinin yorumlanması olduğunda daha temkinli bir bakış açısı sergilenmesini gerektirmektedir.

Kanun hükümlerinin yorumlanması, bir başka ifadeyle bir kanun hükmünün anlamının tespiti, bu anlamı tespit eden makama göre ifade edilmektedir. Yasama organı tarafından yapılan “yasama yorumu”, hâkimler tarafından bir davayı çözümlerken yapılan “yargısal yorum”, bilim insanlarının bir hükmü açıklarken yaptıkları

45 Oğuzman / Barlas, s. 246, Ülgen, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005, s. 29.

46 Ülgen, faraziyeyi bir kanun tekniği aracı olarak nitelendiren Koch’a yaptığı atıfta (Der Rechtsschein im Handelsrecht, 1923, s. 17) bazı faraziyelerin hukuki görünüş özelliği arzettiğini belirtmekte; “Fikrimizce, bunlar dış (harici) olguyu, “görünüş”ü esas alan faraziyelerdir. Başka bir deyişle anılan hallerde faraziye temelini bir hukuki durumun mevcudiyetine işaret (delalet) eden bir dış (harici) olgu teşkil eder.” demekte ve tacir kavramı ile ilgili bulunan TTK.14/II. maddesini örnek olarak vermektedir. Ülgen, s. 30.

“bilimsel yorum” hallerinde zaman zaman faraziyelere başvurulması sözkonusu olabilmektedir.

Diğer yandan, kanun hükümlerinin yorumlanmasında ortaya atılmış çeşitli yöntemlerin (söze göre yorum, tarihsel yorumlama yöntemi, objektif yorumlama vs.) farazi yorumlara açık olduğu şüphesizdir. Zamana göre objektif yorum metodu, kanun koyucunun kanunu koyarken güttüğü amacın değil, kanun koyucunun kanunun uygulanacağı sıradaki şartlar ve gereksinimler karşısında bulunmuş olması halinde güdeceği amacın araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanması gerektiği fikrine dayanmaktadır⁴⁷. Seçilen yorum yöntemi ne olursa olsun, yorumcu kanun metni, kanunun tarihçesi, sistemi, kanunun amacı (*ratio legis*) gibi belirli dayanak noktalarını esas alıp araştırırken, ister istemez bir takım varsayımlara dayanacak, diğer bir ifade ile işin içine yine faraziyeler girmiş olacaktır.

Yasama yorumu, kanunu yapmış olan organın kanun hükmünün anlamını tespit etmesi itibarıyla kişileri ve mahkemeleri bağlayıcı etki yapması bakımından önem taşır. Türk hukuku bakımından kanunların yasama organı tarafından yorumlanması yoluna başvurmak mümkün değildir⁴⁸. Bu bakımdan artık Anayasayı ve kanunları yorumlama yetkisi, Anayasa mahkemesi ile mahkemelere aittir⁴⁹. Ancak, faraziyelerin çeşitliliği kendisini Common Law anayasal faraziyelerinde⁵⁰, gerek yasama gerekse yargı yorumlarında yoğun olarak göstermektedir⁵¹. Bazı hukukçular, özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde, faraziyelerin kullanıldığı mahkeme kararlarına dikkat çekerek, mevcut kanun hükmünün, kendi amacını karşılamadığı takdir-

47 Oğuzman / Barlas, s. 56.

48 1921 Anayasa’sı yasama yorumunu öngördüğü halde, 1961 ve 1982 Anayasaları, 1924 Anayasasının 26. maddesinde mevcut olan yorumla ilgili hükmü almamıştır. Yasama Yorumu için bkz. Bilge, Necip; Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel İlkeleri, Ankara 1983, s. 27; Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 173 vd.

49 Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 27.

50 West, modern anayasalarda yer alan yasama meclisi üyelerine tanınan güvencelerin (yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığının) kökeninde, “kral hata yapmaz” şeklindeki eski İngiliz faraziyesinin yer aldığını belirtmektedir. West, Robin: “Constitutional Fictions and Meritocratic Success Stories”, Washington and Lee Law Review 1996, Vol. 53, s. 995. İlk olarak İngiltere’de ortaya çıkan yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı konusunda bkz. Teziç, s. 374 vd..

51 West, s. 995.

de, hâkimlerin faraziyelere başvurarak yorumlama yapmak yerine, yapılması gerekenin kanun hükmünü değiştirmekten ibaret olduğunu ve bunun da kanun koyucunun işi olduğunu belirtmektedir⁵².

Bu nedenle günümüzde, hukuki faraziyelere yönelik belki de en ciddi eleştiri, hukuki faraziyelerin, hâkimlerin bir anlamda kanun yapma yetkisini üstlenmelerine olanak sağlayan aldatıcı bir güce sahip olduğudur. Bu fonksiyonu aracılığıyla hukuki faraziye, mahkemeleri politik baskı altına sokan, kişisel unsuru yargılamaya dahil ederek hukukun itibarını zedeleyen sağlıksız sonuçları yaratarak, hakimleri sadece ihtilafa yönelik hukuk kuralını ortaya çıkarmaktan çok, Pound'un "yapmak-yapmamak-yeniden yapmak" şeklinde ifade ettiği "gayrimeşru yorum" a yöneltecektir⁵³. Faraziye karşıtlarının " hukuk sistemine yönelik ciddi ve kalıcı⁵⁴" bu tür bir tehditi bertaraf etmek için ileri sürdükleri tez ise; hukuki faraziye vasıtasıyla ulaşılmak istenen sonucun, sözde bir nedene dayanılmaksızın ve doğrudan doğruya yasama organı aracılığıyla elde edilmesidir⁵⁵.

Tüm eleştirilere rağmen, hukukun faraziyeleri kullanması bazı durumlarda matematikte faraziyelerin kullanılması kadar olağan olduğu gibi, benzer bir işleve de sahip olmuştur. Matematikçiler faraziyelere dayanarak gerçek yaşamdaki ilişkileri açıklamaya çalışmışlardır. Örneğin gerçek dünyada karşılığı olmayan sanal sayıların, elektrik mühendisliği, kuantum mekaniği, görelilik kuramı gibi pek çok alanda kullanımı karmaşık soruların çözümünü mümkün hale getirmiştir.

Roma usul hukuku faraziyelerinde de, matematik faraziyeleri gibi, gerçekte mevcut olmayan bir husus, bilerek gerçek gibi mütalaa edilmektedir. Bir yabancı Roma vatandaşı farzedilerek karar verilmesi veya zamanaşımıyla iktisap için aranan sürenin işlemiş bulunduğu faraziyelerinde olduğu gibi faraziyenin, varlığı açıktır. Gerçekte yabancı Roma vatandaşı olmadığı ya da sürenin tamamlanmadığı bilinmektedir. Kanaatimizce bu tür faraziyeler, John Chipman Gray'in belirttiği gibi yararlı "yapı iskeleleridir" ve yine Roma hukukunun gelişim sürecinde gör-

⁵² Bkz. Notes, s. 2238, dn. 74 te sayılan yazarlar.

⁵³ Pound, Roscoe: "Spurious Interpretation, Columbia Law Review 1907, Vol. 7, s. 382.

⁵⁴ Pound, s. 386.

⁵⁵ Notes, s. 2233.

düğümüz gibi, zamanı geldiğinde kaldırılmaları sözkonusudur. Bu tür faraziyeler hiç şüphesiz hukukun gelişiminde önemli bir işleve sahiptir ve bu durum hukuki faraziyelerin en şiddetli karşıtları tarafından dahi genellikle kabul edilerek, “gerçek” ile “gerçekmiş” gibi sunulanın ayırdedilemediği yorumlayıcı faraziyelerden ayrı olarak ele alınmıştır. Tam bu noktada ise, gerçekte mevcut olmayan bir hususun gerçekmiş gibi mütalaa edildiğinin bilinmemesi ya da anlaşılabilmesi sorunu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, hukukta faraziyelere başvurulmasının, gerek hukukçu gerekse hukukçu olmayanlar bakımından, hukuku daha karmaşık bir hale getirecek idrak edilmesini engellediği ileri sürülmektedir⁵⁶. Örneğin, bir davada hüküm vermek zorunda olan hakimin yorumlayıcı faraziyelerinde veya Common Law anayasal faraziyelerinde gerçek ile faraziyenin ayırdedilememesi tehlikesi sözkonusu olabilmektedir. Bu tür faraziyeler matematikte kullanılan faraziyelerden çok edebi faraziyelere bentezilmektedir⁵⁷. Hiç şüphesiz edebiyat ve hukuk tamamen farklı disiplinlerdir, birinde iyi işleyen bir aracın diğerinde aynı derecede başarılı olması sözkonusu değildir. Edebi eserde okuyucu, gerçek olan ile faraziye ayırma kaygısı taşımadığı gibi, faraziyenin varlığını öngörerek kabul eder ve aldatıldığı düşüncesini taşımaz. Ancak hukukta, hukuk sistemindeki şeffaflığı bertaraf edebilecek nitelikteki faraziyelerin, tarihsel süreçten gelen meşruluklarını kullanarak aldatıcı olma tehlikesi gözardı edilemez.

En önemli işlevlerinden biri, hukuk kuralları ile toplumsal gerçekleri bağdaştırmak olan hukukçunun, Roma'nın en eski hukuki dönemlerinden bu yana, sahip olduğu en etkili araçlardan biri olan hukuki faraziyelerin kullanılması bugün de artarak devam etmektedir. Tarihi-geleneksel faraziyelere nazaran daha incelikli ve belki de bu nedenle daha tehlikeli olan modern faraziyeler, geleneksel faraziyelerin konu yönünden bir uzantısı, yöntem yönüyle ileri bir aşaması olarak görülebilmek-

⁵⁶ Kuckes, Amerika Birleşik Devletleri'nde, özellikle Amerikan hedeflerine yönelik 11 Eylül saldırıları ve Enron davası sonrasında, görevi şikayet ve ihbarları kabul ve tahkik etmek, gereğinde iddianameyi hazırlamak olan tahkikat jürisinin bağımsızlığı faraziyesinin yarattığı tehlikeli sonuçları ve dayanılan faraziyenin nedenlerini, hukuki faraziye merceğinden açıklamaya çalıştığı makalesinde, günümüzde hukukta faraziye kullanımının farklı bir boyutunu almaktadır. Bkz. Kuckes, Niki: “The Useful, Dangerous Fiction of Grand Jury Independence”, *American Criminal Law Review*, Vol. 41, 2003. http://goliath.ecnext.com/coms2/summary_0199-604722_ITM

⁵⁷ Notes, s. 2247.

le birlikte, kanaatimizce konunun yeni bir bakış açısıyla ele alınması ve tartışılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale, G. / Akıntürk, Turgut: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku- Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Birinci Cilt, 6. Bası, İstanbul 2007.

Backer, Lara Catá: “Legal and Photographic Fictions: Building Reality in Law and Public Policy”, <http://lbackerblog.blogspot.com/2006/08/legal-and-photographic-fictions.html> *

Bentham, Jeremy: The Theory of Legislation, (ed. Paul Kegan, London 1931).
http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=quick_search.php

Bentham, Jeremy: The Works of Jeremy Bentham. (ed. John Bowring, London 1843)

http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=quick_search.php

Berger, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.

Bilge, Necip: Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel İlkeleri, Ankara 1983.

Blackstone, William: Commentaries on the Laws of England, Oxford 1765–1769.
http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp

Buckland, W.W.: The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge 1931.

Çeçen, Anıl: Adalet Kavramı, Adalet Kavramının Göreliliği Üzerine bir Deneme, Ankara 1981.

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979.

Erdoğan, Belgin: Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana in Rem, İstanbul 1984.

Dinçkol, Abdullah: Temel Hukuk Bilgisi, İstanbul 2007.

Di Marzo, Salvatore: Roma Hukuku, İstanbul 1959.

Gray, John Chipman: The Nature and Sources of the Law, New York 2005.

Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Ankara 1986.

Hatemi, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

H.W.B: “Influence of Legal Fictions on the Early Growth of Roman Law, The New York Law School Journal, 1894-1895, s. 79-83.

Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2003.

Kuckes, Niki: “The Useful, Dangerous Fiction of Grand Jury Independence”, American Criminal Law Review, Vol. 41, 2003.

http://goliath.ecnext.com/coms2/summary_0199-604722_ITM

Maine, Henry Sumner: Ancient Law: Its Connections with the Early History of the Society and Its Relation to Modern Ideals, London 1931.

<http://www.literaturecollection.com/a/henry-sumner-maine/ancient-law/2/>

Moglen, Eben: “Legal Fictions and Common Law Legal Theory – Some Historical Reflections”, www. <http://moglen.law.columbia.edu/publications/fict.html>

Mousourakis, George: The Historical and Institutional Context of Roman Law, Burlington 2003.

Murray, John: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, London 1985.

www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/home*.html

Notes: “Lessons from Abroad: Mathematical, Poetic and Literary Fictions in the Law”, Harvard Law Review, Vol. 115, No. 8, Haziran 2002, s. 2228–2249.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2007.

Roscoe, Pound: “Spurious Interpretation”, Columbia Law Review, Vol.7, 1907, s. 379–386.

Stanley, D. John: “Fictions: Legal and Organizational”, The Academy of Management Journal (Special Theme: Myth and Reality), Vol. 9, No. 2, Haziran 1966, s.123–126.

<http://www.jstor.org/pss/255030>

Strachan-Davidson, James Leigh: Problems of the Roman Criminal Law, Volume I, Oxford 1991.

Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005.

Tekinay Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atilâ: Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989.

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2006.

Umur, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1974.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1985.

Ülgen, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukukî Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005.

West, Robin: “Constitutional Fictions and Meritocratic Success Stories”, Washington and Lee Law Review, Vol. 53, 1996, s. 995–1017.

* web site ve sayfaları en son 01.09.2008 tarihinde kontrol edilmiştir.

DONATMA İŞTİRAKİNİN İFLÂSI

*Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY**

I- DONATMA İŞTİRAKİ KAVRAMI VE UNSURLARI

1- Donatma İştiraki Kavramı

Donatma iştiraki, Türk hukukuna Türk Ticaret Kanunu'nun deniz ticaretine ilişkin hükümlerinin mehzazını teşkil eden Alman Ticaret Kanunu'ndan intikal etmiş olan deniz ticaretine özgü bir şirket tipidir^{1- 2}. Bu çerçevede donatma iştiraki, birden fazla kişinin müşterek mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi aralarında yapmış oldukları sözleşme uyarınca tümünün adına ve hesabına deniz ticaretinde kullanmaları durumunda söz konusu olmaktadır (TTK m. 951/1)³. Doktrinde

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflâs Hukuku Öğretim Üyesi.

1 **Can, Mertol**, Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı, C. I, Giriş-Gemi-Deniz Hukuku Kişileri, Ankara 2000, s. 167 (Can- Deniz Ticareti Hukuku); aynı yönde bkz. **Ott, Claus**, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1- 102, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 2000, s. 206, Rdn. 62.

2 Donatma iştiraki terimi Almanca “*Reederei/ Partenreederei*” (**Ott**- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 206, Rdn. 62; **Can, Mertol**, Donatma İştirakinde Tacir Sifatının Aidiyeti İle Müşterek Donatanlar Hakkında da İflâs Kararının Verilip Verilmeyeceği Meselesi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 910; Can- Tacir Sifatı); İngilizce ise, “*shipowning partnership*” olarak (**Falkanger, Thor/ Bull, Hans Jacop/ Brautaset, Lasse**, Introduction to Maritime Law, Oslo, January 1998, s. 149) ifade edilmektedir. Ayrıca İngilizce karşılık olarak “*association of shipowner*” terimi de kullanılmaktadır. Bkz. <http://www.tureng.com/search/association+of+ship+owners>, E.T. 20. 11. 2008).

3 Türk Ticaret Kanunu Tasarısında bu tanımda esaslı bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Bkz. ve karşı. TTK Tasarısı m. 1064 (1): “Birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştiraki vardır”.

bazı yazarlar donatma iştiraki için, “bir çeşit adi ortaklık”⁴; “gemi ile deniz ticaretine mahsus adi şirket”⁵; bazıları “nev’i şahsına münhasır (*sui generis*) bir şirket şekli”⁶ ifadesi kullanırlarken; bir kısım yazarlar “tipik bir organizasyon şekli”⁷, bazıları ise donatma iştirakini bir “*ara teşekkül*” olarak nitelendirmektedir⁸. Bazı yazarlara göre ise donatma iştiraki, “özel bir şirket (ortaklık) türü” görünümündedir⁹.

2- Unsurları

Bir donatma iştirakinin varlığı için, *ilk olarak* bir gemiyi işleten¹⁰ birden çok kişinin olması gerekir. Bunlardan her biri gerçek veya tüzel kişi olabilir. Fakat donatma iştirakinin konusu tek bir gemi olmalıdır. Zira birden çok kimse birden fazla gemiyi işletiyorsa, gemi sayısı kadar donatma iştiraki söz konusu olur. Donatma iştirakinin varlığının *ikinci şartı*, gemi paydaşlarının gemiye müşterek mülkiyet şeklinde malik olmalarıdır. Donatma iştirakinin *üçüncü şartı*, gemiye müştereken sahip olan kişilerin “donatma iştiraki sözleşmesi” yapmalarıdır (TTK m. 951, D). Bu sözleşme şekle tabi olmadığından, yazılı, sözlü, açık veya zımni olabilir¹¹.

4 **Domaniç, Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 122 (Domaniç- Şerh); **Domaniç, Hayri/ Ulusoy, Erol**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, B. 5, İstanbul 2007, s. 206, ayrıca dn. 124; **Başbuğoğlu, Tarık**, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Ankara 1988, s. 43.

5 **Domaniç, Hayri**, Ticaret Hukuku Dersleri, Âdi- Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1965, s. 11 (Domaniç- Ticaret Hukuku).

6 **Göknül, Mazhar Nedim**, Deniz Ticareti Hukuku, B. 3, İstanbul 1946, s. 100; **Okay, Sami**, Deniz Ticareti Hukuku I, İstanbul 1962, s. 245; aynı şekilde bkz. **Ott**- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 206, Rdn. 62.

7 **İzveren, Adil/ Franko, Nisim/ Çalık, Ahmet**, Deniz Ticareti Hukuku, Ankara 1994, s. 111.

8 Bkz. **Çağa, Tahir/ Kender, Rayegân**, Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kapitan, B. 13, İstanbul 2004, s. 179 (Çağa/ Kender- C. I)

9 Bkz. **Falkanger/ Bull/ Brautaset**, s. 149.

10 Belirtmek gerekir ki, donatan geminin bizzat sahibi (*part owner*) olabilir. Buna karşılık gemiyi işleten (*operates ship*) de donatan gibi sorumludur. Konuyla ilgili olarak bkz. **Falkanger/ Bull/ Brautaset**, s. 143- 145; ayrıca bkz. TTK m. 946; karşı. TTK Tasarısı, m. 1061.

11 **Çağa/ Kender**- C. I, s. 175. Bununla birlikte, uygulamada donatma iştiraki sözleşmeleri çoğu kez yazılı olarak yapılmaktadır. Ayrıca TTK m. 951, II gereğince, donatma iştirakinin ticaret si-

Son olarak, paydaşların sözleşme ile oluşturdukları birliğin bir tüzel kişi ve özellikle bir ticaret şirketi halini almaması gerekir. Aksi halde o tüzel kişi veya şirkete ilişkin hükümlere tabi olur (TTK m. 951, III)¹². Bu nedenle, geminin bir ticaret şirketi tarafından işletildiği hallerde, maliki olduğu veya kullanma hakkı kendisine ait olan bir gemiyi deniz ticaretinde kullanan ticaret şirketlerinin bizatihi kendisi donatan sıfatına sahip olur. Ancak birden ziyade tüzel kişinin müştereken maliki oldukları gemiyi adi şirket şeklinde bir araya gelerek kendi adlarına deniz ticaretinde kullanmaları durumunda bunların oluşturdukları kişi birliği donatma iştiraki niteliğini kazanır¹³.

Donatma iştirakinin kurulması için ise, donatma iştiraki sözleşmesi dışında, ticaret siciline tescil edilmesi (TTK m. 951, II)¹⁴ şarttır. Ayrıca donatma iştiraki tarafından deniz ticaretinde kullanılan gemi, aynı zamanda Gemi Siciline kayıtlı gemi ise, sicile onun donatma iştirakine ait bir gemi olduğu; müşterek donatanlarının ve gemi müdürünün adı ve soyadının kaydedilmesi gerekir (TTK m. 845, b. 6, d; ayrıca b. 9; TTK m. 954, III).

Çalışmamızda deniz takip hukuku bakımından Türk Ticaret Kanunu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile İcra ve İflâs Kanunu çerçevesinde donatma iştirakinin

ciline tescil edilmesinden söz edilmesi itibarıyla bu tescil zorunluluğunu yerine getirebilmek için dolayısıyla yazılı sözleşme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu bir geçerlilik şartı olmadığı gibi, donatma iştiraki, işletmeye başlamaması halinde, tescilden önce de mevcut olabilir (**Çağ/ Kender**- C. I, s. 175).

¹² Konu ile ilgili olarak bkz. **Falkanger/ Bull/ Brautaset**, s. 144; **İzveren/ Franko/ Çalık**, s. 112-115; **Çağ/ Kender**- C. I, s. 174- 176; **Can**- Deniz Ticareti Hukuku, s. 167- 170; ayrıca bkz. **Kender, Rayegan/ Çetingil, Ergon**, Deniz Ticareti Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, İstanbul 2007, s. 83; ayrıca bkz. ve karşı. TTK Tasarısı, m. 1064 (2): “Tek başına bir geminin maliki veya işletme hakkına sahip olan ticaret şirketleri veya diğer tüzel kişiler hakkında donatma iştirakine ilişkin hükümler uygulanmaz”. Karş. Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 489, II.

¹³ **Can**- Tacir Sıfatı, s. 911; ayrıca karşı. **Falkanger/ Bull/ Brautaset**, s. 144. Bununla birlikte adi şirket alenilikten yoksun olmasına karşılık, donatma iştirakinin gerek ticaret siciline ve gerekse belli şartlarla gemi siciline kayıtlı olması onu aleni kılar (Bkz. **Okay**, s. 244). Bu nedenle doktrinde *Okay*, donatma iştirakinin adi şirket hakkındaki hükümlere tabi tutulmasını kabul etmenin güç olacağını, bu nedenle de “nev’i şahsına münhasır bir şirket” olarak kabulünün daha doğru olacağını belirtmektedir (**Okay**, s. 244- 245).

¹⁴ Buna karşılık ticaret siciline tescilin açıklayıcı olduğu hakkında bkz. **Can**- Deniz Ticareti Hukuku, s. 169.

iflâsı ve iflâsa ilişkin özellikler incelenecektir. Bu nedenle gemilerin icrai ve ihtiyati haczi¹⁵ konusuna çalışmamızda yer verilmeyecektir.

II- İFLÂSA TABİ OLAN KİŞİLER BAKIMINDAN DONATMA İŞTİRAKİNİN DURUMU

1- İflâsa Tabi Olan Kişiler Bakımından Donatma İştiraki

Hukukumuzda iflâsa tabi olan kişilerden¹⁶ ilki tacirler; ikincisi tacir olmadıkları halde TTK gereğince tacirler hakkındaki hükümlere tabi olanlar; son olarak ise tacir olmadıkları halde özel kanun hükümleri uyarınca iflâsa tabi olanlardır. Donatma iştiraki, bunlardan ikinci kategoriye, yani “tacir olmadıkları halde TTK gereğince tacirler hakkındaki hükümlere tabi olanlara” girmektedir.

2- Donatma İştirakinin Nitelikleri

a) Donatma İştirakinin Tüzel Kişiliğinin Bulunmaması

Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmadığı konusunda kuşku yoktur^{17 18}. Zira herhangi bir topluluğa tüzel kişilik ancak açık bir kanun hükmü ile tanınabilir¹⁹.

¹⁵ Gemilerin ihtiyati haczi için bkz. **Çetingil, Ergon Atilla**, Mukayeseli Hukuk Açısından Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul 1972, s. 1 vd.; **Kender/ Çetingil**, s. 227 vd.; **İzveren/ Franko/ Çalık**, s. 402- 403; 1999 tarihli Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde ihtiyati haciz ve şartları hakkında bkz. **Algantürk Light, Didem**, 1999 Tarihli Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin Cenevre Sözleşmesi Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl. 9, S. 1- 4, Ocak- Aralık 2004, s. 35 vd.; TTK ve özellikle TTK Tasarısı bakımından deniz hukukunda cebri icra için bkz. **Atamer, Kerim**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul 2006, s. 78 vd.

¹⁶ İflâsa tabi olan kişilerle ilgili olarak bkz. **Erman, Eyüp Sabri**, Kambiyo Senetlerine Müstenid İflas, AD., 1967, Temmuz- Ekim, S. 7, s. 524 vd.; **Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, B. 22, Ankara 2008, s. 456 vd.; Kuru, Baki, Türk Hukukunda İflâsa Tabi Olan Şahıslar, II. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, 1962, s. 585- 600; **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2007, s. 386- 389; **Muşul, Timuçin**, İcra ve İflâs Hukuku, B. 3, Ankara 2008, s. 999- 1003; **Üstündağ, Saim**, İflâs Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, s. 12 vd.

¹⁷ Doktrinde donatma iştirakinin tüzel kişiliğinin bulunmadığı tartışmasız kabul edilmektedir. Bkz. **Kuru, Baki**, İflâs ve Konkordato Hukuku, Tıpkıbasım, İstanbul 1992, s. 31 (Kuru- İflâs ve Konkordato); **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet**, İcra ve İflâs Hukuku, B. 5, Ankara 2007, s. 387; **Domaniç/ Ulusoy**, s. 206; **Domaniç- Şerh**, s. 121; **Domaniç- Ticaret Hukuku**, s. 11; **Ulukapı, Ömer**, Medeni Usul Hukukunda Dava Arka-

Tüzel kişilik kavramı ile kişi veya mal topluluklarına bir etiket yapılandırılmakta olduğu belirtilebilir²⁰.

Tüzel kişiliği bulunmasa bile, donatma iştirakinin tüzel kişilere ait bazı özelliklere sahip olduğu bir gerçektir²¹. Öncelikle, donatma iştirakinin ticaret unvanı söz konusudur. Bu unvan ise, müşterek donatanlardan en az birinin ad ve soyadı veya deniz ticaretinde kullanılan geminin adıyla, donatma iştirakini gösterecek bir ibarenden oluşur (TTK m. 46, II, TSN m. 20, IV). Ayrıca unvanda yer alan gemi adı veya

daşlığı, Konya, s. 79 (Ulukapı- Dava Arkadaşlığı); **Ulukapı, Ömer**, İcra ve İflâs Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Konya 2007, s. 183 (Ulukapı- İcra); **Şener, Oruç Hami**, Adi Ortaklık, Ankara 2008, s. 176, dn. 140; **Can**- Deniz Ticareti Hukuku, s. 170; **Eriş, Gönen**, Açıklamalı- İçtihatlı En Son Değişikliklerle Ticari İşletme ve Şirketler 1, B. 3, Ankara 2004, s. 681; **Çevik, Orhan Nuri**, Gereççeli- İçtihatlı- Notlu Türk Ticaret Kanunu, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 1993, s. 147; **Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Aslan/ Nomer Ertan, Füsün**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 217; **Başbuğoğlu**, s. 43; **Çağa/ Kender**- C. I, s. 179; **Deyneli, Adnan**, Türk Hukukunda Kambiyo Senetlerine Özgü İflâs Yoluyla Takip, Ankara, Mayıs 2005, s. 33; **Erişir, Evrim**, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 237; **Wahl, Albert** (Çev. Berker, Kazım), Deniz Ticaret Hukuku- Nazari ve Ameli, Ankara 1948, s. 56; **Erman**, s. 522- 558); **Altay, Sümer**, Türk İflâs Hukuku, İstanbul Ocak 2004, s. 41; **Bekar, Gülay**, Doğrudan Doğruya İflâs Yolu, Ankara Ün. SBE, YLT, Ankara 1999, s. 11. Yargıtay'ın aynı yönde olan bir kararı için bkz. İİD. 20. 5. 1968, 4961/ 5260: "...Donatma iştiraki diğer ticari ortaklıklar gibi tüzel kişiliği haiz değildir. ..." : RKD, 1968, S. 7- 8, s. 95; **Domaniç**- Şerh, s. 122; **Üstündağ**- İflas, s. 139, dn. 120). Buna karşılık doktrinde *Karayalçın* donatma iştirakinin tüzel kişiliğinin bulunduğu kanısındadır (Bkz. **Karayalçın, Yaşar**, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, B. 3, Ankara 1968, s. 206).

- 18 Kanun'un Hükümet Gereğesinde, donatma iştirakinin ticaret şirketlerine nazaran birçok özellik arz etmekle birlikte, ticari bir işletme niteliğine sahip olduğu belirtilmiştir (Bkz. Türk Ticaret Kanunu Hakkındaki Hükümet Gereğesi, TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 10, C. XII, S. Sayısı 198, s. 52).
- 19 **Çağa/ Kender**- C. I, s. 179. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 19'da donatma iştirakinin tüzel kişiliği hakkında bir bilgi mevcut değilse de maddenin gereğesinde "*Donatma iştiraki adını taşıyan ortaklık, tüzel kişiliği haiz değildir...*" şeklinde ifadeye rastlanmaktadır (Madde gereğesi için bkz. **Çevik**, s. 147).
- 20 **Ansay, Tuğrul**, Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağani, İstanbul 1999, s. 1.
- 21 Bkz. ve karş. **Çağa/ Kender**- C. I, s. 179.

soyadının kısaltılması yasaktır (TTK m. 46, II; TSN m. 20, IV, c. 2)²². Donatma iştirakinin ticari defter tutma zorunluluğu da bu anlamda belirtilebilir²³.

Donatma iştirakinin iflası ile tüzel kişilik arasındaki ilişkiye gelince; öncelikle belirtmek gerekir ki, hukukumuzda iflâs bazen, tüzel kişiliği bulunmayan özel bir malvarlığı hakkında da söz konusu olabilir. Örneğin, tüzel kişiliği olmayan miras şirketinin (terekenin) de iflâs hükümlerine göre tasfiyesi²⁴ söz konusu olabilir. Kaldı ki, Kanunun, bir topluluğa, tüzel kişilik statüsü vermeksizin de tüzel kişilere ait bazı özellikleri tanınması mümkündür²⁵. Bu nedenle Kanun adeta donatma iştirakine tüzel kişilik vermiş gibi hareket etmektedir²⁶. Özellikle donatma iştirakinin iflâsa tabi tutulması, iştirakin müşterek donatanlardan bağımsız bir hukuki varlığa sahip olduğunu göstermektedir²⁷. Kaldı ki bazı hukuk sistemlerinde tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıkların iflâs edebileceğine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ör-

22 Bkz. **Boyacıoğlu, Cumhuriyet**, Ticaret Unvanı B. 1, Ankara Temmuz 2006, s. 151; ayrıca bkz. **Can- Deniz Ticareti**, s. 172; **Okay**, s. 242. Ayrıca belirtmek gerekir ki, donatma iştirakinin ticaret unvanı seçme ve kullanma yükümlülüğü, tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştiraki hakkında da uygulanacağı hususundaki TTK m. 19 hükmünün sonuçlarından biridir (**Boyacıoğlu**, s. 11; aynı yönde bkz. **Şener**, s. 176, dn. 140). Buna karşılık, doktrindeki bir görüşe göre, donatma iştirakinin özellikle kıyı taşımalarında kullanılan bazı yelkenli gemilerde bir esnaf işletmesi niteliğini taşıması halinde, donatma iştiraki mevcut olsa bile tacirler hakkındaki hükümlerin uygulanmaması gerekir (Bkz. **Karayalçın**, s. 385). Ayrıca karş. TTK Tasarısı m. 960 (1): "Tescil istemiyle birlikte aşağıdaki hususlar bildirilir:... f) Geminin maliki.... 4. Donatma iştiraki ise tacir sıfatına sahip olduğu takdirde ticaret unvanı ile paydaş donatanların ad ve soyadları, varsa TC kimlik numarası ile gemi paylarının miktarı ve varsa gemi müdürünün adı ve soyadı ve TC kimlik numarası".

23 Bkz. **Okay**, s. 242; ayrıca bkz. **İzveren/ Franko/ Çalık**, s. 124. Donatma iştiraki adına ticari defterleri tutma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, çoğu zaman müşterek donatanlar tarafından gemi müdürüne bırakılır. Ancak gemi müdürü, ticari defterleri donatma iştiraki adına tutar. Aynı zamanda gemi müdürü, kendi adına bir defteri tutmakla yükümlü tutulmuştur. Ayrıca TTK m. 960 gereğince, gemi müdürü idare ettiği donatma iştirakinin işlerine ilişkin ayrı bir defter tutmak ve bu deftere kaydedilen hususları ispata yarayan belgeleri saklamakla yükümlüdür (Bkz. **Can-Tacir Sıfatı**, s. 917- 918).

24 Bkz. İİK m. 180; İİK m. 183.

25 Bkz. **Çağa/ Kender- C. I**, s. 179.

26 Örneğin bkz. TTK m. 955, I; TTK m. 956, I; TTK m. 19; ayrıca bkz. aşa. II- 2, b.

27 **Okay**, s. 246. Yazar özellikle, bir gemi müdürünün atanması halinde donatma iştirakine tüzel kişilik de tanınabileceğinin savunulabileceğini belirtmektedir (Bkz. **Okay**, s. 246).

neğin Alman hukukunda InsO § 11, f. 2, 1 no'lu bentte adi şirketin aciz prosedürüne tabi olacağı (iflâs edebileceği) özel olarak düzenlenmiştir²⁸.

b) Donatma İştirakinin Taraf Ehliyetinin Bulunup Bulunmadığı

Hukukumuzda donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmaması nedeniyle taraf ehliyetinin de bulunmadığı kabul edilmektedir²⁹. Buna karşılık, donatma iştirakine bazı durumlarda hak ehliyetinin tanındığını belirtmek mümkündür³⁰. Zira donatma iştirakine bir gemi müdürü atanması durumunda gemi müdürü, donatma iştirakinin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, geminin mutlak işleri ile sınırlı olmak üzere, bütün hukuki işlem ve tasarruflarda bulunmaya yetkilidir (TTK m. 955, I).

Burada gemi müdürünün atanması ile ilgili olarak önemli bir noktaya değinmek gerekir: Hukukumuzda gemi müdürünün müşterek donatanlardan veya dışarıdan biri olabileceği öngörülmüştür (TTK m. 954)³¹. Eğer, müşterek donatanlardan bir kişi gemi müdürü olarak atanmak isteniyorsa, atama kararı için oy çokluğu yeterlidir. Buna karşılık, dışarıdan birinin gemi müdürü seçilmesi için oybirliği şarttır (TTK m. 954, I)³². Bunun yanı sıra, geminin yarısından fazlasına sahip olan müşterek donatanların, diğer donatanların iznine ihtiyacı olmaksızın sadece kendi oyları; bir başka deyişle, tek başına alacakları bir karar ile kendilerini gemi müdürü olarak

²⁸ Konu ile ilgili olarak bkz. **Ott**- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 207, Rdn. 63.

²⁹ Bkz. **Kuru**- İflâs ve Konkordato, s. 31; **Ulukapı**- Dava Arkadaşlığı, s. 79; **Pekcanitez, Hakan**, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 92; **Bekar**, s. 11. Buna karşılık doktrinde bir görüş, donatma iştirakine gemi müdürünün atanması halinde taraf ehliyetine sahip olduğu şeklindedir (Bkz. **Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, B. 6, İstanbul 2001, s. 976). Doktrinde **Bilge/ Önen** de donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmadığı için taraf ehliyetinin bulunmadığını, bu nedenle davanın bütün ortaklar tarafından veya bütün ortaklar aleyhine açılması gerektiğini belirtmektedir (Bkz. **Bilge, Necip/ Önen, Ergun**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, Ankara 1978, s. 227). Alman Hukukunda, donatma iştirakinin, gerek davacı gerek davalı tarafında *şekli anlamda taraf ehliyeti* kabul edilmektedir. Bu çerçevede Alman Hukukunda, donatma iştiraki adı altında donatanların taraf ehliyetlerinin mevcut olduğu, davada davacı veya davalı olarak taraf ehliyetinin bulunacağı belirtilmektedir (Bkz. **Ulukapı**- Dava Arkadaşlığı, s. 79). Alman hukukundaki durum için ayrıca bkz. **Erişir** s. 238, dn. 797'de anılan yazarlar.

³⁰ Bkz. **Ansay**, s. 2; aynı yönde bkz. **Erişir**, s. 237.

³¹ Konu ile ilgili olarak bkz. **Göknil**, s. 109; **Okay**, s. 254; **İzveren / Franko/ Çalık**, s. 121).

³² Bkz. **Can**- Deniz Ticareti Hukuku, s. 174.

ataması mümkündür³³. Buna karşılık oylama ne surette gerçekleşirse gerçekleşsin, bir kimsenin gemi müdürü sıfatını kazanabilmesi ve hakkında TTK'nun gemi müdürü hakkındaki hükümlerinin uygulanabilmesi için, bu yönde bir iradenin meydana gelmesi ve açıklanmış olması gerekecektir. Bu yüzden, payların önemli bir kısmına sahip olduğu için donatma iştirakini tek başına aldığı kararlar ile idare eden müşterek donatanın, fiili durumdan hareketle gemi müdürü sayılması mümkün değildir³⁴. İşte belirtilen bu nedenlerle, hukukumuzda esasen donatma iştirakine gemi müdürünün atanmasının zorunlu olduğu dahi kabul edilebilir. Bununla birlikte, diğer taraftan, TTK m. 845, I- 1, b. 9'da, donatma iştirakinin tesciline ilişkin taleple birlikte, "varsa gemi müdürü"nü bildirilmesi gerektiği öngörülerek, sanki donatma iştirakine gemi müdürünün atanmasının zorunlu olmadığı gibi bir anlam ortaya çıkabilmektedir. İşte bu nedenlerle, her ne kadar doktrinde, gemi müdürünün atanması ve atanmaması durumlarına ilişkin ayırımlar yapılsa da³⁵, TTK'da bu konuda çok anlaşılır hükümler sevk edildiğini söylemek güçtür.

Gemi müdürünün bu sıfatla yapacağı hukuki işlem ile, donatma iştirakinin üçüncü kişilere karşı hak kazanıp borç altına girmesi ve işlemde müşterek donatanların adlarının gösterilmesinin önemli olmaması (TTK m. 956, I), aynı zamanda konumuzla ilgili olarak donatma iştirakinin iflâsa tabi olması (TTK m. 19), donatma iştirakinin tüzel kişi olarak kabul edilmemekle beraber tüzel kişiliğe yaklaştırıldığını göstermektedir³⁶. Ayrıca TTK m. 955, II uyarınca gemi müdürünün donatma iştirakini mahkemede de temsil edeceği düzenlenmiştir.

Kaptana gelince; gemi bağlama limanında iken, kaptanın temsil yetkisine dayanarak yapabileceği işlemlerden birisi, gemi alacaklısı hakkı sahiplerinin (TTK m.

33 **Can-** Deniz Ticareti Hukuku, s. 174; aynı yönde Yargıtay'ın 6.2.1960 tarihli ve 2503/ 414 sayılı eski bir kararı için bkz. **Eriş, Gönen**, Açıklamalı, İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Deniz Ticareti ve Sigorta, Ankara 1990, s. 285.

34 **Can-** Deniz Ticareti Hukuku, s. 174.

35 Örneğin bkz. **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 31; **Ulukapı-** Dava Arkadaşlığı, s. 79.

36 **Ansay**, s. 2; **Erişir**, s. 237- 238. Doktrinde *Arkan*, donatma iştirakinin adeta tüzel kişi gibi işlem gördüğünü ifade etmektedir (**Arkan, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2005, s. 124); aynı yönde bkz. **Altay**, s. 41.

1235)³⁷ donatan (veya donatma iştiraki) aleyhine açacakları davalarda onu temsil etmektir. Buna karşılık gemi bağlama limanı dışına çıkınca, kaptanın yetkisi genişletilmiştir. Yani bu ihtimalde kaptan bizzat dava açabileceği gibi, aleyhine de dava açılabilir³⁸. Bu hükümler ışığında donatma iştirakine hem aktif hem de pasif taraf ehliyetinin tanındığı söylenebilecektir³⁹.

III- DONATMA İŞTİRAKİNİN İFLASIYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER VE DONATMA İŞTİRAKİNDE SORUMLULUK

1- Donatma İştirakinin İflasıyla İlgili Düzenlemeler

a) Türk Hukukunda

Türk Ticaret Kanunu'nun tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştiraki hakkında da uygulanacağına ilişkin 19. maddesi ve aynı Kanununun 968. maddesinin 5. fıkrasındaki ifadeden donatma iştirakinin iflâsa tabi olduğu sonucu kolaylıkla çıkarılabilir⁴⁰. Donatma iştiraki bakımından da esasen cebri icrayı düzenleyen temel kanun İcra ve İflâs Kanunu'dur. Deniz alacakları için özel bir hüküm gerekiyorsa, bunun İcra ve İflâs Kanununda yapılması, buna karşılık bazı istisnaların TTK'nun Deniz Ticareti bölümüne konulması gerekir⁴¹. Ancak donatma iştirakinin iflâsı ve iflâs prosedürünün nasıl olacağı konusunda gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerek İcra ve İflâs Kanunu'nda donatma iştiraki bakımından ayrıntılı hükümlere yer verildiği söylenemez.

37 Bkz. aşa. IV- 2.

38 Bkz. **Çağa/ Kender**- C. I, s. 190- 191.

39 **Erişir**, s. 238.

40 Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da aynı hüküm mevcuttur. Zira TTK Tasarısı m. 1084 (1):“*Donatma iştiraki hakkında iflasın açılmasıyla da iştirak sona erer*” hükmünü içermektedir

41 Karş. **Çağa, Tahir/ Kender, Reyegan**, Deniz Ticareti Hukuku III, Gemi ve Yük Alacaklısı Hakları, Zamanaşımı, Deniz Hukukunda Cebri İcra, B. 4, İstanbul 2005, s. 103, dn.1a (Çağa/ Kender- C. III).

b) Alman Hukukunda

Alman Hukukunda Alman Federal Meclisi tarafından kabul edilen 5 Ocak 1994 tarihli Alman Aciz Kanunu (Insolvenzordnung; InsO) 1. 1. 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Adı geçen Kanunun § 11, f. 2 hükmünde, açık bir şekilde donatma iştiraki iflâsa tabi olan kişiler arasında düzenlenmiş, böylece donatma iştirakinin iflâs ehliyetinin bulunduğu öngörülmüştür. Buna karşılık bu yeni Kanun'dan önce yürürlükte olan Alman İflâs Kanunu (Konkursordnung; KO) § 209, f. 1'deki düzenlemede açıkça bu konuda bir hüküm bulunmamasına rağmen, donatma iştirakinin aciz prosedürüne (iflâsa)⁴² tabi olduğu kabul edilmekteydi⁴³.

2- Donatma İştirakinde Sorumluluk

a) Genel Olarak

Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmaması nedeniyle⁴⁴, onun hak ve borçları aslında payları oranında müşterek donatanların hak ve borçlarıdır⁴⁵. Dolayısıyla, tek donatan borçlarından nasıl sorumlu ise, müşterek donatanlar da aynı surette sorumludur⁴⁶. Bu nedenle, müşterek donatanların sorumluluğu hakkında TTK'da

⁴² Almanya'da 1. 1. 1999 tarihinde yürürlüğe giren bu yeni Kanun'un adı Aciz Kanunu (Insolvenzordnung)'dur. Kanunun adından "İflas" adının kaldırılmasına ilişkin bu ifade değişikliğinde temel etken, Kanunun uzlaşmayı esas alması olarak belirtilebilir (Bkz. **Pekcanitez, Hakan**, İcra Hukukunda Yapılan Yeni Düzenlemeler (<http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/abant/Hakan%20Pekcan%C4%B1tez.doc>, ET. 1. 1. 2009). Kanunun adına ilişkin terminoloji için bkz. **Deren- Yıldırım, Nevhis**, Federal Alman Cumhuriyetinde Yeni Külli Takip Hukuku- Ağırlık Noktaları ve Temel Esaslar- (Hans Friedheim Gaul'den çeviri), İÜHFM, 1995- 1996, C. LV, S. 1- 2, s. 465; **Deliduman, Seyithan**, Yeni Alman Aciz Kanunu Genel Hükümleri, AÜ. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, Sa. 1- 2, s. 617- 618.

⁴³ Bkz. **Rabe, Dieter**, Seehandelsrecht, 5. Buch HGB, Hamburg 2000, s. 190, Rdn. 21; **Bote, Peter**, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 (Gummert, Hans/ Rieger, Bodo/ Weipert, Lutz), München 2004, s. 1734, Rdn. 10; ayrıca bkz. **Ott**- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 207, Rdn. 63.

⁴⁴ Bkz. yuk. II- 2, a.

⁴⁵ **İzveren/ Franko/ Çalık**, s. 123.

⁴⁶ **Kender/ Çetingil**, s. 85; ayrıca bkz. **Çağa/ Kender**- C. I, s. 179.

getirilen düzenleme, donatanın sorumluluğu bakımından söz konusu olan esaslar dâhilinde yapılmıştır. Çünkü TTK m. 963, I'den anlaşılacağı üzere, donatma iştirakinin ve müşterek donatanların sorumluluğunu gerektiren borçlar bakımından, donatanın sorumluluğu hakkındaki hükümler, burada da aynen geçerlidir. Ayrıca müşterek donatanların bu sıfatla şahsen sorumlu oldukları hallerde bile, üçüncü kişilere karşı sorumlulukları, sahip oldukları iştirak payı ile sınırlıdır (TTK m. 969, I). Bir başka deyişle, geminin işletilmesinden doğan alacakların sahibi olan alacaklılar, onların malvarlığına dâhil diğer servetlerine başvuramazlar⁴⁷.

b) Sorumluluk Türleri

aa) Sınırlı Aynı Sorumluluk

Bu sorumluluğa göre, müşterek donatanlar da ancak deniz serveti⁴⁸ ile sorumludurlar⁴⁹. Donatma iştirakine karşı mevcut bir alacak, yalnız donatma iştirakine karşı ileri sürülebilir, yoksa müşterek donatanların her birinden hissesine düşen istenemez. Zira deniz serveti, bir bütün olarak alacaklara karşılık teşkil eder⁵⁰. Türk Ticaret Kanunu'na göre, donatan (ve kanımızca donatma iştiraki), ancak Ka-

47 **Can-** Tacir Sıfatı, s. 926. Bu esasın tek istisnası, donatma iştirakinin Ticaret Siciline tescili yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasıdır (TTK m. 951, II). Çünkü müşterek donatanlar donatma iştiraki Ticaret Siciline tescil edilinceye kadar iştirak adına girilmiş işlerden doğan borçlardan dolayı iştirak payları ne olursa olsun müteselsilen sorumlu olurlar (TTK m. 158). Buna karşılık, müşterek donatanların bu halde bile sınırlı aynı sorumluluğa ilişkin hükümlerden yararlanacakları gözden kaçırılmamalıdır. Bu arada, iştirak payının temlik halinde de temlik ile temlikin müşterek donatanlara veya gemi müdürüne ihbar edildiği ana kadar geçen süre içinde, bu pay yüzünden doğan şahsi borçlardan dolayı, temlik eden ve iktisap eden birlikte sorumlu olurlar (TTK m. 969; HGB § 507, II). Bkz. **Can-** Tacir Sıfatı, s. 926.

48 Gemi ve navlun, sınırlı aynı sorumluluk bakımından özel bir malvarlığı teşkil eder. Buna “deniz serveti” denir (**Çağa/ Kender-** C. I, s. 151; **Tekil, Fahiman,** Deniz Hukuku, B. 6, İstanbul 2001, s. 519). Deniz servetine ayrıca, sınırlı aynı sorumluluğa konu teşkil eden gemi veya navlunun yerine geçerek, deniz servetine dâhil olan *sürrogat* denilen değerler de girmektedir (**Kender/ Çetingil,** s. 78; **Tekil,** s. 519). Donatanın (aynı zamanda donatma iştirakinin) bunlar dışında kalan bütün malvarlığına ise “kara serveti” denir. Bu çerçevede; deniz ticaretinde kullanmadığı özel serveti, gemi ve navlun dışında kalan serveti (bankadaki paraları, mağazasındaki malları), birden çok gemisi varsa diğer gemiler ve onların navlunları kara servetine örnek olarak gösterilebilir (Bkz. **Çağa/ Kender-** C. I, s. 151).

49 **Kender/ Çetingil,** s. 85; **Çağa/ Kender-** C. I, s. 180; **Erişir,** s. 238.

50 Bkz. ve karşı. **Çağa/ Kender-** C. I, s. 180..

nun'da belirtilen hallerde deniz serveti ile sorumludur. Bu çerçevede şu borçlardan dolayı sınırlı aynı sorumluluk (deniz serveti ile sorumluluk) söz konusudur: Alacak kaptanın özel bir vekâletle değil, sırf kaptan sıfatıyla sahip olduğu kanuni temsil yetkisine dayanarak yaptığı hukuki işlemlerden doğmuşsa (TTK m. 948, I, b. 1); alacak, donatan tarafından akdedilmiş olup da ifası kaptana düşen bir sözleşmenin yerine getirilmemesinden yahut noksan veya fena ifasından doğmuş ise (TTK m. 948, I, b. 2); alacak gemi adamlarından birinin görevini yaparken işlediği kusurdan doğmuşsa (TTK 948, I, b. 3); alacak, kurtarma veya yardımdan doğmuşsa (TTK m. 1234, I)⁵¹. Bu hükümler kanımızca donatma iştirakinin sorumluluğu bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Sonuç olarak, TTK m. 948 gereğince doğan ve aynı sorumluluk gerektiren borç yüzünden müşterek donatanların müteselsil olarak sorumlu olacakları⁵², buna karşılık bu teselsülün deniz serveti çevresinde olacağı belirtilmektedir⁵³.

bb) Sınırsız (Kişisel) Sorumluluk

Sınırsız (kişisel) sorumluluğa tabi borçlardan müşterek donatanlar ancak iştirak payları⁵⁴ oranında ve bütün malvarlıkları ile sorumludurlar, aralarında teselsül yoktur (TTK m. 969, I)⁵⁵. Ayrıca alacaklılar dilerse, donatma iştirakine, dilerse

⁵¹ Donatan bakımından söz konusu olan bu sınırlı aynı sorumluluk halleri hakkında geniş bilgi için bkz. **Çağa/ Kender**, C. I, s. 155- 157.

⁵² **Tekil**, s. 192.

⁵³ **Okay**, s. 258.

⁵⁴ *İştirak payı*, donatma iştirakinde, müşterek donatanların bu sıfatlarından doğan tüm mali hak ve borçlarını içerir. Bir başka deyişle, iştirak payına hem haklar, hem de borçlar dâhildir. İştirak payına dâhil olan hakların başında, deniz ticaretinde birlikte kullanılan gemi üzerindeki müşterek mülkiyet hissesi (*gemi payı*) gelir. Müşterek donatanların diğer hak ve borçları ise; yakıt, kasa mevcudu ve alacak- borçlar ile; iştirak payından kar payı isteme hakkı, oy hakkı, zarara katılma borcu ile masraflara katılma borcudur (Geniş bilgi için bkz. **Can-** Tacir Sıfatı, s. 920- 921; **Okay**, s. 247 vd.; **Çağa/ Kender-** C. I, s.176- 177). Gemi payı hakkında geniş bilgi için bkz. **Kalpsüz, Turgut**, Gemi Rehni, B. 3, Ankara 1999/ V, s. 79- 83; **Ott-** Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 207, Rdn. 63. İştirak payı ve özellikle benzer kavramlarla karşılaştırılması hakkında ayrıca bkz. **Yongalık, Aynur**, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 30.

⁵⁵ Bkz. **İzveren/ Franko/ Çalık**, s. 124; **Kender/ Çetingil**, s. 85; **Okay**, s. 258. Alman Hukukunda, donatma iştiraki tüm malvarlığı ile sorumludur. Ayrıca Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 507, f. 1'e göre, müşterek donatanlar kişisel olarak da sorumludur. Ancak müşterek donatanların sorum-

donatanlara dava açarak alacaklarını hüküm altına alabilirler. Bu çerçevede müşterek donatanlar sınırsız sorumlu olsalar bile, alacaklılar yine donatma iştirakine karşı dava açabileceklerdir⁵⁶.

Bu sorumluluğun konusu olarak, doğan borca karşılık önce gemi ve navlun bedelleri, bunlar borcu karşılamadığı takdirde, donatma iştirakinin işletme dâhil diğer kıymetleri (örneğin, bağlama limanındaki bina ve tesisler, bankadaki mevduat gibi), borcun bunlarla da karşılanamaması halinde, ortak donatanların kişisel malları iştirak payları oranında borca karşılık oluşturur. Böylece alacaklıların hakları teminat altına alınmış olur⁵⁷.

IV- İFLÂS YOLUYLA TAKİP EDİLEBİLECEK ALACAKLAR

1- Donatma İştirakinden Olan Her Türlü Para ve Teminat Alacağı

TTK m. 20’de tacirlerin her türlü borçlarından dolayı iflâsa tabi oldukları açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca yalnızca para ve teminat alacakları için iflâs yoluyla takipte bulunulması mümkündür (İİK m. 42). Bu nedenle donatma iştiraki de her türlü borçlarından dolayı iflâsa tabidir⁵⁸.

Daha önce de belirtildiği üzere⁵⁹, tek donatan borçlarından nasıl sorumlu ise, müşterek donatanlar da aynı surette sorumludur. Bu nedenle donatanın olduğu gibi, donatma iştirakinin de borçları çeşitli nedenlerden doğmuş olabilir. İlk olarak, Türk

luluğu kişisel ve fer’i olup, sorumluluk gemi payı ile sınırlıdır (**Ott**- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 207, Rdn. 63). Norveç Hukukunda, donatma iştirakinden söz edilmesi için, bir gemiye iştirakin borçlarından sınırsız sorumlu olan birkaç kişinin bulunması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda müşterek donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması mümkündür (**Falkanger/ Bull/ Brautaset**, s. 144).

⁵⁶ **Erişir**, s. 239. Alman Hukukunda, donatma iştirakinde müşterek donatanlar, donatma iştirakinin borçlarından müteselsilen sorumlu olmayıp, gemi payı ile sınırlı sorumludurlar (Bkz. **Ott**-Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 207, Rdn. 63; ayrıca karş. BGB § 420).

⁵⁷ **İzveren/ Franko/ Çalık**, s. 124. Donatanın sınırlı şahsi sorumluluğu, Türk Ticaret Kanunu’nun donatanın sınırlı sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin tamamen değiştirilerek “Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında 1976 tarihli Londra Anlaşması”na Türkiye’nin taraf olması sonucu, ortadan kalkmıştır. Bkz. **Çağa/ Kender**, C. I, s. 159- 160; sınırlı kişisel sorumluluk hakkında ayrıca bkz. **Tekil**, s. 192.

⁵⁸ Bkz. **Ulukapı**- İcra, s. 183.

⁵⁹ Bkz. yuk. III- 3, a.

Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bazı durumlarda, örneğin kaptanın temsil yetkisine giren hukuki işlemlerde (TTK m. 986- 988); müşterek avaryada (TTK m. 1179-1215); çatma ve kurtarma-yardımda (TTK m. 1216- 1234) donatma iştiraki borç altına girebilir. İkinci olarak, donatma iştiraki, gemi adamlarının fiillerinden dolayı da bazı şartların varlığı halinde borçlu olabilir. Örneğin, TTK m. 947 gereğince, donatma iştiraki gemi adamlarından birinin görevini yaparken işlediği kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı sorumludur (borçludur). Üçüncü olarak, gemi adamlarının fiilleri sonucu üçüncü kişilerin zarara uğramaları halinde, Borçlar Kanunu m. 55 gereğince donatma iştirakinin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür⁶⁰.

2- Gemi Alacakları

Deniz ticareti hukukunda kanunda öngörülen belirli alacaklardan birinin doğması ile birlikte ortaya çıkan *gemi alacaklısı hakkı* da önemlidir. Gemi alacaklısı hakkı⁶¹, gemi ve navlun (deniz serveti) üzerindeki kanuni rehin hakkıdır. Gemi alacaklısı hakkı veren alacakların ortak özelliği, geminin işletilmesiyle ilgili olmalarıdır. Gemi alacaklısı hakkı sahibi, alacağını deniz servetinden, ipotekli alacaklar da dâhil olmak üzere diğer bütün alacaklardan öncelikle elde edebilir. Bu hakkın kabul edilmesinin nedenlerinden biri, donatanın (ve kanımızca donatma iştirakinin) sınırlı ayni sorumlu olduğu alacaklılara böyle bir imtiyazın tanınmasıyla, menfaatler arasında denge sağlanmasıdır⁶². Gemi alacaklısı hakkı sahipleri, TTK m. 1235'de on bent halinde sayılmış olup⁶³, bu alacaklar sahiplerine gemi alacaklısı

⁶⁰ Konuya donatan bakımından yapılan aynı yaklaşım için bkz. **Kender/ Çetingil**, s. 75- 76.

⁶¹ Gemi alacaklısı hakkının tarihçesi hakkında bkz. **Günay, M. Barış**, Türk, İngiliz ve Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkının Tarihçesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 927- 944.

⁶² **Kender/ Çetingil**, s. 205. Bu hakkın kabul edilmesinin diğer nedenleri hakkında bkz. **Barlas, Nuray**, Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği, B. 1, İstanbul, Kasım- 2000, s. 6 vd. Söz konusu hakkın kapsamı hakkında ayrıca bkz. **Tekil**, s. 527- 528.

⁶³ Gemi alacaklısı hakkını veren alacakların düzenlendiği TTK m. 1235 hükmünü burada aynen vermekte yarar vardır. Söz konusu hükme göre; "*Aşağıdaki alacaklar sahiplerine "gemi alacaklısı hakkı" verir:*

hakkı denilen imtiyazlı bir rehin hakkı verirler⁶⁴. Ayrıca bu alacakların tümü, para alacağı niteliğindedir⁶⁵. Görüldüğü üzere TTK m. 1235 vd. hükümlerinde, iki hukuki olgu düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, sözleşme veya haksız fiil uyarınca ortaya

-
1. Gemi cebri icra yolu ile satıldığı takdirde, geminin son limana girmesinden itibaren yapılan ve cebri icra masraflarından sayılmayan gemi ile teferruatının bekçilik ve muhafaza masrafları;
 2. Gemi seyrüsefer ve liman resimleri ve hususiyile şamandıra, fener, karantina ve liman paraları;
 3. Gemiadamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacakları;
 4. Kılavuz ücretleriyle kurtarma yardım, fidiye ve itiraz ücret ve masrafları;
 5. Geminin müşterek avarya garame borçları;
 6. Deniz ödünçüne karşı kendilerine gemi rehnedilmiş olan deniz ödünçü alacaklılarının alacakları ve geminin tamamına veya bir kısmına sahip olsa bile kaptanın bu sıfatla ve gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada zaruret hallerinde 988 ve 1001 inci maddeler hükümleri gereğince yaptığı diğer kredi muamelelerinden doğan alacaklar. Bağlama limanı dışında bulunduğu sırada zaruret hallerinde ve ihtiyaçla mahdut olarak geminin bakımı veya yolculuğun başarılması için bir kredi açmaksızın, kaptana bu sıfatla verilmiş levazımdan veya yapılmış hizmetlerden doğan alacaklar da bu hükümdedir;
 7. Taşıyan aynı zamanda donatan olmasa bile, yük ile 1128 inci maddenin 2 nci fıkrasında yazılı bagajın teslim edilmemesinden veya hasara uğramasından doğan alacaklar ile yolcu veya mal taşıma akitlerinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olmasından doğan peşin ödenmiş navlunun geri alınması dahil diğer bütün alacaklar;
 8. Kaptanın hususi bir vekâletle değil sırf kaptan sıfatıyla haiz bulunduğu kanuni salahiyetine (Madde 948, fıkra 1, bent 1) dayanarak yaptığı hukuki muamelelerden ve donatan tarafından aktedilmiş olup ifası kaptana düşen bir mukavelenin yerine getirilmemesinden yahut noksan veya fena ifasından doğan (Madde 948, fıkra 1, bent 2) ve yukarıki bentlere girmeyen alacaklar;
 9. Geminin tamamına veya bir kısmına sahip olsa bile gemiadamlarından birinin kusurundan doğan (Madde 947, 948, fıkra 1, bent 3) alacaklar;
 10. İşçi Sigortaları Kurumunun iş hayatına ait sigorta kanunları hükmünce donatanlardan isteyebileceği bütün alacaklar. Şu kadar ki; sigorta veya iş kanunları gereğince donatanların Sigorta Kurumuna karşı şahsan mesul tutulmasına ait hükümler mahfuzdur”.

⁶⁴ Barlas, s. 6; Atamer, s. 175; Kalpsüz, Turgut, Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Mahiyeti, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 301.

⁶⁵ Atamer, s. 175.

çıkan para alacağıdır. İkincisi ise, bu para alacağına dayanan “gemi alacaklısı hakkı”dır⁶⁶.

Aşağıda belirtileceği gibi⁶⁷, Türk Ticaret Kanunu, gemi alacakları bakımından, önce rehne başvuru zorunluluğuna (İİK m. 45, I) bir istisna getirmiştir. Buna göre gemi alacaklısı, söz konusu kanuni rehin hakkına rağmen, donatma iştirakinin iflâsını isteyebilecektir.

3- Deniz Alacakları

İflâsa tabi alacaklar bakımından üzerinde durulması gereken bir başka kavram, “deniz alacağı” (maritime claim) kavramıdır. Bu alacaklar, TTK Tasarısında yer almış (Tasarı m.1352) ve liste halinde 22 bent olarak sayılmıştır. Tasarıdaki düzenleme yapılırken, 1999 tarihli Cenevre Sözleşmesi esas alınmıştır⁶⁸. Deniz alacakları, gemi alacağı kavramından farklı olup, gemi alacağı kavramına göre daha geniş bir anlama sahiptir. TTK m. 1320’de düzenlenen gemi alacağı niteliğinde olan bütün alacaklar⁶⁹ TTK Tasarısı m. 1352, I, (a), (b), (c), (i), (k), (n) ve (o) bentleri uyarınca, aynı zamanda deniz alacağı teşkil eder. Bir başka deyişle, deniz alacaklarının sadece bir bölümü aynı zamanda gemi alacağı niteliğindedir ve kanuni rehin hakkı ile güvence altına alınmıştır⁷⁰.

TTK Tasarısı m. 1352’de 22 bent halinde sayılan deniz alacakları İİK bakımından iki şekilde sınıflandırılabilir. *İlk olarak*, İİK anlamında para ve teminattan başka borçlar hakkında ilamların icrasını gerektirecek deniz alacakları, esas itibarıyla TTK Tasarısı m. 1352, I, (t) ve (v) bentlerinde sayılan hususlardır. Bir geminin

⁶⁶ **Atamer**, s. 175. TTK Tasarısı ise, esas itibarıyla bu geleneği sürdürmüş, fakat TTK Tasarısında, gemi alacağı terimi ile alacağın kendisi, gemi alacaklısı hakkı terimi ile de gemi alacağını temin etmek üzere Tasarı m. 1321 uyarınca tanınmış olan kanuni rehin hakkı ifade edilmektedir (**Atamer**, s. 175- 176). TTK Tasarısındaki gemi alacağı statüsü tanınan alacaklar hakkında bkz. **Atamer**, s. 184 vd.

⁶⁷ Bkz. aşa. V- 1- a, ff.

⁶⁸ Bkz. **Algantürk Light**, s. 46. Ayrıca 1999 Tarihli Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde deniz alacaklarının ayrıntılı listesi için bkz. **Algantürk Light**, s. 37- 41.

⁶⁹ Bkz. yuk. IV- 3.

⁷⁰ **Atamer**, s. 212. Deniz alacağı statüsü tanınan alacaklar hakkında geniş bilgi için bkz. **Atamer**, s. 212 vd.; ayrıca bkz. **Tekil**, s. 518.

yapımı, satışı veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerden doğabilecek mülkiyet, rehin ve zilyetlik uyuşmazlıklarının da (t) ve (v) bentlerine girdiği kabul edilmezse, bu sözleşmeleri öngören (f), (m) ve (y) bentleri kapsamında ele alınır. *İkinci olarak*, diğer bütün deniz alacakları, bir paranın ödenmesine veya bir teminatın verilmesine ilişkindir. Bu tür *parasal deniz alacakları*, TTK Tasarısındaki özel hükümler dışında, İİK m. 32 vd ve İİK m. 42 vd. hükümlerine tabi olacaktır⁷¹. Bununla birlikte, İİK sistemine göre, *parasal deniz alacakları* bakımından ilamsız takip yollarından iflâs yoluyla takip mümkündür. Özellikle konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir.

İlk olarak, rehinle temin edilmiş olan (“rehinli”) deniz alacaklarında, gerek gemi üzerinde sözleşmeyle kurulan gerekse kanundan doğan rehin haklarında, alacaklıya iflâs yoluyla takipte bulunma hakkı verilmiştir (TTK Tasarısı m. 1378, I). Böylece rehin hakları bakımından bir ayırım yapılmadığı için gemi üzerinde kurulabilen tüm rehin haklarının paraya çevrilmesinde bu hüküm uygulanacaktır. Ancak bu takip yolunun işletilmesi, rehne tanınmış olan önceliğin kaybedilmesi anlamına gelmeyecektir. Gemi malikinin iflâsı halinde gemi için düzenlenecek ayrı sıra cetvelinde (TTK Tasarısı m. 1389, II) gemi alacakları 3. sıraya (Tasarı m. 1392), diğer rehinli alacaklar ise 6. sıraya (Tasarı m. 1395) kaydedilecektir⁷².

İkinci olarak, rehinle temin edilmemiş parasal deniz alacakları (“rehinsiz parasal deniz alacakları”) bakımından TTK Tasarısı özel hüküm getirmemiştir. Bu alacaklar, haciz veya iflâs yoluyla takibe (veya kambiyo senetlerine mahsus takip yollarına) göre takip edilebilecektir. Bu takiplerden biri (örneğin konumuzla ilgili olarak iflâs yolu), ihtiyati haczi tamamlamak üzere başlatılmışsa, TTK Tasarısı m. 1376 gereğince bir aylık süreye uyulması gerekir⁷³. Bunun dışında, deniz alacakları iflâs (ve diğer ilamsız takip yetkisi) yoluyla takibindeki düzenlemeler (İİK’deki genel düzenlemeler), deniz alacaklarına ilişkin ilamsız takiplerde de uygulanacaktır. Örneğin, iflâs yoluyla takipte yetkili icra dairesi İİK m. 50 gereğince belirlenecektir⁷⁴.

71 **Atamer**, s. 263.

72 **Atamer**, s. 341- 342.

73 **Atamer**, s. 343.

74 **Atamer**, s. 357- 358.

V- DONATMA İŞTİRAKİNİN İFLASINDA İFLAS YOLLARI

İflâs hukukunda iflâsa tabi bir kimsenin iflâs ettirilmesi için izlenen yol, iflâs yolları olarak bilinir⁷⁵. Hukukumuzda iflâs yolları takipli ve takipsiz iflâs yolları olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Buna karşılık, TTK Tasarısında, takip yolları, rehinli alacakların takibi, iflâs yoluyla takip ve diğer takip yolları (haciz yoluyla ve kambiyo senetleri hakkındaki özel usullere göre takip) olmak üzere üç tür olarak düzenlenmiştir.

1-Takipli İflâs Yolu

Bilindiği üzere, iflâs yolunda alacaklının önce icra dairesine başvurması gerekmekte, borçluya iflâs ödeme emri gönderilmekte, borçlunun süresinde borcunu ödememesi halinde alacaklının ticaret mahkemesinde iflâs davası açması söz konusudur. Takipli iflâs yolu da kendi içinde genel (adi) iflâs yolu ve kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolu olmak üzere iki kısımda incelenebilir.

a) Genel İflas Yoluyla Takip

İflâs yoluyla takip yapmak isteyen alacaklının alacağı, bir kambiyo senedine bağlı değilse, genel (adi) iflâs yoluna başvurabilir. Ancak alacak bir kambiyo senedine bağlı ise, alacaklı kambiyo senetlerine mahsus iflâs yoluna başvurabileceği gibi, alacağın ilama bağlı olması halinde takipsiz (doğrudan doğruya) iflâs yoluna başvurabilir. Alacaklının genel iflâs yoluna başvurulması için alacağının bir senede bağlı olması gerekmez.

aa) Yetkili İcra Dairesi

Genel iflâs yoluyla takip bakımından yetkili icra dairesinin belirlenmesinde, İİK m. 50, I'ın yaptığı yollama ile HUMK m. 9- 27 hükümlerinin yanında TTK'nun yetkiye ilişkin hükümlerinin de göz önüne alınması gerekir. Buna göre, HUMK m. 9- 27 hükümleri dışında, donatma iştirakinde, müşterek donatanlar veya bunlardan biri aleyhine yapılan ilamsız (iflâs) takiplerinde TTK m. 950 ve m. 970

⁷⁵ Bkz. **Kuru-** El Kitabı, s. 948; **Tercan, Erdal/ Tercan, Süheyla,** İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2005, s. 179.

gereğince bağlama limanı icra dairesinin yetkili olduğu sonucuna varmak mümkündür⁷⁶.

bb) Donatma İştirakine Karşı Takipte Bulunulması Halinde Takibin Kime Karşı Yöneltilmesi Gerekeceği

Genel iflâs yoluyla takip bakımından donatma iştirakine karşı takipte bulunulması halinde, takibin kime karşı yöneltilmesi gerekeceği önemli bir sorundur. Doktrinde, gemi müdürü atanmaması halinde⁷⁷, donatma iştirakinin taraf ehliyetinin bulunmaması⁷⁸ nedeniyle, donatma iştiraki aleyhine yapılacak genel iflâs yoluyla takibin müşterek donatanların tamamına karşı yöneltilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁹. Bir başka deyişle, takip talebinde borçlu kısma müşterek donatanların tümünün yazılması gerektiğinden söz edilmektedir. Bu görüş çerçevesinde ise müşterek donatanlar arasında zorunlu takip arkadaşlığının söz konusu olduğu söylenebilecektir. Buna karşılık, donatma iştirakine gemi müdürünün atanması halinde, donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmamasına karşılık, taraf ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir. Zira gemi müdürü, donatma iştirakinin olağan işlerinden doğan bütün işlemleri yapmak ve hukuki tasarruflarda bulunmak suretiyle, donatma iştirakini temsil etme yetkisine sahiptir (TTK m. 955, I)⁸⁰.

Kanımızca donatma iştiraki aleyhine genel iflâs yoluyla takipte bulunulması halinde, takip talebinde doğrudan doğruya donatma iştirakinin gösterilmesi mümkün olmalıdır. Bir başka deyişle gemi müdürü iradi temsilci olduğundan, davanın tarafı donatma iştirakidir. Ayrıca gemi müdürünün davalarda donatma iştirakini

⁷⁶ Bkz. ve karşı. **Kender/ Çetingil**, s. 220- 221.

⁷⁷ Donatma iştirakine gemi müdürünün atanmasının zorunlu olabileceğine ilişkin varılabilecek sonuç için bkz. yuk. II- 2, b.

⁷⁸ Bkz. yuk. II- 2, b.

⁷⁹ Açılacak davalar bakımından bkz. ve karşı. **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 31; **Ulukapı-** Dava Arkadaşlığı, s. 79. Ayrıca doktrinde *Kuru*, bir gemi müdürü atanması durumunda, gemi müdürünün donatma iştirakini mahkemede temsil etme yetkisinin bulunması nedeniyle, gerek iflâs takibinin gerekse iflâs davasının donatma iştirakinin temsilcisi sıfatıyla gemi müdürüne karşı yapılması ve açılması gerektiği kanısındadır (Bkz. **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 33; benzer şekilde bkz. **Ulukapı-** Dava Arkadaşlığı, s. 80).

⁸⁰ Bkz. **Ulukapı-** Dava Arkadaşlığı, s. 80; ayrıca bkz. **Erişir**, s. 238.

temsil etmesi, Avukatlık Kanunu m. 35’de düzenlenen avukatların tekel hakkının bir istisnasıdır⁸¹. Nitekim TTK m. 955, II hükmünde, gemi müdürünün donatma iştirakini mahkemede de temsil edeceği öngörülmüştür.

Gemi müdürünün yetkisine benzer bir yetki, TTK m. 978, II’de kaptana verilmiştir. TTK m. 978 hükmüne göre, “Yükleme başladıktan boşaltma bitinceye kadar acil sebepler olmadıkça kaptan, ikinci kaptanla birlikte aynı zamanda gemiden ayrılamazlar; acil bir sebeple kaptan ve ikinci kaptan gemiden ayrılmaya mecbur kalırlarsa kaptan, ayrılmadan önce zabıtlar ve tayfalar arasından işini başarabilecek birini vekil olarak yerine koymaya mecburdur (f. 1). Gemi emîn olmayan bir liman veya sahilde bulunduğu zaman, aynı hüküm yükleme başlamazdan önce ve boşaltma bittikten sonra dahi tatbik olunur (f. 2). Görünür bir tehlike halinde veya gemi denizde iken acil zaruret olmadıkça kaptan gemide hazır bulunmak mecburiyetindedir (f. 3)”.

cc) Ödeme Emrine İtiraz

Borçlu olan donatma iştiraki (veya müşterek donatanlar), ödeme emrinin kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde, dilekçe ile ödeme emrine itiraz edebilir (karş. İİK m. 155). Buna karşılık donatma iştirakine atanan gemi müdürü de ödeme emrine itiraz edebilir. Bu imkân, gemi müdürünün, donatma iştirakinin olağan (mutad) işlerinde kabul edilen davalarda donatma iştirakini temsil edebileceğine ilişkin Türk Ticaret Kanunu m. 955, I hükmünün bir gereği olarak düşünülebilir⁸².

⁸¹ **Kuru**, Usul, C. II, s. 1240; aynı yönde **Erişir**, s. 238. Gerçekten “Yalnız avukatların yapabileceği işler” kenar başlıklı Avukatlık Kanunu m. 35, I’e göre “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir”. Böylece gemi müdürünün donatma iştirakini temsil etmesi, avukatlık tekelinin bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır (**Kuru**, Usul, C. II, s. 1240; **Erişir**, s. 238). Avukatların tekel hakkının (Av. K. m. 35) diğer istisnaları için bkz. **Güner, Semih**, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2007, s. 126 vd. (Bununla birlikte **Güner**, gemi müdürünün donatma iştirakini temsil etmesini avukatlık tekelinin istisnaları arasında belirtmemektedir).

⁸² Görüldüğü gibi, gemi müdürünün temsil yetkisinin kapsamını donatma iştirakinin mutad işleri belirler (TTK m. 955, I). Gemi müdürünün temsil yetkisinin kanuni sınırları içinde gemi müdürü sıfatıyla yapmış olduğu hukuki işlemlerden doğan hak ve borçlar, hukuki işlemde müşterek donatanların adı ve soyadları zikredilmemiş olsa bile, donatma iştirakine ait olur (TK m. 956, I).

Gerçi hangi işlerin olağan (mutad) işlerden sayılacağı konusunda uygulamaya yardımcı olmak isteyen kanun koyucu, bunlardan bazılarını söz konusu hükümde açıklamıştır⁸³. Ancak donatma iştirakine karşı yapılan iflâs yoluyla takipte ödeme emrine itiraz etmeyi de mutad işlere dâhil etmek mümkündür. Bu nedenle gemi müdürü ödeme emrine itiraz edebilir.

Ödeme emrine itiraz edilmesi ile iflâs takibi durur. Bu durumda alacaklı, borçlunun itirazının kaldırılmasını ve aynı zamanda iflâsına karar verilmesini bir dilekçe ile ticaret mahkemesinden isteyebilir (karş. İİK m. 154, III)⁸⁴.

dd) İflas Davası

İflâsa tabi olan donatma iştiraki aleyhine açılacak iflâs davasında, davalı hanesinde müşterek donatanların tamamının mı, yoksa donatma iştirakinin mi gösterileceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁸⁵, takipte bulunulmasında olduğu gibi, iflâs davasının da, müşterek donatanların tamamına karşı açılması gerekir. Bu durumda ise davalı müşterek donatanlar arasında maddi bakımdan zorunlu dava arka-

Böylelikle, gemi müdürünün temsil yetkisini kullanması, doğrudan doğruya temsilin (BK. m. 32, I) hukuki sonuçlarını doğurmaktadır (Bkz. **Can-** Tacir Sıfatı, s. 918).

⁸³ Bkz. **Can-** Deniz Ticareti, s. 175; **Can-** Tacir Sıfatı, s. 918.

⁸⁴ Donatma iştiraki, ödeme emrinin düzenlenmesinde ve gönderilmesinde bir hukuka aykırılık olması halinde, icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilmelidir (Karş. İİK m 16). Donatma iştirakinin şikâyet yoluna başvurması bakımından miras şirketine kıyasen zorunlu takip arkadaşlığından söz etmek mümkündür (Bkz. ve karş. **Pekantez**, s. 113- 114). Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre, "Tacir sıfatı, iflâs davasının bir unsurudur. Şart tahakkuk etmedikçe, mahkeme iflâsa hükmedemez. Bu hukuk kuralının tabii bir sonucu olarak taraflarca dermeyan edilse dahi, mahkeme, borçlunun iflâsa tabi şahıslardan olup olmadığını re'sen ele alarak incelemeye mecburdur" (12. HD. 7. 1. 1967, 10188/ 2; Kazancı). Dolayısıyla kanımızca, ticaret mahkemesinin, donatma iştirakinin iflâsına karar verebilmesi için öncelikle borçlunun iflâsa tabi olup olmadığını, bu çerçevede donatma iştirakinin unsurlarının bulunup bulunmadığını re'sen araştırması gerekir.

⁸⁵ **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 31- 32. Doktrinde **İzveren/ Franko/ Çalık** ise, donatma iştirakinin tüzel kişiliğinin olmaması sebebiyle iştirake karşı açılacak davaların müşterek donatanlardan her birine karşı ayrı ayrı açılması gerektiği görüşündedir (**İzveren/ Franko/ Çalık**, s. 123). Bir görüşe göre, donatma iştirakine tüzel kişilik tanıma veya tanımamanın pratik bir sonucu, tüzel kişilik tanınmadığı durumlarda, dava dilekçelerinde bütün müşterek donatanların isimlerinin teker teker yazılması gerektiği; tüzel kişilik tanındığı takdirde ise davanın doğrudan doğruya donatma iştiraki aleyhine açılabilmesidir (Bkz. **Okay**, s. 245).

daşlığı söz konusu olacaktır. Diğer görüşe göre ise⁸⁶, iflâs davası bakımından donatma iştiraki pasif dava ehliyetine sahip olup, davalı hanesinde donatma iştirakinin gösterilmesi gerekir⁸⁷.

Kanımızca, donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmasa bile, bu durum, ona karşı iflâs dava açılmasına ve davalı olarak donatma iştirakinin gösterilmesine engel teşkil etmemelidir. Zira daha önce de belirtildiği üzere⁸⁸, kanun koyucu, donatma iştirakine tüzel kişilik vermemekle birlikte, onu birçok yönden tüzel kişilere, özellikle kollektif şirketlere yaklaştırmıştır.

ee) İflas Kararı

İflâs davasının müşterek donatanların tamamına karşı açılması görüşü⁸⁹ kabul edilse dahi, ticaret mahkemesinin iflâs kararını müşterek donatanlar hakkında değil, donatma iştiraki hakkında vermesi gerekir⁹⁰. Zira *donatma iştiraki hakkında*

86 Erişir, s. 239.

87 Buna karşılık, doktrindeki bir görüşe göre, donatma iştirakine gemi müdürü atanmışsa, iflâs davasının gemi müdürüne karşı açılacağını belirtmektedir. Bkz. **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 33; **Arkan**, s. 124, dn. 7; **Ulukapı-** Dava Arkadaşlığı, s. 80.

88 Bkz. yuk. II- 2, a.

89 Bkz. yuk. IV- 1-a, dd.

90 Bkz. **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 32; **Arkan**, s. 124; **Can-** Deniz Ticareti, s. 172; aynı yönde bkz. **Bekar**, s. 12. Gerçekten donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmadığı için, birlikte deniz ticaretinde kullanılan geminin her bir müşterek malikinin bağımsız olarak tacir sıfatını taşıması gerekirdi (TTK m. 14, I). TTK m. 19'da "*Tacirlere dair hükümler donatma iştiraki hakkında da tatbik olunur*" denilerek, donatma iştirakinin söz konusu olduğu hallerde, sanki tacir sıfatı müşterek donatanlara değil, donatma iştirakine aitmiş gibi bir izlenim yaratılmıştır. Bir başka deyişle, hem hukuk süjesi olmayan bir kişi birliğine tacir sıfatı verilmiştir; hem de TTK m. 14, I'deki esastan ("*Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir*") ayrılmıştır. Bununla birlikte, TTK m. 19'da geçen "da" eki dikkate alınarak, TTK m. 14, I gereğince, her bir müşterek donatanın da bağımsız olarak tacir sayılabileceği, ileri sürülebilir. Çünkü ticari işletmeye vücut verecek şekilde bir gemiyi deniz ticaretinde kullanan gerçek kişilerin tacir sayılmalarına karşılık, bir gemiyi tek başına deniz ticaretinde kullanan donatan veya donatan gibi sorumlu sayılan gerçek veya tüzel kişilerin (TTK m. 946, I ve II) tacir sayılması, eşitlik ilkesine aykırı çelişkili bir durum yaratır. Şayet bu görüşe itibar edilirse, donatma iştirakinin yanında; müşterek donatanlardan her birinin de tacir sıfatına sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Ancak bu durumda, tacir sıfatına bağlanmış bulunan sonuçların uygulanması bakımından, deniz ticaretine özgü olarak donatan hakkında öngörülmesi bulunan sınırlı aynı sorumluluk esasının (TTK m.

iflasın açılmasıyla donatma iştirakinin sona ereceğine ilişkin TTK m. 968, V hükmü bu sonucu desteklemektedir. Ayrıca, tacirler hakkındaki hükümler uygulanacak olan (TTK m. 19) ve iflâsa tabi olan (TTK m. 968, V), donatma iştirakinin bizzat kendisidir ve donatma iştirakinin borcundan dolayı sadece donatma iştirakinin iflâsına karar verilmelidir. Zira donatma iştirakinin borcundan dolayı müşterek donatanların hepsinin iflâsına karar verilmesi, bazı karışıklıklara ve haksızlıklara neden olabilir. *İlk olarak*, müşterek donatanların iflâsına karar verilince, iflâs masası sadece donatma iştirakinden alacaklı olanlar için ve sadece müşterek donatanın sorumlu olduğu miktar için mi teşkil edileceği önemli bir sorundur. Bu soruya olumlu cevap verirsek, müşterek donatanların kişisel alacakları bu iflâs masasına alacaklarını kaydettiremeyecekleri sonucuna varılabilecektir. Müşterek donatanın mali durumu iyi değilse, kişisel alacaklılarının bu iflâs tasfiyesinden zarar görmeleri mümkündür⁹¹. *İkinci olarak*, müşterek donatanın bütün borçluları bakımından iflâs etmiş sayılması ve haczi caiz bütün mallarının iflâs masasına girmesi halinde, bir donatma iştirakinin borcundan dolayı bütün müşterek donatanların tam olarak iflâs etmiş sayılmaları, onlar için ağır bir sonuç olacaktır⁹². *Üçüncü olarak*, müşterek donatanların hepsinin iflâs etmesi halinde, donatma iştirakinin borçlarından dolayı, İİK m. 203'e göre masaların birbirine rücu etmesi, karışık ve uzun hesap ve işlemler yapılmasını gerektirir. Kaldı ki, bu durumda müşterek donatanların iflâs etmesi ile donatma iştirakinin sona ermiş sayılıp sayılmayacağı bile şüphelidir. Zira müşterek donatanlardan birinin iflâsı, donatma iştirakini kendiliğinden sona erdirmez (infisahını gerektirmez). (TTK m. 967, II). Donatma iştiraki ise ancak kendisi hakkında iflâsın açılmasıyla sona erer (TTK m. 968, son fıkra). İşte belirtilen bu nedenlerden dolayı, açılacak iflâs davasında, ticaret mahkemesinin müşterek donatanların değil, donatma iştirakinin iflâsına karar vermesi gerekir⁹³.

948) donatma iştiraki hakkında da uygulanmasından doğan özel durumlar ve TTK m. 968, V'deki açık hüküm gereğince, müşterek donatanların iflâsının istenemeyeceği; bir başka deyişle iflâs kararının sadece donatma iştiraki hakkında verilebileceği hususunun dikkate alınması gerekir (Bkz. **Can-** Deniz Ticareti, s. 171- 172).

91 **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 32.

92 **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 32.

93 **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 32.

Buna karşılık doktrindeki azınlık görüş⁹⁴, mahkemenin müşterek donatanların iflâsına karar verebileceği yönündedir. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında da, müşterek donatanların iflâsına karar verilebileceğine ilişkin ifadelere yer verilmiştir⁹⁵.

İflâs kararının sadece donatma iştiraki hakkında verilebileceğinin bir gerekçesi ise, iflâsa tabi kişilerin hukukumuzda sayılmış olmasıdır. Yani müşterek donatanların iflâsa tabi olduğuna ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmamasıdır. Dolayısıyla bunlar hakkında kendileri ayrıca iflâsa tabi olmadıkça⁹⁶, sırf müşterek donatan olmaları nedeniyle iflâs kararı verilmesi ve bunların şahsi mallarının iflâs masasını teşkil etmesi isabetli değildir⁹⁷. Böylece iflâs kararının sadece donatma iştiraki hakkında öngörülmesi suretiyle, Adliye Encümeni Mazbatasında da belirtildiği gibi, *donatma iştirakinin malvarlığı ile müşterek donatanların malvarlığı birbirlerinden ayırt edilmiştir*⁹⁸.

ff) Gemi Üzerinde Rehinle Temin Edilmiş Gemi Alacaklarının İİK m. 45, 1 Hükümünün Bir İstisnası Olduğu Hususu

Burada önemli başka bir sorun, önce rehne başvuru zorunluluğunu düzenleyen İİK m. 45'de görülebilir. Söz konusu hükme göre, "*Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yolile takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflâs veya haciz yolile takip edebilir (f. 1)... Poliçe ve emre muharrer senetlerle çekler hakkındaki 167 nci madde hükmü mahfuzdur (f. 2)*". Böylece

⁹⁴ Bkz. **Erman**, s. 529.

⁹⁵ Bkz. İİD. 20. 5. 1968, 4961/ 5260: "... Donatma iştiraki diğer ticari ortaklıklar gibi tüzel kişiliği haiz değildir. ... Ancak donatma iştiraki tüzel kişiliği haiz olmadığından T. Ticaret Kanunu ve binnetice iflâs hükümlerinin donatma iştirakini teşkil eden gerçek kişiler için tatbiki bir zaruret-tir" (RKD, 1968, S. 7- 8, s. 95; ABD., 1968 4, s. 784; **Domanıç**- Şerh, s. 122; **Çevik**, s. 17; karar için ayrıca bkz. **Kuru**- İflâs ve Konkordato, s. 32, dn. 22); ayrıca bkz. **Eriş**, s. 683.

⁹⁶ Bkz. aşa. VI- 1.

⁹⁷ Aynı yönde bkz. **Bekar**, s. 12. Ancak, donatma iştiraki ortaklığı dışında bir ticari faaliyeti bulunmayan müşterek donatanların iflâs yoluyla takip edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. aşa. VI- 2.

⁹⁸ **Can**- Deniz Ticareti, s. 172; ayrıca bkz. ve karşı. **Can**- Tacir Sıfatı, s. 929.

lece icra ve iflâs hukukumuzda kural olarak, önce rehne başvuru zorunluluğu getirilmiş olmaktadır⁹⁹.

Buna karşılık gemi üzerinde rehinle temin edilmiş gemi alacakları bakımından, İcra ve İflâs Kanununun rehinle temin edilmiş alacaklar için rehin paraya çevrilmeden iflâs yoluyla takip yapılmasına engel olan hükmü (İİK m. 45) burada uygulanmaz. Nitekim konuyla ilgili TTK m. 1242, b. 1’de, “*İcra ve İflâs Kanununun rehinle temin edilmiş alacaklar için ihtiyati haciz istenmeyeceğine dair olan hükmiyle rehin paraya çevrilmeden iflâs yoluyla takip yapılmasına engel olan hükmü burada tabik olunmaz*” hükmü getirilmiştir¹⁰⁰. Böylece Türk Ticaret Kanunu, gemi alacakları bakımından, önce rehne başvuru zorunluluğuna bir istisna getirmiş olmaktadır. Böyle bir istisnanın öngörülmesinde, gemilerin taşınır ve taşınmaz mallar karşısındaki özel durumları dikkate alınmıştır. Zira İİK m. 45, I gereğince, rehin halinde iflâs yoluna gidilememesinin temelinde, taşınır rehninde taşınırın alacaklının zilyetliğinde, taşınmaz rehninde ise ülke içinde belli bir yerde bulunması ve bu nedenle bunlar üzerinden alacağın alınmasının zaten mümkün olması;

⁹⁹ Ancak bazı hallerde rehin alacaklısı, ilk önce rehmin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunmadan, iflâs (veya haciz) yoluyla takipte bulunabilir. Bu istisnalar hakkında bkz. **Gürdoğan, Burhan**, Türk- İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehmin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s. 11- 25, s. 31; **Kuru, Baki**, İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul Ocak 2006, s. 841- 843 (Kuru- El Kitabı); **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 341- 342; **Muşul**, s. 725 vd.; **Üstündağ, Saim**, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, s. 368- 369; **Postacıoğlu, İlhan E.**, İcra Hukuku Esasları, B. 4, İstanbul 1982, s. 550 vd.; **Şener, Yavuz Selim**, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, B. 2, İstanbul Mayıs 2006, s. 116- 120. İflastaki istisnalarla ilgili çeşitli ihtimaller için bkz. **Kuru- İflâs ve Konkordato**, s. 164- 168.

¹⁰⁰ Karş. TTK Tasarısı, m. 1378 (1): “*Gemi üzerinde, akdî veya kanunî bir rehin hakkı bulunsa bile, alacaklı iflâs yoluyla takip yapabilir*”. Tasarı hükmüne göre, gemi üzerinde sözleşmeyle kurulan veya kanundan doğan bir rehin hakkı bulunsa bile, alacaklıya iflâs yoluyla takip yapma hakkı tanınmıştır. Rehin hakkı bakımından bir ayırım yapılmadığı için, gemi üzerinde kurulabilen bütün rehin haklarının paraya çevrilmesinde bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Bu takip yolunun işletilmesi, rehne tanınmış olan önceliğin yitirilmesi anlamına gelmeyecektir. Buna karşılık, gemi malikinin (kanımızca buna donatma iştirakini de ilave edebiliriz) iflâsı halinde, gemi için düzenlenecek ayrı sıra cetvelinde (TTK Tasarısı, m. 1389, II) gemi alacakları üçüncü sıraya (TTK Tasarısı, m. 1392), diğer rehinli alacaklar da altıncı sıraya (TTK Tasarısı, m. 1395) kaydedilecektir (Bkz. **Atamer**, s. 341- 342). Ayrıca bkz. Tasarının Madde Gereği: “6762 sayılı Kanunun 1242 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendinden alınmış olan bu hüküm, 6762 sayılı Kanunun tasarisına Adliye Encümeni tarafından eklenmişti. Bu ilave, Tasarı bakımından da gerekli görülmüştür. Böylece, gemi alacaklıları, gemi ipoteği alacaklıları ve gemi üzerinde rehin veya hapis hakkı sahibi olan diğer alacaklılar bakımından, 2004 sayılı Kanunun 45 inci maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiş olmaktadır”.

sonuçta ise iflâs gibi ağır bir tedbire başvurmanın yersiz olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Oysa, gemi alacaklısının rehin konusu geminin ele geçirilmesinin zorluğu ve özellikle donatanın kötünietli olması halinde, imkansızlığı düşünülürse, deniz hukukunda gemi alacaklısının rehin hakkına rağmen, donatanın (kanımızca donatma iştirakinin de) iflâsını isteyebilmesinin kabulü, yerinde bir tedbir olarak düşünülmüştür¹⁰¹. Söz konusu hüküm, önce rehne başvurma kuralının bir istisnası olarak sadece iflâs yoluna başvurulabileceğinden söz etmesine karşılık, kanunun amacı dikkate alınarak, TTK m. 1242, II, b. 1 hükmünün gemi alacaklısının (rehnin paraya çevrilmesine başvurmak zorunda olmadan) hem haciz hem de *iflâs* yoluyla takip yapmasına imkân veren bir istisna hükmü olduğunu kabul etmek daha doğru bir yaklaşımdır¹⁰².

Bununla birlikte, geminin akdi rehinlerinde, alacaklıya iflâs yolu açılmamıştır. Sicile kayıtlı olmayan bir gemi, ancak teslimi meşrut (şartlı) bir şekilde rehnedilebileceğine göre, gemiye zilyet olması nedeniyle alacaklının iflâs (veya ihtiyati haciz) istemesinin zaten bir anlamı yoktur. Fakat sicile kayıtlı gemilerde durum farklıdır. Zira bu tür gemiler, ancak ipotek şeklinde rehnedilebilmektedirler. Hâlbuki ipotekli alacaklı da, aynen gemi alacaklısına iflâs (ve ihtiyati haciz) yoluyla takip imkânlarının tanınmasına neden olan güçlüklerle karşı karşıya bulunmaktadır. Bir başka deyişle, gemi ipoteginin iflâsa (ayrıca ihtiyati hacze) engel teşkil etmesi, İİK m. 45 ve m. 257'de yer alan hükümlerin konuluş nedenine aynı şekilde aykırı düşmektedir¹⁰³. Bununla birlikte, İİK m. 45'de yer alan hükümlerin emredici olmadıkları yönüyle¹⁰⁴, aksi kararlaştırılabilir. Bu durumda alacaklı ile borçlu, ipotek hakkı mevcut olmasına rağmen, iflâs (veya ihtiyati haciz) yollarından yarar-

¹⁰¹ Bkz. ve karşı. **Kender/ Çetingil**, s. 218; aynı yönde bkz. **Budak, Ali Cem**, İpotegın Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2008, s. 41- 42. Aynı neden ihtiyati haciz bakımından da söz konusudur (Bkz. **Çetingil**, s. 7- 8). Benzer ifadelere Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili madde gerekçesinde de rastlanmaktadır (Bkz. Türk Ticaret Kanununun Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası, s. 416; **Çetingil**, s. 7, dn. 4'den naklen). Eski durum için bkz. **Göknil**, s. 105- 106

¹⁰² Bkz. **Budak**, s. 42.

¹⁰³ Bkz. **Kender/ Çetingil**, s. 219- 220.

¹⁰⁴ Söz konusu hükmün emredici olmadığı, tarafların aksini kararlaştırabilecekleri yönünde bkz. **Muşul**, s. 730. İİK m. 45, I hükmünün emredici olup olmadığına ilişkin olarak doktrinadaki tartışmalar için bkz. **Gürdoğan**, s. 14 vd.; **Aşık, İbrahim**, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 134- 139.

lanabileceklerine ilişkin bir şartı sözleşmeye koydurmak suretiyle, Kanundaki mevcut eksikliği giderme imkânına sahiptirler¹⁰⁵.

gg) Genel İflâs Yoluyla Takibe İlişkin Hükümlerin, Niteliğine Aykırı Düşmedikçe Donatma İştirakinin İflâsı Hakkında Da Uygulanması

Genel iflâs yoluyla takipte söz konusu olacak hükümler, niteliğine aykırı düşmedikçe donatma iştirakinin iflâsı hakkında da uygulanır. Bu çerçevede, iflâs davasında yetkili mahkemenin, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesi olduğuna ilişkin İİK m. 154, III hükmü; iflâs davasının, iflâs ödeme emrinin borçluya tebliği tarihinden itibaren bir yıl sonra düşeceğine ilişkin İİK m. 156, IV hükmü, donatma iştirakinin iflâsında da uygulama alanı bulur.

b) Kambiyo Senetlerine Mahsus İflas Yoluyla Takip

Alacağı bir kambiyo senedine bağlı olan alacaklı, borçlu olan donatma iştiraki vadesinde borcunu ödemezse, iflâsa tabi olan donatma iştirakine karşı kambiyo senetlerine mahsus iflâs (veya haciz) yoluna başvurabilir (İİK m. 167, I). Ancak burada öncelikle çözüme kavuşturulması gereken husus, donatma iştirakinin kambiyo senedi (poliçe, bono ve çek) düzenleyip düzenleyemeyeceği hususudur. Bilindiği üzere, TTK m. 582 gereğince, “akit ile borçlanmaya ehil olan kimse, poliçe, çek ve bono ile borçlanmaya da ehildir” şeklinde genel bir hüküm düzenlenmiştir. Bu çerçevede doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, tüzel kişiliği bulunmayan donatma iştiraki (adi şirket ve yapı ortaklığı dâhil) kambiyo taahhüdü yoluyla hakları iktisaba, borçları iltizama ehil değildir ve bunların taraf dahi olmaları mümkün değildir¹⁰⁶. Buna karşılık, bu görüşe göre, donatma iştirakinin idareci ve temsilcileri lehine gerçekleşen kambiyo taahhütlerinden (poliçe, bono ve çek tanzimi), sonuç olarak donatma iştiraki de yararlanacaktır¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Bkz. ve karşı. **Kender/ Çetingil**, s. 220.

¹⁰⁶ Bkz. **Kendigelen, Abuzer**, Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2007, s. 44- 45; **Kınacıoğlu, Naci**, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999, s. 99; **Deryal, Yahya**, Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Trabzon, 2005, s. 463, dn. 3. Konunun adi şirket bakımından görünümü için ayrıca bkz. **Kendigelen**, s. 45, dn. 4 -5.

¹⁰⁷ Bkz. ve karşı. **Kınacıoğlu**, s. 99.

TTK m. 951, II hükmünde, “İştirakin ticaret siciline kaydedilmesi hakkında 155 ve 158 inci maddeler tatbik olunur” şeklinde kollektif şirketlere atıfta bulunulmuştur. Bu hüküm gereğince donatma iştiraki sözleşmesine (karş. kıyasen TTK m. 155, I, 6), “... (donatma iştirakini) temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, bunların yalnız başına mı, yoksa birlikte mi imza koymaya mezun oldukları”nın yazılması¹⁰⁸ zorunludur.

Bu çerçevede, donatma iştirakine gemi müdürünün atanmaması ihtimali düşünülse bile¹⁰⁹; donatma iştiraki sözleşmesinde iştiraki temsil için tek başına imza koymaya mezun olduğu yazılı olan bir müşterek donatan tek başına kambiyo senedi (poliçe, bono ve çek) düzenleyebilecektir. Buna karşılık iştiraki temsile yetkili kimseler birlikte imza koymaya mezun oldukları takdirde, müşterek donatanların tek başlarına kambiyo senedi düzenlemeleri mümkün olmayacaktır.

Ayrıca donatma iştirakine atanan gemi müdürünün, donatanlardan biri adına kambiyo senedi düzenleyip düzenleyemeyeceği önemli bir sorundur. Kanımızca burada şu sonuca varmak mümkündür: TTK m. 955, son fıkra hükmüne göre, “Gemi müdürü ayrıca hususi bir vekâleti haiz olmadıkça, donatma iştiraki veya müşterek donatanlardan her hangi biri namına kambiyo taahhütlerine girmeye yahut ödünç para almaya, gemiyi veya gemi paylarını satmaya, rehnetmeye salahi-yetli değildir”. Görüldüğü gibi bu hükümde, gemi müdürünün özel bir vekâlete sahip olmadıkça, yapamayacağı (kanuni yetkisine dâhil bulunmayan) işlemler saymıştır ki, bunlardan birisi, gemi müdürünün donatanlardan herhangi biri adına kambiyo taahhüdüne girmesidir¹¹⁰. Bu hüküm uyarınca, gemi müdürüne özel bir yetki verilmişse kambiyo senedi düzenleme yetkisine sahip olacak, aksi takdirde,

¹⁰⁸ Ayrıca bkz. ve karşı. TTK Tasarısı, m. 1065 (1): “Donatma iştirakinin yapılmasını izleyen onbeş gün içinde iştirak, ticaret ve gemi sicillerine tescil edilir. (2):“Ticaret ve gemi sicillerine e) İştiraki temsile yetkili kişilerin ad ve soyadları ile bunların yalnız başlarına mı yoksa birlikte mi imza atmaya yetkili oldukları kaydedilir”.

¹⁰⁹ Bkz. ve karşı. yuk. II- 2, b.

¹¹⁰ Konu ile ilgili olarak bkz. **Çağa/ Kender-** C. I, s. 181. Benzer bir hüküm için bkz. TTK Tasarısı, m. 1070 (4): “Gemi müdürü, kendisine özel bir yetki verilmedikçe, iştirak veya paydaş donatanlardan birinin veya birkaçının adına kambiyo taahhüdünde bulunamayacağı veya ödünç para alamayacağı gibi gemi veya gemi payları üzerinde bunları satmak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta da bulunamaz”.

yani gemi müdürüne özel bir yetki verilmemişse, kambiyo senedi düzenleyemeyecektir.

Gemi müdürünün kambiyo senedi düzenleme konusunda yetkilendirilmiş olması halinde ise, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yoluyla takipte gemi müdürünün takip ehliyeti söz konusu olacaktır.

Kaptanın kambiyo senedi düzenleme konusunda konusundaki yetkisine gelince, kaptanın kanuni yetkisine dayanarak, bağlama limanı dışında yapamayacağı işlemlerden birisi de, donatan (ve donatma iştiraki) adına kambiyo taahhüdünde bulunmak ve donatanı sınırsız şekilde sorumlu kılacak muamelelerde bulunamaktır (TTK m. 989). Bu nedenle kaptan, bağlama limanı dışında donatan (ve donatma iştiraki) adına kambiyo taahhüdünde bulunamayacaktır.

2- Doğrudan Doğruya (Takipsiz) İflas

a) Genel Olarak

Takipsiz (doğrudan doğruya) iflâs yolunda borçluya karşı icra dairesi aracılığıyla iflâs takibi yapılmadan ve bir ödeme emri gönderilmeden doğrudan ticaret mahkemesine iflâs davası açılabilir. Buna takipsiz iflâs denir.

Doğrudan doğruya iflâs nedenleri, İİK m. 177- 180 arasındaki hükümlerde belirtilmiştir. Bu başlık altında doğrudan doğruya iflâs hallerinin tümüne ayrıntılı olarak girilmeyecek, sadece donatma iştirakinin iflâsı bakımından önem arz edebilecek durumlar üzerinde durulacaktır.

b) Alacaklının ve Borçlunun Talebi ile Doğrudan Doğruya İflas

aa) Alacaklının Talebi ile Doğrudan Doğruya İflas

Alacaklının talebi ile doğrudan doğruya iflâs halleri İİK m. 177’de sayılmıştır. Bu hallere, donatma iştiraki çerçevesinde bakarsak şu sonuçlara varmak mümkündür:

Her şeyden önce borçlunun yerleşim yerinin belli olmamasına (İİK m. 177, b. 1) ilişkin iflâs nedeni, niteliği gereği gerçek kişiler için geçerli olduğundan¹¹¹, donatma iştiraki için bu doğrudan iflâs nedeni söz konusu olmaz. Ayrıca donatma iştirakinin niteliği İİK m. 179'da düzenlenen sermaye şirketleri veya kooperatiflerin pasiflerinin aktiflerinden fazla olması da aynı şekilde donatma iştirakinin doğrudan iflâsı bakımından doğrudan iflâs nedeni değildir. Bu iki iflâs nedeninin dışındaki diğer durumlar¹¹², kanımızca donatma iştirakinin iflâsında da uygulama alanı bulur.

bb) Borçlunun Talebi ile Doğrudan Doğruya İflas

İflâsa tabi bir borçlunun kendi iflâsını istemesini iflâs istemenin zorunlu ve ihtiyari olduğu haller olmak üzere iki kısımda incelemek gerekir.

- İcra ve İflâs Kanunu m. 178, III hükmüne göre, “İflâsa tabi bir borçlu aleyhine alacaklılardan birinin haciz yolu ile takibi neticesinde yapılan haciz borçlunun yarı mevcudunun elinden çıkmasına sebep olup da kalanı muaccel ve vâdesi bir sene içinde hülûl edecek diğer borçlarını ödemeye yetiştirmiyorsa borçlu derhal acizini bildirerek iflâsını istemeye mecburdur”. Kanımızca, borçlunun zorunlu iflâs talebini düzenleyen bu doğrudan iflâs sebebi, donatma iştirakinin iflâsında da uygulama alanı bulacaktır.

- İcra ve İflâs Kanunu m. 178, I hükmüne göre, iflâsa tabi bir borçlu, aciz halinde bulunduğunu (yani borçlarını ödeyemez hale geldiğini) bildirerek yetkili ticaret mahkemesinden kendi iflâsını isteyebilir. Borçlu, bu halde bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren mal beyanını iflâs talebine eklemek zorundadır. Bu belge mahkemeye ibraz edilmedikçe iflâsa karar verilemez.

¹¹¹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 490; Tercan/ Tercan, s. 188. Ayrıca donatma iştirakinin tüzel kişiliğinin bulunmadığına ilişkin olarak bkz. yuk. II- 2, a.

¹¹² Bu durumlar; borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçması, borçlunun alacaklıların haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması veya bunlara teşebbüs etmesi, haciz yoluyla yapılan takip sırasında mallarını saklaması (bkz. İİK m. 177, b. 1), borçlunun ödemelerini tatil etmiş olması (İİK m. 177, b. 2), borçlunun teklif ettiği konkordato mühletinin kaldırılması durumunda konkordatonun tasdik olunmaması veya konkordatonun tamamen feshedilmesi (İİK m. 177, b. 3), ilama bağlı alacağın icra emriyle istenmesine rağmen ödenmemesi (İİK m. 177, b. 4)'dir.

Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu m. 178, II'ye göre, “İflâs talebi 166 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki usulle ilân edilir. Alacaklılar iflâs talebinin ilânından itibaren onbeş gün içinde davaya müdahale veya itiraz ederek, borçlunun iflâs talebini, hakkındaki takipleri ertelemek ve borçlarını ödemeyi geciktirmek için yaptığını ileri sürerek mahkemeden talebin reddini isteyebilirler”. Borçlunun ihtiyari iflâs talebine ilişkin söz konusu bu hükümler, kanımızca donatma iştirakinin iflâsında da uygulanır¹¹³.

Burada bir başka sorun, gemi müdürünün donatma iştirakinin doğrudan iflâsını isteyip isteyemeyeceği hususunda ortaya çıkabilir. Kanımızca donatma iştirakinin doğrudan iflâsını istemek, gemi müdürünün özel bir vekâlete sahip olmadıkça yapamayacağı işlemlerden (TTK m. 955, IV) birisi olarak kabul edilebilir¹¹⁴.

3) Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Durum

Yukarıda da belirtildiği üzere, TTK Tasarısında takip yolları rehinli alacakların takibi (TTK Tasarısı m. 1377, 1380- 1381), iflâs yoluyla takip (TTK Tasarısı m. 1378) ve diğer takip yolları (TTK Tasarısı m. 1379) olmak üzere üç tür olarak düzenlenmiştir. Diğer takip yolları ile, haciz yoluyla ve kambiyo senetleri hakkındaki özel usullere göre takip kastedilmektedir. Fakat bu durumda, kanuni rehin hakkına sahip alacakların bu haklarından feragat etmiş oldukları kabul edilmektedir¹¹⁵. Buna karşılık, iflâs yoluyla takipte rehin hakları etkilenmez. Gemi üzerinde akdi veya kanuni rehin hakkı bulunsa dahi, iflâs yoluyla takip yapılabilir¹¹⁶.

¹¹³ Bununla birlikte, Alman Hukukunda donatma iştirakinin ödeme güçsüzlüğü (aciz hali) içine düşmesi halinde, kendi iflâsını istemesi açıkça düzenlenmiştir (InsO § 18, f. 1). Konu ile ilgili olarak bkz. **Bote-** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, s. 1734, Rdn. 10; **Rabe**, s. 190, Rdn. 21.

¹¹⁴ Kaptan açısından da benzer şekilde düşünülebilir.

¹¹⁵ Bkz. TTK Tasarısı, m. 1379 (1): “Gemi üzerinde kanuni bir rehin hakkına sahip olan alacaklılar, haciz yolu ile veya kambiyo senetleri hakkındaki özel usullere göre takip yapabilirler; bu takdirde kanunî rehin hakkından feragat etmiş olurlar”.

¹¹⁶ Bkz. **Kender/ Çetingil**, s. 241; ayrıca bkz. yuk. V- 1, a- ff.

VI- MÜŞTEREK DONATANLARIN İFLASI

1- Tacir Sifatını Haiz Olan Müşterek Donatanların İflası

Donatma iştiraki ortağı olması dışında, müşterek donatan, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmesi nedeniyle tacir sıfatına sahip ise (TTK m. 14, I), bu müşterek donatanların bu sıfatları dolayısıyla iflâsa tabi olacakları kuşkusuzdur. Bu sonucu ayrıca TTK m. 967, II hükmünden çıkarmak mümkündür¹¹⁷. Bu hükme göre, “*Müşterek donatanlardan birinin ölümü veya iflası, donatma iştirakinin infisahını mucip olmaz*”¹¹⁸. Zira müşterek donatanlar tacir sıfatına sahip iseler, elbette iflâsa tabi olmaları ve iflâs yoluyla takip edilebilmeleri mümkün olacaktır.

Bu nedenle, müşterek donatanlardan birinin iflâsı, donatma iştirakinin sona ermesine yol açmaz (TTK m. 967, II). Bu durumda, iflâs idaresinin müflis müşterek donatan yerine mi geçeceği, yoksa müflis müşterek donatanın iştirak payına düşen haklarının karşılığı olan bedelin iflâs masasına mı yatırılacağı açık değildir.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, iflâsın açılmasıyla müflis müşterek donatan, iştirak payını idare ve bunun üzerindeki tasarruf yetkisini kaybedeceğinden, onun yerini iflâs masası alır. İştirak payının paraya çevrilmesinden sonra bunu

¹¹⁷ Bkz. **Can-** Tacir Sıfatı, s. 928. Ayrıca karş. TTK Tasarısı, m. 1085 (1): “Paydaş donatanlardan birinin ölümü veya iflâsı, donatma iştirakinin sona ermesine sebep olmaz”. Alman Hukukunda, donatma iştirakinin infisahına yol açan iki neden söz konusudur. Bunlardan ilki, müşterek donatanların kararı, ikincisi ise geminin satılmasıdır (Ayrıntı için bkz. **Bote-** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, s. 1743, Rdn. 2- 3; **Ott-** Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 207, Rdn. 63). Buna karşılık Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 505, f. 2’ye göre, müşterek donatanlardan birinin iflâsı, donatma iştirakinin iflâsını gerektirmez. Geniş bilgi için bkz. **Rabe**, s. 222, Rdn. 4 vd.

¹¹⁸ Buna karşılık, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, iflâsa da tabi değildir. Ancak ortaklardan tacir sıfatına sahip olanlar, iflâs ettirilebilir. Bu şekilde ortaklardan birinin iflâsı aynı zamanda adi ortaklığın da sona ermesine neden olur (BK. m. 535, I, b. 3). (Konu ile ilgili olarak bkz. **Şener**, s. 178). Alman Hukukunda da, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 728’de aynı düzenleme mevcuttur (Konu ile ilgili olarak bkz. **Gross, Detlev G.**, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 (Gummert, Hans/ Rieger, Bodo/ Weipert, Lutz), München 2004, s. 789, Rdn. 106). Donatma iştirakine son vermeyen diğer durumlar ise, müşterek donatanların iştiraktan çıkması veya çıkarılması ile müşterek donatanlardan birinin ölümüdür. Geniş bilgi için bkz. **Can-** Tacir Sıfatı, s. 922- 925; **Can-** Deniz Ticareti, s. 178- 181; **Çağa/ Kender-** C. I, s. 182.

temlik alan, müflisin yerine donatma iştirakine girer¹¹⁹. Buna karşılık olması gereken hukuk bakımından ileri sürülen görüşe göre, amaca en uygun çözüm tarzı, müflis müşterek donatanın payının, müşterek donatının iflâs masasına yatırılarak, onun donatma iştirakinden çıkarılması olmalıdır. Zira bu görüşe göre, her ne kadar, TTK m. 967, III’de “*müşterek donatanlardan hiçbirinin iştirakten çıkarılmayacağı*” öngörülse de¹²⁰, kanun koyucunun amacı, müşterek donatanlardan birinin iflâsı halinde dahi iştirakin devamının sağlanmasıdır. Bu nedenle de, müflis donatanın iflâsı halinde, bu donatanın donatma iştirakinden çıkarılmasının mümkün olması gerekir¹²¹.

2- Donatma İştiraki Ortaklığı Dışında Bir Ticari Faaliyeti Olmayan Müşterek Donatanların İflası

Müşterek donatan veya donatanların, bir ticari işletmeyi işlettikleri takdirde iflâsa tabi olmalarında kuşku olmamasına rağmen¹²², donatma iştiraki dışında bir ticari faaliyeti olmayan müşterek donatanların iflâs yoluyla takip edilip edilmeyecekleri önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, donatma iştirakinin malvarlığı hakkında iflâsın açılmasının, donatma iştirakini sona erdireceğini düzenleyen TTK m. 968, V hükmü, bu yolun donatma iştiraki dışında bir ticari faaliyeti olmayan müşterek donatanlara kapatılmış olduğu izlenimini vermektedir. Ancak söz konusu hüküm, Kanunda donatan hakkında öngörülmüş bulunan sınırlı ayni sorumluluk esasına dikkate alınarak düzenlenmiştir. Zira Türk Ticaret Kanunu’ndaki hükümler gereğince, ge-

¹¹⁹ **Çağa/ Kender-** C. I, s. 182. Nitekim donatma iştiraki menşei ve düzenleniş şekli itibarıyla bir kapital topluluğu olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle adi ortaklık ve kolektif şirket gibi kişi topluluklarından farklı olarak, müşterek donatanların değişmesi veya onların şahsıyla ilgili olayların donatma iştirakine etki etmeyecekleri öngörülmüştür (**Çağa/ Kender-** C. I, s. 182). Ayrıca benzer bir görüşe göre, donatma iştiraki daha ziyade sermaye şirketleri hakkındaki ilke ve esaslara tabi kılındığı için, iştirakin varlığı bakımından müşterek donatanların şahsi özelliklerine nazaran onların payları daha önemlidir. İşte bu yüzden müşterek donatanların değişmesinin (örneğin müşterek donatanların iflâsının) donatma iştirakinin devamına etkide bulunmayacağı Kanun’da öngörülmüş olmaktadır (**Can-** Tacir Sıfatı, s. 922).

¹²⁰ Aynı düzenleme TTK Tasarısında da muhafaza edilmiştir. Bkz. Tasarı, m. 1078 (2) : “Paydaş donatanlardan hiçbiri iştirakten çıkarılmaz”.

¹²¹ **Can-** Tacir Sıfatı, s. 922.

¹²² Bkz. yuk. VI- 1.

minin işletilmesinden doğan alacakları dolayısıyla alacaklıların istisnai haller dışında, donatan veya donatma iştirakine ortak olan müşterek donatanların kara servetine¹²³ başvurma imkânları yoktur. Bu nedenle Kanunda, donatan hakkında açık olarak öngörülme bile, geminin işletilmesinden doğan alacaklar dolayısıyla hem donatan hakkında, hem de müşterek donatanlar hakkında iflâs kararının verilmesi yolu çoğu zaman kapalıdır. Ancak bunun her zaman kapalı olduğunu söylemek güçtür. Zira hem donatanın hem de müşterek donatanların geminin işletilmesinden doğan alacaklar bakımından sınırsız şahsi sorumluluklarının bulunmaları halinde, onların bütün malvarlıklarına müracaat mümkündür¹²⁴. İşte sözü edilen bu nedenlerle, bu ihtimalde müşterek donatanların iflâslarının talep edilmesinin mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre¹²⁵, TTK m. 14, I karşısında, müşterek donatanların sırf bu sıfatları dolayısıyla tacir sayılmayacakları söylenemez. Hatta bu görüşte olan yazarlardan *Can*¹²⁶, aksinin kabulünün eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağı¹²⁷, bu nedenle müşterek donatanların, iştirak işlerinden doğmayan diğer

¹²³ Kara servetine ilişkin olarak bkz. yuk. III- 3, a, aa.

¹²⁴ *Can*- Tacir Sıfatı, s. 929.

¹²⁵ *Domaniç*- Şerh, s. 121; aynı yönde *Can*- Tacir Sıfatı, s. 929. Gerçekten doktrinde *Domaniç*, donatma iştirakini tacirlere ilişkin hükümlere tabi tutan TTK m. 19 hükmünden, ortaklarının (müşterek donatanların) tacir olduklarının doğrudan doğruya ifade edilmediğini belirtmekte ve şu hususları zikretmektedir: “Fakat maddeden başka mana çıkarmaya ne imkân, ne de lüzum vardır. Donatma iştiraki bir ticari işletmedir ve ortakları da bu ticari işletmeyi kısmen kendi adlarına işletmektedirler ve bu sebeple de TTK m. 14, I’in şümulüne girmekte ve tacir bulunmaktadır” (*Domaniç*- Şerh, s. 121). Nitekim bu konuda doktrinde *Domaniç/ Ulusoy* şu hususları belirtmektedir: “... donatma iştiraki ortaklarının tacir sıfatına sahip olamayacağı görüşü, TTK m. 12, b. 10 kuralı karşısında mümkün değildir. Çünkü bir kişi tek başına sahip olduğu bir gemiyi TTK m. 12, b. 10 şartlarına göre işlettiği için tacir sıfatını kazandıktan sonra, kendisine bir ortak alarak donatma iştiraki kurması durumunda tacir sıfatını kaybedeceğini ileri sürmek abesle iştirak olacaktır” (*Domaniç/ Ulusoy*, s. 207). Benzer şekilde, bir başka görüşe göre, donatma iştirakine tüzel kişilik tanınmasa bile, iştirakçilere (yani müşterek donatanlara) tacir sıfatı vermekten kaçınılamayacağı da belirtilmektedir. Zira bu müessesenin ticari işletme niteliği açıktır. Bu işletmeyi iştirakçiler birlikte yönetir (*Toksal*, s. 194). Gerçekten TTK m. 12, b. 10’a göre, deniz, nehir ve göllerde nakliyecilik ticarethane sayılır ve sahipleri de tacirdir.

¹²⁶ *Can*- Tacir Sıfatı, s. 929.

¹²⁷ Bir başka deyişle, ticari işletmeye vücut verecek surette bir gemiyi deniz ticaretinde kullanan kişilerin donatma iştiraki ortağı olmaları nedeniyle tacir sayılmalarına karşılık, bir gemiyi tek ba-

borçları dolayısıyla da, iflâslarının talep edilebileceği sonucuna varmaktadır. Doktrinde *Okay* ise, soruna tüzel kişilik çerçevesinde yaklaşmaktadır. Zira donatma iştirakine tüzel kişilik tanınmadığı takdirde, müşterek donatanların münferit olarak iflâsa tabi tutulabileceği sonucuna varılabilir¹²⁸.

Kanımızca, TTK m. 19'da tacirlere ait hükümlerin donatma iştiraki hakkında uygulanacağı belirtilmesine rağmen, müşterek donatanlar için bu hükümlerin uygulanacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca iflâs kararının sadece donatma iştiraki hakkında verilebileceğinin gerekçesini teşkil eden TTK m. 968, V (son) hükmünde müşterek donatanların da iflâsa tabi olduğu hakkında bir ifadeye rastlanmamaktadır. Kaldı ki, iflâsa tabi kişilerin hukukumuzda sayılmış olması gerekeceği açıktır. Oysa müşterek donatanların iflâsa tabi olduğuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla bunlar hakkında kendileri ayrıca iflâsa tabi olmadıkça¹²⁹, sırf müşterek donatan olmaları nedeniyle iflâsa tabi olduklarını söylemek kanımızca isabetli değildir.

VII- İFLASIN HUKUKİ SONUÇLARI VE TASFİYE

1- İflasın Hukuki Sonuçları

İcra ve iflâs hukukumuzda iflâsın sonuçları, borçlu (müflis) bakımından, alacaklı bakımından ve kamu hukuku bakımından sonuçları olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. Donatma iştirakinin iflâsı bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde İcra ve İflâs Kanunu'ndaki bu sonuçlar aynen geçerli olacaktır¹³⁰. Buna karşılık, Türk Ticaret Kanunu'nda da donatma iştirakinin iflâsının sonuçları hakkında bazı hükümler öngörülmüştür. Bunlardan en önemlisi TTK m. 968, f. 5 hükmüdür. Söz konusu hükme göre, donatma iştirakinin malvarlığı hakkında iflâ-

şına deniz ticaretinde kullanan donatan veya donatan gibi sorumlu olan kişilerin (TTK m. 946, I) tacir sayılması eşitlik ilkesine aykırı çelişkili bir durum yaratır (**Can-** Tacir Sıfatı, s. 909- 910).

128 **Okay**, s. 259.

129 Bkz. aşa. VI.

130 Karş. **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 447 vd; **Muşul**, s. 1122 vd.; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 505 vd.; **Üstündağ-** İflas, s. 74 vd.

sın açılması, donatma iştirakini sona erdirir¹³¹. Çünkü şirket ilişkisinin hukuki işlem yapma ve girişimde bulunma yetkisi ortadan kalkar¹³². Bu hükümden hareketle, kanun koyucunun iştirak borçlarından dolayı iflâs yoluyla takibe izin verdiği, ancak iflâs kararının donatma iştiraki hakkında verileceğini öngörerek, kararın müşterek donatanlar hakkında verilmesinin önünü kapattığı sonucuna varılmaktadır¹³³.

2- Tasfiye

Öncelikle belirtilmelidir ki, yukarıda belirtilen iflâs yollarından geçerek donatma iştiraki hakkında iflâsın açılmasından itibaren iflâs tasfiyesinin nasıl yapılacağına belirtilmesinde yarar vardır.

Borçlu olan donatma iştiraki hakkında verilen iflâs kararı, ticaret mahkemesi tarafından iflâs dairesine bildirilir. İflâs dairesi bunun üzerine derhal iflâs kararını ilan eder ve gerekli yerlere bildirir (İİK m. 166, II). İflâs dairesi bir taraftan iflâs kararını ilan ederken ve gerekli yerlere bildirirken, diğer taraftan hemen müflisin mallarının defterini tutmaya ve malların muhafazası için gerekli muhafaza tedbirlerini almaya başlar (İİK m. 208, I). İflâsın tasfiyesine iflâs idaresi başlar. Bununla birlikte iflâsın tasfiyesine devam etmek ve tasfiyeyi yapıp bitirmek görevi, iflâs idaresine ve alacaklılar toplanmalarına aittir. İflâsın tasfiyesinin aşamaları ise; masanın teşkili (İİK m. 208- 220), masanın idaresi (İİK m. 221- 240), masa mallarının paraya çevrilmesi (İİK m. 241- 246) ve paraların paylaşılması (İİK m. 247 253) olmak üzere dört başlık altında incelenebilir. Burada ayrıntılı olarak bu aşamalara

¹³¹ Konu ile ilgili olarak bkz. **Çağa/ Kender-** C. I, s. 182. Buna karşılık Alman hukukunda, 5. 10. 1994 tarihli İflâs ile İlgili Düzenlemenin Yürürlüğü Hakkındaki Kanun (*Einführungsgesetz von Insolvenzordnung*)'un 40. maddesi ile Alman Ticaret Kanunu'na eklenen 506a maddesindeki (HGB § 506a) düzenlemede, iflâs yoluyla sona eren iştirakin devamını kararlaştırılabilmesi öngörülmüştür (Bkz. **Rabe**, s. 190, Rdn. 21; **Can-** Tacir Sıfatı, s. 928, dn. 40). Hukukumuzda ise, benzer bir imkân yoktur. Bir başka deyişle, donatma iştiraki hakkında iflâsın açılması, donatma iştirakini sona erdiren kesin bir nedendir. Ayrıca söz konusu bu Kanunla, donatma iştirakinin durumu kolektif şirket ile adi şirketin hukuki durumuna uygun hale getirilmiştir (**Rabe**, s. 190, Rdn. 21).

¹³² **İzveren/ Franko/ Çalık**, s. 126

¹³³ Bkz. **Can-** Tacir Sıfatı, s. 928.

değinilmeyecektir¹³⁴. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen bu aşamalar donatma iştirakinin iflâsında da uygulanacaktır. Buna karşılık burada donatma iştirakinin iflâsında tasfiyeye ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken bazı hususlar üzerinde durmakta yarar vardır.

a) Donatma iştirakinin iflâsında masa mallarının defteri tutulduktan sonra, defteri tutulan malların bedeli adi tasfiye masraflarını karşılayacak durumda ise, adi tasfiye usulüne gidilir (İİK m. 219). İlanda yer alacak kayıtlar bakımından, müflisin kimliği önem arz eder. Zira ilanda müflisin donatma iştiraki olduğu ve ticaret unvanının mutlaka ilanda yazılması gerekir¹³⁵.

b) Donatma iştirakinin iflâsında iflâs masasına nelerin gireceği de önemli bir husustur. Donatma iştirakinin konusu olan ve müşterek donatanların müşterek mülkiyetinde bulunan gemi¹³⁶ ve teferruatı¹³⁷ donatma iştirakinin iflâs masasını

¹³⁴ İflasın tasfiyesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, El Kitabı, 1077 vd.; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 544 vd.; **Muşul**, s. 1169 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 480 vd.; **Erdönmez, Güray**, İflâsta Alacaklılar Toplanması'nın Yetkileri, B. 1, İstanbul Aralık 2005, s. 17 vd.; **Deli-duman, Seyithan**, İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Ankara 2002, s. 25 vd.

¹³⁵ Karş. **Üstündağ**- İflas, s. 139, dn. 120.

¹³⁶ *Gemi*, TTK m. 886'da tanımlanmıştır. Bu hükme göre, "Tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması denizde hareket etmesi imkânına bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekne gemi sayılır". Bu çerçevede TTK bakımından gemiden söz edebilmek için, a) Suyun altında veya üstünde yüzme yeteneği bulunan bir teknenin bulunması, b) Teknenin denizde serbestçe hareket kabiliyetini haiz ve böyle bir amaca tahsis edilmesi gerekir. Dolayısıyla bu şartlar bulunmayan tekneler (örneğin yüzen, fakat sabit deniz hamamları, köprü dubaları, sabit otel gemileri, yüzen doklar, şamandıralar) gemi sayılmaz (**Çağa/ Kender**- C. I, s. 46; ayrıca bkz. **Kender/ Çetingil**, s. 33 vd.). Gemi hakkında ayrıca bkz. **Kalpsüz**, s. 77- 78. Karş TTK Tasarısı, m. 931 (1): "Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından "gemi" sayılır. (2) Suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın "ticaret gemisi" sayılır.". TTK Tasarısı bakımından gemi ve unsurları hakkında ayrıca bkz. **Atamer**, s. 138- 142.

¹³⁷ *Teferruat (eklenti)*, denizcilik örfüne ve gemi malikinin açık arzusuna göre, geminin işletilmesi veya muhafazası veya gemiden istifade olunması için daimi bir tarzda tahsis olunan ve kullanımda gemiye tabi kılınan ve takılan veya gemi ile birleştirilen eşyadır (MK m. 686). Örneğin demir, gemi filikaları, gemiyi sevk ve idare aletleri, deniz haritaları, balıkçı gemilerinde ağlar, teferruat (eklenti) sayılır (**Çağa/ Kender**- C. I, s. 48). Geminin teferruatı ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Kalpsüz**, s. 85- 87.

oluşturur¹³⁸. Dolayısıyla gemi sayılmayan tekneler¹³⁹, iflâs masasına girmeyecektir.

Devlet gemilerinin iflâs masasına girip girmeyecekleri sorununa gelince; öncelikle belirtmek gerekir ki, İcra ve İflâs Kanunu m. 82, I hükmünde, genel kural olarak, devlet mallarının haczedilemeyeceği¹⁴⁰ öngörülmüştür. Buna karşılık, devlet gemileri İİK anlamında devlet malı sayılmaz. Zira TTK m. 816, II hükmünde ticaret gemisinin tanımı yapılırken “kimin tarafından ve kimin nam ve hesabına kullanılırsa kullanılsın” denilmek suretiyle, İİK m. 82’deki devlet malları ibaresi, TTK’daki hükümlerle daraltılmış olmaktadır. Türk Ticaret Kanunu’nun uygulanması bakımından devlet ticaret gemileri ile özel kişilere ait ticaret gemileri arasında bir fark gözetilmemiştir¹⁴¹. Buradan hareketle, genel kuraldan (İİK m. 82, I) farklı olarak, devlet gemilerinin iflâs masasına girmesine yasal bir engel bulunmadığı sonucuna varılabilir.

İflâs masasında birden fazla gemi bulunuyorsa, her birinin paraya çevrilmesinden sonra ayrı ayrı sıra cetvelleri düzenlenecektir. İflâs eden malikin kalan malvarlığı ise İcra ve İflâs Kanunu’nun genel hükümlerine göre iflâs paylaşılmasına tabi olacaktır¹⁴².

c) Yola hazır gemi haczedilemez¹⁴³. Ayrıca yabancı devletin karasularından geçen gemiler eğer bu geçişleri zararsız nitelikte ise, haciz muafiyetine sahiptir¹⁴⁴.

¹³⁸ Bkz. **Kuru**- İflâs ve Konkordato, s. 32-33; aynı yönde bkz. **Arkan**, s. 124.

¹³⁹ Tekne, içi boş ve suyun altında veya üstünde yüzmeye yeteneği bulunan cisimdir (**Tekil**, s. 67). Bu anlamda bir sal, tekne olmadığı için gemi sayılmaz (**Kender/ Çetingil**, s. 33; **Tekil**, s. 67). Deniz ticaret hukukunda “tekne” terimi hakkında ayrıca bkz. **Mandaraka-Sheppard, Aleka**, Modern Admiralty Law, 1th Ed., London-Sydney 2001, s. 534.

¹⁴⁰ Geniş bilgi için bkz. **Kuru, Baki**, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, AÜHFD, 1965/ 1- 4, s. 277 vd.; **Yılmaz, Ejder**, Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 601 vd.; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 266- 267.

¹⁴¹ Bkz. **Kender/ Çetingil**, s. 235- 236.

¹⁴² **Atamer**, s. 408.

¹⁴³ **Kalpsüz**, s. 146- 147; **Kender/ Çetingil**, s. 230.

¹⁴⁴ **Kender/ Çetingil**, s. 230

Haczedilemeyen mal ve haklarla ilgili hükümler, aynı zamanda iflâsta da söz konusudur¹⁴⁵. Zira İcra ve İflâs Kanunu m. 184'e göre, müflisin haczi caiz olmayan malları iflâs masasına girmez. Bu nedenle, yola hazır gemiler ile yabancı devletin karasularından geçen, geçişleri zararsız nitelikte olan gemiler de iflâs masasına girmeyecektir.

d) İflâs masası (iflâs idaresi), masa mevcudunun donatma iştirakinden alacaklı olan bütün alacaklılara yetmemesi halinde, şahsen sorumlu olan (TTK m. 969) müşterek donatanlardan sorumlu oldukları miktarı isteyebilir¹⁴⁶. Burada kanımızca, kollektif şirket ve ortaklarının iflâsına ilişkin hükümlere benzer bir durum söz konusudur. Zira nasıl ki, kollektif şirket alacaklıları şirket masasından alamadıkları alacaklarını müflis ortağın masasından isteyebilirlerse, burada da, donatma iştirakinden alınamayan alacak kısmı için müşterek donatanlara başvurulabilecektir. Ancak bunun için elbette, müşterek donatanların şahsen sorumlu olmaları gerekir. Bu durumda ise müşterek donatanların sorumluluğu iştirak payları oranında olacaktır (TTK m. 969, I). Bununla birlikte kollektif şirketlerle donatma iştiraki arasında sorumluluk bakımından önemli bir fark vardır. Zira, donatma iştirakinde müşterek donatanlar, donatma iştirakinin borçlarından müteselsil sorumlu olmamalarına karşılık, kollektif şirketlerde ortaklar, kollektif şirketin borçlarından müteselsilen sorumludur¹⁴⁷.

e) Hukukumuzda borçlunun iflâsı halinde alacaklıların tabi olacağı sıra, İİK m. 206 uyarınca hazırlanacak sıra cetveliyle belirlenir. Tatbikat Kanunu m. 42 (p) gereğince, İcra ve İflâs Kanunu m. 206, III'e yeni bir cümle eklenmiştir. Söz konusu hükmün 1. cümlesinde ise "Alacakları gemi ipoteği ile temin edilmiş olan alacaklılarla gemi alacakları hakkında Türk Ticaret Kanununun bu cihetlere ait hü-

¹⁴⁵ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 265.

¹⁴⁶ **Kuru-** İflâs ve Konkordato, s. 32- 33. Bkz. TTK m. 969, I: "Müşterek donatanlar, bu sıfatla, şahsen mes'ul oldukları hallerde, üçüncü şahıslara karşı ancak sahip buldukları iştirak payları nispetinde mesuldürler". TTK Tasarısının 1080 (1) hükmüne göre ise "Deniz alacaklarından sorumluluğun sınırlandırılmasıyla ilgili hükümler saklı kalmak üzere, paydaş donatanlar, iştirakin borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı iştirak payları oranında şahsen sorumludurlar".

¹⁴⁷ Bkz. **Ott-** Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, s. 207, Rdn. 63.

kümleri tatbik olunur” denilerek, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir¹⁴⁸.

TTK Tasarısındaki düzenlemeye gelince, borçlunun iflâsı halinde sıra cetveline ilişkin olarak İİK m. 206 hükmü uygulanır. Ancak İİK m. 206, çeşitli kanunlardan kaynaklanan gemilerle ilgili talep haklarının sıralanmasında yetersiz kaldığında, 1956’da yapılan bir değişiklikle İİK m. 206, III, c. 2 eklenmiş ve gemi alacakları ile gemi rehinleri bakımından TTK hükümlerine atıf yapılmıştır. Ancak bu atıf, diğer öncelikli alacaklarla ilgili düzenleme getirmediğinden ve öncelik sorununu çeşitli kanunlar arasında paylaştığından, amaçlanan çözümü sağlayamamıştır. Bu gerekçeyle, gemilerin cebri icra yoluyla satışında hazırlanacak sıra cetveli hakkında ayrı bir yasal düzenlemeye gidilmesi gerektiği belirtiliyordu. Bu nedenle TTK Tasarısında, sıra cetveline ilişkin kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. Bu çerçevede, öncelikle TTK Tasarısı m. 1389’da sıra cetveline ilişkin ilkeler saptanmış, daha sonra ise Tasarı m. 1390- 1397 hükümlerinde 8 sıra halinde alacaklar sınıflandırılmıştır. İİK m. 140, I’ın sözünden esinlenerek kaleme alınan TTK Tasarısı m. 1389, I’e göre, geminin cebri icra satışında elde edilen hâsılat, bütün alacakları karşılamaya yetmezse, icra dairesi, alacakların bir sıra cetvelini yapar. Alacaklar bu cetvelde TTK Tasarısı m. 1390- 1397’de öngörülen sıra içinde kaydedilir. Bu hükümlerin uygulanmasında geminin bayrağı ve bir sicile kayıtlı olup olmadığı önem taşımaz. Her gemi bakımından sıra cetveli hükümleri esas alınır. Bu çerçevede gemiyi satışa götüren takip yolu da fark etmez. Yani, iflâs yoluyla takip dâhil, tüm takiplerde TTK Tasarısının sıra cetveline ilişkin hükümleri uygulanır¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Konu ile ilgili olarak bkz. **Atamer**, s. 37.

¹⁴⁹ **Atamer**, s. 397. Alacaklıların sıra cetvelindeki sırası TTK Tasarısında (m. 1390- 1397) şu şekilde düzenlenmiştir:

- 1- Cebri icra giderleri (1. sıra),
- 2- Enkaz kaldırmaya ilişkin kamusal alacaklar (2. sıra),
- 3- Gemi alacakları (3. sıra; Gemi alacaklarının da kendi aralarında dereceleri, Tasarı m. 1320, I’de öngörülen sıraya göre oluşturulur: a) Gemi adamı alacakları (3. derece), b) Kişi zararı alacakları (2. derece), c) Kurtarma ücreti (3. derece), d) Seyrüsefer resimleri (4. derece), e) Haksız fiile dayanan eşya zararı alacakları (5. derece),
- 4- Tersaneci alacakları,
- 5- Gemiden alınacak vergiler,

f) İflâs takiplerinde iflâs masasına karşı ileri sürülecek istihkak iddiaları ve davaları¹⁵⁰ hakkında da İİK m. 212 ve 228 hükümleri uygulama alanı bulur¹⁵¹.

VIII. SONUÇ

Donatma iştiraki, birden fazla kişinin müşterek mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi aralarında yapmış oldukları sözleşme uyarınca tümünün adına ve hesabına deniz ticaretinde kullanmaları durumunda söz konusu olan, deniz ticaretine özgü bir şirket tipidir (TTK m. 951/1).

Donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmamasına karşılık, birçok yönden tüzel kişiliğe yaklaştırılmıştır. Ayrıca donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmaması nedeniyle taraf ehliyetinin de bulunmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, donatma iştirakine hem aktif hem de pasif taraf ehliyetinin tanındığının kabulü gerekir.

Hukukumuzda donatma iştiraki tacir olmadıkları halde TTK gereğince tacirler hakkındaki hükümlere tabi olanlar kategorisine girmektedir. Bu çerçevede, Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinde tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştiraki hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmış, Türk Ticaret Kanunu'nun 968. maddesinin 5. fıkrasında da donatma iştirakinin iflâsa tabi olduğu tereddüde yer veremeyecek şekilde ifade edilmiştir.

İflâs ve iflâs prosedürü bakımından ise İcra ve İflâs Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun konuya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Ayrıca TTK Tasarısı'nın konuyla ilgili hükümlerinin önemli düzenlemeler getirdiği belirtilebilir.

Mevcut düzenlemelere bakıldığında, donatma iştirakinin iflâsıyla ilgili hükümlerin yeterli olduğu söylenemez. Bu nedenle TTK Tasarısında iflâs prosedürü, örneğin sıra cetveli gibi bazı konularda düzenleme yapılması yerinde olmuştur. Buna karşılık, TTK Tasarısında, hangi konularda İcra ve İflâs Kanununun iflâsa ilişkin

6- Rehinli alacaklar,

7- Kalan deniz alacakları,

8- Diğer alacaklar (Geniş bilgi için bkz. **Atamer**, s. 399 vd).

¹⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. **Görgün, Şanal**, İflasta İstihkak Davası, Ankara 1977.

¹⁵¹ **Çağa/ Kender**- C. III, s. 159.

hükümlerinin uygulanacağına veya uygulanmayacağına ilişkin olarak açık düzenlemelerin yapılması gerekir.

AZERBAJYCAN HUKUKUNDA MARKA HAKKININ KORUNMASI

*Dr. Mübariz YOLÇIYEV**

GİRİŞ

Marka, en geniş anlamı ile bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işaret olarak tanımlanabilir. Markanın hukuk sistemi içerisindeki yerine baktığımızda Marka Hukuku başlığı altında, “fikri mülkiyet” kavramının yer aldığı görülmektedir. İngilizce “intellectual property” terimi için Türkçede kimi zaman “fikri mülkiyet”, “fikri ve sınaî mülkiyet”, kimi zaman da “fikri, sınaî ve ticari mülkiyet” terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Her üç kavram da “fikir ve sanat eserlerini”, “patentleri”, “markaları”, “faydalı modelleri”, “endüstriyel tasarımları”, “coğrafi işaretleri” ve bu unsurlar üzerindeki “fikri mülkiyet haklarını” kapsamaktadır. “Fikri mülkiyet hakları” da kendi içinde “fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar” ve “fikri ve sınaî haklar” olarak ayrılmaktadır¹.

“Fikri ve sınaî haklar” içinde yer alan “sınaî haklar”, daha ziyade başlangıçta ve ortaya çıkmasını takiben bir müteşebbis faaliyetle ilgili olan fikri çaba ürünlerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır². Kapsamına “patent”, “faydalı model”, “marka”, “ticaret unvanı” ve “tasarım” gibi öğelerin dâhil bulunduğu bu nevi haklar, üzerinde doğrudan hakimiyet tesis edilen bir nesne olmayıp, gayri maddi malvarlığın unsurudur. Gayri maddi malların müşterek özellikleri öğretide, “zamandan ve mekandan mücerret (soyut olma”, “istenilen yerde ve zamanda muhtevalarının tekrarlanabilmesi

* Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, mhalidoglu@yahoo.com, mubarizy@hotmail.com, myolcuyev@qafqaz.edu.az

1 **YÜRÜK. A.**, Türkiye’de Marka Hukukunun Gelişimi ve Bugünü, Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi 1. Özel Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Bakü 2005, (s.245-257), s. 245).

2 **KAYA. A.**, Gelişmekte Olan Ükeler Sınaî Haklarla İlgili Mevzuatını Düzenlerken Neleri Göz Önünde Bulundurmalı, Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi 1. Özel Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Bakü 2005, (s.99-108), s.99.

mümkün olma”, “eşya olmama ve ayrıca ait olduğu eşyadan farklı olma” şeklinde sayılmaktadır. Bu vasıflar “sınai hakları”, örneğin “markayı”, menkul işletme tesisatı veya işletmenin gayri menkullerinden ayırmaktadır.

Kaydedilen değişik özellikleri sebebiyle, “fikri ve sınai hakların” korunması öteden beri önem arz etmiştir. 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi ile sözleşme üyesi ülkelerde sınai hakların korunması uluslararası alanda temin edilmeye çalışılmıştır. Azerbaycan, 14 Eylül 1995 tarihinde Paris Sözleşmesine üye olmuştur.

Diğer taraftan, fikri ve sınai hukukta uluslararası alanda meydana gelen gelişmeler ve yeni koruma alanları, fikri ve sınai hakların koruma alanının genişlemesi, ulusal mevzuatları da etkilemektedir. Ülkelerin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve Avrupa Birliği direktifleri ile fikri hukukun koruma alanı, sürekli gelişmekte, genişlemektedir. Fikri hukukun korumasının son derece kapsamlı ve etkin bir koruma olduğu düşünüldüğünde, hakların, fikri ve sınai hukukun koruma şemsiyesi altına alınmasında, özel bir hassasiyetin gösterilmesi gerekeceği de açıktır. Dünya Ticaret Örgütü de tüm fikri çalışmalara bir koruma sağlama yönünde çalışmalarını sürdürmektedir³.

Bu bildiriye, bir fikri ve sınai mülkiyet ürünü olan “marka hakkı” sahibinin Azerbaycan hukukunda hangi korumalardan faydalanabileceği inceleneceği gibi, bu koruma yöntemleri Türkiye ve AB üyesi ülke hukuklarındaki koruma yöntemleri ile mukayese edilecek, özellikle Azerbaycan hukukunda bu alanda bulunan sorunlara değinilecek ve çözüm üretilecektir. Konu incelenirken öncelikle bu alanda mevcut olan yasal düzenlemelere yer verildikten sonra, marka hakkının hangi ihlallere karşı korunması gerektiği sorunu üzerinde durulacak, en sonunda da marka hakkı ihlali fiilinin Azerbaycan hukukunda hangi müeyyidelere tabi kılındığı meselesi incelenecektir.

1. MARKA HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Bütün gelişmekte olan ülkelerde olduğu gibi, Azerbaycan’da da markanın kullanılması ve korunması hususunda tam bir düzensizlik söz konusudur. İster üreticiler, isterse de toptan ve perakende satıcılar tarafından piyasaya

³ **MEMİŞ, T.**, Fikri ve Sınai Hukukun Koruma Alanının Genişlenmesi ve Ülke Hukuk Politikası Açısından Değerlendirilmeler, Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi 1. Özel Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Bakü 2005, (s.258-271), s. 258.

çıkarılan mallarda başkalarına ait markalar kullanılmaktadır. Bu durum, çok yaygın hale geldiği için, bir işletmenin kendine ait marka kullanması istisnai bir hal teşkil etmekte ve ayrıca kaliteli üretimin yapılmaması işletmelerin bir markaya sahip olmak hususunda isteksiz olmalarına neden olmaktadır. Sonuçta markalar, ticari hayatta bilinçli ve düzenli bir şekilde kullanılmamakta, ticari çevrelerce markalara gerekli değer ve önem verilmemektedir. Bütün bunlar da, son neticede markalar hukukunun işlerlik kazanmasına ve gelişmesine engel olduğu için, yasal düzenlemelerle bu alanı düzenlemek hukuk politikası haline gelmiştir.

Azerbaycan'da marka ve coğrafi işaretlerin tescili, korunması ve kullanımını ile ilgili hukuki ilişkileri düzenleyen Azerbaycan Marka ve Coğrafi İşaretler Kanunu (bundan sonra "AMK" olarak adlandırılacak) "temel kavramlar" başlığını taşıyan 1. maddesinde "marka kavramını" tanımladıktan sonra, "marka ve coğrafi işaretler hakkında mevzuat" başlığını taşıyan 2. maddesi, bu hukuki alanda geçerli olan mevzuatın "Anayasadan, AMK'dan, milli mevzuata ilişkin diğer yasal düzenlemelerden ve Azerbaycan'ın katıldığı uluslararası anlaşmalardan" oluştuğunu hükme başlamıştır. Diğer taraftan, Kanun Koyucu, Azerbaycan'ın katıldığı uluslararası anlaşmaların Anayasa istisna olmakla diğer kanunlardan üstün olduğunu, başka bir ifade ile Azerbaycan'ın katıldığı uluslararası sözleşme hükümleri ile milli kanun hükümleri farklı olduğu halde uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir (Azerbaycan Anayasası m.151). Aynı hukuki sonucu marka mevzuatı açısından AMK.m.2/2'de aynı şekilde hükme bağlayarak, markanın uluslararası sözleşme gereğince de korunmasına olanak tanımıştır.

Tüm bunları dikkate alarak Azerbaycan hukukunda markanın korunmasına ilişkin yasal düzenlemeleri "Azerbaycan'ın katıldığı uluslararası anlaşmalar" ve "markayla ilgili milli mevzuat" olarak ayırmak kabildir.

1.1. Azerbaycan'ın Katıldığı Uluslararası Anlaşmalar

Bağımsızlığını 1991 yılında ilan ettikten sonra Azerbaycan serbest piyasa ekonomisini benimseyen hukuk devleti olduğunu tüm dünyaya duyurduğu gibi, birçok uluslararası sözleşmeye katılmakla birlikte, milli mevzuatını da oluşturmaya başladı. Marka hakkının korunmasına ilişkin olarak Azerbaycan'ın katıldığı uluslararası sözleşmeler aşağıdaki gibi sıralanabilir.

1.1.1. Paris Sözleşmesi

20 Mart 1883'de Belçika, Brezilya, İspanya, Hollanda, Tunus, İngiltere, Fransa, İsviçre, İtalya ve Portekiz tarafından imzalanan "Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi"⁴, sınai mülkiyet hakları konusunda ortaya çıkan ilk uluslararası sözleşme olup, ulusal marka-patent kanunlarının anayasası olarak kabul edilmektedir⁵. 1900 yılında Brüksel'de, 1911 yılında Washington'da, 1925'de Lahaye'de, 1934'de Londra'da, 1958'de Lizbon'da, 1967'de Stockholm'de ve 1979'da Paris'te revizyona tabi tutulan Paris Sözleşmesine Azerbaycan 14 Eylül 1995 tarihli ve 1109 sayılı Milli Meclis kararı ile katılmıştır.

Paris Sözleşmesinin tüm sınai haklar açısından "ulusal muamele" ve "rüçhan hakkı" olmak üzere iki temel ilkesi bulunmaktadır. "Uluslararası muamele ilkesi" gereğince, her üye ülke, sözleşme üyesi diğer ülke vatandaşlarına, kendi vatandaşlarına sağladığı sınai hak korumasının aynısını sağlamak zorundadır. Paris Sözleşmesine üye olmayan ülke vatandaşları ise, üye ülkelerden birinde ikamet etmekte ya da bu ülkelerden birinde ciddi (gerçek) ya da fiili bir işletmesi (faaliyeti) olması halinde bu haklardan yararlanabileceklerdir. "Rüçhan hakkı ilkesi" gereğince, herhangi bir üye ülkede "sınai hakların" her hangi biri için başvuru yapan kişi, "patentler ve faydalı modellerde" on iki ay, "markalar ve sınai tasarımlarda" altı ay için rüçhan hakkı kazanmaktadır. Bu ilke, anılan süreler içinde üçüncü kişiler tarafından yapılan başvuruların, değerlendirme açısından rüçhan hakkı sahibinin önüne geçmesine engel olmaktadır. Altı ve on iki aylık süreler içinde hak sahibine, koruma isteyeceği uygun ülkelerde güvenli bir biçimde başvuru yapma imkanı getirilmiş olmakla birlikte, korumanın diğer üye ülkelere genişletilmesi imkanı da sağlanmaktadır⁶. Bununla birlikte haklı olarak her iki ilke geliştirmekte olan ülkeler tarafından eleştirilmektedir⁷.

4 **HIRSCH. E.**, Fikri ve Sınai Haklar Ankara 1948, 46.

5 **SOYAK. A.**, Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Tanımı ve Tarihi Gelişimi, www.mimoza.marmara.edu.tr/~asoyak/fikri-sinai-mulkiyet, 07.03.2008

6 **T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı**, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu Ocak 1995 (Yayın No:DPT : 2373 . ÖİK: 438), <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/oik438.pdf>, 07.03.2008

7 Yapılan eleştiriler için bkz. **KAÇAR, S.**, Patent ve Teknoloji Transferi, TMMOB, Maki-

1.1.2. Stockholm Sözleşmesi

Dünya Fikri Haklar Örgütü olarak ifade edilen WIPO, 1967 yılında Stockholm'de imzalanan bir sözleşme ile kurulmuş olup, asıl geçmişi 1883 Paris Sözleşmesi ile 1886 Bern Sözleşmesine dayanmaktadır. Her iki sözleşmede öngörülen "Uluslararası Büro"lar, 1893 yılında birleştirilerek değişik isimler altında faaliyet göstermişlerdir. WIPO, 1974 yılından bu yana Birleşmiş Milletler sistemi içinde yer almaktadır ve Azerbaycan WIPO'nun kuruluş sözleşmesi olarak tanımlanan 1967 Stockholm anlaşmasına 14 Eylül 1995 tarihli ve 1109 sayılı Milli Meclis kararı ile katılmıştır.

1.1.3. Madrid Sözleşmesi

"Markaların Uluslararası Tescili Hakkında" Madrid anlaşması 14 Nisan 1891 tarihinde bağlanmış bir sözleşme olup, amacı, marka sahibine tek başvuru ile birden fazla ülkede WIPO kanalıyla uluslararası marka tescili olanağını sağlamak⁸, başka bir ifade ile markaların uluslararası tescili için izlenecek usulleri belirlemektir. Anlaşmayı kabul eden ülkelerin herhangi birinin uyuşu ile Paris Sözleşmesinin 3 üncü maddesinde öngörülen koşulları yerine getirenler Anlaşma hükümlerinden yararlanabilmektedir⁹.

14.12.1900 tarihinde Brüksel'de, 2.06.1911 tarihinde Washington'da, 06.11.1925 tarihinde Lahaye'de, 02.06.1934 tarihinde Londra'da, 15.06.1957 tarihinde Nis'de, 14.06.1967 ve 28.09.1979 tarihlerinde Stockholm'de revizyona tabi tutulan Madrid Sözleşmesine Azerbaycan 14 Eylül 1995 tarihli ve 1109 sayılı Milli Meclis kararı ile katılmıştır.

1.1.4. Nis Sözleşmesi

"Marka Tescilinde Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılması Hakkındaki" Nis anlaşması 1957 yılında bağlanmış olup, amacı marka tesci-

ne Mühendisleri Odası, 1976 Sanayi Kongresi, Ankara 1977, s.7; **BAZOĞLU, S.**, Paris Anlaşması Yoksul Ülkelerin Gelişmesine Engel, Finansal Forum, 23.11.1998, s.50.

⁸ **SOYAK. A.**, Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Tanımı ve Tarihi Gelişimi, [www.mimoza.marmara.edu.tr/~asoyak/fikri-sinai-mülkiyet](http://www.mimoza.marmara.edu.tr/~asoyak/fikri-sinai-mulkiyet), 07.03.2008

⁹ **T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı**, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu Ocak 1995 (Yayın No:DPT : 2373 . ÖİK: 438), <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/oik438.pdf>, 07.03.2008.

linde mal ve hizmet sınıflandırmalarını uluslararası kurallara bağlamak¹⁰, başka bir ifade ile marka tescilinde kolaylık ve uyum sağlamaktır. Bu anlaşma hükümlerine göre, “eşyalar 34, hizmetler ise 8 sınıfa” ayrılmıştır. Marka başvuruları bu sınıflar esas alınarak gerçekleştirilmektedir. Sınıflandırma sisteminin yararı, iki ayrı başvuruda birbirine benzer markaların tescili talep edildiği zaman, talep edilen eşyaların ya da hizmetlerin sınıfları aynı ya da benzer ise, ikinci başvurunun ret edilmesi, yani sicilde ve toplumda kargaşaya neden olacak, benzer marka tescilinin önlenemesidir. Bununla birlikte, Nis sözleşmesinde yapılan sınıflandırmanın bağlayıcı olmayıp, tavsiye niteliğinde olduğu kaydedilmiştir (Tekinalp, 1999: 406-407; Kırcı, 2008: www.abgm.adalet.gov.tr).

1967 yılında Stockholm'de, 1977 ve 1979 yıllarında Cenevre'de revizyona tabi tutulan Nis sözleşmesine Azerbaycan 14 Ekim 2003 tarihinde katılmıştır.

1.1.5. Uluslararası Sözleşmelere Katılım Açısından Azerbaycan'ın Türkiye ve AB Üyesi Ülkeleriyle Karşılaştırılması

Türkiye ve Avrupa Birliği üye ülkeleri yukarıda zikredilen uluslararası anlaşmalara üye olmakla birlikte, bunun dışında Dünya Ticaret Örgütü (WTO) kuruluş anlaşmasına ve bu anlaşmanın bir eki (1 C eki) olarak kabul edilen “Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları” (TRIPS) anlaşmasına da katılmıştır. TRIPS'in, “Fikri Mülkiyetli Sözleşmeler” başlıklı 2. maddesine göre, üye devletler bu anlaşmanın II, III ve IV bölümleri gereği “Paris Sözleşmesinin” 1-12 ve 19. maddelerine riayet edeceklerini kabul etmişlerdir. TRIPS metninin II. bölümün başlığı “Markalar” olup, bu bölümde markalarla ilgili açıklamalara yer verilmiştir. 16. maddede markalarla ilgili verilen haklar düzenlenmiştir¹¹. Azerbaycan WTO'nun kuruluş anlaşmasına taraf olmadığı gibi, onun 1 C eki olan TRIPS anlaşmasına da taraf değildir. Bununla birlikte WTO kuruluş anlaşmasına üye olma yönünde çalışmalar devam etmektedir.

¹⁰ **SOYAK. A.**, Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Tanımı ve Tarihi Gelişimi, www.mimoza.marmara.edu.tr/~asoyak/fikri-sinai-mülkiyet, 07.03.2008.

¹¹ **EKDİALİ.**, Tanınmış Markalar ve Uygulamaya Genel Bakış, http://www.istanbulpatent.com/tr/mak_marka_taninmis.htm, 07/03/08;

AB üyesi ülkeleri zikredilen anlaşmalar dışında üye ülkeler için geçerli bulunan iki düzenlemeye de tabi bulunmaktadır. Bunlar, “Markalara İlişkin Olarak Üye Devletlerin Hukukların Uyumlaştırılmasına Dair İlk Konsey Yönergesi (89/104 AET)” ve “Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü (40/94/AET)”dür.

“Markalara İlişkin Olarak Üye Devletlerin Hukukların Uyumlaştırılmasına Dair İlk Konsey Yönergesi (89/104 AET)” 21 Aralık 1988 tarihinde kabul edilmiştir. Topluluğa üye olan devletlerde marka hukukunun farklı düzenlemeler öngörmüş olması nedeniyle, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının aksaması ve bu durumun Ortak Pazardaki rekabet düzenini bozması gerekçesiyle söz konusu Yönerge, hazırlanmıştır. Türkiye 6 Mart 1995 tarihli 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararında belirtildiği üzere markalar hukukunu bu yönergeye uyumlu hale getirmek amacıyla aynı yıl içinde Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK’yi (bundan sonra “Marka KHK” olarak adlandırılacak) yürürlüğe koymuştur¹². Her ne kadar Marka KHK ile AMK’unu benzerlik arz etse de Azerbaycan ile AB arasında bir üyelik sürecinin başlandığını kaydetmek kabil değildir.

“Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü (40/94/AET)”, Topluluğu oluşturan üye devletlerde geçerli olacak markanın korumasıyla ilgili bir tüzüktür. AB bu Tüzükle, “topluluk markasının tanımı (m.3), topluluk markasının sahibi olacak kişilerin tanımı (m.4), topluluk markası hakkının tescil ile sağlanacağı (m.5), ret için nedenler (m.6 ve 7), topluluk markası ile sağlanan haklar (m.8), topluluk markasının sözlüklerde kullanılması (m. 10), topluluk markası ile sağlanan hakların sınırları (m. 11), tecavüz olaylarında milli kanunların uygulanacağı (m.12), topluluk markasının kullanılması (m.13), tescilin süresi (m.14), topluluk markasının üye devletler kanunlarına etkisi (m.83) ve diğer konuları” düzenlenmiştir¹³.

Türkiye, Paris Sözleşmesi ve Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması üyesi olduğu için, Azerbaycan ise, Paris Sözleşmesine taraf olduğu için, hem Türk, hem de Azerbaycan vatandaşı marka sahipleri markalarını topluluk

¹² **EKDİAL.İ.**, Tanınmış Markalar ve Uygulamaya Genel Bakış, http://www.istanbulpatent.com/tr/mak_marka_taninmis.htm, 07/03/08;

¹³ **T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı**, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu Ocak 1995 (Yayın No:DPT : 2373 . ÖİK: 438), <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/oik438.pdf>, 07.03.2008.

markası olarak tescil ederek bu tüzüğün sağladığı korumadan faydalanabilirler.

1.2. Marka Hakkının Korunmasına İlişkin Azerbaycan Milli Mevzuatı

1.2.1. Azerbaycan Marka ve Coğrafi İşaretler Kanunu (AMK)

12 Haziran 1998 tarihinde yürürlüğe konulan ve 30 Nisan 2004 tarihinde revizyona tabi tutulan Azerbaycan'da marka ve coğrafi işaretlerin tescili, korunması ve kullanımıyla ilgili hukuki ilişkileri düzenleyen AMK' unu, 6 fasıldan (1. fasıl: Genel Hükümler (m.1-8); 2. fasıl: Marka ve Coğrafi İşaretlerin Tescili (m.9-24); 3. fasıl: Marka ve Coğrafi İşaretlerin Kullanımı (m.25-28); 4. fasıl: Marka ve Coğrafi İşaretlere İlişkin Korumanın Sona Ermesi (m.29 ve 31); 5. fasıl: Marka ve Coğrafi İşaretlerin Korunması (m.32 ve 34); 6. fasıl: Son Hükümler (m.35-37)) oluşmaktadır.

AMK'nun 'temel kavramlar' başlığını taşıyan 1. maddesi "marka kavramının" tanımını, yapmaya çalışmıştır. Zira, AMK.m.1/1'e göre, "marka, bir tacirin mal veya hizmetlerini başka bir tacirin mal veya hizmetlerinden ayırt eden resimle çizilebilen işaret veya işaretler bütünüdür". Bu tanımın 1883 Paris Sözleşmesinin hükümleri karşısında yetersiz olduğu açıktır¹⁴.

Diğer taraftan, AMK.m.25 "marka hakkı kavramının" da yasal tanımını yapmıştır. Kaydedilen hükme göre, "markanın geçerli bulunduğu süre içinde marka sahibinin Azerbaycan'da marka üzerinde tasarrufta bulunmak ve onu kullanmak bakımından sahip olduğu müstesna hak, marka hakkıdır (m.25/1)". Ayrıca hükmün son fıkrası (m.25/5) "marka hakkının, ayrıca marka olarak tescil edilemeyen işaretlere teşmil edilemeyeceğini" hükme bağlayarak, marka hakkının ancak ve ancak marka üzerinde bulunabileceğini de açıklığa kavuşturmuştur.

¹⁴ YOLÇIYEV. M., İktisadi İnkişafdaki Rolü Nazara Alınarak Emtea Nişanı Anlayışının Hüquqi Tahlili ve Azerbaycanda Emtea Nişanı Olarak Seçile Bilen İşaretler", Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi 2. Küreselleşme Sürecinde Qafqaz ve Orta Asiya Sempozyumu Bildiri Kitabı, 2. Kitap, Bakü 2007, (s.736-743); s.736.

Öğretide, haklı olarak, marka hakkının, marka üzerinde sahibine inhisarı yetkiler bahşeden, maddi ve sınırlı manevi menfaatler sağlayan mutlak bir hak olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

Hemen belirtmek gerekir ki, Azerbaycan hukukunda marka üzerindeki inhisar hakkının kapsamı, Türk hukukunda olduğu gibidir. Markanın sağladığı bu haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescil başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren hüküm ifade eder (AMK.m.9/13; 21/1). Böylece, tescilli marka sahibinin inhisar hakkı, tescilin yapıldığı tarihte doğmakla birlikte, geriye etkili olarak, yani tescil için başvuru tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Gerçekten, AMK.m.9/son'da açıkça, yenilik şartının (yani ayırt etme gücünün) başvuru tarihi esas alınarak tespit edileceği belirtilmiştir. Ayrıca, AMK.m.21/1, “tescilli markanın koruma süresinin, tescil için başvurunun yapıldığı tarihten (dikkat, marka tescilinin yapıldığı tarihten itibaren değil, tescil için başvurunun yapıldığı tarihten) itibaren 10 (on) yıl olduğunu”, yine, m.25/1 “marka sahibinin inhisar hakkının, marka hakkının hüküm ifade ettiği süre içerisinde söz konusu olduğunu” hükme bağlayarak, aynı sonuca işaret etmiştir.

Türk Hukuku bakımından da, her ne kadar bazı yazarlar (Arkan, 1997: 200; Karahan, 2004: 178) bu konuda açıkça görüş belirtmeseler de, aynı durum söz konusudur. Zira, benzer düzenlemelere Marka KHK'de de yer verilmiştir. Oysa, 551 sayılı Markalar Kanunu'nda, marka hakkının tescil tarihinden itibaren on yıl süreyle hüküm ifade edeceği belirtilmekte idi. Yalnız Azerbaycan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak, tescil için başvurunun yayınlanması ve üçüncü kişilerin yayınlanan bu tescil başvurusuna itirazı öngörülmemiştir ki, bunun da sakıncalı olduğu açıktır. Zira, en azından ona göre ki, inhisar hakkı, üçüncü kişilere karşı tescil için başvurunun yapıldığı tarihten itibaren hüküm ifade etmektedir.

AMK'nun “marka ve coğrafi işaretin hukuki korunması” başlığını taşıyan 3. maddesi “tescilli markaların AMK'nu ve Azerbaycan'ın katıldığı uluslararası anlaşmalar gereğince korunacağını hükme bağladığı gibi, Azerbaycan'da tescil edilmeyen fakat, Azerbaycan'ın katıldığı uluslararası anlaşmalara göre geçerli bulunan markaların da AMK'nu gereğince korunacağını hükme bağlamıştır”. Burada “uluslararası anlaşmaya göre geçerli

¹⁵ **TEKİNALP. Ü.**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1999, s.24, s.349.

sayılan” markalardan kast edilen, “tanınmış markalardır”. Zira, “marka hakkını” düzenleyen AMK.m.25/4’e göre, “tanınmış markalar, tescilli olmasalar bile, ilişkin oldukları mal ve hizmetler bakımından koruma kapsamı içerisindedirler. Tescilleri yapılmış olduğu takdirde ise, ilişkin oldukları mal ve hizmetler dışındaki mal ve hizmetler bakımından da koruma kapsamı içerisinde yer alırlar”.

Anlaşıldığı gibi, AMK’unun “yasal istisna” (AMK.m.25/4) dışında “tescilli markaların” korunmasını düzenlemektedir. Bu açıdan Türk hukukunda olduğu gibi Azerbaycan Hukukunda da “tescilsiz markaların” genel hükümler, özellikle haksız rekabeti düzenleyen yasal düzenlemeler gereğince korunacağı açıktır ki, bu sistem Paris Sözleşmesi sitemine de uygun bulunmaktadır.

1.2.2. Azerbaycan Haksız Rekabet Kanunu (AHRK)

Haksız rekabetin engellenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla kabul edilen 2 Haziran 1995 tarihli ve 1049 sayılı Azerbaycan Haksız Rekabet Kanunu (bundan sonra “AHRK” olarak adlandırılacak) haksız rekabeti düzenlediği gibi, dolayısıyla marka hakkının korunmasını da düzenlemektedir. Zira, AHRK’u 1. maddesinde “haksız rekabet” tanımladıktan sonra, 3. maddesinde “haksız rekabet hallerini” örnekler halinde saymış, 4. vd maddelerinde ise, 3. maddede saydığı “haksız rekabet hallerinin” her birini ayrıca tanımlamıştır. AHRK.m.3’de sayılan haller içinde “rakibin faaliyetini taklit etmek” hali de yer almaktadır. AHRK.m.4, ise, “rakibin faaliyetini taklit etme” halinin değişik şekilde oluşabileceğine işaret etmiş ve başkasının “markasını haksız olarak kullanma” halinin de “rakibin faaliyetini taklit” olduğunu hükme bağlamıştı.

Diğer taraftan, AHRK’unu 9. maddesinde “iltibas halini” de haksız rekabet hali olarak hükme bağlamış olduğu da unutulmamalıdır. Dolayısıyla, başkasının “markasının aynısını veya benzerini haksız olarak kullanarak iltibas meydana getiren” kişinin bu “hareketi haksız rekabet hali” olarak görülecek ve marka hakkı sahibi yine yasal korumadan faydalanabilecektir.

Ayrıca, AHRK’u gereğince “marka hakkı sahibi için getirilen korumadan” hem “tescilli marka sahipleri” ve hem de “tescilsiz marka sahipleri” faydalanabilir. Unutmamak gerekir ki, AHRK’unun gereğince marka hakkını korumak isteyen kişinin, yargı yoluna başvurulabilmesi için “zarar veya zarar tehlikesinin” mevcut olduğunu da ispatlaması gerekir. Bu açıdan, dava

açabilmeyi zarar veya zarar tehlikesinin ispatlanması şartına bağlamayan AMK’u hükümlerine göre dava hakkı bulunan “tescilli marka sahibi”nin, genel hükümlere dayanarak yargı yoluna başvurmayacağı şüphesizdir.

1.2.3. Azerbaycan Mülki Mecellesi (AMM)

Azerbaycan hukukunda özel hukukunun anayasası olarak kabul edilen Azerbaycan Mülki Mecellesi (bundan sonra “AMM” olarak adlandırılacak) özel hukuk ile ilgili temel hükümler getirmekle birlikte, şahsın hukukunu, eşya, borçlar, miras hukukunu da düzenleyen bir yasa olup, 01 Eylül 2001 yılında yürürlüğe konulmuştur. AMM’sinin “ad hakkı” başlığını taşıyan 26. maddesi gereğince tanınmış şahıs kendi adını marka olarak kullanan şahsa engel olabilecektir ki, bu yöntemin de özellikle “tescilsiz markaların” korunması yöntemi olarak benimsenmesi gerekir.

2. MARKANIN KORUNMASI HAKKINI DOĞURAN HALLER

Marka hakkının korunması yöntemlerinden faydalanmak ve yasal müeyyidelerin uygulanmasını isteyen kişinin öncelikle “markanın haksız kullanıldığını” ispatlaması gerekecektir. Bu açıdan “markanın haksız kullanım hal ve şekillerinin” neler olduğunu tespit etmek lüzumlu olduğu gibi, hangi kullanım şeklinin de “haksız kullanım olmadığını” da tespit etmek faydalıdır.

2.1. Markanın Haksız Kullanım Halleri

AMK.m.25 “marka hakkını” düzenlemekle birlikte, dolaylı olarak “markanın haksız kullanım hallerini” de düzenlemektedir. Diğer taraftan AMK.m.32/1 “marka hakkının ihlalinin, markanın bu kanunun (AMK’un) 25. ve 26. maddelerine uygun olarak marka sahibinin izni olmadan kullanılması” olduğunu tanımlamıştır. Hem, AMK.m.25’i, hem de AMK.m.32’ni birlikte dikkate alarak “markanın haksız kullanımını sayılabilecek hallerin” aşağıdakiler olduğunu ileri sürmek mümkündür:

(1) Tescilli bir markanın “aynısının” veya “benzerinin” marka sahibinin geçerli bir izni olmadan bir başkası tarafından ilişkin olduğu mal veya hizmetlerin “aynısında” veya “benzerinde” kullanılması (AMK.m.25/2 ve m.34/1);

AMK.m.25/2.c.1, “marka sahibinin geçerli bir izni olmadan, markayla aynı veya benzer işaretin aynı veya benzer olan mal veya hizmetlerde başkası tarafından kullanılması yasaktır”, demekle “markanın aynısının veya ben-

zerinin izinsiz olarak markanın ait olduğu mal veya hizmetler için kullanılmasının” “markanın haksız kullanımı” olduğunu ortaya koymuştur.

Bununla birlikte, kanun hükmü son cümlesinde (m.25/2.c.2.) “aynı veya benzer markalar tüketicilerde yanlış kanaatler oluşturduğu halde de bu kural (m.25/2.c.1) geçerlidir” demekle, karışıklık doğurmuştur. Zira Kanunun hükmünün son cümlesi “marka hakkının haksız kullanımı için iltibasın (karıştırılmanın, yanılgının)” da şart olduğu gibi yanlış bir kanaati doğurmaktadır.

Doktrinde, markanın kullanılması ile ilgili olarak “iltibasın” bulunması için “iki unsurun” aynı anda mevcut olmasının lüzumlu olduğu ileri sürülmüştür. Bu unsurlardan birincisi, “kullanılan işaretin markanın aynısı veya benzeri olması” olduğu halde, ikincisi ise, “bu nevi bir işaretin markanın ait bulunduğu mal veya hizmetlerin aynısı veya benzeri için kullanılması”dır (Tekinalp, 1999: 406). Bu iki unsur dikkate alındığında, “markanın aynısının veya benzerinin ilişkin olduğu aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması halinde iltibasının bulunduğu” varsayılacaktır. İltibasın bulunduğu tespitinde isabetli çözüm tarzı bu şeklide olduğu halde, Azerbaycan hukukunda Kanunun Koyucu “markanın aynısının veya benzerinin ilişkin olduğu aynı veya benzer mal veya hizmetler için kullanılmasını “iltibas” için yeterli kabul etmemiş, bu kullanımın tüketicileri “yanıltacak” nitelikte olması gerektiğini de istemiştir”. Bununla birlikte, “tüketicileri yanıltmış olması şartı ile izinsiz olarak markanın aynısının veya benzerinin ilişkin olduğu mal veya hizmetler için kullanılması”, “iltibas” için lüzumlu olduğu halde, “markanın aynısının veya benzerinin ilişkin olduğu mal veya hizmetler için izinsiz olarak kullanılması” ise, “markanın haksız kullanımı” için yeterlidir.

(2) “Azerbaycan’da tescili yapılmış tanınmış markanın “aynısının” veya “benzerinin”, marka sahibinin izni olmadan bir başkası tarafından hem “aynı veya benzer, hem de başka” mal veya hizmetler için kullanılması (AMKm.7/son, 25/4, m.32/1).

(3) “Azerbaycan’da tescili yapılmamış fakat Azerbaycan’ın katıldığı uluslararası anlaşmalara göre geçerli bulunan tanınmış markaların (AMK.m.3/2) “aynısının” veya “benzerinin”, marka sahibinin izni olmadan bir başkası tarafından ilişkin olduğu mal veya hizmetlerin “aynısında” veya “benzerinde” kullanılması (AMK.m.25/4, m.32/1).

Türk hukukunda “markanın haksız kullanım halleri” Marka KHK.m.9/1 a-c’de hemen hemen aynı şekilde hükme bağlanmıştır.

2.2. Markanın Haksız Kullanım Şekilleri

Bir tescilli “markanın haksız tarzda” kullanımını değişik şekillerde kendisini gösterebilir¹⁶. Haksız kullanım şekilleri Türk hukukunda Marka KHK’nın ilgili hükümlerinde açık olarak düzenlendiği halde, Azerbaycan hukukunda açık olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, AMK’nun “markanın kullanımı” başlığını taşıyan 26. maddesinin tersi yorumundan “markanın haksız kullanım şekillerini” tespit etmek mümkündür. Bahsedilen haller aşağıda örnekler halinde sayılmıştır:

(1). Haksız işaretin mal veya ambalaj üzerine konulması (AMK.m.26/1; Marka KHK.m.9/1.a);

(2). Haksız işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi (AMK.m.26/3 ve 4; Marka KHK.m.9/2.b);

(3). Haksız işareti taşıyan malın piyasaya sürmek için stoklanması (AMK.m.26/26/3; Marka KHK.m.9/2.b);

(4). Haksız işareti taşıyan malın tesliminin teklif edilmesi (AMK.m.26/4; Marka KHK.m.9/2.b);

(5). Haksız işaret altında hizmetin sunulması ve sağlanması (AMK.m.26/1, 4; Marka KHK.m.9/2.b);

(6). Haksız işareti taşıyan malın ithali ve paralel ithal (AMK.m.26/3; Marka KHK.m.9/2.c);

(7). Haksız işaretin tacirin (teşebbüsün) iş evraklarında, basında, levhalarında ve reklamlarında kullanılması (AMK.m.26/2; Marka KHK.m.9/2.d);

(8). Haksız işareti taşıyan malın sergilenmesi (AMK.m.26/2).

Bu halin (8) haksız kullanım şekli olduğu Türk hukukunda Marka KHK.m.9’da açık olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte haksız işareti taşıyan malın sergilenmesi bir bakıma malın piyasaya sürülmesi olarak nitelendirilebilir (Tekinalp, 1999: 413).

¹⁶ TEKİNALP, s.409.

(9). Marka sahibinin izni olmadan markanın, marka sahibinin acentesi veya temsilcisi adına tescili (Paris Sözleşmesi m.6 mukarrer 6; Marka KHK.m.11).

Türk hukukunda bu haksız kullanım şekli (9), “ticari markanın temsilcisi veya ticari vekili adına tescil ettirip kullanmak” olarak yer almaktadır (Marka KHK.m.11). Azerbaycan hukukunda ise, bu haksız kullanım şekli açık olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yolu ile verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları başkalarına devir etmek (m.26/4), haksız kullanım şekli olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Paris Sözleşmesi de marka sahibinin izni olmadan markanın, marka sahibinin acentesi veya temsilcisi adına tescilinin haksız olduğunu düzenlemiştir (m.6.muk.6).

2.3. Markanın Haksız Kullanımı Sayılmayan Haller

Markanın haksız kullanımı sayılmayan haller de Azerbaycan hukukunda Kanunun Koyucu tarafından açık olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte genel olarak “markanın haksız kullanımı sayılmayan halleri”¹⁷ şöyle sıralamak mümkündür.

(1). Markanın izinsiz olarak başvuru eserlerinde (ansiklopedi, sözlük, yıllık, katalog, kitap vd..) kullanılması.

Markanın bu şekilde kullanımının “haksız” olmadığı Türkiye ve AB üyesi ülkelerde kabul edilmektedir. Zira, Türk hukukunda Marka KHK.m.10’un açık hükmü ile getirilen bu “haklı kullanım şeklinin” kaynağı “Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğüdür (40/94/AET)”. Bu “haklı kullanım şeklinin” Azerbaycan hukukunda açık olarak düzenlenmemiş olması bir eksiklik olduğu gibi, Azerbaycan’ın taraf olduğu uluslar arası anlaşmalarda (Paris Sözleşmesinde) da bu hakta hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AMK.m.26’nın geniş yorumu ile “ticari amaç taşımayacak” bir şekilde markanın izinsiz olarak başvuru eserlerinde kullanılmasının “haklı kullanım” sayılması gerekeceği kanısındayız. Zira, AMK.m.26’da sayılan kullanım şekilleri “ticari amaçlı” kullanım şekilleridir. Bununla birlikte kaydedilen hususun düzenlenmesi için açık hüküm getirilmesi faydalı olacaktır.

¹⁷ Geniş bilgi için bkz. **TEKİNALP**, s.414–420.

(2). Ticari ve sınai alanda geçerli olan dürüstlük kurallarına aykırı olmayacak şekilde markanın üçüncü kişi tarafından izinsiz olarak kullanımı.

Ticari ve sınai alanda geçerli olan dürüstlük kurallarına aykırı olmayacak şekilde markanın üçüncü kişi tarafından izinsiz olarak kullanımının da “haksız olmadığı” Türkiye ve AB üyesi ülkelerde kabul edilmiştir. Türk hukukunda Marka KHK.m.12’nin açık hükmü ile getirilen bu “haklı kullanım şeklinin” kaynağı “Markalara İlişkin Olarak Üye Devletlerin Hukukların Uyumlaştırılmasına Dair İlk Konsey Yönergesidir (89/104 AET)”. Bu haklı kullanım şekli de Azerbaycan hukukundan açık olarak hükme bağlanmakla birlikte, yine AMK.m.26’nın geniş yorumu ile “ticari amaç taşımayacak” bir şekilde markanın izinsiz olarak kullanılmasının “haklı kullanım” sayılması gerekeceği kanısındayız. Fakat açık hüküm getirilmesi faydalı olacaktır.

(3). Marka üzerindeki hakkın tükenmesinden sonra markanın izinsiz olarak üçüncü kişi tarafından kullanımı.

Marka üzerindeki hakkın tükenmesinden sonra markanın izinsiz olarak üçüncü kişi tarafından kullanımının da “haksız olmadığı” Türkiye (Marka KHK.m.13) ve AB üyesi ülkelerde kabul edilmiştir. “Marka hakkının tükenmesi ilkesi” Türk hukukunda Marka KHK. m.13’te düzenlenmiştir. Bu ilkeye göre, “marka sahibi markasını taşıyan malları Türkiye’de piyasaya sunduğu veya mallar onun izni ile Türkiye’de piyasaya verildiği halde, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz”. Yani, marka sahibi markasını taşıyan malın Türkiye’de “ilk satışına” izin verdikten sonra, malların çeşitli kademelerde satışına, ihracına ve Türkiye’den ihraç edilmiş malların aynen Türkiye’ye ithaline engel olmaz¹⁸. Bu ilke açık olarak Azerbaycan hukukunda düzenlenmemekle birlikte, AMK.m.25/2 ve m.32/1 gereğince, “markanın haksız kullanma halinin” gerçekleşmesi için markanın, “sahibinin iznini alınmadan” kullanılması şarttır. Bu sebeple, “marka sahibinin izni” ile markanın kullanılması hakkın tükenilmesi olarak kabul edilecektir. Ayrıca hükümdeki “marka sahibinin izni” kavramının da geniş yorumlanması gerekir. Bu açıdan, “markanın kullanılmasının akit gereğince başka bir şahsa bırakılması” marka sahibini izinin mevcut olduğunu gösterdiği gibi, “marka sahibi markasının taşıyan malın Azerbaycan’da ilk satışını

18 **TEKİNALP**, s.417.

yaptıktan veya buna izin verdikten sonra, malların çeşitli kademelerde satışına, ihracına ve Azerbaycan'dan ihraç edilmiş malların aynen Azerbaycan'a ithaline de izin vermiş olduğu" varsayılacaktır.

(4). Sessiz kalma yoluyla marka üzerindeki hakkın kaybindan sonra markanın kullanımı.

Sessiz kalma yoluyla marka üzerindeki hakkın kaybindan sonra markanın kullanımının haksız olmadığı AB üyesi ülkelerde kabul edilmiştir. Zira, AET'nun 89/104 sayılı yönergesinin 9. maddesine göre, kesintisiz olarak beş yıl süre ile bir marka sahibinin kendi markasının başkası tarafından bilgisi dâhilinde kullanılmasına ses çıkarmaması halinde marka sahibi artık söz konusu kullanımı engelleyemez veya hükümsüzlük davası açamaz (Tekinalp, 1999, 418). Türk ve Azerbaycan hukukunda bu "haklı kullanım şekli" açık hükümle düzenlenmemiştir. Bununla birlikte hem Türk hem de Azerbaycan hukukunda "iyiniyet kurallarına" (TMK.m.2; AMM.m.5/3) istinaden, AET'nun 89/104 sayılı yönergesinin 9. maddesinde kabul edilen sonuca varmak mümkündür.

3. MARKA HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN MÜEYYİDELER

3.1. Hukuki Müeyyideler

3.1.1. Tespit Davaları

AMK'unu Türk hukukundan farklı olarak marka ihlalleri bakımından özel tespit davası öngörmemiştir. Bununla birlikte Azerbaycan Medeni Usul Kanunu (bundan sonra "AMUK" olarak adlandırılacak) hükümleri (AMUK.m.307.2/11) gereğince "delil tespiti" davasının ve "tecavüzün tespiti" davasının ikamesi kabildir.

3.1.2. Eda Davaları

3.1.2.1. Davanın Konusu

"Markanın haksız kullanımı" halinde, başka bir ifade ile "marka hakkına tecavüz" halinde marka sahibine tanınan eda davalarını Azerbaycan hukukunda AMK.m.34'e ve Paris Sözleşmesine dayandırmak mümkündür. Bu

açıldan marka hakkı tecavüze uğrayan kimse, aşağıdaki hukuk davalarını açabilir:

(1).Tecavüzün durdurulması ve önlenmesi (AMK.m.34/2; Marka KHK.m.62/1.a);

(2).Tecavüzün giderilmesi (AMK.m.34/2; Marka KHK.m.62/1.b);

(3).El koyma (AMK.m.34/2; Marka KHK.m.62/1.c);

(4).Markanın silinmesi ve imhası (AMK.m.34/2; Marka KHK.m.62/1.e);

(5). Tazminat (AMK.m.34/1, 2; Marka KHK.m.62/1.b ve m.68);

Türk hukukunda ayrıca, şu taleplerde dava konusu yapılabilir:

(6). Ürün üzerinde mülkiyet hakkının tanınması (Marka KHK.m.62/1.d).

(7). Kararın ilgililere tebliği, kamuya yayın yolu ile duyurulması (Marka KHK.m.62/1.f).

Unutmamak gerekir ki, burada sayılan davalar “tescilli markaların” korunması için açılabilen davalardır. Bunların dışında hem “tescilli marka sahibi”, hem de “tescilsiz marka sahibi” genel hükümlerden (haksız rekabet hükümlerinden) faydalanarak marka haklarının korunması için dava ikame edebilirler

3.1.2.2. Davanın Tarafları

Azerbaycan hukukunda Kanun Koyucu “marka hakkının ihlaliyle” ilgili olarak açılacak davalarda davacı sıfatının kime ait olduğu AMK’de açık hükme bağlanmamıştır. Bu durumun Marka mevzuatı açısından ciddi eksiklik olduğunun düşünmekle birlikte, kanımızca, marka üzerindeki hakkı ihlal edilen kimse (marka sahibi, lisans sahibi, rehin veya intifa hakkı sahibi) genel hükümlere (AMUK.m.4/1) dayanarak marka hakkının ihlalinden doğan bütün davaları şartları gerçekleşmişse ikame edebilirler.

Davalı sıfatı ise, marka ihlali niteliğini taşıyan fiillerden en az birini gerçekleştiren kişi veya kişilere aittir (AMK.m.32/1’in yorumu).

3.1.2.3. Davada Zamanaşımı Süresi

Marka hakkına tecavüzden ileri gelen eda davaları için AMK’u herhangi zamanaşımı süresi öngörmemiştir. Söz konusu kanunun 33. maddesinde “bu kanundan doğan uyuşmazlıklar, mevzuatta öngörüldüğü şekilde açılmış da-

valarla mahkemede çözülür” denilmektedir. Mevzuatta ilgili kanunlar içerisinde sadece medeni kanunda söz konusu uyuşmazlığa uygulanabilecek zamanaşımı süresi öngörülmüştür. AMM'nin “zamanaşımı süreleri” başlıklı 373. maddesinde düzenlenmiş olan zamanaşımı sürelerinden ancak genel zamanaşımı süresi, marka ihlallerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanabilir. Zira söz konusu kanun hükmünde öngörülmüş olan özel zamanaşımı sürelerinin marka ihlallerinden doğan uyuşmazlıklara niteliği bakımından uygulanabilmesi mümkün olmadığı gibi, AMM.m.11/4'ün hükmü gereği yasaktır (kıyas yasağı). AMM'de öngörülmüş olan genel zamanaşımı süresi 10 yıl olup, fiilin ika (marka hakkının ihlali) tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır (AMM.m.373/1). 10 yıllık zamanaşımı süresinin “marka hakkının ihlallerine” ilişkin uyuşmazlıklar bakımından çok uzun bir süre olduğu açıktır. Bu nedenle Kanun Koyucunun bu hususu özel hükümlerle düzenlemesi faydalı olacaktır.

3.1.2.4. Davada Yetkili ve Görevli Mahkeme

Marka ihlallerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili ve görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğu hususu AMK'da özel olarak hükme bağlanmamıştır. Bu sebeple yetkili ve görevli mahkemenin neresi olduğu sorusu AMUK hükümleri gereğince yanıtlanmalıdır. AMUK.m.35/1'e göre yer bakımından “genel yetkili mahkeme” davalının ikametgâhı mahkemesidir. Şayet davalının Azerbaycan'da ikametgâhı yoksa, o halde, Azerbaycan'daki malvarlığının bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Görevli mahkeme ise, dava taraflarının tacir olup olmadığı dikkate alınarak “ticaret (iktisat) mahkemesi” (AMUK.m.26) veya “genel (şehir) mahkeme” (AMUK.m.25) olduğunu ileri sürmek mümkündür.

3.1.2.5. İhtiyati Tedbirler

AMK'da öngörülen türde bir davayı açan veya açacak olan kişiler, dava konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz edecek şekilde Azerbaycan'da kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla ihtiyati tedbir kararı verilmesini isteyebilirler. İstenebilecek ihtiyati tedbirler şunları kapsar:

(a). Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere Azerbaycan sınırları içerisinde veya gümrüklerde, kısaca, buldukları yerlerde el konulması ve bunların saklanması (AMK.m.34/4);

(b). Kanun, gümrüklere mahsus olmak üzere, mahkeme marifeti ile el koyma tedbiri dışında ilave ikinci bir tedbir daha öngörmüştür. Buna göre, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturan taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin gerekçeli talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir. Gümrük idaresindeki el koyma tarihinden itibaren 15 gün içinde esas hakkında ticaret mahkemesinde dava açılmazsa, idarenin el koyma kararı ortadan kalkar (AMK.m34/6,7)

İlgili kanun hükmünün (AMK.m.34) önemli özelliği, esas hakkında mahkemede dava açılmadan ihtiyati tedbire imkan tanımış olmasıdır. Zira Azərbaycan Hukuku'nda genel olarak ihtiyati tedbir kararını ancak esas hakkında dava açılmışsa ve esas hakkında davanın açıldığı mahkeme tarafından verilebilir (AMUK.m.157.1 ve 159.1).

3.2. İdari Müeyyideler

Marka hakkına tecavüzden caydırmak için Kanun Koyucu, hem Azərbaycan İdari Hatalar Mecellesinde (bundan sonra "AİHM" olarak adlandırılacak), hem de AHRK'da idari para cezaları öngörmüştür. İdari para cezalarının uygulanması için fiilin "suç sayılmaması" şart olduğu gibi, "fiilin hukuka aykırı olması" ve "failin kusurlu bulunması" da şarttır. Bu durum Azərbaycan hukukunda, Türk hukukunda farklı olarak "idari hata" kavramının gelişmesine neden olmuştur. AİHM.m.12'ye göre, "idari hata, AİHM'i ile korunan kamusal ilişkileri ihlal (kast) eden, hukuka aykırı bulunan, kusurlu (kast veya ihmâl) sayılan ve idari müeyyideye tabi bulunan fiildir (hareket veya hareketsizliktir)". Bu hükümden faydalanarak "idari hatanın, kişinin suç sayılmayan, fakat hukuka aykırı bulunan ve kanunda düzenlenen idari yaptırıma tabii bulunan kusurlu filli" olduğunu ileri sürmek mümkündür.

3.2.1. AİHM'de Öngörülen İdari Müeyyideler

AİHM'da marka hakkına tecavüz fillerinin hangisinin "idari hata" olduğunu ve bu hata için öngörülen idari "müeyyidelerin" neler olduğu hükme bağlanmıştır.

3.2.1.1. AİHM'de Öngörülen İdari Hata

AİHM.m.205'e göre, "başkasının markasının aynısının "haksız" kullanılmasıyla "AİHM' de öngörülen miktarda zarar" oluştuğunda, ika edilen fiil "idari hata"dır.

Anlaşıldığı gibi, “markanın haksız kullanımı” tek başına idari hata için yeterli olmayıp, bunun için ika edilen fiil sonucunda marka sahibinin “kanda öngörülen oranda zarara” uğraması da şarttır. Bu zarar miktarının 1000 birimden az olması gerektiği AİHM.m.199/kayıt’ta hükme bağlandığı gibi, bir birimin de 1,10 AZN olduğu Azerbaycan Hesaplaşma Birimi Kanunun (bundan sonra “AHBK” olarak adlandırılacak) 2. maddesinde hükme bağlamıştır.

Diğer taraftan, Kanun Koyucu AİHM.m.205 metninde ika edilen fiilin “idari hata” sayılması için “kullanımın haksız” olması gerektiğini açık olarak düzenlememiştir. Kanımızca bu ciddi bir eksiklik ve ayrıca “kullanımın haksız olması” fiilin “idari hata” sayılması için mutlaka aranmalıdır. Bu görüşü, maddenin (m.205) “markanın haksız kullanımı” şeklindeki başlığı da teyit etmektedir.

3.2.1.1. Müeyyidesi

Kanun Koyucu, “başkasının markasının aynısının “haksız” kullanılmasıyla ika edilen “idari hata” faili için şu müeyyideleri öngörmüştür:

(1). fiil “vazifeli” olmayan gerçek kişiler tarafından işlendiğinde 10 birimden 15 birime kadar para cezası (AİHM.m.205);

(2). fiil “vazifeli” gerçek kişiler tarafından işlendiğinde 30 birimden 35 birime kadar para cezası (AİHM.m.205);

Kanun Koyucu (1) ve (2) şıklarında “vazifeli” ifadesi ile işyerinde “müdür”, “başkan” vd. görevlerde bulunan kimseyi amaçlamıştır.

(3). fiil tüzel kişiler tarafından işlendiğinde 130 birimden 170 birime kadar para cezası;

3.2.2. AHRK’da Öngörülen İdari Müeyyideler

AHRK’da öngörülen “idari hatalar” ve “müeyyideler” ister tescilli, isterse de tescilsiz olan bütün markalar bakımından geçerlidir. Zira buradaki amaç, haksız rekabetten rakipleri caydırmaktır.

3.2.2.1. AHRK’da Öngörülen İdari Hatlar

Markayı tecavüzden korumak için Kanun Koyucunu AHRK’da (m.12) öngördüğü “idari hatlar” şunlardır:

(1). Başkasının markasının aynısını haksız kullanarak onun “faaliyetini taklit etmek” (AHRK.m.12/1.a);

(2). Başkasının markasının aynısı veya benzerini haksız olarak kullanarak iltibas meydana getirmek (AHRK.m.12/1.b);

(3). Kullandığı marka hakkında Rekabet Kuruluna bilerek gerçeğe aykırı bilgi vermek veya bildirilmesi gereken hususları bildirmemek (AHRK.m.12/1.d);

3.2.2.1. Müeyyideleri

Markayı tecavüzdən korumak için AHRK’da (m.12) öngörülen “idari hatlar” için Kanunkoyucu aşağıdaki “idari müeyyideleri” öngörmüştür:

(1.). AHRK.m.12/1.a’da öngörülen (1. şık) “idari hatanın” işlenmesi halinde faile elde ettiği haksız gelir miktarında, bir yıl içerisinde tekerrür etmesi halinde ise, iki misli miktarında idari para cezası uygulanır;

(2). AHRK.m.12/1.b’de öngörülen (2. şık) “idari hatanın” işlenmesi halinde faile haksız rekabet süresince elde ettiği umumi gelirin %10 oranında, bir yıl içerisinde tekerrür etmesi halinde ise, %20 oranında idari para cezası uygulanır

(3). AHRK.m.12/1.d’da öngörülen (3. şık) “idari hatanın” işlenmesi halinde fail, son üç ayda elde edilen umumi gelirin %5’i miktarında para cezasına çaptırılır;

3.3 Cezai Müeyyideler

Marka hakkının ihlaliyle ilgili cezai müeyyideler, AMK’da değil, Azerbaycan Ceza Kanunda (bundan sonra “ACK” olarak adlandırılacak) öngörülmüştür. Zira, ACK’da marka hakkına tecavüz fillerinin hangi halde suç sayıldığını ve bu suçlar için öngörülen cezai müeyyideler neler olduğu ACK.m.197’de hükme bağlanmıştır.

3.3.1. Suç Sayılan Filler

ACK.m.197/1’e göre aşağıdaki filler suçtur:

(1). Başkasının markasının aynısının “haksız” kullanılması tekerrür ettiğinde (ACK.m197/1);

ACK.m.197/1'in de metninde ika edilen fiilin "suç" sayılması için "kullanımın haksız" olması gerektiği açık olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, maddenin ana başlığının "markanın haksız kullanımı" olarak düzenlenmiş olması, fiilin suç sayılması için "markanın haksız kullanılmasının" şart olduğunu teyit etmektedir.

(2). Başkasının markasının aynısının "haksız" kullanılmasıyla "ACK' de ön görülen miktarda zarar" oluştuğunda (ACK.m.197/1);

Anlaşıldığı gibi, "markanın haksız kullanımı" tek başına "suç" için yeterli olmayıp, bunun için ika edilen fiil sonucunda marka sahibinin "kanunda öngörülen oranda hasara" uğraması da şarttır. Bu hasar miktarının 1000 birimden 7000 birime kadar olması gerektiği ACK.m.190/kayıt'ta hükme bağlandığı gibi, bir birimin de 1,10 AZN olduğu (AHBK.m.2) unutulmamalıdır.

3.3.2. Müeyyideleri

Kanun Koyucu ACK.m.197/1'de sayılan suçlar için şu müeyyideleri öngörmüştür:

- (1). 1000 birimden 5000 birime kadar para cezası (ACK.m.197/1);
- (2). 1 yıla kadar zorunlu ıslah işlerini yaptırmak cezası (ACK.m.197/1);
- (3). 1 yıla kadar özgürlüğün kısıtlanması cezası (ACK.m.197/1).

Ayrıca Kanun Koyucu, "marka hakkına tecavüz" olarak öngördüğü suçların (ACK.m.197/1'de düzenlenen suçlar) 7000 birimden çok zararın vurulması ile ika edildiği (ACK.m.190/kayıt) halde, aşağıdaki müeyyidelerin uygulanacağını hükme bağlamıştır (ACK.m.197/2):

- (4). 2 yıla kadar zorunlu ıslah işlerini yaptırmak cezası (ACK.m.197/2);
- (5). 3 yıla kadar özgürlüğün kısıtlanması cezası (ACK.m.197/2);
- (6). 3 yıla kadar hapis cezası (ACK.m.197/2).

SONUÇ

Azerbaycan hukukunda marka hakkının korunması meselesinin Türk ve AB üyesi ülke hukukları ile mukayeseli olarak inceldiğimiz bu bildiri sonucunda vardığımız sonuçları ilgili bölümlerde aktardık. Bununla birlikte vardığımız sonuçları aşağıdaki gibi özetlemek faydalı olacaktır. Öncelikle kaydetmek gerekir ki, Azerbaycan hukukunda Türk ve AB üyesi ülke hukukla-

rında olduğu gibi, “tescilli markalar” Azerbaycan’ın taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu alanda kabul edilen Marka Kanunu (AMK) gereğince koruma gördüğü halde, “tescilsiz markalar” genel düzenlemeler (AHRK ve AMM) gereğince koruma görmektedir. Bununla birlikte, Kanun Koyucu, Azerbaycan’ın katıldığı uluslararası anlaşmaların Anayasa istisna olmakla diğer kanunlardan üstün olduğunu hükme bağlamakla yanısı (Azerbaycan Anayasası m.158) ve bu anlaşmaların ülke mevzuatının bir hissesi olduğunu kabul da etmiştir (Azerbaycan Anayasası m.148/II). Milli mevzuatının ülkenin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla uyum halinde olması için izlenen bu politika marka mevzuatına da yansımıştır. Zira, AMK.m.2/2’ye göre, Azerbaycan’ın katıldığı uluslararası sözleşme hükümleri ile AMK’u hükümleri farklı olduğu halde uluslararası sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Bu durum Azerbaycan’da marka hakkının korunması yöntemlerinin Türkiye ve AB üyesi ülkelerinden pek farklı olmadığını göstermektedir. Zira, hem Türkiye, hem de AB üyesi ülkeler “Sınai Mülkiyetin Korunmasına” ilişkin 1883 tarihli Paris Sözleşmesine taraf olmuştur. Bununla birlikte, Azerbaycan “markanın haksız kullanımını” hukuki, cezai müeyyidelere tabi tuttuğu gibi, Azerbaycan İdari Hatlar Mecellesi ile “idari hata” kavramını da geliştirerek idari müeyyidelere de tabi kılmıştır.

KAYNAKLAR

- ARKAN. S.**, Ticari İşletme Hukuku, 3.B, Ankara 1997;
- BAZOĞLU, S.**, Paris Anlaşması Yoksul Ülkelerin Gelişmesine Engel, Finansal Forum, 23.11.1998.
- EKDİALİ.**, Tanınmış Markalar ve Uygulamaya Genel Bakış, http://www.istanbulpatent.com/tr/mak_marka_taninmis.htm, 07/03/08;
- HİRSCH. E.**, Fikri ve Sınai Haklar Ankara 1948.
- KAÇAR, S.**, Patent ve Teknoloji Transferi, TMMOB, Makine Mühendisleri Odası, 1976 Sanayi Kongresi, Ankara 1977;
- KARAHAN. S.**, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2004.
- KAYA. A.**, Gelişmekte Olan Ükeler Sınai Haklarla İlgili Mevzuatını Düzenlerken Neleri Göz Önünde Bulundurmalı, Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi 1. Özel Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Bakü 2005, (s.99-108);
- KIRCA. İ.**, Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (Karıştırılma) Kavramı ve Paris Sözleşmesinin 1. Mukarrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka, www.abgm.adalet.gov.tr/5-2-TR-kirca.pdf, 07.03.2008;
- MEMİŞ. T.**, Fikri ve Sınai Hukukun Koruma Alanının Genişlenmesi ve Ülke Hukuk Politikası Açısından Değerlendirilmeler, Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi 1. Özel Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Bakü 2005, (s.258-271);
- SOYAK. A.**, Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Tanımı ve Tarihi Gelişimi, [www.mimoza.marmara.edu.tr/~asoyak/fikri-sinai-mülkiyet](http://www.mimoza.marmara.edu.tr/~asoyak/fikri-sinai-mulkiyet), 07.03.2008
- T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı**, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu Ocak 1995 (Yayın No:DPT : 2373 . ÖİK: 438), <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/oik438.pdf>, 07.03.2008
- TEKİNALP. Ü.**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1999, s.406-407;
- YOLÇIYEV. M.**, İqtisadi İnkişafdaki Rolü Nazara Alınaraq Emtea Nişanı Anlayışının Hüquqi Tahlili ve Azerbaycanda Emtea Nişanı Olaraq Seçile Bilen İşaretler”, Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi 2. Küreselleşme Sürecinde Qafqaz ve Orta Asiya Sempozyumu Bildiri Kitabı, 2. Kitap, Bakü 2007, (s.736-743);

YÜRÜK. A., Türkiye’de Marka Hukukunun Gelişimi ve Bugünü, Azerbaycan Qafqaz Üniversitesi 1. Özel Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Bakü 2005, (s.245-257);

YAPI (İNŞAATÇI) İPOTEĞİ

*Arş. Gör. Alper UYUMAZ**

I- GENEL OLARAK YAPI İPOTEĞİ KAVRAMI VE YAPI İPOTEĞİNİN TESCİLİNİ İSTEME HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A) KAVRAM

Medenî Kanunumuzun 881. maddesine göre, halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber, doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak için sağladığı güvence fonksiyonu ile ipotek, alacakların ödenmesinde borçluları zorlayan önemli bir hukuki müessesedir. Bir alacağın teminatı olan ipotek, hukuki sebebe bağlılık noktasında bir hukuki işlem den ya da kanun hükmünden doğabilir.

Kanunkoyucu, bazı alacaklar için alacak sahiplerine ihtiyaç duydukları korumayı sağlamak adına, MK m. 892 vd. maddelerinde kanunî ipotek haklarını hükme bağlamıştır. Medenî Kanunda yer alan kanunî ipotek hakları, *tescile tabi kanunî ipotek hakları* ve *tescile tabi olmayan kanunî ipotek hakları* olarak ikiye ayrılır.

Medenî Kanunumuz, 893. maddesinin birinci fıkrasında tescile tabi kanunî ipotek haklarını sıralamış ve fıkranın üçüncü bendinde bu çalışmanın konusunu oluşturan *yapı ipoteği* kavramını hukuki dayanağa kavuşturmuştur.

Medenî Kanunumuz, yapı alacaklılarını özellikle koruma gereği duymuştur¹. Yapı alacaklıları, bir yapının inşasında, onarılmasında, genişletilmesi ve değiştirilmesinde bir eser sözleşmesine bağlı olarak çalışan kişiler-

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, alperuyumaz@selcuk.edu.tr.

¹ **Oğuzman**, M. K. / **Seliçi**, Ö. / **Oktay – Özdemir**, S. , Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2006, s. 759; **Karahasan**, M. R. , Yeni Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, C. 2, İstanbul 2002, s. 251; **Bıçakçı**, L., Yapı Alacaklısı İpoteği, İÜHF 1982, C. 45, S. 1 – 4, s. 537.

dir. Bu bağlamda, asıl yüklenici, alt yüklenici, zanaatkârlar ve yapı sahibini bir zarardan korumak için taşınmaz üzerindeki yapıya malzeme vererek ya da vermeyerek vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde çalışan ve emek harcayan kişiler yapı alacaklısı olarak adlandırılabilirler. Yapı alacaklıları kavramı ilerde ayrıntılı olarak incelenecektir².

Bu sözü edilen yapı alacaklıları, söz konusu çalışmalardan doğacak alacaklarını günü gününe alamazlar ve bu bağlamda iş sahibine kredi açmak zorunda kalırlar. Bu durum, iş hayatının gereklerinden veya örf ve âdetten doğabilir. Genelde, söz konusu alacağın tutarı üstlenilen yapının bitimi sonucunda belli olacağından, yükleniciler vaad ettikleri işin tamamı veya bir kısmı bitince alacaklarını isteyebilirler³.

İşte, böyle bir çalışma sonucu malzeme ve emeğiyle veya sadece emeği ile bir edimi ifa eden ve karşı tarafın malvarlığında bir değer artışı sağlayan yapı alacaklılarını kanunumuz, kanunî bir ipotek hakkının tesisi ile korumak istemiştir⁴.

² Bkz. II, B.

³ **Saymen, H. / Elbir, H. K.** , Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1983, s. 585; **Akıpek, J. G.**, Türk Eşya Hukuku, C. III, Ankara 1974, s. 239; **Köprülü, B. / Kaneti, S.** , Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982 – 1983, s. 309; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 759; **Wieland, C.** , Mülkiyetin Gayri Aynî Haklar, (Çev. İ. Hakkı Karafakı), C. II, Ankara 1949, s. 674; **Gürsoy K. T. / Eren, F. / Cansel, E.** , Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 1052, **Ayiter, N.** , Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 179; **Sümer, N. B.** , Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanunî İpotek Hakkı, Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 602; **Şener, Y. S.** , Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 37.

⁴ **Bıçakçı**, s. 537 – 538; **Şener**, s. 37. Kimi Yargıtay kararlarında “inşaat teminat ipoteği” olarak ifade bulan kavramın, burada izaha çalışılan yapı (inşaatçı) ipoteği kavramı ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Yargıtay, söz konusu tabiri kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin hakkını teminat altına almak için devrettiği paylar üzerinde kurduğu ipotek için kullanmaktadır. Bkz. 14. HD, 12.01.1989, 7326/ 283; 15. HD, 12.02.1974, 26/111; 15. HD, 30.03.1998, 406/1259; HGK, 15.12.1995, 1 – 15/ 70, “...Çekişme konusu pay tapusunun, davalı tarafından edinilmesine ilişkin tapu memurluğunda düzenlenen akıt tablosunda açıkça ifade edilen 27.4.1988 tarih 2562 yevmiye numaralı yine tapu memurluğunda düzenlenen resmi senette ise, davalının bayiinin yüklenici olduğu, inşaat sözleşmesince yükleniciye temlik edilen arsa paylarının inşaatın yapılması amacıyla gerçekleştirildiği, bu temlik nedeniyle yükleniciden bir para alınmadığı, inşaatın tamamlanmaması halinde arsa sahiplerinin uğrayabilecekleri muhtemel zararları karşılamak üzere arsanın tamamı üzerinde *inşaat teminat ipoteği* tesis edildiği belirtilmiştir...” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

Gerçekten, Medenî Kanununun 893. maddesinin, birinci fıkrasının, üçüncü bendine göre, “Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaat-kârlar” kanunî bir ipotek hakkının tescilini isteyebilirler. Bu kanunî ipotek hakkı öğretide, *yapı ipoteği, inşaatçı ipoteği, inşaatçıların kanunî ipotek hakkı* veya *yapı alacaklısı ipoteği* gibi farklı terimlerle ifade edilmiştir⁵.

Taşınırlarda olduğu gibi, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış veya taşınır rehni ile yapı alacaklılarının yapı sahibinden olan bu alacaklarını koruma şansları yoktur. Zira, yapı alacaklılarının kullanmış oldukları malzeme taşınmazın bir şekilde özgülendiği için onun bütünleyici parçası olmuştur ve bu yüzden artık taşınmazın mülkiyetine dâhil olan malzemeler taşınır nesne sıfatını kaybetmişlerdir⁶. Bunun gibi, yapının inşasına emeği ile katkı sağlamış olan yapı alacaklısı da aynı mantık çerçevesinde korunmaya muhtaçtır. Zaten, yapı ipoteği kavramına kanunda yer verme mantığı, yapı alacaklılarının bu mağduriyetinde yatmaktadır. Böylece, yapı alacaklılarına yapımında rol oynadıkları yapının bulunduğu arazi üzerinde kanundan doğan bir ipotek hakkının tanınması zorunluluğu gündeme gelmiştir⁷. Fakat, bu hakkın dahi yapı alacaklılarının alacaklarının teminatı olma noktasında yetersiz kalabileceği dikkatlerden kaçmamıştır. Yapı alacaklılarının alacağını ödemek istemeyen ve yapı ipoteğini kendisinden beklenen pratik faydadan yoksun kılmak isteyen bir iş sahibi, kötüniyetli olarak yapı işleri başlamadan önce taşınmaz üzerinde taşınmazın değerini aşan hileli ipotekler kurmuş olabilir. Bu

⁵ **Reisoğlu**, S. , Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961, s. 11; **Reisoğlu**, S. , Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, AD 1960, S. 10, s. 843; **Akıpek**, s. 239 – 240; **Tekinay**, S. S. , Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994, s. 80; **Esener**, T. / **Güven**, K. , Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 519; **Saymen/ Elbir**, s. 585; **Aybay**, A. / **Hatemi**, H. , Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 193; **Wieland/ Karafakı**, s. 674 – 675; **Ertaş**, Ş. , Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006, s. 535; **Ayan**, M., Eşya Hukuku, Sınırlı Aynî Haklar, C. III, 2. Baskı, Konya 2000, s. 187; **Can**, M. , Yeni Medenî Kanununun İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapıp Yapmadığı Meselesi, GÜHFD 2004, C. VIII, S. 1 – 2, s. 52; **Bıçakçı**, s. 537.

⁶ **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 30; **Saymen/ Elbir**, s. 585; **Wieland/ Karafakı**, s. 674 – 675; **Bıçakçı**, s. 537.

⁷ **Akın**, L., İnşaatçı İpoteği, ABD 1991, S. 5, s. 751; **Can**, s. 52.

halde, yapı alacaklısının ipotek hakkı, onun malikten olan alacağını garanti etmekten oldukça uzak kalacaktır⁸. Bu nedenle, kanunkoyucu yapı alacaklılarına sadece kanunî bir ipotek hakkı bahşetmemiş; yapı alacaklılarını korumak adına, ayrıca onların araziye kattıkları değer fazlasının üzerinde bir öncelik hakkı da sağlamıştır. MK m. 897'nin ilk fıkrası, “*Satış bedeli zanaatkarlar ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanır*” ifadesi ile bu öncelik hakkını kanunî dayanağa bağlamıştır⁹.

Yapı alacaklılarına tanınan bu tür bir önceliğin diğer önceki tarihli ipotek hakkı sahiplerinin aleyhine olduğu söylenemez¹⁰. Çünkü taşınmazın, yapı alacaklılarının harcadıkları emek ve malzeme ile değeri yükselmiş, niteliği değişmiş, mevcut faydası artmıştır. Bu durum, diğer ipotek sahiplerinin bu değer artışından her zaman yararlanmalarına imkân sağlanması kadar, yapı alacaklılarının öncelikli yararlanmaları verilen emeğin doğal bir sonucu olarak görülmelidir¹¹.

B) YAPI İPOTEĞİNİN TESCİLİNİ İSTEME HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Genel Olarak

Yapı ipoteği kavramının, bu bağlamda MK. m. 893/ I, b. 3'de yer alan yapı ipoteğinin tescilini isteme hakkının¹² hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin çeşitliliği, öğretilerde tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur.

⁸ Akipek, s. 239; Saymen/ Elbir, s. 585; Köprülü/ Kaneti, s. 309; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1052; Bıçakçı, s. 537; Şener, s. 37.

⁹ Akipek, s. 239; Saymen/ Elbir, s. 585; Köprülü/ Kaneti, s. 309; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1052; Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 4 vd. ; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 759; Şener, s. 37; Karahacıoğlu, A. H. / Doğrusöz, M. E. / Altın, M., Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996, s. 165.

¹⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 309; Bıçakçı, s. 538.

¹¹ Wieland/ Karafakı, s. 678; Köprülü/ Kaneti, s. 309; Bıçakçı, s. 538.

¹² HGK, 08.11.2006, 15 – 702/ 691, “...Öte yandan yüklenicinin TMK' nun 893. vd. maddeleri uyarınca kanuni ipotek hakkı bulunmakta ise de bu davada böyle bir isteme yer verilmediğinden hukuki dayanağı olmayan davanın reddi yerine mülkiyet hakkına sahip

Her şeyden önce, burada yapı ipoteğinin kurulması için tarafların resmi bir ipotek senedi düzenlemelerine, ipoteğin tesciline ilişkin bir hukuki işlem yapmalarına gerek olmadığını belirtmek gerekir. Zira, böyle bir hukuki işlem gerek duyulmadan kanun hükmü gereği yapı alacaklısı lehine bir ipotek tescilini talep edebilir.

Öğretide yer alan tescil talebinin hukuki niteliğine ilişkin görüşleri üç temel başlıkta toplamak mümkündür. Bu görüşler, yapı ipoteğinin tescilini talep hakkının *şahsî nitelikte bir hak olduğu, aynî nitelikte bir hak olduğu, eşyaya bağlı bir borç olduğu* şeklinde sıralanabilir. Bunlardan başka öğretilerde, bir talep hakkının değil, yenilik doğuran bir hakkın var olduğunu savunan farklı bir görüş de yer almaktadır.

2- Yenilik Doğuran Hak Olduğu Görüşü

Yapı ipoteğinin tescilini talep hakkının hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin temalarını ve destek noktalarını özetlemeden önce, bu konuda diğer görüşlerden farklı bir temele oturtulmuş olan ve burada, talep hakkından ziyade yenilik doğuran bir hakkın varlığından söz eden görüşe değinmek yerinde olacaktır. Bu görüşe göre, yapı alacaklısına ipoteğin kurulmasını sağlayan hak, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir¹³. Bu hak, tapu memuruna tek taraflı bir irade beyanı kullanılarak yöneltilir ve yapı alacaklısının bu hakkı, yapı işleri yerine getirildiği ve yapı devam ettiği sürece malike karşı etkili olur. Görüş, bu yargıyı yapı ipoteğinin tescilini yapı alacaklısının taşınmazda meydana getirdiği değer artışına bağlamaktadır. Taşınmazı yapı tamamlandıktan sonra kazanan kişi açısından böyle bir değer artışı söz konusu olmayacağından, görüş taraftarlarına göre, yapı ipoteğini tescil hakkı yeni malike karşı ileri sürülemez. Bunun alternatifini olarak, ancak geçici tescil şerhi ile yeni malike karşı yapı alacaklılarının ipotek tescilini isteyebileceği savunulmuştur¹⁴.

davalı belediyenin binadan tahliyesine karar verilmesi doğru olmamış kararın bozulması uygun görülmüştür...” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

13 **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 762; von Tuhr’a göre, burada yenilik doğuran haklardan kurucu yenilik doğuran hak mevcuttur (**von Tuhr**, A. , Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1 – 2, (Çev. Avukat Cevat Edege), Ankara 1983, s. 23 ve 130, dn. 1a).

14 **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 762.

Görüş, MK m. 893 karşısında madde metni ve amacı göz önünde tutularak değerlendirildiğinde, yapı alacaklısının sadece bir irade beyanında bulunmakla kanunî ipotek hakkını elde edeceği sonucuna varmak imkânsız gözükmektedir. Zaten görüş, öğretilerde taraftar bulamayarak güçsüz bir iddiadan öteye gidememiştir¹⁵.

3- Şahsî Hak Olduğu Görüşü

Yenilik doğuran hak görüşünden başka, yapı ipoteğinin tescilini isteme hakkının hukuki niteliğine ilişkin olarak ortaya atılan ilk görüş¹⁶, söz konusu tescili isteme hakkını şahsî nitelikte bir hak olarak değerlendirmektedir. İsviçre Federal Mahkemesince¹⁷ de uzun süre savunulan görüş, esas itibariyle ilgili kanun hükmü yapı alacaklısına tapuda tescile gerek olmaksızın mevcut bir rehin hakkı değil, sadece bu rehin hakkının tesciline yönelik bir talep sağlar fikrini savunmaktadır. Bu görüşe göre, talep tamamen şahsî niteliktedir ve taşınmaz malikinin iflâsı halinde onun alacaklılarına veya taşınmazı elde eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

4- Aynî Hak Olduğu Görüşü

Aynî hak görüşünün taraftarları ise¹⁸, yapı alacaklılarının ipoteği talep hakkının aynî bir nitelik taşıdığına inanmaktadırlar. Bu görüş, bir taraftan İsviçre Medenî Kanununun hazırlanış çalışmalarına dayandırılırken, diğer taraftan Türk Medenî Kanunu 893. maddede yer alan lâfzî ve ruhî anlama da uygun olduğu iddiasıyla ortaya atılmıştır. Buna göre, borçlunun belirtilmesi borç ilişkisinde olmazsa olmazlardandır. Oysa, burada kanunkoyucu hiçbir yerde borçludan bahsetmemiş, hakkın kanunî ipotek hakkının objesi olan

¹⁵ Tekinay, s. 81.

¹⁶ Saymen/ Elbir, s. 591; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1055; Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 72 vd. Reisoğlu, tescil talebinin şahsî nitelikte bir hak olduğu iddiasını kabul etmekle beraber, malikin iflâsı halinde üç ay içerisinde kanunî ipotek hakkının tescil edilebileceğini ileri sürmektedir (Reisoğlu, Makale – 1, s. 852). Köprülü/ Kaneti, s. 315; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 762 (Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, yenilik doğuran hak iddiasından başka, bu görüşe yaklaşarak talep hakkının şahsî nitelikte olduğunu ve yeni malike karşı geçici tescil olmaksızın ileri sürülemeyeceğini savunmaktadırlar). Ayrıca bkz. Tekinay, s. 81, dn. 10, 11.

¹⁷ Tekinay, s. 82, dn. 13.

¹⁸ Tekinay, s. 82, dn. 14, 15, 16.

taşınmaza özellikle değinmiştir¹⁹. Yani, kanun burada talebin belli bir şahsa karşı söz konusu olmasını değil, belirli bir objeye yani taşınmaza bağlı olarak gerçekleşmesini aramıştır. Öyleyse, taşınmazın maliki kim olursa olsun, yapı alacaklısının ipotek talebi ona karşı ileri sürülebilecektir²⁰. Görüş, maddenin ana fikrini yansıtan, iflâs ve temlik gibi el değiştirmelerde yapı alacaklısını koruyucu kimliğini vurgulayan, yapı alacaklısı lehine kanunî ipotek hakkının tescili istemini, aynî nitelik taşıyan bir talep hakkı olarak değerlendirmeyi uygun bulmuştur.

5- Eşyaya Bağlı Borç²¹ Olduğu Görüşü

Yapı ipoteğinin tescilini isteme hakkının hukuki niteliğini eşyaya bağlı borç olarak değerlendirenler²², yapı alacağına ilişkin kanunî ipotek hakkının aynî nitelik taşıyan bir talep hakkı olması gerektiği görüşünün yeni savunucularıdır. Eşyaya bağlı borç tabiri ile bir kimseyi bir malın maliki olduğu için mükellefiyet altına sokan borçlar kastedilmektedir²³. Bu görüşe göre, kanunî ipoteğin tescilini isteme hakkı esasında şahsî nitelik taşır ve bu hakkın muhatabı halen malik olan kişidir. Çünkü, sözü edilen borç bir taşınmaza bağlı olarak doğmuştur ve taşınmazdaki değer artışı bu hakkın doğumuna sebep olmuştur. Görüş, kanunda bir borç ilişkisinin borçlusu bir şey üzerindeki aynî hak ya da zilyedlik durumuna göre tayin edildiği zaman eşyaya bağlı borç vardır mantığından hareket etmekte ve MK m. 893/ I, b. 3'ün metninde

¹⁹ Davran, B. , Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 54.

²⁰ Tekinay, s. 82, dn. 14.

²¹ Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, Ş. , Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982; Oğuzman, M. K. , Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İHFM 1965, C. 31, S. 1 – 4, s. 209 – 219, s. 214 vd. Oğuzman, eşyaya bağlı borç kavramını Türk Hukukunda ilk dile getiren kişidir. Türk öğretisinde, yazardan evvel çeşitli vesilelerle söz konusu kavrama değinilmişse de kavramın *sübjektif-aynî mükellefiyet*, *aynî borç*, *nesnel borç* ifadeleri ile adlandırılması tutarlı olmamıştır. Gerçekten, Almanca “subjektif-dingliche Pflichten” ibaresinin Türkçe karşılığı olan “sübjektif aynî mükellefiyet” tabirinin dilimizde istenilen anlamı karşılamayacağı açıktır. Yine, Almanca “Realobligation” tabirinin karşılığı olarak dile getirilmiş olan “aynî borç” veya “nesnel borç” tabirleri ise, sanki bir mal ile ifa edilecek bir borca işaret etmektedirler. Oysa, eşyaya bağlı borç, bir yapma veya bir para ödeme borcu da olabilir (Oğuzman, s. 215); Eşyaya bağlı borç kavramı hakkındaki terminoloji sorunu için bkz. Erel, s. 11 vd.

²² Tekinay, s. 83 vd. ; Ertas, s. 535; Bıçakçı, s. 551 vd. ; Akın, s. 755 – 756.

²³ Oğuzman, s. 214; Erel, s. 5.

de aynı ifadeyi görmektedir²⁴. Eşyaya bağlı borç, aynı haklar gibi sınırlı sayı ilkesine sahip olduğundan, bunlar kanunda açıklananlardan ibarettir ve kanunda yer alan diğer örnekleri²⁵ gibi MK m. 893/ I, b. 3 de eşyaya bağlı borç olarak, bu hukuki niteliğe sahiptir.

6- Görüşümüz

Yapı alacaklısının, yapı ipoteğini talep etmesi hakkındaki bu dört temel görüşü ana hatları ile verdikten sonra, bu konuda kabul edilmesi gereken, akla makul gelen görüşün sonuncusu olduğu söylenebilir. Eşyaya bağlı borç ilişkisi olarak varsayılan bu durumda, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sonucu bir borç doğmakta ve bu borç ilişkisinin borçlusu, taşınmaz üzerindeki mülkiyet sahibi kişi olarak belirtilmektedir. Yani, yapı ipoteğinin tescilini isteme hakkı, esasen şahsî nitelikli olmakla beraber eşyaya bağlı borç kavramı ile güçlendirilmiştir. Onun aynı hak olabilmesi tescili şartına bağlıdır. Bu sayede yapı alacaklısının ipotek hakkını kurabilmesi için ona yetki verilirken, bu hak taşınmazı yeni kazanan malik ve iflâs alacaklılarına karşı da ileri sürülebilecektir. Bu yaklaşım tarzı, menfaatler dengesinde malzeme ve emeği ile bir yapıya önemli bir değer katan yapı alacaklısının tapu kütüğüne dayanarak aynı hak kazanan malike ve iflâs alacaklılarına karşı koruması bakımından kabule şayandır. Bu üstünlüğün kötüniyetli malik ve iflâs alacaklıları karşısındaki mutlaklığı konusunu tartışmaya yer yoktur. Ancak, iyiniyetli malik ve iflâs alacaklıları açısından durumun tartışmaya açık olduğu düşünülebilir²⁶. Görüşün bu noktadaki eksikliği, bir yapının tamamlanmasından itibaren üç ay içinde aynı hak kazanacaklara karşı dahi kanunî ipotek hakkı iddiasında bulunabilmeyi, bu kişilerin kazanımlarında böyle bir borcu biliyor olmalarının ispatına bağlayarak tamamlanabilir. Buradaki

24 **Tekinay**, s. 83 vd. ; **Bıçakçı**, s. 550. Öğretinin yoğun baskılarına dayanamayan İsviçre Federal Mahkemesi, bu görüş doğrultusunda eski fikrini değiştirmiştir (Bkz. **Tekinay**, s. 83).

25 Bunlara örnek olarak, paylı mülkiyette paydaşların masraflara katılma borcu, taşınmaz malikinin komşusunun talebi ile arsasının sınırını belirlemede yardımcı olması yükümlülüğü, komşuluk haklarının kullanılmasında işlerin yapılmasına katılma borcu, şerh edilen alım, önalım, gerialım ve şerhli kira sözleşmelerinde doğan borçlar gösterilebilir.

26 **Bıçakçı**, s. 551 – 552.

kötüniyeti ispat yükü, doğal olarak kanunî ipotek hakkını yeni malike karşı da ileri sürecek olan yapı alacaklısına düşer²⁷.

Özetle, kanunî ipotek hakkı talebinin şahsî nitelikte olduğu görüşü, yapı alacaklısını kötüniyetli malik ve iflâs alacaklılarına karşı koruyamayacak oluşundan; aynî nitelikte olduğu görüşü ise, tapu siciline güvenerek aynî hak kazananlar üzerinde yapı alacaklılarına bir aynîlik tesisinin kabul edilemezliği bakımından yetersiz görünmektedir.

Talep hakkının eşyaya bağlı bir borç olduğu görüşü, beklenmedik ipoteklerin sonradan ortaya çıkmasına engel olacak, zayıf gelir seviyesindeki kimselerin konut sahibi olabilmeleri yönündeki devlet politikasına da destek teşkil edecektir²⁸.

II- YAPI ALACAĞI VE YAPI ALACAKLISI KAVRAMLARI

A) YAPI ALACAĞI

Yapı ipoteğine konu olabilecek alacak, yapı alacağı niteliğine sahip olmalıdır. Yani, söz konusu alacak, yalnız emek veya emek ve malzeme ile yapıya katkıda bulunma nedeniyle doğmuş bir alacak olmalıdır²⁹. Bu bakımdan sadece malzeme satışından doğan alacak, yapı alacağı kavramı dışında kalacaktır.

Yapı alacağının kaynağı olarak eser sözleşmesinin varlığı aransa da, kimi durumlarda³⁰ eser sözleşmesi dışındaki hukukî ilişkiler nedeniyle yapı alacağı söz konusu olabilecektir.

Malik, yapı işlerini bizzat yaptırmış ve yüklenici kullanma yolunu seçmemişse, yapı alacaklıları tüm alacaklarını kanunî ipotekle teminat altına alabilmelidirler³¹. Malik, yapı işlerini bir yüklenici vasıtasıyla yaptırmışsa,

²⁷ Tekinay, s. 85.

²⁸ Tekinay, s. 85.

²⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 761; Saymen/ Elbir, s. 587; Bıçakçı, s. 542; Karahasan, s. 254; Akın, s. 753.

³⁰ Bkz. II, B. Vekâletsiz iş görme durumunda ve alt yüklenicinin malikle eser sözleşmesi olmaksızın yapı alacağı hakkının olması gibi...

³¹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 761; Akın, s. 754.

bu halde yapı alacaklısı alt yüklenicinin teminat altına aldırabileceği alacak miktarının ne olduğu konusu tartışılabilir. Genel kabul gören görüş doğrultusunda, alt yüklenicinin yapı alacağı teminat miktarının, taşınmaz malikinin o iş için asıl yüklenici ile kararlaştırdığı miktarı geçemeyeceği söylenebilir³².

Yapı işlerinin malikten başka biri tarafından yaptırılmış olması halinde, yapı alacağının kanunî ipotekle teminat altına alınabilmesi için taşınmaz malikinin yapının yapılmasına rıza göstermiş olması veya kendi davranışı ile yapının yapılmasına sebep olması gerekir³³. Örneğin, kiracı malikin bilgi ve iradesi dışında kendiliğinden yaptırmış olduğu yapı işlerinde çalışan yüklenici ve zanaatkârlara yapı ipoteği hakkı veremez. Bununla beraber, malikin kanunen yapması zorunlu olan bir iş ve kanunen yetkili kılınan bir kimsenin yaptırmış olduğu yapı işleri için malikin rızası olmaksızın yapı ipoteği hakkı mevcut olmalıdır. Yapım yükümlülüğü kiralayan malike ait olan, fakat gerekli ihbara rağmen malikçe yaptırılmayan tamirat işleri için, kiracı tarafından yaptırılmış olma durumu önem taşımaksızın yapı ipoteği kurulabilmelidir³⁴.

Yapı alacaklısı, aksi kararlaştırılmamışsa alacağını genel hükümler kapsamında temlik edebilir. Bu temlik, yapı ipoteği hakkının tescilinden önce olabileceği gibi tescilden sonra da olabilir³⁵. Yapı ipoteğinin tescilinden önce alacağın temliki mümkündür. Zira, bu esnada bir yapı ipoteği mevcut değildir, sadece tescili talep hakkı vardır. BK m. 168'e göre, alacağın temliki bakımından devre konu olmayacak olanlar, devreden şahsına bağlı fer'i

³² Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 38; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 761; Bıçakçı, s. 544.

³³ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 41 vd. ; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 762; Köprülü/ Kaneti, s. 312; Bıçakçı, s. 544 – 545. İsviçre Federal Mahkemesinin eski tarihli kararlarındaki görüşü bu yönde ise de, Federal Mahkemenin yeni tarihli görüşü aksi yöndedir (Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 762, dn. 310 – 311).

³⁴ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 41; Bıçakçı, s. 545.

³⁵ Yapı ipoteğinin tescilinden sonra alacağın temlik edilmesine kanunî dayanak olarak, MK m. 891'in "ipotekle teminat altına alınmış bir alacağın devrinin geçerli olması, devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı değildir" şeklindeki ifadesi gösterilebilir.

haklar olduğu için alacağın niteliği icabı tanınmış olan ve alacaklının şahsına bağlı olmayan tescili talep hakkı alacak ile birlikte talep edilebilir³⁶.

B) YAPI ALACAKLISI

1- Genel Olarak

Kanunî bir ipotek hakkı olan yapı ipoteğinden yararlanabilecek kişiler, yani yapı alacaklıları, bir yapı veya başkaca eserin yapımında malzeme ve emek gücüyle veya sadece emeğiyle katkı sağlamış olan kişilerdir. Bu kişilerin birebir isimlendirilmesi konusunda, şu an yürürlükte olan 4721 sayılı Medenî Kanun ile 743 sayılı eski Medenî Kanun arasında kapsam farklılığı olduğu söylenebilir.

Medenî Kanun'un 893. maddesine tekabül eden eski Medenî Kanununun 807. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde, “*Bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler*” in kendi adlarına kanunî ipoteğin tescilini isteyebilecekleri belirtiliyordu. Lâfzî olarak bu metin, MK m. 893/ I, b. 3'ün benzeri gibi gözükmese de ondan bazı noktalarda ayrılmaktadır. Zira, yeni kanunun ilgili maddesi, ipoteğin tescilini talep edebilecek kişileri belirtirken, burada geçen *müteahhit* yerine *alt yüklenici*, *işçiler* yerine de *zanaatkârlar* terimlerini kullanmayı yeğlemiştir. Buna göre, MK m. 893/ I, b. 3'ün lâfzına bağlı kalınırsa yapı alacaklıları, malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici ve zanaatkârlar ile sınırlı olacaktır³⁷.

Yeni Medenî Kanununun yapı alacaklılarının kapsamına getirdiği bu bakış açısı, eski metinde yer alan yapı alacaklıları bakımından hüküm düzenlemesi ve terimsel hataların düzeltilmesi olarak değerlendirilebilir. Buna göre, eski metindeki müteahhit teriminin karşılığı *alt yüklenici*, işçi teriminin karşılığı ise, *zanaatkâr* olarak düzenleme altına alınmıştır³⁸ (MK m. 893/I,

³⁶ **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 53; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 762; **Bıçakçı**, s. 546; **Akın**, s. 754.

³⁷ **Can**, s. 52; **Karahasan**, s. 253.

³⁸ **Can**, s. 53.

b. 3). Ancak, yeni metinde müteahhit yerine alt yüklenici teriminin kullanılması eleştiriye açık bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir.

2- Asıl Yüklenici – Alt Yüklenici

Yapı alacaklılarının ilk grubunu yüklenici sűjesi oluşturur. Sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinin bazılarında, tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borçlarının ifasını bir üçüncü kişiye devretmeleri mümkündür. Türk Hukukunda, borçların ifasını devreden sözleşme tarafı ile bu borçların ifasını devralan üçüncü kişinin birbirlerinden terminolojik olarak ayırt edilmesi; borçların ifasını devreden taraf için asıl, borçların ifasını devralan taraf için ise, alt sıfatlarının kullanılması suretiyle yapılır³⁹. Bu anlamda, yapı ipoteği alacaklısı olan yüklenici bir eser sözleşmesine bağlı olarak bir yapı işinin tamamını veya bir kısmını üzerine alan kişidir⁴⁰. MK m. 893/ I, b. 3’de geçen alt yüklenici ise, iş sahibi malik ile eser sözleşmesi imza etmiş asıl yükleniciye, o işin tamamlanmasını ayrı bir eser sözleşmesi⁴¹ ile taahhüt eden yükleniciyi ifade eder. O halde, yeni metin kapsamına eski tabiriyle müteahhit olarak belirtilen yapı alacaklısının dâhil olmadığı düşünülebilir. Aslında burada kanunkoyucunun, hüküm kapsamına asıl yükleniciye ek olarak alt yükleniciyi de eklemek isterken, unutkanlık sonucu hükümde asıl yüklenici terimine yer vermediği söylenebilir. Asıl yüklenicinin ifa yardımcısı konumundaki alt yüklenici, eđer aralarında sözleşme yoksa malike karşı sorumlu değilken, yapı maliki de ona karşı bir sorumluluk içerisine girmez. Yani, alt yüklenici eser sözleşmesinden doğan alacaklarını sadece asıl yüklenici konumundaki şahsa karşı ileri sürebilir. Ancak, eski kanun zamanında da alt yüklenicilerin yapı ipoteği hakkından yararlanmasının gerektiği ve müteahhitler kapsamına bugün alt yüklenici olarak telâffuz edilen alt müteahhitlerin de girebileceği ileri sürülmekteydi⁴². Çünkü, yapı ipoteği hakkının dayanağı,

³⁹ Can, s. 53.

⁴⁰ Oğuzman/ Selici/ Oktay - Özdemir, s. 760.

⁴¹ Alt yüklenici ile iş sahibi malik arasında çoğu zaman bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmaz.

⁴² Akipek, s. 242; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1053; Esener/ Güven, Eşya Hukuku, Ankara 1996, s. 433; Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 38, 39; Saymen/ Elbir, s. 586; Köprülü/ Kaneti, s. 311 – 312; Wieland/ Karafakı, s. 677; Bıçakçı, s. 537; Ayan, C. III, s. 188; Ayiter, s. 179; Davran, s. 58 -59; Akın, s. 755 – 756; Sümer, s. 605.

malik ile yapılan eser sözleşmesi değil, yapı için ortaya konan edimdir⁴³. Zira, MK m. 893/ I, b. 3'de açıkça yer alan alt yüklenici deyimi ile bu eksiklik kapatılmış, fakat belki bir unutkanlık sonucu malikten alacaklı olan asıl yüklenici hiç zikrolunmamıştır. Pek tabiidir ki, malikten alacaklı olmayan alt yüklenicilere tanınan bu haktan, malikten alacaklı olan asıl yükleniciler evleviyetle yararlanabilmelidir⁴⁴. Bu yargıya diğer bir dayanak olarak, yapı ipoteğine ilişkin devam maddelerinde (MK m. 895/ I; m. 897/ I, II, III) kanunkoyucunun asıl yüklenici, alt yüklenici ayırımı yapmadan doğrudan doğruya yükleniciden bahsetmesi gösterilebilir⁴⁵.

Bu izahlardan sonra, eski hüküm metnine rağmen malike veya yükleniciye bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak çalışan işçilerin alacaklarının bir kanunî ipotek hakkı ile teminat altına alınmadığını söylemek çok da zor olmasa gerektir. Çünkü, yapı işlerinde çalışan işçilerin alacakları kısa süreler içinde muaccel olmakta, onların ücretlerini beklemeleri ve ücretlerinin yapının bitimine vadelenirilmesi söz konusu olmamaktadır. Ayrıca işçi ücretlerinin İcra ve İflâs Kanununa göre imtiyazlı alacak olarak addedilmesi zaten fazlasıyla koruyucu bir hüküm tesisidir (İİK m. 206, m. 140)⁴⁶.

43 **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 38 – 39; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1053 – 1054; **Bıçakçı**, s. 541.

44 **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 760; **Karahasan**, s. 253; **Can**, s. 54; **Şener**, s. 38.

45 **Can**, s. 54.

46 **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1052; **Saymen/ Elbir**, s. 586; **Akipek**, s. 241; **Ayiter**, s. 179; **Davran**, s. 57 – 58; **Hatemi**, H. / **Serozan**, R. / **Arpacı**, A. , Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 742; **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 26 vd. ; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 760; **Akın**, s. 752; **Bıçakçı**, s. 541; **Ayan**, C. III, s. 188; **Sümer**, s. 604; **Şener**, s. 39. Karşı görüş için bkz. **Tekinay**, s. 86. Tekinay, ülkemizde işçilerin ekonomik yönden zayıflığını, inşaat işçisi – usta tercihinde usta lehine bir yaklaşımda bulunmanın yersizliğini, İcra ve İflâs Kanunundaki imtiyazın bu hakkı engellemek yerine güçlendirici bir etkiye sahip olduğunu ileri sürerek, işçilerin korunması ve yapı ipoteği hakkından yararlanabilmesi gerektiğini savunmuştur.

3- Zanaatkârlar

MK m. 893/ I, b. 3 kapsamında yer alan diğer bir yapı alacaklısı süjesi de zanaatkârlar olarak belirtilmiştir⁴⁷. Zanaatkârlar deyimi ile kastedilen bir eser sözleşmesine dayalı olarak bağımsız bir şekilde belirli yapı işlerini gören kişilerdir⁴⁸. Ancak, sözleşmesel bağlılık, hükümde yer alan emek ve malzeme veya sadece emek vermek kriteri karşısında zorunlu olarak aranacak bir şart olmasa gerektir⁴⁹.

Zanaatkâr terimi, her ne kadar yeni kanun metninde işçiler yerine kullanılmışsa da, burada terim değişikliğinden başka bir değişiklik yoktur. Zira, mehzaz kanun olan İsviçre Medenî Kanununda yer alan *handwerker, les artisan* terimlerinden eski kanunda yer alan hizmet akdi ile çalışan işçilerin değil, bir eser sözleşmesi ile bir yapının belli işlerinin bağımsız olarak görülmesini taahhüt eden ve zanaatkâr olarak adlandırılan kişilerin anlaşılması gerektiği eski Medenî Kanun döneminde de çoğunlukla kabul görmekteydi⁵⁰. Bununla beraber, yapı ipoteği hakkı bulunan zanaatkârların malikten veya asıl yükleniciden alacaklı olan zanaatkârlarla sınırlandırılmaması ve alt yükleniciden alacaklı olan zanaatkârların da bu kategoriye dâhil olduğunun kabulü maddenin amacı ile uyumludur⁵¹.

4- Diğerleri

Yapı ipoteğinden yararlanacak kişilerin kapsamına, yapı sahibini bir zardan korumak için taşınmaz üzerindeki yapıya malzeme vererek ya da

47 743 sayılı eski Medenî Kanun m. 807/ I, b. 3'de zanaatkârlar yerine işçilerden söz edilmişti.

48 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 760.

49 Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 30 vd.

50 Bkz. MK m. 893'ün madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 26 vd. ; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1053; Saymen/ Elbir, s. 586; Velidedeoğlu, H. V. , Türk Medenî Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1983, s. 780; Davran, s. 57 – 58; Wieland/ Karafaki, s. 677 – 678; Köprülü/ Kaneti, s. 310; Esener/ Güven, s. 433; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 741 – 742; Ayiter, s. 179; Bıçakçı, s. 540; Akın, s. 752; Can, s. 55; Aybay/ Hatemi, s. 193.

51 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 760; Can, s. 55.

vermeyerek vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde çalışarak emek harcayan kişilerin de girmesi gerektiği söylenebilir⁵².

5- Yapı İpoteği Hakkına Sahip Olmayanlar

Yapı ile yakın ilişki içinde olmalarına rağmen, yapı ipoteği hakkından yararlanamayan kişiler de vardır. Bu bağlamda, yapının plan, projesini hazırlayan mühendisler ve mimarlar yapı işlerini bizzat yürütmek kaydıyla yapı ipoteği hakkına sahip değillerdir. Bunun gibi, yapıya malzeme sağlayan satıcılar bu malzemeleri özel olarak yapı için hazırlamamışlarsa, yapı ipoteği hakkından yararlanamazlar⁵³.

III- YAPI İPOTEĞİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI

A) GENEL OLARAK

Yapı ipoteği hakkının doğumu, yani malzeme vererek ya da vermeyerek emeği ile bir yapının oluşum aşamasında çalışan yüklenici ve zanaatkârların kanunî ipotek hakkından faydalanmaları, eser bedeli veya malzeme değeri olarak doğacak alacağa bağlılık gösterir. Bu kişilere tanınan bu hakkın anlamı, malzeme veya emeğin inşa edilen taşınmazın bütünleyici parçaları ve onun kullanım değerini azaltmadan ayırlamaz hale gelmiş olmaları ile bu kişilere ait hakların başka bir aynî teminata bağlanamaz oluşunda saklıdır⁵⁴. Bu olgudan çıkarılacak olan yargıya göre, yapı ipoteği kurumundan yaralanacak yüklenici ve zanaatkârların bir takım şartları sağlamaları gerekir. Bu şartları sağlayamayan yüklenici ve zanaatkârların yapı ipoteği hakkından yararlanmaları söz konusu olamaz⁵⁵.

⁵² **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 39 – 40; **Saymen/ Elbir**, s. 587; **Wieland/ Karafakı**, s. 677; **Bıçakçı**, s. 542; **Akın**, s. 753; **Şener**, s. 41.

⁵³ **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1054; **Saymen/ Elbir**, s. 586; **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 40, 44; **Davran**, s. 58; **Ayan**, C. III, s. 188; **Ertas**, s. 536; **Sümer**, s. 606; **Bıçakçı**, s. 540; **Akın**, s. 753.

⁵⁴ **Tekinay**, s. 85.

⁵⁵ 15. HD, 16.06.2005, 6312/3626, "...Davacı yüklenici her ne kadar dava dilekçesinde sözleşmeye aykırı olarak ve kötüniyetle davalılar tarafından kurulan kat irtifakının da iptalini istemiş ise de 2.3.2003 tarihli oturumda alınan imzalı beyanı ile davadaki asıl taleplerinin tapunun iptali ile kooperatif adına tesciline ilişkin olduğunu açıklamış bulunmalarına, inşaat sözleşmeye uygun olarak ikmal edilmediğinden sözleşme hükmü gereği da-

Bu şartlar; *bir yapı alacağının mevcut olması, alacağın çekişmeli olmaması, malik tarafından yeterli güvencenin gösterilmemiş olması, tescil talebinin süresinde istenmiş olması ve tescilinin yapılması* olarak belirtilebilir.

B) BİR YAPI ALACAĞININ MEVCUT OLMASI

Yapı ipoteği hakkının en temel şartı, bir yapı alacağının mevcut olmasıdır. MK m. 893/ I, b. 3'e göre yapı alacağı, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf edenlerin malzeme ve emeklerinin karşılığı olarak malikten alacaklı oldukları tutardır. Öyleyse, yüklenici ve zanaatkârların kanunî ipotek hakkı sadece bina yapımı çalışmalarına münhasır değildir. Bu bakımdan, yapılan yapı veya diğer işler deyimini geniş yorumlamak gerekmektedir⁵⁶.

Yapı, iktisadî ihtiyaçlara ve insanların ikametgâhına tahsis edilmiş olan ve bir taşınmaz üzerine yapılan etrafı çevrili ve kapalı olan nesnelere genel adıdır⁵⁷. Bunun gibi köprü, su bendi, setler, tüneller ve benzeri yapılar üzerinde de kanunî ipotek hakkı kurulabilmektedir. Bunların dışında, bir yapının tamir ve bakım işleri de bu hakkın kapsamına girer⁵⁸. Taşınır yapının MK m. 893/ I, b. 3 anlamında yapı kapsamında girip girmeyeceği belirsizlik arz etse de, esasen yapı ipoteğine konu olmayacağı kabul edilmektedir⁵⁹.

Yapı ipoteğinin doğumu için her şeyden önce ilgili taşınmazın tescil edilmiş olması gerekir. Bu yüzden, kamuya ait taşınmazlarda tescil olanağı

vacının dava tarihi itibarıyla tescil talebinde bulunmaya hakkı olmadığına anlaşılmasına, şartları oluştuğunda tescil talebi ile ilgili dava açıldığında bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun olarak paylaşımının yapılacağına ve ayrıca kurulan kat irtifakına yönelik itirazın tescil için açılacak dava ile birlikte adli yargı yerinde çözüleceğinin de tabii bulunmasına, TMK' nun 895. maddesi uyarınca koşulları oluşmadığından davacının kanuni ipotek tesisi ile ilgili talebinin reddedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, sonucu itibarıyla doğru olan hükmün değişik bu gerekçe ile onanmasına... oybirliği ile karar verildi..." (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶ Akipek, s. 242.

⁵⁷ Akipek, s. 243; Ayiter, s. 179; Ayan, C. III, s. 188; Sümer, s. 603.

⁵⁸ Akipek, s. 243; Sümer, s. 603. Bıçakçı, s. 543.

⁵⁹ Akipek, s. 243; Bıçakçı, s. 543; Ayan, C. III, s. 189; Sümer, s. 603.

söz konusu olmayacağından, bu tür taşınmazların kanunî ipotek hakkına konu olmayacağı söylenebilir⁶⁰.

MK m. 893/ I, b. 3’de geçen ve *diğer işler* olarak belirtilen kavram, toprak yüzünü her hangi bir biçimde değiştirmeye yönelik faaliyetler olup, teknik araçlarla bir taşınmaz üzerinde, içinde veya altında yapılan tesisatı ifade etmektedir. Bu bağlamda, taşınmazın etrafına duvar çekilmesi, kaynak suyunu tutma tesisleri yapılması, kanal açılması, köprü yapılması, yol kaldırımlarının yapılması gibi faaliyetler yapı kavramına dâhil edilmektedir⁶¹.

İzah edilenler dışında, yapı alacağı kavramına daha önce değinildiği⁶² için daha fazla ayrıntı verilmeksizin bu konu burada sonlandırılacaktır.

C) ALACAĞIN ÇEKİŞMELİ OLMAMASI

Yapı ipoteğinden yararlanmanın ikinci şartı, ipotek ile güvence altına alınmak istenen yapı alacağının çekişmesiz olmasıdır. Bu şarta kanunî dayanak olarak, MK m. 895/ III’ ün “*tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması gerekir*” şeklindeki ifadesini göstermek mümkündür. Esas itibarıyla bu şart, MK m. 851’de yer alan ipotek kurulumu için alacağın belli olması gerekliliğini arayan kuralın yapı ipoteğine uyarlanmış özel bir uygulamasıdır⁶³.

Tescil işleminin yapılabilmesi, malikin alacak miktarını kabul etmesine bağlıdır. Ancak, onun kabul ettiği bu alacak, gerçek borç miktarını da kabul ettiği anlamına gelmez. Kanunda, yalnızca yapı ipoteğinin taşınmaz üzerinde ne miktarda bir yük teşkil edeceğine malikin razı olması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴.

Alt yüklenicinin yapmış olduğu yapı işlerinden doğan alacaklar da malikçe tanınmalıdır. Ancak, bu yargıdan malikin bu borçtan dolayı alt yükle-

⁶⁰ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 24; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 759, dn. 294.

⁶¹ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1054; Akipek, s. 243; Ayan, C. III, s. 189; Sümer, s. 603.

⁶² Bkz. II, A.

⁶³ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1054.

⁶⁴ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 42; Akipek, s. 244; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 763; Ayan, C. III, s. 189.

nicilere karşı şahsen sorumlu olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Alt yükleniciye karşı sorumluluk sahibi olan yine asıl yüklenicidir. Malik, söz konusu alacağı tanıyarak adeta başkasının borcu için kendi taşınmazı ile sorumlu olmayı kabul etmiş olur⁶⁵.

Yapı ipoteğinin türü, alacağın yapı işlerinin bitiminden önce veya sonra belirlenmesine göre farklılık arz eder. Yapı işlerinde yapı alacaklılarına ödenecek borç genellikle işlerin bitiminden sonra tespit edilir ve bu durumda işlere başlama aşamasında yapı ipoteğinin tescili istemi, tahmini bir rakam üzerinden yapılır ki bu durumda malikin razı olduğu yapı ipoteği, üst sınır ipoteği olarak tapuya tescil edilir. Ancak, yapı işlerinden doğacak borç, işlere başlamadan önce net olarak belli ise ve malik, bu miktarın tesciline razı olmuşsa tapuya tescili söz konusu olan ipotek anapara ipoteğidir⁶⁶.

Malik, iddia edilen alacak miktarını kabul etmediği takdirde tapuya tescili yapılacak alacak miktarı mahkemece tespit edilecektir⁶⁷. Mahkemenin tespiti işin bitiminden önce alacak miktarını tespit etmek olacağından, ancak üst sınır üzerinden değerlendirme yapılır⁶⁸.

Yapı alacaklısı, tescil talebinde bulunabilmek için geçerli olan hak düşürücü nitelikteki üç aylık süreyi kaçırmamak ve sonradan taşınmaz üzerinde aynî hak tesis edebilecek üçüncü kişilere karşı ipotek hakkını iddia edebilmek amacıyla mahkemeden “geçici tescil şerhi” düşülmesini talep edebilir

⁶⁵ Akipek, s. 244; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1054; Şener, s. 42.

⁶⁶ Şener, s. 342. İpoteğin çeşitleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, C. III, s. 183 vd.

⁶⁷ Akipek, s. 244; Oğuzman/ Selici/ Oktay - Özdemir, s. 763; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1055; Ertaş, s. 535; 14 HD 27.06.1978, 2540/ 3498 (YKD 1979/ 2, s. 233) ; HGK 04.05.1994, 15 – 79/ 288, “...Davacı tarafca kaldırılması istenen ipoteğin inşaat masrafları olarak borçlanılmış bulunulan 555.400.000. TL. için tesis edilmiş olduğu ve davalı yüklenici tarafından davacı aleyhine istihkak alacağı ile ilgili olarak İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1989/1399 esas sayılı dosyası ile dava açıldığından bu dava neticesi beklenilerek sonuçta yüklenicinin senetlerle yapılan ödemeler de dahil tüm ödemelerden sonra bir alacağı olduğu saptandığı takdirde ipoteğin o miktar kadar geçerli olduğu gözetilmek suretiyle hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken aksine düşünce ile yazılı olduğu şekilde ipoteğin ciro edilen senetlerin teminatı olduğu gerekçesi ile karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁸ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 97; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1054; Köprülü/ Kaneti, s. 317; Oğuzman/ Selici/ Oktay - Özdemir, s. 763.

(MK m. 1011/ I, b. 1; TST m. 58)⁶⁹. Buradaki üç aylık süre, işlerin bitiminden sonraki sürece işaret eder (MK m. 895/II'ye kıyasen). Bu konuda farklı bir yaklaşım getiren bir diğer görüş ise, bu şerh hakkının geçici tescilden ziyade yapı alacaklıları lehine taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı özelliğe sahip olarak MK m. 1010/ I, b. 1 uyarınca yapılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁰.

Geçici tescil şerhinin mahkemece kabul edilmesi sayesinde yapı alacaklısı, üç aylık tescil süresini korur ve geçici tescil şerhi ve sonraki kesin tescil sayesinde bu şerh tarihinden sonra ipotek koydurmuş olan diğer rehinli alacaklılara karşı yapı ipoteği hakkını ileri sürebilir. Bu sayede, malikin iflâsı halinde iflâs alacaklılarına veya taşınmazı iyiniyetle iktisap eden aynı hak sahiplerine karşı yapı alacaklısının ipotek hakkı geçerlilik arz eder⁷¹.

D) MALİK TARAFINDAN YETERLİ GÜVENCENİN GÖSTERİLMEMİŞ OLMASI

Malik tarafından yapı alacağı için yeterli güvence gösterilmişse yapı ipoteği hakkından yararlanılamaz. Bu şart, MK m. 895/ son hükmüne göre, “malik yeterli güvence gösterirse tescil istenemez” ifadesi ile kanunî dayanağını bulmuştur.

Yapı ipoteği hakkının kanun tarafından düzenlenmesinin sebebi, söz konusu alacaklı gruplarını koruma sosyal düşüncesine dayandırılabilir. O hal-

⁶⁹ **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 112 vd. ; **Akıpek**, s. 247; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 764; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1056; **Wieland/ Karafakı**, s. 682; **Davran**, s. 63; **Köprülü/ Kaneti**, s. 320; **Ertaş**, s. 535; **Ayan**, C. III, s. 190; **Bıçakçı**, s. 555; **Sümer**, s. 609. Ancak, yapı alacaklısı lehine geçici tescil şerhinin verilebilmesi için, talepte bulunan kişinin, haklı olması ihtimalini kabulü mümkün delillerle ispatlaması gerekir. Elbette, bu hususta tam bir ispat şartı aramayacaktır (**Tekinay, S. S./ Akman, S./ Burcuoğlu, H./ Altop, A.**, Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 398).

⁷⁰ Bu görüş taraftarlarına göre, Medenî Kanununun 1011. maddesinde geçen şerh istemi ancak mevcut fakat taraflar arasında aidiyeti ihtilâflı bir aynı hak için verilebilir. Bu yüzden onlar, yapı alacaklılarının henüz doğmuş, aynı hak haline gelmiş bir ipotek hakkı yoktur diyerek MK m. 1011'e göre şerh verilmesini fikrini eleştirmektedirler (**Köprülü/ Kaneti**, s. 320 – 321; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1056) . Karşı görüş için bkz. **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 118 vd. ; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 398; **Akıpek**, s. 247; **Ayan, M.**, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. I, 4. Baskı, Konya 2004, s. 309 ve 318; **Bıçakçı**, s. 559 – 560 ve dn. 90.

⁷¹ **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 128; **Bıçakçı**, s. 559 – 560; **Şener**, s. 43.

de, böyle bir güvenceyi verebilen malik karşısında bu hakkın kullanılmasına ihtiyaç duyulmaz⁷². Elbette, malik tarafından gösterilen güvencenin bu fonksiyonlara sahip olması, onun yeterliliğine, ciddiyetine ve yapı alacaklılarının alacaklarını tam anlamıyla karşılamaya elverişliliğine bağlıdır⁷³.

Malik tarafından gösterilecek güvencenin türü konusunda bir zorunluluk yoktur. Gösterilecek güvence, aynî ya da şahsî nitelikte olabilir. Bu bakımdan, kıymetli evrak depo edilmesi veya kefil gösterilmesi güvence için yeterli sayılabilir. Gösterilecek güvencenin yeterliliği konusunda çıkacak ihtilâflar hâkim tarafından sonuca bağlanır⁷⁴. Hâkimin bu konuda vereceği karara değin hak kaybını önlemek adına, yapı alacaklıları geçici tescil şerhi yoluna başvurabilirler⁷⁵. Hâkim, yapacağı inceleme sonucunda verilmiş güvenceyi yeterli bulacak olursa tescil talebini ret edecektir. Ayrıca, bu ret üzerine evvelce konmuş geçici tescil şerhi de terkin edilmelidir⁷⁶.

Malik tarafından yeterli güvence gösterilmişken, yapı ipoteği tescil talebinde bulunamayacak olan alacaklı, söz konusu güvencenin kendi kusuru olmaksızın yeterliliğini kaybetmesi üzerine, yapı ipoteğinin tescilini isteme hakkını yeniden elde eder. Örneğin, gösterilen kefil borç ödemedede aceze düşmüş ve kıymetli evrak ani değer kaybına uğramışsa, şüphesiz yapı alacaklılarının alacağı tehlikeye girecektir. Bu durumda malik, ya tescili kabulenecek ya da yeni ve yeterli teminat göstererek başka bir çözüm üretecektir⁷⁷. Burada üç aylık sürenin kaçırılmış olduğu bir ihtimal nazara alınırsa,

⁷² Köprülü/ Kaneti, s. 313; Akipek, s. 245; Ertaş, s. 535.

⁷³ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1057; Akipek, s. 245.

⁷⁴ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1057; Wieland/ Karafaki, s. 685; Köprülü/ Kaneti, s. 313; Davran, s. 62; Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 99; Akipek, s. 245; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s.763; Ayan, C. III, s. 189; Bıçakçı, s. 556; Akın, s. 759; Sümer, s. 609; Şener, s. 43.

⁷⁵ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 99; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1059; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 764; Akipek, s. 245; Davran, s. 62; Ayan, C. III, s. 189. Hatemi/ Serozan/ Arpacı ise, alacaklı ile malik arasında bu konuda çıkabilecek ihtilâfın halline, ipotek tesisi borcunun ifası için ifa davası açılması yoluyla çözülmesi ve MK m. 716 hükmüne göre şerh istenmesi, şeklinde alternatif getirmektedirler (bkz. Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 743).

⁷⁶ Davran, s. 62; Sümer, s. 609.

⁷⁷ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 100; Davran, s. 62; Bıçakçı, s. 556; Şener, s. 44.

artık tescilin mümkün olmaması üzerine, sadece yeni bir güvence gösterilmesi istenebilir⁷⁸.

Malikin güvence gösterme yükümlülüğünün kapsamı dar yorumlanarak malik tarafından sadece asıl yükleniciye güvence gösterilmesi yeterli görülemez. Malik, yapı alacaklısı sıfatını haiz olan herkese ayrı ayrı güvence vermek zorundadır⁷⁹. Malik, zanaatkar yanında asıl yüklenici ve alt yükleniciye ayrı ayrı güvence göstermek yoluna gitmek yerine işin en başında borcun tamamına yeterli olan bir değeri depo edebilir⁸⁰. Yapı ipoteği tescil edildikten sonra dahi, malik, yeterli güvence göstererek yapı ipoteğinin terkinini sağlayabilecektir⁸¹.

E) TESCİL TALEBİNİN SÜRESİNDE İSTENMİŞ OLMASI

MK m. 895/ II' nin “*tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir*” şeklindeki ifadesi, yapı ipoteğini tescil hakkının diğer bir şartını ortaya koymaktadır⁸². Maddenin ilk fıkrasında ise, yapı alacaklılarının kanunî ipotek haklarının tescilinin çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri anda başlayacağına değinilmiştir.

Hükümde yer alan ve yapı ipoteği için öngörülmuş olan iki farklı süre dikkat çekmektedir. Birinci fıkrada yer alan ve tescil talebinin en erken ne zaman yapılabileceğini ifade eden ilk süre, eser sözleşmesinin yapıldığı tarihte başlayacaktır. Burada kanun, fiilen işlere başlama tarihini esas almayaarak, yapı alacaklılarına daha erken tescili isteme imkânını sunmuş ve böylece sonradan kurulacak rehinlere karşı onların durumunu sağlamlaştırmayı istemiştir⁸³. İşe başlandığı anda alacağın tutarını belirlemek hayli güçlük arz

78 **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 100; **Sümer**, s. 609; **Şener**, s. 44.

79 **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 100; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1059; **Akipek**, s. 245; **Davran**, s. 62; **Bıçakçı**, s. 557; **Sümer**, s. 609; **Şener**, s. 44.

80 **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 100.

81 **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 101; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 764.

82 İİD, 11.10.1971, 4652/ 6201 (RKD 1972/ II, s. 445).

83 **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1057; **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 83; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir**, s. 764; **Köprülü/ Kaneti**, s. 316; **Esener/ Güven**, s. 435; **Esener/ Güven**, 4. Baskı, s. 522; **Davran**, s. 60; **Aybay/ Hatemi**, s. 194.

edeceğinden, buradaki alacak miktarı tahmini olarak bir üst sınır ipoteği ile teminat altına alınacaktır⁸⁴.

Hükümde yer alan ikinci süre, tescili talep süresinin sonunu göstermektedir. Hak düşürücü nitelik taşıyan bu süreye göre, yapı alacaklıları, işlerin tamamlanmasından itibaren üç ay içerisinde kanunî ipotek hakkının tescilini tapu memuruna yöneltmelidirler. Sürenin hak düşürücü özelliği, tescil talebinde bulunmayan yapı alacaklısının kanunî ipotek hakkını kendiliğinden yok edecektir⁸⁵. Bu durumda, malik ve yapı alacaklısı, yapı alacağını güvence altına almak için yapı ipoteği yerine önceliği olmayan bir ipotek hakkı tesis edebilirler. Bu durumda, ipotek hakkının doğumu, yapı işlerinin başladığı tarihe göre değil, ipoteğin tescil edildiği tarihe göre belirlenecektir. Böylece, üç aylık süre bitince yapı ipoteğinin tescil edilmediğini görerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu kütüğüne duydukları güven korunmuş olur⁸⁶.

Yapı işlerinin tamamlanması olarak belirtilen anı, yapının tamamıyla bitirilmesi olarak algılamak yanlış bir tutum olacaktır. Zira, her yapı alacaklısı yüklenmiş olduğu işleri bitirince, yapı işlerinin onun açısından tamamlanmış sayılacağı, onun, diğerlerinin tüm yapı işlerini bitirmesini beklemeden bu andan itibaren üç ay içinde yapı ipoteğinin tescilini talep edebileceğinin kabulü zorunludur⁸⁷.

F) TESCİLİN YAPILMASI

Yapı ipoteği, yetkili kişinin tescil talebine istinaden tapu memurunca tescil işleminin yapılmasıyla kurulacaktır. Bu anlamda, yapı ipoteğinin tescilli de yapı ipoteğinden yararlanmanın bir şartı olarak belirtilebilir. Taşınmaz üzerindeki yapının inşasına malzeme vererek veya sadece emeği ile katılıp değer artışı sağlayan yüklenici veya zanaatkârlar tarafından tescil talebinde

84 Wieland/ Karafakı, s. 684; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1058; Ayan, C. III, s. 191.

85 Köprülü/ Kaneti, s. 318; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1058; Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 100; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 764; Karahasan, s. 255; Ayan, C. III, s. 190.

86 Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 319; Şener, s. 45.

87 Köprülü/ Kaneti, s. 319; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1058; Karahasan, s. 255; Akipek, s. 246; 17 Ayan, C. III, s. 190.

bulunulacaktır. Öğretide, bizzat malikin de hak sahibi bu kişiler lehine tescil talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir⁸⁸. Daha önce de belirtildiği⁸⁹ gibi yapı ipoteğinin tescilini isteme hakkı eşyaya bağlı bir borçtur.

Unutmamak gerekir ki, MK m. 895/ III uyarınca, tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmesi veya mahkemece karar bağlanmış olması gereklidir. Yapı alacaklısı tescil talebinde bulunurken, bu talebine, malikin iddia edilen alacağı kabul ettiğini gösteren belgeler veya bu konuda verilmiş mahkeme kararını eklemelidir. Tescil talebi, eser sözleşmesinin yapılmasından itibaren her an için yapılabilecektir. Tescil talebi için ayrıca işe başlanmış olması şartı aranmayacaktır⁹⁰.

Usulüne uygun bir şekilde yapılan tescil işleminden sonra yapı ipoteği kurulmuş olur. Yapı ipoteği hakkının kurulması için ayrıca resmi senet düzenlenmesi gerekmez. TST m. 37 uyarınca, işçi ve yüklenici ipoteklerinin tescilinde, kütüğün rehin haklarına ait düşünceler kısmında "inşaatçı ipoteği" olduğu belirtilecektir.

MK m. 893/ II' ye göre, yapı alacaklılarının yukarıda izaha çalışılan şartlarla elde edecekleri kanunî ipotek hakkından önceden feragat etmeleri geçerlilik arz etmez.

IV- YAPI İPOTEĞİ HAKKININ ÖNCELİĞİ

A) GENEL OLARAK

Yapı ipoteğinin önceliği konusunda ilk olarak yapı ipoteği hakkına sahip alacaklılar arasındaki sıra bahsi önem arz etmektedir. Bu durumu düzenleyen MK m. 896'ya göre, "*Hakları değişik tarihlerde tescil edilmiş olsa bile zanaatkâr ve yükleniciler, kanunî ipotekten yararlanma bakımından kendi aralarında aynı sırada sayılırlar*". Yapı alacaklıları arasındaki sırayı düzenleyen bu hüküm, taşınmaz üzerinde birden fazla yapı ipoteği düzenlenmişse bunların tescil tarihine bakılmaksızın, aralarında sıra eşitliği olduğunu belirtmektedir.

⁸⁸ Akipek, s. 245; Köprülü/ Kaneti, s. 317; Davran, s. 61; Ayan, C. III, s. 190.

⁸⁹ Bkz. I, B, 6.

⁹⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 316; Davran, s. 61; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1057; Ayan, C. III, s. 190.

Yapı alacaklıları, malik ile yaptıkları eser sözleşmesi dolayısıyla ücret alacakları için kanunî ipotek hakkının tescilini istemeye yetkili olduklarından, bu alacaklılardan bir kısmı, yapı işlerine erken başlamalarına bağlı olarak bu kanunî ipotek hakkını erken tescil ettirmiş olabilirler. Bu durum karşısında eğer MK m. 896 hükmü olmasaydı, bir takım engellerle işini daha sonra yapmak zorunda olan ama taşınmazın değer kazanmasında aynı emek ve çabaya sahip olan yapı alacaklıları mağdur durumda kalacaktı⁹¹. Oysa, taşınmazda meydana gelen değer artışı, kollektif çalışmaya bağlı olarak bir iş birliğinin sonucunda tüm yapı alacaklılarının ürünü olarak ortaya çıkmıştır. İşte, bu haksız durumu engelleme amacına hizmet eden MK m. 896 sayesinde çeşitli yapı alacaklıları, ipotek hakları farklı tarihlerde tescil edilmiş olsa bile aynı sıradalarmış gibi taşınmazın paraya çevrilmesinden elde edilen bedelden alacaklarını almaya hak kazanacaklardır. Bu kuraldan anlaşılacağı gibi, paylaşma sonucunda yapı alacaklıları alacaklarını tam olarak elde edemezlerse, elde edilen bedel onların alacakları oranında paylaşılır⁹².

Yapı alacağının önceliği, MK m. 897'de hükme bağlanmıştır. Kanundan doğan ipotek hakkının sırası bu hakların tescil edildiği tarihler esas alınarak tarih itibariyle önce olandan en sona doğru belirlenir. Bu ilke gereğince taşınmaz maliki, kötüniyetli bir bakış açısıyla yapı alacaklılarının ipotek haklarına rağmen onlardan önce başka ipotekler tesis ettirmiş olabilir. Bu ipoteklerin tutarı taşınmazın değerini aşmışsa, yapı ipoteginden önce tescil edilmiş diğer ipotekler sıracı önde olacaklarından yapı alacaklıları, kanunî bir ipotekle güçlendirilmiş olan yapı alacaklarını kısmen veya tamamen elde edemeyeceklerdir. Onların emekleri ve malzemeleri ile taşınmaza kattıkları değer fazlasından kendileri değil, ön sıralı ipotek alacaklıları istifade edeceklerdir⁹³.

⁹¹ Akipek, s. 248; Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 148; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1059; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 765; Bıçakçı, s. 561.

⁹² Köprülü/ Kaneti, s. 321; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1059; Tekinay, s. 88; Akipek, s. 248; Esener/ Güven, s. 436; Esener/ Güven, 4. Baskı, s. 523; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 765; Davran, s. 64; Wieland/ Karafaki, s. 686 – 687; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 743; Ayan, C. III, s. 191.

⁹³ Akipek, s. 249; Köprülü/ Kaneti, s. 322; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1059; Saymen/ Elbir, s. 588; Ayan, C. III, s. 191; Bıçakçı, s. 562.

İşte, hakkaniyete ve kanunun amacına taban tabana ters düşen bu duruma izin vermek istemeyen kanunkoyucu, MK m. 897'yi tesis ederek yapı alacaklılarını koruyucu bir tutum sergilemiş ve bu sayede, ön sıralı ipotek alacaklıları yüzünden alacağını kısmen veya tamamen alamayan yapı alacaklılarına alacaklarını eksik tahsil ettikleri miktar için diğer ipotek alacaklılarına yönelerek bu kısmı onlardan tahsil etme şansı vermiştir. Bu hakka, yapı alacaklılarının öncelik hakkı denilmektedir⁹⁴. Bu öncelik hakkı, ipotek hakkı bulunan önceki sıralı alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanır (MK m. 897/I, c. 1).

B) ÖNCELİK HAKKININ ŞARTLARI

Yapı alacaklılarının öncelik hakkından yararlanmaları esasen iki şarta bağlanmıştır. Bu şartlar objektif ve sübjektif şartlar olarak ikiye ayrılır.

1- Objektif Şart

Yapı alacaklılarının öncelik hakkından yararlanabilmeleri için her şeyden önce, yapı ipoteği hakkının tescil ettirilmiş olması ve taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen meblâğın, taşınmazın yapı işleri başlamadan önceki değerini aşmış olmasına rağmen yapı alacaklılarının alacağını kısmen veya tamamen karşılamaya yetmemesi gerekmektedir⁹⁵. Çünkü, bu halde taşınmazın yapı işleri başlamadan önce mevcut değerinden fazlası için rehine konu yapılmış olduğu ve bunun yapı alacaklılarını zarara uğratacağı açıktır⁹⁶.

Objektif şart olarak belirtilen bu ihtimalin gerçekleşmesi üzerine, yapı alacaklısının ayrıca taşınmaz malikinin diğer malvarlığı değerlerine başvurarak elde edemediği kısım için borç ödemediği aciz belgesi alması veya onun iflâsını istemesi gerekmeyecektir⁹⁷. Bunun gibi, ön sıradaki alacaklılar, ipo-

⁹⁴ Köprülü/ Kaneti, s. 322; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1059; Akipek, s. 249; Ertaş, s. 537; Ayan, C. III, s. 191; Karahasan, s. 256; Bıçakçı, s. 562; Akın, s. 763.

⁹⁵ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 178; Köprülü/ Kaneti, s. 322; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 765; Ertaş, s. 537.

⁹⁶ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 180; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1060; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 765; Akipek, s. 250.

⁹⁷ Köprülü/ Kaneti, s. 322; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 765, dn. 337; Bıçakçı, s. 563.

tek haklarının varlığı iddiası ile yapı alacaklılarının tapu sicilinin aleniyet ilkesini dayanarak kendilerine ait ipotek hakkını gördüklerinden bahisle onların öncelik hakkına mani olamazlar⁹⁸.

2- Sübjektif Şart

Objektif şartın dışında MK m. 897'ye göre, öncelik hakkından bahsedebilmek için bir de sübjektif şartın gerçekleşmesi şarttır. Buna göre, taşınmaz üzerindeki yüklerin, yapı alacaklılarının zararına olacağına diğer alacaklılar tarafından bilinmesi gerekmektedir (MK m. 897/I, c. 2). Rehin sahibi diğer alacaklıların hal ve şartlara göre, kendilerinden beklenecek özeni gösterdikleri takdirde zararı görebilecek durumda olmaları sübjektif şartın gerçekleşmesine yeterli olacaktır⁹⁹.

Bu durumda, yapı alacaklılarının zarara uğrayacağını bilmek, daha rehin hakkını kurarken taşınmazda doğacak değer fazlasının tamamen veya kısmen ön sırada bulunanlar yüzünden yapı alacaklılarının alacağına engel olacağını göz önünde bulundurmamak demektir. Yani, ön sırada bulunan alacaklılar malikin ileride bu taşınmaz üzerinde bir yapı inşa ettireceğini tahmin edebilecek durumda olmalıdırlar.

Bu yargıya göre, rehin hakkıyla üzerine yapı inşa edilecek taşınmazın onun toprak değerini aşmayan bir bedelle sınırlayan veya duruma göre bütün dikkat ve özeni göstermesine rağmen toprak değerinin aşılmadığını sanan alacaklı, iyiniyetli sayılacak ve sübjektif şartın sağlanmasını engelleyecektir¹⁰⁰. Bu yüzden, rehin hakkı sahibinin sübjektif şarta göre niyetinin değerlendirilmesinde taşınmazın rehin kuruluşu sırasındaki değeri esas alınacaktır¹⁰¹.

⁹⁸ **Bıçakçı**, s. 563.

⁹⁹ **Reisoğlu**, Kanunî İpotek, s. 189; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1062; **Saymen/ Elbir**, s. 590; **Akipek**, s. 251; **Esener/ Güven**, s. 436; **Ertaş**, s. 537.

¹⁰⁰ Bu bakımdan, daha önce sicile tescil edilmiş bir taşınmaz rehni, rehinli alacaklının malike yapı için açtığı krediye teminat olarak kurulmuşsa, yapı kredisi yapı alacağına tahsis edildiği takdirde değer fazlası üzerindeki talep rehinli kredi alacaklısına karşı ileri sürülemez. Zira, bu halde kredi veren rehinli alacaklının rehin alacağına kurulması ile yapı alacaklılarına zarar vereceğini düşünmesi gerektiğinden söz edilemez.

¹⁰¹ **Bıçakçı**, s. 564.

Kısacası, objektif ve sübjektif şart bir arada yer alırsa yapı alacaklıları yapıda meydana getirdikleri değer artışının uğradıkları zararın tazminine tahsis edilmesini talep edebileceklerdir.

C) ÖNCELİK HAKKININ HÜKÜMLERİ

Yapı alacaklılarının ön sıralı rehin sahiplerinden isteyebilecekleri tazminat, yapının paraya çevrilmesinde alacaklarını kısmen veya tamamen alamamış ve zarara uğramış yapı alacaklılarının zararını içine alır. Ancak, yapı alacaklıları uğradıkları zararın tamamını tazmin ettiremezler. Zira, MK m. 897, yapı alacaklılarına sadece yapı üzerinde doğmuş değer fazlasını, ön sıralı rehin alacaklılarına ise, satış bedelinden arsa değerini karşılayan kısmı tahsis etmiştir¹⁰².

Bu yüzden, yapı alacaklılarının öncelik hakkının tespiti, arsanın değeri tespit edildikten sonra bu değerın satış sonrası elde edilen meblâğdan çıkarılması suretiyle belirlenir. Arsanın değer tespiti, taşınmazın paraya çevrilme anına göre yapılmalıdır¹⁰³. Paraya çevirme sonucunda taşınmaz değerinden aşağı satılmışsa satış parasından ne miktarın yapı alacaklılarının kattığı ek değere; ne miktarın taşınmazın onların emekleri olmaksızın taşıdığı değere ayırt edileceği orantı esasına göre belirlenir¹⁰⁴.

Öncelik hakkının şartların gerçekleşmesi halinde, talep hakkının doğumu için önceki sıralı taşınmaz rehinlerinin çeşidinin önem taşıyıp taşımadığı MK m. 897 açısından belirsizlik arz etmektedir. MK m. 897/ I' de önceliğin "ipotek hakkı elde eden önceki sıralı alacaklılar" süjesinin payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanacağı belirtilmiştir. Ancak, ikinci fıkrada bu alacaklıların, rehin senetlerini devretmeleri halinde, bu devir yüzünden yüklenici ve zanaatkârların elde edemedikleri alacak miktarının, önceki sıradaki rehinli alacaklılar tarafından tazmin edileceği belirtilmiştir. Bu iki fıkra arasında ipotek çeşidi bakımından çelişki varmış gibi gözükmekte; ilk fıkrada ipotek, ikinci fıkrada ise senede bağlı ipotekler, yani ipotekli borç senedi ve irat senedi kastedilmiş gibi anlaşılmaktadır.

¹⁰² Bıçakçı, s. 564.

¹⁰³ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1060.

¹⁰⁴ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1062; Köprülü/ Kaneti, s. 323; Bıçakçı, s. 564.

Bu düzenlemeye rağmen talep hakkı, şartların gerçekleşmesi sonucunda önceki sıralı ipotek çeşidi önem arz etmeksizin yapı alacaklıları lehine doğmaktadır¹⁰⁵. Ancak, ön sırada yer alan rehinli alacak temlik edilmişse hukuki durum, önde gelen rehinli ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi olmasına göre değişecektir.¹⁰⁶.

Önceki ipotekli alacak temlik edilmişse öncelik, yeni alacaklıya karşı ileri sürülebilir. Çünkü, bu durumda yeni alacaklının hukuki durumu eski alacaklının hukuki durumu ile özdeştir. Eski alacaklıya karşı öncelik hakkı ileri sürülebiliyorsa, yeni alacaklının iyi veya kötünüyetine bakılmaksızın ona karşı da yapı alacaklısı öncelikten yararlanır¹⁰⁷.

Önceki sıralı taşınmaz rehini, ipotekli borç senedi veya irat senedi olup rehinli alacaklı bunları başkasına devretmişse, üçüncü kişiye karşı önceliğin ileri sürülmesi ancak yeni senet alacaklısının kötünüyetli olmasına bağlıdır. Yani, senedin yeni sahibi iyiniyetli ise, senedin MK m. 897'deki şartlara göre, hazırlandığını bilmiyorsa rehinli alacağı kesin olarak kazanır (MK m. 921). Bu durumda, usulüne uygun olarak düzenlenmiş senetteki alacak yenilenmiş olur (MK m. 920). Böylece, öncelik hakkı iyiniyetli ipotekli borç senedi veya irat senedi sahibine karşı ileri sürülemez¹⁰⁸. Ancak, bu yüzden yapı alacaklısı bir zarara uğrarsa, rehin senetlerini devreden önceki rehin hakkı sahibi bu zarardan şahsen sorumlu olur (MK m. 897/ II).

Bu noktada, önceki rehin hakkı sahibi ödeme gücü içerisinde ise, onun zarardan şahsen sorumlu olması yapı alacaklısı açısından bir anlam ifade etmemektedir. Bu durumu önlemek amacıyla, yapı alacaklısına yapı işlerine başladığını tapu sicilinin beyanlar hanesine kaydettirebilme şansı

¹⁰⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 766; Köprülü/ Kaneti, s. 324; Bıçakçı, s. 565; Sümer, s. 613.

¹⁰⁶ Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 167; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1062; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 767; Köprülü/ Kaneti, s. 324; Akipek, s. 251.

¹⁰⁷ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1062; Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 169; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 767; Köprülü/ Kaneti, s. 334; Ertaş, s. 537; Bıçakçı, s. 565; Akipek, bu yargıyı BK m. 167'den çıkan bir sonuç olarak değerlendirmektedir (bkz. Akipek, s. 252); Sümer, s. 613.

¹⁰⁸ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1063; Köprülü/ Kaneti, s. 324; Wieland/ Karafakı, s. 693; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 767; Akipek, s. 252; Saymen/ Elbir, s. 591; Ertaş, s. 537.

tanınmıştır (MK m. 897/son; TST m. 64). Bu tarihten itibaren tescil süresinin bitimine, yani yapı işinin tamamlanmasından itibaren üç aylık sürenin sonuna kadar yapı sahibi, taşınmaz üzerinde yalnızca ipotek hakkı tesis edebilir. Bunun dışında, yapı sahibinin ipotekli borç senedi ve irat senedi düzenlemesi yasaklanmıştır. Bu bağlamda, ipotekli borç senedi ve irat senedinin kurulması açısından tapu sicili bu süre zarfında sınırlı olarak kilitlenmiş varsayılabilir¹⁰⁹.

Yapı alacaklılarına tanınmış olan bu öncelik hakkı, dava yoluyla ve sadece yapı işleri sonrası taşınmaza kazandırılmış ek değer üzerinden kullanılabilir¹¹⁰. Dava, taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra ve tazminat ödeme yükümlüsü birden fazla alacaklı varsa, hepsine karşı aynı anda açılmalıdır¹¹¹.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, bu davanın bir haksız fiil davası olduğu, BK m. 60 uyarınca bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olduğu ileri sürülmüştür¹¹².

Davanın hukuki niteliğini izaha çalışan başka bir görüş ise, davayı İcra ve İflâs Hukuku anlamında iptal davası ile özdeş görmektedir. Görüşe göre, yapı alacaklısı, öncelik hakkını yapı işlerinin taşınmaza kattığı değer fazlası ölçüsünde, evvelki sırada bulunan rehin hakkı sahiplerine karşı bu anlamda bir iptal davası açmak suretiyle kullanabilecektir¹¹³.

¹⁰⁹ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1063; Köprülü/ Kaneti, s. 325; Oğuzman/ Selici/ Oktay - Özdemir, s. 767; Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 172 vd. ; Sümer, s. 614; Bıçakçı, s. 565.

¹¹⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 325; Oğuzman/ Selici/ Oktay - Özdemir, s. 767; Ayan, C. III, s. 192.

¹¹¹ Köprülü/ Kaneti, s. 325; Akipek, s. 253; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1063; Ayan, C. III, s. 192.

¹¹² Reisoğlu, Kanunî İpotek, s. 208; Akipek, s. 254; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 744; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 1063.

¹¹³ Wieland/ Karafakı, s. 689 – 690; Köprülü/ Kaneti, s. 325.

V- YAPI İPOTEĞİNİN TERKİNİ

Terkin, tapulu bir taşınmaz üzerindeki mevcut aynî hakkın sona erdirilmesine yönelik olan tapu sicili işlemidir¹¹⁴. Bir tescilin çizilerek hükümsüz hale getirilmesi de terkin olarak adlandırılmaktadır. Terkin ya bir aynî hakkı sona erdirmek için ya da gerçeğe uygun olmayan bir tescili gerçeğe uygun hale getirmek için yapılır¹¹⁵.

Terkin talebinin hak üzerindeki etkisi, onun tasarruf işlemi olarak kabulünü zorunlu kılar. Bu sebeple, terkin talebinde bulunacak kişinin söz konusu hak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekmektedir¹¹⁶. Ayrıca, MK m. 1014 uyarınca, bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılacaktır. Bu doğrultuda, yapı ipoteğinin terkinini isteyebilecek kişiler, terkin istenen haktan yararlanan durumundaki yapı alacaklılarıdır. Yapı ipoteğinin terkin için, hak sahibi yapı alacaklılarının haktan feragat beyanları yeterli sayılacak; terkenden yararlanacak kimselerin rızası aranmayacaktır.

Yapı ipoteğine konu taşınmazın yok olması, kamulaştırılması gibi durumlarda yapı ipoteği sona erecektir. Aynı şekilde, ipotek alacağına bağlı fer'i bir hak olduğundan, alacağın herhangi bir sebeple sona ermesi de yapı ipoteğini sona erdiren bir durum olarak belirtilebilir. İşte bu gibi durumlarda, malik, artık şekli bir tescilden öte olmayan yapı ipoteği hakkının terkin için hak sahibinden talepte bulunmasını isteyebilir. Eğer hak sahibi konumundaki yapı alacaklısı terkine yanaşmayacak olursa, malik, mahkemeden artık şekli hale dönüşmüş tescilin terkin konusunda bir karar verilmesini isteyebilir¹¹⁷. Hatta malik, alacağın tümüyle sona erdirildiğini belgeleyerek kendisi de terkin talebinde bulunabilmelidir¹¹⁸.

Hatırlanacağı gibi, taşınmaz malikinin, yapı alacaklısına alacağı için göstereceği yeterli güvence yapı ipoteğinin tescil edilmesini engelleyecektir. Bu

¹¹⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 342; Ayan, C. I, s. 299.

¹¹⁵ Ayan, C. I, s. 299; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 178.

¹¹⁶ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 178.

¹¹⁷ Davran, s. 47; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 179.

¹¹⁸ Ayan, C. III, s. 199.

yargının uzantısı olarak belirtmek gerekir ki, ipotek tescil edildikten sonra dahi, yeterli güvenceyi sunan malik, ipoteğin terkinini talep edebilecektir¹¹⁹. Zira, yapı ipoteği müessesesi ile yapı alacaklılarının, malikten olan alacaklarını almalarını kolaylaştırma amacını güden hüküm, yeterli güvence gösterilmesi durumunda güdülen amaç çoktan gerçekleşmiş olacağından, söz konusu fonksiyonunu yitirecektir.

SONUÇ

Kanunkoyucu, yapı alacaklıları olarak kanunda belirtilmiş olan yüklenici, alt yüklenici ve zanaatkârları özellikle koruma gereği duymuş ve bu düşüncesini yapı işlerinde emeğini veya hem emeğini hem de malzemesini vererek çalışan bu kişiler lehine kanunî bir ipotek hakkının tesisi ile sağlamıştır. Bununla yetinmeyen kanunkoyucu, yapı alacaklılarını, taşınmaza kattıkları değer artışı üzerinden öncelik hakkı sahibi kılmayı da ihmal etmemiştir.

Yapı işlerinin nitelikleri gereği uzun sürmeleri ve yapı işlerinden doğan alacakların çoğu zaman yapının bitiminden sonra doğmakta olması yanında yapı alacaklılarının taşınmaza kattıkları değere rağmen kötüniyetle kurulan önceki rehin tesisleri yüzünden alacaklarını alamamaları, kanunkoyucuyu böyle bir müesseseye hukukumuzda yer vermeye itmiştir.

Kanun tarafından tanınan kanunî ipotek hakkı ile yapı alacaklılarının alacakları teminat altına alınmakta ve onlar ön sıralı rehin alacaklıları karşısında korunmaktadır.

Yapı ipoteğinin hukuki niteliği, öğretide yer alan tartışmalara rağmen eşyaya bağlı bir borç olarak belirtilebilir. Zira, böyle bir hukuki nitelik tespiti, hem müessesenin amacı ile uyumlu olacaktır hem de öğretide savunulan şahsî ve aynî nitelikli hak görüşlerinin eksikliklerinin tamamlayıcısı olma noktasında kabul görecektir.

Medenî Kanununun 893. maddesinde yer alan yapı alacaklılarının alt yüklenici ve zanaatkârlar olarak değiştirilmesi, bu konuya getirilmiş açıklıktan öte, bu konuda tartışmaların çıkmasına neden olmuştur. Eski Medenî Kanunda yer bulan müteahhitler ve işçiler terimlerinin bu şekilde değiştirilmesi;

¹¹⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 764.

işçiler yerine zanaatkârlar teriminin getirilmesi yönünden olumlu, müteahhit yerine alt yüklenici teriminin getirilmesi yönünden olumsuz karşılanabilir.

Kanunun bu deyimine rağmen yapı alacaklılarını asıl yükleniciler, alt yükleniciler ve zanaatkârlar olarak kabul etmek mümkündür. Diğer yapı alacaklılarını ise, vekâletsiz iş görme durumundan kaynaklanan yapı alacaklılığında malik yararına emek ve malzeme vererek iş yapan kişi ve malik adına zorunlu olarak veya onun rızası ile yapılan işlerde kiracı olarak belirtmek mümkündür. Burada, yapı alacaklılarından, yapı işlerinde bizzat çalışmayan mimar ve mühendisleri ayırık tutmanın gerekliliği kadar, bir malzemenin salt satıcısını da özel olarak yapı için malzeme üretmemek kaydıyla yapı alacaklısı olarak addetmek mümkün gözükmemektedir.

Yapı alacaklılarının kanunî ipotek hakkı gibi onların taşınmaza kattıkları değer üzerindeki öncelik hakkı da önem arz etmektedir. Öncelik hakkı, tescil sonrasında sübjektif ve objektif şartın gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkar ve yapının kurulu bulunduğu arazinin yapıdan önceki değeri ile yapı bittikten sonra bu arazinin değeri arasındaki fark üzerinde doğar.

Yapı alacaklılarına tanınmış olan koruyucu nitelikteki öncelik hakkı, bu yönde bir haksız fiil davası açmak suretiyle ileri sürülebilir. Bu davayı İcra ve İflas Hukuku bünyesinde yer alan iptal davasına benzetenlere itibar etmemekle beraber, kanunkoyucuyu öncelik hakkını kullanma noktasında dava açmaya zorlayıcı kanun yapma tekniği bakımından eleştirmek mümkün gözükmemektedir. Bunun yerine, öncelik hakkının herhangi bir dava açılmaksızın kullanılabilmesi, hem hakkın koruyucu niteliğine hem de usul ekonomisine uygun olacaktır.

KAYNAKLAR

Akın, Levent: İnşaatçı İpoteği, ABD 1991, S. 5, s. 751 – 769.

Akipek, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, C. III, Ankara 1974.

Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, Zilyedlik ve Tapu Sicili, C. I, 4. Baskı, Konya 2004.

Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, Sınırlı Aynî Haklar, C. III, 2. Baskı, Konya 2000.

Aybay, Aydın / **Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.

Ayiter, Nuşin: Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1983.

Bıçakçı, Levent: Yapı Alacaklısı İpoteği, İHFM 1982, C. 45, S. 1 – 4, s. 537 – 568.

Can, Mertol: Yeni Medenî Kanununun İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri ile İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapıp Yapmadığı Meselesi, GÜHFD 2004, C. VIII, S. 1 – 2, s. 49 – 56.

Davran, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.

Erel, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

Ertaş, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006.

Esener, Turgut / **Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 1996.

Esener, Turgut / **Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008.

Gürsoy Kemal T. / **Eren**, Fikret / **Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.

Hatemi, Hüseyin / **Serozan**, Rona / **Arpacı**, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

Karahacıoğlu, Ali Haydar / **Doğrusöz**, M. Edip / **Altın**, Mehmet: Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996.

Karahasan, Mustafa, Reşit: Yeni Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, C. 2, İstanbul 2002.

Köprülü, Bülent/ **Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982 – 1983.

Oğuzman M. Kemal: Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İHFM 1965, C. 31, S. 1 – 4, s. 209 – 219.

Oğuzman M. Kemal / **Seliçi**, Özer/ **Oktay – Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2006.

Reisoğlu, Safa: Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961.

Reisoğlu, Safa: Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, AD 1960, S. 10, s. 839 – 870.

Reisoğlu, Safa: Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, AD 1961, C. 52, S. 1 – 2, s. 19 – 29.

Saymen, H. / **Elbir**, H. K. , Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1983.

Sümer, N. Binnur: Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanunî İpotek Hakkı, Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995.

Şener, Yavuz, Selim: Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 2006.

Tekinay, Selâhattin S./ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Halûk/ **Altop**, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989.

Tekinay, Selâhattin S. : Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1983.

von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1 – 2, (Çev. Avukat Cevat Edege), Ankara 1983.

Wieland, Carl: Mülkiyetin Gayri Aynî Haklar, (Çev. İsmail Hakkı Karafakı), C. II, Ankara 1949.

Ekonomi-Maliye

SIYASETLE İLGİLENEN TÜRK KADINLARININ SOSYO-EKONOMİK DURUM ANALİZİ

*Yrd.Doç.Dr. Özlem ÇAKIR**

*Arş.Gör. Olca SÜRGEVİL***

*Yrd.Doç.Dr. Tijen ERSOY HARCAR****

*Prof.Dr. Gönül BUDAK*****

1. Giriş

Türkiye’de kadın nüfusunun karşılaştığı en önemli ayrımcılık alanlarından birisini oluşturan siyaset, karar mekanizmalarını erkeklerin ellerinde tutması nedeniyle kadın haklarının Cumhuriyet tarihi boyunca maalesef giderek gerileyen bir seyir izlemesine neden olmuştur.

Siyasal katılım, gerek yerel gerekse de genel siyasal etkinliklerle yurttaşların farklı biçimlerde hükümet ve siyasal iktidarlar üzerinde baskı oluşturmaları ve de doğrudan siyasal sürece katılarak etki yaratmaya çalışmaları olarak tanımlanabilir (Gülden, 1996: 31). Siyasal katılım, bireyin siyasal sistemle kurmuş olduğu ilişkinin düzeyi ve biçimini içerir. Bu ilişkiler siyasal olayları izlemek ve bilgi edinmekten, siyasal eylemlerde bulunmaya, oy vermeye, adaylığa ve siyasal karar mekanizmalarında yer almaya kadar uzanan değişik biçim ve boyutlarda kendilerini gösterebilirler (KSGM, 2008: 26). Toplumsal yapıda siyasal katılımı belirleyen etkenleri; sosyoekonomik, psikolojik, cinsiyet, yaş, çevresel, kültürel, siyasal v.d. olarak sıralamak mümkündür (Aslan ve Kaya: 215). Cinsiyet faktörü ve siyasal katılım konu-

* Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, Buca İZMİR, ozlem.cakir@deu.edu.tr.

** Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Buca İZMİR, olca.surgevil@deu.edu.tr.

*** İzmir Ekonomi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, İZMİR.

**** Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Buca İZMİR, gonul.budak@deu.edu.tr.

su, kadınların diğer toplumsal yaşam alanlarındaki yerinden bağımsız düşü-
nülemez kadar karmaşıktır.

Ancak siyasal katılım konusu kadınların, geleneksel önyargılar, toplum
içindeki ve ailedeki rollerine ilişkin beklentilerin önceliği, ayrımcılık ve
fırsat eşitsizliği gibi birçok nedenle ilgi duymadığı, ilgi duyanların ise karar
mekanizmalarında yeterince varlık gösteremedikleri bir yaşam alanıdır.

Toplumsal hayatın hemen her alanında gözlemlenebilen bir durum olan
cinsiyet temeline eşitsizlik, Türk siyasi yaşamının da ayrılmaz bir parçası
haline dönüşmüştür (Arslan, 2005). Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurul-
duğu 1923'den ve kadınlara siyasi haklarının verildiği 1934 yılından, 2000'li
yıllara gelindiğinde kadınlarımızın hak kayıplarına uğradığı ve sosyal ve
siyasal alandan giderek çekildiklerine rastlamaktayız. Yapılan ilk seçimlerde
meclise 18 kadın milletvekili girerken, son seçimlerde 24 kadın milletvekili-
nin seçilmesi son derece dikkat çekicidir. Cumhuriyetin ilk kadın milletve-
killerinin Meclis'teki temsil oranı % 4,6 iken, 2007 seçimlerinde bu oran %
4,4'dür.

Ayrıca TÜİK verilerine göre, son on yılda nüfus artış oranlarıyla paralel
bir kadın istihdamı yaratılamamıştır. Her ne kadar işsizlik sorunu buna ge-
rekçe gösterilebilirse de, çalışan erkek nüfusa oranla kadın çalışanların oran-
sal azalması ilginçtir. Kadınların işgücüne katılım oranı, erkeklere kıyasla
tüm dünyada daha düşük oranlarda seyretmekle birlikte, Türkiye'deki durum
benzer gelişmişlik seviyelerindeki ülkelerle kıyaslandığında çok daha ciddi
sorunlara işaret etmektedir. 2008 yılı Ocak döneminde, Türkiye genelinde
işgücüne katılma oranı % 45.7 olarak tespit edilmiştir. 2007 yılı sonuçlarına
göre erkeklerde işgücüne katılma oranı %71,3 iken, 2008 Ocak dönemi
sonuçlarında % 69.6 olarak belirlenmiştir. Kadınlarda ise sırasıyla aynı oran-
lar %24,8 ve % 22.3 olarak gerçekleşmiştir (TÜİK, 2008). AB ülkelerinde
kadınların istihdam içindeki payı ise %44'tür.

Ülkemizde kadınların siyasete neden ilgi duymadıkları, sorusunu kendi-
mize sorduğumuzda verilecek cevaplar bilinenlerin ötesine geçmemektedir.
Bir başka açıdan bakıldığında ise bu olumsuzluklar ve zorluklar içerisinde
siyasete ilgi duyan kadınlarımızın sosyo-ekonomik profilinin ne olduğunun
bilinmesi, kadın siyasetçilerin sayılarının artırılması için bir temel bilgi oluş-
turabileceği düşünülmüştür. Bu düşünceden hareketle 24-25 Mart 2007
tarihinde İzmir'de gerçekleştirilen 1. Kadın Kurultayı'na katılan siyasi parti
kadın delegeleri üzerinde bir anket uygulaması yapılarak, siyasete ilgi duyan

kadınlarımızın sosyo-ekonomik profilinin çıkarılması, söz konusu kesimin çalışma yaşamında kadının yeri, sivil toplum örgütlerine katılım durumları ve toplumumuzda kadınların yaşadığı en büyük sorunlardan biri olan şiddet konusundaki tutum ve algılarının belirlenmesi amaçlanmıştır.

2. Araştırmanın Amacı

Bu araştırmada; 2007 yılında İzmir’de gerçekleştirilen, Türkiye I. Kadın Kurultayına katılan kadın delegelerin; sosyal niteliklerinin, siyasal yaşama katılma durumlarının ve şiddete yönelik algılarının ortaya koyulması ve ayrıca kadınların çalışma yaşamında daha iyi konumlarda varlık göstermeleri konusundaki düşüncelerinin saptanarak, siyasetle ilgilenen kadınların sosyo ekonomik profillerinin çıkarılması amaçlanmıştır.

3. Araştırmanın Ön Kabulleri ve Sınırlılıkları

Bu araştırmaya alınan örneklem grubunun uygulanana anket formuna doğru ve yansız olarak bilgi verdikleri varsayılmıştır.

Araştırmada gerçekleştirilen durum saptaması, oluşturulan anket formunda yer alan sorular ve bu sorulara verilen cevaplarla sınırlıdır. Ayrıca bu araştırma, Türkiye I. Kadın Kurultayına katılan kadın delegelerle sınırlıdır.

4. Araştırmanın Yöntemi

Araştırmanın örneklemini, Türkiye I. Kadın Kurultayına katılan siyasi parti kadın delegeleri oluşturmaktadır. 24-25 Mart 2007 tarihleri arasında gerçekleştirilen Türkiye I. Kadın Kurultayına katılan toplam 1154 kadın delege bulunmaktadır. Anket uygulaması, 25 Mart 2007 tarihinde gerçekleştirilmiş ve araştırmacılar tarafından toplam 189 kadın delegeye anket uygulanmıştır. 189 anketin 4 tanesi, sağlıklı yanıtlanmadığı düşünülerek elenmiş ve anketlerin 185 tanesi analizlere dâhil edilmiştir.

Araştırmada kullanılan anket formunda; doğum yeri, yaşanılan yerin özelliği, yaş, eğitim durumu, eş ile beraberlik bağı, aile tipi, eşin eğitim durumu, evlilik süresi, evlenme biçimi, çocuk sahibi olma, meslek, eşin mesleği, gelir durumu, yararlanılan sosyal güvenlik kurumu, oy kararının verilme biçimi, sivil toplum örgütlerine ve siyasal partilere üyelik durumu gibi soruların yanı sıra; kadının tepe yönetime çıkmasında engel görülüp görülmediği, görülüyorsa bu engellerin neler olduğu, kadının şiddete maruz

kalma durumu ve bu durumlarda neler yapması gerektiği vb. ile ilgili sorular da sorulmuştur.

Örneklem grubundan elde edilen verilerin analizi; SPSS 11.0.1 pc. paket programı (Statistical Programme for Social Sciences / Sosyal Bilimler için İstatistik Paket Programı) vasıtasıyla yapılmıştır. Analizlerde; betimsel istatistiksel analizler kullanılmıştır.

5. Veriler ve Bulgular

Bu kısımda, araştırmadan elde edilen verilerin istatistiksel analiz sonuçları yer almaktadır.

5.1. Araştırma Örnekleminin Sosyo-Ekonomik Nitelikleri

Araştırma örnekleminin çeşitli sosyo-ekonomik değişkenlere göre dağılımlarına ilişkin frekans ve yüzdeler Tablo 1.1'de sunulmuştur.

Tablo 1: Örneklemin Sahip Oldukları Sosyal Niteliklere Göre Dağılımı

	n	%
Cinsiyet		
Kadın	185	% 100
Doğum Yeri		
İzmir	41	% 22,2
İstanbul	10	% 5,4
Ankara	7	% 3,8
Manisa	12	% 6,5
Diğer şehirler (toplam 46 şehir)	80	% 43,2
Yanıtsız	35	% 18,9
Yaşanılan Yerleşim Yerinin Özelliği		
Kır	2	% 1,1
Kent	180	% 97,3
Yanıtsız	3	% 1,6
Yaş		
35 ve altı	7	% 3,6
36-40	6	% 3,1
41-45	18	% 9,8
46-50	43	% 23,2
51-55	31	% 16,9

56-60	31	% 16,9
61-65	16	% 8,7
66 ve üstü	6	% 3,0
Yanıtsız	27	% 14,8
Eğitim Durumu		
Okur yazar	1	% ,5
Okur yazar ama mezun değil	3	% 1,6
İlkokul	34	% 18,4
Ortaokul	22	% 11,9
Lise ve dengi	47	% 25,4
Meslek lisesi	10	% 5,4
Ön lisans – iki yıllık	19	% 10,3
Lisans – dört yıllık	42	% 22,7
Lisansüstü (yl-dr)	7	% 3,8
Eş İle Beraberlik Bağı		
Hiç evlenmemiş	12	% 6,5
Evli	103	% 55,7
Birlikte yaşıyor	12	% 6,5
Ayrı yaşıyor	8	% 4,3
Boşandı	24	% 13,0
Eşi öldü	25	% 13,5
İmam nikahlı	1	% ,5
Aile Tipi		
Çekirdek aile	138	% 74,6
Geniş aile	25	% 13,5
Parçalanmış aile	14	% 7,5
Yanıtsız	8	% 4,4
Eşin Eğitim Durumu		
Okur yazar değil	1	% ,5
İlkokul	22	% 11,9
Ortaokul	12	% 6,5
Lise ve dengi	35	% 18,9
Meslek lisesi	10	% 5,4
Ön lisans – iki yıllık	9	% 4,9
Lisans – dört yıllık	35	% 18,9
Lisansüstü (yl-dr)	9	% 4,9
Yanıtsız	52	% 28,1

Kaç Yıllık Evli Olunduğu		
1-15 yıl	14	% 7,5
16-30 yıl	54	% 29,4
31-45 yıl	47	% 25,4
46 yıl ve üstü	5	% 2,6
Yanıtsız	65	% 35,1
Eş ile Evlenme Biçimi		
Tanışıp Anlaşarak	118	% 63,8
Görücü Usulü	44	% 23,8
Yanıtsız	23	% 12,4
Çocuk Sahibi Olup Olmama		
Çocuk var	165	% 89,2
Çocuk yok	11	% 5,9
Yanıtsız	9	% 4,9
Sahip Olunan Çocuk Sayısı		
1 çocuk	41	% 22,1
2 çocuk	78	% 42,2
3 çocuk	34	% 18,4
4 çocuk	2	% 1,1
5 çocuk	2	% 1,1
Yanıtsız	28	% 15,1
Meslek		
Ev hanımı	38	% 20,5
Memur	11	% 5,9
İşçi	8	% 4,3
Eczacı	5	% 2,7
Öğretmen	14	% 7,6
Bankacı	7	% 3,8
Hemşire	5	% 2,7
Emekli	10	% 5,4
Diğer (25 farklı meslek)	47	% 25,5
Yanıtsız	40	% 21,6
Eşin Mesleği		
Memur	18	% 9,7
İşçi	14	% 7,6
Serbest meslek	38	% 20,5
Emekli	62	% 33,5

Diğer	11	% 6,0
Yanıtsız	42	% 22,7
Hanenin Ortalama Aylık Geliri		
500 ytl ve altı	20	% 10,8
501-1000 ytl	61	% 33,0
1001-1500 ytl	23	% 12,4
1501-2000 ytl	17	% 9,2
2001-1500 ytl	7	% 3,8
2501 ytl ve üstü	21	% 11,4
Yanıtsız	36	% 19,5
Yararlanılan Sosyal Güvenlik Kurumu		
Emekli Sandığı	75	% 40,5
SSK	75	% 40,5
Bağkur	24	% 13,0
Yararlanmıyor	8	% 4,5
Diğer	2	% 1,0
Yanıtsız	1	% ,5

5.2. Araştırma Örnekleminin Siyasal Yaşama Katılma Durumları

Seçimlerde oy verme kararlarını ne şekilde aldıklarına yönelik soruya, katılımcıların tümü “kendim karar veriyorum” şeklinde yanıt vermişler ve yine katılımcıların tümü “genel ve yerel seçimlerde oy kullandıklarını” ifade etmişlerdir.

Katılımcıların hangi yöntemleri kullanarak, yerleşim yerlerini ilgilendiren kararlara katıldıklarına ilişkin yüzdesel dağılımlar aşağıda görülmektedir.

Tablo 2: Örneklemin Yerleşim Yerlerini İlgilendiren Kararlara Katılma Yöntemlerine Göre Dağılımı

Yöntem	n	%
Dilekçe	82	% 44,3
Şikayet	10	% 5,4
Protesto	18	% 9,7
Diğer	30	% 16,2
Katılmıyor	15	% 8,1
Yanıtsız	30	% 16,2

Katılımcılardan herhangi bir sivil toplum örgütüne üye olanların, örgütteki konumlarına, buldukları sivil toplum örgütlerinde kararları etkileme güçlerinin olup olmadığına, hangi mekanizmaları kullanarak yerleşimlerini ilgilendiren kararlara katıldıklarına ve herhangi bir siyasi partide üye olanların sahip oldukları konumda, etkileme güçlerinin bulunup bulunmadığına ilişkin yüzdesel dağılım aşağıda yer almaktadır.

Tablo 3: Örneklemin Herhangi Bir Sivil Toplum Örgütündeki Konumlarına Göre Dağılımı

	n	%
Konum		
Hiçbir sivil toplum örgütüne üye değil	17	% 9,2
Yönetim kurulu üyesi	68	% 36,8
Üye	71	% 38,4
Danışma kurulu	1	% ,5
Diğer	11	% 5,9
Yanıtsız	17	% 9,2

Tablo 4: Örneklemin Buldukları Sivil Toplum Örgütünde Kararları Etkileme Gücüne Göre Dağılımı

	n	%
Etkileme gücü		
Evet, var	93	% 50,2
Hayır, yok	22	% 11,9
Kısmen var.	46	% 24,9
Yanıtsız	24	% 13,0

Tablo 5: Örneklemin Hangi Mekanizmaları Kullanarak Yerleşim Yerlerini İlgilendiren Kararlara Katıldıklarına İlişkin Dağılım

	n	%
Mekanizma		
Dernek	37	% 20,0
Meslek örgütü	16	% 8,6
Sendikalar	2	% 1,1
Kent konseyleri	6	% 3,2

İhtisas komisyonları	6	% 3,2
Muhtarlık	24	% 13,0
Gönüllü bireysel faaliyet	30	% 16,2
Diğer	23	% 12,4
Yanıtsız	41	% 22,2

Tablo 6: Örneklemin Herhangi Bir Siyasi Partide Üye Olanlarının Buldukları Konumda Etki Güçlerinin Bulunup Bulunmadığına İlişkin Dağılım

	n	%
Etkileme gücü		
Evet, var	90	% 48,6
Hayır, yok	22	% 11,9
Kısmen var.	43	% 23,2
Yanıtsız	30	% 16,2

5.3. Araştırma Örnekleminin Çalışma Yaşamında Daha İyi Konumlarda Varlık Göstermeleri Konusundaki Düşünceleri

Örnekleme yöneltilen, kadınların tepe yönetime çıkması konusunda engeller olduğunu düşünüp düşünmedikleri, eğer varsa bu engellerin neler olduğuna ilişkin sorulara verdikleri yanıtların yüzdesel dağılımları aşağıda yer almaktadır.

Tablo 7: Örneklemdaki Kadınların Tepe Yönetime Çıkmalarında Engeller Olduğunu Düşünüp Düşünmemelerine İlişkin Dağılım

	n	%
Engel		
Evet, var	148	% 80,0
Hayır, yok	29	% 15,7
Yanıtsız	8	% 4,3

Tablo 8: Örneklemdaki Kadınların Tepe Yönetime Çıkmalarında Gördükleri Engellere İlişkin Dağılım

Engel Türleri	n	%
Yasal engeller	29	% 15,7
Çalışılan kurumun kültürü	19	% 10,3
Kadının yeterli donanımına sahip olmaması	39	% 21,1
Kadının istekli olmaması	35	% 18,9
Diğer (toplumsal baskı, aile işleri ve toplum yapısı)	10	% 5,4
Yanıtsız	53	% 28,6

Örneklemin, kadınların tepe yönetime çıkması için sıraladıkları tüm öneriler ve ön plana çıkan temel önerilere aşağıdaki gibi saptanmıştır:

Bilinçlenme, kararlılık-azim, eğitim, kendine güven, başarılı kadınlara medyada yer verme, çok çalışmak, ekonomik özgürlük, kişisel gelişim, aile desteği, pozitif ayrımcılık, doğru ve sağlam politik görüş, erkeklerle eşit haklara sahip olma, atak olmak, kota uygulaması, yeterli bilgi ve donanımına sahip olma, liyakat esası, tercihlerini açıkça ortaya koyma, 0-6 yaş çocuklar için eğitim kuruluşlarının olması, istekli olma, cumhuriyet devrimlerine sahip çıkılması, eşitlikçi fermuar sistemlerinin uygulanması, kadına insan olarak anlayış göstermek, sosyal yaşama katılma, erkeklerin eğitim görmesi, siyasi açıdan daha çok temsil edilme, ayrımcılığın kalkması, yasal destek, siyasi eşitlik, ataerkil sosyal yapının değişimi, siyasi bir partiye katılma, ev işleri, çocuk bakımı vb. sorunların toplumsal olarak çözümlenmesi, çalışma hayatında eş desteği, teknolojik ürünlerden daha çok yararlanma, çalışılan kurumun desteği, eğitim eşitliği, yetki ve becerileri kullanmayı bilme, sosyal güvence, az doğurganlık, sivil toplum örgütlerine katılım, eşiyile işbölümüne gitmek, yasal engellemeleri kaldırma isteğinde olma, ekip çalışması, yöneticilerin ılımlı davranışlara yönlendirilmesi, sosyalleşme, basit tv programlarının yerine eğitici programlara yer verilmesi, siyasi bilinç ve sorumluluk sahibi olma.

Tablo 9: Örneklemin Kadınların Tepe Yönetime Çıkması İçin Sıraladıkları En Temel Önerilere İlişkin Dağılım

Öneriler	n	%
Bilinçlenme	4	% 2,2

İstek, kararlılık-azim	10	% 5,4
Eğitim	45	% 24,3
Kendine güven	15	% 8,1
Ekonomik –maddi özgürlük	14	% 7,6
Aile desteği	8	% 4,3
Kota uygulaması	6	% 3,2
Yeterli bilgi, kültür ve donanıma sahip olma, çalışkanlık	8	% 4,3
Tercihlerini açıkça ortaya koyma	5	% 2,7

5.4. Araştırma Örnekleminin Şiddete Yönelik Algıları

Örneklemin eşleriyle dayağa varan kavgalar yaşayıp yaşamadığına ilişkin sorulan soruya verdikleri cevapların dağılımları aşağıda görülmektedir.

Tablo 10: Örneklemin Eşleriyle Dayağa Varan Kavgalar Yaşayıp Yaşamadıkları

	n	%
Kavga		
Evet, yaşadım.	37	% 20,0
Hayır, yaşamadım.	122	% 65,9
Yanıtsız	26	% 14,1

Örnekleme nelerin şiddet kapsamında değerlendirilebileceği sorulduğunda, alınan cevapların aşağıdaki gibi olduğu görülmektedir.

Tablo 11: Örneklemin Şiddet Kapsamında Değerlendirdikleri Durumlara İlişkin Dağılım

	n	%
Şiddet Durumları		
Dayak	11	% 5,9
Küçük düşürücü sözler	3	% 1,6
Küfür, aşağılama	1	% ,5
Dayak, küçük düşürücü sözler, küfür, aşağılama vb. durumların hepsi	166	% 89,7
Yanıtsız	4	% 2,2

Örneklemin şiddeti haklı bulup bulmadıkları ve hangi durumlarda şiddeti haklı bulduklarına ilişkin cevaplarının dağılımı aşağıda görülmektedir.

Tablo 12: Örneklemin Şiddeti Haklı Bulup Bulmama Durumlarına İlişkin Dağılım

	n	%
Şiddeti Haklı Bulma		
Şiddeti hiçbir durumda haklı bulmam.	160	% 86,5
Art niyet ve vazgeçilmeyen alışkanlıklar söz konusu ise.	1	% ,5
Namussuzluk ve hırsızlık durumlarında.	1	% ,5
Maddi konular söz konusu ise.	1	% ,5
Affedilemeyecek suçlar söz konusu ise.	1	% ,5
Cinnet halinde.	1	% ,5
Kişilik hakları engellendiğinde.	1	% ,5
Yanıtsız	19	% 10,3

Örneklemin, eşi şiddet uygulayan kadının ne yapması gerektiğine ilişkin düşünceleri ise aşağıdaki gibidir.

Tablo 13: Örneklemin Eşi Şiddet Uygulayan Kadının Ne Yapması Gerektiğine İlişkin Düşünceleri

	n	%
Eşi Şiddet Uygulayan Kadının Yapması Gerekenler		
Yasanın gerektirdiklerini yapmalı, yetkili makamlara / karakola şikayet etmelidir.	42	% 22,7
Hakkını aramalıdır.	21	% 11,4
Eşini bilinçlendirmenin yollarını aramalıdır.	2	% 1,1
Boşanmalıdır.	23	% 12,4
Özgüvenini kaybetmemeli, kendini savunmalıdır.	4	% 2,2
Aile psikologlarına danışmalı, destek almalıdır.	6	% 3,2
Kendi çevresine durumu duyurmalıdır.	5	% 2,7
Evini terk etmelidir.	11	% 5,9
Eğitimli ve meslek sahibi ise ayrılmalı, değilse sığınma evlerine gitmelidir.	3	% 1,6
Gücü yetiyorsa o da eşini dövmelidir.	6	% 3,3
Protesto etmelidir	3	% 1,6
Uyarmalıdır.	2	% 1,1
Başka birisi tarafından ona da şiddet uygulanmalıdır ki şiddetin ne olduğunu anlasın.	1	% ,5

Şiddete şiddetle karşılık vermeden, zamana bırakmalıdır.	1	% ,5
Eşini tedavi ettirme yollarını aramalıdır.	1	% ,5
Önce konuşarak, şiddetin nedenlerini öğrenmelidir.	1	% ,5
Karşı koymalı ve ekonomik özgürlüğü yoksa hemen ka- zanmaya çalışmalıdır.	3	% 1,5
Örgütlü çalışmalara katılmalıdır.	1	% ,5
Yanıtsız	49	% 26,9

Ayrıca araştırmaya katılanların tümü “kadının kesinlikle çalışması” ve “erkeklerle aynı özgürlüklere sahip olması gerektiğini” vurgulamaktadırlar.

SONUÇ

Örneklemdaki siyasete ilgi duyan kadınların genel profili değerlendirildiğinde, çoğunun kentlerde yaşadığı (% 97,3), 46-60 yaş aralığında yoğunlaştıkları (% 57), lise ve dengi okul mezunu (% 25,4) ve ilkokul mezunu olanların (% 18,4) siyasete yüksek okul mezunlarından daha fazla ilgi duydukları bulgulanmıştır. Kadınların % 22,4’ü lisans derecesine sahiptir. Bu bulgu oldukça ilginç görülmektedir. Eğitimi yüksek olan kadınların mesleki tatmininin yüksek olduğunu veya iş yaşantısındaki sorumluluklar nedeniyle siyasete zaman ayıramadığı varsayılabilir.

Kadınların % 57,7’si evlidir ve % 74,6’sı çekirdek aile konumundadır ve eşleri lise ve dengi (% 18,9) ve lisans (% 18,9) derecesine sahiptir. Dolayısıyla evli olmanın siyaseti kolaylaştırdığı ve çekirdek aile yapısı ve nisbeten eğitilmiş eşlerin kadınlara hareket özgürlüğü tanıdığı söylenebilir.

Örneklemdaki kadınların çoğunun (% 54,8) 16-45 yıl evli kaldığı ve tanışarak evlendikleri (% 63,8), % 89,2’sinin çocuklu olduğu, % 82,7’sinin 1-3 çocuğu olduğu, sadece % 20,5’inin ev kadını olduğu, % 45,4’ünün 501-1500 YTL gelir durumunda olduğuna bakıldığında; anlaşarak evlenmiş ve uzun süre evli kalmış ve çocuk sayısı az olan kadınların siyasete ilgi duyduğu söylenebilir. Ayrıca, gelir düzeyi düşük olanların siyasetle daha çok ilgilendikleri görülmektedir. Bu durum, ekonomik güçlüklerin, ailenin geçim sıkıntısını en çok hisseden kadınların siyasi partilerde yer alarak ve etkin varlık göstererek, siyasi katılımlarını teşvik eden bir görünüm arz ettiğini göstermektedir.

Örneklemdaki kadınların yerleşim yerlerini ilgilendiren sorunlara duyarlı oldukları (% 75,6), dernek, meslek örgütü, sendikalar, kent konseyleri, ihtisas komisyonları, muhtarlık ve gönüllü bireysel faaliyetlerle yerleşim yerle-

rini ilgilendiren kararlara katıldıkları (%65,3), sivil toplum örgütlerine üye oldukları (% 81,6), % 50,2'sinin kararları etkileyebildiği, % 71,8'inin üyesi oldukları siyasi partide etki güçlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi siyasete ilgi duyan ve aktif olarak siyasi partilerde yer alan kadınlar, aynı zamanda yerel sorunlarla da yakından ilgilenmekte, yerel yönetimlere çeşitli düzeylerde katılmakta, kararlarda etkili olmakta ve sivil toplum örgütlerinde yer almaktadırlar. Tüm bu faaliyetler birbirini etkileyen ve sorunlara çözüm bulmada kadınların üretkenliğini artıran niteliktedir.

Ancak ilginçtir ki, aynı kadınların çoğunluğu (%80), kadınların çalışma yaşamında engellerle karşılaştığını kabul etmektedir ve sadece % 18,9'u bu engellerin kadının mücadele konusundaki isteksizliğine ve pasifliğine bağlı olduğunu söylerken, % 52,5'i kadının iradesi dışındaki engeller nedeniyle kariyerinde yükselmediğini bildirmiştir. İş yaşantısında yükselmenin eğitime bağlı olduğunu söyleyenler çoğunluktadır (% 24,3).

Siyasete ilgi duyan kadınların şiddeti algılamalarına gelince; %65,9'unun şiddete maruz kalmadığını belirtmesi ilginçtir. Çünkü şiddet algısı, insandan insana tutarlılık göstermektedir. Örneklemedeki kadınların çoğunun (%89,7) şiddet algısı, bize göre doğrudur. Her türlü küçük düşürücü sözü de şiddet olarak algılayan bu kadınların % 20'sinin şiddete maruz kaldığını belirtmesi ve 14,1'inin de bu soruyu yanıtı bırakması rahatsız edicidir. Çünkü hak arayışlarında bilinçli kabul edilebilen, toplumsal sorunlar ve yerel yönetim sorunları ile ilgilenen, siyasi karar mekanizmalarında çeşitli biçimlerde yer alma çabası içindeki bir kadın grubunda dahi şiddete maruz kalındığının beyan edilmesi ülkemizde kadının içinde bulunduğu durumun ne kadar dramatik olduğunu algılamamız açısından önemlidir.

Kadınlar arasında şiddeti haklı bulmayanların oranı %86,5'dir. Genel olarak toplumumuzda kadınların önemli bir kısmı şiddeti haklı bulduklarından dolayı sineye çekebilme ve şiddete karşı gelememektedirler. Eşi, şiddet uygulayan kadının ne yapması gerektiği sorusunu % 26,9 oranında kadının yanıtı bırakması ilginçtir. Bu bulgu, şiddete maruz kaldığı halde herhangi bir tepki ve arayış içinde olmamaları veya haklı olsalar da bir sonuç elde edemeyecekleri inancından kaynaklanan bir durum olarak yorumlanabilir.

Sonuç olarak siyasete ilgi duyan Türk kadınının profiline bakılacak olursa çoğunluğunun kentlerde yaşadığı, 46-60 yaş arasında bulunduğu, nisbeten eğitilmiş olduğu, evli, çocuklu ve çekirdek ailelerde yaşadıkları, ortamın altın-

da gelir grubunda bulunduğu, sivil toplum örgütlerine üye oldukları, hakları ve özgürlükleri konusunda bilinçli oldukları, çalışma hayatında buldukları fakat kariyer ilerlemelerinin iradelerinin dışındaki çevresel etkenler nedeniyle engellendiği, bunu aşmanın yolunun ise eğitimden geçtiği söylenebilir.

KAYNAKLAR

ARSLAN Ali (2005), Cumhuriyet'ten Günümüze Türk Siyasi Hayatında Eşitsizlikler Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, erişim: www.insanbilimleri.com, (01. 01. 2005)

ASLAN Mehmet ve KAYA Gazanfer, 1980 Sonrası Türkiye'de Siyasal Katılımda Sivil Toplum Kuruluşları, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, s.213-223, erişim: <http://www.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/867.pdf> (05.06.2008)

GÜLDİKEN Nevzat (1996), Toplumbilimsel Boyutuyla Siyasal Katılım, Dilek Ofset Matbaacılık, Sivas.

T. C. Başbakanlık Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü-KSGM (2008), Türkiye'de Kadının Durumu, Ocak, Ankara.

TÜİK (2008), Hanehalkı İşgücü Araştırması 2008 Ocak Dönemi Sonuçları, Aralık 2007, Ocak, Şubat 2008 Sayı: 66, erişim: <http://www.Tuik.Gov.Tr/Prehaberbultenleri.Do?İd=1956> (04.06.2008)

KAMU MALİYESİNDE SINIR ÖTESİ BİR KAVRAM: KÜRESEL KAMUSAL MALLAR

*Yrd. Doç. Dr. Nazan SUSAM**

1.GİRİŞ

Dünya ekonomisinde küreselleşme olgusunun ön plana çıkması, ekonomik, sosyal, teknolojik, kültürel, politik ve ekolojik açıdan global bütünleşmenin ve dayanışmanın artmasını sağlamıştır. Küreselleşme süreci ile üretim faktörleri, mallar, hizmetler ve üretim aşamaları, yeni iletişim araçları ve teknolojik gelişmelerin etkisi ile ülke sınırları dışına çıkarak, uluslararası bağımlılıkları ve ülkelerin karşılıklı etkileşimlerini artırmıştır (Mutlu,2006:54). Uluslararası ilişkilerin ve mübadelelerin, ulusal ilişkilerin önüne geçmesi, uluslararası boyutta ilişkileri, rolleri ve aktörleri yeniden tanımlama ihtiyacını gerekli kılmıştır. Bu bağlamda, 20. yüzyılın sonlarına kadar çok fazla üzerinde durulmayan, küresel kamusal mal kavramı, küreselleşme süreci ile birlikte çok disiplinli bir konu olarak tartışılmaya başlanmıştır.

Küresel kamusal mallar, dışsal maliyet ya da faydaların sınır ötesi yayılması olarak ortaya çıkan, bu nedenle kamu maliyesi literatüründe kamusal mal tanımları içinde yer bulan bir kavramdır. Bu tip mal ve hizmetlerden ilke olarak dünya nüfusunun tümü yararlanır ve faydası ülkeler, insanlar ve nesiller arasında evrenseldir.

Dünyada toplumların daha iyiye gitmesi sadece özel mülkiyete konu mallar ve kamu malları arasında değil, bölgesel ve küresel kamu malları arasında kurulacak dikkatli bir dengeyi de zorunlu kılmaktadır (Kaul,1999:16). Öte yandan küresel malların önemli bir kısmı “küresel kamusal zararlar” şeklinde ortaya çıkmakta ve küresel kamu mallarındaki artış pek çok ülke arasında entegrasyonu sağlarken, dünyadaki pek çok ülkeyi de risk altına sokmaktadır. Örneğin salgın hastalıklar arasında sayabileceğimiz AIDS, belli bir bölgeden dünya çapına yayılan bir küresel kamusal zarardır. Benzer şekilde, internet küresel iletişimi hızlandıran fakat aynı zamanda

* İ.Ü. İktisat Fakültesi, Maliye Bölümü

şifre kırıcılar ve zararlı virüsler ile tüm dünyaya zarar verilmesine aracılık da edebilen bir küresel kamusal zarar içermektedir. Ayrıca küresel ısınma, iklim değişiklikleri, asit yağmurları, ülkeler arası terör, mali istikrarsızlıklar, küresel yoksulluk gibi örnekler dünyayı tehdit eden diğer küresel kamusal zararlar olarak sayılabilir (Kirmanoğlu, 2007:133).

Bu hali ile, küresel kamusal mallar bir çok konuyu içine alarak uluslararası boyutta, bir çok ülkeyi doğrudan veya dolaylı bir şekilde etkilemekte ve uluslararası kuruluşlar, devletler hukuku gibi çeşitli teknik alanları kapsayan bir çok disiplinle de ilişkilendirilmektedir.

2. KÜRESEL KAMUSAL MAL KAVRAMI VE KÜRESEL KAMUSAL MAL KAPSAMINDA YER ALAN FAALİYETLER

Neoklasik kamu ekonomisi teorisinde, kaynaklar asıl olarak piyasada tahsis edilir, piyasa mekanizmasının çalışmaması durumunda, kaynak dağılımına ilişkin fonksiyonlar bozulur ve üretilen hizmet miktarı toplumsal optimumun üzerinde ya da altında gerçekleşir. Piyasanın çalışmadığı veya ek-sik çalıştığı alanlarda devletin ekonomiye müdahalesi kaçınılmazdır.

Piyasanın hangi durumlarda çalışmadığı ve bu durumlarda devletin hangi araçlarla ekonomiye müdahale edeceği “piyasa aksaklıkları” teorisi ile açıklanmaktadır. Piyasanın etkin kaynak dağılımını sağlayamadığı yani piyasa aksaklıklarının oluştuğu ve devletin ekonomiye müdahale ettiği en temel durum kamu mallarıdır. Aslında kamu malı bir mal değil hizmeti ifade etmektedir (Bulutoğlu, 2008: 39) ve kamu malları veya hizmetlerinin tümünü kapsayan temel özellik bunların sunumunun siyasal talep tarafından belirleniyor olmasıdır. Piyasa mallarından hiç bir farkı olmasa bile, vergi kaynakları ile finanse edilen ve bir siyasal talep için sunulan bu hizmetlerin piyasadaki diğer mal ve hizmetlerden ayrı tutulması gerekir.

Kamusal malları piyasadaki diğer mallardan ayıran en temel özellik, bu malların bütçeden finanse edilmesidir (Bulutoğlu, 2008: 39) Böylece herhangi bir kamu malı belirlenen miktarda topluma sunulduktan sonra bedel ödemeyenler de bu malları kullanabilir, yani mahrum etme söz konusu değildir. Ayrıca kamu malları ortak tüketim için üretilmektedir ve hizmetten yararlananlar arasında rekabet yoktur, yani ilave bir kullanıcı mevcut kullanıcıların tüketimini veya faydasını azaltamaz. Kamusal malların diğer önemli bir özelliği ise bu malların faydalarının bölünemez ve pazarlanamaz olmasıdır.

Bu temel özellikleri bir arada taşıyan mallar, tam kamusal mal olarak nitelendirilebilir. Ancak kamusal malları da kendi içinde farklı kategorilerde değerlendirmek mümkündür. Örneğin tam kamusal malların temel özelliklerinden sadece birinci kriteri sağlayan yani tüketimde mahrum bırakılmayan ancak faydada rekabetin olduğu mallar, ortak mülkiyet malları (common property resources), sadece ikinci kriteri sağlayan yani tüketimden mahrum bırakılabilen ancak fayda da rekabetin söz konusu olmadığı mallar, geçişi paralı mallar (toll goods) olarak ifade edilir. Diğer bir özel durumda kulüp mallarıdır. Kulüp malları, bir kere kulübe üye olduktan sonra tam kamusal mal niteliği gösterir, kulübe üye olmak gönüllüdür ancak kalabalıklaşma maliyetleri arttığı zaman dışarıda bırakma mümkündür (Buchanan, 1965, Kirmanoğlu, 2001:12). Sonuçta farklı kategorilere ayrılan bu kamusal malların ortak özelliği ulusal bir karakter taşıyor olmasıdır.

Ancak dünyada sermaye hareketliliğinin gelişimi, uluslararası ticaretin ve insan hareketliliğinin artması, teknoloji ve iletişimin hızla gelişmesi, ülkelerin ekonomik, sosyal ve kültürel açılardan birbirine yaklaşmasına neden olmuş ve bir bütünleşme süreci başlamıştır. Bu süreçte kalkınma rekabetinin daha ön plana çıkması ile kamusal mallar uluslararası bir boyut kazanmış ve bir kamusal malın, uluslararası bir nitelik kazanması, üç farklı açıdan ele alınmıştır (Kaul, Grunberg ve Stern, 1999: 10).

Bunlardan *birincisi*, ülkeler, uluslararası örgütlenmelerin çekirdeğini oluşturduğu için çok önemlidir. Aynı amacı taşıyan ülkeler kendi aralarında bir grup oluşturabilir ve böylece kamusal malların etkileri bu birden fazla ülke grubuna yayılabilir. Örneğin;

- Bölgesel Gruplar; Asya ülkeleri, Latin Amerika ülkeleri, Avrupa ülkeleri vb.
- Ticaret Blokları; Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA), Gümrük Birliği vb.
- Savunma Grupları; NATO ülkeleri arasında olduğu gibi.

Küresel kamusal mallar için önemli olan bu malların etkilerinin birden fazla ülke grubuna yayılmasıdır. Eğer küresel kamu malları sadece belirli bir bölgeyi etkiliyorsa (örneğin, Güney Amerika), bu bir bölgesel kamu malıdır ve bir kulüp mal olarak ifade edilebilir. Yani bazı kişileri bu malın faydalarından mahrum etmek mümkündür.

İkincisi sosyo-ekonomik gruplardır. Küresel kamusal malların etkisinin yayılma alanı tüm dünya olduğu halde sadece belirli sosyo-ekonomik gruplar üzerinde odaklaşan kamusal mallar mevcuttur. Örneğin internet kullanımı yüksek gelir gruplarını, sıtma aşısı ise düşük gelir gruplarını ilgilendirmektedir. Bir kamusal malın küresel sayılması için geniş bir yelpazeye yayılması gerekir.

Üçüncü olarak ele alınan ise nesillerdir. İnsan yaşamının bir sınırı olduğundan, bazı kamusal malların etkisi hem bugünkü nesiller üzerinde olacak hem de gelecek nesillere yayılacaktır.

Farklı düzeylerde uluslararası bir boyut kazanan kamusal mallar, böylece dünya üzerindeki bütün bireyler (bugünkü ve gelecekteki nesiller) tarafından elde edilebilen, tüketiminde rekabetin ve kısıtlamanın bulunmadığı, herkesin yararlanabildiği ve finansmanının global olarak sağlandığı faydalara (Ortaç, 2004:15) dönüşmüş ve küresel bir nitelik kazanmıştır.

Küresel Kamusal Mal Kavramı, ilk kez 1999 yılında *Birleşmiş Milletler Gelişim Programı* tarafından yapılan “Global Public Goods”^{*} adlı çalışma ile kapsamlı bir şekilde gündeme gelmiştir. Birleşmiş Milletler Gelişim Programı tarafından yapılan bu çalışma kalkınma faaliyetlerini de içine alan geniş kapsamlı bir küresel kamu malı tanımını esas almıştır. Bu tanımda küresel kamu malları iki kritere bağlanmıştır. Bunlardan birincisi küresel kamu mallarının tüketiminde rekabet ve mahrum etme söz konusu değildir. Yani ülkeler arasında küresel kamu malları için rekabet yoktur ve bireyler bu malları kullanmaktan mahrum edilemez (Ferroni ve Mody, 2002: 6). İkincisi ise bu malların faydaları tüm dünya ülkelerine yayılmaktadır. Yani sadece belirli bir grup ülkeyi değil tüm ülkeleri, tüm toplumları, bugünkü ve gelecekteki tüm nesilleri kapsamaktadır. Birleşmiş Milletler Gelişim programının yaptığı çalışmalara göre küresel kamu malları ve bu mallara ilişkin faydalar bütün insanlık için yapılacaktır (Kaul ve diğerleri, 1999).

Dünya Bankası'nın yaptığı tanımlamada ise küresel kamusal mallar, kalkınma ve yoksulluğun azaltılmasında önemli olan, yeterli düzeyde sunulabilmesi çok sayıda ülkenin işbirliğine ve ortak eylemde bulunmasına bağlı olan, sınır aşan dışsalılıklara sahip olan kaynaklar, hizmetler, kurallar ve politik sistemlerdir (World Bank, Development Committee, 2007). Bu tanımla-

* Inge Kaul, Global Public Goods, Newyork,2001

maya göre, küresel kamusal mallar, diğer kamusal mallarda olduğu gibi tüketimde rekabetin ve dışlamanın söz konusu olmadığı bölünmez nitelikteki mal ve hizmetlerdir. Ancak, bu temel özellikler, kamusal mallardan farklı olarak, ülke ve toplumlar için de geçerlidir.

Uygulama açısından ise Dünya Bankası uluslararası kamusal malları, çekirdek mallar ve tamamlayıcı mallar olarak sınıflandırmaktadır. Dünya Bankası için önemli olan, küresel kamusal malların geniş bir alana fayda sağlanması ve sağlanan faydaların çekirdek faaliyetler olmasıdır. Örneğin salgın hastalıkların önlenmesi çekirdek niteliğindeki küresel kamusal mal olarak değerlendirilmektedir. Tamamlayıcı nitelikteki faaliyetler ise daha çok kalkınma hedeflidir (Ferroni ve Mody, 2002: 5). Örneğin yoksulluğun önlenmesi ve genel sağlık hizmetlerinin artırılması gibi ulusal düzeydeki hizmetler tamamlayıcı küresel kamusal mallardır (Binger,2003).

Birleşmiş Milletler Örgütü ve Dünya Bankasının yaptığı tanımlamalardan anlaşılmaktadır ki; Birleşmiş Milletler Örgütü küresel kamu malları için tüketimde rekabetin olmaması ve mahrum edilememe özellikleri üzerinde dururken, Dünya Bankası bu malların sınır ötesi etkileri ve kolektif faaliyetlerin ülkeler arasında nasıl olacağı konusu üzerinde odaklanmıştır (Binger, 2003:5).

Morrissey, Velde ve Hewitt'in yaptıkları çalışmada ise bu mallar dünya üzerinde herkesin kullanımına sunulan bir yarar olarak tanımlanmıştır (Morrissey, v.d., 2002: 35). Küresellik kelimesi, bu mallara ilişkin faydaların tamamıyla global olduğu ve dünya üzerinde herkesin bu mallardan faydalandığı hususunu gündeme getirmekle birlikte, bazı mallar için tartışmalar devam etmektedir. Örneğin sıtma gibi salgın bir hastalığı yok etmenin, küresel bir kamu malı olduğu açıktır. Herkesin kabul etmesi gerekir ki bu hastalığın yok edilmesi ve risklerinin azaltılması herkese fayda sağlayacaktır. Başlangıçta çoğu insan için hastalığa yakalanma riski sıfır düzeyinde olsa da bu hastalığın yayılması dünya üzerindeki herkesi risk altına sokacaktır. Diğer yandan ise, bir savaş sırasında NATO tarafından verilen savunma hizmetleri sadece anlaşmaya dahil ülkeler için geçerli olacaktır. Böylece bu bir küresel mal değil kulüp malı niteliği taşımaktadır.

Aslında bu tip sınır aşan yararlar ve zararlar birden fazla ülkenin sosyal faaliyetleri sonucu ortaya çıkan dışsallıkları ifade etmektedir. Bu tip dışsallıklar çoğunlukla birikimli, uzun vadeli, birden fazla coğrafi bölgeyi ya da nesli etkileme kapasitesine sahip olan dışsallıklardır. Günümüzde pozitif

dışsallığı ile ön plana çıkan küresel kamu malları, ülkeleri ve bireyleri daha iyi duruma getirmek ve kalkınmayı sağlamak için daha öncelikli bir araç haline gelmiştir. Ancak kamusal kötülük (public bad) olarak tanımlanan kötülükler, örneğin banka krizleri, internet suçları, salgın hastalıklar, ülkeler arasındaki ticaretin artması ile dünya çapında zararlar oluşturmaktadırlar. Çünkü küresel kamusal mallar globalleşmenin bir sonucudur. Örneğin finansal piyasalardaki entegrasyon, bir ülke ekonomisindeki finansal krizi uluslararası bir boyuta getirebilmektedir. 1994 yılında Meksika’da yaşanan Tekila Krizi, 1997’de Doğu Asya’da yaşanan finansal krizler globalleşmenin sonucu oluşan küresel kamusal kötülüklerdir (global public bad).

Global nitelikteki dışsallıkların ortaya çıkardığı sorunların çözümü karşılıklı bağımlılığı ve ulus devletler arasındaki işbirliğini gerekli kılmaktadır. Bu yöndeki işbirliği mevcut küresel malların sürdürülebilir kalkınma amacı doğrultusunda korunması, geliştirilmesi ve küreselleşme sonucu ortaya çıkan olumsuz dışsallıkların azaltılıp, olumlu dışsallıkların artırılması için gereklidir (Vural ve Tekin, 2004).

3. KÜRESEL KAMUSAL MALLARIN SUNUMU

Küresel kamusal malların sunulma süreci oldukça karmaşıktır (Kaul vd., 2003: 5). Küresel kamusal malların toplam sunum düzeyi farklı yöntemlerle değerlendirilmekte ve bu yöntemlerde, tek tek bireylerin (ülkelerin) katkılarının nasıl olduğu esas alınmaktadır. Literatürde toplam sunum teknikleri kriterine göre belirlenmiş olan yöntemler aşağıda gösterilmiştir; (Kanbur ve Sandler, 1999: 65)

3.1. Toplama Tekniği:

Bu yöntemde toplam kamusal mal (veya kamusal zarar) miktarı, bütün dünya üzerinde o malı kullanan kullanıcıların, katkılarının toplamına eşittir. Bu yöntem daha çok çevre ile ilgili hizmetlerde ortaya çıkar. Örneğin, atmosfere yayılan toplam sera gazı, bütün ülkelerin yaydıkları gazın toplamına eşittir. Aynı şekilde, toplam gaz emisyonundaki azalma, her bir ülkenin bu emisyonu kısma miktarlarının toplamına eşit olacaktır. Diğer bir deyişle, toplam miktar değişmemek üzere, bir ülkenin emisyonundaki artış, bir diğerindeki azalış ile telafi edilebilir. Ancak böyle bir yöntemin uygulanabilmesi yaptırım gücü olan bir anlaşmaya bağlıdır, aksi takdirde ülkeleri böyle bir uygulamaya zorlamak mümkün olmayacaktır.

3.2. En İyi Vuruş Tekniği

Bu teknikte, sunulan kamu malının miktarı, bu malı en yüksek düzeyde üreten ülkenin sunum düzeyine eşittir. Toplama yönteminin aksine bir aktörün katkısı, diğerinin yerine aynı katkıyı sağlayamaz. Toplam kamu malı miktarı, bu malı en çok sunan aktörün sunum miktarı kadardır. Örneğin, bilimsel araştırmalarda, toplam hizmet düzeyini belirleyen unsur, bu hizmeti en yüksek düzeyde sunan ülkenin sunum miktarı olacaktır. Küresel düzeyde AIDS hastalığına ilişkin buluşlar en iyi vuruş teknolojisi için örnek olarak gösterilebilir.

3.3. En Zayıf Halka Tekniği

Bu sunum tekniğinde, kamu malının sunum miktarını belirleyen unsur, en zayıf halka yani en az katkıyı yapan ülkedir. Örneğin, bir salgın hastalık durumunda, bütün ülkeler ne kadar önlem alırlarsa alsınlar, eğer bir ülke önlem almada zayıf kalırsa, diğerlerinin aldıkları önlemler etkisiz kalır. O halde, kalkınma yardımlarının en zayıf halkaya yönelmesi, küresel kamusal mal sunumunu artıracaktır.

Tablo 1: Küresel Kamusal Malların Sunumu

	Toplama	En İyi Vuruş	En Zayıf Halka
Ulusal	Kentsel hava kirliliğini önleme	Teröristleri nötralize etme	İşyanlara karşı koruma
Bölgesel	Çölleşmeyi Hafifletme	Sıtmayı önleme	Zehirli atıkları kontrol altına alma
Küresel	Küresel ısınma	AIDS'e çözüm bulma	Hastalıkları kontrol altına alma

Kaynak: Kanbur ve Sandler, 1999

4. KÜRESEL KAMUSAL MALLARIN SINIFLANDIRILMASI

Uluslararası kamusal malları bir çok kategoride sınıflandırmak mümkün olmakla birlikte, temel olarak, sektörler göre, faydalarına göre, kamusalılık derecesine göre üç farklı şekilde sınıflandırma yapılabilir.

4.1.Sektörel Sınıflama: (Sectoral Classification)

Küresel kamu mallarını sektörel bazda dört kısımda sınıflamak mümkündür.

- i. Çevresel sınıflama (okyanuslar, iklim biyolojik değişiklikler)
- ii. Sosyal sınıflama (insan hakları, sağlık, barış ve güvenlik)
- iii. Ekonomik sınıflama (ticaret rejimi, finansal istikrar)
- iv. Kurumsal sınıflama (bilgi, iyi yönetim) (Morrissey, 2002: 36).

Küresel kamusal mallar, üretimde ya da üretilen malın tüketiminde kullanılmak üzere, çekirdek ve tamamlayıcı mallar olarak sektörel bazda sınıflandırılabilir. Çekirdek mallar, küresel kamu malının doğrudan üretimine yönelik faaliyetleri kapsar. Örneğin bulaşıcı hastalıkların yok edilmesine yönelik faaliyetler çekirdek mal olarak gösterilebilir.

Tamamlayıcı uluslararası kamu malı ise, uluslararası kamu malının üretimini yaygınlaştırmak, ulaşılabilir hale getirmek için yapılan faaliyetleri kapsar. Örneğin hastalıkların azaltılmasına yönelik araştırma faaliyetleri tamamlayıcı nitelikteki mallar arasındadır. Morrissey, Velde ve Hewitt tarafından yapılan küresel kamusal mal tanımında, bu mallar çevre, sağlık, bilgi, barış ve güvenlik, yönetim gibi temel alt başlıklarda sınıflandırılmıştır (Morrissey ve diğerleri, 2002: 17).

Tablo 2: Sektörel Sınıflamaya Göre Küresel Kamu Malları

Kamu Malı	Sektör	Çekirdek KKM	Tamamlayıcı Mallar	
			Üretim	Tüketim
Çevre	Küresel	Gaz Emisyonunun Azaltılması	Araştırma	
	Ulusal	Türlerin Korunması	Tarımın Desteklenmesi	Fakirliğin Azaltılması
Sağlık	Küresel	Hastalıkların Yok Edilmesi	Hastalıkların Araştırılması	
	Ulusal	Koruyucu Sağlık	Sağlık Sistemi	Sağlık Hizmetleri
Bilgi	Küresel	Araştırma Merkezleri	İnternet Servisi	Küresel İletişim Ağı

Ulusal	Eğitim Hizmeti	Ulusal Eğitim	Okullar
Güvenlik			
Küresel		Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Asayiş	Fakirliğin Azaltılması
Ulusal	Suç Azaltımı		
Yönetişim			
Küresel	Küresel Enstitüler	Araştırmalar	Finansal İstikrar
Ulusal	İyi Devlet	Devletin Kapasitesi	Hakkaniyet

Kaynak: Morrissey O. Te Velde, D. And A. Hewitt, (2002)

Sektörel sınıflandırma küresel kamusal malların hangi alanlara ve sektör-
lere yönelik faydalar sağladığına ilişkin bir sınıflandırmadır. Bu konuda çok
detaylı sınıflandırma yapmak mümkündür.

i. Çevre

Sanayileşme ve hızlı teknolojik gelişmelerle birlikte üretim ve tüketimin
hızla artması, çevreyi ve doğal kaynakları tahrip etmeye başlamıştır. Çevre
faktörüne bağlı dışsallıkların artması ile oluşan maliyetler ülkeleri olumsuz
yönde etkilemektedir. Çevre konusunda yaratılan dışsallıkların birden fazla
ülkeyi etkilemesi ise konuyu küresel bir boyuta taşımakta ve nesiller ötesi bir
sorun haline getirmektedir. Günümüzde küresel düzeyde ortaya çıkan çevre-
sel sorunlar bugün ve gelecekteki tüm toplumları ilgilendirecek bir niteliğe
bürünmüştür. Özellikle ozon tabakasına ilişkin gelişmeler ve iklim değişik-
likleri, en önemli küresel çevre sorunları haline gelmiştir. Çevre sorunlarının
yayılmasında gelişmiş ülkelerin payı oldukça fazladır. Ancak çevre konu-
sunda negatif dışsallıkların giderilmesi için gelişmiş ülkeler kendilerinden
beklenen duyarlılığı yeterince göstermemekte ve çevresel riskler giderek
artmaktadır. Karbon gazı emisyonunun azaltılması ve iklim değişikliklerinin
uzun dönemdeki etkisi, ülkelerin birlikte gösterecekleri duyarlılığa bağlıdır.
Ülkelerin birlikte gerekli önlemleri almaması günlük yaşamı ve ekonomik
performansı olumsuz yönde etkileyecektir.

Özellikle son günlerde iklim değişiklikleri ve kuraklığa bağlı olarak or-
taya çıkan kıtlıklar, şu anda bölgesel etkiler yaratarak açlık sorununu ortaya
çıkartırken, yakın bir gelecekte sosyal çatışmalara hatta dünya barışını tehdit
edecek boyutlara ulaşacaktır. Diğer yandan bazı ürünlerin (pirinç, buğday
vb.) üretiminin azalması bu ürünlerin fiyatlarının artmasına neden olacak ve
ekonomik performansı da olumsuz yönde etkileyecektir. Sonuç olarak iklim

değişiklikleri yoksulluk ile mücadelede önemli bir engel haline gelecek ve Dünya Bankası vb. bir çok kuruluşun çalışmalarının aksamasına neden olacaktır.

“Çevre bir küresel kamusal maldır. Çevrenin kirlenmesi, bozulması, tüketilmesi vb. problemlerin çözümü de küresel maldır ve ortak hareket edilmesini gerektirir” (Mutlu, 2006:62).

ii. Sağlık

Sınır ötesi dışsalıklar arasında, kamusal zarar olarak ortaya çıkan en önemli konulardan bir diğeri de sağlıktır. Küreselleşme ile ortaya çıkan sağlık sorunlarının temel nedenleri;

- küresel ekonomik istikrarsızlık ve yoksulluk nedeniyle az gelişmiş ülkelerde ortaya çıkan hastalıklar ve ölümler
- turistik ve ticari seyahatler ile göç unsuruna bağlı olarak bulaşıcı hastalıkların daha fazla yayılması
- iklim değişiklikleri ve su kaynaklarının kirlenmesine bağlı olarak ortaya çıkan hastalıklar
- küresel pazarlamaya bağlı olarak tütün gibi zararlı malların dolaşımının artması, olarak sıralanmıştır (Chen, Evens, Cash, 1999; 286 ve Kirmanoğlu, 2007: 138).

Küresel değişimlerin yol açtığı küresel sağlık sorunlarının çözümü için uluslararası kolektif çabalara ihtiyaç olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinin sunumu ve finansmanı daha çok uluslararası örgütler aracılığı ile yapılmaktadır. Birleşmiş Milletler, Dünya Bankası, Hayvan Sağlığı Organizasyonu OIE, hem insan hem de hayvan sağlığı ile ilgili olarak global politikaları desteklemektedir. Ayrıca global sağlık fonlarının çoğu HIV/AIDS hastalığı üzerine odaklanmıştır.

Sağlık insan hayatını ilgilendiren bir konu olduğu için global anlamda ortaya çıkacak herhangi bir sağlık sorunu tüm insanlığı etkileyebilir. Örneğin Asya ülkelerinde yaşanan Çin gribi, özellikle gelişmekte olan ülkelerin çoğunu tehdit etmiş ve binlerce kişi bu hastalık nedeni ile hayatını kaybetmiştir. Sağlık problemleri ulusal bir alanda başlayıp, bölgesel bir alana, hatta küresel bir boyuta ulaşabilir ki; bu da sağlık konusunu, küresel kamusal mal tanımlaması içine alarak küresel boyutta mücadeleyi zorunlu kıldırır.

iii. Bilgi;

Küreselleşme olgusunun gelişiminde önemli etkisi olan bilgi ve iletişim teknolojilerindeki yenilikler, ekonomik ve sosyal yaşamın her alanını ve toplumun tüm kesimlerini çeşitli yönlerden etkisi altına almakta; kamu yönetimi yaklaşımlarını, iş dünyasının iş yapma usullerini ve bireylerin yaşamlarını derinden etkilemekte, bir başka ifadeyle toplumsal bir dönüşüme neden olmaktadır (Aubert-Reiffers, 2003: 11).

Bilginin üretimle ilişkisinin kurulması, bilginin bir üretim konusu haline getirilmesi ve kullanılması bilginin bir mal olarak niteliğinin ne olduğu tartışmasını gündeme getirir. Toplumun ekonomik ve toplumsal bir gelişme aşamasına dönüştüren bilgi; sistemli bir şekilde iletişim araçları ile başkalarına iletilen, bir hüküm veya tecrübesel bir sonucu gösteren ve bunu herkese aktaran, aynı zamanda telif hakkı ve başka bir tanıma yoluyla onaylanmış, nesnel olarak bilinen entelektüel bir mülkiyet olarak tanımlanabilir (Bell, 1973:175).

Bilgi aslında kompleks bir maldır. Farklı formlarda ele alınabilir; bilgi, tüketimde rekabetin olmadığı ve kullanımında dışlamanın zor olduğu bir kamu malı özelliği taşır. Ayrıca, bilgi için mülkiyet haklarının tanımlanabilir olması, bilginin özel bir mal olarak ele alınabileceğini göstermektedir (Barton, 2006). Diğer yandan herhangi bir ülkede yaşayan bir bireyin diğer ülkelerde geliştirilen bilimsel ve teknik gelişmelerden yararlanması bilginin bir uluslararası kamu malı olduğunu da ortaya koymaktadır. Bilgi bu anlamı ile bir kez üretildikten sonra bir çok insan tarafından paylaşılabilir ve aynı anda herkes bilgiye erişebilir. Bilgiyi yaratanın bilgi üzerindeki hakkını koruması son derece güçtür.

Ulusal düzeyde bilgi üretimi yalnızca piyasa güçlerine bırakıldığında bilgi için yapılan yatırım hep yetersiz kalacaktır. Bu durum devletin neden devreye girdiğini açıklamaktadır. Devlet bir yandan teşvikler ile bilgi üretimini desteklerken öbür yandan bilgiye dayalı fikri mülkiyet hakları alanında düzenleme ve yaptırımları uygulamaktadır. Bu düzenleme ve yaptırımlar yeni bilgi üretimini desteklerken, aynı zamanda mevcut bilginin yayılmasını da sınırlayacaktır. Ayrıca doğrudan mali destek veya bilgiye dayalı fikri mülkiyet haklarının gözetilmesi şeklinde gerçekleşen devlet müdahalesi, politik tercihlere göre şekillenecektir.

Bilginin sadece ulusal bir kamu malı olmayıp uluslararası kamu malı olduğu düşünüldüğünde, bilginin yayılması sınırlar arasında engellenmemektedir. Bir ülkede üretilen bilimsel veya teknolojik bilgiden diğer uluslar yararlanmaktadır. Ancak bazı konular bilginin hızlı küreselleşmesini engelleyebilir. Bunlardan birincisi eğitimidir, birçok gelişmekte olan veya fakir ülkenin, eğitim sistemi yetersizliği nedeni ile bilgiye ulaşması ve ondan yararlanması sınırlı kalmaktadır, bilgi alanında eğitimin önemi çok büyüktür. Kore gibi, bilim ve teknoloji alanında eğitime büyük önem veren ve yatırım yapan ülkeler, diğer endüstrileşmiş ülkelerle arasındaki bilgi aralığını kapatmıştır. Gelir seviyesi düşük olan ülkelerde ise, ilk temel eğitimin verilmesi konusunda bile problemler vardır.

İkinci olarak iletişim teknolojisinin bilginin küreselleşmesi üzerinde büyük etkisi vardır. İletişim teknolojisinin gelişmesi özellikle günümüzde internetin gelişmesi ve büyümesi, ülkeler arasında hatta dünyanın tümünde, bilginin geniş kitlelere yayılmasını sağlamaktadır. Ancak çoğu az gelişmiş ülke internet alanında yaşanan bu gelişmeleri daha geriden takip etmektedir. Sonuçta bilginin internet yolu ile dağılımı ve paylaşımında, gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler arasında bilgi aralığı açılmaktadır.

Hızlı küreselleşmeye bir başka engel ise bilgi üzerindeki fikri mülkiyet haklarının oluşturulması veya korunmasıdır. Bilgiye konu olan ve üretilen bir çok mala patent konulması ya da kullanımının kısıtlanması, kopyalanmasının yasaklanması bilginin küresel anlamda yayılmasını etkilemektedir (Susam ve Yılmaz, 2007, s.110).

iv. Barış ve Güvenlik

Uluslararası alanda yaşanan güvenlik sorunları ve savaşların önlenmesi, bireylere kolektif tüketim olanağı sağlamak ve kişiler bu durumdan dışlanmamaktadır. Savaş veya çatışmaların engellenmesi ve barışın sağlanması ulusal sınırların dışına taşığında insanlara uluslararası düzeyde fayda sağlayacaktır. Dünya barışına ilişkin en önemli sorumluluklar öncelikli olarak ülkelere ve ülke liderlerine düşmektedir. Dünya barışının sağlanmasında ulusal hükümetler dışında birçok sivil toplum kuruluşu ve özel kuruluşlar da faaliyette bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Örgütü uluslararası düzeyde barışı sağlamak, korumak ve bu konuda çıkabilecek anlaşmazlıkları önlemek için çalışan önemli kuruluşlardan bir tanesidir. Birleşmiş Milletler ülkeler arasındaki saldırganlığı yasaklamış, bu yasaklamalarla birlikte dünya genelinde barışın sağlanması ile ilgili temel ilkeler belirlemiş ve insanlık için

özellikle soğuk savaş sonrasında daha geniş ölçüde barış ortamı sağlanmış böylece dünya nükleer rekabetten kurtulmuştur (Tosunoğlu, 2007: 23). Birleşmiş Milletler örgütü ayrıca dünya barışını sağlamak üzere nükleer silahların önlenmesi, biyolojik silahlar ve kimyasal silahların kullanımı için çeşitli sözleşmeler imzalamıştır.

v. Yönetişim

Yönetişim, kararların birlikte alındığı bir yönetim tarzını ifade eden kurallar, süreçler, prosedürler ve davranışlar bütünüdür. Yönetişim başlığı altında, yasalar, düzenlemeler, değerler-davranış normları ve diğer formel ve formel olmayan kurumların oluşturduğu çerçeve incelenmektedir.

Sektörel sınıflamada, küresel kamu malı olarak görülen yönetim, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) tarafından; bir ülkedeki ekonomik, siyasal ve idari otoritenin her düzeydeki işlemleri yürütmesi şeklinde tanımlanmıştır. İyi yönetim, vatandaşların ve toplumsal grupların kendi çıkarlarını korumak ve yasal haklarını kullanmak için bazı mekanizmalar ve kurumlara sahip olmalarının gerekli kılmaktadır. Uluslararası kamu mallarının sunumunda da, küresel bir aktör ya da aktörler olarak uluslararası kuruluşların (Birleşmiş Milletler, IMF, Dünya Bankası v.b.) gündeme gelmesi ile bir uluslararası kamu malının üretilmesi, pek çok durumda uluslararası kurumların faaliyetini gerektirecektir (kapasite yaratma, ulusal faaliyeti koordine etme, fonları ulusal fonlara yöneltme, süreci izleme ve raporlama).

IMF, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü gibi ulus ötesi yönetim örgütlerinin kararları ve yönetsel kuralları, ulus devletler üzerinde, onların yönetim sistemlerini etkileyen bağlayıcı kararlar haline getirilmiştir. Uluslararası kamu mallarının sunumunu koordine eden ve küresel ekonomiyi izleyen Birleşmiş Milletler (BM), Küresel Çevre Örgütü (GEF), Dünya Ticaret Örgütü (WTO) gibi uluslararası kuruluşları kurmak ve organize etmek de yönetişimin temel faaliyetidir (Susam ve Yılmaz, 2007). Yerel ve ulusal düzeydeki ekonomik entegrasyon ve iyi yönetim, tüm küresel faaliyetlerin yürütülmesi için, ortak bir çabayı gerektirir ve bu nedenle, küresel kamu malı olarak tanımlanabilir.

4.2. Fayda Sınıflaması: (Types of Benefit) Küresel kamu malları yaratılan faydaların çeşitlerine göre sınıflandırılabilir.

i. Risk azaltımına yönelik küresel kamu malları, örneğin iklim değişikliği riskinin azaltılması, bulaşıcı hastalık riskini azaltma

ii. Kapasite artırımına yönelik küresel kamu malları, örneğin küresel bilgi üretimi, barışın korunması

iii. Doğrudan fayda sağlayan küresel kamu malları, örneğin biyoçeşitliliği koruma, küresel ısınmanın önlenmesi.

Fayda sınıflaması bir kamu malının küresel mi, ulusal mı bölgesel mi, olduğunu belirleyecektir. Eğer elde edilen faydalar riskleri azaltıyor, direkt fayda sağlanıyorsa bu bir küresel kamu malıdır ve faydası herkese dağılıyordur. Ancak kapasite artırımını şeklinde gerçekleştirilen kamu malları söz konusu olduğunda kamu malının ulusal ve bölgesel özellik göstermesi mümkündür (Morrissey, 2002: 41).

Tablo 3: Fayda Sınıflamasına Göre Küresel Kamusal Mallar

Fayda Alanı	Faydanın Türü		
	Risk Azaltımı	Kapasite Arttırıcı	Doğrudan Fayda
Küresel	Azalmış İklim Riski Azalmış Finansal İstikrarsızlık Riski	Küresel Yönetişim Kurumları Küresel Bilgi Üretimi	Biyçeşitliliği Muhafaza Etme
Bölgesel	Azalmış Asit Yağmuru Azalmış Hastalık Kavramı	Kuru Tarım Üzerine Araştırmalar	Ormanları ve Gölleri Koruma Ateşkes Sonrası Tarafların Anlaşma Koşullarına Uymasını Sağlama

Kaynak: Morrissey O. Te Velde, D. And A. Hewitt, (2002)

4.3. Kamusallığın Boyutları: (Dimensions of Publicness)

Kamusallığın sınırına göre küresel kamu mallarını da farklı kategorilere ayırabiliriz.

i. Tam küresel kamusal mallar, mahrum edilemeyen, tüketimde rekabetin olmadığı mallar; Bu mallar için rekabetin olmaması kolay bir problemdir. Çünkü bir küresel malın tüketimi diğer bir kişinin veya ülkenin tüketimi ile azaltılamaz. Ancak bu mal için rekabetin olmaması kamu malının optimal miktarının nerede belirleneceği konusunu gündeme getirir ki, bu da optimal miktarın belirlenmesinde fayda maliyet analizlerinin kullanılmasını gerekli

kılar. Bu mallarda mahrum edilememe konusu ise, kaynakların nasıl dağıtılacağı ve finansman problemlerini gündeme getirir. Çünkü bu malları kullanan bedavacıların (free rider) olması, küresel kamu mallarının sağlanmasında finansal problemler ortaya çıkarabilir (Ferroni ve Mody, 2002: 6).

ii. Tamamlayıcı küresel kamusal mallar, tüketimde rekabet olmayan ancak mahrum edilebilir nitelikteki mallardır.

iii. Kulüp malları, uluslararası kulüp malları da kalabalıklaşmanın önlenmesi ve belirli bir grubu içine alan ve sadece o gruba sunulan kamu mallarıdır. Bu mallarda da mahrum edilme söz konusudur.

iv. Üretime katılma.

Tablo 4: Kamusalığın Boyutuna Göre Küresel Kamusal Malların Sınıflandırılması

		Tam Kamusal	Tamamlayıcı	Kulüp	Üretime Katılma
Tek Nesil	Bölgesel	-Orman Yangınlarının Önlenmesi -Kirliliğin Temizlenmesi -Hayvan Hastalıklarının Kontrolü -Taşkınların Önlenmesi	-Su Yolları -Nehirler -Otoyollar -Yerel Parklar	-Ortak Pazarlar -Kriz Yönetim Gücü -Enformasyon Ağları (Network)	-Barışı Koruma -Askeri Güçler -Tıbbi Yardım -Teknik Yardım
	Küresel	-Okyanus Kirliliğinin Önlenmesi -Hava Tahminleri -Gözlem İstasyonları	-Elektromanyetik Dalgalar -Uydu Yayınları -Posta Hizmeti -Hastalıkların Kontrolü	-Kanallar -Hava Koridorları -İnternet -Denizyolları	-Yabancı Yatırımlar -Felaket Yardımları -Uyuşturucuların Yasaklanması
Birden Çok Nesil	Bölgesel	-Sulak Alanların Korunması -Göllerin Temizlenmesi -Toksik Atıkların Temizlenmesi -Kurşun Emisyonunun Azaltılması	-Asit Yağmurlarının Azaltılması -Balıkçılığın Korunması -Av Alanlarının Korunması -Uçucu Organik Bileşiklerin Emisyonunun Azaltılması	-Milli Parklar -Sulama Sistemleri -Göller -Şehirler	-Barış Koruma -Taşkınların Kontrolü -NATO -Kültürel Normlar
	Küresel	-Ozon Tabakasının Korunması	-Antibiyotiklerin Aşırı Kullanımı	-Uluslararası Parklar	-Tropik Ormanların

		-Küresel Isınmanın Önlenmesi -Hastalıkların Yok Edilmesi -Bilgi Yaratılması	-Okyanus Balıkçılığı -Antartikanın Korunması	-Kutup Daireleri -Resifler	Korunması -Uzay Kolonileri -Birleşmiş Milletler -Fakirliğin Azaltılması
--	--	---	---	-------------------------------	--

Kaynak: Sandler, Todd, (1999)

5. KÜRESEL KAMUSAL MALLARIN ÜRETİMİ

Küresel kamu mallarının açıklanmasında önemli olan diğer bir konu, bu malların üretimi için gerekli olan düzenlemelerin yapılması ve tedbirlerin alınmasıdır. Bu düzenlemeleri yapacak, ortaya çıkan dışsallıkları ortadan kaldıracak ya da koordine edecek bir dünya devleti olmadığı için küresel kamusal malların üretimi bir çok örgüt arasında bölünmüş durumdadır.

Bu bağlamda açıklanması gereken üç konu önem kazanmaktadır. Bunlardan birincisi, bu malların nasıl öncelikli hale geleceği yani küresel önceliklerin neler olacağı, ikincisi bu malların nasıl organize edileceği, son olarak ise bu malların finansmanının nasıl sağlanacağıdır (Agerskov, 2005)

5.1. Küresel Öncelikler

Küresel kamu mallarını öncelikli hale getiren konuları üç başlık altında toplamak mümkündür; Aciliyet, İhtiyaçlar ve Politika Tercihleri

Aciliyet; Genellikle krizler gibi uluslararası olaylarla ortaya çıkar, örneğin Asya krizi gibi. Ayrıca zirvelerde aciliyeti destekler, örneğin Global Environment Facility, Rio zirvesi sonucunda sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması için oluşturulmuştur.

İhtiyaç; AIDS salgını gibi olağan üstü bir zorluk sonucu ortaya çıkabilir.

Politik tercihler; Bazı kamu mallarına ilişkin finansman kaynağı bulabilmek için politik tercihler etkili olabilir. Örneğin cinsiyetler arası eşitliğin desteklenmesi, bir politik tercih sonucu oluşabilir.

Küresel kamusal malların önceliklerini düzenleyecek bir karar mekanizması olmadığı için, uluslararası örgütler, destekçi ülkeler ve sivil toplum örgütleri, küresel kamu mallarının üretiminin öncelikli hale getirilmesinde anahtar rolü oynamaktadır. Küresel kamu mallarının üretimine ilişkin karar-

lar, uluslararası organizasyonlar tarafından alınır. Sivil toplum örgütleri ve destekçi ülkeler bu konuda işbirliği içindedirler. Uluslararası örgütlerin siyasi birimleri, örneğin Dünya Bankasının, Yerleşik Kurulu ve Kalkınma Komitesi (bu komite kalkınma ve maliye bakanlarından oluşur) bu süreçteki kararlara katılabilirler. Bu durum maliyetlere, kuruluşun görevleri arasında bu malların bulunup bulunmamasına ve malların üretimindeki politik uzlaşmanın düzeyine bağlıdır. Ancak Kalkınma Komitesi ve Birleşmiş Milletler örgütü küresel kamu malları konusunda önemli çalışmalar yapan ve önemli kararlar alan birimlerdir.

Dünya Bankası-Kalkınma Komitesi, çalışmalarında daha çok az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki fakirliğin azaltılması ve kalkınmanın sağlanması konuları üzerinde yoğunlaşmıştır. Fakirliğin azaltılmasına yönelik beş küresel kamusal mal tanımlamıştır. Bu tanımlamanın gerekliliği karşısında bazı küresel kamu malları arasında öncelikler belirlemiştir;

- Bulaşıcı hastalıklar,
- Ortak çevre,
- Kalkınma bilişimi ve bilgi,
- Ticari ve ekonomik entegrasyon,
- Uluslararası finansal yapı

Ancak Dünya Bankasının küresel kamusal mallar içinde en büyük mücadelesi iklimsel değişiklikler alanındadır. İklimsel değişim pek çok ülkenin ve dünyanın ekonomik performansını ve günlük yaşamı etkileyecek kadar önemli bir problemdir.

Birleşmiş Milletlerin, tehditler, engeller ve değişim üzerine düzenlediği üst düzey panele ait raporda (United Nations, 2004) ise, global anlamda 6 grup tehdidin olduğu ve bu tehditlerin şu an ve önümüzdeki otuz yıl boyunca dünya çapında önem arz ettiği, belirtilmiştir.

- Ülkeler arası savaşlar
- Ülke içi şiddet
- Fakirlik, bulaşıcı hastalıklar, çevresel bozulma
- Nükleer, radyolojik, kimyasal ve biyolojik silahlar
- Terörizm

- Ülkelerarası organize suçlar

Birleşmiş Milletler tarafından belirlenen bu altı grup temel sorun, fakirliğin azaltılması amacının da ötesinde olup, Dünya Bankasının kalkınma çalışmaları ile de ilintilidir.

5.2. Global Programların Organize Edilmesi

Küresel kamu mallarının dağılımı için küresel örgütlenmeler önemli bir araçtır. Küresel kamu mallarının global dağılımı uluslararası kuruluşlar tarafından planlanmaktadır. Ancak bu global programlar öncelikli olarak ülkeler, özel sektör sivil toplumları ve akademik çevreler tarafından gündeme getirilmekte ve işbirliği ile olgunlaştırılmaktadır.

Bazı ülkeler kendi ihtiyaçları doğrultusunda küresel kamu mallarının üretimine yönelmektedir. Örneğin Danimarka, diğer ülkelerin desteğini armaksızın rüzgar enerjisini finansal olarak desteklemiştir. Benzer şekilde bazı ülkeler de gümrük vergilerini azaltmışlardır. Dolayısıyla küresel kamu malları yalnızca uluslararası kuruluşlar veya gruplar tarafından değil, nadir olmakla birlikte ülkeler tarafından bireysel olarak da üretilebilmektedir.

Diğer yandan, çok yönlü faaliyetlerin yapılması için, Dünya Bankası tarafından yürütülen ve çeşitli uygulamalar yapan global ortaklıklar mevcuttur (World Bank, 2005: 6-7). Bunlara örnek olarak,

Global Environment Facility (GEF), 1990 yılında kurulan GEF, gelişmekte olan ülkelerin çevre koruma faaliyetlerini fonlamakta ve üç temel birim tarafından yönetilmektedir. Bunlar Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, Birleşmiş Milletler Çevre Programı ve Dünya Bankasıdır.

Consultative Group to Assist the Poorest (CGAP), 1995 yılında kurulan CGAP, 28 kamu ve özel kalkınma kuruluşunun oluşturduğu bir konsorsiyum olup, gelişmekte olan ülkelerdeki fakirlere yönelik mali yardımların (özellikle mikro finansman yoluyla) genişlemesine imkan sağlar. Merkezi Dünya Bankası olup ayrı bir yapıya sahiptir.

Global Alliance for Vaccines and Immunization (GAVI), 1999 yılında oluşturulan bu grup, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında "hastalıklara karşı aşılama" farklılığını gidermek ve global olarak hastalıklara karşı bağışıklığı geliştirmek amacı ile faaliyetlerini yürütmektedir. Bu grup bağışıklık konusundaki global liderlerin bir koalisyonundan oluşur ve kamu, özel, yeni aşı üreticileri, sivil kuruluşlar, araştırma enstitüleri, UNICEF,

Dünya Sağlık Örgütü, Bill ve Melinda Gates Vakfı ve Dünya Bankası işbirliği ile yürütülmektedir.

Bu global programlar son on yıl içinde hızla büyümüştür. Yukarıdaki örneklerden de görüldüğü üzere global nitelikteki faaliyetlerin büyük çoğunluğu büyük örgütlemeler veya kuruluşlar tarafından ya da çeşitli sivil toplum örgütleri tarafından gönüllü olarak gerçekleştirilmekte olan bir çok program bulunmaktadır.

Bu çalışmaların büyük bir kısmı fakirlik ile ilgili olmakla birlikte program sayısı yüzlerle ifade edilir. Dünya Bankası, yaklaşık 300 global programa katılmaktadır. Bunlardan 130'u önemli boyuta sahip olup resmi bir prosedürle gözlem altında tutulur. Global programların başlatılmasında, faydaların belirlenmesi, maliyetlerin çıkarılması, finansmanının sağlanması ve programa ilişkin riskler önem taşır.

5.3. Finansman

Küresel kamusal mallar için en önemli konulardan bir tanesi bu malların finansmanıdır. Çünkü bu malların üretilmesi veya tüketimlerinin engellenmesi için bu mallara ilişkin maliyetlerin karşılanması gerekir. Ancak uluslararası alanda da kaynakların kıt olması, bu malların üretim düzeyinin optimalin altında kalmasına neden olur.

Ulusal düzeyde düşünüldüğünde kamusal malların finansmanı kamu bütçesinden karşılanır. Küresel kamusal mallar için böyle bir bütçe tanımlamak ya da finansman kaynağı bulmak oldukça zordur. Dünyadaki tüm bireylerden (ülkelerden), vergi alma gücüne sahip olan merkezi bir otoritenin olmayışı, uluslararası kamu mallarının finansmanının ulusal düzeyde olduğu gibi vergilerle değil, herbiri kendi çıkarlarına göre hareket eden ülkelerin, gönüllü finansmanı ve uluslararası örgütlere ödedikleri aidatlarla yapılmasını, zorunlu hale getirmektedir (Arslan, 2007:135).

Aslında küresel kamusal malların finansmanında dışsallıkların içselleştirilmesi ya da başka bir ifade ile küresel kamusal malların üretimi veya tüketimi sonucu ortaya çıkan fayda veya maliyetlerin üretim ya da tüketimi gerçekleştirenlere yüklenmesi en önemli araçlardan birisidir. Ancak ulusal kamusal mallarda olduğu gibi uluslararası mallarda da yaşanan bedavacılık sorunu küresel kamusal malların üretiminin ve finansmanının yetersiz düzeyde gerçekleşmesine yol açmaktadır.

Küresel kamusal malların finansman aracı olarak özel kaynaklar, kamusal kaynaklar ve çeşitli düzeylerde ortaklık mekanizmaları oluşturulabilir. Ancak uluslararası platformlarda en çok tartışılan alternatif yöntem, uluslararası vergilemeye gidilmesidir.

Uluslararası düzenin ve kalkınmanın sürdürülmesi, uluslararası örgütlerin desteklenmesi için uluslararası vergilerin konulması gerektiği görüşü ilk kez, 19 yy'da James Lorimer tarafından ortaya atılmıştır (Arslan, 2007:138). 20 yüzyılda ise bu görüş bir çok iktisatçı ve uluslararası kuruluş tarafından ele alınmıştır. J.M. Keynes, A. Marshall ve J. Meade tarafından İkinci Dünya Savaşı öncesinde dile getirilen global vergi önerileri, 1970'li yılların başında global finansal istikrarsızlık ve çevresel sorunlar bağlamında tekrar gündeme gelmiştir. 1972'de Birleşmiş Milletler Örgütü global vergilerin gündeme alınmasını önermiştir. J. Tobin global finansal istikrarsızlığı önlemek için sınır aşan parasal işlemlerin global düzeyde vergiye tabi tutulmasını gündeme getirmiştir. Roma Klübü uluslararası örgütlerin finansman aracı olarak global vergileri tartışmaya açmıştır. 1980'de Brandt Komisyonu çok sayıda global vergi önerisini inceleyen bir rapor yayınlamış ve 1992'de R. Mendez Uluslararası Kamu Maliyesi adlı bilimsel eserinde bir dizi global vergi önerisinde bulunmuştur (Paul ve Wahlberg, 2002:2'den, Vural ve Tekin, 2004).

Küresel kamusal malların finansmanında global vergilerin kullanılması hem kamusal zararları azaltacak hem de bu malların finansmanının yeterli ölçüde yapılmasını sağlayacaktır. Global düzeyde önerilen karbon vergisi, yakıt vergisi, hammadde vergisi, tobin vergisi, elektronik ticaretin vergilendirilmesi, hem küresel düzeydeki negatif dışsallıkları önleyecek hem de küresel mallar için yeterli finansman kaynağı oluşturacaktır. Ancak global vergileri uygulayacak ve toplayacak olan merkezi bir otoritenin olmaması önemli bir sorundur. Bu nedenle küresel kamusal malların finansmanı için yaratılan kaynaklar, büyük ölçüde uluslararası kuruluşların yürüttüğü organizasyonlar ve topladıkları yardımlarla sınırlı kalmaktadır.

Küresel kamusal malların finansmanı için en büyük destekçiler IMF ve Dünya Bankasıdır. Dünya Bankası birçok global faaliyete öncülük etmektedir. Bu konuda, Dünya Bankası uluslararası kalkınma derneğinin önemli destekleri yanında, kuzey ülkeleri de bir çok global programa finansal destek sağlamakta, hatta rakamsal olarak derneğin desteğinden daha fazla fon aktarmaktadırlar. Ayrıca Birleşmiş Milletler ve Dünya Bankasınca başka mali destekler de söz konusu olmaktadır (World Bank, 2004).

Pek çok kuruluş global vergiler ve benzeri diğer mekanizmalarla, finansman imkanlarının genişletilmesine çalışmaktadır. Örneğin International Finance Facility (IFF), yeni aşı üretiminin hızlandırılması ve aşı maliyetlerinin düşürülmesi için özel sektör yatırımlarının harekete geçirilmesini amaçlamaktadır. IFF'nin çalışmaları başarılı olursa, bağış desteğini artırma ve tahvil yoluyla fon sağlama hedefleri de bulunmaktadır.

Dünya Bankası ve IMF tarafından ilgili birimlerin de desteği ile, global vergilerin; karbon emisyonları, finansal işlemler, hava taşıtlarının yakıtları, deniz kirlenmesi, silah satışları gibi konular üzerinden alınması tartışılmaktadır.

Gönüllü bağışlar; bireylerden, sivil kuruluşlardan ve özel vakıflardan elde edilmektedir. Bu kuruluşlara örnek olarak, Rockefeller Vakfı, Gates Vakfı, Oxfam, CARE, Greenpeace, Shell, British Petrol verilebilir. Ayrıca Elton John, Bono gibi ünlü müzisyenler de küresel kamusal malların finansmanına katkıda bulunmaktadır (Arslan, 2007: 137).

Ek finansman kaynakları için bazı mekanizmalar geliştirilmiştir; örneğin kredi kartı veya elektrik, su gibi fatura ödemeleri sırasında kişilere kolay bağış seçeneği sunulmaktadır. Öte yandan bağış makbuzlarına gelir vergisi indirim imkanı getirilebilmekte, özel amaçlı global piyangolar veya primli tahvil ihraçları düzenlenerek fon yaratılmaktadır. Bu uygulamalar için ülkelerde yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Kalkınmaya bizzat programların yönetimi yoluyla gönüllü destek de verilebilmektedir.

Kaynakların en çok ihtiyaç olan alanlara kaydırılması da başka bir önemli sorunu oluşturmaktadır. Örneğin Dünya Bankası "Development Grant Facility" küresel kamu mallarını finanse ederken zaman içerisinde hangi programlardan desteğin kesilerek hangilerinin destek kapsamına alınacağını belirlemekte ve buna ilişkin kriterler koymaktadır.

6. KÜRESEL KAMUSAL MALLAR VE KALKINMA

Dünya Bankası uluslararası kamusal malları 1. çekirdek mallar, 2. tamamlayıcı mallar olarak sınıflandırmaktadır. Dünya Bankası'nın yaptığı bu sınıflandırmaya göre, uluslararası kamusal mallar tüm ülkelere eşit olarak dağılsa bile, faydalarının ortaya çıkması için ilgili ülkelerde bazı temel altyapı hizmetlerinin mevcut olması gerekir ki, bu da kalkınma ile ilgili bir meseledir. Kalkınmışlık düzeyi yüksek olan ülkeler, aynı miktarda bir kamu-

sal maldan daha fazla fayda sağlarken, düşük olan ülkeler yeterince fayda sağlayamayacaklardır (Binger, 2003:5). Bu nedenle, küresel kamusal malların finansmanında kalkınma yardımları önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle az gelişmiş ülkelere doğru yayılan dışsal maliyetler söz konusu olduğu zaman, bu ülkelere yönelik kalkınma yardımları daha önemli hale gelmektedir (Kirmanoğlu, 2007:133).

Küresel kamu malları ile global ölçekte üretim ve tüketimini artırarak piyasa başarısızlıklarının telafi edilmesi amaçlanmaktadır. Bu konu özellikle kalkınmakta olan ülkeler için söz konusudur. Çünkü bu ülkelerde piyasa başarısızlıkları daha fazladır ve ekonomi üzerinde daha derin etkiler oluşturmaktadır (Binger, 2003:7). Ayrıca mevcut politik, hukuki, kurumsal ve finansal düzenlemelerin sınırlılığını, küresel kamu malları ortaya çıkarmıştır. Kuşkusuz küresel kamu malları, kalkınma desteklerinin (ODA gibi) gelişmesinde politik sözleri (taahhüt) canlandırmakta ve küresel kamu mallarının evrensel faydalarına işaret etmektedir (Binger, 2003:7).

Sivil huzursuzluklar, uyuşmazlıklar, ölümler, çevre ve sağlık kaygıları küresel kamu mallarının eksik uygulanması veya yanlış uygulanmasının sonuçlarıdır (Kaul, Mendoza vd., 2003). Oysa küresel kamusal mallara olan talebin artması, global güvenlik, sınırlar arası çevre rejimi ve politikaları, mali istikrar ve bulaşıcı hastalık tedavileri konusundaki niteliksel ve niceliksel gelişmeler yaratabilmektedir.

Sonuçta küresel kamusal mallar kalkınmayı sağlarlar. Öte yandan kalkınma da, bu mallarda yararlanmak için bir ön şart gibidir. Yetersiz kalkınma bunlardan daha az yararlanma sonucunu doğurabilir (Binger 2003)

Ülkelerin kalkınma konusunda yaşadığı bir çok problemin küresel kamusal mallar ile ilişkili olduğunun ortaya çıkarılması, bu sorunların giderilmesi konusunda küresel düzeyde kolektif eylemleri teşvik etmektedir. Ancak günümüzde, bu eylemlerin hangi etkinlik ve adalet kriterlerine göre yapıldığı son derece tartışmaya açık bir konudur (Kirmanoğlu vd., 2006; s.35)

7. SONUÇ

Küresel kamu malları yaklaşımı daha demokratik bir sistemi öngörür. Bu durum; zengin, fakir, güçlü ve zayıfın eşit katılımını gerektirmektedir. Politik karar süreçlerinde söz hakkı, şeffaflık, hesap verebilirlik ve adalet bu eşit katılımın şartları olarak sayılmaktadır.

Ulusal ve uluslararası perspektiften bakıldığında, küresel kamu malları, örneğin güvenli finansal sistemler, daha iyi sağlık, daha iyi araştırma ve kalkınma, daha iyi eğitim vb., her ülkeye bir fayda sağlamaktadır. Böylece küresel kamu mallarının arzı da, ülkelerin kaynaklarını bu mallara aktarmasındaki istekliliğine bağlı olarak devam edecektir. Bu noktada ortaya çıkan önemli bir sorun küresel kamusal mallara ilişkin düzenlemeler kim tarafından yapılacaktır. Bu konuda küresel bir devlet tanımlaması yapmak gerekecek midir? Tüm küresel malların tanımlanabilmesi zor olduğu gibi bu malların global bir devlet tarafından verilmesini ve bu global devleti tanımlamak ta çok zor görünmektedir.

Dünya Bankasının açıklamalarına göre; küresel kamusal mallar zengin fakir bütün ülkeleri ilgilendirmektedir ve bu malları ulusal konulardan soyutlamak mümkün değildir. Örneğin salgın hastalıklar, iklim değişimleri vb. tüm dünyayı etkileyen global hareketlerdir. Küresel kamusal mallarla ilgili yaşanan sorunları sadece gelişmekte olan ülkelerin sorunları olarak sınırlamak doğru olmayacaktır. Küresel refahın sağlanması bugün atılacak ortak adımlara bağlıdır. Farklı gelişme düzeylerine sahip ülkeler arasındaki etkileşimin sağlanması ve kolektif kararların alınması için küresel bir uzlaşmaya ihtiyaç vardır. Bu uzlaşma sağlanmazsa küresel tehditler artacaktır.

Günümüzde tek tek ülkelerin topyekün dünyanın ve geleceğini tehdit eden bir çok unsur saymak mümkündür. Bunlardan en önemlilerinden biri hiç kuşkusuz çevredir. Temiz hava herkesin kullanımına açık olan ve dışlanmanın mümkün olmadığı küresel bir maldır. Bu havanın kirletilmesi ise bütün insanlığın hayatını tehdit eden ağır bir suçtur. Teknolojik gelişmeler özellikle karbon gazı emisyonu temiz havayı yok eden unsurlar arasında sayılabilir. Çeşitli anlaşmalar çerçevesinde temiz havanın sağlanması ve ülkelerin havaya verdikleri zararların önlenmesi için çalışmalar yapılırsa da gelişmiş pek çok ülke beklenen duyarlılığı göstermemektedir.

Diğer yandan iklim değişiklikleri, gelişmekte olan pek çok ülkeyi kuraklık, tarım sektöründeki verimliliğin düşmesi ve sonucunda açlık ile tehdit etmektedir. Son dönemlerde iklim değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan kuraklık sonucunda bir çok temel üründe kıtlıklar ve geri kalmış ülkelerin çoğunda açlık sorunu ileri boyuta gelmiştir. Bu durum ekonomik anlamda Türkiye dâhil pek çok ülkenin iktisadi büyümesini olumsuz yönde etkilerken, diğer yandan toplumsal açıdan içsel çatışmaları ve barışı tehdit edecek bir durumu beraberinde getirecektir.

Sağlık alanında da bulaşıcı hastalıkların yayılması en önemli küresel ve bölgesel kamu malı olarak görülmektedir. Dünya Bankası, Dünya Sağlık Örgütü, UNICEF, Birleşmiş Milletler Örgütü ve bu örgütlere bağlı pek çok kuruluş az gelişmiş ülkeleri tehdit eden bir çok hastalıkla mücadele için çalışmakta ve bu alanlara yardım sağlamaktadır.

Ülkeler arasında bilgi aralığının büyümesi, barış ve istikrarın bozulması, küreselleşme olgusu ile hız kazanan küresel istikrarsızlıklar ve krizler dünya düzenini bozan ve küresel boyutta etkiler yaratan unsurlar haline gelmiştir.

Sonuç olarak küresel kamusal mallar yarattıkları pozitif ve negatif dışsallıklar ile bütün dünya ülkelerini ilgilendiren ve etkileyen bir boyuta ulaşmıştır. Bu noktada dünya üzerindeki tüm ülkelerin ortak bir eylem planı belirlemeleri bu planı yürütülmesinde aynı duyarlılığı göstermeleri gerekmektedir. Dünyamız sadece bir nesil tarafından kaynakları tüketilecek bir alan değildir. Gelecekte nesillere de bırakılacak bir mirastır. Bu mirasın korunması ise tüm bireylerin ve yönetimlerin ortak sorumluluğundadır.

KAYNAKÇA

- Agerskov A. H., (2005) “Global Public Goods And Development”, A Guide For Policy, World Bank Seminer Series, Seminer Number 6, May 12
- Arslan, O. (2007), **Uluslararası Mali İlişkiler**, Ünite 7, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, Eskişehir, s. 133–148
- Aubert, J. E. Ve J.L. Reiffers (2003); **Knowledge Economics In The Middle East An North Africa: Toward New Development Strategies**, World Bank, Washington.
- Barton J. H.,(2006) “Expert Paper Series Six: Knowledge”, Stockholm: Secretariat Of The International Task Force On Global Public Goods, 2006.
- Bell, Daniel (1976); **The Coming Of Post-Industrial Society**, Basic Books, New York.
- Binger, Albert, (2003) “Global Public Goods And Potential Mechanisms For Financing Availability”, Paper Prepared For The Fifth Session Of Committee For Development Policy Meeting, April 2003,
- Buchanan, J., (1965), “An Economic Theory Of Clubs”, *Economica*, 32, S.1-14
- Bulutoğlu, K. (2008), **Kamu Ekonomisine Giriş**, 7. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara
- Chen, L.C., T. G. Evens Ve R.A. Cash, (1999) “Health A Global Public Goods”, Kaul, I., Grunberg, Stern, (Ed By) *Global Public Goods*, UNDP, Oxford Universtiy Press, Den Hülya Kirmanoğlu, Kamu Ekonomisi Analizi, Beta Yayın, İstanbul 2007 Tarafından Kullanılmıştır.
- Development Committee , (2000) “Poverty Reduction And Global Public Goods: İssue For The World Bank İn Supporting Global Collective Action”, Washington DC
- Development Committee , (2007) “Global Public Goods A Framework For The Role Of The World Bank”, Washington DC
- Ferroni, M., A. Mody (2002) (Eds.); **International Public Goods:Incentives, Measurement And Financing**, Washington D.C., Kluwer Academic Publishers And World Bank.

Ferroni, M., A. Mody (2002); “Global Incentives For International Public Goods: Introduction And Overview”, İçinde Ed. By. Ferroni, M, A. Mody; International Public Goods: Incentives, Measurement And Financing, Washington DC, Kluwer Acedemic Publichers And World Bank, 2002, S.1-30.

Held, D. and A. Mcgrew, (2003) “Political Globalisation: Trends Ve Choices”, Kaul, I., P. Conceicao, K. Le Goulven, R. Mendoza (Ed By) Providing Global Public Goods, Managing Globalization , New York : Oxford University Press

Kanbur R. and T. Sandler, (1999) “The Future of Development Assistance: Common Pools and International Public Goods”, ODC Policy Essay No: 25, May 1999

Kaul, I., Grunberg I. And Stern A. (1999); “Defining Global Public Goods”, İçinde Ed. By, Kaul, I., Grunberg . And Stern A. Global Public Goods: International Cooperation İn The 21 St Century, Newyork.

Kaul, I., (2001) “Global Public Goods: Taking The Concept Forward”, Discussion Paper 17, United Nations Development Programme, Office Of Development Studies

Kaul, I., P. Conceicao, K. Le Goulven, R. Mendoza,(2003) “Why Do Public Goods Matter Today”, Kaul, I., P. Conceicao, K. Le Goulven, R. Mendoza (Ed By) Providing Global Public Goods, Managing Globalization , New York : Oxford University Press

Kaul, I., Mendoza, R.U. (2003); “Advancing The Concept Of Public Goods”, İçinde Ed. By. Kaul, I., Conceicao, P. Le Goulven, K. And Mendoza, R.U.; Providing Global Public Goods, New York : Oxford University Press. S. 78–111.

Kirmanoglu, H. (2001), “Uluslararası Kamusal Mallar”, İ.Ü. İktisat Fakültesi, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 39. Seri.

Kirmanoglu, H.,(2007), **Kamu Ekonomisi Analizi**, Beta Yayın, İstanbul

Kirmanoglu, H., B. Elif Yılmaz ve N. Susam (2006); “Maliye Teorisinin Çıkmazı: Küresel Kamusal Mallar”, 21. Türkiye Maliye Sempozyumu, Kamu Maliyesinde Güncel Gelişmeler, 10-14 Mayıs 2006, Antalya

Morrissey O. Te Velde, D. And A. Hewitt, (2002) “ Defining International Public Goods. Conceptual Issues”, In M. Ferroni And A. Mody (Ed) International Public Goods: Incentives, Measurements, And Financing. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers

Mutlu, A. (2006), “Küresel Kamusal Mallar Bağlamında Sağlık Hizmetleri ve Çevre Kirlenmesi: Üretim, Finansman ve Yönetim Sorunları”, Maliye Yazıları, Sayı 150, Ocak Haziran 2006.

Sandler, T. , (1999), “Intergenerational Public Goods”, (Ed. By, Kaul, Inge & Isabella Grunberg & Stern A.), Global Public Goods: International Cooperation İn The 21 St Century, Newyork, S.24-25

Susam, N. ve B.E.Yılmaz (2007), **Uluslararası Mali İlişkiler**, Ünite 6, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, Eskişehir, S. 105-132

Tekin, A. ve İ.Y. Vural, . (2004), “Global Kamusal Malların Finansman Aracı Olarak Global Vergi Önerileri”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:12, [Http://Www.Sosyalbil.Selcuk.Edu.Tr](http://Www.Sosyalbil.Selcuk.Edu.Tr)

Thoyer, S. ,(2007) “Global Public Goods”, Policy Brief Paper, [Http://Www.Agro-Montpellier.Fr/Sustr](http://Www.Agro-Montpellier.Fr/Sustr)

Tosunoğlu, Ş., (2007), **Uluslararası Mali İlişkiler**, Ünite 2, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, Eskişehir, S. 21-40

United Nations, (2004), Report Of The High Level Panel On Threats, Challenges And Change, Newyork, A/59/565,2 December 2004,www.Un.Org/Secureworld/ Report2.Pdf

World Bank Trust Fund Operations Department, (2004) OECD-Development Assistance Committee,

World Bank, (2005) A Strategic Framework For The World Bank’s Global Programs And Partnerships, Draft, 24/4/2005

www.un.org

www.worldbank.org

www.wto.org